שו״ת · אחרונים · מצפה אריה

מצפה אריה תנינא חלק ב

רבי אריה ליב ברודא

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מצפה אריה תנינא חלק ב

רבי אריה ליב ברודא

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/מצפה-אריה-תנינא-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

אה"ע 5
סימן א 5
סימן ב 10
סימן ג 19
סימן ד 22
סימן ה 23
סימן ו 26
סימן ז 30
סימן ח 33
סימן ט 49
סימן י 51
סימן יא 54
סימן יב 55
סימן יג 69
סימן יד 73
סימן טו 74
סימן טז 75
סימן יז 86
סימן יח 91
סימן יט 96
סימן כ 98
סימן כא 104
סימן כב 110
סימן כג 112
סימן כד 114
סימן כה 119
סימן כו 120
סימן כז 121
סימן כח 127
סימן כט 130
סימן ל 141
סימן לא 148
סימן לב 154
סימן לג 158
סימן לד 160
סימן לו 178
סימן לז 182
סימן לח 191
סימן לט 201
סימן מ 213
סימן מג 253
סימן מד 266
סימן מה 278
סימן מו 281
סימן מז 282
סימן מח 283
סימן מט 285
סימן נ 287
סימן נא 293
סימן נב 297
חו"מ 299
סימן א 299
סימן ב 301
סימן ג 304
סימן ד 312
סימן ה 319
סימן ו 323
סימן ז 325
סימן ח 326
סימן ט 331
סימן י 333
סימן יא 336

סימן יב 337
סימן יג 340
סימן יד 344
סימן טז 349
סימן יז 351
סימן יח 354
סימן יט 362
סימן כ 363
סימן כא 366
סימן כב 368
סימן כד 376
סימן כה 382
סימן כו 384
סימן כז 385
סימן כח 389
סימן כט 389
סימן ל 391
סימן לא 401
סימן לב 404
סימן לג 412
סימן לד 416
סימן לה 417
סימן לו 421
סימן לז 422
סימן לח 427
סימן לט 429
סימן מ 432
סימן מא 434
סימן מב 439
סימן מג 441
סימן מד 445
סימן מה 448
סימן מו 450

אה"ע

סימן א

כבוד הרב הגאון המפורסם הישיש מו"ה יהושע נ"י האבד"ק סאקאלאב:

עתה באתי להשיב לכת"ה בדבר השאלה באיש אחד מקהלתו שנשא אשה בפרייסין בהיותו דר שמה ואח"כ הי' מוכרח לצאת מן המדינה עפ"י חוקי הממשלה ולשוב לביתו לעיר סאקאלאב והאשה אינה רוצית לבוא לפה וגם הבעל אומר שהוא בעצמו ראה שזינתה אשתו עם קצב אחד ועוד העיד השמש המחזיק המרחץ שמעולם לא נכנסה לבית הטבילה ויש עוד עד בדבר הזה וגם היא עוברת על דת בחילול שבת ויוצאה בשוק וראשה פרוע וע"כ רצון כת"ה להתיר לו לישא אשה אחרת (אחרי כי אינה רוצית לקבל גט ברצונה) גם בלי מאה רבנים וענוותנותו תרבני להגיד חוות דעתי העני' וזה החלי בעזר הצור: הנה מצד אמירת הבעל שראה בעצמו ששתו זנתה בודאי אין להתיר לישא אחרת שהרי מבואר ברמ"א אה"ע סי' קע"ח שבזמן הזה דאיכא חרם דרגמ"ה אין הבעל מהימן לומר שמאמין לדברי העד האומר שזינתה וכופין אותו לשמש עמה עיי"ש וכבר כתבו האחרונים דה"ה באומר שראה בעצמו שזינתה ג"כ הדין הכי וכן כתב המרדכי בפרק האומר בקידושין בשם רבינו שמעון דחיישינן שמא עיניו נתן באחרת עיי"ש ועיין בספר ישוי"ע אה"ע סי' ס"ח ובאמת ע"כ צריך לומר הכי דאל"כ יהיו ח"ו בנות ישראל כהפקר דכל אחד יאמר כן ומה הועיל ר"ג בתקנתו:

והנה הרמ"א כתב וז"ל וי"א דבזמן הזה שיש חרם דר"ג שלא לגרש אשה בע"כ אינו מהימן לומר שמאמינה או שמאמין לדברי העד דחיישינן שמא עיניו נתן באחרת ואומר שמאמינה אעפ"י שאינו מאמין גם מנדין אותו על האומר שמאמינה וגרם לבטל חרם דר"ג וה"ה בכל מקום שלא יוכל לגרש בנא דעת האשה וי"א דכופין אותו ומשמש עמה אעפ"י שאומר שמאמין לדברי העד כו' עיי"ש והי"א הב' הוא דעת הר"ש המובא במרדכי הנ"ל ושיטת הי"א הא' היא דאסורה עליו רק דמנדין אותו כיון שעי"ז גרם לבטל תקנת רגמ"ה ולדעתי צ"ע למה לא כתב הרמ"א האי דינא ג"כ על מי שאומר שראה בעצמו שזינתה דהא המחבר ג"כ מירי מזה שם בסעיף הקודם לזה עוד יש לדקדק למה ייחד דבריו לומר מחרם שלא לגרש אשה בע"כ למה לא הזכיר מחרם דב' נשים אך ע"ז יש לומר דכיון דחרם דב' נשים גם אם אמת כדבריו צריך התרה ממאה רבנים וא"כ אם הרבנים לא יאמינו לי' בלא"ה אינו רשאי לישא אחרת ואם יאמינו לו מסתמא יראו ויכירו שהמעשה אמת כדבריו ומשו"ה לא דיבר רק מגט בע"כ אבל הקושיא הראשונה קשה ונ"ל דיש לומר דבדקדוק השמיט הרמ"א ז"ל דבאמת יש להתבונן הא בתקנת הרגמ"ה

בתשו' מהר"ם מרוטענבערג מבואר דבגט בע"כ גם הסופר והעדים בכלל החרם א"כ איך רשאים העדים להיות עדים בזה אך אי נימא שרשאי הבעל להאמין לדברי העד וממילא נאסרה עליו שפיר רשאין העדים לחתום הגט דהמה סומכין על נאמנות של העד ולהיות גם עדי מסירה א"כ היכי שהוא אומר שראה בעצמו אין אנו צריכים לדון על הבעל כלל אם יש עליו חרם דרגמ"ה דבלא"ה לא ימצא עדים על הגט דהמה בודאי אינם רשאין להאמין לו באמירתו לחוד ודו"ק:

והנה אנכי כבר עמדתי להקשות על השיטה הא' שהביא הרמ"א ז"ל דמנדין אותו על שגרם לבטל חרם דרגמ"ה אלמא מזה דגם מה שגרם לאסור עליו חשוב ביטול א"כ יקשה הא דאיתא במכות דף ט"ו ביטלו ולא ביטלו היכי משכחת לה הא שפיר משכחת לה בכה"ג שאומר שראה בה בעצמו דבר ערוה או שמאמין לדברי העד שאומר שזינתה וזה חשוב ביטול לעשה דולו תהי' לאשה ומה לי חדרגמ"ה ומה לי עשה דולו תהי' לאשה כיון דגרם ע"י אמירתו שלא יוכל להחזירה צריך להיות דחשיב ביטול לשיטת הי"א הנ"ל. אך יש לומר דזה לא חשוב ביטול עשה כיון דמהני אמתלא לחזור מדבריו הראשונים אך עכ"פ נרויח בזה ליישב דברי רש"י ז"ל שכתב התם אמה דמשני הש"ס התם שהדירה דהיינו שמצא בה דבר ערוה והדירה והתוס' הקשו ע"ז דא"כ אינו מצוה לקיימה ולפי הנ"ל יש לומר כונת רש"י ז"ל דליכא עדים רק שאמר שמצא בעצמו בה דבר ערוה והדירה דשוב לא מהני אמתלא להפקיע איסור נדר דהא לדעת רש"י ז"ל מיירי באומר הנאת תשמישי עליך ובלא הדבר ערוה לא הי' הנדר חל כלל רק מחמת שאמר שמצא בה דבר ערוה הנדר חל וכיון שכבר הדירה לא מהני אמתלא לבטל הנדר למפרע כיון שבשעה שנדר שפיר הי' חל דאז בההיא שעתא עדיין לא הי' משועבד לה וזו היא סברא נכונה לפענ"ד ומ"מ הדבר צריך אצלי תלמוד. ולענין להתיר לו לישא אשה אחרת אפילו ע"י מאה רבנים יש חשש שמא יתן אמתלא אח"כ שכבר נשא השני' ותהי' הראשונה מותרת לו אפילו לפי דיעה ראשונה של הרמ"א שם ותהיינה לו שתי נשים כאחת:

ומה שכתב כת"ה בשם מהריב"ל דבפ"פ כופין אותו לגרש לא ידעתי הבין הלא מסתמא הוא ז"ל מיירי מצד עיקר הדין של הש"ס אבל לא מיירי לענין תקנת רגמ"ה וגם בספר בני אהובה מסתמא מיירי ג"כ רק לענין דינא דגמרא ולא מצד תקנת רגמ"ה ואין הספרים ת"י לעיין בהם ואם כן הוא תמוה לי טובא שהרי בתוס' זבחים דף ב' ע"ב ד"ה סתם אשה מבואר בהדי' דאין כופין אותו לגרשה כשזינתה ברצון שכתבו וז"ל ואפילו אם זינתה תחת בעלה מ"מ אם לא ירצה הבעל לא יגרשנה אלא שלא תשמשנו ע"ש:

ומה שכתב כת"ה לדמות למה שכתב הרא"ש דמשו"ה נאמנת האומרת גרשתני דאינה חשודה לעשות איסור שתתקלקל כל ימי' באם תנשא בלא גט דה"ה בנ"ד אם ישא עוד אשה יעבור כל ימיו על איסור חרגמ"ה לא דמי כלל דמלבד דאין לדמות איסור מיתה דא"א לאיסור תקנת ב' נשים ג"כ יש לחלק דהתם גם אם יגרשנה בעלה הראשון או ימות ג"כ אסורה לבעלה השני דנעשית סוטה כיון שנישאת מקודם אבל הכא גם אם יגרש אח"כ לאשתו ראשונה או תמות נתבטל החרם לגמרי ול"ח כל ימיו באיסור ופשוט:

ודברי הרא"ש הואיל ואתא לידן נימא בה מלתא הנה ראיתי בנו"ב מהדו"ת חלק אה"ע סי' צ"א שעמד על הרא"ש דלמה הי' להרא"ש לחדש טעם חדש בקיום דברי רב המנונא ולהוסיף דברים שתהא נשארת באיסור א"א כל ימי' ונ"ל די"ל דבאמת פריך התם רב משרשיא ממתניתין דהשמים ביני לבינך והא הכא דידעה היא דבעלה ידע בה ומשני קסבר היא גופא אמרה נהי דבביאה ידע ביורה כחץ מי ידע עיי"ש והנה י"ל דהרא"ש סבר דשינויא דחיקא הוא וגם לעיל דפריך רב המנונא מרישא האומרת טמאה אני לך ולמה לא חש רב המנונא בעצמו לסיפא (דמתניתין רק המתין עד דמתיב רב משרשיא ע"כ השכיל הרא"ש לחדש בה דבר דהכא שאני שלא תפקיע עצמה מתחת בעלה בטענת שקר שתהא באיסור א"א כל ימי דהאי טעמא ליכא גבי השמים ביני לבינך אלא רב המנונא הכי קאמר דאפילו למשנה אחרונ' דבטמאה אני לך אינה נאמנת והרי אם באמת אמרה הלא יודעת בעצמה שהיא אסורה לבעלה והיא באיסור סוטה כל ימי' ואם אין אתה מאמין לה על כך ותאמין לה כשהיא אומרת לבעלה גרשתני הלא יש לחוש שתערים לומר לבעלה גרשתני כיון שבין כך ובין כך כל ימי' באיסור ומה לה באיסור סוטה:

ומה לה באיסור א"א ואף שא"א חמור מסוטה שזה בכרת וזה בלאו מ"מ האשה אינה יודעת לחלק בכך וגם בש"ס גופא יבמות קי"ט ע"א אמרי' מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת ומשו"ה צריך לחלק בין ידע בה בעל ובין לא ידע בה בעל דבידע בה בעל לא מעיזה ואין לחוש דלמא נטמאה ואומרת גרשתני ומשו"ה כתב הרא"ש ז"ל שני הטעמים:

ועוד נראה לפענ"ד בפשיטות דדברי הרא"ש ז"ל מוכרחים דאל"כ יקשה דגם באומרת טמאה אני לך משכחת אופן שתהא נאמנת גם למשנה אחרונה כגון שאומרת שגם בעלה ראה שנאנסה וידע מזה דהא מתניתין מיירי באשת כהן ובאונס כמו דמוקי לה הש"ס התם בהדי' א"כ באונס ודאי משכחת לה שנאנסה בפני בעלה ובכה"ג שאומרת דידע בעלה תהא נאמנת מטעם חזקה דרב המנונא דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה דדמי לגרשתני ובאמת לא מצינו דבר זה ועוד דאם הי' הדבר כן למה לא אמר רב המנונא להאי חזקה דאין אשה מעיזה פני' וכו' לענין טמאה אני לך וכנ"ל אלא מוכח דגם באומרת

טמאה אני לך ואתה יודע מזה ג"כ אינה נאמנת וצריך להבין הטעם מזה ע"כ חידש הרא"ש ז"ל דבאומרת טמאה אני לך היא מבקשת שיגרשנה בעלה בגט ומשו"ה אינה נאמנת אפילו היכי דידע מזה אבל בגרשתני איכא עוד סברא לומר שאין אשה מפקעת עצמה מיד בעלה לישב כל ימיה באיסור ואע"ג דמתוך הסוגיא דפריך התם מהשמים ביני לבינך לרב המנונא משמע דלא נחית הש"ס לזה היינו משום דבמשנה אינו מבואר האיך הדין בכה"ג שאומרת טמאה אני לך ואתה יודע מזה אבל קושטא דמלתא הכי הוא דגם בכה"ג אינה נאמנת ומטעם שמחלק הרא"ש ז"ל ודו"ק:

אך כל זה אין נ"מ בנידון דידן כיון דהישועות יעקב מביא דהסכמת האחרונים דבזמה"ז אינו נאמן לומר שראה שזינתה:

ומ"ש כת"ה דהיא חשובה מורדת כיון שהוא אינו יכול לדור במדינת פרייסין מטעם הממשלה היא מחויבת לבוא לדור עמו פה במדינה הנה אפילו אילו יהיבנא לי' דחשובה מורדת לא הייתי מצטרף להתיר בלא מאה רבנים ואעפ"י שבספר נחלת יעקב איתא תשובת הגאון מליסא ז"ל שהתיר במורדת לישא אשה אחרת בלא התרת ק' רבנים אנא אמינא במטו מניה דלישרי לן מרן ובדבר זה הפריז על המדה וכבר כתבתי בתשובה אחת דמצדה תברא דמנ"ל דרגמ"ה חשש לתקנת אשתו הראשונה לבד דנדון מחמת זה דהיכי דהיא מורדת ואינה רוצה לציית דינא קנסינן לה ושרינן להבעל לישא אחרת הא יש לומר דהיה חושש ג"כ לתקנת אשתו השני' דלמא אח"כ יעשה שלום עם אשתו הראשונ' ויהי' לו שתי נשים ויגרע זכות של אשתו השניה ובשלמא היכא דאשתו הראשונ' נאסרה עליו אין לחוש לזה אבל במורדת יש לחוש שיעשו שלום בניהם ותהי' היא צרתה של האשה השני' אשר לקח לכן אין להתיר בלי השכמת מאה רבנים. אך כל זה במורדת ממש אבל בנ"ד אין לחושבה כלל למורדת דהא מבואר בב"ש סימן ע"ה דאין לכוף את האשה היכי שהנישואין היו במדינתה ובפרט שכאן הית' בשעת הנישואין דירתו קבועה במדינת פרייסין ואעפ"י שעכשיו הוא אונס ואינו יכול לדור שם מ"מ אין לחייבה שתלך למקום דירתו דאונס רחמנא חייבי' לא אמרינן ובכה"ג כבר הורה זקן הנו"ב מהדו"ק סי' ע"ד דאעפ"י שהוא אנוס אין לכופה וכנ"ל ומעתה לא חשובה מורדת כלל ואעפ"י שיש להתיר לו לישא אשה אחרת דעכ"פ איכא טעם נכון להתיר כדי שלא לעגן אותו ואף אם היא אינה בכלל מורדת מ"מ יש לו לגרשה ויתן כתובתה ואם אינה רוצה לקבל גט מרצונה יש להתירו ע"י מאה רבנים והשלשת כתובתה כמו שמבואר באחרונים אבל בלא מאה רבנים והשלשת כתובתה אין באפשרי כלל להסכים לזה:

ולמען ידע כת"ה כי עברתי על כל דבריו ראיתי לעורר מה שכתב כת"ה כיון דמשמשתו נדה איכא חשש זנות כיון שהיא עושה זאת משום הנאת תשמיש ליתא לפענ"ד דהא מבואר דמשמשתו נדה הוא דת משה ומבואר ברא"ש שם דרק דת יהודית הוא משום חשש זנות אבל לא דת משה וגם בלא"ה קשה להאמין שהבעל לא ידע כל אותו זמן שלא הלכה לבית הטבילי' ואם ידע מזה אין לה דין עוברת על דת כמבואר בשו"ע ובפוסקים: והנה ראיתי שאוח"ז בעל ישועות יעקב ז"ל נדחק מאוד ליישב דברי הרמ"א דלמה לא הגיה בסי' ס"ח דבזמן הזה אינו נאמן לומר פתח פתוח מצאתי כיון דמשועבד לה וכמו שכתב הרמ"א בסי' קע"ח וסיים ע"ז בזה"ל ומי שימצא מקום לתרץ דברי הרמ"א באופן אחר חכם גדול יתקרי ושכר הרבה יטול מן השמים עיי"ש והנה אף כי ידעתי מך ערכי ואיני ראוי להקרא חכם גדול תיתי לי שאני חתנו וזכיתי ליישב דבר זה בפשיטות דגבי פתח פתוח שאני דכיון שזינתה קודם נשואין א"כ בשעת החופה לא היתה ראוי' לביאה והוי חופה בטעות ולא חשוב חופה כלל ואין כאן שיעבוד דהשיעבוד הוא נעשה רק ע"י חופה וכיון דהחופה בטלה אינו משועבד לה ומשום הכי שפיר ניחא דהתם גבי פתח פתוח אם כן לפי דבריו לא התחיל השיעבוד מעולם כלל ואין כאן חזקת חיוב ואף על גב דבשעת נשואין לא הוה ידעינן מזה מ"מ בשעה שאחר כך שמצא פתח פתוח נתברר למפרע דלא הי' התחלה להשעבוד דוגמא לזה כתבי התוס' בכתובות דף כ"ב ע"א ד"ה תרי ותרי וז"ל דליכא למימר אוקי גברא אחזקתי' דאם הוא עבד לא הי' לו חזקת כשרות מעולם וא"כ הוה גילוי מילתא בעלמא הגע עצמך במי שלוה מחבירו מעות בעדים ואמר לו אל תפרעני אלא בעדים ואח"כ טוען הלוה שהמעות המה מטבעות מזויפים ורוצ' להחזירם למלוה והמלוה אינו רוצה לקבלם ואומר שאינו יודע אם המה שלו מי נימא שהלוה חייב לשלם למלוה כיון שכבר נתחייב בפני עדים שוב אינו מהימן למיפטר נפשי' בטענה זו ובודאי לא מסתבר למימר הכי כיון דלפי טענת הלוה לא מתחייב מעולם וחשיב כאומר לא הלויתני וכיון דעדים אינם יודעים להעיד על המטבעות שלא היו מזויפים לא חשיבי בדבר זה עדים כלל ועי' בט"ז חו"מ סוף סימן ע"ה א"כ הכא נמי בטענת פתח פתוח ואפילו לדעת החולקים שם על הט"ז וסביר' להו כיון שבשעת קבלת המעות הי' בחזקת חיוב הוה לי' כאומר איני יודע אם פרעתיך גם כן יש לומר דהכא גרע טפי דעיקר קנין של החופ' היא הביאה אם כן כיון דבשעת הבעילה הי' עתיד להתברר שזינתה איך אפשר לומר שהוא משועבד לה ומשום הכי לא שייך כאן לומר הך דינא מה שכתב הרמ"א בסי' קע"ח דבזמן הזה שהוא משועבד לה מחמת חרם דרגמ"ה אינו נאמן דהכא שאני דלפי דבריו לא נתחייב מעולם ודו"ק:

סימן ב

הנה ראיתי להרב המגיה של המ"ל בפרק ד' מהלכות אישות הי"ט שמביא בשם המ"ל להסתפק שאם ש"פ רק בשביל המצוה וקידש בו את האשה אם היא מקודשת. וכבר יצאו אחריו חבל גדולי ישראל בנו"ב מהד"ת חלק אה"ע סי' ס"ז בשם חכם אחד ובסי' ק"כ בשם ספר יד המלך ובספר מנחת חינוך מצוה תצ"ו כולם מתנבאים בסגנון אחד לפשוט הספק של הרב המגיה ממ"ש הרמב"ם ז"ל סוף פ"ד מהלכות ממרים שאם נחלק הזקן ממרא בלולב או בציצית או בשופר שזה אומר כשר וזה אומר פסול אינו נעשה זקן ממרא הואיל וליכא בו דבר שזדונו כרת. ומעתה אי נימא דמקודשת בדבר שיש בו ש"פ רק משום המצוה:

הא משכחת שיהי' המחלוקת של הז"מ נוגע לדבר שיש בו כרת דלדברי האומר שהוא כשר למצוה יש בו שוה פרוטה מחמת המצוה ולדברי האומר שפסול למצוה אין בו ש"פ ויהי' נ"מ שאם קידש בו את האשה אם היא מקודשת אם לא ויהי' זה סיבה לדבר שזדונו כרת אלא מוכח דאם אינו שוה פרוטה זולת המצוה אינה מקודשת זה תוכן דבריהם ז"ל עיי"ש:

והנה כל הגאונים הנ"ל תקעו יסוד דבריהם על מה שכתבו התוס' בסנהדרין דף פ"ז ד"ה ולרשב"ל שכתבו ח"ל וא"כ לרשב"ל אי אמר זקן ממרא כר' יוחנן אמאי יתחייב הרי מחמיר הוא ואין כאן דבר שזדונו כרת וי"ל דמשכחת לה אי נגע בככר של תרומ' וקידש בו את האשה דאי טמא הוא אין בו ש"פ דלא חזי אלא להסקה ואינה מקודשת ואי טהור הוא יש בו ש"פ וחזי לאכילי' ומקודשת עכ"ל מדבריהם אלו למדו דכל שיש כ"מ מהמחלוקת של הז"מ על הב"ד לגבי שיווי של איזה דבר לענין שאם קידש בו את האשה נעשה ז"מ וכמה קולמסין נשתברו בפלפולם של המחברים הנ"ל בענין זה:

ובמחילת כבוד תורתם לפענ"ד כולם שגגו בזה דהאיך יעלה על הדעת לומר דבשביל שיהי' נ"מ ע"י מחלוקתם בדבר שוויו של חפץ יהי' נעשה ז"מ. הלא כל מחלוקת כזה יוכל להיות ג"כ אצל הסוחרים וסרסורים שבשוק כמה החפץ שוה וכי אם יחלוק הז"מ על הסנהדרין שאין בהחפץ ש"פ ואם יקדש בזה את האשה אין האשה מקודשת והב"ד יאמרו ששוה פרוטה ומקודשת נעשה ז"מ זה בודאי ליתא דדבר זה אפשר להתברר ע"י שמאים בקיאים ואם כבר יצא השער שער שבשוק מידע ידעי אינשי ואעפ"י שיש נ"מ לענין אם קידש בו את האשה הרי אין המחלוקת בענין דת ודין רק בשער שבשוק אשר גם תגרי דעלמא ביכולתם לפלוג בזה. ע' יבמות צ"ב א' הורו ב"ד ששקעה חמה ולבסוף

זכתה אין זו הוראה אלא טעות וכתב רש"י ז"ל שאין זה העלם דבר אלא טעות כסבורים שבא לעולם דבר שלא בא דהא לכ"ע גליא השתא דטעות הוא כו' עי"ש:

ועוד שבאמת אין השיווי תליא בעצם הדין אלא כפי הפסק הלכה דכיון שפוסקים ההלכ' שכשר והמנהג לשלם בעד הדבר ממון יש להחפץ שיווי אפילו לדעת הסובר שבעצם אינו כשר והעולם טועין בזה. וכן להפך שאם המנהג להחמיר ואינם קונים אפילו לדעת הסובר שהוא בטעות מ"מ כיון שאין העולם לוקחין ואינם משלמין ממון בעבור החפץ אין לו שיווי כלל. וע' ביו"ד סי' ש"ה סעי' ה' לענין פדיון הבן אם נתן לכהן כלי שאינו שוה ה' סלעים הרי בנו פדוי והוא ששוה ה' סלעים לשום אדם וע' בט"ז שהקש' דאם בענין ששוה ה' סלעים לשום אדם למה לי' להש"ס למימר דכהן קיבל עליה ע"ש הרי בהדיא דענין השיווי תליא כמה שמשלם בעד החפץ: ומה שכתבו בתוס' דמשכחת לה אי נגע בככר של תרומ' וקידש בו את האשה דאי טמא אין בו ש"פ ואינה מקודשת ואי טהור הוא יש בו ש"פ והאש' מקודשת זה דוקא משום דתרומ' טמאה אסור' בהנא' מן התור' ולא חזיא אלא להסקה מפני שהתור' התירה שלך תהא להסיק תחת תבשילך וכמ"ש התוס' שבת כ"ד ע"ב ד"ה לפי דלא הקפיד' תורה אם יהנה בשעת שריפת' ולכן כיון דיש מחלוקת בין הסנהדרין ובין הז"מ לענין אם הככר טמא או טהור שפיר י"ל דיש נ"מ בדבר שזדונו כרת אם יקדש בו את האשה אם היא מקודשת אם לא דלדברי האומר שהככר טמא והוי תרומ' טמאה וצריך שריפה אין הככר ש"פ אפילו אם נתנו בעדו הרבה ממון דדבר שאסור בהנא' אין לו דמים אפילו אם העולם אינם נוהגין עפ"י דת ודין ונותנים ממון בעד איסורי הנאה לא חשיב דמיהן. וכן הביא הר"ן ז"ל בסוף פרק האיש מקדש בשם הירושלמי בשאין דמיהן אמר ר"ח זאת אומרת שמקדשין בגזל כלומר מש"ה מקודשת לפי שאין דמיהן שמאחר שאין תופסין את דמיהן לאיסור אע"פ שהוא נהנה בהן עכשיו מותר שאינן אלא גזל בידו עיי"ש. נמצא שהמחלוקת של הב"ד והז"מ אם יש שיווי בהככר מצד חק התור' ולא תליא כלל אם המנהג ליתן ממון בעדו דאם הוא תרומ' טמאה לא מהני הנתינת דמים מאחר שמן התור' צריך שריפ':

ואמינא דממקומו הוא מוכרע דבכונ' כתבו ככר של תרומ' דאל"כ גם בככר של חולין יש נ"מ לגבי השיווי בין טמא לטהור דטמא הרבה בזול יותר מככר של טהור כמו דאיתא בגיטין נ"ג ע"א דקאמר התם אי מטמא חולין ע"ש ולמה נקטו ככר של תרומ' אלא מוכח דחולין אפילו יהי' נ"מ בין טמא לטהור אי יש בו ש"פ לא נעשה בזה אכתי ז"מ דממ"נ אם נותנים פרוט' בעד הככר מקודשת ומש"ה כתבו ככר של תרומ' דוקא ודו"ק:

ואל תשיבני על מה שכתבתי דתרומ' טמאה אין לה שיווי כלל הא הש"ס פריך בהדיא בסוכה ל"ה למ"ד שאין בה דין ממון ממתניתן אתרוג של תרומ' טמאה הא מסיקה תחת תבשילו אלמא דיש בתרומ' טמאה דין ממון דז"א אלא אי יש בה דין ממון מחמת דחזיא להסק' שהנא' זו התירה התור' אבל אי לית בה שיווי להסק' אלא מחמת שאר הנאות שאסר' התור' לא חשוב שיווי כלל וכלל. אכן מה שיש קצת לעורר על דברי הרמב"ם במה שכתב שם עוד זה אומר טהור וזה אומר שני לטומא' ה"ז פטור מן המיתה עיי"ש ובזה משכחת לה שפיר בתרומ' שזה אומר טהור וזה אומר שני לטומא' ואין בזה ש"פ ונ"מ אם קידש בו את האשה וכמו שכתבו התוס':

תו ראיתי דוגמא להסברא הנ"ל כתבו התוס' בקידושין נ"ב ע"ב ד"ה המקדש בחלקו אינה מקודשת וז"ל ואע"ג דאית בי' ש"פ שיכול למוכר' לכהן מ"מ כיון שהוא ממון גבוה אינה מקודשת ולא דמי לעל מנת שאדבר עליך לשלטון עכ"ל ופשיטא דה"ה בדבר שאסור בהנא' אע"פ שנותנים ממון בעד איסורי הנא' לא חשיב ממון וזה ברור תדע דכן הוא דאל"כ קשה אמאי אין לאיסורי הנאה שיווי הא יכול לערב בתוך היתר הרבה עד שיתבטל ויעלה שווי' לפי ערכו יותר ויאכל הלה וחדי ובפרט לפי דעת רוב הפוסקים דהא דאין מבטלין איסור לכתחיל' אינו אלא מדרבנן אבל מן התור' שרי. ודוחק לומר כיון דרבנן אסרוהו אין לו שיווי כמו המקדש בחיטי קורדנייתא דאין חוששין לקדושין וגם יוליך הנאה לים המלח לא אמרינן אלא בע"ז ושביעית דתפסי דמיהן אבל בשאר איסורי הנאה לא עיין בדבריהם אלא עכצ"ל דמ"מ לא חשיב שיווי כיון שעתה הוא אסור בהנא':

והנה עוד ראיתי להפ"י פסחים כ"ט ע"ב בסוגיא דהאוכל חמץ במועד דאוקמינן התם דפליגי בדבר הגורם לממון מ"ד מעל סבר דבר הגורם לממון כממון דמי ומ"ד לא מעל סבר דבר הגורם לממון לאו כממון דמי וע"ז כתב הפ"י לתמוה דלא דמי כלל לשאר דבר הגורם לממון כמו לעיל ריש פסחים דאיתא חמץ שקיבל עליו ישראל אחריות חשוב דבר הגורם לממון הואיל אי מיגניב או מיתביד ברשותיה קאי דהתם טעמא רבה איכא דחשיב דבר הגורם לממון דהא אכתי לא מיגניב ולא מיתביד וכן גבי שור הנסקל בב"ק דף ע' ובכתובות דף ל"ד דלא הוי אלא דבר הגורם לממון אבל הכא כיון דשרי לשהותו עד לאחר הפסח ויהי' שוה ממון איך מיחשיב דבר הגורם לממון ולא ממון ממש. וכתב שחזר על כל הצדדים ולא נתקררה דעתו אם לא שנאמר דרק לענין דין חומש ואשם חשוב גורם לממון אבל לגבי תשלומי קרן הוה ממון ממש ע"ש:

ולפענ"ד הדבר פשוט דבכל הדברים שמותרים בהנא' פשיטא אע"ג דהוי מידי דלא חזיא האידנא וחזיא לאחר זמן חשיב ממון ממש ושאני חמץ בפסח דהוי איסור הנאה. ואפילו

אי יהבי' דמי בעד איסורי הנאה לא חשיב דמי החפץ דאיסורי הנאה אין להם שיווי בעצם כלל ואעפ"י שיש להם שיווי אחר הפסח מ"מ בפסח גופא לא שוויא מידי דאינו בדין שיווי כלל להכי חשיב רק גורם לממון ותו לא. וכן נ"ל דמה שהקשו בתוס' שם ד"ה אין פודין תימא לר"י דאף דאין פודין מ"מ למעול דאחר שנשרף ונעש' אפר אפשר לפדותו ומותר בהנא'. קושייתם סובב והולך רק למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי דלמ"ד לאו כממון דמי באמת לא קשה כלל דאעפ"י שמותר בהנא' לאחר שנשרף מ"מ קודם לזה בודאי לא חשיב ממון משום דהוי איסורי הנאה. וכן דקדקו התוס' בתירוצם דכמו שהוא עכשיו לא שוויא מידי לא שייך ביה מעילה כו' ואפילו למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי ומעל לא דמי דהתם חזיא לאחר הפסח כמו שהוא בעין ע"כ עיי"ש. וכן מה שהקשו תו התם ובקידושין נ"ז ע"ב ד"ה המקדש בערלה אמאי אינה מקודשת כשמקדש באיסורי הנאה הא חזיא להיות שלא כדרך הנאתו עיי"ש ג"כ קושייתם רק למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי אבל למ"ד לאו כממון דמי לא קשה כלל דאיסורי הנא' לא חשיב ממון אפילו אי יהבי דמי בעד איסורי הנאה ג"כ לא חשוב ממון כלל וכלל כן נרא' לפענ"ד ברור:

ובזה נמי ניחא מה שעמדתי בעת לימודי בהא דפריך הש"ס בסוכה למ"ד לפי שאין בו דין ממון מתרומ' טמאה הא מסיקה תחת תבשילו הא קיימ"ל דאין שורפין תרומ' טמא' ביו"ט א"כ ביו"ט אי אפשר להסיק תחת תבשילו וכל שאר הנאות אסור וא"כ ביו"ט אין בתרומ' טמאה שום היתר הנאה כלל והו"ל רק דבר הגורם לממון ולא דין ממון ממש כמו חמץ במועד דאע"ג דשרי לאחר הפסח חשוב רק גורם לממון ודוחק לומר דפריך רק למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי. ולפי האמור ניחא דכיון דמצד איסורי הנאה מותר ליהנות ע"י הסקה אע"ג דאסור משום איסור יו"ט זה לא איכפת לן כיון דעכ"פ התור' אמרה שלך תהא להסיק' תחת תבשילך והנאת הסקה חשוב שיווי בגוף התרומ' טמאה שפיר חשוב כממון ממש ואין חילוק בין יו"ט לחול כיון דמותר לאחר יו"ט תדע דאל"כ נימא כל דבר מוקצה שאסור להשתמש בשבת ויו"ט יהא חשוב דבר הגורם לממון ולא ממון. והא ודאי ליתא אלא ע"כ כדכתיבנא דדוקא באיסורי הנאה אמרינן האי סברא אבל בהיתר הנאה לא שייך לומר כן. ולפי"ז מוכח דמוקצ' שרי בהנא' וכמ"ש המג"א בסי' תק"ז ס"ק ג' בשם התוס' דפסחים ודלא כמ"ש בסי' תק"א ס"ק י"ב:

והנה לכאור' לפי האמור מיושב נמי שפיר מה שהקשו בתוס' ד"ה רב אשי שכתבו וקשה לר"י היכא גרסינן אי גרסינן דלכולא עלמא פודין א"כ לרבנן אמאי לא מעל כו' ואי גרסינן אין פודין אפילו לריה"ג אמאי מעל עיי"ש. ולפי הנ"ל שפיר ניחא דבשלמא

לרבנן דס"ל חמץ אסור בהנא' לא מעל משום דהשתא הוה איסורי הנאה ואע"ג דלאחר הפסח שרי לפדות ולהיות חשיב דבר הגורם לממון ואנן קיימינן השתא דלאו כממון דמי אבל לריה"ג דחמץ מותר בהנא' שפיר מעל ואע"ג דעכשיו אינו יכול לפדות דאין פודין וכו' מ"מ כל כי האי גוונא שהוא מותר בהנא' וחזיא לאחר זמן חשוב ממון ממש וכמו שבארתי. אמנם יש קצת לפקפק ולומר הא השתא קודם הפדיון איסורא דהקדש רכיבה עלה ואסור בהנאה מצד הקדש אלא דמעל משום שיש לו פדיון א"כ בחמץ בפסח שאינו יכול לפדות או משום שאין פודין להאכיל לכלבים או משום כשיפדה יהי' עובר בב"י ובב"י ס"ס חשיבי השתא איסורי הנאה ומה שיכול לפדות אחר הפסח חשוב רק דבר הגורם לממון אבל כד דייקת בה ליתא להך מילתא דהאיך נימא דלא מעל משום דלא חשוב ממון גמור רק דבר הגורם לממון דאי לא מעל נפקע איסור הקדש מדאוריית' ותו חשוב ממון ממש כיון דחזיא לאחר הפסח וזה תליא בזה וממילא צריך למעול מהאי טעמא דכל כי האי גוונא אזלינן לחומרא כמ"ש התוס' בב"מ דף ל' ע"א ד"ה אף שכ' ואם עלה עליה זכר אמאי פסולה הא ודאי לא ניחא לי' להפסיד שדמיה יקרים בשביל דבר מועט וי"ל דאם הי' כשירה הוה ניחא לי' ולכך אין להכשיר ע"ש:

עוד מיושב בזה קושיית הישוי"ע אה"ע סי' קכ"ד בגיטין דף כ' ע"א כתבו על איסור הנאה כשר אמר רב אשי אף אנן נמי תנינא על העלה של זית ודחי דלמא שאני עלה של זית דחזי לאיצטרופי והקשה הוא ז"ל הא איסורי הנאה נמי חזיא להנות שלא כדרך הנאתו והכא לא שייך תירוצ' של התוס' דאשה לא סמכה דעתה דהא אשה בעל כרחה מתגרשת אלא מוכח כתירוצם השני של התוס' דבשלא כדרך הנאתו ליכא ש"פ וא"כ נמי חזי לאיצטרופי ולפי הנ"ל יש לומר דהכא קאי אליבא דרב אשי ואיהו לשיטתיה דסבר בפסחים דבר הגורם לממון לאו כממון דמי ולדידיה פשיטא דלא מהני מה שיכול להנות שלא כדרך הנאתו:

ודע דלפי ע"ד נראה לפרש הא דקאמר הש"ס דחזי לאיצטרופי היינו שנותן הבעל להאשה יחד עם הגט עוד עלים אחרים ומצטרף הגט על ידם למיחשב נתינה דקא יהיב לה ש"פ ובכללם יחד חשוב נתינה אבל לא מסתברא לי לפרש דמשום שיכול להצטרף חשוב השתא נתינה ע"י הגט בלבד דהיכן מצינו דבר כזה שיהיה חשוב נתינה משום שבידו ליתן לה ש"פ הא מ"מ השתא לא יהיב לה מידי אבל לפי האמור הוה פירושו דמיירי באמת שנתן לה הגט הנכתב על עלה של זית עם שאר דברים ומחמת ההצטרפות חשוב נתינה:

והנה ראיתי בספר בית אפרים חלק או"ח סי' א' שמביא ראי' דדבק לא הוה חיבור לגבי תפילין מהגמרא דגיטין הנ"ל דהא משכחת לה שדיבק הרבה עלין של זית ביחד שיהי' ש"פ אלא ש"מ דדבק לא הוה חיבור ובעיני המה דברי תימא דמה שייך זה לדבק א הוה חיבור אפילו לא הוה חיבור מ"מ פשיטא דחשיב נתינה:

ובלמדי סוגיא דסוכה הנ"ל הקשיתי לשאול אהא דפריך תרומה טמאה חזיא להסקה האיך משכחת לה כלל שיהי' ש"פ להסקה הא התוס' שם בסוכה ל"ט ע"א ד"ה אחר כתבו אמתניתין דלוקח לולב מחבירו בשביעית נותן לו אתרוג במתנה לפי שאין רשאי ללוקחו בשביעית ובגמרא איתא הטעם לפי שאין מוסרין פירות שביעית לע"ה יותר ממזון שלש סעודות וע"ז כתבו וז"ל משמע שיש בדמי אתרוג יותר ממזון שלש סעודות והא דתנן בפ"ו דמעילה דף כ"א נתן לו שתי פרוטות ואמר לו לך והבא לי באחת אתרוג ובאחת רימון (כן צריך להיות בדפוסים חסר איזה תיבות עיין במשנה) התם באתרוג פסול דלא בעי לי' אלא לאכילה אבל הכא כשר והדר לברכה דמיו יקרים עכ"ל מבואר בהדיא דאתרוג לאכילה אינו שוה עכ"פ יותר משתי פרוטות ולפי"ז איך משכחת לה דלהסקה יהי' שוה פרוטה הא אפילו דברים ששוה הרבה לאכיל' אינו שוה להסקה רק דבר מועט כמו דמוכח מגיטין מסוגיא דהמטמא והמדמע והמנסך דקאמר התם דקא מפסיד לגמרי ומדקרי לי' הש"ס הפסד לגמרי ש"מ דאין ערך כלל למה ששוה לאכילה ואם בחולין כך כ"ש בתרומה דאפילו תרומה טהורה דחזיא לאכיל' ג"כ הרבה בזול נגד חולין כדאית' בב"מ מ"ב ע"א דאמרינן התם דמזבנינן לי' בדמי תרומה עיי"ש ומעתה אם אתרוג של חולין שוה לאכילה:

רק שתי פרוטות לא אפשר כלל שיהא אתרוג תרומה טמאה דלא חזיא אלא להסקה שוה פרוטה:

והנה עלה על דעתי לומר דלא בעינן כלל באתרוג שיהא ש"פ דלשון הש"ס הוא באתרוג של ערלה דפסול משום שאין בו דין ממון וי"ל דהטעם הוא דאיסורי הנאה אין בהם דין ממון כלל אבל אם מותר בהנאה אעפ"י שאינו ש"פ עכ"פ חשוב יש בו דין ממון דהא אסור לגזול אפילו פחות מש"פ כמו שמבואר ברמב"ם ז"ל פ"א מהל' גזילה ובחו"מ סי' ש"ס אך לא ניתן להשבון מחמת דבישראל אמרינן במחילה מחל לה כדאית' בסנהדרין נ"ט ע"א ואמנם ברש"י איתא לפרש לפי שאין בה דין ממון בזה הלשון שאינו ש"פ דאיסורי הנאה הוא הלכך לאו שלכם הוא עיי"ש משמע קצת מלשונו דבעינן שיהא ש"פ אבל אינו מוכרח דעיקר הטעם הוא דא"ה הוא ועכ"פ כראה לפענ"ד דאפילו אי נימא דבעינן שיהא ש"פ סגי עכ"פ שיהיו הד' מינים שבלולב כולם יחד ש"פ אבל לא בעינן

שיהא כל מין ומין בעצמו ש"פ דהא על כולם כתוב ולקחתם לכם א"כ אם יש בכולם ש"פ שפיר מיקרי לכם תדע דכן הוא דאל"כ קשה האיך אנו יוצאין בנטילת ערבה שהוא בזמן הזה בזול הרבה ובוודאי אין בערבה ש"פ לולא המצוה אבל אי נימא דסגי שיהא בכל הד' מינין יחד שוה פרוטה שפיר ניחא:

אבל אכתי אני נבוך דהאיך אנו יוצאין באכילת כזית מצה בפסח דהא קיימ"ל דבעינן שיהא שלו דגמרינן לחם לחם מחלה וכזית מצה בוודאי אינו ש"פ ולא מצינו בשום פוסק שיאמר דצריך לאכול כל כך מצה כדי שיהי' באכילתו ש"פ. ועוד יש להוכיח דלא בעינן באכילת מצה ש"פ ממה שהביאו התוס' בקידושין ל"ח ע"א ד"ה אקריב עומר בירושלמי הקשה למה לא אכלו מצה מחדש ויבא עשה דבערב תאכלו מצות וידחה ל"ת דחדש וכתבו בתוס' אי נמי יש לומר גזירה כזית ראשון אטו כזית שני ואי נימא דבעינן ש"פ עדיפא הוה להו למימר דלמא יאכל כזית ולא יהא בו ש"פ והלאו עבר והעשה אינו מקיים אלא מוכח דסגי בכזית ולא בעינן ש"פ ומצאתי בספר למודי ה' ובמנ"ח מצוה סוכה ובספר בית יצחק ח"א סי' קכ"ה ס"ק ב' שהעירו בזה וכן העירו איך יוצאין כל ישראל בפסח אחד הא אין לכל אחד ש"פ וי"ל דבמידי דאכילה לא בעינן ש"פ והא דכתב רש"י ז"ל דלאו לכם הוא כיון שאין בו ש"פ היינו במידי דלא חזיא לאכילה ומפסח בלא"ה לא קשה דיש לומר מטעם הואיל וממשכי הני חזי להני כמו דאמרינן הך סברא בפסחים ע"ח ע"ב למ"ד דאכילת כזית מעכבא עיי"ש:

שוב ראיתי בתוס' רי"ד מהדו"ת סוכה מ"א העיר בזה דפחות מש"פ חשוב לכם מדיוצאין בהדס וערבה שאין בהם ש"פ אח"כ ראיתי ברש"י ז"ל סוכה כ"ו ע"ב ד"ה כל האזרח שכתב דמשמע סוכה אחת לכל ישראל ואי אפשר שיהא לכולן דלא מטי ש"פ לכל חד אלא ע"י שאלה עיי"ש הרי מבואר דכל היכא דבעינן לכם צריך להיות ש"פ:

הי' קשה לי לפי מ"ש התוס' בקידושין שהבאתי למעלה שהקשו אמתניתין דהמקדש בערלה אינה מקודשת והא חזיא להנות שלא כדרך הנאתן ותירצו דמיירי דליכא ש"פ אלא כדרך הנאתן אי נמי יש לומר כיון דהאשה סברה שתוכל להנות כדרך הנאתן ואינו כן לא סמכה דעתה והוי מקח טעות ע"ש ולשני התירוצים יש לעורר אמאי אינו יוצא באתרוג של ערלה למ"ד לפי שאין בו דין ממון להס"ד דהיתר אכילה לא בעי הא חזיא ליהנות שלא כדרך הנאתן ויש בו דין ממון וראיתי בפ"י שהרגיש בזה וכתב דשלא כדרך הנאתו אינו ש"פ אבל כבר כתבתי למעלה להוכיח דלא בעינן שיהי' באתרוג ש"פ דהא אתרוג של תרומה טמאה אינו שוה פרוטה להסקה ומ"מ פריך הש"ס מזה למ"ד שאין בו דין ממון והנה הריטב"א בסוף פרק האיש מקדש כתב וז"ל ומורי נ"י תירץ אפילו אי

יש באפרן ש"פ כיון דהשתא לית בהו דין ממון אינה מקודשת דכי שריף להו לבעלינהו לאו דידיה הוא וכל הקודם זכה באפרן ע"ש ועיין בספר אבני מלואים הלכות קידושין סי' כ"ח ולפי"ז שפיר ניחא הא דאתרוג של ערלה לא חשוב דין ממון אבל להתוס' קשה ולפי מה שהעליתי למעלה דשקליא וטריא של התוס' הוא רק למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי אבל למ"ד דבר הגורם לממון לאו כממון דמי ליכא התחלה קושייתם שפיר יש לומר דסוגיא דסוכה אזלא למ"ד לאו כממון דמי ולמ"ד דהגול"מ כממון דמי יסבור הטעם דאתרוג של ערלה פסול דבעינן שיהא בו היתר אכילה כדמסיק הש"ס או מטעם דאמרינן כתותי מיכתת שיעור' כמ"ש התוס' שם:

אבל אי קשיא הא קשיא לי דמשמע מהתוס' דאי לא הוה בעינן בקידושין שיהא בו ש"פ ובלי הטעם דאשה לא סמכא דעתה היתה מקודשת למקדש באיסורי הנאה (ועיין שם בספר המקנה) הא התוס' בפסחים דף ל"ג ע"א ד"ה תתן לו ולא לאורו כתבו אומר ר"י דלא איצטרך למידרש אלא לר' יוסי הגלילי דאית ליה חמץ מותר בהנאה דלהנך תנאי דאסרי חמץ בהנא' נפקא לן מונתן לכהן את הקודש כו' או מתתן לחודא שאין ליתן אלא מידי דשרי בהנא' לכל הפחות דשייכא בי' נתינה כו' עיי"ש מבואר בהדיא שיטת ר"י דבדבר האסור בהנא' לא שייך בי' נתינה אצל תרומ' והא בתרומ' לא בעינן שיהא שוה פרוט' בהנתינ' לכהן דהא קיימ"ל דחטה אחת פוטרת את הכרי וכן פליגי רבנן לעיל ל"ב ע"ב על אבא שאול דאמר דזר האוכל תרומ' אינו חייב קרן וחומש עד שיהא בו ש"פ אלא סברי דלא בעינן ש"פ ומ"מ איסורי הנא' ודאי לא הוה בכלל נתינ' וגם אעפ"י שחזיא להנות שלא כדרך הנאתו וכן קשה לי בב"מ דף מ"ז גבי חליפין דקונין בכלי שאינו ש"פ ומ"מ אמרינן התם בו למעוטי איסורי הנא' ובחליפין בעינן נתינ' משמע דאיסורי הנא' לא הוו בכלל נתינ' ולפי"ז בקידושין דגמרינן קיחה קיחה משדה עפרון דקונה בכסף דכתיב התם ונתן הכסף וקם לו כדאיתא ריש קידושין נמי בעינן נתינה מעליותא ואיסורי הנאה לא הוה נתינת:

ובישוב דבר זה נראה לפענ"ד דלפי מה דפריך הש"ס אמימרא דר"כ בר יצחק דאמר תתן לו ולא לאורו מברייתא דאין תורמין מן הטמא על הטהור ואם תרם בשוגג תרומתו תרומ' ואמאי לימא לו ולא לאורו ומשני לא קשיא התם היתה לו שעת הכושר הכא לא היתה לו שעת הכושר עיי"ש ויש לומר חילוק זה גם לרבנן באיסורי הנאה דהיכא דלא היתה לו שעת הכושר כמו תרומת חמץ דאחמיץ במחובר דמיירי התם הש"ס לא חשוב נתינ' אבל איסורי הנאה שהית' להם שעת הכושר שפיר חשוב נתינ' דכיון דמצינו חילוק זה בש"ס לגבי מיעוטא דתתן לו ולא לאורו כן יש לומר ג"כ החילוק לרבנן בכל איסורי

הנאה ולפי"ז צריך לומר דקושית התוס' בקידושין הנ"ל לא קאי אערלה דהא ערלה לא היתה לו שעת הכושר אלא אהא דקתני במתניתין שור הנסקל ובב"ח דאילו היתה להם שעת הכושר (והא דקא חשיב בבכורות דף ט' ע"ב שור הנסקל בין אלו שלא הי' להם שעת הכושר היינו רק לאכילה לענין טומאת אוכלין אבל פשיטא דלגבי איסור הנאה הי' לו שעת הכושר): והנה ראיתי בתוס' רי"ד בקידושין שם שכתב במתניתין ובפטר חמור פי' אעפ"י שהאשה יכולה לפדותו בשה ולהיות מותרת כו' אפילו הכי כל זמן שלא פדאוהו הוי איסורי הנאה ונמצא שלא נתן לה כלום וה"ה בהקדש דאמר רב יהודה במזיד לא קידש כו' אעפ"י שהאשה יכולה לחללה על ש"פ כו' עיי"ש הרי נראה דעתו נמי דאיסורי:

הנאה לא חשוב נתינ' אעפ"י שאפשר לבוא לידי הנאה אולם באמת דברי התוס' רי"ד תמוהין מסוגיא דבכורות דף י' ע"ב דאמרינן התם אי ר' יהודא תקדוש בהך דביני וביני ומסיק לעולם ר"י ושאין שוה אלא שקל ע"ש הרי בהדיא דלא כדבריו. אך מ"מ אין מזה סתירה לדברינו הנ"ל דאין לדמות פטר חמור לשאר איסורי הנאה כמו שאיתא התם שם דף י"א ע"א הפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי לבעלים או דלמא פדיונו לפודה ופשיט לה מברייתא דהגונב פטר חמור של חבירו משלם תשלומי כפל לבעלים ואעפ"י שאין לו עכשיו יש לו לאמר מכאן ע"ש ועיין ברש"י בד"ה או דלמא דמוכח דשאני פטר חמור משאר איסורי הנאה דזכתה לו התורה היתר הנאה לענין פדיה כמו היתר הנאה בתרומה טמאה בשעת הסקה:

ולכאורה מה שנסתפק הרב המגיה באתרוג שיש בו ש"פ למצוה וקידש בו את האשה אם היא מקודשת יש ג"כ הוכחה דלא בעינן שיהי' ש"פ לענין קיום המצוה ולברכה דאי נימא דאי אפשר לצאת באתרוג אם לא שיהי' ש"פ לבד המצוה אין מקום לספק זה כלל דממ"נ אי אין האתרוג ש"פ זולת המצוה אין לצאת בו כלל אך באמת אין ראי' כלל דהרב המגיה מסתפק למ"ד לפי שאין בו היתר אכיל' ולא בעינן כלל שיהא באתרוג דין ממון אבל למ"ד דבעינן באתרוג דין ממון אפשר להיות דלא משכחת כלל הספק שלו והבן:

והנה בספר כפות תמרים שם כתב וז"ל דה"ה דהו"מ לשנויי התם בשאר ימות השנה דהאתרוג הוא לאכילה והכא מיירי בסוכות דבעי לי' לברכה ודמיו יקרים עכ"ל ולפעד"נ דיש לומר עפ"י מה שכתב בשו"ת מהר"ם מינץ סי' קי"ג להסתפק במי שגזל אתרוג מחבירו בי"ט אם צריך לשלם שיווי האתרוג או מצי לפוטרו באתרוג פשוט אע"פ שאתרוג שגזל הי' מובחר והי' שי' הרבה ומטי לה מש"ס ב"ק דף ע"ח בעי רבא הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנבו מי פטר גנב נפשיה בכבש לרבנן כו' ועי' בשו"ת

ח"צ סי' ק"כ ובמ"ל ה' לולב פ"ח ובשאר אחרונים וחזינן לדעתם שיש לומר דמה ששוה זה האתרוג מחמת שהוא מובחר לברכה לא מיחשב בזה שיווי האתרוג כי זה השיווי אינו בגוף האתרוג רק נחשב כמו גורם לממון כמו שטרות אע"פ שנותן בעדם ממון מ"מ אמרינן דאין גופן ממון ועוד אפילו אם נימא דצריך לשלם דמי אתרוג מובחר דחשוב שיווי בגוף אתרוג מ"מ באתרוג של שביעית דרחמנא אמר לאכלה ולא לסחורה ובתוס' שם ד"ה וליתיב כתבו דאסור לקנות פירות שביעית בזול ולמכור ביוקר ע"ש א"כ אין לו שיווי לאתרוג בשביעית לענין שתופס את דמיו אלא מה ששוה לאכילה אבל לא מה ששוה למצוה דמסתברא דאינו תופס את דמיו ומה שכתבו בתוס' דהכא כשר והדר לברכה ודמיו יקרים לא הוה פירושו מה ששוה למצוה אלא כונתם דאתרוג הדר שכשר לברכה שוה יותר גם לו מאתרוג שהוא פסול לברכה מחמת שאינו הדר ודבר זה יש ללמוד מהא דאיתא בגמרא לעיל דף ל"ה ושל תרומה טהורה לא יטול פליגי בה ר' אמי ור' אסי חד אמר מפני שמכשירה וחד אמר מפני שמפסידה וכתב רש"י קליפתה החיצונה וכן איתא בגמרא בהדי' מאי בינייהו כגון שקרא עליה שם חוץ מקליפתה חיצונה ע"ש מבואר בהדי' דכל שקליפתה חיצונה הדר שוה יותר גם לאכיל' אע"פ שאין לוקח אותו למצוה דהא אמרינן תרומ' טהור' לא יטול א"כ בין כך ובין כך לא חזי למצוה ומשו"ה שפיר ניחא דברי התוס' שלא חילקו בין ימי סוכות ובין שאר ימות השנה דבזה אין חילוק כלל דגם בשאר ימות השנה שוה יותר אתרוג הדר מאתרוג פסול ודו"ק:

והנה נתתי עיני בספר פ"י שם שעמד על זה איך תופס בשביעית מה ששוה למצוה כיון דכתיב לאכלה ולא לסחורה והו"ל למימר דאינו תופס אלא מה ששוה לאכיל' ולא לסחורה עיי"ש משמע דאי לאו הטעם לאכלה ולא לסחורה שפיר ניחא דמה ששוה למצוה חשוב שיווי ועוד נ"ל להוכיח דבר זה מפרה אדומה שקונים בהרבה דמים כדאית' בקידושין דף ל"א ע"ב ואיך מחללין את ההקדש לר' יוחנן דס"ל בב"מ דף נ"ז ע"א דאין מחללין את ההקדש בפחות משווי' אלא ע"כ צ"ל דזה חשוב שווי' מה ששוה למצוה לכן שפיר מחללין מעות הקדש וקונים בהם פרה אדומה:

סימן ג

הנה ראיתי בספר שב שמעתתא מהגאון בעל קצה"ח ז"ל שמעתתא א' פרק ז' שחידש לומר דהא דקי"ל דספק טומא' ברה"י טמא דילפינן מסוטה והוכיחו בתוס' חולין דף י' ובריש נדה דברה"י ספיקו טמא אפילו היכא דאיכא חזקת טהרה וברה"ה ספיקו טהור אפילו היכי דליכא חזקת טהרה והקשו בתוס' ממ"נ אי חשבינן סוטה דיש לה חזקת טהרה איך ילפינן לטהר ברה"ה היכי דליכא חזקת טהרה ואי אמרינן דסוטה איתרע

חזקתה ע"י קינוי וסתירה איך מטמאינן ברה"י היכי דאיכא חזקת טהרה הא י"ל שאני סוטה דאיתרע חזקתה וע"ז כתב הוא ז"ל ליישב וחידש לומר דעיקר טהרה ברה"ר דילפינן מסוטה אפילו היכא דליכא חזקת טהרה מבועל הוא דיליף לה דגבי בועל אין לה חזקת היתר ורק לגבי בעלה יש לה חזקת היתר והתורה אמרה ונטמאה ונטמאה אחד לבעל ואחד לבועל להכי ברה"י דטמא אפילו בדאיכא חזקת טהרה ילפינן מטומא' דבועל וברה"ר דטהור אפילו אי ליכא חזקת טהרה ילפינן מטומא' דבועל ע"ש ואנא אמינא אף דדבר חכמה דיבר הגאון ז"ל והדברים ראויין למי שאמרן מ"מ אית לי' פירכא חדא דיש לומר דענין זה תליא במחלוקת הקדמונים ז"ל שהביא בשטמ"ק כתובות דף ט' בסוגייא דפתח פתוח בהא דפריך הש"ס התם ועוד מי אסרוה שהביא בשם הריטב"א וז"ל ועוד מי אסרוה על דוד ואלו היתה אסורה לאוריה בעלה היתה אסורה על דוד דכל שאסורה לבעלה אסורה לבועל אלא ודאי לא נאסרה לאוריה דכיון דלאוריה לא ידיעא מלתא אע"ג דידיעא לדוד דאלו ידע אוריה הוה מיתסרא עליה מ"מ איסורו של בועל באיסורו של בעל תליא וכל שלא נאסרה לבעל מאיזה טעם שיהיה לא נאסרה לבועל כו' אמנם בסוף חידושיו בעמוד א' הביא בשם מפרשים מפני מה לא אסרוה על דוד והלא ידע שבא עליה ואע"פ שלא היתה אסורה לאוריה כיון דליכא עדים אסורה מיהא לבועל שאין איסור הבועל תלוי באיסור הבעל ע"ש מעתה לפי דעת הריטב"א חידושו של הגאון בעל ש"ש נפל בבירא דכיון דעכ"פ לגבי בעל הוא מותרת ברה"ר משום חזקת טהרה ממילא ליכא איסורא להבועל ותו לית לן למילף ספק טומא' ברה"ר מבועל אלא רק לדעת הסוברים דאיסורא של הבועל אינו תלוי בבעל וכן נראה דעת התוס' שם ד"ה מפני ע"ש:

והנה ראיתי להר"ן ז"ל בסוף פרק האשה ניקנית גבי הא דאמר רב אסי אמר ר' יוחנן ערלה בחו"ל הלכה למשה מסיני וכו' וכך נאמרה ספקה מותר ודאה אסור שכתב ויש שלמדו מכאן דמאי דאמרינן ספיקא דאוריית' לחומרא דבר תורה היא ולא מדברי סופרים דהא אמרינן הכא שהוצרכ' הלכה להתיר ספיקא ואי מהא לא איריא דהכא איצטריך למישרי כל שנולד בו שום ספק בעולם כו' ואפילו קרוב לודאי ואפילו לספוקי להדדי נמי שרי ואלו בשאר איסורין ודאי עובר משום לפני עור עכ"ל מבואר בדבריו דהיכי שהתירה התורה בפירוש את הספק יותר מותר משאר ספק היכא דאמרינן ספיקא להקל ולפ"ז:

ספק טומאה ברה"ר דילפינן מסוטה לטהר הא הוה ודאי טהור כמו דספק טומא' ברה"י הוא ודאי טמא דעשאן הכתוב כודאי הכא נמי ספק טומא' ברה"ר או דבר שאין בו דעת עשאן הכתוב ודאי טהור דמ"ש ולפ"ז קשה לי מ"ש התוס' שם דהיכי דאיכא חזקת טהרה לא צריכנא למילף מסוטה אלא בלא"ה מטהרינן משום דמוקמינן אחזקתה הא

שפיר איצטריך כדי לעשותה ודאי טהור ואי מטעם חזקה הוה רק ספק טהור אך יש לומר דכן הוא הדברים דכיון דילפינן מסוטה דברה"ר הוה ודאי טהור שוב ממילא אין חילוק בין איכא חזקת טהרה לבין היכא דליכא חזקת טהרה דוגמא לזה כתבו בתוס' שם בסוף דבריהם וא"ת כל ספק טומאה ברה"י מנ"ל דטמא היכא דאיכא חזקה אי מסוטה הא איתרע לה חזקה וי"ל דגמרינן שפיר מסוטה דעשא' הכתוב כודאי ולא מוקמינן לה אחזקתה ואע"ג דאיתרע לה חזקתה מ"מ אי מוקמינן לה אחזקתה לא היה לה להיות ודאי טמאה כו' ע"ש א"כ ה"ה לענין ספק טומא' ברה"ר או דבר שאין בו דעת לשאול אי ילפינן לה מסוטה למיהוי ודאי טהור שוב אמרינן גם בליכא חזקת טהרה נמי טהור ודאי אך כ"ז תליא בדבר מה שחקרו האחרונים בענין חזקה דמעיקרא אם החזקה נחשב כמו בירור ומכריע את הספק או לא הוה מכריע רק אין להוציא הדבר מחזקה כ"ז שלא נתברר הדבר היפך מהחזקה דמעיקרא והסכמת כולם דחזקה לא הוה מטעם בירור זולת כאופן השני שאין אנו יכולים להוציא הדבר מחזקתו הראשונה עיין ש"ש שמעתתא ז' פ"ב ולפ"ז עולים יפה דברי הר"ן ז"ל דהיכי דנאמר' הלכה דספיקא שרי לא אסר רחמנא אלא ודאי אבל כל שיש איזה צד ספק שרי דוגמא שכתבו התוס' בענין פקו"נ ביומא דף פ"ה ד"ה ולפקח אומר ר"י דהיינו טעמא דאין הולכין בפ"כ אחר הרוב משום דכתיב (ויקרא י"ח) וחי בהם ולא שימות בהם שלא יוכל לבוא בשום ענין לידי מיתת ישראל ודוגמא לזה איתא בשטמ"ק ב"מ דף ו' גבי עשירי ודאי ולא עשירי ספק ע"ש ולפ"ז לא נתברר לי מ"ש התוס' שם כו' דההוא דמתניתין דטהרות פ"ג דתינוק שנמצא בצד העיסה דמטהר ר' מאיר משום שאין בו דעת לשאול מטעם סמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא דאדרבה למה לי' לר' מאיר לומר מטעם סמוך מיעוטא לחזקה כיון דילפינן מסוטה היה לנו לטהר ודאי גם נגד הרוב ואפילו קרוב לודאי כמו שכתב הר"ן הנ"ל גבי ספק ערלה בחו"ל וצ"ע ואנכי לא באתי אלא לעורר:

והנה בתשובת שבות יעקב חלק א' סי' צ"ד הביא בשם תשובת מהר"א ששון סי' קצ"ו שהי' מחלוקת בין החכמים בזינתה וחזרה וזינתה אם היא נאסרת לבועל שני שיש מי שאומר דכיון שכבר נאסרה לבעלה ע"י בועל הראשון לא נאסרה לבועל שני והגאון בעל ש"י כתב כי נראה דין זה נתברר מש"ס ערוכה דסנהדרין דף מ"א ע"א מהא דפריך הגמרא והא יכולין לומר לאוסרה על בועלה שני באנו הרי מבואר דגם בכה"ג שנאסרה לבעלה ע"י בועל ראשון מ"מ נאסרה גם לבועל שני והביא מ"ש בספר שער אפרים בקונטרס אחרון בישוב דבר זה גם בספר מנחת אהרן על סנהדרין מחו"ז הגאון ר' אהרן פאדווא מבריסק מישב קושיא זו דהא על כרחך מיירי הש"ס שהעדים האחרונים מעידין שזינתה

עוד בזמן הקודם ממה שהעידו עדים ראשונים דאי לאו הכי הא כבר היא בעולה וליכא חיוב סקילה א"כ לפי דבריהם אסרוה לבעלה ושוב דחה תירוץ זה דהרי משכחת לה שבא עליה שלא כדרכה ועדיין היא בתולה דס"ל לרבנן שם דף ס"ו דכולם בסקילה:

אבל לפענ"ד אם כי לא נמצא ת"י ספר מהר"א ששון לעיין בדבריו באיזה אופן נחלקו החכמים בדבר זה מ"מ אני אומר כי יש לחלק הענינים דלעולם היכי שיש עדים שנבעלה להבועל שני פשיטא שנאסרה אע"פ שכבר נאסרה לבעלה מחמת הזנות בפעם ראשון כיון דאי מיתזמי עידי קמאי נאסרה על ידי עידי בתראי וכמ"ש התוס' סנהדרין דף פ"א ד"ה ונגמר דמהאי טעמא חשיבי עידי בתראי עדות שאתה יכול להזימה דאל"ה מצי למימר גברא קטילא בעי למיקטלא ע"ש א"כ כל עיקר מה שבאו להעיד הוא רק אי יזימו קמאי אמנם בגונא דליכא עידי זנות אלא רק עידי קינוי וסתירה בזה אינה נאסרת על השני כיון דלבעלה כבר היא אסורה והטעם בזה דבאמת מה שאסרה התורה לזה שנסתרה עמו הוא רק גזירת הכתוב דכיון שלבעלה עשאה הכתוב כודאי ממילא נאסרת גם על הבועל אבל היכי דלבעלה אין נ"מ כלל שכבר היא אסורה לו שוב אין טעם לומר דעשאה הכתוב כודאי לגבי זה ואפילו לפי מה שהבאתי למעלה דעת המפרשים דאיסור הבועל אינה תליא באיסור הבעל זהו רק היכי שודאי זינתה אי יודע הבעל בעצמו שאשתו זינתה אסורה היא לבעלה אבל אנן לא מצינן לאוסרה עליו כיון שלא נתברר שנבעלה מאתו רק משום קינוי וסתירה לחודיה יש לומר דלא סגי לאוסרה עליו וגם הכי מסתברא כיון דעתה ליכא גבה כל דיני סוטה מחמת שכבר היא אסורה על הבעל:

סימן ד

באה"ע סי' כ"ח סעי' כ"א פסק המקדש באיסורי הנאה דרבנן לגמרי שאין לו עיקר מה"ת מקודשת ואם בחמץ דאוריית' ושעות דרבנן או בחמץ דרבנן ושעות דאוריית' ספק מקודשת ותמהי ע"ז הא בש"ס דפסחים איתא בהדי' דרב גידל אמר רב המקדש בחיטי קורדנייתא משש שעות ולמעלה אינה מקודשת. ונ"ל ליישב דהנה דעת הטור באו"ח סי' תמ"ב דחמץ דרבנן מותר לשהויי לאח"ז ולכאורה קשה דא"כ יהי' מהני הקידושין כיון דיכולה להנות אחר הפסח וכבר עמד ע"ז הישוי"ע בסי' כ"ח הנ"ל אמנם באמת לא קשה דהא רב ס"ל כר' יהודא דחמץ לאחה"פ אסור לכן אין תועלת בשהייתו אבל לפי"ז יקשה האיך מייתי הש"ס לדידן דקי"ל דמותר לאחה"פ אמנם יש לומר דהכי פירושו דהש"ס דמזה ראי' דאינו יכול לבטל דאל"ה הא רב אחא ב"י סבר דחמץ של אחרים מותר לאחה"פ א"כ אמאי אינה מקודשת הא בידה לבטל ויהי' של אחרים ותהי' מותר לאחה"פ דמסתברא דלרב אחא ב"י גם חמץ של ישראל לאחר ביטול חשיב של אחרים

כיון שאינו עובר בב"י וב"י ה"ה דשרי באכילה לאחה"פ דהוא מקיש שאור דאכיל' לשאור דראי' ואיתא במג"א דחמץ של ישראל שביטל אסור לישראל אחר לזכות בו לאחה"פ ובזה מיושב קושיית הישוי"ע דאי הטעם משום מקח טעות מאי מייתי ראי' לביטול ולפי האמור ניחא דאי מצית האשה לבטל הא לא הי' מקח טעות דיכולה לאכול כמו שהוא בעין:

סימן ה

כבוד ידידי הרב המאוה"ג חוב"ק הישיש כש"ת מו"ה יוסף יצחק הכהן נ"י אבד"ק יאניב: ע"ד שאלתו שאלת חכם באשה אחת שהיה לה מחלוקת עם בעלה עד שבעלה נפרד מאתה והוא היה אצל אחיו והיא אצל אביה והיו בפירוד קרוב לשתי שנים ואז ילדה וכל העיר היו מרננים כי הולד הוא מאיש אחר שהי' גס בה ומחמת הבושה ברחה לאמעריקא ולא נודע מקומה איה והוא יושב גלמוד זה כששה שנים וע"כ העיר כ"ת שיש להתיר שישא אשה אחרת ע"י זיכוי הגט להאשה הלזו כמ"ש הרמ"א באה"ע סי' קמ"ו כי קרוב לודאי שהרתה לזנונים: והנה כבר כתבתי לכ"ת לשאול אם יש איזה בירור שהאשה זינתה והשיב כ"ת ע"ז כי תמה תמה יקרא עלי הא קרוב לודאי שהילד אינו מהבעל כיון שהיה בפירוד כשתי שנים וגם מקודם הי' ביניהם קטטות ומריבות ומה צריך א"כ עוד בירור יסלח לי כ"ת איך עלה על לבו לחשוב כן ואנכי לא מצאתי אף שמץ מנהו שיהא כדאי לחשוד את האשה שהיא זינתה תחת בעלה ואחרי כי לא ראיתי שיזכור כ"ת שהבעל טען שהילד איננו ממנו ושלא בא אליה כל אותו הזמן ומה שהי' רינון בכל העיר כשנולד הילד שהוא אינו ממנו לפענ"ד אין להשגיח כלל כי הרינון נעשה בשביל שלא דרו יחד אבל מצד הדין פשיטא דאמרינן דהבעל בא עליה בצינעה אחרי שדרו שניהם בעיר אחת ויותר מזה כתב הפנ"י גיטין י"ח ד"ה בא"ד דאפילו כשהיה בעלה במדינת הים מהימן לומר שבא אליה בצינעה ע"ש וכ"ש כששניהם בעיר אחת אמרינן שבא אליה בצינעה וכי כל כך ניקל לשווי' בת אברהם אבינו לזונה ובפרט כי לא נזכר בשני מכתביו שראו בה מעולם דברים מכוערים ומה שברחה לאמעריקא מחמת הבושה אין ראיה דאפילו אם היא בעצמה יודעת שהרינון הוא עלילת שקר עכ"ז אחרי שמרננין עליה היתה בושה וברחה ומה תעשה כשהיא מהצועקין ואינן נענין מעתה אין לדון כלל שיזכה לה גט ע"י אחר אפילו להמתירים שהביא הרמ"א באה"ע סי' קי"ח זהו דוקא באשה הנאסרת על בעלה אבל מי אסר להאשה הזאת על בעלה אפילו במי שאומר שראה שזינתה אשתו דמבואר בסי' קט"ו דחייב להוציאה אטו נימא דיכול לזכות לה גט ע"י אחר וכי על פיו אנו חיין:

עוד הביא המהרי"ק בשורש ק"ז בשם רבינו שמעון מינבילא דבזה"ז דאיכא חרם דרגמ"ה גם באוסר אשתו עליו אינו מהימן דאם אתה מאמינו מה הועיל ר"ג מ"ה בתקנתו כל אחד יאמר כן כדי לגרשה בעל כרחו ומשו"ה תקנו שלא להאמינו כמו שאין להאמין להאשה שאומרת טמאה אכי לך למשנה אחרונ' ע"ש וע' בשו"ת רע"א סי' פ"ח וצ"ט שפלפל קצת בדבריו ולפענ"ד יש לעורר עליו מהא דאיתא בסוף גיטין דף צ' במתניתין בית שמאי אומרים דלא יגרש אדם את אשתו אלא אם כן מצא בה ערות דבר ואיתא בגמרא דב"ש סבירא להו ג"ש דבר דבר וממון דדוקא ע"י עדים ברורים. והנה פשיט' דלאו דוקא עידי זנות אלא אפילו עידי קינוי וסתיר' דג"כ נאסר' עליו וכן איתא בהדיא בספר פ"י וז"ב והנה הפ"י נתקשה דל"ל קרא דפשיטא דאין לאסור אשה ע"י ע"א כמו שאר איסורים באיתחזק היתרא כדאיתא ביבמות פ"ח ע"ש אבל לפע"ד י"ל בפשיטות דקרא אתי שלא נימא דהבעל נאמן ע"פ עצמו לומר שראה שזינת' והנה הפ"י כתב דב"ש דסביר' להו דלא יגרש אלא בערות דבר זהו דוקא בעל כרחה אבל מדעתה גם ב"ש מודי דמצי לגרש בלי ערות דבר. לפי דבריו ס"ל לב"ש כמו לדידן אחר גזירת רגמ"ה ואם נימא כדעת ר"ש מינבילא וכן דעת רבינו יוסף במרדכי פרק האומר בקדושין דכיון שאינו יכול לגרשה בע"כ לא מהימן לומר שראה שזינתה אשתו למה להו לב"ש הך ג"ש דדבר דבר הא לדידן דלית לן שום לימוד ג"כ מצד הסברא אמרינן דבזה"ז שאינו יכול לגרש בע"כ לא מהימן וה"ה לב"ש מדאורייתא ולמה בעינן ג"ש אלא מוכח דב"ש ס"ל דלא יגרש אפילו מדעתה אלא בערות דבר ומשו"ה שפיר בעינן ג"ש ודלא כפ"י:

והנה יש לומר דדוקא בזה"ז לאחר גזירת רגמ"ה דאסור לישא שתי נשים אמרינן דאין הבעל מהימן לאוסרה משום דאמרי' עיניו נתן באחרת כמו בטמאה אני לך דאמרינן עיניה נתנה באחר אבל לב"ש דאע"ג דאינו יכול לגרשה בע"כ מ"מ הא מותר לישא שתי נשים א"כ לא שייך עיניו נתן באחרת דהא יכול לישא אותה האחרת ולפי"ז יצמח לנו לפי מה שפסק המחבר באה"ע סי' א' דחרם של שתי נשים לא גזר רגמ"ה אלא עד סוף אלף החמישי אבל גזירה שלא לגרש בע"כ לכו"ע לא קבוע לה זמן שוב חזרה ההלכה למקומה דמהימן הבעל לומר שראה שזינתה אשתו:

אמנם מדהביא המהרי"ק את דברי הר"ש לענין דינא בזה"ז והמהרי"ק היה באלף הששי ש"מ דלא נחית לחילוק זה ואין לומר דהמהרי"ק היה סובר כמו שמביא הרמ"א שם בהגה"ה דמ"מ נתפשט האיסור גם אח"כ דא"כ לא היה המחבר סותם דבריו והיה כותב דממהרי"ק מוכח דגם אחר עבור אלף החמישי ג"כ אסור לישא שתי נשים אלא עכצ"ל דעכ"פ דמצד איסור לגרש בע"כ לבדו סובר הר"ש מינבילא דשוב אין הבעל מהימן לומר

שאשתו זינתה דזה חשוב כמו שרוצה לגרשה בע"כ דוגמא לזה איתא בב"מ ק"א ע"ב האי לנקטי' בכובסי' דלשבקי' לגלימא ע"ש ברש"י:

עוד יש לעורר בהא דאיתא בריש פרק האיש מקדש דף מ"א שליחות מנ"ל אמר קרא ושלחה מלמד שהוא עושה שליח כו' אשכחן גירושין קדושין מנ"ל ומשני אמר קרא ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה ע"ש ומזה יש לעורר לפמ"ש הנו"ב דבשליחות בע"כ בזה"ז לאחר חרם דרגמ"ה הגט בטל דאין שליח לדבר עבירה וכן הביא בשם התוס' ב"מ דף י' ע"ב ד"ה דאמר לתירוץ הב' ע"ש א"כ מנין לב"ש דאפשר לקדש ע"י שליח דלדידהו איך אפשר למילף קידושין מגירושין הא בגט גופא אי אפשר לגרש אלא א"כ מצא בה ערות דבר ובכה"ג שפיר מצי משוי שליח אבל בלא ערות דבר אע"ג דאם עבר וגירש הבעל בעצמו בדיעבד מתגרשת כמו דמסיק התם הש"ס מ"מ ע"י שליח לא מהני אף בדיעבד לדעת הנו"ב דהא אין שליח לדבר עבירה אבל בקדושין אימת אתה רוצה לומר דמהני ע"י שליח הא על כרחך רק כשהאשה מותרת לו דבגוונא שהיא ערוה אפילו רק חייבי לאוין וקדושין תופסין מ"מ לא מהני ע"י שליח מטעם אין שליח לדבר עבירה אלא ע"כ באשה שהיא כשרה לו ובכה"ג גם בגירושין לא מהני ע"י שליח ואיך מקשינן הוי' ליציאה מה דלא דמיא להדדי כלל דבגירושין שנעשית ערוה הלא איכא מצוה לגרשה משו"ה הקל הכתוב דיכול לגרשה ע"י שליח אבל לא בקדושין ואפילו אם נימא דגם בקדושין איכא מצוה משום מצות פו"ר מ"מ יש להקשות תינח אם לא קיים מצות פו"ר דאיכא מצוה אבל כשכבר קיים מצות פו"ר כגון שיש לו אשה ובנים הא לא הוה דבר מצוה כמ"ש התוס' בביצה ל"ו ד"ה והא מצוה מנ"ל לב"ש דאפשר לקדש ע"י שליח דלמא שאני גירושין דמצוה לגרשה אבל לפמ"ש הפ"י בחידושיו שם בסוגיא דגיטין דהא דסברי ב"ש דלא יגרש אדם את אשתו אלא א"כ מצא בה ערות דבר זהו דוקא במגרש בע"כ אבל מדעתה גם לב"ש מותר לגרשה בלא ערות דבר שפיר ניחא אבל גם הפ"י לא כתב רק דש"ס בבלי סבירא להו הכי אבל בירושלמי מפורש בהדיא דגם מדעתה ס"ל לב"ש הכי מדמקש' דל"ל קרא מחזיר גרושתו תיפוק לי' דהוה סוטתו הובא בתוס' שם אולם עיינתי בירושלמי ושם לא יליף קדושין מגירושין:

אולם יש להשיב דהא שמאי הזקן סבר בקידושין דף מ"ג לחד שינויא דיש שליח לדבר עבירה ומסתמא גם ב"ש ס"ל כרבם שמאי הזקן א"כ גם בדיעבד אם לא מצא בה דבר ערוה וגירש ע"י שליח צריכ' להיות מגורשת כאלו גירש בעצמו אבל מ"מ לאידך שינויא דסבר שמאי הזקן גם בדיני אדם אמרינן דאין שליח לדבר עבירה יש לעורר כנ"ל ודו"ק:

והנה זה כבר הקשה לי חכם אחד לב"ש דסבירא להו בגיעין דף צ' ע"א דלא יגרש אדם את אשתו אלא א"כ מצא בה ערות דבר איך יפרנסו מקרא מלא בפרשת אמור ובת כהן כי תהיה אלמנ' וגרושה וזרע אין לה ושבה אל בית אביה כו' הא לב"ש היא זונה ואסורה לתרומה ואיך אפשר שתהא שבה אל בית אביה לאכול:

בתרומה הנה לפי מאי דמסיק הש"ס דאי עבר וגירש מה דעביד עביד הא לא קשה כלל אלא הקושיא אס"ד דהש"ס דלמה לא פשיט ליה מקרא דפ' אמור המוקדם בתורה אך גם בזה י"ל שהיה אפשר לומר דאיצטריך קרא דושבה אל בית אביה דגירשה עפ"י עדי זנות ואח"כ הוזמו העדים דבכה"ג גם להס"ד מה דעביד עביד כיון שהוא גירשה עפ"י דתה"ק ועד כאן לא קא מיבעיא ליה אלא אי עבר וגירש באיסור אבל אי גירש בהיתר עפ"י עדים לא עלה על הדעת כלל לומר דאם יזמו העדים יהא הגט בטל כיון דקרא כתיב ומצא בה ערות דבר וכתב לה ספר כריתות א"כ הרי בכה"ג בשעת כתיבת ונתינת הגט היה בה ערות דבר פשיטא דהגט כשר. אמנם אי קשיא הא קשיא על הירושלמי והובא בתוס' שם ד"ה מה דפריך דאמאי איצטריך קרא דלא יוכל בעלה הראשון אשר שלחה לשוב לקחתה תיפוק ליה דבלא"ה אסור להחזירה משום איסור סוטה אמאי לא פריך מקרא דושבה אל בית אביה אמנם על הירושלמי מעיקרא לא קשיא דהירושלמי אזיל בשיטתיה דאי עבר וגירש מה דעביד עביד כפי מסקנת הש"ס בבלי ומשו"ה פריך רק ממחזיר גרושתו ופשוט ועוד נ"ל דלכאורה קשה לפי מה שהקשו התוס' בתמורה דף ה' ע"א ד"ה מיתיבי אונס שגירש כו' וא"ת כיון דלא מהני גירושין ליחייב הבא עליה משום אשת איש אפילו קודם חזרה וכהן נמי אמאי לוקה ואינו מחזיר הו"ל דלא חל הגט כלל וי"ל דאיתקש גירושין למיתה כו' ע"ש א"כ מאי קא מיבעיא הכא בגיטין עבר וגירש מאי הא פשיטא דלא עדיף לב"ש מאונס שגירש לדידן ע"כ נ"ל דאיבעיא דהש"ס ג"כ רק אי עבר וגירש נימא דלא מהני וחייב להחזירה לב"ש כמו לדידן אונס שגירש וע"ז משני מדגלי רחמנא גבי אונס שגירש דכל ימיו בעמוד והחזר קאי מכלל דהכא מה דעביד עביד ועפ"ז ניחא מה דלא מייתי הש"ס ממחזיר גרושתו או מגרושה לכהן ודו"ק:

סימן ו

להרב הונאה"ג כו' מו"ה נחמן כהנא אבד"ק ספינקא במדינת אונגארן:

בדבר האיש אשר לא זכה להבנות וציוו עליו הרופאים שיתן להם איזה טיפי זרעו כדי לעמוד על הבחינה ולהכיר מהות זרעו למען ידעו איזה מיני רפואות נאותים לרפאותו וכבר בחנו את אשתו כי היא בריאה ומחמתה אין המניעה להוליד כשאר נשים הבריאות

והמניעה ודאי רק מצידו והאיש הנ"ל הוא י"א ובא לשאול אם מותר עפ"י דתוה"ק להוציא זרע לבטלה בתוך כלי למסור להרופאים:

והנה כ"ת העיר ממ"ש הב"ש באה"ע סי' כ"ה היכי שמצאה האשה דם על העד אם רשאי להוציא זרעו של האיש ה אם אין הדם יוצא ממנו וע"ז הביא מש"ס דיבמות ע"ו שאם ניקב הגיד ונסתם אמר רבא בדקינן ע"י שמניחים נהמא חמימי דשערי אבי פוקרי ומקרי וחזינא לי' ואביי אמר התם דמעבירין לפניו בגדי צבעונין ופירש"י ויהרהר ויוציא זרעו וסיים הב"ש ויש לדחות ע"ש וכ"ת כתב דיש לדחות משני טעמים חדא די"ל דשאני התם שיהא אסור לבוא בקהל לעולם ושנית י"ל דבנידן הב"ש אפשר לבדוק ע"י שפופרת וע"ז יסלח לי כ"ת דאין ענין בדיקת שפופרת לנידן הב"ש דבדיקת שפופרת מהני ברואה דם מ"ת לענין להתירה לבעלה אחר ספירתה אבל הב"ש לא מיירי מזה רק שיש מקום לתלית שהדם הוא ממנו והיא מותרת תיכף בלי ספירת ז' נקיים אלא ע"כ דהחילוק הוא משום דהכא אפשר שתטהר לאחר שתספור ז' נקיים ולפי"ז ברואה דם מ"ת ג' פעמים שפיר דמי להך דיבמות דמותר להוציא זרעו לברר אולי הדם ממנו ואע"ג דאפשר לו באחרת זה לא חשוב אפשר דקשה גירושין לישראל כו':

והנה בנידן השאלה שלפנינו נראה לפענ"ד ברור שמותר לו להוציא זרע לצורך רפואה דאנן לא מצינו דאסור רק כמעשה ער ואונן כדאיתא ביבמות דף ל"ד ע"ב והתם כתיב ושחת ארצה דהוי דרך השחתה ובכה"ג שנצרך לרפואה לתקוני להאי גברא הא לא הוי השחתה ומצאנו דוגמא לזה גבי איסור מחיקת השם שכתב הרמב"ם ז"ל בהל' יסודי התורה פרק ו' הל' ז' הסותר אבן אחת דרך השחתה כו' וכן השורף עצי הקדש דרך השחתה לוקה ומזה למדו הפוסקים דלצורך תיקון שרי עי' יור"ד סי' רע"ו וכן גבי איסור לקוץ עץ מאכל כתבו הפוסקים דדוקא דרך השחתה אסור דכתיב לא תשחית אבל לקוץ לצורך מקומו שרי דכעין זה לא חשוב השחתה רק תיקון עיין טו"ז יור"ד סי' קט"ז ובשו"ת חוו"י סי' קצ"ה וכיון דיש תיקון אינו בכלל השחתה וה"נ כיוצא בזה וגם הב"ש אע"ג דכתב ויש לדחות הראי' מיבמות מ"מ מגוף הדין לא נחית אלא כל שעושה לצורך תשמיש ליכא איסור דהשחתת זרע ועי' מ"ש הח"מ והב"ש באה"ע סי' כ"ג שמי שמתירא שלא יכשל באיסור א"א או בנדה מותר להוציא ש"ז לבטלה וכן משמע ממה שכתבו התוס' שם ביבמות ד"ה ולא עוד אמר ר"י דלא חשוב כמעשה ער ואונן אלא כשמתכוין להשחית זרע ורגיל לעשות כן תמיד אבל באקראי בעלמא ומתאוה לבוא על אשתו שלא כדרכה שרי כו' ע"ש ומלשון כשמתכוין להשחית מוכח דכונתם דדוקא בכה"ג אסור

ואע"ג דהתוס' מיירי באשתו מ"מ הא עיקר האיסור דהוצאת שכבת זרע לבטלה אנן ילפינן ממעשה ער ואונן:

והנה ביבמות דף כ' ע"ב מסיק הש"ס באלמנה לכ"ג דגזירה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' וכתבו בתוס' ד"ה אטו לאו דוקא נקט ביאה שני' דהא אפילו גמר ביאה ראשונה אסור דיבמה נקנית בהעראה והוה מצי למימר אטו גמר ביאה עי"ש ולכאורה קשה איך שרי כהאי גוונא הא הוי לי' כמעשה ער ואונן דש מבפנים וזורה מבחוץ כדאיתא ביבמות ל"ד ע"ב דהא פשיטא דע"י העראה בא לידי הוצאת ז"ל בין למ"ד העראה זו נשיקה ובין למ"ד זו הכנסת עטרה וגם קיימ"ל דהעראה זו הכנסת עטרה ומוכח דכל שעושה לצורך תיקון לא מיקרי השחתה ואע"ג דהתוס' ביבמות שם כתבו לתרץ בתירוץ הראשון בשם ר"י ז"ל דההיא עובדא בנדרים דף כ' ע"ב דאמרה שולחן ערכתי לו והפכו דהתם מיירי שלא בהוצאת זרע דשרי דכיון דליכא השחתת זרע לא הוה כמעשה ער ואונן ע"ש מ"מ נראה שזה דוחק גדול להכי מהדר הוא ז"ל אחר תירוץ אחר אבל עפ"י רוב ע"י העראה בא לידי הוצאת זרע ועי' בנדה דף י"ג א"כ קשה האיך אפשר שיהי' מותר לכתחילה לקיים מצות יבום ע"י העראה וביחוד לפמ"ש הרשב"א ז"ל בחי' לחולין דף צ"ח בסוגיא דזרוע בשלה דאמרינן התם חידוש הוא וכתב הוא ז"ל והא דאמרינן חידוש הוא שחידשה בו תורה שזה מצוה לבטל משא"כ בשאר איסורין דמ"מ גנאי היא לבטל איסור לכתחיל' וכאן מצוה לבטלו ע"ש וכאן אפשר בחליצה אבל לפי האמור שפיר ניחא דשאני הכא דכל שאינו מתכוין להשחית הזרע אלא לתכלית טוב ליכא איסור כלל וכ"ש לצורך מצות יבום דזהו תיקון ואין כאן השחתה:

ואל תשיבני הא התם איתא כל כ"ד חודש דש מבפנים וזורה מבחוץ אמרו לו הללו אינו אלא כמעשה ער ואונן ולפי הנ"ל הא כאן הוה לצורך תיקון שלא תתעבר ותגמול את בנה דיש לומר דהתם שאני דס"ל לרבנן שומר פתאים ה' כדאיתא לעיל י"ב ע"ב ועוד דהתם שאני שהוא עושה זמן רב כ"ד חודש וגם הענינים חלוקים הם דהתם זהו הוא עיקר התכלית שמתכוין להשחית הזרע שלא תתעבר:

והוה כמו לא אפשר וקא מכוין משא"כ היכא שהוא עושה בשביל תכלית אחר ואין כונתו כלל להשחית וחשוב כמו לא אפשר ולא קא מכוין עי' פסחים דף כ"ה ע"ב:

עוד אמינא דלשון הש"ס והפוסקים מוציא ש"ז לבטלה מורה ג"כ דרק לבטלה אסור אבל כשאינו עושה הדבר לבטלה אלא לצורך דבר גדול לא הוי בכלל לבטלה וכן נמי יש להוכיח קצת מדברי התוס' שבת קי"ח ע"ב ד"ה אלו הי' אומרים חברי עלה לדוכן לא ידע ר"י מה איסור יש בזר העולה לדוכן אם לא משום ברכה לבטלה כו' ועי' במהרש"א

שמדברי התוס' משמע שהי' מברך וז"א דודאי משום דלא עבר על דברי חבריו לא עבר על לאו דלא תשא עיי"ש ודוחק אלא נ"ל דסבר ר' יוסי דדוקא לבטלה הוא דאסור אבל היכא דלא היי לבטלה שרי ומשו"ה ס"ל דנשים סומכות רשות דלא חשוב לבטלה כיון שכונתם לשם שמים ויש מזה תועלת לעורר את לבבם לירא את הש"י ועי' במג"א בהלכות נשיאות כפים סי' קכ"ח ובנדה י"ג ע"א איתא א"ר יוחנן כל המוציא ש"ז לבטלה חייב מיתה ר"י ור' אמי אמרו כאילו שופך דמים כו' ר' אסי אמר כאילו עובד ע"ז והנה להטעם של ר"י ור' אמי בודאי מסתברא לומר דכעין עובדא דידן שרי דאין כאן שפיכת דמים דאדרבה עכשיו אינו ראוי להוליד ועיקר מה שהוא עושה אינו אלא כדי שיהי' ראוי להוליד ואפילו גבי חילול שבת מצינו שאמרו חז"ל מוטב לחלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה ועי' במג"א סי' ש"ו דאם הוציאו בתו לעבירה מותר לחלל את השבת להצילה כדי שתשמור שבתות הרבה וכ"ש הכא דכיון שלפי החלטת הרופאים אינו ראוי להוליד אין כאן שפיכת דמים אבל לפי הטעם של ר' אסי דהוה כעובד ע"ז יש לומר דגם לרפואה אסור כיון דהוה כעובד ע"ז הא קיימ"ל בפסחים כ"ה דאסור להתרפאות בע"ז אבל כד דייקת בה ליתא שהרי התם מפרש הגמ' דקא מגרי יצה"ר אנפשי' כו' כך דרכו של יצה"ר היום אומר לו עשה כך ולמחר אומר לו עשה כך עד שאומר לו לך עבוד ע"ז עי"ש. והנה זה הלשון ממש איתא בשבת ריש פרק האורג ק"ה ע"ב גבי מקרע כסותו בחמתו והמשבר כלים בחמתו כו' דהוה כאילו עובד ע"ז כך אומנתו של יצה"ר היום אומר לו עשה כך כו' ומ"מ אמרינן התם דשרי לשבר כלים כדי למירמא אימתא אאינשי ביתי' עיי"ש הרי בהדיא דאם עושה כן לתכלית דבר טוב לא הוה בכלל מגרי יצה"ר אנפשי' ולא חשוב כאילו עובד ע"ז וא"כ ה"ה בנידן דידן שרי מטעם זה:

אמנם בזה יש לפקפק ולומר דהא דאמרינן הטעם כאלו שופך דמים וכאלו עובד ע"ז זה אינו אלא לפרש דמשו"ה חייב מיתה אבל מ"מ אפילו בלא הנך טעמי איסורא מיהא איכא חדא דאלת"ה יקשה הא דאסרו רבנן ביבמות י"ב לשלש נשים לשמש במוך הא התם לא שייך לומר הטעם דשופך דמים דהא אדרבה אמרינן מן השמים ירחמו שלא תתעבר ואילו הוה ידעינן שתתעבר בודאי הי' שרי לשמש במוך משום פק"נ אלא מוכח דעכ"פ איסורא מיהא איכא ומ"מ לצורך דבר נחוץ שרי אך אופן הוצאת הזרע לא יעשה ע"י משמוש ביד על האבר ממש אלא ע"י הרהור באשתו או ע"י חימום באברים הסמוכים לאבר תשמיש כי כן הוא בש"ס וביש"ש שם הנראה לפע"ד כתבתי וד' יצילני משגיאות ידידו:

סימן ז

בדבר האשה עלקא בת ר' יעקב קרייטער מפה לבוב שנגב' עדות בב"ד של שלש' כדת עדות' של האשה הנ"ל בעצמ' אשר זה כששה שנים בא אלי' מכתב מבני בעלה כי אביו ר' אלעזר יוסף הלך לעולמו וצוואת אביו קידם מותו הי' כי יודיע אחרי פטירת לאשתו עלקא בלבוב כי כבר מת למען תצא מכבלי העיגון והלכ' עם המכתב הנ"ל להאב"ד (הוא ניהו מו"ח ז"ל) ואמר לה האב"נ ז"ל שתמתין עוד שבועות כי צריך הוא לכתוב מכתב ולחקור אצל הרב של המקום שנפטר בעלה שם ואחר עבור איזה שבועות כאשר באה שנית להאב"ד ז"ל אמר לה שהיא מותרת להנשא לעלמא וגם נתן בידה כתב היתר בחתימת ידו שהיא מותרת לעלמא והכתב הלזה הי' בידה כמה שנים וגם כמה אנשים ראו בידה הכתב הלזה אך זה קרוב לשנה שנאבד מאתה הכתב הלזה כן העידה לפני הב"ד האשה הנ"ל. עוד העיד ר' אברהם שיינדלינג מפה שגם היא ראה המכתב שבא להאש' הנ"ל שמת בעלה הנ"ל והוא בעצמו נתן עצה להאש' הנ"ל שתלך עם המכתב להאב"ד וגם הראתה לו האשה הנ"ל אח"כ הכתב של האב"ד ז"ל בחתימת ידו אך כששאלו לו הב"ד אם קרא בעצמו את הדברים הנאמרים בכתב של האב"ד ז"ל ע"ז השיב כי לא קרא בעצמו אחרי שאינו יודע לקרות לשון הקודש אך האשה הנ"ל הגידה לו שזהו כתב היתר להנשא וחתימת יד של האב"ד ז"ל הי' מכיר בעצמו על הכתב שהי' בירה והמכתב שבא להאש' מאחד מבני בעלה קרא בעצמו כי הי' בכתב הנקרא יודיש כ"ז העיד ר' אברהם הנ"ל בתורת עדות כדת. עוד הגיד לי הרב ר' שמואל גאלדבערג כי ר' אהרן סאקאל סיפר לו אשר גם הוא ראה המכתב שבא להאש' הנ"ל אשר בעלה מת אך לא הי' בו שום חתימת יד אדם רק חותם הנקרא זיגעל ונתתי אל לבי לעיין בהתירא דהך איתתא וזה החלי בעזר הצור:

והנה לפענ"ד פשוט כי האשה עלקא הנ"ל מותרת להנשא לעלמא כאשר מפורש יוצא מש"ס ופוסקים האשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי ואפילו היא אומרת ששמע' מאיש אחר שמת בעלה ג"כ נאמנת עי' אה"ע סי' י"ז וא"כ בנ"ד לא מבעי' לדעת הסוברין בסי' י"ז סעי' י"א דאי נמצא כתוב בשטר מת איש פלוני תנשא אשתו אפילו אינו מקוים הרי יש להתיר בנ"ד מחמת המכתב שבא אלי' שבעל' מת אלא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל דאם אינו מקוים לא תנשא מ"מ בנ"ד כיון שהיא אומרת שכבר הי' לה היתר ב"ד מאת מו"ח ז"ל ואירכס פשיטא דהיא נאמנת ע"ז וכיון שנאמנת על דברי' אלו אין לנו למידק על מה הי' יסוד של זה ההיתר הלזה ומסתמ' קיבל הוא ז"ל תשוב ובירור מאת הרב דשם אשר בעלה מת ויותר מזה כתב הב"ש סי' י"ז אות כ"ב ואם אמרו לה דטבע בים והתירוה הב"ד

נאמנת עיין צמח צדק ע"ש והרי הדברים ק"ו דהשת' התם דהעדים אמרו שנטבע בים דהוי משאל"ס דלפי עדותן אין הדבר מבורר מאיזה טעם התירוה הב"ד שהרי קיימ"ל בש"ס ופוסקים דאם נטבע במשאל"ס אשתו אסור' ומ"מ כשאומרים שהב"ד התירוה נאמנים כ"ש בנ"ד שבודאי התיר אותה מו"ח האב"ד דפה ז"ל כדין ובפרט שאומרת אשר מו"ח אמר שצריך עוד חקיר' ודריש' לענין ההיתר:

שוב התבוננתי דיש מקום לדחות ראי' זו ולומר דהב"ש ע"כ מיירי בגונא שהאש' כבר נשאת לבעל דאי מיירי שעדיין לא נשאת באמת קשה על הב"ש איך מהני עדותה להנשא לכתחיל' הא כתב הרמ"א בסעי' ל"ד בשם הריב"ש ז"ל דבמשאל"ס אפילו התירוה ב"ד ולא נשאת לא תנשא לכתחיל' ע"ש א"כ לפי"ז אפילו היא נאמנת לא תנשא לכתחיל' אלא ע"כ מיירי הב"ש שכבר נשאת ומעתה שוב אפשר לומר דדוק' בדיעבד נאמנת לומר שהתירוה אבל לא להנשא לכתחיל'. אך באמת אין במשמע בדברי הב"ש דמיירי דוקא בנשאת כבר אלא משמע שאנו תולין לומר דמסתמ' חקרו הב"ד ונתברר לפניהם שבעל' מת בודאי כגון שהוציאי את הנטבע והכירו אותו שזה בעלה ואע"ג שאין העדים:

יודעין מזה מ"מ אנו אומרים שבודאי התירוה הב"ד כדין וה"ה בנ"ד כנ"ל: ודע דמה שמסיים הב"ש עיין צ"צ לדעתי ברור שאין כונת הב"ש שהצ"צ כתב מענין הלז אחרי כי אנכי חפשתי בספר הנ"ל ולא מצאתי שום דבר מזה אלא נרא' שכונתו בזה על מה שכתב הצ"צ בסי' מ' דבהיתר ב"ד בעינן חכם מפורסם בהורא' והב"ש בעצמו הביא דבריו שם אות ק"ג ע"ש וע"ז רמז הב"ש ג"כ הכא שצריכ' לומר שהב"ד שהתירוה הוא ב"ד מפורסם בהורא' דאל"ה לא הוה היתר כלל וז"ב לדעתי. ואין לפקפק בנ"ד מה שטוענת שנאבד ממנה הכתב היתר של מו"ח ז"ל דז"א דבזמן מרובה לא הוה כעין זה ריעותא כמו דאיתא בכתובות דף כ"ב ע"ב רב אסי אמר כגון דאמרי עדים עכשיו מת עכשיו גירשה מיתה ליכא לברורי גירושין איכא לברורי דאמרינן לה אי איתא דהכי הוה אחוי לן גיטך וכתב רש"י ז"ל דבשע' פורתא לא מהימנא למימר אירכס לי ע"ש מדבריו אלו נשמע דבזמן מרובה שפיר נאמנת למימר אירכס לי ודוק:

ואמינא להביא ראי' לזה דאשה נאמנת לומר שהתירוה ב"ד מיבמות דף קכ"א דההוא דהוי קאמר ואזיל מאן איכא בי חסא טבע חסא ואמר ר"נ אכלו כווריי לחסא מדיבוריי דר"כ אזלא דביתהו דחסא ואינסבא ולא אמר לה ולא מידי אמר ר"א ש"מ הא דאמרי רבנן משאל"ס אשתו אסורה הנ"מ לכתחל' אבל אינסבא לא מפקינן לה ע"ש וכתב המהר"ם בתשובת הגמ"י הלכות אישות דדוקא התם דטעת' בדברי ר"נ וסברי שר"נ התירוה להנשא אבל בעלמא במשאל"ס אי נשאת בעבריינות אפילו בדיעבד תצא ע"ש ומוכח

מזה דאשה עצמה נאמנת לומר שהתירוה ב"ד דאל"ה איך נשאת אשת חסא דנהי דטעת' וסבר' שר"נ התירה מ"מ לא נאמנת כלל והי' להם לשאול לר"נ אם אמת כדבריה וממילא הי' נתברר הטעות ודוחק לומר שהעידו עדים שר"נ התירה אך גם המה טעו בדברי ר"נ דלא משמע כן מהגמר' וגם מתשובת המהר"ם הנ"ל:

ואין להקשות לפי מ"ש שם בתשובת המהר"ם הנ"ל להוכיח דאי נשאת בלא רשות ב"ד בנטבע במשאל"ס אפילו בדיעבד תצא דאל"ה מה הועילו חכמים בתקנתם כל אחת ואחת תלך ותנשא בלי רשות ב"ד אלא ע"כ דאם נשאת בעבריינות תצא ע"ש ואי נימא דנאמנת לומר שהתירוה ב"ד יקשה סוף סוף מה הועילו חכמים בתקנתם הא אפשר שתערים ותאמר שהתירוה ב"ד הא לאו מלתא היא דרז"ל לא חששו למשקרת דהא אדרב' האמינו' לומר מת בעלי ותנשא על פיה ולא חיישינן שתשקר אי משום דאשה דייקא ומינסב' אי משום דמלתא דעבידא לגלוי' לא משקרי אינשי כמבואר בש"ס אלא המהר"ם לא כתב אלא אי נימא דאפילו אי נתברר שנשאת בעבריינות לא תצא בזה יש לחוש שתלך ותנשא אבל לפי האמת שאם נתברר שנשאת שלא ברשות ב"ד תצא תו לא חיישינן למשקרת דהא דייקא ומנסבא ומטעם דהוה מלתא דעבידא לגלוי' ודוק.

אמנם מה שעלה על לבי שיש לחקור בהא דקיימ"ל בש"ס ובשו"ע שם סעי' ל"ו דאי ע"א אומר מת וע"א אומר לא מת דאם כבר התירוה ב"ד לא תצא מהיתר' הראשון ע"ש אי בעינן בירור גמור עפ"י עדים שכבר התירוה ב"ד אבל אם האשה עצמה אומרת שכבר התירוה ב"ד או ע"א דעלמא מעיד כן לא מהימנ' או גם בזה האשה עצמה או ע"א דעלמא נאמנים. והנה לכאור' הדעת נוטה לומר כיון שאין אנו יודעים שהתירוה ב"ד אלא עפ"י ע"א או עפ"י האשה בעצמ' א"כ הרי לפנינו העד השני שמעיד שלא מת ומה עדיפותא לזה שאומר שהתירוה ב"ד מעד המעיד שבעל' מת כיון שיש כאן עד המכחיש שלא מת אבל מ"מ יש מקום בראש נמי למימר דע"י פיה נאמנת או העד אחד נאמן לומר שהתירוה ב"ד כיון דע"ז אין העד השני מכחיש וקימ"ל כדעולא דכ"מ שהאמינ' תורה ע"א הרי כאן שנים וחשיב כאלו נתברר ע"י עדות גמורה שכבר התירוה ב"ד דמותרת להנשא ודבר זה צריך תלמוד:

אבל בנ"ד נרא' לפענ"ד פשוט דנאמנת וכמו שהבאתי למעל' בשם הב"ש ועוד נרא' לי להביא ראי' מכתובות דף ע"ב דמוקי התם למתניתן דקתני ומשמשתו נדה כגון דאמרה פלוני חכם טיהר לי את הכתם ואזיל ושאלו ואישתכח שקרא ע"ש א"כ מבואר הדין דאשה נאמנת לומר שהתיר לי חכם כל זמן דליכא הכחשה ואין לומר דשאני הכא דהוה דבר שבערוה וגם איתחזק איסורא דא"א דזה אינו דהא הש"ס בריש פרק האשה רבה

מסיק דמשום עיגונא אקילו בה רבנן כמו בשאר איסורין וכן איתא בש"ס ריש גיטין ע"ש וכן ראיתי בספר עיגונא דאתתא ממהר"א אלפנדרי שמביא ראי' דבעיגונא היכי שהאש' אומרת ששמעה מאיש אחד שמת בעלה דאין צריך לשאלו ולברר אם אמת כדברי' מהך סוגיא דכתובות הנ"ל דמצינו שהאש' נאמנת לומר פלוני חכם טיהר לי את הכתם וא"צ לברר ע"ש ומוכח מדבריו ג"כ שאין לחלק כלל בין שאר איסורין להיתר עיגונא. ועוד ראי' מבכורות דף ל"ו במתניתן נאמן הכהן לומר הראיתי בכור זה ובעל מום הוא משום דהוה מלתא דעבידא לגלויי ע"ש חזינן דאף דאינו נאמן על נפילת מום מאליו משום דחשידי ע"ז מ"מ נאמן לומר שהתיר לו חכם א"כ כ"ש בעיגונא שנאמנת לומר מת בעלי פשיטא שנאמנת לומר שהי' לה היתר מב"ד ואל תשיבני דעובדא דידן שהאב"ד מו"ח ז"ל הלך לעולמו וא"כ כעת לא הוי מלתא דעבידא לגלויי דזה אינו דהא יש כאן עדים שהעידו שהאש' אמרה עוד בחיים חיותו של מו"ח ז"ל שהתירוה להנשא ואז בודאי היתה נאמנת שהרי הי' מילתא דעבידא לגלויי שהי' אפשר לשאלו וזה פשוט. כ"ז נראה לפע"ד וד' יצילני משגיאות:

סימן ח

כבוד ידידי הרב הגאון הגדול מופת הדור כו' מוה' יצחק שמעלקיס האב"ד דפה ק"ק לבוב:

ענותנותו דמר תרבני לעיין בתשובתו הרמתה בדבר תקנת העגונה האשה אסתר אשת ר' יצחק בן ר' יהושע שפירא מקראקא וזה אשר עלה במצודתי בעזהש"י: מ"ש הדר"ג לתמוה על הגאון מליסא ז"ל שכתב בנה"מ סי' מ"ו ס"ק י"ז לחלוק על הקצה"ח שכתב שיש לפשוט האסתפקתא של הב"י בשם התו' ברשע שאינו של חמס אם חיישינן לשמא זייף די"ל דדוקא ברשע דחמס חשוד למשקר בשביל הנאת ממון אבל רשע שאינו של חמס דלא פסול אלא מצד גזירת הכתוב דינו כמו בנעש' חתנו דסעיף ל"ה ופשיט הקצה"ח מהא דכתב הנ"י בפ' זה בורר דרשע שאינו של חמס דהוא רק משום גזירת הכתוב ליכא למיפסלי' בשאר איסורין דלא שייך עדות דאפילו עד אחד כשר ואפילו אשה ומזה הוציא הקצה"ח דרשע שאינו של חמס כשר לעדות אשה וע"ז כתב הנתיבות דלעדות אשה מודה הנ"י דאינו נאמן דחשוד למשקר מחמת שנתן עיניו בה כמבואר ביבמות ובאה"ע סי' י"ז דכל פסול דאוריית' פסול לעדות אשה והדר"ג תמה על דברי הנתיבות דהאיך חיישינן לזה הא קי"ל דהמעיד על האשה לא ישאנה ודוחק לומר דכיון דאם נשאת לא תצא לכן חיישינן והניח דברי הגאון ז"ל בדחוקים:

הנה לדעתי אין כוונת הגאון ז"ל דחיישינן שמא עיניו נתן בה לישאנה אלא כמ"ש רש"י ז"ל בסנהדרין דף כ"ו גבי החשוד על העריות דניחא לי' לשווי' פנויה דתהוי שכיחא לי' והנה לכאורה עלה על לבי דיש להעמיס: דבר זה בכוונת רש"י ז"ל דמשו"ה כתב דניחא לי' דתהוי פנויה ולא כתב דיש לחוש שמא עיניו נתן בה וישאנה הוא מטעם שהי' קשה לרש"י ז"ל קושית הדר"ג הא קיימ"ל המעיד על האשה הרי זה לא ישאנה משו"ה כתב דניחא לי' דתהוי פנויה אמנם בלא"ה ניחא דטעם שמא עיניו נתן בה וישאנה לא שייך אלא בע"א אבל בשני עדים שמעידין לא שייך טעם זה דהרי קיימ"ל דשני עדים המעידים שמת בעלה מותרת להנשא להם עיין אה"ע סי' י"ב וכאן משמע דאפילו שני עדים החשודין על עריות אינן נאמנים בעדות אשה וע"כ הטעם דניחא להו דתהוי פנויה ותהא שכיחא לכל אחד מהם וגם יש אופנים שאין חשש נשואין כגון במת בעלה והיא זקוקה ליבום או בגירשה בעלה והמעיד הוא כהן ומשו"ה נקט רש"י החשש דניחא לי' דתהוי פנויה:

ולפענ"ד יש לחקור איך הדין באשה החשודה על עריות ובאתה להעיד בעדות אשה שמת בעלה אם נאמר דרק באיש הפסול לעדות אשה מחמת שחשוד על עריות משום דחיישינן שמא משקר דניחא לי' דתהוי כויה אבל באשה חשודה ליכא טעם זה ובדקדוק אמר רבא ומודה ר"כ בעדות אשה היינו באיש החשוד אבל לא באשה החשודה או דילמא לא שנא דחז"ל לא הקילו באשה שתעיד יותר מבאיש וכיון דבכה"ג האיש אינו מהימן לא מסתברא שתהי' האשה נאמנת יותר מאיש וצ"ע:

אבל לדידי קשיא לי טובא בדברי הגאון מליסא ז"ל דלמה חיישינן בפסולי מחמת שאר עבירות לשמא עיניו נתן בה דחשש זה יש לחשוש בחשוד על עריות אבל לא היכא שנפסל מחמת שאר עבירה דמה שייך עבירות אחרות לענין שמא עיניו נתן בה ומה חילוק יש בין שאר איסורי דפסולי עבירה נאמנים להעיד לדעת הנ"י לעדות אשה שאין נאמנים ע"כ נראה לפענ"ד דיש לומר טעם אחר לחלק בין שאר איסורים לעדות אשה דבשאר איסורים קיימ"ל דע"א נאמן מה"ת דילפינן מקרא דוספרה לה כמ"ש התוס' והקדמונים אבל בעדות אשה דמה"ת בעינן שני עדים כשרים אלא שחז"ל האמינהו לע"א אפילו אשה או קרוב והטעם בזה הוא דמלתא דעביד' לגלויי לא משקרי כדאית' ביבמות קט"ו ע"א א"כ הנ"מ באנשים כשרים דלא משקרי במילתא דעביד' לגלויי אבל פסולים מחמת עבירה גבייהו ליכא הך כללא דמלתא דעביד' לגלויי לא משקרי שהרי חזינן דלא חשו על נפשייהו לאיתרע הימנותא דידהו שהיו להם ע"י עבירה שעשו להיות נפסלים לכל עדות שבתורה וכמו כן יש לחוש דאינם חוששין להיות משקרים גם במלתא דעביד'

לגלויי ובלא הך טעמא לא התירו לסמוך בעדות אשה כיון דמדאוריית' בעינן שני עדים כשרים ורק משום עיגונא הקילו בה רבנן רצו חז"ל עכ"פ לאמת הענין ביותר ע"י הך סברא דמלתא דעבידי לגלויי לא משקרי ואע"ג דבשאר איסורין אמרינן דכל אדם מהימן ולא חיישינן למשקר הכא בעדות אשה חיישינן יותר ובפסולי עדות לא אמרינן הך סברא דמלתא דעבידי לגלויי לא משקרי כיון דבלא זה לא מהמנינן לי' לשום עדות דבעינן כשרים משא"כ בשאר אדם אמרינן דלא משקר במלתא דעבידי לגלויי שיהיו נפסלים לעדות משא"כ בזה שכבר נפסל ודו"ק: ולפי"ז מסתברא לומר דתליא דבר זה בפלוגתא דאביי ורבא דלאביי דשאר פסולים דלאו דחמס פסול לכל עדות שבתורה יש לומר דגם בעדות אשה פסול דליכא למימר מלתא דעבידי לגלויי לא משקרי כיון דכבר נפסלים אבל לרבא דכשר בשאר עדות גם בעדות אשה כשר דלדידיה איכא הך סברא דמלתא דעבידי לגלויי לא משקרי ולא מרעי אינש הימנותא דידיה:

ובזה נמי ניחא מה שהקשה הח"מ בס"ק ט' בסי' י"ז בעבירות ולמה יהי' מהימני בעדות אשה הא גזלן פסול מהא דמצינו בכמה דוכתי דסתם עבדים פרוצים לעדות אשה ולפי הנ"ל ניחא דשאני גזלן שהי' מעיקרא כשר ואיתרע נפשיה להיות פסול לעדות ע"י מעשיו לכן ליכא גביה הך כללא דמלתא דעבידי לגלויי לא משקרי משא"כ עבד דאין אנו יודעים שאיתרע חזקתו אלא אמרינן דסתם עבדים פרוצים בעבירות ע"כ שפיר איכא גביה הך כללא דמלתא דעבידי לגלויי לא משקר:

ולפענ"ד נראה לכאורה שיש להביא ראי' ברורה לדעת הסוברים דפסולי עבירה פסולים ג"כ לעדות אשה מהא דאמרינן בסנהדרין שם אמר רבא ומודה ר"כ לענין עדות אשה שהוא פסול ומשמע דלר"ש פשיטא שהוא פסול אלא בא רבא לאשמועינן דבעדות אשה גם ר"נ מודה לר"ש ואי נימא דפסולים מחמת עבירה לדידן דקיימ"ל כאביי דפסול לכל עדות שבתורה מ"מ כשר בעדות אשה מנ"ל דסבר רב ששת דחשוד על עריות פסול לעדות אשה דלמא סבר דלכל היכא דבעינן עדות הוא פסול אבל בעדות אשה הוא כשר כמו דנאמן בשאר איסורים להתיר אלא מוכח דכל פסולים לשאר עדות פשיטא דפסול גם לעדות אשה: אבל לפי האמור יש ליישב עפ"י מה דאיתא ביבמות צ"ג ע"ב בעו מניה מרב ששת ע"א ביבמה מהו טעמא דע"א משום דמלתא דעבידי לגלויי לא משקר והכא נמי לא משקר או דלמא טעמא דע"א משום דאיהי דייקא ומינסבא והכא כיון דזמנין דרחמא לי' לא דייקא ואמר להו ר"ש תניתוה כו' דמהימן עיי"ש ועיין בתוס' ד"ה ע"א שהקשו מאי קא מיבעו להו הא וודאי טעמא דע"א משום דדייקא כדמוכח לעיל ותירצו דהאיבעי' הוא איזו טעם הוא עיקר אי הטעם דמלתא דעבידי לגלויי לא משקר היא

עיקר או דלמא עיקר טעמא דע"א הוא משום דדייקא עי"ש ולפי"ז מאי דפשיט רב ששת דמהימן ע"כ ס"ל דעיקר הטעם דמלתא דעבידי לגלויי לא משקר ולהכי שפיר יש לומר דרב ששת לשיטתי' דעיקר טעמא דע"א הוא משום דמלתא דעביד' לגלויי לא משקר פשיטא דכל שכבר נפסל לכל עדות וכבר מרעי' נפשי' חיישינן שמשקר אפילו במלתא דעבידי לגלויי ולא סמכינן אהך סברא דאשה דייקא ומינסבא אבל לרב נחמן הצריך רבא לאשמועינן דג"כ הוא מודה דפסול לערות אשה: והנה הדר"ג הביא בתשובה מ"ש הקצה"ח בסי' מ"ו ס"ק י"ז דמבואר בנ"י בסנהדרין דפסול נאמן להעיד בעדות אשה והנה"מ חולק ע"ז דהנ"י לא כוון רק בשאר איסורין ולא בעדות אשה וכן כתב המנחת חינוך מצוה ל"ז ושוב מביא בשם קהלת יעקב להגאון מליסא ז"ל שכתב שדעת הנ"י דפסול נאמן גם בעדות אשה וע"ז כתב הדר"ג שדברי הקהלת יעקב סותר למ"ש בעצמו בנה"מ והנני להעתיק כאן לשון הנ"י ותלמודא פסק כאביי דלא בעינן רשע דחמס לאביי לא הוי טעמא משום דעבירה קאעביד אלא טעמא דאביי משום דרשע הוא ורשע פסול לעדות דכתיב אל תשית ידך עם רשע אבל בעלמא בשאר איסורין דלא שייך עדות דאפילו עד אחד כשר בהם ואפילו אשה ליכא למיפסלי' עכ"ל והנה אין כאן שום רמז בנ"י להכשיר עד פסול לעדות אשה ויש לתמוה על הקצה"ח איך כתב דמבואר בנ"י מה דלא נאמר דבר זה שם כלל:

ולחומר הנושא נראה לפענ"ד דסבר הקצה"ח דהא דקאמר הנ"י ואפילו אשה קאי אתיבת בהם ואפילו באשה והוה פירושו בין באיסורין ובין באשה היינו בעדות אשה. אבל מלבד דפשטת לשון הנ"י נראה דכונתו אפילו אשה מהמנית להעיד באיסורין עוד נראה לי שיש להוכיח בבירור ממ"ש הנ"י בעצמו ביבמות בפרק ב' שדעתו דכל הפסולין לעדות פסולין לעדות אשה שכתב וז"ל ולא אמרינן רשע הוא כיון שאמר הרגתיו ואפילו לרבא דאמר רשע דחמס בעינן שהוא מודה דהא קריא רחמנא לרוצח:

רשע כדכתיב אשר הוא רשע א"כ הא קרינן בי' אל תשית ידך עם רשע עכ"ל ומדקא מפרש אליבא דרבא מכלל דלאביי אין אנו צריכין לזה והתם מיירי הש"ס בעדות אשה מוכח בהדיא דלדידן דקיימ"ל כאביי אפילו רשע דלאו דחמס פסול לעדות אשה עוד כתב שם להלן וז"ל גזלן דאוריית' פסול לעדות אשה ומיהו מסל"ת כשר הוא ואפילו הוא פסול בעבירה של תורה וכן כתב הרי"ף בפרק האשה רבה ודין הוא דלא גרע מעכו"ם מסל"ת עכ"ל ומדכתב ואפילו הי' פסול בעבירה דנאמן במסל"ת מוכח בהדיא דבלא מסל"ת אינו מהימן לעדות אשה (והנה מ"ש הרי"ף בפ' האשה רבה הוא טעות הדפוס וצ"ל האשה בתרא) וז"ל הרי"ף אמר רב מנשה גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה גזלן

דד"ת פסול לעדות אשה ושמעינן מינה דפסול מד"ת הוא דפסול לעדות אשה אבל פסול מדרבנן כגון משחק בקוביא וחביריו כשר לעדות אשה וכתב הנ"י ואע"ג דעבד ושפחה פסולין לעדות מה"ת ומשיאין על פיהם טעמא משום דאינן פסולין מחמת עבירה עכ"ל הרי חזינן דכל הפסולין מחמת שאר עבירה אפילו אינו רשע דחמס פסול לעדות אשה וגם שם מפרש לרבא דאמר בעינן רשע דחמס מודה ברוצח עיי"ש עכ"פ מוכח בהדיא דלדידן דקיימ"ל כאביי סובר הנ"י דפסול לעדות אשה ונראה שכ"ז הי' בהעלם מכל הני חכמי הגאונים ז"ל:

ויותר יש לבאר דבאמת הא דאמרינן מלתא דעבידי לגלויי לא משקר אין הפירוש שירא לומר שקר שמא יתגלה אח"כ כי העיד שקר דהא אפילו כשלא ידעינן כלל מי הוא העד ג"כ מהימן דהא תנן בסוף יבמות מעשה באחד שעמד על ראש ההר ואמר איש פלוני בן פלוני ממקום פלוני מת הלכו ולא מצאו שם אדם והשיאו את אשתו ובכה"ג לא שייך לומר שירא לומר שקר אלא צ"ל שאין דרך נפש ישראל לשקר במלתא דעבידי לגלויי אפילו בגונא שלא יהי' משום זה מוחזק לשקרן מעתה לפי"ז מסתברא לומר דזה דוקא בסתם בני אדם אבל מי שנפסל כבר לעדות ויצא מדרך סתם בני אדם ליכא גבי' הך כללא דמלתא דעבידי' לגלויי לא משקר ודו"ק:

עוד הביא מעכת"ה מ"ש הנה"מ ראי' דאפילו שאר רשע חיישינן למשקר דהא גם באיסורין אינו נאמן רק להתיר משום דאין אדם חוטא ולו לא. אבל לאסור אינו נאמן כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק כ' וע"כ מוכח דרשע חשוד לשקר וע"ז כתב הדר"ג דמזה אין ראי' דחשיד לשקר אלא דעת הש"ך דגם כשר אינו נאמן רק משום דאאמרינן שתיקה כהודא' דמיא וכשהעד פסול אינו סומך עליו ולא הוה שתיק' כהודא'. והנה הש"ך מביא דפסול אינו נאמן מש"ס קידושין דף ס"ו וכונתו מהא דאמרינן התם אי מהימן לך דלאו גזלנא הוא ש"מ דגזלן אינו נאמן דחיישינן למשקר ולפי"ז יש לומר דרמ"א דקאמר וכל הפסולין לעדות כשרין לענין איסורין כונתו שהם פסולין מחמת עביר' ולא הוי רשע דחמס שאינם חשודים לשקר כדברי הנ"י וכ"ק קושית הש"ך ונמצא דס"ל לרמ"א כב"י רק בלא שתיק' כהודא' אף כשר אינו נאמן ע"כ צריך שתיק' כהודא' עכ"ד:

הנה לפענ"ד יש לפקפק בדבריו ומקודם נאמר שחידושו של הש"ך כבר קדמו התוס' בכריתות ריש פרק אמרו לו דף י"א ע"ב ד"ה ואשה שכתבו וז"ל ומכאן משמע דאשה מהימנא טפי מגזלן שהרי גבי גזלן משמע דלא אמר שתיק' כהודא' כדאמרינן בקידושין דף ס"ו אי מהימנא לך דלאו גזלנא הוא זיל אפקא ואע"ג דשתק' אלמא לא אמרינן שתיק' כהודא' דמיא כו' עי"ש. ומבואר בתוס' ג"כ דעיקר אין אנו דנין על שתיקתו של הבעל

אחרי שאין לו לידע כלל. ומה לנו בשתיקתו אלא העיקר על שתיקת' של האש' עצמה ואצל שתיקת האש' לא שייך לומר דכיון שהעד הוא גזלן היא אינה סומכת עליו שהרי היא יודעת בבירור אם זינתה אי לא. אלא עכצ"ל דהתוס' לשיטתייהו דס"ל ביבמות פרק האש' רבה ד"ה דשתיק' דע"א נאמן באיסורין מצד גזירת הכתוב דאמרינן שתיק' כהודא' והוה פירושו דכ"ז דליכא הכחש' העד הוא מהימן. וכן כתב הר"ן ז"ל בהדיא בקידושין בפ' האומר ותמוה על הש"ך שהביא בשם הר"ן ז"ל שע"א מהימן משום שתיקתו של בעל דבר חזינן שהוא סומך עליו שהמעיין בר"ן יראה מבואר בהדיא איפכא. וז"ל אלא גזירת הכתוב היא באיסור' שיהא ע"א נאמן במקום. שתיק' ושתתחשב שתיק' כהודא' עי"ש באריכות וכן דעת רוב הקדמונים (ודרך אגב ראיתי בספר המקנ' שהאריך לחקור בסוגיא דקידושין הנ"ל גבי מעשה דההוא סמיא. אם מיירי שהאש' שותקת ובמחכ"ת נעלם ממנו דברי התוס' בכריתות הנ"ל שכתבו בהדיא דמיירי בשותקת) וע' בספר ברכת הזבח בכריתות ריש פרק אמרו לו שמחת' על הרמ"א שפוסק דפסולין נאמנים באיסורין כשה הבית שותק וכתב דז"א אלא להפוסקים דגם כשהבעלים אומרים איני יודע הע"א מהימן ולדידהו פסולין נאמנים באיסורין עי"ש:

ובגוף הדבר שנסתפקו אי עד פסול אינו כשר לעדות מטעם דחיישינן שמשקר או מטעם שהתור' פסלתו דאל תשת רשע עד. אנכי תמה אקרא דאיך אפשר להסתפק בזה הא קיימ"ל בש"ס ופוסקים והוא משנה מפורשת במכות דף ה' ע"ב דאפילו מאה עדים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטיל' וגמרינן לי' מקרא דעפ"י שנים עדים או שלשה עדים ומקיש שלשה לשנים עי"ש ומעתה בכה"ג הא יש כאן עדים כשרים שמעידים על הפסול שהוא אינו משקר כעת ועדותו עכשיו הוא אמת גמור. ואם נימא דכל עיקר שמה שפסול אינו נאמן להעיד הוא רק מטעם חשש משקר למה יתבטל כל העדות הא גם הוא בעצמו כשר להעיד כיון שיש כאן בירור שהוא אומר אמת ואפילו אי נימא דכיון דעדותו מתכשר ע"י עדותן של אחרים לא חשוב עד כמו עד הצריך שבוע' לא חשוב עד כמ"ש התוס' בקידושין דף ע"ג ד"ה והשתא ובטחו"מ סי' קכ"א מ"מ עכ"פ לא נחשב משום זה לעד פסול שיתבטל כל העדות מחמתו אלא מוכח דהטעם אינו רק משום דמשקר אלא משום דאל תשית רשע עד ומשו"ה נתבטל גם עדות האחרים:

אך עדיין יש לעורר אליבא דרבא דסבר דבעינן רשע דחמס דוקא ולדידי' מסתבר' דהחשש הוא דמשקר משום חימוד ממון דהא מטעם זה הדין הוא דאם הי' חתום על השטר קודם שנעש' גזלן ואח"כ נעשה גזלן בעינן שיהא מוחזק מקודם כמו שמבואר בשו"ע שם דחיישינן לשמא זייף. ולפי"ז יש לבע"ד לשאול למה כשנמצא אחד מן העדים

פסול נתבטל כל העדות כיון דבעדות מה שמעיד עכשיו נתברר שאינו משקר. ויש לומר דלעולם פסלתו התור' לרשע דחמס משום דיש חשש דמשקר ומ"מ אפילו כשאינו משקר ג"כ פסול כדאמרינן כך עונשו של בדאי שאפילו אומר אמת אין שומעין לו אבל זה דוחק לומר דמשום זה יתבטל כל העדות אפילו של הכשרים:

והנה כבר נודע מחלוקת הקדמונים ז"ל בהך דינא דנמצא אחד מהם קרוב או פסול דדעת הרמב"ם ז"ל ודעמי' דהא דאמר רבא במכות למחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו הוה פירושו כשבאתם לראות את העדות אי הי' בדעתם להעיד או רק לראות ולא להעיד ועיקר תליא אם נצטרפו בשעת ראי' אפילו לא נצטרפו בשעת הגדה בטל כל העדות וכן סבירא להו רש"י ורשב"ם ז"ל פרק יש נוחלין ואעפ"י שלא באו כלל לב"ד להגיד עדותן ולפי דעתם שפיר ניחא מה דעדותן בטלה דבשעת ראי' הלא לא היו יודעים הכשרים איך יגידו הפסולים אח"כ עדותן אם אמת או שקר ומשו"ה בטל כל העדות שלא הי' להם להצטרף עם עדים:

פסולין מחשש שמא יעידו אח"כ בב"ד שקרים. אבל דעת הרמ"ה דגם כשלא נצטרפו הכשרים עם הפסולים בשעת ראי' רק בשעת הגדה ג"כ בטל כל העדות בזה קשה כיון שנצטרפו עמהם בשעת הגדה לפני ב"ד להגיד עדותן בשוה עם הכשרים למה בטל כל העדות כיון שיודעים הכשרים שהפסולים אומרים אמת ולא משקרי וע' בתוס' מכות וא"ו ע"א ד"ה אמר רבא שכתבו דדוקא גבי נמצא אחד מהם קרוב או פסול חשיב כחד ערות כשהעידו לאחר כדי דיבור משום שהם אומרים אמת וא"כ עדותן התחיל מראי' שלהם עכ"ל. וע"ז נמי קשה הלא היו רשאים להצטרף עמהם בשעת הגדה כיון שצירופם הי' בבירור שיאמרו אמת אדרב' אם לא אמרו אמת לא יהי' להם הצטרפות עמהם כלל דעיקר ההצטרפות הוא רק מחמת שגם הפסולים אומרים אמת:

ונראה לי די"ל דבאמת אליבא דרבא דסבר דוקא רשע דחמס פסול לעדות וע"כ הוא מטעם חשש שמשקר העיקר ההצטרפות בשעת ראי' עם הפסולים מבטל כל העדות דבשעת ראי' לא היו יודעים שיעידו הפסולים אח"כ האמת אבל לפי מה דקיימ"ל כאביי דלאו דוקא רשע דחמס אלא גם משאר עביר' נפסל לעדות יש לומר דאינו מטעם משקר אלא שגזירת הכתוב הוא אל תשית ידך עם רשע כו' אפילו אם אומרים אמת לדידי' יש שפיר לומר דאם הצירוף הוא בשעת הגדתן נמי בטל כל העדות דהא עיקר קרא בשעת הגדה כתיב כמ"ש הטור עי"ש:

תו הביא מעכת"ה מ"ש הטורי אבן בר"ה דף כ"ב דגבי עגלה ערופה אפילו אי גזלן אמר שראה את ההורג לא היו עורפין דכתיב ולא נודע מי הכהו הא נודע אפילו אחד בסוף

העולם לא היו עורפין וע"ז עמד מעכת"ה דמנין ידעינן שנודע לאחד כיון שהעד הוא רשע דחמס והוא משקר עוד מביא לשון הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהל' רוצח אפילו ראה ההורג ע"א אפילו עבד או פסול לעדות בעבירי כו' לא הו עורפין. וי"ל ולפרש דדוקא משאר עבירי שאינו רשע דחמס אבל אם הוא רשע דחמס היו עורפין משום דשאר עבירי אינו משקר אבל רשע דחמס הוא משקר וכדעת הנ"י הנ"ל הנה במנחת חינוך הביא דברי הרמב"ם הנ"ל וכתב דנרא' מדבריו דאפילו רשע דחמס נאמן ולא היו עורפין ונרא' מדסתם הרמב"ם ונקט או פסול לערות בעבירי משמע מפשטות לשונו דאפילו אם הוא רשע דחמס אין עורפין אך לכאורי הדבר צריך תלמוד ביון דהוא רשע דחמס והוא חשוד ומשקר איך ידעינן שנודע לאחד. אמנם לדעתי יש לומר דפשיטא דרשע דחמס אינו ודאי משקר רק הוא חשוד להיות משקר וכן כתב בספר מנחת חינוך שם והאריך שם הרבה בזה דעכ"פ מידי ספיקא לא נפקא. ואנכי בהגהותי מלחמות אריה לספר ברכת רצה ממו"ח ז"ל סי' ט"ו כתבתי דיש חילוק בין היכא דלשון הכתוב הוא בדרך חיוב ופעולה ובין היכא דלשון הכתוב הוא בדרך שלילה דהיכא דהענין הוא בדרך חיוב ופעול' בעינן שתהא פעול' שלימה ולא סגי במקצת אבל היכא שהענין הוא בדרך שלילה סגי אפילו במקצת ורמזתי דוגמא לזה בספר חוות דעת בכללי ס"ס גבי הא דאמר רב גידל כתיב כל טהור יאכל בשר אבל ספק טהור לא יאכל עי"ש דהתור' מיירי רק בודאי ולא בספק עי"ש ולהכי איתא בשבועות סוף פרק ב' דף י"ט ע"ב הודע אליו ידיע' מעליותא בעינן דהתור' מיירי בידיעה ודאי ולא בידיעת ספק משום דהתם נאמר הידיע' בלשון חיוב ולפי"ז גבי עגלה ערופה דכתיב לא נודע מי הכהו בדרך שלילה בעינן שלא יהא שום ידיע' מזה אבל אם רשע דחמס מעיד שראה ההורג אעפ"י שחשדינן שהוא משקר ולא חשוב עדותו לידיע' גמור' מ"מ כיון דעכ"פ מידי ספיקא לא נפקא חשיב קצת ידיע' ויצא מידי גדר דכתיב לא נודע מי הכהו דמשמע שלא תהא שום ידיע' כלל מי הכהו אבל עכשיו איכא קצת ידיע' אלא דליכא ידיע' ברור':

והנה בסוט' פרק עגלה ערופה דף מ"ז פליגי ר' יצחק ור' חייא בע"א אומר ראיתי את ההורג וע"א אומר לא ראית דתני ר' יצחק לא היו עורפין ור' חייא תני היו עורפין ופריך הש"ס לר' חייא קשיא הא דאמר עולא כל מקום שהאמינ' תורה ע"א הרי כאן שנים ומשני כאן בבת אחת כאן בזא"ז ובכריתות פרק אמרו לו איתא ע"א אומר אכל וע"א אומר לא אכל מביא אשם תלוי וכתבו בתוס' דמיירי שהעידו שנים בב"א דאי בזא"ז הא כ"מ שהאמינ' תורה ע"א הרי כאן שנים עי"ש. אלמא אע"ג דו קרבן כשמכחישין בב"א מביא אשם תלוי מ"מ גבי עגלה ערופה פליגי ר' יצחק ור' חייא דלר' יצחק לא היו עורפין

מטעם דהוי ספק אם זה שאמר ראיתי אומר אמת ולר' חייא היו עורפין אלמא דבספק אם העד אומר אמת פליגי ר"י ור"ח ורמב"ם ז"ל פסק כר חייא שהיו עורפין. והנה כפי מ"ש למעל' דרשע דחמס שמעיד שראה ההורג לא היו עורפין מוכח מזה דרשע דחמס יותר עדיף מע"א בהכחש' ולפי"ז יש להעיר דכשיעיד רשע דחמס על אחד שאכל חלב דלפי דעת התוס' שהבאתי למעל' אינו מחויב חטאת כמ"ש דגזלן גרע מאשה מ"מ עכ"פ צריך להיות דמחויב אשם תלוי דעכ"פ ומידי ספיקא לא נפקא דלא גרע מע"א בהכחש' דמחייב אשם תלוי וזה דבר אשר ראוי לעורר לפי דעתי:

ונראה לפענ"ד דיש לומר דהא באמת בעינן או הודע אליו חטאתו ולא שיודיעהו אחרים רק הא דחייב קרבן עפ"י ע"א זהו בהצטרפות הטעם דאמרינן שתיקה כהודא' דמיא וצ"ל דהא כשע"א אומר אכל וע"א אומר לא אכל חייב אשם תלוי ג"כ בשותק דוקא וע"כ דכיון ששתק לכ"א הוי שתיקה הוכח' שהדבר אצלו בספק ולכך שותק לכל אחד ומשו"ה מייתי אשם תלוי אבל ברשע המעיד שאכל חלב והלה שותק הא אי נימא דשתיק' כהודא' דמיא הוא חייב להביא חטאת וכיון שגזלן אינו מהימן לחייבי חטאת אינו מצטרף עדותו להשתיק' לחייבו אשם תלוי שהשתיק' לא הי' בתורת ספק אלא כהודא' שמחויב חטאת דממ"נ אי השתיק' הוי כהודא' חייב חטאת אי לא הוי כהודא' הוא פטור לגמרי:

ולפי מה שנתבאר דמוכח מסוגיא דסוט' דעד פסול עדיף מע"א בהכחש' מעתה לפי מה דפסקינן בטור ובשו"ע סי' י"ז דבע"א בהכחש' אם נשאת להעד שאמר מת והיא אומרת ברי לי לא תצא צריך להיות ג"כ דאם פסול אומר מת אם נשאת לו והיא אומרת ברי לי לא תצא כמו בע"א בהכחש' ולפי"ז לפמ"ש למעל' בשם הט"א ומנחת חיכוך דבעגל' ערופה אפילו רשע דחמס אומר שראה את ההורג אין עורפין ומוכח דאפילו רשע דחמס יותר מהימן מע"א בהכחש' א"כ אפילו ברשע דחמס אם נשאת לו ואומרת ברי לי לא תצא ולפי"ז קשה לי הא דפריך הש"ס ביבמות כ"ה ע"א אמתניתן דקתני הרגתיו לא ישא את אשתו הוא ניהו דלא ישא את אשתו הא לאחר תנשא והאמר רב מנשה גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה גזלן דד"ת פסול לעדות אשה הא יש לומר דלאחר פשיטא דלא תנשא ואפילו אם נשאת תצא דהבא עלי' בחטאת או באשם לוי קאי אבל איהו דקאמר הרגתיו ואם היא אומרת ברי לי יכול ליקח אותה קמ"ל דלכתחלה לא תנשא לו אבל אי נימא בעגלה ערופה דוקא פסול משאר עבירה אין עורפין אבל רשע דחמס עורפין כמ"ש הדר"ג שפיר יש לומר דרשע דחמס גרע מעד אחד בהכחשה ואפילו אם נשאת לו תצא ודו"ק ואנכי לא באתי רק לעורר: עוד כתב מעכת"ה דלענין ספק פסול יש

לסמוך על דעת הנ"י הנ"ל הנה כבר כתבתי למעלה דמבואר בנ"י שדעתו דכל הפסול מחמת עבירה פסול לעדות אשה:

ובמחכ"ת של הקצה"ח שגג מאוד בזה וע"כ אין לעשות זה לשום סניף כלל אחרי שכל הקדמונים ואחרונים פוסקים בפשטות שפסול לעדות אשה אבל זאת לא ידעתי היכן אשכחן ספק פסול וכפי העולה על זכרוני לא נמצא בשום מקום בענין עדות ספק פסול ולא ידעתי איך הדבר אפשר הא כל זמן שלא נפסל בודאי כל אדם הוא בחזקת כשרות הן אמת דהרשב"א בחי' לשבועות דף ל"א בהא דאמרינן התם גבי משחק בקוביא דמדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו כתב במשחק בקוביא מפסולין דרבנן אעפ"י שאין מוציאין ממון בעדותן מהני עדותן דאי תפס אפילו בעדים לא מפקינן מניה עיי"ש הרי עכצ"ל דכל אלה פסלי רבנן מטעם ספק דאל"ה האיך מהני תפיסה. אמנם אם כה נימא יהא מוכח דספק פסול כשר לעדות אשה שהרי קיימ"ל דגזלן של דבריהם כשר לעדות אשה ולשיטת הרשב"א ז"ל הרי הוא ספק פסול שחז"ל פסלו אותו מספק שמא הוא פסול מה"ת ומ"מ לעדות אשה לא חששו דמשום תקנות עגונות התירו חז"ל:

ומה שיש לי עוד להעיר בזה מיבמות סוף פרק ב' דאמרינן לימא רב יוסף דאמר כר' יהודה אמר לך ר"י אנא דאמרי אפילו לרבנן ושאני עדות אשה דאקילו בה רבנן ורב מנשה דאמר כרב יהודה וקשה לי מאי דוחקא למימר דרב מנשה אמר כר' יהודה הא אפשר לומר דרב יוסף סבר דספוקי מספקא לי' אי פלגינן דיבוריה אי לא פלגינן דיבוריה ומשו"ה גבי פלוני רבעני לרצוני אינו מצטרף להורגו משום דהוה ספק פסול אבל בעדות אשה אקילו רבנן לסמוך על עדותו של ספק פסול ורב מנשה הא מיירי בודאי גזלן אבל לפי הנ"ל יש לומר מדקאמר רב מנשה גזלן של דבריהם כשר לעדות אשה והרי גזלן של דבריהם לא הוה אלא ספק פסול שהרי מהני תפיסה לדעת הרשב"א ז"ל וכנ"ל להכי ע"כ הא דאמר רב מנשה גזלן דאורייתא פסול אפילו בכי האי גונא שיש קצת ספק די"ל פלגינן דיבוריה דאל"ה ל"ל למימר גזלן של דבריהם יותר הו"ל למימר דאפילו ספק גזלן דאוריית' כשר לעדות אשה ודו"ק:

ובספר המאירי בחי' ליבמות ראיתי שכתב ויש מתרצים רשע דחמס דוקא שלא נוכל לומר שהוא עובר בעבירות שבין אדם למקום שמא אעפ"י שהוא רע לשמים אינו רע לבריות להעיד להם שקר ומתוך כך הוא מצריך לרשע דחמס ואחר שכן שכל שהוא רע לשמים ולבריות בכלל רשע דחמס הוא ודוחק לומר דאביי ורבא יפלגו בזה אי עובר עבירות שבין אדם למקום יהי' חשוד שיעיד שקר אי לא אלא יותר מסתבר דאביי סובר דאעפ"י שאינו משקר התורה פסלתו:

עוד ראיתי שם בספר המאירי שני דברים חדשים וכמדומה לי שלא נמצא בשאר מפרשים קדמונים ז"ל חדא שכתב לתרץ הך דהרגתי אפילו אליבא דרבא ולא רשע דחמס בעינן אלא באיסורי לאוין כל שבמיתת ב"ד כגון רוצח ודאי פסול אף לדעת רבא וכן פירשו גדולי הדורות עכ"ל ולפי"ז גם מחללי שבתות פסולי לעדות אפילו לרבא כמו רשע דחמס וממילא אפילו לפי מה שסבר הקצה"ח דפסול משאר עבירה כשר לעדות אשה מ"מ דוקא מחייבי לאוין אבל לא מחייבי מיתת ב"ד. עוד שנית כתב לתרץ הך דפלוני רבעני דהא לא הוה רע לבריות אפשר אעפ"י שמותר לו ומצוה לו להעיד מה הואיל וברצונו הוא ובפשיעה שלא באה התקלה רע לבריות הוא עכ"ל ונראה כונת דבריו דלא הי' צריך להעיד כלל לענוש את חבירו עוד י"ל דמתוך שמעיז לומר ברצונו עי"ז גופא חשוב רע לבריות וכמו דכתיב כי הלל רשע על תאות נפשו ואם כה נימא יצמח לנו חדשות דכל שהוא רשע משאר עבירות וגם הוא רע לבריות במעלליו ובדרכיו עם אנשים שאינם עבירות גמורות מצטרפות יחד להיות כדין רשע דחמס:

ומה שפלפל הדר"ג בענין זה מטעם קבוע לא אכחד כי לא אוכל להולמם כי מה ענין קבוע לכאן הא קבוע לא שייך אלא היכא שאין הדבר ניכר אם שייך להרוב או להמיעוט כמו בכתובות שאין אנו יודעים את הבועל אם הי' מהכשרים או מהפסולים רק אנו דנין על האשה מי הי' אצלה כשר או פסול אבל הכא שאנו מכירין את העד רק אין אנו יודעין אם הוא כשר או פסול אבל הוא ניכר ואנו דנין עליו לא שייך כלל לענין דין קבוע כן נראה לפענ"ד פשוט:

ודע דלפי חידושו של המאירי נתיישב מה שהעיר הגאון רע"א ז"ל בחי' למסכת מכות דף ו' בהא דפריך הש"ס התם כרבע יציל וכתבו התוס' דמנרבע לרצונו פריך ופסול מטעם רשע וע"ז העיר הא הסוגיא אזלא לר' יוסי ואיהו ס"ל דמומר אוכל נבלות לתיאבון כשר לעדות כדמוכח מסנהדרין דף כ"ז דסבר עד זומם בד"מ כשר לד"נ וא"כ לדידי' נרבע כשר לעדות והניח בצע"ג עי"ש ולפי שיטת המאירי שפיר ניחא דנרבע הוא מחייבי מיתות ב"ד ופסול לעדות לכו"ע ושפיר פריך הש"ס וא"כ מוכח כשיטת המאירי הנ"ל. אבל פליאה דעת ממני דאיך מוכח דר' יוסי סבר דמומר אוכל נבלות לתיאבון כשר לעדות הא אדרבה קאמר הש"ס התם דרבא כר' יוסי ואמרינן התם דאוכל נבלות לתיאבון כו"ע ל"פ דפסול ונרבע חשוב כמו לתיאבון כמ"ש התוס' בסנהדרין דף ט' ע"ב והא דעד זומם בד"מ כשר לד"נ הוא משום דלא הוה לתיאבון. ואפשר דכונתו לפמ"ש רש"י ז"ל ד"ה מומר אוכל נבלות לתיאבון דכיון דמשום ממון קאעביד כו' הו"ל כרשע דחמס וא"כ לר' יוסי דרשע דחמס בעניני ממון כשר לעדות נפשות ה"ה אוכל נבלות לתיאבון ג"כ כשר

וצ"ל לפי"ז דהא דאמרינן רבא כר' יוסי היינו בסברא של ר' יוסי דיש חילוק בין רשע דחמס ממון לרשע דחמס נפשות היינו דמקל לחמור לא מיפסל ה"ה לא מיפסל מרע לשמים לבד להיכא דאיכא נמי רע לבריות אבל לא דרבא ס"ל כר' יוסי:

והנה בעדות של ר' ארטור לאנדא שנראה שהי' מסל"ת כי ר' יצחק שפירא שבק לן חיים שמבואר ברי"ף ובכל הקדמונים שאפילו פסול מהימן במסל"ת והעיר הדר"ג ממה שכתב הישוי"ע באה"ע סי' י"ז ס"ק ט"ז בפירוש הקצר ופסולי עדות גרע מעכו"ם ולא מהימני במסל"ת והביא שכן דעת הר"ן בתשובה ובאמת הר"ן החליט להלכה דלא גרע מעכו"ם ומהימן במסל"ת ומר הוא ניהו מעכת"ה רצה להיות מסייע להטעים דבר זה דיש מקום לומר דישראל פסול יהא גרע מעכו"ם, עפ"י דברי רבינו יקיר הובא בהג"א גיטין י' ודעת רש"י ז"ל ותוס' ב"ק פ"ח דנכרי כשר לעדות מה"ת לפי"ז פסולי עדות גריעי מעכו"ם דעכו"ם כשר לעדות מדאורייתא וישראל בעל עבירה פסול מדאוריית' הנה לפענ"ד גם לפי שיטה זו לא גרע ישראל מעכו"ם במסל"ת וטעמא דידי דמסל"ת לא חשיב עדות כלל דבעדים בעינן שיהיו מכוונים להגיד עדותן בתורת עדות בפני ב"ד ואפילו שני עדים הכשרים להעיד כשאינם מכוונים להעיד אלא מסיחים לפי תומם אין תורת עדות עליהם וגם קיימ"ל בש"ס שבועות ל' דכשכופר שלא בפני ב"ד יכול לחזור ולהודות ומסל"ת הוה שלא בפני ב"ד וזהו מוכח מסוגיא דמכות דאמרינן למחזי קא אתיתו או לאסהודי קא אתיתו ולפי"ז הא דנאמן עכו"ם במסל"ת אינו מטעם דמדאוריית' כשר להעיד דבמסל"ת אין שם עדות כלל אפילו בישראל כשר אלא עכצ"ל דרבנן המנוהו משום דלא משקר במסל"ת והמעש' הוא אמת א"כ לפי"ז ודאי מסתבר' דפסולי עדות לא גרע מעכו"ם כי אין נ"מ במסל"ת אם הוא עד כשר או פסול אלא העיקר שאינו משקר:

ודע שיש לעיין בהבנת דברי הנ"י שהבאתי למעלה שכתב בפרק ב' דיבמות וז"ל גזלן דאוריית' פסול לעדות:

אשה ומיהו מסל"ת כשר הוא ואפילו הי' פסול בעבירה של תורה עכ"ל אי כונתו ואפילו הי' פסול בעבירה של תורה ג"כ פסול לעדות אשה כשאינו מסל"ת וקאי אדלעיל או כונתו דאפילו הי' פסול בעבירה של תורה כשהוא מסיח לפי' תומו הוא כשר ומפשטת הלשון נראה דקאי אהך דמסל"ת אבל לפי"ז קשה מאי אפילו דאדרבה דהוא כ"ש דהשתא גזלן דאוריית' כשר במסל"ת כ"ש פסול משאר עבירה. אמנם לפענ"ד יש לומר דיש להסביר דגבי מסל"ת עדיף גז לן משאר עבירות דגזלן דאורייתא עובר עבירות שיש בהם חימוד ממון דוקא וע"כ כשהוא מסל"ת בודאי לא הי' בדיבורו חשד חימוד ממון או שאר נגיעה ושוב אין חשש שישקר בשאר עבירות שדרכו לעבור אפילו בדברים שאין

לו בהם שום הנאה כלל והורגל בהם יש לחוש שמא הוא משקר אפילו כשהוא מסל"ת דמה לו לשקר לא שייך גבי איש כזה שמורגל בעבירות כמו שאנו רואין בחוש כמה אנשים שדרכם לספר שקרים הרבה אפילו במסל"ת כל היוצא מפיהם הונה שקרים קמ"ל דבעדות אשה לא חיישינן לזה: ובספר ישוי"ע אה"ע סי' י"ז ס"ק ט"ז עיינתי אבל אין כונתו דישראל פסול לא יהי' מהימן במסל"ת כלל אלא בפירוש נאמר דרק לשיטת הריב"ש והמהריב"ל שסוברים דעכו"ם נאמן במסל"ת בלא קישור דברים בזה ישראל פסול מגרע גרע דאינהו מודה דבישראל פסול בעינן קישור דברים אבל עם קישור דברים כו"ע מודו דישראל פסול מהימן כמ"ש הרי"ף ביבמות וכל הקדמונים מסכימים לזה בלי חולק כלל והנה הש"ך ביו"ד סי' ס"ט ס"ק כ"ג הביא דב"י כתב אף כשיודע העכו"ם מנהגי ישראל נאמן במסל"ת והפרישה והב"ח תמהו עליו איך שייך מסל"ת כשיודע שאיסור והיתר תלוי בזה עיי"ש וזהו לפי מאי דקיימ"ל דלא בעינן קישור דברים ולפי"ז בישראל דמסתמא ודאי יודע מנהגי ישראל בלי קישור דברים ל"ח מסל"ת כלל ועיי"ש בש"ך שמביא ראי' ממומר לעכו"ם דנאמן לעדות במסל"ת אעפ"י שיודע מנהגי ישראל ומוכח מדבריו דגם גבי ישראל פסול לא בעינן קישור דברים ודלא כישוי"ע אמנם הפרישה והב"ח ע"כ סברי דבישראל באמת בעינן קישור דברים וכדעת הישוי"ע:

והנה לכאורה יש לתמוה על הישוי"ע דסובר דגם הריב"ש דסובר דעכו"ם מסל"ת לא בעינן קישור דברים מ"מ ישראל פסול בעינן קישור דברים הא כל עיקר הוכחת הריב"ש דלא בעינן קישור דברים הוא מסוגיא דיבמות קכ"ב דפריך ודלמא שד הוא ולא פריך דילמא עכו"ם הוא ובעינן קישור דברים אלא מוכח דמסל"ת מהימן בלי קישור דברים ואי נימא דישראל פסול מסל"ת בעינן קישור דברים הדרא קושיא לדוכתא דלמה לא פריך הש"ס ודלמא ישראל פסול הוא ולא מהימן בלי קישור דברים אלא מוכח דגם ישראל פסול מהימן בלי קישור דברים כמו עכו"ם וזהו לכאורה קושיא עצומה על הישוי"ע: והנראה לפענ"ד בישוב דבר זה דבאמת אנן קיימ"ל דעד פסול נאמן באיסורין וכמ"ש הנ"י והטעם דאין אדם חוטא ולא לו אלא דבעדות אשה החמירו חז"ל מטעם שמא עיניו נתן בה כמ"ש הנה"מ בסי' מ"ו וביאור הדברים דמחמת שהוא המתיר אותה תתקרב דעתה אליו כעין תשלום גמול בעד ההיתר וזה שייך היכא שיודעת מי הוא המתיר אותה אבל כיון דבעובדא דמתניתין שהי' זה המעיד בראש הגג וראה אדם אחד שצעק איש פלוני מת וא"כ האשה ג"כ אינה יודעת מי הוא זה שצעק איש פלוני מת וע"כ לא תדע האשה להיות מכר' טובתו אחרי שלא נודע ממי יצאו הדברים האלה ומשו"ה מהימן וא"צ קישור דברים כלל דאפילו אם כוון להתירה לעלמא ג"כ מהימן אחרי כי אין האשה

יודעת כי הוא הי' המתיר אותה ליכא חשש שמא עיניו נתן בה שמאיזה סיבה יהי' לו פתחון פה להתקרב עמה וממילא מהימן משום שאין אדם חוטא ולא לו כמו דמהימן בכל האיסורין משא"כ בעכו"ם שבכל איסור דאוריית' לא מהימן כלל רק בעדות אשה הקילו חז"ל במסל"ת לכן אין נ"מ כלל אם האשה יודעת מי המתיר אותה או אינה יודעת ובכל גווני לא מהימן רק במסל"ת לכן שפיר מוכח מהש"ס הנ"ל דלא בעינן קישור דברים דאל"ה הו"ל למיפרך דלמא עכו"ם הוא ודו"ק:

ולפי"ז יש להמציא דבר חדש דכפי מה שנתברר דהיכא דליכא חשש שמא עיניו נתן בה היינו שתהי' לי התקרבות עמה שתהי' שכיחא לי' מחמת הטובה שעשה לה שהתירה לעלמא אף עד פסול מהימן גם בני מסל"ת כמו דנאמן בשאר איסורין א"כ בנ"ד שהעד ה"ר ישראל בערנשטיין הוא במדינת אמעריקא הרבה שנים ואין דעתו לחזור למדינתינו בשום אופן ואינו מכיר את האשה הלזו אשת ר' יצחק שפירא שהיא דרה פה בלבוב ואין עולה על דעתה שתסע למדינת אמעריקא בכה"ג גם עד פסול מהימן גם בלי מסל"ת:

והנה במכתב של הבד"צ דק"ק קראקא נאמר שאחותו של ר' ישראל בערינשטיין מספרת כעת שזה כמה שנים כתב לה אחיה הנ"ל שר' יצחק שפירא שבק לן חיים רק היא לא ידעה שהדבר נעלם מבני משפחתו ואין מבואר בהמכתב של הבד"צ אם ה"ר ישראל בערינשטיין כתב לאחותו במסל"ת או כתב בכונה להודיע למשפחת הנפטר ואם הי' במסל"ת יש מעדותה של האשה סמך להיתרא בנ"ד דהנה באה"ע סי' י"א כ' המחבר מצא כתוב בשטר איש פלוני בן פלוני מת או נהרג תנשא אשתו אפילו אינו מקוים ולהרמב"ם צריך שידעו שהוא כתב ישראל וכתב הח"מ ס"ק כ"א המ"מ כתב למעוטי כתב כותי שלא הוכשר כותי אלא מסל"ת ולא כותב לפי תומו והב"י בספר בדק הבית כתב עליו וז"ל אין לו טעם שאם כתב כתב בדרך מסל"ת למה יגרע עכ"ל וכונת הב"י דמיירי שאין כתוב בדרך מסל"ת רק בדרך עדות ובאמת טעם המ"מ הבו דלא לוסיף עלה עכ"ל של הח"מ ועיין במ"מ דליתא הנך תיבות ולא כותב לפי תומו אלא ולא כותב והח"מ מפרש מדעתי' דנפשי' כוונת המ"מ דרק מסל"ת מהימן ולא כותב לפי תומו דהבו דלא לוסיף עלה אבל הב"י סובר דכונת המ"מ דמצא כתוב פלוני מת אין הדבר אפשר להודע אם נכתב במסל"ת אי לא אבל אי הוה ידעינן שנכתב לפי תומו הי' מהימן ולפי"ז גם בישראל פסול דבעינן מסל"ת אם כתב לפי תומו תליא במחלוקת של הב"י והח"מ אם סומכין ע"ז דלפי דעת הח"מ יש לומר רק מסל"ת ולא כותב לפי תומו. ולפי"ז גם כאן יש לשאול אפילו אם כתב ישראל למה לא ניחוש שמא ישראל פסול כתבו דהא כתב הב"ש ס"ק כ"ח ואם עד אחד חתם עליו מהני כמ"ש בשם רמב"ן ז"ל ואע"ג בע"א לא

אמרינן דהוה כאילו נחקרה עדותו בב"ד כמ"ש בתשובת ריב"ש ובהגהות שו"ע סי' מ"ו מ"מ בעדות אשה מהני ומשמע אעפ"י שאין אני מכירין את העד החתום עליו אם הוא כשר או פסול ואם נימא דאזלינן בתר רובא דרוב ישראל כשרים המה וסמכינן דמסתמא כשר הוא א"כ למה לא יהי' פסול נאמן בעדות אשה הא יש לו מיגו שיכתוב בכתב איש פלוני מת ויחתום א"ע על הכתב ותנשא עפ"י הכתב כי לא יהי' נודע מי כתבו וכי אחד יש בעולם ששמו ראובן בן יעקב וכשיבוא הכתב לב"ד יתירו את האשה שתנשא לעלמא דיאמרו דסמכינן ארוב כשרים אבל לפי הנ"ל דבאמת אין לחשוד את האשה שתעשה איזה רמאות כדי להתיר אותה רק אנו חושדין זה האיש ישראל פסול שהוא יעיד להתירה כדי שתהא לו אחר ההיתר התקרבות עמה ולהכי כשאינו נודע לנו מי הוא המעיד להתירה ליכא חשש שמא עיניו נתן בה ושוב מהימן מטעם אין אדם חוטא ולא לו וכנ"ל:

עוד נראה לפענ"ד בעובדא דידן סמך גדול להתיר והוא דבמכתב של הר' ישראל בערינשטיין נאמר שהי' עמו בעיר נויארק בשעת מיתתו ובשעת קבורתו ואח"כ פעל אצל אנשי עיר הנ"ל להציב לו מצבה מעתה דבר זה הוא אפשר לברר עדותו ולפמ"ש הנה"מ בסי' מ"ו דעד פסול יש לחוש למשקר ע"כ לא מהימן בעדות אשה דיש לחוש שמא עיניו נתן בה והא דנאמן להתיר הוא מטעם דאין אדם חוטא ולא לו ולאסור אינו מהימן רק מטעם דשתיקה כהודאה דמיא עיין בדבריו מעתה בגוונא דנאמן לאסור גם בלי שתיקתו כלל אפילו בהכחשה בודאי לא חיישינן למשקר:

והנה מבואר בתוס' קידושין דף ס"ה ד"ה נטמאו בסוף דבריהם וז"ל והא דאמרינן דבדבר שאינו בידו כי אינו שותק לא מהימן היינו דוקא בדבר שאינו יכול להתברר אבל בדבר שיכול להתברר כגון שאמר לו יש שרץ בטהרותיך או נכרי מנסך יינך בא ואראך האיסור בהא ודאי יש לחוש לדבריו ולבדוק כדאמר לקמן גבי בע"מ דמצי א"ל שלח ואחוי עכ"ל א"כ חזינן דנאמן לאסור בכה"ג בלי שתיקת הבעלים. אך בזה אפשר לומר דדוקא עד כשר מהימן בכה"ג אבל עד פסול לא מהימן אמנם התוס' שם בקידושין ס"ו ע"ב ד"ה שלח ואחוי כ' מכאן יש להוכיח דכל דבר שיכול להתברר ע"א נאמן עליו ואפילו ע"א מכחישו עכ"ל ולפי מה שהוכחתי לעיל מסוגיא דסוטה דעד פסול עדיף מע"א בהכחשה א"כ ה"ה עד פסול מהימן בכה"ג שיכול להתברר ולפי"ז כיון דע"כ בכה"ג לא משקר ממילא נאמן בעדות אשה. וכגון דא צריך להודיע ולפרושי דאע"ג דבכל עד מיתה דעלמא אמרינן הטעם דמלתא דעביד' לגלויי לא משקרי ומ"מ ע"א בהכחשה ועד פסול לא מהימני דלא דמי מלתא דעביד' לגלויי לענין יש בידו לברר דהתם גבי מלתא דעביד'

לגלויי אין בידו לברר האמת אלא אפשר שיתברר אח"כ מאליו שהעיד שקר אבל דבר שיכול לברר היינו שבידו לברר כי אמת עדותו ודו"ק. הן אמת שהטור והמחבר השמיטו דין זה של התוס' ואף שבב"י סי' קכ"ז הביא זה אמנם הרמ"א בהגהותיו הביא וז"ל מיהו יש אומרים דבדבר דאיכא לברורי כגון שאמר לו אחד בא ואראך עכו"ם מנסך יינך צריך לחוש לדבריו (ב"י בשם התוס' עכ"ל) והנה זה הי' אפשר לומר דזהו מצד החומרא אבל מדינא לא מהימן אבל התוס' בדף ס"ו שהבאתי למעלה כתבו בהדיא דנאמן עליו אפילו ע"א מכחישו ונראה שיש לחלק דהתוס' שמקודם מיירי היכא שהבעלים אינם שותקים אלא מכחישו ומשו"ה אינו אלא מצד החומרא אבל בתוס' דלהלן מיירי שהבעלים שותקים רק ע"א מכחישו ובזה נאמן מצד הדין ולפי"ז בעדות אשה אפילו פסול נאמן דהא כבר הוכחתי דהוא עדיף מע"א בהכחשה ואחרי שמצאתי ראיתי בהגהות מרדכי יבמות שכתב הלכה כדברי המיקל בעדות אשה בודאי יש לסמוך על דעת התוס' בעדות אשה ואע"ג שבהגה"ה סעיף ט"ו כתב דבכל מקום דאיכא פלוגתא אזלינן לחומרא הא הח"מ והב"ש הביאו בשם מ"ב דעת המזרחי דאזלינן לקולא וצ"ע הא בהגהות מרדכי מפורש דאזלינן לקולא:

והנה כבר הבאתי למעלה דעת הח"מ דאם מצא כתוב כתב עכו"ם פלוני מת אפילו אילו הוה ידעינן שכתב דרך מסל"ת אין משיאין את אשתו דרק מסל"ת ולא כותב לפי תומו ולפי"ז יש לחקור האיך הדין בישראל פסול שכתב לפי תומו איש פלוני מת ולכאורה נראה דלא מהני דעיקר מה דמהני הוא משום דאמרינן דלא גרע מעכו"ם א"כ כה"ג הא גם עכו"ם אינו מהימן אמנם נראה לפענ"ד דלא כן הוא דבאמת מצד הסברא אין שום טעם לחלק בין מסל"ת ובין כותב לפי תומו כמ"ש הב"י רק הח"מ אומר דהבו דלא לוסיף עלה להכי יש לומר דדוקא גבי עכו"ם דמצד הדין אין תורת עדות עליו כלל רק במסל"ת ניכר שכן הוא הדבר ולהכי יש לומר דהבו דלא לוסיף עלה אבל בישראל פסול דבכל האיסורין הוא מהימן בתורת עדות אלא דלעדות אשה החמירו מחשש שמא עיניו נתן בה כמ"ש הנה"מ וגם אין דרך לשקר במסל"ת מעתה בכותב לפי תומו דליכא הך חששא דשמא עיניו נתן בה הוא מהימן כמו ישראל כשר וזה נכון לפענ"ד. סיומא דהך מלתא מה שיש להתיר האשה אסתר אשת ר' יצחק בן ר' יהושע שפירא עפ"י היתרים הללו א') עדותו של ר' ארטור לאנדא שאמר בהיותו בקראקא ששמע מר' ישראל בערינשטיין אשר הי' בשעת מיתה וקבורה של ר' יצחק הנ"ל ואף שכפי מכתב של הבד"צ מקראקא ר' ארטור הוא מקלי הדעת מ"מ לא נזכר שהוא פסול לעדות ולא גרע מנשים שמבואר בש"ס ופוסקים שנאמנות לעדות אשה אעפ"י שהמה דעתן קלות ומה שכתבו הבד"צ

מקראקא שר' ישראל בערינשטיין אינו מאנשים הכשרים מ"מ יש כאן ספק שמא אמר בתורת מסל"ת ואף דמבואר ברמ"א דעפ"י ספק מסל"ת אין להתיר מ"מ יש לצרף דבכה"ג דליכא חשש שמא עיניו נתן בה גם פסול מהימן אפילו בתורת עדות וגם עוד לא נתברר שזה ר' ישראל הוא פסול לעדות. ב) מה שכתב לאחותו זה כמה שנים שזה ר' יצחק מת וכפי עדותה לא היתה יודעת שיש להגיד מזה למי לבני המשפחה ויש רגלים לדבר שמכתבו הי' בתורת מסל"ת דאל"כ הי' צריך לכתוב לה שתודיע מזה לשום אדם. ג') מה שכותב ר' ישראל להבד"צ דק"ק קראקא באיזה מקום הוא מת והוא השתדל להעמיד מצבה על קברו והו"ל שלח ואחוי וי"ל דאפילו עד פסול מהימן בכה"ג וכנ"ל כן נלפע"ד:

סימן ט

כבוד ידידי הרב החריף ובקי מו"ה חיים לאנדא נ"י:

את מכתבו ע"ד שאלתו קבלתי במועדו ואתו הסליחה על איחור תשובתי זאת כי קשה עלי מאוד להצטרף להיתרא משום שמו"ח ז"ל הי' מקפיד שהמאה רבנים יהיו דוקא מג' מלכיות ואסטרייך עם אוכגרן הוא חד מלכות יר"ה ואע"ג שהמה ב' מדינות לגמרי חלוקין בכל הפרטים וגם המה שני ממשלות אשר כל הרבנים סומכין ע"ז כי נחשבים לשתי מדינות לענין חדרגמ"ה ומכל מקום אנכי מונע א"ע מלהצטרף בכגון דא כי אנכי לא אוכל לעבור על דעת מו"ח ז"ל בשום אופן וגם צר לי מאוד אשר רבים היושבים על מדין עשו מזה מסחר והמה המתעסקים בזה לקבץ חתימות ממאה רבנים בנקל וכמעט נפרץ הדבר יותר מדאי עד שנעשו בנות ישראל כהפקר ויש הרבה לדבר מענין זה אכן יפה השתיקה עוד יש לי בענינים הללו דבר חוצץ אשר עפ"י רוב אין הבעל במעמד טוב שיהי' ביכולתו לפרנס את שתי נשיו ואינו יכול למיקם בסיפוקייהו והרבנים אינם מקפידין ע"ז וגם בדבר הכתובה סומכין על השו"ת צמח צדק. ומה אעשה אשר לפענ"ד בכה"ג שאי אפשר לו לפרנס את שתיהן קשה ההיתר מאוד ואין אנכי מופנה כעת להאריך בזה:

אבל כדי שלא יהא מכתבי זה ריק מד"ת הנני להעיר קצת מה שראיתי בהעתקת המכתבים אשר שלח אלי מהרבנים הגאונים דק"ק סטריא ודק"ק חוסט ומה שהעיר בזה כ"ת אם אשה נשתטית נקראת אשתו וכתב מעלתו דאעפ"י שהיא אשתו גמורה מ"מ בלשון בני אדם לאו אשתו היא וממילא בלשון הרגמ"ה שאמר שאין לישא אשה על אשתו אין בכלל זה היכא דנשתטית זהו ת"ד: ולפענ"ד יש להביא סיוע לזה ממתניתין דיבמות כ"ו ע"א דקתני וכולן שהיו להם נשים:

ומתו מותרות להנשא להם ולכאורה יש לשאול הטעם בזה הא קיימ"ל דמדינא אדם נושא אשה על אשתו וראיתי שכבר העיר בזה הישוי"ע אה"ע סי' י"ב בסוף פירוש הקצר

וכתב דאין דרכן של בני אדם לעשות כן בזמן שיש לו אשה אבל בחולנית אפשר שמחמת זה שהיא חולנית ישא אחרת ועיין שם בהגה"ה שהביא בשם הנ"י שאם אשתו היתה חולנית לא ישאנה עיי"ש ולכאורה יש להקשות למה סתם התנא הא כשאשתו היא חולנית כגון נשתטית וכדומה יש חשש וצ"ל דבכלל היו לו נשים בלשון בני אדם נקראים הני נשים שנוהגות עם בעליהן מנהג אישות אבל הני נשים שאין ביכולתם מחמת חולי כ"כ לנהוג מנהג אישות אינם בכלל היו להם נשים בלשון המשנה ומעתה שפיר ניחא לישנא דמתניתין דסתם ותני וכולן שהיו להם נשים ובאמת גם בלשון תורה פליגי תנאי בכתובות כ"ט ע"ב בפסוק דולו תהי' לאשה דשמעון התימני סבר אשה שיש בה הוויה ור"ש בן מנסיא סבר אשה הראוי' לקיימה עיי"ש:

הן אמת דלכאורה אדרבה יש לשאול בהא דקאמר הש"ס התם מאי בינייהו עיי"ש אמאי לא קא משני איכא בינייהו כשהיא חולנית דיש בה הוויה ואינה ראויה לקיימה מפני שאינה יכולה לנהוג מנהג אישות משום חולי אך זה לא קשה כלל שהרי חזינן שנהג בה אישות שבא עליה ולא רצה הש"ס לדחוק דא"ב שנעשית חולה אחר כך דשוב אינה יכולה לנהוג מנהג אישות. ועוד י"ל דבכה"ג גם שמעון התימני מודה דלא קאמר אשה שיש בה הוויה אלא לרבות חייבי לאוין דרק ארי' דרביע' עלה אבל אם אינה ראוי' מחמת שהיא חולנית לא קרינן בה ולו תהי' לאשה וחילוק כזה איתא בש"ס שבועות כ"ב ע"ב עפר לאו בר אכילה הוא כלל נבילה בת אכילה היא וארי' הוא דרביע עילויה עיי"ש ולפי"ז יש לתרץ קושית התוס' שם ל' ע"א ד"ה איכא בינייהו שהקשו לר"מ דאמר כשרה לכ"ג מאי איכא למימר עיי"ש. ולפי הנ"ל יש לומר דבאמת לא קשה כלל דהקרא אתי למעט היכי שאינה ראוי' לקיימה מחמת שהיא חולנית אלא דהש"ס פריך מא"ב בין שמעון התימני לר"ש בן מנסיא דבחולנית גם שמעון התימני מודה דכל שאינה ראוי' לנהוג מנהג אישות לא רמיא לי' התורה לישא אותה אבל ר"מ סבר דאתי למעט חולנית וכנ"ל:

אבל מ"מ מה שהאריך הגאון מסטריא לחקור אי דאינה יודעת לשמור א"ע שיש לומר דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת כל פלפולו בזה הוא אך למותר ולא דק כלל כי מדבריו חזינן שסבר דכשאינה יודעת לשמור א"ע אינה שוטה גמורה מה"ת לכל דבר ורק דרבנן גזרו שלא לגרשה וזה שגגה כי הש"ס מיירי כשהיא שוטה גמורה מה"ת ולכל מילי דינה כשוטה וקידושיה אינם קידושין מה"ת ומה שכתב הלשון שהקידושין חלין שהיתה בגדר יכולה לשמור קידושיה ג"כ שלא בדקדוק דרק גבי גט יש נ"מ אי יכולה לשמור גיטה אי לאו דאם היא בגדר זה שיכולה לשמור גיטה מה"ת אפשר לגרשה אעפ"י

שהיא שוטה גמורה להרמב"ם לשיטתי' או לרבינו אביגדור לשיטתי' ובזה מיירי ר' יצחק דאמר בגיטין דף ע"א ע"ב דבר תורה שוטה מתגרשת מידי דהוי אפיקחת בע"כ ורק מדרבנן פסול לגרשה אם היא אינה יכולה לשמור את עצמה ואם היא יכולה לשמור את גיטה וגם את עצמה אע"פ שהיא שוטה גמורה לכל דיני התורה מ"מ לענין גט לא איכפת לן ומתגרשת גם מדרבנן דאלו היא בר דעת לענין כל התורה כולה רק שאינה יודעת לשמור את עצמה היא נחשבה לזונה ובמקום אחר הארכתי בזה. אלא סתם שוטה אינה יודעת לשמור את עצמה וגם הש"ס ביבמות דף קי"ב ע"ב דקא מפרש רמי ב"ח הטעם דלא תיקנו חז"ל נשואין בשוטה משום דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת מיירי אפילו בשוטה שהיא יכולה לשמור את עצמה אלא סתם שוטה אינה יכולה לשמור א"ע ולהכי כתבו התוס' שם ד"ה דאין מיהו היכא שנישאת לו כבר תקינו רבנן שאינה מתגרשת כיון שאינה יודעת לשמור עצמה וכונתם דלא תימא דהש"ס מיירי דוקא בשוטה שהיא יכולה לשמור א"ע אבל בשוטה שאינה יכולה לשמור א"ע תיקנו חז"ל נשואין משום גרירה אלא דליכא נשואין כלל בשוטה וכבר כתבתי דבלא מאה רבנים משלשה מלכיות אין אני מצטרף להתיר בשום אופן:

סימן י

כבוד ידידי הרבנים הגדולים מופלגים בתורה המפורסמים מו"ה ישראל יהודא נ"י ומו"ה שמואל נ"י יושבי על מדין ומו"צ בק' שאץ יע"א: הנה כ"ת דרשו ממני על שתי שאלות כאחד א' בדבר ר' נתן ב"ר זלמן ממח"ק אשר נשטתית עליו זוגתו פיגא בת ר' ליפא וזה יותר מג' שנים אשר היא יושבת בבית המשוגעים וכפי דברי הרופאים אין תרופה למחלתה ושנית בדבר ר' צבי ב"ר משלם הדר בכפר דראגירעשט אשר אשתו חנה דבורה בת ה"ר זאב זה ערך שתי שנים אשר נפלה במחלה מרה שחורה ר"ל ואין אומר ואין דברים כ"א לפרקים ובדוחק גדול ובעלה אינו יכול לדור עמה והולכת כמה ימים בלי אכילה ושתי' ובלי שינה ונתברר לו כעת מאנשים נאמנים שהי' לה חולי זה עוד בימי נעורי' אשר לא ידע מזה והנה על שתי אלה דעתם נוטה להתיר להם לישא אשה אחרת וע"כ שחרו את פני להגיד להם חוו"ד עפ"י התורה:

והנה על שאלתם השני' אין ברצוני להכניס א"ע מחמת כי מו"ח ז"ל מנע א"ע מלצרף להתיר בזמן קצר כזה אשר לא עברו עלי' עוד שתי שנים מעת מחלתה של האשה גם לא נתברר מתוך מכתבם מאמרי הרופאים אודותי' אם יש תקוה שתתרפא עוד כמו שנתרפאה בימי נעורי' או לא ומה שטען כי לא ידע מחליה שהי' לה בימי נעורי' זה אינה טענה כיון דהוא דבר שבגלוי מסתמא ידע מזה כמו דקיימ"ל בפרק המדיר וברמב"ם

ובטוש"ע סי' קי"ז דמומין שבגלוי אמרינן ידע ומחיל אך לכאורה יש לבעל דין לחלוק ולומר דהיינו דוקא במומין שבגלוי שהיו לה בשעת קידושין לא כן בכה"ג דבשעת קידושין כבר נתרפאית ולא הי' ניכר עלי' שום מום בכה"ג לא אמרינן ידע ומחיל ע"כ אמינא להביא ראי' מוכרחת דלא כן הוא דהנה הח"מ שם בס"ק י"ב כתב וז"ל ואפשר שכל שהיתה מצורעת אף שנתרפאה קודם אירוסין הוה מום וראוי לחוש שמא תחזור ותהי' מצורעת ודמי למה שאמרו לא ישא אדם ממשפחת מצורעים והב"ש ס"ק י"ב הביא דבריו וכתב לכאורה לא משמע כן מש"ס דאל"כ למה לא מחלק בין חכם לרופא דשאני רופא דיש לחוש שמא תחזור למום ואפשר דבש"ס קמ"ל אפילו אי ידוע דריפא אותה ולא תחזור ע"ש והנה בלא"ה אין קושיא כל כך מהש"ס הנ"ל דהתם מיירי במומין קטנים רק התנה ע"מ שאין בה מומים וי"ל דסתם תנאי כוונתו על מומין שבשעת נשואין ולא על אלו שהיו לה מקודם ונתרפאו משא"כ במומים גדולים דבלא תנאי נמי הוה מקח טעות אפשר שאינו מתרצה אפילו אם נתרפאית מחמת החשש שמא תחזור והנה עכ"פ לפי מ"ש הח"מ והב"ש דבמצורעת וכן בנכפה גם בנתרפאית אפשר דהוה מקח טעות כן הוא הדין במשוגעת נמי דינא הכי: אמנם לדידי תמי' לי לכאורה טובא דמה יענו הח"מ והב"ש על הא דאיתא בכתובות דף נ"ז סימפון בעבדים ליכא אי דאבראי הא קחזי לי' ואי דגוואי למלאכה קבעי לי' ולא איכפת לי' ואם נימא דאפילו אם נתרפא הוה מום הא שפיר יש סימפון בעבדים דשמא הי' בו מומים שבגלוי ונתרפא והוה מקח טעות לדעתם ז"ל אלא:

מוכח לכאורה דבכה"ג לא הוה מקח טעות וע"כ צריך אני ליישב ולומר דהח"מ והב"ש לא מיירי אלא במומין שבסתר כעין מצורעת וחולי נכפה דקאמר התם מיירי בקבוע לה זמן דהוי כמומין שבסתר כמבואר בש"ס ובש"ע שם ולהכי אמרינן דהוה מקח טעות דלא ידע הבעל מזה אבל במומין שבגלוי אעפ"י שנתרפא מ"מ אמרינן דידע ומחיל דקלא איתי להו א"כ מוכח עכ"פ דבמומין שבגלוי שנתרפאית דוודאי לא הוה מקח טעות דבזה שפיר ניחא הש"ס בכתובות דסימפון בעבדים ליכא דאי נתרפא אע"ג דלא קחזי לה אמרינן סבר וקיבל ועי' תוס' ב"מ דף פ' ד"ה דעיקר היא דסבר וקיבל אבל בלא"ה משכחת לה סימפון בעבדים:

ובדבר שאלתם באשת רי נתן בר' זלמן הנה דעתי נוטה דיש להתיר לו לישא אשה אחרת אחרי שזה יותר מג' שנים אשר היא יושבת בבית המשוגעים וכפי מאמר הרופאים אין לה עוד רפואה וכבר רבו בספרן של צדיקים ראשונים ואחרונים שהתירו בכה"ג ואנן שליחותייהו דקמאי עבדינן ועתה באתי על דבר אחד מה שהביאו כ"ת בשם מו"ח בשו"ת

ברכת רצ"ה סי' ק"ט דעיקר מה שנהגו עפ"י שו"ת ב"ח להשליש גט ביד שליש הוא משום דאין ברירא לן אם היא שוטה גמורה ושמא היא יכולה לשמור את גיטה רק אינה יכולה לשמור א"ע דמה"ת היא בת גירושין רק מדרבנן אינה מתגרשת משום גרירה ויש פוסקים דס"ל דבדיעבד אם עבר וגירשה הוי גט לכן לשטתם מהני השליחות ולא שייך בזה לומר האי כללא דכל מילי דלא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי כיון דבדיעבד מצי עביד אבל לדעת הסוברים דאף בדיעבד אין הגט כשר וצריכה גט אחר לא מהני כלל השלשת הגט גם לאחר שתשתפה כדעת הפ"י גיטין והמגיה במשנה למלך (הוא הגאון ר' יעקב כולי) (כן הוא סוף דברי מו"ח ז"ל בסי' הנ"ל וכ"ת כתבו בשינוי קצת):

והנה אשר אנכי אחזה בזה שיש להוסיף ולומר דאפילו לדעת הסוברים שגם בשוטה שאינה יכולה לשמור א"ע הגט פסול בדיעבד מ"מ לענין שליח להולכה שעושה הבעל שליח שיתן הגט לידה לאחר שתשתפה יש לחלק ולומר דהיכי שאינה יודעת לשמור את גיטה דלאו בת גירושין היא מה"ת לא מצי עביד שליח לדעת הפ"י והמגיה במשל"מ אבל בשוטה שיכולה לשמור את גיטה רק שאינה יכולה לשמור א"ע דמה"ת היא בת גירושין רק דרבנן גזרו משום גרירה שפיר מצי הבעל לעשות שליח ולמסור הגט לידו שיתן לה אחר שתשתפה כיון דמה"ת מצי עביד השתא ובש"ס דנזיר מיירי ג"כ היכי דלא מצי עביד השתא אבל היכא דרק מדרבנן לא מצי עביד השתא לא איכפת לן דגזירת חז"ל לא אלים כ"כ לדון ע"י גזירתם על שעת מוקדם או מאוחר אשר אין נ"מ להם כלל כמו בנ"ד שעיקר גזירתם לא הי' רק לתכלית שלא לגרשה בעודה שוטה כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר אבל מה שיתן השליח לידה אחר שתשתפה לא איכפת לחז"ל כלל לכן אין לנו אלא שעתה בלבד:

ומצאתי און לי בדברי הר"ן ז"ל נדרים דף פ"ו ע"ב שכתב על הא דתנן ר' יוחנן בן נורי אומר יפר שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור לו ואמר רב אשי שאני קונמות דכי קדושת הגוף דמי וכדרבא דאמר הקדש חמץ ושחרור מפקיעין מידי שיעבוד א"ה ל"ל שמא יגרשנה תני ועוד שמא יגרשנה וכתב הר"ן ז"ל ואם תמצא לומר דאלמוהו רבנן לשיעבודא דבעל בעודה תחתיו אפ"ה יפר שמא יגרשנה כו' וא"ת אי אלמוהו רבנן לשעבודא דבעל דלא ליחול השתא הדרא קושיא לדוכתא כיון דהשתא לא חייל לקמי' היכי חייל דהשתא מיהת לא מגרשה וי"ל דכיון דמדינא חייל אי לאו דאלמוהו רבנן לשיעבודא כי אלמוהו הנ"מ כל היכי דקיימא קמיה לא ליחול אבל נתגרשה כאילו חייל מעיקרא דמי כיון דמדינא הי' ראוי לחול עכ"ל הרי שפתיו ברור מללו לחלק בין זמן לזמן דלענין זמן של אח"כ חשוב כאילו חייל השתא אעפ"י שבאמת אלמוהו רבנן דלא חייל א"כ ה"ה לענין

שליחות כשהיא שוטה אע"ג דסבירא להו להפוסקים דגם בדיעבד אם גירשה לא הוי גט מ"מ יש לומר שמותר ליתן לה כשתשתפה דלענין זמן חשבינן כאלו מצי עביד השתא בשעה שעושה אותו שליח והרבה יש להאריך בזה בכמה סוגיות הש"ס אכן לא עת האסף פה וכבר הארכתי בזה לעיל באו"ח סי' י"ט:

והנה ראיתי במכתבם שכתבו להסתפק אם טוב יותר לעשות שליח להולכה או לזכות לה גט בתורת זכי' ע"י אחר ודעת כ"ת נוטה יותר לעשות בתורת זכי' וטעמם אחרי דלפי מ"ש מו"ח ז"ל עיקר השלשת הגט היא רק משום דחשבינן לה לשוטה שיכולה לשמור את גיטה ולא א"ע ולפי"ז עכ"פ נרויח שמה"ת היא מגורשת הנה לדעתי יש לפקפק דכיון שעכ"פ אנו מחמירין מספק שתנשא ע"י גט זה שוב אין כאן זכות כלל כיון דאין לה שום תועלת ע"י גט זה וכעין סברא זו כתבו האחרונים בישוב דברי הרמב"ם שהשמיט להא דאבעי' לן ביבמות דף קי"ח המזכה גט לאשתו במקום יבם וכתבו כיון דהבעיא לא איפשטא ואין לה תועלת מזיכוי גט זה דעכ"פ מספיקא אסורה להנשא שוב אין כאן זכות כלל ולא מהני ולא מידי ע"ש בדבריהם וא"כ הכא נמי דכוותי' ע"כ נראה לי יותר לעשות שליח להולכה. סיומא דהך מלתא דאמינא בשריותא דהך גברא ר' נתן בר' זלמן לישא אשה אחרת אחרי שישליש לה כתובתה ביד בטוח והשלשת גט כנהוג אחרי שישיג היתר ממאה רבנים ובתוכם מופלגי תורה אך מג' מלכיות כי ע"ז הקפיד מו"ח ז"ל בשו"ת ברכת רצ"ה הנראה לפע"ד כתבתי:

סימן יא

בתוס' יבמות נ"א ע"ב ד"ה ביאה פסולה כמאמר שווי' רבנן שכתבו וז"ל וה"ה אחר מאמר תימא דבסוף פרקין מפרש טעמא דר' נחמי' דליכא למיגזר ביאה שאחר הגט ומאמר אטו ביאה שאחר חליצה וביאה כיון דחליצה וביאה מדאורייתא מידע ידוע וא"כ מנ"ל דלא יהי' כלום אחר מאמר ואומר הר"י ב"ר ברוך דע"כ לר' נחמי' גט ומאמר דאוריית' דילפינן מק"ו משאר נשים ולית לי' האי מיעוט' דבפ"ק דקידושין דהי אפשר לומר שהוא מדרבנן לר"נ כו' ותימא גדולה הוא לומר כן ולא משתמיט שום תנא ולימא דגט פוטר ביבמה ועוד דא"כ הו"ל למימר כמי דאין אחר הגט כלום ועיין במהרש"א שהקשה וז"ל יש לדקדק אמאי לא תיקשי להו נמי דהל"ל דאין אחר מאמר כלום עיי"ש:

אבל לדעתי דשיעור דברי התוס' כך הוא דבאמת לכאורה יש לתמוה דלמה הוצרכו התוס' להזכיר גט דהוי נמי מה"ת כיון דהש"ס לא איירי אלא ממאמר ואע"ג דמחמת ההוכחה שכתבו שם בתר הכי דלר' נחמי' ליכא למיגזר כו' הוכחה זו איכא נמי בגט מ"מ למה הוצרכו להזכיר דבר זה ועוד דלכאורה יש לתמוה דאיך מצינן לומר דלר' נחמי'

כמו דסבירא לי' דאין אחר ביאה כלום סבירא לי' נמי דאין אחר גט ומאמר כלום הא איך נפרנס מאי דקאמר במתניתין בין באמצע ובין בסוף הא כיון שנתן גט איך מהני המאמר שעשה וגם אחר מאמר איך מהני הבעילה הא אין אחר מאמר כלום וצ"ל דהא דקאמר הגמ' ביאה פסולה כמאמר שווי' רבנן ואין אחר מאמר כלום הנ"מ רק מאמר דחזיא לביאה אבל הכא כיון שנתן גט מקודם א"כ המאמר לא היה חזיא לביאה ובמאמר כזה יש אחרי' כלום וכמו כן קאמר הגמ' לעיל דף כ"ט לב"ש דמאמר:

דהיתרא קני מאמר דאיסורא לא קני ולפי"ז ע"כ היו מוכרחים התוס' לומר דגם גנו דאוריית' דאם נימא דגט אינו מה"ת ומאמר הוא מה"ת אכתי קשה למה מהני אחר המאמר דהא מה"ת הוי מאמר דחזיא לביאה אלא ע"כ צ"ל דגם גט הוא מה"ת ומשו"ה הוי מאמר דלא חזיא לביאה ועכ"פ מוכח א"כ ממתניתין אחר מאמר אין אחרי' כלום אבל גט אף דפוסל מה"ת מ"מ יש אחריו כלום דיהי' מהני אחריו מאמר וביאה דגט אף דמהני מ"מ אינו פוטר לגמרי רק שיחשב אח"כ ביאה, פסולה או מאמר פסול וזהו שהקשו התוס' חדא דלא מצינו מאן דסבר דגט יהי' מה"ת היינו שיהי' מהני מה"ת אף כל דהו ותו דאם נימא דגט מהני מה"ת אמאי לא נימא ג"כ דאין אחר גט כלום כמו אחר מאמר בתחילה וממתניתין מוכח דגט גם בתחילה יש אחריו כלום ודו"ק:

סימן יב

בדבר עגונה אחת:

הנה מתחילה יש לדון בדין ערכאות אם כדאי לסמוך על מה שנכתב בפנקס שלהם כי פלוני מת להתיר אשה לעלמא והנה דבר זה בפתח בגדול שבאחרונים הגאון חת"ס אה"ע חלק א' סי' מ"ג אודות איש אחד ר' ליב שבא תעודה מהגענעראל קאמאנדע שמת ועוד העיד ר' שמעי' מבאטיין דחיפשו אצל הגענעראל קאמאנדא אחר בנו והראוהו בפנקס שכבר נמחק כי מת אז ראה אגב אורחא שגם ליב חתנו של ר' דניאל נמחק [והלשון אינו מדוקדק שבוודאי אצל הגענעראל קאמאנדא לא היה נזכר שהוא חתנו של ר' דניאל] והעלה החת"ס שיש להתיר אשת ר' ליב עפ"י עדותן של הערכאות ע"י הפנקס וסיים איתתא דא שריא להתנסבא לכל גבר דיתיצביין בלי ספק אמנם בתוך דבריו שם כתב בעצמו אך הואיל ולא שמעתי עדיין מי שהתיר כיוצא בזה ע"כ לא אתיר עד שיסכים עוד אחד מגדולי הדור כו' ע"ש והנה חיליה של הגאון ז"ל הוא מונה דאיתא בפ"ק דגיטין י' ע"ב כל השטרות העולין בערכאות של נכרים כשר חוץ מגיטי נשים ומסקינן חוץ מכגיטי נשים ר"ל כל השטרות שאינם אלא לראיה כשרים בעש"ג משום דלא חשידי לשקר והקשו הראשונים ז"ל א"כ משה ואהרן יהיו כשרים לעדות ותירצו בתוס' דלא

מהימני ערכאות אלא מתקנתא דרבנן ומשמע משום נעילת דלת והגהת אשר"י כתב משום שלום מלכות שהי' מקפיד אם לא נאמין לערכאות שלו וחד תירץ דמדינא כשר גוי לעדות ממון דאחיך הוא בענין זה שנצטוו על הדינים כו' וע"ז כתב הוא ז"ל ויראה אפילו להך טעמא דס"ל משום תקנתא דרבנן הוא דמהמני ומשום שלום מלכות מ"מ עכ"פ היינו הואיל ומהימני אבל אי הוה חשידי לשקורי לא הוי מתקני דרבנן לחייב אדם בריבו ע"י עדי שקר:

תו העתיק לשון הרמב"ם ז"ל סוף הל' גרושין שכ' אבל דבר שיכול לעמוד על בוריו שלא מפי העד ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני לא הקפידה תורה עליו שדבר רחוק הוא שיעיד העד שקר לפיכך הקילו בו חכמים והאמינו בו ע"א מפי שפחה ומן הכתב ובלא דרישה וחקירה כדי שלא תשארנה בנות ישראל עגונות עכ"ל מדבריו מבואר דערכאות מהימן לעדות אשה בלא מסל"ת דאע"ג בסתם גוי בעינן מסל"ת משום דבמתכוין להעיד חשיד לשקר אפילו במלתא דעבידא לגלוי' מ"מ בערכאות דלא חשידי לשקר דלא מרעי נפשיהו עדיף טפי במתכוין להעיד ממסיח לפי תומו ועדיף נמי כתבם מפיהם דלא חתימי בשקרא ומרעי נפשייהו טפי עכ"ל העתקתי בקיצור לשון החת"ס ועוד האריך שם בענין זה ואף כי ידעתי מך ערכי כי אין אנכי כדאי לבוא לבקר אחרי גדול הדור כמותו מ"מ כבר הרשונו חז"ל לבקר אחרי חכמים ובזה יגדיל תורה ויאדיר ע"כ אמרתי לבוא אל העיון ומד' אבקש שלא אכשל בדבר הלכה וזה החלי בעזהש"י:

הנה לכאורה דבריו תמוהין מגיטין דף כ"ח ע"ב דפריך הש"ס אדרב יוסף דמפרש מתניתין דהתם דקתני והיוצא ליהרג נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים דוקא בב"ד של ישראל אבל בב"ד של אוה"ע כיון דגמרי ליה לדינא מקטל קטלי ליה מהא דתניא שמע בב"ד של ישראל איש פלוני מת איש פלוני נהרג ישיאו את אשתו מקומנטריסין של עכו"ם איש פלוני מת איש פלוני נהרג אל ישיאו את אשתו מאי מת ומאי נהרג אילימא מת מת ממש נהרג נהרג ממש דכוותיה גבי נכרים אמאי אל ישיאו את אשתו הא קי"ל דכל מסיח לפי תומו הימוני מהמני ליה והנה קומנטריסין הוה ערכאות ועיין ברמב"ם ובטור שכתבו בהדיא שמע מערכאות ונראה שכך היה גירסתם בגמרא ומ"מ קא מקשה הש"ס רק מהא דקי"ל מסל"ת מהימן ולהחת"ס תיפוק ליה דהוה ערכאות ומהימן גם בלי מסל"ת ומצאתי שכבר הרגיש בזה מו"ח ז"ל בספר ברכת רצה סי' ד' וכתב דערכאות לא מהימני רק כשכותבין בערכאות שלהם דבזה אמרינן דלא מרעי נפשייהו אבל לא במה שאומרים בע"פ שנעשה בדיניהם ולהכי פריך ממסל"ת ובאמת כן כתב גם

החת"ס דכתבם עדיף מפיהם ולפ"ז יש מקום בראש לומר דאפילו לפי מה דמסיק הש"ס דמטעם מסל"ת לא מהימני במלתא דשייכי בה משום דעבידי לאחזוקי שיקרייהו דז"א אלא כשאומרים בע"פ דלא מהימני מטעם דעבידי לאחזוקי שיקרייהו אבל כשרואין אנו שנכתב בערכאות שלהם שנהרג בדינם שפיר משיאין את האשה עי"ז דערכאות לא מרעי נפשייהו אפילו במילתא דשייכי בה ובפרט לפי מ"ש האחרונים דערכאות טפי עדיף ממסל"ת ודבר זה קשה לחדש דפשיטא דלא אישתמיטו גדולי הפוסקים הרמב"ם והטור והמחבר והרמ"א להשמיענו דבר זה אלא סתמו הדין דערכאות לא מהימני לומר הרגנו ומשמע דאפילו אם נכתב בערכאותיהם ג"כ לא מהימני משום דעבידי לאחזוקי שיקרייהו אפילו בכתב שלהם ועכצ"ל דאין חילוק בין היכא שנכתב בערכאותיהם או שאומרים בע"פ בתורת ערכאות ומעתה הדרא קושיא לדוכתא למה פריך הש"ס ממסל"ת ולא מטעם ערכאות:

והנראה לפענ"ד דיש לומר דגם הס"ד ידע הך סברא דיש לחלק בין מלתא דלא שייכא בה לבין מלתא דשייכי בה וסבר דחילוק זה לא שייך אלא כשמבקשין מערכאות להעיד אז עבידי לאחזוקי שיקרייהו להתפאר שנהרג בדין אע"פ שבאמת לא נהרג משום שראו בעצמם שטעו בדין דכסיפא להו מלתא לומר שטעו אבל כשמסל"ת סבר הס"ד דאין לחלק בין מילתא דשייכי לבין מלתא דלא שייכי דאם טעו בדין ולא נהרג הי' להם לשתוק ולא לדבר כלל מזה והתרצן מתרץ דגם במסל"ת יש לחלק בזה דמילתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שיקרייהו משום שמתפארים בדינם אע"פ ששקר הדבר ולא נהרג ולפ"ז יש לומר דגם כשאומרים הערכאות בע"פ במלתא דלא שייכי בה כגון שמת פלוני על מטתו נאמנים אפילו בלי מסל"ת כגון שאומרים שנמצא ונכתב בפנקס מיתתו אע"פ שאינם נותנים דבר זה בכתב אלא אומרים בע"פ אנו מאמינים להם שכן נמצא כתוב בערכאותיהם:

שוב ראיתי שהחילוק שכ' מו"ח ז"ל בערכאות בין שחותמין דבריהם בכתב לבין שאומרים רק בע"פ ולא בכתב יוצאין ממקור נאמן רבינו הרא"ש ז"ל בפ"ק דגיטין שכ' וז"ל ושטר מתנה הנעשה בערכאות כיון דהאידנא ליכא דינא דמלכותא כו' חספא בעלמא הוא ואפילו נמסרו:

בפני ישראל דחיישינן שמא ימסרם הנותן למקבל בפני ערכאות של נכרים כו' והא ליתא דדוקא לחתום שקר לא מרעי נפשייהו אבל בעדות בע"פ מרעי נפשייהו עכ"ל הרי מפורש יוצא כדברי מו"ח ז"ל והנה הקרבן נתנאל שם מפרש דברי הרא"ש שהחשש הוא אשר הערכאות יתנו אח"כ שטר ערכאות עפ"י עדי ערכאות שהעידו לפניהם שאצלם

המה נאמנים. מתוך דבריו אלו שמענו חדשות דהא דאמרינן ערכאות מהימנא דוקא היכי שהמה חותמים על מה שראו בעיניהם אבל אם המה כותבין עפ"י עדות של שאר ערכאות שהעידו בפיהם לא מהני ולפ"ז נסתר ההיתר של החת"ס לגמרי כי האידנא הממונה על הפנקס אינו רואה בעיניו וכותב מיתת כל או"א עפ"י עדות של אחרים היינו עפ"י המשרתים גם הרופא הנותן תעודה על המיתה אינו מכיר אותו ואת שמו לא נודע לו רק עפ"י שמיעה של המשרתים וכ"ז לא מהני כלל להרא"ש לפי מה שמפרש דבריו בספר ק"נ הנ"ל:

אמנם לפענ"ד פי' הק"נ בדברי הרא"ש הוא דחוק מאוד כמו שהקשה הוא בעצמו דל"ל להרא"ש לומר דעידי מסירה של ערכאות פסול משום דבע"פ מרעי נפשייהו תיפוק ליה דאפילו אי קושטא קאמרי הוה השטר חספא בעלמא הוא ומ"ש לתרץ דכונת הרא"ש לישב כוונתו אמאי לא תקינו חז"ל שיהא מהני המסירה בפני הערכאות ולהכי קאמר דבע"פ מרעי נפשייהו אין לדבריו אלו רמז בדברי הרא"ש וגם לפי דבריו יקשה טובא הא דקי"ל בשו"ע חו"מ סי' ס"ח דכל השטרות העולין בערכאות של נכרים כשרים אמאי הא האידנא אנו רואין פעמים הרבה שהממונה המקיים החתימות אינו עומד בעצמו בשעה שחותמים רק אחד ממנהלי הקאנצליי עומד ורואה חתימות ידם ועל פיו חותם הנאטאר מעתה לדעת הק"נ לא מהני להרא"ש ז"ל:

אבל לפענ"ד נראה דעד כאן לא כתב הרא"ש ז"ל דבע"פ מרעי נפשייהו אלא כשלא נעשה שום דבר על פיהם בערכאות אלא שמעידים בע"פ בעלמא ובזה אין עליהם תורת ערכאות אבל כשנעשה על פיהם דבר בערכאות ועדותם נכתב בספר הזכרונות של ערכאות בזה לא מרעי נפשייהו וחשיבי כערכאות וחילוק זה מתקבל על הדעת מי שיודע מנהגי המדינה:

עוד נ"ל דיש להביא ראיה לחילוק הנ"ל דכעין זה מוכח מגמרא גיטין דף י"ט ע"ב רב פפא כי אתא לקמיה שטרא פרסאה דעבד בערכאות של כותים מקרי להו לשני כותים זה שלא בפני זה במסל"ת ומגבי ביה ממשעבדי ואח"כ איתא התם בסמוך דאמר אמימר האי שטרא פרסאה דחתמי ביה סהדי ישראל מגבינין בו ממשעבדי וע"ז פריך הש"ס והא לא ידעי למקרי וכן פריך הש"ס לעיל דף י"א ע"א ולכאורה קשה דמאי פריך הא אפשר דהני סהדי עבדי כרב פפא דמקרי להו שני כותים זה שלא בפני זה אלא צ"ל דזה לא מהני אלא כשמקרין לפני הב"ד אבל לא בפני עדים דעלמא שרוצים לחתום על השטר ואפילו בעדי ישראל מחלקינן ודוקא רב נחמן וספרי דיינא דאית להו אימת' אבל ר"נ וספרי אחרינא וספרי דיינא ואינש אחרינא לא ע"ש א"כ יש לחלק נמי כמו כן אצל ערכאות

דמשרתים שלהם נאמנים לגבי מה שאומרים לפני המושל עליהם אבל לא מה שאומרים לאינש אחרינא וכן מפרש הברטנורא בפ"ק דגיטין וז"ל בערכאות שלהם שהעידו העדים עדותם לפני השופט במקום מושב משפטיהם עכ"ל הרי בהדיא כמו שכתבתי. וכאשר נעיין עוד בזה נראה לפענ"ד דאדרבה מסוגיא זו יש להוכיח דערכאות בע"פ עדיף טפי מסתם עכו"ם מסל"ת דהנה לכאורה צריך להבין הא דפריך הש"ס והא קי"ל דכל מסל"ת הימנוה מהימניה דמנ"ל דמיירי הכא דקומנטריסין אמרו במסל"ת דלמא מיירי שלא היה במסל"ת אלא ששאלו אותם עליו ועכצ"ל דמדנקט בברייתא סתמא שמע משמע דהשמיעה היה אגב אורחיה ולא דיברו עמהם כלל אבל לפ"ז קשה לדעת הסוברין דכל מסל"ת בעינן דוקא קישור דברים ובלי קישור דברים לא חשיב מסל"ת דחיישינן שמא אמר במכוון ולא מהימן איך פריך הש"ס הכא הא מסל"ת מהימן הא בברייתא לא סכר שהי' קישור דברים ומשו"ה לא מהימן וזהו קושיא גדולה לשטתם:

וראיתי בישוי"ע שהביא שכבר העיר בזה הלח"מ בשם הריב"ש אבל אי נימא דערכאות מהימני אפילו בע"פ כשמתכוונו להעיד שפיר ניחא דהש"ס הכי פריך ממ"נ אי מיירי שהקומנטריסין התכוונו להעיד כדי להתירה להנשא לעלמא בודאי מהימני דערכאות לא מרעי נפשייהו להעיד שקר ואי נימא דמיירי שהיו מסיח לפי תומם ולא ידעו כלל שאמירתם נוגע לענין עדות ולהכי בכה"ג לא שייך לומר לא מרעי נפשייהו דטעם זה לא שייך אלא כשהענין נוגע לאיזה דבר לדינא אבל לא כשמגידים שיחה בטלה בעלמא לכן אין לסמוך על הגדתם הא קי"ל דבעדות אשה הקילו חז"ל וסומכין להתיר אשה לעלמא אפילו כשמסיח לפי תומו א"כ בכה"ג ערכאות לא גרע משאר עכו"ם דמהני במסל"ת ולפ"ז בערכאות לכו"ע לא בעינן קישור דברים דממ"נ מהימני אי מתכוון להעיד מהימני מתורת ערכאות דלא מרעי נפשייהו ואי מסל"ת מהימן כשאר עכו"ם ודו"ק. אמנם לפענ"ד יש ליישב מה שהקשה הריב"ש הא לא הוה קישור דברים דהש"ס שקיל וטרי אליבא דרב יוסף וביבמות דף קכ"א ע"ב משמע דרב יוסף ס"ל כשמואל דנכרי מהימן כשנתכוין לעדות ולא נתכוין להתיר דאיתא התם היכי ידעינן אמר רב יוסף בא לב"ד ואמר איש פלוני מת כו' סתם זה נתכוין לעדות וח"כ לרב יוסף בודאי לא בעינן קישור דברים וזה נכון:

ולפי האמור יש לנו מקום לומר דבר חדש בהא דקי"ל ברמב"ם ובטור וכל הפוסקים דמי ששמע מערכאות של עכו"ם הרגנו לפלוני דאינם נאמנים משום דבמילתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שיקרייהו וזהו מהסוגיא הנ"ל ונראה מדבריהם דאפילו כשהערכאות מסיח לפי תומם ג"כ אינם נאמנים ומהטעם שאנו חוששים שמסיחים לפי תומם דרך

התפארות כמבואר בדבריהם זה אינו אלא במסל"ת בלי קישור דברים אבל במסל"ת ע"י קישור דברים שפיר מהני דלפי האמור דמהברייתא אינו מוכח כלל דמיירי במסל"ת אלא מדנקט סתם שמע משמע דלא הי' לישראל עמהם עסק בדברים יחד אלא שמועה בעלמא א"כ גם קישור דברים לא היה ביניהם ובכה"ג יש לומר דיש לחוש שמא היו מסיחים דרך התפארות אבל כשהי' קישור דברים דיותר נראה שלא התכוין לשקר שפיר מהימני הערכאות אפילו במילתא דשייכי בה ולדעת הסוברים דבכל מסל"ת בעינן קישור דברים ועל כרחך צריך לפרש שיטת הש"ס כמו שכתבתי דבערכאות ממ"נ מהימני אי הוה כונתם בתורת עדות מהימני מצד ערכאות ואי לא הוה כונתם להעיד אלא באמת היו מסיחים לפי תומם ג"כ מהימני מצד מסל"ת מהימן בעדות אשה לפי"ז יש לומר דהא דלא מהימני במילתא דשייכי בה היינו משום דכיון דשייכי בה עבידי לאחזוקי שיקרייהו אינם נאמנים מחמת דחיישינן שמא לא היה מסל"ת שהרי לא היה קישור דברים ומצד דין ערכאות ג"כ לא מהימני דבמלתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שיקרייהו:

והנה ראיתי להישוי"ע שם שכתב לתרץ קושית הרשב"א על הרמב"ם דסבר דבעינן קברתיו מסוגיא דגיטין הנ"ל דלא נאמר קברתיו ומ"מ פריך הש"ס אמאי לא ישיאו את אשתו ותירץ הישוי"ע דהרמב"ם לא כתב אלא בסתם עכו"ם דלא דייקי כולי האי אבל ערכאות דייקי טפי ומהני במסל"ת אפילו בלא קברתיו ולפענ"ד דבערכאות כשהם מסל"ת לא עדיפי משאר עכו"ם ובפרט לפמ"ש שם בתוס':

ד"ה וקתני בתירוצם הב' דגבי יוצא ליהרג לא מהימני במסל"ת משום דחיישינן דטעו אלמא דערכאות נמי לא דייקי כולי האי כשהם מסל"ת. וראיתי בספר זכרון שמואל על גיטין כתב ג"כ דבערכאות מסל"ת אין לו דין ערכאות ולפענ"ד נראה דיש להעיר ביבמות דף קכ"ב ע"א אבא יודן איש ציידן אמר מעשה בישראל ונכרי שהלכו בדרך ובא נכרי ואמר חבל על יהודי שהיה עמי בדרך שמת בדרך וקברתיו והשיאו אשתו ושוב מעשה בקולר של בני אדם שהיו מהלכין לאנטוכיא ובא נכרי אחר ואמר חבל על קולר של בני אדם שמתו וקברתים והשיאו את נשותיהם ושוב מעשה וכו' והנה קולר מפרש רש"י חבורה אבל בערוך פירוש הך קולר דהכא כמו דאיתא בגיטין דף ס"ה והיוצא בקולר ואמר כתבו גט לאשתי והוא סוגר הנתון בצואר השבויים ע"ש ולפי דעתו הני שני בני אדם היו יוצאין ליהרג דהא במתניתין בגיטין כתב רש"י יוצא בקולר ליהרג למלכות ולפ"ז יש להקשות מהא דגיטין שהבאתי למעלה דאם שמע מקומנטריסין של נכרים איש פלוני מת איש פלוני נהרג אל ישיאו את אשתו משום דעבידי לאחזוקי שיקרייהו ולמה השיאו את נשותיהן של הני שני בני אדם כיון שהיו יוצאין ליהרג ויש לומר דמשו"ה

כתב רש"י ז"ל באמת לפרש קולר חבורה כי היכי דלא תקשי ליה מסוגיא דגיטין אבל לפירוש הערוך קשה טובא:

ונראה די"ל דהא דאמרינן שם בגיטין דעבידי לאחזוקי שיקרייהו היינו דווקא באמרו סתם פלוני מת פלוני נהרג ולא אמרו וקברתיו ולדעת הרמב"ם בנכרי מסל"ת בעינן דוקא וקברתיו משום דחיישינן שמא אמר בדדמי והנה סמוך למיתה וע"ז אמר מת והנה הרשב"א הקשה מסוגיא זו על שיטת הרמב"ם ז"ל דהא הקומנטריסין לא אמרו וקברתי ומאי פריך ונ"ל דיש לומר להס"ד גם ביוצא ליהרג ג"כ ישיאו את אשתו ולפ"ז יש לומר דגם לפי מאי דמשני דקומנטוריסין עבידי לאחזוקי שיקרייהו זה אינו אלא היכי דלא אמר וקברתיו דאז אפילו אם נתברר אח"כ שהוא לא מת ולא נהרג יכולים לתרץ דיבורם שטעו בזה שבאמת היה יוצא למות ויוצא ליהרג ומחמת זה אמר מת או נהרג שדרך לטעות בכך ולא יהיו נתפסים לשקרנים אחרי כי דרך בני אדם לטעות בכך אבל כשהמה אומרים וקברתיו כולי האי יהיו מירתת שמא יתברר שקרם ודו"ק:

עוד י"ל בדעת הערוך שיסבור כדעת הרמב"ם שהביא הטור שדוקא אותן הערכאות שהרגו עפ"י דינם אינן נאמנים אבל שאר ערכאות נאמנים שנהרג בערכאות אחרים ולא כדעת הרא"ש שהובא בטור שאפילו אמרו שנהרג שלא על ידם אינם נאמנים וכ"ש לפמ"ש בשם מהרא"י שהביא הרמ"א בסעיף ד' דאפילו לשיטת הרא"ש דוקא ערכאות אינם נאמנים אבל שאר נכרי שאינו ערכאות שאומר במסל"ת שנהרג בערכאות שפיר מהימן דנכרי דעלמא לא עבדי לאחזוקי שיקרייהו דערכאות עיין שם לפ"ז י"ל דההוא נכרי לא היה מערכאות ומשו"ה השיאו לנשותיהם על פיו:

אבל אי קשיא הא קשיא לי ללישנא קמא דרב יוסף דיוצא ליהרג בב"ד של עכו"ם מיקטל קטלי לי' והקשו בתוס' שם ד"ה וקתני אמאי לא פריך מסיפא דשמע מקומנטריסין דאל ישיאו את אשתו ותירצו דמיירי שעדיין לא חתם פורסי שנמג עוד תירצו דמסל"ת לא מהימני אלא במת או נהרג אבל לא כשיוצא ליהרג ע"ש ועיין במהרש"א שהקשה אמאי מוקי למתניתין בב"ד של ישראל הא מצי מיירי גם בב"ד של עכו"ם וכגון שלא חתם עדיין פורסי שנמג וכ' דלפי תירוצם הב' שפיר ניחא דהא מתניתין מיירי שישראל העיד שיצא ליהרג ע"ש א"כ קשה לי הך עובדא דסוף יבמות דמשמע שזה ידעו בבירור שיצאו שני בני אדם בקולר ע"י עדות גמור ורק הנכרי העיד שמתו וא"כ תיפוק ליה גם בלי עדותו של הנכרי ג"כ נשותיהן מותרות שהרי יצאו ליהרג לפי פירושו של הערוך:

ולכאורה יש להעיר במתניתין דגיטין דהיוצא בקולר ואמר כתבו גט לאשתו הא תיפוק ליה דביוצא ליהרג נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים ואיך כותבים גט לאשתו

אך בזה י"ל דמיירי שכותבין בידוע שהוא עדיין לא נהרג וכותבין גט לפטור את אשתו מחליצה ויבום אבל בסוגיא דיבמות יש לתמוה כנ"ל. והנראה לפענ"ד בישוב דבר זה דשאני הכא דמבואר בש"ס שהיו מהלכין לאנטוכיא ועכצ"ל שכך היה תפקודת הערכאות שיהיו מוליכין אותן לאנטוכיא א"כ כל זמן שלא הגיעו לאנטוכיא היו בחזקת חיים שלא היו רשאים להורגן כ"ז שלא הגיעו לאנטוכיא והנכרי מעיד במסל"ת שמתו קודם שהגיעו לאנטוכיא ומשו"ה היו צריכין לעדות הנכרי דמיירי שהיו יודעין שלא באו השני בני אדם לאנטוכיא ולא נהרגו באנטוכיא ורק מחמת עדות הנכרי שמתו בדרך וקברתים התירו לנשותיהן עוד יש לומר לחלק בין אלו שיוצאין ליהרג עפ"י ב"ד של נכרים דהיינו שנתחייבו מיתה מחמת החטא עפ"י שופטים לבין יוצאין בקולר דלפי פירוש רש"י ליהרג במלכות דהיינו משום שהיו מורדים במלכות וגזרה המלכות עליהם הריגה שאלו שנתחייבו הריגה בב"ד שלהם על שחטאו לרציחה או בגזילה לא ניתן למלכות למחול אבל אלו שגזרה המלכות עליהם מיתה מחמת שפגעו שכבודם ניתן למחול דאינהו סבירא להו מלך שמחל על כבודו כבודו מחול:

ועפי"ז יש לישב קושית התוס' דרב יוסף לא אמר אלא בב"ד של עכו"ם אבל קומנטריסין שפירש רש"י ממוני' להרוג אפשר לפרש עפ"י המלכות דהיינו אלו שיוצאין בקולר ואנכי לא באתי אלא לעורר:

וראיתי להפ"י בחי' שם בגיטין שכתב לישב קושית התוס' לחלק בין תרומה לעדות אשה דבעדות אנו מחמירין יותר מבתרומה שהרי נטבע במים שאין להם סוף אסורה להנשא ובתרומה אם הוא בת כהן מותרת לאכול בתרומה ולפענ"ד אין תירוץ זה מספיק בישוב קושי' התוס' דאכתי קשה אדרב יוסף דאיהו קאמר דבב"ד של נכרים יותר המה בחזקת מתים מנהנידונים בב"ד של ישראל ובברייתא שמתירין להנשא מאלו היוצאים ליהרג ע"י ב"ד של ישראל אלמא שהמה בחזקת מתים כ"ש הנידונים בב"ד של עכו"ם ולמה קתני בברייתא מקומנטריסין של עכו"ם אל ישיאו את אשתו ואם התירו בב"ד של ישראל כ"ש שמותרים נשים של אלו שנידונו בב"ד של נכרים א"כ היה לו להקשות גם מסיפא וזהו עיקר קושית התוס' דמשמע דהש"ס פריך אדרב יוסף רק מב"ד של ישראל אבל הא דקאמר בב"ד של נכרי נותנין לו חזקת מיתה משמע דאתי שפיר ואמאי הא בברייתא אדרבה חוששין בב"ד של ישראל יותר לחיים מב"ד של ישראל:

אמנם מה שנראה לפע"ד שיש ליישב קושית התוס' על דרך זה דלכאורה בלא"ה יש לתמוה מאי פריך הש"ס אהא דרב יוסף הא בלא רב יוסף כמי יש לפרוך ממתניתין אברייתא הא במתניתין קתני והיוצא ליהרג סתמא ובודאי הוה פירושו דשמעו מישראל

ובברייתא קתני דמב"ד של ישראל ישיאו את אשתו ואף דרב יוסף ללישנא בתרא מוקי מתניתין בב"ד של נכרי מ"מ זהו דבר חידוש אבל בלא חידושו הוה צריך הש"ס להיות שקיל וטרי למיפרך ממתניתין אברייתא ונ"ל די"ל דבלא רב יוסף לא הוה מצי למיפרך ממתניתין אברייתא דהוה מצינו לשנוי' דהברייתא קתני בדקדוק דוקא שמע מב"ד של ישראל ישיאו את אשתו דכיון שכבר נשמע מאת הב"ד בעצמם תו לית לן למיחש דלמא חזי ליה זכותא דאילו הוה אפשר למצוא לו זכות לא הוה מוציאין קול שיוצא ליהרג אבל כששמעו מאינש אחרינא יש לומר דחיישינן דלמא חזי ליה זכותא וגם הס"ד סבר: דכ"ש מב"ד של עכו"ם פשיטא דלא חיישינן כלל שמא הדרו בהו אלא ודאי מקטל קטלי כסברת רב יוסף ונקט מב"ד של ישראל לרבותא דאפילו מב"ד של ישראל ישיאו את אשתו וכ"ש מב"ד של נכרי ומשו"ה קתני מקומנטריסין של נכרים ולא נקט מב"ד של נכרים משום דקומנטריסין דלא הוי ב"ד אלא ממונים להריגה כמו שמפרש רש"י ז"ל ולרבותא נקט דאפילו של נכרים אל ישיאו כ"ש של ישראל אל ישיאו ורק אדרב יוסף דקאמר בהדיא לא שנו אלא ב"ד של ישראל דאפילו אם שמעינן מב"ד בעצמם ג"כ נותנים עליו חומרי חיים שפיר פריך מברייתא הא קתני מב"ד של ישראל ישיאו את אשתו אבל אמאי דאמר רב יוסף ב"ד של נכרים מקטל קטלי לי' לא מצי פריך מברייתא דברייתא קתני קומנטריסין ולא נקט ב"ד ורב יוסף קאמר בב"ד של נכרים ודו"ק:

והנח הרא"ש ז"ל מסתפק אליבא לישנא בתרא דרב יוסף דמוקי למתניתין בב"ד של נכרים אי מיירי אפילו לבתר דחתם פורסי שנמג או דוקא שעדיין לא חתם פורסי שנמג ע"ש ולפי האמור יש להוכיח דאי חתם פרסי שנמג ישיאו את אשתו דאל"ה קשה למה נקט הברייתא מקומנטריסין של נכרים ולא נקט מב"ד של נכרים כמו דנקט מב"ד של ישראל אלא מוכח דקומנטריסין שממונים להרוג ע"כ מיירי כשכבר חתם פרסי שנמג דמקמי הכי אינו יוצא ליהרג ואלו הוה שמע מב"ד עצמן ישיאו את אשתו רק כיון דלא שמעו מב"ד אלא מקומנטריסין לא ישיאו את אשתו והא דלא קתני דמב"ד של נכרים ישיאו את אשתו דהוה רבותא טפי מב"ד של ישראל משום דלא פסיקא ליה אי חתם פרסי שנמג ותנא מלתא דפסיק' קתני אבל אי ברור דחתם פרסי שנמג ישיאו את אשתו ודו"ק. ומה שנראה לפענ"ד בישוב קושית הרשב"א על הרמב"ם דבעי וקברתיו מההיא דקומנטריסין דלא נאמר וקברתיו דעל כרחך טעמא של הרמב"ם דבעי גבי מסל"ת וקברתיו משום דאל"ה חיישינן דאמר בדדמי ואפשר שהיה סמוך למיתה וע"ז אומר שמת וכמו שכתבו התוס' בגיטין ד"ה וקתני בתרוצם הב' דגם להס"ד דהש"ס בלישנא קמא דיוצא ליהרג מ"מ בנכרי מסל"ת לא מהני כשאומר יוצא ליהרג דחיישינן שאומר

בדדמי כן ה"נ סובר הרמב"ם דבמת נמי חיישינן שאומר בדדמי לכן בעינן וקברתיו ולפ"ז דהס"ד דהש"ס דגיטין שהי' סבר דיוצא ליהרג משיאין את אשתו א"כ בנכרי מסל"ת שנהרג ג"כ מהני ולא בעינן וקברתיו דאפילו אם אומר בדדמי ומגזם קצת ובאמת לא נהרג עכ"פ היה יוצא ליהרג דאלו לא היה יוצא להרג לא הוי טע' כולי האי לומר נהרג אלא ע"כ הי' יוצא ליהרג והס"ד סבר דאם יצא ליהרג משיאין את אשתו אבל לפי מה דקי"ל כלישנא בתרא דרב יוסף דבב"ד של עכו"ם ביוצא ליהרג אין משיאין את אשתו גם אם אומר מת לא סגי אלא א"כ אומר וקברתיו דחיישינן שמא אומר בדדמי שהיה יוצא ליהרג ואומר נהרג:

ועוד אמינא די"ל אדרבה שהרמב"ם הוציא הלכה זו מסוגיא הלזו מהא דאמר הש"ס אלא לאו מאי מת יוצא למות ומאי נהרג יוצא ליהרג ולכאורה תמוה הא בברייתא קתני מת ונהרג ואיך נפרש יוצא למות ויוצא ליהרג הא הו"ל לתנא למינקט בהדיא יוצא למות יוצא ליהרג אבל לפי האמור הכי פירושא דהש"ס דלעולם אמר מת ונהרג אלא כיון דלא אמר וקברתיו חיישינן שמא אומר הנכרי בדדמי ולעולם לא ראה אותו אלא יוצא למות ויוצא ליהרג וע"ז הוא אומר מת ונהרג וברישא בב"ד של ישראל ע"כ מת ונהרג היינו יוצא למות ויוצא ליהרג והא דנקט ברישא גבי שמע מב"ד של ישראל הלשון מת ונהרג אע"ג להס"ד בישראל סגי ביוצא למות וליהרג נקט משום סיפא ובלא"ה על כרחך צריך לומר ללישנא בתרא דרב יוסף דס"ל באמת דבב"ד של ישראל סגי ביוצא ליהרג ובב"ד של עכו"ם אפילו מת ונהרג לא מהני הא דנקט ברישא מת ונהרג משום סיפא נקט הכי אבל ברישא לאו דוקא מת ונהרג אלא ה"ה יוצא למות ויוצא ליהרג וה"ה הא דנקט שמע מב"ד לאו דוקא דאפילו מאחד סגי:

ובזה ניחא מה שהקשה מו"ח ז"ל לל"ב דרב יוסף אמאי נקט הברייתא שמע מקומנטריסין אפילו שמע משני עדים ישראלים שיצא ליהרג מב"ד של נכרים ג"כ אין משיאין את אשתו ולפי האמור שפיר ניחא דברייתא אשמועינן דאפילו אם אמרו הקומנטריסין מת ונהרג לא ישיאו את אשתו דאנו חוששין דאומרים בדדמי כיון דלא אמרו וקברתיו אלא שהי' יוצא ליהרג וזה לא מהני והא דלא פריך אדרב יוסף מסיפא צ"ל דמיירי שלא חתם פורסי שנמג כמ"ש התוס' בתירוצם הא':

והנה בגוף הדבר מה שסמך הגאון חת"ס לקבל העדות של ערכאות בעדות אשה ובלי מסל"ת להיתר גמור ואחריו ענו הרבה מגדולי האחרונים בתשובותיהם מקודש ומו"ח ז"ל כתב בסי' הנ"ל בלשון והרי בלא"ה קי"ל דערכאות נאמנים גם בלי מסל"ת דלא משקרי דמה"ט כל השטרות העולים בערכאות כשרים ומוציאין ממון על ידיהם עכ"ל

אנכי נבוך מאוד בזה וכמעט זהו בעיני תורה חדשה דאיך יתכן דהלכה זו אישתכחה מרבותינו חכמי הש"ס אשר לא הזכירו מזה כלל ואיך לא אישתמיט חד מגדולי הקדמונים ז"ל אשר שמו עיניהם בכל עבר ופנה לבקש תקנת עגונות להביא דבר זה ובפרט שזהו מלתא דשכיחי טובא והא דכל השטרות העולים בערכאות כשרים הוא מתניתין מפורשת והש"ס שקיל וטרי הרבה בזה בגיטין דף ט' ודף י"ט ואין רמיזא מזה שיהא מהני בעדות אשה ומה שהביא סמך לזה מהמהרי"ק שורש קכ"א הובא בט"ז יו"ד סי' שט"ז שכ' דהא אפילו אחזקה שצריך עדות גמור כגון להוציא ממון מחזקתו דבעינן שני עדים סמכו אחזקה דלא מרעי נפשייהו גבי שטרות העולים בערכאות של גוים בשטר מכר כו' ואפילו לענין עדות להתיר א"א לעלמא הוה סמכינן אחזקה זו אי לאו דלאו בני כריתות נינהו כדמוכח שם בהדיא כו' עכ"ל כבר תמהו עליו דהא התוס' וכל הקדמונים כתבו דה"ה דהוה מצי הש"ס לומר דלאו בני עדות נינהו:

עוד הקשו דאין ראיה לאיסור מממונא כדאמרינן ביבמות דף קט"ו איסורא מממונא לא ילפינן וראיתי בספר ב"י אה"ע ח"א סי' ע"ח דרוצה לישב שיטת המהרי"ק דס"ל כרבינו יקיר שהביא הג"א ברישׁ גיטין בפ"ק דמה"ת נכרי כשר לעדות בדבר שאנו מוחזקין בו שאינו משקר רק בגט פסול דלאו בני כריתות נינהו דבן נח אין לו גירושין בכתב כדאיתא בר"מ ה' מלכים רק באמירה בעלמא פורשין זה מזה משא"כ במיתת הבעל דבן נח אסור באשת חבירו וניתרת לו במיתת הבעל ע"כ נאמן לעדות מה"ת היכא דידעינן שאינו משקר כגון ערכאות ואנכי תמה אקרא דפשיטא דמה"ת אפילו בעדי ישראל כשרים בעינן שני עדים ומאן לימא לן דבערכאות איכא שני עדים הא עינינו רואות שהשופט עושה הכל ביחידות והנאטאר או השופט נאמן אצל הערכאות כמאה עדים ואם באנו לדון הערכאות מתורת עדות כמו ישראלים עכ"פ הי' לן למידע שנעשה עפ"י שני נכרים ולא ביחיד וסתמא אמרו חז"ל שטרות העולין בערכאות של נכרים כשרים באין חילוק כלל אלא עכצ"ל דערכאות אינם מתורת עדות אבל באמת המעיין היטב במהרי"ק יראה שלא עלה על דעתו כלל להתיר עדות אשה ע"י ערכאות ולא מירי מזה כלל אלא שכתב דאי לאו טעמא דלאו בני כריתות נינהו הי' מהני עדותן להתיר א"א לעלמא אבל כיון דאיכא טעמא דלאו בני כריתות נינהו לא מהני עדות ערכאות בא"א אלא מסברא זו הוציא המהרי"ק גבי עובדא דידיה דמהני עדות הרוצח דחזקה דלא היה מרעי נפשיה אבל לסמוך בעדות אשה על ערכאות:

לא הזכיר המהרי"ק כלל וראיתי בחת"ס שהגאון ר' מרדכי באנעט לא רצה להתיר עפ"י ערכאות בלי מסל"ת גם בספר עטרת חכמים להגאון מלייפניק אה"ע סי' ח' הוא מבטל

להיתר זה אך מה שנמצא כתוב בערכאות שפלוני מת כתב החת"ס בשם הגאון הר' מרדכי באנעט דזה חשיב מסל"ת וע"ז סמך להתיר בעובדא דהתם:

שוב התבוננתי בלשון הג"א בשם רבינו יקיר שכ' דעכו"ם המוחזקין שאינם משקרין כשרים לעדות אשה הרי כתב לשון רבים ולדידיה בעינן שיהיו שני עדים חתומים בשטר ערכאות אבל אם חתום רק ע"א אפילו אי מהני בערכאות לא מהני בדיני ישראל:

אבל עדיין יש להעיר לפי מה שהבאתי למעלה בשם הרא"ש דדוקא בשטר ערכאות סמכינן עלי' אבל כשמעידין ע"פ לא סמכינן עלי' דבע"פ חיישינן שמשקרים א"כ איך מהני לשיטת רבינו יקיר הא קי"ל אפילו בעדי ישראל בעינן מפיהם ולא מפי כתבם ואפילו לדעת ר"ת דבעינן רק שיהא יכול להגיד ובא למעט רק אלם שאינו יכול להגיד מ"מ איך מכשירינן שטרי ערכאות הא כיון דבע"פ אין נאמנים הוי כמו אלמים שאינם יכולים להגיד ועיין בתומים סי' כ"ה שהקשה על הא דקי"ל מלך לא מעיד ולא מעידין אותו אמאי הא לשיטת ר"ת יכול לשלוח עדותו בכתב ותירץ כיון דאינו רשאי להעיד בע"פ חשיב אינו ראוי להגיד א"כ הכי נמי כ"ש נכרים דאינם נאמנים בע"פ דחשיב אינו יכול להגיד ופסולים להעיד גם בשטר אלא צ"ל דרבינו יקיר לא ס"ל כהרא"ש אלא ס"ל דערכאות נאמנים להעיד אפילו בע"פ דלא מרעי נפשייהו להעיד שקר:

ודע דאיסתפקנא לדעת רבינו יקיר איך הדין בפסולי עדות ישראלים שהמה ממונים בערכאות של גוים אם המה נאמנים מה"ת דבשלמא לדעת הרא"ש ודעימיה דהא דשטרות העולים בערכאות של גוים כשרים הוא מתקנתא דרבנן דלא מרעי נפשייהו פשיטא לי דגם אם החתומים בערכאות המה ישראלים פסולי עדות נמי השטר כשר דלא גרעי מנכרים דאמרינן דלא מרעי נפשייהו אבל לשיטת רבינו יקיר דהטעם הוא דערכאות כיון דלא מרעי נפשייהו נאמנים מה"ת צריך להיות דפסולי עדות ישראלים כשהמה ממונים בערכאות ג"כ כשרים. ונ"ל דדבר זה תליא בפלוגתא דאביי ורבא בסנהדרין דף כ"ז ע"א דאביי סבר דאוכל נבילות להכעיס פסול לעדות ורבא סבר דוקא רשע דחמס בעינן וכתבו המפרשים דלרבא הא דרשע דחמס פסול לעדות הוא מטעם דחשידי לשקר באוכל נבילות להכעיס פסול אינו מטעם קר אלא משום אל תשית רשע עד ואפילו אם אינו משקר א"כ יש מקום להסתפק איך הדין בפסולי עדות שהמה בערכאות דאע"פ שבערכאות ליכא חשש דמשקר מ"מ הא התורה פסלתם או דילמא כיון דהתורה מיירי רק בעדות ב"ד ולא מיירי בערכאות ורק חז"ל אמרו להכשיר ערכאות יהיה מאיזה טעם שיהיה אין חילוק בין נכרים לישראלים שהמה פסולי עדות והרי במתניתין סתמא קתני כל השטרות העולים בערכאות של נכרים כשרים משמע שאין חילוק מי המה הערכאות

אם המה נכרים או המה ישראלים אבל לרבא פשיטא דכל הערכאות בין של נכרים ובין של ישראלים שטרותיהם כשרים כיון דערכאות אינם משקרים ויש להביא קצת ראיה ממתניתין דריש פרק שבועת העדות דף ל' בכשרין ולא בפסולין כו' ואי נימא דאם הפסולים המה מערכאות כשרין להעיד לפני ב"ד של ישראל קשה הא משכחת לה שתהא נוהגת בפסולין כגון שהמה ממונים בערכאות בשלמא לדעת הרא"ש שהבאתי למעלה דערכאות אינו כשר אלא בשטר אבל לא בע"פ שפיר ניחא אבל לר"י דערכאות כשר מה"ת ואפילו בע"פ כמ"ש קשה:

ומה דתמי' לי אשיטת רבינו יקיר וכ"כ התוס' בב"ק דף פ"ח בשם רש"י פ"ק דגיטין דמה"ת נכרי כשר לעדות הא בהדיא איתא בגיטין דף פ"ח ע"ב תניא ר' מאיר אומר כל מקום שאתה מוצא אגוריאות של נכרים אע"פ שדיניהם כדיני ישראל אי אתה רשאי להזקק להם שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם ולא לפני נכרים דבר אחר לפניהם ולא לפני הדיוטות ע"ש אלמא דנכרים פסולים לדון ובפרק בא סימן דף מ"ט ע"ב תנן כל הכשר לדון כשר להעיד ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון ואמרינן בגמרא לאתויי מאי ואמר ר' יוחנן לאתויי סומא באחת מעיניו ולשיטת ר"י ורש"י ז"ל למה לא אמר לאתויי ערכאות שכשר להעיד ואינו כשר לדון ולכאורה לפמ"ש רש"י לפרש אגוריאות אסיפות כמו אוגר בקיץ יש לומר דזה לא חשיב ערכאות דהא בגיטין דף י"א ע"א איתא רבינא סבר לאכשורי בכנופיאתה דארמאי שאינן ערכאות וכנופיא הוי אסיפה ולפ"ז יש לומר דלעולם ערכאות כשרים נמי לדון ד"ת מ"מ אכתי קשה לרבינא דבעי לאכשורי בכנופיא וסבר דערכאות לאו דוקא אלא ה"ה כנופיאות כשר להעיד ואע"פ שפסול לדון קשה לדידיה אמאי לא אמר ר' יוחנן לאתויי כנופייאות:

והנה בדבר מה שהערותי למעלה פסולי עדות ישראלים אם המה ערכאות אי עדותן כשר יש להעיר מפרק זה בורר דף כ"ג ע"א דמוקי הש"ס למתניתין דפליגי ר' מאיר ורבנן בדין אי זה יכול לפסול דיינו של זה בערכאות שבסוריא וכתב רש"י שאינן בני תורה והקשה הר"ן בחידושיו הא המה פסולין לדון וכתב דכיון דכל בני העיר קבלו אותן עליהן ס"ל לרבנן דאינו יכול לפוסלן ע"ש אלמא מזה דפסול דייני מחמת עבירה גרע טובא מפסול הדיוטות דבפסול הדיוטות מהני קבלה ובפסול עבירה לא מהני קבלה גם לרבנן והנה פסול הדיוט דמי לפסול נכרי שהרי שניהם ממקרא אחד ממעטינן לפניהם ולא לפני נכרים דבר אחר לפניהם ולא לפני הדיוטות א"כ כיון דחזינן דפסול מחמת עבירה גרע מפסול הדיוט ה"ה דגרע מפסול נכרים:

אבל לפענ"ד יש ליישב קושית הר"נ ז"ל דהא דאמר ר' מאיר שיכול לפסול דיינו של זה בערכאות שבסוריא היינו אפילו אי דנו דיניהם כדין תורה ומ"מ כיון דהדיוטות נינהו אין דיניהם דין דאזיל לשיטתיה דאמר בגיטין דבר אחר לפניהם ולא לפני הדיוטות והוי פירושו אפילו אם דנו כדין תורה כמו דאמר לעיל מזה גבי נכרים דאי לא דנין כדין תורה פשיטא דבטל דינא דאפילו מומחה שטעה בדבר משנה בטל דינא ורבנן סברי דלפניהם קאי למעט ולא לפני נכרים אבל הדיוטות אם דנין כדין תורה אינו יכול לפוסלן ולפי"ז שפיר ניחא דאם המה פסולין יכול לפוסלן ואין ראיה מזה לענין עדות ערכאות ודו"ק:

ומה שנראה לפענ"ד בביאור דברי הר"י דס"ל דכמו דמוכח מש"ס דפרק זה בורר לפי שיטת הר"נ ז"ל דאע"ג דהדיוטות פסולין לדון מ"מ כשקיבלו עליהן אינו יכול לפוסלן וכן מוכח התם בהדיא דאם קיבל עליו ע"א שיהא נאמן כבי תרי אינו יכול לחזור בו כן ה"ה בעדי נכרים אע"ג דמן הסתם אינם כשרים לעדות מ"מ כשקיבל עליו שיהיו עדים מהני קבלתו למיחשב עדים גמורים מדאורייתא היכי שהמה נאמנים ומוחזקים דלא משקרי ומשו"ה כל השטרות העולים בערכאות של עכו"ם כשרים כיון דנתן להם השטר שיחתמו חשיב כמו קיבלו עליהם עדותן להכי מהני מה"ת. ונ"ל עוד די"ל דגם שטר שחתומים בו עדי ישראל נמי כשר מהאי טעמא דבאמת כבר הקשו הראשונים איך מהני שטר מה"ת הא קי"ל מפיהם ולא מפי כתבם אבל לפי הנ"ל דחשיב כמו קיבלו עלייהו שפיר ניחא ולמדתי דבר זה מרש"י בגיטין דף ע"א ד"ה ולא מפי כתבם:

שכתב ולא דמי לשטר שחתמוהו ביומו דההוא אורחיה הוא עכ"ל ולכאורה אינו מובן אטו יש נ"מ בין אותו יום ליומא אחרינא אבל לפי הנ"ל הכוונה דכיון דאורחיה הוא בודאי קיבלו עליהן שיהיו נאמנין בחתימתן: אח"כ ראיתי בספר אור זרוע הגדול סי' תשמ"ה שכ' ואשר שאלת כי באותן מדינות פעמים הורגלו לעשות שטרות של עכו"ם בין יהודי לחברו כו' וכתב שם לחלק בין אם השטר נכתב לפני הדיינין עצמן דודאי לא מרעי נפשייהו אבל אם לא נעשה השטר לפני הערכאות עצמן אלא לפני סופר שלהן אע"פ שאח"כ החזיקו אותו הדיינין שלהן הממונים עפ"י זה השטר בהבית לא מהני וכתב שם דכל שנכתב עפ"י ערכאות על הקרקע אפילו כי האי גבי ביה דדינא דמלכותא דינא הואיל וגזירת המלכות היא הכי קיבלו עלייהו כדפירש רבינו שמואל בחזקת הבתים כו' שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו הלכך דין גמור הוא עכ"ל. עוד נמצא בשו"ת הרשב"א חלק ד' סי' קצ"ט שכ' ואשר שאלת באחד שאמר לאחד לחתום בשטר בשבילו כמי שנוהגין כאן שהסופר חותם עפ"י העד ואומר פלוני בן פלוני עד חתימה במסירת הקולמוס כו' תשובה איני זכור ששאלני אדם ע"ז אבל נ"ל

שאם קבלוהו אנשי המקום עליהם לעשות עדותו כעדות העד שאמר לו שזה יועיל דהו"ל כנאמן עלי נאמן עלי אביך (בסנהדרין כ"ד) וכערכאות שבסוריא (שם כ"ג) [צ"ע דמוכח התם דזה מיירי בדיינים ולא בעדים כמ"ש רש"י ז"ל] אי נמי כל שמינו אותו סופר לכך כל אחד ואחד מבני העיר שהעמיד עליו עדים הרי הוא כאלו אומר לעדים אם תרצו אמרו לסופר ויחתום ובענין זה יכולים להחתימו וכשר דבגט בלבד הוא דאסור באומר אמרו ומשום גזירה בלבד כו' ע"ש הרי בהדיא דהענין הזה מה שקיבל עליו לעדים מהני מה"ת אע"פ שמצד חקי התורה אינם כשרים מ"מ מהני מצד קבלתם של בני העיר ואפילו בגט כריתות ובזה ניחא מה שהקשו בתוס' בגיטין שהבאתי למעלה דאמרינן דלאו בני כריתות נינהו דה"ה דהוה מצי למימר דלאו בני עדות נינהו ולפי הנ"ל יש לומר דאי לאו דבעינן בני כריתות היה מהני עדות ערכאות בגט משום דחשיב כמו קבלו עלייהו וכמ"ש הא"ז דערכאות חשיב קבלו עלייהו (הגה"ה בעמוד הקודם ד"ה ודע שירה י' נדפס כשהמה ממונים בערכאות ג"כ כשרים צריך להיות אף כשהמה ממונים בערכאות פסולים דכתיב אל תשת רשע עד):

סימן יג

הנה ראיתי להשאגת אריה החדשות בסי' ב' שהקשה על דברי רש"י ביבמות דף מ"ט ובקידושין דף ס"ח דלר"ע דס"ל אין קידושין תופסין בחייבי לאוין ה"ה צריך להיות דהקידושין נפקעין ע"י שנעשה איסור לאו להבעל והיכא שאין הקידושין נפקעין מוכח ממילא דקידושין תופסין בה דא"כ לפי מה דאיתא בגיטין ריש פרק המגרש המגרש ואומר ואי את מותרת לכל אדם דגיטא לא הוה גיטא כלל ומ"מ אסורה לכהונה משום דדרשינן ואשה גרושה מאשה יקחו אע"פ שלא נתגרשה אלא מאשה לא יקחו א"כ הרי אין הקידושין נפקעין וצריך להיות בכה"ג דגם אם מת הבעל אח"כ תופסין בה קידושין אם קידשה כהן שהרי לא יתכן שמיתת הבעל תאסר אותה לכהונה ולפ"ז יקשה הא דפריך הש"ס בקידושין שם וביבמות דף כ"ג ע"א אליבא דר"ע הא דכתיב כי תהיינה לאיש שתי נשים האחת אהובה והאחת שנואה וכו' במאי מוקי לה הא שפיר מוקי לה בכה"ג שנתגרשה מבעלה הראשון כהן בריח הגט ואח"כ מת ונשאה זה וכן בריש פרק אלו נערות דפריך מאי ביניהו אמאי לא מוקי לה בכה"ג והאריך הרבה בזה. ולפענ"ד נראה דיש לשדות ביה נרגא בעיקר חידוש' דידיה דלא שייך כלל לומר בכה"ג שגירשה בעלה הכהן ואמר לה ואי את מותרת לכל אדם שהיא אסורה לכהונה שיהיו הקידושין נפקעין דהא אמרינן בקידושין דף ע"ח ע"א דלאו דכהונה הוא על ידי קידושין דוקא ואם בעל בלא קידושין אינו לוקה רק באלמנה לכ"ג דוקא חייב אבעילה בלא קידושין

אבל בכה"ד לא ועיין ברמב"ם הל' איסורי ביאה פרק י"ז הלכה ב' ואפילו לדעת הראב"ד דאיכא לאו דלא יחלל היינו דוקא כשגמר ביאתו אבל בלי גמר ביאה גם הוא מודה דליכא לאו א"כ איך אפשר לומר דהקידושין יהי' נפקעין ע"י מה שנאסרה לבעלה כהן משום לאו דכהונה הא כאן ליכא לאו דלא יקחו דכבר היא מקודשת ובבעל בלי קידושין ליכא לאו והקידושין שהיו כבר היו בהיתר ואיך נצטרף מעש' ההיתר לחייב עליה ואע"ג דקידש ולא בעל ג"כ אינו לוקה מ"מ כשבעל לחוד ג"כ אינו לוקה דאנן בעינן שיהא לאו דלא יקחו וכאן לא שייך זה דהא היא מקודשת מכבר:

והנה אכתי יש להקשות לשיטת הרמב"ן ז"ל דסביר' לי' דגם כהן הדיוט בעל ולא קידש איכא לאו דלא יחלל כמו כ"ג ולפ"ז לכאורה במגרש ואמר אי את מותרת לכל אדם אסורה לבעלה כהן משום לאו דלא יחלל אבל כד דייקת בה גם זה אינו דעד כאן לא קאמר הרמב"ן ז"ל אלא אם יש בה ליקוחין ושייך גבה לאו דלא יקח בכה"ג גם אם בעל ולא קידש עובר משום לא יחלל כמו כ"ג אבל בגוונא דא דליכא גבה ענין ליקוחין כלל שהרי היא אשת איש ול"ש לאו דלא יקח גם הרמב"ן ז"ל מודה דליכא לאו דלא יחלל וכבר כתבתי כעין זה בספרי מצפה אריה סי' כ"ג שהקשיתי בסוגיא דיבמות דף כ' דפריך באלמנה מן האירוסין דליתי עשה ולידחי ל"ת לשיטת הר"ש מקינון דאין עשה דוחה שני לאוין והא באלמנה לכ"ג איכא שני לאוין לא יקח ולא יחלל לכו"ע ומאי פריך וכתבתי דנראה שכבר הרגיש בזה בעל שושנת העמקים שכתב דאם עשה דיבום דוחה לאו דלא יקח ממילא אינם נעשין חללים לא האשה ולא הבנים ולפ"ז ליכא לאו דלא יחלל דלא הוה לאו בפני עצמו אלא מיתלי תליא בלאו דלא יקח ע"ש ומעתה אנא אמינא דהכי כמי כיוצא בזה דאם ליתא גבה לאו דלא יקח ליכא למימר דאיכא לא יחלל:

אך לכאורה יש לומר דבנידן דידן שאני דחשיב כמו בעל וקידש שהרי היא אשתו והבעילה היא ע"י אישות ואין נ"מ אם בענין האישות שיש לו בה נעשית בהיתר או באיסור. ולכאורה יש להביא ראי' לזה מיבמות דף ס"א ע"א דתניא מניין שאם אירס את האלמנה ונתמנה להיות כ"ג שיכנוס ת"ל יקח אשה וקשה למה לי קרא להכי תיפוק ליה שהקידושין היו בהיתר והו"ל כמו בעל ולא קידש דאינו חייב אך באמת זה לא קשה כלל דהא לכו"ע גבי כה"ג באלמנה חייב גם בבעל ולא קידש משום לאו דלא יחלל זרעו וגם איצטריך קרא דבכה"ג גם זרעו כשר לכהונה אמנם אדרבה כיון דגלי קרא דהיכי שהקידושין היו בהיתר לא אתי איסור אלמנה לכ"ג לחול עליה והתורה לא אסרה אלא אי בשעת לקוחין היתה אלמנה לכה"ג אבל לא בגוונא שהליקוחין לא היו באיסור אלמנה לכה"ג א"כ הכא כיני בכה"ג שהליקוחין הי' בהיתר אך נעשית אח"כ איסורי כהונה כגון

שנתן לה גט ואמר לה אי את מותרת לכל אדם מנ"ל לומר דנאסרה משום זה גם לבעלה דנהי דדרשינן אפילו לא נתגרשה אלא מאשה לא יקחו זה אינו אלא שאם מת בעלה אסורה להנשא לכהנים אבל אינו מוכח שנאסרה לבעלה:

והנה ביבמות דף נ"ו ע"ב דאמר רבא התם אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום זונה כו' וקשה:

איך חייב בעלה משום זונה הא הקידושין היו בהיתר וליכא לאו דלא יקח ואבעילה לחודא ליכא מלקות ובשלמא לדעת הראב"ד ז"ל יש לומר דמיירי שגמר ביאתו וחייב משום לאו דלא יחלל אבל להרמב"ם ז"ל דגבי כה"ד ליכא לאו דלא יחלל ודאי קשה אלא על כרחך מוכח שאפילו אם היו הקידושין בהיתר מ"מ אם נעשית אח"כ פסולה לכהונה חייב בעלה עליה מלקות כיון שהבעילה היא דרך אישות ולא דרך זנות בעלמא אך מ"מ יש לומר דזהו דוקא היכי דגלי רחמנא שהיא אסורה לבעלה כגון אשת כהן שנאנסה וכיון שהיא ביאה אסורה דרך אישות חייב מלקות אבל בנתן לה גט ואמר לה אי את מותרת לכל אדם שמרבינן מקרא דלא יקחו מנ"ל להוסיף שאסורה גם לבעלה הא משמעות הכתוב הוא רק שהיא אסורה לכהנים אחרים לישא אותה אחרי שימות בעלה אבל לא מוכח כלל שתאסר גם לבעלה ואפילו אי נימא שהיא אסירה לבעלה ודינה כמו זונה ולמ"ד דאשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עליה משום זונה אע"ג שהקידושין היו בהיתר ה"ה במגרש ואומר אי את מותרת לכל אדם דאיכא לאו גבי בעלה כמו לגבי שאר כהנים אנא אמינא דהא דסבירא ליה ללישנא קמא דיבמות דבעלה לוקה עליה משום זונה לא קאמר הכי אלא לדידן דקי"ל כרבנן דקידושין תופסין בחייבי לאוין אבל אליבא דר"ע דס"ל דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין וה"ה באיסורי כהונה לא מצי לסבור דאשת כהן שנאנסה חייב משום זונה דאם תאמר דחייב משום זונה צריך להיות שיהי' הקידושין נפקעין וכיון דפשיטא שאין הקידושין נפקעין כמו אשת ישראל שזינתה ברצון צריך להיות ג"כ דקידושין תופסין בזונה לשיטת רש"י ז"ל דכל שאין הקידושין נפקעין קידושין תופסין אלא על כרחך מוכח דלר"ע כו"ע מודי שאינו חייב משום זונה כלל וג"כ מטעם זה דדוקא בכה"ג שהקידושין היו באיסור והוא עבר אמימרא דרחמנא במה שקידשה איכא חיוב מלקות אבל כל שהקידושין היו בהיתר ולא עבר אמימרא דרחמנא לר"ע ליכא חיוב מלקות והסברא נותנת לחלק בין ר"ע לרבנן דלרבנן דסברי קידושין תופסין בלאוי דאיסורי כהונה יש לומר הך סברא דאין חילוק בין אם הקידושין היו באיסור או אם היו בהיתר וכנ"ל אבל לר"ע יש לומר לחלק דלא חייבא רחמנא אלא

היכי דלא מהני הקידושין אבל בגוונא שהקידושין היו בהיתר והאיסור לאו דכהונה נתהווה אח"כ בכה"ג לא חייבא רחמנא ודו"ק:

שוב התבוננתי דכבר ישבו על מדוכה זו רבותינו הקדמונים ז"ל דביבמות דף י"א ע"ב פליגי ר' יוסי בן כיפר ורבנן דרבנן ס"ל דקרא דאחרי אשר הוטמאה אתי לרבות סוטה שנסתרה מאי נסתרה נבעלה טומאה בהדי' כתיבה ומשני למיקם עליה בלאו ור"י בן כיפר לאו בסוטה לית לי' ואפילו זנאי מאי טעמא הויה ואישות כתיב בה וע"ש ברש"י ז"ל ובתוס' ד"ה הויה כתבו לפרש בשם הרשב"א ז"ל דכתיב גבי מחזיר גרושתו לשוב לקחתה להיות לו לאשה ובסוטה ל"ש הויה ואישות שהרי לא גירשה מעולם ע"ש הרי מבואר דהקדושין הראשונים שהיו בהיתר אין להצטרף ללקות על ידם ואפשר דגם לחכמים דס"ל דללאו הוא דאתי היינו ג"כ דאיכא קרא לרבות אבל בלא"ה גם המה מודים דאין להצטרף אישות היתר לאיסור לאו:

והנה הא דבסוטה אין קידושין נפקעין מבואר בקרא (דברים כ"ד) והיה אם לא תמצא חן בעיניו כי מצא בה ערות דבר וכתב לה ספר כריתות הרי מבואר דצריכה גנו ואין הקידושין נפקעין אמנם לפ"ז יש להקשות דבש"ס דגיטין דף צ' ע"א דאיתא התם דא"ל ב"ה לב"ש דאלו נאמר דבר ולא נאמר ערוה ה"א משום דבר תנשא לאחר ומשום ערוה לא תנשא לאחר ולמה לא קאמר הש"ס דאלו לא כתיב ערוה הוה אמינא דבערוה הקידושין נפקעין אלא עכצ"ל דגם בלא קרא הוה ידעינן דאין הקידושין נפקעין מצד הסברא דלא יתכן לומר שבבעילה זו שנבעלה לאחר נפקעין הקידושין דא"כ לא משכחת לה כלל ממזר באשת איש דתיכף משעת העראה נפקעו הקידושין ובשעת הוצאת זרע כבר היתה פנויה ואין לומר דסד"א אין ממזר מאשת איש דזה אינו דהתוס' יבמות דף מ"ד ע"ב ד"ה עשאה ובדף מ"ט ע"א ד"ה לכתוב כתבו דעיקר הא דאיתא בקדושין ס"ח היקשא דר' יונה הוא ללמד דיש ממזר מאשת איש דבלא היקשא הוה אמינא דאין ממזר מאשת איש משום דקיל ע"ש מבואר דמא"א הוה ממזר וממילא ע"כ אין הקידושין נפקעין וע"ז לא איצטריך קרא דערות דבר ומשו"ה אמרו ב"ה דה"א משום ערוה לא תנשא ואדרבה הוה ס"ד לומר דאפילו אם כתב לה גט כריתות ג"כ אין בידו להתיר כח הקידושין שהיו ביניהם דכן משמע הלשון משום דבר תנשא משום ערוה לא תנשא דהיינו דאין בה תפיסת קידושין תו אלא דקידושין הראשונים לא נפקעין לעולם וממילא גם מיתת הבעל אינה מתרת דבקידושין דף י"ג ע"ב פריך הש"ס בשלמא גט כתיב וכתב לה ספר כריתות אלא מיתת הבעל מנ"ל ומסיק דאיתקש מיתה לגירושין ואם בסוטה אין הגט מתיר גם מיתת הבעל אינה מתרת:

והנה בעת לימודי עמדתי דהאיך הוה ס"ד לומר דבערוה לא תנשא דא"כ למה צריך לקרא דנטמאה אחד לבעל ואחד לבועל דתיפוק ליה דלכו"ע אסורה ואמרתי בלבי דבאמת לא הוה דרשינן אחד לבועל אלא אחד לבעל ואחד לכו"ע. והנה ראיתי בספר דו"ח ביבמות דף מ"ט שהקשה על שיטת רש"י ז"ל דהא ר"ע ס"ל דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין אם נעשה פ"ד אחר הנשואין לר"ע אין נפקעין הקידושין אבל לפענ"ד אמרתי בישוב קושית התוס' ביבמות דף מ"ט שהקשו על רש"י ז"ל דהא נדה נמי לא פקעי הקידושין ומ"מ איצטריך קרא דלא תפסי בה קידושין ע"ש עפ"י מה דמצינו בנדרים דף ע"ו מניין שאין אדם מוכר את בתו כשהיא נערה אמרת ק"ו ומה מכורה כבר יצאה עכשיו שאינה מכורה אינו דין שלא תמכר ע"ש ועיין עירוכין דף כ"ט ע"ב מוכח מזה דיותר קשה להיות הפקעת דבר שכבר נעשה מביטול דבר שעדיין לא נעשה א"כ פשיטא דאין ראיה מדלא נפקעו הקידושין ה"ה דתפסי בה קידושין:

ואלו הייתי כדאי הייתי אומר דמעולם לא עלה על דעת רש"י ז"ל דמטעם דנאסרה על בעלה משום נדה או משום שנעשה הבעל פצוע דכה וכדומה יהי' שייך לומר דנפקעין הקדושין אלא דוקא בזינתה תחת בעלה במזיד שמעלה בו מעל ושכב איש אותה שכבת זרע וע"י ביאה חיללה את הקדושין שקידש אותה ואמר לה הרי את מקודשת שנעשה אליו כהקדש וס"ל לרש"י ז"ל כדעת בעל המאור בפרק ר' ישמעאל שכתב לפרש הא דאמרינן התם בגמרא דף נ"ב ע"ב אמר רב פפא קרא אשכח ודריש דכתיב יחזקאל ז') ובאו בה פרוצים וחיללוה היינו פרוצי ישראל ואע"ג דהרמב"ן ז"ל בספר המלחמות תמה ע"ז הא קי"ל הקדש במזיד אינו מתחלל מ"מ מוכח דבעה"מ ס"ל זהו רק כשנשתמש לצורך הדיוט אבל לא משמשי ע"ז דנתחללו ע"י ישראל וכן ס"ל לרש"י ז"ל באשה שזינתה תחת בעלה דחשיב אצלה כמו עבודה זרה לגבי גבוה הוה ס"ד לומר דע"י ששכב איש אותה שכבת זרע נתחללו הקדושין ונפקעין וממילא לא תפסי בהו קדושין מבעלה שני כמו משמשי ע"ז דפסולין לגבוה אבל כיון דמוכח דסוטה אין קדושיה נפקעין ולא דמי לע"ז ה"ה דתפסי בה קדושין ודו"ק:

סימן יד

ע"ד הגט שמעורה שורה אחת מצד אחד לבד הנה ברמ"א סי' קכ"ה מבואר דסגי גם לכתחלה מצד אחד אולם הט"ז ס"ק כ"א מגיה בדברי הרמ"א למחוק תיבת או וצ"ל וראש הלמד עיי"ש והנה לפי הטעם של הב"ש דהא דבעינן מעורה הוא כדי שלא יוכל לזייף פשוט דסגי מצד אחד וצריך לומר דהטו"ז לשיטתי' שכתב שם בסמוך ס"ק כ"ב לפרש הא דאיתא בש"ס דגיטין דף כ' לא נצרכה אלא דמעורה דהוה פירושו דבעינן ספר אחד

ולא שנים היינו שיהי' מעורה ולפי"ז שפיר יש לומר דבעינן משני צדדים אולם אי אפשר להגיה דברי הרמ"א אחרי שכן מבואר בתוס' ובחי' הרשב"א ז"ל דמעורה היינו רגל כ' של שיטה העליונה בנו' של שיטה התחתונה או ראש ל' בה' כו' עיי"ש וכן הוא הלשון בספר אור זרוע הנדפס מחדש ובודאי אי אפשר להגיה כל הקדמונים ועיין בר"נ דגם מדבריו משמע דמצד אחד סגי. והנה תירוצו של הטו"ז יש לסתור מדברי התוס' סוטה י"ז ע"ב שכתבו דמעורה היינו שאין נחתכין והיינו מעורה ע"י הנייר עיי"ש ובאמת לא ידעתי לפי המנהג שלנו דמחמרינן שלא להמשיך כל כך עד תוך האות דשורה השני' ולא לצמצם שיהי' מגיע עכ"פ למקום הגבול של שורה השני' מחמת שאנו חוששין לדעת הסוברין דפסול אם נמשך לתוך האות השני' ורק אנו מערין סמוך לו ויש בין שיטה לשיטה הפסק קצת איך זה חשיב מעורה כיון שתיבת מעורה ע"כ פירושו מחובר זה לזה ונאחזים יחד כמו דמצינו ר' יעקב אומר אם היו מעורות בגידין אסורין וכמו עירוי שלא נפסק הקילוח אבל כל שיש לחתוך הנייר בלי נגיעה כלל במקום הכתב אינו נופל כלל ע"ז תיבת מעורה וצ"ע: שוב נתתי עיני בספר הערוך אות ע' תיבת ער שכתב וז"ל פי' מעורה דבוקה כדגרסינן ביומא דף נ"ד מאי כמער איש ולויות אמר רבה בר שילא כאיש המעורה בלויה שלו וכתיב ודבק באשתו ש"מ שהמיעור הוא הדיבוק ובגיטין כ' לא צריכא דמעורה פי' כגון הלמד של מטה נוגעות לשיטה של מעלה כו' עיי"ש. עוד יש לעיין דבשלמא אי נימא דאינו רשאי להמשיך יותר מכפי השיטה השני' הסמוך לו אז הי' מועיל העירוי שלא יהא יכול לזייף אבל בחי' הרשב"א מבואר דיכול להמשיך עד למעלה משורה העליונה ולערות עם הגג של האות דלמעלה עיי"ש א"כ כיון דמותר להמשיך הלמ"ד דלמטה למעלה משורה העליונה בין תיבה לתיבה א"כ גם עתה מאי מהני העירוי הא יכול לזייף ולכתוב שורה שני' בין שיטה לשיטה במקום הפנוי וצ"ע. והמעיין בפוסקים הפר"ח והג"פ והישוי"ע שדעתם להקל אפי' קודם נתינת הגט גם אם אינו מעורה שני שיטין משום צד ועיין בב"ח שכתב ג"כ להקל:

סימן טו

מה שהקשה רו"מ בקידושין ב' בהא דאמרינן אי תני האיש קונה הו"א אפילו בע"כ הא בדף ג' אמרינן דמנינא אתי למעוטי חליפין כי חליפין איתנייהו בפחות מש"פ ואשה בפחות מש"פ לא מיקנייא נפשה עיי"ש וא"כ איך הו"א דקונה בע"כ הא אם כה נימא פשיטא דגם קונה בחליפין וא"כ מנינא למעוטי מאי כבר הקשה לי כן אברך אחד בימי חורפי. והשבתי לו הא מקודם קאמר הגמ' התם דמנינא אתי למעוטי חופה אך הש"ס פריך לר"ה דאמר חופה קונה ומסיק למעוטי חליפין עיי"ש והנה הש"ס פריך לעיל דף ה'

אדר"ה מה להצד השוה שבהן שכן ישנן בע"כ ומשני כסף מיהו באישות לא אשכחן בע"כ עיי"ש א"כ י"ל דכל זה הוא לפי האמת דקתני במתניתין האשה נקנית מדעתה דוקא אבל אי הוה תני האיש קונה דה"א חולק אפילו בע"כ תו לא מצי למילף דחופה קונה מק"ו דכסף דהא אי נילף חופה מכסף ע"כ צריך חופה ג"כ לקנות אפילו בע"כ של האשה כמו כסף ושוב איכא למידחי להאי ק"ו דמה להצד השוה שמצינו בעלמא שקונין בע"כ משו"ה קונין באישות ג"כ בע"כ אבל חופה דלא מצינו דקונה בעלמא בע"כ וגם לא מצינו דחופה גומרת אפילו בע"כ לא מצינו למילף מכסף דקונה אפילו בע"כ ור"ה דס"ל חופה קונה הוא רק לפי האמת דכסף נמי אינו קונה בע"כ באישות אבל לפי הס"ד דאיש קונה אפילו בע"כ גם לר"ה לא מצינו למילף דחופה קונה א"כ שפיר הו"א דמניינא אתי למעוטי חופה ודו"ק:

סימן טז

אל כבוד ידיד נפשי הרב הגאון חוב"ק המושלם מו"ה אליעזר סג"ל מישעל אבד"ק גאליגא וכעת אבד"ק טורקא בעהמ"ח ספר משנת אליעזר: ע"ד השאלה באשה אחת שהיתה נשואה לאיש בקהלתו זה כמה שנים ודרו ביחד רק איזה שבועות אחר חתונתם ואז התחילו להתקוטט עד שנפרדו זה מזו וזה הי' בשנת תרמ"ז ובשנת תרמ"ט בתחילת החורף הקול נשמע שהאשה הרה לזנונים מחייט אחד וגם הבעל אמר כי לא ממנו נתעברה אשתו (נוסף ע"ז שהאיש חי עם אשתו הראשונה כמו י"ד שנים והאשה טענה עליו כי אין לו ג"א וכשנתגרשה ונשאת לבעל ילדה בנים) וגם האשה קבלה על החייט בערכאות ויצא המשפט מהערכאות אשר הילד כשיולד שייך להחייט הנ"ל וגם החייט התפאר בעצמו שהולד יהי' שייך לו ואח"כ ילדה האשה בן של קיימא ואח"כ מת בעלה בשנת תר"ן ובימי עיבורה הלכה האשה ממחנתו להיות משרתת בעיר אחרת והילד מת אחר מיתת בעלה שם וכעת שבה האשה לעירו ונשאת לאיש אחר ועתה התעורר כ"ת לחוש כי האשה הנ"ל היא זקוקה ליבום כי יש לבעלה הראשון אח מן האב במחנתו אחרי כי הבן שילדה לא הי' מבעלה הרי מת בלי זרע וצריכה חליצה ואף כי אם כן היא סוטה ודעת רוב הקדמונים וכן פסק הטור והמחבר בסי' קע"ב שסוטה פטורה מן החליצה מ"מ הא הרמ"א מביא שם דיש להחמיר כדעת הראב"ד דגם סוטה ודאית צריכה חליצה וגם כפי טענת האשה עתה לפניו היא היתה ישינה שם בבית החייט עם אשתו ובתו והחייט שכב בהפרוזדר אך כאשר יצאה בהיות הבוקר החוצה דרך הפרוזדר תפש אותה והשליכה על משכבו וגם הניח ידו על פיה שלא תוכל לצעוק ואף כי נלחמה נגדו בכל כחה לא הועילה כי התגבר עלי' ועשה כרצונו והנה ברגע זו שמעה אשתו של

החייט מאיזה רעש בפרוזדר ופתחה הדלת והרשע כששמע כי הדלת נפתחה עזב אותה עד מהרה והיא ברחה החוצה מפני הבושה אולם הי' אז אחר המעשה ואז נתעברה ושוב לא פירסה נדה וא"כ לפי דברי' היא אנוסה ובעלה הי' ישראל א"כ אין לה דין סוטה כלל כ"ז תוכן דברי השאלה:

והנה לענין דינו של הבן הנולד בעת חייתו אם היא ממזר יש לדון הרבה הדין מבואר בשו"ע אה"ע סי' ד' סעי' כ"ט א"א שאמרה על העובר שאינו מבעלה אינה נאמנת לפוסלו כו' אבל האב האומר על העובר שאינו ממנו או על אחד מבניו שאינו בנו נאמן לפוסלו והוא מותרר ודאי עיי"ש והנה אף שבשו"ע נסתם הדין בלי שום חולק מ"מ המעיין בקדמונים יראה שרבו החולקים ע"ז (ועי' בכ"ש ס"ק מ"ה ד"ה ממזר ודאי שכתב משום דהתורה נתנה נאמנות לאב לומר שאין הולד ממנו ועיין בש"ג פרק:

עשרה יוחסין עכ"ל ונ"ל ברור שהמדפיס טעה וכתב דבריו הללו על סעי' כ"ז גבי דין ארוס ואם אינו מודה אלא מכחישה שאינו ממנו הולד ממזר ודאי אבל באמת שייך דברי הב"ש לסעיף כ"ט לענין דין א"א דגבי ארוס לא צריך קרא דנאמן שאינו ממנו אבל עיקר קרא אתי גבי בעל דאע"ג דקיימ"ל רוב בעילות אחר הבעל ואזלינן בתר רובא מ"מ נאמן האב לומר שאינו ממנו וע"ז כתב עי' בש"ג שהמעיין יראה שהש"ג לא מיירי רק בבעל ומנ"ל להוסיף בארוס וע"כ נראה לי שהציון בב"ש על דין ארוס הוא רק טעות הדפוס) עיין ש"ג פרק עשרה יוחסין שכתב בשם ריא"ז ואף שהאמינתו תורה לאב לא האמינתו אלא כשהוא אומר שהוא בנו אלא שנולד בפסול שאמו היתה אסורה עליו משום איסור ערוה ושמא לא הכיר בה עד עתה אבל אם היא אומר שזינתה תחתיו ומאחר נתעברה ואין זה בנו אינו נאמן עליו שעל בנו האמינתו תורה ולא על שאינו בנו והואיל שהוא בחזקת כשרות לאו כל הימנו לפוסלו עיי"ש:

ובספר חת"ס אה"ע חלק א' סי' ע"ה ראיתי שמביא שכן הוא דעת זקינו של ריא"ז בספר המכריע וגם כתב בספר המכריע שכן הוא דעת רש"י ז"ל ורמב"ם ור"י מיגש ור' שלמה הספרדי וע"ז כתב הגאון חת"ס שמרש"י שלפנינו לא משמע כן עיי"ש וכונתו דהא רש"י ז"ל כתב שנולד לו מאחותו והוא בנו אלא שהוא ממזר עוד מביא שם בשם ספר המכריע שזה מדקדק הש"ס בקידושין דף ע"ח ע"ב אמתניתין האומר בני זה ממזר אינו נאמן ואפילו שניהם מודים על העובר שבמעי' שהוא ממזר אינם נאמנים וקאמר בגמ' מאי אפילו שניהם מודים לא מיבעי קאמר לא מיבעי איהו דלא קים לי' אלא אפילו איהי דקים לה לא מהימנא כו' וקשה הא גם הבעל קים לי' אם הי' פרוש מאשתו כמה שנים שעל כרחך נתעברה מאחר ואם להבעל לא קים לי' מחמת שלא הי' פרוש ממנה א"כ

איהי מהיכי קים לה טפי ממנו אלא ע"כ מיירי שבא על הערוה ונתעברה שהבועל לא קים לי' אולי גם לגבי אחרינא אפקרה נפשה ואין הולד ממזר אבל איהי קים לה שלא בא עלי' אחר כ"א זה והולד הוא ממזר והחת"ס סיים ע"ז וזה כפתור ופרח באמת עיי"ש ועיין בפ"י קידושין שם שהקשה ג"כ הא שפיר אפשר דקים לי' שלא בא אלי' זה זמן רב וכתב דגם בכה"ג לא קים לי' שהוא ממזר דדלמא מנכרי ועבד נתעברה דהולד כשר ועיין בספר המקנה שכתב שזה דוחק והנה לפי"ז צריך לומר דמתניתין מיירי באומר שזה בנו שנולד לו מפנויה שהיתה לו באיסור ערוה: אבל לפענ"ד אדרבה יש ליישב שיטת החולקים דמתניתין מיירי בבעל שאומר ע"ז שמוחזק לבנו שהוא ממזר שנולד מאיש אחר בזנות אבל אין פירוש' דהגמ' איהו דלא קים לי' היינו שהוא ממזר אלא הכי פירושו איהו דלא קים לי' שהוא בנו בודאי דכל בנים דעלמא דשדינן בתר אב הוא משום דאזלינן בתר רובא כדאיתא בחולין י"א ע"ב עיי"ש ועכ"פ אינו ברור בודאי וכן איתא בספרא אמו ודאי אביו חזקה לכן חיישינן שמא מתוך שלא קים לי' ויש לו איזה חשד שזינתה אשתו או שיודע שזינתה וטוען שבנו ממזר ולהכי אפילו הוא טוען בודאי שבנו ממזר שהי' פרוש מאתה לגמרי לא מהמנינן לי' ע"ז אלא אמרינן שמשקר בזה ואינו אלא חשד בעלמא ואמר בדדמי אבל איהי דקים לה שלא בא עלי' שום אדם אחר זולת הבעל וא"כ סתם אשה קים לה שזה הוא בנו של בעלה וכשר הוא הוה אמינא שהיא נאמנת לומר שהוא ממזר דלא היתה מרשעת כל כך לשקר ולומר על בנה הכשר שהוא ממזר קמ"ל דאינה נאמנת:

והנה הטור בח"מ בסי' רע"ז הביא שני הדעות דעת הרשב"ם שמי שאומר על בנו המוחזק לבכור ויש עליו עדים שהוא בכור אין האב נאמן להכחישם ושיטת הרמב"ן דנאמן האב על בנו לומר שהוא ממזר מאדם אחר והשני הוא בכור. והנה קשיא לי טובא לדעת הריא"ז דפלוגתא דר"י ורבנן הוא דוקא באומר שבנו ממזר מאיסור ערוה אבל באומר שאינו בנו גם לר"י אינו נאמן א"כ לרבנן האיך משכחת לה כלל שיהא ממזר ודאי בעולם הא בקידושין דף ע"ג אמרינן לא יבא מותר בקהל ה' ממזר ודאי הוא דלא יבא אבל ממזר ספק יבא והאיך יש במציאות שיתברר עפ"י עדים שהוא ממזר ודאי אטו יאמרו העדים שלא זזה ידם מתוך ידה כל זמן תחילת עיבורה ויודעים המה בבירור שהולד זה הוא ממזר דהיינו אם הוא ממזר מא"א צריכים להעיד שהבעל הי' פרוש ממנה כל אותו הזמן וזהו בן של אדם אחר ואם הוא ממזר מאחותו וכדומה צריכים להעיד שלא בא עלי' שום אדם אחר רק אחי' הא פשיטא דעדות כזו קשה למצוא בעולם אפילו על צד הריחוק והש"ס בחולין דף י"א ע"ב בסוגיא מנ"ל דאזלינן בתר רובא אמר רב מרי יליף ממכה

אביו ואמו ודלמא לאו אביו הוא ודחי כשהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורים ואמרינן אפ"ה אין אפטרופס לעריות עיי"ש וא"כ כ"ש באשה היושבת תחת בעלה קשה למצוא עדים שהולד זה הוא ממזר ואינו מבעלה של זו ואפילו אם הי' בעלה במדינת הים אינם יכולים העדים להעיד שמשום זה הולד ודאי ממזר דלמא בא עלי' בצנעה וכן כתב הפ"י בגיטין דף י"ח ע"ב ד"ה בא"ד וי"ל גזירה עיי"ש וכן כשישב הוא בבית האסורים נמי י"ל שהיתה אצלו בצנעה בשלמא להסוברים דפלוגתא דר"י ורבנן הוא באשה הדרה עם בעלה אם האב נאמן לומר שאינו בנו שפיר י"ל דדוקא בהא פליגי רבנן דאין האב נאמן שאינו בנו משום דרוב בעילות אחר הבעל אבל אם אומר שהוא בנו מאחותו או משאר עריות שהיו דרים יחד כדרך איש ואשתו אפשר דגם רבנן מודו שנאמן להעיד על בנו שהוא מותר ושפיר משכחת לה ממזר ודאי בכה"ג עפ"י האב:

אמנם לפי מ"ש שם הפ"י להסתפק דאם בעל או האשה היו במדינת הים ואומר שבא אלי' בצנעה והוא בנו אם הוא מהימן י"ל דבה"ג כשאומר שאינו בנו הוא מהימן לפוסלו לכו"ע אפילו לרבנן כיון דבלא עדותו ג"כ יותר מסתברא שהוא ממזר אך אם כה נימא יקשה הא דפריך הש"ס בקידושין דף ע"ח ע"ב לרבנן יכיר למה לי הא איצטרך בכה"ג שהי' הוא או האשה במדינת הים דנאמן האב להכשיר או לפוסלו ואולי יסבור הפ"י דדוקא כשהאב מעיד שהוא בנו נתכשר הבן עפ"י עדותו אבל לפוסלו אין צריך לעדותו של האב דגם בלי עדותו הוא פסול ועומד כל זמן שאין האב מכשירו ומשו"ה שפיר פריך יכיר ל"ל. עוד י"ל דזהו דמשני הש"ס בשצריך היכרא היינו בכה"ג שהוא או האשה היו במדינת הים אבל רש"י ז"ל פירש התם קרא לבכור הוא דאתא כגון שבא ממדינת הים לא הוחזק לנו בבכור אלא מפי אביו עיי"ש ולפי הנ"ל הי' אפשר לומר דקאי לענין לפוסלו ועי' באה"ע סי' י"ד ודו"ק כי אנכי לא באתי אלא לעורר:

והנה גוף ענין המחלוקת אי נאמן האב לומר על מי שמוחזק לבנו שזהו אינו בנו מקורם בתוס' ב"ב דף קכ"ז ד"ה כך נאמן שכתבו ותימא לפי שנאמן לבכר יהא נאמן גם לפסול כו' וי"ל כיון שנאמן לבכר בכל ענין האמינו הכתוב ואפילו על אחד מבניו הקטנים נאמן לומר שהוא בכור וא"כ עשה בניו הגדולים ממזרים שמאיש אחר הם ורבינו אליהו מפרש דיכיר נמי קאי על בן השנואה כלומר בן השנואה יכיר דנאמן לומר שהוא בן שנואה דהיינו בנשואיה כו' כגון חייבי לאוין שנשא כהן גרושה עיי"ש ולפירוש הראשון נאמן האב לומר על מי שמוחזק לבנו שאינו בנו אך דוקא ע"י הכרת בכורה לבנו השני ולפירוש ר"א:

נאמן לפסול אפילו בלי הכרת בכורה אבל י"ל דדוקא באופן זה שהוא מחזיקו לבנו אלא שהוא בן גרושה ובן חליצה אבל אינו מוכח מהכתוב דיש להאמינו היכי שאומר שאינו בנו כלל ולפי"ז היכי שאומר על בנו שאינו בנו בלי הכרת בכורה להשני לשני התירוצים צריך להיות דאין לו נאמנות כלל דלתירוץ הא' צריכין להכרת בכורה ולתירוץ השני אינו מהימן לומר שאינו בנו ומסתימת לשון השו"ע לא משמע כן אלא בכל גווני נאמן האב לומר שאינו בנו ולכאורה מנ"ל הא:

וראיתי בספר אבני מלואים שמתמה על הרשב"ץ בתשובותיו סי' י"ט שדבריו סותרים זא"ז שמתחילה כתב שהאב אינו נאמן אלא על בנו לפוסלו לומר שהוא ממזר אבל לפסול שאינו בנו אינו נאמן ואח"כ כתב ואקדים לך הקדמה כשהתורה האמינתו לאב לומר זה אינו בנו כו' דממילא אם זה הקטן בכור הגדול אינו בנו ומכאן נלמד נאמנות האב לומר על איזה בן שיש לו שהוא אינו בנו וממזר הוא עיי"ש ולפענ"ד נראה שהרשב"ץ סובר דיש לקיים שני התירוצים של התוס' הנ"ל כשאומר האב שאינו בנו מהימן רק ע"י הכרת בכורה לבנו השני וכשהוא אומר שהוא בנו רק הוא פסול מהימן בכל גווני אפילו בלי הכרת בכורה דזה ילפינן מקרא דבן השנואה יכיר וסובר דר"א לא בא לחלוק על תירוץ הראשון של התוס' אלא להוסיף דבכה"ג שמעיד שהוא בנו לא בעינן הכרת בכורה ומהימן בכל גווני. ובאמת כך עלה במחשבתי קודם שראיתי דברי הרשב"ץ הנ"ל ועכשיו שראיתי נ"ל ברור שכך הי' דעת הרשב"ץ ז"ל:

ובזה מיושב מה שהרבה הרמב"ן בחי' לב"ב להשיב על תירוצא קמא של התוס' ממתניתין דקידושין דעל העובר שבמעי' שהוא ממזר ר"י אומר נאמנים ואיזה הכרת בכורה שייך בעובר גם מהא דאמר רב יהודא כך נאמן אדם לומר זה בני בן גרושה ובן חליצה ואיזה הכרת בכורה שייך בב"ג וב"ח אבל לפי האמור שפיר ניחא דבכה"ג שאומר שהוא בנו רק הוא ממזר או בן גרושה ובן חליצה נאמן בלי הכרת בכורה ורק היכי שאומר שאינו בנו אינו נאמן רק ע"י הכרת בכורה דהיכי דמודה שהוא בנו והוא פסול דילפינן מדרשא דבן השנואה יכיר היינו שיכיר שהוא בן שנואה בכל ענין האמינתו התורה. ובזה כמי ניחא מה שהקשו התוס' בב"ב שם מסוגיא דפרק החולץ דההוא דאתא לקמיה דר"י ואמר נתגיירתי ביני לבין עצמי ואמר לי' ר"י נאמן אתה לפסול עצמך ואי אתה נאמן לפסול בניך ופריך מהא דאמר ר"י דנאמן אדם לומר זה בני ב"ג וב"ח ומאי פריך הא בעינן דוקא הכרת בכורה ולפי האמור ניחא דבשאר נתגיירתי ביני לבין עצמי מודה שהוא בנו שפיר צריך להיות מהימן בלי הכרת בכורה ודו"ק:

עוד יש לומר בישוב קושית התוס' דב"ב מהך דיבמות עפ"י מה שכתבו החו"י והחת"ס אשיטת בה"ג דנאמן אדם לומר שאינו בנו אמאי לא נימא לדבריך אי אתה אביו ואי אתה נאמן לפוסלו כמו דמשני התם ביבמות דהכי קאמר לי' לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי עיי"ש וי"ל דבאמת לפי הך שנויא אין נאמן לומר שאינו בנו משום הך סברא דלדבריך אי אתה אביו והוה כמו איש אחר דאינו נאמן לפסול אדם ורק ע"י הכרת בכורה האמינו הכתוב מטעם מיגו דנאמן על הקטן לשווי' בכור מהימן נמי לפסול את הגדול ועי' בסנהדרין דף י' ע"א דה"א דנאמן גם להורגה מטעם מיגו עיי"ש אבל בלי מיגו לא מהימן אבל להס"ד דלא ידע הך סברא דאמרינן לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי הי' סבור דנאמן האב לומר ג"כ שאינו בנו לשווי' ממזר כונו שנאמן לומר שבנו הוא וממזר אף בלי הכרת בכורה ומה שסבר הבה"ג דהיכי שאומר שאינו בנו בעינן דוקא הכרת בכורה הוא רק להמסקנא אבל לא להס"ד. ולפי האמור מיושב מה שכתב החת"ס בסי' י"ג וז"ל ועיקר תמי' על ה"ג ור"ת ממסקנת הש"ס דיבמות הלכתא כר"נ בר יצחק ובב"ב קכ"ט ע"ב הלכתא כר' אבא וקשיא הלכתא אהלכתא דכיון דהלכתא כר' אבא ולא מהימן אלא במקום הכרת בכורה כו' א"כ מאי צורך להלכתא כר"נ בר יצחק וצע"ג עכ"ל ולפי הנ"ל שפיר ניחא דתליא זה בזה דאי לא דהלכתא כר"נ ב"י דאמרינן לדבריך כותי אתה לא הוה ידעינן לחלק בין האב האומר על בנו שהוא ממזר מאחותו לבין האומר על מי שהוא מוחזק לבנו שאינו בנו והוא ממזר והוה אמינא דהוא מהימן גם בלי הכרת בכורה אבל כיון דהלכתא כר"נ ב"י דאמרינן לדבריך כותי אתה כו' שפיר נמי אמרינן לדבריך אי אתה אביו ואינך מהימן לפוסלו אם לא ע"י הכרת בכורה דוקא והיינו כר' אבא: והנה הפ"י נתקשה דאיך מהימן שהוא בנו מאחותו הא קיימ"ל אין אדם משים עצמו רשע ועיין בספר המקנה שתירץ די"ל נמי פלגינן דיבורי' דאמרינן שהוא ממזר ולא ממנו ולפענ"ד דברי תימא הם דבשלמא התם בכ"מ היכי דאמרינן פלגינן דיבורי' אילו הי' אומר כן בעצמו הי' מהימן אבל הכא אילו אמר על איש אחד שהוא ממזר מאדם אחר לא הי' מהימן דבעינן שני עדים דוקא ואיך יהי' עכשיו מהימן מטעם פלגינן דיבורי' דלא עדיף מאלו העיד בפירוש כך וגם לפענ"ד קושית הפ"י לא קשה כלל דאין אדם משים עצמו רשע לא שייך אלא בתורת עדות אבל הכא דבלא"ה האב פסול מצד קורבה אלא שהתורה נתנה לאב נאמנות לא איכפת לן ודו"ק. ולפי מה שכתבתי יש להסתפק איך הדין באומר על בנו שהוא בן שפחה ונכרית אם נאמן או לא דהכרת בכורה ליכא בכה"ג דהא קיימ"ל דאם נולד לו בן בגיותו שוב אין להבנים אחרים דין בכורה אי נימא דכיון שהוא מודה שהוא בנו מהימן או דילמא כיון דלפי דבריו אינו מתייחס אחריו דהא קיימ"ל הנולד מן

השפחה ומן הנכרית הולד כמותה לא מהימן משום דהוה כמו שאומר אינו בנו. ונ"ל דיש לפשוט דבר זה מסוגיא דיבמות הנ"ל דהנה התוס' ביבמות דף כ"ח ע"ב ד"ה ליתא ובפרק החולץ שם ד"ה ואין עדות לכותי כתבו דהא דנאמן לפסול עצמו היא רק משום דשווי' אנפשי' חתיכא דאיסורא ולא מצד נאמנות חדא דאדם קרוב אצל עצמו ושנית הא ר"י סבר דלא פלגינן דיבורי' עי"ש: והנה הרמב"ן בחידושיו שם בפרק החולץ הקשה הא אנן קיימ"ל דנכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר ומאי נפקא מינה הא דאמרינן הלכתא כר"נ ב"י וניחא לי' דגר וגיורת הוי שבאו לפני ר"י והיו מוחזקין לנו בישראלים מעליא וקשיא לי שהרי לדבריו הכל תלוי בגורותה של האשה ואין האב נאמן לפסול את האשה ולא האשה נאמנת לפסול את הבנים ולמה הי' צריך לומר לדבריך כותי אתה כו' ולא קשיא כיון דאמר נתגיירתי ביניינו לבין עצמינו והוא מודה לדברי' נאמנת על עצמה וכו' והוא נאמן על בנו ע"ש ולכאורה תמי' לי טובא דלפי"ז איך אמרינן לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי דמ"מ אמאי לא נימא כיון דעל עצמו לא מהימן דאדם קרוב אצל עצמו והוא ישראל מעליא וכשר לעדות ושוב יהי' מהימן שאשתו נתגיירה בינה לבין עצמה ובניה. המה פסולין דהא קיימ"ל ישראל הבא על הנכרית הולד כמותה אך באמת על ר' יהודה בעצמו לא קשיא כלל דהא איהו סבר התם לא פלגינן דיבורי' ולהכי כיון דעל אשתו לא מהימן לפסלה דאדם קרוב אצל אשתו גם על הבנים אינו נאמן. אבל יש להקשות על הא דאמרינן הלכתא כר"נ ב"י הא אנן קיימ"ל פלגינן דיבורי' א"כ בכה"ג צריך להיות אף דאינו מהימן על עצמו ולא על אשתו מ"מ צריך להיות נאמן על הבנים דהא ישראל:

מעליא הוהא ומהני עדותו שהבנים נולדו מן הנכרית אלא מוכח מזה דאין האב מהימן לומר על בניו שהמה בני נכרית משום דכיון דאינם מתייחסים אחריו ולא חשוב בנו לא מהימן אבל עדיין קשה הא הרמב"ן הוא מסוברין דמהימן לומר שהוא ממזר שנולד בזנות ואינו בנו א"כ אמאי לא יהי' מהימן על הבנים שנולדו בגיותה ואינו בנו ובפרט לפי מה דאיתא בירושלמי יבמות פ"ב הובא במהרי"ט אלגזי דף קע"ג דישראל הבא על הגויה והולידה ממנו הבא אחריו הוה בכור לנחלה א"כ שפיר משכחת לה שיהי' ע"י הכרת בכורה ואך יש לומר דבשעה שבא לא הי' הכרת בכורה ובלי הכרת בכורה אינו נאמן לומר שאינו בנו לכו"ע ולפי"ז כשיבא אח"כ כשיהי' לו בן מישראלית ויהי' הכרת בכורה יהי' נאמן:

שוב ראיתי בספר אבני מלואים שהקשה לדעת הסוברים דאינו נאמן לומר שאינו בנו מהא דמשני רבינא התם ביבמות דאמר לו יש לך בנים הן יש לך בני בנים הן א"ל נאמן

אתה לפסול בניך ואי אתה נאמן לפסול בני בניך הא כיון שאומר שהוא כותי אין בנו מתייחס אחריו כיון שאמו היא ישראלית לפמ"ש התוס' שם ואין קרוי בנו אלא בנה דבנך הבא מישראלית קרוי בנך עיי"ש ולפי האמור למעלה שפיר ניחא דהא דסבר הבה"ג ור"ת דאינו נאמן לומר שאינו בנו זה אינו אלא לרנב"י דסבר לדבריך כותי אתה דכמו כן י"ל לדבריך אי אתה אביו אבל לרבינא דפליג ע"ז גם הבה"ג ור"ת מודים דמהימן לומר שאינו בנו:

והנה הרמב"ן ז"ל בחי' לב"ב דף קמ"ב הקשה על הבה"ג ור"ת ממתניתין דקידושין דקתני אפילו שניהם מודים על העובר שבמעי' ממזר הוא אינם נאמנים ר' יהודא אומר נאמנים ואיזה הכרת בכורה שייך גבי עובר: אבל לפי מה שכתבתי למעלה דרבינו אליהו אינו אלא מפרש שיטת בה"ג וכשאומר בני הוא וממזר הוא א"צ הכרת בכורה שפיר ניחא דמיירי הכא נמי שאומר שהוא בנו הבכור שהוא זינה עם האשה והיא בנו ומה מאוד מדוקדק בזה לשון דמתניתין האומר זה בכי ממזר הוא אינו נאמן ואפילו שניהם מודים והכי פירוש' שבא אחד מן השוק וטוען על זה שהוא בנו והוא ממזר אינו נאמן ואפילו שניהם מודים שהוא ממזר היינו אעפ"י שהבעל והאשה מודים לזה הבועל שהוא ממזר ג"כ אינו נאמן על העובר שבמעי' שהוא ממזר היינו ג"כ באופן זה שאחד מכיר את העובר שהוא בנו והבעל והאשה מודים לו ואדרבה לשון מודים משמע הכי שהמה מודים לאיש אחר ועיין במשניות שהגירסא אפילו שניהם אומרים ועיין בתויו"ט שם אבל לפי מה דאיתא בכל הגמרות שניהם מודים משמע דמודים לזה שאומר שהוא בנו ועיין ריש פרק האשה שנתארמלה דפריך אמתניתין דקתני ומודה ר' יהושע למאן מודה ה"נ יש לשאול למאן מודים אבל לפי האמור שפיר ניחא (ובאמת לפי דקדוק הלשון מה דקאמר הש"ס התם מאי אפילו שניהם לא מבעי' קאמר לא מבעי' איהו דלא קים לי' אלא אפילו היא דקים לה ולא מיבעי' וכו' משמע דסבר הש"ס דהאי אפילו שניהם מודים קאי על הרישא למעלה ולא למטה על העובר ותמי' לי מאוד מה שנראה מהמפרשים שפירשו דקאי על העובר וצ"ע) ונראה לפענ"ד פשוט דאע"ג דמבואר בטור ה' נחלות דנאמן אדם לומר על מי שאינו מוחזק לבנו שהוא בנו ובכור הוא זהו דוקא היכא שאין אנו מכירין את אביו אבל אם אנו מכירין את אביו ואת אמו איש ואשתו אין אחר נאמן לומר על בנם שהוא בנו אפילו לר' יהודא ואילו אביו ואמו מודים נאמנים ולהכי גם לר"י בעינן דוקא שיהיו שניהם מודים ודבר חידוש הוא שלא מצאתי בפוסקים:

וראיתי להחו"י שהקשה על מה שכתב רש"י ז"ל בקידושין דף ע"ח ע"ב דהא דפליגי רבנן על ר"י דאינו נאמן אפסולי קיימא אבל לענין בכור לא פליגי דלפי"ז מאי מקשה התם

הגמ' לרבנן יכיר למה לי הא שפיר איצטרך יכיר להכירו שזה הבכור כיון דרבנן לא פליגי אלא אפסולי וכתב דבאמת זהו כוונת רש"י ז"ל בשינוי' דהש"ס כשצריך היכרא שמפרש קרא לבכור הוא דאתא כגון שבא ממדינת הים ולא הוחזק לו בבכור אלא על פי אביו דר"ל כנ"ל שגם רבנן לא נחלקו אלא על בן גרושה וחליצה ומ"ש בצריך היכרא אינו אלא ביאור לשון יכיר דמשמעו כך דאין מי שיכיר זולתו (ועיין בתיו"ט שהניח דברי רש"י ז"ל בתמי') עוד הביא שם דעת הרשב"ם ז"ל בפרק יש נוחלין דף קכ"ז דרבנן פליגי אתרווייהו שרמז בזה עפ"י זקינו רש"י ז"ל ולא ישרו בעיניו בזה עיי"ש ולדידי קשיא לי טובא דאיך אפשר לומר דנאמנות האב אינו מועיל להעיד על בנו שהוא בכור דא"כ איך משכחת לה כלל שנודע שהוא בכור דלעולם יש לחוש שמא כבר בא האב על אשה דעלמא קודם שנשא זאת האשה והולידה ממנו בן קודם זה שנראה בעינינו שהוא בכור וכי נימא דכל דין בכור מיירי שהאב הי' מנערותו עד לידת בן זה תפוס בבית האסורים ואין אפשרות שיבא על אשה אחרת מקודם וכגנא שאמרו בחולין דף י"א משכחת לה שהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורים זה לא יתכן כלל וגם התם גופא קא דחי הש"ס אפ"ה אין אפטרופס לעריות ולפי"ז גם בלא קרא דיכיר פשיטא דאין להכיר את הבכור אלא ע"י אביו ושום עדות אחרים לא שייך בזה כלל ולא משכחת בשום אופן (והלא מבואר בש"ס ופוסקים דאמו מהימנת כל שבעה על הבכור וגם חיה נאמנת לאלתר וע"ז אין לנו שום לימוד אלא מצד הסברא דבלא זה א"א דאין דרך האב להיות מכיר את בנו אלא לאחר שבעה כמ"ש רש"י ז"ל) וע"ז לא בעינן כלל קרא דיכיר דממילא שמעינן דהאב נאמן לומר זה בני בכור ועיקר החקירה בנאמנות האב על בנו בענין בכורה לא שייך אלא היכי שאנו מוחזקין בזה שהוא בכור ואמר אביו על אחר שהוא בכור וזהו דשלחו לי' בני אקרא דאגמא לשמואל כמו דאיתא שם בב"ב ואמרינן התם בסוגיא דתליא בפלוגתא דר"י ורבנן ועיי"ש ברשב"ם ד"ה היו מוחזקין שכתב וז"ל לא בעדים שמעידין שהוא שנולד קודם לאחיו דא"כ אין האב נאמן אלא בקול בעלמא כעין שאמרנו למעלה דהוה קרי לי' בוכרא עכ"ל דקדק בדבריו שהעדים מעידין שנולד קודם לאחיו ועדותן לא הוי רק שהבן האחר אינו בכור וממילא נשאר הראשון על חזקתו הראשונה שהוא בכור ולפי"ז בברייתא יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר ר"י נאמן אדם לומר זה בני בכור ע"כ לא מיירי בכה"ג שמעיד נגד החזקה שהרי אקרא קאי ולא הי' רשאי האב להחזיק כלל לבן האהובה לבכור כי זהו עיקר האיסור ובזה פשיטא דהאב נאמן כיון דעדיין לא הוחזק בן האהובה לבכור וא"כ שפיר כתב רש"י ז"ל דרבנן פליגי רק אבן גרושה וממילא פליגי ר"י ורבנן בעלמא היכי שהאב מעיד על השני שהוא בכור נגד

החזקה דדמי לב"ג וב"ח אבל קרא דיכיר לא מצי אתי לענין בכורה ולפי"ז רש"י ורשב"ם לא פליגי כלל בגוף הדין דמודה רש"י ז"ל דנגד חזקה אליבא דרבנן אין האב מהימן לגבי בכורה וכן איתא בהדי' בב"ב שם ותמי' לי על החו"י שלא הרגיש בזה:

ולכאורה עלה על לבי דיש לומר דעיקר הכרת בכורה לא שייך אלא היכי שיש לו שני בנים שנולדו בפרק אחד ויש להסתפק איזה מהן הוא הבכור וכענין הכתוב וילדו לו שני בנים וגו' וע"ז נאמר כי הבכור הוא בן השנואה יכיר שיכירנו לאחרים היינו שיכיר כי בן השנואה הוא הבכור ולא בן האהובה וכמו כן עדותו לענין ב"ג וב"ח נמי בכה"ג שאנו יודעין שבן אחד:

הוא מהאהובה ובן אחד הוא מהשנואה ואין אנו יודעין איזו מהאהובה ואיזו מהשנואה הוא נאמן להכיר כי זה ב"ג וב"ח כי באופן זה מיירי הכתוב אבל היכי שאין אנו יודעין כלל אם יש לו ב"ג וב"ח ומן הסתם הוי אמרינן שכל בניו המה כשרים אפשר דאינו נאמן כלל דמנא לן להוסיף דבר כזה שלא מצינו בפסוק ובאמת כאשר נדקדק בלשון הברייתא דקתני זה בני בכור כו' זה בני ב"ג וב"ח נראה דמיירי דמברר בין שניהם מי הוא הבכור ומי הוא הב"ג וב"ח דאל"ה הי' צריך למינקט בני זה בכור בני זה ב"ג וב"ח כלשון דמתניתין האומר בני זה ממזר והנה במתניתין הגירסא ר"י אומר נאמנים ומשמע דפליג רק אסיפא אבל לא אריש ורש"י גורס נאמן דפליג נמי אריש (ועיין בתיו"ט שתמה בזה וכתב ליישב הגירסא נאמנים דקאי אריש ואסיפא והדוחק נראה לעין כל) ולכאורה באמת תמוה איך אפשר דלא פליג אריש הא בברייתא פליג בהדיא אבל לפי האמור שפיר ניחא דשאני בין מתניתין לברייתא דבברייתא בודאי יש אחד פסול וא"כ לא שייך חזקת כשרות דאדרבה איקבע איסורא אבל במתניתין ברישא דאיכא חזקת כשרות לא פליג ר"י כן נראה לפענ"ד בישוב הגירסא נאמנים נמצא לפי"ז דמי שאומר בני זה ממזר תליא בזה דלהגורסים נאמנים אינו נאמן ולדעת רש"י ז"ל ודעימי' שר"י פליג נמי אריש נאמן ויען כי חדש הוא אמרתי לקצר ולא באתי אלא לעורר:

והנה הרמב"ן ז"ל בחי' לב"ב בפ' יש נוחלין הרבה להשיב על שיטת הבה"ג ור"ת ז"ל ממתניתין דקידושין הנ"ל דקתני על העובר שבמעי' שהוא ממזר ואיזה הכרת בכורה יש גבי עובר וכתב החת"ס בסי' ע"ו דדבריו צריכין ביאור דאמאי לא משכחת לה הכרת בכורה גבי עובר כגון בשתי נשיו מעוברות אחת בתחילת עיבורה ואחת בסוף עיבורה ואומר האב שזה העובר המאוחר הוא בכור לנחלה וצ"ל עפ"י מה דאמרינן בב"ב קמ"ב בכור שנולד אחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים יכיר אמר רחמנא והא ליתא דיכיר וס"ל לרמב"ן ז"ל דה"נ ההכרה שאמר אביו קודם שנולד לא מהני לענין שיטול פי שנים

ואפ"ה מהימן על העובר לעשותו ממזר כן צריכין אנו לפרש דברי הרמב"ן ז"ל ודוחק עכ"ל ותמהני עליו איזה דוחק יש כאן הלא בודאי מסתברא למימר הכי דבעודו עובר לא מהני הכרת האב לנחלה דמי יימר אם יהי' העובר זכר דילמא הוה נקבה ודילמא יהי' יוצא דופן ואנן בעינן הכרה ברורה בשעת מעשה שהוא בכור משא"כ לענין לפוסלו מחמת ממזר דבכל גווני פסול מהני הכרת האב בעודו עובר. וראיתי להתיו"ט בפרק ד' דקידושין שכתב דמהך דרשא דב"ב לפי שיטת של הקדמונים ז"ל דיכיר קאי אבן השנואה דהיינו שנאמן האב לומר שהוא בן שנואה שנולד לו מחייבי לאוין כמו אלמנה לכ"ג או גרושה וחליצה לכהן הדיוט דתפסי בה קידושין ודילמא לא האמינתו תורה אלא לפוסלו מן הכהונה אבל לפוסלו מלבוא בקהל מנא לן והברייתא דנקט ר"י אומר כו' כך נאמן אדם לומר זה בני ב"ג וב"ח משמע דאין הכי נמי דנאמן להא ולא לממזר אמנם במתניתין קתני דנאמן לומר לר"י בני זה ממזר וא"כ הוה לי' להגמרא למירמא משנה ובריייתא אהדדי וצ"ל דסברא הוי שאין לחלק אחר שהאמינתו תורה לומר כי הוא זה עיי"ש והובא דבריו בקיצור בשפר פ"י והנה בדברי התויו"ט יש לפקפק דבסנהדרין דף נ"ג ע"ב קאמר הש"ס בהדי' דר"י סבר דאלמנה לכה"ג וגרושה וחליצה לכהן הדיוט הוה הולד ממזר:

אמנם כד נדקדק דברי התויו"ט נכונים דע"כ ברייתא זו ס"ל לר"י דמחייבי לאוין אין הולד ממזר דהא הקרא דכי תהיינה לאיש שתי נשים מיירי בדתפסי בה קידושין כדאיתא בקידושין דף ס"ט ולר"ע דסבר דמחייבי לאוין הולד ממזר מוקי לה בחייבי עשה דמצרי ואדומי עיי"ש או בבעולה לכה"ג עיי"ש ביבמות א"כ הברייתא דמוקי לה לקרא בב"ג וב"ח ע"כ סבר' דתפסי בה קידושין וממילא אין הולד ממזר אלא חלל ולפי"ז הי' אפשר לומר דמתניתין ובריייתא לא קשיא אהדדי כלל דתנא דמתניתין סבר אליבא דר"י דב"ג וב"ח הוה ממזר ומשו"ה נקט האומר זה בני ממזר היינו כשאומר זה בני ב"ג וב"ח דחשיב ממזר לר' יהודא אבל קושיית התיו"ט דמנ"ל דנאמן האב להעיד על בנו שהוא ממזר הוא קושיא אלימתא דקרא ע"כ מיירי בשנואה דתפסי בה קידושין ואין הולד ממזר ולר"י מיירי על כרחך בבעולה לכה"ג כמו לר"ע ומנ"ל דנאמן לשווי' ממזר ומ"ש התיו"ט דסברא הוא שאין לחלק אחרי שהאמינתו תורה כי הוא זה לפענ"ד יש לפקפק בזה לפימ"ש הרמב"ן ז"ל בקידושין דף ס"ו דספק חלל פסול לעבודה א"כ י"ל דהתורה אמרה דע"י עדותו של האב מיחשב ספק ומשו"ה הוא פוסלו לכהונה מטעם ספק וכיון דקיימ"ל בש"ס ופוסקים דספק ממזר מותר בקהל רק ודאי ממזר אסור יש לומר דעל ממזר אינו מהימן ועפי"ז יש לפרש הא דאמרינן בקידושין לא מבעי' הוא דמיקם הוא

דלא קים לי' ואינו אומר אלא בדדמי וע"כ אינו פוסלו מלבוא בקהל דדוקא ודאי ממזר אסור לבוא בקהל ולא ספק ממזר ומשו"ה מוקי פלוגתייהו בממזר ולא בב"ג וב"ח דלענין כהונה אפשר דמודה דמהימן לפוסלו מספק:

ולענין השאלה שלפנינו הלא אין לנו לדון על הולד אם הוא כשר אחרי שכבר מת ורק אם האשה זקוקה לחליצה נראה לפענ"ד פשוט שהיא פטורה מן החליצה ומטעם חדא דרוב הפוסקים היינו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ס"ל דגם סוטה פטורה מן החליצה א"כ מנ"נ היא פטורה מן החליצה ומה שאמרה שהיתה אנוסה הלא כתבו התוס' בכתובות דף ט' ד"ה ואב"א דאונס קלא אית לי' וגם מהמעשה נראה ברור שהיתה ברצון אך היא משקרת לומר באונס ועוד הרבה פוסקים ס"ל דאין האב נאמן לומר שאינו בנו וגם אחרי שכבר נשאת לאיש ויש לה בנים ממנו מכל הני טעמים הנני להתיר ולמטיי' שיבא מכשורא וד' יצילנו משגיאות:

סימן יז

עוד בענין הנ"ל:

ויש לי הערה אחת דלדעת רבינו אליהו שפירש הא דר"י דנאמן אדם לומר זה בני ממזר זהו דוקא ע"י הכרת בכורה שמכיר את בנו הקטן לבכור קשה לי מה דאיתא בחולין דף י"א דרצה הש"ס לומר דאזלינן בתר רובא ממכה אביו ואמו דילמא לאו אביו הוא ודחי שהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורים עיי"ש הא אם כה נימא איך יתפרש הך קרא דיכיר דאיך מצי האב לומר על בנו שאינו בנו הא היו חבושים בבית אסורים ולא הי' זר אתם שיהי' אפשר שבא עליה איש אחר מבלעדי אישה וזהו קושיא גדולה ואולי יש לומר דגם הס"ד ידע שיש לומר מה דמשני הש"ס אפ"ה אין אפטרופס לעריות רק דוקא באופן שגם האב אומר שאינו בנו אבל כשהאב מכיר את בנו אין לומר אין אפטרופס לעריות ומ"מ צ"ע ועיין בתוספת חדשים שכתב על התיו"ט לא ידעתי הא גם בנתין וממזר הוה מחייבי לאוין והולד ממזר ואי כונתו לר"ע מנ"ל דר"ע סבר כר"י עיי"ש ואשתמיטתי' לי' ג"כ ש"ס דסנהדרין הנ"ל דאיתא בהדי' דר"י ס"ל כר"ע:

אבל לפענ"ד יש לומר דהא דקאמר הש"ס ביבמות ובקידושין דכי תהיינה מיירי ע"כ בדתפסי בה קידושין זה אינו אלא לרבנן דס"ל דאינו מהימן לומר על:

בנו לפוסלו אבל לר"י דמהימן לפסול את בנו ולפי מה דפירש רבינו אליהו דיכיר קאי על בן השנואה היינו שהוא אומר שאמו היא שנואה לו בנשואיה א"כ בלי עדותו אין אנו יודעין כלל שהיא שנואה לו בנשואיה א"כ שפיר כתיב כי תהיינה דהא הוא אינו מהימן כלל לגבי האישות לומר דלא תפסי בה קידושין ובשלמא לרבנן דלא דרשי יכיר לגבי בן

השנואה וע"כ מיירי דאיכא עדים שהיא לו מאיסורי ביאה שפיר מוכח דמיירי ע"כ באלו האסורים לו אבל תפסי בה קידושין דאל"ה הא עדים המה נאמנים לבטל האישות ולא קרינן בי' כי תהיינה אבל לר"י פשיטא דהיא אינו מהימן להפקיע האישות ושפיר קרינן כי תהיינה ולפי"ז לר"י שפיר מצי מיירי אפילו בחייבי כריתות דקיימ"ל דלא תפסי בהו קידושין ובזה שפיר ניחא דבקרא כתיב סתם שנואה ומשמע אפילו באלו שהולד ממזר וע"ז נאמר יכיר שהוא בן השנואה אלמא דמהימן לומר שבנו ממזר והא דנקט ב"ג וב"ח משום דאיהו ס"ל דב"ג וב"ח נמי הוה ממזר לשיטתי' והא דמוקי הש"ס אליבא דר"ע בבעולה לכ"ג זהו אליבא דחכמים דלא מהימן אבל לר"י דדריש דיכיר אבן השנואה לא צריכין לזה:

עוד יש לומר הא דנקט ב"ג וב"ח עפ"י מ"ש הרמב"ן ז"ל בחי' ליבמות שאין האב מהימן על הבן במקום שפוסל את אמו כדאמרינן ואינו נאמן על בנו גדול נאמן אתה לפסול את בניך ואי אתה נאמן לפסול את בני בניך עיי"ש א"כ לכאורה איך מהימן לומר שהוא בן גרושה הא הוא פוסל את אמו לכהונה וצריך לומר שלגבי אמו שפיר מהימן מטעם מיגו שבידו לגרשה ותפסול לכהונה ומשו"ה קאמר דוקא בן גרושה אבל לא בן ממזרת ונתינה דא"כ פוסל את אמו לקהל ושוב אינו מהימן כלל אפילו לגבי בנו ולפי"ז במתניתין שפיר נקט זה בני ממזר היינו שאמו היא ממזרת ומ"מ מהימן דהא במתניתין קאמר אפילו שניהם מודים א"כ היא מעידה על עצמה שהיא ממזרת או שזנתה עם אחיה והרי היא זונה ופסולה לכהונה ועדותו הוה רק לגבי. הבן שפיר מהני שהוא אינו פוסל את אמו רק היא פוסלת את עצמה אמנם לפי מה דמסקינן בב"ב קל"ד ע"ב דאם אמר הבעל גרשתי את אשתי למפרע אינו נאמן דהא למפרע אין בידו לגרשה ומכאן ולהבא מהימן משום דבידו לגרשה א"כ צ"ל נמי דאינו נאמן לומר על אשתו שהיא היתה גרושה מקודם דהוה למפרע ואינו בידו ושוב צריך להיות דאינו נאמן גם על בנו והדרא קושיא לדוכתא (:

ודע דיש לי מבוכה רבה בדין פשוט אם אשת כהן שנתגרש' מבעלה ויש לה ממנו זרע אם היא אוכלת בתרומ' הנה מפורש בפרק הערל דכשמת הבעל והניח זרע אוכלת בשביל בנה וכן מבואר בסוף פרק אלמנה דפנויה שילדה מכהן אוכלת בשביל בנה אבל אם נתגרש' מבעל' לא מצאתי מבואר אם היא אוכלת דלשון מתניתן ביבמות פ"ו ע"ב דנקט בת ישראל שנשאית לכהן תאכל בתרומ' מת ולה הימנו בן תאכל בתרומ' ומדלא נקט או גירשה משמע לכאור' דגרוש' אינה אוכלת בשביל בנה ויכול להיות שגרוש' גרע מפנויה מחמת שנפסל' להנשא לכהן וע' יבמות ס"ט ע"א דקאמר כעין זה דגרוש' לא חזיא לכהונ' וע' ברמב"ם פ"ח מהלכות תרומות דמשמע דתמיד אוכלת בשביל בנה

ולפי"ז קשה דאם אומר שהוא בן גרושה הרי פוסל את אמו מן התרומ' בשביל בנה והדיין שלי הרב המובהק ר' נפתלי הירץ הכהן ראפוערט נ"י הראה שבתו' נדרים דף צ' ע"ב ד"ה שאם נתארמלה או נתגרש' איתא וז"ל ויש לה בנים מן הכהן דקי"ל לן בפרק יש מותרות דף פ"ה דאוכלת בשביל בנה כו' ע"ש. ובאמת דביבמות שם לא אמרו אלא מת בעלה אבל לא בגירש' בעלה ולדברי הרמב"ן צע"ג אם ס"ל כהתו' למה מהימן לומר זה בני בן גרושה הא פוסל ע"י זה את אמו מלאכול בתרומ' וכנ"ל. שוב ראיתי דבשט"מ נדרים שם כתב לפרש הך דהשתא הוא דאיתנסה וז"ל ולא מצי לאוקמי הא אלא כגון שהיא בת כהן ונשואה לכהן מדבריו מוכח דס"ל דגרושת כהן אינה אוכלת בשביל בנה אלא כשהוא בת כהן אוכלת דחזרה אצל אביה. ולפ"ז י"ל דהרמב"ן ז"ל ס"ל כשט"מ ומיירי כשהיא בת ישראל דיש בידו לפוסל' ע"י גט ולפ"ז יצמח לנו דין חדש דכשאמו בת כהן באמת אינו מהימן לומר זה בני בן גרושה וצ"ע). אבל יש לומר דדוקא גרשתי לומר שכבר אינה אשת איש לא מהימן אבל לומר שהיתה גרושה קודם שלקחה שפיר מהימן דהא אין נ"מ כלל בין למפרע בין להבא וצריך לומר להרמב"ן ז"ל לפי פירושו של רבינו אליהו מפאריש דהא דדרשינן יכיר שהוא בן השנואה הוא דוקא באופן שאין מכירין את אשתו מכבר שהיא שנואה דהיינו גרושה וחליצ' רק לא הוה ידעינן שזהו בנה של הגרוש' והוא מעיד שזהו בנה של הגרוש' אבל אם היינו מכירין אה אמו שהוא בנה רק לא הוה ידעינן שהית' גרושה והוא מעיד על אשתו אמו של זה שהיתה גרושה באמת אינו מהימן שהרי פוסל את אמו ואינו מהימן גם לגבי בנו אמנם זה תינח לפי פירושו של רבינו אליהו אבל לפי תירוצא קמא של התוס' דכשאומר על בנו השני שהוא בכור הראשון הוא ממזר שנולד מאיש אחר ואינו בנו בזה קשה איך הוא מהימן ע"ז הרי הוא פוסל את אמו בעדותו שהיא זונה לפי דבריו וצ"ל ע"כ דמיירי באופן שאינו פוסל את אמו שהרי אפשר להיות שנבעל' באונס ונתעבר' מהאחר ואשת ישראל שנאנסה מותרת לכהונ' ולפי"ז הא תינח אם הקרא מיירי בישראל אבל לא מצינן למימר דמיירי בכהן והוא אומר שהוא נולד מאיש אחר דהא קיימ"ל דאשת כהן שנאנס' אסורה לכהונ' ויקשה דאיך מהימן לפסול הא הוא בעדותו פוסל את אמו וכנ"ל ויש לומר דדבר זה אי אשת כהן שנאנס' פסולה לכהונ' היא בעי' בש"ס יבמות דף כ"ו ע"ב ואפשר לומר להרמב"ן ז"ל דר"י יסבור דבאונס מותרת לכהונ' ושפיר ניחא:

וארוחנא בזה ליישב דברי הרמב"ם ז"ל בפרק ב' מהלכות נחלות הלכה י"ג שכתב דבכור ממזר נוטל פי שנים מקרא דבן השנואה יכיר ותמה הלח"מ דבן השנואה מצי מיירי בב"ג וב"ח אבל ממזר מנ"ל ולפי הנ"ל ניחא דהרמב"ם יסבור כשיטת רבינו אליהו מפאריש

דבן השנואה יכיר היינו שיכיר שהוא בן השנואה ומיירי שאנו יודעין את אמו והוא מעיד שהיא שנואה ומשו"ה ליכא למימר דמיירי בפסולי כהונה דא"כ יקשה האיך מהימן הא ע"י עדותו נפסלת אמו של בנו זה למפרע מן התרומה וכה"ג מודה ר"י דאינו מהימן אלא ע"כ מיירי בישראל ואומר שזינתה ברצון ונאסרה עליו ועל עצמו מהימן לאוסרה עליו כמו דקיימ"ל בכתובות ט' האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו וכ"ש כשהעיד שזינתה ברצון ומעתה שפיר מוכח מהפסוק דבנו ממזר נוטל פי שנים ודו"ק:

אמנם עוד קשה לי' על הש"ס דפריך פשיטא אי בעי ליתן ל' במתנה מי לא יהיב לי' לפי דעת הקדמונים דאין זכי' לקטן אפילו אם דעת אחרת מקנה לי (עי' תוס' סנהדרין ריש פרק בן סורר ומורה דף ס"ח ד"ה קטן) א"כ שפיר צריך קרא בשמכיר את בנו קטן לבכור דלא מצי יהיב לי' במתנה וזהו תמי' עצומה ע"כ נרא' לפענ"ד דבאמת פשיטא דהאב מהימן לומר שבנו זה הוא בכור וע"ז לא צריך קרא כלל דלא משכחת כלל באופן אחר אלא כי בעינן קרא כשכבר הכיר האב אחד מבניו שהוא בכור ושמו ראובן ואח"כ הלך הבן למדינת הים ושהה שם כמה שנים ואח"כ שב לאביו במקומו ואין מכירין אותו שזהו הוא ראובן בנו הבכור רק אביו אומר שהוא מכיר אותו שזהו ראובן בנו סד"א דע"ז לא האמינותו התורה כיון שכבר הוחזק אצלינו על פיו שבנו הבכור הוא ראובן רק אין אנו מכירין אם זה האיש הוא כמו ויכר יוסף את אחיו והם לא:

הכירהו ע"ז בא קרא דיכיר להכירהו שזה האיש הוא ראובן בנו וע"כ לא ניחא להש"ס לאוקמ' שהוא קטן דלאו בר זכי' הוא דכיון שבא ממדינת הים מסתמא לא הוה קטן בשנים דלאו אורחא דקטן לילך למדינת הים. ודע דלפי הנ"ל מתיישב לן לישנא דהש"ס ב"ב קכ"ח ב' האומר על תינוק בין הבנים נאמן ומפרש רבא דאומר על תינוק בין הבנים בכור הוא נאמן כר"י עי"ש ולכאור' יש לדקדק למאי נקט הש"ס תינוק דאיזה כ"מ יש במה שהוא תינוק אבל לפי האמור שפיר ניחא לא מיבעי גדול דמצי למיהב לי' במתנה אלא אפילו אם הוא תינוק דאין לו זכי' דאפילו למ"ד זכין לאדם זהו רק מדרבנן לדעת הקדמונים הנ"ל ומן התורה לא מצי למיהב לי' במתנה אפ"ה נאמן לומר שהוא בכור:

ובעמדי בהאי ענינא נסתפקתי מה שהאמינתו התור' לאב לומר על אחד שהוא בנו או על בנו שאינו בנו לדעת הקדמונים דס"ל הכי אם זהו רק כשאין האב נוגע בדבר אבל אם הי' נוגע בעדותו אינו נאמן דעכ"פ לא עדיף עדותו משני עדים כשרים דאם הנה נוגעין בעדותן פסולין או אפשר דשאני עדים דעלמא כיון דקרובין פסולין לעדות ה"ה נוגעין פסולין אבל האב שהוא קרוב ומ"מ האמינתו התורה אין חילוק כלל שאפילו באופן שיש לו נגיעה בזה ג"כ מהימן. ועוד יש נ"מ בספיקא דא היכי דתרי עדים כשרים

מכחישין את האב ואומרים שהוא הי' חבוש בבית האסורים ובלתי אפשר שיהי' זה בנו או להיפך שהוא ואשתו היו חבושין בבית האסורים ובלתי אפשר שילדה אשתו מאיש אחר אם לא ממנו בזה יש להסתפק אם אלים נאמנות של האב יותר משני עדים אם לא. והנה הרשב"ץ חלק ב' סי' י"ט כתב וז"ל ועוד שהאב אינו נאמן אלא על בנו לפוסלו לומר שהוא ממזר אבל לפסול שאינו בנו אינו נאמן כדאיתא בפ' החולץ מ"ז א' אף אתה אל תתמה לענין חיוב ממון אם נאמן להפסידו ירושתו אינו נאמן להפסיד אמו שכר ההנקה שנאמנות שהאמינה התור' לאב אינו זולת על הבן לבדו לפוסלו או להפסידו לא לפסול אחרים ולהפסידם עכ"ל. ועי' בספר אבני מלואים סי' ד' סעי' כ"ו שהביא דבריו ותמה עליו בתרתי חדא דהמעיין שם בפ' החולץ לא נשמע שם כלום שנית שם באותה תשובה בתחל' כתב ואקדים לך הקדמה ודאי התור' האמינתו לאב לומר שאינו בנו כו' ומבואר מדבריו דס"ל שהאב נאמן לומר שאינו בנו ונרא' דבריו סותרין זא"ז עי"ש. וכבר הזכרנו מדברי התשב"ץ ומה שמתמה עליו הא"מ בסי' הקודם וכתבנו לישב. אבל עתה התבוננתי שטעות הדפוס יש בתשב"ץ וצ"ל אבל לפסול בן בנו אינו נאמן כדאיתא בפרק החולץ ואגב שיטפי' הא"מ לא הרגיש בטעות הדפוס. אבל עכ"פ מדברי הרשב"ץ אנו לומדים דאם יש להאב נגיעה בהכרתו מ"מ נאמן להכיר את בנו לממזר ובדבר מה שנוגע לו ובין אחרים אינו נאמן. ומובן דזה רק לדעת המפרשים דאם יש בנים אינו מהימן הוה פירושו דאינו נאמן על בן הבן אבל נשאר נאמנות שלו לפסול את הבן אבל לפי מה דפסקינן דאם יש בן ובנו לא מהני אמירתו גם על הבן דאין אנו פלגינן דיבורו ה"ה בכה"ג שנוגע להנקת והחזקת הילד אינו נאמן כלל גם לשווי' ממזר. אך אולי יש לחלק בין אם הדבר נוגע לענין פסול לבן הבן דאמרינן כל דבריו אפילו לפסול את הבן לא מהני דזה נרא' כחוכא ואטלולא שיהי' האב ממזר ובנו יהי' כשר אבל אם ההברה נוגע רק לדבר שבממון שפיר יש לומר דמהני אמירתו לפסול את בנו אבל לא להיות פטור משכר הנקה ומ"מ זה דוחק לפענ"ד. מעתה לפי האמור יש נפקותא רבה לדינא בזמן הזה לפי מה שהביא המרדכי בפרק האומר בקידושין והמהרי"ק דעת הר"ש מינבולא דבזמן הזה דאיכא חדרגמ"ה שלא לגרש את אשתו בע"כ אין אדם מהימן לומר שראה שאשתו זינתה כמו שהיא אינה נאמנת לומר טמאה אני לך דאמרינן עיניה נתנה באחר כן אמרינן אצל הבעל עיניו נתן באחרת עי"ש ולפי הנ"ל צריך להיות נמי דאם אומר שהולד אינו ממנו דאינו מהימן לשווי' ממזר דכיון שהענין נוגע גם לענין תשלומין בעד הנקה וגם לפוסלה מן הכהונה ולאוסרה עליו ולכל אלה אינו נאמן שוב בטלה הכרתו לגמרי דכל שנוגע גם לאחרים לא מהני כלל אמירתו לפסול את בנו וכנ"ל:

גם נסתפקתי לר"ע דס"ל דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין וכתבו בתוס' קידושין ס"ז ע"ב ד"ה מנה"מ דלא ידעינן אלא משום דשמעינן לי' לר"ע דאמר יש ממזר מחייבי לאוין וכיון דיש ממזר דין הוא דלא תפסי בה קידושין ע"ש איך הדין בספק חייבי לאוין אם תפסי בהם קידושין או לא הוה רק ספק קידושין וספיקא דידי כיון דקימ"ל דספק ממזר מותר לבוא בקהל דממזר ודאי הוא דלא יבא אבל ספק ממזר יבא א"כ אין לזה דין ממזר ותפיסת קידושין תליא בודאי ממזר אבל אם לא יהי' ודאי ממזר שוב תפסי בהן קידושין ודאי בשלמא לדידן בחייבי כריתות דילפינן שם מקרא דאחות אשה בודאי מסתברא דאם קידש ספק ערוה דהוה ספק קידושין שאם באמת היא ערוה אין בה תפיסת קידושין אבל לר"ע דתליא באם הולד ממזר יש מקום לומר דכל שאין הולד ודאי ממזר דתופסין בה קידושין דאודאי ממזר קפיד רחמנא שאסורין לבוא בקהל אבל ספק ממזר דשרי לבוא בקהל לא קפיד רחמנא שלא יהיו קידושין תופסין בחייבי לאוין. ועפי"ז יש ליישב מה שהקשו על הרמב"ם ז"ל דס"ל דספיקא דאוריית' מן התורה לקולא למ"ל קרא דספק ממזר מותר לבוא בקהל תיפוק לי' דבכל התור' ספיקא לקולא ולפי הנ"ל י"ל דנפקא מינה לגבי תפיסת קידושין דאי לאו דגלי קרא דספק ממזר מותר לבוא בקהל הוי אמינא דאם קידש בת ישראל איכא ספק קידושין והוה ספק א"א דאע"ג דמשום צד האיסור ממזר ליכא להחמיר משום דתלינן שהוא אינו ממזר כמו בכל איסורי תורה מ"מ ענין תפיסת קידושין הוא ענין בפני עצמו ואינה מקושרת עם האיסור והוה חיישינן דלמא באמת הוא ממזר ואין קידושין תופסין בזו ואם קיבלה קידושין אח"כ מאחר צריכה גט מספק דהוה ספק כרת וגם להרמב"ם אזלינן לחומרא כמ"ש הכ"מ בפ' ט' מהל' ט"מ ומשו"ה איצטריך קרא דספק ממזר מותר לבוא בקהל וגם לדידן דקי"ל כרבנן יש נ"מ כגון שהתנה המקודשת עמו ע"מ שיהי' כשר ודו"ק:

סימן יח

להרה"ג מוה' ישראל שמואל נ"י מו"ץ בק"ק שאטץ יע"א:

ע"ד שאלתו שאלת חכם באשה אלמנה אחת שהיא מינקת ועוד בחיי בעלה הרגישה שהיא מעוברת וכשני שבועות אחר מיתת בעלה גמלה את בנה כי יראה שלא תזיק לו החלב ואח"כ הפילה והנה כ"ת יצא להיתרא דהך איתתא לאינסובי בתוך כ"ד חודש אע"פ שגמלתו אחר מיתת בעלה כיון שהיתה מוכרחת לגמלו ואין נ"מ להיונק הלזה אם תנשא אמו או לא ולפי מ"ש תוס' כתובות דף ס' דהא דגמלתו אסורה הוא רק שמא תמהר לגמול כדי שתנשא וכאן ל"ש טעם זה. עוד כתב דבנו"ב ק' חלק אה"ע סי' כ"ד כתב בתוך דבריו וז"ל ואפילו באלמנה ממש שזינתה ונתעבר' הי' אפשר להתירה להנשא

לזה שזינתה ממנו אחר כלות כ"ד חודש של התינוק קודם שתלד ע"ש א"כ חזינן דעתו שעכ"פ צריכה להמתין כ"ד חודש של היונק אע"פ שנתעברה וכתב מעלתו שיש לחלק בין נתעברה בזנות ובין נתעברה מבעלה לפי מ"ש בספר בית מאיר בצלעות הבית: שעיקר גזירת חז"ל הית' מטעם השגת גבול של היונק א"כ בנ"ד שנתעבר' בהיתר נסתלק חזקת היונק בהיתר משא"כ כשנתעבר' באיסור לא נפסק חזקת היונק כמו בשאר חזקות דהיכא שנפסק באיסור לא נתבטל חזקתו ויפה העיר: אמנם לפענ"ד אין אנו צריכין לכ"ז דהא מבואר בשו"ע אה"ע סי' י"ג סעיף י"א דאי צמקו דדיה מותרת להנשא תוך כ"ד חודש מחמת שחלבה ארסיי א"כ ה"ה פשיטא בנתעבר' דאינה רשאה להניק משום דנעכר חלבה כמבואר בש"ס ופוסקים וע' בשבו"י חלק ג' סי' קט"ז שכתב בפשיטות דאי נתעברה חשיב כאלו צמקו דדיה כיון דאיכא סכנה להניק ובעובדא דידי' הי' המעשה שנתעבר' בזנות אחר מיתת בעלה ע"ש. והנה איתא בשו"ת חכם צבי סי' ס"ד דבצמקו דדיה גם אם ילדה אחר מיתת בעלה מותרת להנשא ומ"ש בשו"ע שם בחיי בעלה קאי רק אפסקה חלבה אבל בצמקו דדיה כיון דאיכא סכנה בהנקה דידה ואסור להניק אותו לא מקרי תו מינקת חבירו והשבו"י שם הביא דעת הח"צ להתיר מטעם זה גם בנתעברה בזנות לאחר מיתת בעלה כיון דאיכא סכנתא בהנקה גם בנתעברה מותרת והנו"ב שכתב דאלמנה מינקת שנתעברה בזנות לאחר מיתת בעלה צריכה להמתין כ"ד חודש של היונק אפשר דס"ל כדעת החולקים על הח"צ שהביא השבו"י וסבירא ליה דבצמקו דדיה נמי בעינן דוקא בחיי בעלה אבל אי צמקו דדיה לאחר מיתת בעלה צריכה להמתין כ"ד חודש לכן כתב דבנתעברה ג"כ צריכה להמתין כ"ד חודש מלידת היונק או אפשר לומר דבצמקו דדיה ס"ל כח"ל דאף לאחר מיתת בעלה נמי מותרת ומ"מ ס"ל דנתעברה בזנות לאחר מיתת בעלה אסורה דבאמת גם לפענ"ד יש לתמוה על השבו"י שמדמה נתעברה בזנות לצמקו דדיה דשאני נתעברה בזנות שהיא פשעה בזה שנתעברה שזינתה ובידים העבירה את הדרך על היונק ומה לי שעשתה שאר תחבולות שתגמול הילד ומה לי תחבולה זו שהלכה וזינתה ונתעברה עכ"פ חשובה כמו גמלתו לאחר מיתת בעלה דמבואר בש"ס ופוסקים דאסורה להנשא. ועוד כיון שנאסרה להניקו מחמת פשיעתה מחוייבת שתשכור מינקת כמו שמצינו גבי נדרה שלא להניק שכתבו התוס' בכתובות דף נ"ט ע"ב ד"ה כגון דב"ה סברי היא נתנה אצבע בין שיניה וכופה להניק שתשכור לו מינקת ע"ש. וכל שהיא משועבדת להניק אסורה להנשא כשאר נתנה בנה למניקה דק"ל דאסורה להנשא בתוך כ"ד חודש. ולפ"ז היכא שנתעברה מבעלה בהיתר דלא שייך כל זה פשיטא דמותרת להנשא בתוך כ"ד חודש לדעת הח"צ: ולא עוד אלא שנראה לפענ"ד

דגם להחולקים על הח"צ וס"ל דבצמקו דדיה נמי דוקא בחיי בעלה מותרת להנשא בתוך כ"ד חודש מודו בנ"ד דא"צ להמתין דכל שנתעברה בחיי בעלה אע"פ דאיהי לא אשגחה והניקתו עד לאחר מיתת בעלה עכ"ז כיון שלא היתה רשאה מצד הדין להניקו מפני הסכנה לא מקרי תו מינקת חבירו. ואל תשיבני מהא דאיתא בכתובות דף ס' ע"ב רשב"ג אומר אני אכריע לדברי האומר עשרים וארבעה חודש מותרת להנשא אחר כ"א חודש דאין החלב נעכר אלא עד ג' חדשים א"כ חשיב מה שהניקתו בחיי בעלה שהי' עוד בתוך ג' חדשים הראשונים בהיתר דז"א דאנן לא ס"ל כר"ש בן גמליאל דהא רב ושמואל דאמרי תרווייהו צריכה להמתין כ"ד חודש וע"כ משום שהחלב נעכר גם בתחילת ימי עיבורה וע' בספר הפלאה שם וז"ב. ועוד דאפילו אי נימא דרב ושמואל פסקו כת"ק אלא לחומרא דצריכה להמתין כ"ד חודש אבל לא לקולא דהיינו כעין נידון דידן יש לנו לחוש לרשב"ג דאמר אין החלב נעכר אלא לאחר ג' חדשים וממילא מה שהניקתו בתוך ג' חדשים הי' בהיתר ומיחשב א"כ לכאורה כאילו צמקו דדיה לאחר מיתת בעלה דאסורה לדעת החולקים על הח"צ. מ"מ נראה לפענ"ד די"ל דהיכא שנתעברה מבעלה וידעינן שלאחר ג' חדשים תעכר חלבה דרוב נשים אין מפילות כדאיתא ביבמות דף קי"ט ואין הדבר תלוי רק בזמן וזמן ממילא קא אתי חשיב כאילו צמקו דדיה בחיי בעלה כיון שדבר זה עתיד להיות ויש לדמות להא דמצינו בב"ב דף קכ"ד דבשבחא דאתי ממילא בכור נוטל פי שנים והיינו דחשיב כאילו הוי בחיי דאבוהון ש והכא נמי כיוצא בזה:

ולרווחא דמילתא אמינא שיש לצרף ולומר דלפי שיטת הר"ש ז"ל דגרושה מינקת אינה צריכה להמתין משום דלא משעבדא להניק א"כ בכה"ג שנתעברה מבעלה ג"כ שוב אינה משועבדת עוד דהא על ידי הבעל נעכר חלבה והוא נתן אצבע בין שיניה כמו דס"ל לב"ש גבי נדרה שלא להניק וקיים לה הוא דהוא נתן אצבע בין שיניה ואפילו ב"ה לא פליגי אלא מטעם דס"ל דהיא נתנה אצבע בין שיניה אבל בנתעברה דודאי הוא נתן אצבע בין שיניה בודאי נסתלק שיעבודה וכל שנסתלק שיעבודה מותרת להנשא לדעת הר"ש:

ובעמדי בהך סוגיא דהבחנה ביבמות דף מ"ב זיכני הש"י לחדש דבר נכון בפירוש סוגית הגמרא בהא דפריך הש"ס היכא דקים לן דמעוברת היא תנשא אלמה תניא לא ישא אדם מעוברת חבירו ומינקת חבירו ואם נשא יוציא ולא יחזיר עולמית גזירה שמא תעשה עוברה סנדל אי הכי דידיה נמי אי למ"ד במוך במוך ואי למ"ד מן השמים ירחמו מן השמים ירחמו הכא נמי אי למ"ד במוך במוך אי למ"ד מן השמים ירחמו מן השמים ירחמו אלא משום דחסה אי הכי דידיה נמי כו' אלא סתם מעוברת למניקה קיימא דילמא איעברה ומיעכר חלבה וקטלית ליה אי הכי דידיה נמי דידיה ממסמס לו בבצים וחלב כו'

הבאתי כל לשון הש"ס הנ"ל כי נצרך לענינינו וקשה לי מאוד האיך שייך השקלא וטריא הלזו בכאן הלא מקומו של הברייתא הוא לעיל דף ל"ו ע"ב והתם הו"ל להש"ס ליפרוך מ"ש מדידיה וגם תיבת אי הכי אין לו פירוש כלל דמה הוא רוצה בזה עוד קשה דלפי מה דמסיק הש"ס דידיה ממסמס ליה בביצים וחלב למה פליגי ר"מ ורבנן באשתו מעוברת או משמשת במוך או מן השמים ירחמו שלא תתעבר הא אם תתעבר תמסמס לי' בביצים וחלב ועכצ"ל דמ"מ לא סמכינן לר"מ אמוך ולחכמים אהך דמן השמים ירחמו לחוד אלא בצירוף הטעם דממסמס ליה בביצים וחלב וכן משמע בספר המאירי על יבמות שכתב וז"ל ואע"פ שהמעוברת מותרת לשמש ומן השמים ירחמו כו' ואע"פ שהמניקה ג"כ מותרת לשמש עם בעלה כל שהולד הוא שלו אין היא בושה הימנו וממסמס ליה לולד בביצים וחלב כו' ע"ש א"כ מוכח מלשונו דלא סמכינן אהך דמן השמים ירחמו לחודא ופשיטא דכמו כן צ"ל הכי גם לר"מ דלא סמכינן אמוך לבדו רק לענין חששא דשמא תעשה עוברה סנדל אבל לחשש דסתם מעוברת למניקה קיימא לא סמכינן אלא משום דממסמס ליה בביצים וחלב וכ"ז חסר מן הספר. ועוד יש לתמוה האיך פריך הש"ס א"ה דידיה נמי וכי יש לדמות אשה שהיא כבר נשואה לו ומחוייב הבעל לקיים מצות עונה להיכא שישא לכתחילה אשה מעוברת וראיתי שכבר הרגיש בזה בספר, ערוך לנר על יבמות וכתב שכן הי' דעת הס"ד שאין לדמות אשתו לאשת חבירו ע"ש עוד ראיתי שהרמב"ן ז"ל בחידושיו ליבמות כתב וז"ל והיה אפשר לומר טעמא דבתוך שלשה משום מניקה אלא חששא רחיקתא היא וכולי האי לא גזרו בספק מעוברת ע"ש: ואת אשר האיר ד' את עיני בישוב כל המבוכות שכל השקלא וטריא הלזו הוא רק בטעמא דגזרו חז"ל שכל הנשים לא יתארסו ולא ינשאו עד שלשה חדשים וקאמרו התם משום להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני וע"ז קא פריך דמדקאמרת הך טעמא ולא אמרת משום דלמא היא מעוברת ואסור לישא מעוברת חבירו ש"מ דהיכא:

דקים לן שהיא מעוברת תנשא והא תניא לא ישא אדם מעוברת חבירו ולפ"ז יש לומר דתוך ג' חדשים אסורה משום ספק מעוברת כקושית הרמב"ן ז"ל והא דאיתא גזירה שמא תעשה עוברה סנדל אינו תירוץ אלא כל זה מדברי המקשן ובאמת מבואר בהדיא בברייתא דתני רב ביבי שלש נשים משמשות במוך כו' מעוברת שמא תעשה עוברה סנדל וא"כ ודאי מעוברת פשיטא דאסורה מטעם חשש שמא יזיק להעובר אלא כל עיקר השקלא וטריא אם כמו דחיישינן בודאי מעוברת כן יש לגזור בתוך שלשה חדשים שהיא ספק מעוברת וע"ז קאמרינן אי הכי דידיה נמי כלומר דאי כסברתך דאין חילוק בין ודאי מעוברת לספק מעוברת א"כ גבי אשתו נמי תהיה אסורה בתוך ג' חדשים אחר

כל תשמיש ותשמיש מחשש שמא היא נתעברה ולפלגי ר"א ורבנן בזה דלר"מ דאמר מעוברת משמשת במוך תשמש נמי בתוך ג' חדשים במוך ולרבנן מן השמים ירחמו הכא נמי מן השמים ירחמו ומדפליגי בודאי מעוברת ולא בספק מעוברת ש"מ דאין לגזור בכל תשמיש שמא היא מעוברת כמו בודאי מעוברת א"כ גבי מעוברת חבירו דמצינו רק ודאי מעוברת גזרו חז"ל אין להוסיף ולומר בספק מעוברת ואח"כ אמר משום דחסה ופריך דידיה נמי ומסיק דסתם מעוברת למניקה קיימא ולהכי בתוך ג' חדשים משמש עם אשתו בלא מוך לר"מ ולרבנן אין צריך להך דמן השמים ירחמו משום דכ"ז שאינה ודאי מעוברת סמכינן אהך סברא דאף לו יהא שתמצא מעוברת ולמניקה קיימא ממסמסא לי' בביצים וחלב ואף דכשידעינן שהיא מעוברת לא סמכינן אזה מ"מ בספק מעוברת שהיא חששא רחיקתא כמו שכתב הרמב"ן ז"ל סמכינן על זה ולכן כל הנשים לא ינשאו עד שלשה חדשים כיון דלא ממסמסא ליה חששו גם מספק ואסרו חז"ל תוך ג' חדשים. וכמה מעליא הא שמעתתא לישב בזה דברי הרמב"ם בפרק י"א מה' גירושין שכתב הטעם דמעוברת חבירו לא ישא משום שמא יזיק את העובר ותמהו עליו שזהו נגד מסקנת הש"ס דסתם מעוברת למניקה קיימא ולפי הנ"ל דהש"ס לא קאמר אלא בתוך שלשה חדשים דמשום הך טעמא אסורה ולא משום הבחנה (ואע"ג דמשמע דליכא מאן דפליג דבעינן להבחין כו' ס"ל דמשו"ה לא היה אסרו חז"ל להנשא שהיה אפשר לברר ע"י בדיקה כמו דפריך הש"ס ולבדקה) אבל ודאי מעוברת אסורה מטעם שמא יזיק את הולד ולפ"ז יש לומר דהא דכתב רש"י ז"ל לפרש א"ה דידיה נמי שיהא אסור לשמש עם אשתו מעוברת כונתו ג"כ עם ספק מעוברת דהיינו תוך ג' חדשים אחר התשמיש: והנה הנו"ב בסי' הנ"ל הרגיש בחילוק הדברים שבתוס' ובין הרא"ש ז"ל לשיטת הריש הזקן שהתוס' כתבו שמתיר בגרושה מינקת אבל בגרושה מעוברת לא הזכירו שמתיר וברא"ש איתא תרווייהו גרושה מינקת וכן גרושה מעוברת וכתב דאי טעמא דמעוברת הוא רק משום דלמניקה קיימא פשיטא דיש למעוברת דין אחר עם מניקה דלא עדיפא מינה דבגרושה מותרת וכתב תו דאי נימא דגרושה מעוברת מותרת להנשא שפיר ניחא קושית הרמב"ן אש"ס אמאי לא קאמר דכל הנשים אסורין להנשא תוך ג' חדשים משום חששא שמא מעוברת היא אבל אם מעוברת גרושה שריא לא מצי הש"ס למימר הכי דהא במתניתין דכל הנשים קתני אחת אלמנה ואחת גרושה ובגרושה לא סגי בהך טעמא דחיישינן שמא היא מעוברת ולמניקה קיימא דהא מניקה עצמה מותרת זהו תוכן דבריו ולפ"ז נסתר מה שכתבתי בפירושו של הש"ס שסבר שבאמת תוך ג' חדשים אסורה משום חשש מעוברת

לדעת הרא"ש דר"ש הזקן מתיר אפילו במעוברת גרושה דא"כ יקשה אמאי גרושה צריכה להמתין ג' חדשים:

אך לפענ"ד דברי הגאון בעל נו"ב לא שרירין ולא קיימין דפשיטא דבעינן ג' חדשים מטעם הבחנה דכו"ע מודי דבעינן הבחנה אלא דעל הטעם של הבחנה פריך הש"ס דיש להבחין ע"י בדיקה אחר שנישאת אבל כיון דיש עוד טעם גבי אלמנה משום שמא היא מעוברת ולמניקה קיימא לא חילקו חז"ל בין אלמנה לגרושה תדע שהרי אפילו קטנה ואילונית אסורין משום דלא פלוג רבנן כ"ש גרושה דוגמא לזה כתבו התוס' בכתובות דף ל"ט ע"ב ד"ה טעמא ח"ל ואומר ר"י דמתוך שהוצרכו לתקן בגרושה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה תיקנו נמי לאלמנה משום חינא ע"ש:

סימן יט

בדבר היבמה שנפלה לפני יבם שהוא מחלל שבת בפרהסיא שרצה גדול אחד (הוא הרב הגאון מהרומילוב ז"ל) להתירה בלי חליצה עפי"מ שהביא הב"י בסי' קנ"ז מהמרדכי בפ' החולץ בשם מר רב יהודאי גאון ושאר גאונים דיבם מומר אינו זוקק אשת אחיו ופטורה בלי חליצה וכן אם הי' בעלה מומר ומת בהמראתו אין אשתו צריכה חליצה ולפי"ז מחלל שבת בפרהסיא דקיימ"ל דהוי מומר לכל התורה כולה כדאיתא בחולין דף ה' וברמב"ם ז"ל סוף הלכות שבת לשיטתם נמי לגבי יבום וחליצה דינו כמומר ולשיטת הגאונים פטורה מן החליצה. הנה פשיטא לפענ"ד דאין להשגיח על דבריו אלו כי מלבד דהב"י שם דחה שיטה זו בשתי ידים וכתב דגמירי דהגאון ז"ל הי' מאור עינים ולפעמים כתבו תלמידיו בשמו מה שלא עלה על דעתו כלל עיי"ש אך גם הגאונים לא אמרו אלא במי שהמיר הדת לגמרי שיצא מכלל ישראל אבל לא במחלל שבת דאעפ"י שחטא ישראל הוא ועכ"פ עדיין לא נשקע בין הנכרים וחילוק גדול ביניהם שהרי כשמומר חוזר לדת ישראל צריך טבילה ותגלחת שער עפ"י מה שכתב רש"י ז"ל בפ' בהעלותך בשם ר"מ הדרשן והובא בש"ך יו"ד סי' רס"ח ס"ק ז' ולא מצינו במחלל שבת כשעושה תשובה שיצטרך טבילה ותגלחת שער:

וגם הא דעת הגאונים דמומר אינו יורש את אביו דבר תורה וכן כתב הרא"ש ז"ל בתשובה כלל י"ז בשם רבינו משולם בשם רבינו קלונימוס ז"ל ובמחלל שבת ליכא מאן דאמר דאינו יורש את אביו ואדרבא הלא דבר זה מפורש בהדיא גבי בנות צלפחד בן חפר בב"ב בפ' יש נוחלין דף קי"ח שנטלו ד' חלקים מה שהי' ראוי לצלפחד ליטול חלק ירושת אביו וצלפחד זה מקושש כדאיתא בשבת דף צ"ו ע"ב ומקושש הי' מחלל שבת בפרהסיא כדכתיב ויהיו בני ישראל במדבר וימצאו איש כו' ומשמע שהי' בפרהסיא

וכן כתב הראב"ע ז"ל שחילל שבת ביד רמה ואין לומר דמקושש הי' מחלל שבת פעם אחת ולפמ"ש התוס' חולין דף י"ד ע"א ד"ה השוחט לחד תירוצא דבפעם אחת לא נעשה מומר דז"א חדא דדבר זה אינו מוחלט להרבה פוסקים ועוד בשלמא לרב יהודה אמר שמואל בשבת דף צ"ו ע"ב מקושש מעביר ארבע אמות בר"ה הוה י"ל שהי' פעם אחת ד' אמות אבל לפי מה דאיתא התם במתניתא תנא תולש הוה הא ודאי חלל שבת כמה פעמים דהא כתיב בהדי' מקושש עצים לשון רבים וכן לרב אחא ב"י דאמר מעמר הוי ע"ש ואם נימא דמחלל שבת דינו כמומר לנחלה איך נטלו בנות צלפחד בנכסי חפר אבי אביהם הא אילו הי' אביהם קיים ג"כ לא הי' יורש את אביו מחמת שהי' מומר ולדעת הגאונים הנ"ל גם יורשי המומר אינם יורשים את אבי אביהם כמבואר בתשובת הרא"ש הנ"ל: ועוד אפילו לפי מה דקיימ"ל דמומר יורש את אביו דבר תורה כדאי' בחו"מ סי' רפ"ג דלא כהגאונים הנ"ל מ"מ יש להוכיח מש"ס קידושין דף י"ח ע"א דאמר ר' חייא בר אבין א"ר יוחנן דבר תורה נכרי יורש את: אביו דכתיב כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר ודחה הש"ס ודילמא ישראל מומר שאני ומוכח דהס"ד סבר דישראל מומר יש לו דין אחד עם נכרי והוצרך להוכיח מקרא דכתיב כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר כו' כי יש למומר תורת ירושה בירושת אביו ולמה לא מייתי ראי' מבנות צלפחד שירשו את חפר אבי אביהם אלא מוכח דאין לדמות לענין דין ירושה מחלל שבת למומר א"כ ה"ה לגבי תורת יבום אין לדמות מחלל שבת למומר ממש ובפרט לפי מה שכתב בספר אבני מלואים הלכות יבום סי' קנ"ז דכל עיקר טעם של הגאונים הנ"ל שפוטרין משום דאזלי לשיטתם דמומר אינו יורש את אביו ד"ת ויבום בנחלה תל' רחמנא אבל מחלל שבת דלכו"ע יורש את אביו בודאי אינו פוטר מן החליצה וזה ברור:

והנה לא נעלם מאתי מה דאיתא בטור אה"ע סי' ס"ד ויש אומרים דמומר לחלל שבת בפרהסיא ולע"ז דינו כגוי גמור ואין קדושיו קדושין ולא נהירא ע"ש דלפע"ד גבי קדושין שאני דיש כח ביד חז"ל להפקיע הקדושין וכן משמע ממ"ש שם הב"י בסמוך לענין כותי וז"ל ואע"ג דאמרינן בפ"ק דחולין דעשאום כגוים גמורין לכל דבריהם משמע להני רבוותא דהיינו דוקא לענין שלא נסמוך עליהם באיסור והיתר אבל להפקיע קדושיהם לא ע"ש והפקעת חז"ל לא שייך לגבי יבום:

ועוד הא הרא"ש בריש יבמות כתב יש שואלין אשה נדה תיאסר להתייבם אפילו טבלה כמו אחות אשתו כו' תשובה דלא דמיא לעריות שאסורות משום קורבות ומותרת לשאר העולם אבל נדה לכל אסורה ואע"ג דלאו בת יבום היא בעת נדתה חליצתה חליצה ולא דמי לחליצת מעוברת כו' דשאני נדה שעומדת לטבול וליטהר כדרך כל הנשים אבל

מעוברת שמא תלד ועוד אפילו אם בא עליה בנדתה קנאה ע"ש מעתה לפי דבריו צ"ל דגבי מומר לא שייך לומר שעומד לחזור מהמרתו כיון דכבר נשתקע בהמרתו כל באיה לא ישובון וכן משמע בסנהדרין דף מ"ז ע"א אמר עולא אמר ר' יוחנן אכל חלב והפריש קרבן והמיר דתו וחזר בו הואיל ונדחה ידחה אבל לא מצינו הלכה זו אם הפריש קרבן וחילל שבת דנימא הואיל ונדחה ידחה ועכצ"ל משום דמחלל שבת עומד לחזור ויעשה תשובה משא"כ המיר דתו ועי' מה שכתבתי לעיל בחלק או"ח סי' ל"ז דלפעד"נ דהא דמצינו בש"ס חולין דף ה' דמחלל שבת כעובד ע"ז זהו מטעם אחר קאתי עלה שבימים הקדמונים הי' החילול שבת ענין המרת הדת משא"כ בעתים הללו בזמנינו ע"ש:

סימן כ

שלום וכט"ס לכבוד הרב הגאון חו"ב ומושלם כש"ת מוה' שמואל גינצלער נ"י אבד"ק אויבערווישווע יצ"ו. במדינת אונגארן:

זה איזה שבועות אשר קבלתי מכתבו עם שאלתו שאלת חכם. בדבר האיש פתחי' צבי בר' מרדכי אשר זה כשמונה שנים נחלתה אשתו בקצת שגעון ר"ל וזה כשלש שנים גברה עליה מחלתה והרי היא כמשוגעת גמורה. והנה כת"ה האריך הרחיב הדיבור בכל הענינים הנוגעים לדבר הלכה הלזו. ויצא הדבר מאתו להיתרא דהאי גברא כי מותר לו לישא אשה על אשתו ואין בזה חרם דרגמ"ה ונפשו בשאלתו כי גם אנכי אבוא אחריו למלאות את דברו ולהצטרף להיתרא. והנה פניתי לי כעת לעיין בענין הלז ולהשיבהו כיד ד' הטובה עלי: והנה זאת תורת העולה בריש דבריו לדון על האשה הלזו אי נחשבת כשוטה גמורה כי בש"ס חגיגה דף ג' ע"ב מבואר דאיכא ד' סימני שוטה ודעת הרמב"ם ז"ל בפ' ט' מהל' עדות דלאו דוקא ע"י הנך ד' סימנים נחשבת שוטה אלא כל שנטרפ' דעתו ונמצאת דעתו משובשת תמיד בדבר מהדברים אע"פ שמדבר ושואל כענין בשאר דברים ה"ז פסול ובכלל שוטה יחשב ע"ש. ודעת רבינו אביגדור דלא מיחשב לשוטה אלא דוקא ע"י הני ד' סימנים שבמס' חגיגה הנ"ל והמהרי"ט כתב שדעת הרמב"ם ז"ל לחלק בין עדות לשאר ענינים כמו גיטין וקידושין עיין בדבריהם:

והנה לכאור' עלה על לבי לומר דלגבי אשה שנשתטית דקי"ל דלאו בת גירושין היא אין נ"מ כלל אי היא שוטה נמי לשאר ענינים שבתור' שהרי ביבמות דף קי"ב תנן נשתטית לא יוציא ואמר ר' יצחק ד"ת שוטה מתגרשת מידי דהוה אפקחת בע"כ ומ"ט אמרו שוטה אינה מתגרשת כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר ופריך הש"ס היכי דמי אילימא כשיכול' לשמור את גיטה ויודעת לשמור עצמה מי נהגו בה מנהג הפקר אלא כשאינה יכולה לשמור את גיטה וא"ע ד"ת שוטה מתגרשת והא תני דבי ר' ישמעאל ושלחה מביתה

מי שמשלחה ואינה חוזרת יצאתה זו שמשלחה וחוזרת ותני דבי ר' ינאי ונתן בידה מי שיש לה יד יצאתה זו שאין לה יד אלא ביכול' לשמור גיטה ואינה יכולה לשמור א"ע עי"ש והנה נרא' שאין נ"מ בין ר' ישמעאל לדבי ר' ינאי במצב מדריגת שטותה אלא כל שאינה יודעת לשמור את גיטה דהיינו שהוא משלחה וחוזרת אין לה נמי יד לקבל גיטה וכן מוכח ממה שהביאו התוס' שם בשם ר"ת דבין ר' ישמעאל לדבי ר' ינאי ליכא נ"מ אלא משמעות דורשין א"כ לכאור' לפ"ז אין שום נ"מ אם היא שוטה נמי לשאר דברים או לא דבשלמא בשאר כל ענינים שבתור' דבעינן שיהי' בדעת אמרינן בשוטה דדעתה משובשת לא חשיב דעת דהוי כמו בפקחת שלא מדעת דלא מהני אבל לא היכי דלא בעינן דעתה דהתם י"ל דשפיר מהני דמידי דהוי אפקחת בעל כרחה א"כ מה לנו שהיא שוטה בשאר דברים אם היא רק יודעת לשמור את גיטה דהיינו שהיא משלחת ואינה חוזרת וכמו כן להיפך אם אינה יודעת לשמור את גיטה אפילו אם תהא דינה בשאר דברים כפקחת ואין דעתה משובשת כ"כ שתהא כשוטה בשאר ענינים מ"מ אינה יכולה להתגרש דבעינן משלחה ואינה חוזרת ומדרבנן בעינן נמי שתהא יודעת לשמור א"ע:

הן אמת דמתחל' סבור הייתי דלא משכחת לה כה"ג רק לדעת רבינו אביגדור דלכל ענינים של תורה לא מיחשב כשוטה רק ע"י הנך ד' סימנים המנויים במס' חגיגה הנ"ל דלדידי שפיר משכחת לה שלא תהא מוחזקת לשוטה ע"י ד' סימנים דלכל שאר ענינים אין דינה כשוטה ותהא אינה יודעת לשמור את גיטה. אבל לדעת הרמב"ם ז"ל דכל שדעתה משובשת בדבר אחד מהדברים חשובה שוטה גמורה לא משכחת דבר זה כלל דהא מסתברא לומר דזה עצמה מה שאינה יודעת לשמור את גיטה דהיינו שמשלחת וחתרת נעשית שוטה לכל ענינים שבתור' וע' רש"י שכתב שכן מנהג השוטים שאינן בושין וכיון שיצאה בזה מגדר הבושה שיש בבני אדם לא גרע מדבר אחד מהדברים שלדעתו ז"ל נחשבת כשוטה גמורה לכל התורה כולה. אך לשיטת המהרי"ט ז"ל אליבא דהרמב"ם ז"ל יש לשאול דבר זה גם לשיטתיה של הרמב"ם ז"ל דסבר דרק בעדות סגי בשאר דברים אבל בגיטין וקידושין מודה הרמב"ם ז"ל דרק ע"י ד' סימנים שבש"ס חגיגה נעשית שוטה ולא בשאר דברים:

והנה לכאור' עוד סבור הייתי לומר דעכ"פ לא משכחת לה אופן שתהא דינה כשוטה לכל עניני תורה דהיינו ע"י ד' סימנים שבש"ס חגיגה או להרמב"ם ע"י אחד מהדברים ותהא יודעת לשמור את גיטה דמסתמ' אי היא שוטה גמורה אין לה בושה כמנהג השוטים ושוב אינה:

יודעת לשמור את גיטה אבל אחרי ההתבוננות נראה דגם זה אינו דהא ע"כ ר' יצחק דאמר ד"ת שוטה מתגרשת מידי דהוה אפקחת בע"כ מיירי בשוטה גמורה שהיא שוטה לכל התורה כולה דאל"ה למה לו למימר מידי דהוה אפקחת בע"כ דמשמע דהיכא דבעינן דעת כמו גבי קידושין לא מהני תיפוק ליה כל זמן שאינה מוחזקת לשוטה גמורה חשובה בת דעת לכל הענינים אלא עכצ"ל דסתם שוטה איירי בכה"ג שמוחזקת היא לשוטה עפ"י סימני שוטה או ע"י ד' סימנים שבש"ס לדעת ר"א אי ע"י דבר מהדברים לשיטת הרמב"ם דבלא זה לא נקראת שוטה ומ"מ פריך הש"ס אילימא ביכולה לשמור את גיטה ואת עצמה מי ינהגו בה מנהג הפקר דמשמע דזולת זה ל"ק כלל א"כ ש"מ דאפילו בשוטה גמורה משכחת לה שתהא יודעת לשמור את גיטה ואת עצמה. וכן נ"ל ממה שראיתי בספר ג"פ בסי' קי"ט סוף ס"ק ל' וז"ל אם יודעת לשמור גיטה ואת עצמה היא מגורשת אפילו מדרבנן עי"ש. ולכאור' מאי קמ"ל פשיטא. אבל לפי האמור טובא קמ"ל דמיירי במוחזקת לשוטה גמורה והיא בחזקת שהיא יכולה לשמור גיטה וא"ע מגורשת שפיר:

ודע דמדקתני במתני' סתם נשתטית לא יוציא וע"ז קאמר ר' יצחק ד"ת שוטה מתגרשת ומוקי לה הש"ס ביכול' לשמור גיטה ואינה יכולה לשמור א"ע משמע דסתם שוטה גמורה לכל ענינים שבתור' לר"א לשיטתי' ולרמב"ם לשיטתי' מ"מ מסתמא היא מתגרשת מה"ת דמן הסתם היא בגדר שהיא יכולה לשמור את גיטה ודוקא אם נתברר שאינה יכולה לשמור את גיטה אז פסול מה"ת אבל מלשון רש"י ז"ל דקאמר שכן מנהג השוטים שאינן בושין לא משמע הכי אלא נראה שכל שהוא מוחזקת לשוטה היא בכלל שאינה יכולה לשמור את גיטה ומגמרא גופא לא משמע הכי וצ"ע בדעתי:

והנה ראיתי להב"י סי' קי"ט שהביא בשם רבינו שמחה משפירא דלא מחזקינן בחזקת שוטה שגירש עד שיראו בה סימני שוטה המפורשים בפ"ק דחגיגה גם הג"פ ס"ק ל' מרמז ע"ז ולא ירדתי לסוף דעתו אי דכוונתי דכ"ז שאין בה סימני שוטה השנויים בפ"ק דחגיגה לא חיישינן שמא אינה יודעת לשמור את גיטה ואת עצמה ואין אנו צריכין לבדוק אחריה אבל אי נתברר שאינה יודעת לשמור את גיטה ואת עצמה אינה מתגרשת וכמו שכתבתי למעלה או כוונתו דבלא אלה סימנין אפילו אי ידעינן שאינה יודעת לשמור את גיטה ואת עצמה שפיר מתגרשת דכ"ז שאינה מוחזקת לשוטה לכל ענינים שבתורה היא בת גירושין ולכאורה זהו מילתא דתמוה טובא דמ"מ הרי היא משלחת וחוזרת ולא הוי שלוחין כלל. ונראה דיש לומר עפ"י מה שכתב הרשב"א ז"ל בחידושיו שם ביבמות דקטנה שיש לה אב אביה מקבל את גיטה משום דכשיש לה אב יכולה להנשא דבעלה

משמרה שלא תהא חוזרת ושלא ינהגו בה מנהג הפקר עיי"ש א"כ ה"ה כשאינה נחשבת לשוטה לענין קידושין משום דלית בה הני סימנין המנויין בפ"ק דחגיגה הלא היא יכולה לקבל קידושין ולהנשא ובעלה משמרה שלא תהא חוזרת ושלא ינהגו בה מנהג הפקר: ולפי מה שנתבאר עלה על לבי דבר חדש דנהי דמצד הדין כשהיא יכולה לשמור גיטה ואת עצמה שפיר מתגרשת מ"מ בזה"ז דאיכא חרם דרגמ"ה זצ"ל שלא לגרש שום אשה בע"כ א"כ אם היא שוטה אע"פ שיכולה לשמור גיטה וא"ע מ"מ הוי כמו בע"כ דהא אמר ר"י מידי דהוי אפקחת בע"כ וכיון דפקחת אינה מתגרשת בע"כ בזה"ז ה"ה שוטה דלא כמו שהבאתי למעלה בשם הג"פ וצ"ע:

ועתה אבוא נא על דבר אשר נתעברה בימי שטותה והבעל לא הי' דר עמה כלל ורק ברחוב אחרת וטוען שלא ממנו נתעברה וקרובי האשה טוענים שמא ממנו וכת"ה הביא מתשובת כנסת יחזקאל סי' ע"ה שהובא בפ"ת שכתב דאפילו להראב"ד ז"ל שסובר דפיתוי קטנה הוי אונס מודה דפיתוי שוטה חשוב רצון והפ"ת הביא להקת גדולי אחרונים שחולקין על הכנס"י אלא אדרבה דפיתוי שוטה חשיב אונס יותר מפיתוי קטנה:

והנה ראיתי שגם בספר הפלאה כתובות דף ט' בתוס' ד"ה אי כתב בפשיטות דפיתוי שוטה חשיב אונס וגם ראיתי שהישוי"ע אה"ע סי' קע"ח האריך בזה דחשיב אונס יעו"ש והנה לכאורה עלה על לבי דיש להביא ראיה להכנס"י מכתובות דף נ"א ע"ב דאמר אבוה דשמואל אשת ישראל שנאנסה אסורה חיישינן שמא תחילתה באונס וסופה ברצון ופריך הגמרא אלא אונס דשרי רחמנא היכי משכחת לה ומשני כגון שצוחה מתחלה ועד סוף עיי"ש ואי נימא דפיתוי שוטה חשיב אונס הא משכחת בעתים שוטה ועתים חלומה והקינוי הי' כשהיתה חלומה ואנס אותה בעת שטותה בשלמא בקטנה אפשר לאוקמי דאין קינוי לקטנה אבל בשוטה שפיר משכחת לה וכנ"ל אלא מוכח דפיתוי שוטה חשוב רצון וכדעת הכנס"י. והיה בדעתי לומר דלפי הס"ד דגם כשצוחה מתחלה ועד סוף נמי אסורה לאבוה דשמואל וע"כ מטעם דחיישינן שמא נתרצה בנתיים רגע אחת אע"פ שזהו חששא רחוקא א"כ שוטה חיישינן ג"כ שמא יש כאן קצת רצון אבל לפ"מ דמשני דכשצוחה מתחלה ועד סוף מותרת דכולי האי לא חיישינן גם שוטה נמי מותרת דחשבינן לה לאונס ולא חיישינן כולי האי אבל זהו קצת דוחק:

את אשר אנכי אחזה בזה די"ל בדבר זה אי פיתוי קטנה חשיב אונס או רצון דפליגי הרמב"ם והראב"ד תליא בפלוגתת אבוה דשמואל ורבא דהנה רבא פליג התם באבוה דשמואל וסבר דתחלה באונס וסופה ברצון מותרת לבעלה מ"ט דאמרינן יצר אלבשה

חזינן דס"ל דגם בגדולה שהיא בת דעת ויכולה לעמוד נגד יצרה היינו רק בתחלתה אבל בסוף היא נתפתית ע"י היצר ונתרצה לזה שאין דעתה כ"כ חזקה בכח לעמוד נגד היצר כשהוא בתוקפו זה הפיתוי נחשב לאונס ולא נאסרה ע"י פיתוי זה א"כ ה"ה בקטנה שדעתה חלושה ואין בכח דעתה לעמור נגד הפיתוי חשיב ג"כ הפיתוי לאונס אבל לאבוה דשמואל דלא סבירא ליה כלל האי סברא דיצר אלבשה א"כ י"ל דגבי קטנה נמי לא אמרינן דהפתוי חשיב אונס וזה סברא נכונה לפענ"ד. ומעתה שפיר ניחא דלאבוה דשמואל שפיר פריך הש"ס דלדידיה פיתוי קטנה וכמו כן פיתוי שיטה לא חשיב אונס אבל לדידן דקי"ל כרבא י"ל דפיתוי קטנה חשיב אונס וכמו כן פיתוי שוטה. וארווחנא בזה לישב שיטת הרמב"ם ז"ל דפיתוי קטנה חשוב רצון ותמה המ"ל מש"ס מפורשת יבמות דף ס"א דקאמר התם כהן לא ישא את הקטנה ומסיק הטעם שמא תתפתה עליו ופריך הש"ס א"ה ישראל נמי ומשני רבא פתוי קטנה אונס הוא ואונס בישראל משרא שרי הרי בהדיא דלא כהרמב"ם ולפי הנ"ל דרבא לשיטתיה דפיתוי קטנה אונס הוא דאמרינן יצר אלבשה אבל לאבוה דשמואל דלא ס"ל הך סברא דיצר אלבשה חשיב נמי פתוי קטנה רצון אלא דבזה אכתי לא ניחא שיטת הרמב"ם דהא איהו כתב בפ' כ"ד מהל' אישות כרבא דתחלתה באונס וסופה ברצון מותרת. אך כראה שיש לחלק בין רבא למה שפסק הרמב"ם דהתם בכתובות איתא תניא כוותיה דרבא והיא לא נתפשה אסורה ויש לך אחרת שאע"פ שלא נתפשה מותרת ואיזו הוא כל שמתחלתה באונס וסופה ברצון ועיין בתוספות יבמות דף נ"ו ע"ב ד"ה ואינו דרבא דאמר הטעם דיצר אלבשה לא קרא להכי דמצד הסברא ידעינן הכי ולפ"ז י"ל דהרמב"ם ס"ל דתחלתה באונס וסופה ברצון מותרת משום דמרבינן מקרא כתנא דברייתא וכיון דילפינן מקרא בעינן דוקא תחלתה באונס אבל קטנה לא מרבינן מהאי קרא ומצד הסברא לא חשיב אונס ודוקא לרבא: דאלים האי סברא דיצר אלבשה דחשיב אונס דלא בעינן כלל קרא לזה ה"ה בפיתוי קטנה נמי אמרינן הכי אבל לרמב"ם דאיצטריך קרא להכי שפיר יש לחלק בין תחלתה באונס ובין קטנה שנתפתתה ודו"ק:

אך באמת אני עומד ומשתומם דאיך אפשר כלל לומר דפיתוי שוטה הוי רצון ונאסרה על בעלה דאיך נפרנס לפי זה ש"ס מפורשת בפרק ה' דסוטה דף כ"ח ע"ב ספק כודאי מסוטה ילפינן לה מה סוטה רה"י אף שרץ רה"י ומה סוטה דבר שיש בו דעת לשאול אף שרץ דבר שיש בו דעת לשאול ופי' רש"י שיש בו דעת לשאול אם נטמאה אם לא ע"ש וזה כלל גדול בכמה מקומות בש"ס ואי נימא דשוטה נאסרה הא שפיר משכחת לה בעתים שוטה ועתים חלומה ובשעת הקינוי ובשעת השקאה היא חלומה רק בשעת הסתירה

היתה שוטה א"כ משכחת לה שפיר דמיירי הקרא נמי בסוטה שאין בה דעת לשאול כיון דבשעת הסתרה היתה שוטה הלא אין בה דעת ודוחק לומר כיון דבשעת השקאה יש בה דעת דשוטה לאו בת השבעה היא ואין משביעין אותה מקרי דבר שיש בו דעת לישאול דלפענ"ד זה אינו שעיקר קאי על שעת סתירה דע"י סתירה היא נאסרה על בעלה והסתירה היא הטומאה ובפרט לפי מה שהעליתי בספרי מצפה אריה סימן מ"ה דכל שידעינן שבוודאי אינה יודעת להשיב דבר ברור ואין לנו מה לשאול אחרי דידעינן דלא נוציא מזה דבר ברור והדבר ישאר בספק חשוב דבר שאין בו דעת לשאול וכן כתבתי בהגהת מלחמת אריה לספר של מו"ח זצ"ל שו"ת ברכת רצה סי' כ"ו ע"ש וא"כ ה"נ אי היתה שוטה בשעת סתירה ולא היה בה דעת גם אחר שתשתפה אין לנו מה לשאלה חשוב גם עתה כמי שאין בה דעת לשאול אחרי שלא על פיה אנו חיין ומה שמשיבה עכשיו בשעת חלומתה על מה שעשתה מקודם לא מעלה ולא מורידין אלא מוכח דפיתוי שוטה בוודאי חשוב אונס לכו"ע אפילו לדעת הרמב"ם דפתוי קטנה חשוב רצון ואין עת בידי לחפש באחרונים אם כבר דברו מזה אבל לדעתי זהו ראיה ברורה מאוד:

והנה ראיתי עוד במכתבו שכתב דבנ"ד ממ"נ יש להתיר להבעל לישא אשה על אשתו דאם היא בכלל שיכולה לשמור גיטה ה"ה חשובה כרצון על הזנות ונאסרה על בעלה ושוב אין בזה חרם דרגמ"ה ואם אנו דנין אותה כדין שוטה על זנותה דנחשב אותה כאנוסה א"כ הרי הוא בכלל נשתטית דלא גזר רגמ"ה יפה כתב לפי מ"ש שם במכתבו דהבעל מהימן לומר שלא ממנו נתעברה מטעם דהוא טוען ברי והקרובים של האשה טוענים רק שמא ממנו נתעבר' ועוד אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינין ומסתמא הוא טוען אמת זהו ה"ד אבל באמת זה אינו ברור דהבעל מהימן לומר שאשתו זינתה בזה"ז דאיכא חרם דרגמ"ה שהרי מבואר ברמ"א אה"ע סי' קע"ח דבזה"ז אינו מהימן לומר שהוא מאמין לדברי העד שאומר על אשתו שזינתה אע"פ שמצד הדין מהימן מ"מ בזה"ז דאיכא חרם דרגמ"ה ז"ל אינו מהימן א"כ ה"ה בכה"ג היכי שאומר שלא ממנו נתעבר' כונו בנ"ד:

שוב ראיתי שכבר עמדו על מדוכה זו שני גדולי הדור במאה הקודמת בשו"ת נודע ביהוד' מהד"ת אה"ע סי' מ"א שהביא תשובת הגאון ר' טעבל דאינו מהימן ג"כ לומר שראה בעצמו ששתו זינתה. דאל"כ בטלת חרם דרגמ"ה שכל אחד יטעון כך והנו"ב מפקפק בדבר מטעמו ונימוקו דאם יודע הבעל בעצמו שהוא משקר הרי הוא עובר על חרם דרגמ"ה. ולפענ"ד אין סברתו מכוונת שהרי חזינן דיותר אדם חושש על עבירות שבגלוי מעל עבירות שבסתר ואפילו בימי התנאים הראשונים מצינו שאמר ר' יוחנן

בן זכאי לתלמידיו הלואי שיהא מורא שמים עליכם כמורא בשר ודם עיין ברכות דף כ"ח ע"ב וכבר אמרו חכז"ל אם ראשונים כבני אדם אנו כחמורים וגם יש עוד נפקותא רבתא בין היכי שאמר הבעל שראה בעצמו ששאתו זינתה ברצונ' ממה שאומר שלא ממנו נתעבר' שהרי אפשר שבאונס נבעל' ונתעבר' א"כ יש כאן ס"ס שמא כדעת הגאון ר' טעבל דבזה"ז אין הבעל מהימן ואפי' אם נימא דמהימן שמא באונס הי' ובפרט באשה כזו שעכ"פ עתה משובשת קצת עד ששכבה על אשפתות בלי לבוש שכיחי פריצי לגבה וקרוב הדבר שנאנס':

אמנם לדינא אחר כל אלה נלפענ"ד שיש להסכים להיתרא דהך גברא דעכ"פ איכא טעם נכון ומבורר להתיר אחרי שבהתקנ' נאמרה דע"י טעם מבורר יש להתיר ע"י מאה רבנים מג' מלכיות דוקא אבל לא אוכל הסכים על ג' מדינות מחמת כי מו"ח ז"ל הקפיד על זה מאוד כמו שמבואר בברכת רצה סי' י' וסי' ק"ט שעמד על לשון התקנ' המובא בתשובת מהר"ם מרוטנברג שמפורש יוצא כגון אוניאה לאמבארדי' וצרפת דהני ג' מלכיות נינהו ובדבר השלשת הכתוב' הנני במבוכ' רבא כי מו"ח ז"ל לא נמנה להתיר בנשתטית בשום אופן בלי השלשת כתובת' ולא רצה לסמוך ע"י שהקילו האחרונים למכור הכתוב' בטו"ה אך מה אעשה שכבר נהגו רבנים האחרונים כך בכל תפוצות ישראל וכאן יש עוד מקום להקל קצת עכ"פ מחמת הזנות אע"פ שדבר זה רחוק מאוד עכ"פ הנני סומך בזה על שאר רבנים וביחוד על מעכת"ה וד' יברך את עמו בשלום ויסיר מאתנו כל מחלה ונגע לא יקרב באהלינו ידידו:

סימן כא

אל כבוד הרב הה"ג כו' מוה' שמעון שפירא מו"ץ בק"ק ראדאוויץ:

ע"ד שאלתו שאלת חכם בעובדא שאירע בקהילתו שיבמה אחת נפלה לפני ד' אחים ועשאו האחים כתב ביניהם שמה שיקח האח הגדול איזה סך מתיבמ' בעד החליצ' יחלקו בשוה והאחים הצעירים קבלו באו"ש בשני עולמות שהמה לא יתנו חליצ' להיבמ' רק גדול האחים יחלוץ כד"ת ואח"כ עבר אחד מהאחים הצעיר שבהם על השבוע' ונסע למקום אחר היינו לק"ק גרידינג והב"ד דשם לא ידעו מזה וחלץ להיבמה כד"ת. ועתה דעת כ"ת שיש לפסול החליצ' מחמת השבוע' שעבר לפי מה דאיתא בחו"מ סי' ר"ח בהגה"ה דמקח שנעש' באיסור כגון שנשבע שלא למכור המכיר' בטלה דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ומ"ש התוס' בתמור' דף ה' ע"א דגט לא בטל בכה"ג שנעש' באיסור משום דאיתקש גירושין למיתה ל"ש בחליצ'. זהו יסוד דברי כ"ת וענותנותו תרבני לידע חוות דעתי העניה בזה וזה החלי בעזר הצור ית': הנה ראשית כל

דבר עלה על לבי דיש לחקור אם השבוע' חלה כלל כיון דמצד הדין מצוה בגדול ואין האח הקטן רשאי לחלוץ וכשנשבע שלא יחלוץ יש לחשוב כנשבע לקיים את המצוה ואנן קי"ל דאין שבוע' חל דבר מצוה לא לקיים ולא לבטל ומהאי טעמא פסקינן באה"ע סי' קס"ב סעיף ג' דכשנשבע גדול האחים לא לחלוץ ולא לייבם כופין אותו ולא לקטן והוא מתשובת ריב"ש והטעם משום דהוה שבוע' לבטל את המצוה ולפ"ז יש מקום לומר דקטן כשנשבע שלא לחלוץ חשיב כנשבע לקיים את המצוה דכ"ז שהגדול רוצה לחלוץ מצוה בגדול והקטן אינו רשאי לחלוץ אכן מדנקט דוקא גדול מוכח דקטן שנשבע שלא לייבם ולא לחלוץ חלה השבוע' אפילו במקום שהגדול רוצה לייבם או לחלוץ אמנם יש לומר דכיון שאם יאמר הגדול איני רוצה לייבם ולא לחלוץ הולכין אצל קטן והבריר' ביד הקטן לייבם או לחלוץ ואם אינו רוצה חוזרין אצל גדול:

למכפי' כמבואר בש"ס ופוסקים שפיר יש לומר דחלה השבוע' כיון דמשכחת לה אופן שיהי' דבר הרשות ולא דבר מצוה אבל מ"מ יש צד אחד לומר דהשתא שהגדול אומר שרוצה לחלוץ ואין הקטן רשאי לחלוץ אין השבוע' שנשבע הקטן שלא לחלוץ יכול' לחול דהוי כנשבע לקיים את המצוה ולפום ריהטא אמרתי להביא ראיה מש"ס דמכות ט"ו א' מהא דאיתא התם גבי אונס שגירש דמשכחת לה ביטלו כגון דאדרה ברבים. ולכאור' אמאי לא קאמר הגמרא דמשכחת לה שנשבע שלא יחזירנה כי כן דרך הש"ס יותר כמו להלן שם דף כ"ב ולחשוב שבועה שלא אחרוש כו' ע"ש וצ"ל דשבוע' אינו חל לבטל דבר מצוה והא גבי אונס נמי אי אמרה האשה לא בעינא ליכא לעשה כלל ומ"מ לא חל שבועה כ"ז דאינה אומרת לא בעינא לי'. אמנם כד דייקת בה לא דמי כלל חדא דמסתמא הית' כונתו כשתרצ' היא להנשא לו דבלי הסכמת' בלא"ה אין האשה מתקדשת אלא מדעתה. ועוד דהתם אפילו כשאמר' לא בעינא לא נסתלק העשה דולו תהיה לאשה אלא כל רגע ורגע יש בדעתה לחזור ולומר בעינא ליה ושוב איכא עשה דלו תהיה לאשה:

ומתחלה עלה בדעתי להסתפק בזה עד שראיתי שכן איתא בירושלמי והובא בר"ן סוף פרק ג' דכתובות דגרסינן התם גבי באו עליה עשרה בני אדם ועדיין הוא בתולה דמודה רבי לענין קנס דכולהו משלמי בררה לה אחד מהן נפטרו כולם אמרה אי אפשי בוררת וחוזרת ובוררת ע"ש ומסתברא דה"ה במוציא שם רע והיא אמרה לא בעינא ליה לא נפטר עדיין לגמרי אלא כשחוזרת ואומרת בעינא ליה מצוה ליקח אותה. וכן מוכח נמי מהש"ס דמכות הנ"ל להס"ד דהש"ס דאמר אילימא דאינסבא איהי קא מבטלה לי' ע"ש ומדלא קאמר אילימא דאמרה לא בעינא ליה איהי קא מבטל' ליה ש"מ דבאמרה לא בעינא

עדיין לא נתבטל' העשה כלל דיכול' לחזור ולומר בעינא ליה וז"ב ומשו"ה כשנשבע שלא יחזירנ' אינו חלה השבוע' אבל כשהגדול אומר שאינו רוצה לחלוץ הולכין אצל קטן לייבם או לחלוץ י"ל דגם באופן שהגדול רוצה לחלוץ חל' שבועתו שנשבע שלא לחלוץ ולא חשוב נשבע לקיים את המצוה דגבי קטן הוי רשות:

אך מ"מ נרא' לי דדברי הריב"ש שכתב גדול שנשבע כו' שמשמע דקטן שנשבע שלא לחלוץ ושלא לייבם חלה השבוע' זהו דוקא לדעת הי"א בסי' קס"ה דמצות חליצה קודמת אבל לדעת האומרים דמצות יבום קודמת כשנשבע הקטן שלא לחלוץ חשוב נשבע לקיים את המצוה דאם גדול האחים רוצה לייבם בודאי אין הקטן רשאי ליתן לה חליצה להפקיע מצות יבום וחשוב נשבע לקיים את המצוה ולא חל' השבוע'. והנה ביו"ד סי' רל"ט סעיף ז' פסק המחבר הנשבע לחלוץ ליבמתו אין זה נשבע לבטל את המצוה דבדידי' תלה רחמנא אי ניחא ליה לייבם אי ניחא ליה לחלון והוא מתשובת הרא"ש כלל י"א ונ"ל דזהו דוקא בדליכא אח זולתו שרצונו לייבם אבל בדאיכא אחד מן האחים שרצונו לייבם אין השבוע' חלה דבחליצתו הוא מבטל מצות יבום לדעת הפוסקים דמצות יבום קודמת לחליצה וכנ"ל:

אמנם לא אכחד דקשה לומר דאם קדם קטן ויבם או חלץ דחשוב עבירה לומר דלא חלה שבועה ע"ז דלא מצינו במי שחטף מצוה השייך לחבירו לקיים שיהא מקרי עבירה אלא דצריך לשלם קנס כמו שמבואר בחו"מ סי' שפ"ב ומי שהיה לו בן למול וקדם אחר ומלו חייב ליתן להאב יו"ד זהובים עיין בהגה"ה אבל מ"מ לא מצינו שיהא נקרא משום זה עבריין דגרם לבטל מהאב מצות עשה שהאב מחוייב למול את בנו וכן במצות יבום שמצוה בגדול מ"מ אם קדם הקטן ויבם לא מקרי עבירה בידו וכן מוכח מש"ס דביצה שהבאתי בספרי מצפה אריה סי' ט"ז דמוקי הש"ס הא דתנן התם ואלו משום רשות לא חולצין ולא מייבמין אי הגדול אינו רוצה לייבם הא מצוה בקטן לייבם דהא קי"ל דיבום של קטן עדיף מחליצת גדול והאיך חשוב רשות ואי דגדול רוצה לייבם הא מצוה בגדול ואין הקטן רשאי לייבם ולא הוה רשות אלא עבירה והש"מ כתב התם דבעבירה לא מיירי מתניתין עיין בספרי שם שפלפלתי בזה אבל כעת נ"ל בפשיטות דמוכח מהסוגיא דגם כשהגדול רוצה לייבם אף דמצוה בגדול חשוב אצל הקטן רשות אף דלא שפיר עביד מ"מ עבירה אין כאן וכ"ש דלא שייך לומר בזה דחשוב דבר מצוה לגבי שבועה דלא חלה לבטל או לקיים אלא השבועה חל' בכל גווני:

ועתה נחזור נא למה שעלה על דעת כ"ת לפסול החליצה מחמת השבועה דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני לדעת הסוברים דמקח שנעשה באיסור המקח בטל

דלא מהני הנה הסמ"ע בס' ר"ח הביא בשם המרדכי דאם נשבע שלא למכור ועבר ומכר המקח בטל כיון דעבר אמימרא דרחמנא והסמ"ע האריך לתמוה ממ"ש התוס' בתמורה דבאיסור שבדה מלבו מודה רבא דאי עבר ועביד מהני וכתב שגם המהרשד"ם דחה דעת המרדכי מהתוס' הנ"ל: ואת אשר אנכי אחזה בישוב דעת המרדכי דהנה לכאור' יש להעיר איך שייך לומר בעובר על השבועה דלא מהני הא אי אמרינן דלא מהני אין באפשרות כלל לעבור על השבועה כגון שנשבע שלא לגרש ודאי היה כונת השבוע' שלא יגרש בגט כשר שתהא האשה מותרת לעלמא ע"י גט זה אבל לא היה בדעתו שלא יתן לה חספא בעלמא ואם נימא דע"י השבוע' אי אפשר שיהא הגט כשר להתירה לעלמא שוב לא משכחת לה שיהא עובר על שבועתו וזה בזה תליא דאם הגט פסול הא לא עבר על השבוע' ולא דמי לשאר איסורין דסבר רבא דאע"ג דלא מהני מ"מ חייב משום דעבר אמימרא דרחמנא דהתם כך הוא גזירת הכתוב דאע"ג דלא מהני מצד חק התורה מ"מ הוא חייב מלקות על דעבר על מימרא דרחמנא אבל השבוע' דעצם הדבר אינו מתועב לפני המקום אלא שאסר על עצמו ודעתו היה דוקא באופן שיהא דבר של קיימא ואם הדבר נתבטל ולא מהני ע"ז האופן לא נשבע כלל ולמה יתחייב מלקות על שעבר על השבועה ואם נימא דבאמת פטור ממלקות דלא עבר כלל על השבוע' כעין זה לא חשוב שבועת בטוי דלא מצינו שבועת בטוי אלא באופן שיהא בידו לקיים את דבריו או לעבור על שבועתו אבל כל שאין בידו לעבור אין זה שבועת בטוי ודמי לנשבע לבטל את המצוה לא הוי שבועת בטוי אלא מלקין אותו משום שבועת שוא כמבואר בש"ס ופוסקים ונ"ל דזהו כונת התוס' דבאיסור שבדה מלבו לא אמרינן אי עביד לא מהני. ומעתה יש לתרץ דעת המרדכי דגם הוא סבירא ליה דגבי גט שנעשה באיסור לא שייך לומר דאי עביד ל"מ כיון שהאיסור הוא שבדה מלבו ואי לא מהני שוב ליכא איסור והוא דבר והיפוכו לכן אמרינן דמהני אבל במקח שנעשה באיסור נהי נמי דאמרינן דלא מהני היינו שיכול לחזור מהמקח ולא יקיים ואז יהא פטור מהשבוע' ממילא אבל מ"מ כשיקיים את המקח ויהב להקונ' את החפץ שפיר קנה. דוגמא לזה אמרינן בש"ס ב"ק דף ע' ע"ב דאמר רבא אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו אע"פ כי אתא לקמן לדינא לא אמרינן ליה זיל הב לה כי יהיב לה הוה אתנן הרי אע"ג דלא מהני השוואתו ואם רוצה הי' בידו לחזור מ"מ כאשר אינו רוצה לחזור ונותן לה הוה אתנן וכן אמרינן באומר עקוץ תאינה מתאינתי ותקני לי גניבתיך דאע"ג דיכול לחזור מ"מ כי יהיב לי' ואינו חוזר הוה מכירה גמורה ע"ש ולא שייך בכה"ג לומר דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי:

עביד לא מהני הכא נמי אפילו אי נימא דלא מהני מ"מ אי יהיב ליה קנה הלוקח והמוכר עבר על השבועה וחייב מלקות לכן שפיר כתב המרדכי דהמקח בטל דלא מהכי ומ"מ מוד' המרדכי שאם לא רצה לבטל המקח ונתן להלוקח החפץ דקני הלוקח והוא חייב מלקות על שעבר על שבועתו כן נ"ל ברור ודו"ק:

ודרך אגב הנני להציג בזה מה שכתבתי על הגליון חו"מ סי' ר"ח להשיג על הש"ך שכתב שם דמקח שנעשה באיסור מדאורייתא הוה מכיר' ומדרבנן לא הוה מכיר' וז"ל ותמוה לי הא שם בעקוץ תאנה בשבת מיירי דהוא איסור מדאורייתא וגם הא דאי עביד לא מהני ג"כ הוה מדאורייתא ע"ש ושותא דמרן לא ידענא נהי דעקיצת תאנה הוה דאורייתא מ"מ הקנין בשבת לא הוה אלא איסור דרבנן ולהכי גם מטעם דאי עביד לא מהני ג"כ לא מהני הקנין מדרבנן אבל מה"ת מהני דהא לא עביד איסור דאורייתא ומשו"ה חייב בד' וה' אבל היכא דהקנין הוא איסור מה"ת כגון שנשבע שלא למכור באמת בטל הקנין מדאורייתא משום דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וכ"ז פשוט לפענ"ד וברור:

וע"ד מה שכתב כ"ת לפמ"ש התוס' בתמורה דבגט לכו"ע לא אמרינן דלא מהני משום דאיתקש גירושין למיתה וזה הטעם ליכא בחליצה א"כ צריך להיות דלא מהני בחליצה היכא דעבר אמימרא דרחמנא הנה מלבד דלא מסתבר למימר הכי אלא יש להביא ראיה נגד זה מקדושין דף י"ד ע"א דאמרינן מיתת היבם מנ"ל ומשני מה א"א שהיא בחנק מיתת הבעל מתיר יבמה שהיא בלאו לא כ"ש ושוב פריך מה לא"א שכן יוצאת בגט תאמר בזו שאינה יוצאת בגט ומשני הא נמי יוצאת בחליצה ומשמע דדמי לגט בכל גווני והנה כ"ת כתב עוד דלפמ"ש הרא"ש ז"ל בתשובותיו הובא בט"ז יו"ד סי' רכ"ח וחו"מ סי' ר"ל בש"ך שם דענינים שאפשר לבטלן כמו חרמים מוד' רבא דמהני והנה פירוש דבריו דאפשר לבטלן נראה לכ"ת שיש להתיר אותן ע"י התרת חכם ולפ"ז דעת כ"ת דבע"ד רבים דקי"ל דאין לו התרה שוב אמרינן הך כללא לרבא דאי עביד לא מהני הנה ראיתי שכן כתב הנו"ב מהדו"ת חלק אה"ע סי' קכ"ט ולענ"ד יש להקשות ע"ז מש"ס דקידושין הנ"ל דאמרינן מה לא"א שכן יוצאה בגט ואי כחידושו של הנו"ב יקשה הא גם כשנשבע שלא לגרש ע"ד רבים דאינה יוצאת בגט מ"מ יוצאת במיתת הבעל:

אמנם יש לבע"ד לומר דמנ"ל דבכה"ג מיתת הבעל מתיר דלמא כיון דמה דמיתת הבעל מתיר הוא משום דאיתקש לגרושין כדאיתא התם בש"ס קידושין כל היכא דגט מתיר מיתת הבעל מתיר וכל היכא דגט אינו מתיר גם מיתת הבעל אינו מתיר ובאמת דבר זה לכאורה יש להקשות גם אתירוצם של התוס' שכתבו דאונס שגירש מהני משום דאיתקש

למיתה אמאי לא נימא לאידך גיסא כיון דאונס שגירש הגט אינו מתיר לעלמא גם מיתת הבעל אינו מתיר אך זה ליתא דגם באונס שגירש מדעתה גם הגט מתיר ורק שלא מדעתה י"ל דלא מהני וממילא במיתת הבעל דל"ש לחלק בין מדעתה לשלא מדעתה מתיר בכל גווני וממילא אמרינן דאיתקש גירושין למיתה דגם הגט מתיר גם שלא מדעתה אבל נשבע ע"ד רבים אי נימא דאין הגט מתיר בשום גווני יש מקום לומר דאיתקש מיתה לגירושין ובמקום שאין הגט מתירה גם מיתתו אינה מתירה: והנה בעובדא דידן אם נימא כדעת הנו"ב וכפי מה שרצה כ"ת לומר בפירוש הרא"ש דכל שאין התרה לשבועתו גם להתוס' אמרינן דאי עביד לא מהני אנא אמינא דגם אי לא היה נשבע ע"ד חבירו ולטובת חבירו היינו ע"ד אחיו ג"כ לא מהני דנהי נמי דקודם שעבר על השבועה היה מהני התרה מ"מ עכשיו שעבר על שבועתו אין התרה לשבועתו כמבואר בש"ס דשבועות דף כ"ח ע"א דפליגי רבא ואמימר בשבועה שלא אוכל ככר זה ואכלה כולה דרבא סבר דאין נשאלין עליה ואמימר סבר דנשאלין עליה אי בשוגג מחוסר קרבן ואי במזיד מחוסר מלקות ועיין בדגול מרבבה סי' רל"ח דהיכא דליכא לא קרבן ולא מלקות כגון במזיד ולא התרו בו גם לאמימר אין נשאלין עליה ליכא התרה אחר שעבר על השבועה א"כ בזמן הזה דליכא לא קרבן ולא מלקות צריך להיות דאחר שעבר על השבועה שוב אין נשאלין עליה ובאמת יש לעורר מזה על הש"ך ביו"ד סי' ר"ל שכתב שם על מ"ש בהגה"ה בנשבע שלא למכור חפץ פלוני ועבר ומכר דאין במכירתו כלום שמדברי הרא"ש הנ"ל נראה שחולק ע"ז דתקנה שאפשר לבטל מוד' רבא דמהני ולפי החמור לא דמי דהכא א"א לבטל כיון שכבר עבר ותו אין נשאלין עליה ואם באנו לומר דאי נימא דאין נשאלין עליה המכיר' בטלה דהא תו אי אפשר לבטל וממילא לא עבר על השבועה כלל ושוב יש לו התרה וזה בזה תליא דזה דוחק דכל כה"ג אזלינן לחומרא כמו שכתבו התוס' בב"מ דף ל' ע"א ד"ה אף עובר שכתבו וא"ת עלה עליה זכר אמאי פסולה הא ודאי לא ניחא לי להפסיל פרה שדמיה יקרים בשביל דבר מועט וי"ל דאם היתה כשרה הוה ניחא ליה לכן אין להכשיר ע"ש הכא נמי אם תאמר דמכירתו הוה מכירה שוב אין אפשר לשבועה לבטלה ואם אין אפשר לבטלה תו לא מהני המכירה ודו"ק:

אמנם לפענ"ד אי אפשר כלל לפרש כונת הרא"ש על דרך זה שכתב הנו"ב וגם כ"ת אחז דרך זה דא"כ מה פריך הש"ס מאונס שגירש הא התם בודאי אפשר לבטל האיסור ע"י שתאמר האשה לא בעינא לי' ומה לי התרת חכם ומה לי אמירת האשה לא בעינא לי' ולכאור' היה מקום לומר לחלק דחכם עוקר הנדר מעיקרו אבל מה שתאמר האשה לא בעינא לי' יתבטל האיסור רק מכאן ולהבא ואין כאן תו ביטול העשה אבל מ"מ אין נעקר

האיסור מעיקרא אבל המעיין בתשובת הרא"ש יראה שכתב בזה"ל דהתם פליגי במצות שאי אפשר לבטלן כו' אבל התקנה שאפשר לשנותה ולבטלה וגם אפשר לבטל החרם בהא מודה רבא דמהני מאי דעבד ועוד חכם עוקר הנדר מעיקרו וכשיתירו את החרם כאלו לא הי' חרם מעולם כו' ע"ש הרי נראה מלשונו דגם היכא דאפשר לשנותו לחודא סגי א"כ קשה לי אונס וכנ"ל ע"כ אמינא דכונת הרא"ש היא שהוא איסור שבדה ותלה בדעת האדם אם לנדור או לחדול וכמ"ש התוס' שם בתמורה ואח"כ כתב ועוד שחכם עוקר הנדר מעיקרא כו' וז"ב:

אחרי כותבי כל זה ראיתי להרשב"א בחידושיו לקדושין דף כ' ע"ב בהא דאיתא אי אמרת אינו נגאל לחצאין הנך מאה פקדון נינהו שכתב תמוה לי איך הוה פקדון הא איהו לפרעון קבלינהו כו' ואפילו תימא שאסור לגאול לחצאין כמו שאסור לגאול תוך ב' שנים כו' אפ"ה אי עבר וקיבל קיבל ואפריק ועוד דבתוך שני שנים איכא עשה משום דכתיב במספר שני תבואות ובעינן שנים מקנה וליכא אבל הכא לא אשכחן ע"ש מבואר דדעתו דמקח שנעשה באיסור מהני ומ"מ כראה דיש קצת מקום להסתפק בזה הנראה לפענ"ד כתבתי שאין לפסול החליצה בדיעבד וד' יצילני משגיאות:

סימן כב

כבוד ידידי הרב הגאון החריף ובקי המפורסם כש"ת מו"ה אברהם מענדל שטיינבערג האבד"ק סנאטין נ"י וכעת אבד"ק בראד:

את מכתבו של כת"ה עם תשובתו הרמתה אשר שלח ידו בדבר החליצה קבלתי לנכון והנני למלאות את:

הבטחתי להשיב את חוות דעתי העני' בענין הלז והנה זה יותר משני שבועות אשר כתבתי תשובה בזה להרב המו"ץ דק' ראדיוואץ נ"י והנני שולח לוטה בזה העתק כאשר עיני כת"ה לנוכח יביטו אשר גם לפענ"ד האשה הנ"ל היא מותרת לעלמא ע"י החליצ' שנסדר בק' גריידינג מחמת הטעמים שבארתי שם. והנה מ"ש כת"ה להביא ראי' דחליצ' דמי לגט דלפמ"ש התוס' דבגט ל"א דאי על"מ משום דאיתקש למיתה ה"ה בחליצ' כן כמו דמשמע בקידושין דף י"ד גם אנכי הערותי מזה ואחרי כי כבר אמרו אין ביהמ"ד בלא חידוש הנני בזה להוסיף להעיר על דברי התוס' שכתבו דכמו דאיתקש מיתה לגירושין ה"ה דאיתקש גט למית' דלמה פשיטא להו להתוס' דבאונס מיתה מתרת דלמא לעולם גם מיתת הבעל נמי אינו מתיר כלל באונס דכיון דהא דמיתת הבעל מתיר הוא משום דאיתקש מיתה לגרושין א"כ כל היכי דגט אינו מתיר כמו באונס הי' צריך להיות דגם מיתת הבעל אינו מתיר ומהיכן פשיטא להו להתוס' דמיתת הבעל מתיר גם באונס דנילף

מזה דגט נמי מתיר וכבר הערותי בזה בתשובתי להרב הנ"ל וכתבתי דזה ליתא כיון דגם באונס מצי לגרש מדעתה ובמית' לא שייך לחלק בין מדעתה לבין שלא מדעתה אכן עתה התבוננתי דעדיין יש להקשות לב"ש דס"ל בסוף גיטין דף צ' דלא יגרש אדם את אשתו אלא א"כ מלא בה ערות דבר וקא מיבעי' לי' להש"ס עבר וגירש מהו כו' ומשמע פשטא דסוגיא דגם מדעתה ס"ל לב"ש דלא לגרש ואף דהפ"י כתב דב"ש לא אמרי אלא שלא מדעתה הא מהירושלמי שהביאו התוס' דפריך ממחזיר גרושתו מוכח דס"ל להירושלמי אליבא דב"ש דאין לגרש בשום פנים בלי ערות דבר וגם אם עבר וגירש לא מהני דאל"ה איך פריך ממחזיר גרושתו ולפ"ז יש מקום להקשות דמנ"ל לב"ש דמיתה מתרת בלי ערות דבר כיון דגט אינו מתיר וזהו דבר שראוי לעורר עליו ואין לומר דהירושלמי לא יליף דאיתקש מיתה לגרושין דא"כ קשה מנ"ל דבאונס הגט מתיר לעלמא אם עבר וגירש:

ונראה די"ל על דרך הפלפול עפ"י מה שאמרתי בעת למודי בסוגיא דקידושין דף י"ג ע"ב דאמרינן התם מדאסר רחמנא אלמנה לכ"ג מכלל דלכהן הדיוט שרי ולכאור' יש לדקדק למה לא קאמר מכלל דלכו"ע שרי כמו דקאמר הכי בכולא סוגיא ולמה שינה הש"ס הלשון ונקט הכא מכלל דלכהן הדיוט שרי ואמרתי ליישב דהנה אנן קיימ"ל דאין גט לאחר מיתה כמבואר בש"ס ופוסקים והיינו מטעם דעם המית' נתרוקן כח האישות ושוב לא שייך כלל ענין גירושין ועיין בספר קצה"ח סי' קפ"ח אולם כ"ז הוא רק לפי האמת דמיתת הבעל מתיר אבל להס"ד אי נימא דמיתת הבעל אינו מתיר שוב הי' צריך להיות מצד הסברא דיש בכח הבעל לגרש שיהי' חל הגט לאחר מיתתו ומשו"ה שפיר ניחא דהי' אפשר לומר דהא דאסר רחמנא אלמנה לכ"ג הוא בכה"ג שגירשה בגט שיהי' חל לאחר מיתה ומשו"ה לכו"ע שרי אבל לכ"ג אסור כיון שהיא אלמנה לכן קאמר הש"ס מכלל דלכהן הדיוט שרי ובה"ג שגירשה הא אסור' לכהן הדיוט מטעם גרושה ולפי"ז באונס לב"ש אם נימא דגם מיתה אינו מתיר כלל הי' צריך להיות שיש ביד הבעל לגרש לאחר מיתה ואע"ג שאינו יכול לגרשה שיהי' הגט חל בחייו משום דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד כו' זה הטעם אינו אלא משום דכתיב לא יוכל שלחה כל ימיו והיינו רק כל ימי חייו אבל לא כשמשלחה שיהי' חל לאחר מיתה וא"כ ממ"נ תו למימר דאין מיתה מתיר באונס דא"כ שוב יהי' גט מתיר עכ"פ לאחר מיתתו דבקרא כתיב לא יוכל שלחה כל ימיו אבל כשמגרש שיהי' חל אחר מיתתו לא שמענו שלא יהי' חל הגט כיון דכל זמן שהוא חי אינו משלחה ושוב ע"כ המית' מתרת דהא איתקש לגירושין דזה בזה תליא שוב אמרינן דאיתקש גט למיתה שיהי' חלין כשמגרשה בחייו והבן ויש להאריך בזה אמנם אחרי כי אינו אלא ע"ד החידוד אמרתי לקצר:

והנה על דברי תשובת כת"ה לא רציתי לנגוע בהם אחרי כי המה נאמרים בהשכל וראיתי כי ידיו רב לו בפלפולא דאורייתא אכן על שני דברים הנני מוכרח להעיר א' (מה שכתב בישוב קושית הפ"י וסיים דגם בכהן אינו לוקה כיון דלא חל הגט כלל ויכול להחזירה יסלח לי כת"ה כי כבר כתבתי בספרי מצפה ארי' סי' מ"ט אשר שכמה גדולי הדור שלפנינו שגגו בכעין זה דאין לפוטרו ממלקות מחמת האי טעמא דלא מהני שהרי מבואר בהדי' בש"ס אליבא דרבא דסבר דלא מהני והא דחייב משום דעבר אמימרא דרחמנא אלמא בהדי' דאף דאנן אמרינן דל"מ מ"מ הוא חייב מלקות וכן הערותי בתשובתי להרב המו"ץ בק' ראדיוואץ שגם הוא שגג בזה. ב') מ"ש דפשיטא דכוונת התוס' בתמורה במ"ש דאיתקש גירושין למית' הוא דמית' מתיר גם במאבד עצמו לדעת שזה עבירה גדול' יסלח לי כת"ה שהרחיק ללכת בפשט כוונת התוס' חדא דאיך יתכן שיסתמו התוס' דבריהם ולכוין על ענין שלא נמצא רמז מזה בדבריהם וגם אני תם ויודע לשאול דא"כ מנ"ל באמת דמיתה מתיר היכי שמאבד עצמו לדעת ומהיכן פשיטא לו כ"כ דנימא דילפינן גט ממיתה ועוד לא ידעתי הבן דלמה לי' לחפש אופן רחוק הי' לו לומר דמת ע"י שהרגו אותו אחרים דאיכא במיתתו איסור רציחה דהוי ודאי איסור מיתת ב"ד ומ"מ אשתו מותרת וזהו ש"ס מפורשת ביבמות דף כ"ה דגם נרצח ע"י ישראל אשתו מותרת ולמה הי' צריך לומר שהוא מאבד עצמו לדעת אך באמת כוונת התוס' פשוט דבמיתה מתרת באונס ה"ה גט וגם אין שום סברא כלל לחלק היכי שנעשה ע"י איסור דהרי אין פעולת המיתה מתרת רק ענין המיתה בעצמותה דאין אישות לאחר מיתה ופשוט שוב התבוננתי די"ל דהא דפשיטא להו להתוס' דמיתה מתיר גם באונס הוא משום דמבואר בסוגיא דקידושין הנ"ל דכל עיקר שקלא וטריא של הש"ס הוא רק לגבי איסור עשה אבל פשיטא דמיתה מתרת מאיסור א"א דזה ילפינן מיבמה לשוק ומאלמנה לכ"ג א"כ שפיר י"ל דעכ"פ ילפינן גט ממיתה לענין איסור א"א דזה לא ילפינן מהקישא וא"כ שוב לא מצינן למימר דאי עביד לא מהני וכיון דמהני שוב ממילא מתיר הגט לגמרי ודו"ק. עכ"פ לענין עובדא דא דשאילנא קדמוהין לדעתי אין לפסול החליצה עפ"י ד"ת כלל ואין לנו לחדש מעצמינו ענינים כאלה אשר לא ניתנה לנו למורשה מאת חכמינו ומאורינו ואף כי האח הזה נהג שלא כשורה והוא צריך סליחה וכפרה עכ"ז החליצה כשרה:

סימן כג

כבוד הרב הגאון המהולל בשערים המצויינים בהלכה חגור כלי קרב על שדה המערכה חריף ובקי המפורסם כש"ת מו"ה ארי' ליבוש הורוויץ האבד"ק סטריא ובסוף ימיו אבד"ק סטאניסלאב:

את מכתב כת"ה בצירוף מכתבי גדולי מדינתינו קבלתי לנכון כו' והנה בל אמנע להודיע למעכת"ה את חוות דעתי העני' למען מלאות את מבוקשו הנה מה שטוען המערער כי שם שרה הוא נשתקע אין ספק אצלי כי המערער הפריז על המדה ונאמן עלי הדיין הוא כת"ה שהיא חותמת תמיד בשם שרה קרינדל אך בזה שנכתב מכונה ולא מתקרי הנה בודאי הי' צריך לכתוב מתקרי אחרי שהגאון בעל טיב גיטין החליט כן בכמה מקומות וכן החליט הגאון בעל נו"ב מהדו"ת כדאי המה הגאונים הנ"ל לחוש לדבריהם והספר טיב גיטין כבר נתפרסם בכל תפוצות ישראל וכל בתי דינים הולכים לאורו לכן לכתחילה בודאי הי' צריך לכתוב מתקרי אבל בדיעבד לא מצאתי להגאון: בעל טיב גיטין דעתו בכה"ג כי אף שפוסל בכללים אם נכתב שרה המכונה מיצא י"ל דלא דמי לכאן דכיון דנכתב מקודם שרה קרינדל הלא נראה בהדי' מתוך הגט דשמה קרינדל הוא שם עצם ולא כינוי בעלמא וכל שניכר הענין מתוך הגט יש לומר דבדיעבד ליכא למיפסל דוגמא לזה כתב הטור בסי' קכ"ו דאם טעה במספר החודש או השמיט תיבת בשבת כיון דחזינן מתוך הגט דטעות סופר הוא אין הגט פסול בכך. ודע דלפי"ז יש לעורר במה שהחליטו האחרונים שאם כתב המכונה על שם עברי הוא פסול בדיעבד ומקורם ממה שכתב הרמ"א בתשובה סי' פ"ד דליכא למיכתב המכונה במקום דמתקרי דהא כתב הב"י ובמהרי"ק דהכותב מכונה במקום דמיתקרי אינו אלא טועה עיי"ש ומלשון זה תפסו האחרונים דפסול גם בדיעבד ולולא דמיסתפינא הייתי אומר דאדרבה כך פירושו דאינו אלא טועה אבל הגט כשר כיון שניכר מתוך הגט שהוא טעות דעל שם הדומה לעולם אינו נופל כלל לשון מכונה אין לחוש שמא יאמרו דשם זה אינו אלא כינוי ולהכי אינו אלא טועה והגט כשר דכיון שנכתב בתוכו יהודא המכונה ליאון אנו רואין שטעות הוא דהא שם ליאון הוא דומה לשם יהודא ואינו אלא טעות סופר כמו היכי שטעה במספר החודש ודוק אולם לא מלאני לבי לדבר זה ולא באתי אלא לעורר את המעיין:

אמנם חזינא להגאון ז"ל בליקוטי שמות שהביא סידור הגט של הגאון חת"ס אליעזר ליפא דמתקרי ליפא וסיים הגאון ז"ל שם דאם כתב המכונה ליפא גם בדיעבד צ"ע א"כ לפי"ז לכאורה כמו כן בשרה קרינדל המכונה קרינדל יש לעיין גם בדיעבד אבל לפי מה שכתבתי למעלה יש לחלק דהתם שם ליפא הוא כינוי לשם אליעזר להכי יש לחוש שמא יסברו דשם ליפא אצלו הוא רק כינוי בעלמא ולא שם עצם אבל הכא דשם קרינדל אינו כינוי לשם שרה ומדכתב שרה קרינדל מוכח מתוך הגט דשם העצם שלה כך הוא אך יש לחוש ולומר אטו כולא עלמא דינא גמירי ושמא יסברו העולם דקרינדל הוא כינוי לשם שרה וקרינדל הוא אצלה רק כינוי ולא שם עצם וכן מרים בילא המכונה בילא יאמרו

מדכתב לשון מכונה מסתמא בילא הוא כינוי לשם מרים. עוד יש לפקפק בנידן שלפנינו דאף דנהוג עלמא לכתוב על כל שם לעז כשהראשון הוא עברי לשון מכונה אולי אינו רק כשהראשון הוא שם עברי לבד אבל היכי שהוא מורכב משם אחד של עברי ושם אחד של לעז כמו מרים בילא ושרה קרינדל שמא דינם כמו שני שמות של לעז דכיון דבשם הקודש לבדו אינה נקראת בשום פעם רק בצירוף שם הלעז חשוב הכל כמו שם אחד ונעשה כולו שם לעז ובשני שמות של לעז פוסק הט"ג בשם תשובת מהר"ם מלובלין דצריך לכתוב על שם השני דמתקרי ואף שהביא שם להוכיח שהרש"ל ז"ל לא ס"ל הכי מ"מ פסק הוא כמהר"ם מלובלין:

סימן כד

כבוד הרב המאה"ג כו' מו"ה מנחם מענדל שור דומ"ץ בק' בראדי יע"א על דבר הגט של הבליעל אשר ישב פה בבית הגלחים להמיר דתו וסדרנו פה גט פטורין ומסרו לשליח להולכה להוליכו למח"ק וטרם שהספיק השליח למסור את הגט ליד האשה נסע הבליעל בעצמו לבראדי וכאשר ראו אותו צוה עליו שיפטור את אשתו בגט והוא אמר שכבר מסר גט לשליח להולכה לא האמינו לו והכו אותו מכה רבה וגם מסרוהו להפאלישייא עד שנתרצה לגרש שם וכן עשו וסידרו גט ונתן ליד האשה ועתה חשש כ"ת שמא הוא גט מעושה ולפענ"ד זהו חשש גדול דכיון שגירש מחמת פחד שלא יכו אותו עוד וגם מחמת שהעלילו עליו בהפאלישייא נחשב לגט מעושה ומה שישב בבית הגלחים להמיר דתו אין זה טעם מספיק שיכופו אותו לגרש וכ"ת מתנצל כי הי' מוכרח לסדר הגט מפני הבעה"ב הרבה שהקיפוהו כעכנא לסדר את הגט וצוחו בקול גדול להחיש ולמהר כדרכם בענינים כאלה עדיין לא יצא כ"ת ידי חובתו מה ששמע להם אכן עתה רצון כ"ת שימסור השליח הנ"ל את הגט שבידו ליד האשה לצאת מידי חששא.:

והנה לפענ"ד יש להסתפק גם בזה דיש לומר דבמה שנתן הבעל בעצמו גט אחר ליד האשה חשוב שביטל את הגט והשליחות שעשה מקודם בפה ועלה על לבי לכאורה דיש לדמות למה דמצינו בפסחים דף צ"ח ע"ב במתניתין חבורה שאבד פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ושחוט עלינו והלך ומצא ושחט והם לקחו ושחטו אם שלו נשחט ראשון הוא אוכל משלו והם אוכלים עמו ואם שלהם נשחט ראשון הם אוכלים משלהם והוא אוכל משלו וכתב רש"י ז"ל דהם אוכלים משלהם שהרי חזרו בהם מן האבוד ומשכו ידיהם ממנו מדבריו נראה שגם אם נמצא פסול בהפסח ששחטו ראשון ג"כ אינם אוכלים משלו וצריכים להביא פסח אחר דמשום ששחטו פסח אחר חזרו מהאבוד וכן מוכח ממה דקתני תו התם דאם אינו ידוע איזה מהן נשחט ראשון או ששחטו שניהם כאחד הוא

אוכל משלו והם אינם אוכלים עמו ושלהן יצא לבית השריפה הרי אף שפסח שלהם פסול מ"מ אינם אוכלים עמו אחרי ששחטו פסח אחר חשוב חזרה א"כ גם בנ"ד כיון שכתב גט אחר חשוב חזרה מהשליחות. אמנם יש לחלק ולומר דשאני התם כיון שהי' אבוד ולא ידעו שהשליח ימצא אותו וחשבו שלא ימצא משו"ה חשיב חזרה משא"כ בנ"ד שידע שנמצא ביד השליח יש לומר דבזה לא חשיב חזרה אלא סביר שאם יפסל הגט השני יהי' ביד השליח ליתן הגט שבידו: והנה ראיתי בספר המקנה בקידושין דף ע"ח ד"ה שם במשנה ואם אינו ידוע שניהם נותנין גט שכתב לכאורה מלתא דפשיטא היא ונראה כו' ה"ה אם קידשו שניהם כאחד אינה מקודשת כלל דקיימ"ל כרבה דאמר לעיל דף נ"א דכל שאינו בזה אחר זה גם בב"א אינו אי אפשר לומר דכיון בשעה שקידש האב קידש השליח ביטל השליחות וחלו הקידושין של האב מ"מ י"ל הא דלא נקיט במתניתין כן היינו משום דקיימ"ל אי אפשר לצמצם כו' ע"ש ויש לתמוה על דבריו מהא דקתני במתניתין דפסחים הנ"ל או ששחטו שניהם כאחד וה"ה דהוה מצי למיתני הכא או שקידשו שניהם כאחד דהא דמי ממש להדדי אך עכ"פ חזינן לדעת הגאון המקנה שע"י הקדושין של האב חשיב ביטול השליחות:

שוב האיר ד' את עיני במ"ש המרדכי ריש פרק השולח וז"ל מצאתי תשובת רש"י ז"ל ששאלת על האשה שעשתה שליח לקבל גיטה ונתעצל השליח בשליחותו ועשתה שליח אחר וקיבל את הגט שאינו הגון כששמע הראשון נתחזק בשליחותו והלך אצל הבעל וקיבל גט כשר דעתי נוטה שלא בטלה שליחותו של ראשון בשביל שליחותו של השני שלא מצינו בכל מקום שליח בטל בגילוי דעתא ואף במבטלת השליח עצמו לפנינו דפליגי בה ר' יוחנן וריש לקיש דתנן בפ' האומר קדושין דף נ"ט ע"ב וכן היא שנתנה רשות לשליח לקדשה והלכה היא וקידשה עצמה אם שלה קדמו קדושיה קדושין ואם של שלוחה קדמו קדושיו קדושין ואיתמר לא קידשה עצמה וחזרה בה ר' יוחנן אמר חוזרת ור"ל אמר אינה חוזרת ואיתותב ר"ל ממתניתין דהשולח גט לאשתו והגיע בשליח כו' ואמר לו גט שנתתי לך בטל הוא הרי זה בטל אבל גילוי דעתא לא אשכחן דבטל כו' ועוד דאביי ורבא פליגי בגילוי דעתא בגיטא והלכה כאביי דאמר:

לאו מילתא היא וכ"ש הכא דליכא גילוי לבטולי אלא לאהדורי בתר גירושין כל הקודם קודם ואנן סהדי דניחא לי' כל היכא שתתגרש שהרי כמה ימים חזרה אחר גירושין ועוד דתנן בפסחים חבורה שאבדה פסחה ואמרו לאחד צא ובקש ישחוט עלינו והלך ומצא ושחט והם לקחו ושחטו אם שלו נשחט ראשון אע"פ שקדמו לקיחתן לשחיטתו קתני התם הם אוכלים עמו ושלהם יצא לבית השריפה אלמא אע"פ שמחזירין לעשות

שליחותו ע"י עצמן לא בטלה שליחותו מן השליח ושלום שלמה ב"ר יצחק עכ"ל. ומעתה בנ"ד יש חילוק גדול דאיהו לא הי' מהדר אחר גירושין אולם מ"מ נראה מתוך דברי רש"י ז"ל אלא לאהדורי אחרי גירושין הוא רק מתורת כ"ש אבל מדינא סבר רש"י דגם בלא זה לא בטל השליחות אבל לפענ"ד נראה דבמעשה דרש"י עדיין לא מסר השליח השני את הגט הפסול ליד האשה אבל אם כבר מסר השליח השני את הגט הפסול ליד האשה אפשר דסובר רש"י ז"ל דנתבטל השליחות מהראשון והגט נפסל ולמדתי דבר זה ממתניתין דפסחים גופא דקתני ואם אינו יודע איזו מהן נשחט ראשון או ששחטו שניהם כאחד הוא אוכל משלו והם אינם אוכלין עמו ושלהן יצא לבית השריפה ע"ש ולכאורה בכה"ג ששחטו שניהם כאחד דשלהם פסול אמאי לא יאכלו עמו אלא מוכח דאע"ג דבלקיחה לחוד' לא מיקרי המשכה מהראשון מ"מ ע"י השחיט' גרע טפי כיון דחשבו שכבר יצאו ידי פסח חשיב המשכה א"כ ה"ה אם כבר ניתן הגט להאש' ואח"כ נמצא בו פסול חשוב ביטול הגט ע"י הנתינ' ליד האשה וצ"ע:

ולפענ"ד יש לדמות למה דמצינו בכתובות מ"ד ע"א ובדף פ"ט דאמר רב נחמן שני שטרות היוצאין בזה אח"ז ביטל שני את הראשון והיינו טעמא דאחלי' הלוקח וביטל השטר הראשון וכ"ש מסתברא דע"י הקידושין של האב בטל השליחות וצ"ע. אמנם בנ"ד יש לומר דממ"נ דאם ניחוש שהגט בבראד נעשה ע"י כפי' ולא הי' ברצונו לכתוב גט שני ממילא לא חשיב ביטול לגט ולשליחות שהי' מקודם זה וזה פשוט:

ובעמדי בהאי ענינא עלה על לבי שיש לעורר באשה שעשתה שליח לקבל קידושין ואח"כ פשטה ידה וקיבלה קידושין ונתארמלה או נתגרש' אם השליח יכול לקבל קידושיה ומסתברא דע"י הקידושין שקיבלה נחשב ביטול השליחות חדא דכיון שהיא נעשית אשת איש ותו לא שייך בה ענין קידושין משום אדם ותו אין בידה להתקדש לאחר ממילא נתבטל השליחות שנית דיש לומר דעפ"י פעולתה בקבלת הקידושין חשיב חזרה של השליחות והנה יש לומר לכאור' דתליא בפלוגתא שהובא בהג"ה אבן העזר סי' מ' סעיף ב' גבי המקדש את האשה לאחר ל' יום ובא שני וקידשה בתוך ל' יום דהיא מקודשת לשני וע"ז כתב הרמ"א בהג"ה אבל אם מת השני או גירש תוך ל' חזרו קידושי ראשון (טור בשם י"א) ולכן צריכה גט מן הראשון ויש חולקין (טור בשם הרא"ש) וכתב הח"מ ס"ק ז' דכיון דקיבלה קידושין מהשני פקעי הקידושין מן הראשון ושוב לא חלין והב"ש ס"ק ה' כתב אע"ג בחזרה בטלו הקידושין לגמרי דשם חזרה בפירוש וכאן מה שקבלה קידושין מאחר יש לומר שאין דעתה לחזור מקידושין הראשון לגמרי אלא דעתה עדיין אם יהי' באפשר יחולו קידושי הראשון ע"ש ולפי"ז נראה אם גילתה דעתה בפירוש

דלא חזרה מקידושי הראשון אלא מתלי תלי וקאי לדעת הי"א חלין בפשיטות קידושי הראשון כשבא יום השלשים ואם בא איש אחר אחר ל' וקידשה אינה צריכה הימנו גט כלל ולדעת החולקין פקעי קידושי הראשון וחלין קידושי שני מעתה לפי"ז גם בכה"ג שעשתה שליח לקדש דלדעת הי"א בכה"ג לא נתבטל השליחות אלא אם נתארמלה או נתגרשה יש ביד השליח לקבל עבורה קידושין ולדעת החולקין שהוא הרשב"א ז"ל פקע ענין השליחות לגמרי ולא מהני תו מעשיו גם לאחר שנתארמל' או נתגרשה. אבל כד דייקת בזה לא דמי דהתם כבר חל מעשה הקדושין של השני על לאחר ל' יום וע"י קדושי השני הי' צריך להיות הפקעת קדושי הראשון וכשמת השני או נתגרשה נסתלק סיבת ההפקע' וממילא חל ע"י מעשה קדושי הראשונים משא"כ היכא דעדיין לא נעשה שום מעשה של קדושין רק ענין שליחות בעלמא וכשנישאת נסתלק הענין שליחות ואע"ג דבפרק האומר בקדושין דף נ"ט ע"ב ללישנא דרב זביד איתותב ר"ל ממתניתין דהשולח גט לאשתו מוכח דהש"ס מדמי ענין התמנות שליח לענין קדושין מסתברא דזהו רק לענין חזרה אבל לא בכה"ג כמו נ"ד ואנכי לא באתי אלא לעורר:

והנה על דרך הפלפול לכאור' יש להביא קצת ראי' לדעת הרא"ש ממכות ט"ז ע"א דפריך הש"ס גבי אונס ביטלו ולא ביטלו היכי משכחת לה אמר רב שימי מחוזנאי כגון שקיבל לה קידושין מאחר ודחי לה הש"ס ע"ש ועתה לדיעה הראשונ' בשם הי"א הא משכחת לה כגון שנתקדש' לראובן לאחר ל' יום ובתוך ל' יום אנסה שמעון ולקחה בתוך ל' וגירשה בתוך ל' יום רגע אחת קודם שכלו ל' יום של ראובן שתיכף אחר הגט חלו קידושי ראובן ושוב אין ביד שמעון להחזיר אותה שכבר חלו קידושי ראובן והיא נעשית א"א וא"כ ע"י הגט ביטל המצוה שלא יכול להחזירה והוה כמו כהן דלוקה ואינו מחזיר. אמנם יש לומר דמ"מ כיון שהיתה יכולה לחזור מן קידושין הראשונים בפירוש בשעת הגט ואם לא חזרה לא חשיב איהו קא מבטל לי' אלא איהי קא מבטל לי' ועל כרחך צריך למימר הכי דאל"כ יקשה הא קא משכחת לה כגון שקידש' ראובן לאחר שתתקדש ותתגרש דשפיר חלין הקידושין שהרי הי' בידו לקדשה. וכל שבידו לקדשה חלין הקידושין כמו שמבואר בש"ס ובשו"ע אה"ע סי' מ' ועי' בב"ש ס"ק ט' ואח"כ אנס אותה שמעון וכנסה וגירשה דאי אפשר להחזירה שהרי אחר הגט חלין הקידושין של ראובן לכו"ע אלא צריך לומר דכיון שהי' בידה לחזור מקידושין של ראובן כמ"ש התוס' בשם הרשב"א לא חשוב איהו קא מבטל לי' ואנכי לא באתי אלא לעורר: עוד יש סניף להקל בגט מומר עפ"י מ"ש בספר מנחת חינוך בדיני עריות מצוה ר"כ דלפי דעת רש"י ז"ל ביבמות דף מ"ט ע"ב גבי הא דאמר אביי התם הכל מודים בבא על הסוטה שאין הולד ממזר דהא

תפסי בה קדושין דאי לא תפסי בה קדושין בסוטה א"כ כשנעשית סוטה תחת בעלה לא הוה צריכה גט רק יפקעו הקדושין ממילא ע"ש וכן דעת הרמב"ן ז"ל בחידושיו מעתה לפי שיטת קצת גאונים באה"ע סי' מ"ד דלא תפסו קדושי מומר וא"כ ממילא אם נעשה מומר נפקעו הקדושין וא"צ גט ע"ש ולפע"ד הרכיב הוא שני דברים שאינם מתקיימים יחד היינו שיטת הגאונים דלא תפסי קדושי מומר ושיטת רש"י דכל דלא תפסי נפקעין והרי רש"י ז"ל הוא החולק הראשון על שיטת הגאונים כדאיתא בהדי' בב"י באבה"ע סי' קנ"ז בשם המרדכי וכן מוכח שהגאונים ז"ל לא ס"ל הך דרש"י דכל דלא תפסי נפקעין שהרי מפורש יוצא שיטת הגאונים מה שהביא הטור שם בשם המרדכי דיבם מומר אינו זוקק ליבום זהו רק כשהי' בהערתו בשעת שנשאה אחיו המת ואפילו לפי שיטת היש אומרים שהביא הרב"י שם דאפילו אם לא הי' מומר בשעה שנשא' אחיו כיון שהי' מומר בשעת מיתה אינה זקוקה לחליצ' דמיתה מפלת ע"ש מ"מ אם גם בשעת מיתה לא הי' מומר ונשתמד אח"כ גם המה מודים דלא נפטרה בלא חליצה ע"ש אלמא דכיון שהי' חל החיוב חליצ' קודם המרתו לא נפקעת הזיקה ע"י ההמרה וכ"ש שאין ההמרה מפקעת הקדושין שהי' חל מכבר דלא כרש"י:

ואמינא עוד דיש להביא ראיה ברורה מהגמרא דשני דברים הללו בל יתאחדו להיות שניהם בהצטרפותם יחד ואבאר שיחתי דבאמת נתקשו הקדמונים על שיטת הגאונים מש"ס מפורשת ביבמות פ' החולץ דף מ"ז ע"ב תניא טבל ועלה הרי הוא כישראל לכל דבריו למאי הלכתא דאי הדר ביה ומקדש בת ישראל ישראל מומר קרינן ביה וקידושיו קידושין ונרא' לפע"ד דהגאונים ז"ל מפרשים הברייתא דהכי פירוש' ומקדש בת ישראל דהיינו שכבר קידש בת ישראל קודם חזרה דבישראל כה"ג שהמיר דתו ס"ל להגאונים ז"ל דלא נפקעין הקדושין מאשתו שהיא כבר היתה מקודשת לו קודם שהמיר דתו אך בנכרי שטבל ועלה וקידש בת ישראל ותיכף הדר ביה סד"א דאיגלאי מילתא למיפרע דבליבי' לא הי' גר כלל מעולם והקדושין ממילא בטלים למפרע קמ"ל דתיכף אחר הטבילי' הרי הוא כישראל גומר ואם הדר בי' דינו כישראל מומר אבל רש"י ז"ל אזיל לשיטתי' דכל היכי דלא תפסי קדושין גם קדושין הראשונים נפקעין ולהכי לא אפשר לי' לסבור כשיטת הגאונים דמומר שקידש אין קידושיו קידושין דהא בברייתא קתני דקידושיו קדושין אפילו בגר שחזר לסורו כ"ש בישראל גמור שהמיר דתו וא"כ הני שתי שיטות בהדי הדדי לא מתקיימי לפי הנ"ל:

סימן כה

הנה ראיתי בספר שעה"מ פרק י"ז מהל' א"ב הלכה יו"ד שכתב לתמוה על רש"י ז"ל בקדושין דף ע"ז ע"א ד"ה והרי אלמנה לכ"ג וגרוש' לכהן הדיוט שמתחללת בביאתו וכן זונה מביאת פסולין שבא עליה כה"ד נקראת חללה ללקות עליה משום חללה דכל איסורי כהונה עושה אותה חללה בביאתו עכ"ל רש"י ז"ל וזהו תמוה הא אין איסור חללה חל על איסור זונה דאין איסור חל על איסור כמבואר התם בסוגיא להלן שם והביא בשם מהר"י בירב כתב שאינו לשון רש"י והשעה"מ כתב לישב דרש"י ז"ל קאי אליבא מאן דס"ל איסור חל על איסור. עוד נתקש' שם ארש"י ז"ל ריש דף ע"ח ד"ה חזר ובא עליה שכתב הוא או כהן אחר עשאה חללה שהרי אסורה לו משום זונה שאינו נוהג אלא בכהונה קשה הא כבר היא זונה ואיך חל עלי' איסור חללה ואני אומר אחרי בקשת רב סליחות מהני אשלי רברבי אין הפשט בדברי רש"י ז"ל כמו שסברו המה ז"ל דכשיבא עליה כהן אח"כ שכבר נעשה חללה חייב שתים משום זונה ומשום חללה אלא כונתו דכה"ד שבא על אחת מפסולי כהונה בפעם ראשונה חייב שתים אחת משום גרושה או זונה ושנית על שנתחללה בביאתו ונעשית חללה וכן כתב הה"מ בה' א"ב פי"ז ה"ב בשם הרמב"ן ז"ל דגם כה"ד שבא על חד מפסולי כהונ' חייב שתים משום לא יקח ומשום לא יחלל כמו כהן גדול באלמנה ולא כדעת הרמב"ם ז"ל דבכה"ד ליכא לאו לא יחלל וזהו דכתב רש"י ז"ל ללקות עלי' משום חללה היינו משום לאו דלא יחלל והמעיין יראה דבזה מדוקדק לשון רש"י ז"ל להלן גבי הא דכ"ג הבא על אחותו שכתב חזר ובא עלי' הוא או כהן אחר עשאה חללה ע"ש:

ואל תתמה דאם הכה"ד הבא עלי' אח"כ אינו לוקה משום חללה איך לוקה זה על שעשאה חללה דזה לא קשה כלל דנהי דאינו לוקה מ"מ מקרי חללה לענין לקוברו בין רשעים גמורים כמו דאיתא בהדי' ביבמות דף ל"ב ע"ב דאמר רבא מעלה אני עליו כאלו עשה שתים ואינו חייב אלא אחת כו' מאי נפקא מינה לקוברו בין רשעים גמורים ע"ש א"כ הרי חלה עלי' שם חללה ומשו"ה איכא מלקות משום לא יחלל:

וגם יש לומר דרש"י ז"ל ס"ל כהמהרי"ט ז"ל שכתב בקדושין דף ע"ח הובא בשעה"מ בפרק ב' דאף למ"ד אין איסור חל על איסור היינו דאין לחייבו שתים אבל אם לא איתרו בי' משום זונה רק משום חללה חייב משום חללה וגם יש נ"מ רבא לר' דוסתאי דס"ל בנות ישראל מקוה מטהר לחללים שאם היא נשאת לחלל הבנים המה חללים ומשו"ה חייב משום לא יחלל תדע דעכצ"ל הכי להרמב"ן ז"ל שכתב בהדי' דכהן הבא על הזונה חייב שתים משום לא יקח ומשום לא יחלל ומשמע דלכו"ע אמר הכי אפילו למ"ד דאין

איסור חל על איסור והבא עלי' אח"כ אינו חייב אלא משום זונה לבד מ"מ הראשון חייב שתים משום דעשאה חללה וכנ"ל:

סימן כו

בסנהדרין דף ע"ג ע"ב פריך הש"ס ורמינהו ואלו נערות שיש להם קנס וכ' רש"י ואי ניתן להצייל' בנפשו אמאי ישלם הרי מיתה ותשלומים יש כאן ומשני משעת הראה דפגמה איפטר לה מקטלא ממרנא לא משלם עד גמר ביאה ופריך הש"ס הניחא למ"ד הראה זו נשיקה אלא למ"ד הערא' זו הכנסת עטרה מאי איכא למימר ופירש"י ז"ל שם דגמר ביאה היינו ביאת המירוק והתוס' ביבמות דף נ"ט הקשו ע"ז דא"כ מאי פריך הש"ס דלמ"ד דהערא' זו הכנסת עטרה דהא יש לומר דלדידי' נמי חיוב מיתה בא קודם חיוב ממון כיון דחיוב ממון הוא דוקא לאחר ביאת המירוק עי"ש ועוד ראיתי שדברי הרמב"ם לכאור' תמוהים מאוד דהוא לא הביא שום אחד משינויי הש"ס והוא בעצמו פסק דהערא' זו הכנסת עטרה וזו הוא לכאור' נגד הסוגיא דשם וראיתי שכבר התעורר בזה חמי זקיני הגאון מאור הגולה בעל ישועות יעקב ז"ל: והנראה לי ליישב דהנה בכתובות איתא תרי לישני אהא דקאמר ר' אבין הזורק חץ מתחלת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו פטור מדמי שיראין ללישנא קמא היינו משום דאמרינן עקירה צורך הנחה וללישנא בתרא משום דאי בעי לאהדרא לא מצי מהדר לה וקאמר הש"ס דאיכא בינייהו בין הני תרי לישני במעביר סכין ברה"ר דמצי מהדר לה ללישנא קמא אף דמצי מהדר לה אמרינן עקירה צורך הנחה וללישנא בתרא לא אמרינן בזה עקירה צורך הנחה. והנה מצד הסברא נוטה דכמו היכא דחיוב ממון בא קודם חיוב מיתה אמרינן דכיון דעקירה הוא לצורך הנחה אמרינן דמשעת עקירה אתחלא לה מיתה ופטור כמו כן היכא דחיוב מיתה בא קודם גמר הפעול' וחיוב ממון בא לאחר גמר הפעול' בזה אי אמרינן עקירה צורך הנחה ג"כ פטור מממון והטעם דהתחלת החיוב הי' בפטור ושוב ליכא למחייביה על הגמר ודמי כמו שנתכוין לאשתו ותקפוהו והדביקוהו בה דוגמא דאיתא ביבמות דף נ"ד ע"א דלמ"ד עקירה צורך הנחה צריך להיות פטור אע"ג דהחיוב ממון על הגמר: ויותר מזה כתב בשיטה מקובצת ב"ק דף ע' גבי הא דפריך הש"ס הניחא לר' עקיבא דאמר קלוטה כמי שהונחה דמיא והקשו הקדמונים הא לר' עקיבא החיוב מיתה אתי מקודם חיוב ממון ותירץ השטמ"ק דכגון דא כ"ע מודו דפטור מממון עי"ש ולהכי יש לומר דהש"ס בסנהדרין אזלא אליבא לישנא קמא דכתובות דאמרינן עקירה צורך הנחה לזה קאמר הש"ס שפיר הניחא למ"ד הראה זו נשיקה לזה בתחלת הביאה תיכף בשעת נשיקה איפטר לי' מקטלא ולא הוה בהתחלת החיוב ממון דהיינו בשעת הכנסת עטרה חיוב

מיתה לכן שפיר יש לחייבו ממון קנס אבל למ"ד דהערא' זו הכנסת עטרה א"כ לדידי' בהתחלת הביאה:

סי' עליו חיוב מיתה ושוב פטור מקנס אף לאחר ביאת המירוק לשיטת רש"י ז"ל כהנ"ל מטעם דעקירה צורך הנחה לכן שפיר ניחא דברי הרמב"ם ז"ל לשיטתי' דפסק בהלכות גניבה דדוקא זורק אבל מעביר לא וכתב הרב המגיד דמזה מוכח דהוא פוסק כלישנא בתרא דלא אמרינן עקירה צורך הנחה רק היכי דלא מצי מהדר לה לכן לדידי' לא קשיא כלל קושית הש"ס בסנהדרין דאף למ"ד הערא זו הכנסת עטרה יש לחייבו על גמר ביאה דהיינו ביאת המירוק דלא איפטר מקטלא ודוק שוב ראיתי בספר דו"ח מרע"א ז"ל שם בחידושיו ליבמות העיר בישוב קושית התו' בכעין זה:

סימן כז

כבוד ידידי הרב המאה"ג המפורסם מו"ה נפתלי הורוויטץ כ"י האב"ד דק"ק סאניוואץ:

ע"ד שאלתו אודות האשה החלוצ' שהיתה מעוברת בזנות היינו שנתעברה אחר מיתת בעלה בעת שהיתה זקוקה ליבם שהביא כ"ת בשם הפ"ת שהביא תשובה מספר אחד מנחת עני שכתב להסתפק בזה אם חלצה בעודה מעוברת בזנות אי חשיבה חליצה פסולה כיון שאסורה ליבם יש לומר גבה כל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה ודעת המחבר הנ"ל נוטה להחמיר והנה הספר הנ"ל אינו אתי ולא ידעתי מי מחברו אבל לפענ"ד נראה דלא כן הוא וכמו שאבאר:

הנה באה"ע סי' קס"ד סעיף א' כתב הרב בהגה"ה וז"ל וי"א דכל שחלצה תוך ג' חדשים בין נמצאת מעוברת והפילה או לא נמצאת מעוברת הו"ל חליצה פסולה וצריכה חליצה אחרת מכל האחין והנה הב"ש ס"ק א' כתב אפילו בידוע שאינה מעוברת כיון דאינה עולה ליבום תוך ג' חדשים דקיימ"ל אפילו אם יבא אליהו ויאמר דאינה מעוברת אסורה ליבם כמ"ש בש"ס פ' החולץ עכ"ל ולכאור' מוכח מזה דאפילו אי אינה עולה ליבום רק מדרבנן כינו תוך ימי הבחנ' דהוי רק איסורא דרבנן כמבואר בש"ס ופוסקים אמרינן נמי דשייך בה הך כללא דכל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצ' ולדעת הי"א שהביא הרמ"א אי עברה וחלצה הו"ל חליצה פסול' וצריכה לחזור על כל האחין א"כ לפי"ז יש לומר דאם נתעברה בזנות דג"כ אסורה ליבם מחמת מעוברת חבירו חשיב שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצ' ולדעת הרמ"א הו"ל חליצ' פסולה:

אמנם כד דייקת בה יש חילוק רב בין זה לזה עפ"י מ"ש הרא"ש ריש יבמות דנדה אעפ"י דלאו בת יבום היא בעת נדתה מ"מ חליצתה חליצ' ול"ד לחליצת מעוברת דלא שמה חליצ' לר"ל לקמן בפ' החולץ משום דאינה עולה ליבום דשאני נדה שעומדת לטבול

וליטהר כדרך כל הנשים אבל מעוברת שמא תלד ע"ש ולפי דבריו גם כשאינה עולה ליבום השתא משום איסור דאורייתא יש חילוק בין עתידה להיות מותרת ודאי להיכי דיש ספק שתאסר לעולם כמו מעוברת דשמא תלד מעתה גם היכי שנאסרה עכשיו משום איסור דרבנן ג"כ צריך לחלק בין שני אופנים הללו דלא יהי' דרבנן עדיף מדאורייתא וא"כ מסתברא לומר דדוקא ימי הבחנה חשוב אינה עולה ליבום דאיכא חששא שמא תלד ולא תהי' עולה ליבום כלל משא"כ כשנתעברה אח"כ בזנות דעכ"פ כשתלד ויעברו ימי הנקה לפי מאי דקיימ"ל בסי' קנ"ט דשומרת יבם שזינתה מותרת ליבם א"כ עתידה ודאי שתהי' עולה ליבום חשוב שפיר עולה לחליצ' כמו נדה לתירוץ של הרא"ש ז"ל:

ולפי"ז צ"ע מיש הב"ש דאפילו ידוע שאינה מעוברת כיון שאינה עולה ליבום תוך ג' חדשים דאפילו אם יבא אליהו ויאמר שאינה מעוברת אסורה ליבם כדאיתא לקמן בפ' החולץ מ"א ולפי הנ"ל קשה כיון שידוע שאינה מעוברת א"כ עתידה להיות מותרת לאח"ז למה לא תהא עולה לחליצ' כמו נדה ומש"ס דפ' החולץ אינו מוכח כלל דבכה"ג שידוע שאינה מעוברת לא תחלוץ דהתם קאמר הש"ס הכי השתא התם אם יבא אליהו ויאמר דהא קדיש בת חליצ' ויבום הוא הכא אם יבא אליהו ויאמר דהא לא איעברה מי משגח בי' ויבמינן לה הא קטנה דלאו בת איעבורי הוא ואפ"ה צריכה להמתין שלשה חדשים ע"ש א"כ הש"ס לא קאמר אלא דאפילו אם יבא אליהו כו' לא יבמינן לה תוך ג' חדשים אבל אפשר לומר דמ"מ אם יבא אליהו ויאמר דהא לא איעברי' חולצין לה תוך ג' חדשים מחמת דעתידה ודאי להיות מותרת ליבם אח"ז וכן קטנה מותרת לחלוץ אם נעשית גדולה תוך ימי הבחנה כיון דלאו בת איעבורי היא והיתר עתיד לבוא בוודאי כמו נדה שעתידה לטבול ולטהר ומ"מ שאר נשים דאיכא תרתי לריעותא דהשתא היא אסורה ליבם אפילו א לו יבא אליהו ויאמר כו' וגם איכא חשש שמא תלד ותהי' אסורה לעולם חשוב אינה עולה ליבום ואינה עולה לחליצ' משא"כ אם יבא אליהו ויאמר כו' או קטנה ואע"ג דארוסה מבואר בהדי' שם דאינה חולצת תוך ימי הבחנה שאני ארוסה דל"ד לקטנה או אם יבא אליהו ויאמר כו' דארוסה לפעמים איתרמי דתתעבר תדע דהש"ס לא קאמר דהא ארוסה דלאו בת איעבורי רק קטנה וכן יש חילוק בשאר נשים דארוסה סבירי להו לרבנן דאסורה תוך ימי הבחנ' ובקטנה סבר ר"י דלא גזרו אפילו לרבנן אלמא דארוסה גרע מקטנה: שוב התבוננתי דבקטנה בלא"ה לא משכחת לה שתחלוץ דהא ביבמות דף י"ב ע"ב מבואר דבנים הרי הן כסימנים וכתבו שם בתוס' ד"ה הרי דהא קאמר רבה בר ליואי דתוך הזמן הזה מתעברת ומתה ועוברה מת לא קאי אשנת י"ב דאז פעמים חיה כשהיא גדולה בשעת הריון עיי"ש ולפי"ז הא דאמרינן התם הרי קטנה דלאו בת

איעבורי היא ע"כ מיירי בקטנה קודם שנת י"ב דבשנת י"ב היא בת איעבורי וא"כ בלא"ה הא אין חולצין לקטנה ולא משכחת לה שתחלוץ בתוך ימי הבחנ' אבל מ"מ מ"ש הב"ש דאפילו אם יבא אליהו ויאמר שאינה מעוברת אסורה לחלוץ דבר זה אינו ברור מהגמרא ואפשר לומר דטעם הב"ש דסתמא איתא במתניתין דשם היבמה לא תחלוץ ולא תתיבם עד שיש לה ג' חדשים ומשמע דשניהם כהדדי נינהו ולא חילקו חז"ל ולעולם לא תחלוץ בתוך ג' חדשים אפי' אם יבא אליהו ויאמר דהיא לא מיעברה אבל מ"מ בנתעברה בזנות דלא מצינו שגזרו חז"ל דלא תחלוץ ספיר י"ל דמותרת לחלוץ דדמי לנדה שסופה להיות מותרת ג"כ ליבום וחשיב שפיר עולה ליבום:

עוד ראיתי להרשב"א ברישׁ יבמות שכתב לענין מגרש את אשתו ע"מ שלא תנשא לפלוני והלכה ונישאת לאחיו של זה ואח"כ נפלה לפני זה ליבום וז"ל ומסתברא לי דאפילו היא עצמה חולצת ואין אני קורא בזה כל שאינו עולה ליבום אינה עולה לחליצ' כו' דלא אמרינן אלא באיסור ערוה אבל בזו שאיסור דבר אחר גרם לה להאסר דהיינו התנאי חולצת אע"פ שאינה מתיבמת כו' והרי זו כנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה דתנן בפ' ב"ש כופין אותו שיחלוץ לה והרי זו אינה עולה ליבום דבר תורה דקיימא עלה בלאו ועשה ואעפי"כ עול' לחליצ' משום דאיסור דבר אחר גרם לה ליתסר ע"ב עי"ש ולפי"ז היכי שנתעברה בזנות הא זהו נמי איסור דבר אחר גרם לה שאין כאן שום חשש ערוה וכיון דאפילו בדאורייתא כהאי גונא חשובה עולה ליבום כ"ש היכי שאסורה רק מדרבנן: ודרך אגב הנני לכתוב בזה מה שנראה לפענ"ד בישוב דברי הרשב"א הנ"ל מה שנתקשו בי' גדולי:

האחרונים השעה"מ בפ"ו מהל' יבום וחליצה והובא דבריו בספר אבני מלואים סי' קע"ד וכתב ולא זכיתי להבין דבריו דנודרת הנאה דבעי חליצ' לאו משום דדבר אחר גרם לה לאסור אלא משום דריבה הכתוב יבמתו לחייבי ל"ת ועשה כו' והרי אלמנה לכ"ג מן הנשואין דאיסורא מחמת עצמה ולא דחיא ליבום ד"ת ואפ"ה בעי חליצ' כו' משא"כ באומר מ"מ שלא תנשאי כיון דלא חזיא ליבום כלל ולא תפסי בה קידושין דקאי עלה באיסור ערוה איכא למימר דה"ל כחייבי כריתות ממש וצ"ע:

והאבני מלואים כתב שם בישוב הקושיא דאפשר לומר דהא דאלמנה לכהן גדול בעי חליצה לא הוי רק מדרבנן והביא סמך לדבריו ממ"ש הרשב"א בחי' על הא דפריך הש"ס ביבמות דף כ' בשלמא מן הנשואין עשה ול"ת הוא ואין עשה דוחה ל"ת ועשה דלמה לא תהא פטורה ג"כ מחליצ' כמו חייבי כריתות ותירץ דצריכה חליצ' מדרבנן עיי"ש ותמי' לי הא הרשב"א כתב רק לפי הס"ד דלא ידע אכתי מהך דרשא דיבמתו דיש לך אחרת

שעולה לחליצ' ואינה עולה ליבום לכן כתב הרשב"א ז"ל שהי' אפשר לומר דחליצת אלמנה לכ"ג הוי מדרבנן ומה"ת פטורה מחליצה אבל להמסקנא דריבה רחמנא יבמתו דכל דתפסי בה קידושין עולה לחליצ' גם אלמנה לכ"ג צריכה חליצה מה"ת. תדע דהא הש"ס מביא שם דף כ' ע"ב הברייתא איסור מצוה ואיסור קדושה בא עלי' או חלץ לה נפטרה צרתה ומשני לצדדין קתני בא עלי' אאיסור מצוה חלץ לה אאיסור קדושה והנה בכלל איסור קדושה קחשיב במתניתין אלמנה לכ"ג והש"ס קאמר קא פסיק ותני ל"ש מן הנשואין ל"ש מן האירוסין ומשמע דאפילו אי חלץ לאלמנה מן הנשואין נפטרה צרתה ואי נימא דאלמנה מן הנשואין מה"ת פטורה מחליצה איך פוטרת צרתה שהיא צריכה חליצה מדאורייתא וזה תמי' גדולה הא הש"ס קאמר ביאת כה"ג באלמנה כו"ע לא פליגי דלא פטרה משמע דלא פטרה מה"ת וחייבת בחליצה מדאורייתא: ואשר אנכי אחזה לפרש דברי הרשב"א ז"ל דכך הוא כונתו דהוא ז"ל מפרש פשט המשנה הנודר הנאה מיבמה דלא הוה פירושו שהיתה מפרש בשמו של אחי בעלה שתהא הנאתו נאסרה עליו תיכף אלא שאמרה בלשון הזה שהיא נודרת הנאה מיבמה היינו כשיהי' יבם שלה ולא הזכירה כלל שום שם כלל ולפ"ז הנדר חל כשימות בעלה ונעשה זה היבם שלה נאסר עליה אבל אם לא יהי' יבם שלה אינו נאסר עליה כלל ובזה מדוקדק לשון דמתניתין הנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה ולא נקט מאחי בעלה דמיירי דתלי' הנדר בענין היבום ומזה הביא הרשב"א ראייתו דמוכח דאע"ג דאינה עולה ליבום מחמת נדרה מ"מ חשיב יבם שלה דמה שאינו עולה ליבום דבר אחר גרם לה דאי נימא דגם בכה"ג לאו בת יבום היא הא לא מקרי הוא יבמה כלל ולמה נאסר עליה הא זה בזה תליא דרק כשהיא עולה ליבום הוא מקרי יבמה אבל אם לא חשובה עולה ליבום לא חשיב יבמה וכיון דקתני במתניתין דהנדר חל בכה"ג מוכח מזה דאע"פ שהנדר חל ואינו רשאי ליבמה מ"מ מקרי עולה ליבום ואסור ליבמה והיא צריכה חליצה כי דבר אחר גרם לה וה"ה כשלא אפשר ליבמה מחמת התנאי חשיב עולה ליבום וצריכה חליצה כן נראה לפע"ד נכון ודו"ק:

והנה מה דקשה לי בעמדי בהאי ענינא בהא דאמרינן התם ביבמות דף כ' בשלמא אלמנה מן הנשואין אין עשה דוחה ל"ת ועשה משמע דמשום זה פשיטא מצד הסברא דלא דחי דמאי פשיטותא היא הא לעיל בסוגיא דעליה איצטרך קרא בחייבי כריתות דאינן מתיבמות ופריך הש"ס הא לאו הכי הו"א דאתי עשה דיבום ודחי ל"ת הא אין עשה דוחה ל"ת שיש בה כרת ושם דף ז' ע"ב משני הש"ס מהו דתימא הואיל ואישתרי אישתרי ומנא תימרא דאמרינן הואיל ואישתרי אישתרי דתניא מצורע שחל שמיני שלו בע"פ וראה קרי בו ביום כו' אמרו חכמים אע"פ שאין טבול יום אחר נכנס זה נכנס כו' ואמר עולא

מה טעם הואיל והותר לצרעתו הותר לקרויו כו' ע"ש א"כ אלמנה לכ"ג הא נמי י"ל הואיל ואשתרי אשתרי אך זה לא קשה כלל דהא הש"ס אמר התם תינח היכא דנשא מת ואח"כ נשא חי דמיגו דאישתרי איסור אשת אח אישתרי נמי איסור אחות אשה אלא נשא חי ואח"כ נשא מת איסור אחות אשה קדים ואפילו נשא מת נמי תינח היכא דנשא מת ומת ואח"כ נשא חי דחזיא לי' דביני ביני ע"ש א"כ באלמנה לכ"ג דתיכף בשעת מיתת הבעל אתי איסור אלמנה לכ"ג ולא חזיא דביני ביני לא אמרינן הואיל ואשתרי איסור אשת אח אישתרי נמי אלמנה לכ"ג שהרי שניהם באין כאחד ונרויח בזה ליישב קושי' התוס' שם ד"ה מי לא מודה עולא ומנא לי' דמודה עולא כו' ומאי ראי' יש לו מהברייתא ולפי הנ"ל ניחא דמוכח מאלמנה לכ"ג דאינה מתיבמת ולא אמרינן כיון דאישתרי אישתרי וע"כ משום דשניהם באין כאחד איסור אשת אח ואיסור אלמנה לכ"ג דלא חזיא ביני וביני וה"ה במצורע שראה קרי בלילה ובעת למודי הארכתי בזה אולם אח"כ מצאתי שכבר העיר בזה בשו"ת הרי"ם חלק אה"ע סי' מ"א שקדמני בזה ע"כ אקצר:

והנה ראיתי בשו"ת רע"א סי' ק"ג בשולי המכתב שכתב להקשות בסוגיא דגיטין דפריך הש"ס אלא מעתה בת אחיו לא ישא וכ' איני יודע מה זה הדמיון דבת אחיו אינה נופלת לפניו ליבום וליכא עקירה מה"ת משא"כ הכא בע"מ דנופלת לפניו ליבום דהא אינה ערוה לו אלא דא"י לקיים מצות יבום ובמחכת"ה אשתמיטתי' לי' דברי הרשב"א הנ"ל ומה שהביא בשם הרמב"ן ז"ל הרמב"ן אינה נופלת לפניו כלל שהרי פוטרת את צרתה ולדעת הרשב"א ז"ל הרי בעצמו העיר בזה מש"ס הנ"ל שוב ראיתי בדפוס ווארשא בהוספות חדשות שכתב נ"ב מדברי הגאון נ"י משמע דפשיטא לי' דנופלת לפניו ליבום וא"כ אינה פוטרת צרתה ובירושלמי פרק המגרש מבואר בהיפך מתוך דברי ר"ת בשם ר"פ וליתני ט"ז נשים אך בתוס' יבמות דף י' ד"ה לעולם מספקא להו עיי"ש ומ"ש מהירושלמי אין ראי' דהירושלמי סבר דגם בחוץ אם הלכה ונשאת לאחר לא מותרת לזה שנאסרה עליו וא"כ פריך ליתני ט"ו נשים בחוץ אבל בש"ס דילן קאמר בהדיא דהפרכא הוא בע"מ:

אמנם קשה לי על הרשב"א שכתב לחלק בין איסור ערוה לאיסור דבר אחר גרם לה הא בפסחים דף מ"ח ע"א פריך הש"ס מברייתא דקתני יכול לא יביא מן המוקצה אמרת מה טבל מיוחד דבר שאיסור גופו גרם לי' אף כל דבר שאיסור גופו גרם לי' יצא מוקצה שאין איסור גופו גרם לי' אלא איסור דבר אחר גרם לי' וא' אמרת מוקצה דאורייתא מה לי איסור גופו מה לי איסור דבר אחר עיי"ש הרי בהדיא דבאיסור תורה אין חילוק בין איסור גופו לבין איסור דבר אחר ואולי יש לומר דטבל נמי לא מיחשב לאיסור גופו גמור שכל

עיקר האיסור הוא רק משום דפתיכי בי' חלק תרומה כמ"ש הר"ן בנדרים דף פ"ד ע"ב ובתוס' ביצה דף ל"ד ע"ב ד"ה הא וכשמפריש הימנו נעשה היתר וכיון דעיקר האיסור הוא רק משום תערובות תרומה חשיב נמי כמו דבר אחר גרם לי' וזהו דפריך הש"ס ואי אמרת מוקצה דאורייתא מה לי איסור גופו מה לי איסור דבר אחר היינו איסור גופו כמו טבל דנמי אינו אסור רק משום חלק תרומה שבו ודבר אחר גרם לי' אבל איסור גופו ממש בודאי גרע טפי מהיכי שאיסור דבר אחר גרם לי' ודו"ק:

אבל הרשב"א בעצמו מסיים שם ח"ל אלא שראיתי לרמב"ן נ"י כמסתפק בדבר זה ומטין דבריו לפוטרה מן החליצ' ומן היבום דכל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצ' ואין דעתינו מכרעת במקומו עכ"ל ואך מ"מ יש לומר דבנידון דידן דאיסור יבום במעוברת חבירו לא הוי רק מדרבנן ובאיסור דרבנן יש חילוק בין איסור גופו לבין איסור דבר אחר גרם לה כמו דמוכח מגמרא פסחים הנ"ל דאי מוקצה דרבנן שפיר ניחא משום דדבר אחר גרם לה ובודאי אין הטעם דמשום דהוי רק איסור דרבנן שרי דא"כ הו"ל לתנא לחלק בטבל עצמו בין טבל דאורייתא לטבל טבול מדרבנן אלא עכצ"ל דטבל כיון דהוי איסור גופו גרם לי' אין חילוק בין טבל דאורייתא לטבל טבול מדרבנן רק במוקצה משום דאיכא תרתי דהוי מדרבנן וגם איסור דבר אחר גרם לי' משו"ה שרי:

ולפי האמור יש ליישב דברי רש"י בביצה דף ל"א ע"ב במתניתין בית שהוא מלא פירות ונפחת שכתב דכיון דלא הוי פחיתתן איסור דאורייתא כדאוקי לה באוירא דלבני לאו מוקצה נינהו וע"ז תמהו בתוס' ד"ה ונפחת דבכמה מקומות מצינו מוקצה מחמת איסור דרבנן מיגו דאיתקצאי בין השמשות עיי"ש ולפי הנ"ל יש לומר עפי"מ שכתבו הרמב"ן והר"ן ז"ל דלא חשוב מוקצה מחמת איסור רק כשהאיסור הוא בגופו כו' אבל הכא הפירות בעצמם ראויים הם ולא נעשו ג"כ בסיס רק שדבר אחר גרם שלא הי' יכול לקחתם עיי"ש. ומעתה יש לומר דגם רש"י ז"ל ס"ל החילוק הלזה רק ס"ל דאילו הי' פחיתתו איסור דאורייתא אין חילוק בון איסור שבגופו לאיסור שדבר אחר גרם לה כמו דפריך בש"ס דפסחים ולהכי כתב כיון דלא הוי פחיתתן איסור דאורייתא אלא מדרבנן מהני לומר שמחמת שדבר אחר גרם לה לא אמרינן מיגו דאיתקצאי כו' ודו"ק:

ומצאתי בספר שב יעקב בסי' מ' שמוכח מדבריו דס"ל דבכעין נידון שלפנינו אינה צריכה להמתין עם החליצ' עד שיעברו ימי העיבור והנקה שבסוף התשוב' שם מביא בשם הלבוש באם הלכה היבמה ונישאת בשוגג לאחר לפקפק אם רשאי לחלון לה קודם שגירשה זה השני דבקרא כתיב אם לא יחפוץ לקחתה משמע דבעינן שיהא בידו לקחתה עכשיו ואם היא מקודשת אינו יכול ליבמה וע"ז כתב השב יעקב דאם ירצה

ליבם צריך הבעל ליתן לה גט כדי שיוכל ליבם אף דמטעם זה צריכה להמתין צ"ב יום קודם החליצ' משום דאינו עולה ליבום לא דמי דהתם צריך להמתין כו' משא"כ במחוסר גט יכול לעשות באותו יום ואינו מחוסר זמן הוי שפיר לו הברירה ע"כ עיי"ש הרי מבואר דעתו דבנישאת בשוגג אין צריך להמתין עם החליצ' כלל ואפילו הלבוש לא החמיר אלא שיחלוץ אחר הגט אבל לא הצריך להמתין עד אחר עבור ימי הבחנה א"כ בודאי ה"ה בנתעברה בזכות דא"צ להמתין עם החליצ' עד אחר עבור ימי העיבור והנקה וזה ברור:
ובעמדי בהאי ענינא נסתפקתי ביבמה שנפלה לפני חייבי לאוין אם צריכ' להמתין עם החליצ' עד אחר ג' חדשים ימי הבחנה כיון דהטעם מה שממתינין היא משום כל שאינו עולה ליבום אינה עולה לחליצ' וטעם זה לא שייך בחייבי לאוין דהא לעולם היא אינה עולה ליבום ומ"מ היא עולה לחליצ' ואם נחליט דבחייבי לאוין מותר לחלוץ בתוך ג' חדשים יש ליישב שיטת הג"מ דבדיעבד אם חלצה תוך ג' חדשים צריכה אחר ג' חדשים חליצ' אחרת והקשו עליו מהא דאיתא שם יבמה שחלצו לה אחין תוך ג' חדשים צריכ' להמתין שלשה חדשים ואי כהג"מ דצריכ' חליצ' אחרת בלא"ה צריכה להמתין אבל להנ"ל משכחת לה שפיר בגונא שחלצו לה בהיתר כגון בחייבי לאווין או באחות חליצ' ואחות זקוקה אבל לעולם כשהחליצ' הי' באיסור י"ל דצריכה חליצ' אחרת:
שוב ראיתי דרש"י ז"ל ביבמות מ"א ד"ה הרי קטנה כו' כתב וכל הנך דאמרו רבנן חולצת ולא מתייבמות כגון אחות חליצתה ואחות זקוקתה כו' התם משום דלא אפשר הוא דא"כ לעולם תאסר הלכך כיון דמדאורייתא בת יבום היא חלצה אבל הכא דאפשר לשהויי משהינן ויצא הדבר בהיתר ע"כ לפי"ז בחייבי לאוין דאינה מתייבמת לעולם וכן באחות חליצ' ואחות זקוקה דליכא גבה יבום י"ל דחולצת תוך ג' חדשים או י"ל דשאני איסור הבחנה דחששו חז"ל שמא היא מעוברת ותלד גרע טפי דכל שאינה עולה ליבום מחמת חשש איסור ערוה חשוב יותר אינה עולה ליבום וצ"ע. הנראה לפע"ד כתבתי:

סימן כח

לידידי הרב הגאון כו' כש"ת מו"ה אליעזר מישל נ"י אבד"ק גאלאגא נ"י:
את ספרו הנכבד מכונה בשם משנת אליעזר אשר שלח לי למנה קבלתי ונהניתי לראות כי מעשי ידיו הצליח הש"י ולברך על הגמר וגם ת"ח לכ"ת ועתה באתי להעיר על מה שראיתי בספרו איזה השגות אשר כתב על מה שנמצא בספרי מצפה ארי' ובהגהותי מלחמות אריה אבל לפי דעתי ליתא להשגות הללו וכאשר אבאר. בסי' ל"ה כתב כת"ה על מה שהעליתי במלחמת אריה בשו"ת ברכת רצה סי' י"ב בישוב קושי' הגאון מו"ה אלעזר רוקח אבד"ק אמשטרדם ז"ל על הרמב"ם ז"ל פרק א' מהלכות סוטה שכתב דמקנא

לה משני בני אדם דאם כן איך אמרינן דספק טומא' ברה"ר טהור דמה סוטה רה"י הא משכחת לה גבי סוטה נמי רה"ר כגון שקינא לה ע"י הרבה בני אדם ואנכי כתבתי שם דהרמב"ם לא כתב אלא במקנא לה משני בני אדם שהמה קרובים או פסולי עדות דאלו המה עדים כשרים נאמנים להעיד שלא נעשה בהאשה דבר דהמה אינם נוגעין בעדותן כלל דהא אדרבה המה באים להתירה לבעלה וע"ז כתב כ"ת זה ליתא דמשנה ערוכה היא בסוטה דף כ"ז כשם שהמים בודקין אותה כך המים בודקין אותו היינו הבועל והו"ל נוגעין בעדותן שאומרים שלא נטמאה דיש לחוש שמשקרים כדי שלא תשתה ובאותה שעה שתמות היא ימותו גם הם. הן לא אכחד כי השגה זו הי' לתמוה בעיני אולם ראיתי שכבר כתב דבר זה בעל מנחת חינוך שם במצות סוטה להקשות על הרשב"א לענין אם נאמן הנחשד לומר שנטמאה עמו הא הוה נוגע בעדות דאינו רוצה שישקה אותה דקיימ"ל כשם כשהמים בודקין אותה כך המים בודקין אותו היינו הבועל ע"ש ואנכי לא אדע הבין איך פלטה קולמסו של הגאון דברים כאלה היכן מצינו שיהא אדם נפסל לעדות ע"י חשש נגיעה שירא שיענשוהו בדיני שמים ובכל הש"ס והפוסקים מצינו פסול נוגע בב"ד שלמטה אבל לא בב"ד של מעלה וגם אם הוא ירא מדיני שמים איך לא ירא משבועת עדות אצל הב"ד והלא הב"ד אומרים לו הוי יודע שכל העולם כולו נדעזע בשעה שאמר הקב"ה בסיני לא תשא כדאיתא בשבועות ריש דף ל"ט ע"א:

ודרך אגב ראיתי מה שהקשה כ"ת בהא דאיתא בשבת דף כ"א ע"ב דכשנכנסו יונים להיכל טמאו כל השמנים שבהיכל כו' הא היו שם הרבה נכרים והו"ל רשות הרבים ואיך נטמאו מספק כל השמנים ואנן קיימ"ל דספק טומאה ברה"ר טהור והביא ע"ז מ"ש הרא"מ בביאורו לסמ"ג הלכות חנוכה אע"ג דגוים בחייהן לא מטמאים כו' בגדיהם מיהו מטמאים ובחזקת טמאים הם עומדים וא"כ:

מסתמא כל הטהרות בספק מגע בגדיהם הוי וטמאים מספק וע"ז כתב כ"ת כיון שהבגדים היו על גוף האדם הוי רה"י אני אומר אפילו אם יהיבנא לי' דבר זה הא קיימ"ל כל דבר שאין בו דעת לשאול אפילו ספק טומא' ברה"י טהור ופשיטא דנכרי חשוב כמו אין בו דעת לשאול דאטו נכרי יודע הלכות טומא' וטהר' ויודע להזהר בהם ולא עדיף מתינוק דמיחשב אין בו דעת לשאול רק שעשאוהו כיש בו דעת לשאול עיין בפרק ג' דטהרות ובתויו"ט שם ואנכי לא אדע להבין קושיתו היכן ראה או מצא דע"י נכרים חשוב רה"ר ואצלי הוא דבר חדש וכ"ת כתב כאלו הדבר הוא משנה מפורשת אתמהה ובפרט לפי מה שהעלתי בהגהותי הנ"ל דטעם דרשות הרבים טהור ספק טומא' משום

שהוא מקום שיש רוא' ואפשר לברר הדבר א"כ לא שייך אם הרבים המה נכרים דלאו בני עדות נינהו:

עוד כתב שם להשיג על מה שכתבתי בהגהותי הנ"ל בסי' נ"ט לפרש הש"ס דכריתות הנ"ל די"ל דר"מ סבירא לי' כר"ע דמקיש שלשה לשנים דכשאומר אחד מהם איני יודע בטל כל העדות וע"ז כתב כ"ת דאין שמועתי מכוונת דגם לר"ע דוקא כשאומר העד איני יודע כששואלים אותו בחקירות אבל כשעדיין לא העיד כלל ואומר איני יודע בעדות כלום לא יעלה על הדעת לומר דהוה כאלו נמצא קרוב או פסול. אנכי לא אדע לחלק בזה ואפילו אי יהיבנא לי' הא פשיטא דכל שאינו יודע להעיד עדות המועיל בב"ד הוא בכלל איני יודע דכל שאינו מועיל עדותו חשוב פטפוטי דברים בעלמא ואינו מחויב להגיד בב"ד א"כ שפיר יש לפרש דבריו מה דאמר לא ידעתי הכונה לא ידעתי להעיד עדות המועיל חקירות ובדיקות דעל כרחך הני שנים דאמרו לו יודע אתה בעדות פלוני הוה פירושו שהוא יודע עדות המועיל בב"ד בחקירות ודרישות והוא אומר לא ידעתי סגי שיאמר לא ידעתי חקירות ודרישות ואפילו אם אינו יודע איזו מהם ואומר השאר חשוב רק פטפוטי דברים ולא עדות וז"פ:

בסי' ל"ו בסדרי משנה אות ג' כתב להשיג על מה שהבאתי בספרי מצפה ארי' סימן כ"ו ראי' נגד מ"ש הגאון מליסא ז"ל בספרו מק"ח דעל המשלח בעצמו לחתום את השטר אבל חתימת יד השליח לא מהני מהא דאיתא בחו"מ סי' קפ"ב סעיף י"א אמר לי' מכור שדה ולא פירש אפילו מכר למאה ממכרו קיים בד"א כשמכרם בשטר אחד או בב' שטרות והחתימה השליח ע"ש הרי מבואר שהשליח יכול לחתום השטר וע"ז כתב כת"ה דאין זו השגה דהרי דברי המחבר שם הוא דברי ר"ת בתוס' כתובות דף צ"ט וברא"ש פ"ק ומיירי בשטר שחתמו העדים ופי' והחתימם השליח הוה שנתן השליח להעדים לחתום דליכא קפידא לאפושי שטרי אבל אין הכונה שהחתים השליח את השטרות בעצמו. גם אם יהיבנא לו דבר זה מ"מ על כרחך נכתב בשטר שנעשה המכיר' ע"י השליח ולא כל ידי המוכר בעצמו אחרי שהמוכר לא צוה כלל להעדים לחתום אין רשות להעדים לחתום בשמו א"כ מה לי שהשליח חתם בעצמו את השטר ומה לי שהעדים חתמו את השטר בשמו של השליח שהוא מכר בתורת שליחות ואינם צריכים לידע בירור הדבר שהי' כח להשליח עפ"י ד"ת למכור ואם מהני מעשיו דאין המה דיינים לפסוק אלא לחתום על מה שראו בעיניהם שוב ראיתי שכן מפורש בהגה"ה בסי' רל"ח סעיף א' מי שבא לעדים ואמר בית יש לי במקום פלוני אני נותנו לפלוני אע"פ שאין העדים יודעים אם יש לו בית במקום פלוני יכולים לכתוב דהרי אינן מעידין רק על המתנה ואם אין לו

ממילא המתנה בטלה מרדכי סוף פרק המוכר פירות עכ"ל א"כ ה"ה פשיטא שכן הוא הדין בשליח שהוא חותם את השטר בעצמו או שעדים חותמין על ידו וז"ב: ומדי עמדי בספרו ועברתי בו ראיתי דבר אחד ומחמת חשיבות' אמרתי להציג כאן והוא בחלק שו"ת סי' ט"ז אות ח' נתקשה כת"ה בהבנת דברי הנימוק"י יבמות סוף פרק ט"ו שהביא מ"ש הרשב"א ז"ל בחידושיו ח"ל הרשב"א הא דבעי רבא מר"נ המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו לא איפשיטא וחולצת ולא מתייבמת ומסתברא דדוקא גבי יבם הוא דאיבעי' לן אבל בבעל אפילו אשת מוכה שחין או שהיתה קטטה בינו לבינה ותובעת להתגרש אין חוששין כלל אלא חולצת או מתיבמת מדאיבעי' לי' גבי יבם ולא בעי' לה גבי א"א דעלמא בריש פ"ק דגיטין כו' עכ"ל וע"ז כתב כ"ת והדברים נפלאים שהרי בעי' היא בש"ס שם המזכה גט לאשתו במקום קטטה ע"כ נכנס בדחוקים והנה גם אנכי בחורף העבר כאשר ראיתי דברי הרשב"א הי' תמוה בעיני אכן כאשר נתישבתי התבוננתי דכונת הרשב"א ז"ל פשוט דאיהו ז"ל מפרש דהאיבעי' המזכה גט לאשתו במקום קטטה קאי נמי במקום יבם ותרווייהו איתנייהו במקום יבם ובמקום קטטה ומספקא לי' דאולי כה"ג יותר יש לומר דזכות הוא לה ופטורה אפילו מחליצ' וע"ז כתב דגבי בעל היינו כשמזכה גט ובשעת הזיכוי לא הי' במקום יבם אפילו אם הוא מוכה שחין ויש קטטה ביניהם ואפילו תובעת להתגרש לא עלה כלל על הדעת להסתפק בזה ופשיטא דאין כאן גט כלל ואם אח"כ נעשה מקום יבם היא חולצת או מתייבמת וע"ז מביא ראייתו מנדבעי' לי' הכא ביבמות ולא בעי' לה בריש פ"ק דגיטין דף י"ב בפלוגתא דר"מ ורבנן אי גט הוה חוב או זכות כו' וז"ב:

סימן כט

ידידי הרב הגאון החוב"ק המפורסם כש"ת מו"ה יואל משה הלוי לאנדא אבד"ק יאברוב יע"א:

בשבוע העבר בא אלי האיש אשר בידו מכתב כת"ה אשר בו יבקשני לעיין ולהגיד חוות דעתי אודות חתנו של האיש הנ"ל אשר זה כבר יצא מדעת ר"ל וזה איזה זמן שנתרפא מחליו ושוב אינו משוגע או מטורף אך עכ"ז עדיין אינו שפוי לגמרי כשאר כל אדם ודעתו אינו צלולה ובריא לגמרי וע"כ שלח אותו כת"ה שאבחין אותו אם רשאי לפטור את אשתו בגט פטורין. והנני לספר לכת"ה אשר זכור אזכור כי זה כשתי שנים הביאו אותו אלי ולא סיפרו לי מאומה מחלי' רק באו שאסדר להם ג"פ ואנכי כאשר חלפתי איזה דברים ושאלתי לו איזה שאלות בעניני הגט הכרתי בו תיכף מתוך תשובותיו כי הוא מטורף הדעת וגערתי עליהם על אשר לא הגידו לי מאומה מכל זה אולם עתה ראיתי

כי הוא מדבר ומשיב כהוגן ואין בו הכרה מטירוף הדעת אך הולך נמוך ועצב ועיניו למטה כמתנמנם וקל מאוד לפתותו והנני להציע בזה לפני כת"ה את חוות דעתי את אשר יורונו מן השמים:

הנה זה לשון הב"י בסי' קכ"א נשאל הרשב"א הא דאמר רבא עתים חלים ועתים שוטה כשהוא חלים הרי הוא כפקח לכל דבריו וקי"ל כותיה ואם גירש בשעה שהוא חלים גיטו גט או לא קי"ל כותיה כו' דמשמע בירושלמי דר' יוחנן דאמר גבי אחזו קורדייקיס לכשישתפה פליג עליה דרבא. תשובה מסתברא דעתים חלים ועתים שוטה כשהוא חלים הרי הוא כפקח לכל דבריו ודר"י לא פליגא כו' ומסתברא שאפילו חלים בעלמא שאינו שפוי לגמרי הרי היא כפקח לא בבדיקה כשנשתטה אלא שהוא חלים שהוא מדבר בעניניו ואינו קורע בגדיו ואינו לן בבה"ק:

ואינו יוצא בלילה ואינו מאבד מה שנותנים לו והם סימני שוטה כדאיתא בירושלמי דגיטין ודתרומות אע"פ שהוא חלוש עדיין וסימני חליו ניכרים בגופו שלא נתרפא לגמרי אלא כאדם המתחזק מאליו כו' הרי הוא כפקח לגמרי עכ"ל כ"ז הביא הרב"י בשם הרשב"א וכן פסק במחבר שם מבואר בהדיא דכגון עובדא דידן יכול לגרש את אשתו לפי שיטת הרשב"א ז"ל אולם ראיתי בתשו' חת"ס חלק אה"ע סי' ד' דשדא בה נרגא שהביא בשם ספר חמדת שלמה שהב"י לא פסק כן אלא משום דאזיל לשיטתי' שפסק בסי' ב' מה' שחיטה כדעת רבינו שמחה דלא חשיב שוטה אלא דוקא ע"י חד מהנך ד' סימנים שמנו חז"ל בש"ס חגיג' דף ד' וביר‌ושלמי שהביא הרשב"א ז"ל אבל ע"י מעשה שטותים אחרים שעושה אם לא נמצאו בו חד מהד' סימנים הנ"ל לא חשוב שוטה ומשו"ה גם כשנעשה שוטה מחמת חד מהנך סימנים ואח"כ חזר מזה אע"פ שעדיין לא נעשה שפוי לגמרי וסימני חליו נכרים בגופו חשיב חלים אבל לדעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפ' ט' מה' עדות ה' ט' דכל שנטרפה דעתו ונמצאת דעתו משובשת תמיד בדבר מן הדברים אע"פ שמדבר ושואל כענין בשאר דברים הרי זה פסול ובכלל שוטים יחשב ע"ש א"כ פשיטא שאין מחזיקין אותו בחלומו עד אחר בדיקה מרובה וכל שאינו שפוי לגמרי ועדיין דעתו קלושה אין להחזיק אותו לחלים ונהי דבמוחזק בחזקת בר דיעה ובריא מקילין ולא מחזיקינן בשוטה עד שיהי' שוטה גמור ועדיף חזקת גופו מחזקת א"א שלה מ"מ אחר שכבר הוחזק בשוטה אין להחזיקו בבריא עד שיהיה בריא אולם וחזקת א"א עדיף ע"כ דבריו והגאון חת"ס סיים ע"ז ראויין הדברים למי שאמרן אלא שכתב שם להחזיק דברי הנו"ב בספר אור הישר דגם הרמב"ם ז"ל לא כתב הכי רק גבי עדות אבל לגבי שאר מילי

מודה הרמב"ם ז"ל ולא יחלוק על גמרא מפורשת בבלי וירושלמי דרק ע"י הנך ד' סימנים שנזכרו בגמרא חשיב שוטה ע"ש טעמו ונימוקו:

ולכאורה עלה על לבי להביא ראי' לדברי הגאון מווארשא בעל ח"ש ז"ל דהנה לכאורה לשיטת רבינו שמחה הנ"ל דהא דמנו חז"ל בש"ס חגיגה ובירושלמי דגיטין ודתרומות הנך ד' סימני שוטה הוא להורות דדוקא ע"י הנך סימנים חשוב שוטה אבל ע"י שטותים אחרים שעושה לא נחשב לשוטה יש להקשות לרב הונא דקאמר בירושלמי אברייתא דקתני איזה שוטה הלן בבה"ק והיוצא יחידי בלילה והמקרע כסותו ומאבד כל מה שנותנים לו עד דעביד לכלהון אבל בחד מהנך ד' לא חשיב שוטה איך נפרנס לדידיה משנה מפורשת בפ' ב' דגיטין דף כ"ג הכל כשרים להביא את הגט חוץ מחרש שוטה וקטן דאיך משכחת לה כלל הא כיון שהביא את הגט ושמרו כראוי ולא אבדו חזינן דאינו מאבד כל מה שנותנים לו וכ"ש לפי מה דמוקי התם הש"ס למתניתין דמיירי שהביא הגט מחו"ל לארץ הא הביא את הגט ממקום רחוק והבין לשומרו שלא לאבד ושלא יתקלקל איך יעלה למיחשב גברא כזה בכלל מאבד כל מה שנותנים לו ולא מיבעיא להמפרשים דהא דקתני מאבד הוי פירושו שמאבד בידים ממש בודאי קשה הא חזינן שלא אבד ולא קלקל כלל אלא אפילו לפמ"ש הפמ"ג ביו"ד סי' י' דמשמע מהט"ז דמפרש דכל שלא שומר כראוי ומחמת כן הוא מאבד ג"כ קשה הא הכא חזינן ששמר את הגט כראוי והביא בידו לעשות שליחותו הא לא הוי בכלל מאבד מה שנותנים לו וא"כ אפילו אי עביד לשלשה שטותים אחרים דהיינו שלן בבה"ק ויוצא יחידי ומקרע כסותו ג"כ לא חשיב שוטה בכך דהא לא עביד לכולהון אלא מוכח כדעת הח"ש דשאני בין עיולי לכלל שוטה לבין אפוקי מחזקת שוטה באיש שכבר הוחזק מכבר לשוטה דבאיש כזה כו"ע מודים דאינו יוצא מחזקתו עד שיהיה בריא בכל הדברים וכל שניכר בו סימני שוטה קצת אפילו משטותים שלא נזכר בגמרא אכתי נידון כשוטה שפיר ניחא די"ל דמתניתין בהוחזק מכבר לשוטה:

אמנם עדיין יש לפקפק בזה דהא איתא במתניתין דהתם שפוי ונשתטה וחזר ונשתפה כשר וא"כ בזה הקושיא במקומה עומדת דהאיך משכחת לה הא כיון שהיה שפוי בדעתו בשעה שנמסר לו שליחות על הגט ומאז ואילך הגט היה בידו והוא שמרו כל אותו זמן כראוי ולא אבדו וא"כ איך אפשר שיהי' שוטה. אך בזה אפשר לומר דמשכחת לה דמתרמי שלא הי' הגט בידו בזמן שטותו אלא הי' בפקדון ביד אחרים ומש"ה לא אבדו ואח"כ כשנשתפה לקח את הגט למסרו ליד האשה אבל רישא דמתניתין דהי' שוטה בשעת מסירת הגט לידו וא"כ היה יכול לקרעו או לאבדו וכן בשעה שהביא את הגט ליתן

להאשה ג"כ על כרחך הגט בידו ואינו מאבדו ועכ"ז חשבינין ליה לשוטה א"כ קשה כנ"ל אלא ע"כ כמ"ש להוכיח מזה דמיירי שהי' שוטה מכבר וכדעת הגאון מווארשא ודו"ק:
שוב התבוננתי דיש מקום בראש לומר דדבר זה תליא במחלוקת של ר' יוחנן ורב הונא דרב הונא דסבר עד דעביד לכולהו יש חילוק בין לכתחל' להחזיקו לשוטה ובין היכי שכבר הוחזק לשוטה אבל לר"י דקי"ל כוותיה דבחד מהנך ד' סימנין חשיב שוטה אין חילוק בין לכתחל' להיכי שכבר הוחזק לשוטה והטעם בזה נ"ל די"ל דהא הגמרא בחגיגה שם פריך אדרב הונא היכי דמי אי דעביד דרך שטות אפילו בחדא נמי אי דלא עביד להו דרך שטות אפילו כלהו נמי לא ומשני לעולם דעביד להו דרך שטות והלן בבה"ק אימר כדי שתשרה עליו רוח טומא' הוא דקא עביד והיוצא יחידי בלילה אימר גנדריפס אוחזתו והמקרע כסותו אימר בעל מחשבות הוא ע"ש מבואר א"כ דאי לאו דאנן תלינן לי' בהני הוי מודה ר"ה דסגי בחדא א"כ מסתברא שפיר למימר דרק במי שלא הוחזק מעולם לשוטה סובר ר"ה דבחד זימנא לא סגי מחמת דאנן תלינן ליה בכל הני אבל במי שהוחזק כבר בשוטה מחמת דעביד לכלהו אע"פ שחזר ושוב אינו עושה כל הני דברים ונשאר רק בחד מנהון ג"כ נחשב אכתי לשוטה דלמה לן לתלות באיש כזה כיון שעדיין נשתייר לו מקצת סימנים מאותן שנעשה שוטה על ידם הלא מסתברא יותר להעמידו על חזקתו שהוא שוטה אבל אין ראי' מזה לפי מה דקי"ל כר' יוחנן דבחד מהנך ד' סימנים חשוב ג"כ שוטה ולשיטת רבינו שמחה דבשאר שטותים לא חשיב שוטה שנעשה חילוק בין לכתחל' להחזיקו לשוטה דאז סובר ר"ש דבעינן דוקא חד מהנך ד' דברים אבל כשכבר הוחזק לשוטה והיה סגי אפילו מחמת שטות משאר שטותים שהם ענינים אחרים דאין להם שייכות לסימני שוטה דבר זה אינו מוכח כלל והבן:
והנה בש"ס דבבלי שם בחגיגה לא סבירא להו כשיטת הש"ס ירושלמי דרב הונא ס"ל עד דעביד כל הד' סימני שוטה דהא אמר רב פפא אי שמיע ליה לר"ה הא דתניא איזהו שוטה המאבד מה שנותנים לו הוי הדר ביה ובעי הגמרא ממקרע כסותו לחודי' הוי הדר ביה דדמי לי' או דילמא מכלהו הוי הדר ביה ע"ש מבואר בהדיא דפשיטא דרב הונא לא סבירא ליה דבעינן כל הד' סימנים וא"כ לפי שיטת ש"ס דילן ליכא הוכחה הנ"ל גם אליבא דרב הונא לחלק בין להחזיקו מתחלה לשוטה לבין היכי שכבר הוחזק לשוטה כמו שכתבנו למעלה אך עכ"ז הסברא בעצמה נותנת לחלק בהכי וכן ראיתי שסברא זו שהביא החת"ס בשם הגאון מווארשא לא חדשה היא שכבר קדמוהו הגאון בעל קרבן עדה בתשובתו בספר אור הישר שכתב להשוות דברי הרמב"ם ז"ל עם שיטת

רבינו שמחה ז"ל דהרמב"ם ז"ל נמי ס"ל כר"א דלהחזיקו בשוטה בעינן חד מהנך ד' סימנים שמנו חז"ל דוקא אלא שהרמב"ם ז"ל:

מיירי באיש שכבר הוחזק לשוטה מחמת חד מהנך ד' סימנים וחזר משטות זה ועדיין עושה שאר שטותים דמשו"ה חשוב שוטה ואף כי לדעתי קשה מאוד להעמיד כונה זו בדברי הרמב"ם מ"מ חזינן שהעלה הגאון בעל ק"ע סברה זו שחידש הגאון מווארשא ע"ש:

והנה ראיתי להגאון בעל שאגת אריה בתשובתו בספר אור הישר עמד על דברי הגמרא הנ"ל דמאי קא בעי אי ממקרע כסותו לחודיה הוי הדר ביה או דילמא מכלהו הוי הדר ביה איך אפשר לומר דרק ממקרע כסותו לחודא הוי הדר ביה הא אי מקרע כסותו לחודיה סגי א"כ לא נשאר רק לן בבה"ק ויוצא יחידי בלילה והוי רק תרתי וא"כ איך קאמר ר"ה כיון דעבדינן לכולהו הוי להו כמי שנגח שור חמור גמל הא התם בעינן שלשה דוקא ע"ש. והנה בפשיטות י"ל לפי מה שכתב הש"ך והט"ז ביו"ד בסי' ב' דבפעם אחת לא נחשב שוטה רק בעינן שיהי' דרכו בכך ורגיל מקרי בג' פעמים כמ"ש הפרמ"ג שם א"כ שפיר ניחא דאף דמקרע לחודיה חשיב שוטה היינו בג' פעמים אבל כשעשה פעם אחת לבד הוא מצטרף להני תרתי למיחשב שוטה כמו שנגח שור חמור גמל אך באמת בלא זה קשה לי על הגמרא דמנין ליה דרב הונא הוי הדר ביה אלו הוי שמיע ליה הך ברייתא הא על כרחך הני תרתי ברייתות פליגי אהדדי דהתם קתני איזהו שוטה המאבד מה שנותנים לו ולא קחשיב הנך דקתני בברייתא דחגיגה הלן בבה"ק והיוצא יחידי בלילה והמקרע כסותו וביחוד לשיטת רבינו שמחה דמה דנקט בברייתא דוקא קתני ולא אמרינן תני ושייר א"כ על כרחך פליגי הני מתניתא אהדדי וא"כ אף דתנא דהך ברייתא סבר דבמאבד לחודא הוי שוטה מ"מ ס"ל לר"ה דתנא דברייתא דנקט הני תלתא סבר עד דעבד לכולהון וזהו תמיה עצומה לדעתי והנה לפמ"ש למעלה די"ל דש"ס דילן גם לר"ה אינו מחלק בין להחזיקו לשוטה להיכי שכבר הוחזק אפשר לומר דמשו"ה אי אפשר כלל לומר דתנא דברייתא סבר דאין שוטה רק מי שמאבד מה שנותנים לו דוקא אבל כשאינו מאבד לא נעשה שוטה בשים דבר אחר דא"כ קשה לדידי' דאיך יפרנס סתם מתניתין דגיטין שהבאתי למעל' דהכל מביאין את הגט חוץ מחרש שוטה וקטן אלא מוכח דהאי תנא ג"כ ס"ל כתנא דברייתא דחגיגה אלא שמוסיף ואומר דמאבד נמי שוטה הוא ומ"מ זה דוחק:

והנראה לי בזה דהך ברייתא דאיזהו שוטה המאבד מה שנותנים לו אינו ברייתא בשום מקום רק בתוספתא נקט מאבד מה שנותנים לו בהך ברייתא גופא וקא חשב ד' סימנים

הלן בבה"ק והיוצא יחידי בלילה ומקרע כסותו ומאבד מה שנותנים לו כאשר הוא בברייתא דבירושלמי בגיטין ובתרומות אך בברייתא דש"ס דילן נשמט המאבד כו' רק נקט מה שצריך לענינא ומשמע מהברייתא תחלה וסוף וכיוצא בזה מצינו עוד בש"ס כמו בסנהדרין דף פ"ג ע"א מיתיבי ואלו הן שבמיתה טמא ששימש והשמיט מהברייתא תחלה וסוף דאח"כ אמר גופא ואלו שבמיתה האוכל את הטבל כו' ע"ש וכן עוד מצינו כמה פעמים כה"ג כמו בבכורות דף י' ע"ב דתנן המקדש בפטר חמור אינה מקודשת וקיצר תחלה וסוף ע"ש ועיין פסחים דף ט' ע"א תוס' ד"ה בשפחתו ולהכי קאמר רב פפא דאי הוי שמיע לר"ה דבאמת חשיב נמי בהדי הנך תלתא עוד המאבד מה שנותנים לו הוי הדר ביה דלא מסתבר כלל למימר דבעינן מקרע כסותו ומאבד מה שנותנים לו הא כי הדדי ניהו אלא ע"כ או קתני מקרע את כסותו או מאבד מה שנותנים לו ולהכי מיבעיא לי' להש"ס אי ממקרע לחודא הוי הדר ביה היינו דלא בעינן מקרע ומאבד והני תרתי או קתני אבל מ"מ בעינן תלתא סימנין היינו חד מהנך תרתי עם הלן בבה"ק והיוצא יחידי בלילה אי הוי מוד' לגמרי לר' יוחנן דחדא מנהון סגי וכל הברייתא או קתני כמו הני תרתי אחרנייתא מקרע ומאבד דע"כ או קתני ודו"ק כי לפע"ד הוא פירוש נפלא בגמרא אחרי כי לא נמצא בשום מקום בתוספתא ברייתא כזו דליחשיב מאבד לחודא וכן בירושלמי נקט הכל ביחד ע"ש:

ודע דיש לחקור לרב הונא דס"ל עד דעביד לכלהון אי מחזיקינן אותו לשוטה למפרע דהא באמת פריך הגמרא אי דעביד דרך שטות אפילו חדא נמי ומשני דבחדא תלינן כגון בלן בבה"ק אמרינן דלמא אחזתו רוח טומא' א"כ היכי דעבד אח"כ כל הני תלתא יש לומר דשוב לא תלינן אלא אמרינן דמסתמא גם מה שעשה דרך שטות בסימן ראשון כני היה מחמת שנשתטה וכל מה דעביד בנתיים כגון גירש או שחט נתבטל למפרע ואף דמדמי לשור חמור גמל דהתם לא נעשה מועד אלא מכאן ולהבא דהתם שאני דלא היה על הבעלים לידע לשמרו כ"ז שלא נעשה מועד או ס"ל לר"ה דלא נעשה שוטה למפרע וכן אני מסתפק אפילו לדידן דקי"ל כר' יוחנן דבחד מהנך סימנים סגי וכתב הש"ך ביו"ד סי' ב' דבעינן שיהא דרכו בכך אבל בפעם אחת לא נחשב לשוטה איך הדין אי יש לפסול שחיטתו למפרע מפעם הראשון ואילך או כל זמן שלא הוחזק לשוטה ע"י שלשה פעמים אין שחיטתו פסולה וביבמות דף פ' ע"א גבי סימני סריס איתא ג"כ כעין פלוגתא זו דפליגי ר' יוחנן ורב הונא דרב הונא סבר עד שיהא בכולם ור"י אמר אפילו באחד מהן ומשמע מדברי התוס' ד"ה עד שיהא בכולן דאח"כ אמרינן שמסתמא גם סימנים הראשונים היו מפני שהוא סריס ועוד כתבו התם דהא דקאמר רב הונא עד

שיהא בכולן היינו למיחשב אותו לודאי סריס אבל למיחשב אותו לספק סריס לא בעינן כולם ע"ש וא"כ גם כאן י"ל דרב הונא מודה דאע"ג דלא עביד כולהו רק חד מינייהו חשיב עכ"פ ספק שוטה וכן משמע מהגמרא דקאמר אימור אחזתו רוח טומא' היינו דלא מחזיקינן אותו לודאי שוטה אפילו לקולא אבל מ"מ אמרינן מידי ספיקא לא נפקא ויש לחוש לחומרא:

אמנם יש לחלק ולומר דשאני התם דאכתי לא. הוחזק בגדול ומשו"ה כל שיש איזה ריעותא חשבינן ליה לספק סריס אבל הכא דיש לו חזקת חלים לא מחזיקינן ריעותא בסימן אחד אליבא דר"ה אי בפעם אחד לפי מה דקי"ל כר"י וכ"ש דשאר שטותים שעושה כיון שהי' בחזקת חלים מספק אתה בא להוציאו מחזקתו אל תוציאנו מספק.

ובזה נרווח לנו לישב דברי רש"י ז"ל בנדה דף מ"ה ע"ב במתניתין דקתני בן י"ג שנה ויום אחד נדריו קיימים כו' אע"פ שאמרו אין אנו יודעים לשם מי נדרנו לשם מי הקדשנו נדרן נדר והקדשן הקדש וכתב רש"י ז"ל ומיום י"ג שנה ואילך אפילו אמרו אין אנו יודעים כו' גדולים הם ובכלל שוטה לא מחזיקינן להו דסופו לבוא לכלל דעת ואין שוטה אלא המקרע כסותו והלן בבה"ק והיוצא יחידי בלילה עכ"ל ומתמה הגאון בעל שאגת אריה בתשובתו בספר אור הישר דדברי רש"י ז"ל נראין כסותרין מסיפא לרישא דבתחלת דבריו כתב דאתי לכלל דעת משמע דס"ל כדעת הרמב"ם ז"ל דלאו דוקא הני סימנים דחשיב הברייתא בחגיגה ומסיים ואין שוטה אלא המקרע כסותו והוא כשיטת רבינו שמחה דדוקא ע"י הני סימנים חשיב שוטה אבל בלא"ה לא אבל לפי הנ"ל ניחא דרש"י ז"ל ס"ל כשיטת רבינו שמחה דגדול אע"ג דאתייליד ביה ריעותא בשאר שטותים חשבינן ליה לבריא ואפילו מיחוש לא חיישינן אלא הרי הוא בחזקתו אבל הכא דמיירי בבן י"ג שנה ויום אחד דאכתי לא הי' מעולם בכלל בר דעת א"כ דמי להך דסריס דכל שיש בו איזה ריעותא לא נעשה גדול אלא מתלי תלי וקאי ואי אתייליד ביה אח"כ סימני שוטה חשבינן ליה לשוטה משעה ראשונה דהוכיח סופו על תחילתו וכמ"ש למעלה ואי אתי: לכלל דעת היינו שלא יבואו בו סימני שוטה חשבינין ליה לגדול למפרע ולהכי עולים בזה דברי רש"י ז"ל יפה דאע"ג דפשיטא דבן י"ג שאינו יודע לשם מי נדר ולשם מי הקדיש חשיב ריעותא מ"מ עכ"פ אין להחזיקו בשוטה ודאי מחמת דאפשר שיבוא עוד לכלל דעת ויהא גדול למפרע ונהי דמי שיש בו הני סימני שוטה הוא ודאי שוטה מ"מ כל שאין בו הני סימנים אע"פ שעדיין לא הוחזק לגדול מ"מ אין מחזיקין אותו נמי לכלל שוטה ואם יבואו אח"כ הסימנים יחשב שוטה למפרע כיון דלא בא לכלל בר דעת מעולם וכמו שכתבו התוס' גבי סימני סריס שהבאתי למעלה ודו"ק:

עוד ראיתי בספר חת"ס שכתב וז"ל והנה הא דכתב הרמב"ם ז"ל כ"ז דלא הדר ביה משטותיה אבל אי הדר ביה משטותיה כגון שמקפיד על מלבושיו שלא יקרע וכדומה בכל הני סימנים הדר לפקחותו וכ"כ בשמלה חדשה אלא דהיה לו לפרש דוקא דחזינן ביה מילתא יתירתא סימן פיקחות ולא סגי במה שאינו מקרע כסותו ואינו לן בבה"ק כו' דוגמא דשור המועד דבעינן שיהיו התינוקות ממשמשין בו עיין ב"ק כ"ד הכא נמי דכוותיה כן כתב החת"ס. ובעיני דבריו יפלא ואחרי בקשת הסליחה לא דמי כלל לשור המועד דבעינן שיהיו התינוקות ממשמשין בו דהתם הטעם דבלא"ה הוא עדיין לא יצא מחזקתו והוא שור נגח ומוטל על הבעלים לשמרו שלא יגח מחמת דחיישינן שמא יחזור לקדמותו ובמה שלא נגח יום אחד לא סגי למיחשב חזרה לגמרי דשמא יגח ביום מחר אבל כשהתינוקות ממשמשין בו יש הוכחה שעזב מעשה הנגיחה לגמרי מכל וכל ושוב לא יחזור ליגח והוא כשאר שוורים ואין על הבעלים לשמרו יותר משאר שוורים אבל הכא דחזינן דעתה אינו עושה שום שטות ואינו מקרע כסותו ואינו לן בבה"ק ואינו יוצא יחידי בלילה הרי הוא עתה עתים חלים ואפילו אם אפשר שיחזור ביומא אוחרא להיות שוטה כבראשונה מאי איכפת לן בזה הלא אין לנו אלא שעתה ושעה זו שהוא מגרש אינו נחשב לשוטה וזה ברור ודו"ק:

ואלו הייתי כדאי ולא הוי מסתפינא מחבירי וכ"ש מרבותי הייתי אומר דבר חדש והוינא מוסיף נופך משלי בעזר הצור והוא עפ"י מה שחנני ד' לישב דברי רש"י ז"ל בגיטין דף מ' ע"ב מקושית התוס' שם ד"ה וכתב גבי הא דאמרינן התם ההוא עבדא דבי תרי קם חד מינייהו ושחררה לפלגיה אמר אידך השתא שמעו בי רבנן ומפסדא לי אזל אקניה לבנו קטן שלחה רב יוסף בריה דרבא לקמיה דר"פ שלח ליה כאשר עשה כן יעשה לו כו' אנן קים לי' בינוק' דמקרבי דעתיה לגבי זוזי מוקמינן ליה אפוטרופוס ומקרקש ליה זוזי וכתב ליה גיטא דחרותא על שמיה וכתבו התוס' לא נהירא לרבינו שמואל פי' הקונטרס על שמיה דקטן דאין מעשה קטן כלום להתירו בבת חורין כמו קטן שקונה יבמתו מה"ת דאינו נותן גט עד שיגדיל ואע"ג דפעוטות כבר שית כבר שבע ממכרן ממכר במטלטלין היינו בממון דוקא דהפקר ב"ד הפקר עכ"ל ואנכי כתבתי בחי' ליישב דברי רש"י ז"ל עפ"י מה דאמרינן בקדושין דף י"ט ע"א אין יעוד אלא בגדול ואין יעוד אלא מדעת ופריך תרתי ומשני מה טעם קאמר מה טעם אין יעוד אלא בגדול משום דאין יעוד אלא מדעת ע"ש מבואר בהדיא דהא דמעשה קטן אינו כלום הוא משום דבעינן דעתו וקטן אין בו דעת אבל אי לא הוי בעינן דעת היה קטן ג"כ מצי לייעד וכן מצינו בגיטין דף ע"א ע"ב דאמר ר' יצחק ד"ת שוטה מתגרשת מידי דהוי אפקחת בעל כרחה ע"ש חזינן ג"כ הך

סברא דכל דמהני בע"כ אפילו בשוטה מהני וכן איתא בנדרים דף ל"ו ע"ב דאמר ר' יוחנן הכל צריכים דעת חוץ ממחוסרי כפרה שהרי אדם מביא קרבן על בניו ובני ביתו הקטנים מבואר בכל הני מקומות בגמרא דכל היכי דלא בעינן דעת ורצון מהני אפילו בקטן וא"כ בחצי עבד וחצי בן חורין שהדין הוא שכופין את רבו לשחררו דקי"ל כמשנה אחרונה כמו דאיתא בכל הסוגיא וכיון דגדול כופין אותו לשחררו גם קטן שפיר יוכל לשחרר אך לכאורה יש לפקפק ולומר דגדול שאני דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ודברים שבלב אינם דברים ומשו"ה מהני דז"א דהא בקידושין דף נ"א ובב"ב דף מ"ח ע"א רצה הגמרא להוכיח דדברים שבלב לא הוי דברים מהך דיקריב אותו מלמד שכופין אותו וכן מסיפא וכן אתה מוצא בגיטי נשים ובשיחרורי עבדים דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני והא בליביה לא ניחא ליה ומשני שאני התם דמצוה לשמוע דברי חכמים וע"ש בהקדמונים וברמב"ם פי' הדבר דעיקר מה שאינו רוצה הוא מחמת שיצרו תקפו לכן השתא דכייפינן ליה ברור אצלינו שהוא עושה בלב גמור א"כ הלא הדברים ק"ו ומה גדול שאינו רוצה בעצמו לגרש עד שכופין אותו לומר רוצה אני מ"מ מהני מחמת הך סברא דמצוה לשמוע דברי חכמים כ"ש דלא איכפת לן מה שהוא קטן ואין לו רצון גמור דהא אנן סהדי דאלו היה לו דעת גמור היה בודאי מרוצה דהא מצוה לשמוע דברי חכמים ועיין בתוס' כתובות דף י"א דגר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד משום דהוי זכות גמור ע"ש והתוס' בקידושין דף ה' ע"א ד"ה שכן ישנן בע"כ כתבו וז"ל ויש מיישבים פי' הקונטרס דודאי זה קרוי בעל כרחה מכירה של אמה העבריה שחוב היא לה ואם היתה בר דעת לא מתרצית אבל קידושי קטנה לא חוב הוא לה כמו מכירה וסופה עומדת לינשא אם היתה בר דעת היתה מתרצית ולא חשיב על כרחה עכ"ל. ועוד מצינו דוגמא לזה בתוס' ב"מ דף כ"ב ע"ב גבי הא דא"ל רב אחא בריה דרבא לרב אשי הני תמרי דזיקי היכי אכלינן להו א"ל כיון דאיכא שקצים ורמשים מעיקרא אייאושי מייאש מרא מיניה ותו פריך יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי וכתבו בתוס' בשלמא לרבא כיון דלכי גדלי מייאשי השתא נמי מייאשי עכ"ל ע"ש וסברתם נמי נראה על דרך זה כיון דגם בגדול מהני אפילו שלא מדעת מחמת דאנן אמדינן ליה לדעתיה דמייאש שוב אין חילוק בין גדול לקטן ומעתה לפ"ז בהך דחצי עבד וחצי ב"ח דכיון דגדול כופין אותו עד שיאמר רוצה אני בכה"ג מהני ג"כ בקטן כשהגיע לעונת הפעוטות ויודע מטוב משא ומתן דבכה"ג מהני מה שאמר רוצה אני אפילו מה"ת דכל שלא הגיע לעונת הפעוטות לא חשיב מכירה כלל רק מעשה קוף בעלמא כיון שאינו יודע בענין מכירה כלל אבל כשהגיע לעונת הפעוטות דיודע ענין מכירה וקנין רק מה דלא מהני בעלמא הוא משום שאין הרצון שלו חשוב רצון בכה"ג

דאמרינן מצוה לשמוע דברי חכמים בודאי לא עדיף מגדול ומהני ג"כ מה"ת: ולפי הנ"ל יש ליישב דברי הר"נ ז"ל בפ' לולב וערבה שכ' אהא דאמרי' התם בגמרא דף מ"ו ע"ב לא ליקני איניש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא דינוקא מיקני קני אקנויי לא מקני ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו וז"ל פירוש שתינוק שלא הגיע לעונת הפעוטות דזוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים דאי בהגיע לעונת הפעוטות אקנויי נמי מקני דהא ק"ל הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר והקשו השעה"מ וח"ז הישי"ע הא הך דפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר לא הוי אלא מדרבנן ואיך יוצא בזה מצות לולב דבעינן לכם מה"ת וכאן מה"ת אין הפעוטות יכולים להקנות ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו ע"ש אבל לפי מה שכתבתי שפיר י"ל דמה דפעוטות אינם יכולים להקנות מה"ת הוא משום דאין להם רצון ומעתה היכי שנתן להם מתנה ע"מ להחזיר דבגדול כה"ג על כרחו הוא, מחזיר ואפילו לשיטת הרא"ש ושאר הקדמונים שם בפ' לולב וערבה דבמתנ' ע"מ להחזיר נמי צריך להקנות ליה בחזרתו ואי מחזיר ליה בלא הקנאה אינו יוצא הבעלים במצות לולב מ"מ:

על כרחו הוא מקנה ליה בשעת חזרה דאי לא מקנה ליה נתבטלה המתנה למפרע ויותר מזה כתב הישי"ע שם דלפמ"ש הרשב"א בחידושיו ליבמות דאפילו היכי דהתנאי אינו מועיל כגון באומר חלוץ ע"מ שתתן לך מאתיים זוז דבחליצ' לא מהני תנאי משום שא"א לקיים ע"י שליח מ"מ מחוייבת ליתן לו מאתיים זוז כמו שכר פעולה שמתחייב בדיבור בעלמא ואדרבה היכי שמתנה תנאי שחל מדיני תנאי כשאינו מקיים התנאי המעשה בטלה וא"א לכופו לקיים מה שהתחייב עצמו באמירת התנאי כו' משא"כ היכי שהמעש' כבר מקויים מחויב שכר פעולה ע"ש וכיון דבגדול כופין אותו להחזיר לא איכפת לן מה שהוא קטן ומהני החזרתו אפילו מה"ת לכן שפיר כתב הר"ן ז"ל דדוקא בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות דאין מעשה שלו כלום מחמת שאינו יודע מענין מקח וממכר כלל והוי כקוף בעלמא אבל כשהגיע לעונת הפעוטות ומבין דרכי מסחר וקנין רק דלא מהני מחמת שאין לו רצון גמור בכה"ג שבגדול כופין אותו להחזיר מהני גם בקטן מה"ת ודוק:

והנה ביבמות דף קי"ג ע"ב אמר ר' יצחק דבר תורה שוטה מתגרשת מידי דהוה אפיקחת בע"כ ומה טעם אמרו אינה מגורשת שלא ינהגו בה מנהג הפקר ופריך הגמרא היכי דמי וכו' אלא דאין יודעת לשמור את גיטה ולא את עצמה. דבר תורה שוטה מתגרשת והא אמר דבי ר' ינאי ונתן בידה מי שיש לה יד לגרש עצמה יצאתה זו שאין לה יד לגרש את עצמה ותנא דבי ר' ישמעאל ושלחה מביתו מי שמשלחה ואינה חוזרת ומשני לא צריכא דיודעת לשמור גיטה ואינה יודעת לשמור את עצמה דבר תורה שוטה מתגרשת

דהא יודעת לשמור את גיטה ואמרו רבנן לא ליפק' שלא ינהגו בה מנהג הפקר אמר אביי דיקא נמי דקתני גבי דידה נשתטית לא יוציא וגבי דידיה לא יוציא עולמית מ"ש הכא דקתני עולמית ומ"ש התם דלא קתני עולמית אלא ש"מ הא דאורייתא והא דרבנן ע"ש מבואר בגמרא דאיכא תרי גווני שוטה, חדא שוטה שאינו יודע כלל מאומה מה זה ענין גט כריתות דבכה"ג לא חשיב שילוח כלל דאם הבעל שוטה אינה משלחה כלל ואם האשה שוטה הוא משלחה והיא חוזרת ובכה"ג אין חילוק בין הבעל שמגרש אלא לרצונו ובין האשה שמתגרשת בעל כרחה אחרי שאין כאן שילוח כלל ואופן הב' שוטה שמבין ענין הגט כריתות ויודע בטיב ענין שילוח האשה שמתירה לעלמא בזה יש חילוק דבאשה בכה"ג מה"ת מתגרשת כמו דאמר רב יצחק דהא יודעת לשמור את גיטה ואע"ג דאין לה רצון לא גרע מפקחת בעל כרחה אבל באיש קתני לא יוציא עולמית דאפילו בכה"ג שיודע ענין הגט וחזינא ליה דחריף מ"מ כיון שהוא שוטה עפ"י סימני שוטה שמנו חז"ל לשיטת רבינו שמחה או להרמב"ם ז"ל אפילו בשאר הדברים כמו שהבאתי למעל' אינו יכול להוציא מחמת שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו וכל שהוא שוטה אין לו רצון גמור וכן כתב רש"י ז"ל בגיטין דף ע"א ע"ב כדר' יצחק וסיפא דאורייתא דגבי מגרש בעינן דעתו שהאיש אינו מוציא אלא ברצונו ע"ש:

מעתה לפי מה שחדשתי למעל' דכל שכופין אותו לא איכפת לן אם הוא איש שאין לו רצון גמור. יש להמציא חדשות דבגווני שהדין הוא שכופין את הבעל להוציא כמו בכל הני שמבואר באה"ע סי' קנ"ד שיש לו ריח הפה או ריח החוטם כו' גם אם הוא שוטה עפ"י סימני שוטה ורק שהוא חריף ויודע ענין הגט שהוא פוטרה ומתירה לעלמא שפיר יכול לגרש דמה לנו שהוא שוטה ואין לו רצון כיון שגם אם הוא פיקח היינו כופין אותו לגרש והנה אף שלדעתי הוא דבר נכון ויקר מאוד מ"מ אין אני אומר דבר זה להלכה כי מי אני שאכניס עצמי לחדש חדשות באיסור חמור דא"א ולא באתי אלא לעורר את המעיין כתלמיד הדן לפני רבותיו:

ובענין האיש שלפנינו אם יעמוד כת"ה על המחקר במקומו ואתריה אצל השכנים שאינו עושה עוד מעשה שטותים מה שהי' עושה מקודם. וגם כל תהלוכותיו אינם מביאים לידי שחוק והיתול ושואל ומשיב כהוגן אע"פ שהוא תשוש עדיין קצת לדעתי יש לסמוך על הרשב"א ז"ל להקל. ואם יסכים לזה מעכ"ת גם אנכי הנני מצטרף לזה לאמטויי שיבא מכשורא ויוכל מעכת"ה לסדר גט פיטורין כד"ת ומד' אבקש עוזר לבל אכשל בדבר הלכה ויורני דרך האמת שלו ככה:

סימן ל

כבוד הרב הגדול המפורסם חריף ובקי בכל חדרי תורה מושלם ומפואר כש"ת מו"ה פנחס שפירא בק' פאלטישען יע"א:

בדבר המעשה שהי' באחד ששידך את בתו לבחור מופלג ושוקד על דלתי התורה ואח"כ נטה דעתו מדבר הנכבדות ורצה לשדך את בתו לאיש אחר ולא עלתה בידו כי הכלה לא רצתה לבגוד בהחתן שלה אשר כבר נתקשרה עמו בעבותות אהבה ושלחה עוד מתנות להחתן אבל לא יחרוך רמי' צידו ואביו לא נח מזה עד לבסוף פעל אצל בתו הכלה שתמאן בהחתן ועתה אומר אבי הכלה שימתין הוא מלבוא בקושרים עבור בתו עד שישדך החתן מקודם ואז יהי' הוא מותר לעשות שידוך עם בתו כמבואר ביו"ד סי' רל"ו וכת"ה הביא מ"ש באה"ע סי' נ' דאם הכלה אינה רוצית חשוב אבי' כאונס והיא בשם הרשב"א וגם העיר מהרמ"א ביו"ד סי' רל"ב דאם הי' זמן לקיים שבועתו ואח"כ נאנס דדעת האגודה דבכה"ג לא חשוב אונס ויש חולקין דבכה"ג חשוב אונס וה"נ תליא בזה כיון שמקודם היתה בתו מרוצה בשעה שהגיע זמן החתונה ואך הוא הי' המעכב א"כ אפילו אם נאנס אח"כ תליא בשני הדיעות הנ"ל תו הביא כ"ת מ"ש הנתיבות המשפט סי' נ"ה דהאגודה לא כתב הכי אלא בנדרים ובבתי ערי חומה אבל בשאר ענינים כמו בגיטין ודיני ממונות מודה האגודה דכל שנאנס אפילו ביום אחרון חשוב אונס כ"ז הביא כת"ה בעצמו ומ"מ דעתו דבנ"ד גם אחרי שיעשה החתן שדוך אחר אסור להאב להשתדל בשדוך של בתו וכ"ש שאסור ליתן לה נדוניא עד שיפייס את החתן כמ"ש הח"ס דבכה"ג שהבת ממאנת אסור האב בכל זה שאין לך מסייע יותר מזה זהו תוכן דברי כת"ה: ועתה נחזור נא על ראשון ראשון מ"ש הרשב"א ז"ל דמה שהבת אינה רוצית חשוב האב כאונס עיין בב"ש ובד"מ שם שכתב דממרדכי פ"ק דב"מ לא משמע הכי ואנכי עיינתי במרדכי ולא מצאתי שום ראי' דפליג בזה ארשב"א דהתם הי' המעש' דשמעון התחייב א"ע ליתן עשרים זקוקין אם לא תנשא בתו לבנו של ראובן כשיגדילו ואח"כ מת שמעון והלכה בתו ונשאית לאחר ומפלפל שם המרדכי לפטור יורשי שמעון מהסך הנ"ל מחמת טעמים אחרים ולא הזכיר האי טעמא דכיון שהבת מיאנה חשוב כאונס ש"מ דהמרדכי לא ס"ל כהרשב"א אבל באמת ז"א דהמעיין במרדכי שם יראה מבואר שבהשטר שנתן שמעון הי' כתוב אפילו אם תסרב בתו א"כ פשיטא דליכא למיפטרי' בכה"ג דהתנה בהדיא דישלם קנס אפילו אם תסרב בתו ואדרבה משמע דהמרדכי ס"ל כהרשב"א מדהביא לשון השטר כזה ש"מ דאילו לא הי' כתוב בשטר הכי בהדיא הוי מצינן למיפטרי' מחמת מה שהכלה אינה רוצית חשוב כאונס אך כיון דכתב בהדיא שגם אם תסרב בתו:

יהי' חייב ליכא למיפטרי' מטעם אונס ודין זה מוכח ג"כ מהרשב"א שהביא הב"ש ואפילו תאמר שהי' יכול לפייסה במעות אפי' התנה שאם תסרב שיפייסנה במעות אטו תרקבי דדינרי בעי ליתן וא"ת הי' לו להתנות שאם תסרב יהי' פטור לא היא אונסא דלא שכיח הוא דכל הבנות פתרצות למי שירצה האב ואפילו שכיח ולא שכיח לית ליה לאתנויי עכ"ל עיי"ש מוכח בהדיא דהיכי דהתנה בפירוש שאפילו אם תסרב ישלם קנס גם הרשב"א סובר דצריך לשלם וא"כ גם הרשב"א ס"ל כהמרדכי ומהיכן למד הרמ"א דהרשב"א והמרדכי פליגי אהדדי וצ"ע גדול:

איברא דדברי הרשב"א ז"ל צריכים ביאור דלכאורה יש להעיר במ"ש ואפילו תאמר שהוא יכול לפייסה במעות כו' אטו תרקבי דדינרי בעי ליתן דמשמע אפילו יש בידו מעות לפייסה אינו מחויב ליתן לה וכן הביא שם הב"ש עוד בשם הרשב"א ז"ל שכתב וז"ל אפילו אם יש בידו לפייסה בממון הרבה פטור משום דאומדנא דמוכח דלא נשבע על דעת כן עיי"ש ויש להקשות הא בגיטין דף ל' ע"א אמרינן ההוא דאמר אי לא פייסנה לה עד תלתין יומין ליהוי גיטא אזל פייסה ולא איפייסה אמר רב יוסף מי יהיב לה תרקבי דדינרי ולא איפייסה איכא דאמרי אמר רב יוסף מידי תרקבי דדינרי בעי למיתב לה הא כמ"ד יש טענת אונס הא כמ"ד אין טענת אונס ופירש"י ז"ל ותוס' ורשב"א בחי' כיון דאין לו חשוב אונס עיי"ש ומשמע מזה דאילו הי' לו הי' מחויב ליתן לה דלשון פייסנה משמע שיעשה דבר גדול כמו שכתבו התוס' שם ד"ה מי יהיב לה כו' אע"ג דלית לי' כו' וא"ח וכי יהיב לה נמי תרקבי דדינרי אמאי לא הוי גיטא הא לא נתפייסה ואומר ר"י דאי לא אפייסה לה משמע אם לא אטרח לפייסה בדבר גדול ואי יהיב לה הרי טרח לפייסה בדבר גדול וקיים תנאו אעפ"י שלא נתפייסה עכ"ל וכן כתב הרשב"א ז"ל עיי"ש א"כ איך כתב הרשב"א כיון דאפילו יש לו לפייסה בממון הרבה אינו מחויב משום דהוי אונס דשכיח ול"ש למ"ד יש אונס בגיטין צריך להיות נמי התם אפילו ביש לו ואינה מפייסה בתרקבי דדינרי לא הוי גיטא ולמה פירשו הקדמונים ז"ל והיא בתוכם דבאין לו מיירי:

ואם באנו לחלוק ולומר דהכא שאני דרוב בנות מתרצות לדעת האב בלי נתינת תרקבי דדינרי ומשו"ה אם אינו יכול לפייסה רק ע"י נתינת תרקבי דדינרי חשיב אונס אבל התם אין האשה נתפייסת בלי נתינת תרקבי דדינרי ומשו"ה אמרינן דמסתמא היתה כוונתו שיפייסנה ע"י דבר גדול ואם כה נימא עכצ"ל דהא דכתב רוב בנות מתרצות לדעת האב הוא לאו דוקא דאילו הוי מצינן למימר דבודאי הי' דעתו שיפייס אותה בלי נתינת תרקבי דדינרי או דבר גדול לא הוי צריכנא לפוטרו מטעם אונס אלא מטעם דכיון דעביד טצדקי לפייסה חשוב בזה שקיים מה שקיבל על עצמו ואפילו אי הוה אמרינן דאין ט"א ג"כ

הי' פטור וכמו שכתבו התוס' בגיטין שהבאתי שאילו יהיב לה ולא איפייסה הוי גיטא לכו"ע דחשוב קיום התנאי וה"ה הכא חשוב קיום בשאר פיוסים אף בלי נתינת תרקבי דדינרי אלא עכצ"ל דלשון פיוס משמעות שצריך למיעבד טצדקי לפי ערך הענין כדי לפייסה ובנות שאינן מתרצות לדעת האב בלי נתינת תרקבי דדינרי הוי שכיח ולא שכיח ומשו"ה כתב הרשב"א ז"ל לפוטרו מטעם אונס ודו"ק. נמצא לפי מה שביארתי דהיכי שהאב רצה לפייסה גם ע"י תרקבי דדינרי או שאר דבר גדול והכלה אינה רוצית בשום אופן להתפייס אין אנו צריכין לפטרו מחמת טענת אונס אלא דזהו חשוב שקיים מה שקיבל עליו וכמו שכתבו התוס' בגיטין שהבאתי למעלה:

שוב נתתי עיני בהח"ס אה"ע סי' קי"ד שתמה תמה יקרא על הגאונים שהעלימו עיניהם שאסור להאב ליתן נדן להמשודך השני ולסייע כלל בשום סיוע של נשואי ומביא ע"ז ראי' מש"ס דגיטין הנ"ל שצריך לעשות אפילו דבר גדול כל מה שבידו ואחרי בקשת הסליחה לפע"ד דבר זה אינו דמוכח מדברי הרשב"א דכאן אין צריך לתת לה תרקבי דדינרי אפילו אם יש לו ועכצ"ל דאין הענינים דומין זל"ז והכא שאני דרוב בנות מתרצות לדעת האב בלי עשיית דבר גדול ואין לך דבר גדול יותר אם ימנע האב מלתת נדוניא ולמנוע שום סיוע בהנשואין ואילו הי' צריך לעשות הכי לא הי' צריך הרשב"א ז"ל לפטור אותו מן הקנס מפני שהוא חשוב אונס תיפוק לי' שהרי קיים כל מה שקיבל על עצמו אלא ע"כ כמו שכתבתי וזה ברור לדעתי. ולפי הנ"ל היכי שבשעה שהגיע הזמן לא הי' אנוס ואח"כ נאנס אפילו אם נימא דלדעת האגודה כל כה"ג לא חשוב אונס מ"מ בכה"ג שרצה האב לפייס את בתו בדבר גדול והיא אינה רוצית בשום אופן לדעתי לכו"ע פטור דבגונא שעשה טצדקי אפילו בדבר גדול אין הפטור מחמת טענת אונס אלא דזה חשוב קיום קבלתו וכיון שקיים כל מה שקיבל ע"ע בוודאי הוא פטור מהקנס ודו"ק:

והנה לכאורה יש לעורר להביא ראי' לשיטת האגודה דהיכי דכבר הי' לו זמן לקיים והמתין עד שנאנס לא חשוב אונס מהא דאמרינן ביבמות דף ל"ו ע"ב עמד בדין וברח ניזונית משל יבם והקשו התוס' והקדמונים ז"ל מריש כתובות דאמרינן התם לפיכך חלה הוא או שחלתה היא אינו מעלה לה מזונות ותרצו דהתם חלה קודם הגעת זמן ומשו"ה חשוב אונס אבל הכא כיון דאח"כ ברח או חלה חייב במזונותיה שהי' לו לכונסה קודם שאירע האונס וכן פסק הרמ"א ז"ל באה"ע סי' נ"ה ודוחק לומר שהחולקים על האגודה היינו הרמ"ה ז"ל יסבור כשיטת רש"י ז"ל ביבמות שם שכתב דוקא ברח אבל חלה לא דהא הקדמונים דחו דבריו מדברי הירושלמי ועוד עכ"פ קשה על הרמ"א שביו"ד סי' רל"ב הביא שני הדיעות ובאה"ע סי' נ"ה סתם דאם חלה אח"כ חייב במזונות ואין לומר

דהטעם בזה דבשעת הגעת זמן נתחייב במזונותיה כאילו הי' כונסה ואם הי' כונסה לא הוי פטרינן לי' בעת חליו ומשו"ה גם עתה שלא כנסה נמי חייב דזה אינו דהא משמע מדברי הרמ"א דדוקא חלה הוא אבל אם חלתה היא אח"כ אינו מעלה לה מזונות ומוכח א"כ דכל יום ויום חיוב בפני עצמו הוא שחייב לכונסה ולהכי כשחלתה היא פטור והא דחייב כשחלה הוא ע"כ משום שהמניע' מצדו ומטעם אונס אינו פטור מחמת שהי' לו לכונסה מקודם א"כ קשה לשיטת הרמ"ה ז"ל:

ונראה ליישב עפ"י מה שכתב הנימוק"י בב"ק פרק כיצד הרגל אחר שהביא שם שיטת הרמ"ה דמי שנשבע על איזה דבר והי' לו זמן לקיים ואח"כ נאנס לא חשוב כעובר כתב וז"ל ומיהו לענין תפלה יש לחוש יותר מפני שאמרו חז"ל לא יעמוד אדם לפני הספר סמוך למנחה ולא לדין שמא יעבור וכיון שזה אינו רשאי לומר אני אעשה ולא אעבור כשעושה הרי הוא כפושע עכ"ל עיי"ש ודבריו ז"ל צריכין ביאור דלכאור' הא גבי שבועה נמי אסור להתרשל מלקיים שבועתו ועיין בסמ"ע חו"מ סי' כ"ז ס"ק נ"ג שהביא תשובת הריב"ש סי' של"ה דב"ד משמתין אותו אם מתרשל מלקיים שבועתו והביא הגמ' דריש נדרים מאי דאמרינן התם לא אפטר מן העולם עד שאהא נזיר עיי"ש א"כ איזה חילוק יש בין שבועה לתפלה:

וצ"ל לדעתי דהחילוק כך הוא דגבי שבועה לפי שבועתו אין החיוב מוטל עליו אלא בסוף הזמן הגם שיש לו לחוש על נפשו פן יארע איזה אונס מ"מ אינו מצד חיוב אבל גבי תפלה תיכף משהגיע זמן תפלה גברא בחזקת חיובא קיימא ומחויב להתפלל תיכף ואף דבדיעבד אם לא התפלל יש לו תשלומין מ"מ עיקר חיובו הוא משהגיע זמנו:

משא"כ בשבועה אדרבה עיקר החיוב הוא בסוף הזמן אלא שאסור להתרשל שמא יארע אונס ומשו"ה כשאירע אונס בשעת עיקר זמן חיובו לא חשוב בדיעבד כעובר דו"ק ותשכח. מעתה כמו כן יש לנו לומר ליישב דברי הרמ"א דגבי הגיע זמן כמי מוטל עליו החיוב לכונסה בו ביום א"כ דמי לתפל' שגם הרמ"ה ז"ל מודה דאם נאנס אח"כ חשוב כעובר ואין טענת אונס פוטרו וכ"ש הכא דבודאי בשעה שהגיע הזמן מטי זמן חיובו לכונסה ואם לא כנסה אין האונס שאח"כ יוכל לפוטרו:

והנה בחי' כתבתי בהא דאמרינן בר"ה דף ו' בהא דפרכינן התם לרבא דאמר כיון שעבר עליו רגל אחד עובר בעשה מהא דתנן העיד ר' פפייס פרה של זבחי שלמים הי' לנו ואכלנוה בפסח ואכלנו ולדה שלמים בחג בשלמא בפסח לא הקריבוה אימר מחוסר זמן הי' אלא בעצרת היכי משהי לה ועברי בעשה אמר רב זביד משמיה דרבא כגון שהי' חולה בעצרת וכתב רש"י ז"ל שהי' הולד חולה דנפסל להקרבה וכן כתבו בתוס' עיי"ש

וכתב הפ"י דה"ה הוי מצינן לפרש דהבעלים היו חולים ולא הי' אפשר להם לעלות לרגל ולהקריבו אלא דא ודא אחת היא עיי"ש וכתבתי בחי' די"ל דהא דפירשו רש"י ותוס' ז"ל דהולד הי' חולה דוקא קאמרי הכי עפ"י שיטת האגוד' דכל שהיה פנאי מקודם ואח"כ נאנס אין האונס פוטרו ולכן הכא שהיו יכולים להקריבו קודם הרגל גם אם נאנסו הבעלים ברגל בעצרת כמו שהיו חולים חשוב כעובר ולהכי פירש"י ותוס' ז"ל דקאי על הולד שהקרבן הי' חולה דפסול להקרבה ובכה"ג כראה לפענ"ד ברור דלכו"ע לא חשוב כעובר דגם האגודה לא קאמר אלא בגונא שהעיכוב הוא מצדו שאינו בכח לקיים מה שמוטל עליו מפני שנאנס אבל בכה"ג שנפסל הקרבן ונפטר מלהקריב אותו ואין הפטור בזה מחמת טענת אונס אלא אפילו אי לא גילתה התורה דאנוס רחמנא פטרי' ג"כ הי' נפטר בכה"ג כיון דנתבטל החיוב ואין העיכוב מצדו כלל וכמו שהערותי למעלה להוכיח ממ"ש הרמ"א דאם חלה הוא אחר הגעת הזמן דחייב במזונותיה דמשמע דוקא חלה הוא אבל אם חלתה היא אינו חייב במזונות וע"כ הטעם בזה כיון שאין העיכוב מחמתו וא"כ הוא הדין והוא הטעם נמי גבי חלה הולד דפשיטא דהבעלים פטורים אפילו לדעת האגודה ודו"ק כי נראה לפענ"ד נכון:

ודע דלפי מה שכתבתי למעלה לחלק לשיטת הרמ"ה ז"ל בין היכי שעיקר החיוב הוא לבסוף ובין היכי שעיקר החיוב הוא בתחלת הזמן יש להעמיד סוגיא דתמורה דף י"ח ע"ב דפרכינן התם אהאי דהעיד ר' פפייס פרה של זבחי שלמים הי' לנו ואכלנוה בפסח ואכלנו ולדה שלמים בחג ולרבא דאמר כיון שעבר עליו רגל אחד בכל יום ויום עובר בבל תאחר בעצרת בעי מיכליה וכתב רש"י ז"ל בכל יום ויום עובר בעשה ובאת שמה והבאת שם כו' עיי"ש ונראה מדבריו דלרש"י ז"ל הי' גירסא אחרת בגמרא ולא הי' כתוב בבל תאחר אלא בעשה או דכוונת רש"י ז"ל לפרש דלאו דוקא בבל תאחר אלא בעשה גם ראיתי בספר השיב משה מהגאון מהר"ם טייטעלבוים ז"ל חלק יור"ד סי' י"ח שהביא בשם ספר קרבן ראשית לתמוה על הפ"י שכתב בר"ה שם בסוגיא דבעשה דבאת שמה והבאת שם אינו עובר אלא ברגל ולא דמי לבל תאחר דאמרינן התם כיון שעברו ג' רגלים בכל יום ויום עובר בבל תאחר וע"ז השיג הגאון הנ"ל דמש"ס דתמור' הכא מבואר בהדיא איפכא וכתב דאישתמיטתי' להפ"י האי סוגיא דתמורה דמבואר בהדיא דגם בתר רגל ראשון עובר בכל יום ויום אעשה עיי"ש אבל באמת אם כה נימא צ"ע דמנ"ל להגמרא דלרבא בכל יום ויום עובר בעשה ועוד למה לא פריך בפשיטות דהי' להם להקריב ברגל גופא:

ונראה לי די"ל דהט"א הקשה בר"ה דמאי פריך הא יש ליישב בפשיטות דעצרת הי' חל בשבת ומשו"ה לא הי' אפשר להקריבו בעצרת עיי"ש. אך יש לפרש דהגמרא הכי פריך דבשלמא אם נימא דעשה דבאת שמה כו' ג"כ אינו אלא ברגל האחרון יש לומר דמקמי הכי לא נתחייב כלל בהבאתו ולהכי גם לכתחיל' לא הי' על ר' פפייס מוטל שום חיוב להקריבו כיון דכל חיובו הוא מזמן רגל האחרון וגם לא דמי לשבועה דאינו רשאי להתרשל דגבי שבועה אי אפשר הדבר להתקיים אם יאנס אבל הקרבת הקרבן אפשר להתקיים גם אם יאנסו הבעלים ואם יפסל הקרבן אין להבעלים חשש כלל כיון דאין המניע' מצדם רק נפטרו מזה לגמרי וכמו שביארתי גם הכא בולד שלמים שאין חיובם מתורת נדרם דהא לא נדבו את הולד רק שהתורה הטילה עליהם חיוב להקריבו בודאי אינו חל אלא בזמן חיוב ואם הוי אמרינן דגם העשה אינו אלא ברגל האחרון שפיר לא היו צריכין אפילו לכתחיל' להקדים הקרבתו אבל לרבא דעשה דבאת שמה כו' הוא ברגל ראשון נמצא דהחיוב על הבעלים הוא מתחלת מרגל ראשון וכל שכבר התחיל החיוב לכתחל' אינו רשאי להשהות וכל זמן הלזה הוא בבל תאחר דמחמת האי טעמא אמרינן אם יארע איזה אונס לבסוף הוא חשוב כעובר גם לשיטת הרמ"ה ז"ל דאף דאונס רחמנא פטרי' מ"מ אין אנו מחייבין אותו על הסוף אלא דאמרינן דנתחייב למפרע דכל הזמן הזה הוא מחויב ועומד וכמו שביארתי א"כ קשה על ר' פפייס איך איחר לכתחל' הקרבתו ומשני שהי' חולה הולד בעצרת וכיון שהי' הולד חולה בעצרת אכתי לא הגיע זמן חיובו כלל דכיון שהי' פסול להקרבה חשוב כמאן דליתא ולא הגיע זמן חיובו עד החג ודו"ק:

ולפי מה שנתבאר שכל דבר המוטל עליו לעשותו ולא עשה מודה הרמ"ה ז"ל דאם נאנס אח"כ לא מיפטר מטעם אונס כמו תפלה וכדומה א"כ בתנאים שתיכף משהגיע זמן החתונה לפי הכתוב בתנאים הי' מחויב לקיים לכו"ע לא יכול ליפטר מחמת טענת אונס במה שנאנס אח"כ דדמי ממש למ"ש הרמ"א בסי' נ"ה דאם חלה הבעל אחר הגעת הזמן לא נפטר ממזונות מחמת שהי' לו לקיים חיובו לאלתר וכמו כן הדבר בענין הלזה ואף דהי' צריך החתן לתבוע אותו בזמן הנשואין עפ"י ב"ד לקיים התנאים ופשיטא דאילו הי' מסרב בעתו ובזמנו דהב"ד מחייבין אותו קנס מ"מ גם אם לא אתי מקודם והמתין עד שהכלה אינה רוצה מ"מ לא ידעתי אם נתברר השתא שהוא הי' המעכב אם יש איזה נפקא מינה מחמת שלא הי' התביעה עפ"י ב"ד ואף דבגמרא דיבמות איתא עמד בדין וברח משמע מהקדמונים דהא דבעינן עמד בדין הוא רק מטעם דבעינן שיאמר בפני הב"ד שהוא רוצה ליבמה ולא לחלוץ עיין בריטב"א שם ובאמת לפי מ"ש כת"ה שהאב

התחיל לדבר בשידוכין אחרים בעוד שהבת רצתה בהחתן ומסתמא הי' מדבר דברים רעים בפני הכלה על החתן כדי למאס אותו בעיניה אין לך מסבב יותר מזה כדאמרינן בגיטין דף ע"ה במתניתין או שאמר האב אי אפשי שתשמשני שלא בהקפדה ופירש"י שלא הכעיסיתו ומבואר מזה שאילו הכעיסיתו חשוב עכבה הימנו וא"כ אם דיבר דברים רעים בפני הכלה הוי הוא המסבב ובמקום שהוא המסבב מבואר בהדיא בב"י בשם תשובת הרשב"א דחייב וז"ל ומיהו הני מילי כשהוא כן ודאי ולא במסבב וגורם האונס עיי"ש. אך משמע דעת הרשב"א שאין משביעין אותו ע"ז כמ"ש הב"ש אבל האידנא נהגו שמחייבים אותו לקבל בח"ח אבל אם נתברר הדבר אצל הבד"צ כמ"ש כת"ה אין דבר זה צריך בשש שהאב חייב לשלם קנס:

והנה לענין אם החוזר נותן את הקנס אם נפטר מהחרם הוא מחלוקת בין גדולי הפוסקים ולדעת:

הסמ"ע דהקנס פוטר גם מהחרם אפילו לפי שנהגו לכתוב והקנס לא יפטור את החרם ועיין בש"ך סי' ר"ז בשם הריב"ש דאם כתב לקיים המקח בשבוע' ובקנס אם נותן הקנס פטור גם מהשבועה והמהר"ם מינץ חולק ע"ז ודעת המר"א ששון כדעת מהר"ם מינץ ועיין בב"ש שהביא בשם נ"ש שהקשה דלמה כותבין חרם בתנאים כיון דבלא"ה הוא חייב בקנס מצד הבושת עיי"ש עוד כתב הב"ש בסי' כ"א דהקנס אינו פוטר רק חרם מהקדמונים אולם מה שקיבלו הצדדים על עצמם אינו פוטר עיי"ש:

ולפי דעתי הי' נראה לומר דבהתנאים יש שני ענינים אחד שישא החתן את הכלה כד"ת והב' ההתחייבות משני הצדדים נדן ומתנות ובגדים וכדומה ולהכי יש לומר דהחרם הקדמונים הוא רק על עיקר הראשון של הנשואין אבל לא על ההתחייבות כי מה ענין חרם על התחייבות שבין אדם לחבירו ומה עדיפותא אם ההתחייבות הוא בעניני שידוכין יותר משאר עניני ממונות שיתקנו חז"ל חרם ע"ז והקנס הוא על התחייבות שאם אינו רוצה לקיים התחייבות יתן קנס אולם אם הצד השני רוצה לישא בלי התחייבות וטוען אני רוצה עכ"פ שהחתן ישא את הכלה וצד החוזר אינו רוצה כלל בעיקר הנשואין אז הוא עובר על החרם וזה מה שכותבין והקנס לא יפטור את החרם היינו בכה"ג שרוצה לפטור את עצמו בהקנס ועיקר השידוך אינו פוטר ורק הברירה בצד השני לומר שרוצה בהנשואין והקנס אינו פוטר רק ההתחייבות אבל לא עיקר הנשואין אבל אם הצד השני אינו רוצה לישא בלי קיום כל אופני התנאים ואם לא יקיים הצד החוזר כל אופני התנאים גם הוא אינו רוצה בהשידוך אזי נפטר החוזר בהקנס מכל וכל דהא ע"י הקנס נפטר מהתחייבות ובלי סילוק התחייבות גם השני אינו רוצה לכן הוא נפטר גם מהחרם ואף

דכתב הב"ש אפילו אם רוצה לישא רק רוצה לשנות קצת מהתנאים חייב בבושת דאל"כ בקל יכול למצוא צדדים להשמט ולבטל מקצת ועי"ז יצא מחשבתו לפועל עיי"ש מ"מ נראה לי דזה אינו אלא שאם רוצה לשנות מקצת חייב לשלם קנס אבל מ"מ אינו עובר בזה על החרם כי החרם הוא רק על עיקר הנשואין כן נראה לפענ"ד אולם לא ראיתי דבר זה בפוסקים ולא באתי אלא לעורר. הנראה לפענ"ד כתבתי וד' יצילנו משגיאות:

סימן לא

לאברך אחד:

על דבר הקושיא דלפי ע"ש הא"ז דהא דבעינן בגט שמו ושמה זהו מטעם לשמה איך אמרינן בריש גיטין דתקינו חז"ל בפ"נ ובפ"נ מטעם שאינן בקיאין לשמה הא מדנכתב בגט שם המגרש ושם המגורשת מוכח דידעי דבעינן לשמה ותירץ מעלתו עפ"י מ"ש התוס' רי"ד לפרש דהא דס"ל לרבה דבפ"נ ובפ"נ הוא מטעם לשמה היינו דחיישינן שמא יכתב לאיש אחר ששמו כשמו ושמה כשמה הנה בודאי צדקו דבריו בזה אבל לפענ"ד בלא"ה לא קשה דלשון הש"ס הוא לפי שאין בקיאין לשמה והוי פירושו דידעי מקצת אבל לא כל הדינים א"כ יש לחוש לר"מ דעדי חתימה כרתי שמא חשבו דסגי בכתיבה לשמה ולא בעינן חתימה לשמה ולר' אליעזר דעידי מסירה כרתי ובעינן כתיבה לשמה והם חשבו דסגי בחתימה לשמה לחודא דפשיטא דלדעת הא"ז גם לר"א בעינן שמו ושמה דבלא"ה ליכא חתימה לשמה אמנם אי קשה הא קשיא לי על שיטת התוס' רי"ד הא הש"ס ריש פרק כל הגט קאמר אלא מעתה רישא דקתני שמו כשמו פסול לגרש בו שני הוא דלא מגרש בו הא ראשון מצי לגרש בו הא אמרינן ולא אחר יכול להוציא שט"ח עליהם אלא מאי אית לך למימר בעדי מסירה ור"א ע"ש א"כ לר"מ דאית ליה עדי חתימה כרתי היכא דמוחזקין בשני יוסף בן שמעון לא מצי לגרש כלל אלא א"כ נכתבו סימן או דורות וכן כתבו התוס' שם בהדיא א"כ לפ"ז קשה למה תקנו חז"ל בכל גיטין הבאים ממדינת הים לומר בפ"נ ובפ"נ הא בשאר גיטין ליכא חשש כלל שמא כתבו לשם איש אחר ששמו כשמו דאם נמצא שני יוסף ב"ש היו צריכין למיכתב דורות או סימן ומדלא נכתב דורות או סימן מוכח דליכא כלל שני יוסף ב"ש שם במקום הכתיבה א"כ תו ליכא למיחש שמא נכתב לשם אחר ששמו כשמו והו"ל לרבנן לתקוני לומר בפ"נ ובפ"נ רק בגט שנכתב דורות או סימן והש"ס בריש גיטין קאמר אי לר"מ חתימה בעי כתיבה לא בעי ואמאי לא פריך דבסתם גיטין אפילו חתימה לא בעי וזהו הערה גדולה לפענ"ד: ומה שנראה לי בישוב דבר זה דהנה לכאורה בלא"ה צריך להבין למה בחר התוס' רי"ד לפרש הטעם החשש הוא שמא נכתב לשם איש אחר ששמו כשמו ואינו מפרש כפשוטו שמא

נכתב שלא לשמה [ואין התוס' רי"ד במחיצתי לעיין ביה] על כרחך צ"ל משום דס"ל להתוס' רי"ד דמדאורייתא סתמא כשר ורק מדרבנן פסול וכמ"ש התוס' בעירובין דף י"ג ע"א ד"ה אבל לחד תירוצא והישוי"ע אה"ע סי' קכ"ג הביא כן בשם התוס' וכן הוא דעת הב"ש ע"ש ולהכי לא מסתברא דחז"ל תקנו לומר בפ"נ ובפ"נ משום חשש פסול דרבנן ואע"ג דהגמרא קאמר וכ"ת ר' מאיר כתיבה לשמה בעי מדרבנן מוכח דגם משום פסול דרבנן תיקנו לומר בפ"נ זה אינו אלא כיון שבפני נחתם הוא משום חשש פסול דאורייתא תקנו נמי לומר בפני נכתב משום זלזול דרבנן וכמ"ש הרדב"ז והמג"א בסי' קפ"ד בשם מהר"ש חיון ע"ש דהיכא דאיכא ספק איסור דאורייתא יחד עם ספק איסור דרבנן כיון דע"כ אתה צריך להחמיר במה שנוגע לספק איסור תורה שוב מחמירינן גם בדבר שנוגע לספק דרבנן ולא אמרינן ספיקא דרבנן לקולא מחמת שזהו זלזול לדרבנן ע"ש אבל אי נימא דליכא רק חשש פסול דרבנן לא הוה תיקנו חז"ל כלל להכי סברי התוס' רי"ד דאיכא חשש שמא נכתב לשם איש אחר ששמו כשמו דפסול מה"ת. ובזה מיושב דברי הפ"י מה שעמד על דברי התוס' ד"ה לפי שאין בקיאין לשמה במה שהקשו מ"ש לשמה כו' ונכתב ביום ונחתם בלילה וע"ז כתב הפ"י מיהו יש לדקדק דפסול לשמה הוה דאורייתא ופסול מוקדם לא הוה אלא מדרבנן ע"ש ואנכי עמדתי על דבריו הא הש"ס קאמר בהדיא אלא ר' מאיר וכי לא בעי ר"מ כתיבה לשמה מדאורייתא אבל מדרבנן בעי שמעינן מזה דגם אי לשמה מדרבנן תיקנו חז"ל דבעינן בפ"נ א"כ שפיר הקשו התוס' ממוקדם אבל לפי"ז ניחא דשאני לשמה דאגב דחז"ל תיקנו בפני נחתם דבחתימה בעינן גם לר"מ מדאורייתא לשמה תיקנו ג"כ בפני נכתב אע"ג דלר"מ הוה לשמה בכתיבה רק מדרבנן וכעין זה כתבו בתוס' כתובות דף ל"ט ע"ב ד"ה טעמא דמתוך שהוצרכו לתקן בגרושה מחמת הטעם שלא תהא קלה בעיניו להוציאה תיקנו גם באלמנה משום חינא מיהו לכתחלה לא הי' מתקנין משום חינא ע"ש:

והנה בעירובין שם איתא ר' יהודה אומר ר' מאיר הי' אומר לכל מטילין קנקנתום לתוך הדיו חוץ מפרשת סוטה ר' יעקב אומר משמו חוץ מפרשת סוטה שבמקדש מאי בינייהו למחוק לה מן התורה איכא בינייהו ע"ש ומבואר התם דר' יהודה ור' יעקב פליגי אליבא דר' מאיר אי סתמא חשוב לשמה אי לא חשוב לשמה ומעתה י"ל דהסוגיא דריש גיטין אתיא אליבא דר' יהודה דאמר משמיה דר' מאיר דס"ל שאין מוחקין מן התורה דסתמא לא חשוב לשמה וא"כ החשש שמא יכתוב סתמא ולהכי שפיר תקינו חז"ל בכל גיטין הבאין ממדינת הים בפני נכתב:

ובפ"נ אבל התוס' רי"ד ס"ל להלכה דסתמא כשר ולהכי כתב החשש שמא נכתב לשם איש אחר ששמו כשמו ודו"ק:

ומה מאוד הרווחנו בזה לישב הא דתניא בגיטין דף ה' ע"ב המביא גט ממדינת הים ונתנו לה ולא אמר לה בפ"נ ובפ"נ יוציא והולד ממזר דברי ר' מאיר וכתבו בתוס' בב"מ דף נ"ה ד"ה ולא אמר נכתב לא נקט אלא משום רבנן דלר"מ אין צריך לומר נכתב דאמר רב נחמן אומר היה ר' מאיר אפילו מצאו באשפה כשר ע"ש אבל לפי האמור יש לומר דהך ברייתא קאי בשיטת ר' יעקב משמיה דר' מאיר דסתמא כשר בגט דחשיב לשמה והנה שם בריש גיטין איתא רבא מ"ט לא אמר כרבה אמר לך מי קתני בפני נכתב לשמה ובפני נחתם לשמה ורבה בדין הוא דליתני הכי אלא דאי מפשית ליה לדיבורא אתי למיגזייה וכ' רש"י ד"ה לא גייז וממילא שיילינן ליה אי נכתב לשמה אי נמי סתמא לשמה קאי ע"ש מבואר דתליא בזה דאי סתמא לאו לשמה קאי צריך למשייליה אבל אי סתמא לשמה קאי לא צריך למשייליה אלא סגי בפני נכתב ובפני נחתם לחודא והנה נראה לי דאפילו למ"ד לר' מאיר דסתמא לשמה ולר' מאיר הא לא בעינן כתיבה לשמה אלא סגי בחתימה לשמה בלבד ואמר רב נחמן אומר הי' ר' מאיר אפילו מצאו באשפה וחתמו ונתנו לה כשר ולהך מ"ד סגי כשחתמו סתמא מ"מ זה אינו אלא כשהכתיבה ג"כ היה בסתם אבל אי הכתיבה היה בפירוש לשם איש אחר והעדים חתמו בסתם גם לר' מאיר פסול דכיון שהכתיבה היה בפירוש לשם איש אחר עכ"פ בעי עקירה ולא סגי בסתמא על החתימ' וכמו שמוכח מפסחים דף ס' דעקירה בעינן דוקא בפירוש ע"ש ולהכי לר' מאיר אליבא דר' יעקב דסתמא כשר דלדידי' לא שיילינן ליה א"כ כשאומר בפני נחתם לחודא לא מהני דחיישינן שמא היה הכתיב' לשם איש אחר ששמו כשמו והחתימ' היה סתמא דפסול בכה"ג להכי צריך לומר בפ"נ ובפ"נ שעכ"פ הכתיב' היה סתמא ואז כשהחתימ' הי' ג"כ סתמא כשר ובריש גיטין דפריך לר' מאיר בפני נכתב למה לי היינו רק משום דאזיל אליבא דר' יהודה דר' מאיר ס"ל סתמא פסול ודו"ק. והנה ראיתי לרש"י קדושין דף ט' ע"א גבי הא דבעי ר"ש ב"ל שטר אירוסין שכתבו שלא לשמה מהו וכ' רש"י שנכתב לשם אשה אחרת ונמלך ונראה מוכח מדבריו אלו דס"ל ג"כ דסתמא חשיב לשמה מדאורייתא דאל"ה היה לו לפרש שלא כתבו לשמה אלא סתמא אלא על כרחך דסתמא חשיב לשמה ובגט פסול מדרבנן אבל בקדושין דלא שייך למיפסל מדרבנן דכיון דמה"ת כשר היא א"א גמורה וכמ"ש התוס' שם בעירובין גבי סוטה דל"ש ליפסול מדרבנן ומשו"ה פירש שנכתב לשם אשה אחרת:

אבל מה דתמיה לי בזה על מ"ש התוס' בעירובין דמדאורייתא כשר אם כתב הסופר שלא מדעת הבעל הא בקדושין התם איתא כתבו לשמה ושלא מדעתה רבא ורבינא אמרו מקודשת ר"פ ורב שרביה אמרו אינה מקודשת אמר ר"פ אימא טעמא דידהו ואימא טעמא דידי אימא טעמא דידהו ויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה מה יציאה בעינן דעת מקנה אף הויה בעינן דעת מקנה ע"ש הרי נראה מוכח דדעת הבעל בגט הוא מדאורייתא דאי גם דעת מקנה בגט הוא מדרבנן ל"ש למידרש מקרא ויצאה והיתה הא גבי קדושין ליכא למיפסל הקדושין אי מדאורייתא היא מקודשת. אולם באמת בלא"ה אני נבוך מאוד במה שהחליט הישוי"ע דדעת התוס' כדעת הב"ש מדאורייתא סתמא כשר דלפענ"ד אין הדבר כן דכל עיקר טעמא של התוס' כמ"ש שם דהסופרים כותבין ע"מ כן שאם יצטרכו לגרש יגרש בו א"כ תליא דבר זה אי אמרינן יש ברירה אי לא דאי יש ברירה אמרינן הוברר הדבר למפרע דלשם זה נכתב וכשר והתוס' ריש פרק כל הגט דף כ"ד ע"ב ד"ה לאיזו שארצה אגרש בו כתבו וז"ל בגמרא מפרש משום ברירה ואומר ר"י אפילו מאן דסבר בעלמא יש ברירה הכא מודה משום דוכתב לה לשמה משמע שיהא מבורר בשעת כתיבתו ע"ש ועפי"ז יש לומר דמאן דס"ל סתמא כשר לא סבירא ליה כן אלא דדמי לדעלמא דאמרינן יש ברירה נמי גבי גנו ולא דרש וכתב לה לשמה שיהא מבורר בשעת כתיבה אלא סגי אי הוברר הדבר למפרע שנכתב לשמה להכי התם בסוגיא דקאי אליבא דר' יהודה דס"ל דבתולה בדעת אחרים אמרינן יש ברירה משו"ה כתבו מדאורייתא סתמא כשר אבל לפי מה דקי"ל כמ"ד דבדאורייתא אמרינן אין ברירה בעינן שיהא מבורר בשעת כתיבה וסתמא פסול מה"ת להכי בעינן דעת מקנה מדאורייתא דבלא דעת מקנה לא חשיב לשמה דאשה לאו לגירושין קיימא והוי רק כמו סתמא ופסול ואח"כ מצאתי שהרגיש בזה בספר מהרי"ם מווארשא:

והנה ראיתי בספר מחנה אפרים הל' גירושין פרק א' שמתמה על דברי התוס' בעירובין במה שכתבו אי נמי בסוטה אין הבעל מקפיד אם יכתוב שום אדם ומסתמא ניחא ליה אבל גבי גט מסתמא לא ניחא ליה לבעל עכ"ל ונראה שהי' גורסין פסול ומ"מ דבריהם תמוהים דהא אמרינן עד שישמעו לאפוקי באומר אמרו אלמא אפילו בדניחא ליה לבעל ואמר אמרו לפלוני שיכתוב לא מהני ע"ש. ולפענ"ד נראה דיש ליישב עפ"י מה שכתב בחידושי הריטב"א ריש גיטין ד"ה מאי בינייהו בשם מורו דהיינו טעמא דחיישינן שכתב שלא לשמה אע"פ שיש לנו עדים שיצא הגט מידו טפי מבעל שהביא גיטו דלא חיישינן להכי משום דכיון שהוא מגרש ע"י שליח לא היה בדעתו לגירושין גמורין שחשב שאם ירצה לחזור בו שיהי' לו שהות ומשו"ה חיישינן שמא נמלך ע"ש ולפ"ז יש לנו כמו

כן לחלק בין היכא שמצוה בעצמו לסופר ולעדים שיכתוב ושיחתמו לבין אמר אמרו דכיון שמצוה ע"י שליח יש לומר דעדיין לא גמר בדעתו לגירושין שחשב שלא יאמרו השלוחים כלל או שבנתיים יהיה נמלך ויאמר להשלוחים שלא יאמרו לסופר ולעדים כלל ומשו"ה עדיין לא קיימא האשה לגירושין וחוששין אנו שמא בנתיים חזר ולא ניחא ליה שיכתב ויחתמו הגט וזהו סברא נכונה לפענ"ד. ומעתה י"ל דהתוס' גם בתירוצם הראשון שכתבו דפסול מדרבנן כונתם ג"כ בכה"ג היכא שכתבו בסתם ולא ידעו דלא ניחא ליה לבעל אבל היכא שהבעל מוחה שלא לכתוב הגט והסופר כתב והעדים חתמו נגד רצונו פשיטא דהגט בטל מדאורייתא ואע"פ שכתבו לשמה ולפ"ז יש לפרש הש"ס דקדושין כתבו לשמה ושלא מדעתה היינו שהיא היתה מוחה בידם והמה כתבו נגד רצונה דבכה"ג גבי גט אינה מגורשת דבעינן דעת מקנה ודו"ק:

תו הביא בעל מחנה אפרים ראיה דבעינן שליחות בכתיבת הגט ולא מטעם דבלא ציווי הבעל לא חשוב לשמה מפרק מי שאחזו קורדייקוס דתנן כתבו גט לאשתי ואחזו קורדייקוס ואמרינן עלה בגמרא אמר רשב"ל כותבין ונותנין לאלתר ור' יוחנן אמר אין כותבין אלא כפישתפה והשתא אי נימא דלא בעינן שליחות אלא שישמעו קולו דבלא"ה ל"ח לשמה דלא חשבינן כונתו כונה כמ"ש הרשב"א א"כ זה שצוה בעודו בריא וכתבו לשמה ובציווי הבעל אמאי יהיה פסול ע"ש:

ולפענ"ד גם זה עפ"י דברי הריטב"א הנ"ל בשם מורו ז"ל דלכאורה גם דבריו המה תמוהין דלמה יגרע מה שנתן הבעל אחר הכתיבה והחתימ' לשליח להוליך גט זה לאשתו מאלו מסר בעצמו הגט ומאיזה סברא נימא דכיון שהוא מגרש ע"י שליח נעשה ריעותא למפרע על הכתיבה והחתימה ובשלמא אם מינה הבעל שליח קודם הכתיבה שליח להולכת למסור הגט להאשה יש מקום לומר ולחוש דחשב שהשליח לא ימסור הגט להאשה לכן גם בשעת:

כתיבת וחתימת הגט לא הי' בדעתו לגירושין גמורים אבל אם בשעת הכתיב' והחתימ' לא מינה שליח על מסירת הגט ליד האשה אלא אח"כ שהגט כבר הי' נכתב ונחתם למה נחוש שמא לא נכתב ונחתם הגט לשמה הא בשעת הכתיב' לא הי' נתמנה שליח וצ"ל ע"כ דכיון שאח"כ מינה ליתנו ע"י שליח כדי שיהא בידו לחזור אם ירצה חיישינן שמא נמלך כמו כן קודם הכתיב' או בשעת החתימ' דכל שעושה הדבר ע"י שליח חיישינן לנמלך א"כ ה"ה באומר אמרו כיון שהציווי נעשה ע"י שליח חיישינן שחשב שלא יאמרו מה שצוה כלל ולא החליט עדיין לגירושין ואף שהמביא גט בא"י לא בעינן שיאמר בפ"נ ובפ"נ אלמא דלא חיישינן לנמלך זהו דוקא היכי שעכ"פ הציווי לכתוב ולחתום היה

על פי עצמו להסופר ולהעדים ורק הנתינ' היתה ע"י שליח אבל היכי שהציווי לכתוב הי' ע"י שליח חיישינן גם בארץ ישראל שמא חשב בדעתו שבנתיים יחזור מהציווי כיון דחזינן דכל שנעשה ע"י שליח גרע טובא ולא חשיב גירושין גמורים. והנה לפי פירושו של הריטב"א ג"כ לא קשה כלל מה שהקשה הא מדנכתב בגט שם המגרש והמגורשת מוכח דידעו לכתוב לשמה דהא מ"מ יש לחוש שמא נמלך הבעל בנתיים מלגרש והסופר והעדים לא חששו לזה וכתבו וחתמו את הגט והנה ראיתי עוד בחידושי הרי"ם הנ"ל סימן ק"כ ס"ק י"ב שהקשה דאי וכתב אסופר קאי ולא אבעל מאי איכפת לן מה שהבעל מקפיד מ"מ הא כבר נכתב הגט לשמה והא קי"ל אפילו בביטל הגט דחוזר ומגרש בו ועוד הא בש"ס נדרים דף ל"ה מיבעיא אי כהנים שלוחי דרחמנא וכתבו התוס' יומא דף י"ט ע"ב דהנ"מ אם הבעלים אינם רוצים שיקריבו הכהנים שבאותו משמר אי שלוחי דידן נינהו לא מהני שאינם נעשים שלוחים בע"כ אבל אי שלוחי דרחמנא מקריבין בע"כ והנה קי"ל דבעינן זביחה לשם בעלים בקדשים א"כ איך מהני בע"כ אפילו אם המה שלוחי דרחמנא מ"מ הא לא הוה לשמה וע"ז יצא הגאון לישב הדבר דשאני גט דהנתינה תלוי בדעת הבעל ואם הבעל לא ירצה לגרש בגט זה שוב אינו לשם גירושין לכן לא מהני לשמה אם הבעל מקפיד משא"כ בקדשים דאין שום דבר תלוי בדעת הבעלים. ולפע"ד תירוץ זה אינו שהרי בקדושין שם אמרינן דאם כתבו שטר קדושין לשמה ושלא מדעתה רבא ורבינא אמרו מקודשת והא קדושין תליא בדעת האשה כמו גט בדעת הבעל ומ"מ חשיב לשמה אפילו שלא מדעתה וברצונה שלא להתקדש בשטר זה:

והעיקר נראה לפענ"ד דאפילו אי וכתב קאי אסופר ולא בעינן שליחות בכתיבת הגט מ"מ הענין מוטל על הבעל כדתנן בב"ב דף קס"ז הבעל נותן שכר הסופר וכעין מה שמצינו ושפך וכסה מי ששפך יכסה ומ"מ בדיעבד אם כסה אחר כסהו כיסוי אולם מ"מ הענין שייך למי ששפך ולהכי היכא דבעינן לשמה אין הרשות לאחר שאין לו שייכות לזה לכתוב בע"כ לשמה ובזה ניחא הכל דגבי קרבן שהתורה זכתה לכהן להקריב והוא שלוחא דרחמנא אין להבעלים לעכב על ידו שמשפט ההקרב' הוא כשאר משפטי התורה וכן גבי קדושין שמשפט כתיבת השטר הוא להבעל סבירי רבא ורבינא דאין להאשה שייכות בהכתיבה ואע"פ שתליא בדעתה וברצונה אם לקבל קדושין אי לא מ"מ כתיבת השטר הוא שייך להמקדש וע"כ אם נכתב שלא מדעת הבעל אין תורת שטר עליו אבל שלא מדעתה שפיר מהני ורב פפא ורב שריביה סבירי להו דאף דכתיבת הגט היא שייכ' להבעל לבד משום שהוא המקנה מ"מ בקידושין שהיא המקנה שייך לה ג"כ ענין כתיבת השטר וממילא אם נכתב בע"כ אינה מקודשת וכן גבי קרבן אי שלוחי

דידן נינהו יכולים הבעלים לעכב על כהן שבאותו משמר והנה בספרי מצפה אריה סי' י"ב הערותי דבזה"ז דאיכא חרם דרגמ"ה דדעת הב"ש דאם עבר וגירש אינה מגורשת וכן כתבו האחרונים בתשובותיהם והאריכו כאו"א למצוא טעם לזה ואנכי רציתי לומר דכיון דאין לגרש בע"כ אמרינן דשוב האשה לאו לגירושין קיימא וחשוב כאלו כתבו שלא לשמה אמנם כתבתי לדחות זה מש"ס דקידושין הנ"ל דפליגי בכתבו לשמה ושלא מדעתה אלמא דגם בקדושין דאין לקדשה בע"כ מ"מ אם כתבו שלא מדעתה חשיב לשמה וע"כ צריכין אנו לחלק דדוקא גבי הבעל סבירי להו להנך פוסקים דאי כתבו הגט שלא מדעתה חשיב שלא לשמה כיון דהגט הוא שלו אבל גבי האשה לא אמרינן הכא ע"ש וכעת ראיתי שגם הגאון הרי"מ שם העיר בקדושין דכיון דהוי שלא מדעתה איך חשיב לשמה ע"ש:

ולפי האמור ניחא דשאני לרבא ולרבינא גנו מקדושין דכתיבת הגט שייך להבעל משא"כ בקדושין אין לאשה זכות בכתיבת השטר וכנ"ל. ודע דנראה לפענ"ד דמה שכתבו בתוס' יומא הנ"ל דאי שלוחי דרחמנא נינהו לאו כל כמיניה לעכב על ידו הוי פירושו דכופין אותו שיאמר רוצה אני כדאיתא בהדיא בב"ב דף מ"ח יקריב אותו מלמד שכופין אותו יכול בע"כ ת"ל לרצונו שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני ואי אמר רוצה אני בודאי לא חשיב בע"כ אי משום דניחא ליה בכפרה אי משום דדברים שבלב אינם דברים עיין קדושין דף נ' ואי שלוחי דידן נינהו אין לכופו ע"ז לומר רוצה אני ואם כפאו אותו לומר רוצה אני אפשר שהקרבן פסול דכיון דהא דמהני כשאומר רוצה אני הוא רק מטעם דכל שמחויב להסכים מצד הדין לא חשיב כפיה כמ"ש התוס' שם א"כ מה שאינו מחויב מצד הדין חשיב כפיה ועיין בספרי מצפה אריה סי' ל"ו שבארתי דבר זה:

סימן לב

אשיב ויאמר שלום אל כבוד ידידי הרב המאה"ג שהי' המפורסם כש"ת מו"ה יהושע העשל באב"ד נ"י מו"ץ בק' טרנפאל:

בדבר המאורע במתני' ק' שאשה אחת הדרה עם בעלה זה כמה שנים ובא אחד לבד"צ ואמר שזיכתה עמו ונקראת האשה להב"ד והודית בפני אחד מהב"ד וסדרו להאשה ג"פ מבעלה וגירשה ועתה שניהם בוכים וצועקים במר נפשם והיא נותנת אמתלא בזה שהודית שהי' מחמת טירוף הדעת אבל דבר העלילה הוא שקר והנה יש בזה שני ענינים א'. אם מותר להחזירה מפאת חשש זונה כמו שמבואר בהגה"ה אה"ע סי' קט"ו דמצטרף עדות הנחשד עם הודאת האשה לפני ע"א ומה שנותנת אמתלא חשש כ"ת למ"ש בספר

שיבת ציון דאמתלא לא מהני להתיר. ב'. אם יש לה דין המוציא אשתו משום שם רע דאינו רשאי לכונסה:

ועתה נחזי אנן הנה זה לשון ההגה"ה שם סעיף ו' אמר אחד על אשה שזינתה עמו נאמן עליה כעד אחד דפלגינן דיבורי' רשב"א סי' תקנ"ב ואם היא מודית לפני אחד שנטמא' הנחשד מצטרף עם אחד לאוסרה על בעלה פסקי מהרא"י סי' רכ"ב וכתב הח"מ ס"ק כ"ו היינו בדאיכא רגלים לדבר שאז לא חיישינן שמא עיניה נתנה באחר רק שהיא מכחשת את העד וע"כ מצטרף גם הנחשד ופלגינן דיבורי' והוה כשני עדים כשרים אחד ראה שזינתה ואחד שמע שהודית כו' ובמקום דאיכא רגלים לדבר הודאתה בפני עד אחד כאלו ראה שזינתה כמו דמצרפינן הודא' אחר הלואה ואע"פ שלדברי האשה הנחשד פסול מאמינין אותה לגבי עצמה ולא לגבי הנחשד לפוסלו:

ע"ש והב"ש הביא דבריו בקצת שינוי בקיצור והנה בדברי הח"מ קשה טובא חדא מה שהקשה בשו"ת רע"א בסי' פ"ח על מה שכתב דוקא בדאיכא רגלים לדבר דא"כ למה צריך לעדותו של הנחשד להצטרף עם עדותו של הע"א הא המרא"י שם כתב דבאומרת טמאה אני לך ויש רגלים לדבר אסורה לבעלה ע"ש אבל לדידי עוד קשה טובא מהיכן פשיטא לי' דאם אחד כשר אמר שזינתה ואחד אמר שהודית דמצטרפין יותר לאוסרה על בעלה דלמא גם בכה"ג אמרינן דאיהי לא מהמנית משום דאמרינן עיניה נתנה באחר וליכא אלא ע"א שאמר שראה שזינתה ואין אשה נאסרת על בעלה אלא בשני עדים גם יותר תמוה מה שכתב ואע"פ שלדברי האשה הנחשד פסול מאמינין אותה לגבי עצמה ולא לגבי הנחשד לפוסלו דנהי דאין אנו מאמינין אותה לגבי הנחשד לפוסלו מ"מ אין להצטרף עמו יחד להיות עדים דלדבריה הוא רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד וכמו שכתב הראב"ן הובא בתומים סי' פ"ו ס"ק כ"ו שהא דאמרינן בסנהדרין דף ט' פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להורגו היינו שאותו אחר אינו מעיד כמו שאומר הוא שנרבע לרצונו רק מעיד סתם שנרבע מאחד אבל כשמעיד שרבע את זה שאומר פלוני רבעני לרצוני ה"ל שני רשע ואין כאן שני עדים ועי' בש"ך סי' ל"א ס"ק א' בשני עדים המכחישין זה את זה שנפלה בזה מחלוקת בין חכמי בריסק אם מצטרפים לעדות אחרת ומשמע דלאותו עדות שנעשה רשע אף דפלגינן דיבורא פשיטא דאין מצטרפין וזהו כמ"ש הראב"ן:

אשר על כן נראה לפע"ד דמטעם הנ"ל חידש הח"מ לומר דבעינן רגלים לדבר ומה שהקשה בתשו' רע"א דבאיכא רגלים לדבר כתב המרא"י דנאסרת מחמת אמירתה טמאה אני לך יש לומר דזהו דוקא כשאומרת בעצמה בפני בעלה או בפני ב"ד טמאה אני לך

אבל לא באומרת שלא בפני בעלה ולא בפני ב"ד דמאי מהני שהודית בפני אחד חוץ לב"ד הא אפילו עד כשר שאמר שלא בפני ב"ד עדותו ל"ח עדות ויכול לחזור ולהעיד וכן בדיני ממונות לא חשיב הודאה אלא א"כ הודה בפני המלוה כמו דאיתא ברש"י סנהדרין שם דף ל' ובשו"ע חו"מ סי' פ"א גבי הודאה דאמר בפני הודה לו אבל אם הודה לאיש אחד שלא בפני המלוה לא חשיב הודאה ולמה לא תהא יכולה לחזור ולומר אמת שהודיתי לפני זה שזניתי אך שקר אמרתי ומשו"ה בעינן שיהי' רגלים לדבר ולהכי חשיב כאלו הודית בפני ב"ד ומחמת שאפילו אם אמרה הכי בפני ב"ד לא מהמנינן לה דאמרינן עיניה נתנה באחר על זה מהני הצטרפותו של הנחשד דלא נימא עיניה נתנה באחר ובזה מדוקדק הלשון שכתב בהגה"ה ואם היא הודית לפני אחד שנטמאה סתם ולא כתב שהודית לדברי הנחשד שנטמאה ממנו וכן זה הלשון איתא שם בתשו' מהרא"י:

אבל לפי האמור ניחא שפיר דהרא"י מיירי דליכא רגלים לדבר ולהכי בעינן דוקא שתאמר שנטמאה סתם דאם אמרה שהאמת כדברי הנחשד שנטמאה ממנו ולפי דבריה רשע הוא אין מצטרפין לאסור אותה רק כשאומרת נטמאה סתם מצטרפין ולהכי דמי שפיר למה שמדמה המרא"י דהודאה אחר הלואה מצטרפין דהתם מיירי נמי שההודאה לא היתי' על הלואה זו שמעיד אלא בפעם אחר והמעין היטב בדברי המהרא"י שם יראה שהוא לא קאי על עובדא דהתם שהיא הודית שהנחשד בא עליה אלא כל דברי התשוב' קאי על סתם דינא באומרת טמאה אני שכ' שם בזה הלשון דלעיל כתבת לי שלא הודית מעולם בהדי' שזינתה אלא אמרה ער האט ניט רעכט בייא מיר געלעגען ונוכל לפרש דבריו שפיר שבא עליה דרך אברים כו' אמנם אחרי שמהר"א שי' וכן אתון דייניתון אהך עובדא כאילו אמרה טמאה אני לך גם אני אדון בכה"ג ע"ש והנה בתשו' רע"א ז"ל שכתב לפלוג עלי הח"מ דהרמ"א לא מיירי בדאיכא רגלים לדבר אלא כיון דע"א מעיד י"ל דבכה"ג לא תקנו דלאו בכל פעם יזדמן כן שיהי' ע"א וא"כ בהיא אמרה טא"ל והוא אומר שראה שזינתה לית מנאן דפליג דאסורה לו ומגרשה בע"כ כו' ע"ש. ואני אומר שותא דמרן לא ידענא דודאי אי נימא דאמירתה טא"ל מצטרף לאמירת העד שוב הדרא החשש שעיניה נתנה באחר וזה האחר תמיד יבוא לב"ד לומר שראה שזינתה ויצטרף אמירתה לעדות העד ותהי' אסורה עליו ואחר שתתגרש מבעלה ישאנה זה האחר ובודאי כשחששו חז"ל שעיניה נתנה באחר בודאי יש לזה האיש התקרבות עמה ואינו מהאנשים הכשרים שלא יעיד שקר אלא כמו שהיא נתנה עיניה בו כן הוא כתן עיניו בה ואין דבר חוצץ לבצע חשקו דמקרא מולא הוא כמים הפנים לפנים (משלי כ"ז י"ט) וא"ל דאם תתגרש עפ"י עדותו אסור לישא אותה כמו דקי"ל המעיד על האשה שאת בעלה ה"ז

לא ישאנה עי' באה"ע סי' י"ב חדא דדבר זה לא מצאתי מבואר דאשה שנאסרה על בעלה ע"י העד לא ישאנה והדבר צריך תלמוד וגם הא כבר כתבתי דזה האיש שעיניה נתנה בו הוא מסתמא גברא דלא מעלי ועכ"פ חשוד על עריות ובחשוד יש לחוש דמשו"ה הוא מעיד כדי שיגרשנה בעלה ותהי' פנוי' ותהי' שכיחא לי' כמ"ש רש"י ז"ל בסנהדרין דף כ"ו ע"ב גבי החשוד על העריות ע"ש:

והנה שם בתשו' רע"א סי' ק' איתא תשובת הגאון בעל בית מאיר ז"ל שכתב על דברי מהרא"י הנ"ל דמטעם דע"א שאומר שזינתה חשיב רגלים לדבר ולפע"ד רחוק לומר דבר זה דרגלים לדבר לא מצינו רק שהיכי דדבר רגלים הוא ברור כגון שיש עדי כיעור וכיוצא בזה אבל הכא ממ"נ אי קושטא קאמר שזינתה הרי נאסרה ואי אמרינן דלא מהימן ואומר שקר ליכא כלל רגלים לדבר ודבר זה פשוט לדעתי:

ובגוף הדבר שחידש המרא"י שמצטרף עדות הנחשד, עם אמירת האשה שנטומא' וכתב שם וז"ל ומאן לימא לן דאפילו בכה"ג מהני טעמא דנתנה עיניה באחר ע"ש לפע"ד דבר זה תליא בשני פירושים שכתב הר"נ ז"ל בסוף נדרים דף צ' דדעת הר"ן דמצד הדין כשאומרת טא"ל נאמנת רק כיון דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש אפקעינהו רבנן לקדושין מיניה וחז"ל תקנו דלא תהא נאמנת ואחרים תירצו דמשנה ראשונה לאו דינא קתני דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טא"ל להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו כו' אלא משום דהא מלתא דטמאה אני לך כסיפא לה תקינו במשנה ראשונה להאמינה כו' ומכי חזו רבנן בתראי דלא מהימנא כדי שלא תתן עיניה באחר אוקמי' אדינא ע"ש:

מעתה אמינא בשלמא לדעת הר"נ ז"ל דמצד הדין נאמנת להיות נאסרת על בעלה אך חז"ל תקנו שלא להאמינה מטעם שעא עיניה נתנה באחר צדקו דברי המרא"י דמנ"ל דגם בכה"ג תיקנו חז"ל שלא להאמינה וי"ל דהבו דלא לוסיף עלה לעקור דבר מה"ת ובפרט לפמ"ש הגאון רע"א ז"ל שהבאתי למעלה דטעמא של מהרא"י הוא משום דלא שכיח ולא בכל יומא אזדמן כהאי מלתא שיעיד ע"א כדבריה ובאמת מצינו כמה פעמים בש"ס דבמילתא דלא שכיח לא גזרו רבנן כמו בערובין דף ס"ג ע"ב ובביצה דף ב' ע"ב ובכמה דוכתי ע"ש במסו' הש"ס אבל לאחרים שמדינא אינה נאמנת לומר לבעלה טא"ל רק למשנה ראשונ' תקנת חז"ל היית' להאמינה א"כ למשנה אחרונה כשנתבטלה התקנה ואוקמי' אדינא במלתא דשכיח כ"ש במידי דל"ש ודו"ק:

ועתה נחזור נא לעובדא שלפנינו שלפי מכתב כ"ת לא נתברר כלל שהאשה הודית שהי' אצלה:

ממש שתהא אסורה לבעלה ואפשר שהי' רק דרך אברים וכמ"ש המהרא"י בעובדא דידי' וגם אולי היתה הודאתה שזינתה עם הנחשד וכבר כתבתי שלפע"ד בודאי אין להצטרף עדות הנחשד עם הודאתה דלפי דבריה רשע הוא וגם רגלים לדבר ליתא כלל ולא יצא עליה שם רע כלל ויותר מזה כי כאשר היתה האשה הנ"ל אצל הבד"ר בפה הכחישה שלא הודית כלל ע"כ לפע"ד לא אפשר מצד הדין לאוסרה על בעלה וכאשר כתב כ"ת בעצמו שסידור הגט הי' במהירות ואודות החשש אם הוא מותר להחזירה לפע"ד ג"כ ליכא בנ"ד אחרי שהבעל אמר בפירוש קודם הגט שאינו מאמין כלל א"כ בזה נסתלק חשש לעז וגם כבר כתב הנוב"ק חלק אה"ע סי' י"א דלפי המנהג שנהגו עכשיו שהבעל אומר שהוא מגרש בלי שום תנאי רק מרצונו הטוב ליכא חשש לעז והנראה לפע"ד כתבתי:

סימן לג

כבוד ידיד נפשי הרב הגדול החריף ובקי החכם השלם במעלות ומדות ישרות כש"ת מו"ה אליעזר מישעל נ"י האבד"ק גאלאגא וכעת הרב הגאבד"ק טורקא:

את מכתבו עם ח"ת קבלתי ובדבר שאלתו בכתובה שלא נכתב כדת משה וישראל אין הדבר צריך לפנים ואין אני רואה שום חשש בזה ובאמת לא ידעתי הבן נוסח הכתובה שלנו אשר נכתב וכך אמר חתן דנן כו' הוי לי לאנתו כו' ואנא אפלח ואיזון כו' ובאמת לא אומר כלל הך נוסחא כי אנתתי הוא נשואה ואיהו לא אמר רק הרי את מקודשת לי וגם לא אמר כלל הלשון הנאמר בכתובה ואנא אפלח ואיזון ומה שקבלו מאתו בקנא"ס על הכתובה אם נימא דחשיב כאלו אמר כל הדברים הללו הא עכ"פ לא אמר לנוכח הכלה ומלשון הכתובה משמע שאמר לה כל הלשון בעצמו לנוכח וא"כ מחזי כשקרא אך נראה דלשון אמר נופל על דבר אשר מוכח מתוך דבריו האחרים כמו שמצינו בש"ס זאת אומרת או הדא אמרה אעפ"י שאינו אומר בהדי' רק שהיא מוכח כך וחשוב כאלו אמר בהדי' וכן איתא כ"פ בש"ס שמתרץ הגמ' הלשון באומר היינו נעשה כאומר וחשוב אמירה אעפ"י שלא אמר בהדי' וה"נ כיון שקיבל בקנא"ס ונכנס לחופה חשוב כאלו אמר הוי לי לאנתו ואולי מטעם זה נהגו לקרות הכתובה תחת החופה וחשוב כאילו אמר בעצמו דשומע כעונה ואע"ג דהתוס' גיטין ע"א ד"ה והא כתבו וז"ל אע"ג דממעט חרש וחרשת מחליצה לפי שאינו באומר ואמרה אמירה ודאי לא הוה אלא בפה עכ"ל יש לומר דלשון תורה לחוד ועי' מה שכתבתי בדברי תוס' הנ"ל בהגהותי לספר ברכת רצה סי' ט"ז:

אח"כ חפשתי אחר הספר נחלת שבעה וראיתי שם שחקר בפשט הלשון של כדת משה וישראל מה שאומר בשעת הקידושין וחידוש בעיני שלא זכר כלל ממ"ש התוס' בכתובות ג' ד"ה אדעתא דרבנן מקדש שכתבו וז"ל לכן אומרים לבסוף הקידושין כדת משה וישראל עיי"ש והנה עלה על לבי לחקור אם בכה"ג היכא שאנו צריכים לבא להך סברא דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' אם חייב לשלם הכתובה כיון דבעילתו הוי בלא"ה בעילת וזה לא מצינו בשום מקום ועוד הא אמרינן בש"ס כתובות ל"ט ע"ב טעמא מאי תקנו רבנן כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ואם נימא דבגונא דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' אין לה כתובה הי' בידו לעשות תחבולה שישלח לה גט ע"י שליח ויבטלנו שלא בפניו ויפטור מכתובתה אלא פשוט דחייב לשלם הכתובה ויש קצת סיוע ומרש"י שבת קמ"ה שכתב שם דבעד מפ"ע אקילו בה רבנן משום עגונא וכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש כו' ואפקעינהו רבנן לקידושין מיני' עיי"ש ומבואר בהדי' בש"ס ופוסקים דאשה שאמרה מת בעלה נוטלת כתובתה והן אמת שבדברי רש"י ז"ל לכאורה תמוהין וכבר תמהו המפורשים מפרק האשה רבה דאם בא בעלה תצא מזה ומזה עיין בדבריהם אמנם אנכי ישבתי דבריהם ואין כאן מקום לאריכות ועיין ברשב"א פרק השולח שמבאר הענין של אפקעינהו ועי' פ"י בכתובות דף ג' שמפרש ג"כ כהרשב"א ואשתמיטתי' שכבר קדמוהו הרשב"א בחידושיו לגיטין אבל עכ"פ פשיטא דלענין כתובה לא מהני הך סברא דאפקעינהו למיפטרי':

ונ"ל הטעם דחז"ל הפקיעו רק קדושין דאורייתא אבל מ"מ אמרו למהוי קדושין מדרבנן ומשו"ה יש חיוב כתובה דגם בנשואין של קטנה דהוה דרבנן ג"כ תקנו כתובה תדע דעכצ"ל הכי לפמ"ש הר"נ ז"ל סוף נדרים גבי אומרת טמאה אני לך דלמשנה אחרונ' אינה נאמנת דאנן אמרינן אפקעינהו רבנן לקדושי' מיני' ע"ש לכאור' קשה אמאי לא תהא מותרת לעלמא בלא גט אלא מוכח דמ"מ אסורה לעלמא מדרבנן ולפ"ז נראה לפע"ד לפרש מ"ש התוס' כתובות ד"ה אדעתא דרבנן מקדש לכן אומרים בשעת קדושין כדת משה וישראל לכאור' הוא דבר והפוכו שכדת משה הוא ענין קיום הקדושין וישראל הוא להפקיע הקדושין:

אבל לפי האמור הכי פירושו כדת משה קדושי תורה ואם יפקיעו חז"ל קדושי תורה יהי' חלין קדושין מדרבנן והוה כאילו אמר כדת משה וכדת ישראל וכעין זה מצינו לקמן בכתובות דף ע"ב ע"א במתניתין העוברת על דת משה ויהודית ומפרש מתניתין דת משה איסורי דאורייתא דת יהודית מה שאסרו חז"ל וכן הכא כדת משה קדושי תורה דת ישראל קדושי דרבנן ובגוף הדבר יפה כתב כ"ת שאין בזה בית מיחוש לפסול הכתובה

אחרי שתיבות הללו אינן נוגעים לכתוב' דקאי על אדלעיל הוי לי לאנתו וז"פ. ואל תשיבני מהא דאמרינן התם שווי' רבנן לבעילתו בעילת זנות הא היא מקודשת מדרבנן די"ל דלשון זה איתא בב"ב דף מ"ח ע"ב והתם אינה מקודשת כלל אפילו מדרבנן משו"ה נקט הש"ס הך לישנא נמי הכא כיון דמדאורייתא הוה בעילת זנות ורק אגב גררא נקטי' ובגוף השאלה יפה כתב כ"ת שאין בזה בית מיחוש לפסול הכתוב' אחרי שתיבות הללו אינן נוגעים לעניני הכתוב' כיון דקאי אהא דנאמר הוי לי לאנתו ז"פ. תשובה זו כבר נדפסה בספר ברכת רצה סי' פ"ו בהגהות מלחמות אריה ונדפס גם כאן כדי ליתן לה מקום בתוך חלק אה"ע בספר זה):

סימן לד

לכבוד הרב המאה"ג החוב"ק מו"ה אלעזר רוזין:

מ"ץ דק"ק ראזוודאב:

הנה בדבר השאל' באיש אחד מק' אולינאב הסמוך לק' רישא ושמו ר' אברהם בערנשטיין הלך לדרכו למדינת רוסלאנד ובא לעיר קטנה סמוך לק' טריסק וכאשר שמעו אנשי העיר שהוא מק' אולינאב ספרו לו אשר אתמול מת שם איש אחד מק' אולינאב ממדינת קיר"ה [כי מדינת עסטרייך נקרא בוואלין בשם קיר"ה] וגם הובל לקברות שמה. ודרש שיגידו לו שם הנפטר והגידו לו אשר שם הנכתב בהפאס הנמצא אצל הנפטר הוא שמואל דוד נאדעל ותיכף נזכר את האיש הנפטר כי הי' מכיר אותו בטוב ושם אביו הוא מעשל נאדעל. גם אמרו לו שהנפטר הי' חיגר יד ורגל כ"ז העיד ר' אברהם הנ"ל בתורת עדות לפני הב"ד דק' זאקליקוב כאשר אני רואה מתוך הגב"ע של הב"ד הנ"ל אשר שלח כ"ת אלי והנה כ"ת במכתבו אלי הוסיף לכתוב:

כי האנשים בהעיר קטנה הגידו לר' אברהם הנ"ל אשר שמעו מהנפטר שהוא מק' אולינאב במדינת קיר"ה אך שמו לא הגיד להם זולת כי נודע להם ע"י הפאס. ואנכי לא ידעתי מאין יודע זאת כ"ת אחרי כי בהגב"ע לא נזכר דבר זה אשר שמעו מהנפטר את שמו. ולדינא יש נפקותא רבא בזה כמובן אולם אחרי כי לא נמצא בהגב"ע אשר לפני לא אדון רק באופן הזה. אשר גם שם עירו לא נודע להם זולת ע"י הפאס הנמצא אצלו לבד. אם יש כדאי עפ"י דתה"ק לסמוך ע"ז להתיר אשת ר' שמואל דוד נאדיל לעלמא ולהוציא' מכבלי העיגון אשר הרבו חששו חז"ל לתקנות בנות ישראל וזה החלי בעזר הצור: הנה באה"ע סי' י"ז סעי' כ"ד פסק המחבר להלכ' מצאוהו הרוג או מת כו' אע"פ שיש להם סימנים מובהקים ביותר בכליו אינם כלום דחיישי' לשאל' ואפי' הי' להם סימנים בגופו אין מעידין עליו אבל הי' להם בגופו סימנים מובהקים ביותר מעידין עליו עכ"ל, והנה

בש"ס יבמות ק"כ ובב"מ כ"ז מוכח דלמ"ד סימנים דאורייתא סגי בגופו אפי' סימנים אמצעים ולדידי' עכצ"ל דבכלים חיישי' לשאל' דהרי פריך התם לדידי' מהא דתניא אין מעידין אלא על פרצוף הפנים עם החוטם אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו ש"מ סימנים לאו דאורייתא ומשני אמרי גופו דארוך וגוץ כלי' דחיישי' לשאל'. אבל מ"מ להך שינויי דמשני ואב"א כלי' בחיוורי וסומקי שוב אינו מוכח גם לדידי' מהברייתא דחיישי' לשאל' כלל. וכן כתבו התוס' ביבמות שם בהדי' דלהאב"א שוב נחתינן מחשש שאלה כלל ע"ש ומשמע מדבריהם דכל זמן שאין לנו הוכח' והכרח לומר דחיישי' לשאל' מצד הסברא אין לחדש דבר זה מעצמינו ואנן אמרי' דל"ח לשאלי'. וכן כתב הב"ש בשם המהר"ל מפראג ז"ל ולהכי כתב דלמ"ד סי' דרבנן דלא קשה לדידי' מהך ברייתא דאין מעידין כו' ל"ס לי' דחיישינן לשאלה ומשו"ה העלה דאם יש סימן אמצעי בגוף וסימן מובהק בכלי מהני מטעם ממ"נ דאי סימנים דאורייתא הא סגי בסי' אמצעי בגוף לחודי' ואי סימנין דרבנן הא ל"ח לשאלה ושוב מהני סימן מובהק שבכלי אבל דעת המחבר אינו כן דאיהו פסק דסי' אמצעי בגופו לא מהני וע"כ מטעם דסי' דרבנן ומ"מ כתב דבכלים חיישי' לשאל ועוד הביא הב"ש שיטת הב"י בשם הריטב"א ז"ל דלמ"ד סימנים דרבנן גם בכיס וארנקי וטבעת דאמרי' בש"ס דלא מושלי אינשי מ"מ לדידי' חיישי' לשאל'. וע"ז תמה הב"ש א"כ הדרא קושי' הש"ס לדוכתא מהך דמצא קשור בכיס וארנקי כו' אמאי ניחוש לשאל' ע"ש. והנה כל גדולי האחרונים האריכו בכ"ז אשר כמעט לא הניחו מקום להתגדר בו וכעת אין עתי אתי לחפש הרבה בספריהם. ע"כ אמרתי אשנה פרק זה מהסוגיא ומהשו"ע כפי יד ה' הטובה עלי ואת אשר יורוני מהשמים אותו אשמור לדבר ברצות ד' וזה אשר עלה במצודתי בעזר הצור:

הנה מה שהקש' הב"ש על המחבר דלפי מה דפסק דסי' דרבנן מנ"ל דחיישי' לשאל'. לדעתי י"ל דס"ל להרב"י דלמ"ד סי' דרבנן גם מצד הסברא אין לסמוך על סימנים מובהקין בכלים משום חשש שאלה. וכן כתב הב"ש שם אלא שיש לבאר קצת דבאמת כל סימני' אמצעים דעלמא נמי אינו דבר ברור וראי' גמור' כמו טב"ע דהא אפשר דמתרמי כהני סימני אלא שאין אנו חוששין כולי האי וסמכי' להחזיר אבידי' בסימנים למ"ד דאורייתא הוא מפאת חק התור'. ולמ"ד דרבנן הכי תקנו חז"ל כיון שעכ"פ האי חששא דלמא אתרמי סימנין כסימנין הוא רחוק קצת. ומעתה לפ"ז י"ל דאפי' אי נימא דל"ח לשאל' הוא משום דהוי חשש רחוק קצת עכ"פ לא עדיף מסי' אמצעי בגוף דהחשש שמא אתרמי סימני כסימנין ג"כ לא הוי אלא חשש רחוק ומ"מ חיישי' להכי מה"ת למ"ד סימנין דרבנן. ולפי מה דמשני כלי' דחיישי' לשאל' ס"ל להתרצן דחשש שאלה הוא חשש גדול ביותר

ולא דמי להחשש שמא אתרמי סימנין כסימנין ולהכי אפי' למ"ד סימנין דאורייתא חיישי' מ"מ לשאל'. ומעתה לפי שנויי דאב"א דדעת התוס' דל"ח לשאל' היינו דחשיב עכ"פ כסי' אמצעי דל"ח שמא אתרמי סימני' כסימנים ולמ"ד סימנים דאורייתא מה"ת ל"ח לשאל' ולמ"ד סימנים דרבנן דלא מהני בעגונה רק באביד' גם היכי דאיכא טב"ע או סימנים מובהקים בכלים לא מהני בעגונ' רק באבד' מדרבנן. ולפי האמור מיושב מה שהביא הב"ש בשם מהר"ל מפראג ז"ל דאי נימא דלמ"ד סי' דרבנן נמי חיישי' לשאל' אמאי קתני אע"פ שיש סימנים בגופו ובכלי' השתא טב"ע דמהני בגופו לא מהני בכלים כ"ש סימנים דאפילו בגופו לא מהני ולמה נקט כלל ובכליו ולפי הנ"ל י"ל דהס"ד של הש"ס וכן התרצן בשינוי' קמא סוברים דהכי פירוש' של הברייתא מה דנקט אע"פ שיש סימנים היינו שיש סימנים על המת ע"י סימני גופו או ע"י הסי' של הכלים היינו שמכירים את הכלים בט"ע. וזה חשיב כסי' בגופו כאשר בארתי דס"ל דעכ"פ מחמת חשש שאלה לא עדיף מסימני' גרועים וחשיב זה רק כסי' גרוע על האדם שהוא הנאבד ובאמת כן נראה לשון הברייתא רק התרצן דאב"א דמשני כלי' בחייורי וסומקי סבר דסימנים קאי נמי על הכלים. ולפ"ז שפיר ניחא דמ"ד סימנים דרבנן יסבור דמיירי שיש טב"ע או סימנים מובהקין ביותר בכלים דחשוב כמו סי' אמצעי בגוף ואשמועינן דלא מהני:

ולפ"ז יש מקום בראש לישב דלפי האב"א דמיירי בחיוורי וסומקי קשה למה נקט בכלי' דהשתא בגופו לא מהני סימנים גרועים כ"ש דלא מהני בכלים סימנים גרועים דנהי דאיהו ס"ל דל"ח לשאל' מ"מ עכ"פ טפי גרע מסימנים גרועים שבגוף דעכ"פ חשוב ריעותא קצת מחמת חשש שאלה. אבל לפי הנ"ל י"ל דבאמת גם בחיוורי וסומקי נמי משכחת שיהי' חשוב סי' אמצעי ע"י שהוא מכוון סדר הצביעה וכ"ש כשמייחד כל פרטי הצבעים שבכל הבגדים כמו שמביא הפ"ת באות ק"ו בשם הקהלת יעקב ע"ש ועוד מביא שם דב' מיני צבע ג"כ חשוב כמו סי' אמצעי א"כ אפשר לומר דהא דקאמר הש"ס חיוורי וסומקי היינו שניהם יחד ומ"מ לא מהני משום דמצטרף חשש שאלה לחשש שמא אתרמי סימנים כסימנים ובשני ריעותו' גם למ"ד סימנין דאורייתא לא מהני רק או ע"י סי' אמצעי שבגופו או ע"י טב"ע או סי' מובהק שבכלי' מהני לדידי' מה"ת. אולם עדיין לא הובאו דברי אלה אצלי בכור הבחינ'. ויותר פשוט לומר דלמ"ד דל"ח לשאל' לא חשיב ריעותא כלל ואין חילוק בין סי' שבגופו לסי' שבכליו. ואנכי לא באתי אלא לעורר והנה כבר נודע מה שכתבו רוב הפוסקים דבכלים דלא מושלי אינשי ל"ח לשאל' גם למ"ד סי' דרבנן אך כבר הבאתי למעל' מה שמביא הרב"י בשם הריטב"א דלמ"ד סימנים דרבנן חיישי' לשאל' גם בכלים דלא מושלי אינשי כמו כיס וארנקי וטבעת והא

דקאמר הש"ס דבכלים דלא מושלי אינשי ל"ח לשאל' זה אינו רק למ"ד סי' דאורייתא ונ"מ גדול' בעובדא שלפנינו שכבר כתבו האחרונים ובראשם הנו"ב מהד"ת אבה"ע סי' מ"ו דפאס חשוב כמו כלים דלא מושלי אינשי. משום דמחק הממשלה אסור להשאיל פאס לחבירו ורוב בני אדם נזהרים בכך. והנה האחרונים ז"ל הקשו על שיטת הב"י בשם הריטב"א הנ"ל דא"כ איך מהדרינן חמור בסימני אוכף ניחוש לשאלה. ומאי מהני אפי' עידי אוכף ואפי' אם נימא כמו דמשני התם הש"ס דאוכף לא שיולי אינשי אכתי קשה למ"ד סי' דרבנן הא גם זה ל"מ כלל וגם קשה לדידי' הך דמצא קשור בכיס כו' ניחוש לשאלה כאשר הבאתי למעלה.:

ואת אשר אנכי אחזה בזה דהנה הח"צ בתשובותיו סי' קל"ד העלה דאף למ"ד דחיישי' לשאל' מ"מ לשאל' דיחיד ל"ח וכמו דמצינו בב"ב קע"ב דמחלק אביי בין נפילה:

דרבים לנפילה דיחיד כ"כ יש לנו לחלק בין שאלה דרבים לשאל' דיחיד ע"ש שהאריך בזה. וכבר תפסו עליו האחרונים ז"ל דלפ"ז קשה דמאי פריך הש"ס ביבמות ובב"מ בסוגיא הנ"ל מהך דמצא קשור בכיס וארנקי וטבעת הרי זה יחזיר ניחוש לשאל' והא שאני התם דהוי שאלה דיחיד דהא ע"כ השאיל לאיש אחד ששמו הוי כשמות שנכתב בהגט א"כ הוי שאלה דיחיד ולשיטת הח"צ בכה"ג לכ"ע ל"ח לשאלה. ולפע"ד נראה לישב דהנה הש"ס משני התם כיס וארנקי וטבעת לא משאלי אינשי כיס וארנקי משום דמסמני וטבעת משום דמזייף [כן הוא הגרסא בב"מ ופי' רש"י ז"ל דמנחשי וביבמות הגירסא בגמ' בהדי' דמנחשי] ולכאור' יש להבין דבשלמא דמנחשי י"ל דכל אנשים מנחשי ואין דרכם להשאיל כיס וארנקי אבל בטבעת דהחשש הוא לזיוף בודאי יש כמה אנשים נאמנים ואין שוב חשש שיזייפו וא"כ הא יש לחוש שמא השאיל לאחד שהי' בטוח עליו שלא יזייף. ונרא' דס"ל להש"ס כשיטת הח"צ דלשאל' דיחיד לא חיישי' ומשו"ה כיון דאין דרך להשאיל טבעת לסתם בני אדם אלא לאנשים מיוחדים שיש להם נאמנות ביותר ולא חשידי אזיוף שוב הוי כמו שאלה דיחיד ול"ח כולי האי וכמו דל"ח לנפילה דיחיד כן ה"ה ל"ח נמי לשאל' דיחיד א"כ לפ"ז כל עיקר חידושו של הח"צ אינו אלא לפי שינוי' דהש"ס דבטבעת ל"ח לשאל' אבל הס"ד דפריך דאכתי לא ידע מזה הי' סבר דחיישי' גם לשאל' דיחיד שפיר פריך מהך דמצא קשור בכיס כו' אבל לפי מה דמשני הש"ס קיימינן בהך סברא דלשאל' דיחיד ל"ח וכדעת הח"צ: ובזה מיושב מה שהקשו רש"י ותוס' שם דמאי משני כיס וארנקי וטבעת לא משאלי אינשי הא בברייתא קתני או שנמצא בין כליו אלמא דבסתם כלים נמי ל"ח לשאל' ע"ש שדחקו לפרש דמיירי נמי באותן כלים שאין דרכו להשאילם. ורש"י ז"ל כתב דמיירי בכלים מתשמישי ביתו

דאין דרך להשאילם אבל לפי הנ"ל אין צריך לזה אלא אחרי דמשני דבכלים דלא משאלי אינשי ל"ח לשאל' ומטעם דהוי שאלה דיחיד א"כ בברייתא דמיירי גבי גט דהחשש הוא שמא השאיל לאדם ששמו ושמה הוי כשם המגרש והמתגרשת גם בסתם כלים הוי רק שאלה דיחיד ול"ח והא דקאמר גבי כיס וארנקי וטבעת דלא משאלי אינשי קושטא דמילתא קאמר דבכלים אלו ל"ח לשאל' גם בעלמא היכי דלא הוי שאלה דיחיד כמו באבד'. אבל גבי גט גם בסתם כלים ל"ח לשאל' ודוק: והנה לפי מה שהעליתו דשאל דיחוד דמיא לכלים:

דל משאלי אינשי ודין אחד להם ממילא דבר זה אי חיישי' לשאל' דיחיד תליא בפלוגתא דרבוותא. דלשיטת הב"י בשם הריטב"א דלמ"ד סימנין דרבנן חיישי' לשאל' גם בכלים דלא משאלי אינשי א"כ ה"ה לדידי' לשאלה דיחיד נמי חיישי' וצ"ל דכלים דלא משאלי אינשי או שאלה דיחיד לא עדיף מסימן אמצעי דלא מהני מה"ת משום דחיישי' דלמא אתרמי סימנין כסימנין ה"ה חיישי' לשאלה גם בהכי אע"ג דהוי חששא רחוקה. אך מ"מ מסתברא לי די"ל כשהמה שניהם יחד דהיינו כלים דלא משאלי אינשי וגם שאלה דיחיד בכה"ג ל"ח לשאלה דכולי האי לא חיישי'. ובזה אתי שפיר הכל על נכון דהנה בש"ס דיבמות וב"מ יש לדקדק דקדוק עצום דמעיקרא גבי הא דפריך חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן איתא הלשון אוכף לא שיולי אינשי דמסקב לי' לחמרא וגבי מצא גט קשור כו' הלשון כיס וארנקי וטבעת לא משאלי אינשי. וזה חילוק גדול דלא שיולי אינשי קאי על השואל שאין דרך אנשים לשאול אוכף משום דמסקב לחמורו א"כ המניעה הוא גם מצד השואל אבל לשון לא משאלי אינשי קאי רק על המשאיל שאינו רוצה להשאיל. ובאמת הב"ח בהגהותיו על הש"ס הגיה גבי אוכף וכ' וצ"ל דלא משאלי אינשי אבל לפע"ד ליתא להגהה זו כי רש"י ז"ל ביבמות שם כ' בעל החמור לא הי' שואל אוכפו של זה לחמורו [וברש"י איתא הלשון לחבירו ולפי דעתי פשונו שהוא טעות הדפוס וצ"ל לחמורו כי כן נראה פשוט מלשונו ע"ש ועי' בספר ערוך לנר שנתקש' בהבנת דברי רש"י ולפע"ד ברור שהוא טעות הדפוס וצ"ל לחמורו] ובאמת הדבר צריך תלמוד דלמה נקט גבי אוכף לא שיולי אינשי דהיינו שהמניע' הוא מצד השואל שלא ירצה לשאול מחמת דמסקב לי' לחמרא הא כ"ש שהמשאיל אינו רוצה להשאיל מחמת דכשיתן האוכף על החמור של השואל אזי מחמת הרכיבה על חמור אחר יתקלקל האוכף מתכונתו שנעשה במכוון לפי מידת החמור שלו וכמ"ש הש"מ שגורס באמת לא משאלי אינשי ובודאי לא בחנם גרס רש"י ז"ל לא שיולי אינשי ומפרש דקאי על השואל. אבל לפי הנ"ל י"ל דלפמ"ש הב"י בשם הריטב"א ז"ל דמ"ד סימנים דרבנן כ"ש דחיישינן לשאלה ואדרבה דלדידי'

גם בכיס וארנקי וטבעת דלא מושלי אינשי נמי חיישי' לשאלה ולפ"ז הא דפריך הש"ס חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן ניחוש לשאל' קאי בין אמאן דסבר סימנים דאורייתא ובין אמ"ד סימנים דרבנן ולמ"ד סימנים דאורייתא הי' סגי בהך סברא דהמשאיל אינו רוצה להשאיל לחודא דבכה"ג לדידי' תו ל"ח לשאלה דלא שכיח ודמי לסימן אמצעי דסמכי' ע"ז ול"ח דלמא אתרמי עוד כהני סימנין משום דלא שכיח. אבל למ"ד סימנין דרבנן אכתי לא הוי ניחא דבהך טעמא לחודא לא הוי סגי דלא עדיף מסימן אמצעי משום דחיישינן דלמא אתרמי. להכי קאמר הש"ס דלא שיולי אינשי דהיינו דמלבד המניע' מצד המשאיל איכא מניעה נמי מצד השואל וכנ"ל א"כ בכה"ג דניחוש שמא אירע שני אנשים יחד המשאיל והשואל שזה יהי' רוצה לשאול וזה יהי' רוצה להשאיל דזה חשוב עוד חשש רחוק ביותר שיזדמנו יחד שני אנשים היוצאים מדרך סתם בני אדם ושוב דמי לסימן מובהק דלא חיישי' שמא אתרמי לכ"ע גם מה"ת ומשו"ה פריך אח"כ מהך דמצא קשור בכיס וארנקי וטבעת ומשני דכיס וארנקי וטבעת לא משאלי אינשי היינו דבכאן סגי אם המניעה רק מצד המשאיל לחודא שהרי הכא גבי גט בלא"ה הוי רק שאלה דיחיד ואך מ"מ למ"ד סימנין דרבנן לא מהני הך טעמא דשאל' דיחיד וכמ"ש אך עכ"פ בצירוף הך סברא דלא משאלי אינשי שניהם ביחד לכו"ע מהני ולהכי גבי מצאו קשור בכיס סגי בהך דלא משאלי אינשי משום דהוי שאלה דיחיד וגבי חמור בסימני אוכף בעינן דוקא הטעם דלא שיולי אינשי כיון דהוי שאלה דרבים למ"ד סימנין דרבנן ואם כה נימא עכצ"ל דהך דנמצא בין כליו מיירי בכלי תשמישי ביתו וכמ"ש רש"י ותוס' ודוק כי הדברים נכונים בעזהש"י: עוד הקשו על הח"צ מיבמות קט"ו גבי הנהו תרי שטרי דנפקי במחווזא וכתיב בי' חבי בר ננאי וננאי בר חבי כו' ואמרינן התם למאי ניחוש לה אי לנפילה לא חיישינן לנפילה אי לפקדון כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' וכתבו התוס' דמשו"ה ל"ח לנפילה משום דהוי נפילה דיחיד ע"ש וא"כ לפי שיטת הח"צ דשאל' דיחיד דמי לנפילה והאיך קאמר הגמרא אי לפקדון הא הוי נמי פקדון דיחיד ול"ח למה לי' למימר הך כיון דשמו כשמי' לא מפקיד גבי' והנה שמעתי ממו"ח שנתקשה בהך דקאמר הש"ס דלא ומפקיד גבי' משום דשמי' כשמי' דמאי ריעותא הוא זה אטו אינם מפקידים אצל אנשים מעות מזומנים או חפצים מחמת שהמה בטוחים ונאמנים שיחזירם להבעלים ואיזו חשש יש בהשטר הלזה יותר ממעות מזומן. וזהו באמת תמי' עצומה ועפ"י זה מיישב שיטת הח"צ עיין בדבריו הנחמדים. אבל לדעתי עוד יש להקשות לפמ"ש הש"מ בב"מ בהא דפריך חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן ולמה לא פריך היכא מהדרינן כל

אבידה בסימנים ניחוש לשאלה. והביא בשם גליון תוס' לתרץ דאין לחשדן שאם הי' רוצה הי' כופר:

כשהשאילו ורק חמור בסימני אוכף פריך שפיר דשואל לא האמין כלום למשאיל ע"ש. מבואר א"כ לפ"ז דכל שהאמינו הבעלים לזה בעצמם אין לנו תו לחוש כלל דאם הוא רמאי לא הי' לו להאמינו מקודם. ולכאורה תמוה מאוד סוגית הש"ס דהכא ביבמות דקאמר בהדי' אי לפקדון. ולדברי הגליון תוס' מה לנו לחוש לזה כיון שהאמינו הבעלים לזה מקודם שהפקיד אצלו את השטר אין לנו לחושדו במה שרוצה לגבות בו המעות וזהו קושי' גדולה באמת והנה לפע"ד נראה ליישב באופן אחר דהכי פירוש' דהש"ס אי לנפילה. היינו שאבד ממנו ומצאו זה ששמו כשם הנכתב בהשטר ובא לפנינו לגבות בו. לנפילה ל"ח משום דהוי נפילה דיחיד שניחוש שמא חבי ב"נ אבדן ומצאו חבי ב"כ אחר ואי לפקדון היינו דניחוש שמא איש אחד דעלמא מצאו ואחרי כי לא הי' יכול לגבות את השטר בעצמו מחמת שידעו אותו כי אין שמו כשם הנכתב בהשטר ויבינו כי הוא אינו המלוה רק נאבד מהמלוה והוא מצאו ע"כ הערים למסרו לחבי ב"נ הלזה שילך הוא ויגבה אותו ומעתה לא הוי פקדון דיחיד. דפקדון דיחיד לא הוי רק היכי שיכול להפקיד אצל אחר. אבל בכה"ג שע"כ הי' מוכרח לחפש אחר איש ששמו כשם הנכתב בהשטר בכה"ג בודאי לא מקרי פקדון דיחיד וכן כתב הח"צ ז"ל בעצמו בתשובתו שם סי' קל"ד וז"ל וא"ת היכי מדמינן שאלה דיחיד שהוא בכונת שואל ומשאיל לנפילה שהוא בלתי כונה כו' וי"ל כיון דאין דעת וכונת שואל ומשאיל תלוי כלל במקרה ההוא הדר הו"ל כשלא מדעת אלא במקרה. ע"ש [ובאמת לפ"ז בפשיטות ניחא מה שתמהו על הח"צ מהא דפריך הש"ס מצאו קשור בכיס וארנקי וטבעת ניחוש לשאל' דלדעתו בכאן גבי גט הוי שאלה דיחיד כמ"ש למעל' די"ל דהש"ס פריך מטבעת דכיון שהי' צריך לזה לשאול טבעת עם חותם כשמו ע"כ הי' צריך לחפש אחר איש ששמו כשמו א"כ אינו תלוי במקרה רק בכונת שואל ומשאיל ושוב לא חשיב בכעין זה שאלה דיחיד. אך י"ל דאכתי חשיב שאלה דיחיד מחמת שם האשה הנזכר בגט אולם בזה יש לפקפק דכיון דעכ"פ צריך לחפש אחר איש ששמו כשמו אין זה מה שגם שם האשה הוא כשם אשתו חשיב שאלה דכיון דשמו כשמו לא שכיח יוכל להיות דלא מצא איש אחר כשמו רק זה בלבד והבן. א"כ הכא שרצה שיבוא השטר לידי גובינא ומוכרח הי' לחפש אחר איש ששמו כן פשיטא דל"ח פקדון דיחיד. ולפ"ז הא דקאמר הש"ס אי לפקדון לא קאי על הבעלים שהפקידו אלא על המוצא השטר וע"ז דחי כיון ששמו כשמו לא מפקיד גבי' היינו אם לא מצאו בעצמו רק איש אחר מצאו הי' ירא לגלות לפני ב"נ זה שהוא מצא

את השטר מפני שאינו יודע איזה חבי ב"נ אבדו ושמא יבא לפני זה שהוא בעל השטר בעצמו ונאבד מאתו ויתפוס עליו כגנב ומשו"ה לא מפקיד גבי' אע"פ שהוא בטוח גדול ונאמן ודו"ק כי הוא דבר נחמד לדעתי:

והנה שכתב להחת"ס אה"ע סי' ל"ח שכתב לחדש חומרא חדשה דהא דבכלים דלא משאלי אינשי ל"ת לשאלה ז"א רק כשנמצא לבוש בהם אבל כשנמצאו מונח בתוך הבגדים שפיר יש לחוש דשמא הבגדים המה שאולים לו והמשאיל שכח הכיס וארנקי שלו שהי' מונח בתוך הבגדים בשעה שהשאילו את הבגדים ולא נטלם מתוך הבגדים. אבל כשנמצא הנפטר לבוש בהם ל"ח להכי כיון דחזינן שהי' משתמש בהם ושואל שלא מדעת גזלן הוי לכן אחזוקי איניש ברשיעי לא מחזיקינן ע"ש. והנה במחכ"ת דבריו אלו ליתא לדעתי שהרי הש"מ בב"מ שם הביא בשם הרמב"ן ז"ל דלמה קאמר דחיישי' לשאלה ולא אמר למכיר' ומתנה ותירץ דאין לנו להוציאו מחזקתו חזקת מ"ק. וביאור דבריו דבשלמא לשאלה שפיר חיישינן דהא ע"י החשש הלזה אין אנו מוציאין אותו מחזקתו שהרי האוכף מחזירין אותו רק החמור אין לנו להחזיר מחמת סימני אוכף דחיישינן לשאלה אבל אם אתה באת לחוש למכיר' ומתנה הא לא תוכל להחזיר לו גם האוכף בעצמו וזה אין בידינו להוציאו מחזקתו חזקת מ"ק. א"כ לפ"ז אין לחוש ג"כ לשמא שכח המשאיל הכלים דלא משאלי אינשי בתוך הבגדים דאם אתה בא לחוש לזה אי אתה רשאי להחזיר לו ליורשי הנפטר גם את הכלים א"כ אתה מוציאו מחזקתו דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו. ואין לדחות ולומר עפ"י מה שכתב הח"מ דבעגונה באמת חיישינן גם למכיר' ומתנה דא"כ לא הי' להגאון ז"ל להמציא דבר זה אלא הי' לו לומר בפשיטות דגם כשנמצא לבוש יש לחוש למכירה ומתנה אפי' בכלים דלא מושלי אינשי. ועיין בחת"ס סי' נ"א שכתב שם דלהסוברים דחיישינן גבי עגונה למכירה ומתנה כ"כ חיישינן נמי לגזילה ואבידה והאיך כתב כאן דאחזוקי איניש בגזלן לא מחזיקינן סוף דבר דברי הגאון מופלאים ממני. ולפע"ד אין לדברים אלו מקום כלל וגם הוא חשש רחוק שישכח המשאיל איזה דבר בכיסו כשמשאיל הבגדים ואדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה וביחוד כשמשאילם לאחרים. לכן אין להחמיר לפע"ד כלל מטעם זה:

והנה בעובדא שלפנינו לענין היתרא דהך איתתא יש לדון משני טעמים חדא מחמת הסי' בגופו שהי' חיגר יד ורגל ושנית מחמת הפאס שנמצא והנה הסימן שבגופו במה שהי' חיגר יד ורגל מסתברא דיש לחשוב עכ"פ לסימן אמצעי דמתשו' מהר"ם לובלין שהביא הב"ש בק"ע סי' שי"ב דרגלי' עקמומיות ל"ח סימן מובהק י"ל דעכ"פ הוי סימן אמצעי ולפ"ז גם חיגר יד ורגל חשיב נמי סימן אמצעי. ועיין בתשו' מהר"ם לובלין סי'

נ"ו ששם איתא הלשון עקומות והפוכות לצד פנים. ואפי' לפ"ז מסתברא דחיגר יד ורגל חשוב סי' אמצעי דיד ורגל חשיב טפי שני סימנים משתי רגלים ששתי הרגלים עפ"י רוב נתקלקלו כאחד. אבל יד ורגל אינו תלוי זה בזה. וא"כ אפי' אם נחשוב הסי' מה שהי' חיגר רק לסימן גרוע יש להצטרף מ"ש האחרונים אשר שני סימנים גרועים חשיב יחד כסימן א' אמצעי ותו יש לסמוך על ההיתר של המהר"ל מפראג דסי' אמצעי בגוף וסי' מובהק בכלים מצטרפים להיתר עגונא:

ולענין אם יש לסמוך על הפאס משום דחשוב כמו כלים דלא משאלי אינשי כמו שהבאתי למעל' בשם הנו"ב ושאר אחרונים בודאי להסוברים דבכלים דלא מושלי אינשי ל"חח לשאלה לכו"ע פשיטא שיש לסמוך ע"ז אבל להב"י בשם הריטב"א שסובר דלמ"ד סימנים דרבנן גם בכלים דלא מושלי אינשי חיישינן לשאלה יש לדון בזה עפ"י מה שכתבתי למעלה דבהצטרפות שניהם יחד כלים דלא מושלי אינשי וגם שאלה דיחיד גם אינהו ז"ל מודים דלכו"ע ל"ח לשאלה. והנה כ"ת לא ביאר לי בלשון השאל' אם הי' זכר בהפאס הנמצא אצלו הסימן שבגופו שהוא חיגר יד ורגל או לא הי' סימן זה נזכר בהפאס ומן הסתם השערתי כי מכר בהפאס. אחרי כי עפ"י רוב נזכרים המה בפאס סימנים כמו אלה. והנ"מ בזה כי אם לא נזכר חשוב שאלה דיחיד שיזדמן שישאל לאיש חיגר יד ורגל כמו שהוא המשאיל בעצמו אבל אם נזכר ל"ח שאלה דיחיד. אחרי כי בכונה חיפש אחר איש כזה להשאילו דבלא זה לא הי' הפאס מוצלח לפניו כלל וכל שתלוי בדעת ובכונה לא במקרה לא הוי שאלה דיחיד כמו שהבאתי למעלה בשם הח"צ בעצמו שכתב בהדי' הכי. [ודע דאפי' אי נימא דמה שהוא חיגר יד ורגל לא הוי סימן מובהק מ"מ מהני עכ"פ למיחשב ע"י זה שאלה דיחיד ולא עוד אלא אפי' בסימן גרוע כמי מהני לענין זה וראי' ברורה לזה דהא בסוגיא דיבמות שם איתא חבי בר ננאי וכנאי ב"ח שכיחי טובא ומ"מ אמרינן התם דלנפילה ל"ח ופירשו בתוס' משום דהוי נפילה דיחיד:

אלמא דאפי' אי שכיחי טובא מ"מ כיון דלא הוי כפילה דכו"ע חשוב נפילה דיחיד וזה ברור לדעתי]:

אולם לפמ"ש למעלה לחלק בין לשון דלא שיולי אינשי ובין הלשון דלא משאלי אינשי דהיינו אותן שהמניע' הוא מצד המשאיל שאינו רוצה להשאיל וגם מצד השואל שכמו כן אינו רוצה לשאול הוי כלים דלא שיולי אינשי כמו אוכף וכדומה אבל כיס וארנקי וטבעת המניע' הוא רק מצד המשאיל קאמר דלא משאלי אינשי והא דס"ל להב"י בשם הריטב"א דלמ"ד סימנים דרבנן גם בכיס וארנקי כו' נמי חיישינן לשאלה מ"מ באוכף וכדומה שגם השואל מקפיד שלא לשאול גם המה מודים דלכו"ע ל"ח לשאלה מעתה

פאס שכמו שאינו רשאי מצד חקי הממשלה יר"ה להשאיל פאס שלו לאחרים כן החק הוא שאינו רשאי לשאול פאס שאינו שלו ואם המצא תמצא בידו ענש יענשו שניהם כאחד כי על שניהם הוא אומר שאינם רשאים לעשות כן. א"כ דמי להך דאוכף וגם הריטב"א מודה דבכה"ג ל"ח לשאלה:

סיומא דהך מלתא שלפע"ד יש להתיר אשת ר' שמואל דוד נאדעל עפ"י היתרים הללו. א' עפ"י סימני הגוף שהי' חיגר יד ורגל בהצטרפות סימן מה שנמצא אצלו הפאס שלו. וכבר כתבו האחרונים דסי' אמצעי בגוף וסי' מובהק בכלים מצטרפים יחד להיות חשוב כסימן מובהק אפי' למ"ד דסי' דרבנן וכמ"ש מהר"ל מפראג. ב' כיון דפאס לא מושלי אינשי כמ"ש הנו"ב ושאר אחרונים א"כ הא דעת רוב הפוסקים דל"ח לשאלה ג'. אם לא נכתב בהפאס שהוא חיגר יד ורגל חשיב שאלה דיחיד כמ"ש למעלה ולדעת הח"צ ל"ח לשאלה. ואך אם נזכר בהפאס שהוא חיגר יד ורגל כפל הך היתרא של הח"צ בבירא דלא מקרי תו שאלה דיחיד כנ"ל. ד'. מה שהעליתי שאפי' לשיטת הריטב"א דלמ"ד סי' דרבנן גם בכלים דלא מושלי אינשי חיישינן מ"מ בפאס מודה. מכל הלין טעמי אמינא בשריותא דהך איתתא לעלמא אם כ"ת וגם עוד רב מפורסם יסכימו לדברי וד' יצילני משגיאות ויורני דרך אמת לבל אכשל ח"ו בדבר הלכה סימן לה:

בדבר העגונה האשה קרינטשא כהנא אשת ר' ישראל מיכל כהנא יליד עיר פמארין והי' דר פה לבוב י"א שנה והוא הי' סוחר פירות אשר נסע מפה קודם חנוכה שנת תרס"ח וכפי הגב"ע של הב"ד מק"ק טלוסט העיד ה"ר אברהם דוד המכונה דאדא בן המנוח ה"ר ליבלי פישער מק' סניטין בתו"ע באליונ"ע איך שמכיר בטב"ע את הנמצא אצל מסילת הברזל באור ליום ו' עש"ק פ' בשלח י"ד שבט תרס"ט שוכב על הארץ מת כי ראה אותו ביום א' טרם שנקבר היינו ביום א' יתרו ט"ז שבט תרס"ט ויודע כי הנפטר אמר לו זה כשנה ויותר אשר הוא מפמארין ודר בלבוב ויש לו אשה ובנים בשם וכמה בנים אינו זוכר וסיפר לו באחד השיחים אשר הוא סוחר פירות ומאת הממשלה דרשו מאתו שישא מס (בויגען) ולא הי' לו ימינה לשלם ולקחו מאתו ענלה עם הפירות בעד השלומי הבויגען וזה המעשה הי' בלבוב ואינו זוכר באיזו שנה סיפר לו הי' המעשה הזה וגם סיפר לו כשהוא בא לסניטיין אינו רוצה לילך לבית הרה"ג מו"ה יעקב יוסף ראבד"ק סניאטין יען כי הוא מילידי פמארין ע"כ בוש יבוש מאתו ורשום בזכרונו אשר אמר לו ששמו מיכל או פישל או שני השמות יחד מיכל פישל או פישל מיכל אך זה אינו יודע בבירור אך זה נראה לו ברור יותר ששם אחד שלו הי' מיכל ובחורף הזה הי' עמו בק' טארניפאל גם העיד שידע שאצל הנפטר הי' על הטלית גרין בענדל וגם תפילין ושמע מהקברנים

שנמצא אצל הנפטר שנמצא מת הנ"ל טלית עם גרין בענדל ותפילין קטנים גם הכיר הקיטשמא שעל ראשו גם המנעלים הכיר קצת כ"ז העיד בת"ע באליונ"ע גם בעדותו של ה"ר יחיאל מיכל שראה את האיש הנמצא מת שוכב על הארץ אצל המסילת ברזל באור ליום ו' עש"ק פ' בשלא תרס"ט וראה אותו איש ממוצע לא ארוך ולא קצר הקומה וזקנו שחור אך מעט סרקה בו בו שיבה זקנו הי' ממוצע והוא לא ראה אותו בחייו וכתב הרב מטלוסט כתב שאיש א' בא לשם אור ליום ו' עש"ק פ' בשלח בחורף העבר במסילת הברזל ובירדו ממסילת הברזל הלך איזה פסיעות ונפל לארץ וקראו לו דאקטר ולא הועיל ויצאה נשמתו והנה אח"כ כשלחו לפה הבגדים שהי' לבוש בהם הנפטר והכירה האשה הרבה מהבגדים בט"ע שהמה הבגדים של בעלה כמו שני חלוקים וגם הטלית זעקיל גם הי' לה סימנים בהבגדים והנה כפי דברי האשה הי' שמו של בעלה ישראל מיכל ובפי כל מיכל לבד ויש כאן ריעותא שכפי דברי העד הוא מסופק או פישל או מיכל או שניהם יחדיו ויותר ברור שהי' שמו מיכל עכ"פ אין כאן בירור על שמו וגם אין שום ידיעה משם אביו זולת שם עירו שאמת שבעלה הי' מפמארין והי' דר פה בלבוב:

והנה הלשון של הגב"ע אינו מדוקדק שאחרי שאינו יודע בבירור איך כתב אח"כ שנראה לו ברור יותר ששם אחד שלו הי' מיכל שהדברים סתרי אהדדי שלשון ברור יותר הוא נופל על ודאי ולא על דבר שהוא מסופק בו ובל אפונה שהוא דיבר לשון לע"ז דאס גיכער האט ער געהייסען איין נאמען מיכל והרב כתב בלה"ק ברור יותר והאמת הי' צריך לכתוב קרוב יותר ולא ברור יותר. עוד יש ריעותא שבהגב"ע נאמר כי אמר הנפטר שיש לו אשה ובנים בלבוב ובאמת הי' לו רק אשה אבל לא בנים ולפי דברי אשתו לא הי' ראוי כלל להוליד והנה מקודם צויתי להכריז בהרבה כנסיות לחפש אם נאבד איש סוחר פירות שהי' שמו פישל ומי שיש לו ידיעה מזה יבוא ויגיד להב"ד ולא בא שום אדם להגיד איזה דבר שנחסר מכאן איזה איש ששמו פישל כלל:

ועתה אמרתי נעיין נא בעובדא דהך איתתא אחרי כי הרבה חששו חז"ל בדיני תקנ' עגונות להתירן מכבלי עיגון ומד' אשאלה שיורני בדרך האמת לבל אכשל ח"ו בדבר הלכה וזה החלי בעזר הצור. הרמב"ם בפ' י"ג מה' גירושין הלכה כ"ז כתב ואין אומדין באומד הדעת פלוני הוא עד שיעיד העד שהוא פלוני ויכיר שמו ושם עירו ובמ"ל כתב בשמו ושם עירו סגי ולא בעי שם אביו הריב"ל וה"מ שם הביא גירסת התוספתא אין מעידין עד שהי' מכירין שמו ושם אביו ושם עירו והרמב"ם שם הלכה כ"ג כתב ראו אחד עומד מרחוק ואמר שהוא פלוני בן פלוני או פלוני ממקום פלוני כו' הרי אלו משיאין את אשתו הרי מבואר דבחד מינייהו סגי או שמו ושם אביו או שמו ושם עירו והנה בין

גדולי הפוסקים יש מבוכה רבה שהב"ש בקונטרס תק"ע כתב בזה דיעות שונות דבסי' ק"א בקיצור פסקי הרב מהר"א מזרחי כתב יש להסתפק בפי' התוספתא אין מעידין אלא א"כ מכירין שמו ושם עירו אי פירוש שמו בלא שם אביו או בשמו ושם אביו יחד ששניהם נקראים שמו כו' ולא אוכל להתיר א"א לעלמא בעדות שמו ושם עירו לחודא בלא שם אביו ובסי' שי"ד הביא קיצור פסקי מהר"ם מלובלין כשהזכיר שמו ושם עירו אע"פ שלא הזכיר שם אביו משיאין את אשתו כשלא הוחזקו שנים בעיר ששמם כך וה"ה ע"י בדיק' בני העיר משתרי ובסי' קכ"ט הביא בשם רב אחד ר' יעקב ב"ר שמואל כתב מאחר דארבעה גדולי הדור דהיינו ר"י מטראני וריב"ש ומהרי"ק והרא"מ כתבו להדיא דצריך להזכיר שמו ושם אביו ושם עירו מי הוא שיקל ראשו בדבר ערוה נגד המלכים האדירים האלה: אמנם גדולי האחרונים דעתם נוטה להתיר בשמו ושם עירו בלא שם אביו הנו"ב מהד"ק אה"ע סי' מ"ב בסוף התשובה ובמהד"ת אה"ע סי' כ"ה הביא עובדא בשמו ושם עירו בלא שם אביו וכתב להתיר בצירוף עוד איזה סימן במהדורא קמא שהי' מומר ובמהד"ת שהי' בו סי' הגוף, והישוי"ע בפירוש הקצר כתב דשמו ושם עירו בלא שם אביו יש מקום להקל כיון דלא הוחזק בעיר הזאת ופירשתי בענין זה דברי המהרי"ק ע"ש והנה ביבמות דף קט"ו איתא שלחו מהתם יצחק ריש גלותא בר אחתיה דרב ביבי הוה קאזיל מקורטבא לאספמיא ושכיב מי חיישינן לתרי יצחק או לאו אביי אמר חיישינן רבא אמר לא חיישינן אמר אביי מנא אמינא לה דההיא גיטא דאשתכח בנהרדעא וכתיב בצד קלוניא מתא אנא אנדרולינאי נהרדעא פטרית ותרכית ית פלונית אנתתי ושלחה אבוה דשמואל לקמי' דר' יהודה נשיאה ושלח ליה תיבדק נהרדעא כולה ע"ש והנה לפי גירסא זו המגרש הי' נקרא אנדרולינאי ולא נזכר בגט שם אביו א"כ יש להקשות איך מייתי אביי ראי' מדחיישי בעובדא דא ה"ה דיש לחוש בעובדא דיצחק ריש גלותא לפמ"ש הבאר היטב שם ס"ק ס"א דאת פלוני הוה כמו בן פלוני א"כ הכא דהוה נזכר בר אחתי' דרב ביבי הי' חשיב כמו בן פלוני ועוד הא הי' ריש גלותא לסימן והנוב"ת ס"ס מ"ו מפקפק ע"ז דאין זה ברור ויש לחלק דאב ליכא אלא חד לכל אחד משא"כ אחים יש אחים לכל אחד א"כ גבי עובדא דיצחק נמי ליכא שם אביו: אמנם עדיין י"ל לכאורה דריש גלות' עכ"פ ודאי ליכא אלא אחד וצריך להיות חשוב כמו בן פלוני אם לא דנימא דבימי אביי ורבא היו נקראים הרבה חכמים בשם ריש גלותא אע"פ שלא הי' ראש גולה ממש כמו שהביא הטור בסי' קכ"ט והני אינשי דפלגי יקרא לבעלי זרועות וכתבו פלוני החכם או רב או נשיא אע"ג דלא קרי ליה אינשי הכי ואיהו נמי לאו בר הכי הוא ע"ש וכן נראה ממה דאיתא בסידורים בתפילת שבת קודם מוסף יקום פורקן

רישי גלותא לשון רבים ובאמת ליכא אלא חד ריש גלותא אלא זהו רק משום שחולקין כבוד והנה נכתב בצידו של הגמרא בהגהות אשר"י פרק השולח בגיטין על המשנה ד"ה בראשונה הגירסא אנא דוד בר נהילאי נהרדעא הרי הי' שמו ושם אביו:

עוד יש לומר דגבי גט שמכר גם שם האשה הוה כמו אח פלוני דהכא נמי כתוב בעל פלונית ונראה דזה תליא במה שמסתפקו אם בלשון שמו ג"כ בן פלוני או הכונה רק שמו לבד ולא שם אביו דהכא בגמרא איתא ית פלונית אנתתי ולא נזכר בהדיא שהי' נכתב בת פלוני ואי נימא דבגט הי' נכתב בת פלוני אלא שהגמרא נקט בקיצור א"כ הי' במו שנזכר אצלו דלאשה ליכא אלא חד בעל ומשו"ה הי' סגי למיכתב אנא אנדרולינאי בלא שם אביו אבל אי נימא שלא הי' נכתב בגט שם אבי האשה רק שמה בלבד צריך לומר שהי' נכתב דוד בר נהילאי דאם גבי הבעל נמי נשמט שם האב הרי נשמט שניהם גבי דידי' וגבי דידה שם אביהם:

והנה בלשון המחבר סי' קכ"ט סעי' ו' איתא אם לא הזכיר שם אבי האיש או שם האשה כשר ואינו מבואר אם השמיט שניהם שם אבי המגרש ושם אבי המגורשת שתיהם יחד אמנם ממה שהביא הרב"י תשובת הרשב"א להוכיח דאם לא כתב שם אבי עצמך שהי' גר מה שם אביו או אם שהי' שתוקי או אסופי שאינו מכיר את אביו האיך יכתוב בגט או בשטרות וכתובות וזה פשוט עכ"ל וא"כ עכצ"ל דגם אם השמיט שם אבי הבעל ואבי האשה שניהם יחד ג"כ כשר דהגע עצמך אם שניהם גרים או שניהם שתוקי ואסופי האיך יכתבו בגט. והנה יש לתמוה דלמה צריך הרשב"א להוכיח דנשמט שם אבי הבעל כשר מגר תיפוק לי' דהא בגט של אנדרולינאי לא נכתב שם אביו אלא מוכח שהוא גורס כגירסת הג"א הנ"ל דגריס דוד בר נהילאי:

ולכאורה נ"ל דאף דקי"ל דאין סומכין על שמו לבד מ"מ לא כל השמות שוים אלא אם השם שנקרא הוא לא שכיח שפיר סומכין על שמו בלא שם אביו ושם עירו ויש להוכיח דבר זה מהא דאיתא בחולין דף ה' ודלמא תרי גברי דהוי שמייהו עורבים כו' א"ל איתרמאי מילתא דתרווייהו הוי שמייהו עורבים וכתב רש"י בתמיה הרי חזינן דיותר יש לנו למימר דהוה עורבים ממש ועפ"י כס מלומר שאיתרמי תרי גברי דהוי שמייהו עורבים ולכאור' קסה הא קי"ל בעלמא לתרי יוסף ועכצ"ל דבאמת שם עורב ל"ש כלל שהרי הגמרא איצטריך להביא ממקרא דיש אנשים בשם עורב מקרא דויהרגו את עורב ואלו הי' שם עורב שכיח לא הי' צריך להביא ראי' מהכתוב וע"ז קאמר הש"ס איתרמי מילתא דשמייהו עורבים היינו שם דלא שכיח כלל רק אחד במדינה. ומעתה לפ"ז ה"ה יש לנו ללמוד דאין לנו לחוש גם להלכה לענין עגונה היכי דנקרא שם דלא שכיח כלל

כמו כתריאל נאדל וכדומה דאין לחוש דלמא הוא אינש אחרינא וזהו דינא רבתי אשר נתקבל על הדעת אמנם שם מיכל לפי השערתי הוא שכיח קצת ולא הרבה ובודאי בעיר גדולה כמו עירנו לבוב יש הרבה אנשים ששמם מיכל אבל בעיר קטנה מאוד כמו פמארין ודאי לא שכיח שני אנשים בשם מיכל ע"כ יש לומר דאין לנו לחוש שמא הוא איש אחר ששמו מיכל מעיר פמארין ולפ"ז אף להסוברין דשמו ושם עירו לא סגי זה אינו אלא בשם דשכיח בעיר הזאת או העיר היא גדולה אבל בעיר קטנה ושם דלא שכיח לכו"ע לא חיישינן:

ובחפשי בספרי האחרונים מצאתי ראיתי בספר שו"ת משיבת נפש מבעל המחבר ספר גט מקושר שהביא מ"ש הש"ג בפרק האשה בשם ריא"ז ונראה בעיני שאם הזכירו שם עירו אע"פ שלא הזכירו שם אביו אם לא הוחזק אחר באותו העיר כגון שהי' מיוחד בשמו מתירין את אשתו ואם לא הי' מיוחד בשמו צריך להזכיר שמו ושם אביו ושם עירו ואם הזכיר שמו ושם עירו ולא הזכיר שם אביו מפשפשין באותו העיר אם לא יצא משם מי ששמו כך אלא הוא תנשא אשתו עכ"ל וכתב המחבר הנ"ל נראה ביאור דבריו דמיוחד בשמו שנקרא בשם שאינו מצוי לקרות בו שאין חוששין לומר שיהא עוד אחר בשם זה ואין מיוחד היינו שם שרגילין לקרות לכמה אנשים ובסתמא הוחזק לכן צריך חקירה מי שיצא משם שיהא שמו כן וכן בספר שו"ת רבי משולם איגרא חלק אה"ע סי' ו' כתב בתוך התשובה ונידון דהוה רק שמו ולא שם אביו לפי מה שמבואר בספר צמח צדק כיון דשמו ידע ולא הוחזק עוד מי ששמו כן ובדרך זה שידענו שהלך לא מספקינן באחר ועוד לפימ"ש בתשובת משאת בנימין דהך סחורה דנסע עמה הוה סימן ע"ש הנה לפי הנ"ל דעת הש"ג דבשם שאינו מצוי סגי בשמו ושם עירו לבד אבל לפי מה שכתבתי מוכח מהש"ס דחולין הנ"ל לכאורה דאפילו שם עירו לא בעינן שהרי הש"ס סתמא קאמר איתרמי תרי גברי דשמייהו עורבים. ועפי"ז נתיישב לי הני תרי עובדי דאיתא ביבמות דף קכ"א ע"ב ההוא דהוה קאמר ואזיל מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי ואנסבה רב יוסף לדביתהו וכן ההוא דהוה קאמר ואזיל מאן איכא בי חסא טבע חסא ואנסבה כו' ע"ש ולכאורה קשה הא לא הי' רק שמו ולא שם אביו גם לא שם עירו ולפי האמור ניחא דחיואי וחסא המה שמות דלא שכיחי ולא חיישינן שמא איכא עוד אחר דשמו כשמו:

עוד איתא התם ההוא דהוה קאמר ואזיל ווי ליה לפרשא זריזא דהוה בפומפדיתא דשכיב ואנסבה רב יוסף ואיתימא רבא לדביתהו ופי' רש"י ז"ל לפרשא:

זריזא גבור חיל וישראל הוה משמע דלא הזכיר שמו כלל רק הי' ידוע על שם פרשא זריזא וזהו אינו אלא סימן ועכ"ז השיאו לאשתו ולא חיישינן לשמא אדם אחר הי' ולא

זה וע"כ משום דלא הוחזק גבור חיל אחר וגם לא שכיח אדם אחר שיהא ניכר בשם זה משו"ה לא חיישינן לזה עוד ראיתי בתשובת הרי"ם חלק אה"ע סי' ו' כעין עובדא דידן שהיו יודעים רק שמו אבל לא שם אביו ושם עירו שהוא מסאקלוב וב' פרסאות מוועגנגראם והוא כהן וגרוש ולו בן זכר מאשתו הראשונה וכתב דהוי טפי משם אביו א"כ הכא נמי שהוא מפמארין ודר בלבוב והוא סוחר פירות ויש לו אשה בלבוב ג"כ דמיא להני סימנין ועכ"פ הוי כמו שם אביו ובנ"ד ליכא למיחש שמא נמצא עוד עיר אחרת ששמה פמארין כמו שחושש הגאון ז"ל שם שמא נמצא עיר אחרת ששמה שאקלוב וב' פרסאות ממענגראב (ובאמת יפה דיבר שבמדינתינו גאליציא נמצא שני עיירות ששמם סאקלוב אחת סמוך לרישא ואחת סמוך לסטריא) וע"ז הביא מתוס' מגילה דף ד' ע"א דלב' כפולות לא שייך למימר (במחכ"ת לא דייק דבתוס' איתא בשלשתן כפולות ליכא למימר ע"ש) א"כ בנ"ד סגי אם ניחוש שמא יש עוד עיר אחרת ששמה פמארין והוא משם ודר בלבוב דזה אין חשש בנ"ד שהרי העד העיד שאמר לו שהוא מפמארין אשר שגם הרב ר' יעקב יוסף ראבד"ק סניטין הוא יליד דשם והרב הנ"ל הוא יליד של העיר פאמארין שבמדינתינו ע"כ נסתלק החשש הזה לגמרי:

ועתה נעתיק עצמינו אם יש לסמוך על מה שהכירה האשה הנ"ל את הבגדים שהי' לבוש בהם הנפטר שהמה של בעלה אבל את כל הבגדים הנשלחים לא הכירה רק הרבה מהם הכירה בט"ע ובסימנים:

והנה ראיתי בספר הח"צ סי' קל"ד שמביא בשם מהר"ש אויליון דעד כאן לא ס"ל להפוסקים ובכללם המחבר באה"ע סי' י"ז סעיף כ"ג דחיישינן לשאלה רק באחד או בב' בגדים אבל לא בכל מלבושיו כדעת המהרי"ט וצירף לסברא זו דעת מהר"ם פאדווא ודעת מהרח"ש והנה הלשון שמביא הח"צ דעד כאן לא חיישינן לשאלה אלא בא' או בב' בגדים אבל לא בכל מלבושיו הוא מגומגם ואין סופו ראשו דמראשו משמע דרק בא' או בשנים חיישינן אבל ביותר אפילו אי לא הוי כל בגדיו נמי לא חיישינן לשאלה וסיים בכל מלבושיו לא חיישינן לשאלה וזהו כדעת המהרי"ט אבל אי לא הוי כל מלבושיו אפילו אם המה הרבה בגדים חיישינן לשאלה וכתב ע"ז הח"צ שלא כיון יפה שאין מנידון מהר"ם פאדווא ולא מנידון הרח"ש ראי' לנ"ד דשאני התם שראוהו קודם הטביעה באותן המלבושים התם הוא דהוי חששא רחוקה לומר שהשאיל לאחר באותו פרק באותו מקום סכנה כי אין פנאי להשאיל אבל בנ"ד שלאחר שמנה ימים שנעלם אותו האיש ממנו נמצא אחד לבוש בכלים ידועים להאיש הנעלם מאן לימא לן דלדעת החוששים לשאלה דלא ניחוש נמי הבא: ולפענ"ד אין החילוק הזה כדאי לחלק בין לאלתר לבין זמן מרובה

ויש לדמות להא דאיתא בגיטין דף כ"ז דתנן התם המביא גט ואבד הימנו מצאו לאלתר כשר ואם לאו פסול ופריך הש"ס מהא דתניא המוצא גט בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אפילו לזמן מרובה ומשני ר' ירמיה כגון דקאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יוסף בן שמעון א"ה מאי למימרא מהו דתימא ניחוש דילמא איתרמי שמא כשמא ועדים כעדים קמ"ל ע"ש הרי מבואר דאף דחיישינן לשמא איתרמי שמא כשמא מ"מ יש שיעור לדבר דטפי מהכי לא חיישינן דלמא איתרמי עדים כעדים אפילו לזמן מרובה וה"ה הכא אפילו למ"ד דחיישינן לשאלה מ"מ בהרבה בגדים דלא חיישינן לשאלה גם לזמן מרובה לא חיישינן ועוד נ"ל דלא כל האנשים שוים דאנו רואים בזמנינו שיש עשירים גדולים שדרכן להחליף בגדיהם בכל זמן וזמן ומשליכים הישנים ולובשים חדשים מכף רגל עד ראש והמה מוציאין ישן מפני חדש אשר כמעט הישנים אצלם אינם שוה מאומה לא שייך טעם המהרי"ט לומר שלא ישאיל כל בגדיו וישאר ערטל אבל עניים שאינם מחליפים בגדיהם אלא לעתים רחוקים וגם לא הרבה בגדים ביחד כי גם זה המעט המה לוקחים ע"י הדחק בזה מסתברא לומר כהמהרי"ט דלא חיישינן שישאיל כל בגדיו וישאר ערטל והכל לפי ראות עיני הדיין:

ונ"ל דיש קצת ראי' לחלק בין עשיר לעני דבב"מ דף י"א ע"ב גבי מעשה דרבן גמליאל וזקנים שהיו באין בספינה קא פריך הש"ס וכי לא הי' להם סודר להקנות בחליפין ובפרק הזהב דף מ"ו קאמר הש"ס ואי אמרת מטבע ניקנית בחליפין ניקני' ליה מעות להאיך אגב סודר ודחי דלית ליה סודר ותו פריך וליקנינהו ניהלי' אגב קרקע דלית לי' קרקע כו' ופריך איכפל תנא לאשמועינן גברא ערטילאי דלית לי' ולא כלום ופירוש רש"י אלא לאו ש"מ בגורן שאינו שלו אבל סודר יש לו משמע דמי שיש לו קרקע אפשר לומר שאין לו סודר ולמה פריך הש"ס לעיל בפשיטות וכי לא הי' להם סודר הא הי' להם קרקע להקנות אגב קרקע וא"כ אפשר שסודר לא הי' להם אלא מוכח דדוקא גבי סתם אדם שייך לומר שנשאר ערטל בלא סודר אבל בר"ג וזקנים לא אפשר שיהיו נשארים בלא סודר אבל מחמת שיש לישב באופן אחר ע"כ אמינא שהוא קצת ראי' ולא ראי' גמורה ולא באתי אלא לעורר. עוד יש היתר גדול לסמוך עליו על אשר הכירה האשה העגונה בעצמה הרבה מהבגדים הנמצאים שהי' לבוש בהם הנפטר בטב"ע שהמה של בעלה וידוע דעת הח"צ בסי' קל"ד דאף להסוברים דבגדים חיישינן לשאלה מ"מ לשאלה דיחיד לא חיישינן ועובדא דידן חשוב כמו שאלה דיחיד כיון שהעד הכיר את הנפטר בט"ט שהוא האיש אשר אמר לו כי הוא יליד פמארין ודר בלבוב והוא סוחר פירות א"כ אם

ניחוש לשאלה הוא רק שהשאיל לאיש אחר ג"כ שהוא יליד פמארין והוא סוחר פירות ודר בלבוב פשיטא דהוה כמו שאלה דיחיד דאין לנו לחוש לזה לדעת הח"צ:

והנה ראיתי למו"ח ז"ל בספר ברכת רצה סי' פ"ו שכתב בהך דיבמות דף קט"ז דאמרינן למאי ניחוש ליה אי לנפילה מיזהר זהיר אי לפקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה שמזה הקשו האחרונים על הח"צ דמשמע דאי לאו הך טעמא דשמי' כשמי' לא מפקיד גביה הוי חיישינן לפקדון אף על גב דהוה פקדון דיחיד וע"ז כתב הוא ז"ל דאדרבה מזה סייעתא לדברי הח"צ דלכאורה יש להבין הך כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' וכי לא מצינו שמפקיד אדם אצל חבירו מעות וחפיצים ואינו חושש שיכפור דמהימן לי' ועכצ"ל דכיון דתליא בנאמנות חשוב כמו פקדון דיחיד ולא חיישינן ע"ש. אבל לפענ"ד נ"ל כעת פשט הפשוט דלא מפקיד גבי' משום דחייש דלמא מיית וכפול קמי יתמי ויסברו היורשים דהשטר הוא של אביהם ולא יאמינו לו שהוא הפקיד אצל אביהם דוגמא לזה איתא בב"מ דף ס"ח א"ל בר אמימר לרב אשי אבא עביד הכי וכי אתי לקמי' מהימן להו א"ל תינח היכי דאיתא לדידי' אי שכיב ונפיל שטרא קמי יתמי מאי ע"ש הכי נמי הכא יש לחוש דלמא מיית והיורשים לא ידעו מהפקדון ולא יאמינו לו ובשלמא מי שמפקיד מעות צרורים המה ונכתב על הצרור שזהו פקדון פלוני אבל הני שטרות אין הדרך לכתוב על הצרור מחמת ששמו בתוך השטר מוכיח עליו וגם אם יכתוב לא יועיל כיון ששם הנפקד ג"כ הכי הוא ומנא ידעו היורשים שהוא פקדון אצל אביהם אלא יסברו שאביהם כתב את שמו עליו:

ולכאורה יש לצרף דעת הפנ"י בב"מ דף כ"ז ע"ב ד"ה חמור בסימני אוכף דרק בסימנים: חיישינן לשאלה אבל אם מכירים בט"ע לא חיישינן לשאלה וסמיכות דילי' מדפריך הש"ס חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן ניחוש לשאלה משמע דאי נימא בעידי אוכף הוי שפיר ניחא ולא הוי קשיא חמור בעידי אוכף היכי מהדרינן ניחוש לשאלה די"ל דמכירין בט"ע והנו"ב קמא בחלק אה"ע סי' נ"א הביא שגם המהר"ם ברבי רצה לחדש דבר זה והוא דחה מתחילה סברא זו בשתי ידים דמאי ענין שאלה לעדים ואח"כ רצה להמליץ קצת להצדיק קצת חילוק בין סימנים לעדים ע"ש. ולפענ"ד נראה שיש לקיים איזה חילוק באופן אחר בישוב דברי הש"ס דפריך מסימני אוכף ולא מעידי אוכף דהא הש"ס משני התם אוכף לא שיולי אנשי דמסקב לי' לחמרא וכבר כתבתי בזה בהגהותי מלחמות ארי' בספר של מו"ח ז"ל ברכת רצה סי' פ"ו ונדפס לעיל בסי' ל"ד דהחילוק דשיולי הוי פירושא שהמניעה מצד השואל ומשאלי המניעה מצד המשאיל שאם יתנהו לחמור אחר יתקלקל האוכף ממדתו הנכונה שנעשה על חמור שלו ע"ש א"כ בזה שפיר

ניחא דבשלמא אי נימא בעידי אוכף שפיר יש לומר שמכירים העדים בטב"ע את האוכף בתכונתו שהוא כמו שהי' מקודם בלי שום שינוי כלל ומזה יש הוכחה שלא ניתן מעולם על חמור אחר זולת על החמור שנעשה האוכף עבורו לפי מדת החמור דמעיקרא דאלו ניתן על חמור אחר שלא נעשה עבורו הי' נשתנה צורתו והי' השינוי ניכר וזה אי אפשר לידע רק כשמכירין בט"ע שלא נשתנה אבל אם אינם מכירין בט"ע רק עפ"י סימני אוכף אין באפשרות לידע דבר זה ולהכי מחמור בעידי אוכף לא קשיא והש"ס דוקא פריך מחמור בסימני אוכף א"כ כ"ז לא שייך אלא שהעדים העידו על דרך זה על מלבושים שבודאי לא הי' לבוש בהם אדם אחר דאם הי' לבוש בהם אדם אחר הי' כיכר בהמלבוש דבר זה מחמת שנשתנה צורת המלבוש מכמו שהי' בתחילה נעשה לגוף הבעלים ובאמת האומנים היותר גדולים יש באומנתם חכמה גדולה וכמעט אם ינתק כחוט השערה יכירו תיכף הקלקול עי"ז שהי' לבוש אדם אחר בהמלבוש ויש לסמוך עליהם בזה אבל בסתם מלבושים של אנשים פשוטים דאינם מדקדקים בתכלית הדיוק לא שייך דבר זה כן נראה לפענ"ד:

אולם בנ"ד יש קצת ריעותא שלפי העדות של ר' אברהם דוד הנ"ל שהגיד לו הנפטר הנ"ל שיש לו אשה ובנים בלבוב ובאמת אין לו בנים ולפי הגדת האשה הנ"ל לא הי' בעלה ראוי להוליד כלל אמנם ראיתי בספר רמ"א סי' י"ז ג"כ שהי' שינוי שהנפטר אמר שיש לו בת ששמה רבקה ובאמת הי' נקראת גיטל וכבר מתה שתי שנים והאריך הגאון ז"ל שאין זה חשש כלל וכן בסי' ט"ז הי' שינוי בשם אשתו וג"כ התיר ע"ש וכ"ש בעובדא דידן שהי' זה האיש עני גדול ונמצא אצלו רק י"ג צ"ל ודרך העניים להגיד כי יש להם אשה ובנים כדי להגדיל הרחמנות ע"כ לדעתי אין זה החשש כדאי לקרוא ריעותא כלל דוגמא לזה אמרינן בב"ב דף קע"ה ובסנהדרין דף כ"ט אדם עשוי שלא להשביע את עצמו ע"ש הרי מה שדרך האדם להגיד בשביל איזה טעם אין מזה ראי' למה שנוגע לדינא וגם מה שאמר ר' אברהם דוד בעדותו שאינו זוכר ברור שאמר לו הנפטר ששמו מיכל או פישל ע"ז יש לסמוך על החיפוש שעשינו פה ולא חסר שום איש פישל מפה מסוחרי פירות א"כ הרי נתברר שבודאי הי' זה האיש מיכל שאבד מפה הוא שנמצא וביותר שהי' יליד פמארין כאשר העיד ר' אברהם דוד הנ"ל:

סיומא דהך מילתא דלפענ"ד יש להתיר האשה קרינטשא הנ"ל להתנסבא לכל גבר די ציצביין על סמך עדותו של ר' אברהם דוד הנ"ל בצירוף מה שהכירה האשה קרינטשא הנ"ל הרבה מהבגדים בט"ע וגם בסימנים שהמה של בעלה וד' יצילנו משגיאות ואחרי

שנתברר לנו כי הי' בן יחיד לאביו ואינה זקוקה ליבום ע"כ יצא מאתי בצירוף בי דינא רבא שלי בהסכמתן בב"ד של שלשה להתירה לעלמא:

סימן לו

לידידי הרב הה"ג המפורסם מו"ה יעקב לאנדא אבד"ק טשארנוקוב: ע"ד השאלה באחד שבעת ילדותו אנס אשת איש והיא היתה אנוסה גמורה ואחרי רבות בשנים מת בעלה ועתה רוצה זה האיש לישא אותה וכעת הוא ישר הולך ובא לשאול אם מותר לו מצד הדין לכונסה והנה עיני כ"ת ראו מה דאיתא באה"ע סי' י"א ומ"ש שם הב"ש עוד כתב שכבר האריכו בזה גדולי האחרונים בעל כו"פ בספרו בני אהובה ובעל עצי ארזים והחת"ס והכנ"י ורצון כ"ת לידע חוו"ד העני':

והנני להשיב לכ"ת כי הספרים בני אהובה ועצי ארזים לא נמצאו במחיצתי ובספר כנ"י סי' ס"ז עיינתי וראיתי שהוא אינו מענין זה כלל רק מביא בתוך דבריו דרך אגב ובמחכ"ת דבריו תמוהים מאוד כאשר אכתוב להלן. הנה שם בסעיף ב' כתב המחבר כל אשה שבאו שני עדים והעידו שזינתה עם זה כשהיתה תחת בעלה הראשון הרי זו תצא מזה אע"פ שיש לה ממנו כמה בנים וע"ז כתב הח"מ ס"ק י' העידו שזינתה עם זה היינו ברצון אבל אם אנסה לא אסרה על בעלה וסמיכתו מש"ס כתובות דף ט' ע"א דבת שבע היתה מותרת לדוד משום דאנוסה היתה גם הביא תוס' שבת דף נ"ו ד"ה ליקוחין יש לך שכתבו וז"ל ואע"ג דאפילו חטא נמי יש לה בה ליקוחין דהא אנוסה היתה ושריא וה"ה לבועל מ"מ ליקוחין יש לך בה משמע לא היתה בה שום עבירה: והנה שם בסעי' א' כתב המחבר הנחשדת על אשת איש אם הי' לה קינוי וסתירה ולא שתתה מי המרים הואיל ונאסרה על בעלה בשבילו הרי היא אסורה לו כו' מפי השמועה למדו כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבעול ובהג"ה וה"ה אם נאסרה בשבילו לבעלה אסורה לו והב"ש ס"ק ג' כתב דברי הגה"ה זו לכאורה תמוה מה חידש בזה על דברי המחבר ואפשר לדחוק ולישב אבל כראה דה"ק אם בעלה כהן וישראל בא עליה באונס ע"ש תו האריך שם דאם בעלה ישראל והיא היתה אנוסה שהח"מ מתיר לבועל אע"פ שהוא מזיד וע"ז הביא הירושלמי דסוטה פרק כשם שהביאו התוס' בריש פרק כשם בש"ס דילן דאיתא התם היא שוגגת והוא מזיד מותרת לבעלה ואם גירש אסורה לזה נשמע דלבועל אסורה לעולם ע"ש וצ"ל דס"ל להירושלמי דתירוץ האחרון דש"ס כתובות הנ"ל דמשו"ה היתה בת שבע מותרת לדוד משום דכל היוצא למלחמת בית דוד גט כריתות כותב לאשתו הוא עיקר וכן הביא הב"ש ממ"ש הטור בסי' כ' אחד באונס ואחד ברצון האונס פטור וזה ברצון חייב ופי' הרב רמ"א דנ"מ לדידן דלזה ברצון אסור ולזה באונס מותר ע"ש: והנה מה שפירש הב"ש

דברי הגה"ה הנ"ל לפע"ד הוא דוחק גדול הא בסעי' א' מיירי המחבר באשה שנאסרה על בעלה ע"י קינוי וסתירה ואנוסה מאי בעי הכא ואשת כהן מה בעי הכא וראיתי בספר שירי קרבן לבעל ק"ע שהביא ג"כ דברי הגה"ה הנ"ל וז"ל ואני אומר דצריכין להגיה דברי הרב הנ"ל וצ"ל אם לא נאסרה בשבילו לבעלה אסורה לו וכונתו דאם היא שוגגת דאינה נאסרת על בעלה אסורה לבועל כמפורש כאן בסוגיא ע"ש:

ואנכי כאשר התבוננתי ראיתי כי יש כאן עוד תמיה בשו"ע על המחבר דאחרי שכבר כתב בסעיף א' דבקינוי וסתירה ולא שתתה מי המרים כו' מפי השמועה למדו כשם שהיא אסורה לבעל כך אסורה לבועל למה הי':

תו למינקט בסעי' ב' כל אשה שבאו שני עדים והעידו שזינתה עם זה כשהיתה תחת בעלה הראשון הרי זו תצא מזה כו' וכי אנן לא ידעינן דשני עידי טומאה נמי דינא הכי וכי תעלה על הדעת דע"י עדי קינוי וסתירה תצא וע"י עדי טומאה לא תצא הא ודאי ליתא אבל נראה פשוט דכונת המחבר בכה"ג דלא באו העידי טומאה בעודה תחת בעלה להעיד שנטמאה אלא אח"כ כשכבר יצאה מתח"י בגט או ע"י מיתת הבעל באו והעידו שזינתה תחת בעלה הראשון עם זה האחרון וכן נראה לשון המחבר כאן וכמו כן לקמן סי' קע"ח סעי' י"ח ודבר זה אשמועינהו המחבר כאן וע"כ בא הרב בהגה"ה בסעי' א' דמיירי המחבר באשה הנחשדת בעודה תחת בעלה דג"כ הדין הכי דאפילו לא היתה נחשדת בעודה תחת בעלה ורק הקינוי הי' בחיי בעלה והעדי סתירה באו אחר שכבר נישאת לבעלה השני והעידו שנסתרה כשהיתה תחת בעלה הראשון עם זה השני אע"פ שלא הי' לנו ידיעה מזה מ"מ כיון שבאמת היתה אסורה לבעלה אסורה לבועל וכן הוא דרך הגה"ה בכמה מקומות שמפרש בסעיף אחד דבר השייך לסעיף אחר:

שוב התבוננתי דדבר זה שכתבתי לפרש הגה"ה שבסעי' א' שבא להוסיף הדין שכתב המחבר בסעי' ב' גבי באו עדים שזינתה שבקינוי וסתירה שבסעי' א' נמי הדין כן תליא בסוגית הש"ס דכתובות שהשטמ"ק כתובות דף ט' ע"א הביא בשם הריטב"א ז"ל ועוד בשם שיטה ישנה וז"ל ועוד מי אסרוה על דוד ואלו היתה אסורה על אוריה בעלה כך היתה אסורה על דוד דכל שאסורה לבעלה אסורה לבועל אלא ודאי לא נאסרה לאוריה דכיון דלאוריה לא ידיעא מילתא אע"ג דידיעא לדוד ואלו ידעה הכי לאוריה הוה מיתסרא עליה מ"מ איסורא של בועל באיסורו של בעל תליא וכל שלא נאסרה לבעל מאיזה טעם דלהוי לא מתסרי לבועל הכי ס"ל השתא ולקמן לא ס"ל הכי דשיילינן מפני מה לא אסרוה כו' ע"ש ומעתה י"ל דהמחבר דוקא נקט בסעי' ב' הדין בבאו עדים שזינתה אבל לא בקינוי וסתירה לחודי' דס"ל דהס"ד דהש"ס הכי פריך חדא דבמעשה שהי' לא הוה

קינוי וסתירה ואפילו אלו הוה קינוי וסתירה מי אסרוה כיון דלא הוה ידיעה לאוריה לא נאסר לדוד וכמ"ש השט"מ הנ"ל אבל לפי מה דמסיק הש"ס דמעשה שהי' חשוב כמו שני עדים שפיר פריך מפני מה לא אסרוה דבדאיכא עדים אסורה לבועל אפילו אי לא הי' ידיעה לבעל וכמ"ש המחבר אבל הרמ"א בהגה"ה ס"ל כהש"מ דלפי מה דמסיק לא ס"ל הכי אלא גם בקינוי וסתירה נמי אסורה אע"פ שלא נודע לבעלה כלל ודו"ק:
והנה בעת למודי הי' קשה לי על הא דמשני דמעשה שהי' באונס הוה אכתי קשה לאבוה דשמואל דאמר להלן בכתובות דף נ"א ע"ב אשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה חיישינן שמא תחילתו באונס וסופו ברצון ופריך הש"ס אונס דשריא רחמנא היכי משכחת לה ומשני שצוחה מתחילה ועד סוף ע"ש א"כ לדידי' קשה מפני מה לא אסרוה לבת שבע וצריך לומר דכיון דדוד ידע שהיא היתה אנוסה מתחילה ועד סוף ובאמת שריא לבעלה משו"ה שריא גם לדידי' אע"פ דלבעלה אוריה היתה אסורה מ"מ לדוד היתה מותרת אבל דבר זה קשה למימר הכי שהרי גם ע"י קינוי וסתירה אמרה תורה כשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל אע"ג דאפשר דלא נטמאה כלל והבועל ידע דלא נגע בה כלל מ"מ כיון שהיא נאסרה לבעלה על ידו מטעם זה אסרה התורה גם לבועל א"כ ה"ה צריך להיות דלא מהני לאבוה דשמואל מה שהבועל ידע שהיתה אנוסה מתחילה ועד סוף כיון דלבעלה נאסרה על ידו משום דהוה ספק סוטה ודוחק לומר דהש"ס לא קאי אליבא דאבוה דשמואל:
אבל לפי הנ"ל י"ל דשאני הכא דלאוריה לא הוה ידיע' כלל מההוא מעשה ולא נאסרה עליו בעודה תחתיו וגם באמת אנוסה היתה מתחילה ועד סוף ומחמת הני תרי טעמי ביחד היתה שריא לדוד ועי' מה שכתבתי בהגהותי מלחמות אריה בספר ברכת רצה סוף סי' ס"ג ולפי האמור יש לומר דהמחבר נקט דוקא הך דינא בסעיף ב' דאם באו שני עדים והעידו שזינתה תחת בעלה תצא מבעלה השני אבל בסעיף א' אם באו עדים והעידו שנסתרה עם זה תחת בעלה אע"פ שאלו באו הני עדים בחיי בעלה היתה נאסרה לבעלה וממילא אסורה לבועל מ"מ כיון דלא היה נודע לבעלה ולא נאסרת לבעלה אין להוציא מהשני דיכולים לומר שלא היתה טומאה בניהם כלל ודוק: ודע דנראה לי דמ"ש הריטב"א דכיון דאורי' לא ידע מההיא מעשה ולא היתה אסורה עליו גם לדוד לא נאסרה זה לא אפשר לומר רק לשיטת האחרים שהביא הר"ן ז"ל בסוף נדרים דף צ' ע"ב דמדינא גם למשנה ראשונה אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך ולהפקיע את עצמה מיד בעלה ולהכי אין עליה שום איסור מה"ת להיות תחת בעלה כי רק בבעל הדבר תליא אבל לפי מה שסובר הר"ן דאם היא יודעת שנטמאת רכב עליה איסור מדאורייתא להיות

עם בעלה מה מהני דאורי' לא ידע מ"מ כיון דבת שבע בעצמה היתה יודעת שנטמאת ואסורה על בעלה שפיר יש לומר כשם שאסורה לבעלה כך אסורה לבועל ודו"ק:

והנה המ"ל פרק ב' מה' סוטה האריך הרבה בדין זה אם היא שוגגת והוא מזיד אם היא אסורה לבועל ואת כל יקר ראתה עינו הירושלמי והתוס' בפרק כשם הנ"ל והש"ס דפ"ק כתובות וגם מ"ש החיו וגם התוס' בסוף פרק ד' אחין דף ל"ה ע"א ד"ה אע"פ שכתבו דיש לחלק בין אונס לרצון באשת ישראל דסברא הוא דלא נאסרה על הבועל אלא כשנאסרה על הבעל ע"ש עוד מה שהביאו התוס' דשבת דף נ"ו ע"א ד"ה ליקוחין יש לך בה שכתבו וז"ל אע"ג דאפילו חטא נמי יש לו בה ליקוחין דהא אנוסה היתה ושריא לבעל וה"ה לבועל מ"מ ליקוחין יש לך בה משמע לא הי' לך בה עבירה ע"ש:

ולפע"ד מדברי התוס' האלה אין כל כך ראי' די"ל דמלשון הש"ס ליקוחין יש לך בה לפי פשוטו הוה הכונה דיש לך בה תפיסת קדושין וכיון דתפסי בה קדושין ש"מ דלא חטא ולפ"ז מוכח כמ"ש התוס' ביבמות דף מ"ט ע"ב וז"ל א"נ בבועל לא כתיב הויה ולא תפסי בה קדושין והנה ביבמות דף י"א ע"א איתא אמר רב צרת סוטה אסורה טומאה כתיב בה כעריות ופריך הש"ס מהא דתניא נכנסה עמו לסתר ושהתה כדי טומאה כו' ואם מת חולצת ולא מתייבמת אמר לך רב אמינא לך אנא סוטה ודאי ואמרת לי את סוטה ספק כו' ובתוס' שם ד"ה צרת סוטה כתבו כיון שלא נכתב שם טומאה אלא על הודאי אמאי אסורה לביתה ולתרומה וי"ל דעשה ספק כודאי ע"ש נשמע מסוגיא הלזו דאע"ג דעשה הכתוב ספק כודאי מ"מ סבר רב דלא דמי לגמרי כודאי אלא ודאי הוה כעריות וספק אע"ג דאסורה לכל מילי מ"מ ליכא בזה טומאה ממש א"כ מסתברא נמי דמ"ש התוס' דלבועל לא תפסו בה קדושין זה אינו אלא בודאי זינתה אבל בספק סוטה כיון דלענין יבום חולצת פשיטא נמי דתפסו בה קדושין דלחומרא עשה הכתוב כודאי אבל לא לקולא ולפ"ז כשהיא שוגגת דלגבי בעל ליכא טומאה כלל פשיטא דגם לבועל תפסי בה קדושין אפילו אי אסורה לבועל מ"מ לענין דלא תפסי בה קדושין בעינן שיהי' נוהג בה כל דיני סוטה שתהא בה טומאה לבעל ולפ"ז שפיר כתבו דאפילו אי דוד חטא ואסורה עליו מ"מ תפסי בה קדושין ויש לו בה ליקוחין ואל תשיבני לפי זה הדרא קושי' התוס' שם ביבמות אמאי:

לא קאמר הש"ס דאיכא בינייהו ספק סוטה די"ל דשנואה משמע שהיא ודאי שנואה ולא ספק שנואה ודו"ק:

והנה אנכי עומד ומשתומם מדוע העלמו עין כל הני אשלי רברבי מש"ס מפורשת במקומו ביבמות דף כ"ד ע"ב דאיתא במתניתין הנטען על אשת איש והוציאוה מתחת ידו

אע"פ שכנס יוציא ובגמרא אמר רב ובעדים והברייתא דקתני הנטען על א"א והוציאוה על ידו ונתגרשה מתחת ידי אחר אם כנס לא יוציא מיירי דליכא עדים ע"ש אבל עכ"פ לרב הגירסא הן במתניתין והן בברייתא והוציאוה דוקא הרי מבואר דדוקא כשנאסרה על בעלה והוציאוה אבל אם היא אנוסה שלא נאסרה על בעלה אינה נאסרת על הבועל דאל"כ למה נקט והוציאוה וליכא למימר דמשו"ה נקט והוציאוה כדי לידע דמיירי בעדים דז"א דהו"ל לתנא למיתני בפירוש בעדים ואח"כ איתא התם דרבה בר רב נחמן קתני במתניתין נמי הוציאה וע"ש ברש"י דלשון הוציאוה הוה פירושו שב"ד הוציאוה מתחת יד הבעל משום שבאו עידי טומאה דאסורה לבעלה מה"ת ולשון הוציאה הוה פירושו שלא עפ"י ב"ד אלא הבעל בעצמו הוציאה דמיירי בגונא דלא הי' עידי טומאה דבכה"ג אסורה לבועל רק מדרבנן משום לזות שפתים ע"ש דכל שלא נאסרה לבעל שריא לבועל מדאורייתא ואיך שקלו וטרו הני רברבי באשת ישראל שנאנסה שמותרת לבעלה אם היא מותרת מה"ת לבועל לא מיבעי' לרב דמוקי לה בעדים ומ"מ קתני והוציאוה פשיטא דבגונא שהיא אנוסה מותרת לבועל אלא אפילו לרבה בר רב נחמן דקתני הוציאה משמע שהוא רק מדרבנן מדקמדמי הש"ס הך מתניתין למתניתין המוציא את אשתו משום שם רע לא יחזיר ע"ש וא"כ הירושלמי דאמר היא שוגגת והבועל מזיד דאסורה לבועל זהו רק מדרבנן משום דמגונה הדבר כמ"ש רש"י ז"ל שם ד"ה התם בועל ודבר מגונה הוא ע"ש א"כ לא קשה אירושלמי מש"ס דכתובות דמשני הש"ס דמעשה שהי' התם אונס הוה דמה"ת אנוסה מותרת לבועל ובימי דוד עדיין לא גזרו חז"ל הך דינא דנטען על א"א תדע שהרי לא חש דוד על דינא דהבחנה שלשה חדשים לפי מה שפסק הרמ"א בהגה"ה סי' י"ב סעיף ו' אשה שנאנסה תחת בעלה כי' צריכה להמתין וע"ש בח"מ ואיך שלחה דוד לביתה להיות עם בעלה אלא עכצ"ל דלא חש דוד לזה דעדיין לא הי' גזרה זו וכן נמי להך דנטען על אשת איש:

ולענין עובדא שלפנינו לא ביאר כ"ת במכתבו גופא דעובדא היכי הוי אך כתב סתם שהיא היתה אנוסה גמורה ומסתמא ידוע לכ"ת דבר זה בבירור ולפע"ד פשוט דבכה"ג אם נתארמלה מבעלה מותרת לזה להנשא דלא מצינו דין נטען על אשת איש רק בהוציאה בגט אבל לא בנתארמלה וכך הי' עולה בדעתי ונהניתי לראות במכתב כ"ת דכן כתב הגאון בעל עצי ארזים וכבר כתבתי שאין הספר ת"י לעיין בו:

סימן לז

בדבר הגט הנשלח מנעוויארק דמתקריא נו יארק אשר שם האשה מעריסה הוא לאה וכן היא חתימתה תמיד אך בפי כל היא נקראת בשם ליטשא ובהגט הנשלח נכתב רק

שם לאה לבד עפ"י הבעל שאמר שהוא נקראת עפ"י רוב לאה מהו דינו של הגט אם ראוי שינתן ליד האשה:

תשובה מבואר בשו"ע סי' קכ"ט סט"ו דשם היוצא משם הראשון והוא שם נערות כגון יצחק חקין אהרן ארנון א"צ לכתוב שם דנערות כלל ע"ש והוא מדברי המרדכי בפרק השולח שכתב וז"ל וא"צ לכתוב כינוי שהוא קיצור השם כמו בילא בילתא שמואל מואל מרגליות מרגליטא כו' יצחק חקין שאין זה לא כינוי ולא שינוי לשון ר"ת עכ"ל אמנם הב"ש בכללים שדי בה נרגא שכתב בכלליו סי' כ"א דהא דאין כותבין שם קטנות דוקא בשאין רוב בני אדם קורין אותו בפניו כך אבל כשרוב בני אדם קורין אותו בפניו כך צריך לכתבו ע"ש ולכאורה צריך טעם לזה לבאר מה החילוק בין מיעוט לרוב דממ"נ אי חשוב שם נערות לשם בפני עצמו גם במיעוט קורין אותה בפני' צריך לכתבו כמו רובא מרים ופורתא שרה ואפילו לשיטת הסוברים דז"א אלא לכתחילה אבל בדיעבד כשר מ"מ קשה דאמאי לא יכתוב אותו לכתחלה ואי לא חשיב זה לשם בפני עצמו מאי איכפת לן מה שהרוב קורין הכי בפניו כיון שזהו באמת השם העיקר ולא חשיב שם כלל ולמה צריכין לכתבו:

ונראה לפענ"ד דהענין כך היא דשם גיעגועים נקרא שם גיעגוע מחמת שאין כל אנשים מדברים צחות ולהכי שמות אלו מה שדרכן של בני אדם לעשותו עפ"י רוב ההמון מהפכים קצת התיבות ואינם מדברים ככתבם וכלשונם מחמת שאין השפתים מוציאים אותן כהוגן זולת המדקדקים בעם היודעים להוציא כל דיבור ודיבור על אופניו ומשו"ה גם בשמות הדרך של מקצת בני אדם לקצר או לגעגע אפילו כשרוצה לקרוא בשמו המובהק על נכון ולהכי כשמקצת קורין אותו בשם גיעגועים לא חשיב שם כלל מחמת שכן דרכן של מיעוט בני אדם לגעגע אבל כשאנו רואין אשר רוב בני אדם קורין אותו בשם גיעגועין חזינן שנקבע כן לקרוא אותו בשם זה דהא אין דרך רוב בני אדם להיות מגעגעים בשמות להכי חשיב זה לעיקר דאלו לא הי' רק שם גיעגועים לא היה מתפשט כ"כ שיהא נקרא כן אצל רוב בני אדם. ובסברא זו נתיישב לי שיטת הרמ"א ז"ל שהביאו הב"ש בש"נ אות ס' דסאיה כותבין רק שרה לחוד ולכאורה תמוה לי דנהי דהרמ"א ז"ל סובר דסאיה יוצא משם שרה מ"מ אמאי גרע משם גיעגועים שרוב קורין אותה בפניה שצריך לכתבו ולפי הנ"ל ניחא דהתם כתב הרמ"א הטעם דיש בני אדם שאינם יכולים לדבר ברי"ש ע"ש ובפרט לילדים קשה מאוד לדבר ברי"ש ואיכא סיבה שיכולים אנו לומר שעי"ז נתפשט לקרוא אותה בשם סאיה ואפילו אלו המכוונים לקרוא שרה מוציאים בשפתותיהם שם סאיה לכן אפילו כשרובן קורין אותה סאיה ג"כ לא חשיב

רק שם גיעגועים ודו"ק. עוד נראה לי לישב הך דסאיה דשאני התם דע"כ מיירי התם שאינה נקראת כלל בשם שרה דאלו נקראת גם בשם שרה לא היה סובר הס"ש שיש לכתוב סאיה לבד ולא שרה דאפילו אי שם סאיה אינו יוצא משם שרה מ"מ חשיב שרה עכ"פ שם בפני עצמו וגם אינו ידוע ששם שרה הי' אצלה מעריסה כלל ואין לכתוב שרה המכונה סאיה דמלשון זה נשמע שנקראת בשני שמות וזה אינו ולהכי בחר הרמ"א ז"ל שרה לחודא יותר טוב מלכתוב שם סאיה לבד אבל בעלמא בשם גיעגועים דנקראת ג"כ בשם המובהק כמו יצחק חקין דאפילו אם אנו כותבין שם גיעגועים כותבין נמי שם המובהק יצחק המכונה חקין מודה הרמ"א דכל שהרוב קורין אותה בפני' כותבין שני השמות ולפ"ז גבי סאיה נמי אלו היתה נקראת אצל מקצת בני אדם שרה שפיר כתבינן שרה המכונה סאיה אבל השתא דאינה נקראת רק בשם סאיה לחודא אם באת לכתוב סאיה אי אתה יכול לכתוב שם שרה דמגרע גרע משו"ה טוב יותר לכתוב שם שרה לבד דסאיה יוצא משם שרה:

אמנם כשאני לעצמי הייתי אומר דבאמת ליכא פלוגתא כלל בין הרמ"א להב"ש בשם סאיה אלא הרמ"א מיירי באשה שנקראת ג"כ בשם שרה ומשו"ה כתב הרמ"א דיש לכתוב רק שרה ולא שרה המכונה סאיה תדע דכן הוא דאם נימא דאינה נקראת כלל בשם שרה איך:

כתב וא"צ לכתוב שרה המכונה סאיה דמשמע דאלו רוצה. אפשר לכתוב כך ובאינה נקראת רק בשם אחד סאיה אינו עולה על הדעת כלל שיש לכתוב הכי דמלשון זה שכותב שרה הכונ' סאיה נראה דיש לה שני שמות. ולא אחת שהיא שתים. וגם לא מצאתי בשום מקום שיהא נכתב על שם אחד כעין שתי שמות והב"ש מיירי על כרחך שאינה נקראת רק בשם סאיה לחודא דאל"כ פשיטא דהי' צריך לכתוב שרה המכונה סאיה ובכה"ג גם הרמ"א ז"ל מודה שאין לכתוב רק סאיה לבד אך מה אעשה שהב"ש והג"פ מתנבאים בסגנון אחד שהרמ"א והס"ש פליגי אהדדי ולפ"ז ע"כ מיירי הרמ"א בשאינה נקראת רק סאיה ולא שרה וא"כ קשה איך כתב הלשון וא"צ:

אמנם ראיתי להב"ש בש"נ אות ב' שכתב וז"ל ואם כתב רק שם העריסה שרה כשר דהא לדעת רמ"א כותבין כן לכתחיל' ע"ש ולא ידעתי אנה מצא דהרמ"א ז"ל סובר הכי דאי מהך דסאיה אינו ראיה כלל דהתם לא נודע כלל שם העריס' כמו שכתבתי למעל' וכן משמע מהב"ש שם בעצמו יע"ש. ועוד דשאני גבי סאיה דהנקודות שוות וגבי סערל אין הנקודות שוות וצ"ע:

ועתה נחזור נא לענין שם לאה דהב"ש בש"ל אות ל' כתב גבי לעאל אם נקראת כך אין דורשין השמות שעיקר שמה היא לאה כיון דאינו מוכח ולא דמי לשרה שארקה וע' בט"ג דהיכי שידוע אשר שמה מעריסה הי' לאה יש להסתפק אם לכתוב השם לאה בגט דאפשר דחשיב נשתקע והסכים לכתוב לכתחיל' רק לעאל לבד ואם עדיין יש קורין אותה לאה אז גם הב"ש מודה דיש לכתוב לאה המכונ' לעאל ע"ש. ובשם לאלה פשיטה שאין לכתוב רק לאה דלאלה הוא שם קטנות והנקודות שוות ע"ש שכתב עוד דגם אפילו אי שמה מעריס' הוא לאלה אפשר לומר דיש לכתוב לאה דשם לאלה לא ניתן רק לקטנות בעלמא והנקודות שוות ע"ש. אבל בסמוך הביא התם הב"ש שם לייצא ולא הזכיר כלל אי יש שייכות לשם לאה וגם הט"ג שם דיבר בזה דיש קוראים הל' בצירי אשר הצ' נרגש בהברת י' ויש לכתוב ליציא (ומה שנדפס בשני יודין הוא טעות הדפוס וכבר הגיה הרב ר' שלמה גאנצפריד בספרו אהלי שם) ולא הזכיר ג"כ שיש שייכות לשם לאה ולכאור' מזה ראיה שסוברים שהשם גיינא או ליציא אינם יוצא משם לאה. אך י"ל דהמה מיירי היכי דשם העריס' הי' כך לייצא או ליציא אבל היכי ששם העריס' היא לאה אפשר דמסתבר לומר דשם לייצא או ליציא יוצא משם לאה וכמו כן לפי הברה שלנו שנקראת יותר רכה כמו ט"ש וצריך לכתוב ליטשא או ליטשה היינו בא' לבסוף או בה' לבסוף וכמו שכתב הט"ג גבי שם לעאל שהבאתי למעל' כן אנו נמי נימא בשם או ליטשא. ואע"ג דהט"ג לא קאמר אלא שיש לכתוב שניהם אבל לא לענין זה אם נכתוב לאה לחודא ונשמט שם ליטשא לגמרי דמ"מ יש לומר ג"כ דכמו דמהני הך סברא דלעיל דחשוב שם היוצא משם לאה למימר דלאה לא חשיב תו נשתקע ויכול לכותבו כמו כן נימא דחשוב שם היוצא לענין בדיעבד אם נכתב שם לאה לחודא וכמו גבי שם סאיה דדעת הרמ"א ז"ל דכותבין שרה לחודא לכתחיל' אף בלא ידע ששם העריס' הי' סאיה מחמת דברור לדעתו דחשוב שם היוצא כמו כן יש לומר דמהני שם העריס' למיחשב השם השני לשם היוצא מראשון ולאה ולעאל חדא נינהו מחמת דשם לעאל יוצא משם לאה. ובאמת לדעת הב"ש בשם סאיה דאם הי' מעריס' שרה צריך למיכתב שרה המכונ' סאיה אפשר להיות דאם לא נכתב רק שרה לחודא ג"כ כשר בדיעבד מהך טעמא:

אמנם ראיתי להצמח צדק והגאון דליבאוויעש ז"ל סי' רי"ח גבי גט שנכתב רק אסתר מחמת שמעריס' נקראת כך וכו"ע קורין לה עטא. שפוסל אפילו בדיעבד שכבר ניתן הגט משום השמטת שם טמא שהכל קורין אותה וכתב שם דאלו נכתב אסתר דמתקריא עטא נראה דכשר מחמת כי רובא דרובא כל אשה שנקראת עטא מעריס' שמה אסתר ומשו"ה ל"ח נשתקע. וגם פסול נשתקע אינו אלא מדרבנן ע"ש מוכח דדעתו הי' לחלק

דאף דמהני הך סברא שלא יהא חשיב שם העריס' נשתקע מ"מ לא מהני שיהא חשיב שם העריס' לעיקר השם. אך דבריו תמוהין בעיני דמשמע דרק בדיעבד כשר אם כתב אסתר דמתקריא עטא ובאמת מוכח מהך דסאיה לפי שיטת הב"ש המובא בש"נ אות ס' ומהט"ג גבי שם לעאל דבכה"ג גם לכתחיל' יש לכתוב כך. מחמת דיש הוכחה דמסתמא יצא זה השם השני מחמת שם העריס' סאיה משרה ולעאל מלאה. כן ה"נ יש לנו לומר דעטא יצא מאסתר (וע' בט"ג בש"א אות ו' גבי שם ועלקיל שכתב לחלק בין שם לעז ובין שם הקודש ע"ש) והי' צריך לכתוב גם לכתחיל' אסתר דמתקריא עטא ויותר טוב המכונ' עטא ובנידן דידן פשיטא דהי' צריך לכתוב לאה המכונ' ליטשא דהרי היא חותמת את עצמה תמיד לאה וגם לפעמים בעת שהיא יולדת כשעושין מי שבירך נקראת לאה. וכן כתבתי במכתבי להרב מנויארק שיכתוב כך אך שלח את הגט קודם שקיבל מכתבי. ומחמת שהט"ג לא הזכיר כלל ששם ליצא הוא כינוי ללאה ומסתמא הי' דעתו שאין לו שייכות עם שם לאה שאלו סובר שהוא כינוי לא הי' שותק מלהזכיר דבר זה כדרכו לעמוד על כל קוץ וקוץ תלים של הלכות (ודוחק לומר שהוא השמטת הקולמוס כמו שהשמיט הב"ש בש"א אות ב' בשם ביבאנט להזכיר שהוא כינוי לחיים אף שמבואר בשו"ע בהדיא דהוי כינוי לחיים והט"ג הרגיש שם בזה ע"ש) ועוד שאם הי' סובר דשם ליצא יוצא משם לאה לא הי' כותב ליצא בא' לבסוף אלא בה' כמו גבי סאיה שכתב הב"ש לכתוב בה' ואע"פ שמסתפק בעצמו אם יוצא משם שרה ומשו"ה הוצרך לכתוב סאיה ולא שרה ומ"מ לענין זה החזיק לכתוב בה' מחמת שמא יוצא משרה כן ה"נ אם הי' ספק שמא יוצא מלאה הי' צריך לכתוב בה' וכמו שכתב הט"ג שם גופא גבי לאלה ע"ש. וגם אינו ידוע לי אם כל אשה שנקראת ליטשא יהא שם עריסה שלה לאה ע"כ אמרתי לעיין אפילו אם נימא דשם ליטשא אינה יוצא משם לאה והוי שם בפני עצמו מהו דינו של הגט דאולי כיון ששם עריסה היא לאה וכן היא חותמת א"ע תמיד וגם במי שבירך קורין אותה לאה י"ל דחשיב לשם עיקר דבדיעבד אם כתב שם העיקר והשמיט שם הטפל כבר פסקו האחרונים להכשיר וסמכו בזה על שיטת הר"ת והרא"ש והראב"ד והרב המגיד והטור ור"א ורמב"ן ז"ל אשר כולם מתנבאים בסגנון אחד דבדיעבד סגי בשם העיקר לחודא עיין בב"י סי' קכ"ט וע' בספר מכתב אליהו שהאריך הרבה לבאר כל דבריהם ועשאן כסולת נקיה: והרמ"א ז"ל בשו"ע סי' קכ"ט כתב ג"כ הכי וז"ל וכ"ש אם כתב עיקר השם לבד דכשר ואין להקפיד על הכינויים כ"כ ובסוף דבריו סיים כתב שם האחד אפילו הוא טפל וגירש בו כשר ע"ש מדבריו יש לדקדק דברישא דהיינו בכותב שם העיקר והשמיט שם הטפל כשר אפילו אם לא גירש בו עדיין רק שכבר נכתב מדלא

נקט ברישא ג"כ הלשון וגירש בו כמו בסיפא. אמנם הג"פ במקומו סיים ואומר וז"ל אך אמנם לדידן דנהגינן לכתוב בכל הגיטין וכל שום וחניכה לרמוז הכינוי שיש לו ולרמוז כינוי משפחתו נ"ל דיש להקפיד אם לא כתב וכל שום וחניכה ואפילו נתגרש' כבר בגט זה משתדלין שיכתוב לה גט אחר ובשעת הדחק דא"א להשיג לה גט אחר יש להכשיר הגט שלא כתב בו וכל שום וחניכה עכ"ל ולכאור' תמהתי על דבריו דאטו הרמ"א ז"ל סובר דלכתחיל' אין לכתוב רק העיקר ולא הטפל דהא ודאי ליתא דהא מתניתין מפורשת היא דהתקין ר' גמליאל למיכתב וכל שום שיש:

לה אלא שכתבו הקדמונים דזה לא הוי רק לכתחיל' ואיך כתב הג"פ הלשון דנהגינן לכתוב בכל הכינויין:

ונראה לי לפרש דבריו דכך הוא כונתו דהרמ"א ז"ל כתב הכי לפי המנהג של בני אשכנז ופולין שלא לכתוב וכל שום רק לפרש שם הכינוי בגט כגון אריה המכונה ליב ומשו"ה לפעמים אין ברור כל כך איך לכתוב הכינוי אם ליב או ליבקא או ליבוש או ליבלי וכדומה שדרך הכינוי להשתרבב על כמה פנים ומשו"ה מקרי לפעמים שכותבים שם העיקר לבד אחרי שאינם ברורים שאר הכינויים אבל לבני ספרד שנהגו לרמוז הכל בכל שום שפיר יש להקפיד אפילו בדיעבד כן נ"ל ובזה מדוקדק לשון הרמ"א שסמך שני הדינים הללו זה לזה ע"ש והנה לענין איזה מהשמות מקדימים כבר הביא הב"ש בסי' קכ"ט סעי"ק ל"א בשם הרמ"א דיש להקדים השם שנקראת בשעת הלידה שם הקודש כל שאינו נשתנה השם מחמת חולי ודעת הב"י והלבוש אינו כן אלא אזלינן בתר הרוב ואם הרוב קורין אותה בשם השני כותבין השם הלעז קודם ועל שם הקודש כותבין דמתקרי אולם אנן נהגינן עפ"י שיטת הרמ"א ועיין בכללים של הב"ש סי' י"ב ועיין בספר מכמ"א סי' ט"ו שהביא ג"כ שיטת הב"י ושיטת הרמ"א משמיה דמהרי"ק וסיים הוא וז"ל סוף דבר לענין מעשה דאין לנו לזוז מדברי הרד"ך ומרן הלבוש דלעולם הולכין אחר השם דקרו ליה רובא ומי שרוצה לחוש לדברי מהרי"ק והראנ"ח יכתוב שני גיטין ע"ש:

והנה לענין אם כתבו שם הראשון דהיינו שם הלידה לחוד ולא כתבו כלל שם השני מה דינו נראה פשוט דבכה"ג הגט פסול לדעת רוב הפוסקים דאם כתבו השם הטפל פסול בדיעבד דמאי מהני שהשם הטפל הוא הראשון דמ"מ אנן בתר רובא דהשתא אזלינן ונראה לי דגם המהרי"ק והרמ"א מודים לזה ועד כאן לא סבירא ליה דשם הלידה כשהוא שם הקודש והשני הוא שם לעז חשוב הראשון עיקר אלא לענין שיהא ראוי להקדימו משום חשיבות שהוא שם קודש וגם שם הלידה אבל לא לענין שיהא כשר בו לבדו כיון דרובא דאינשי אינם קורין אותו בו לא מהני החשיבות לגבי זה ולדעתי יש לדמות דבר

זה למאי שכתבו התוס' בשבת דף כ"ג ע"ב ד"ה הדר פשטא וז"ל ונראה לרשב"א בשחל ר"ח בשבת יש להפטיר בנרות דזכריה משום פרסומי ניסא כו' ומה שמקדימים לקרוא בר"ח משום דבקריאת התורה כיון דמצי למיעבד תרווייהו תדיר ופרסומי ניסא עבדינן תרווייהו ותדיר קודם אבל היכי דלא מצי למיעבד תרווייהו פרסומי ניסא עדיף ע"ש ועיין באו"ח סי' תרפ"ז לענין מילה ומקרא מגילה דאיתא ג"כ חילוק בין לאקדומי אחד לפני חבירו משא"כ שהאחד ידחה את חבירו לגמרי דאף דלענין ההקדם אחד קודם מחבירו מ"מ לענין היכי דליכא שהות לעשות שתיהם וצריך להיות אחד נדחה לגמרי אדרבה חבירו עדיף ועיין במג"א שם כן אנו נאמר ג"כ לענין זה דהמהרי"ק והרמ"א ג"כ מודים דעיקר הוא לענין גט שהרוב יהיו יודעים ומכירים שם המגרש והמגורשת רק היכא שכתבו תרווייהו שם הקודש הוא חשוב יותר וראוי להקדימו:

ובסברא זו נרווח לנו להבין דברי הרא"ש בפ' השולח שכתב וז"ל וכן מפרש הירושלמי דאף במקום אחד בעינן לכתחילה שיכתוב שני השמות כו' והא דאמר לקמן כתב חניכתו כשר וכך היו נקיי הדעת שבירושלים עושין דמשמע אפילו לכתחיל' אין צריך לכתוב עיקר השם י"ל דמיירי התם בחניכה שמכירין אותו בכל מקום והכל קורין אותו בשם זה אלא כשהוא חותם בשטר או קורא בתורה קוראין אותו בשם המובהק להכי סגי בשם חניכה לחוד עכ"ל והב"י הוכיח מלשונו דעכ"פ שם החתימ' ועליה לתורה חשיב עיקר השם ושם מובהק אצלו לענין שאם כתבו לחודא סגי ועיין במכמ"א סי' י"ד מה שנתקשה בזה אבל לפי הנ"ל יש לפרש דקרי לי' עיקר השם רק לענין שיש להקדימו משם של חניכה אבל לא לענין שיהא סגי לחוד ודו"ק. והנה זה לשון הב"י בסי' קכ"ט וכתב עוד בקונדריסי' אהאי עובדא דשמה רבקה ונשתנ' לחנה ודין זה בנשים לבד אבל באנשים אינו כן ששמם המובהק ע"פ ס"ת או עפ"י חותמו בכתביו ובשטרותיו אלא יכתוב השם שהוא עולה בו לקרוא בתורה וחותם בו כתביו ושטרותיו עכ"ל גם מדברי מהרי"ק בשורש פ"ו משמע דבתר שם שהוא עולה בו לקרוא בתורה ושהוא חותם בו שטרות ואגרות אזלינן וכו' ע"ש ויש בלשונו קצת חילוקים דברישא שכתב עפ"י הס"ת או עפ"י חותמו משמע דבחדא מהנך תרי סגי אבל מסוף דבריו משמע דבעינן תרווייהו עליה לס"ת וחתימתו עושין אותו לשם מובהק גם בלשון הרא"ש הנ"ל כתב תיבת או דמשמע דבחדא סגי אך מדכתבו הקונדריסי' דבנשים לא שייך דין זה מוכח דבעינן תרווייהו בהדי הדדי דאי סגי בחתימ' לחוד למה לא שייך גבי נשים וכי אין דרכן של נשים לחתום בכתבים ואע"פ דתנן בשבת דף ס"ב לא תצא אשה וכו' ולא בטבעת שיש עלי' חותם אינו ראי' מזה דאין דרכה של אשה לחתום כלל אלא שאין דרכן לשאת טבעת

של חותם לתכשיט אבל מ"מ דרכן לחתום בכתבים אך יש לומר דבעינן דוקא שיהי' חותמים בשטרות ולא בכתבים בעלמא וסתם אשה כשהיא תחת בעלה אין לה עסקים ואינה חותמת שטרות ומשו"ה דקדק הב"י לומר וחותם במכתביו ושטרותיו ובעינן דוקא שטרות ועכ"ז צ"ע למה לא דיבר מזה בספר מכמ"א שום דבר שדרכו לדקדק היטב בדברי הפוסקים ז"ל אך מדברי הב"ש בכללים סי' כ' מבואר בהדיא דעליה לתורה בלחודא סגי ועיין ט"ג שם א"כ ע"כ גם בחתימ' לחוד נמי סגי גבי אשה כיון דאינה עולת לתורה וליכא סתירה נגד החתימ' אך בעינן נמי חתימ' בשטרות:

אך מה שיש לדעתי מבוכה רבתי בענין השאלה שלפנינו מה שנכתב בהגט שמואל צבי דמתקרי שמואל הירש א"כ חזינן דבהגט הלזה חששו לכתוב כל השמות ולא ספקו עצמן בשמו המובהק דהיינו שמואל צבי לבדו דהוי ג"כ שם הלידה ושם שעולה בו לתורה וחתימתו אלא מוכח מהגט שנכתב בו כל השמות שלו וא"כ כשנכתב בהגט שמה לאה לבד משמע בהדיא שמסתמא אין לה רק שם זה לבד דאלו הי' לה עוד איזה שם היו כותבין אותו כמו שכתבו גבי הבעל וכל כה"ג מסתברא לדעתי דגרע טובא ועוד כיון דלא כתבו הפוסקים דבשם העיקר לחודא סגי אלא היכי דליכא הוכחה להיפוך שאין לה רק שם זה הנכתב בלבד אבל היכי דאיכא הוכחה בהגט שאין לה שום שם אחר ובאמת יש לה שם אחר הרי סוברים הרואים שאין האשה הזאת המגורשת:

ויש ללמוד הך סברא ממ"ש הרב"י לפרש דברי הרמב"ם דבכותב שם הטפל לבד ולא כתב וכל שום מכשיר הרמב"ם ז"ל בדיעבד אבל אם כתב הטפל לבד וכתב נמי וכל שום פסול אפילו בדיעבד ועיין במכמ"א סי' ז' שכתב ע"ז מה מאוד תמוהין דבריו בעיני ואיך יצויר בדעת דאם כתב שם העיקר הוי וכל שום למעליותא ובכתב שם הטפל הוי וכל שום לגריעותא ע"ש ומה אעשה כי אנכי מקטני ערך אצייר בדעתי סברת הרב"י דכל שמוכח מהגט היפך מהאמת גרע טפי ולהכי כשכותב שם הטפל לבד כשר בדיעבד אבל כשכותב וכל שום משמע דהשם הנכתב בהגט הוא העיקר פסול אפילו בדיעבד לדעת הרמב"ם ז"ל וכן יש ללמוד מדברי הג"פ שהבאתי למעל' דהיכי המנהג לכתוב וכל שום אפילו כשנכתב שם העיקר א"כ אם לא כתב יש לחוש אפילו בדיעבד וע"כ מהטעם שיחשבו העולם דמסתמא אין לה שם אחר וא"כ כ"ש שמבואר בהגט בעצמו להיפך מהאמת וא"כ בזו הסברא יש לנו לומר נמי דהא דקי"ל: דעיקר השם לחודא סגי בדיעבד אינו אלא שכתבו אצל הבעל והאשה רק עיקר השם וכן בשמות האבות משני הצדדים ובזה מדוקדק לשון המשנה כתב חניכתו וחניכתה כשר והיינו דוקא שכתב אצל הבעל והאשה רק החניכה לבד אבל אם כתב אצל אחד מהם השם המובהק ואצל השני רק

החניכה אינו מוכח ממתניתין דכשר וכן נוטין דברי הרמב"ם ז"ל בפ' ג' מה' גירושין מי שהי' לו שני שמות וכן אשה שיש לה שני שמות כשמגרש כותב שמו ושמה שהן רגילים בו ויודעים בו ביותר ואומר איש פלוני וכל שום שיש לו ואשה פלונית וכל שום שיש לה ואם כתב חניכתו וחניכתה כשר עכ"ל משמע נמי דצריך לכתוב אצל האיש והאשה בשוה או שניהם בשמם המובהק או שניהם בחניכתם וכמדומה לי שבסברא וחידוש זה יתישבו הרבה ענינים אך אין בידי כעת לעיין הרבה וגם לענין מעשה אין לנו רק הדברים שנמצאו בראשונים אבל אין לנו לעשות חדשות לדינא ובפרט להחמיר אשר חכמינו ז"ל אמרו משום עיגונא אקילו בה רבנן עיין גיטין דף ג' ע"א ולא באתי בזה אלא לעורר: שוב ראיתי בהת"ג סי' קכ"ט סעי"ק כ"ה שכתב דבעינן תרווייהו דוקא היינו החתימ' והעלי' לתורה דמה שעושין החתימ' והעלי' עיקר חידוש הוא שחידש הקונדריסי' דלכאור' מוכח מהש"ס דהשם שהכל קורין עדיף דהא בחניכ' שהכל קורין מגרש אפילו לכתחיל' לדעת הרא"ש הביאו הב"ש ס"ק ב' ושם המובהק שעולה בו לתורה וחותם אינו כשר רק בדיעבד ואין לך בו אלא חידושו ובעינן דוקא שניהם ע"ש אבל לא באחד מהן ע"ש אבל כבר מבואר למעלה להרב"י ובספר מכמ"א מבואר בהדיא דבאחד מהן סגי דבחתימ' או בעלי' לתורה די שיחשב עיקר ומובהק והטעם דחתימ' לחודא סגי נראה לי די"ל לפמ"ש הר"ן ז"ל בפ' המביא תנינא דהא דבעינן שמו ושמה מפורש בגט הוא מחמת דכתיב ספר כריתות ואי אפשר לספירת דברים של כריתות אלא א"כ נכתב שמו ושמה ע"ש משו"ה שפיר י"ל דמהאי טעמא העיקר הוא שם שחותם בו תמיד דע"י זה חשיב ספר כריתות ומשו"ה שם קטנות עפ"י רוב אין דרכם של בני אדם לחתום בו רק חותמים בשם המובהק ולהכי חשיב עיקר לגבי גט. והנה אחרי כותבי כ"ז בא לידי ספר חא"ש מהגאון מהרש"ק מבראדי ועיינתי בו ומצאתי בסי' כ"ו שאירע ממש כעין מעשה שלנו והשיב שאם מעריסה נקראת לאה ואח"כ נקראת ליצה יש לכתוב רק שם לאה ע"ש וכתב שם דמהט"ג לא משמע ששם ליצה יהא יוצא מלאה מדכתב ליצא בא' לבסוף ע"ש אך דבריו בתשובה הנ"ל מגומגמים ומגיד וחוזר ומגיד:

וראיתי בספר שו"ת דברי חיים להגאון מצאנז חלק א' סי' ע"ח באשה שנקראת מעריסה גיטל וגם עתה נקראת במקום אחד גיטל אך במקום הבעל נקראת גיטשא ונכתב בגט רק גיטל לבד שהחמיר מאוד לפסול אפילו בדיעבד דהברת שי"ן במקום למ"ד הוי כשם אחר ובפרט גיטשא דהטי"ת הוא טי"ת שבורה והוא ממש אות אחר בודאי פסול אפילו בדיעבד עכ"ל וא"כ ה"ה מלאה ליטשא דבמבטא הוא יותר חילוק מגיטל לגיטשא אך לדעתי י"ל איפכא דליטשא הוא יותר קרוב ללאה מחמת דכשמושכין שם לאה עם

הוספה טשא כמו לאהטשא הוא ממש במבטא כמו ליטשא רק מחמת שהא"ה מלאה נשמטין בחיטוף הדיבור ונשמע רק ליטשא משא"כ בגיטל גיטשא נשמט הלמ"ד לגמרי והטי"ת נעשה שבורה:

הן אמת שלדעתי גם הוא ז"ל החמיר הרבה יותר מדאי לפסול אפילו בדיעבד דלא גרע גיטל גיטשא מחיים חייקא אשר ג"כ המ"ם נשמט לגמרי והברה יהי' על הקו"ף מתחלפת ומ"מ כתב הב"ש באות ח' מש"א שאין לכתוב ה' חייקא וגם על הב"ש גבי לעאל יש לעמוד למה שינה את הענינים פעם כך ופעם כך עיין בש"א אות ל' גבי לוי ובט"ג שם ונראה לי כי הכל תלוי במנהג העולם שיש מוצאות הנוספים לקטנות ובזמן הב"ש לא הי' נקרא לעאל לקטנות וכדומה אבל בזמנינו שאנו רואין שהמוצאות הללו ניתן לקטנות בכמה שמות נראה דאין להחמיר בדיעבד או גם לכתחיל' במקום חשש עיגון כלל ובעובדא שלפנינו אחרי שיש לסמוך על מה שחותמת א"ע תמיד לאה (ואף שכתבתי למעלה דבעינן שתהא חותמת בשטרות דוקא אבל במכתבים של שלום לחוד נראה דלא סגי ובעובדא דידן לא ידעתי אם היא חותמת בשטרות מ"מ לענין צירוף עכ"פ י"ל דסגי ג"כ בהכי) אשר לדעת הרב"י בשם הקונדריסי' והמהרי"ק חשיב זה לשם עיקר גם יש לצרף מה שקראוה בעת שהית' יולדת בעת עשי' מי שבירך ג"כ בשם לאה אשר האחרונים סמכו זה לסניף אע"פ דזה לא אלים כל כך ולא דמי לעלי' לתורה שקוראין אותו בפניו משא"כ המי שבירך הוי שלא בפני האשה:

מחמת כל הני טעמא נראה לפענ"ד דאין כאן בית מיחוש ליתן הגט הנשלח ליד האשה אחרי אשר שלחתי לחקור אצל כמה נשים הנקראות ליטשא איך שמם מעריסה וכולם אמרו אשר שמם מעריסה היה לאה אך מחמת גיעגועים נקראים ליטשא וא"כ קרוב לדבר דהוי שם אחד וגם לענין מה שנראה שהב"ש והט"ג לא סברי כן מ"מ יש לצרף שאר היתרים הנ"ל שיוצאים גם דעת הגאונים הללו ובפרט דכבר נמשך איזה חדשים אשר כתבתי שישלחו גט אחר ועוד לא בא ובגיטין דף י"ט ע"ב גבי הא דאמר רבא מ"ט דרשב"ג כדי שלא יהיו בנות ישראל עגונות משמע דגם משום המתנה איזה זמן חשיב עיגון וכן כתב הד"מ הביאו הפ"ת דממקום מרחק חשיב עיגון ואף דהד"מ מיירי בהבאת הגט ע"י שליח וכאן הוא נשלח ע"י הפאסט מ"מ כיון דכבר עברו איזה חדשים ועדיין לא בא יש לומר דחשיב עכ"פ קצת עיגון ובזה אסיים ואומר שלום רב וד' יצילני משגיאות:

סימן לח

כבוד ידיד נפשי נכד דוד הרב הגדול החריף ובקי המפולפל מגזע קודש מחצבתו מו"ה עזריאל מאיר הכהן ראפאפורט אבד"ק מעלניצא: את מכתבו עם תשובתו הארוכה

קבלתי בדבר השאלה באיש אחד שהוא באמעריקא ומשם שלח ג"פ לאשתו הדרה במחנתו ע"פ הנהוג כעת ששולחין ע"י פאסט והשליח ראשון עושה שליח שני עם הרשאות והגט נשלח להרב המו"ץ והאשה לא רצתה לקבל את הגט מיד השליח שני וכאשר נודע לבעלה מזה כתב להרב המו"ץ מכתב וז"ל בקשתי מאוד לשלוח את הגט להנגיד ר' יוסף גוטמאן כי זוגתו שלחה מעות ע"כ תחפוץ הגט לידה כו' והגידה לי שאין מצוה לגרש את הארורה הזאת כי אתם יודעים שכתבה לי כמה פעמים מכתבים שהיא תתרצה לקבל את הגט ועתה אינה מקבלת בעד הגט נתנה להרב דאלער ועתה שלחה לו עוד שנים בעד טרחתו כדי שלא תתעגן. האשה הזאת תחשוב שאני הייתי קצין בכאן באמעריקא אנכי יותר עני בכאן כו' ואנכי הולך עם השק על שכמי לדפוק על דלתות הפתחים אתם בעצמם כתבתם שהיא תתרצה לקבל גט ועתה תעמוד בקומה זקופה ואינה מתרצה לקבל גט ע"כ באתי בבקשה לשלוח ולהשיב את הגט להנגיד הר"י גוטמאן והוא ישלם פאסט פורטא יותר אין לחדש רק לשלח את הגט ממני יצחק ראזענשטאק המצפה לתשובתכם עם הגט עכ"ל המכתב שבא מהמגרש וכאשר קיבל המו"ץ המכתב הזה לא נמסר הגט מיד השליח ליד האשה רק הוא שמור תחת ידו:

והנה כ"ת האריך בתשובתו בפלפול וסברא ולפי מ"ש בשם הרב דק"ק בראד עיקר החשש הוא מה שכתב שאין מצוה לגרש ארורה כזאת כי מה שביקש את המו"ץ שישלחו לו הגט בחזרה לא נחשב לביטול כמ"ש בהגה"ה אה"ע סי' קמ"א סעיף כ"ב בשם המרדכי באם אמר הבעל לשליח החזר לי את הגט ואני נותן לך גט אחר אינו אלא גילוי דעת ואינו בטל ולא כן אנכי עמדי דמשום שכתב שאין מצוה לגרש הארורה הזאת לדעתי לית בי' מיחוש כלל משני טעמים. א'. כי כתב כי כן אמרה לו אשת הר"י גוטמאן וחשוב רק סיפור דברים בעלמא ולית בי' משא כלל וגם אם הי' אומר כן בפירוש בשם האשה הנ"ל לאו כלום הוא ודמי למה דאיתא התם בגיטין דף ל"ד ע"א הכי אמר לכו רב ששת לבטל גיטא דמשמע בגמרא דפליגי בזה אביי ורבא דרבא ס"ל דמחשב גילוי דעת ואביי ס"ל דאפילו גילוי דעת ליכא וע"ש ברש"י דהא לא אמר אנא בטלתי' אלא ר"ש א"כ הכא נמי כה"ג. ושנית. דמלשון אין מצוה לגרשה ליכא אפילו משמעות ביטול דאף דליכא מצוה מ"מ משום רשות איכא וכונתו הי' דאלו הי' מצוה לגרשה הי' מחויב ליתן לה מעות בעד קבלת הגט אבל אחרי דמצוה ליכא רק רשות אינו רוצה ליתן לה מעות מה שמבקשת בעד קבלת הגט זה ברור:

אבל לפענ"ד דא עקתא מה שכתב שמבקש לשלוח ולהשיב את הגט לר' יוסף גוטמאן דבזה יש לדון דאף שהרמ"א בהגהותיו בשם המרדכי כתב דהחזר לי את הגט לא חשיב

ביטול אלא גילוי דעת לחודא דשאני התם דהא אמר ואני נותן לך גט אחר הרי מגוף השליחות לא חזר אלא שהבעל סבר דכיון שכבר הוא שלוחו הרשות בידו ליתן לו גט אחר עפ"י מינוי שליחות הראשון ואולי הי' שם איזה חשש על הגט הראשון ומשו"ה אמר שיתן לו גט אחר [וחפשתי במרדכי ריש פרק המגרש ולא מצאתי ואולי הוא טעות הדפוס וכ"ת מראה מקום להמרדכי שם אות תי"ח אבל הוא דוחק] וכן מסתברא דבלא זה למה הי' לו לומר שיחזיר לו את הגט והוא יתן לו גט אחר אבל הכא יש לחוש שהוא אינו מתרצה בהשליחות מהיום והרי זה דמי למה שכתב שם בהגה"ה בשם תשובת הר"נ שהובא בב"י כתב אחר השליח שלא ליתן הגט הוי ביטול דיכול לבטל ע"י כתבו ע"ש והמעיין בב"י שהביא בשם הר"ן הי' שם ענין אחר אבל מדברי הר"ן ז"ל יש ללמוד דבר זה דיכול לבטל ע"י הכתב: והנה לברר דבר זה יש לי מקודם לעיין בסוגיא דגיטין דף ל"ד ע"א דאיתא התם גידל בר רעילאי שדר לה גיטא לדביתהו אזל שליחא אשכחה דהוה יתבא ונוולה אמר לה הא גיטך אמרה לי' זיל השתא מיהא ותא למחר אזל לגביה וא"ל פתח ואמר ברוך הטוב והמטיב אביי אמר ברוך הטוב והמטיב ולא בטל גיטא ורבא אמר בטל גיטא במאי קמיפליגי בגילוי דעתא בגיטא כו' אמר רבא מנא אמינא לה דרב ששת אשקליה גיטא להההוא גברא בעל כורחי' ואמר להו לסהדי הכי אמר לכו רב ששת ליבטל גיטא ואצרכי' ר"ש גיטא אחרינא כו' ע"ש וקשה לי האיך מייתי רבא ראי' מההיא עובדא דר"ש לעובדא דגידל בר אי הא גידל שלח הט מרצונו הטוב א"כ רצה לגרש את אשתו והאשה לא ניחא לה לקבל את הגט מרצונה שהרי אידחי להשליח בלך ושוב ומשו"ה שפיר י"ל כאביי ברוך הטוב והמטיב ולא בטל גיטא משא"כ בעובדא דרב ששת שנתן הגט ע"י כפי' ולא רצה ליתן גט מדעתא דנפשי' שפיר י"ל דסגי בגילוי דעת לבטל הגט:

שוב התבוננתי דאדרבה יש לומר נמי איפכא שהרי כשכפה ר"ש להך גברא לגרש את אשתו על כרחך הי' מאלו שכופין אותו להוציא דאל"ה הא קי"ל דגט מעושה שלא כדין הוא פסול ובגט מעושה כדין הא קי"ל בב"ב דף מ"ח דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני א"כ בודאי אמר רוצה אני א"כ למה פסל רב ששת להגט הא בקידושין דף כ' ע"א רצה הש"ס להוכיח דדברים שבלב אינן דברים מהך דתניא וכן אתה מוצא בגיטי נשים ושחרורי עבדים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני אמאי הא בליבי' לא ניחא לי' אלא לאו משום דדברים שבלב אינ' דברים ודילמא שאני התם דמצוה לשמוע דברי חכמים והתם קאי אליבא דרבא א"כ מבואר דלרבא כל מי שכופין אותו על הגט ידעינן בבירור דבליבי' לא ניחא לי' אלא כיון שאמר רוצה אני הגט כשר א"כ איך סבר רבא הכא דאצרכי' ר"ש

גיטא אחרינא משום גילוי דעתא בגיטא הא בלא גילוי דעת נמי ידעינן דבליבי' לא ניחא לי' ורק משום דאמר רוצה אני הגט כשר ואיך יפסול משום גילוי דעת מה שאמר הכי אמר רב ששת ליבטל גיטא אטו בלא אמירתו לא הוה ידעינן דעתו דלא ניחא לי' לגרש ואין לומר כדמשני הש"ס ודילמא משום דמצוה לשמוע דברי חכמים משא"כ כשמגל' דעתו שאינו רוצה לשמוע דברי חכמים דהא משמע התם דרבא עצמו לא סבירא לי' הך טעמא דמצוה לשמוע דברי חכמים. והנרא' לי בישוב דבר זה דעיקר מה דשקיל וטרי הש"ס זהו משום דמרא דעובדא הי' רב ששת ולעיל בסוגיא פליגי רב נחמן ורב ששת דר"נ ס"ל דחוזר ומגרש בו ורב ששת ס"ל דאינו חוזר ומגרש בו והגט בטל לגמרי:

והנה פליגי הקדמונים ז"ל אליבא דר"כ איכא דסבר דלדידי' אי אפשר כלל לבטל את הגט והמה גרסו בש"ס לעיל בסוגיא דר"נ סבר גיטא גופא מי בטל. והרמב"ם ז"ל ודעימי' ס"ל דגם לרב נחמן אי מבטל בפירוש את הגט אין לגרש בו לעולם רק כונת הש"ס דסתמא דמילתא אינו מבטל רק השליחות ולא את הגט עיין לעיל תוס' ד"ה התם. מעתה לדעת הסוברים דגיטא גופא א"א לבטל א"כ בעובדא דהתם לא הי' למיכתב גיטא אחרינא אלא הי' סגי שיאמר רוצה אני אלא לרב ששת לשיטתי' דאינו חוזר ומגרש בו הי' צריך למיכתב גיטא אחרינא ומעתה שפיר מייתי רבא ראי' מהך עובדא דגילוי דעתא מילתא הוא דאי לאו מילתא היא רק הכפי' לבדו זהו הגילוי דעת ע"ז סגי מה שהוא אומר רוצה אני דמה שיש בלבו חשוב דברים שבלב דלא הוה דברים אלא מוכח דמה שאמר הכי אמר רב ששת ליבטל גיטא הי' אחר שאמר רוצה אני וגילוי דעת זה אחר הכתיב' סגי לבטל הגט ולא מהני מה שחוזר ואומר רוצה אני דר ששת לשיטתו דאינו חוזר ומגרש בו ולא קשיא ג"כ דלמא שאני הכא דהגט נעשה ע"י כפי' משו"ה בכה"ג אמרינן גילוי דעתא מילתא היא דהכא נמי כיון דכבר אמר רוצה אני קודם הכתיב' לא משגיחינן על דברים שבלב כמו דס"ל לרבא דברים שבלב אינם דברים וחשוב כאלו נעשה ברצון גמור:

והנה רש"י ז"ל בעובדא דגידל ד"ה ולא בטל גיטא כתב ואם בא שליח זה ומסרו לה למחר מגורשת ע"ש וצריך לפרש דכונתו שמסרו לה בלי ציווי שנית מהבעל דאלו בציווי מהבעל הא ק"ל כר"נ דחוזר ומגרש בו ואיך חמר רבא דבטל גיטא אם נעשה שליח מחדש למסור את הגט אבל אליבא דרב ששת לא הי' צריך רש"י לפרש לשון דיעבד ומיירי שמסר הגט בלי ציווי שנית מהבעל אלא פליגי אם יש לגרש בו לכתחל' דרבא סבר דאינו חוזר ומגרש בו דבטל גיטא כרב ששת. ובאמת לשון הגמרא יותר משמע דפליגי לכתחיל' אלא משום דקי"ל כר"נ רצה רש"י ז"ל לפרש הסוגיא יותר אליבא דר"נ ומיירי שמסר לה בלי ציווי שנית של הבעל. והנה יש לנו לדקדק עוד בדברי רש"י ז"ל

מ"ש בד"ה ולא בטל גיטא ואם בא שליח זה ומסרו לה למחר מגורשת עכ"ל מילת למחר שפת יתר הוא. דאיזה נ"מ יש בין אם מסר לה הגט למחר או ליומא אוחרא וי"ל דבכוו' נקט רש"י ז"ל למחר כאשר אמרה האשה שהרי חזינן שהי' רצון הבעל לעשות כרצונה דהא בברכות דף נ"ט ע"ב: איתא דברכת הטוב והמטיב כשיש טובה לו ולאחרים ואיתא שם ילדה אשתו זכר אומר ברוך הטוב והמטיב התם נמי איכא אשתו בהדי' דניחא לה בזכר א"כ כשאמר הבעל ברוך הטוב והמטיב אמר משום שמה שלא מסר לה הגט יש טובה לו ולאשתו שגם היא לא רצתה לקבל הגט עד למחר ובזה גילה דעתו שיעשה השליח כרצונ' ולמסור לה הגט למחר ולא ביום אחר ומבואר ברמב"ם פרק ט' מהל' גירושין הלכה ל"ג אם אמר אל תתנהו אלא ביום פלוני ונתנו לה מלפניו או מלאחריו אינו גט שהרי הקפיד על עצמו של יום ע"ש ולהכי כתב רש"י ומסר לה הגט למחר:

והנה מבואר בש"ס דבין אביי ובין רבא תרווייהו סבירי להו דבמאי דאמר ברוך הטוב והמטיב נחשב גילוי דעת שאינו רוצה בהגט אלא דפליגי אם גילוי דעתא בגיטא מילתא היא או לאו מילתא היא וגם האשה לא רצתה בקבלת הגט שהרי דחתה השליח בלך ושוב למחר וגם הבעל לא רצה לגרשה שלא ברצונ' הטוב דהרי חזינן דהשליח הלך בחזרה לדרכו ולא מסר לה הגט בעל כרחה וכן הוא בסתם נשים דחוב הוא לאשה שתצא מבעל' כדאיתא בפ"ק דגיטין דף י"א ע"ב במתניתין ובדף י"ב שם בגמרא ולהכי קשה לי הרבה הא דאמרינן לעיל בריש פרק השולח קידם הוא אצל אשתו למה לי מהו דתימא כי לא אמרינן לצעור' קא מכוין ה"מ לשליח אבל לדיד' ודאי לצעורה קא מכוין הא אדרבה עפ"י רוב יותר נוח להאש' ביטול הגט מקיומא דהגט חוב הוא לה ונ"ל דזה הי' קשה לי' לרש"י ז"ל וע"כ פירש לעיל אין בדעתו לבטלו אלא חודש או חדשים וזהו רק המשכת הזמן אבל ברצונו לגרש' ע"כ חשוב דבר זה לצעור' כי המשכת הזמן קשה לה יותר הרבה כמובן: והנה הרשב"א ז"ל בחידושיו תמה על רש"י ז"ל דלפי דבריו מאי נפקא לן בין שמתכוין לבטלו או לצער' ולעכבו מליתנו עכשיו דבין כך ובין כך אינו רשאי ליתנו עד שיאמר לו לשליח עכשיו אני רוצה ליתנו דאטו מה שלא בטל לשליח לגמרי אלא שאמר לו איני חפץ ליתן עדיין מי יהיב לי' עד שיאמר לו עכשיו אני רוצה ליתנו והא קי"ל כר"נ דאפילו בביטול גמור חוזר ומגרש בו ע"ש ונ"ל דיש ליישב כוונת רש"י ז"ל על דרך זה דלכאורה בלא"ה דברי רש"י ז"ל צריכין ביאור דמנ"ל לרש"י ז"ל לתפוס המשך הזמן חודש או חדשים וי"ל עפ"י מה דאיתא ריש פרק המדיר דף ע' ע"א המדיר את אשתו מליהנות לו עד שלשים יום יעמיד פרנס כו' ר"י אומר בישראל חודש אחד יקיים כו' בכהן שנים יקיים ע"ש הרי חזינן דזמן הכעס עד שיתפייס הוא חודש או ב' חדשים

והכא נמי רוצה חודש או שני חדשים שבתוך משך הזמן אולי יתחרט ואם לאו ימסור הגט ומ"ש רש"י ז"ל חדשים היינו מיעוט רבים שנים ולפ"ז חשוב כאלו קבע להשליח זמן להמתין לת"ק כדאית לי' ולר"י כדאית לי' ותו אין צריך שיאמר להשליח עכשיו אני רוצה ליתנו אלא חשוב כאלו קבע לו זמן שיתן אחר שלשים יום דמבואר בש"ס ופוסקים דיכול ליתן אחר שלשים יום:

עוד הקשה הרשב"א שם אהא דאמרינן לא צריכא דמהדר עלי' מעיקרא לבטולי דלרשב"ג דאמר בטלו אינו מבוטל מאי קמ"ל דמהדר עלי' לבטולי לא הוה ביטול השתא אפילו בטלו בפירוש לא מהני כ"ש כשמהדר לבטלו שלא לפניו לא מהני ולפענ"ד די"ל דלפי מ"ש הרשב"א בעצמו בדף ל"ג ד"ה כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' וז"ל כלומר אם הי' מבטל היו חכמים מפקיעין את הקידושין משום כך אנן סהדי דאינו מבטלו בלבו כדי שלא יהא בעילתו בעילת זנות ע"ש א"כ זה שייך כשרצה הבעל לבטל שלא בפניו שבזה הוא עובר על דברי חכמים משא"כ כשרהיט בתרי' דהשליח לבטלו בפניו הא לא עבר בזה כלל על דברי חז"ל תו לא שייך לומר טעמא דאפקעינהו להכי שפיר הי' מקום לומר דהוה ביטול מעליא ודו"ק: עוד הקשה הרשב"א בחידושיו דף ל"ד בעובדא דרב יהודא דאשקלי' למתני' דרב ירמי' ביראה דאמר אבייי אי ס"ד גילוי דעתא בגיטא מילתא היא הא קא חזינן דרהיט בתרי' לבטולי' אמאי שביק אבייי למיפרך ארבא מדיוקא דמתניתין כמו דפריך הגמרא לעיל אמתניתין דקתני משהגיע גט לידה אינו יכול לבטלו פשיטא ומשנינן לא צריכא דמהדר עלי' מעיקרא לבטולי' הרי מוכח דלאו מילתא היא ע"ש ונראה ליישב דהנה התם פריך הש"ס בתחילה אארישא דמתניתין הגיעו לא קתני אלא הגיע ואפילו ממילא ולא אמרינן לצעור' קא מכוין או ששלח אחריו שליח למה לי משמע דאלו הוה קתני מתניתין הגיעו לא הוה פריך או ששלח אחריו שליח למה לי וצריך להבין למה תליא זה בזה וי"ל דאלו הוה קתני הגיעו הומ"ל דנקט ששלח שליח לאשמועינן דלא אמרינן לצעורי קא מכוין אבל זה דוחק אבל יותר יש לומר עפ"י מ"ש בספר פ"י להסתפק כשמבטל ע"י שליח אם נחשב הביטול בשעה שעושה שליח לבטל וגם אם לא הגיע השליח השני לשליח הגט עד אחר המסירה ליד האשה גם כן הגט בטל ע"ש ולפ"ז אלו הוה קתני הגיעו דהוה פירושו דהוה רודף אחריו כמו שכתב רש"י ז"ל והי' שמעינן מזה דגם אם רהיט בתרי' לבטולי' בעינן דוקא שיגיע לשליח ויבטל בפניו אז על כרחך היינו מוכרחין לומר דמה דקתני במתניתין אח"כ אם משהגיע גט לידה שוב אינו יכול לבטלו דלא קאי אארישא דמתניתין והגיעו בשליח דלזה לא איצטריך דמהגיעו בשליח מוכח דבר זה אלא קאי אהך ששלח שליח אחריו

ואתי למיפשט הסתפקותו של הפ"י דבעינן שיבטל את הגט בפני השליח קודם שהגיע ליד האשה ולהכי קתני או ששלח שליח כו' אבל השתא דקתני במתניתין הגיע בשליח דאפשר לומר דמה דקתני משהגיע גט לידה אינו יכול לבטלו קאי ארישא דמתניתין ותו ליכא למיפשט ספיקא של הפ"י פריך או ששלח שליח למה לי ומעתה להס"ד דאביי אליבא דרבא דאם רהיט אחריו לבטולי' הוה גילוי דעת ובטל גיטא תו לא הוה מצי תנא למיתני והגיעו בשליח דלרבא אם רהיט בתרי' לא בעינן שיגיע בשליח וע"כ הא דקתני משהגיע גט לידה שוב אינו יכול לבטלו קאי אהא דשלח שליח למיפשט ספיקא של הפ"י דאף בשלח שליח לבטל לא אמרינן דבטל למפרע אלא בעינן שיגיע השליח השני לשליח הגט או להאשה קודם שנמסר הגט ליד האשה דוקא ומעתה אליבא דרבא שפיר אתי' מתניתין דקתני הגיע ואדרבה מזה הוכיח רבא דמדלא קתני הגיעו שמעינן דאי רהיט בתרי' לא בעינן שיגיע בשליח ולא צריכנא לשנוי' דסד"א לצעורי' קא מכוין לסיפא דמתניתין דקתני משהגיע גט ליד האשה קאי אהך דשלח אחריו שליח ודוק:

והנה כבר הבאתי למעלה מ"ש הגה"ה בשם המרדכי דאם אמר הבעל להשליח החזר לי את הגט ואני אתן לך גט אחר אין זה אלא גילוי דעת ויוכל השליח ליתן את הגט ליד האשה אבל נ"ל דז"א אלא בשליח ראשון אבל לא בשליח שני שהשליח ראשון שהבעל בעצמו ממנה קודם כתיבת הגט והנוסח בסידור הגט שאומר הבעל להשליח אני ממנה אותך להיות שליח להוליך גט לאשתי ולפ"ז נעשה שלוחו על כל ניטין שימסור לו בדרך כלל ולהכי גם כשאומר לו אח"כ החזר לי את הגט ואני אתן לך גט אחר לא נתבטל בזה השליחות כלל וכלל כי מתחיל' נעשה זה שליח קודם כתיבת הגט שלא הי' עדיין גט בעולם ואם נפסל הגט בשעת הכתיב' או אפילו ביד השליח יש לכתוב גט אחר מצד הדין ולמסור ליד השליח בלי סידור גט שנית ובפרט שמנהגינו שממנה השליחות בפירוש אפילו עד מאה גיטין ואף דנהגינן שאם נפסל הגט להיות:

מסדר פעם שנית כמבואר בשו"ע סי' קכ"ב זה אינו רק חומרא בעלמא ולהכי במה שאמר הבעל לשליח החזר לי את הגט לא פגע ולא נגע כלל בגוף השליחות ולהכי אמרינן דיש ביד השליח ליתן את הגט הראשון דאינו אלא גילוי מילתא משא"כ בשליח שני שהנוסח בסדר הגט הוא שאומר שליח ראשון לשליח שני הולך גט זה והמינוי הוא בפרוטרוט על גט זה דוקא ואם אמר הבעל לשליח שני להשיב לו את הגט י"ל דנתבטל השליחות לגמרי דאיזו ענין שליחות שייך תו אם אין הגט בידו והוא כבר בחזרה ביד הבעל: ועפי"ז נתחוור לי דברי הטור שם בסימן קמ"א שכתב דאם אמר הבעל טול ממנה חפץ פלוני כו' אם הקפיד לומר שיטול החפץ תחלה אינו גט אלא א"כ יגיע החפץ לידו תחילה כו'

ואפילו אם אחר שקיבל השני החפץ ונתן לה הגט בא ליד השליח הראשון אינו גט כו' אלא יקחנו הראשון מידה ויחזור ויתננה לה בתורת גירושין אחר שהגיע לידו החפץ ועיין בספר מחנה אפרים הלכות גרושין דין ל"ה דדקדק מלשונו דגם אחר שהגיע החפץ ליד הראשון אין השני רשאי לקבל הגט מידה ויחזור ויתננה לה דכבר עשה שליחותו אלא הראשון דוקא יקבל הגט מידה ויחזור ויתננה לה ע"ש ולכאורה הדבר אינו מובן דמ"ש דהשני כבר עשה שליחותו והשליח הראשון יכול לקבל בחזרה ויחזור ויתננה לה ולפי האמור שפיר ניחא דשאני הראשון מהשני דשליחותי' של הראשון לא יתבטל כ"ז שלא נגמר ענין הגירושין שהוא שליח כללי מהבעל על כל גט וגט אפילו אם המה מאה ולהכי יכול לחזור וליתן דלא גרע גט זה מגט אחר משא"כ שליח השני שנעשה שליח פרטי על גט זה בלבד במסירת הגט ליד האשה כבר עשה שליחותי':

והנה ראיתי להמ"ל בפרק ו' מהל' גירושין הלכה ט"ז שמסתפק אם שליח ראשון יכול לבטל שליח שני דאפשר שאין בכחו לבטל כמו דמסקינן דאם מת ראשון שני לא בטל דמכח בעל קאתי כדאיתא בגיטין דף כ"ט ע"ב ואפשר דשאני מת מהיכא דביטל השליחות בפירוש וכתב אך זה ראיתי בתשובת מהרא"ם פאדווה ז"ל בס' הגט דמשביעין את השליח שאם הוא עושה שליח שני שלא יבטלנו ועדיין צריך הדבר אצלי תלמוד ע"ש. והנה לפענ"ד אין ראי' גדולה מתשובת מהר"ם פאדווה הנ"ל דמסתברא לי דאפילו אם נימא דשליח ראשון אינו מבטל שליח שני מ"מ כשהראשון חוזר משליחותו לגמרי שאינו רוצה להיות שוב שליח ממילא בטל השליחות של שני ויש להסביר דבר זה עפ"י מה שכתב מו"ח ז"ל בספרו ברכת רצה סי' יו"ד בביאור שיטת הרמב"ם ז"ל בפי' ב' מהל' גירושין אמר כשהוא בריא כתבו גט ואח"כ נבעת ממתינין עד שיבריא ואם כתב ונתן קודם שיבריא פסול ודקדקו הפוסקים מדכתב לשון פסול ולא בטל דהגט פסול רק מדרבנן ומדאורייתא הוא כשר כיון שהבעל מסר שליחותי' בעודו שהי' בריא ורבים מהקדמונים חולקים עליו אלא מה"ת הוא פסול דבעינן שיהא הבעל שפוי בדעתו בשעת כתיב' ונתינה ומו"ח ז"ל כתב בביאור דבריהם דענין שליחות לא נגמר עד גמר המעשה דאל"ה לא הוה ביד המשלח לבטל השליחות ורק דעם המעשה נגמר ענין השליחות ע"ש ולפי מה שעולה בזכרוני כבר קדמוהו בסברא זו הט"ז וכעת אינני זוכר מקומו ומעתה לפי סברא זו אף אם אמנם דכלהו מכח בעל קאתי מ"מ ע"י אמצעות של משלחו של כל אחד ואחד ואם המשלח הראשון חוזר משליחותו בטל שליחותו של השני דבגמר המעשה כבר בטלה שליחותי' משא"כ אם השליח הראשון אינו חוזר משליחותו אפשר לומר דאין בכחו של הראשון לבטל שליחות השני דמכח בעל קאתי ומעתה שוב אין ראי'

ממ"ש המהר"ם פאדווה דמשביעין את השליח הראשון שלא יבטל שליחות של השני היינו על אופן זה שיחזור הראשון משליחותו וממילא יבוטל שליחותו של השני ודו"ק:
והנה מדמסתפק המ"ל אם שליח הראשון יוכל לבטל שליח שני ולא הוסיף להסתפק אם הבעל יכול לבטל שליח שני משמע דבזה אין להסתפק כלל אבל אינו מבורר על איזה אופן פשיטא לי' ולי הדבר בספק דיש סברא לומר דכיון דמסקינן שם בגיטין דכולהו מכח בעל קאתי צריך להיות דבעל יכול לבטלם או נימא לאידך גיסא דאף דאם מת הראשון לא נתבטל שליחות השני מ"מ כשהראשון קיים אין ביד הבעל לבטל שליח שני כיון דהשליח הראשון הוא בתוקפו והוא מינה שליח השני ולא הבעל אין בכח הבעל לבטלו דאף דכולהו מכח בעל קאתי מ"מ זה השני הוא נעשה שלוחו של הראשון ג"כ ויש מקום לומר דנעשה שלוחו דתרווייהו של הבעל והשליח הראשון דוגמא לזה מצינו כתבו בתוס' קידושין דף כ"ג ע"ב ד"ה דאמר רב הונא בהא דאיבעיא הש"ס בנדרים דף ל"ה הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו או דילמא שלוחי דידן נינהו. הוה פירוש' אי שלוחי דרחמנא לבד או שלוחי דידן נמי נינהו והיינו שלוחי דתרווייהו דרחמנא ודידן וה"ה בשליח י"ל שהוא שלוחו של שניהם של הבעל והשליח הראשון ובכח שניהם יש לבטל שליחותו של השני אבל לא בכח של אחד מהם או אם נימא לצד הזה שמסתפק המ"ל דשליח ראשון מבטל שליח שני שוב אין ביד הבעל לבטלו אלא אם רוצה לבטל בעל כרחך צריך לבטל שליחות של הראשון וממילא בטל שליח שני: ואם נימא דבעל יכול לבטל שליח שני לבד דמכחו קאתי עדיין יש לחקור איך הדין אם הוא רוצה לבטל שליחותו של הראשון ולא שליחות של השני אם הדבר באפשרות מי נימא דכל שנתבטל שליחות הראשון הוי כמו מת הראשון או יש לחלק דשאני מת דנתרוקן כחו אל הבעל משא"כ כשהבעל מבטלו חשיב כאלו נתבטל השליחות מעיקרא וממילא נתבטל גם שליחות של השני ואם הבעל רוצה יש בידו לעשותו שליח מחדש וצריך מינוי ובפרט לפימ"ש בספר מכתב מאליהו דהבעל שממנה שליח צריך ליתן את הגט מיד ליד ואם לאו חשוב כמו טלי גיטך מעל גבי קרקע בודאי יש נ"מ טובא שצריך הבעל ליקח את הגט בחזרה מיד שליח שני וליתן אותו בידו וגם בל"ז צריך עכ"פ עדים על מינוי השליחות וכל הענין הזה צריך אצלי תלמוד וכבר עוררתי בזה בהגהותי מלחמות ארי' לספר ברכת רצה ממו"ח ז"ל סי' נ':
ודע דמדברי הרשב"א שהבאתי למעלה שנתקשה במ"ש רש"י לצעור' חודש או חדשים דמאי נ"מ בין אם נימא דלצעור' קא מכוין או לבטלו קא מכוין דאטו מי שלא בטל לשליח אלא אומר לו שאינו חפץ ליתן עדיין מי יהיב לי' עד שיאמר לו עכשיו אני רוצה ליתנו

מוכח דלא כדעת המכתב מאליהו ע"ש דהא לפי דברי המכתב מאליהו יש נפקותא רבה דאם לצעור אין צריך ליטול מאתו ולחזור וליתן לו ואם לבטלו צריך שיטלנו מידו ויחזור ויתננו לו וזה ראי' מוכרחת ובלא"ה כבר תמהתי עליו בהגהותי מלחמות ארי' בספרו של מו"ח ז"ל סי' נ' ע"ש:

עוד נ"ל דיש לדון ולצדד לפי מה שאנו משביעין את הבעל בשעת סידור הגט שלא יבטל את הגט ולא את השליחות וכשהוא מבטל הוא עובר על השבועה ולדעת הפוסקים בחו"מ סי' ר"ח דאם נשבע שלא למכור ועבר ומכר דלא מהני מטעם דגם בשבועה דאף שהאיסור בדה מלבו ג"כ אמרינן דאי עביד לא מהני עיין ט"ז וקצה"ח שם א"כ ה"נ י"ל דאם עבר וביטל את הגט או את השליחות דלא מהני הביטול ולא עוד אלא אפילו להסוברים דכשעבר על השבועה לא אמרינן אי עביד לא מהני מחמת שהוא איסור שהוא בדה:

מלבו מ"מ הרי חזינן דהי' ס"ד לומר דכשאומר גט זה בטל לצעורי קא מכוין ואיצטריך מתניתין לאשמועינן דלא אמרינן לצעור' קא מכוין א"כ כשנשבע שלא לבטל ועבר וביטל בודאי יש סברא לומר דלא כיון כלל לבטל באמת ולעבור על השבועה אלא לצעור' קא מכוין ואין כאן ביטול כלל כדי שלא יהא עובר על השבועה ואף לתירוץ השני של התוס' דהא דאיתא בגמרא דה"א לצעור' קא מכוין היינו רק להחמיר ולא להקל זהו כשהבעל עומד וצווח שלא כוון לצעור' אלא לבטל ממש משא"כ כשאינו עומד וצווח כגון בנ"ד ואפילו אם יבוא ויערער שהי' כונתו לביטול גמור יש מקום לומר דאינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע שעבר על השבועה אלא אנן אמרינן דלצעור' קא מכוין ויותר מזה איתא בכריתות דף י"ב ע"ב אמר אביי מוד' ר"מ לחכמים שאם אמרו לו שנים יודע אתה בעדות פלוני והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכונתי לעדות וכ' רש"י ז"ל מאי לא ידעתי דקאמינא לא נתכונתי להיות עד וכ"ש כמו בנ"ד שכתב להשיב את הגט שאפשר לתרץ דבריו שלא כוון לבטל אלא לצעור' דלשון להשיב הכונה למקומו הראשון אשר משם נשלח הגט ליד השליח השני ויש באפשרות לעת הצורך לשלוח משם שנית לק' מעלניצא ליד השליח השני:

והנה בדין עובדא שלפנינו הנה כבר כתבתי דמחמת מה כי אשתו של ה"ר יוסף גוטמאן אמרה כי אין מצוה לגרש את הארורה הזאת ליכא אפילו סרח ביטול הגט אלא מ"ש שמבקש לשלוח ולהשיב את הגט לה"ר יוסף גוטמאן לפענ"ד גם בלשון זה לא מצינו דהוא מבטל השליחות דמ"מ הרב אינו מחוייב למלאות מבוקשו ולשלוח הגט בחזרה ע"י פאסט וביד הבעל הי' לכתוב שלא יתן הגט להאשה אבל לא לבקש שישלח הגט

בחזרה וכי הרב מחוייב בדבר הזה וגם איזה תועלת יש להבעל בזה שישלח הגט בחזרה וישלם הפאסט פורטא בחנם וגם ידוע דהשילוח רעקאעאנדירט אין הפאסט מקבל בלי תשלומים תיכף הפאסט פורטוא והוא כתב שה"ר יוסף גוטטמאן ישלם הפאסט פורטא ואם רצונו הי' לשלוח חזרה בלי רעקאמאנדירט קשה להאמין דבר זה דאטו בשופטני עסקינן וכי דרך בני אדם כך לשלוח גט בלא רעקאמאנדירט אלא מסתברא שהוא ידע בעצמו שהרב לא ישלח את הגט בחזרה ורק להפחיד את האשה כתב הכי כדי שתקבל את הגט בלי קבלת מעות:

עוד מסתמא הרב לא הי' בעצמו השליח שני אלא שהי' צריך למסור הגט לשליח שני שיתן הגט להאשה ואם כן הדבר לא הי' רשאי כלל לשלוח הגט בחזרה כי הגט נשלח אליו משליח ראשון כדי שימסור הגט לשליח שני והי' לו מן המידה לקיים מה שנשלח אליו אבל לא לשלוח הגט בחזרה וגם הי' הדבר באפשרות שיהא הגט ביד השליח שני ולא ביד הרב וגם הא בשעת סידור הגט נשבע שלא לבטל את הגט ולא את השליחות וכי יש לחשדו שיעבור על השבועה לבטל את השליחות והלא הוא בעצמו כתב שאמרה לו אשת ה"ר יוסף גוטמאן שאין מצוה לגרש את הארורה הזאת מוכח מדבריו אלה דאלו הי' מצוה הי' נותן לה מעות שהיא רוצה בעד קבלת הגט כדי לקיים מצוה ואיך יתכן שיהא עובר על השבועה שנשבע שלא לבטל את הגט ולא את השליחות ועיין בטור אה"ע סי' קמ"א סעיף ע"א דכתב ונ"ל דלא דמי דשאני יהא חרס או הרי הוא כחרס דשם זה א"א להתקיים על הגט לפיכך צריכין לפרש דבריו שיהא כחרס לענין שלא להתגרש בו כו' אבל יהא פסול או הרי הוא פסול כיון ששם זה יכול להתקיים על הגט דר"ל שיהא פסול וזה אינו פסול שאינו יכול לפוסלו לפיכך לאו כלום הוא ע"ש א"כ חזינן דכל שאפשר לפרש כונתו שלא לבטל פרשינן הכי נמי חזינן דכונתו הי' רק להפחידה שתקבל את הגט ולא לבטל אין לנו לומר שהי' רוצה לבטל הגט או השליחות אלא אפילו אם ישלח את הגט לר"י גוטמאן מ"מ כאשר תתרצה האשה לקבל הגט ישלח ר"י גוטמאן שנית חזרה למעלניצא להשליח למסירת הגט. העולה מכל זה כי דעתי מצטרפת להכשיר את הגט וד' יצילינו משגיאות:

סימן לט

ע"ד הגט הנשלח אל הבד"צ דפה מבאנאס איירוס מדינת ארגענטינא ע"י הרב המסדר מו"ה חיים אשר מכונה דאקטר האפפמאן והגט נכתב כהלכה אכן למען תת סימן על הגט חתך מהגליון הגט מלמטה חתיכת נייר כמו ג' קצוות והניח בתוך המכתב גם החתיכה הנ"ל ולאשר עושין בשאר עיירות שבאמעריקא סימן כזו בהרשאה השכיל

הוא לעשות בגוף הגט והמגרש כבר נסע משם ומי יודע אם יהי' באפשרות להשיג גט אחר וע"כ בודאי הוא מקום עיגון ונכון לצדד הרבה להכשיר את הגט אולם מ"מ לחומר האיסור של א"א יש להעמיק ולעיין היטב בכל פרטי הדינים הנוגעים בהלכה זו ומד' אבקש שיורני דרך האמת להשכיל בתוה"ק וזה החלי בעזר הצור:

בגיטין דף כ"א ע"א פריך הש"ס אמתניתין דקתני על העלה של זית ועל קרן של פרה ונותן לה את הפרה ועל יד של עבד ונותן לה את העבד בשלמא יד דעבד לא אפשר למקצייה אלא קרן של פרה לקצייה וליתיב לה ומשני אמר קרא וכתב ונתן מי שאינו מחוסר אלא כתיב' ונתינה יצא זה שמחוסר כתיבה קציצה ונתינה:

והנה בתוס' ד"ה יצא הביאו ג' שיטות בדין אם כתב גט על נייר גדול וחתך אח"כ ממנו דעת רבינו שמואל להכשיר בכל גווני ודעת בה"ג לפסול אפילו בדיעבד וכן עשה מעשה רבינו יצחק ב"ר מנחם ונחלקו עליו גדולי הדור ולהבה"ג אפילו אם חתך כל דהו הגט פסול כי כן כתב הרא"ש בשמו ובעל ה"ג פוסל אם נחתך ממנו כלום ושיטת ר"ת היא כעין פשרה דיש להחמיר אם נחתך ממנו הרבה ומ"מ חותך מהגט דבר מועט כמו שעושין ליפותו ע"ש הרי לפנינו ג' שיטות מרבותינו ומאורינו ז"ל וכל אחד הביא סעד לשיטתו מסוגיית הש"ס דהתם עיין בדבריהם ז"ל ונבאר איה"ש להלן והרשב"א בחידושיו כתב דאפשר דגם הבה"ג לא פוסל היכא דחתך דבר מועט וכדעת ר"ת ונראה שמסתפק בזה ועיין בב"י סי' קכ"ד שהביא שהרשב"א מסתפק בדעת בה"ג אבל הר"נ כתב דהבה"ג חולק על ר"ת ע"ש והרמ"א בהגהותיו שם פוסק כר"ת דאם חתך קצת כדי ליפותו בדיעבד כשר אבל לכתחלה יש לתקן הכל קודם השרטוט דהשרטוט צורך כתיבה הוא ע"ש:

והנה הרשב"ם הביא ראיה לדבריו מהא דאיתא שם בסוגיא כתבו על חרס של עציץ נקוב כשר דשקלי' ויהבי' ניהלי' ומדנקט עציץ נקוב משמע דאם אינו נקוב יכול לקצצו וליתן לה ור"ת דחה ראיה זו דרבותא נקט נקוב דגם בזה מכשיר רבא ולא חיישינן שמא יקטום ע"ש והנה הס"ד דפריך על קרן של פרה לקצייה על כרחך סבר לחלק בין מחובר לתלוש דבמחובר הא תנן בהדיא דאין כותבין על המחובר אלא סבר דרק במחובר חשוב מחוסר קציצה אבל לא בתלוש אפילו בב"ח והפוסקים דמחמירין וסוברים דלפי מה דמשני דקרן של פרה חשיב מחוסר קציצה ה"ה בשאר תלוש נמי פסול משום קציצה לדידהו ע"כ פליגי בזה הס"ד דהש"ס והתרצן אי שייך האי דינא דמחוסר קציצה בתלוש או לא ומעתה יש לתמוה על ראיית ר"ת כשחותך דבר מועט כשר מהא דאיתא לעיל דף כ' ע' בעי ר"פ בין שיטה לשיטה בין תיבה לתיבה מהו משו דדבר מועט לא חשיב קציצ' ונראה בפשיטות דכונתו מ פריך תיפוק לי' משום קציצ' כמו דפריך הש"ס תיפוק:

דספר אחד אמר רחמנא ולא שנים ושלשה ספרים ולפע"ד יש לדחות ראייתו דפסול קציצה לא הי' פשוט להש"ס כל כך שהרי הכא גופא פריך הש"ס אלא קרן של פרה ליקצייה אבל לעולם בתר דמשני א"ק וכתב ונתן מי שאינו מחוסר אלא כתיב' ונתינה באמת ליכא למיבעי' בעי' דר"פ ויש להוסיף עוד דלפי סוגיא דהתם דבעי רמי ב"ח היו מוחזקין בעבד שהוא שלו וגט כתוב על ידו והרי הוא יוצא מתחת ידה מהו מי אמרינן אקנויי אקני לה או דלמא מדנפשיה עייל ופשיט הש"ס מר"ל דהגודרות אין להם חזקה ע"ש ובתוס' ד"ה ת"ש כתבו דבלא ר"ל ה"א דגבי גט מהני אפילו בגודרות א"כ לרמב"ח י"ל דמתניתין דקתני ונותן לה את הפרה רבותא קמ"ל דאפילו בכה"ג כשר גם בלי עדי מסירה אבל אם קצץ את הקרן ונתן לה פשיטא דכשר דבתלוש לא חשיב מחוסר קציצה וכדעת הס"ד באמת פשטת דמתניתין דקתני אין כותבין במחובר משמע דוקא במחובר חשיב מחוסר קציצ' אבל לא בתלוש דמאן דכר שמיה דתלוש ואפילו בבעלי חיים לא הוה ידעינן דפסול משום מחוסר קציצה דגם בין מחובר ובין בע"ח איכא חילוק גדול ורב ביניהם דבמחובר לא שייך נתינה כלל ובבע"ח שייך נתינה ועיין בספר אבני מלואים מהגאון בעל קצה"ח סי' קל"ו ס"ק ז' שרוצה לומר דהא דפסול הוא משום דמחובר ליכא נתינה ע"ש ועכצ"ל דהא דאמרינן דבתלוש נמי איכא פסול מחוסר קציצה לדעת ה"ג ור"ת ולרשב"ם עכ"פ בבע"ח דבזה איתא בש"ס בהדיא זהו משום דמוכח הכי ממתניתין דקתני ונותן לה את הפרה ולא קתני דלקצייה ומעתה לפי איבעיא דרמב"ח אינו מוכח ממתניתין כלל די"ל רבותא קמ"ל דגם כשנותן לה את העבד או את הפרה כשר ולא צריכ' עידי מסירה ולא אמרינן מדנפשיה קא עייל וכ"ש כשקוצץ היד או את הקרן דבתלוש וגם בבע"ח ליכא פסול קציצה וכנ"ל:

ומה מאוד ארווחנא בזה ליישב דעת הרמב"ם ז"ל והטור והמחבר שהרמב"ם והמחבר השמיטו לגמרי הך איבעיא דר"פ בין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה והטור בסי' קמ"ג כתב דאינה מגורשת והב"ש הביא בשם הב"ח דכיון דבש"ס עלתה בתיקו הוה ספק מגורשת ע"ש ופשיטא דדבר זה צריך תלמוד דהא דברי הב"ח צודקים מאוד אבל לפי האמור ניחא דבעיא דרב פפא הוא רק אם נימא כדבעי רמב"ח דאם כתב גט על יד העבד או על קרן הפרה כשר בלא עדי מסירה לר"מ דאמר עדי חתימה כרתי או אפילו לר"א דאמר עדי מסירה כרתי תלינן שבודאי הי' עדי מסירה ולא חיישינן מדנפשיה קא עייל ולפ"ז י"ל דאין מוכח ממתניתין דאין לקצץ את הקרן וליתן לה דאפשר דרבותא קמ"ל דגם אם נתן לה את הפרה כולה כשר וכ"ש כשקצץ דאין פסול קציצה בתלוש אבל לפי מה דמסיק הש"ס כר"ל דגודרות אין להם חזקה א"כ ע"כ מתניתין דקתני ונותן לה

את הפרה הוא בעדי מסירה דוקא ובזה ליכא רבותא כלל אלא על כרחך דוקא קתני לאשמועינן דאם קצץ את הקרן ונתן לה פסול דמחוסר קציצה שוב ליכא למיבעיא בעי' דר"פ בין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה דתיפוק ליה דפסול מטעם מחוסר קציצה:
והנה בהך איבעיא דר"פ בין שיטה לשיטה כו' דפריך הש"ס תיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא ולא שניים ושלשה ספרים כתב הר"ן וז"ל כלומר כיון דלקציצה קאי נקצץ דמי ולא הוה גיטא מוכח שסובר הוא ז"ל דבעיית ר"פ הוא בגונא שהבעל אינו חותך את הנייר שבין שיטה לשיטה קודם הנתינה אלא הוא נותן את הגט להאשה שלם אבל לא כן נראה דעת הרא"ש שהוא מביא ראיית ר"ת דקציצה דבר מועט שרי מהך דבין שיטה לשיטה כו' ופריך עלה דספר אחד אמר רחמנא ולא שנים ושלשה ספרים לומר לאחר שיחתוך הבעל את הנייר שלא יהא שלשה דים אלמא לא מיפסל מחמת קציצה עכ"ל הרי מוכח דרק בכה"ג שחותך הבעל קודם הנתינ' מיפסל אבל אם לא חותך קודם הנתינ' אינו פסול אע"פ שלקציצה עומד שלא כדעת הר"נ ז"ל ולדעת הר"ן יש להבין ראיית הר"ת מהך דבין שיטה לשיטה הא ליכא קציצה כלל בין כתיבה לנתינ' ונהי דכיון דעומד לקציצה חשוב כשני ספרים מ"מ לענין פסול קציצ' לא שייך למיפסל כה"ג וראיתי שכבר הקשה כן הגאון הרי"מ ז"ל בחידושיו למס' גיטין וראיתי להפ"י והת"ג שכתבו דמוכח מהתוס' דס"ל דגם אם דעתו לקצץ אחר הנתינ' חשוב מחוסר קציצ' ולכאורה זה דוחק:
ולפענ"ד נראה לישב ראיית ר"ת ז"ל על אופן אחר דאין כונתו כלל דאם דבר מועט מקרי מחוסר קציצה מאי קא מיבעיא ליה לרב פפא בין שיטה לשיטה תיפוק ליה דפסול מטעם מחוסר קציצה אלא כונתו אדרבה דאי יש בדבר מועט פסול דמחוסר קציצה לא הוה מצי פריך הש"ס תיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא ולא שני ספרים ואבאר שיחתי דהנה פשטת איבעיא דרב פפא בין שיטה לשיטה בין תיבה לתיבה קאי דוקא באומר ה"ז גיטך והנייר שבין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה שלי דבכה"ג אי אומר סתם והנייר שלי פסול כדקתני ברישא דברייתא שם וכן מפרש הר"נ ז"ל בהדיא עיין בדבריו אבל באומר ה"ז גיטך ע"מ שתחזיר לי את הנייר שבין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה לא קא מיבעיא ליה שהרי גם באומר סתם ע"מ שתחזיר לי את הנייר כשר כדאי' בש"ס וכ"ש בין שיטה לשיטה ולכאורה קשה לפמ"ש הר"נ דבעי' דר"פ בנותן לה את הגט כולו והא דפריך הש"ס תיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא כו' זהו משום דסופו לקוץ וכל העומד לקצוץ כקצוץ דמי א"כ גם בע"מ שתחזיר לי את הנייר שבין שיטה לשיטה וכו' לפי מה דס"ל דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ומחוייבת להחזיר לו את הנייר שבין שיטה לשיטה ג"כ יפסול מהאי טעמא דמ"מ עומד לקוץ וכקצוץ דמי והוה שני ספרים ומה לי

אם אומר והנייר שלי או אומר ע"מ שתחזיר לי הנייר שבין שיטה לשיטה וכו' ולכאורה הוא קושיא גדולה ולא ראיתי מי שעורר בזה: והנראה לישב עפ"י מה שכתב הר"ן ז"ל בחידושי חולין דף ע"ג ע"א לישב קושית התוס' ד"ה מטביל עד מקום מידה שכתבו וא"ת ואידך להוי חציצה דהוה מיעוט המקפיד דכל העומד לחתוך כחתוך דמי ותירץ הוא ז"ל דכיון שאין בדעתו לקצוץ קודם טבילה אלא לאחר טבילה לא חשיב כחתוך בשעת טבילה ע"ש לפ"ז שפיר ניחא הכא דבאומר ע"מ שתחזיר לי את הנייר הרי לא היה דעתו מעולם לחתוך את הנייר קודם הנתינ' אלא לאחר הנתינ' משו"ה לא אמרינן בשמת נתינה כקצוץ דמי אבל באומר והנייר שלי חיישינן שמא היה בדעתו לקצוץ קודם הנתינ' והיה עומד לקוץ בשעת נתינה וכקצוץ דמי ופסול משום שני ספרים ולפ"ז עולה יפה ראיית ר"ת דאי נימא דגם בדבר מועט יש פסול קציצה בתלוש לא הי' לן למיחש שמא היה דעתו לקצוץ קודם הנתינ' הא עי"ז יפסול הגט מטעם קציצה אלא ודאי היה מתחלה כוונתו במה ששייר בין שיטה לשיטה שיתן ליד האשה כמו שהוא ואחר הנתינ' תתן להבעל מה שבין שיטה לשיטה אלא מוכח דבדבר מועט לא יפסול ע"י קציצה: אמנם עדיין קשה דלמה נחוש לזה כיון דאם יקצוץ יפסול משום שני ספרים בודאי לא היה דעתו לקצוץ קודם הנתינ' דמה לי פסול קציצה או פסול דספר אחד ולא שני ספרים ונימא דודאי היה דעתו ליתן להאשה כמו שהוא וכשר אבל יש לומר לפי דעת הב"ש בסי' ק"ל ס"ק ח' כיון דקי"ל דדבק חשיב חיבור לגבי תפילין גם בגט דבק חשיב חיבור וכן נראה בספר אור זרוע הגדול הל' גיטין סי' תרט"ו דדעתו נוטה דדבק חשיב חיבור ג"כ גבי גט א"כ יש לחוש שמא היה דעתו בשעת כתיבה לחתוך בין שיטה:

לשיטה ובין תיבה לתיבה קודם הנתינ' ויחזור וידבק כדי לחבר הגט להיות ספר אחד ושוב לא יפסול משום פסול דשני ספרים ואח"כ נמלך ונתן לה כמו שהוא ולא חתך ומ"מ כיון שהיה בשעת כתיבה בדעתו לחתוך וגם בשעת נתינה דעתו לחתוך אח"כ חשיב עומד לקוץ וכקצוץ דמי:

שוב מצאתי בספר אור זרוע הגדול הל' גיטין סי' תשט"ו שכתב מיהו אם תפר שני עורות יחד או חיברם בדבק וכתב גט עליהם שמא הוא כשר ודבר זה צ"ע עכ"ל ע"ש. והנה אם היה חותך וחזר וחיבר בין כתיבה לנתינ' אפשר דתליא בפלוגתא מה שנחלקו הרשב"א והרמ"ה ז"ל אם כתב הי' בתלוש ואחר הכתיב' נעשה מחובר ואח"כ חתכו קודם הנתינ' דהרמ"ה פוסל והרשב"א מכשיר ולדעת הרשב"א מסתברא דאם בשעת הכתיב' הי' ספר אחד ומחתכו בין כתיב' לנתינ' וחזר וחיברו קודם הנתינ' ג"כ כשר דכיון דלדעתו העיקר בעינן שיהא כדינו בשעת כתיב' ובשעת נתינה ולא איכפת לן מה שנעשה בנתיים אפילו

בפסול מחובר ופשיטא דה"ה לענין פסול דספר אחד אמר רחמנא כו' ולדעת הרמ"ה דבעינן שיהא כדינו משעת כתיב' עד אחר הנתינ' אפשר דגם משום ספר אחד ג"כ פסול אם נעשה שני ספרים בין כתיבה לנתינה ולפ"ז עדיין הקושיא במקומה עומדת דלמה נחוש שמא היה בדעתו לחתוך קודם הנתינ' ולחזור ולדבקם כיון דעי"ז יפסול הגט מטעם דספר אחד אמר רחמנא ולא שני ספרים ויש לנו יותר לומר דמה שאמר והנייר שלי היה כונתו שתחזור לו אחר הנתינ' וכמו שהוכיח סופו על תחילתו שנתן כל הגט לידה וי"ל כיון שהי' יכול לומר ע"מ שתחזיר לי את הנייר שבין שיטה לשיטה וג"כ היתה מחוייבת להחזיר לו ומדקאמר והנייר שלי חזינן שהי' מקפיד ביותר שלא יצא הנייר שבין שיטה לשיטה מרשותו אפילו רגע אחת וברצונו הי' חותך קודם הנתינ' ומה שאינו חותך הוא רק שלא ליפסול הגט חשוב יותר עומד לקצוץ וכקצוץ דמי וכן כתב מוח"ז הישוי"ע ביו"ד סי' קצ"ח אע"ג דס"ל לרוב הפוסקים דצפרנים עצמן אינן חוצצים זהו משום שהי' בידו לחתכם ומדאינו חותך מוכח דאינו מקפיד משו"ה בחוה"מ דאינו רשאי לחתכם ליכא הוכחה הלזו וכיון דדרך לחתכם בכל השנה חוצצים דכל העומר לקצוץ כקצוץ דמי ע"ש א"כ הכא נמי כיון דאמר והנייר שבין שיטה לשיטה שלי וצריך לחתוך ומה שאינו חותך קודם הנתינה זהו רק שלא יפסול הגט משום שני ספרים חשיב עומד לקציצה וכקצוץ דמי משא"כ בע"מ שתחזיר לי את הנייר שמצדו אינו רוצה כלל לשייר את הנייר לעצמו אלא מצד התנאי ותנאי מלתא אחריתי הוא ולא מיחשיב בשעת נתינ' כקצוץ ויותר מזה כתב הרשב"א ז"ל בחידושיו ריש יבמות דכל שהיא אסורה ליבם משום תנאי ולא משום ערוה לא הוה בכלל אינה ראויה ליבום דתנאי מלתא אחריתי היא ועולה לחליצ' ע"ש וה"ה דלא חשוב משום זה עומד לקציצה בשעת הנתינ' כיון דמצד הגט אינו עומד לקוץ כלל אפילו אחר הנתינ' אלא מצד התנאי ותנאי מלתא אחריתי הוא:

אמנם מלבד שעל גוף הסברא של מוח"ז הישוי"ע ז"ל יש לבעל דין לחלוק עוד יש לפקפק תינח לרבא דס"ל דע"מ שתחזירהו לי צריכה לקיים תנאה אם הי' תנאי קודם למעשה אבל לרב אדא בר אהבה דבע"מ שתחזירהו לי התנאי בטל ומעשה קיים א"כ על כרחך היה מוכרח לומר והנייר שלי ואין לנו הוכחה כלל שברצונו הי' לחתוך קודם הנתינ' הדרא קושיא לדוכתה אמאי נימא דחשוב כקצוץ כיון שאינו קוצץ אלא לאחר נתינה אבל בשעת נתינה אינו עומד לקוץ וכסברת הר"ן בחולין הנ"ל. וע"כ נ"ל בישוב הדבר דהגם להס"ד דפריך ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא ידע שפיר דאם הגט מעורה חשיב ספר אחד אלא סבר דרב פפא סתמא קאמר ומשמע אע"פ שאינו מעורה ולהכי שפיר מקשה דיש לחוש שמא התחיל לכתוב הגט לחתוך בין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיב'

קודם הנתינ' והיה בדעתו שיכתוב האותיות שאפשר לכתבן מעורה כמו ל' וק' יעשה אותם מעורה ובזה יוכשר הגט שיחשב ספר אחד ואח"כ שכח לכותבן מעורה ולהכי שפיר פריך כיון שבשעת כתיבה הי' דעתו לקצוץ קודם הנתינה כקצוץ דמי והוה שני ספרים ומשני במעורה דבעיא דרב פפא מיירי שהגט מעורה ובזה מתורץ ראיית ר"ת דאי נימא דאי קוצץ דבר מועט הגט פסול איך נחוש שהיה בדעתו לחתוך הנייר שבין שיטה לשיטה כו' קודם הנתינה כיון שבזה יפסול הגט וכי בשופטני עסקינן אלא מה שאמר והנייר שלי היה כונתו לחתוך אחר הנתינ' ושוב אינו עומד כלל לחתוך בשעת נתינה וכסברת הר"נ ז"ל גבי צפורן שהבאתי למעלה אלא מוכח דדבר מועט לא חשיב מחוסר קציצה ורשאי לחתוך הנייר שבין שיטה לשיטה קודם נתינה ושפיר פריך דתיפוק ליה דהוי שני ספרים:

והנה ראיתי בספר תורת גיטין סי' קכ"ד אות ד' שהביא מ"ש הפ"י שאם שייר הבעל לעצמו הנייר של הגליון ג"כ פסול אפילו למאן דמכשיר קציצה בתלוש דאין זה כריתות והוא ז"ל השיג עליו וכתב והא ודאי ליתא כדמוכח מש"ס שם גבי והנייר שלי דפסול משום דאותיות פורחות באויר ולא מטעם שאין זה כריתות ודוקא אם כתב על יד של עבד ושייר לעצמו העבד פסול גם להס"ד דלא ידע הטעם דמחוסר קציצה דהוה כאילו יש להבעל חלק במקום שהגט גופו כתוב עליו ע"ש ואנכי לא אוכל הבין ראיה זו דהטעם דאותיות פורחות באויר לא נזכר בגמרא רק רש"י ז"ל כתב הכי וי"ל דזה כתב רש"י לפי מה דבעי רב פפא דאפשר דאם שייר בין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה כשר ולצד זה עכצ"ל הטעם דאם שייר מקום הכתב פסול הוא משום דאותיות פורחות באויר אבל אם נימא דבין שיטה לשיטה כו' פסול על כרחך הוא מטעם דחשיב שיור כמו במקום הכתב אפשר דגם שיור בשאר גליון ג"כ פסול דאין חילוק בין הגליון שבין שיטה לשיטה לשאר גליון וכיון דבעיא דרב פפא עלתה בתיקו יש להחמיר ואין להקשות דלמה בעיא דר"פ בין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה ולא נקט גליון סתם דהוה משמע כל הגליון של הגט י"ל דאי הוה נקט גליון סתם הוה אמינא דבין שיטה לשיטה ובין תיבה לתיבה פשיטא דפסול דתיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא ולא שני ספרים ולא מהני מה שהוא מעורה להכי נקט בין שיטה לשיטה כו' לאשמועינן דאין לפסול מטעם דהוה שני ספרים כיון שמעורה:

ודע דעכצ"ל דכונת הגאון בעל ת"ג דאפילו מאן דפוסל קציצה בתלוש מכשיר שיור בהגליון דאל"כ ונימא דשיור תליא בקציצה ואם קציצה בגליון פסול גם שיור פסול ואם שיור כשר גם קציצה כשר אין מקום לראיית ר"ת ז"ל דקציצה בדבר מועט כשר מהא

דפריך תיפוק ליה משום שני ספרים דבעיא דרב פפא הוא ע"כ אם שיור כשר בין שיטה לשיטה או פסול ואם שיור כשר הא לא מיפסל ג"כ משום קציצה אלא מוכח דדעת הת"ג דשיור בגליון כשר אף למאן דפוסל קציצה בגליון:

והנה באמת נראה לפענ"ד דדבר זה תליא במה דבעי מיניה רבא מר"נ שם כתב על טס של זהב ואמר לה התקבלי גיטך והתקבלי כתובתך מהו אל ר"כ נתקבלה גיטה ונתקבלה כתובתה ופריך רבא מברייתא האומר התקבלי גיטך והשאר לכתובתך טעמא דאיכא שאר הא ליכא שאר לא ומשני ה"ה אע"ג דליכא שאר והא קמ"ל דאפילו איכא שאר אי אמר לה אין לא אמר לה לא מ"ט אוירא דמגילתא היא ע"ש הרי מוכח דלרבא לפי מה דאיבעי ליה סבר דאין לדמות הגליון למקום הכתב ואפשר דמה שפסול בכתב כשר בגליון אבל לפי מה דפשיט ליה ר"נ אין חילוק בין גליון:

למקום הכתב וסובר דאלו הי' פסול בכתב באומר התקבלי כתובתך ה"ה דצריך להיות פסול אלו אמר השאר לכתובתך דגליון נמי אוירא דמגילתא היא והוי כמו הגט כולו. ועוד נ"ל דיש להביא ראיה לדעת הפ"י דאי נימא דשיור בגליון אינו פוסל יקשה הא דאמרינן גבי ה"ז גיטך ע"מ שתחזיר לי את הנייר מגורשת וקא מפרש רב אדא בר אהבה משום דהוה תנאי ומעשה בדבר אחר ותנאי בטל ומעשה קיים ואפילו לא החזירה ג"כ מגורשת וכתבו בתוס' להקשות מהך דקידושין דף ו' ע"ב דהילך אתרוג זה ע"מ שתחזירהו לי החזירו יצא לא החזירו לא יצא ותירצו דהכא קיימינן דע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי והתנאי סותר למעשה ומשו"ה התנאי בטל ואי נימא דהגליון שלא כנגד הכתב לא חשוב שיור בגט וגם נימא דסתם נייר הוא כל הנייר מ"מ נהי נמי דחלק הגט מה שנכתב אינה צריכה להחזיר משום דהתנאי בטל מ"מ חלק הגליון לווה לא תחזיר הא בחלק הגליון אין התנאי סותר למעשה כלל הגע עצמך אם התנה על שני ענינים אחד שהתנאי סותר למעשה וענין שני שאינו סותר למעשה כגון ע"מ שתחזיר לי ותתן לי מאתים זוז מי נימא דכל התנאי בטל אלא אמרינן דהתנאי של החזרת הנייר בטל אבל מ"מ צריכה ליתן מאתיים זוז א"כ הכי נמי נימא דמה שכנגד הכתב בטל והגליון צריכה להחזיר דוגמא לזה מצינו במקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה דסבר ר' יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים עיין כתובות דף נ"ו ע"א אלמא דענין שמתנה ע"מ שכתוב בתורה בעניני אישות בטל ומה שמתנה בדבר שבממון קיים ואפילו ר' מאיר לא פליג אלא משום דס"ל דגם בדבר שבממון תנאו בטל אבל בלא"ה הי' מודה ליה והכי נמי כיוצא בזה דמה שהתנאי סותר למעשה בטל ומה שאינו סותר תנאו קיים ואם באנו לומר דבאמת הדין כך דאם אומר ה"ז גיטך ע"מ שתחזיר לי את הנייר מגורשת והיא צריכה להחזיר להבעל

את הגליון קשה הא דפריך רב אדא בר אהבה לרבא טעמא דמעשה קודם לתנאי הא תנאי קודם למעשה לא הוה גיטא הא הוה תנאי ומעשה בדבר אחד מאי פריך דלמא גם בתנאי קודם למעשה ג"כ הוה גיטא רק היא היתה מחויבת לקיים מקצת מהתנאי להחזיר לו הגליון אבל מחמת הטעם דמעשה קודם לתנאי כל התנאי בטל ואינה צריכה להחזיר לו כלל גם לא את הגליון אלא מזה ראי' לדעת הפ"י דגם הגליון הוא חלק מהגט ושיור פוסל בו לכן התנאי בטל לגמרי ואינה צריכה להחזיר גם את הגליון:

ולפי מה שנתבאר נפתח לנו שערי תירוצים להבין הטעם למה נטו אביי ורבא מלפרש הך דאומר ע"מ שתחזירהו לי מגורשת משום דהוה תנאי ומעשה בדבר אחד בשלמא מה דמוקי לה אביי כר"מ דבעינן תנאי כפול ולא אמר כרבא משום דהוה מעשה קודם לתנאי ורבא לא אמר כאביי י"ל דפליגי במחלוקת של רש"י ותוס' דרש"י סובר דבתנאי קודם למעשה לא פליגי רבנן אדר"מ ותוס' ס"ל דגם בהכי פליגי רבנן אדר"מ ואביי יסבור כתוס' ומשו"ה על כרחך אתיא כר"מ ומשו"ה נקט תנאי כפול ורבא ס"ל כרש"י דתנאי קודם למעשה מודי רבנן דבעינן ומשו"ה קא מפרש הטעם דהכא מעשה קודם לתנאי כדי דאתיא נמי כרבנן וראב"א לא משני כתרווייהו דס"ל כאביי ולא רצה לאוקמי כר"מ דיחידאה ומשני משום דהוה תנאי ומעשה בר"א דבזה לא מצינו פלוגתא כלל אבל על אביי ורבא קשה למה לא קאמרו משום דהוה תנאי ומעשה בד"א כדמשני ראב"א ולפי האמור ניחא שכבר כתבתי למעלה דרבא ס"ל דשיור בגליון אינו פוסל את הגט וי"ל דגם אביי ס"ל בזה כרבא ומשו"ה לא מצי לשנויי כראב"א דבגליון אין התנאי סותר את המעשה ובזה תנאי קיים והי' לו לתנא דברייתא לפרושי דמגורשת אם תחזיר את הגליון לבעלה כמו דקתני במתניתין דלעיל באומר ע"מ שתתני לי מאתיים זוז בתוך שלשים יום נתנה מגורשת לא נתנה אינה מגורשת ומדתני בברייתא מגורשת סתם נראה דאינה צריכה להחזיר גם את הגליון דמהאי טעמא נראה דלא ניחא להו לאביי ורבא לשנויי דרב אשי דמוקי לה כרבי דהאומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי משום דא"כ היה צריך לתנא למיתני שתחזיר לו את הנייר וכ"ש אם נימא דמקום הכתב אינה צריכה להחזיר אלא הגליון בלבד בודאי כגון דא צריך לפרושי: ולפי הנ"ל יש לדחות מה שהקשה ר"ת על רב האי מהך דגזיה לזמן ויהיב לה דהתם אביי הוא דפריך הכי לרב יוסף ואיהו ס"ל דשיור בגליון אינו פוסל מדלא משני כראב"א וה"ה דשיור במקום הזמן אינו פוסל כיון דמדאורייתא א"צ כלל לכתוב הזמן ועיין פר"ח סי' קכ"ד שהביא שהב"י מסתפק אם כתב הזמן על מחובר אם הגט בטל והוא העלה דאינו בטל וי"ל דאביי ס"ל דכשר ומשו"ה

שפיר פריך אבל לרב נחמן דס"ל דכל הגליון הוא בכלל הגט דאוירא דמגילתא הוא ושיור פוסל בו ה"ה:

שוב מצאתי און לי למה שכתבתי דבגוונא שחלק אחד מהתנאי סותר המעשה וחלק אחד מהתנאי אינו דקציצה פוסל בו:

סותר המעשה אף שהחלק הסותר נתבטל מ"מ החלק הב' היא בתקפו וצריכה לקיימו בספר ברכת רצה ממו"ח ז"ל סי' קי"ז שהביא בשם האחרונים ז"ל שהסבירו דעת התוס' הא דאם התנאי סותר את המעשה התנאי בטל זהו משום דדמי לתנאי ע"מ שתעלה לרקיע דאינו אלא כמפליג בדברים והתנאי בטל ולהכי באתרוג דאם נתן ע"מ שתחזירהו לי אם החזירו יצא ואי לאו לא יצא ולא אמרינן דהוה כמפליג בדברים דלפי שאמר ע"מ דלא הוה מעכשיו א"א מתקיים חלק אחד מהתנאי שאינו סותר את המעשה דהיינו דאם חלק אחר מהתנאי סותר המעשה וחלק אחד מהתנאי אינו דהנה התוס' פסחים דף ל"ח ע"א ד"ה אתיא הקשו בשם שאינו יוצא בטבל משום דלא הוה לכם ותירצו בשם ר"י שצריך ליתן לכהן ע"ש ובשם רשב"א תירצו באופן אחר בטור ובמחבר או"ח סי' תרס"ח סעיף ד' שני דיעות אתרוג שלו והבשר שבפנים אינו שלו תליא ג"כ בזה די"ל דזה לא שכל האתרוג יהא שלו וכן כתבו בהדיא התוס' בסוכה דף שבפנים אין צריך להיות לכם ולהכי אין לפסול אתרוג של תנאי ומעשה בדבר אחר והתנאי בטל משום די"ל דזה החלק מהתנאי שלא יחול המעשה עד אחר קיומו של התנאי הוה להתנאי זה להתקיים בלתי סתירת המעשה אבל לא בכל התנאי ומשום האומדנא דצריך לצאת בו אמרינן דמ"מ שיחול המעשה ומעכשיו אם אח"כ יתקיים התנאי ע"ש ואף דבגוף דבר זה יש לפקפק הרבה מ"מ חזינן לדעתם שסוברים סותר אינו בטל התנאי אלא בהחלק שסותר אבל החלק שאינו סותר הוא בקיומו ובתקפו:

וע"ד הפלפול יש ליישב כפי האמור הך דאתרוג ע"מ שתחזירהו לי אם החזירו יצא לא החזירו לא יצא הר"י דאורלינש כיון דמצה בעינן לכם אמאי איצטריך קרא למעט טבל תיפוק ליה דאינו לבם כמו אתרוג של טבל דאתרוג של טבל לא מקרי לכם כיון שצריך ליתן ממנו לכהן אבל מצה אפשר שיאכל שיהא כזית מלבד מה ולכאורה דברי הר"י ברורים ומאיזה טעם נטו ומה הר"י מאורלינש והרשב"א ואמרתי בחי' די"ל עפ"י מה דאיתא שנימות כל בשרו מבפנים וקליפתו החיצונה קיימת דיש פוסלין ויש מכשירין ולפ"ז י"ל דכמו כן אם קליפתו החיצונה גרע מאתרוג החסר מבפנים דלדעת המכשירים יש להכשיר גם כאן ובזה פליגי הר"י עם חביריו דר"י סובר דבעינן ל"ה ע"א ד"ה אתיא

משו"ה יש לפסול אתרוג שרלובל משום חלקו של כהן אבל אידך הקדמונים סוברים דמה טבל משום חלקו של כהן שהרי בידו לקרוא שם תרומה:
על החלק שבפנים ולא דמי לאתרוג השותפים ולאחין שקנו אתרוג בתפיסת הבית דהתם גם הקליפ' החיצונה הוא של שותפות משא"כ בתרומה וכנ"ל ומעתה גבי אתרוג ע"מ להחזיר לדעת המכשירים י"ל נהי כמי דהקליפה החיצונה החזרה היא סותרת להמעשה מ"מ החלק הבשר שבפנים אינה סותר להמעשה וצריך להחזיר דמה שבחלק הלזה התנאי קיים ולהכי שפיר נקט לא החזירו לא יצא ואם החזירו שפיר יצא דכבר כתב הרשב"א ז"ל דאף אם לא הי' התנאי כמשפטי התנאים מ"מ מחויב להחזיר מדין פועל שמחויב לקיים כפי מה שהשוה עם הבעה"ב לכן כשהחזירו נעשה כל האתרוג שלו גם החלק שמבחוץ ושפיר יצא:
והנה כ"ז כתבתי למשא ומתן של תורה כדרך הלומדי' בעלי ההלכה ועתה נחזור נא למה שנוגע לדינא להלכה למעשה הנה הרמ"א פסק כר"ת דאם כתב על נייר גדול וחתכו קודם הנתינ' פסול אבל אם חתכו מעט כדי לייפותו לא מקרי קציצה כו' אמנם בספר גט פשוט כתב להחמיר דאם הי' בדעתו בשעת הכתיב' לקצוץ קודם הנתינ' וקצץ יש לפסלו והת"ג הסכים לדבריו וכתב וכן עיקר אולם הג"פ מסתפק אם תליא בדעת המגרש או בדעת הסופר והת"ג כתב נראה דתליא בדעתו של מי שהנייר שלו לדעתו מחייבת הקציצ' שאינו רוצה להקנות לה יותר ודבריו אלו לפענ"ד המה מחוסרי הבנה וכונתו נעלמה ממני חדא הי' להגאון ז"ל לפרש דבעינן דעתו של הבעל ולא לכתוב הלשון של מי שהנייר שלו דא"כ תליא בפלוגתא דתנאי דלר"מ דסבר עדי חתימה כרתי לדידיה יוכל הסופר לכתוב על נייר שלו בלי ציווי הבעל כלל דהא מצאו באשפה וחתמו ונתנו לה כשר ואטו נימא דדעתו לקצוץ פוסל הגט מחמת שלא הי' כונתו להקנות להבעל זה ודאי לא מסתברא וגם לא אדע מה ענין הקנאה לקציצ' הא הוא ז"ל כתב שם בסמוך דאם הי' בשעת כתיב' דעתו לקצץ ואח"כ נמלך ונתן לה כולו כשר אלמא הפסול הוא המעשה ולא המחשבה: והנה הר"ן כתב וז"ל וההיא דגזיה לזמן אפילו היה דעתו לגוזזו לא מקרי מחוסר קציצ' עכ"ל הרי בהדיא דדעתו של הבעל זהו העיקר שהרי הש"ס קאי על הבעל ובנידן דידן דלא ידעינן כלל אם הקציצ' הי' בידיעת הבעל דיותר מסתברא דזה המסדר הגט עשה כן מדעתיה דנפשיה ואפילו אם עשה כן בידיעת הבעל יש להיות שבשעת כתיבת הגט לא הי' בדעת הבעל לקצוץ יש לצדד להקל ובפרט שהוא מקום עיגון כי מלבד שהמקום הסידור הוא בקצוי ארץ גם נודע שכבר הלך המגרש לדרכו ומי יודע אם נודעו עקבותיו איה ועלה בדעתי עוד להביא סמך לזה שמסתמא לא נעשה הקציצ'

בידיעתו של הבעל מהא דמשני הש"ס אהא דגזיה לזמן ויהיב לה דלרמאי לא חיישינן וכ' רש"י ז"ל לרמאות כזה שהוא ניכר ונגלה הרי חזינן דהקציצ' מהגט חשיב רמאות ולא חיישינן אפילו אם ברצונו לגוזזו משום הצלת בת אחותו כ"ש שלא יעשה הבעל דבר זה היכא שאין לו צורך לזה ויכול לעשות סימן הגט בענין אחר בהרשאה או במכתב כמו שעושין במדינתנו אבל יש לדחות דרק התם דאם יחתוך לזמן חשוב רמאות נגד העדים שהמה חתמו על הגט שיש בו זמן וגם על הזמן חתמו משא"כ כשחותך הגליון שלאחר חתימתם לא נחשב לרמאות נגד העדים וכן מוכח ממ"ש הה"מ בפרק א' מהלכות גירושין להביא ראיה דבתלוש לא נחשב מחוסר קציצה מהא דאיתא בגיטין דף פ"ז ע"ב דפריך הש"ס אמתניתין שייר מקצת הגט וכתב על דף השני וליחוש שמא כתב שני גיטין וכו' ומשני רב אשי הוא דידיעה ביה מתחתא דמגילתא משמע דבגט אחד אף אם נחתך כשר ע"ש וצ"ל כונתו דאל"ה ליבעיא בכל גיטין דעלמא דלהוי ידיעה מתחתא דמגילתא דאל"ה ניחוש שמא נחתך הגליון דלמטה הרי דסובר הוא ז"ל דיש לחוש לחתך לדעת הפוסלים אולם התוס' כתבו בהדיא בגיטין דבתלוש לכו"ע לא חיישינן לשמא יתלוש דאין דרך לחתוך תלוש אפילו לרבא דבמחובר חיישינן לשמא יקטום מ"מ בתלוש לא חיישינן: עוד ראיתי להה"מ שכתב דהא כשכותב על יד של עבד וקרן של פרה חשיב מחוסר קציצה משום דפרה ועבד דבר חשוב היא ומסתמא לא יהיב לה מחוסר קציצה הוא אי לא יהיב לה פרה ועבד ע"ש הרי נראה מלשונו דכל דמסתמא לא יהיב לה חשוב מחוסר קציצה א"כ בנ"ד אם המנהג שם לחתוך חתיכת נייר מהגט לסימן ומסתמא לא יהיב לה הגט בשלימותו חשוב מחוסר קציצה אך מה שיש לצדד להתיר בנ"ד דמאן יימר לן שנעשה חתיכת הגליון לסימן אחר כתיבת הגט אולי נעשה הסימן קודם הכתיב' ונעשה הגט בכשרות:

שוב התבוננתי דאדרבה אם לא נעשה הקציצ' בידיעת הבעל אלא המסדר עשה כן אחר המסירה ליד השליח יש חשש דהשליח שינה מדעת הבעל שהוא מסר לו הגט שימסור להאשה כמו שהוא והשליח שינה ונתן להמסדר לקוצצו חשיב שינוי בשליחות ונתבטל השליחות ויש להעיר עוד כיון דעכ"פ יש חשש בהגט לפוסלו אשר משום זה אין ליתן אותו לכתחל' והשליח עיות בזה בשליחותו ובודאי אילו היה ידע הבעל מזה היה מקפיד חשוב שינוי בשליחות ויש לפסול אפילו בדיעבד וכיוצא בזה הערותי בהגהותי לספר ברכת רצה דבשליח כל שנעשה פסול דאין ליתנו לכתחלה גם בדיעבד פסול משום דיש חשש ביטול השליחות ולפ"ז אם באנו להתיר נתינת הגט בעובדא דידן יותר יש לתלות שלא הי' בדעת הבעל בשעת הכתיב' לקוצצו ואח"כ נעשה הקציצ' בידיעתו של הבעל:

שוב ראיתי בספר פ"י גיטין דף ע"ט ע"ב שהביא בשם מהר"ם בן חביב בספרו גט פשוט סי' קכ"ו לישב דעת הרא"ש דבגט מוקדם והאשה לא ידעה וניסת שמותרת לחזור לבעלה הראשון בלא גט ומטעם כיון ששינה הסופר מדעת הבעל בטל הגט מדאורייתא ע"ש וזהו הסברא הוא כעין מה שהערותי בשליח ששינה אף בפסול דרבנן בטל השליחות מדאורייתא וא"כ הכא שהבעל אמר להשליח למסור גט זה ובודאי הכונה כמו שהוא שלם אין ביד השליח למסור הגט כשהוא חסר. ונרא' לפענ"ד דיש תקנ' קצת לזה לחזור ולדבק החתיכ' אל הגט ע"י דבק וכבר הבאתי למעל' דעת הפוסקים דדבק חשוב חיבור גבי גט כמו גבי תפילין ומבואר בר"ן ז"ל בשם ה"ג דאפילו אם הי' דעת הבעל לחתוך הגליון שלמטה ואח"כ לא חתך ויהיב לה כולו כשר לכו"ע וגם הבאתי למעלה דעת הרשב"א דבפסול מחובר אם הי' הכתיב' בתלוש וכן הנתינ' אך בנתיים של כתיב' ונתינ' נעשה מחובר ותלשו כשר הרי הכא נמי כיון שחזר ודבק ונעשה שלם בשעת נתינ' לא חשוב מחוסר מעשה כיון דיהיב לה כולו והוי כאילו לא נחתך כלל אולם לכאור' יש לפקפק לפי מה שכתבתי למעל' דאם נעשה הקציצ' בלי ידיעתו של הבעל יש חשש שמא נחשב שינוי בשליחות דלא הי' לו רשות להשליח ליתן הגט לחתכו ואם נעשה ברצון הבעל יש לחוש שמא אין ברצון הבעל לחזור ולדבקו ומה שמכשיר הרשב"א ז"ל אם נכתב בתלוש ונעשה מחובר ואח"כ נעשה תלוש זה אינו אלא כשהכל נעשה בידיעת הבעל אבל לא שלא בידיעתו של הבעל אבל מ"מ נראה לפענ"ד שטוב לדבקו דכיון שנעשה החתך רק לסימן אין הבעל מקפיד ע"ז אם נחזור ונדבק והכי עדיף טפי מליתן לה הגט חתוך עוד יש לצדד דמנין לנו שנחתך אחר הכתיבה הא אפשר שחתך קודם הכתיבה לסימן והגט נכתב כשהוא כבר חתך הנייר ואף שדבר רחוק הוא עכ"פ יש קצת ספק ואפשר לתלות בהכי כדי שלא נימא דב"ד טועין כתבו וכבר חשו חז"ל על תקנת עגונות להקל ולא להחמיר והנרא' לפענ"ד כתבתי וד' יצילני משגיאות:

סימן מ

להרב הה"ג כו' חו"ב המפורסם מוה' יצחק תאומים האבד"ק קריסניפאליע:

בדבר האשה הנעצבת על בעל נעוריה מ' מליא שבעלה ר' שמואל שטראסנער בהמנוח ר' לוי מילידי ק"ק זאלקווא שדר עמה כמה שנים בק"ק קריסטינאפאל ומלאכתו הי' מלאכת הפרעסין שקורין (ביגלער) שנסע לנויארק באמעריקא וחלה שם ויהיב דעתיה למיהדר לביתו בחורף שנת תרס"ה ונתלוה עמו איש אחד מקריסטינאפאל ובדרך נסיעתו בעיר אנטווערפען נסתכן בחליו מאוד והאיש הנ"ל שנתלוה עמו ושמו ר' מרדכי הי' מטפל עמו בדרך בחליו בכבדות מחמת שהיה בסכנת מות עד עיר דיסעלדארף באשכנז

ומשם לא הי' באפשרות לנסוע הלאה ולקחוהו אנשים כי נכמרו רחמם עליו והוליכוהו להשפיטאהל בית החולים דשם ור' מרדכי נסע לדרכו ואת החולה הניח שם ואחר זה עוד יום או יומים טרם בא ר' מרדכי לביתו בא מכתב ע"י בי דואר בכתב ושפת אשכנז לאשת ר' שמואל הנ"ל מ' מליא שטראסנער מקראנקענהויז דק' דיסעלדארף בלי חותם אדם פרטי רק נכתב למטה קראנקענהויז אשר סאלאמאן שטראסנער מת אחרי איזה שעות משקיבלוהו בהשפיטאהל וצוה לפני מותו להודיע לאשתו הנ"ל ממחלתו וגם נכתב כי העזבון אשר נשאר מאתו מונח אצלם אם אין ברצון האשה לבוא לשם אזי ישלחו לה לביתה דיסעלדארף דען קראנקענהויז אייזענשטראסע ואח"כ באו עוד איזה מכתבים מבית החולים ולא נכתב שם האיש הנפטר זולת "איהרעס מאכנעס" ואך בהטאטענשיין הנשלח לה נכתב שם הנפטר סאמועל שטראסנער והנה הגב"ע עפ"י ב"ד מן ה"ר מרדכי הנ"ל נאמר כי העיד לפניהם איך שהניח את ר' שמואל הנ"ל חולה מסוכן נוטה למות בעיר דיסעלדארף וקבלוהו בבית החולים דשם ככל הכתוב למעלה ויודע שהי' אצלו שפארקאסטע ביכל על קראנען גם ג' זייגערליך והנה באמת קבלה האשה חזרה הסך הנ"ל עם הזייגערליך ושאר דברים ע"י אמצעות הקאנזאלאט עסטרייך אונגארען גם מסרו לה חפיצים ובגדים והכירו קצת מהחפיצים וגם האשה אומרת שקיבלה מקודם מכתב מבעלה שמוליך לביתו שלשה זוג זייגערליך וגם קיבלה האשה הנ"ל מכתב מאת הרב דבהכ"נ אשר הי' אצל קבורתו של הנ"ל כי לא היה שום יהודי במיתתו רק מהפאפירען של הנפטר יודע כי מת זה ר' שמואל שטראסנער הנ"ל ומכל אלה יצא כת"ה בכחא דהתירא להתיר האשה הנ"ל להנשא לעלמא עפ"י דתה"ק אחרי שהאשה הנ"ל היא בקהילתו ק"ק חוב קדוש עליו לפתוח פתח דהלכתא של עובדא זו וביקש ממני לבוא אחריו להגיד את הנראה לפענ"ד להצטרף לזה כי מצוה רבה היא כידוע אשר כבר שקדו חז"ל לתקנת עגונות לבקש עזר ותרופה לבנות ישראל כי לשבת יצר' וזה החלי בעזר הצור ומאתו אבקש שיורני מן השמים לבל אכשל ח"ו בדבר הלכה ויעמידני על האמת לאמתת תוה"ק:

הנה כת"ה התחיל לדון על המכתב הראשון שבא מהקראנקענהויז דיסעלדארף לאשת ר' שמואל שטראסנער שיש להמכתב דין מסל"ת אחרי שלא שאל שום אדם על ר' שמואל הנ"ל ודומה ממש להך דפרק בתרא דיבמות דף קכ"א ע"ב מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי ומה שכתבו שבעלה צוה להודיע לאשתו מחליו מיקרי קישור דברים ואין חילוק בק"ד מלפניו או מלאחריו שכ"כ בק"ע סי' שמ"ח בשם תשו' הר"י הלוי והאריך בזה כל זה ליתא לפענ"ד דמל"ת לא מהימן אלא היכא דלא שייכי בגוויה אבל היכא

דשייכי בגווייהו אפילו מסל"ת לא מהימן כדאיתא בש"ס בהדיא גיטין כ"ח ע"ב בסוגיא דהיוצא להרג ע"ש ואין לך שייכות בגווייהו יותר מזה דידעינן שלקחו את ר' שמואל שטראסנער להשפינואל וכעת לא נמצא שם אלא אנן חיישינן שמא ערק לעלמא והניח כיסו וחפיציו אצל השפינואהל בלא קבלת פרידה מהשפינואהל ומצד דינא דמלכותא המה ערבים בעד החולים שלהם ומידם יבקשנו היכן הוא כאשר לא נמצא כתוב פרידתו מהשפינואל בפנקס שלהם כפי נימוסי המדינה ובאופן זה המה מוכרחים לומר שמת שם דכסיפא להו מילתא לומר שברח זה מהשפינאהל וגם מחויבים להודיע ליורשיו ממותו שלא יהי' מחזי כנוגעים להחזיק בהעזבון וכיון שמוטל חוב על השפיטאהל כמו שנכתב בפירוש בהמכתב הראשון [היעמיט ערפיללען וויר דיא טרויריגע פפליכט זיא פאן דעם הייטע אבענדס אוהר ערפאלגטען טאדע איהרעס מאננעס העררן סאלאמאן שטראסנער אין קענטניס צו זעטצען] ואין לדחות ולומר דכמו כן היו יכולים לכתוב בהפנקס כי נתנה לו חופשה מהשפיטאל ולא היה להם לכתוב שמת דזה אינו דבהרבה אנשים לא אמרינן מיגו כמו שכתב הח"צ בסי' קמ"א ומטי לה מהתוס' קדושין דף מ"ג ועכ"פ לא הוה אמירתם מסל"ת כיון דשייכי בגווייהו וכנ"ל וז"פ ולמען ברר הדברים צריך אני להאריך קצת:

תמן תנן (פ"ב דיבמות קכ"ב) אמרו לו (היינו רבנן לר"ע דאמר אין משיאין את האשה עפ"י ע"א) מעשה בבני לוי שהלכו לצוער עיר התמרים וחלה א' מהם והביאו בפונדק ובחזרתם אמרו לפונדקית איה חבירנו נומ"ת להם מת וקברתיו והשיאו את אשתו ולא תהא כהנת כפונדקית אמר להם לכשתהא כפונדקית נאמנת הפונדקית הוציאה להם מקלו ותרמילו וס"ת שהי' בידו וכ' רש"י ז"ל שהרי לא עליה סמכו אלא לפי תומה הסיחה והביאה להם מקלו ותרמילו (ס"א כלומר באותו ענין שהאמינו פונדקית הוה נמי שאר אשה נאמנת שהרי פונדקית הוציאה להם ועל הסימנין סמכו) ובגמרא פריך מאי גריעותא דפונדקית אמר רב כהנא פונדקית נכרית היתה ומסיחה לפי תומה היתה זה מקלו וזה תרמילו וזה קבר שקברתיו בו כו' ותו פריך הש"ס והא איה חבירנו קאמרי לה ומשני כיון דחזיתינהו בכיא אמרו לה איה חבירנו ובתוס' ד"ה פונדקית הקשו וא"ת מאי מייתי רבנן ראי' מן הפונדקית הא מסיחה לפ"ת היתה וי"ל דלא היתה מסיחה לפי תומה ממש דמה שהוציאה להם מקלו ותרמילו היתה יכולה לעשות כן לעדות ור"ע אמר להם אין זה ראיה דודאי אין לך מסיח לפי תומה גדול מזה כיון דחזיתינהו בכיא וכן משמע בירושלמי דקאמר עשו אותה כמסיח לפי תומה משמע שלא היתה ממש מסל"ת אלא שמביאין ראיה דלא גרע מע"א ע"ש:

והנה דברי התוס' לכאורה תמוהים דמשמע מדבריהם דלחכמים לא מיחשב אמירת הפונדקית כמסל"ת מחמת שהוציאה מקלו ותרמילו א"כ למה תהא נאמנת הא קי"ל דאין נכרי מהימן בעדות אשה אלא במסל"ת וכן הקשה בתשובות מהר"ם מלובלין סי' ק"ל ודוחק לישב דס"ל דחשיב עכ"פ קצת מסל"ת ורק בהצטרפות כל ההוכחות שהוציאה להם מקלו ותרמילו לא גרע עכ"פ מעדות של ע"א ור"ע סבר דמיחשב מסל"ת גמורה ואין ראיה דע"א ישראל נאמן בעדות אשה ע"ש מעתה אם כה נימא יהא מוכח ממתניתין דמה שנמצא ביד הפונדקית מקלו ותרמילו וס"ת שהי' בידו יש הוכחה גדולה שהאמת כדברי' שמת שם ומטעם שאילו לא מת והלך לעלמא לא היה מניח אצלה מקלו ותרמילו וס"ת שלו ולפ"ז בנ"ד נמי יש הוכחה גדולה שאמרו שר' שמואל שטראסנער מת שם בהשפיטאל ואין לנו לחוש שמא הלך לעלמא והניח השפ"ב והחפיצים ביד השפיטאל וממש דמי הך עובדא להך דפונדקית:

אמנם כשאני לעצמי לא ידעתי דמנ"ל לפרש הכי דברי התוס' אלא י"ל דס"ל להו להתוס' דרבנן ור"ע:

פליגא בזה גופא אי הפונדקית היתה ישראלית או היתה נכרית דרבנן ס"ל דהיתה ישראלית וע"א מהימן בכיוונה לעדות ומה שהוציאה להם מקלו ותרמילו מעשה שהיה כך היה ור"ע סבר דנכרית היתה ומסל"ת היתה וכן נראה ממה שהביאו התוס' מהירושלמי עשאו אותה כמסל"ת ועיין בירושלמי שלפנינו שטעות בלשון התוס' אלא כך איתא עשאו אותה כגוי מסל"ת ולפ"ז נראה דפונדקית ישראלית היתה וחכמים אמרו ליה לר"ע כיון דגם אתה מודה דגוי מסל"ת מהימן ה"ה ישראלית כשמתכונת להעיד לא גרע מנכרית מסל"ת. וביותר יש מקום בראש לומר לפי מה שפירש רש"י ז"ל לעיל קכ"א ע"ב במתניתין אפילו שמע מן הנשים אומרות מת איש פלוני דיו שלא היו מתכוונות להעיד ומסיחות לפי תומן ועיין בספר ערוך לנר שמפרש דברי רש"י ז"ל דבפרק דלעיל האשה שלום יש כמה פעמים דאשה נאמנת לכן קמ"ל הכא דגם כשאומרת במסל"ת ג"כ נאמנת ולפי"ז יהא מוכח מדברי רש"י ז"ל דיש סברא לומר דישראלית נאמנת רק במכוונת להעיד אבל כשאומרת במסל"ת ישראלית אינה נאמנת דנשים מפטפטות הן א"כ יש לומר דאף דנכרי מהימן לפי תומו מ"מ נשים נכריות אינן נאמנות גם מסל"ת משו"ה שפיר מקשו ליה רבנן דלא תהא כהנת כפונדקית דאם ישראל ע"א אינו מהימן וכ"ש אשה אפילו אם היא מסל"ת ונכרית תהא נאמנת במסל"ת ולא תהא כהנת כפונדקית וראיתי סיוע לדבריו אלה מהרב ברטנורה שכתב ח"ל לא תהא כהנת כפונדקית כלומר מיוחסת כו' בתמי' ואם האמינו הפונדקית במסל"ת כ"ש שיאמינו

באשה ישראלית עכצ"ל כונתו שיאמינו באשה ישראלית במסל"ת דליכא למימר באשה ישראלית בלי מסל"ת איזה כ"ש יש כאן דלמא עדיפא נכרית במסל"ת מישראלית בלי מסל"ת הרי מוכח דס"ל לר"ע דאשה ישראלית לא מהימנא גם במסל"ת וכנ"ל:

והנה יש לחקור איזה ראיה יש ממקלו ותרמילו וס"ת שהוא מת דנימא דהכי כמי בנ"ד ועלה על לבי דיש לחלק דהתם שאני דהמה ידעו שהי' בידו מקלו ותרמילו וס"ת ואינם יודעים שמסרם חברם להפונדקית לפקדון בעת חליו וע"כ כיון דהמה דברים דלא מושלי אינשי לא חיישינן לפקדון ואחרי שנמצא ביד הפונדקית יש הוכחה שמת דאלו היה חי לא היה מסרס לידה משא"כ בנ"ד דלפי חוקי ונימוסי השפיטאהל כל חולה שנתקבל אצלם מחויב למסור כל בגדיו וכל מה שנמצא תחת ידו למנהלי השפיטאהל א"כ כל מה שהי' ביד ה"ר שמואל הי' הכל בפקדון אצל מנהלי השפיטאהל שפיר יש לחוש שמא לא מת והלך לעלמא והניח הכל בידם למשמרת אחרי שכבר היה בידם מקודם ואין לומר איך הלך לעלמא בלי מלבושיו הא ודאי לא הלך במלבושים שהוא היה לבוש בהשפיטאהל שאין להלוך בהם בחוצות ובשווקים בבגדים כאלה שהם כלי פשתן לבנים וגם שאין לחשדו שהלך בבגדי השפיטאהל לעלמא דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחשדינן אפילו לדעת הח"מ סימן י"ז ס"ק מ"ב דכמו דחיישינן לשאלה כמו כן חיישינן למכירה ואבידה מ"מ לגניבה ודאי לא חיישינן ועיין פ"ת שם מה שכ' בשם ספר מה"צ דכל זה אינו ראיה שאפשר שלקח בגדים אחרים והלך בהם דכמו בנמצא נטבע או הרוג דאין סומכין על בגדיו אפילו בצירוף אלא אם נמצא לבוש בהם אבל בלא"ה לא כמ"ש הב"ש ס"ק ס"ט בסופו וכן כתבו כל האחרונים:

שוב התבוננתי דיש להסתפק בפירוש הדברים במתניתין דשם הוציאה להם מקלו ותרמילו וס"ת וכתב רש"י ז"ל והביאה להם ומלשון הזה משמע שנתנה להם ואם כה נימא יש לומר דמזה ראיה שהאמת כדבריה שמת חבריהם עפי"מ שכתב הנו"ב מהד"ק חלק תק"ע סי' מ"ג ד"ה אמנם וז"ל לפי הנזכר בשאלתו שהפקיד והשררה החזירו להם הבריסטיך שלו וגם כפתורי כסף שהי' בו זה הוא הוכחה גדולה שהאמת כן שאל"כ למה יתנו הא"י ליהודים דבר ששוה איזה סך. עוד כתב דכל שאין להנכרי הנאה אינו חשוד לשקר כמו הבשר ששלחו ע"י נכרי מותר כיון שאינו נהנה לא מחליפין ע"ש. שרי ליה מרי' דדבריו אלו ליתא אלא אף בלי הנאה חיישינן שמשקר ולחלופי שאני דמיחזי כגנב אבל בעלמא גם בלי מטי ליה הנאה חיישינן למשקר ומקרא מלא הוא אשר פיהם דבר שוא וכן מוכח מגיטין דף כ"ט דעבידי לאחזוקי שיקרייהו אמנם גוף הסברא הנ"ל דממה שהחזיר הבריסטיך וכפתורי כסף הוה הוכחה שאמת אמרו נ"ל שהוא משנה

מפורשת שהוציאה להם מקלו ותרמילו ומשמע שנתנה להם וכנ"ל אמנם הר"נ ז"ל כתב והראתה להם מקלו ותרמילו משמע שלא נתנה להם אלא הראתה בלבד ובאמת מצד הדין לא היה לה רשות ליתן וכי יורשים שלו היו הלא מלשון איה חבירינו משמע שלא היה מקרוביהם רק חבר בלבד. אבל את אשר אנכי אחזה שיש להחזיק בסברא זו מש"ס דגיטין דף נ"ד ע"ב ההיא דאתא לקמיה דר' אבהו אמר ס"ת שכתבתי לפלוני גוילין שבו לא עבדתים לשמן א"ל מתוך שנאמן אתה להפסיד שכרך נאמן אתה להפסיד ס"ת ופריך מ"ש מדר' אמי ודחי הש"ס התם איכא למימר טעי בדר' ירמיה הכא דקא מפסיד כולי' אגרא ואתא ואמר אימר קושטא קאמר וכ' רש"י ז"ל התם איכא למימר דמשקר ונתכוין להקניט וסבור שלא יפסיד אלא שכר אזכרות אבל הכא גבי גוילין הוא שיפסיד כל שכרו ואתי ואמר אימר קושטא קאמר ע"ש וכן פסקינן בטור ובשו"ע יו"ד סי' קכ"ז ומעתה יש לנו מקום לומר דהכא נמי בנ"ד כיון שנמסרו לאשת ר' שמואל שפ"ב על סך שלשה אלפים כתרים ועוד הרבה חפיצים ויש הוכחה גדולה מזה שהאמת שמת בעלה דאם לא מת לא היה מפסידים לעצמן סכום גדול כזה שאם לא מת זה הר' שמואל ויבוא אליהם יוכל לתבוע מהקראנקענהויז כל הסך הזה שלא היה להם רשות למסור לאיש אחר אפילו לאשתו עפ"י חוקי ונימוסי בית המשפט כידוע להכי בודאי קושטא קאמרי אח"כ ראיתי שכבר קדמני בדבר זה הט"ז יו"ד סי' שט"ז ס"ק ד' והנאני מאוד:

אכן אחרי העיון יש לפלפל ולשדות בזה נרגא דהנה שם בסוגיא לעיל פליגי אביי ורבא דאביי סבר כל שבידו נאמן ופי' רש"י לעשות בשעה שמודיע ורבא סבר אע"פ שאין בידו נאמן היינו שאין בידו בשעה שמודיע אלא כיון שהיה בידו מקודם לעשות נמי מהימן ההיא דאמר ליה לחבריה טהרות שעשיתי עמך ביום פלוני נטמאו אתא לקמיה דר' אמי א"ל שורת הדין אינו נאמן וקאמר הש"ס התורה האמינתו דכ"ג ביום הכיפורים יוכיח דכי אמר פיגול מהימן ובעת למודי עמדתי להקשות הא תנן בהדיא דכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבים לשלם א"כ הא מפסיד דמי הפר ונימא מתוך שנאמן להפסיד את עצמו מהימן לפסול ואם נימא דמיירי שהיתה פיגול בשוגג דקתני במתניתין שוגגין פטורין אכתי קשה למאן דס"ל דבר תורה בין במזיד ובין בשוגג חייבין ומפני תיקון העולם אמרו בשוגג פטור א"כ הכא דפריך אדאורייתא נימא דמשו"ה מהימן מה"ת דאמרינן מתוך כו' שוב ראיתי בספר ט"ג שהביא בשם ראב"ן שהקשה הא קי"ל פר של כה"ג משלו הוא מביא ואם נפסל צריך להביא פר אחר אמאי לא נימא מתוך שנאמן להפסיד פרו נאמן לעשות פיגול ועלה על דעתי ליישב דבר זה דהא דאמרינן מתוך כו' היינו דוקא היכא דלא תליא זה בזה אלא אפילו אם נימא דאינו מהימן להפסיד ס"ת מ"מ מפסיד שכרו

כמו דאמר ר' אמי לעיל נאמן אתה להפסיד שכרך ואי אתה מהימן להפסיד ס"ת הרי אפילו שאינו מהימן להפסיד ס"ת מחמת דאמרינן דטעי בדר' ירמיה מ"מ שכרו מיהו מפסיד אע"ג דהס"ת הוא כשר אבל הכא אי נימא דכה"ג אינו מהימן לפסול הפר אינו מפסיד כלום דהא אינו:

מביא פר אחר כלל בכה"ג לא אמרינן מתוך כו' ומ"מ זה דוחק והנה הט"ז ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק ד' הקשה אהך דאמרינן מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן כו' מקדושין פ' האומר דף ס"ה דאיתא התם אבל איהי אי לאו דקים לה לא הוי אמרה ומתסר איהו בקרובתי' קמ"ל ואמאי באמת לא נימא הך סברא דמתוך שנאמנת לאסור את עצמה לקרובתי' נאמנת לאסור איהו בקרובתיה ותירץ דשאני התם דאיכא חזקת פנויה משא"כ בס"ת אין לה חזקה תחילה להתיר בבירור ע"ש ולפי דבריו גבי היתר עגונה דיש לה חזקת א"א אין לנו לומר הך סברא דמתוך שמפסיד ממונא נאמן להתירה לעלמא: אמנם דברי הט"ז מרפסין איגרא דהא התם ביו"ד איתא דין זה נמי אצל מנסך דאם אמר לו נתנסך נאמן אפילו אם אין עתה בידו והכא איכא ו היתר ועיין בספר טיב גיטין על מס' גיטין שתמה עליו בזה ולדידי קשה לי עוד מ"ש דגבי ס"ת ליכא חזקת היתר הא התוס' בב"ב דף ל"ג ע"א ד"ה לסוף כתבו על הא דגיטין דס"ת לא כתבתי האזכרות לשמן בזה הלשון כיון שהוא ביד לוקח כאילו יש עדים שנכתבו לשמה ונ"ל דזהו מטעם חזקה דאומן לא מרע אומנותו דהוה כמו אנן סהדי דעדיפי משאר חזקה דמעיקרא וכן כתב הש"ך בסי' קכ"ז בס"ק ט"ז בסופו דפועל דכיון שקיבל לעשותה בהכשר חזקה מיזהר זהיר ע"ש וא"כ כ"ש דלא מקלקל בידים וז"פ. והנה קושית הט"ז בלא"ה לא קשה כלל דמתוך לא אמרינן אלא היכא שהוא מפסיד הרבה אבל במה שהיא אוסרת את עצמה בקרובותיו ליכא הפסד כולי האי הא אטו היא יודעת שאם לא תהא אסורה עליהם יהא ברצונם של קרוביו לישא אותה ואיך אפשר למיקרי זה הפסד אבל מלבד קושיא הנ"ל עוד הקשה בספר פ"י דלמה צריך הש"ס למיפרך בכ"ג ביוה"כ הא יכול למיפרך מכל פיגול דקי"ל דאיתא במחשבה ולמה יהא מהימן למיפסל ולומר שחישב לפגל. עוד תמוה על הא דאמר ר' אמי נאמן אתה להפסיד שכרך ואי אתה נאמן לפסול ס"ת וכ' רש"י ז"ל הואיל ואין בידך דזהו כאביי ולא אליבא דרבא דסבר כל שהי' בידו מעיקרא נאמן לאסור אע"פ שבשעה שמודיע אינה בידו ועיין בב"י מה שמביא בשם הרשב"א לחלוק על הרמב"ן שפסק כרבא הא ר' אמי ס"ל כאביי: ונראה לפענ"ד בישוב כל הקושיות הנ"ל דהא דאמרינן הך סברא דמתוך זהו דוקא היכא שהי' מקודם בידו לפסול ועכשיו שוב אינו בידו דלאביי לא סגי למהימן בכה"ג אמרינן דאם הוא מפסיד כולא אגרא אמרינן מתוך שנאמן להפסיד שכרו מהימן

להפסיד ס"ת אבל אי לא הוה בידו בהך סברא דמתוך לחודיה לא מסתגי למיהמן ליה אלא בעינן תרווייהו שיהא מקודם בידו וגם סברא דמתוך כו' ומעתה לא קשה קושית הראב"ן דבכ"ג ביוה"כ כמי נימא מתוך שמפסיד הפר דהא זה בזה תליא דאי נימא דלא מהימן לומר שמפגל לא הי' בידו מעולם לפגל דגם אם באמת הוא מפגל בהזאתו ג"כ לא מהימנינן ליה ואף שהיה בידו לפגל בשחיטה או בקבלה והולכה דזה נעשה בצפון העזרה והי' שומעין שהוא מפגל וא"כ היה בידו לאסור מ"מ נראה מלשון הפוסקים דגם לרבא בעינן שהיה בידו לעשות מה שאומר היינו על שעה זו שאומר שנטמא צריך שיהי' בידו לטמא אבל אם בשעה שהוא אומר שנטמא לא היה בידו לטמא אף שהי' בידו מקודם לטמא בידים לא מהני גם לרבא א"כ הכא בכ"ג שהוא אומר שנתפגל בהזאתו דבר זה לא היה בידו כלל שאפילו אם היה מפגל בידים ג"כ לא מהמנינן ליה לאסור וצריך לומר דהגמרא פריך בין לאביי ובין לרבא ולפ"ז מה דמשני דמשכחת לה שאנו שומעין שמפגל ושוב היה בידו לפגל באופן זה שישמעו שהוא מפגל שוב מהימן מכח הך סברא דמתוך שנאמן להפסיד פרו נאמן לפוסלו אפילו אם לא שמע שום אדם שמפגל:

ומיושב נמי קושית הפ"י דמהא דכל נפסלין במחשבה לא מצי הש"ס להוכיח די"ל כיון דבידו שיפגל בפה וישמעו שמפגל שוב נאמן אפילו לפוסלו במחשבה מכח הטעם דמתוך שנאמן להפסיד קרבנו נאמן לומר שנתפגל וממילא אפילו כה"ג ביוה"כ נאמן לומר שהיה מפגל במחשבה כמו שאר קרבנות כיון שיש בידו לפגל בדיבור ושישמעו שמפגל ועפי"ז מיושב מה דקא משני הש"ס דחזינהו בפישפש והנה בפשפוש לא הי' אפשר למיחזי אלא בהיכל אבל לא אפשר למחזי לפני ולפנים וא"כ מאי משלי הש"ס הא אכתי איך נאמן כשאומר שנתפגל בשעת הזאתו בין הבדים שזהו עיקר מה דפריך כמ"ש רש"י ז"ל למעלה ד"ה כ"ג ועיין ברש"י שהרגיש בזה וכתב וז"ל והא דמקשי' הכא דלמא דחזינה אהזאות דהיכל קאי וגבי עבודות דלפני ולפנים נמי איכא לאקשויי דחזיני' דרך לול עכ"ל ובאמת עיקר הדבר חסר מן הספר אבל לפי הנ"ל שפיר ניחא כיון דאפשר למיחזי בהזאות שנעשה בהיכל על הפרוכת ועל מזבח הפנימי אחר הזאות שבין הבדים א"כ בשעת שהזה בין הבדים עדיין היה בידו לפגל אחר כך בהזאות שבהיכל שנעשה אח"כ וכל שיש בידו הוא מהימן בין לאביי ובין לרבא:

שוב התבוננתי דיש להסתפק בדבר זה לרבא אי בעינן שיהא עכ"פ בידו על אותו שעה שהוא אומר כגון אם אומר שיום ט"ו בחדש פלוני נטמאו הטהרות בעינן שיהא בידו ביום ט"ו בחדש פלוני לטמא את הטהרות אבל אם ביום זה לא הי' בידו אף שבימים הקודמים הי' בידו לא מהני או כיון שהי' מקודם בידו אף שבאותו יום כבר לא הי'

בידו ג"כ מהימן לאסור. הנה מלשון הפוסקים משמע דבעינן שיהא בידו בשעה שאומר שנטמאו וכן מצאתי שכן סבר הגאון בעל שו"מ מהד"ק סי' רס"ב שהקשה ג"כ אהך דכ"ג ביוה"כ הא לא הוי בידו כיון דלא מהימן אף אם יפגל במזיד וכמ"ש להקשות כן ואם נימא דכל שהי' בידו מקודם הוא מהימן ליכא התחלה לקושייתו דהא היה בידו של כ"ג לפגל בשחיטה ובקבלת הדם שהיה בצפון העזרה וישמעו שהוא מפגל אלא מוכח דסבר דבעינן שיהי' בידו לפגל במזיד לפני ולפנים:

אבל מ"מ נראה לי דבמחלוקת תליא דהנה רש"י ז"ל פירש בהך דגיטין בהא דאמרינן התם איכא למימר טעי בדר' ירמיה דסבר שלא יפסיד אלא שכר אזכרות והרשב"א הביא בשם ר"ח ז"ל לפרש שסבור הוא שאין לו שום הפסד דבהעברת קולמוס סגי ולטורח כזה אינו חושש ולפי דבריו הא דאקשינן ליעבר עליו קולמוס ולקדשו ר' ירמיה הוא דאקשי ליה ע"ש ולכאורה תמוה טובא על רש"י למה אינו מפרש כפירוש ר"ח ז"ל שסבור הוא שאין בידו לאסרו לס"ת שזה הפירוש הוא פשוט יותר אלא מוכח דס"ל לרש"י ז"ל דאין לפרש הכי דמ"מ היה בידו לעבוד העורות שלא לשמן ומשו"ה חשיב שהי' בידו מעיקרא אע"ג דבשעת כתיבתו שוב לא היה בידו ולר"ח בעינן שיהא בידו לאסור בשעת כתיבה להכי כיון דסבור דסגי בהעברת קולמוס שוב לא היה בידו לאסור לכולא ס"ת ואין להקשות הא היה בידו לומר עכשיו שלא עבד העורות לשמן דז"א דאמרינן דלא רצה להפסיד לכול' ס"ת אלא לאזכרות שיהא סגי בהעברת קולמוס ודוק. אבל כ"ז רק להפוסקים כאביי אבל להרמב"ם והטור והמחבר דפסקו כרבא דכל שהי' בידו מקודם נאמן אפילו אם אינו מפסיד כלום ופוסקים להך דינא דכל שמפסיד מהימן עכצ"ל דאפילו אם לא היה בידו לעולם מ"מ כשהוא מפסיד ממון מהימן לפסלו ודו"ק: עתה נחזור נא לענין נדון שלפנינו דאף אם נימא דמהש"ס גיטין הנ"ל יש לחלק דהתם שאני כיון שהי' בידו מקודם משו"ה מהני לצרף ג"כ הטעם דמתוך שמפסיד ממונו מהימן אבל מהאי טעמא לחודיה לא סגי:

להאמינו לפי דעת הפוסקים כאביי מ"מ ממתניתין דסוף יבמות שהוציאה להם מקלו ותרמילו משמע דמזה יש הוכחה לאמת דבריהם שאומרים אמת הן אמת דלא כן משמע מדברי התוס' כנראה מדבריהם דטעמא דרבנן דמייתי ראיה מפונדקית שהוציאה להם מקלו ותרמילו זה היתה יכולה לעשות כן לעדות דש"מ דע"א מהימן אבל מרש"י דמתניתין משמע שמקלו ותרמילו וס"ת המה סימנים שאומרת אמת:

והנה בדין ערכאות אי מהימני אשר האריכו בזה גדולי האחרונים להקל ולסמוך על עדותן מה שלא שערום אבותינו הקדמונים ז"ל ובראשם הגאון בעל חת"ס אשר תקע

בזה מסמר וליסוד מוסד כבר הארכתי בזה בתשובה לעיל סי' י"ב אולם אין ביהמ"ד בלא חידוש ע"כ אמרתי אשנה פרק זה שנית איה"ש:

הנה בגיטין דף כ"ח ע"ב תנן דהיוצא ליהרג נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים ואמר רב יוסף ל"ש אלא בב"ד של ישראל אבל בב"ד של עכו"ם כיון דגמרי ליה לדינא מקטל קטלי ליה ודוקא בדחתמו עליה פרסי שנמג ואיתא בגמרא ת"ש שמע מב"ד של ישראל איש פלוני מת איש פלוני נהרג ישיאו את אשתו מקומנטריסין של נכרים איש פלוני מת איש פלוני נהרג אל ישיאו את אשתו אילימא מת מת ממש נהרג נהרג ממש דכוותיה גבי נכרים אמאי אל ישיאו את אשתו הא קי"ל דכל מסל"ת הימנוה מהימני ליה אלא לאו מת יוצא למות נהרג יוצא ליהרג וקתני בב"ד של ישראל ישיאו את אשתו ומשני ה"מ במילתא דלא שייכי בה אבל במילתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שיקרייהו ונראה מסוגיא זו דערכאות לא מהימני אפילו במסל"ת דקומכטוריסין הוה ערכאות וברמב"ם פ' י"ג מה' גרושין וכן בטור אה"ע סי' י"ז כתבו שמע מערכאות של נכרים ונרא' שכך הי' גירסתם בגמרא ומוכח דלא כחת"ס וכבר הרגיש בזה מו"ח ז"ל בספר ברכת רצה סי' ד' עוד הביא הלח"מ בשם הריב"ש שהקשה אהנך פוסקים דס"ל דכל מסל"ת בעי קישור דברים והא כאן לא היה ק"ד:

ולפענ"ד נראה דיש ליישב דהא ביבמות דף קכ"א תנן ובנכרי אם הי' מתכוין להעיד אין עדותו עדות אמר ר"י אמר שמואל ל"ש אלא שנתכוין להתיר אבל נתכוין להעיד עדותו עדות היכי ידעינן אמר רב יוסף בא לב"ד ואמר איש פלוני מת השיאו את אשתו זהו נתכוין להתיר מת סתם זהו נתכוין להעיד א"כ ס"ל לרב יוסף דנכרי נתכוין להעיד מהימן א"כ אדר' יוסף לשיטתו שפיר פריך ממ"נ אי מירי בנתכוין להעיד הא קאמר בהדיא דנתכוין להעיד מהימן ואי במסל"ת הא קי"ל מסל"ת ג"כ מהימן מעתה ניחא קושית הריב"ש דהא דבעינן להנך פוסקים קישור דברים זהו לדידן דק"ל דנכרי כשמתכוין להעיד אינו נאמן משו"ה בלי ק"ד חיישינן שמא הוא מתכוין אבל לרב יוסף דס"ל דנתכוין להעיד מהימן לא בעינן ק"ד דממ"נ מהימן אי מטעם עדות כשמתכוין להעיד או מטעם נסל"ת. אלא מה דקשה לי בזה בש"ס דיבמות הנ"ל דאיתא אהא דבנכרי אם היה מתכוין להעיד אין עדותו עדות היכי משכחת לה ופירש רש"י ז"ל דלא נתכוין להתיר ולא להעיד ומשני במסל"ת כי ההוא דהוה קאמר וקאזיל מאן איכא בי חיואי מאן איכא בי חיואי שכיב חיואי ואנסיבא רב יוסף לדביתהו ופירש רש"י מי מאנשי ביתו של חיואי שישמע לדברי דשכיב חיואי ע"ש ותמיה לי האיך מייתי מעובדא דא דכגון זה מיקרי מסל"ת הא רב יוסף ס"ל דנתכוין להעיד ג"כ מהימן משא"כ לדידן דקי"ל השתא בשיטה דנתכוין

להעיד אינו מהימן ולע"ע לא מצאתי מי שהעיר בזה ועוד אני תמה למה ליה להש"ס למייתי ענין מסל"ת מעובדא דר' יוסף תיפוק ליה מעובדא דבני לוי דבמתניתין דהשיבו חכמים לר"ע לכשתהא הפונדקית נאמנת שהיתה מסל"ת דחזיתינהו בכיא אך בזה י"ל דהש"ס פריך לרבנן דר"ע דסבירא להו דפונדקית לא היתה מסל"ת:

אבל עדיין לא נח לי בזה דהתם כתבו בתוס' ד"ה פונדקית דטעמא דרבנן דלא חשיב' מסל"ת מחמת שהוציאה להם מקלו ותרמילו וס"ת אבל בלא"ה חשיב מסל"ת במאי דחזיתינהו בכיא ונ"ל דעיקר כונת הש"ס דפריך היכי משכחת לה לא הוה פירושא ללמדינו אופן מסל"ת דזה ידעו שפיר בלי עובדא דרב יוסף אלא בא ללמדנו זה גופא דלא תימא דמה שהתיר רב יוסף להההוא עובדא דבי חיואי משום דהיה מתכוין להעיד ולשיטתיה אזיל אבל למ"ד דאם מתכוין להעיד אין להתיר גם בבי חיואי לא היה סומכין עליו אלא רב יוסף התיר לכו"ע מטעם דכגון זה שאמר להודיע לבני ביתו מקרי מסל"ת:

ונרוח לנו בזה לישב דעת האחרונים ובראשם החת"ס שהעלו דערכאות מהימני בעדות אשה הא הש"ס בגיטין סבר דערכאות עבידי לאחזוקי שיקרייהו ולפי האמור דהש"ס שקיל וטרי אליבא דרב יוסף דס"ל דנכרי מהימן גם כשנתכוין להעיד ולהכי הוצרך הש"ס לאוקמא במסל"ת ולומר דעבידי לאחזוקי שיקרייהו וגרועים מסתם נכרים בענין מסל"ת ולכאורה הי' מצי הש"ס כמו כן לאוקמא הברייתא בנתכוין להעיד ולומר דערכאות עבידי לאחזוקי שיקרייהו וגרועים משאר נכרים דסבר רב יוסף דמהימני מ"מ ערכאות מוד' רב יוסף דלא מהימני אלא מוכח דבנתכוין להעיד אי אפשר כלל לומר דערכאות גרועים מסתם נכרים דהא קי"ל כל השטרות העולים בערכאות של נכרים כשרים אלמא דעדותן של ערכאות עדיף מסתם נכרים ע"כ דחיק הש"ס לאוקמא הך ברייתא במסל"ת. מעתה יש לנו מקום לומר דגם לדידן דקי"ל דלא כרב יוסף אלא סתם נכרים אינם מהימני כשנתכוין להעיד מ"מ ערכאות עדיפי כשנתכוין להעיד ואך במסל"ת גרוע מסתם נכרים אבל כשנתכוין להעיד המה עדיפי ומהימני לי לעדות אשה יותר מסתם נכרים:

עוד עלה על לבי דלפי' מ"ש בספר פ"י בסוגיא דגיטין הנ"ל בישוב קושית המהרש"א דלמה מוקי רב יוסף ללישנא קמא דמיירי בב"ד של ישראל הא מצי מוקמא בב"ד של נכרים ומקמיה דחתם פרסי שנמג וכתב דמתניתין דקתני יוצא ליהרג בודאי כבר חתם פרסי שנמג אבל ברייתא דקומנטריסין אמרו שהוא יוצא ליהרג אפשר דלא חתם פרסי שנמג אלא אינהו דעבידי לאחזוקי שקרייהו וכו' וכל שנגמר דינו קרי להו יוצא ליהרג ע"ש הרי הס"ד נמי ידע הך סברא דעבידי לאחזוקי שיקרייהו ומ"מ פריך ועכצ"ל דאף דעבידי לאחזוקי שיקרייהו מ"מ לא עבידי לאחזוקי אלא חד דרגא היינו נגמר הדין קרי

להו יוצא ליהרג וכן יוצא ליהרג קרי להו נהרג ויוצא למות קרי להו מת ומשו"ה פריך שפיר דאי מת ממש ונהרג נהרג ממש הא קי"ל מסל"ת מהימן והכי פירושא דאפילו אי נימא דעבידי לאחזוקי שיקרייהו חד דרגא ובאמת יוצא למות או יוצא ליהרג ג"כ ישיאו את אשתו לרב יוסף והתרצן משני דעבידי לאחזוקי שיקרייהו אפילו אי יוצא לדון ואמרו נהרג דהוי שתי דרגות אולם כ"ז ללישנא קמא אבל ללישנא בתרא דרב יוסף דב"ד של נכרים ביוצא למות וביוצא ליהרג אל ישיאו את אשתו סגי אם נפרש מה דקאמר הש"ס דבמילתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שיקרייהו רק חד דרגא היינו כשאומרים מת או נהרג אפשר שלא ראו אלא יוצא למות או יוצא ליהרג דבכה"ג לדידן נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים כמו דקתני במתניתין והמה מחזיקים בשיקרייהו דיוצא למות ויוצא ליהרג קרי להו מת ונהרג אבל מ"מ גם המה אינם מחזיקים בשיקרייהו כל כך אם אפילו לא ראו רק יוצא לדון דלדידן יש לו חזקת חיים והמה יאמרו ע"ז מת ונהרג דכולי האי לא משקרי וכעין דאמרינן בכתובות דף כ"ז ע"ב תרתי:

לא עבדי ע"ש ומנ"ל לאפושי פלוגתא בין הס"ד דהש"ס ובין התרצן דהס"ד לא סבר כלל הך טעמא דעבידי לאחזוקי שיקרייהו והתרצן יסבור דעבידי לאחזוקי אפילו במי שיש לו לדידן חזקת חיים יאמרו המה מת או נהרג וידוע דדרך גדולי הקדמונים שמפרשים הש"ס בכל כמה דאפשר למעט בפלוגתא דעדיף טפי:

ולפ"ז יצא לנו כיון דאנן פסקינן כלישנא בתרא דרב יוסף שפיר מהימנינן לערכאות גם במילתא דשייכי בה דעכ"פ לא משקרי לומר שמת או נהרג על גברא שהוא בחזקת חיים כגון בנ"ד שלא נמצא בהשפיטאהל והשפיטאל מעיד שמת זה ר' שמואל שטראסנער ואין לנו לחוש שמא הלך לעלמא והוא חי והשפיטאל עבידי לאחזוקי שיקרייהו כולי האי זה לא חיישינן שיעידו כל כך שקר. ועוד דגם אפילו לפי מ"ש רש"י ז"ל בהדיא שראו אותו יוצא לדון והמה אומרים מת או נהרג היינו דוקא דבגוונא שראו אותו יוצא לדון אבל לא עבידי לאחזוקי שיקרייהו על אדם שהוא הולך על רגליו שמת או נהרג דע"ז לא חשידי שמשקרי וזה ברור שגם החוש מעיד ע"ז. נוסף על האמור למעלה נראה לפענ"ד דבנ"ד יש לחדש ולומר עוד צד היתר אחרי שבגב"ע של העד ר' מרדכי האלצמאן נאמר שבשעת שנלקח ר' שמואל שטראסנער להשפיטאל היה חולה מסוכן ונוטה למות ומלת נוטה למות אפשר שהוא בכלל גוסס וק"ל דרוב גוססין למיתה וכמ"ש בתוס' יבמות דף ק"כ ע"ב ד"ה למימרא דרוב גוססין למיתה ומיעוטן חיים ע"ש א"כ מה"ת הוא מותרת אלא שחז"ל החמירו וחששו למיעוט כמו מים שאין להם סוף ובכה"ג מסתברא לומר דלכו"ע יש לסמוך על עדותן של ערכאות דכיון שהרוב מסייע להם ויש סמוכין לזה

מיבמות דף קכ"א ע"ב ההוא גברא דאמר לישראל קטול אספסתא כו' ואי לא קטילנא לך כדקטילנא לפלניא בר ישראל דאמרי ליה בשיל לי קדירה בשבת ולא בשיל ופשיט הש"ס ממתניתין נכרי שהיה מוכר פירות בשוק ואמר פירות הללו של ערלה הן כו' לא אמר כלום שלא נתכוין אלא להשביח מקחו וכתב רש"י ז"ל לא אמר כלום לאסרם על כך אלא הלך אחר הרוב שזה משקר ולהשביח מקחו נתכוין ע"ש מזה יש ללמוד דדוקא בכה"ג שהנכרי אומר נגד הרוב אז אמרינן דלהשביח מקחו אמר כן או כדי להתפאר אבל אם אמירתו אינו מתנגד להרוב אלא אדרבא הרוב מסייע ליה אין לחוש שיאמר להשביח או להתפאר וכדומה א"כ הכא נמי בנ"ד כיון דרוב גוססין למיתה שפיר ערכאות נאמנים ולא חיישינן שיאמרו שמת כדי להתפאר ודו"ק: הן אמת דיש לדחות ולומר דמה שמדמה הגמרא הך דינא דנכרי שהיה מוכר פירות לעובדא דההוא נכרי שאומר קטול אספסתא כו' זהו מתורת ק"ו דהשתא התם דהנכרי בא לאסור את הפירות אין חוששין לדבריו דאמרינן להשביח מקחו אומר הכי כ"ש בהך דאספסתא דאין לסמוך על דבריו מחמת שבא להתפאר ולאיים דלא מיחשיב מסל"ת להתיר על ידו אשה לעלמא אבל מ"מ אין לדון להיפך ולהקל דהתם אי לאו טעמא דהלך אחר רוב פירות היינו חוששין לדבריו לאסור דהיינו לחומרא דנדון מזה כמו כן דלא חיישינן שאומר כדי להתפאר ולמיחשב ליה מסל"ת ולסמוך עליו להתיר אשה לעלמא אע"פ שרוב גוססין למיתה מסייע ליה תדע דהא רבי פליג בתוספתא אדר' שמעון ב"ג וסבר דנאמן להחמיר אבל לא להקל ובהך דאספסתא בא להקל ולהתיר ולהכי מייתי דלרשב"ג אפילו להחמיר אינו נאמן כ"ש להקל ובזה לא אבין דברי הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז סוף ס"ק כ' דמביא ראיה דדוקא התם צריך לטעמא דלהשביח מקחו משום דהפירות שלו הם מדמייתי מרשב"ג ולא מרבי דפליג אדרשב"ג משום דבעלמא מודי רבי לרשב"ג ע"ש דמזה אין ראיה כלל די"ל דמרשב"ג עדיפא ליה משום דהוא מתורת ק"ו וכ"ש הכא אבל לעולם מצינו לומר דרבי פליג גם בעלמא וצע"ג:

ודע דבתוספתא דמאי פרק ד' אשר לפנינו לא' פליגי רבי ורשב"ג בהך דינא דגוי המוכר פירות ואומר של ערלה הם אלא אסיפא דקתני אבל אם אמר מפלוני לקחתים נאמן וע"ז פליג רשב"ג דדברי כותי אין מעלין ואין מורידין וכבר הרגיש בזה בספר שו"מ מהד"ק סי' ש"א אבל קשה לי למה ליה לרב יוסף לפשוט מהך דנכרי שהי' מוכר פירות דאמרינן להשביח מקחו אומר הכי ה"ה גבי אספסתא נמי אמרינן דלהתפאר אמר הכי תיפוק ליה דלדידיה בעצמו אמרינן בגיטין דבמילתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שיקרייהו משום דלהתפאר אמרי הכי ולא הוה מסל"ת:

אמנם באמת תליא בהנך תרי לישנא דאיכא התם דלישנא קמא דרב יוסף על כרחך מיירי הברייתא דשמע מב"ד וכו' דמאי מת מת ממש ונהרג נהרג ממש ומ"מ מקומנטריסין לא מהימן אלמא דעבידי לאחזוקי שיקרייהו כדי להתפאר אבל לאיכא דאמרי שהש"ס רצה להביא מהברייתא הנ"ל סייעתא לרב יוסף נדחה דלא הוה סייעתא דאפשר לאוקמא הך ברייתא דאומר מת ממש ונהרג ממש ולעולם דלא כרב יוסף אבל באמת אליבא דרב יוסף אין אנו צריכין לומר דמיירי במת ממש אלא מיירי ביוצא למות וביוצא ליהרג אבל באומר מת ממש שפיר סמכינן עליהו דקומנטריסין וישיאו את אשתו במסל"ת ולא חיישינן שאומרים להתפאר ולאחזוקי שיקרייהו א"כ להכי שפיר מוכח ר"י התם ביבמות מברייתא דנכרי שהיה מוכר פירות דקאי השתא אליבא איכא דאמרי דהתם ולפ"ז קשה לי על הרמב"ם ז"ל דבפ' ט' מהל' תרומות הל' ב' פוסק כאיכא דאמרי דמתניתין קאמר בב"ד של נכרים מנ"ל לפסוק בפ' י"ג מהל' גירושין דאבל שמע מערכאות של נכרים דפלוני מת ממש או נהרג ממש אל ישיאו את אשתו הא לפי איכא דאמרי מצי מיירי הברייתא ביוצא למות או ביוצא ליהרג וצ"ל דסבר הרמב"ם דמפשטת הברייתא דנקט הלשון פלוני מת פלוני נהרג הוא מת ממש ונהרג ממש:

אבל לכאורה דא עקא מה שנכתב במכתב הראשון שה' סאלאמאן שטראסנער מת שם אבל מלבד שזהו טעות דמוכחא דנוח להחליף משם סאמועל לסאלאמאן עוד נראה כי המכתב הראשון היה נכתב ממשמשי הקראנקענהויז והמה לא הוי ערכאות אבל הטאטענשיין ומהמכתבים להקאנזול אשר כל אלה נעשו מטעם המלך יר"ה המה חשיבי ערכאות ואף שידוע שמנהלי הקראנקענהויז אינם עומדים אצל הנפטרים בשעת מיתתן רק המשמשים מספרים בשמותם להקאנצלייא ועל פיהם נכתב בהפנקס עכ"ז מה שאומרים המשמשים לבעליהם המה מדקדקים להגיד קושט דברי אמת ואינם משקרים פן ימצאיהם עון ועונש אבל מה שכותבים לחוץ כמו איש פרטי לא יחשבו כמו ערכאות ואינם מדקדקין בלשונם ואין השרים מקבלין עליהם אחריות מה שהמה כותבים כמו איש פרטי בין איש לחבירו ולא בפנקס שלהם ע"כ אין גרוע במכתב הראשון שכתבו סאלאמאן תחת סאמועל וע"כ אין לחשוב המכתב שכתבו לאשת ר' שמואל שטראסנער לערכאות ואין מדקדקין בזה אבל הטאטענשיין יש לו דין ערכאות ממש כי כל מה שנכתב בהטאטענשיין הוא יסוד מוסד לסמוך עליו בכל עניני מלכות ובפרט בין סאמועל לסאלאמאן נוח לטעות ובפרט שכתב לאשת ר' שמואל בשמה וטוב הי' שיחקרו אצל הפערוואלטונג בהשפיטאל דיסעלדארף אם נמצא שם איש שנקרא שמו סאלאמאן אם לא קשה הדבר. עכ"פ אחרי כל אלה הנני מצטרף למעכ"ת להתיר

האשה מליא שטראסנער אשת ר' שמואל שטראסנער להנשא לעלמא ועפ"י היתר ב"ד של שלשה ידידו:

אשה אחת בפה שהיתה נשואה לאיש כ"ב שנים ולא ילדה ומת בלא בנים ויש לו שלשה אחים גדולים בשנים והוא מת ביום ז' אב שנת תרס"ה ובערב חצי סיון שנת תרס"ו ילדה האשה הנ"ל בת ונתנה האשה אם הילדה את הילדה למינקת והאשה אומרת שזינתה אחר מות בעלה ומקודם אמרה שזינתה עם איש אחד שבא לקנות אצלה מנעלים ועכשיו היא אומרת שזינתה עם הפועל אשר הוא עושה מנעלים בביתה וכן הוא קלא דלא פסיק וגם הפועל הזה מודה שממנו נתעברה והיא באה עם אחיו הגדול מן האב של הבעל אל הב"ד שיחלוץ לה אכן אחרי שמעי המעשה הלזו עכבתי מליתן לה חליצה עד אשר נעיין בהאי דינא וזה אשר עלה בלבי להסתפק בזה. אם יש להחזיק שהבת שילדה היא מבעלה הנפטר ואישתהי הוא דאישתהי עד חצי חודש של האחד עשר והיא פטורה מחליצה לגמרי והרי הלכה רוחת היא בש"ס יבמות פרק הערל דף פ' ע"ב דעבד רבה תוספאה עובדא באשה שהלך בעלה למדינת הים ואישתהי עד תריסר ירחי שתא ואכשרה וכן הוא הלכה פסוקה ברמב"ם פרק ט"ו מה' איסורי ביאה ובטור ובשו"ע אבה"ע סי' ד' וכבר האריכו בדבר זה ראשונים ואחרונים וכמה יגיעות יגעו חכמי כל דור ודור וכמה קולמסין נשתברו להכשיר את הולד גם אנכי אמרתי להלוך בעקבותם. והנני איה"ש לעיין בזה ולהעלות את אשר יורוני מן השמים:

הנה עובדא כיוצא בזה נמצא בנו"ב מ"ק חלק אבה"ע סי' ס"ט כאשר יעיין המעיין שם אולם יש איזה שינויים כאשר אבאר אחת לאחת דהתם מת הבעל בערב ר"ח סיון וילדה ט"ו אדר א"כ הי' הלידה לאחר ט' חדשים וט"ז ימים ממיתת בעלה וכפי דברי האשה נבעלה מבעלה כ"ח סיון יום אחד קודם מיתתו וע"ז מכחישין אותה שאיזה ימים קודם מיתתו הי' חלוש מאוד והי' אצלו שומרים ולא נתייחד עמה כלל והיא טבלה לנדתה ג' ימים קודם מותו וכשני שבועות אחר מיתתו פירסה נדה ולפ"ז יהי' הלידה בחודש האחד עשר ובעובדא דידן האשה מודית שזינתה וגם יש שינוי דבעובדא דהתם מת הילד לאחר שלשים יום ובעובדא דידן הבת שילדה היא קיימת גם בעובדא דהתם קודם שידעו שנתעברה ריננו עלי' שראו בה דברים מכוערים כמבואר התם וכאן לא נחשדה האשה מעולם על זנות רק משהוכר עוברה נתהווה קלא דלא פסיק שמהפועל הנ"ל היא מעוברת. והנה הריעותא מה שילדה בחצי חודש האחד עשר אחר מיתת בעלה פשיטא דיש להחזיק שהולד היא מבעלה דהא קי"ל בטור ובשו"ע אבה"ע סי' ד' דעד י"ב חודש אמרינן אישתהי כרבה תוספאה דהכשיר עד תרי עשר ירחי שתא שכן דעת

רוב הקדמונים ז"ל וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ' ט"ו מהל' איסורי ביאה ובטור אה"ע סי' ד' זולת התוס' בנדה ל"ח א' ד"ה שיפורא כתבו בתוך דבריהם דלא קי"ל כרבה תוספאה ביבמות פרק הערל דף פי' ואף בדברי התוס' כתב הנו"ב לפרש דרק התם לענין קישוי דהאשה עצמה אינה יודעת מתי נקלט הזרע לכן לא חיישינן למילתא דלא שכיח אבל היכי דהאשה אומרת ברי לי ודאי אף במלתא דלא שכיח אלים ברי דידה בסיוע דחזקת כשרות. שוב כתב דרבה תוספאה הכשיר הילד בגוונא אפי' אם האם ליתא בפנינו כגון שמתה אלא דסבירא לי' לרבה דאישתהי שכיח להכי אפי' בלא ברי של האם ע"ש שהאריך הרבה בזה, והנה במחכ"ת דבריו האחרונים סותרים את הראשונים דאם רבה תוספאה הכשיר הילד גם בלי ברי של האשה משום דאישתהי שכיח שוב מוכח דהתוס' שכתבו דלא קי"ל כרבה תוספאה הכונה אפי' להכשיר את הולד דאל"ה גם לענין קישוי ניחוש שמא אישתהי כיון דשכיח:

אולם לפענ"ד אם אנו נחתינן מלשון התוס' דמשמע בפשטות דלא קי"ל כרבה אלא נפרש הכונה לחלק בין הך דקישוי להך דינא דרבה להכשיר את הולד יש לומר לחלק דדוקא בולד שהספק הוי אם נתעברה מבעלה ואישתהי או שנתעברה בזנות ס"ל לרבה דאמרינן אישתהי משום דקי"ל ביבמות דף ל"ה ובכתובות ל"ז בהא דר' יוסי מתיר בגיורת ומשוחררת להנשא מיד משום דאשה מזנה מתהפכת ומזנה א"כ עיבור בזנות לא שכיח וכיון דבין כך ובין כך לא שכיח שוב מהני חזקת כשרות של האשה להולד לומר חישתהי אבל בענין קישוי שהיא יושבת תחת בעלה לא חיישינן לאישתהי והנה יש לדחות דעד כאן לא קאמר ר' יוסי אשה ממנה מתהפכת אלא בגיורת ומשוחררת דפנויות המה אבל אשת איש י"ל דאינה מתהפכת דלא תראה דאשת איש בבעלה תולה א"כ הכי נמי אי נימא דאמרינן אישתהי שוב לא תראה לזנות שתתלה בבעלה ואישתהי אבל זה אינו טפ"י מ"ש מו"ח ז"ל בברכת רצה סי' א' להוכיח מתוס' גיטין י"ז דהא דצריך זמן בגיטין בזה"ז דאין אנו דנין דיני נפשות זהו משום שמא יחפה על בני' ממזרים והקשה דלפ"ז אמאי פליג ר"ל אטעמא דר"י משום זנות הרי זנות בלי עדים והתראה שכיח אלא צ"ל דעיבור בזנות ל"ש משום דמתהפכת ע"ש הרי אע"ג דאי לא יהי' זמן בגיטין הא בידה לתלות מ"מ היא תראה ומתהפכת א"כ הכא נמי אם תזנה באופן שאם תתעבר תלד הולד הרבה אחר ט' היא מתהפכת כיון דאישתהי ל"ש ובפרט לפמ"ש הרא"ש בפ' עשרה יוחסין דנשי לאו דינא גמירי ואין דין זה ידוע שנאמנת לומר שבא עלי' בעלה ע"י שם ע"ש א"כ הכא נמי אין דין זה ידוע דעד י"ב חודש אמרינן שהולד אישתהי ובודאי אין נשים יודעת מזה ולא הי' סומכת ע"ז לתלות בבעלה לכך כשמזנה היא מתהפכת ומזנה:

וארווחנא בזה ליישב מה דקשה לי בתוס' יבמות פ' ע"ב ד"ה כיון שהקשו אהא דפריך הש"ס בשבת קל"ו מי פליגי רבנן ארשב"ג בסתם ולדות ומדקדק משמואל דאמר הלכה כרשב"ג מכלל דפליגי רבנן ומאי ראי' דלמא משום בן ח' בא לפסוק כמותו ע"ש ויש לתמוה איך אפשר דשמואל פוסק כרשב"ג בבן ח' ועכצ"ל דאישתהי הא שמואל סובר בנדה ל"ח דלעולם אין האשה מתעברת ויולדת אלא לרע"א כו' הרי בהדיא דלא ס"ל אישתהי וזוהי תמי' רבתי לדעתי וכן יש לתמוה בתוס' שבת שם שהקשו ג"כ הכי אבל לפי האמור יש לומר דמרשב"ג אינו מוכח דס"ל אישתהי אלא ס"ל כל ששהא ל' יום תלינן שהוא בן ט' ונתעברה מקודם ולא ידעה שהיא מעוברת דדבר זה קשה לידע בבירור בסתם אשה שדרך הבעל להזקק לאשתו בכל פעם ואפי' אם לא הי' עובר ניכר מקודם וקי"ל כל היולדות לט' עוברן ניכר לשליש ימי' מ"מ תלינן שהיא מהמיעוט נשים שאין עוברן ניכר לשליש ימי' דבזה יש לתלות יותר מלומר דבר ז' הוא ואישתהי וגם אף אם פירסה נדה אין ראי' מזה שהיא אינה מעוברת כמ"ש שם הנוב"י ששאל לרופאים ואמרו שדבר זה שכיח מאוד לנשים מעוברות שרואות בשעת וסתן חדש אחד או שנים ואני הפעוט לא אבין למה לו לשאלת הרופאים הא מפורש במתניתין נדה ו' ד' נשים דיין שעתן כו' מעוברת משיודע עוברה הרי בהדיא דקודם לזה אינה בחזקת מסולקת דמים וכן כתב בתשו' רע"א בשם ס' סדרי טהרה אכן חלילה לחשוב כי נעלם מהנוב"י מתניתין מפורשת אלא י"ל דעכ"פ אינן רואות דם בשפע אלא נתמעט הדם וע"ז הביא מאמר הרופאים כי רואות בשפע כשאר נשים וז"ב אבל מ"מ מוכח מדאיצטריכו חז"ל לתקן הבחנה ג' חדשים ולא סמכו על: הוסת שבא בזמנו דרוב נשים יש להן וסת קבוע אלא ע"כ דאין לסמוך ע"ז כלל ומשו"ה כתבו התוס' להקשות דלמא הא דקאמר שמואל הלכה כרשב"ג היינו דבן ח' אע"פ דשמואל ל"ס לי' דאמרינן אישתהי. ואי קשיא דלפי"ז איך אמרו בגמרא דרבה תוספאה כרבי וכרשב"ג הא י"ל דטעמא דרבי ורשב"ג לא מטעם דאמרינן אישתהי אלא מטעם דתלינן שהוא בן ט' וכנ"ל יש לומר דרבה תוספאה ס"ל דמקאמר רשב"ג כל ששהה ל' יום באדם אינו נפל משמע בכל גוונא ולפעמים משכחת לה שילדה בחודש השמיני מזמן הנישואין דבודאי אינו יותר מבן ח' וכן רבי דסבר דגמרו שערו וצפרניו מחזיקינן אותו בבן קיימא אפי' ברה"ג דליכא למיתלי בבן ט' וכנ"ל והוא מטעם דאמרינן בר ז' הוא ואישתהי דליכא למיתלי שנתעברה מקודם הנשואין ונתעברה בזנות דאשה מזנה מתהפכת ומזנה כן סבירא לי' לרבה תוספאה אבל לשמואל הוה אפשר לומר דלא ס"ל הכי אלא אפי' בכה"ג חשבינן לי' לבר קיימא ולא מטעם אישתהי אלא מטעם דאמרינן דנתעברה בזנות ולא נתהפכה יפה יפה:

אח"ז ראיתי בספר האגודה יבמות פ' הערל שכתב איזוהו בן ח' כל שלא כלו לו חדשיו משמע אפי' גמרו דאינו יוצא מתורת נפל עד שיהא בן עשרים שנה ודוקא באדם שלא הי' אצל אשתו ולא בא עלי' רק פעם אחת ובאותו פעם פירש ממנה מיד וילדה בחודש שמיני אותו ולד אין מלין בשבת אבל אם בא על אשתו קודם לכן או אח"כ ספק הוא ומלין אותו ממ"נ וכו'. רשב"ג דאמר משתהי פירש ר"י משמע לי' דבתרתי פי רשב"ג אייריי נמי בבן ח' דאם שהה יוצא מתורת נפל ובהא לא קי"ל כוותי' וכו' עכ"ל ובזה תמהתי על הב"ש אבה"ע סי' ד' ס"ק י"ז שכתב מיהו תוס' נדה ל"ח כתבו דלא קי"ל אישתהי וכן בספר האגודה פרק הערל ולפי הנ"ל אין ראי' כלל דהאגודה לא פסק כרבה תוספאה אלא רק דלא קי"ל כרשב"ג אבל מ"מ יש לומר דקי"ל כרבה תוספאה לענין הכשר הולד מטעם דאשה מזנה מתהפכת ומזנה וכנ"ל. ועוד י"ל כמ"ש החת"ס אהע"ז סי' ה' דמסוגיא דנדה אינה מכרעת דהתם מיירי בתאומים אם נגמרו צורת שניהם ונפתח גם הרחם בצורת האחד בודאי אין שום סברא ששוב ישהה השני כו' וסברא זו רמיזא ברמב"ן וריטב"א בנדה שם זת"ד ע"ש אבל בולד אחד שפיר יש לומר אישתהי ויש לתמוה על הנוב"י שרצה להעמיק כונת התוס' דנדה ל"ח דגם המה ס"ל כרבה תוספאה ולא זכר שהתוס' בנדה כ"ז ד"ה אלא כתבו בהדי' דכמה אמוראים לא ס"ל כרבה תוספאה ונראה דאישתמיטתי' דברי התוס' הנ"ל:

והנה ראיתי להחת"ס שם שכתב דצע"ג על התוס' דנדה הנ"ל היכן מצאו דרוב אמוראים לא ס"ל הך דרבה תוספאה ולפיע"ד יש לעורר בש"ס יבמות ל"ו א' דפריך הש"ס אמתניתין האשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י ובאו ואמרו לה מת בעליך ה"ז לא תנשא ולא תתייבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה בשלמא יבומי לא וכו' ולטעמיך תחלוץ ותנשא לאחר ט' ע"ש דאמאי פשיטא לי' להש"ס דתחלוץ ותנשא לאחר ט' הא בזה ג"כ יש חשש שמא מעוברת היא צרתה ואישתהי עד תריסר ירחי שתא והולד אינו פוטר עד שיצא לאויר העולם ואם באנו לומר דלזה אין לנו לחוש דאזלינן בתר רוב נשים דיולדת לט' ולא אישתהי וגם רבה תוספאה מודה לזה אף דס"ל דבנולד בחודש הי"ב תלינן באישתהי אבל לחוש לכתחיל' שמא אישתהי זה לא חיישינן וקשה מה הצריכו התוס' בנדה שם לומר דלא קי"ל כרבה תוספאה הא גם רבה מודה לזה דלכתחיל' אין לנו לחוש לזה אפי' להחמיר. ועוד יש לעורר במתניתין דריש החולץ דנקט התנא ספק בן ט' לראשון ספק בן ז' לאחרון ואמר לי' רבא לרב נחמן לימא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים לט' ילדן וכתב רש"י ז"ל אפי' אם נשאת ב' ימים בתוך ג' חדשים וילדה בסוף ט' לבעל הראשון ע"ש דמנ"ל הא דלמא מתניתין מיירי שכבר עבר יותר מט' חדשים ממיתת

בעלה ורק הספק הוא שמא אישתהי או שמא הוא בר ז' לאחרון ולהכי ליכא למימר דניזל בתר רוב נשים דלט' ילדן דהא היא יצאה מכלל הרוב דבין כך ובין כך לא ילדה לט' אלא מוכח דלא כרבה תוספאה ולאישתהי לא חיישינן ומעתה מצינו לומר דכיון דר"נ ורבא פליגי ארבה תוספאה שפיר כתבו התוס' דרוב אמוראים לא ס"ל כרבה תוספאה אבל יש לדחות דבזה גם רבה מודה דלא אמרינן אישתהי דבכה"ג יותר יש לתלות דבר ז' הוא אע"ג דהוה רק מיעוטא דעכ"פ הוה מיעוטא דשכיח יותר מאישתהי ואפי' לפימ"ש הח"מ והב"ש בסימן ד' ס"ק י"א דרגילות הוא להוליד עתה בחודש העשירי יש לומר דבזמן התלמוד לא הוי רגילות לאישתהי כלל כדמוכח מנדה שם מימרא דשמואל לעולם אין האשה יולדת אלא לרע"א כו':

ומה מאוד יש לפרש עפי"ז סוגית הש"ס דיבמות א"ל רבא לרב נחמן לימא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים לתשעה ילדן א"ל נשי דידן לשבעה ילדן א"ל נשי דידכו הוה רובא דעלמא א"ל הכי קאמינא רוב נשים ילדן לט' ומיעוט לז' ורוב היולדות לט' עוברן ניכר לשליש ימי' ומאוד יפלא א"כ מה השיב לי' רב נחמן נשי דידן לשבעה ילדן ועוד וכי יתכן שיהי' במקומו של רב נחמן שינוי טבע כזה שיהיו רוב נשים יולדות לז' ולפיענ"ד דרבא סבר דמתניתין מיירי שנולד לט' ממש לאחר מיתת בעלה וכמו שכתב רש"י שנשאת ב' ימים בתוך חדש השלישי ממיתת בעלה והוה ספק מן בעלה הראשון או מן בעלה השני ויולדת למקוטעין וע"ז פריך לימא הלך אחר רוב נשים ולט' ילדן ור"נ השיב לו נשי דידן לשבעה ילדן היינו שנשי דידן שיולדות לז' אינן יולדות בתחילת חודש ז' אלא בסוף חודש או עכ"פ ברוב חודש השביעי וע"כ אם הוא מן הראשון אישתהי כמה ימים לאחר ט' ובין כך ובין כך אינה מהרוב שיולדות לט' אלא או מן המיעוט דאישתהי או מהמיעוט שיולדות לז' להכי הוה ספק ומייתי אשם תלוי וא"ל רבא וכי נשי דידכו הוה רובא דעלמא הא בכל המקומות הנשים הללו יולדות למקוטעין בתחילת חודש הז' ובכה"ג שוב נימא הלך אחר רוב נשים א"ל הכי קאמינא דה"ה כשיש רוב דעוברן ניכר לשליש ימי' נגד הרוב דלט' ילדן כמי חשיב ספק ה"ה בכה"ג כיון דבין כך ובין כך יצאה האשה הלזו מתורת רוב ודמי לנשי דידן דלשבעה ילדן דכל שבין כך ובין כך יצאה מהרוב חשוב ספק להצריכה אשם תלוי ודו"ק:

והנה מה מאוד צדקו דברי הנוב"י שם שכתב שם בד"ה והנה כבר ביארנו דאף מאן דפליג ארבה תוספאה מודה דיש אפשרות עפ"י טבע שיהי' הולד אישתהי שהרי לפי' התוס' ביבמות פ' ס"ל לר' אבהו דבן ח' אחר עשרים שנה מחזיקינן לבר קיימא משום דאמרינן בר ז' הוא ואישתהי אלא דס"ל דלא שכיח רק בחידוש יזדמן לפעמים ורבה

תוספאה ס"ל דשכיח יותר וכדאי לסמוך ע"ז להכשיר את הולד זהו ת"ד אבל כבר כתבתי למעלה דטעמא דרבה משום דעיבור בזנות לא שכיח. אכן יש להקשות וכי עד רבה לא איזדמן עובדא כזאת ולמה לא הכשירו מקמי דאתי רבה תוספאה ע"כ נ"ל דיש לומר דרבה תוספאה עביד עובדא בדורו שראה דאישתהי שכיח בזמנו ונשתנה העת דדבר זה לא בכל הדורות שוה וכמו שכתבו הח"מ והב"ש דהאידנא רגילות לילד בחודש העשירי ועיין בתשובת רע"א סי' צ"ט בעובדא דידי' שילדה לעשרה חדשים וג' שבועות והי' בהאשה הרבה ריעותות והאריך הרבה בכל הפרטים בענין עדי כיעור ויחוד ובפרט זה דילדה לעשרה חדשים וג' שבועות קיצר מאוד כאלו הוא הלכה פסוקה ע"כ לא האריך בזה והביא מ"ש הכה"ג אה"ע בטור סי' ד':

ובשם הרדב"ז חלק א' סי' י"ב דאם טוען הבעל שאיננו בנו דכשהלך הניחה בנדתה ומודה שקודם הוסת בא עלי' אם אין מביאה אחרונה שמודה הבעל ללידת הילד י"ב חודש הולד כשר עוד כתב הכנה"ג וז"ל כתב מהרי"ל בדרשות (בהלכות יו"ט) מו"ה שלמה הלך פעם אחת ללמוד למרחקים ויהי' לתקופות י"א חדשים ליציאתו ילדה אשתו והכל מעידים מרוב חסידותה ברור שלא זינתה תחתיו בדקו ומצאו בפוסקים ובספר המצות דמתרמי ואישתהי ותמיהני דלזה א"צ לפוסקים ולספר המצות ותלמוד ערוך הוא עכ"ל ע"ש מה שכ' הגאון דכונת המהרי"ל היא לאפוקי מדעת היד אליהו דרק בחודש י"ב הכשיר רבה תוספאה אבל לא בחודש י"א וגם הוא ז"ל כתב דאין לחוש לדברי היד אליהו דהרי הח"מ והב"ש (סי' ד') מפשט פשיטא להו להכשיר בילדה לי"א חדשים ע"ש והמעיין בח"מ ס"ק י"א כתב שרגילות הוא להוליד עתה בחודש העשירי והב"ש ס"ק י"ט כתב וז"ל וכתב בח"מ אם יולדת בחודש עשירי אפשר לכו"ע אמרינן אשתהי כי שכיח הוא ע"ש אבל לא נזכר בח"מ וב"ש חודש י"א ואולי בדפוס שהי' לפני הגאון ז"ל הי' כתוב חודש י"א: ולפענ"ד נראה דכונת המהרי"ל דלא תימא דרבה תוספאה הכשיר רק בזמנו משום דראה דרגילות להיות אישתהי שהוא הי' בזמן רבינא סוף האמוראים ונשתנה הדבר מכמו שהי' בזמן הקודם דפליגי רבנן עלי' דרבי וכן בזמן שמואל דלא ס"ל אישתהי א"כ שוב אין ראי' מזמן רבה תוספאה לזמנו ע"כ הביא המהרי"ל שגם בזמנו סמכו על הפוסקים וספר המצות להכשיר באישתהי שגם בזמניהם ראו דאישתהי שכיח ואל תתמה על החפץ שבענין התולדה מצינו כמה שינוים ואפי' מקומות יש כמו שאמר רב נחמן ביבמות שם נשי דידן לשבעה ילדן כי כן כתבו תו' ע"ז דף כ"ד ע"ב ד"ה פרה וחמור בת ג' שנים ודאי לכהן ויש לתמוה דהא מעשה בכל יום דפרה בת ב' שנים יולדת וי"ל דודאי עתה נשתנה העת מכמו שהי' בדורות הראשונים כמו בעינוניתא דוורדא

חולין דף מ"ז ע"ש ונ"ל דאין כונת התוס' דנשתנה הטבע אלא שנשתנה העת דבדורות הראשונים לא הי' שכיח שתלד פרה קודם ג' שנים אלא לעתים רחוקים ואח"כ בזמנם דשכיחי טובא וגם חזינן דבעינוניתא דוורדא ג"כ הי' חילוק בין מקומות דמר בר רב אשי סבר למיטרפה ולא ידע מזה כלל ורב הונא אמר כל הני חיוי' ברייתא הכי אית להו (ודרך אגב הנני להעיר מה דאיתא במפרש במדרש ב"ר פ' י"ז בד"ה שאלו את ר' יהושע מפני מה האיש יוצא פניו למטה והאשה יוצאת פניה למעלה שכתב כשיוצא מרחם אמו ובדורות הראשונים הי' בטבע כן אבל בדורות האחרונים נשתנה הטבע כו' ובמח"כ לא ידע שזהו איתא בנדה דף ל"א ע"ב ומפני מה איש פניו למטה ואשה פניה למעלה וכ' רש"י ז"ל בשעת תשמיש ע"ש ומילת יוצא ויוצאת דאיתא במדרש הוא טעות הדפוס):

והנה שמעתי כי הגאון בעל כו"פ אמר דיש להביא ראי' דאמרינן אישתהי מהא דאיתא בש"ס ב"מ פ"ז א' שהיו ליצני הדור אומרים מאבימלך נתעברה שרה והא מעשה דאבימלך הי' בליל פסח כדאיתא בהגדת פסח דנת מלך גרר בחלום הלילה" ויצחק נולד בפסח כדאיתא בר"ה י"א א' א"כ הרי אם מאבימלך נתעברה אישתהי י"ב חודש ודפח"ח ש"י אכן קשה לי טובא דהרי הרמב"ם בפ' ט"ו מהל' אי"ב כתב דאין הולד מישתהי יותר מי"ב חודש והש"ס קאמר התם דאותה שנה מעוברת היתה א"כ הולד אישתהי לפי דברי ליצני הדור י"ג חודש אם לא דנימא דאין לנו ללמוד הלכה מליצני הדור אמנם כבר כתבתי בחידושי תורה בסדר תולדות על הפסוק אברהם הוליד את יצחק וכ' רש"י ע"י שכתב הכתוב יצחק בן אברהם הוזקק לומר אברהם הוליד את יצחק לפי שהיו ליצני הדור אומרים מאבימלך נתעברה שרה שהרי כמה שנים שהתה עם אברהם ולא נתעברה הימנו מה עשה הקב"ה צר קלסתר פניו של יצחק דומה לאברהם והעידו הכל אברהם הוליד את יצחק ע"ש ויש לתמוה דכיון שכ' יצחק בן אברהם איזה עדיפותא יש יותר ע"י הלשון אברהם הוליד את יצחק יותר מיצחק בן אברהם וכתבתי לבאר הענין עפ"י מה שכ' העקידה במגי' רות ד"ה אמר המחבר מ"ש בטעם נגלה ממצות היבום כשאיש מת בלי בנים כו' והניח בעולם ההפסד את אשתו וכו' ובקמטי רחמה עדיין נשארו שיורי זרעו וגם הניח אחיו אשר הם כחצי בשרו כי ממקום אחד יצאו הי' מחסדי הש"י להקים לו זרע מהאשה ההיא אשר היא כנחלק אבר מבעלה ע"י אחיו אשר הוא בשר מבשרו באופן כי הילד יתייחס כולו אל המת כי אחיו החי לא עשה כ"א מעט עזר לתת צורה לחומר מזרע אחיו הכמוס בקמט' רחם אשתו עכ"ל ולפ"ז אפשר שזהו הי' טענת ליצני הדור וגם הם הודו ואמרו כי יצחק הוא בן אברהם אמנם כי לולא אבימלך שבא אלי' והשאיר זרעו בקמטי רחם שרה לא הי' זרע אברהם בכח להוליד רק אחרי כי זרע אבימלך

עש' חומר הי' סגי זרע אברהם לתת צורה לחומר של אבימלך וזהו פירושו מאבימלך נתעברה שרה היינו שביאתו אלי' גרם שתתעבר שרה אח"כ מאברהם ולזה חזר הכתוב ואמר אברהם הוליד את יצחק שכל כח המוליד הי' רק מאברהם לבדו ואין לזר חלק בזה כלל לא חומר ולא צורה ולפי האמור אין ראי' כלל גם מליצני הדור ענין אישתהי כי הזרע בקמטי האשה לפי דעת העקידה תעצר ימים רבים ואין שיעור לדבר ודו"ק:

והנה הנוב"י הביא קושיא אחת בשם הרב מטארטקוב בתוס' שם ביבמות ל"ז ד"ה רוב היולדות לט' במה שהקשו דמה מועיל המתנת ג' חדשים משום הבחנה אכתי יכול לבוא לידי ספק אם תנשא מיד ותלד לז' חדשים ויום אחד או אפילו לג' ימים דיש להסתפק אם הוא בנו של ראשון ולא נקלט הזרע עד יום ג' או הוא בנו של שני וכתבו וי"ל דכל כך לא הי' משתהי הכרת עובר של הראשון ע"ש וע"ז תמה הרב הנ"ל דלפ"ז יקשה עכ"פ גבי יבום מה מהני המתנת ג' חדשים הא יש לחוש שמא לא נקלט הזרע מבעלה עד יום ג' ותצטרך להמתין ג' חדשים וג' ימים וכן הקשה הגאון רע"א בתשובותיו סי' צ"ט בשולי המכתב ע"ש ולפענ"ד נראה ליישב דהנה התוס' בפ' בתרא דיבמות קי"ט א' ד"ה ר' מאיר הוא הקשו אמאי לא נימא דאתיא כרבנן וכי אזלי רבנן בתר רובא ה"מ ברובא דלא תלי במעשה אבל רוב נשים מתעברות ויולדות דהוה רובא דתלי במעשה לא אזלינן בתר רובא כדאיתא בבכורות דף כ' וכתבו בתי' השני דאינו חשיב תלי במעשה אלא ממילא הוא בא שאדם נזקק לאשתו וביותר ביאור כ' בבכורות שם ד"ה רבינא דתשמיש אדם לא חשוב תלי במעשה כמו תשמיש בהמה דפעמים דבהמה צריך להרביץ ע"ש א"כ מבואר דאף דגבי בהמות נמי אמרינן רוב בהמות מתעברות ויולדות מ"מ לא אלים כולי האי כמו גבי אדם שדרכם להזקק לנשותיהם יותר לכן חשוב כמי ממילא מעתה י"ל דקושית התוס' שייך רק לגבי ענין הבחנה דשייך גם בגרושה אבל לענין יבום אע"ג דאמרינן רוב נשים מתעברות ויולדות גם סמוך למיתה מ"מ כיון דעכ"פ רוב בני אדם תשש כוחם ג' ימים סמוך למיתתם עי' ירושלמי סוף פ"ג דפיאה ובטוש"ע יו"ד סי' של"ה לא חשוב אצלם ענין התשמיש כמו דבר שממילא אלא תלי במעשה אלא אע"ג דלא יצא מכלל רוב מ"מ לא אלים כולי האי אלא כמו רוב בהמות מתעברות ויולדות דחשוב רובא דתלי במעשה דלא אזלינן בתר רובא אפי' לרבנן וממילא מוקמינן לה בחזקת זקוקה ליבום תיכף אחר ג' חדשים:

עוד נ"ל בישוב קושית הרב מטארטקוב בפשוט יותר דאע"ג דיש אפשרות שלא יקלוט הזרע עד ג':

ימים מ"מ זהו מלתא דלא שכיח טובא ורוב פעמים נקלט הזרע מיד או פולטות מיד וכן כ' הר"ן ז"ל לפרש הא דאיתא בנדה ל"ח דחסידים הראשונים לא היו משמשים מטותיהם אלא מיום ד' ואילך דלא כרש"י ז"ל שחששו שמא לא יקלט הזרע עד יום ג' אלא מפני שיולדת מחללין עלי' את השבת כל שלשה ימים הראשונים ושוב הקשה א"כ אפי' מיום ד' ואילך ניחוש לימי הקליטה עד ג' ימים ותי' רוב זרע נקלט בשעתו רק קושית התוס' לענין הבחנה דהחמירו חז"ל יותר אפי' בקטנה וזקינה דאין ראוים להוליד הי' להם לחז"ל לחוש גם לזה אבל לפי תירוצם דלא הצריכו לתקן משום הבחנה לא קשה שיתקנו ביבום דאזלינן בתר רובא דנקלטו ביום א' והענין הוא כמ"ש הישוי"ע בכמה מקומות דהענין הנוגע בכלל כמו הבחנה שזהו נוגע לכל הנשים שנתגרשו או שנתאלמנו החמירו חז"ל יותר משום דשכיח יותר המכשול עשו חז"ל הרחקה טובא כדי שגם המיעוט לא יבוא לידי מכשול אבל דבר שנוגע רק בפרט אוקמי' אדינא ולא רצו להחמיר כמו יבום אעפ"י שהענין יותר חמור מ"מ כיון שאין הדבר נוגע לכלל רק למי שמת בלא זרע ש"ק אוקמי' אדינא דאזלינן בתר רובא דלט' ילדן והזרע נקלט בו ביום. שוב ראיתי בתשו' חתם סופר אה"ע סי' ה' שכבר העיר בזה הגאון ר' צבי אב"ד אונגוואר והחת"ס דחה זה דכל היכא דאפשר להתברר דשלא כדין עשינו לא סמכינן ארובא כמו אצל ריאה דלא סמכינן ארוב כשרות מפני שהיא דבר שסופו להתפרסם והכא אם יוכר העובר בזמנו נודע למפרע שהוא מן המיעוט ונתחייב כרת ובזה אין לסמוך על הרוב ולפמ"ש הישוי"ע לא דמי כלל דשאני ריאה דהוה ענין כללי וכנ"ל:

עוד כ' החת"ס דמיון מיבמות מ"ב לאיסור לאו חששו לאיסור כרת לא כ"ש ובמחכ"ת ליתא לשון זה בגמרא שם אלא כך הוא הלשון שם איסור כרת התרת איסור לאו לא כ"ש וגם הענין אינו דומה כלל דהתם בזה הענין גופא לא יתכן להתיר ליבם איסור כרת ולאסור לעלמא דהוה רק איסור לאו וכמ"ש התוס' דהוה כחוכא ואיטלולא אבל הכא דאחרי שלא הצריכו חז"ל לגזור בסתם נשים משום הבחנה כמ"ש התוס' לא רצו חז"ל להחמיר ליבם ואוקמא אדינא דאזלינן בתר רוב דהזרע נקלט בשעתו דבכל התורה כולה אזלינן בתר רובא אך מ"מ יש לנו ללמוד מדברי החת"ס דאם יארע שנתייבמ' בסוף ג' חדשים ואחר ג' ימים הוכר עוברה חשוב בירור שהולד מבעלה ואישתהי ולא חיישינן שמא זינתה אחר. מיתת בעלה אחרי דרוב נשים לט' ילדן דאל"כ ל"ה בירור דיש כאן איסור כרת ואפי' איסור לאו ליכא דקימ"ל דיבמה שזינתה מותרת ליבם אלא מוכח מדבריו דאם הוכר עוברה אחר ג' ימים אמרינן אישתהי דקי"ל כרבה תוספאה. והנה החת"ס הביא מה שחידש הנוב"י בישוב קושית הרב הנ"ל דאם באמת נקלט הזרע אחר

מיתתו אע"ג דחשוב בנו לכל דבר מ"מ לגבי יבום קרינן בי' וזרע אין לו וע"ז כתב החת"ס ונדחק ונלחץ במה שא"א לשמוע עכ"ל ואני מוסיף לתמוה דא"כ גם בשהוכר עוברה אחר ג' חדשים איך מותרת להנשא לעלמא בלי חליצה ניחוש שמא נקלט הזרע רגע אחת אחר מיתתו ובת יבום הוא ועכ"פ תצטרך חליצה ואם נימא דבאמת הדין הכי שאם הוכר עוברה אחר ג' חדשים צריכה חליצה תיקשי מתניתין דריש פ' החולץ ליבמתו ונמצאת מעוברת וילדה בזמן שהולד של קיימא הוא מותר בקרובותי' והיא מותרת בקרוביו ולא פסלה מן הכהונה הא משכחת לה שהולד בן קיימא ומ"מ תהי' החליצה ספק חליצה כגון בכה"ג כגון שנולד לט' חדשים וכנ"ל ויהי' ספק אם נקלט הזרע רגע אחת לפני מיתתו או רגע אחת אחר מיתתו אלא ודאי דלא אמרינן הכי וזה ברור:

אח"ז ראיתי בספר דרוש וחידוש להגאון רע"א ז"ל שרצה ג"כ לדון בישוב קושיא הנ"ל דאזלינן בתר רוב דנקלט הזרע בשעתו ודחה זה ממ"ש הרשב"א ז"ל בתה"א דף קפ"ו ע"ב מתניתין דספ"ג דנדה דהמפלת ביום מ"א תשב לזכר ולנקבה ולנדה דהטעם דתשב לנדה דדלמא נקלט הזרע ביום ב' והוה עתה מיא בעלמא ע"ש הרי דלא משווינן זה לרוב דנקלט הזרע ביום א' ע"ש וכן העיר מתוס' נדה ל"ח ד"ה שיפורא שחוששין לשמא נקלט הזרע ביום ב' ע"ש ואלו הוה רוב לשנקלט הזרע בשעתו לא הי' לנו לחוש לזה ואולי י"ל דחז"ל חששו בכל ענינים הנוגעים לכלל ישראל גם להמיעוט כמו בדיקת הריאה וכדומה וכסברת הישוי"ע ובפרט שכבר הבאתי למעלה שהר"ן ז"ל כתב בהדיא סברא זו דברוב נשים הזרע נקלט בשעתו והנה הרא"ש בפ' עשרה יוחסין סי' ז' הביא מ"ש בה"ג בסוף הל' גיטין דגם כשהלך בעלה למדה"י וילדה דל"ח לממזר דאמרינן דלמא אתא בעלה בצינעה ושימש כההוא עובדא דאבוה דשמואל דאתא בשם ושימש כדאיתא בירושלמי ומקשה עלי' מהך שמעתתא דהכא דקאמר דאיכא מיעוט שהלכו בעליהן למדה"י דמשמע דאי ליכא למתלי אלא באותן שהלכו בעליהן למדה"י הוה ממזר ודאי ולא ספק כו' ועוד מקשינן עלה מההוא דפ' הערל דרבה תוספאה הכשיר לבתר תריסר ירחי שתא דאמרינן אישתהויי אישתהה ולמה לי' טעמא דאישתהי לימא דלמא אתא בעלה בצנעה ושימש ע"ש ולפענ"ד לפמ"ש הנוב"י ורע"א יש לישב תרתי קושי' דהש"ס דקדושין מיירי בשהתה עם בעלה כמה שנים ולא ילדה דאיכא ריעותא להכי כשהלך בעלה למדה"י אמרינן דהוה ממזר ודאי דלא תלינן שבא בעלה בצנעה ושימש ורבה תוספאה שהכשיר נמי מיירי בכה"ג ששהתה עם בעלה כמה שנים ולא ילדה לכן הוצרך לומר דאמרינן אשתהויי אישתהי דמטעם זה מכשרינן בכל גווני כדעת הגאונים הנ"ל אמנם י"ל אדרבה לחומרא דהא דאכשיר רבה תוספאה מסברא דאישתהי זהו משום

דאיכא למימר נמי הך היתרא של בה"ג דיוכל להיות שבעלה בא עלי' בצנעה ורק ע"ז לחודא לא סמכינן משום דאיפרך מש"ס דקדושין הנ"ל אבל מ"מ חזיא לאיצטרופי בהדי היתרא דאישתהי אבל לאחר מיתתו של הבעל אין לנו לסמוך אהך דאישתהי לחודא דמנ"ל להוסיף ארבה תוספאה:

ועתה נשים נא עין בדבר הריעותא הגדולה בעובדא דידן שהאשה ישבה עם בעלה כ"ב שנים ולא ילדה והנה גם בפרט זה האריך הנוב"י שגם שם היתה יושבת עם בעלה ז' שנים ולא ילדה ורצה השואל לבנות דיק על דברי התוס' שם ביבמות ד"ה זו הואיל ולא הוכר עוברה תימה אמאי לא מוקי לה בחזקת היתר יבום כו' וכ"ת דאיכא כאן רוב דרוב נשים מתעברות ויולדות לפיכך יש להחזיקה במעוברת מן הראשון דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהן כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהן דרוב מעוברות ולקמן דף קי"ט הוא דאמר לה גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י ע"כ לשון התוס' והנו"ב כתב דמוכח מסברת התוס' דאף דאין סברא כלל דנימא בה דרוב מתעברות מ"מ עכ"פ הדבר שכיח טובא. עוד כתב אחרי שהתוס' לא הגבילו הזמן רק כתבו סתם כמה שנים ובודאי גבול יש לה מסתמא אמרינן שהגבול הוא עשר שנים כי למספר הלזה יש סמך בש"ס יבמות ס"ד ובפוסקים דאם שהה עשר שנים ולא ילדה יוציא דשמא לא זכה להבנות ממנה ע"ש ולפ"ז בנ"ד ששהה עם אשתו כ"ב שנים ולא ילדה י"ל דיצאתה מרוב נשים מתעברות ויולדות. והנה מה שסיימו התוס' בזה ולקמן הוא דאמר לה גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י אינו מבואר היטב כונת התוס' דמאי שנא דסוגיא דהכא אין לומר גבה הך סברא דרוב נשים מתעברות ויולדות ומ"ש לקמן דאמרינן גם בשהתה כמה:

שנים ולא ילדה דהוא מ"מ בכלל רוב נשים ועיין בתוס' הרא"ש הביא מש"ס דלקמן לסתור דבר זה אלא דמוכח מהתם דבכל גווני הוה בכלל רוב אעפ"י ששהתה כמה שנים ולא ילדה אך מלשון התוס' דידן משמע לחלק וכתב המהר"ם לובלין דלקמן דליכא ריעותא אחרת גם בכה"ג ששהתה צרתה עם בעלה כמה שנים ולא ילדה מכל מקום היא בכלל הרוב שמתעברות ויולדות אבל הכא דאיכא עוד ריעותא דלא הוכר עוברה שוב אין סברא שתהי' בכלל רוב מתעברות ויולדות ע"ש ועיין בספר ערוך לנר שנדחק ג"כ בכונת התוס': אמנם הנראה לי די"ל עפי"מ דאיתא בר"ה ט"ז ד' דברים מקרעין גזר דינו של אדם כו' וי"א אף שינוי מקום שנאמר ויאמר ה' אל אברם לך לך מארצך וממולדתך והדר ואעשך לגוי גדול ואידך האי זכותא דא"י הוא דאהני לי' ובמהרש"א עה"ת כתב דהסוגיא דהתם ביבמות גבי שהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה ללמדך דישיבת א"י

אין עולה מן המנין וכתב רש"י ז"ל דעון חו"ל גורם לא אתיא כהך י"א דשינוי מקום גורם דלמ"ד דשינוי מקום גורם אין חילוק בין חו"ל לא"י אלא ה"ה בחו"ל ממקום למקום או אפי' מא"י לחו"ל ולפ"ז י"ל בכונת התוס' דלקמן באשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י דיש כאן שינוי מקום שפיר ה"ה בכלל רוב נשים מתעברות ויולדות אמנם יש להקשות הא בין הנך ד' דברים חשב שינוי השם דילפינן משרה אמנו שנאמר שרי אשתך לא תקרא את שמה שרי כי שרה שמה וכתיב וברכתי אותה וגם נתתי לך ממנה בן ולמה לא נימא כי כמו כן גם בשאר נשים שאם נשתנה שמה לא יחשבו השנים הראשונים במספר עשר שנים ודבר זה לא מצינו בשום מקום הן אמת דהמהרש"א בח"א כתב דמה דשינוי השם או שינוי מקום מבטלין הגזירה זהו דוקא דהשינוי נעשה עפ"י ציווי הש"י ע"ש אמנם לפמ"ש הרמב"ן הובא בטואה"ע סי' קנ"ד שפסק להלכה דאם הלך מחו"ל לא"י אין חו"ל עולה לו מן המנין שכן מצינו באברהם מוכח דסובר דאין חילוק כלל אף אם הלך בלא ציווי הש"י ועיין בתשו' חכם צבי סי' מ"א אך ממה שיסד הפייטן ותשובה ותפלה וצדקה מעבירין את רוע הגזירה ושברה לשינוי השם ושינוי מקום מוכח דס"ל כהמהרש"א דרק לאברהם ושרה איהני שינוי השם ושינוי מקום דהוי עפ"י ציווי הש"י וצ"ע:

אבל באמת אין כאן צורך לכל זה ובחנם נדחקו בזה דבפשיטות ניחא דבמתניתין שהלך בעלה וצרתה למדה"י דלא תנשא ולא תתיבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה שפיר פריך הש"ס לא תנשא אמאי נינא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים מתעברות ויולדות דהתם איכא ספק אם הצרתה הוא מהרוב נשים שמתעברות ויולדות או מהמיעוט נשים שאינן מתעברות כל עיקר בזה שפיר פריך הש"ס דאי אתה יכול לאפיקתה מהרוד נשים ולשדי' בתר מיעוט ואין דמיון לפי האמור כלל לקושית התוס' דהכא בספק בן ט' לראשון ספק בן ז' לאחרון שבאשה זו אין לנו נ"מ אם רוב נשים מתעברות ויולדות אלא אפי' אלו הוי אמרינן רוב נשים אין מתעברות ויולדות הא בהאי אשה חזינן דנתעברה וילדה אלא שהספק הוא באיזה זמן נתעברה אם נתעברה מבעלה הראשון או מבעלה השני וע"ז הקשו דנימא דאוקמא אחזקת היתר ליבום דבאשה כזו ששהתה עם בעלה כמה שנים ולא ילדה דודאי עפ"י רוב אין שכיח שתתעבר ותלד חשוב עכ"פ חזקה ליבום ולענין הרוב אין חילוק אם נתעברה מבעלה הראשון או נתעברה מבעלה השני דבין כך ובין כך היא נתעברה רק פעם אחת דאין אשה מתעברת וחוזרת ומתעברת ואין לנו לדון רק על הזמן ובזה אין שייך לומר דרוב נשים מתעברות ויולדות מרע לחזקת יבום ונימא דמעולם לא היתה לאשה זו חזקה ליבום דאף דעכשיו אין לה בנים מ"מ היא עומדת עדיין לילד דאין סברא למימר הכי אלא הדעת והסברא נוטה דכיון דשהתה כמה שנים

ולא ילדה הרי היא בחזקת שלא תלד עוד וכן שם בסוגיא דלקמן פרק בתרא דיבמות אמרו רישא חזקה ליבום תדע דבמתניתין דב"מ ק' א' תנן המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה יחלוקו ולא אמרינן רוב בהמות או רוב נשים מתעברות ויולדות ומסתמא ילדה מקודם דזה לא שייך הכא דכיון דליכא אלא עיבור אחת ולא שתים ואין אנו דנין רק על הזמן אם מוקדם או מאוחר לא שייך למימר הכי וזה פשוט וברור ואין לדחוק ולומר דהתם שאני דאין הולכין בממון אחר הרוב דמ"מ יקשה לרב דאמר בב"ק דף מ"ו הולכין בממון אחר הרוב איך יפרנס הך מתניתין:

והנה ראיתי בספר שו"מ תנינא חלק ב' סי' מ"ב שנשאל בעובדא באשה ששהתה עם בעלה עשר שנים ולא ילדה ואח"כ נתעברה וילדה ואח"כ גירשה ונשא אחרת ולא הוליד ממנה ומת והחמיר הגאון בעל שו"מ להצריכה חליצה וסמיכות שלו הוא מדברי התוס' דיבמות הנ"ל דאחרי ששהתה עם בעלה עשר שנים ולא ילדה דאין סברא לומר גבה רוב נשים מתעברות ויולדות וכ' לפרש דברי התוס' מה שכתבו ולקמן הוא דאמרינן הכי היינו משום דעכ"פ הוה מיעוט המצוי להכי אמרינן שלא תנשא ולא תתייבם עד שתדע שמא מעוברת היא צרתה ע"ש ואחרי בקשת הסליחה אלף פעמים מכת"ה שגג מאוד בזה דשם פריך הגמרא אמתניתין אמאי לא תנשא לימא רוב נשים מתעברות ויולדות להתירה לעלמא וע"ז משני דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ודברי התוס' סובבים אפירכת הש"ס דליכא למימר גבה הך רוב נשים מתעברות כו' כיון ששהו עם בעליהם כמה שנים ולא ילדו וראיתי בספר עין יצחק מהגאון ר' יצחק אלחנן ז"ל מקאוונא חלק אה"ע סי' ו' שנשאל ג"כ אהך עובדא גופא שבשו"ת שו"מ הנ"ל וכ' דבנידן זה ל"ש לדון אודות רוב נשים מתעברות ויולדת רק משום דקי"ל רוב בעילות אחר הבעל וזה נכון: והנה בגוף הדבר באשה ששהתה עם בעלה כמה שנים ולא ילדה אם זה חשיב ריעותא לדעתי יש להביא ראי' דאין לערער בזה כלל שהרי רש"י ז"ל כתב בריש פרש' תולדות על הפסוק אברהם הוליד את יצחק לפי שהיו ליצני הדור אומרים מאבימלך נתעברה שרה שהרי כמה שנים שהתה עם אברהם ולא נתעברה הימנו מה עשה הקב"ה צר קלסתר פנים של יצחק דומה לאברהם ויש לתמוה למה כתב רש"י ז"ל שהרי כמה שנים שהתה עם אברהם וכי לא סגי לי' מה דכתיב בקרא אם. שרה הבת תשעים שנה תלד כו' וכן איתא בש"ס ב"מ פ"ז א' אלא י"ל דהש"ס קאמר הניקה בנים שרה שנעשה נס בשרה אמנו ונפתחו דדי' כשני מעיינות והניקה את כולם הרי נתברר ששרה ילדה את יצחק והיתה חזרה לנערותה ומה שאברהם הי' בן מאה אין חידוש כ"כ כמו שכ' הרמב"ן בפ' לך שהרבה

זקנים בני תשעים ובני מאה מולידים גם בדורות הללו שהחידוש שאמר הלבן מאה שנים על שלא הוליד בבחרותו מן האשה הזאת יוליד ממנה עתה אחרי מאה שנים ע"ש א"כ אף שבאמת הוא דבר חידוש מ"מ אין לעשות משום טענה זו שום רינון ח"ו ואלו שעשו רינון מחמת זה לא הי' הרינון שלהם רק על אברהם ושרה בלבד אלא על כל מי ששהה עם אשתו כמה שנים ולא ילד' יש לרנן שנתעברה מאחר לכן נקראו ליצני הדור שהמה ריננו בזה על הדור שדבר זה מזדמן טובא ולא אל אברהם ושרה בלבד נוגע זה אלא לכל דור ודור וגם ידוע לי בכמה מאורעות בזמנינו אשר נשים צדקניות בנן דמוריין ששהו עם בעליהן יותר מעשרים שנה ולא ילדה ואח"כ ילדה אך מ"מ מוכח מזה:

כמ"ש המהר"ם לובלין שהבאתי למעלה דרק היכא שיש עוד ריעותא י"ל דל"ש גבה לומר רוב נשים כמו גבי שרה אמנו שהיו שניהם זקנים וגם עברו הרבה שנים ולא ילדו אבל בחדא מנייהו לא סגי ומ"מ נקראו ליצני הדור דגבי שרה אמנו שהיתה צדקת וחסודה מאוד לא היו להם לרנן אפילו בדאיכא הני תרתי ריעותא ומשו"ה נקראים ליצני הדור:

והנה ראיתי מה שהעיר שם בספר עין יצחק בש"ס פסחים דף פ"ז א' דאמר ר' יוחנן דאמר הקב"ה להושע קח לך אשת זנונים וילדי זנונים ופירש"י שתלד לך בנים ספק שלך ספק של אחרים ואח"כ א"ל הקב"ה הי' לך ללמוד ממשה רבך ולפרוש הימנה א"ל רבש"ע יש לי בנים ממנה ואין אני יכול להוציאה ולגרשה א"ל הקב"ה ומה אתה שאשתך זונה ובניך בני זנונים ואין אתה יודע אם שלך הם או של אחרים הם וכו' ועיין במהרש"א שכתב שהושע חשב שבניו המה דרוב בעילות אחר הבעל והשיב לו הקב"ה שעכ"פ אי אתה יודע שבודאי המה שלך דיש לחוש להרבה בעילות של אחרים וע"ז העיר הוא ז"ל דא"כ מאי קא מיבעי' לי' לרב עמרם בסוטה כ"ז היתה פרוצה ביותר אליבא דמ"ד דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה תפשוט לי' מהכא דהא ר' יוחנן ס"ל בנדה דף ל"א דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה מ"מ א"ל הקב"ה אי אתה יודע כו' משום דהיא פרוצה ביותר ולפענ"ד יש ליישב בפשיטות עפ"מ דפירש"י בחומש בפרשה וירא על הפסוק השב אשת האיש כי נביא הוא ויודע כי לא נגעת בה א"כ חשב הושע שאלו היתה מזנה הלא נביא הוא והיו מודיעים לו מן השמים שיפרוש הימנה ולהכי לא צריך למינטר לה והקב"ה השיבו שלא היית צריך לסמוך ע"ז אלא צריך אתה לעשות את שלך ולמינטר לה ולהכי אמר לו אי אתה יודע אם שלך הם או של אחרים שאפילו אם באמת המה שלך עכ"פ אי אתה יודע ובזה מדויק הלשון אי אתה יודע היינו שהידיעה אינה מצידך אלא מצידי. עוד הביא שם בספר עין יצחק מ"ש הרש"ל בספר חכמת שלמה דמשו"ה אמר הקב"ה להושע בניך אי אתה יודע אם שלך הם או של אחרים הם משום שהושע הי' זקן

וכ' שם ע"ז שזהו דבר חדש ע"ש ולפע"ד דשאני הושע שהיא היתה זונה עי' תוס' כתובות י"ג ד"ה מעלה שכ' דנואף שאני ולפענ"ד נראה לבאר הדבר עפ"מ דאיתא בסוטה שם היתה פרוצה ביותר מהו וכ' רש"י ז"ל דאיכא למיחש דרוב בעילות של אחרים מלשון זה משמע דמיירי שהיא פרוצה ביותר עם הרבה אנשים והנה בב"י יו"ד סי' א' ובסי' ס"ג כתב גבי בשר הנמצא דאזלינן בתר רוב טבחי ישראל ולא בתר רוב אוכלי בשר ואעפ"י שרוב אוכלי בשר המה גוים שקונים אצל טבחי גוים ועל כרחך נמצא אצל מיעוט טבחי גוים הרבה בשר יותר מאצל רוב טבחי ישראל דאין להם בשר לקנות אם לא כשיש אצל המיעוט טבחי גוים יותר מאשר יש אצל הרוב ועיין בספר חוו"ד שכ' מתחילה כמסתפק בזה אי אזלינן בתר רוב טבחים או בתר רוב בשר ומסיק ג"כ דאזלינן בתר רוב טבחים וזה ברור:

ולפ"ז יש לדון ג"כ ברוב פרוצים אצלה אפי' אם נימא דרוב בעילות אחר הבעל מ"מ הא אחרים המה רבים והבעל הוא מיעוט נגדם (ודוחק לומר דאזלה איהי לגביהו דהו"ל קבוע כמו דאיתא בכתובות דף ט"ו דבכה"ג הו"ל קבוע וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי) אבל יש לומר דרוב בעילות אחרי הבעל אלים טפי משום דאצל אחרים אפי' אם המה הרוב נחשב אצלם רוב התלי במעשה משא"כ אצל הבעל אחרי שהתוס' דקדקו בלשונם שאדם נזקק לאשתו נחשב כאלו הוא ממילא ואינו תלי במעשה ולהכי בזקן שכוחו חלוש שוב נחשב רוב בעילות שלו רוב התלי במעשה ואם הוא פרוצה ביותר אלים טפי רוב בעילות שלהם מבעילות של הבעל אעפ"י שרוב בעילות המה שלו משום שהמה רבים נגד הבעל ועיי' בר"ן פ"ק דחולין דהיכי דהרוב והמיעוט שניהם תלוי' במעשה שוב הדרא לכללא דאזלינן בתר רובא:

והנה ראיתי להצ"צ סי' נ"ג שכ' דעד כאן לא אמרו רוב בעילות אחר הבעל אלא היכא דליכא אלא קול בעלמא והיא מכחישתו אבל היכא דבודאי זינתה לא מהני הרוב ותדע שהרי אמרו ואם היתה פרוצה ביותר חוששין לה וזהו בעיית רב עמרם ועלתה בתיקו הרי אפי' בפרוצה ביותר חוששין לה כ"ש בודאי זינתה ולפי הנ"ל אין זה דמיון דהתם היא פרוצה עם הרבים משא"כ בזינתה עם היחיד פשיטא דאמרינן רוב בעילות אחרי הבעל ואין חוששין כלל לולד. שוב ראיתי בתשו' הרשב"א ז"ל סי' תת"ב ביבמה שנתקדשה והיא מעוברת שכ' שאם בדקו אותה אחר ג' חדשים והוכר עוברה תלינן את הילד בראשון ולא בארוס דאזלינן בתר רובא ורוב בעילות אחר הבעל דאל"כ מכה אביו לא קטלינן לי' והמעיין היטב שם יראה אפי' אלו הי' נתיחדה עם הארוס נמי הוה אמרינן

רוב בעילות אחר הבעל ותלינן את הילד בראשון דלא כהצ"ל ע"ש היטב מדמסיים ועוד דליכא עדי יחוד:

והנה ראיתי להמ"ל בפ' ט"ו מהל' אישות הלכה ד' דהביא הש"ס דחגיגה דף י"ד שאלו את בן זומא בתולה שעיברה מהו לכה"ג מי חיישינן לדשמואל אמר להו דשמואל לא שכיחא וחיישינן שמא באמבטי עיברה ונראה דמשכחת לה שתלד ולד של קיימא שהרי בלקוטי מהרי"ל כתב שבן סירא הי' בנו של ירמי' שרחץ באמבטי וע"ז כ' לתמוה מההוא דיבמות מהך עובדא דרבה תוספאה שהכשיר מטעם אישתהי עד ג' חדשים מעת שנגמר צורת הולד אבל טפי לא כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ' ט' מהל' איסורי ביאה דין י"ט ואם איתא להא אמאי לא חיישינן שמא באמבטי עיברה וכן הקשה ממה שהקשו בתוס' בפרק עשרה יוחסין דף ע"ג דאמרינן התם איכא ארוסות ואיכא נשים שהלכו בעליהן למדה"י הא כתב בעל ה"ג דגם בכה"ג שהבעל הוא במדה"י יש להכשיר את הולד דחיישינן שבא ע"י שם כעובדא דאבוה דשמואל והרא"ש הקשה על בה"ג מהא דרבה תוספאה אמאי לא הכשיר מטעם דחיישינן שבא ע"י שם ואי נימא דאפשר להוליד ולד קיימא באמבטי אמאי לא הקשו שמא נתעברה באמבטי ע"ש ואני תמה אקרא על תמיהתו הא אי הכשיר לי' רבה תוספאה מטעם אישתהי הא שדינן לי' בתר הרוב והוא בנו לכל דבר לירושה וליבום ולטמא לו כמ"ש הח"מ והב"ש בסי' ד' וכן כשמכשירין מטעם שבא ע"י שם משא"כ אי נתעברה באמבטי הא לא עדיף מפנוי' שזינתה אחרי דלא ידעינן אבוהי מני והוה ספק שמא נולד מפסול לה וגם לא נחשב לבנו כלל לשום דבר לא ליורשו ולא לטמא לו ולא ליבום ופשיטא אפי' אם אפשר להתעבר באמבטי מ"מ פשיטא דרק בתוך ג' שהזריע באמבטי אבל לאחר ג' ימים הזרע מסריח ואינו ראוי להוליד אפי' כשהוא במעי האשה א"כ א"א תו שיהי' בנו של הבעל אלא של אחרים שהזריעו באמבטי ויותר הי' לו להקשות מש"ס דחולין דף י"א דיליף הש"ס דאזלינן בתר רובא ממכה אביו ואמו דלמא לאו אביו הוא ודחי כגון שהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורין אכתי י"ל דלמא באמבטי נתעברה או ע"י סדין כמו שהביא הוא ז"ל בשם הגהות סמ"ק הביאו הרב"י ביו"ד סי' קצ"ה וגם ממה שהקשו בתוס' שם ד"ה כגון דהוה מצי למידק דילמא משום דאזלינן בתר חזקה דהעמד האם בחזקת צדקת ואכתי יש לחוש דלמא באמבטי נתעברה דזה לא מרעא חזקת צדקת שלה אבל האמת יורה דרכו דאין חוששין לדבר שהוא מדברים הנפלאים בעולם ולא יקרה אלא פעם אחת באלף שנים וכמו שנתעברה באמבטי ואף שהכשיר הבה"ג מטעם שבא ע"י שם כהך דאבוה דשמואל זה הי' בזמנם שהיו מוחזקין הרבה גדולים לבעלי: הקבלה שהיו יכולים להשתמש בשמות הקדושים

אבל לא כל הרוצה ליטול את השם יטול משא"כ להתעבר באמבטי דאין לתלות בזה כלל ומה שאמרו על בן סירא מסתמא הי' קבלה בידם שנתברר דבר זה ע"י עדות ברורה וז"פ: עתה נעיין נא אם נחליט האי דינא דאתתא הלזו להחזיקה בחזקת פטורה מיבום ומחליצה משום שהבת שילדה היא מבעלה מ"מ אפשר שהיא אסורה לעלמא מטעם שוי' נפשה חתיכה דאיסורא. הנה ראיתי בספר עין יצחק שסיים בסוף התשובה בזה הלשון ומה דאמר הבעל בנ"ד דהאם הודית לו שהולד אינו ממנו הא האשה אינה נאמנת על בנה לפסלו כו' וגם י"ל משום דעיני' נתנה באחר ע"כ לדעתי האשה אינה צריכה חליצה והולד כשר לבוא בקהל ע"ש. ודבריו צריכים עיון טובא דלמה לא נימא נהי דאין היא נאמנת לפסול את בנה מ"מ תהי' נאמנת לאסור את עצמה לשוק בלי חליצה דלדברי' הולד אינו מהבעל אלא מאיש אחר והיא יבמה לשוק הא גם באשה שאמרה לבעלה נאנסתי והוא כהן דאינה נאמנת מטעם דאמרינן עיני' נתנה באחר מ"מ דעת הרמב"ם בפרק י"ח הל' איסורי ביאה הל' ט' שלאחר מיתת הבעל היא אסורה לכל כהן שבעולם דהא הודית שהיא זונה ואסרה נפשה כחתיכה דאיסורא והראב"ד חולק ע"ז וכ' דאעפ"י שאמר דבר חכמה אין שמועתו מכוונת דאם אמרה לאחר מיתת בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני בעלי למה לא תהא נאמנת ע"ש ולפ"ז צ"ע למה התירה בעל עין יצחק להנשא לשוק בלי חליצה:

אמנם לפענ"ד דבריו נכונים מטעם אחר דגם כשהודית האשה שזינתה מ"מ לא שווי' אנפשה חתיכה דאיסורא לענין שתצטרך חליצה דמ"מ י"ל דנתעברה ואף שאמרה שנתעברה מפלוני עדיין לא שוי' אנפשה חתיכה דאיסורא דנשי לאו דינא גמירי דידעו דיש לומר אישתהי י"א חודש ואפשר לומר שהיא בעצמה לא ידעה שנתעברה ובאמת כבר היתה מעוברת מבעלה ומה שלא היה עוברה ניכר י"ל שהיא מהמיעוט נשים שאין עוברן ניכר לשליש ימיה והיא לא ידעה מכל זה וסברה שאינה מעוברת מבעלה ומחמת שידעה שזינתה עם פלוני ע"כ אמרה שהיא מעוברת מפלוני כי אם לא מבעלה ודאי הוא מפלוני שזינתה עמו ולא עוד אפי' אם בודקין אותה ואומרת שבעלה לא בא אלי' יותר מי"ב חודש קודם שילדה אפשר לומר שבא אלי' כשהיתה ישינה ולא ידעה בשכבו ובקומו וכדאיתא ביבמות נ"ד בין ערה בין ישינה ואם יקשה למה לן לדחוקי כולי האי להתירה בלי חליצה הלא יותר טוב לצאת מידי ספיקא וליתן לה חליצה ואין לומר כדי שלא תפסול לכהונה דהא כיון שהודית שזינתה תחת בעלה הא כבר נפסלה לכהונה כמ"ש הרמב"ם ז"ל פי"ח מהל' אי"ב הל' ט' דאף דקימ"ל כמשנה אחרונה ביבמות צ' דהאומרת טמאה אני לך דאינה נאמנת מ"מ כשנתאלמנה אסורה לכהונה א"כ נכון

יותר שתחלוץ ע"ז אמינא דלא כן הוא דאם נימא שתחלוץ נמצא אתה מוציא לעז על הולד שהוא ממזר ואיתא בנדרים שם דאיבעי' להו מהו שתאכל בתרומה רב ששת אמר אוכלת שלא תוציא לעז על בני' רבא אמר אינה אוכלת אפשר דאכלה חולין וכ' הר"ן ז"ל דמימר אמרה תרומה הוא דלית לה אבל משמע דבלאו האי טעמא הי' מודה ע"ש ואפי' לפ"מ שכתב בשטמ"ק שם דרב ששת דאמר אוכלת הוי פירושו תרומה דרבנן מ"מ חזינן דבשביל שלא להוציא לעז על בני' התירוה בתרומה דרבנן עכ"פ א"כ כש"כ שאין לב"ד לחלון לה היכא דמצד חק התורה אינה צריכה חליצה ומחזיקינן שהולד הוא מבעלה וכשר ואם יזדקקו ב"ד ליתן לה חליצה אין לך הוצאת לעז על הולד יותר מזה וגם אין לנו להורות בעובדא דהתם שתתעגן לעולם אחרי שכבר כתבתי דבאופן זה לא שייך לומר שווי' אנפשה חתיכא דאיסורא דאפשר לומר שגם היא אינה יודעת אם היא אינה מעוברת מבעלה וע"כ יפה הורה לפענ"ד הגאון בעל עין יצחק ז"ל שאינה צריכה חליצה ולא כמו שכ' הגאון בעל שו"מ בפשיטות להצריכה חליצה כן נראה לפיענ"ד:

אמנם לדינא לא ידעתי מה קול הרעש הזה אשר הרעישו גדולי עולם הא אפי' אם נימא לפרש כונת התוס' באיזה אופן שיהי' אם כה ואם כה מ"מ מה שכתבו דאין סברא לומר דנשים ששהו עם בעליהן כמה שנים ולא ילדו דרוב מתעברות הא כתבו כן רק תמוה על הסוגיא אמאי מביא אשם תלוי אבל מ"מ מוכח שהסוגיא בכאן לא סבירא לה הכי שהרי מתניתין מפורשת שמביא אשם תלוי ואם נימא שיפרשו דמתניתין מיירי בגווני שלא שהתה עם בעלה כמה שנים דוקא ובאופן זה פריך הש"ס אמתניתין וניזל בתר רוב נשים דרוב מתעברות ובאמת הוה מצי לשנויי דמתניתין מיירי בכה"ג ששהתה עם בעלה כמה שנים דליכא למימר בזה דרוב מתעברות אלא דלא נחית הש"ס לאוקמי' בהכי זה לא נראה מלשון התוס' שאלו כן לא הוי כתבו בלשון תימא אלא נראה שהתוס' סברו אחרי שהש"ס סתמא פריך ש"מ דבכל גווני פריך ניזל בתר רוב נשים שמתעברות ויולדות וכן הסוגיא דלקמן בפרק בתרא ג"כ סתמא פריך ומיירי בכל גווני א"כ נדחו דבריהם מהסוגיא דהכא כמו מהסוגיא דלקמן ופשיטא דאין לדחות סוגיא שלימה של הש"ס מפני תימה של התוס' ואיך אפשר לתפוס להלכה דברי התוס' מה שנסתר מסוגיא מפורשת במקומו וגם הרמב"ם ז"ל שפסק בפ"א מהל' שגגות הלכה ב' דפטור מאשם תלוי לא מטעמא דאוקמינן אחזקת יבום כמ"ש התוס' אלא מטעם דלא איקבע איסורא ופטור בכל גווני בין שהו בין לא שהו. ולפ"ז מוכח מהש"ס דגם היכא שאין אנו מוציאין אותה לגמרי מהרוב מתעברות אלא שהספק הוא באיזה זמן היא נתעברה ג"כ אמרינן דניזל בתר רוב נשים דמתעברות ויולדות אבל מעתה קושיתי ממתניתין דהמחליף פרה

בחמור וכן המוכר שפחתו וילדה קמה וגם נצבה לרב דאזלינן גם בממון בתר רוב אם לא דנימא דשאני התם דהוה רוב התלי במעשה גבי בהמות כדאיתא בבכורות כדמשני רבינא שם דף כ' וגם גבי שפחה י"ל נמי דסתם שפחה מעוברת בזנות ולהכי חשוב תלי במעשה ולהכי לא אזלינן בתר רובא כמו שכתבתי למעלה אבל עדיין יש להקשות דהא רבא בעצמו לית לי' בבכורות שם כרבינא סברת רוב התלי במעשה והוא בעצמו הוא השקלא וטריא בסוגיא דשמעתתא דיבמות דפריך שם נימא ניזל בתר רוב נשים שמתעברות ויולדות יקשה לדידי' מתניתין דהמחליף פרה בחמור וכן המוכר שפחתו וילדה אם לא דס"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב וצע"ג:

ודרך אגב הנני להעיר במה שנסתפקתי בהא דקי"ל בש"ס ופוסקים דאם שהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה כופין אותו להוציא ולישא אשה אחרת איך הדין אם נשא אשה אחרת וגם עמה שהה עשר שנים ולא ילדה אם אמרינן כופין אותו להוציא וישא עוד אחרת וחפשתי ולא מצאתי דין זה בספר ונ"ל דיש להוכיח בפשיטות ממתניתין דפרק בתרא דיבמות דקתני מי שהלך בעלה וצרתה למדה"י ואיתא בגמרא מאי היא צרתה הא קמ"ל להאי צרה הוא דחיישינן אבל לצרה אחריתי לא חיישינן וכ' רש"י ז"ל אם באו עדים שפין צרתה מעוברת אינה חוששת שמא אשה אחרת נשא ומותרת ליבם ע"ש ולכאורה אמאי באמת אינה חוששת לזה וצ"ל ע"כ משום כיון דיש לו אשה אין לחוש דישא אשה על אשתו עיין מתניתין יבמות כ"ו א' ואין לנו לחוש שמא גירשה ונשא אשה אחרת דכולי האי לא חיישינן וכמ"ש התוס' גיטין ל"ג א' ד"ה ואפקעינהו דכה"ג לא חיישינן דאזלינן בתר רובא ורוב אינן מגרשין נשותיהן מעתה לפ"מ שכתבו התוס' דהכא מיירי בשהה עם אשתו כמה שנים: ולפי דברי הנוב"י היינו יותר מעשר שנים אם נימא דגם בשתי נשים מחויב לגרש אותה וכופין אותו ע"ז ולישא אחרת פשיטא בכה"ג יש לנו לחוש שגירש אותה ונשא אחרת תחתי' אלא מוכח דכשיש לו שתי נשים שוב אין כופין אותו לגרשה אפי' אם שהה עמהם עשר שנים ולא ילדו דבשתי נשים ל"ש לומר שמא לא זכה להבנות מאתם:

והנה אחרי התבאר כל הנ"ל נצעוד נא צעד הלאה לענין השאלה שלפנינו אשר לפי הודאת האשה זינתה אחרי מות בעלה והיא הרתה לזנונים ובפעם ראשונה כשבאה אל הב"ד עם היבם שיחלוץ לה ואמר לה אחד מן האחים שהיא זינתה עם הפועל שעושה אצלה מנעלים למסחור וממנו נתעברה השיבה כי לא מהפועל היא הרה וילדה רק מן איש אחד שבא לקנות אצלה מנעלים וכעת היא חוזרת ואומרת שאמת הדבר שמן הפועל היא מעוברת וגם הודה לזה הפועל שממנו נתעברה:

והנה לענין הבת שילדה פשיטא לפענ"ד שיש להחזיקה שהיא בתו של בעלה הנפטר לכל דבר לירושה ולכשרות שאין בה פגם כלל כי הריעותא שילדה לי"א חדשים אחר מיתת בעלה הא הלכה פסוקה דאמרינן אישתהי והלום ראיתי בספר איגרא רמא להגאון ר' משולם ז"ל תשובה אחת בשם חכם אחד ר' מרדכי ז"ל בסי' ל"ט שכ' שבזמנינו שכיח הדבר שיולדים לי"ב חדשים והריעותא ששהתה עם בעלה כ"ב שנים ולא ילדה אין לתפוס דבר זה לשום ריעותא כלל כמבואר למעלה ומה שהאשה אומרת שהולד הוא מפלוני מלבד שהיא אינה נאמנת לגרע כוחה של בתה כבר אמרתי שאין בדברי' כלום דאפשר דאמרה הכי משום חסרון ידיעה והמעיין בתשו' ראשונים ואחרונים בעינים פקוחות יראה כמה קולמוסין נשתברו מגאוני דור ודור ודורשיו להכשיר את הולד ולשדי' בתר אבוה הוא הבעל של האם ואין לזרים חלק בו פוק חזי אפי' אם בעלה הי' הרבה שנים במדה"י ס"ל להבה"ג דתלינן שבא ע"י שם וכאן אף שלכאורה י"ל שבכל גווני אין להבת חשש ממזרת כדין פנוי' שזינתה וילדה ואומרת שמפלוני הוא ופלוני מודה שהולד כשר כמבואר באה"ע סי' ד' סעיף כ"ו מ"מ אני מסתפק אם הדין כן ביבמה לשוק דאפשר לומר שאין אותו פלוני נאמן דאין אדם משים עצמו רשע ועי"ז הוא נפסל לעדות ולשבועה ופוסל את עצמו ולע"ע לא מצאתי דבר זה מבואר בספרים היכא שפלוני זה הוא לה מחייבי לאוין אם המה נאמנים ואם המה אינם נאמנים הרי הולד נשאר ספק ממזר ואפי' אם נימא דאין חילוק וגם אם פלוני הוא מחייבי לאוין ג"כ נאמנים להכשיר את הולד שלא יהי' ממזר עכ"פ לכתחילה לא תנשא הבת לכהונה כמבואר באה"ע סי' ו' סעיף י"א ומי יודע אם הי' במקום הזה רוב כשרים דאם לאו פסולה לכהן וגם בדיעבד תצא ועי' בשו"ת רע"א סי' צ"א:

עוד יש לצרף דעת השואל בתשו' ח"ץ דהיכא דמשוי' את עצמו רשע לא אמרינן שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא דקי"ל אין אדם משים עצמו רשע והכי נמי לא מהימנינן לה שזינתה והולד הוא מאיש אחר דהרי א"כ משוי' נפשה רשיעה איסור יבמה לשוק ואף שהח"ץ דחה דבר זה בשתי ידים וכ' שהוא דבר זר ואסור לשמעו אנא אמינא דאחרי בקשת הסליחה מעצמותיו הקדושים אישתמיטתי' לי' דבר שכבר שמענו בבית מדרשו של הרשב"א ז"ל ולאו דבר זר הוא חלילה אלא נחלקו בו גדולי הראשונים ז"ל ומקודם נעתיק לשון הח"ץ בסי' ק"נ שכ' וז"ל עוד ראיתי בדברי כת"ר דבר שאי אפשר לאומרו שדעתך לומר דאפי' לפי משנה ראשונה דוקא באומרת טמאה אני לך באונס אבל באומרת זינתה ברצון לא מהימנא כלל דאין אדם משים עצמו רשע כי קרוב הוא אצל עצמו ע"כ דבריך והם טעות גמור כי הנה הרמב"ם וכל הפוסקים סוברים דאפי' למשנה

אחרונה דאינה נאמנת מטעם עיני' נתנה באחר עכ"ז לענין ממון הודאתה שזינתה ברצון כמאה עדים דמיא כש"כ וק"ו בן בנו של ק"ו למשנה ראשונה דלא חיישינן לעיני' נתנה באחר דהיא נאמנת ע"ע יותר מק' עדים ושויתה אנפשה חתיכ' דאיסורא ומה לי ממון או איסור כו' וכי בתורת עדות באנו לאוסרה עפ"י הודאת עצמה אלא מעתה האומר אנסתי ופיתיתי את בתו של פלוני או גנבתי או גזלתי לא ישלם לא בושת ופגם ולא את הקרן וכן האומר בשבועת העדות בשעת שבועה נשבעתי לשקר לא יביא קרבן עפ"י עצמו וכו' דברים זרים כאלה שאסור לשמען עכ"ל. ועתה נחזי אנן מ"ש הר"נ בשבועות פ' כל הנשבעין במתניתין ושכנגדו חשוד על השבוע' ד"ה חזרה שבועה למקומה וז"ל הקשה הרשב"א ז"ל שבועת העדות מאן מוכח דעבר עלי' במזיד אפי' איכא עדים קרובים ללוה או למלוה דאתרו בי' דלמא אישתלי ולאו מזיד הוא ואי במזיד שהזיד דידע הוא ולא העיד אין אדם נאמן לשוי' נפשי' רשיעא והעלה דצ"ע ולדידי ל"ק דכל שהי' עדות קרוב כ"כ דא"א לתלות בי' שכחה לא אמרינן אישתלי כו' ובמודה שהזיד נמי משכחת לה דאע"ג דאין אדם משים עצמו רשע הנ"מ לפוסלו לעדות אחר כי ההוא דפלוני רבעני כו' אבל גם מתחייב עצמו ממון שהרי אומר שאינו יכול לישבע מפני שהוא חשוד הו"ל הודאת בע"ד דמהניא לגבי ממון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי עכ"ל הר"ן ז"ל הרי חזינן דדעת הח"צ הוא דעת הר"נ ז"ל וראייתו משבועת העדות הוא קושית הרשב"א ז"ל אבל דעת השואל הוא שיטת הרשב"א ז"ל דאין אדם משים עצמו רשע בכל גווני והטענה שטען הח"צ מאנסתי ופיתיתי את בתו של פלוני או גנבתי וגזלתי לפענ"ד אינה טענה דאטו החיוב תשלומים של גניבה וגזילה בא מטעם עברה שנעשה רשע הא כל ממון של חבירו שנמצא ת"י אדם גם בלא שום עון כמו בפקדון ומלוה ג"כ מחויב לשלם לחבירו ולא מטעם רשע אלא מטעם שהוא ממון של חבירו ומה שמביא מאנסתי ופיתיתי בלא"ה תמוהים דבריו דאטו מאנס ומפתה נקרא רשע לפסול לעדות ולשבועה ומה שמשלם בושת ופגם הוא מפני שהתורה חייבתו ולא מטעם עברה ומה שייך ענין זה להך דאין אדם משים עצמו רשע משא"כ בגווני שכ' הרשב"א ז"ל שאין עליו חיוב ממון אלא מטעם שמשים עצמו רשע וחשוד ע"ז הקשה הרשב"א אמאי מהימן נימא שאין אדם משים עצמו רשע ואינו יכול לפסול עצמו ויהא הב"ד משביעין אותו ומה א ראי' ממה שמחוייב להביא קרבן פשיטא דאין ראי' כלל דהא כבר כ' התוס' בב"מ ג' ע"ב ד"ה מה שהקשו איך נאמן לומר מזיד הייתי הא אין אדם משים עצמו רשע כמו בפ"ק דסנהדרין דף ט' גבי פלוני רבעני לרצוני וי"ל דאין אדם נאמן לפסול עצמו אבל הכא הוא עושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין בעזרה א"כ כש"כ כשעושה תשובה הוא מביא קרבן לכפר על

חטאו שעשה ובאמת אנן קימ"ל דחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן תדע שכן הוא שהרי הרשב"א ז"ל לא עמד לעיל על מתניתין דריש פרק שבועות העדות דהא דתנן וחייבין על זדון השבוע' אמאי חייב במזיד נימא אין אדם משים עצמו רשע ואי ע"י עדים הא יכול לומר אישתלי ולמה נטר בקושיתו עד פ' כל הנשבעין בחשוד על השבוע' אלא ע"כ צ"ל דמקרבן לא קשה כלל אחר שבא לכפרה ודרך תשובה כמ"ש תוס' בב"מ הנ"ל.: ודע דלפענ"ד יש לעורר דלפ"מ שכ' המהרש"א בריש פ' שור שנגח את הפרה דאף דאנן לא קימ"ל כרב אחא דגמל האוחר בין הגמלים בידוע שזה הרגו מ"מ כשהודה מעצמו שהגמל שלו נגח חייב לשלם קנס ולא חשוב מודה בקנס דפטור אלא העדים שהעידו שגמל הוא האוחר ין הגמלים מחייבין אותו אחרי שהודאתו הי' ע"י העדות של העדים שהמה הביאו אותו לידי הודאתו א"כ ה"כ י"ל:

בכה"ג שהעדים אמרו לו יודע אתה בעדות פלוני אף שהי' יכול לכפור ולומר שכחתי מ"מ כיון דשכחה לא שכיח והי' קשה עלי' למימר הכי לא נקרא משים עצמו רשע אלא העדים מרשיעים אותו כיון שמה שהודה הי' ע"י הגדת העדים (ועי' בהגהותי מלחמות ארי' לספר ברכת רצ"ה סי' ס"א מה שכתבתי לפלפל בדברי המהרש"א) ונראה לי שהר"נ ז"ל ג"כ כוון על דרך זה במה שכ' דכל שהי' עדות קרוב כ"כ דא"א לתלות בי' שכחה לא אמרינן אישתלי כו' דאין הכונה דלא מהימן לטעון אישתלי אלא הפי' הוא דאף אם הי' אומר אישתלי הי' מהימן מ"מ כשהוד' שהי' זוכר העדות לא מיקרי משים עצמו רשע אלא העדים מרשיעין אותו להיות חשוד על השבוע' שכנגדו ישבע ויטול אך לכאור' י"ל דפלגינן דיבורא שלא הי' לרצונה אלא באונס כמו גבי פלוני רבעני לרצוני דפלגינן דיבורא מ"מ מסתברא דלגבי שוי' נפשה חתיכ' דאיסורא לא שייך לומר פלגינן דיבורא דדוקא גבי פלוני רבעני וכדומה פלגינן דיבורא שמהני עדותו לחבירו אבל לגבי דידי' מה שנוגע לעצמו לא מצינו דנימא פלגינן דבורא:

ונ"ל עוד דיש ללמוד דין זה ממה שכ' הרמ"א אה"ע סי' ד' סכ"ו בשם מהרי"א בפסקיו דאשה שזינת' תחת בעלה אפי' היא אומרת של פלוני הוא והוא ממזר אין חוששין לדברי' וכן המחבר שם סעיף כ"ט כ' אשת איש שאומרת על העובר שאינ' מבעל' אינה נאמנת ובטור שם הביא הרב"י שכן כ' הרמב"ם בפט"ו מהל' אי"ב ומדשני הרמ"א מלשון המחבר והוסיף לכתוב אין חוששין לדברי' וגם כ' בשם פסקי מהרי"א משמע שבא להוסיף שאין חוששין לדברי' כלל אפי' לשוי' נפשה חתיכ' דאיסורא כגון שלא הניח בעלה זרע אחר ולפי דברי' צריכ' חליצ' ומ"מ אין חוששין לדברי' ומותרת בלא חליצ' ולא מצית שוי' נפשה חתיכ' דאיסורא מטעם שלא להוציא לעז על בני' וכמ"ש הר"נ ז"ל

בסוף נדרים במתניתין באומרת טמאה אני לך דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התור' למיגדר מלתא או דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני'. עוד נ"ל די"ל דמהרי"א לשיטתו אזיל שהביא המ"ל בפ"ג מהל' יבום אות י"ג בשם פסקי מהרי"א סי' רכ"ו דמשמע מדבריו דכל כנגד עדים לא מהימנא אפי' לשוי' נפשה חתיכ' דאיסורא א"כ י"ל דה"נ ראו חז"ל לחזק את דבריהם כאלו חנן סהדי ששקר בפי' ואנחנו כונו עדים דמינן להכי לא מצית שוי' נפשה חתיכ' דאיסורא ואין אנו חוששין לדברי' וחשבינן כאלו לא אמרה כלום ועוד נ"ל אפי' למשנ' ראשונ' דלא חששו לעיני' נתנה באחר ואמרו בטמא' אני לך נאמנת דוקא כשאמרה השתא נאנס' אבל כשאמרה שהבנים אינם מבעל' גם למשנה ראשונ' אינה נאמנת כדי שלא להוציא לעז על בני' דאל"ה יקשה לרב ששת ממשנ' ראשונ' אלא ע"כ צ"ל דדוקא כשאומרת טמאה אני לך השתא דלמשנ' ראשונ' מכאן ולהבא אסור' לבעל' ועל הבנים שיש לה ליכא לעז ע"כ נאמנת אבל כשאומרת שזינת' כבר ויש לעז על הבנים למשנה ראשונ' אינה נאמנת בין לר"ש בין לרבא דבזה כ"ע מודים סימן מב עוד על ענין הנ"ל לידידי הרב הה"ג חו"ב מו"ה יוסף באב"ד נ"י חד מבד"צ שלי וכעת אבד"ק קאלוש:

ע"ד אשר כתב לי איזה הערות על תשובתי הנני באתי להשיב לכ"ת על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון. מ"ש להעיר ממ"ש הרא"ש בפרק ג' דימות בהא דפליגי ר' יהודה ור' יוסי באנוס' ומפותה דר' יהודה סבר דצריכין להמתין שלשה חדשים ור' יוסי סבר דאינן צריכין להמתין ג' חדשים וז"ל וממתניתין דמפרישין אותן ג' חדשים כו' אין להביא ראי' לר' יהודה דאפילו ר' יוסי מודה בה דטעמא דר' יוסי דאשה מזנה מתהפכת והא מתניתין דלאו זנות הוא דהא אוקימנא בהוחלפו ע"ש מדבריו אלו מוכח דגם באשת איש שייך לומר דמתהפכת בזנות. אף כי יפה העיר מ"מ ליכא התחלת הוכח' כלל דהטעם שיש לומר דבא"א לא אמרינן דמתהפכת בזנות זהו משום דא"א בבעלי תולה דבר זה שייך לומר בא"א היושבת תחת בעלה אבל מתניתין דמיירי בהוחלפו בשעת כניסתן לחופ' ואינה יודעת מי הוא בעלה הרי אינה יכולה לתלות בבעל' בשום אופן דהא אינה יודעת במי לתלות ולהכי איצטריך הרא"ש לומר דהרי אוקימנא בהוחלפו:

ב) מה שכ' כ"ת לדחות דברי מה שכתבתי דלשמואל דלא ס"ל אישתהי יפרש דטעמא דרשב"ג דתלינן שהוא בר ט' וכבר היתי' מעוברת ולא ידעה מחמת שהיא מהמיעוט נשים שאין עוברן ניכר וע"ז כ' דהא כתבו התוס' והקדמונים דרשב"ג קאי אמה דקתני לעיל בתוספתא ובתוספתא תני לענין שזוקק ליבום ופוטר מיבום ואיך אפשר שיפטור מן היבום אם נתעבר' בזנות יסלח לי בזה כ"ת הלא אנכי כתבתי באשה שיולדת מבעלה

שנשוא' לו מכבר דאמרינן שהיא מעוברת מבעל' מקודם ובאופן זה הוא זוקק ליבום ופוטר מן היבום אלא שהוספתי לומר מחמת דאמר רשב"ג כל ששהה ל' יום באדם אינו נפל משמע בכל האופנים שיהיו ולכאור' בגווני שהיא נשוא' לבעל' רק ח' חדשים באופן זה אמרינן שנתעבר' מקודם בזנות ובאופן זה ודאי לא יהי' זוקק ליבום ולא יפטור מן היבום:

ג) מה ששאלני על מה שהקשיתי בדברי התוס' יבמות ושבת דאיך אפשר לומר דמה שאמר שמואל הלכה כרשב"ג קאי על בן ח' לבד ולא על סתם וולדות הא טעמא דרשב"ג משום דאמרינן בר ז' הוא ואישתהי ושמואל לית לי' דאמרינן אישתהי שהרי אמר לעולם אין האשה מתעברת ויולדת אלא לרע"א כו' ע"ז כ' כ"ת דמנ"ל דשמואל לית לי' הך דאישתהי ומה דאמר לעולם אין האשה כו' הוה פירושו על צד הרוב דאטו שמואל לית לי' דמיעוט נשים לשבעה ילדן זהו ת"ד אגיד לכ"ת שכן מפורש בנדה כ"ז ע"א דפריך התם הניחא למ"ד יולדת לט' יולדת למקוטעין משכחת לה כו' אלא למ"ד יולדת לט' אינה יולדת למקוטעין מה איכא למימר ע"ש ומ"ד דאינה יולדת למקוטעין הוא שמואל אלמא דס"ל לעולם אין האשה מתעברת ויולדת דוקא לעולם בכל הנשים ולא על צד הרוב ועי' בתוס' ד"ה אלא דמוכח מתירוצם שכתבו דרוב אמוראים לא ס"ל אישתהי דלא משכחת בשום פעם אישתהי גם על צד המיעוט דאל"ה לא פריך הש"ס מידי ומאי שהקשה הא איכא יולדת לשבעה הוא מבואר התם דאמר מר זוטרא דשמואל קאמר רק ביולדת לט' אבל לז' יולדת למקוטעין ע"ש וכיון דמבואר דשמואל אמר כחסידים הראשונים מוכח דרע"א דוקא לא פחות ולא יותר וילפינן לה מקרא דהריון בגימטריא רע"א ע"ש. ומה שהביא מהריב"ש סי' תמ"ו הריב"ש כ' לדידן דס"ל כרבה תוספאה דאישתהי מ"מ אפשר לפסוק כשמואל דאינ' יולדת למקוטעין אבל שמואל בעצמו דקאמר לעולם אין האשה מתעברת ויולדת אלא לרע"א נראה פשוט דסברת מקוטעין ואישתהי כהדדי נינהו הן אמת דבזה נהירנא לעייניו במה שכ' התוס' ל"ח דלא קימ"ל כרבה תוספאה דפרק הערל וכן כתבו התוס' לעיל דף כ"ז דרוב האמוראים לא ס"ל כרבה תוספאה וכבר תמה ע"ז החת"ס שהבאתי למעלה דהיכן מצאו התוס' אמוראים דלא ס"ל כרבה תוספאה וכן קשה מאי דכתבו דלא קימ"ל כרבה תוספאה הא התוס' בעצמם כתבו בשבת קל"ב ע"א ד"ה בן שמונה לפסוק להלכה בשם ר"י דאפילו בן ח' ודאי כגון שלא בא אל אשתו רק: פעם אחת ופירש וילדה לסוף ח' דמותר לטלטלו ואפילו בשבת דאמרינן בר ז' ואישתהי כדאמרינן בפ' הערל א"כ דברי התוס' סותרין אהדדי ומצאתי שכבר עמד ע"ז בתשוב' אחת של גדול אחד בספר שו"ת הגאון ר' משולם איגרא סי' ל"ט אבל לדעתי י"ל דכונתם

דכיון שהסוגיא דנדה קאי אליבא דשמואל כדאמרינן אלא למ"ד יולדת לט' אין יולדת למקוטעין ושמואל הוא דסבירא לי' הכי ע"כ להאי מ"ד לא ס"ל נמי הך ענין דאישתהי ואפשר שצריך להגי' בדברי התוס' וצ"ל דהני אמוראים לא ס"ל דאישתהי וגם התוס' בנדה שם שכתבו לפרש הך מימרא דר"א בר אהבה מה דקאמר ש"מ שיפורא גרים ולא כשמתחיל תשיעי שלה ל' יום לפני לידתה דאז נקלט הזרע ביום ראשון הית' יולדת לרע"א והיינו כשמואל שפיר כתבו דלא קימ"ל כרבה תוספאה וכונתם דלשמואל דס"ל דיולדת לרע"א כו' לא אפשר לסבור כרבה תוספאה דסברת אישתהי תלי' ג"כ בזה אי יולדת למקוטעין או אינה יולדת למקוטעין אבל למאן דס"ל דיולדת למקוטעין יסברו ג"כ די"ל נמי אישתהי וזה בזה תלי' ומעתה אין ראי' דרב אדא בר אהבה דאמר ש"מ שיפורא גרים לא ס"ל כרבה תוספאה משום דהתוס' לא כ' אלא דאי לא הוה אמרינן שיפורא גרים אלא יולדת לרע"א אז הוה מוכרחין לומר דלא כרבה תוספאה אבל באמת השתא דקאמר ש"מ שיפורא גרים ויולדת למקוטעין שפיר מצי סבר רב אדא כרבה תוספאה והנה רב אדא בר אהבה דאיהו הוא דמשני בשבת קל"ח ע"א אהא דפריך הש"ס לרשב"ג מימהל היכא מהלינן דמהלינן אותו ממ"נ אי חי הוא שפיר ממהלינן ואי מת הוא מחתך בבשר בעלמא הוא וכ' הרב"י או"ח סי' של"א וביו"ד סי' רס"ז דר' אדא בר אהבה ס"ל דלרשב"ג אין חילוק בין גמרו שערו וצפרניו בין לא גמרו ע"ש. מעתה לפ"ז אדרבה אלים לדידי' הך ענין דאמרינן אישתהי לרשב"ג דאפי' בלא גמרו סימניו כל ששהה ל' יום באדם אמרינן דאינו נפל דבר ז' הוא ואישתהי הוא דאישתהה ויקשה לפי"ז איך כ' התוס' בנדה אליבא דר"א ב"א דהוא מרא דשמעתתא דקאמר זאת אומרת שיפורא גרים דלא ס"ל דאישתהי אדרבה הוא סבר לרשב"ג יותר דאמרינן אישתהה אפי' בלא גמרו סימניו אבל לפי האמור שפיר ניחא דלפי האמת דקאמר דשיפורא גרים ס"ל ג"כ דאמרינן אישתהי והתוס' לא כ' אלא אלו לא הוה אמרינן שיפורא גרים ואינה יולדת למקוטעין וכשיטתו דשמואל אז לא הוה ס"ל ג"כ הך סברא דאישתהי ודו"ק: וכיון שזכינו לזה לחדש דבר דהך סברא דאישתהי תליא בפלוגתא דיולדות למקוטעין ארוחנא בזה דיש לומר דגם מאן דפליג אדרבה תוספאה ולא אמרינן אישתהי זה דוקא בבן ט' אבל ז' דכו"ע מודים דיולדות למקוטעין כו"ע ס"ל דאמרינן נמי אישתהי דשני דברים הללו תליין זה בזה ומעתה בבר ט' נמי אמרינן דתליא זה בזה דא"כ אי דרשא דהריון דוקא דיולדת לרע"א אינה יולדת למקוטעין ולא אמרינן ג"כ אישתהי ואי לאו דוקא ובר ט' ג"כ יולדת למקוטעין אמרינן אישתהי יותר מרע"א ימים. ואל תשיבני איך נפרנס סוגית הש"ס דיבמות דאמרינן דרבה תוספאה כרבי וכרשב"ג דלמא עד כאן לא אמרי דאישתהי

אלא בבן ח' אבל לא בבן ט' בזה י"ל דס"ל לרבה דבן ט' נמי יולדת למקוטעין כמו בן ח' אבל מ"מ אין ראי' מרבי ומרשב"ג דאינהו ס"ל אישתהי בבן ט' דאפשר דוקא בבן ז' ולא בבן ח' ובזה נסתר מה שכתב החת"ס לישב מה דהשמיט הרי"ף ז"ל הך דרבה תוספא' משום כיון דפסק כרשב"ג לא הוה צריך להביא הך סברא דרבה תוספא' ולפי האמור ליתא דאפשר לחלק בבן ז' הוא דאמרינן אישתהי אבל בבן ט' לא אמרינן אישתהי ולפ"ז הקושיא על הרי"ף למה לא הביא הך דרבה להלכה במקומה עומדת אבל מה אעשה שראיתי למהרי"ק סי' ק"ג דאזיל בתר איפכא אלא דיותר י"ל אישתהי בבן ט' מלומר בבן ח' וטעמא דידי' דבן ז' כיון דחזינן שהוא מן המוקדמים לגמור צורתו אין לתלות שהוא מאוחר בלידה משא"כ בן ט' שפיר יש לתלות יותר דאישתהי ע"כ דעתי בטילה נגד דעת מהרי"ק ואנכי לא כתבתי אלא לעורר:

ודע דלפ"מ שכתבתי דיותר י"ל אישתהי בבן ח' מלומר אישתהי בבן ט' נתיישב מה שהקשיתי על התוס' דיבמות פרק הערל ודשבת פרק ר"א דמילה מה שהקשו דלמא הא דאמר שמואל הלכה כרשב"ג קאי על בן ח' לבד ולא בסתם ולדות מה הקשו הא שמואל לא ס"ל דאמרינן אישתהי ולפי הנ"ל אתי שפיר דעד כאן לא שמענא דל"ס לי' לשמואל אישתהי אלא בבן ט' אבל בבן ח' דמודה דיולדת למקוטעין מודה דאמרינן נמי אישתהי:

ומ"ש ע"ד המ"ל אין רצוני להאריך בזה אחרי כי הדברים פשוטים רק מה שיש לי לעורר עוד דבלא"ה נמי לא קשי' קושי' הנ"ל דהנה בשבת פ"ו פליגי רב חסדא ורב ששת בפירש שכבת זרע מן האיש דרב חסדא ס"ל מטמא כל זמן שהיא לחה ומתיב רב ששת וס"ל דאינו מטמא כלל ופירש"י שפירש מן האיש על הבגד ומשמע דלר"ש שוב אינו ראוי להזריע כלל והרמב"ם ז"ל בפ"ה מהל' אבות הטומא' הל' י"ב פסק כרב חסדא דמטמא עכ"פ דבר זה אם אפשר להתעבר באמבטי או ע"י סדין תליא בפלוגתא לשיטת רש"י ז"ל בין ר"ח לר"ש. ומעתה א"ל דרבה תוספא' ס"ל כר"ש וא"א לתלות באמבטי או ע"י סדין אבל לדידן דקימ"ל כרב חסדא שפיר יש לתלות בהכי. ומ"ש כ"ת בגוף הענין דכיון דידעינן שזינתה שהרי היא והפועל מודים ומבואר בכל הפוסקים דהמה מהימני. יסלח לי בזה כ"ת דלא מצינו דמהימני רק בפנוי' שזינתה אבל לא בגונא דאיכא למתלא שמבעלה נתעברה וילדה ואף דמבואר בפוסקים ובשו"ע שם דהיכא דאיכא עדי כיעור חוששין על הולד ולא סמכינן על אישתהי אנכי לא שמעתי שיש בעובדא דידן עדי כיעור וגם היא בעצמה מקודם הכחיש' שהולד אינה מהפועל אלא מאיש אחד שבא לקנות ממנה מנעלים ואח"כ אמרה שמהפועל נתעברה וילדה ויען כי בפרט זה עדיין לא עיינתי

כל הצורך ויש לעיין בזה עוד הרבה איה"ש ע"כ פה תהא שביתת קולמוסי ועוד חזון למועד ברצות ד':

סימן מג

להרב הגאון המפורסם עומד על משמרת הקודש ללחום מלחמות ד' כש"ת מו"ה שלום קוטנא אבד"ק אייזנשטאט:

את קונטרסו המכונה וכתורה יעשה קבלתי ובעברי על דבריו ראיתי שיש לעורר לפע"ד איזה הערות בענין זה והנני להציע מה שעלה על רוחי בעזהש"י. כתב מעכת"ה דבן הנולד מן הנכרית לישראל הוא כנכרי לכל דבריו וגרוע מבן נכרי מן הנכרית דאם שניהם נכרים אם נתגיירו האב והבן יש להבן התייחסות לאביו לקיום מצות פ"ו לשיטת הרמב"ם והטור ז"ל דוקא בנתגייר הבן ולשיטת התוס' אפילו בלא נתגייר. הנה מה דפשיטא לי' למעכ"ת דבן הנולד לישראל מן הנכרית אין הישראל מקיים מצות פ"ו משום דאין לו התייחסות אחר אביו לא כן אנכי עמדי אלא כ"ל דמקרי בנו ויש לי ראיה ממקרא מלא דכתיב בסדר אמור (ויקרא כ"ד) ויצא בן אשה ישראלית והוא בן איש מצרי הרי מוכח דחשוב בנו וכמו דפריך הש"ס ביבמות דף ס"ב איתבי' ר' יוחנן לר"ל מהא דכתיב בעת ההיא שלח בראדך בלאדן בן בלאדן כו' ואף דמסיק הש"ס שם בתר הכי דדוקא היכי דיחסינהו בשמייהו ובשמא דאבוהון הא הירושלמי בפ' ב' דיבמות לא קא משני הכי ש"מ דלא סביר' לי' האי':

שינויא ועוד הרי המהרי"ט אלגאזי בכורות פרק ח' כתב לפרש הא דאיתא שם בירושלמי גוי הבא על ישראלית וכן ישראל הבא על הגויה והולידה בן הבא אחריו הוא בכור לנחלה דאתיא אפילו לר' יוחנן ור' יוחנן הא פריך לר"ל מהך דבלאדן בן בלאדן ולא ס"ל האי חילוקא דיחסינהו בשמייהו ובשמא דאבוהון וא"כ בודאי מוכח לדידי' מקרא הנ"ל דמקרי בנו ואף דהבא אחריו הוה בכור לנחלה מ"מ לענין יחוס שאני ודו"ק:

עוד אמינא דיש להביא ראי' ברורה מדברי התוס' קידושין דף י"ח ע"א ד"ה כאן שהקשו על רש"י ז"ל מה שכתב דאי הורתו שלא בקדוש' ולידתו בקדוש' רוח חכמים נוחה הימנו מב"ב דף קמ"ט גבי איסור גיורא הו"ל תריסר אלפי זוזי בי רבא כו' ומשמע דרבא לא רצה לשלם לרב מרי בר רחל אלא הי' רוצה לזכות בהן והשתא וכי לא הי' רוצה רבא שתהא רוח חכמים נוחה הימנו ע"ש ואי נימא דגוי הבא על ישראלית והוליד בן לא חשיב בנו כלל וגרע מגוי הבא על גויה והוליד בן הא אין התחלה לקושית התוס' דשאני רב מרי בר רחל שנולד מגוי הבא על הישראלית דלא חשוב בנו של איסור גיורא כלל ולהכי ליכא בזה דין דאין רוח חכמים נוחה הימנו ודוקא במי שנולד מאב ואם שהמה גוים ואח"כ

נתגיירו והית' הורתו שלא בקדוש' ולידתו בקדוש' אמרינן דאין רוח חכמים נוחה הימנו אבל לא כשאמו ישראלית אלא מוכח דגם בן הנולד מגוי הבא על ישראלית חשיב בנו ולא גרע מגוי הבא על הגויה דחשיב בנו. ודרך אגב קשה לי מה שהקשו ארש"י מהך דרבא עדיפא הוה להו להקשות דאיך אפשר שרבא מפרש הך מתניתין דפרק י' דשביעית דקתני לוה מעות מן הגר שנתגיירו בניו עמו כו' דמיירי שהית' הורתו שלא בקדוש' ולידתו בקדוש' איך קתני שנתגיירו בניו עמו דמשמע שהבנים צריכים גירות הא איתא ביבמות דף ע"ח ע"א אמר רבא נכרית מעוברת שנתגייר' בנה אין צריך טבילי' וצע"ג:

והנה החת"ס אבה"ע חלק ב' סי' מ"א הקשה מה דנקרא רב מרי בר רחל ולא בר איסור במחכ"ת אישתמיטתי' שכבר עמדו ע"ז בתוס' ב"ב דף קמ"ט שכתבו ומה שקרא אותו על שם אמו לפי שרוצ' ליחסו אחר שמואל כו' ועיין בסה"ד בשם רב מרי שהביא כן בשם רש"י ז"ל:

עוד הביא כ"ת שם בשם הרב הגאון מהר"מ פערליס ז"ל שהובא בדברי הקובץ תשובות להשר הרב ר' הירש לערן ז"ל אשר הציב לו יד ושם בקובץ תשובות גדולי הדור זה יותר מחמשים שנה ע"ד אסיפת קבוצת רבנים בברוינשווייג כי הציווילוריואונג הנעש' עפ"י חוקי המדינ' בפומבי ובפרהסיא חשובה הבעיל' בפרהסיא דכיון דנשאה לשם אישות הוי כאילו בעלה בפרהסיא וקנאין פוגעין בו ומעכת"ה כתב ע"ז דמ"ש דקנאין פוגעין בו הפריז על המדה והוי טעות דמוכח ושגגה פלטה קולמסו אבל מ"מ חשוב דבר זה לפרהסיא והביא שכן כתב הגאון מהר"ם ז"ל אבד"ק אונגוואר הנה אנכי לא ראיתי את כל יקר הקובץ הלזה ולא ידעתי אם נמצא פה עירנו שיהי' בידי לעיין בדבריהם אכן אמרתי נחזי אנן ונעיין קצת בענין הלז:

והנה מעכ"ת הביא מ"ש הל"מ בפ' ח' מה' מלכים הל' ב' בישוב קושיא הראנ"ח דאם בצינע' ליכא איסור בבא על הגוי' מדאורייתא למה הצריכ' תורה להתיר יפת תואר די"ל כיון דהוא לוקח אותה לעיני הכל ואומר שהוא לוקחה לבועלה אע"פ שמכניס' לתוך ביתו הוי פרהסיא ולכך הוצרכ' התורה להתירה וכן כתב הריטב"א בקדושין דף כ"ב גבי כהן מהו ביפת תואר ועיין בס' פ"י ובספר אבני מלואים סי' ט"ז. ולפענ"ד יש להביא ראי' לדברי הלח"מ ממ"ש הר"ן ז"ל בחידושיו לסנהדרין דף ע"ד בהא דפריך הש"ס והא אסתר פרהסיא הוי וז"ל דודאי הי' עשרה ישראלים בשושן כשלקחה אחשורוש לאשה ושוב חזר והקשה אמאי לא פריך והא אסתר גילוי עריות הוה וג"ע אפילו בצינע' יהרג ואל יעבור לא מיבעיא למ"ד ותהי לו לבת שהית' אסתר אשת מרדכי דאפילו בלא"ה איכא כרת בבא על ארמית ומשמע דה"ה לגוי הבא על בת ישראל ע"ש והנה זה פשוט וברור

דמ"ש וג"ע אפילו בצינע' יהרג ואל יעבור כונתו רק אי אסתר היתה אשת מרדכי אבל אי היתה פנוי' ליכא כרת רק בפרהסיא ולא בצינע' דלא עדיפא מישראל הבא על הכותית דדוקא בפרהסיא קנאין פוגעין בו אבל לא כשעוש' בצינע' ולפ"ז דברי הר"ן ז"ל צריכין ביאור דאטו אחשורוש בא על אסתר בפני עשרה ישראלים הלא ודאי הכניס' לתוך ביתה בשלמא הגמרא שפיר פריך והא אסתר פרהסיא הוי היינו שהלקוחין היו בפרהסיא כמ"ש הר"ן ז"ל בעצמו ואי נימא דבפרהסיא אפילו על מצוה קלה יהרג ואל יעבור קשה מאסתר אמאי לא מסרה עצמה על הלקיחה אבל מה שהקש' הר"ן ז"ל אמאי לא מסרה עצמה משום איסור בעילת גוי הא י"ל דלא הוי בפרהסיא אלא מוכח מזה כמ"ש הלח"מ דס"ל להר"נ ז"ל דכיון שלקחה לתוך ביתו ע"מ לבעול אותה חשיב פרהסיא:

אמנם לפענ"ד יש להעיר דהנה בכתובות דף ט' ע"א בתוס' ד"ה מפני מה לא אסרוה כתבו והלא אותו מעשה בעדים הוה ואין נראה דנהי דידוע לרבים שהביא' לביתו מ"מ לא ראו כמכחול בשפופרת שבפני בני אדם לא שימש וכתב בשיט' מקובצת שם ולי נרא' דאינו קשה דכיון דדוד שלח אחריה ונתייחד עמה בעדים אמרינן בכה"ג הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ע"ש והנה לכאור' לפי סברא זו חשיב כמו פרהסיא דכיון דהלקיח' הי' ידוע לרבים חשיב הביא' נמי פרהסיא אבל אם כה נימא יקשה הא דאיתא בב"מ דף נ"ט ע"א ובסנהדרין דף ק"ג ע"א דרש רבא מאי דכתיב ובצלעי שמחו ונאספו אמר דוד לפני הקב"ה כו' אומרים לי דוד הבא על א"א מיתתו במה ואני אומר מיתתו בחנק ויש לו חלק לעוה"ב אבל המלבין פני חבירו ברבים אין לו חלק לעוה"ב ע"ש והרב מברטנורא בפ' ג' דאבות הביא לפרש הא דחשבינן התם בין אלו שאין להם חלק לעוה"ב מגלה פנים בתורה שלא כהלכ' שמעיז פניו לעבור על דברי תורה בפרהסיא ביד רמה ע"ש ואי נימא דמעשה דבת שבע חשיב פרהסיא מפני שהי' ידוע לרבים איך אמר להם מיתתו בחנק ויש לו חלק לעוה"ב הא הי' להם להשיב ה"מ בצינע' אבל בפרהסיא אין לו חלק לעוה"ב דהוי בכלל מגלה פנים בתורה שלא כהלכ' אלא מוכח דכעין זה לא חשיב פרהסיא ורק דלענין עדות חשיב כמו דאיכא עדים מטעם דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה אבל לענין פרהסיא בעינן שיהא בפני עשרה ישראלים ממש ולא מהני מה שידוע לרבים מחמת שלקחה לביתו ודו"ק:

אבל י"ל ולדחות קצת דהנה בב"מ שם איתא אמר רבה בר בר חנא אמר ר' יוחנן נוח לו לאדם שיבוא על ספק א"א ואל ילבין פני חבירו ברבים כדדרש רבא כו' וכתבו בתוס' נקט הכי משום דבת שבע ספק א"א הוה וכונתם דמהך דדרש רבא מוכח באמת דאפילו ודאי א"א קיל ממלבין אבל אי נימא דמעשה דבת שבע חשיב פרהסיא כיון דהלקיח'

הי' ידוע לרבים שפיר י"ל דבדקדוק נקט הש"ס ספק א"א דאלו הי' בת שבע ודאי א"א לא הי' קיל ממלבין דבפרהסיא אין לו חלק לעוה"ב אבל כיון דהי' רק ספק והעולם לא ידעו אם חזר אוריה בסוף המלחמ' אין החילול השם גדול כל כך ולא חשיב פרהסיא ע"כ קיל ממלבין והא דקאמר הגמרא נוח לו לאדם שיבוא על ספק א"א ולא ילבין פני חבירו ברבים היינו שיבוא על ספק א"א ג"כ ברבים והאי ברבים קאי אתרווייהו אבל עכ"פ מה שכתב המהר"ם פערליס דבציוויל טרויאונג קנאין פוגעין בו הא ודאי טעות גדול הוא והוא נגד מה שמבואר:

בטור ובשו"ע אה"ע סי' ט"ז דבנשואין לבד לא עבר אלא על לאו דלא תתחתן וזה פשוט וברור:

עוד כתב להכות על קדקדם של בעלי האסיפה בברוינשווייג מה שרצו לומר דאין איסור היכי שמתנין לגדל את בניהם ביהדות והביא מעכ"ת בשם הגאונים הנ"ל דעפרא לפומייהו כי אין שום תנאי מועיל בזה והנולד מן הנכרית הוא כנכרי לכל דבריו הנה בגוף הדבר בודאי ראוי לומר דעפרא לפומייהו משום דהתנאי הלזה הוא רק פטפוטי דברים ושיני בנים תקהינה אבל מ"מ לא אכחד תחת לשוני מה שראיתי בספר הפלאה ריש פרק אלו נערות בתוס' ד"ה על הכותית שכתב דאפילו אי כותים גירי אריות הם מ"מ כיון דעכ"פ מתנהגין כמנהג יהדות אין קנאין פוגעין בו ועיין בחידושי הר"ן ז"ל על סנהדרין שם ולא באתי אלא לעורר:

עוד הביא כ"ת מ"ש החת"ס באה"ע חלק ב' סי' מ"א וז"ל ורב מרי בר רחל הואיל ואתא לידן אימא בה מילתא דצל"ע למה לא נקרא מרי בר איסור דאע"ג דכקטן שנולד דעי לענין ירושה ויחוס משפחה מ"מ התורה אמרה וכי יגור אתכם גר ועשה פסח לד' המול לו כל זכר ומזה ילפינן דמילת בניו מעכבת את האב מלעשות פסח ואי ס"ד דגר שנתגייר אין בניו נקראים על שמו כלל א"כ כי יגור דכתיב מנ"ל שיעכבוהו לעשות פסח ורומכ"ת טען ע"ז שיש לחלק בין קודם מתן תורה לבין אחר מתן תורה ולפענ"ד במחכ"ת של הגאון חת"ס ז"ל שגג בגוף הדבר מה שסבר דהא דכתיב וכי יגור אתכם גר המיל לו כל זכר קאי על הבנים שנולדו לו קודם שנתגייר דז"א אלא קאי על הבנים שנולדו לו אחר שנתגייר והיתה הורתן ולידתן בקדוש' כדמוכח בהדיא ביבמות דף ע"א דרצה הש"ס למיפשט מהברייתא דקתני אין לי אלא מילת זכריו בשעת עשי' כו' דערלה שלא בזמנה הוה ערלה דזכריו דאיתנייהו בשעת אכיל' ולתנייהו בשעת עשיה היכי משכחת לה לאו דאיתיילדו בין עשיה לאכיל' ע"ש ואי נימא דקאי אבניו שהי' הורתן קודם שנתגייר דהיינו שלא בקדוש' הא בודאי נימולים ביום אחד ולא לשמונ' ימים כמו שאר גרים וא"כ אפילו

נתיילדו בין עשיה לאכיל' הוי ערלה בזמנה ואיך שייך לומר בהם ערלה שלא בזמנה אלא פשיטא דמיירי הקרא דוקא באותן שהיתה הורתן בקדוש' והמה ישראלים גמורים ונמולים לשמונה ומשו"ה הוי ערלה שלא בזמנה וזה ברור:

אבל מה שכתב כת"ה לחלק בין קודם מתן תורה בין לאחר אתן תורה דהא דקי"ל דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי זה רק לאחר מ"ת משום דהתורה לישראל נאמרה אבל פסוק דכי יגור אתכם גר בפסח מצרים נאמר ואין למדים ממנו על לאחר מ"ת דבריו צודקים ואנא אמינא עוד סיוע לזה ממה שכתב הרמב"ן והמזרחי ז"ל על רש"י בסוף פרשת אמור במקלל על הפסוק בתוך בני ישראל מלמד שנתגייר והקשו ע"ז למה הוצרך להתגייר הא קי"ל דגוי הבא על בת ישראל הולד ישראל גמור הוי והביאו דחכמי צרפת אמרו דקודם מתן תורה הולד הולך אחר הזכר וכאשר נולד זה לא מלו אותו כי מצרי היה בדתו ע"ש א"כ כמו כן י"ל דקודם מ"ת גר שנתגייר עם בניו הבן מתייחס אחר אביו בכל הענינים ולא הוי הבן כקטן שנולד וכסברת כת"ה: אמנם הרמב"ן בחומש שם השיג על חכמי צרפת מה שכתבו שלא מלו אותו דאם לאחר מתן תורה עכו"ם שבא על בת אברהם מחייבי לאוין ואין לו בה קדושין הוא מקוה טהרה לאומות להכשיר את הולד להיות כמוה לא כ"ש קודם התורה שתהא מטהרת ולדה להיות כמותה לחייבו במילה מזרעו של אברהם ויהא מכלל בני ישראל ע"ש אמנם אפילו לדעת הרמב"ן ז"ל יש לומר דקודם מתן תורה אם נתגייר אביו אחרי שנולד הבן הוא מעכבו מלאכול בפסח עד שנימול הבן מעתה יש לקיים דברי החת"ס דפסוק דכי יגור אתך גר מיירי ג"כ בעכו"ם שבא על בת ישראל והוליד בן שהוא נימול לשמונה ימים ומ"מ אם נתגייר האב אחר כך הי' הבן מעכב את אביו מלאכול בפסח עד שנימול ודברי החת"ס יש לאוקמי' דכונתו על עכו"ם שבא על בת ישראל וסבירא לי' דגם אחר מתן תורה הדין כך הוא ולפענ"ד יש להוסיף בזה ולומר דבאמת לפי מה דשקיל וטרי הש"ס מעיקרא סבר הש"ס דקרא דכי יגור אתך גר מיירי בנולדים אחרי הגירות דאז הוי נימול לשמנה אבל אליבא דרבא דמשני התם כגון שהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורין וכתב רש"י ז"ל חבושין בשעת עשיה ומצות מילה מוטלת עליהן וע"ז כתב המהרש"א ויש לתמוה דהא האשה אינה חייבת למול את בנה וי"ל דהכא כיון דחייבת לעשות פסח מצוה נמי עליה למול את בנה דמילת זכרים מעכבת גם בה דהכי נמי מילת עבדים מעכבת בה ע"ש אמנם אם אפילו הדין כך הוא מ"מ קשה למה לי' לרבא להוסיף אמו הא הי' סגי למימר כגון שהי' אביו חבוש בבית האסורין אלא על כרחך דרבא בא לאשמועינן הלכה זו דמילת הבן מעכב את אמו מלאכול בפסח אע"פ שאין מצות מילה מוטלת עליה וממילא ה"ה בישראלית שהולידה

בן מגוי ג"כ מעכב את אמו מלאכול בפסח ואם גם אם האב נתגייר אחר שנולד מעכב גם אותו מלאכול הפסח לדעת החת"ס הנ"ל:

אמנם ראיתי בספר תורת משה על התורה מהגאון חת"ס ז"ל בפרשה בא על הפסוק וכי יגור אתך גר כתב בעצמו דלא כמ"ש בספרו חת"ס וז"ל נתקשיתי זה ימים רבים הכא קאי לומר מילת זכרים מעכב בפסח והכא בוכי יגור אתך גר מניין לו להגר בנים זכרים שיעכבנו בפסח הלא מכיון שנימול האב שוב אינם בניו ואפילו יהיו ערלים אינם מעכבים אותו מלאכול בפסח ואי נולד לו ביהדותו א"כ היינו ישראל ומ"ש כי יגור אתך גר דנקט ע"ש: הביא מעכ"ת מה דאמרינן בסנהדרין דף פ"ב על הפסוק וירא פנחס בן אלעזר מה ראה. ראה מעשה ונזכר הלכה אמר אחי אבי אבא לא כך למדתני ברדתך מהר סיני הבועל ארמית קנאין פוגעין בו ודקדק כת"ה על הלשון ברדתך מהר סיני דלמה צריך לומר באיזה זמן למדו ועוד ראיתי שעמד כ"ת איך נשכח הדין זה מכל ישראל ולדעתי באמת ראוי להתבונן על דבר זה (דוגמא לזה הקשה בחידושי מהרש"א ב"ב דף כ"א ע"א גבי יואב שאמר אנא זכר אקריון איך טעו בזה כל ישראל) אבל מה שאני אחזה דיש לומר עפ"י מה שמצינו בסדר במדבר אלה תולדות אהרן ומשה ביום דבר ד' בהר סיני וכתב רש"י שלמד אותם ביום הזה ומשמע דביום רדתו מהר סיני לא למד עם כל ישראל רק עם אהרן ובניו ואע"ג דפנחס לא נזכר בההיא פרשה י"ל דלא קא חשיב משום דהוי בן אלעזר ומשום דקא חשיב אלעזר אביו לתולדות משה ואהרן ממילא הוי הוא בכלל וגם י"ל דדבר זה דהבועל ארמית קנאין פוגעין בו לא למד מרע"ה גם אח"כ עם כל ישראל כי צפה מרע"ה ברוח הקודש כי פנחס עתיד להיות קנאי הוא ולא אחר ובזה עולה על נכון למדתני בלשון יחיד כי עמו לבד למד דין זה ומשו"ה לא ידעו מזה כל ישראל וגם יש לפרש עפ"ז ראה מעשה ונזכר הלכה שראה מה שכל ישראל בוכים שאינם יודעים מה לעשות ומשו"ה אמר ליה מרע"ה קריינא דאגרתא איהו ליהוי פרוונקא ודו"ק:

עוד כתב כ"ת תבנא לדינא כי הילד הנולד מאינה יהודית הולד כמותה כל זמן שהאם נשאר' במעמדה בדתה אשר נולדה ונתגדלה בה לא תוכל להביא את ילדיה להתגייר אם לא תגייר היא עצמה לא ידעתי מה עלה על דעת מעכ"ת לחשוב כן ואדרבה בשטמ"ק כתובות דף י"א מפורש בהדיא ההיפוך מזה שכתב בהדיא בשם רש"י ישן שפירש הך דאמרינן גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד שהביאוהו:

אביו ואמו לגיירו אע"פ שלא נתגיירו הם ועוד כתב דכשנתגייר' האם עם בנה א"צ דעת ב"ד כלל ע"ש א"כ מה שכתב רש"י שלנו ואמו הביאתו לגיירו ע"כ שהיא בעצמה לא נתגייר' מדקאמר ע"ד ב"ד דאי גם אמו נתגיירה הלא א"צ דעת ב"ד כלל:

כתב מעכ"ת דישראל הבא על הנכרית והוליד בן ממנה אין האב יכול להביא את בנו לגייר אחרי כי אין הבן מתייחס אחריו אלא נגרר אחר האם שלו ואיך יזכה האב העבריין את הילדים אשר הוליד בפשע וחטאה אמינא דאם לדין יש תשובה דכיון דהטעם דהאב יכול להביא את בנו לגייר וא"צ דעת ב"ד הוא משום דאמרינן דניחא להו במאי דעביד אבוהון כדאיתא בסוגיא דכתובות שם א"כ גם בכה"ג שהאב הוא ישראל ג"כ שייך לומר דניחא להבנים במאי דעביד אבוהון דאטו משום דעבר האב וחטא והוליד בן בעבירה' מגרע גרע לגבי זה הבן דנימא דבגלל הדבר הזה לא ניחא ליה במה דעביד אבוהון הא ודאי לא ניתן להאמר כלל:

עוד כתב כ"ת ואף אם תחזור האשה אינה יהודית שנשאת לאיש ישראל עפ"י חוקי המדינ' אם אינה ידוע שהיא מעוברת צריכה להמתין ימי הבחנה ואם אינה מעוברת תנשא לו בחופ' וקידושין הנה לכאור' מצד הדין אסורה לכתחל' להנשא לו עולמית שהרי שנינו במתניתין ביבמות דף כ"ד ע"ב הנטען על השפחה ונשתחררה על הנכרית ונתגיירה ה"ז לא יכנוס ואם כנס אין מוציאין מידו וכן הוא ברמב"ם ובטור ובשו"ע אה"ע סימן י"א סעיף ה' ובב"ש ס"ק ח' כתב אפילו אי בא עליה בודאי לא יוציא כו' עכ"ל ובנ"י יבמות שם כתב שכן הוא בהדיא בתוספתא ע"ש אמנם י"ל דהטעם שאסור לישא אותה אם בא עליה הוא על כרחך כדי שלא יאמרו בשביל זה נתגיירה דהא הטעם שכתב רש"י ז"ל במתניתין גבי הנטען משום דמחזיק לקלא לא שייך היכא שבא עליה בודאי וכן כתב הריטב"א ז"ל בחידושיו שם בהדיא ומעתה יש מקום לומר דבציוויל טורויאונג שכבר המה נשואים בגיותן עפ"י חוקי המדינה שוב אין כאן עקשות פה לומר דבשביל כך נתגיירה וגם י"ל דמוטב להתיר כדי שלא יהי' כל ימיהם באיסור דאורייתא ויש לדבר בזה הרבה אבל לא באתי אלא לעורר ועי' מ"ש בענין זה בספרי זה בחלק יו"ד סי' מ"ם ומ"א:

עוד מה שרצה לחדש דגר שנתגיירה בתו עמו האב זכאי בקידושיה ובהפרת נדריה דדוקא לענין איסור עריות ולענין מצות חשוב' כקטן שנולד אבל לענין התייחסות שאינן של מצוה חשובה כבתו שאביה מקבל קדושיה ומפר נדריה יעיין כ"ת בספר הפלאה שם בכתובות דף י"א ד"ה יהבינן לה כתובה שכתב דעל כרחך גיורת קטנה שנשאת היינו דמתקדשת למיאון ומוכח דהיה פשוט ליה דאין האב יכול לקבל קדושיה מדאורייתא וכן הדבר פשוט גם בעיני דמ"ש מענין סדר נחלות דמבואר בש"ס ופוסקים דאם הורתו שלא בקדוש' אינו יורש את אביו דכקטן שנולד דמי וכן אביו אינו יורש אותו ורק לענין מצות פו"ר אביו מקיים על ידו אבל לא מצינו שיהא בנו לשום דבר וגם יש להוכיח ממתניתין דריש פרק אלו נערות שיש להן קנס כו' הבא על הגיורת שנתגייר' פחותה מבת שלש

שנים ויום אחד והנה רש"י ז"ל כתב במתניתין אם אנסה אדם נותן קנס לאביה דכתיב ונתן האיש השוכב לאבי הנער' ולפ"ז לכאור' קשה דמאי פריך הש"ס בכתובות שם ואי אמרת הגדילו יכולין למחות יהבינן לה קנס ואזלא ואכלה בגיותא הא בגמרא מוקי לה לעיל בגר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו א"כ הקנס הוא לאביה ואיך תיזיל ותאכל בגיותא אלא מוכח דכיון שהיא כקטנה שנולד' דמי הקנס לעצמה ולא לאביה דאין לאביה זכות בה כלל ועיין בכתובות דף ל"ח דמדמי הגמרא כסף קדושיה לכסף קנסה. עוד כתב כ"ת על מה שהקשה האבני מלואים סי' י"ג ביבמות דף מ"ב מתיב רבא גר וגיורת צריכין להמתין ג' מדשים הכא מאי להבחין איכא הלא קי"ל דגר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד וכשהגדיל יכול למחות ואם הורתו בקדוש' הוא ישראל גמור א"כ שפיר יש להבחין בין ישראל לעמים וע"כ צריכין להמתין שלשה חדשים ומאי פריך וע"ז כתב כ"ת שהקושיא מעיקרא לא קשיא דהלא הקושיא סובבת והולכת אדברי ר"נ א"ש דדריש הקרא משום להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך וכמו שפי' רש"י שאין השכינה שורה אלא על הודאי שזרעו מיוחס אחריך ומייתי גמרא דבני ערבוביא כו' אבל אי נ"מ לדינא בדבר אחר על זה לא איכפת לנו מהך דרוש ושפיר הקשה בגמרא ותירץ ה"נ איכא להבחין בין זרע שזרע בקדושה לזרע שלא נזרע בקדושה לפע"ד אי אפשר כלל לומר דהס"ד דהש"ס לא ידע דצריך להבחין בין אם הבן הנולד הוא ישראל או הוא נכרי דהא אדרבה עיקר הפסוק מיירי בהכי דכתיב להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך ורק חז"ל דרשו ג"כ להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני ודבר זה אתיא מדרשא וכ"ש שיש להבחין שיהא ד' אלקים לו ולזרעו שזהו מפורש בקרא ולא יהא הדרש עדיף ממה דכתיב בהדיא בפסוק ולהכי לא אפשר לומר דהס"ד לא ידע שיש להבחין בין ישראל לעמים. אבל מה שתירץ הא"מ עולה שפיר דכיון דקי"ל דמעוברת שנתגיירו' בנה א"צ טבילה א"כ בין כך ובין כך הוא ישראל ולהכי ליכא בזה הבחנה בין ישראל לעמים והתרצן משני ליה להבחין בשעת הזריע' אם נזרע בקדוש' או נזרע שלא בקדוש' ודברי הגאון ז"ל המה מתוקים מדבש:

אולם מה דקשה לי על מ"ש הרמב"ן והמזרחי ז"ל בשם חכמי צרפת שהבאתי למעלה דקודם מתן תורה הולד הולך אחר הזכר וגוי הבא על ישראלית והוליד הולד הוא גוי מהא דאמרינן ביבמות דף ק' ע"ב דפריך הש"ס אלא מעתה גבי אברהם דכתיב להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך התם מאי קא מזהר לי' רחמנא הכי קאמר ליה לא תנסיב נכרית ושפחה דלא ליזול זרעך בתרה ועיין ברש"י שם שהביא הש"ס דקידושין דהולד כמותה ולחכמי צרפת הלא קודם מתן תורה הולד הולך אחר הזכר ואמאי נזהר רחמנא לאברהם שלא לישא נכרית וצריך לומר דמה שכתבו אחר הזכר לאו דוקא אלא הולך

אחר הפגום שבשניהם ובעינן שיהא אביו ואמו מישראל אבל כל שאחד מהם או אביו או אמו גוי הולד גוי:

עוד י"ל דחכמי צרפת יפרשו הא דלא ליזול זרעה בתרה היינו לא להתייחס אחרי אמם אלא שתסיר האם את ילדיה מאחרי הש"י לעבוד ע"ז וכמ"ש רש"י לפרש ביבמות דף י"ז ע"א קרא דכי יסיר את בנך ע"ש:

אבל אי קשיא הא קשיא לי לפמ"ש הב"ש באה"ע סימן ד' סעי"ק כ"ב דאפילו באו עדים על א"א שזינת' הבן כשר דתולין בבעלה משום דהבעל מצוי לה ורוב בעילות אחר הבעל א"כ למה הוצרך המקלל להתגייר דמנ"ל שהי' בן מצרי הלא רש"י בפרשת שמות כתב שבא המצרי על שלומית בת דברי והיא סבורה שזה בעלה וכיון שהיה לה בעל תולה בבעלה משום דרוב בעילות אחר הבעל ועכצ"ל דאמו ידעה שהוא בן המצרי מחמת שלא היה בעלה אצלה זמן רב מקודם ולא אח"כ ואמו הביאתו להתגייר וצע"ג עוד חקר מעכ"ת מהו הדין בבן שנולד לישראל מן הנכרית יפת תואר שנתעברה מביאה ראשונה שהותרה במלחמה למ"ד שהותרה ביאה ראשונ' ונתגיירה ונשאה הבעל דשם לא נעשה הביאה באיסור שלא ראה שדברו בזה איתני הוראה לדעתי יש להוציא דבר זה מגמרא מפורשת בסנהדרין דף כ"א ע"א דאמרו לי' מאי טעמא קא נסיבת יפת תואר אמר להם יפת תואר משרי שרי אמרו ליה לא דרשת סמוכין דסמיך לי' כי יהי' לאיש בן סורר ומורה כל הנושא יפת תואר יש לו בן סורר ומורה וע"ש ברש"י דקאי על אבשלום:

בן מעכה שהיתה יפת תואר מבואר דהבן הוא ישראל גמור ומבואר דתמר לא חשיבא בת דוד ואחר שנתגיירה פשיטא דהנולדים חשיבי בניו כמו שמוכח מש"ס סנהדרין ק"ז ע"א דאמרינן שסופו להוליד בן סורר ומורה ועיין בתוס' שם ד"ה דאי:

אמנם לפ"ז יש להשיב על מה שכתב הלח"מ בהל' מלכים שהבאתי למעלה בישוב קושית המזרחי דאי ליכא איסור בביאת נכרית בצינע' למה הצריכ' התורה להתיר יפת תואר ותירץ הלח"מ דכיון שמכניסה לביתו ע"מ לבעול חשיב פרהסיא וקנאין פוגעין בו ולהכי איצטריך להתיר יפת תואר עדיין קשה לפמ"ש בספר הפלאה ריש פרק אלו נערות דהבא על הכותית בפרהסיא גם למ"ד דכותים גירי אריות הם ליכא דין דקנאין פוגעין בו גבייהו משום דעכ"פ מתנהגין במנהג יהדות דא"כ חזר' הקושיא ביפ"ת דהתם בודאי יתנהגו מנהג יהדות דהא המה כבושים תחת ידו ומגייר אותה בע"כ ודו"ק:

ואת אשר אנכי אחזה בישוב קושית המזרחי הנ"ל דלכאור' איך אפשר לומר דליכא איסור מדאורייתא הא אזהר רחמנא לאברהם לא תנסיב נכרית ושפחה דלא ליזל זרעך בתרה וא"ל דרחמנא אזהר רק דרך נשואין אבל לא בזנות דז"א דכיון דהטעם הוא כי

היכי דלא ליזל זרעה בתרה גם בזנות איכא הך טעמא דלא ליזל זרעה בתרה א"כ נהי דבביא' מצד עצמה ליכא איסור עכ"פ צריך להיות אסור משום הזרע אך י"ל דבסוף פרק ד' אחין יבמות דף ל"ח ע"א איתא אמר אביי אשה מזנה מתהפכת כדי שלא תתעבר ע"ש ולהכי שפיר י"ל גם כאן בזנות ליכא חשש זרעו משום דמתהפכת ולהכי ביפ"ת דהיא כבושה תחתיו ויראה להתהפך אי לאו דשרי רחמנא הית' אסורה מדאורייתא משום הזרע דלא ליזל בתרה ואף דעכשיו היא כבושה תחתיו מ"מ כיון דסופה שתלד בן סורר ומורה בודאי חשש גדול שילכו בתרה וגם אם לא יהי' ברצונו לקחתה וישלחנה לנפשה אזי הבן אשר תלד קודם הגיירות יהי' גוי גמור וע"כ צריכה התורה להתיר יפת תואר:

וע"פ אופן זה נראה לי ליישב קושית הישוי"ע באה"ע סי' ט"ז שהרמ"א בסעיף א' בהגה"ה הביא דעת החולקים דגם בדרך אישות ליכא מלקות וכתב הב"ש הטעם דסבירא להו להנך פוסקים דלאו דלא תתחתן בם קאי בגירותן וכתב הישוי"ע ואני תמה בזה ולא יכולתי להבין דאפילו אי לאו דלא תתחתן קאי בגירותן מ"מ איכא איסור לאו דלא תקח דבין כך ובין כך לוקה ומביא כך בשם התוס' דע"ז. ונ"ל די"ל דהענין כך הוא דאי נימא דלא תתחתן קאי בגיותן אין שום חילוק בין שבעה אומות לשאר אומות לר"ש דס"ל כי יסיר לרבות כל המסירין א"כ האיסור הוא החיתון בעצמו כמו בז' עממין אבל אי נימא דלא תתחתן קאי בגירותן ובשאר אומות בודאי מותר בגירותן כמ"ש התוס' בע"ז א"כ י"ל דבשאר אומות גם בגיותן לא נאסר אלא משום הזרע דכתיב כי יסיר את בנך אבל במקום דליכא חשש זרע כגון ביאה ראשונה דקי"ל דאין אשה מתעברת מביאה ראשונ' או איילונית וזקנה דלא הוי בת בנים או שתהא מתהפכת ליכא איסור מדאורייתא דבזה ליכא הטעם דכי יסיר ודו"ק:

והנה בתוס' שם ד"ה לזרעך אחריך כתבו וז"ל לקמן בפרק נושאין דף ק' ע"ב דריש מהאי קרא דאזהר רחמנא לאברהם לא תנסיב נכרית ושפחה דלא יתייחס זרעך בתרה עכ"ל ולפי השקפ' ראשונ' נראה דכונת דבריהם דשתי מימרות הללו סותרות אהדדי דכאן דריש מהאי קרא לענין הבחנה. אמנם לפ"ז תמוה הדבר מאוד דכאן הוא מימרא דשמואל והתם פריך הש"ס נמי אשמואל דאמר עשרה כהנים עומדים ופירש אחד מהם ובעל הולד שתוקי מאי שתוקי כו' שמשתקין אותו מדין כהונה מאי טעמא אמר קרא והיתה לו ולזרעו אחריו בעינן זרעו מיוחס אחריו וליכא מתקיף לה רב פפא אלא מעתה גבי אברהם דכתיב להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך התם מאי קא מזהר ליה רחמנא ומשני הכי קאמר ליה לא תנסיב נכרית ושפחה דלא ליזל זרעך בתרה ע"ש וכיון דשמואל גופא דריש מהאי קרא דאברהם לענין הבחנה מאי פריך ומאי קא משני דקא מזהר אנכרית

ושפחה אבל מלבד זה עוד הקשה המהרש"א דאיך נשא אברהם הגר שהית' שפחת שרה וקטורה שהיתה נכרית ותירץ שע"י הנשואין נשתחררה הגר כדין הנושא את שפחתו וע"ז הקש' עליו שהרי אח"כ קראה הכתוב שפחת שרה וגם קשה מקטורה אבל מלבד זה קשה לי לפי מה שכתבו הרמב"ן והמזרחי ז"ל בשם חכמי הצרפתים שהבאתי למעלה דקודם מתן תורה הולד הולך אחר הזכר מה יעשו הא דאזהר רחמנא לאברהם דלא לינסיב שפחה ונכרית דלא ליזל זרעך בתרה ועיין שם ברש"י שהולד כמותה כמו דאיתא בקדושין בפרק האומר וגם התוס' גופא כתבו ביבמות שם דף מ"ב הלשון דלא יתייחס זרעך בתרה ולכאור' חכמי הצרפתים סותרים זה לזה ועוד יש לתמוה איך נשא משרע"ה בת יתרו דרש"י בסנהדרין דף פ"ב ע"א כתב גבי בת יתרו מי התיר לך וז"ל משה קודם מ"ת נשא וכשניתנה תורה כולהו בני נח היו ונכנסו לכלל מצות והיא עמהם כו' ע"ש ואכתי קשה הא כבר גם קודם מתן תורה הזהיר רחמנא לאברהם שלא לישא נכרית ואין לי פנאי לחפש בספרים אם כבר העירו בזה:

ומה שהאיר ד' את עיני בזה שיש לפרש שנויי דהש"ס על דרך אחר דלכאור' יש להבין דמאי פריך הש"ס אלא מעתה גבי אברהם כו' התם מאי קא מזהר ליה רחמנא וכתב רש"י הכא מאי פסול קא דרשת ביה הא ודאי גבי ישראל כשר הוא כגון עשרה כשרים עומדים ופירש אחד מהם ובעל עכ"ל דהיא גופא מנ"ל דלמא כמו גבי כהונה משתקין אותו מדין כהונה כן ה"ה גבי ישראל משתקין אותו מדין ישראל ואף די"ל דזה אי אפשר דאם משתקין אותו מדין ישראל לא הוי צריכין קרא דמשתקין אותו מדין כהונ' כיון דאינו בכלל ישראל מ"מ צריך טעם לחלק דאמאי מדין כהונה משתקין אותו ומדין ישראל פשיטא דאין משתקין אותו ואע"ג דרש"י כתב דהא דמשתקין אותו מדין כהונה זהו רק לפסלו מעבודה ומשמע דלשאר דברים הוא חשוב ככהן זהו רק לפי המסקנא דהך דרשא ולזרעו אחריו אינו אלא אסמכתא בעלמא אבל לפי הס"ד דהש"ס דהוה דרשה גמורה פשיטא דאין לו שום דיני כהן כלל דמדאורייתא אין לחלק בין פסול עבודה לשאר דברים ומעתה צריך להבין למה גבי ישראל אין משתקין אותו מדין ישראל. אולם באמת הדבר פשוט דבשלמא גבי דין כהונה דלא שייך אלא בזכרים אבל לא בנקיבות דאמרינן בני אהרן ולא בנות אהרן להכי אם אינו מתייחס אחר אביו משתקין אותו מדין כהונה אבל בישראל אפילו אם אינו מתייחס אחר אביו נמי הוא ישראל גמור מצד אמו דהא אמו הוה ישראלית ולפ"ז דוקא כשאמו ישראלית אבל כשהאם היא שפחה ונכרית ונשאת בתוך ימי הבחנה אפילו אם שניהם ישראלים משתקין אותו מדין ישראל דכל שאין זרעו מיוחס אחריו משתקין אותו מדין אביו ואין חילוק בין אביו כהן או ישראל ומעתה יש

לומר דמה דמשני הש"ס הכי קא מזהר רחמנא לאברהם לא תנסיב שפחה ונכרית לא הוה פירושו שאסור לו לעולם אלא תוך ימי הבחכ' ולפי מה שנתבאר שני הסוגיות עולות בקנה אחד דתרווייהו אמרי חדא מילתא דהקרא דלזרעך אחריך אתי להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני וזה נכון מאוד לפענ"ד:

והנה לפמ"ש לפרש הש"ס דיבמות דף ק' ע"ב דמאי דאיתא הכי מזהיר הקב"ה לאברהם לא תנסיב שפחה או נכרית דקאי תוך ימי הבחנ' נראה לי דיש לומר:

הא דקי"ל לדעת הפוסקים רובם ככולן דהבחנ' אינה אלא מדרבנן משום דהאי דרשא להבחין בין זרעו של ראשון לזרעו של שני אינו אלא אסמכתא מ"מ הנושא גיורת אסור לישא תוך ימי הבחנ' מדאורייתא דענין זה להבדיל בין ישראל לעמים הוי מה"ת כיון דכתיב בהדיא להיות לך לאלקים ולזרעך אחריך וכמ"ש למעלה בהבנת דברי האבני מלואים הנ"ל אך זה דוקא למ"ד עובר לאו ירך אמו היא דלמ"ד ירך אמו היא הא אמרינן גיורת שנתגיירה כשהיא מעוברת בנה א"צ טבילי' א"כ בין כך ובין כך הוא ישראל עכ"פ ורק יש נ"מ אם נזרע בקדוש' או לא והבחנה זו יוכל להיות דהוי רק מדרבנן אבל למ"ד עובר לאו ירך אמו הוא והוי הבחנה בין ישראל לעמים כמ"ש האבני מלואים י"ל דהוי מדאורייתא ואולי גם למ"ד עובר ירך אמו הוא נמי הוי הבחנה דאורייתא לידע אם נזרע בקדוש' או נזרע שלא בקדוש' ואולי יש ליישב בזה מה שהביאו בשם הרדב"ז דבתשוב' אחת כתב דלדעת הרמב"ם ז"ל הבחנה הוי דאורייתא ובתשובה אחרת כתב בפשיטות דהוי רק דרבנן ולא הזכיר שיטת הרמב"ם ז"ל. ועפ"י דרך זה ניחא דעכ"פ איכא הבחנה דאורייתא כגון הנושא גיורת אמנם לאשר לא ידעתי מקום הרדב"ז לא ידעתי אם דבריו מכוונים בישוב שיטתו ולא באתי אלא לעורר:

והנה בדבר מה שהבאתי למעלה קושית תוס' ור"נ ז"ל בחידושיו דאמאי לא פריך הש"ס בסנהדרין בפרק בן סורר ומורה והא אסתר גילוי עריות הוי נ"ל די"ל עפ"י מה דאיתא בשבת דף פ"ח ע"א ויתיצבו בתחתית ההר מלמד שכפה עליהם הר כגיגית כו' ואמר ראב"י מכאן מודעה רבא לאורייתא אמר רבא אעפ"י כן הדר קבלוהו בימי אחשורוש דכתיב קימו וקבלו היהודים קימו מה שקיבלו כבר והקשו בתוס' מנדרים דף כ"ה שכרת משה ברית עם ישראל על התורה והמצות ובסוטה דף ל"ז ע"ב שקבלו את כל התורה כבר בהר גריזים ובהר עיבל ותירץ בחידושי הרשב"א שבת ובחידושי הר"נ ז"ל הנדפס מחדש כי לא קבלו בימי משה רק כשיהיו ישראל שרויים על אדמתם אבל לא בזמן הגלות ע"ש ולפ"ז שפיר י"ל דהש"ס לא מצי פריך והא אסתר ג"ע הוי דאז קודם שנעשה הנס י"ל דלא היו צריכים למסור נפשם מצד איסור ג"ע דבזמן הגלות לא קבלו עלייהו

והא דקי"ל דבג' עבירות יהרג ואל יעבור הוא אחר הנס דהדר קיבלו את התורה כולה אפילו בזמן הגלות ולהכי פריך הש"ס והא אסתר פרהסיא הוי ואפילו על מצוה קלה יהרג ואל יעבור מצד קידוש השם. ובזה ליכא למימר דבזמן הגלות המה פטורים ממצות קידוש השם חדא דרבא סבירא לי' התם בסוגיא דגם בן נח מצווה על קידוש השם אע"פ שלא קיבלו את התורה ועוד דאפילו לאביי דס"ל דב"נ אינו מצווה על קידוש השם מ"מ בני ישראל אפילו קודם קבלת התורה היו מקיימים קידוש השם שהרי אברהם אבינו ע"ה הפיל א"ע לתוך כבשן האש ומסר נפשו על קידוש הש"י א"כ שפיר פריך למה לא מסרה אסתר את נפשה על קידוש השי"ת. אך לכאור' עדיין יש לשאול הניחא למ"ד דאסתר היתה אשת מרדכי דדריש דאל תקרא לבת אלא לבית שפיר שייך קידוש השם דהא גם ב"כ מצווה על עריות וה"ה בני ישראל גם בלי קבלת התורה דהוי בכלל ב"נ אבל למ"ד דאסתר פנויה הוי והאיסור הוא משום לאו דלא תתחתן א"כ כיון דבזמן הגלות לא קבלו עליהם וכדראב"י דאמר מכאן מודעה רבה לאורייתא א"כ לא היו צריכים לקיים כלל מצוה זו ואיך שייך לומר קידוש השם כיון דאינם מצווים כלל ע"ז:

אך י"ל דהנה המ"ל בפ' י' מהל' מכירה הקשה להסוברין דבאונס מיתה לא מהני טענת אונס דמחמת אונס מיתה גמר ומקני א"כ איך אמר מודעה רבא לאורייתא ע"ש ולדעתי י"ל דלפמ"ש הרשב"א והר"נ ז"ל דמודעה רבא לאורייתא הוא בזמן הגלות שפיר ניחא דבזמן הגלות ובפרט בימי המן שהיו כל ישראל בסכנת מיתה לא שייך לומר דמחוייבים לקיים את התורה כיון שקיבלו רק משום אונס מיתה א"כ פשיטא דלא הי' הקבלה רק כדי להנצל מן המית' וחי בהם ולא שימות דכל עיקר מה שקיבלו את התורה הי' כדי להנצל ממיתה ולהכי בצינעה בודאי לא שייך לומר יהרג ואל יעבור אבל מ"מ היו מחוייבים לקיים את התורה ומשו"ה בפרהסיא שפיר איכא קידוש השם ואפילו על מצוה קלה יהרג ואל יעבור ודו"ק:

ודע דלפמ"ש למעלה דבשאר אומות לא נאסר הליקוחין אלא משום הזרע אבל במקום דאין חשש שיולידו בנים או בנות כגון זקנה ואיילונית ליכא איסור קודם מתן תורה יש ליישב קושית המהרש"א בח"א יבמות דף ק' דכיון דנצטווה אברהם שלא לישא שפחה ונכרית איך נשא הגר שפחת שרה ותירץ דע"י הליקוחין נשתחררה כמו הנושא שפחתו כדאיכא בגיטין פרק השולח דף מ' וע"ז תמה בספר ערוך לנר הא אח"כ כתיב ג"כ הגר שפחת שרה ולפי הנ"ל יש ליישב באופן אחר עפ"י מה דאיתא במדרש בסדר לך פרשה מ"ה על הפסוק ויבא אל הגר ותהר ר' לוי ב"ר חידקא אמר מביאה ראשונ' נתעברה אמר ר' אלעזר לעולם אין אשה מתעברת מביאה ראשונ' וכתב המ"כ דזהו רבותא דהגר

נתעברה מביאה ראשונ' שנתעברה עפ"י נס א"כ שפיר ניחא דאברהם בא על הגר רק ביאה ראשו' ובזה לא הי' לו לחוש לזרעה דאין אשה מתעברת מביאה ראשונה. ומה שלקח אברהם את קטורה י"ל שהית' כבר זקנה ולא היתה בת בנים והא דכתיב ותלד לו את זמרן ואת יקשן כו' כבר פירש הספורני שלא היו בני אברהם אלא שנתגדלו בביתו ולהכי קראן הכתוב בני הפלגשים אמנם מסנהדרין דף נ"ט מהא דפריך התם הש"ס אלא מעתה בני קטורה לא לחייבי ומפירוש רש"י ז"ל שם מוכח דהמה היו בניו של אברהם ודלא כספורנו: והנה הלום ראיתי להישוי"ע אה"ע סי' מ"ד סעיף י' שכתב דמסוגיא דיבמות דף י"ז מהא דפריך הש"ס והאיכא בנות. וכו' יש להביא ראי' ברורה לדעת הפוסקים דנכרי ועבד שבא על בת ישראל הולד כשר והרי הוא כישראל גמור ודלא כדעת פסקי תוספות שכתבו דמ"מ גר הוי ועד שיתגייר הוי כנכרי דא"כ מה פריך הש"ס והאיכא בנות הא עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד הוא עכו"ם ואין קדושיו קידושין עד שיתגייר ע"ש ונראה שהפסקי תוספות פירשו דברי רש"י בפרשת אמור גבי מקלל שהוא מהמכילתא כפשטא דאע"פ שהמקלל היה בן אשה ישראלית מ"מ היה צריך גירות כיון שאביו היה מצרי ואין חילוק בין קודם מ"ת לאחר מתן תורה ולחומר הנושא של קושית הישוי"ע נראה לי די"ל דלפי מה דאמרינן ביבמות דף ע"ח נכרית מעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה ומזה רצה הש"ס להוכיח דעובר ירך אמו הוא ע"ש חזינן דאי עובר ירך אמו הוא אפילו אי הוי הורתו שלא בקדוש' מ"מ כיון שנתגיירה אמו הרי הוא כאמו אבל למ"ד דעובר לאו ירך אמו הוא בנה לא הוי בכלל אמו רק חשיב כאלו גיירתו אמו וטבלתו אמו בפני עצמו ול"ח חציצה כמבואר התם בסוגיא וא"כ בעכו"ם ועבד הבא על הישראלית נמי תליא בזה דלמ"ד עובר ירך אמו הוא הרי הוא כאמו וא"צ גירות דפשיטא דלא גרע מנכרית מעוברת שנתגיירה וכי מפני שהיא ישראלית מבטן אמה מגרע גרע מנכרית שנתגיירה כשהיא מעוברת הא ודאי לא ניתן להאמר כלל אבל למ"ד עובר לאו ירך אמו היא י"ל דצריך גירות וכדעת הפסקי תוספות לכן י"ל דהש"ס פריך להנך תנאי ואמוראי דס"ל עובר ירך אמו ולדידהו גם הפסקי תוספות מודו דאין צריך גירות אבל להלכה סבירא להו דאמרינן עובר לאו ירך אמו הוא וכן דעת הרבה פוסקים ומשו"ה ס"ל דהולד צריך גירות ודו"ק:

סימן מד

לרב אחד:

ע"ד השאלה באברך א' מקהלתו בר אוריין ומופלג מו"ה יוסף ב"ר זאב שנשתטית אשתו ר"ל זה כמה שנים וישבה בבית החולים מהמשוגעים ואחר זמן רב נתרפאה מחליה על

איזה ימים ושוב חזרה למחלתה והאיש הלזה הוא רך בשנים ועוד לא זכה להבנות לכן מבקש מחכמי הזמן שיחתרו לו עצה עפ"י ד"ת לישא אשה ואחרי כי כבר נהגו בכל בתי דינים להתיר בכה"ג ע"י מאה רבנים כמו שמבואר בשו"ע אה"ע סי' א' וסי' קי"ט בהגה"ה שם אך ישליש גט ביד שליח להולכה וגם כתובה וח"כ ביד נאמן כמבואר שם בב"ש בשם הב"ח ובנידן דידן אין להאברך הנ"ל להשליש כתובתה ולכן יש לשאול מה דינו של האיש הלזה. והנה מקודם אמרתי לעיין בדבר השלשת הגט אשר רבים המה שנתקשו על מנהג זה עפ"י מ"ש הרב המגיה ז"ל במ"ל בה' גירושין פ"ו הל' ג' דזה דמי להא דאמרינן בנזיר דכל מידי דלא מצי עביד השתא לא משוי איניש שליח עיין נזיר דף י"ב והכא נמי כיון שעכשיו היא שוטה ולאו בת גירושין היא לא מצי משוי שליח להולכה שיתן להאשה אחר שתשתפה וכבר האריכו בזה גדולי הזמן שלפנינו וכמעט לא הניחו מקום להתגדר בו אולם עכ"ז אמרתי אלך גם אני בעקבותיהם אשר מלאו פני תבל תנובה אולי אזכה גם אני להוסיף נופך משלי ברצות ד':

מקור הדברים היא ביבמות דף קי"ג דאמרינן התם אמר ר' יצחק ד"ת שוטה מתגרשת מידי דהוה אפקחת בע"כ ומ"ט אינה מתגרשת משום שלא ינהגו בה מנהג הפקר ופריך הש"ס ה"ד אילימא כו' אלא שאינה יודעת לשמור את גיטה ולא את עצמה ד"ת שוטה מתגרשת והא אמרי דבי ר' ינאי ונתן בידה מי שיש לה יד לגרש עצמה יצתה זו שאין לה יד לגרש עצמה ותנא דבי ר' ישמעאל ושלחה מביתו מי שמשלח' ואינה חוזרת יצתה זו שמשלח' וחוזרת ומשני לא צריכה דיודעת לשמור את גיטה ואינה יודעת לשמור עצמה כו' ע"ש ומגמרא זו החליטו כל הפוסקים דשוטה שאינה יודעת לשמור את גיטה מדאורייתא לא הוי גט וכשיודעת לשמור את גיטה ואינה יודעת לשמור א"ע מה"ת שפיר מתגרשת רק מדרבנן לא הוי גט עיין ברמב"ם ה' גירושין ובשו"ע אה"ע סי' קי"ט:

והנה לכאורה עלה על לבי דיש להבין מה דקאמרו דבי ר' ישמעאל הטעם דשוטה אין מתגרשת מחמת דהיא משלחת וחוזרת נהי נמי דאין לגרשה שתהא מגורשת כשהיא שוטה מ"מ כשיתן לה גט ויאמר לה שתתגרש לאחר שתשתפה למה לא יהא כשר הא בשעת חלות הגרושין תהיה כשאר נשים דמשלחות ואינם חוזרות ודוחק לומר דבכה"ג הגט פסול מטעם דאין לה יד ואף דהתוס' כתבו שם דגם דבי ר' ישמעאל סבירא להו הך דרשא דבי ר' ינאי ונתן בידה מי שיש לה יד ואך משמעות דורשין איכא בינייהו מ"מ משמע דמהך דרשא דבי ר' ישמעאל נמי ידעינן למעט כל דיני שוטה ולכאור' בכה"ג שמתנה שהגירושין יחולו לאחר שתשתפה לא שייך בזה דמשלחת וחוזרת ובפוסקים לא מצינו שחילקו בכך ואף דמצינו לומר דכיון דעכ"פ אינה יכול לגרשה לחלוטין בזמן

שהיא שוטה מחמת שעכשיו היא משלחת וחוזרת ממילא אין בידו לגרשה שיחולו הגירושין לאחר שתשתפה מחמת דהוי דבר שלבל"ע מ"מ כד דייקת בה אינו מספיק תירוץ זה חדא דאכתי קשה למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע ועוד עכ"פ בעתים שוטה ועתים חלימה דבזמן שהיא שוטה לכו"ע אין לגרשה מה"ת דהרי היא שוטה לכל דבריה והא בכה"ג בודאי יש לגרשה שיחולו הגירושין לאחר שיעברו ימי שטות שלה ותשתפה דבכה"ג פשיטא דל"ח דשלבל"ע מאחר דתליא בזמן וזמן ממילא קאתי:

ונראה לפענ"ד לומר דכיון דבקרא כתיב ונתן בידה ושלחה מביתו בעינן שבשעת נתינת הגט לידה תהא משלחת ואינה חוזרת ולאו דוקא בשעת חלות הגרושין דאין הפירוש משלחת ואינה חוזרת הוא שמחמת הגט תהי' משלחת ואינה חוזרת לבעלה רק הפירוש הוא שתהא האשה בגדר הבושה שאם ישלח אותה בעלה לא תהא חוזרת אצלו וכמ"ש רש"י ז"ל שם וז"ל שכן מנהג בשוטים שאינן בושין ע"ש ולכן שייך נמי לומר דבשעת נתינת הגט לידה בעינן שתהא האשה ג"כ במצב הזה ואף אם התנה שהגירושין יחולו אחר זמן אע"פ שעדיין לא שלחה מ"מ בעינן שתהי' בגדר הבושה דאילו הי' משלח אותה בעלה עכשיו לא היתה חוזרת אליו דאם נימא דבעינן נמי שתהא השלוחין מהגט על אופן זה שלא תהא חוזרת בודאי אי אפשר לומר דקאי על הנתינ' לידה רק על חלות הגירושין דהא בכל גיטא דעלמא נמי כשנותן לה גט שתתגרש לאחר ל' יום בשעת קבלת הגט עדיין היא חוזרת אליו עד שעת זמן חלות הגירושין ומ"מ הא קי"ל דבכה"ג מה"ת הוי גט אפילו אם חזרה אליו אחר קבלת הגט ורק מדרבנן פסול משום גט ישן וא"כ קשה למה אינה מתגרשת עתים שוטה ועתים חלומה אם מקבלת הגט כשהיא שוטה והגירושין יחולו כשיעברו ימי שטות שלה ותהא חלומה וכנ"ל אלא מוכח דלא בעינן רק שתהא בגדר משלחת ואינה חוזרת היינו שיהא לה בושה וזה בעינן ג"כ בשעת קבלת הגט אפילו אם מגרשה לאחר זמן ודו"ק. והנה ראיתי בישוי"ע בסוף חלק אה"ע תשובת מו"ח ז"ל שמביא מה שראה בתשובת זקיני הגאון ר' חיים כהן ז"ל שם בהגה"ה שמביא בשם גדול אחד שרצה לחדש ולומר דלפי הטעם דבי ר' ישמעאל דשוטה אינה מתגרשת משום דהיא משלחת וחוזרת צריך להיות דעכ"פ פוסל אותה הגט לכהונה דחשיב עכ"פ ריח הגט והוכיח דבר זה מהא דקי"ל בפ' המגרש דגם רבנן מודי במגרש את אשתו ואמר לה ואי את מותרת לכל אדם דאף דלא הוי גט מ"מ הוי ריח הגט לפסלה לכהונ' והא בכה"ג היא חוזרת להבעל דהגט בטל ומ"מ היא פסולה לכהונ' אלא ע"כ דגם כשהיא משלחת וחוזרת פסולה לכהונ' וה"ה כשהיא שוטה ומו"ח הגאון פלפל בדבר זה יעיין שם וחזינן לדעת גדול הנ"ל וגם למו"ח ז"ל שתפסו הפשט הא דממעטינן משלחת וחוזרת

היינו דבעינן שהגט יהי' על אופן שלא תהא חוזרת ואם היא חוזרת מחמת סיבת הבעל הגט בטל דחשוב משלחת וחוזרת ולדעתי זה אינו דהך דרשה דושלחה לא מצינו רק למעט שוטה שאינה בגדר הבושה אבל התם אילו היה בעלה משלחה בשלוחין גמורין לא היתה חוזרת ואך הסיבה שהיא חוזרת מחמת שלא גרשה כדת לא הוי בכלל זה ולפ"ז אין ראיה כלל מהך דמגרש ואמר לה ואי את מותרת לכ"א דפסולה לכהונ' דהתם לא מקרי משלחת וחוזרת כיון דהיא חוזרת מחמת סיבת הבעל דהוא גרם לה שיהא הגט בטל אבל אילו היה מגרשה כד"ת לא היתה חוזרת ומשו"ה הגט מהני לפוסלה לכהונ' אבל שוטה כיון דהיא משלחת וחוזרת אפשר לומר דמותרת ג"כ לכהונה:

ואמינא להביא ראיה לזה מתוס' תמורה דף ו' ד"ה מיתיבי שהקשו וז"ל וא"ת כיון דלא מהני גירושין לחייב הבא עליה משום אשת איש אפילו קודם חזרה וכהן כמי אמאי לוקה ואינו מחזיר ה"ל למימר דלא חל הגט כלל ע"ש ומוכח א"כ מדבריהם דכל היכי דלא מהני הגט כשרה ג"כ לכהונ' ולא אמרינן דחשיב עכ"פ ריח הגט לפוסלה לכהונ' א"כ כ"ש היכי שהגט פסול מטעם משלחת וחוזרת בודאי לא חשיב ריח הגט לפוסלה לכהונ' שוב ראיתי להתוס' גיטין דף ע"ח ע"א ד"ה אינו גט שכתבו בסוף דבריהם דצריכים העדים להודיע להאשה אח"כ שהיא מגורשת:

ולא תהא חוזרת דבעינן שתהא משלחת ואינה חוזרת עכ"ל ולכאור' שמענו מדבריהם אלו דפירוש' דבעינן שלא תהא חוזרת בשום פנים ואם היא חוזרת מאיזה סיבה שיהי' לא הוי גט דלא כמו שכתבתי דלא אתי קרא רק למעט שוטה. אבל באמת אי אפשר לפרש דברי התוס' כך דאם כן מאי מהני שאמרו לה עדים אח"כ שהבעל נתן לה גט מ"מ כיון דבשעת נתינה אמר לה כנסי שט"ח זה א"כ בשעת נתינת הגט לידה וחלות הגרושין היתה משלחת וחוזרת ואם נימא דלא מעכב אם היא חוזרת בשעת חלות הגט כיון שהיא עכ"פ אח"כ משלחת ואינה חוזרת דא"כ עתים שוטה ועתים חלימה נמי יהא כשר אם נתן לה כשהיתה שוטה קודם שהגיע זמן חלימתה דהא תהא אח"כ משלחת ואינה חוזרת ואפילו לפי מ"ש איזה פוסקים דבעינן שיגידו לה העדים תוך כדי דיבור אחר נתינת הגט לידה מ"מ אכתי קשה דגם בעתים שוטה ועתים חלימה נימא דכשר בכה"ג אם יתן לה הגט רגע אחת קודם עת חלימתה ותהא אח"כ תוך כדי דיבור משלחת ואינה חוזרת ודבר זה לא שמענו מעולם: ועוד יש להקשות לדעתי דאם נימא לדעת התוס' דכל שהיא חוזרת אליו מאיזה סיבה שיהי' לא הוי גט א"כ איך נפרנס סוגיא דקידושין דף ס"ב ע"ב דפרכינן התם לר' יוחנן דאמר כל שבידו לאו כמחוסר מעשה ואלא הא דאמר ר' אושעיא הנותן פרוטה לאשתו ואמר לה הרי את מקודשת לי לאחר שאגרשך

אינה מקודשת ה"נ לר' יוחנן דהוי קידושין ע"ש. וקשה דאם נימא דהוי קידושין איך חל הגט כלל דהא היא משלחת וחוזרת ואנן בעינן שתהא משלחת ואינה חוזרת אלא מזה ראיה ברורה דלא מקרי בכה"ג משלחת וחוזרת כיון שהיא חוזרת מחמת סיבת הבעל שקידשה וכמו שכתבתי למעלה: אלא נראה לי שגם התוס' סבירא להו דדרשא דבי ר' ישמעאל ביבמות לא אתי רק למעט שוטה ולא שום דבר אחר אלא עכ"פ בעינן שישלח אותה בעלה דהא כתיב בהדיא בקרא ושלחה וא"כ כשאינו מודיע לה שהיא מגורשת הא לא שלחה כלל מביתו וכל דלא הוי שילוחין כלל לכו"ע לא הוי גט והא דכתבו התוס' ולא תהא חוזרת היינו שלא תהא חוזרת מחמת הבושה כשאר גרושות ומשו"ה לא נקטו התוס' הלשון כדאמרינן ביבמות שכן דרכם בכל מקום לרמז מקור הדבר דאינו ענין כלל לכאן אלא נקטו לשון מושאל משלחת ואינה חוזרת והגאון ר' ישעיה פיק ז"ל שציין שם בגליון יבמות קי"ג לדעתי לא מדוקדק דכאן אינו צריך לזה דאפילו אי לא הוי דרשינן האי דרשה דמשלחת ואינה חוזרת והי' כשר במשלחת וחוזרת ג"כ הי' צריך להודיע להאשה שהיא מגורשת דמקרא מלא כתיב ושלחה ואם אינו מודיע לה שהיא מגורשת פשיטא דליכא כאן שלוחין כלל ודו"ק:

ודע דאם נפרש דברי התוס' הנ"ל כפשוטו דאם לא הודיע להאשה לא הוי גט מחמת דרשה דבי ר' ישמעאל דבעינן משלח' ואינה חוזרת בודאי נסתר מדברי התוס' האי חידושא שחידש הגדול בהגה"ה בספר א"ז בתשובת ר"ח הכהן ז"ל דמשום הטעם דמשלחת וחוזרת הוי ריח הגט לפוסלה לכהונה דהא גבי כנסי שט"ח זה מבואר בגמרא לקמן דף פ"ד ע"ב דלרבי אם לא הודיע לה לא הוי אפילו ריח הגט וכשרה לכהונה דאמרינן התם על מתניתין כיצד יעשה יטלנו ממנה כו' לימא מתניתין דלא כרבי ומשני ר' יוחנן אפילו תימא רבי דלכון שאני הכא הואיל וקנאתו לפסול בו לכהונה ע"ש והרי מבואר דבמתניתין דכנסי שטר חוב זה כשרה לכהונה:

ועוד איתא ביבמות דף צ"ד ע"א מאי מרגניתא דתניא ואשה גרושה מאישה אפילו לא נתגרשה אלא מאישה פסולה לכהונה והיינו ריח הגט דפוסל בכהונה ע"ש ומלשון והיינו ריח הגט משמע הוא ולא אחר ושאר פסולים בגט אפילו ריח הגט אין בו וכבר כתבתי דבר זה בקיצור בהגהותיי מלחמות אריה לספרו של מו"ח ז"ל ברכת רצה סי' ק"ט ע"ש:

עתה נחזור כא לענין מ"ש הב"ח הובא בב"ש סי' א' באה"ע התקנה להשליש גט ביד שליח להולכה שיתן ליד האשה כשתשתפה ורבים מאחרונים ובראשם הפ"י בגיטין דף מ' ובדף ע' שדא בה נרגא ודחה בשתי ידים מטעם דאין לכתוב גט בשעת שטותה כיון שאינה ראויה לגירושין בשעת הכתיב' ואנן בעינן וכתב ונתן שיהא בשעת כתיבה ראויה

לנתינ' ועיין בתשובת זקיני רבינו חיים כהן ז"ל חלק אבה"ע סי' ו' שכתב ע"ז שיושב ודורש כו' אחרי כי לא נמצא דרש זה בשום מקום:

והנה אם יש לעשות שליח על הכתיב' שיכתוב גט לאחר שתשתפה ג"כ פקפק הרב המגי"ה ז"ל מש"ס דנזיר דף י"ב דמסקינן התם דכל מידי דלא מצי עביד השתא לא משווי איניש שליח ואחרי כי נצרך לענינא אכתוב בזה סוגית הש"ס בקיצור:

תמן אמרינן בנזיר דף י"ב אמר ר' יוחנן האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם ומת השליח אסור בכל הנשים שבעולם כו' אמר רבא ומודה ר"י באשה שאין לה בת כו' ואין לה אחות ואפילו הי' לה ונתגרשה כי משווי אינש שליח במלתא דקיימי קמיה במילתא דלא קיימא קמיה לא משווי שליח ופריך הש"ס מהא דתניא הריני נזיר ועלי לגלח נזיר ומשני אלא כי משווי אינש שליח במלתא דמצי עביד השתא במידי דלא מצי עביד השתא לא משווי שליח וע"ז פריך תו מהא דתניא האומר לאפוטרופוס כל נדרים שתדור אשתי מכאן ועד שאבוא ממקום פלוני הפר לה יכול יהא מופרין ת"ל אשה יקימנו ואשה יפירנו דברי ר' יאשי' ר' יונתן אומר הרי מצינו בכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו קס"ד כי קאמר ר' יאשי' אליבא דרבנן דאמרי לא מצי מיפר כו' ודחי לא כי קאמר ר' יאשי' אליבא דר"א דאמר מצי מיפר והקשו בתוס' דהאיך אשה אומרת לחברתה לושי לי עיסה והפריש לי חלה הא הוי מידי דלא מצי עביד השתא כו' ועיין במ"ל בפ' ט' מהל' אישות שהביא בשם המהרי"ט חו"מ סי' כ"ג שחידש לומר דדוקא היכי דלא מפרש דבריו אמרינן דמלתא דלא מצי עביד השתא לא משווי שליח משום דבסתם אמרינן דאין דעתו של אדם אלא על מידי דמצי עביד השתא אבל כשמפרש שעושה שליח על דבר מה דלא מצי עביד השתא שפיר מהני ע"ש ותמה המ"ל וכן שאר אחרונים דשתי תשובות בדבר חדא דא"כ הדרא לדוכתא הא דפריך הש"ס מהברייתא דהאומר הריני נזיר ועלי לגלח נזיר כו' שנית קשה הא דפריך הגמרא מהא דהאומר לאפוטרופוס כל נדרים וכו' דמאי פריך הא התם מפרש דבריו שעושה שליח על הנדרים דלהבא ונלאו כל האחרונים להבין דעת המהרי"ט עיין בדבריהם ואף אני אענה את חלקי בעזר הצור:

ואת אשר נראה לפענ"ד בישוב דברי המהרי"ט עפ"י מה דאיתא בחו"מ סי' ר"ט דעת הסוברים דהא דאמרינן אין אדם מקנה דשלבל"ע זה אינו אלא כשמקנה לו סתם אבל אם מפרש שיקנה כשיבוא לעולם קנה אע"פ שעכשיו אינו בעולם ע"ש ולפ"ז נ"ל דלדעתם גם בשליחות יש לחלק בין עושה שליח סתם אדבר שלא בא לעולם ולא, התנה בפירוש שהשליחות יחול כשיבוא הדבר לעולם לבין היכא שהתנה בפירוש שהשליחות יחול כשיבוא הדבר לעולם דהיכי דהתנה בפירוש שיחול אחר שיבוא הדבר לעולם שפיר

מהני דלא גרע ענין שליחות מקנינים עצמם דמהני בכה"ג לדעתם ז"ל ובזה עולה יפה הך דהפרשת חלה דהתם הא אומרת לושי לי עיסה והפרש לי חלה א"כ הוי כמפרש שהשליחות על הפרשת חלה תחול אחר שתלוש העיסה לכן:

שפיר מהני ולא קשה מעתה מהך דהאומר לאפוטרופוס דהתם עשה השליחות כוללת להפר כל נדרים שתדור אשתו מכאן ועד שיבוא ממקום פלוני וא"כ כשבא הנדר הראשון כבר חלה השליחות ושאר הנדרים עדיין לא באו לעולם נמצא דהשליחות צריך חלות על ענין קודם שיבוא לעולם דהא הכל הוי בשליחות אחת להפר כל הנדרים שתדור אשתו מכאן ועד שיבוא ממקום פלוני ואין לחלק השליחות למחצה לשליש ולרביע וכעין זה איתא בחו"מ סי' ר"ט בהגה"ה דמי שמקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם י"א דדמי לקני את וחמור ע"ש:

ועוד נראה לפענ"ד דלגבי הפרת נדרי אשתו אי אפשר לעשות שליח כלל על אופן זה שיחול השליחות אחר חלות הנדר רק צריך השליחות לחול קודם הנדר דהא גם הבעל עצמו קי"ל בנדרים דף ע"ב ע"א דאין הבעל מיפר בקודמין חזינן דהקפידה התורה דהמיפר צריך שיהא בו הכח בשעת הנדר להפר אבל אם בשעת נדרה לא ניתן לו הרשות להפר רק אח"כ שוב אינו יכול להפר כלל א"כ גבי אפוטרופס נמי י"ל דאינו יכול להפר אלא א"כ ניתן לו הכח על הפרה בשעת הנדר דאז נכנס הוא תחת הבעל אבל אם נעשה אחר הנדר לא מהני דאינו מיפר בקודמין וביותר יש להסביר עפ"י מה דאיתא בנדרים דף ע"ג ע"ב ובנדה דף מ"ו הא דאמר רב פנחס משמיה דרבא כל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת וכתב הר"נ ז"ל בנדרים שם לפרש הענין דזהו ג"כ מפאת חק התורה ומשו"ה בעינן דוקא לשון הפרה ע"ש. והנה לכאור' יש להעיר כיון דהטעם מה שהבעל יכול להפר הוא משום דכל הנודרת על דעת בעלה הוא נודרת איך יכול למנות אפוטרופס על ההפרה ואין לומר דמה שהאפוטרופס מיפר חשבינן שכן הוא דעת הבעל דזה דוחק מאוד דהלא עכשיו הדבר תלוי ברצון האפוטרופס אם להפר או לא ובשעת הפרה ליכא כלל דעת הבעל ואינו יודע כלל מזה אלא עכצ"ל דהוי כאלו נודרת ג"כ על דעת האפוטרופס של הבעל א"כ לפ"ז בודאי מסתברא לומר דבעינן שיהא אפוטרופוס בשעת הנדר דאז היא נודרת על דעתו ולפ"ז אינו מיפר בקודמין כמו הבעל דאינו מיפר בקודמין ולפי הנ"ל עולה יפה מה דנקט' הברייתא הלשון האומר לאפוטרופוס כל נדרים שתדור אשתי מכאן ועד שאבוא ממקום פלוני ולמה לא נקט הפלוגתא באומר לאפוטרופוס שיפר הנדרים שכבר נדרה וכבר עמדו בזה המפרשים וכתבו דאשמועינן רבותא אליבא דר' יונתן דאמר דאפילו נדרים דלהבא יכול להפר וזה דוחק וגם אין לתרץ דבנדרים שכבר נדרה יכול

הבעל בעצמו להפר דז"א חדא לפי מה דבעי הש"ס דבעל אינו מיפר בלא שמיעה י"ל דהבעל עדיין לא שמע ועוד הא השתא נמי כיון דמסקנת הש"ס דהברייתא אתיא לר' אליעזר דמצי מיפר נדרים דלהבא א"כ קשה למה ליה אפוטרופוס ליפר בעצמו ובאמת הר"נ שם עמד ע"ז ותירץ משום קטטה א"כ גם בנדרים שכבר נדרה י"ל דאינו רוצה להפר בעצמו רק ע"י אפוטרופוס מחמת קטטה אבל לפי האמור דאין אפוטרופוס מיפר נדרים שכבר נדרה שפיר ניחא דדוקא נקט נדרים דמכאן ולהבא:

והנה הרמב"ם בפרק י"ג מהל' נדרים הל' ט' כתב האומר לאשתו או לבתו כל הנדרים שתדורי מכאן ועד שאבוא ממקום פלוני הרי הן קיימין או הרי הן מופרין לא אמר כלום עשה שליח להפר לה או לקיים לה אינו כלום שנאמר אישה יקימנו ואשה יפירנו וכתב ע"ז הל"מ בנדרים שכבר נדרה אמר רבינו ז"ל דאלו בעתיד לידור היכי מצי למיעביד שליח ולמה לי קרא להאי הא כל מידי דלא מצי עביד לא משווי איניש שליח עכ"ל ולפי האמור נסתר ישוב זה דבנדרים שכבר נדרה גם בלא קרא לא מהני שליח להפר דגם הבעל בעצמו אינו מיפר בקודמים ואך גם בלא זה דוחק מאוד מה שמפרש הל"מ דמיירי בנדרים שכבר נדרה דמתוך סגנון לשונו משמע דקאי אנדרים דמכאן ולהבא אבל לפי האמור יש ליישב דברי הרמב"ם עפ"י ביאור הדבר הא דפליגי ר' אליעזר ורבנן בנדרים דף ע"א במיפר נדרים שתדור על העתיד דר' אליעזר סבר דהרי הן מופרין ורבנן סברי דאינן מופרין דכתיב אישה יקימנו ואישה יפרנו את שבא לכלל היקם בא לכלל הפר ואת שלא בא לכלל הקם אינו בא לכלל הפר והש"ס מיבעיא התם אי מיחל חיילין ובטלין או לאו חיילי כלל ומסקנת הש"ס דלא חיילי כלל ע"ש. והנה לכאור' צריך להבין דמ"ש דבהפרה ס"ל לר"א דמהני על העתיד וגם לרבנן היה מהני אי לאו דגלתה התורה דבעינן שיבוא לכלל הקם ומ"ש דבהקמה פשיטא להו דלא מהני כלל: ונראה לפענ"ד דטעמא משום דכמו דאין לקיים שום מקח וממכר וקידושין והפרשת תרומות ומעשרות בדבר שלא בא לעולם כן ה"ה פשיטא דאין לקיים נדרים העתידים לבוא משום דהוי דשלבל"ע ואפילו לר"מ דס"ל בעלמא דאדם מקנה דשלבל"ע הני מילי בפירות דקל דעבידי דאתי כדאיתא בריש המפקיד ובכמה דוכתי ורק הפרה שאני דהוה כעין סילוק וביטול שלא יחול הענין וכעין זה מהני כמו דאיתא בריש פרק הכותב דף פ"ג דאמר רב כהנא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עלי' שלא יירשנה ע"ש ולפי מה שהבאתי למעלה דעת הסוברין דאע"ג דאין אדם מקנה דשלבל"ע מ"מ כשמתנה בפירוש שיחול אחר שיבוא לעולם מהני יש מקום בראש לומר דה"ה כשמתנה בפירוש שיחול אחר הנדר שפיר מהני גם בהקמה דמ"ש משאר ענינים דמהני כשמתנה בהדיא שיחול אחר שיבוא

הדבר לעולם וממילא ה"ה הפרה לכו"ע בכה"ג שיחול אחר חלות הנדר בין לר"א ובין לרבנן בין בהקמה ובין בהפרה והשטמ"ק כתב התם וז"ל צריכין אנו לומר בהכרח דמי ששאל בעיא זו הי' פשוט אצלו דשמע בעלה לאו דוקא כו' דאם איתא מאי קא מיבעיא ליה הא על כרחך מיחל חיילי ובטלי עכ"ל והנה בגמרא דף ע"ב רצה הש"ס למיפשט ממתניתין הנ"ל וכן מהך דהאומר לאפוטרופוס דשמיעה לא מעכבא ומשני דאמר לכי שמענא ע"ש. ומעתה אי נימא דמיירי שמפרש לכי שמענא מוכח דאפילו בכה"ג שמתנה בהדיא שיחול אחר חלות הנדר ג"כ לא מהני בהקמה ובהפרה פליגי בזה ר"א ורבנן אבל לפי מה דקי"ל דשמיעה לא מעכבא כמו שפוסק הר"נ ז"ל בשם הקדמונים וכן הרמב"ם ז"ל בפ' י"ב מנדרים הי"ג שוב י"ל דמתניתין דפליגי ר"א ורבנן לא פליגי אלא בסתם דר"א סבר דהפר משום דלא חיילי ורבנן ס"ל דכיון שלא בא לכלל הקם לא מהני וכנ"ל אבל כשמפרש דבריו שיחול אחר הנדר מהני ג"כ בהקמה וממילא בהפרה אפילו לרבנן ולפ"ז י"ל דסוגיית הש"ס דנזיר אזלא בשיטתיה דשמיעה מעכבא ומוכח דמתניתין דר"א ורבנן מיירי במפרש לכי שמענא ומ"מ לא מהני ולהכי פריך מברייתא דהאומר לאפוטרופס אבל הרמב"ם דפסק דשמיעה לא מעכבא שפיר איצטריך קרא דאישה יקימנו ואישה יפרנו למעט דאינו יכול לעשות שליח להקם או להפר דאל"ה הוי אמינא דיכול לעשות שליח להתנות בפירוש שיפר אחר חלות הנדר דהא שפיר מצי עביד כשמתנה בהדיא שההקמה או הפרה יחול אחר חלות הנדר ולהכי איצטריך קרא דבכל גווני לא מהני ודו"ק:

והנה חזות קשה ראיתי בספר אבני מלואים בה' קידושין סי' ל"ה סעי"ק י"ג שהביא דברי התוס' דנזיר בלשונם ממש ואח"כ כתב ודברי התוס' צריכים ביאור רחב וקשה טובא בדבריהם חדא במה שכתבו להוכיח דלא מצי משווי שליח בדשלבל"ע ואפילו היכי דבידו ואמאי דהא משמע דשליחות בדבר שלבל"ע עדיף טפי מהיכא שהוא בעצמו מקנה או מקדיש דהא בשליחות דעת רש"י [צ"ל:

המהרי"ט] דמהני בדשלבל"ע היכי דמתנ' בפירוש כו' ולמה לא יהא מהני לשליח כל שהוא בידו ועוד קשה מה שהביאו ראיה מהך דיבמות דף כ"ב ע"א מסוגיא דאמר ללבלר כתוב גט לארוסתי הא התם נכתב הגט קודם שכנסה והתם ראוי שלא יועיל מה שבידו דגבי תרומה אמר שיהיו תרומה לכשיתלשו כו' והתם כתיבת הגט קודם שיבמה ומשו"ה לא מהני בידו כיון שהכתיבה לא הי' מועיל לשעתו וליישב קושייתו השניה העלה הגאון ז"ל דמצד כתיבת הגט קודם היבום ליכא חסרון כיון דהוי בידו ואפילו אם כתב בעצמו ונתן להאשה קודם היבום ואמר לה מעכשיו נמי מהני ואפילו אם נתקרע הגט היא

מגורשת כמו דמצינו בקידושין דף ס"ג לרבי דאמר אדם מקנה דשלבל"ע דמהני בכותב לעבד לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו כן הכא נמי אף לדידן היכי דהוי בידו ע"ש והשתוממתי על המראה לראות דברים אלו יוצאים מפי גאון מובהק אשר האיר פני תבל בחכמתו ובמחכ"ת שגגה גדולה היא דהאיך יעלה על הדעת לומר דבר כזה דממ"נ אם נימא דלאחר היבום נעשה מגורשת למפרע שוב נתבטל היבום למפרע דאיך מצינו לאחוז החבל בשני ראשין לומר דע"י יבום קנאה ואח"כ נעשית מגורשת למפרע הא זה בזה תליא דאם היא מגורשת למפרע שוב לא היתה אשת איש מעולם ובשלמא גבי עבד אמרינן שפיר דלקח עבד ע"מ לשחררו דהא אם הי' נותן לרבו הכסף ע"מ שישחררו ג"כ הי' מהני דהא עבד כנעני יוצא בכסף ע"י אחרים כמו דאיתא בקידושין דף כ"ג ואפילו אם נימא דמה שהוא כתב לו לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו חשיב שטר שחרור מ"מ עכ"פ הי' בשעת מעשה עבד ובר שחרור אבל בנותן גט ליבמה שעדיין לא היתה בת גירושין אין ספק דבכה"ג דלא הוי גט לכו"ע ויותר מזו כתב המ"ל בפ' ו' מה' גירושין בשם הרשב"א דגם במקדש מעכשיו ולאחר ל' יום דאינו יכול לגרש קודם הזמן אף דזמן ממילא קאתי וחשיב כמו שבא לעולם ונראה דאפילו אם נותן הגט ג"כ מעכשיו ולאחר זמן שיחולו הקידושין ג"כ לא מהני ע"ש ואפילו לפי מה שנסתפק מקודם בזה מ"מ ביבמתו דליכא בה תפיסת קידושין כלל פשיטא דאפילו למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע לא מהני כשנותן לה הגט שתתגרש מעכשיו ולאחר שיבמה וכ"ש לדידן דקי"ל אין אדם מקנה כו' והגאון ז"ל הפריז על המדה בזה ודו"ק:

שוב כתב הא"מ ליישב קושייתו הראשונ' דלמה יהיה שליחות גרע דל"מ בדבר שלבל"ע גם בדבר שבידו עפ"י מ"ש הרשב"א בקדושין דף ס"ב דמשני התם נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה וז"ל תמי' לן מלתא כיון דשניהם נתרצו אמאי לא מהני כמו מקדש לאחר ל' יום ותירץ דגבי קידושין לאו בידו לגמרי דהרי צריך שיהי' בדעת האשה להתקדש לו ואע"פ שהאש' עכשיו מתרצה בכך ודעת שניהם שוה כו' כמחוסר מעשה חשבינן ליה עכ"ל ולפי דברי הרשב"א ניחא דשליחות בדבר שלבל"ע לא מהני אפילו בידו כיון דצריך דעת השליח ה"ל כמו התם דצריך דעת האשה זהו תוכן דבריו של הגאון ז"ל ע"ש ולכאור' דבריו תמוהין דאם נימא דלענין שליחות לא מהני מה שבידו למיחשב כדבר שבא לעולם א"כ שוב הדרא קושית התוס' לדוכתא איך אשה אומרת לחברתה לושי לי עיסה והפרש חלה ומה מועיל תירוצ' של התוס' שבידו להביא עיסה מגולגלת ולהפריש הא אפילו אם יביא עיסה מגולגלת ויאמר לשליח להפריש מעיסה זו על קמח לכשיהי' נילוש ג"כ לא מהני דרעין זה גם ע"י עצמו לא מהני רק מטעם דהוי בידו וכמימרא דר' יוחנן וע"י שליח

לא מהני האי טעמא והנרא' דשיעור כונתו כך היא דהך סברא דבידו לא מהני רק לענין זה שיכול לעשות שליח להפריש חלה אחר הלישה והגלגול אע"פ דעכשיו הוא מידי דלא מצי עביד מ"מ כיון דהוי בידו משווי שליח אבל אין בכח השליח להפריש חלה קודם הלישה מחמת האי טעמא דבידו ואע"פ שביד המשלח להפריש קודם הלישה מחמת שבידו מ"מ לא אלים האי טעמא דבידו למיעבד בה שני ענינים דעשיית שליח גופא הוא רק מחמת האי טעמא שבידו ולהכי סגי אם נימא דהשליח יפריש אחר הלישה אבל לא אלים כולי האי שיפריש קודם הלישה כיון דבעינן נמי דעת השליח כמו היכי דלא מהני היכי דתליא בדעת האשה כן נראה לי ליישב דברי הגאון ז"ל אבל מ"מ דבריו סתומים בזה וצ"ע ואף אם לא היה כונת הגאון ז"ל בדבר כמו שכתבתי מ"מ יש לפרש בזה כונת התוס' מעצמינו ויש להוסיף ולומר דכמו דחזינן מדעת התוס' שכתבו שיש בידו להביא עיסה מגולגלת משמע דמקמח על קמח אין בכוחו להפריש חלה ועיין בתשובת חת"ס אה"ע סי' י"א שדייק כן מדברי התוס' והביא שכן משמע בגמרא דקדושין במימרא דר' יוחנן גופא דנקט הלשון פירות ערוגה זו תלושין יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברין או פירות ערוגה זו מחוברין יהיו תרומ' על פירות ערוגה זו תלושין משמע נמי דאם שניהן מחוברין לא מהני אף דבידו לתלוש ע"ש ולפי סברא זו חזינן דהטעם שבידו לא אלים כולי האי לעשות שני פעולות דהיינו להפריש חלה מקמח ולהפקיע איסור טבל מקמח ואע"פ ששניהם ענין אחד הוא וא"כ מכ"ש שיש לומר דמטעם בידו אין לעשות שני פעולות דהיינו לעשות שליח וגם שהשליח יפריש קודם שנילוש הכל מחמת הטעם שבידו והבן ואם נחליט דתליא בזה אזי ממילא לדעת היראים שהובא שם בתשו' חת"ס דגם מקמח על קמח יכול להפריש חלה מטעם שבידו א"כ יכול השליח נמי להפריש ולומר קמח זו תהא חלה על קמח זו לכשיהי' נילוש ויש להאריך עוד בזה אולם לא באתי אלא לעורר:

והנה אנכי בעת למודי סוגיא דקידושין הנ"ל הקשיתי לשאול דמאי פריך הגמרא אהא דר' יוחנן מהא דאמר ר' אושעיא הנותן פרוטה לאשתו כו' והא בידו לגרשה ע"ש הא הלשון בכל מקום בגמרא אין אדם מקנה דבר שלבל"ע ולא מצינו בשום מקום בגמרא אין אדם קונה דשלבל"ע נראה מזה דעיקר החסרון תלוי שאין ביד אדם להקנות מה שאינו בעולם א"כ בקדושין דהאשה היא המקנה והבעל הוא הקונה והיא מקנה א"ע להבעל עי' קדושין דף ב' א"כ מה מהני הא דבידו לגרשה הא מ"מ אין ביד האשה לגרש את עצמה והוי אצלה דבר שלבל"ע ואינו בידה ומשו"ה אינה מקודשת ואמרתי דיש לומר דזהו דקא משני הגמרא נהי דבידו לגרשה בידו לקדשה ולכאור' תמוה כמו שהבאתי

למעלה בשם הרשב"א אבל י"ל דהכי פירושא דאלו היה ביד הבעל לקדשה בלי דעת האשה לא היינו צריכים לחוש מה דחשיב אצל האשה דבר שלבל"ע דהרי לא חשיבה מקנה כלל אבל כיון דבעינן דעתה א"כ היא מקנה א"ע ובעינן שיהא גם ביד האשה דבר שבא לעולם דבלא"ה לא מהני וכאן הרי אין ביד האשה לגרש את עצמה ולהכי אינה מקודשת ודו"ק כי זה נכון לדעתי והנה הגם דקשה להעמיד דבר זה בכוונת הרשב"א ז"ל מ"מ אמינא דעכ"פ הדמיון של הגאון בעל אבני מלואים אינו עולה יפה דיש לחלק ולומר דהתם דוקא כתב הרשב"א ז"ל להסביר כיון שצריך הסכמת האשה ג"כ לא חשוב בידו היינו מחמת דעכ"פ אצל האשה הא לא הוי בידה לגרש את עצמה אבל הכא בשליח הא גם ביד השליח ללוש העיסה כמו ביד המשלח ולהכי י"ל דכמו דחשיב דבר שבא לעולם אצל המשלח בעצמו מחמת בידו כן חשיב נמי אצל השליח דבר שבא לעולם ואף דתליא בשני דיעות לא איכפת לן: ובגוף הדבר מה שכתב בעל אבני מלואים לתמוה על התוס' שהביאו ראי' מהך דאמר ללבלר מיירי שנכתב הגט קודם שבא עליה היבם כמו שכתב רש"י ז"ל וכיון שנכתב קודם היבום ובאותה שעה לא היתה בת גירושין לדעתי אין הדבר ברור אם לא נוכל לומר דכתיבת הגט:

דומה להפרשת תרומה וחלה דמהני בדבר שבידו אך לא ידעתי בלא"ה מה כל הרעש הזה אם נימא דתוס' מפרשי דמיירי דהלבלר כותב אחר שכנסה דלא כרש"י ורמב"ם ועי' בחידושי הרמב"ן ז"ל שמפרש ג"כ הכי ומו"ח ז"ל בספרו ברכת רצה סי' נ"א הרחיב הדיבור בענין זה ומעתה י"ל דהתוס' ג"כ מפרשים הכי וביחוד דלדעת התוס' דאמרינן כל מידי דלא מצי עביד לא משוי שליח א"כ הא דאמרינן התם דלאשה דעלמא אינו גט על כרחך מיירי נמי אפילו אם הלבלר כתב אחר שכנסה:

ובדבר השלשת כתובתה המבואר בהתקנ' שבא הצ"צ וחידש דכשאין להבעל להשליש כתובתה ימכרו הקרובים להבעל כתובתה בט"ה ומטעם דזכות הוא לה לקבל הט"ה מלהמתין עד שתקבל הגט ע"ש ואם כי יש לשדות בה נרגא דבנשתטית דע"י המכיר' הלזו היכולת ביד הבעל לישא אחרת מסתמא בודאי לא ניחא לה וכן ראיתי להחת"ס שם שמפקפק ג"כ על העצה שהמציא הצ"צ מחמת טעמים אחרים אולם מ"מ גם הוא ז"ל לא רצה לדחות דברי הצ"צ ע"ש אך בעובדא דידן כי אין להבעל למלאות גם עצה הלזו כי לרש אין כל אין לנו מה לדון בפסק הלזה אכן לפי מה שהגיד לי האברך בעצמו שהניח אצלה בשעת הפרדו מאתה כסף מזומן וחפיצים בעד כמה מאות ר"כ וכשחלתה ר"ל נפל כ"ז ביד אביה ובני משפחתה ועלה על לבי להסתפק בכה"ג היכי שהבעל טוען שיש בידה כדי כתובתה אם יש להאמין לו אם לא כי כפי מה שכתב הב"ש בשם הב"ח ח"ל

וב"ח כתב קבלה היא מגדולי עולם שיציעו הענין לפני הגדולים שבאותו הדור ויסכימו בהיתר מאה רבנים וגם ישליש סך הכתוב' ונדוניא וח"כ ביד הב"ד ואח"כ ישא אחרת עכ"ל נראה מרהיטת לשונו שאין התרת מאה רבנים תליא בהשלשת כתובתה ואין הפירוש שהמה לא יתירו אלא באופן שישליש כנ"ל כי באופן זה הי' צריך לומר שישליש הבעל מקודם ואח"כ יבקש התרת מאה רבנים אלא ע"כ הוא ענין בפני עצמו שהרבנים יכולים להתירו קודם השלשה רק הוא אינו רשאי לישא אשה עד אחר ההשלשה ואם נשא בלי ההשלשה הוא עבר על החרם ולפ"ז יש להאמינו אם טוען שיש בידה כדי הכתוב' כי חלילה אם הוא משקר הוא עובר על החרם וקמי שמיא גליא וגם בהתקנ' המובא בתשובת מהר"ם מרוטענבערג וז"ל והחרם אשר שם רבינו גרשום שלא ישא איש שתי נשים אין להתירו אלא במאה אנשים מג' מלכיות אוניוא"ה ולימרבדיאה וצרפת גם לא יתירו עד שיראו טעם להתיר גם באותו ענין שתהא כתובתה צרורה ומונחת במשכנות ובמעות ע"ש מבואר מלשונו שאין רשות להמאה רבנים להתיר אלא באופן שיהיו כל האופנים הנ"ל ופשיטא לפי זה דאין הבעל מהימן שיש בידה כדי כתובתה:

סיומא דהך מילתא שישתדל. הבעל לעשות כל טצדקי להשליש איזה סך מסוים עבור האשה שלא תצא לגמרי בפחי נפש ח"ו וגם יתן אביה כתב בלשון המדינ' שהוא מחייב את עצמו להחזיקה ואם יראו עיני הב"ד שבמקום דירתו שהשלשת סך מסוים במזומן הוא דבר שאי אפשר ביד הבעל לקיים אזי יתן נאטאריאנוסאקט בכל אופן היותר מועיל עפ"י חקי המדינ' על הכתובה ומזונותי' כדי שאולי לא יתן אביה לה מזונות יהי' על הבעל מוטל להחזיקה ואם כה יעשה ויסכימו מאה רבנים מג' מלכיות דוקא ולא מג' ארצות כי כן הי' מו"ח ז"ל מקפיד מאוד שלא להתיר באופן אחר אזי גם אני נמנה להיות מן המתירין להתיר לו לישא אחרת וד' יברך את עמו בשלום ויצילנו משגיאות:

סימן מה

הנה ראיתי להרשב"א ז"ל בחידושיו ליבמות דף כ' ע"א שכתב אהא דפרכינן התם אמתניתין דקתני אלמנה לכהן גדול קא פסיק ותני לא שנא אלמנה מו הנשואין ולא שנא אלמנה מן הארוסין כו' וז"ל ובדין הוא דליקשי לי' הכי מדתני בהדיא גרושה וחלוצה לכהן הדיוט דאיסורי לאו גרידא נינהו וכן כתב הריטב"א ז"ל שם ע"ש הרי סבירי להו דגרוש' לכה"ד ליכא עשה דקדושים יהיו דאל"ה הרי גרושה לכה"ד נמי איכא לאו ועשה. אבל התוס' במכות דף ט"ז ע"א ד"ה ואם כהן הוא לוקה ואינו מחזיר כתבו וליכא למימר דאתי עשה ודחי ל"ת ועשה שאינו שוה בכל דהא אי אמרה לא בעינא ליתא לעשה כלל ע"ש (כך הוא הגירסא בגמרות שלפנינו) הרי סבירי להו דגרושה לכה"ד הוה עשה ול"ת

ועכצ"ל דיש בכה"ד עשה דקדושים יהיו וכן כתבו בתוס' בהדי' ריש פרק יש מותרות דף פ"ד ע"א ד"ה והיכא וז"ל דבחללה נמי איכא עשה דקדושים יהיו ונראה דס"ל דאע"ג דשם ביבמות דף כ' רצה הש"ס למימר דאיכא גבי אלמנה מן הארוסין לכהן גדול עשה דקדושים יהיו ודחי הש"ס דבכל התורה כולה איכא נמי עשה דוהתקדשתם זהו רק אצל אלמנה לכהן גדול דלא כתיב בהך פרשה אבל גרוש' וחללה לכהן הדיוט דכתיב בהך פרשה קיימינן בהא דאיכא עשה דקדושים יהיו וכן כתבו בהדיא בתוס' ב"מ דף ל' דעשה דקדושים יהיו לא קאי רק אמה דכתיב בהאי פרשה ע"ש ומצאתי שכבר העיר בזה השעה"מ הלכות יבום וחליצה פרק ו' הלכה י"א ע"ש וכבר כתבתי בענין זה בספרי מצפה ארי' סי' כ"ד והבאתי מה שהגיה הב"ח בדברי התוס' מכות דעשה שאינו שוה בכל הוא כצ"ל ולפ"ז כך הוא כונתם דאין עדל"ת דעשה דלו תהי' כו' חשוב אינו שוה בכל משום דאי אמרה לא בעינא ליכא לעשה כלל ולפ"ז ס"ל דקדושים יהיו לא חשוב עשה ובאמת בחנם דחק שהרי כתבו התוס' בפרק יש מותרות בהדיא איפכא אלא דקדושים יהיו חשוב עשה בחללה לכהן וה"ה בגרושה:

ולולא דברי התוס' אילו הייתי כדאי הייתי אומר דיש לקיים דברי שני הצדדים דהיינו דגרוש' לכהן איכא עשה ול"ת משום דקדושים יהיו הוה עשה אבל מ"מ לא סגי עשה כזו לעכב שלא תהא נדחית מפני עשה אחרינא והטעם בזה דקדושים יהיו אינו אלא ענין שנצטוו הכהנים לעשות ולקיים ככל הכתוב עליהם ואשר צוום הקב"ה במצות יתרות על שאר בני ישראל ואם עוברים על עניני מצות כהונ' כגון גרוש' וחללה לכהן מלבד הל"ת עוד המה עוברים על העשה דקדושים יהיו שזה ציווי וחיזוק על כל האזהרות שהזהיר' התוה"ק על הכהנים בין בענין נשים האסורות להם בין לענין טומאת כהנים והעשה היא בגופם אבל לענין יבום וכדומה שאנו באין להתיר הל"ת מטעם עשה דיבום דוחה ל"ת דגרוש' לכהן והל"ת נדחית מפאת חק התורה אין כח לעשה דקדושים יהיו לעכב על ידה מלדחות דאם עוברים על הל"ת משום קיום עשה דיבום הרי הם בקדושתן כמו שהיו מקודם כיון שאינם עוברים מצד מורדן נגד חוקי התורה אלא אדרבה המה קדושים לקיים מה שנגזר עליהם מאתו יתברך שעדל"ת וזהו כוונת הש"ס ביבמות כ' ע"ב כל התורה נמי כתיב והתקדשתם מ"מ אינה מעכבת בעלמא שלא תהא עשה דוחה ל"ת ה"ה עשה דקדושים יהיו דכתיב גבי כהנים אינה מעכבת שתהא עשה דוחה לאו האמור בכהנים אמנם זהו דוקא אם נימא דקדושים יהיו לא קאי אהא דכתיב דוקא בהאי פרשה לבד אלא אפילו אלמנה לכהן גדול דלא קאי בההיא פרשה נמי איכא עשה דקדושים יהיו א"כ דמי ממש לוהתקדשתם דהוי נמי עשה כללית שישמרו חוקי ה' וילכו בדרך

התורה אבל אי נימא דקדושים יהיו קאי רק אמה שכתוב בהאי פרשה והוי עשה פרטית אהני לאוי דכתיב בהאי פרשה דהיינו טומא' לכהנים ואיסור לקיחת גרושה זונה וחללה לכהן הדיוט תו לא חשוב עשה כללית אלא כשאר עשה ולא אתי עשה:

דיבום או דאבידה ולדחות אותה ובזה סרה השגת התו' בריש פרק יש מותרות ד"ה והא כוליה פירקין עשה ול"ת הוא על מש רש"י חללה לכהן ואין נראה דבחללה איכא עשה דקדושים יהיו ע"ש ולפי הנ"ל ניחא דסבר רש"י דהך סוגיא קסבר דקדושים יהיו קאי אאלמנה לכה"ג כמו שסבר רבא שם דף כ' והוה עשה כללי ולענין דחיה לגבי עשה דיבום לא אלים לעכב מצות עשה דיבום על ידה וליכא אלא לאו לחודי' והסוגיא דב"מ וסוגיא דיבמות פליגי בזה אי קדושים יהיו חשיב עשה כללי או פרטי דהא רבא נמי סקיל וטרי בזה בפרק ב' דיבמות:

וכעין זה יש ליישב קושית התוס' בכתובות דף מ' בהא דאיתא בגמרא אימור דאמרינן עדל"ת כגון מילה בצרעת כו' הא צרעת הוה עשה ול"ת כמו דאיתא בשבת קל"ב ובלא"ה לא דחי לי' עשה ע"ש וביותר יש לתמוה בסוגיא דשבת הנ"ל דאיתא לישנא אחרינא מילה דוחה את הצרעת מ"ט דאתי עשה ודחי ל"ת ומאי או אינו דקאמר הדר קאמר אימר דאמרינן אתי עשה ודחי ל"ת ל"ת גרידא החי עשה ול"ת ותו אמרינן התם בסמוך אלא אמר רב אשי היכי אמרינן אתי עשה ודחי ל"ת כגון מילה בצרעת כו' ע"ש שהגמרא סותרת א"ע מני' ובי' וכן הקשו בתוס' שם וכתב ר"ת דלסימנא בעלמא נקטו הכא מילה בצרעת וכן כתבו בתוס' כתובות הנ"ל דאינו אלא לסימנא ע"ש ועיין ברמב"ם פרק י' מהלכות צרעת הלכה ה' שכתב וז"ל מי שהית' בהרת בערלתו ימול ואעפ"י שהיא מילה שלא בזמנה עשה דל"ת בכל מקום ותמה המ"ל הא צרעת הוה עשה ול"ת ע"ש ולפי הנ"ל שפיר יש לומר דלעולם צרעת הוה עשה ול"ת ומ"מ לגבי ענין זה דעשה דמיל' דוחה צרעת לא חשוב כאן דחי' אלא הל"ת לחודא ומטעם דעשה דצרעת הוא מאי דכתיב (דברים כ"ה) השמר בנגע הצרעת לשמור ולעשות ככל אשר יורו אתכם הכהנים הלוים והשמר הוא ל"ת ולעשות הוה עשה כמ"ש רש"י ותוס' וכיון דעשה דלעשות הוא רק כפי אשר יורו הכהנים עפ"י חק התורה א"כ כשצריך לקוץ בהרתו לצורך מצות מילה והעשה דוחה ל"ת שוב נפקע מאליו העשה דלעשות דהא עושה כפי אשר הורו הכהנים ונהי כמי כשהוא קוצץ בהרתו לא לצורך מילה הוא עובר על עשה ול"ת מ"מ לצורך מילה לא נסתלק העשה דלעשות מכח דחי' אלא שמאליו נפקע כיון שהקציץ' היא כפי חק התורה ואין צריך לדחית אלא הל"ת לחודא ובסברא זו שקיל וטרי הש"ס דהתם והנה דעת הרמב"ם נראה בהדיא דחשוב להך דקדושים יהיו עשה לענין דחי' כמ"ש השעה"מ

ממ"ש הרמב"ם בפרק י"ז מהלכות גזילה ואבדה הלכה י"ח דעשה דהשבת אבידה אינו דוחה טומאת כהנים משום דהוה ל"ת ועשה דקדושים יהיו ע"ש:

ומה שיש לי להעיר בזה עוד הא בסוגיא דסוף חולין דף קמ"א איתא אלא טעמא דכתב רחמנא תשלח הא לאו הכי ה"א לדבר מצוה לא עשה ול"ת הוא ואין עשה דוחה ל"ת ועשה ויש להעיר הא שילוח הקן הוה לאו הניתק לעשה דקיי"ל כרבנן דס"ל דאם לקח שלח ולא כר' יהודא דס"ל שלח מעיקרא משמע ולרבנן העשה בא לתקן את הלאו שעבר ולפ"ז איך חשבינן לזה עשה ול"ת הא אי נימא דעשה דמצורע דוחה לל"ת דלא תקח האם על הבנים נמצא דהלקיח' הי' בהיתר ולא עבר על הל"ת כלל הא אין כאן מה לתקן וממילא נפקע העשה דתשלח ונהי נמי דאם אין העשה דוחה לל"ת והלקיח' הי' באיסור לאו יש כאן ל"ת ועשה מ"מ באופן שהעשה דוחה לל"ת דלא תקח נסתלק העשה דתשלח מאליו ודמי ממש להך דקדושים יהיו דבכה"ג העשה מתלי תלי וקאי דאי נדחה הל"ת ליכא עשה ואינו מצטרף העשה לל"ת לענין דחי' וכנ"ל ונ"ל דאפשר דמצות שילוח הקן הוה אפילו אם הלקיח' הי' בהיתר כגון שלקח לצורך חולה ואח"כ לא נצטרך לחולה צריך לשלח ולפ"ז הא דאיתא בש"ס לא צריכא דעבר ושקל' לא מיירי שלקח באיסור אלא אפילו אם לקח בהיתר לצורך חולה ולא נצטרך חייב בשילוח אבל מסוגיית הש"ס לא משמע הכי שהרי פריך הניחא למ"ד קיימו ולא קיימו כו' ומוקי לה שלקח ע"מ לשלח ע"ש אבל באמת לכאור' קשיא אמאי לא משני הש"ס הכי שלקח לצורך חולה וי"ל דבכה"ג כיון דהלקיח' הי' לצורך חולה ליכא שוב עשה כלל ונרא' דתליא בפלוגתא שהביא הרב"י או"ח סי' שכ"ח הרמ"ה והרשב"א דרמ"ה סבר דשבת הותרה אצל פקו"נ ורשב"א סבר דאינו אלא דחויה ומסוגיא דהכא מוכח דהוה הותרה ומשו"ה עדיף לצורך חולה מגוונא דעשה דוחה ל"ת ומשו"ה לא מצי הש"ס לאוקמי' שלקח לצורך חולה דא"כ אינו מחויב תו לשלח כלל וצ"ע

סימן מו

אמרתי לפרש הא דאיתא בכתובות דף י"ז אמרו עליו על ר"י ב"ר אילעאי שהי' נוטל בד של הדס ומרקד לפני הכלה ואומר כלה נאה וחסודה וכתב המהרש"א בח"א אשמועינן דאעפ"י שהי' תורתו אומנתו הי' מבטל ת"ת ומרקד לפני הכלה וכדקתני באידך ברייתא דלקמן עכ"ל והנה נראה שהי' קשה להמהרש"א מאי אשמועינן בזה הא כבר אמרו בית הילל כיצד מרקדין לפני הכלה כלה נאה וחסודה ולפענ"ד נראה לבאר בזה ענין אחר דעיקר המאמר בא לאשמועינן שר"י הי' נוטל בד של הדס ומרקד לפני הכלה ואומר כלה נאה וחסוד' משום דבברייתא דלעיל איתא דאמרי ב"ש לב"ה הרי שהית' חיגרת או סומא

אומרים לה כלה נאה וחסוד' והתורה אמרה מדבר שקר תרחק וע"כ לקח ר"י בד של הדס לצאת דעת ב"ש כדי להרחיק מדבר שקר דהנה מה דנקראת הנכנסת לחופ' כלה היא על שם החופה הנקראת כלילת חתנים כמ"ש הערוך אות כ' כילה לברי' וכל דבר החופף מכל צד נקרא כלה עי' במדות פ"ד כליא עורב ופי' הרמב"ם שהי' מקיף ההיכל עיי"ש ואיתא בסוכה ל"ב ע"ב תנו רבנן ענף עץ עבות שענפיו חופין את עצו ואיזה הוא הוי אומר זה הדס ובמצודת דוד שיר השירים ד' כתב כלה ר"ל כלולה בכל מיני יופי וענף עץ עבות שכולו ענף שהעץ מחופה בעלין ע"י שהם עשויין בקליפ' ושוכבין על אפיהן ומשו"ה גם ההדס יש לכנותו בשם כלה ובש"ס מגילה י"ג ע"א תנא ר"מ אומר אסתר שמה ולמה נקרא שמה הדסה ע"ש הצדיקים שנקראים הדסים וכה"א והוא עומד בין ההדסים ע"ש מבואר דההדס הוא משל על הצדיקים וע"כ לקח ר"י בד של הדס ואומר כלה נאה וחסוד' וכונתו הי' על ההדס שההדס הוא נאה והכלה היא חסודה ורק העולם יסברו שכונתו על הכלה ולכן לא הוציא דבר שקר מפיו כי אינהו מטעי נפשייהו ובכה"ג שרי לגנוב דעת הבריות כדאיתא בחולין דף צ"ד ע"ב:

סימן מז

הנה :

המג"א בסי' ש"ו ס"ק כ"ט הביא בשם הב"ח דאפילו תקנתא דרבנן לא עקרו מקמי אונס כדאיתא בריש כתובות וע"ז כתב המג"א ולי נראה כמו שכתבתי דאדרבה כשאונסין אותו אומרים לאדם חטא בשבילו כמ"ש לעיל בשם התוס' ולא דמי להא דאיתא בכתובות ע"ש עכ"ל ובספר מחצית השקל ביאר דבריו הטעם דלא דמי ע"ש אבל לפענ"ד נראה דלכאור' יש לתמוה דלפי פשטא דגמרא דהגזיר' היתה דכל בתולה הנשאת ברביעי תיבעל לטפסר תחיל' הא ממילא בטל' התקנ' דכל עיקר התקנה היתה שתהא נשאת ברביעי שאם הי' לו טענת בתולים הי' משכים לב"ד ואחרי שהית' גזירה שתיבעל לטפסר תחילה איזו טענת בתולים הי' לבעל לטעון ובזמן דליכא טענת:

בתולים גם מתחילת התקנ' לא תקנו כלל שתהא אשה נשאת ברביעי כדאמרינן התם בגמרא בסוגיא דאי איכא בתי דינין דקביעי האידנא כקודם תקנת עזרא אשה נשאת בכל יום ע"ש אלא עכצ"ל דכך הוא הדבר שלעולם הי' אפשר להיות שתנשא בצינע' שלא יתודע לטפסר כלל אלא שהיו חוששין על צד הרחוק שמא יתודע לטפסר ויבעול אותה אבל פשיטא שלא היו הנשואין חלילה אדעתא דהכי תדע דאי לא תימא הכי איך פריך הש"ס ולידרוש להו דאונס שרי דאיך יעלה על הדעת למימר הכי דתנשא על מנת שתיבעל לטפסר תחילה אלא על כרחך שהי' באפשרות לעשות הנשואין בצינע' עפ"י

רוב אלא שהי' חשש סכנה שמא יתודע לטפסר וכן הוא בירושלמי שם הלכה ה' דבנות כהנות מטמינות היו ופריך ויטמינו אף בנות ישראל קול יוצא ומלכותא שמעה ואילן ואילן מתערבבין ע"ש ובודאי אף בנות ישראל היו מטמינות א"ע עפ"י רוב כל כמה שהי' ביכולתם דלפע"ד לא מסתבר כלל לומר שנשי ישראל לא היו מטמינות את עצמן כדי שינצלו הכהנות דהרי קי"ל חייך קודמין אלא הפירוש שהב"ד היו משתדלין יותר בעד הצלת הכהנות וגם הכהנות בעצמן היו מכניסות א"ע בסכנה יותר מנשי ישראל וכן מוכח ממה דאיתא התם מה סימן היה להן קול מגרוס בעיר משתה שם משתה שם ולכאור' קשה הי' להם לבטל הסעוד' והמשתה לגמרי כדי שלא יבעלו לטפסר אלא מוכח שהי' רק חשש בעלמא ולעתים רחוקים ולכך לא מצאו חז"ל לנכון לבטל הסעוד' לגמרי שהיא מצוה לשמח חתן וכלה בשביל דבר זה:

סימן מח

הנה בטור אה"ע סי' קנ"ז הביא כתב רב שרירא גאון נפלה לפני מומר כו' זקוקה ליבם ורב יהודאי כתב אי כד נסבה בעלה הוי יבם מומר לא בעי חליצ' מיני' ואם הי' הבעל מומר ומת בשמדותו בלא בנים אינה צריכה יבום דהא לאו אחיו הוה ואין זקוק לה חליצ' והב"י הביא בשם המרדכי בפרק החולץ יבמה שנפלה לפני מומר פטורה מן החליצ' ע"ש וס"ל דגם אם נשתמד היבם אחר שכנסה בעלה פטורה מחליצ' וכן הוא בשו"ע אבה"ע שם אבל לכו"ע אם בשעת מיתת בעלה לא הי' מומר אלא אח"כ נעשה מומר צריכה חליצ' כיון דבשעת נפילה היתה זקוקה ליבום ע"ש ולכאור' צריך להבין כיון דדעת הגאון ז"ל דע"י השמדה קודם הנפיל' ליכא זיקה אמאי פשיטא להו דהמיר דתו אחר הנפיל' היא זקוקה ליבום אמאי לא נימא דנפקעת הזיקה דמקודם כמו דתנן ביבמות דף ק"ט ע"א שני אחים נשואין שתי אחיות כו' גדולה וקטנה מת בעלה של גדולה ר' גמליאל אומר אם מיאנה מיאנה ואי לאו תמתין עד שתגדיל ותצא הלזו משום אחות אשה ע"ש אלמא דאתי איסור אחות אשה ומפקעת הזיקה וכן פריך הש"ס מהך מתניתין בפ' הערל דף ע"ט ע"ב ארבה דמוקי לה למתניתין דסריס דנפלה לו ואח"כ נפצע א"ל אביי וליתי איסור פצוע ונידחי עשה דיבום מי לא תנן ר"ג אומר כו' אלמא אתי איסור אחות אשה ודחי ה"נ ניתי איסור פצוע ונידחי. הן אמת דהריטב"א נתקשה בזה דמאי פריך מר"ג הא ההיא דר"ג היא משום דסבר דאין זיקה אבל לא למ"ד יש זיקה וכתב בשם יש מתרצים דבנשואי אחותה ודכוותא לכו"ע נפטרה יבמה לשוק והולכת לה ומשו"ה פריך דכמו כן דבנפל' לו ואח"כ נפצע ניתי איסור פצוע ודחי ע"ש א"כ אמאי לא נימא נמי גבי מומר דאתי ההשמדה ודחי:

איברא דאפשר לומר דבאמת אליבא דרבה דסבר דשכנפלה לו ואח"כ נפצע אין הזיקה נפקעת מחמת שנעש' חייבי לאוין ועכצ"ל דסבירא לי' לרבה דגם לר"ע יש חילוק בין חייבי לאוין לבין חייבי כריתות דאטו לא ידע רבה הך מתניתין דר"ג דאתי איסור אחות אשה ודחי אלא בודאי הוה ידע רבה מזה רק ס"ל דחייבי לאוין לר"ע אין בכח הלאו להפקיע זיקת יבמין שהי' מקודם אפילו לר"ע א"כ כמו כן י"ל להגאונים דס"ל דהמרת דת בשעת נפיל' פוטרת היבמה מיבום וחליצ' גם לדידן מ"מ אין בכח ההמרה להפקיע הזיקה שכבר הי' מקודם שהמיר דתו אליבא דרבה אבל לאביי דס"ל אליבא דר"ע דאין חילוק כלל בחייבי לאוין דאתי איסור פצוע ודחי ה"ה לדידן גם בהמרת דת דינא הכי לשיטת הגאונים ז"ל דאפילו אם נפלה ליבום ואח"כ המיר היבם דתו נפטרה והלכה לה.
ולפ"ז הא דאמר אביי ביבמות דף מ"ט הכל מודים בבא על הנדה ועל הסוטה שאין הולד ממזר סוטה דהא תפסי בה קדושין וכתב רש"י מדלא נפקעו קדושין הראשונים משעה שזינת' זה אינו אלא לאביי לשיטתי' אבל לרבה מודה רש"י ז"ל דאין ראי' כלל דבסוטה תפסי קדושין מדלא נפקעין הקדושין דמעיקרא:
והנה ראיתי בספר אבני מלואים סוף הל' אישות שכתב ליישב קושי' התוס' ביבמות דף ט' דבכל דוכתי פשיטא לי' להש"ס דחייבי לאוין לר"ע לאו בני חליצ' ויבום נינהו אמאי לא נימא לר"ע ליתי עשה ולידחי ל"ת וכ' הוא ז"ל ליישב עפ"י מ"ש רש"י ז"ל ביבמות בהא דאמר אביי הכל מודים כו' סוטה נמי דכל שאין תופסין בהן קדושין נפקעין ג"כ קדושין שהיו עלי' מקודם ע"ש מעתה לר"ע דחייבי לאוין דמי לח"כ שאין קדושין תופסין בהן והעשה הוא רק בביא' ראשונ' אבל בביאה שניה ליכא עשה ויהי' האישות נפקעת אחר ביאה ראשונ' וא"כ הוה אישות לזמן דלא הוה קדושין כדאיתא בנדרים כ"ט זהו תוכן דבריו ולפי המבואר מסוגיא הנ"ל פליגי בזה רבה ואביי אי בחייבי לאוין נפקע הזיק' לר"ע אי לא נפקע הזיק' דמקודם ופשיטא דלרבה צריך לפרש הא דקתני במתניתין חולצין לאשתו דמיירי נמי בנשא המת לאשתו ואח"כ נפצע ואין הקדושין נפקעין לר"ע א"כ חזרה קושי' התוס' למקומה אליבא דרבה ומה הועיל הא"מ בתירוצו גם מה שכתב דלר"ע נמי ביאה שני' אסורה וחשוב אישות לזמן גם בזה יש לפקפק טובא דהא דאסור' ביאה שני' הוא רק לדידן דיבום סגי בביא' ראשונ' וביאה שני' חשיב רשות כמ"ש התוס' ביבמות דף ח' שהביא הוא בעצמו שם אבל לר"ע אליבא מה שחידש הוא ז"ל דבלא היתר של ביאה שני' אי אפשר לקיים מצות יבום דהוה אישות כזמן וזה תליא בזה מותרת ליבם לעולם דמה לי ביא' ראשונ' או ביאה שני' כיון דאי אפשר לקיים מצות יבום בלאו הכי כאשר כבר הארכתי בזה במקום אחר:

והנה לעיל סי' כ"ד הבאתי מ"ש בספר מנחת חינוך בדיני עריות מצוה ר"ג דלפי שיטת רש"י ז"ל הנ"ל דגם אם קידשה ואח"כ נעשה דבר המבטל קדושין גם הקדושין הראשונים נפקעים גם לפי שיטת קצת גאונים באה"ע סי' מ"ד דלא תפסי קדושי מומר ה"ה אם נשתמד אח"כ נפקעין הקדושין דמעיקרא ע"ש מה שכתבתי בזה ולפי הנ"ל בלא"ה ליתא דכ"ז הוא רק לאביי אבל לרבה ע"כ מתניתין דחולץ לאשתו מיירי בנעשה פצוע אחר הנשואין דקודם שנשא' הא אין קדושין תופסין כלל וחליצ' מאי בעי הכא אלא ע"כ שנפצע אחר הנשואין ומ"מ צריכה חליצ' ולא נפקעו הקדושין דמעיקרא ותהא פטורה מחליצ' ומשמע דזה הי' פשיטא לי' לרבה אלא אתי לאשמועינן דגם גבי זיקה אם נפלה ואח"כ נפצע היבם ג"כ צריכ' חליצ' ודו"ק:

סימן מט

הרשב"א בחידושיו בריש פרק קמא דיבמות כתב דהמגרש את אשתו על מנת שלא תנשאי לראובן ועמדה ונישאת לשמעון אחיו ומת ונפלה:

לפני ראובן ליבום דאפילו היא עצמה חולצת ואין אני קורא בה כל שאינו עולה ליבום כו' דבתנאי לא קמיירי קרא ולא אמרינן אלא באיסור ערוה אבל בזו איסור דבר אחר גרם לה והרי זה כנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה כו' והרי זו אינה עולה ליבום ומ"מ צריכ' חליצ' וכתב השעה"מ ולא זכיתי להבין דבריו דנודרת הנאה דבעינן חליצ' לאו משום דדבר אחר גרם לה לאסור אלא משום דריבה הכתוב יבמתו לחייבי לאווין ועשה דבעי' חליצ' ע"ש. וכבר כתבתי בפירוש דבריו לעיל סי' כ"ז אך כעת עלה על דעתי די"ל דבפשיטות ניחא דמתניתין סתמא קתני ומשמע דאתיא אליבא דכו"ע דלא מצינו דר"ע פליג אהך מתניתין ועכצ"ל דר"ע מודה בזה משום דדבר אחר גרם לה וממילא ה"ה לרבנן גם בחייבי כריתות כה"ג היכי דדבר אחר גרם לה כמו נודרת אליבא דר"ע אבל מה דקשה טובא לפ"ז דיש לחלק בין איסור שגופה גרם לה לבין איסור שדבר אחר גרם לה מאי קאמר הש"ס ביבמות דף כ' אהא דפריך אי הכי חייבי לאווין נמי הא רבי רחמנא יבמתו דילמא יבמתו אתי היכי דדבר אחר גרם לה ובכה"ג אפילו בחייבי כריתות נמי חולצת אבל היכי דאיסור גופה גרם לה גם חייבי לאוין אינן עולין לחליצ' כמו חייבי כריתות ואין חילוק בין חייבי כריתות לבין חייבי לאווין אלא בין איסור גופה לבין איסור דבר אחר:

ונ"ל דיש מקום בראש לומר דהנה לכאור' יש להבין איזה חילוק יש בין איסור גופה לבין איסור דבר אחר הא בפסחים דף מ"ח פרכינן ואי איסור מוקצה דאורייתא מה לי איסור גופא ומה לי איסור דבר אחר ואיך כתב הרשב"א ז"ל לחלק בחייבי כריתות בין איסור

גופו לבין איסור דבר אחר. אמנם לדעתי יש לומר דעיקר החילוק בנתן לה גט על מנת שלא תנשאי לשמעון ונשאת לראובן ונפלה לשמעון ליבום דס"ל להרשב"א ז"ל דאף על פי שאינה עולה ליבום עולה לחליצ' זהו מטעם דכל עיקר דפטרינן ט"ו עריות מחליצ' ומיבום ילפינן מגזירה שוה דעלי' עלי' מאחות אשה כמבואר בריש יבמות ולהכי בעינן שיהי' דומה ממש לאחות אשה מה שאין כן בעל מנת שלא תנשאי ולא תבעלי לשמעון דדבר אחר גרם לה ולא דמי לאחות אשה (וכן כתבו התוס' בהדיא בריש המגרש דף פ"ב ע"ב ד"ה אפילו עיי"ש) סובר הרשב"א שעולה לחליצ' א"כ כל זה הוא לפי האמת דחייבי לאווין עולין לחליצ' אבל אי הוה אמרינן דחייבי לאווין נמי אין עולין לחליצ' אף על גב דלא דמי לאחות אשה דהא תפסי בהן קידושין שוב אין לחלק בין אם איסור גופה גרם לה או איסור דבר אחר גרם לה כמו דאמרינן בש"ס דפסחים הנ"ל:

ועוד נ"ל דיש להסביר עפ"י מה דקי"ל באה"ע סי' קמ"ג סעיף י"ח בנתן גט ע"מ שתיבעלי לפלוני נתקיים התנאי שנבעלה לו בין בזנות ובין בנשואין ה"ז גט ולכתחיל' לא תיבעל לו דהא אינה מגורשת עד שתיבעל לו נמצאת תחילת ביאה באיסור ועי' בב"ש ס"ק ל"א שמראה מקום בהירושלמי מעתה לפ"ז י"ל דה"ה במגרש על מנת שלא תנשאי לשמעון והלכה ונישאת לראובן אחיו ונפלה לשמעון ליבום או לחליצ' אע"פ שאם עבר שמעון ויבם אותה הרי היא נעשית אשת איש למפרע מ"מ תחילת העראה כעשה בענין יבום דוגמ' הירושלמי הנ"ל משו"ה קרינן לה קצת עולה ליבום להצריכה חליצ' מעתה לפי המסקנ' דחייבי לאווין מקרי עולה ליבום משום שיש בהן תפיסת קדושין אנן אמרינן להחמיר באופן הנ"ל שמגרש על תנאי כיון שיש בענין זה קצת תפיסת קדושין צריכ' חליצ' אבל הס"ד שפיר קאמר הא רבי רחמנא יבמתו דאי אפשר כלל דיבמתו מיירי במגרש על תנאי דאי חייבי לאווין פטורין מחליצ' אע"פ דתפסי בהן קדושין למה יגרע חייבי כריתות דדבר אחר גרם לה ואפילו נודרת דדבר אחר גרם לה דהא אמרינן שם בפסחים מה לי איסור גופו ומה לי איסור דבר אחר ומעתה זה אינו אלא לרבנן דקי"ל כוותייהו דקדושין תופסין בחייבי לאווין אבל לר"ע דס"ל דאין קדושין תופסין בחייבי לאווין שוב י"ל דקרא דיבמתו אתי במגרש על תנאי כנ"ל או בנודרות:

והנה למעלה כתבתי בפשיטות דאפילו ר"ע דסבר אין קידושין תופסין בחייבי לאווין מ"מ בנודרת הנאה מיבמה או מאיש אחר יש בהן תפיסת קידושין דהא האיסור אינו מצד אישות רק מצד ענין נדר. ולכאור' יש לעורר מקידושין דף ס"ח דילפינן מקרא דכי תהיינ' לאיש שתי נשים אחת אהוב' והאחת שנוא' וכי יש שנואה לפני המקום אלא שנוא' בנשואיה ואיזו היא חייבי לאווין ש"מ דקידושין תופסין בחייבי לאווין דילמא

אין קידושין תופסין בחייבי לאווין וקרא דכי תהיינ' מיירי במודרת הנאה קודם שנשאה ואח"כ נשאה באיסור והו"ל שנוא' בנשואיה ומ"מ תפסי בה קידושין וכן בכתובות ריש פרק אלו נערות דפריך מאי ביניהו בין שמעון התימני דאמר אשה שיש בה הויה לבין ר"ש בן מנסיא דאמר אשה הראוי' לקיימה אליבא דר' ישבב דאמר בואו ונצווח על עקיבא בן יוסף כו' ולמה לא קאמר דאיכא בינייהו נודרת דיש לומר דכיון דנודרת יש לה היתר ע"י התרת חכם חשיב ראוי' לקיימה ואפילו נודרת על דעת רבים קיימ"ל דלדבר מצוה יש לו התרה וגם בלא"ה משני לה שפיר איכא בינייהו בעולה לכהן גדול אבל בקידושין שם קשה דאיך ילפינן מזה דקידושין תופסין בחייבי לאווין כיון דמשכחת לה בנודרת הנאה והנשואין היו באיסור ומ"מ הקידושין תופסין אפילו לר"ע דלא מסתבר כלל למימר דלר"ע גם בנודרת אין קידושין תופסין דלא מצינו דבר זה בשום מקום:

אבל מה שאני עומד בתמיה מ"ש הב"י אה"ע סי' קס"ה בדין יבמה הנודרת הנאה בשם הרשב"ץ בתשובה מה שאמרו בנודרת כו' זה אינו אלא כשה נדר קיים אבל אם מצא' פתח לנדרה מתייבמת ע"ש הובא בב"ש שם ס"ק ד' לפ"ז איך אפשר לפוטרה בלי חליצ' גם לולא הטעם דדבר אחר גרם לה תיפוק לי' דיש לחוש שמא תלך אחר שתהא נישאת לבעל לשאול על נדרה ותהא למפרע זקוקה ליבום או לחליצ' וצ"ל שאין לחוש לכך דודאי לא תקלקל את עצמה וצ"ע:

סימן נ

בסוטה דף כ"ד איתא דתניא תחת אישך פרט לארוסה יכול שאני מוציא אף שומרת יבם ת"ל איש יש דברי ר' יאשיה ר' יונתן אומר תחת אישך פרט לשומרת יבם כו' ע"ש והנה בחולין דף קמ"א ע"א איתא דאמר מר גדול השלום שבין איש לאשתו שהרי אמרה תורה שמו של הקב"ה שנכתב בקדוש' ימחה על המים וכתב רש"י ז"ל פרשת סוטה יש בה אזכרות הרבה כתובות ומעתה עכצ"ל דה"ה ביבמה נמי שייך לומר גדול השלום בין יבם ליבמה דאל"ה איך משקין את היבמה ומוחקין את השם שנכתב בקדוש' לר' יאשיה וגם לר' יונתן למה לן קרא למעוטי אלא מוכח דשייך גדול השלום ביבמה וביבמות דף כ' קאמר הש"ס דאלמנה לכה"ג גו"ח לכה"ד חולצין ולא מייבמין וקאמר הש"ס בשלמא אלמנ' מן הנשואין אין עדל"ת ועשה אלא אלמנ' מן האירוסין יבא עשה וידחה ל"ת ומסיק גזירה ביאה ראשונ' אטו ביאה שני' והתוס' ביבמות דף ה' ע"א ד"ה ואכתי הקשו דליגמר ממצורע דעדל"ת ועשה שאינו שוה בכל ואמאי אמרינן ביבמות בשלמא אלמנ' מן הנשואין אין עשה דל"ת ועשה אמאי ניחא לי' הא לאו ועשה שאינו שוה בכל הוא

וכתבו לתרץ בשם יש מפרשים דלא ילפינן ממצורע משום דגדול השלום ועשה דידי' עדיף משאר עשה:

עיי"ש וקשה לי הא מוכח מש"ס דסוטה דגם ביבמה שייך לומר גדול השלום דאי לאו הכי איך יכול למחוק שם הקדוש על המים ובשלמא לפי מאי דמסיק הש"ס בסוטה דפלוגתא דר' יאשי' ור' יונתן מיירי כגון שבא עלי' יבם בבית חמיה שפיר ניחא די"ל דדוקא בכה"ג שכבר בא עלי' שייך לומר גדול השלום אבל קודם ביאה לא אמרינן גדול השלום אבל להס"ד בסוטה דלא מיירי שבא עלי' מוכח דגם ביבמה קודם שבא עלי' שייך לומר גדול השלום קשה נימא דעשה דיבום דוחה ללאו ועשה דאלמנ' לכה"ג משום דגדול השלום וצריך לומר דענין גדול השלום ביבמה להקים שם המת על נחלתו ובמגילת רות נקרא היבם גואל ומצד היבמה נקרא חסד כדכתיב הטבת חסדך האחרון.

עוד יראה המעיין דעיקר פרכת הש"ס הוא רק על ארוסה כדאמרינן טעמא דכתיבי הני קראי הא לאו הכי ה"א ארוס' שתיא הא כי אתא ר"א ב"ח מדרומא אתא ואייתי מתניתא בידיה מבלעדי אישך משקדמה שכיבת בעל לבועל ולא שקדמה שכיבת בועל לבעל אבל אשמורת יבם לא פריך משמע דהוה ניחא להס"ד וכתב רש"י ז"ל ביבמות דף נ"ח דשכיבת המת שכיבת בעל הוא ע"ש א"כ גם לפי מה דמשני סובר ר' יאשי' דשומרת יבם שותת אפילו אם לא בא עליה יבם בבית חמיה ועכצ"ל דמוחקין מטעם גדול השלום וגם ר' יונתן דפליג היא רק משום מיעוטא דקרא אבל בלא"ה הי' שומרת יבם שותת וגם בלא זה לא מסתברא כלל דלפליגי בזה אי בשומרת יבם שייך גדול השלום: ויש לומר דדוקא דיבמה שהיא מותרת ליבם לעולם אמרינן דגדול השלום אבל כאן באלמנ' לכה"ג דאפילו אם נימא דעשה דיבום דוחה ללאו ועשה דאלמנ' וגרוש' לא שרי אלא ביאה ראשונ' אבל ביאה שני' אסור' כמו דמשנינן גזירה ביאה ראשונ' אטו ביאה שני' בכה"ג לא שייך לומר גדול השלום:

אבל אחר העיון הרבה יש לפקפק בזה ולומר דהא דביאה שני' שני' אסורה זה אינו אלא במי שיש לו לקיים מצות יבום בביאה ראשונ' לבד אבל היכא שאי אפשר מצות יבום אלא א"כ באופן שתהי' היבמה מותרת ליבם לעולם ואם לא נתיר לו להיות לו לאשתו לעולם לא יתקיים מצות יבום על כרחנו להתיר גם ביאות אחרות דהכל חדא הוא כיון דזה תליא בזה. ואמינא להביא ראי' ברורה לזה מתוס' פסחים דף כ"ט ע"א ד"ה אתי שהקשו בשם ריב"א הא בעידנא דמיעקר עשה דהשלמ' לא מקיים עשה דפסח דאכילת פסח אינו אלא בלילה ותירץ דמיירי שנשחט פסח עליו קודם שידחה עשה דהשלמה כו' הלכך כשמקריב כפרתו מקיים עשה דפסח דאז הוא ראוי לאכיל' שאם

לא הי' יכול להקריב' לא הוה ראוי לאכול והפסח הי' פסול עכ"ל וחזינן דאע"ג שהוא מקריב הפסח קודם עשה דהשלמה ואכילת הפסח אינו יכול לדחות לעשה דהשלמ' דאנן קימ"ל דאכילת הפסח לא מעכבא וגם לא הוה בעידנא כמו שהקשו התוס' אלא כיון דבעינן שיהי' ראוי לאכיל' וע"י דחיית עשה דהשלמה אנו מתקנין עשה דהקרבת הפסח למפרע שפיר דוחה א"כ הכא נמי כיון דקיום מצות יבום בביאה ראשונ' תליא בזה שאם נתיר לו גם ביאה שני' אז הוא מקיים מצות יבום אבל אי לא נתיר ביאה שכי' לא מקיים המצוה בביאה ראשונ' דבעינן שתהי' ראוי' לו לאשה לעולם ואי אפשר בלא"ה צריכין אנו להתיר לו לעולם דהכל הוא בכלל מצות יבום וזה ברור דוגמא לזה ראיתי בשו"ת הרי"מ להגאון ר' יצחק מאיר מווארשא ז"ל בחלק יור"ד סי' י"ט שמפלפל שם בדבריהם בקידושין דף ל"ח בהירושלמי דאמאי לא אכלו חדש דיבא עשה דמצה וידחה ל"ת דחרש וע"ז הקשה הרי"מ הא בפסחים דף ל"ח איתא דבעינן מצה הראוי' לשבעה ולפ"ז איך יוצאין בחדש הא לא הוה מצה הנאכלת לשבעה ימים (ובקושיא זה כבר קדמוהו בשעה"מ ועי' בהגהותיי מלחמת ארי' סי' צ"ד) וע"ז כתב הגאון הרי"מ דזה חשוב ראוי לשבעה שאם יהי' המצוה תליא בזה שיהי' מותר כל שבעה ובלא"ה אי אפשר לקיים בודאי יהי' מותר לאכול כל שבעה מטעם עשה דוחה ל"ת כיון דבלא"ה לא יקיים העשה ע"ש שהאריך שם קצת לחקור בדבר זה וכתב התם דלא מצינו כזה שנדחה העשה הל"ת אחר קיום המצוה שיהי' מותר לעבור אח"כ כדי שיהי' מקיים העשה למפרע:

ולפענ"ד מצינו בתוס' דפסחים שהבאתי למעלה דדוחין עשה דהשלימ' כדי שיקוים למפרע עשה דפסח אמנם נראה לפענ"ד דגם בלא"ה אין דבריו נכונים דהתם פירושו של דבר דבעינן מצה הנאכלת לשבעה הוי פירושא דכזית מצה שהיא אוכל לשם אכילת מצה מצוה אם לא יאכל אותו יהי' ראוי לאכול כל שבעת הימים וכאן אם לא יאכל כזית מצה בליל' שוב אינו נאכל למחר א"כ לא חשוב מצה הנאכלת לשבעה לא מה שיאכל זיתים אחרים בכל שבעה וכי עי"ז שיאכל זיתים אחרים חשוב כזית זה שהוא אוכל למצוה מצה הנאכלת לשבעה ואנכי תמה אקרא פה קדוש יאמר דבר זה:

ואמינא עוד שיש להביא סעד לזה שכתבתי למעלה דהעש' בכחה לדחות ל"ת גם בכה"ג מכתובות דף מ' ע"א דפריך התם הש"ס אמתניתין דקתני נמצא בה דבר ערוה או שאינה ראוי' לבוא בישראל אינו רשאי לקיימה כו' ואמאי וליתי עשה ולידחי ל"ת ובספר הפלא' הקשה הא עשה לא הוה אלא בביא' ראשונ' ובביאה שני' ליכא עשה א"כ לא הוה אשה הראוי' לקיימה ותירץ דביאה שני' נמי הוה עשה דכתיב לא יוכל נשלח' כל ימיו ודרשינן

כל ימיו בעמוד והחזר קאי ע"ש אבל לא ראה מ"ש השיטה מקובצת בשם הרשב"א ז"ל דאחר ביאה ראשונ' תו ליכא עשה ומשום זה דוחה דברי מורו ז"ל שרצה לפרש דפרכת הגמרא קאי אנמצא בה דבר ערוה ע"ש. ולפי הנ"ל שפיר ניחא די"ל דאע"ג דעשה לא הוה אלא בביא' ראשונ' מ"מ כיון דקיום המצוה תליא בזה שתהא אשה הראוי' לקיימה שפיר מותרת היא לו לעולם כיון דעי"ז יתקיים המצוה דלו תהי' לאשה למפרע וכסברת התוס' דפסחים שהבאתי למעלה. אולם מדברי השיט' מקובצת בשם הרשב"א מוכח דלא סבירא לי' האי סברא. אך יש לומר דהרשב"א מיירי בנמצא בה דבר ערוה אחר ביאה ראשונ' דבשעת הביאה היתה ראוי' לקיימה בכה"ג תו ליכא עשה בביא' שני' כיון דעכ"פ בביא' ראשונ' היתה ראוי' לקיימה קיים העשה דלו תהי' לאשה כתיקונ' ודו"ק:

ובזה ארווחנא ליישב קושית התוס' אהא דמשני הש"ס אימר אמרינן עשה דוחה ל"ת כגון מילה בצרעת אבל הכא אי אמרה לא בעינא לי' מי איתא לעשה כלל והקשו בתוס' ד"ה כגון מכיבוד אב ואם דאיצטריך קרא דלא דחי הא בלא"ה הו"א דדחי הא התם נמי אי אמרו אב ואם לא בעינא ליכא עשה כלל ע"ש. ולפי הנ"ל יש לחלק ולומר דבאמת בביא' שהיא גוף המצוה שצותה התורה לקיימה לא אמרינן הך סברא דאלו אמרה לא בעינא כמו בכיבוד אב ואם אבל הכא יש עוד ענין דאנו צריכין להתיר גם הביאות של אחר ביאה ראשונ' עד לעולם שביאות הללו אינם גוף המצוה רק כגורם והכשר מצוה בזה יש מקום לומר כיון דאי אמרה לא בעינא אין כאן מצוה כלל אין כדאי לדחות ל"ת אחר קיום המצוה למפרע דלא דמי אב ואם שהיא גוף המצוה ודו"ק:

והנה לפי"ז יש להקשות בהא דאיתא ר"פ אלו נערות דף כ"ט ע"ב ולו תהי' לאשה שמעון התימני אומר אשה שיש בה הויה ר"ש ב"נ אומר אשה הראויה לקיימה מאי בינייהו אמר ר' זירא ממזרת ונתינ' איכא בינייהו למ"ד יש בה הויה היא נמי יש בה הויה למ"ד ראויה לקיימה:

הא אינה ראויה לקיימה ולר"ע דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאווין מא"ב ע"ש ולפי הנ"ל מאי פריך לר"ע הא לר"ע נמי קשה ליתי עשה וידחה ל"ת וצריך ג"כ לשינוי' דהש"ס אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל וז"א אלא אי אמרינן דבעינן אשה הראוי' לקיימה להכי כיון שהיא יכולה לומר אחר ביא' ראשונ' לא בעינא לא הוי אשה הראוי' לקיימ' אבל לשמעון התימני דלא בעינן אשה הראוי' לקיימה שפיר י"ל דאתי עשה ודחי ל"ת וע"ז ל"ש לומר האי סברא דאי אמרה לא בעינא כמו בכיבוד אב ואם דלא אמרינן הכי כנ"ל אך בלא זה מוכח מש"ס דיבמות דבכל דוכתא אמרינן דלר"ע חייבי לאווין לאו

בני חליצ' ויבום נינהו ולא אמרינן לדידי' דיבא עשה וידחי ל"ת וכמו שהבאתי למעל' קושית התוס' ביבמות דף ט' ע"א:

והנה ראיתי להשעה"מ הל' יבום פ"ו שכתב ליישב קושית התוס' עפ"י מה דאמרינן ביבמות דף כ' דפריך אלא אלמנ' מן האירוסין יבא עשה וידחי ל"ת ומשני רב גידל דכתיב ועלתה יבמתו השערה יש לך יבמה שעולה לחליצ' ואינה עולה ליבום ופריך ואימא חייבי כריתות ומשני אמר קרא ואם לא יחפוץ הא אם חפץ ייבם כל העול' ליבום עולה לחליצ' כו' ומה ראית מסתברא חייבי לאווין תפסי בה קידושין וחייבי כריתות לא תפסי בה קידושין ואע"ג דמסקינן התם דחייבי לאווין אינן מתיבמות משום גזירה מ"מ הך דרשא דרב גידל קושטא קאי כו' וא"כ לר"ע חייבי לאווין דלא תפסי בה קידושין ממעטינן מקרא דאם לא יחפוץ כמו חייבי כריתות וקרא דיבמתו אתי לחייבי עשה ומסיים השעה"מ זאת הנרא' לפענ"ד כפתור ופרח עיי"ש באריכות. ובעניותי לא יכולתי להלום דבריו דבשלמא אלו היו התוס' מקשין דלר"ע נמי נימא עדל"ת ויהיו חייבי לאווין עולין לחליצ' הי' תירוצו עולה יפה דכיון דלר"ע לא תפסי בה קידושין ממעטינן מקרא דאם לא יחפוץ כמו חייבי כריתות אבל קושית התוס' היא דנימא עדל"ת ותהא חייבי לאווין עולה ליבום איך אפשר למעט חייבי לאווין מקרא דאם לא יחפוץ ודוקא חייבי כריתות ממעטינן משום מיעוטא דרחמנא מג"ש דעליה דאינה עולה ליבום דרשינן מקרא דאם לא יחפוץ דאינה עולה ג"כ לחליצ' אבל חייבי לאווין דאין לנו מיעוטא דאינ' מתייבמת קושית התוס' שפיר דנימא עדל"ת ותהא מתייבמת אמנם המעיין שם יראה שגם הוא הרגיש בזה וכתב דכיון דכתב רחמנא לקחת בעינן שגם בעלמא בת ליקוחין היא וכיון דחייבי לאווין לר"ע בעלמא לאו בת ליקוחין היא ליכא בכלל לקחת ולהכי לאו בת חליצ' ויבום היא ואני אומר תם אני ויודע לשאול דאם נימא דמלקחת ידעינן דגם בעלמא בת ליקוחין היא ואם אין בה תפיסת קידושין בעלמא לאו בת חליצ' ויבום היא למה איצטרך לן האי סוגיא ארוכה דעליה בפ"ק דיבמות כמעט סוגיא היותר גדולה בכל הש"ס והאריכו בה הרבה רש"י ותוס' והרבה מהקדמונים והאחרונים והתלמידים נלקו עלי' בבית רבם ולווה קאמר הש"ס שם דף ג' ע"ב לפי שנאמר יבמה יבא עליה שומע אני אפילו באחת מכל העריות האמורות בתורה תיפוק לי' הא כתיב לקחת דבעינן שתהא בת ליקוחין גם בעלמא אלא במחכ"ת דבריו תמוהים מאוד:

והנה בגוף קושייתי הנ"ל אמאי לא תהא מצות יבום דוחה ל"ת ועשה דאלמנ' לכ"ג מטעם גדול השלום י"ל דענין גדול השלום לא אלים למידחי ל"ת שהרי אם נעשה סריס אדם אחר הנשואין אסור לבוא עליה ולא התירה התורה מטעם גדול השלום וצ"ל דענין גדול

השלום דוחה ענינים שאינם מעניני אישות כמו מחיקת השם או שילוח הקן ותגלחת אבל כל שהיא אסורה עליו משום עניני אישות אינו מותר מטעם גדול השלום ועפ"ז מיושב דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהלכות יבום הלכה י' היתה היבמה אסורה על יבמה איסור לאו או איסור עשה או שהיתה שני' הרי זו חולצת ולא מתייבמת ומפני מה צריכה חליצ' מפני שיש בה ליקוחין כו' ומן הדין הי' שיתייבמו שהיבום מצות עשה וכל מקום שאתה מוצא עשה ול"ת יבא עשה וידחה ל"ת אבל חכמים גזרו שלא יתייבמו חייבי לאווין ולא שניות גזירה שמא יבא עלי' פעם שני' ואין שם מצוה אלא ביאה ראשונ' בלבד לפיכך אם עבר ובעל יבמתו האסורה לו משום לאו או משום עשה ואין צריך לומר שני' הרי זה קנה קנין גמור ומוציא' בגט והיא וכל צרותי' מותרות לזר שהרי נפטרו וכו' עכ"ל ובספר שאגת ארי' הל' ציצית סי' ל"ג העתיק כל דבריו ותמה עליו הרי חייבי עשה מן התורה לא רמי ליבום דהא אין עשה דיבום ראוי לדחות את עשה דחייבי עשה כגון מצרי ואדומי בתוך שלשה דורות דמאי אולמא האי עשה מהאי עשה והרי בגמרא בפרק ב' ביבמות מתיב רבא מדתניא פצוע דכה וכרות שפכה אם בעלו קנו ואס"ד חייבי לאווין מדאורייתא לחליצ' רמיא ליבום לא רמיא אם בעלו אמאי קנו אלא אמר רבא גזירה ביאה ראשונ' אטו ביאה שני' הרי דאי חייבי לאווין מן התורה לחליצה רמיא ליבום לא רמיא אפילו אם בעלו נמי לא קנו וא"כ חייבי עשה דודאי לא רמי ליבום מן התורה דאין עשה דיבום דוחה להו אם בעלו לא קנו ואיהו ז"ל גופי' כתב בתחילת דבריו אבל חכמים גזרו שלא יתייבמו חייבי' לאווין ושניות ואילו חייבי עשה שייר ויפה כוון דחייבי עשה בלא גזירה אינו מן הדין שיתייבמו וכדאמרן אלא לבסוף כלל עמהם חייבי עשה דאם עבר ובעל קנה והרי דבריו מעורבבין ולא רישא סיפא ולא סיפא רישא עכ"ל ע"ש והאריך הרבה בזה ועיין בספר נודע ביהודא מהדורא קמא בסוף הספר בתשובתו אל חתנו הרב שגם הוא הרבה לתמוה על דברי הרמב"ם הנ"ל והביא שכבר קדמוהו בתמיה זו הרש"ל בספרו יש"ש על יבמות עד שסיים כשגגה היוצא מלפני השליט כו' ולפי מה שהוכחתי מש"ס דסוטה דגם ביבמה שייך לומר גדול השלום יש לומר דסבר הרמב"ם ז"ל דנהי דבעלמא אין עשה דוחה עשה והטעם דאמרינן מאי אולמא האי עשה מהאי עשה מ"מ עשה דיבום מן התורה דוחה עשה דמצרי ואדומי דעשה דיבום עדיף טפי משאר עשה מטעם דגדול השלום ואף על פי שתהא דוחה עשה ול"ת לא סגי בהך דגדול השלום כמו שכתבתי כיון דהביאה הוא האיסור ליכא למימר הכי מ"מ לגבי עשה דוחה עשה דשניהם כהדדי נינהו עכ"פ יש עדיפותא לעשה דיבום על עשה דמצרי ואדומי מטעם גדול השלום ומדאורייתא מתייבמת כן הוא דעת הרמב"ם ז"ל: ועדיין יש לעורר בקידושין

בפרק האומר דף ס"ח דשקיל וטרי הש"ס התם לר"ע דאמר אין קידושין תופסין בחייבי לאווין כי תהיינה במאי מוקי לה כו' נוקמי' בחייבי עשה הני חייבי עשה במאי נינהו אי שתיהן מצריות שתיהן שנואות אי אחת מצרית ואחת ישראלית שתי נשים מעם אחד בעינן ע"ש ולפי הנ"ל הי' אפשר לשנויי דלעולם מיירי בשתיהן מצריות ואחת היתה יבמתו שהיא מותרת לו ומקרי' אהובה והשני' היא אינה יבמה והוי שנואה ובשלמא אי נימא דבחייבי עשה גם ביבמה לא הותר מדאורייתא אלא ביאה ראשונ' ותו לא שפיר ניחא דאחר ביאה ראשונ' תו לא מקרי' אהובה ואע"ג שכתבו התוס' ביבמות מ"ט ע"ב ד"ה סוטה דכי תהיינה משמע שהיא שנואה בתחלת נשואין וא"כ אהובה נמי יש לומר דהיתה אהובה בתחלת נשואין מ"מ יש לומר דמשמע שהיא אהובה מתחלת נשואין עד עתה כמו שנואה שהיא שנואה מתחל' ועד עכשיו אבל אי נימא דחייבי עשה היבמה מותרת לעולם שפיר יש לומר דמיירי בכה"ג אך יש לומר דמי כתיב כי תהיינה ליבם וכן אמרינן התם מי כתיב כי תהיינה לכהן ע"ש:

סימן נא

ובעמדי בהאי ענינא התבוננתי על קושי' התוס' חולין דף קמ"א ע"א ד"ה לא שכתבו מכאן קשה לפירוש ריב"א פסחים פרק א"ע דף מ"ז דאי עבר על לאו די"ט אינו לוקה משום דעשה דכיסוי דוחה לל"ת די"ט והכא משמע דכל זמן דלא עבר ושקלה איכא עשה ול"ת ע"ש ולפע"ד יש לחלק סוגיא דהכא והך סוגיא דפסחים דהתם בשעת החרישה עבר על עשה ול"ת דיו"ט וכיון דאין עשה דוחה עשה לא נשאר רק אופן זה שתדחה את הל"ת כי אפילו אם נימא שאינה דוחה את הל"ת ג"כ אין בכחה של העשה דכיסוי לדחות את העשה דיו"ט לבדה אבל הכא בחולין דעשה דמצורע דוחה עשה דשלוח הקן משום דגדול השלום כדאזיל כל הסוגיא רק תרווייהו ל"ת ועשה אין בכח עשה דמצורע לדחות ולהכי שפיר קאמר הגמרא דלאו עברה עשה הוא דאיכא יבא עשה וידחה עשה כיון דעשה דוחה עשה ושניהם ביחד ל"ת ועשה אין בכחה לדחות פשיטא דטוב יותר לבחור לדחות את העשה חדא דלענין דחי' טוב יותר דחיית העש' מדחיית הל"ת שהרי בעלמא עדל"ת ואין עשה דוחה עשה א"כ כשתוכל לדחות את העשה הלא דבר זה יותר טוב מלדחות את הל"ת ועוד אחרי שהלאו כבר עבר והעש' עדיין עומדת במקומ' ומחויב לקיימה לשלח הקן רק אם תאמר שהעשה דמצורע דוחה אותה אז יוכל לעשות מהקן צפורי מצורע אבל אם תאמר שאין העשה דמצורע דוחה עשה דשלוח הקן אי אפשר לקיים כלל עשה דמצורע ולפ"ז איך אפשר לומר דעשה דמצורע דוחה את הלאו הא אי דוחה את הל"ת שוב אין בכחה לדחות את העשה דשלוח הקן ובלא זה אי אפשר כלל

לקיים עשה דמצורע ושוב לא נדחית גם הל"ת א"כ כל עיקר קיום עשה דמצורע הוא רק ע"י דחיית עשה דשלוח הקן וכיון דחד מהנך תרתי היינו הל"ת או העשה עומדת לדחות נדחית העשה ולא הל"ת וזה ברור ונכון. ועוד י"ל דבתוס' פסחים נ"ט ע"א ד"ה אתי כתבו דהיכי דעשה החמור' דוחה עשה הקל לא בעינן שיהי' בעידנא דמיעקר עשה יקיים עשה אלא דוחה בכל ענין כדמוכח בהשולח דף ל"ח גבי ר"א ששיחרר עבדו ובשלוח הקן דהוה דחי עשה דמצורע דחמור לעשה דשלוח הקן אי לאו דאמר רחמנא שלח תשלח אפילו לדבר מצוה ע"ש ולכאור' יש להקשות על דבריהם לפי"ז למה צריך הש"ס התם למיפרך הא אין עדל"ת ועשה הא אפילו ל"ת גרידא לא דחי דהא לא הוי בעידנא כו' וצריך לומר דאף דבעלמא עדל"ת דוקא בעידנא כו' מ"מ עשה דמצורע מטעם דגדול השלום דוחה ל"ת אפילו שלא בעידנא ומזה ידע הס"ד דהש"ס אבל סבירי' לי' להס"ד דהטעם דגדול השלום לא אלים כולי האי וסגי למהוי לה מעלה יתיר' על שאר עשיות בחדא מילתא דהיינו דבכל התורה אין עשה דוחה עשה ועשה דמצורע דגדול השלום יש בכחה לדחות עשה אם משכחת לה שיהי' בעידנא אבל לא לידחות עשה דשילוח הקן דהוה שלא בעידנא והוה פירוש' דהש"ס מאי אולמא דהאי עשה מהאי עשה היינו כולי האי ועוד והתרצן משני דסד"א דטעם דגדול השלום מהני לדחות עשה דשלוח הקן אע"פ דהוה שלא בעידנא:

והנה לכאור' יש לעורר דלמה לא משני הש"ס דאיצטרך קרא דתשלח למחוסר כפורים בערב הפסח דסד"א יבא עשה דפסח שיש בו כרת ותדחה ל"ת ועשה דשילוח משום דחמיר אמנם התוס' בשבת קל"ב ע"ב ד"ה האי עשה ול"ת הוא כתבו וא"ת והא דקיימ"ל דאין עשה דוחה את ל"ת ועשה נגמר ממילה בצרעת דדחי וי"ל מה למיל' שכן נכרתו עלי' י"ג בריתות ע"ש והנה מילה הוה עשה שיש בה כרת ומ"מ כתבו דמה למיל' שכן נכרתו עלי' י"ג בריתות מוכח מדבריהם דעשה שיש בה כרת אינו דוחה ל"ת ועשה ואעפ"י שבפסחים נ"ט אמרינן דעשה דפסח דוחה עשה דהשלמ' אינו אלא עשה גרידא אבל לא ל"ת ועשה ועי' בחי' הרשב"א שבת שכתב ג"כ שהי' סבור דעשה דמילי דחמיר דהוה עשה שיש בה כרת ונכרתו עלי' י"ג בריתות דוחה לל"ת ועשה דצרעת ולבסוף הדר בי' ע"ש אמנם אי קשיא הא קשיא לי דלוקמא ביולדת שהיא מחוסר כיפורים בערב הפסח ויש כאן שני עשין עשה דמחוסר כפורים ועשה דקרבן פסח שיש בה כרת וע"כ שפיר דוחה ל"ת ועשה מטעם דעשה דמחוסר כפורים דוחה לל"ת ולא נשאר רק עשה ואתי עשה דפסח שיש בה כרת ותדחה עשה דשילוח הקן:

ועפי"ז יש ליישב מ"ש רש"י ז"ל שם ד"ה לדבר מצוה כגון קן יולדת וטהרת מצורע וקשה דלפי מסקנת הש"ס דמטעם גדול השלום איצטריך קרא דתשלח לא שייך אלא בטהרת מצורע אבל לא שייך ביולדת ועי' בהגהות הרש"ש שהרגיש בזה אבל לפי האמור ניחא דבקן יולדת משכחת לה במחוסר כפורים בעה"פ וכנ"ל ומה דלא קא משני הש"ס בהכי זהו משום דבפסחים דף צ"א פליגי תנאי אי נשים בראשון חובה או רשות ע"ש ומשוה"כ לא נחתו הגמרא לאוקמי' הברייתא אליבא דתנאי אבל למאן דס"ל דחייבות בפסח כמו אנשים שפיר בעינן קרא גבי יולדת מחוסר כפורים:

ונראה לי די"ל דדבר זה תליא במחלוקת של הר' יוסף מארץ ישראל שהביאו התוס' בקדושין דף ל"ד ד"ה מעקה דס"ל דעשה שיש עמו לאו אף הלאו אלים עם הריב"א שבתוס' חולין הנ"ל שלשיטת הריב"א דבעשה בעלמא דוחה ל"ת שיש עמה עשה שפיר יש לומר בכה"ג נמי שהל"ת נדחית מחמת העשה דמחוסר כפורים והעשה נדחה משום עשה דפסח אבל לשיטת ה"ר יוסף דאף הלאו אלים א"כ אין בכח העשה דמחוסר כפורים לדחות הל"ת דשילוח הקן כלל כיון דהלאו אלים ולהכי שוב אין בכח עשה דפסח לדחות ל"ת ועשה. ובזה יש ליישב מה דקשה לכאור' אשיטת הש"ס דמסיק שנטל על מנת לשלח וסד"א דעשה דמצורע דוח' לעשה דשילוח הקן משום דגדול השלום וכו' וכתב רש"י ד"ה אסור בתשמיש המטה דאזלא אליבא דמ"ד ימי סיפורו כ"ש ימי חלוטו וכן כתבו התוס' ביבמות ה' דלמאן דשרי ליכא הטעם דגדול השלום כיון דמותר בתשמיש המטה (דלא כריטב"א שכתב דגם לדידי' שייך גדול השלום כיון דמשתלח חוץ לג' מחנות אין האשה רוצית לבוא אצלו) הדרא קושיא לדוכתא אליבא הך מ"ד למה לן קרא דתשלח תיפוק לי' דאין עשה דוחה עשה ועוד קשה על הרמב"ם שכתב בפרק י"ג מהלכות שחיט' דאין עשה דצרעת דוח' ל"ת ועשה דשילוח הקן דאין עשה דוחה ל"ת ועשה ותמה השאגת ארי' בסי' ל"ג דהא בסוגיא איתא דל"ת ועשה לא צריך קרא וקרא מיירי בנטל ע"מ לשלח דליכא אלא עשה לחודא ולפי הנ"ל שפיר ניחא דאיצטריך קרא למחוסר כפורים דיולדת בעה"פ ובכה"ג סד"א דדחי אפילו ל"ת ועשה קמ"ל דלא דחי: אבל עדיין קשה קושיא השני' של השאגת ארי' על הרמב"ם ז"ל דמדנקט שאין עשה דוח' ל"ת ועשה משמע דאם נטל ע"מ לשלח דליכא אלא עשה שפיר דוחה ובגמרא איתא בהדי' דאפילו בכה"ג לא דחי ובפרט לפי מה דמשמע מהרמב"ם ז"ל בפרק י"א מהלכות טהרת מצורע שהוא פוסק כמ"ד ימי סיפורו ולא ימי חלוטו ליתא לגבי מצורע טעם דגדול השלום ולדידי' גם בלא קרא אמרינן מאי אולמא האי עשה מהאי עשה ואין לבטל שילוח הקן משום טהרת מצורע ועי' שם שהאריך הרבה בזה:

ומה שנרא' לפענ"ד בזה דלעיל במתניתין קתני שילוח הקן נוהג בחולין אבל לא במוקדשין ומפרש בגמרא דאמר קרא שלח תשלח את האם במי שאתה מצווה לשלחו: יצא זה שאי אתה מצווה לשלחו אלא להביאו לידי גזבר וע"ז פריך האי מוקדשין היכי דמי אילימא דחזי קן בעלמא ואקדשי' ומי קדוש כו' אלא דאגבי' לאם ואקדש' והדר' מעיקרא איחייב לי' בשילוח ולכאור' יש להקשות דניהו דמעיקרא איחייב לי' בשילוח מ"מ נימא כיון דאקדש' ומצוה להביא לידי גזבר יבא עשה וידח' עשה ואם תאמר מאי אולמא האי עשה מהאי עשה ז"א דיש לומר דבזה גילתה התורה דכיון דאיכא מצוה להביא לידי גזבר נפקע העשה דשילוח כדי שיקיים מצוה המוטלת עליו להביא לידי גזבר ולא דמי כלל להא דמייתי הש"ס שחט חיה ואח"כ הקדיש חייב לכסות שכבר איחייב בכיסוי דהתם כשהוא מכסה הדם אינו מבטל בזה שום מצות עשה משא"כ הכא שיש כאן מצוה להביא לידי גזבר אך לפי האמת דכתיב תשלח אפילו לדבר מצוה שפיר ניחא דהא גלי רחמנא קרא דתשלח דאין לדחות מצות שילוח משום מצוה אחרת ומשו"ה שפיר פריך דמעיקרא איחייב לי' בשילוח ושוב לא מיפטר מחמת שהקדיש אח"כ כמו שחט חיה ואח"כ הקדיש דחייב לכסות:

והנה לעיל ריש פרקין דף קל"ח בתוס' ד"ה יצא כתבו ונרא' דפשטא דקרא דריש דמשמע דקרא מיירי שיכול לשלחו אבל הקדש מצוה להביאו לידי גזבר ע"ש ולפי"ז יש מקום לחלק בין אם הי' כבר מחויב להביא קן יולדת או צפורי מצורע והלך ומצא קן ביצים דלא מיחייב בשילוח ולאו מטעם דעדל"ת אלא כיון שמוטל עליו מצוה להביא קן יולדת או צפורי מצורע התורה פטרתו משילוח אעפ"י שלא הקדיש כלל כמו דאמרינן התם עוף טהור שהרג את הנפש פטור משילוח מפני שצריך להביאו לידי ב"ד א"כ מעיקרא לא נתחייב בשילוח כלל שהתורה פטרתו אבל אם בשעת שמצא האם יושבת על הביצים לא הי' עדיין מחויב להביא קרבן כלל רק אחר שלקח האם ולא שלחה אלא נשתהה אצלו עד שנעשה מחויב להביא קן יולדת או צפורי מצורע בזה מחוייב לשלח כיון שכבר נתחייב ואתה באת לומר מטעם עדל"ת ועשה או עשה לחודא וע"ז שקיל הש"ס וטרי דלמה לן קרא דתשלח תיפוק לי' דאין עדל"ת ועשה או אפילו עשה לחודא אינו דוחה כיון דכבר נתחייב בשילוח בשעה שמצא הקן ולפ"ז קשה דאפשר להש"ס לשנוי' דאיצטריך קרא דתשלח היכי שכבר הי' מחוייב להביא קרבן קודם שמצא הקן דתשלח אפילו לדבר מצוה דבלא קרא הוה פטרינן לי' משילוח משום שצריך להביא לידי גזבר וצ"ל דהש"ס לא נחית לזה מחמת דא"כ הי' צריך להיות הך מימרא דההוא מרבנן לרבא אמתניתין דריש פרקין דקתני אבל לא במוקדשין מטעם שצריך להביא לידי גזבר דלאשמיעונן

דלדבר מצוה כשלא הקדיש עדיין חייב בשילוח דמרבינן מקרא דתשלח ולמה המתין עם הך מימרא עד משנה הלזו אבל הרמב"ם ז"ל שכתב בפרק י"ג מהלכות שחיטה הלכה כ' הטעם דמוקדשין פטור מלשלח אינו מדרשא דמי שאתה מצווה לשלחו כו' אלא מדכתיב והבנים תקח לך וזו אינו שלך ע"ש בכ"מ ובל"מ רק גבי עוף שהרג את הנפש נקט הטעם דפטור משילוח מחמת הדרשא במי שאתה מצווה לשלחו יצא זה שצריך להביאו לידי ב"ד א"כ לא שייך כלל למתניתין דלעיל ושפיר יש לומר כנ"ל דתשלח אתי לדבר מצוה כשהי' מחויב להביא קרבן קודם שמצא הקן אבל אם מצא הקן ואח"כ נתחייב להביא קרבן דכבר איתחייב מעיקרא לא ילפינן מקרא דתשלח אלא אם עדיין לא לקח אמרינן אין עדל"ת ועשה אבל אם לקח ע"מ לשלח שפיר עשה דמצורע דוחה עשה דשילוח הקן משום דגדול השלום:

ובמה שכתבתי נתיישב לי מה שהקשיתי בספרי מצפה ארי' סי' נ"ג בחולין דף קט"ו דפריך הש"ס אותו ואת בנו ליתסר ומשני מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה מכלל דלהדיוט שרי שילוח הקן ליתסר לא אמרה תורה שלח לתקלה וכתב רש"י לישנא אחרינא שילוח הקן ליתסר כל שילוח הקן ליתסר האם לעולם ואפילו שלחה דהא כל שתיעבתי לך הרי הוא לך לעולם בבל תאכל והרי אסרתי לך באותה שעה וע"ז הקשיתי למה לא משני הש"ס מדאמר רחמנא תשלח אפילו לדבר מצוה ש"מ דלהדיוט שרי כמו דמשני באותו ואת בנו וזהו קושיא גדולה אבל לפי הנ"ל שפיר ניחא דהא שפיר איצטריך קרא דתשלח דאי לאו קרא הוא אמינא דכיון דצריך לדבר מצוה כגון לטהרת מצורע שוב נסתלק מאליו מצוה שילוח הקן דכל שצריך להביא לידי גזבר או לידי כהן ליכא עשה דשילוח הקן וממילא לא הוי בכלל כל שתיעבתי לך כיון דמעיקרא לא חל עלי' מצות שילוח הקן ועד כאן לא מצינו דכל שנאסר להדיוט אסור לגבוה רק היכי שחל עלי' מצות שילוח הקן אבל לא בכה"ג שלא חל עלי' מצות שילוח הקן כלל ודו"ק:

סימן נב

בשו"ע אה"ע סי' קס"ט סעיף כ"ג איתא מנעל של ע"ז כו' לא תחלוץ בו ואם חלצה חליצתה כשרה כו' וכתב הב"ש בס"ק כ"ב דאיירי בע"ז של עכו"ם והפקיר וכוונתו שלא לקנות המנעל כו' לפ"ז אסור לחלוץ בו מטעם שאין שלו המנעל ולר"ת איירי בע"ז של עכו"ם ובטלו ע"ש והנה אנכי לא אבין למה כתב טעם שאין המנעל שלו ולא כתב הטעם שכתבו הראשונים ונחלקו בזה רבותינו ז"ל וביותר מבואר ברשב"א בחידושיו וז"ל ומיהו לכתחילה לא תחלוץ משום שנראית כשנהנית מע"ז א"נ משום דלכל למצוה מאיס כו' ע"ש ושני טעמים הללו איתא, בחידושי המאירי ובחידושי הריטב"א ז"ל אך הרשב"א

הוסיף לומר דיש מפרשים דלכתחילה לא תחלוץ משום שנהנית שניתרת להנשא ע"י כך אבל בדיעבד חליצתה כשרה דנהי דעבדא איסורא חליצתה לא מיפסלא בהכי והרמב"ן ז"ל חולק ע"ז דא"כ הי' צריך להיות דגם בדיעבד החליצה פסולה והביא ראי' מסוגיא דר"ה דף כ"ח ע"ש ושום אחד מהם לא הזכיר הטעם שאינו שלו ועוד יותר תמוה מה שסיים ולר"ת איירי בע"ז של עכו"ם ובטלו א"כ ע"כ מיירי אפילו קנאו מן העכו"ם דהא רשאי לקנותו ומ"מ פסול משום דמאיס למצוה דאי משום שאינו שלו איזה חילוק יש בין הי' מקודם של ע"ז ובטלו לבין הי' של חבירו ישראל דלכתחילה לא יחלוץ מחמת שאינו שלו ואם קנאו ג"כ אין חילוק ורשאי להב"ש לחלוץ בו אפילו לכתחילה סוף דבר שדברי הב"ש המה אצלי כספר החתום:

הן אמת שבתוס' שם כתבו וי"ל כגון שהגביה השופר והסנדל על מנת שלא לקנותו דהא תנן (לעיל דף ק"א) במנעל שאינו שלו חליצתה כשרה ע"ש אבל התוס' כתבו לענין דיעבד דכשר אבל לא כתבו דלכתחילה פסול מטעם שאינו שלו:

וכשאני לעצמי לא אדע אם בעינן שיהי' שלו ממש כמו ד' מינים שבלולב אלא דבעינן שיהי' עשוי לרגלו אבל אם נעשה לרגלו ולא שילם מעות עדיין אע"פ שלא קנה ולא נתכוין לקנותו מ"מ אפשר דחולצין בו לכתחילה כיון שנעשה לו להילוכו חשיב נעלו והא דאיתא התם בסוגיא דא"ל רב יוסף לאביי הכי קאמינא לך הב לי' ואקני' לי' ז"א אלא בגונא דהתם שהסנדל לא נעשה לפי מידת רגלו דבכה"ג בעינן לכתחילה שיהי' עכ"פ שלו והטעם בזה כתב הרשב"א דלכתחילה גזרו משום קטן או גדול שאין יכול להלך בו או שאינו חופה את רוב רגלו דכל שאינו שלו אינו עשוי כמידת רגלו ע"ש אבל אם נעשה כמידת רגלו אין צריך שיהי' שלו אף לכתחילה אחרי שנעשה: כמדתו ל"ש למיגזר בי' מעתה לפ"ז ניחא שפיר מה שכתבו הקדמונים ז"ל טעמים אחרים ולא הזכירו כלל הטעם שאינו שלו דמנעל של ע"ז אפילו אם נעשה כמידת רגלו ואח"כ הניחו לפני ע"ז לרגלו ג"כ לכתחילה לא תחלוץ מחמת שנראה כנהנית מע"ז או משום מיאוס או משום איסור הנאה מע"ז כמ"ש למעלה:

ועוד יש לפע"ד להעיר לפמ"ש הרשב"א ז"ל שם דמשו"ה סנדל של ע"ז מותר בדיעבד דמשמשי ע"ז לאו לשרפה קיימי ואית להו תקנתא בביטול ואי משום איסור הנאה מצות לאו ליהנות ניתנו ואי משום שנהנית שניתרת לעלמא בכך מ"מ עיכובא משום מצוה דרמיא עליה היא ומצוה לאו הנאה היא ע"ש א"כ איך הדין כשהחלוץ מקבל בעד החליצה מעות הרי הוא נהנה ממש ע"י המנעל צריך להיות דכשחולץ במנעל של ע"ז פסול גם בדיעבד. ובפרט לפי מה שהביא שם הרשב"א בשם הרמב"ן ז"ל לחלוק על

הסוברים דהטעם דאסור לכתחילה הוא דמה שהיא ניתרת לעלמא חשוב הנאה דא"כ הי' צריך להיות דגם בדיעבד החליצה פסולה וטעמא דמילתא דכיון דאם לא יצא לא נהנה ולא עביד איסורא אמרינן דלא יצא ע"ש א"כ פשיטא דכשהחלוץ מקבל מעות ע"י החליצה צריכה להיות החליצה פסול' להרמב"ן ז"ל:

וביותר לפמ"ש הרשב"א שם להלן דף ק"ו דבחולץ ע"מ שתתן מאתים זוז צריכה ליתן דכיון דא"א לחליצה שתתבטל הרי זה כשכירות ע"ש א"כ הכא הרי הוא לוקח שכר בעד המנעל דוגמא לזה מצינו ביו"ד סי' י' גבי השוחט בסכין של משמשי ע"ז דבהמה בריאה מותר לשחוט בה דהוה מקלקל ומסוכנת אסור לשחוט והביא הש"ך בס"ק ה' דדעת הרמב"ם ז"ל דכל הבהמה אסורה ודעת הרשב"א דיוליך הנאה לים המלח ע"ש ועי' בסי' קמ"ב ונראה דדעת הרמב"ם הוא כדעת הרמב"ן דפסלינן השחיטה כי היכי דלא יהנה ולא יהא עביד איסורא א"כ הכא נמי בחלץ במנעל של ע"ז דמ"ש ותמיה לי מה שלא העירו כלל הפוסקים בזה וצע"ג:

ועוד יש לתמוה על הב"ש מהא דאיתא בגיטין דף כ' כתבו על איסורי הנאה כשר ובגט אפילו בדיעבד מעכב שיהי' של הבעל ומ"מ כשר כשכתבו על א"ה הרי מוכח דליכא למיפסל מטעם שאינו שלו ועי' שם ע"ב בתוס' ד"ה בכתובת קעקע שהעירו על הך דשלחו מתם כו' וז"ל ואע"ג דאסור לכתוב דהא מתהני באיסורי הנאה ע"ש ולא העירו כלל דהוה אינו שלו מוכח שגם התוס' לא חשו לזה כלל ובלמדי עמדתי ע"ז ואמרתי דמטעם אינו שלו י"ל דזה בזה תליא דאם כשר לכתוב על א"ה הרי יש להבעלים זכות לדבר זה לכתוב עליו גנו וה"ה במנעל של ע"ז לחלון בו אח"כ שמעתי שכבר כתב בספר תפארת צבי חלק יו"ד בישוב דברי התוס' חולין דף ק"מ ד"ה למעוטי מ"ש וצ"ע בבהמת עיר הנדחת אם עבר והקדישה והקריבה אם הקרבן כשר ע"ש וקשה איך מהני מה שהקדיש הא אינו שלו וכתב הוא הך סברא דתליא בזה דאם הקרבן כשר הא יש להבעלים זכות ושפיר הקדישו ודו"ק:

חו"מ

סימן א

הנני עומד במבוכה רבה בדין פשוט בענין עדות של קרובים אם שלישי בשלישי כשר להעיד זה לזה ואם בהצטרפות שניהם כשרים להעיד לאחרים אחרי כאשר דברתי עם כמה לומדים הי' הדבר פשוט בעיניהם דשלישי בשלישי כשר להעיד והנה באמת לא מצינו לכאורה בטור חו"מ סי' ל"ג שיהא פסול לעדות אלא ראשון בראשון ושני בשני

ובשלישי בראשון נחלקו רמב"ם ור"ת דהרמב"ם ס"ל דשלישי בראשון כשר ור"ת פוסל אבל שלישי בשלישי לא נזכר כלל והמחבר בשו"ע סי' הנ"ל כתב ח"ל אלו הם הפסולים האחים זה עם זה הרי הם ראשון בראשון ובניהם זה עם זה שני בשני ובני בניהם זה עם זה שלישי בשלישי ומפשטות הלשון נראה דשלישי בשלישי פסול להעיד אולם אח"כ כתב ולעולם שלישי בראשון כשר כו' ויש אומרים דשלישי בראשון פסול וע"ז כתב הגה"ה וכן ראוי להורות ע"ש והדבר תמוה דלדעת הרמב"ם דשלישי בראשון כשר מסתמא ה"ה שלישי בשלישי כשר וכן כתב בהדיא בפירוש המשניות פרק זה בורר ח"ל והמדריגה הג' והם בני בני האיש עם בני בני אחיו או אחותו נקראים שלישי בשלישי ועדותן כשרה כו' וכן כתב החינוך בפרשה תצא שלישי בראשון כשר וכן שלישי בשני ואצ"ל שלישי בשלישי אבל לר"ת דפוסק דשלישי בראשון פסול לפע"ד גם שלישי בשלישי פסול דבספר ב"ח כתב דטעם דפסול משום דבני בנים הרי הם כבנים ובגמרא סנהדרין דף כ"ח איתא דילפינן פסולי קרובים מקרא דלא יומתו אבות על בנים כו' ואיתא התם אין לי אלא אבות לבנים בנים להדדי מניין א"כ לכתוב קרא לא יומתו אבות על בן מאי על בנים אפילו בנים להדדי והדר מרבינן אפילו בנים לעלמא משום דכתיב ובנים ל"ש ומעתה איזה חילוק יש בין שני בשני לשלישי בשלישי כיון דבני בנים חשיבי בנים לאבות והמה פסולים להם להעיד כן היה צ"ל שהמה פסולים להדדי ולעלמא ואף שמבואר בש"ס ופוסקים דשלישי בשני כשר להעיד מ"מ שלישי בשלישי אפשר דפסול משום דשלישי בשני איפלוג דרא שהרי מר בר רב אשי מכשיר בב"ב דף קכ"ה באבי אביו אף דשני בשני פסול דזהו מתניתין מפורשת וכתבו בתוס' ד"ה מר משום דאבי אביו איפלוג דרא ע"ש: ועוד הא שם בסנהדרין איתא דתניא ר' אלעזר אומר כשם שאחי אבא לא יעיד לי הוא ובנו וחתנו כך בן אחי אבא לא יעיד לי הוא ובנו וחתנו ומסיק הגמרא דרב סבר כוותי' דר"א בחדא ופליג עלי' בחדא דרב סבר דשלישי בראשון פסול דדריש ובנים לרבות דור אחר דהיינו שלישי בראשון ור"א דריש על בנים אמר רחמנא פסולי דאבות שדי אבנים ולהכי סבר דכמו שלישי בראשון פסול הכי נמי שלישי בשני פסול מעתה לר"א פשיטא דשלישי בשלישי פסול אהדדי כמו שני בשני דאי אפשר כלל לחלק וכיון דלא מצינו פלוגתא דרב ור"א בשלישי בשלישי רק בחדא בשני בשלישי משמע דגם לרב שלישי בשלישי פסול ואך בשני בשלישי מכשיר משום דאיפלוג דרא:

וראיתי בסדר הגט של הרב ר' מיכל בר' יוזפא ז"ל הנספח לשו"ע אה"ע אות ו' שכתב העדים לא יהיו קרובים זה לזה לא לבעל ולא לאשה אפילו רביעי ברביעי או ראשון ברביעי או שני ברביעי או שלישי ברביעי או שני ע"ש דקא חשיב כל הני קרובים

שכשרים מצד הדין ויש להחמיר בגט והשמיט כל הקרובים שפסולים מדינא ולא הזכיר שלישי בשלישי מזה מוכח דס"ל דשלישי בשלישי פסול מדינא כמו שלישי בראשון דקי"ל להלכה כר"ת וע"כ ס"ל דהמחבר שכתב אלו הם הפסולים קאי נמי על בני בניהם זה לזה שהם שלישי בשלישי דודאי דוחק לומר דכונתו רק לומר דאלו הם הקרובים אבל קשה דלמה החליט דבר זה הא לרמב"ם כשר והנה לפי מה שהביאו התוס' והר"נ ז"ל והסמ"ג בשם הבה"ג דשלישי בראשון פסול מדרבנן שפיר יש לומר דחז"ל גזרו רק בשלישי בראשון אבל לא בשלישי בשלישי אבל כל הפוסקים דחו דבר זה אלא שלישי בראשון פסול לר"ת מן התורה לדעתי אין לחלק בין שלישי בראשון לשלישי בשלישי והדבר צריך תלמוד:

ודע דלדעתי ברור דמה דמצינו שם בב"ב מר בר רב אשי אכשר באבא דאבא לא הוה פירושו אבי אביו דדבר זה לא יתכן כלל שהרי אחי אביו מפורש בהדיא במתניתין דסנהדרין שהוא פסול ואיך יעלה על הדעת דמר בר רב אשי סובר להכשיר אבי אביו אלא ודאי הוה פירושו הדור שלמעלה אבי אבי אביו וכעין שכתב האבן עזרא רות ד' הוא עובד אבי ישי אבי דוד וז"ל יתכן שישוב אל ישי גם אל עובד כמו אלקי אבי אברהם ואלקי אבי יצחק וכן ברשב"ם שם יש להגיה וצ"ל כגון בן בנו של חנוך מעיר לראובן וזה מוכח מתוכו ממה שסיים דהיינו שלישי בראשון ואלו בן חנוך הוא שני בראשון לראובן שהרי חנוך אביו הוא ראשון בראשון עם אביו ראובן וחנוך הוא שני אלא מוכח דצ"ל בן בנו של חנוך שהוא שלישי בראשון וכן הוא בשו"ע חו"מ סי' ל"ג ע"ש. והנה בתשובת רש"ל סי' פ' כתב להכשיר אבי אבא דאבא בפשיטות וכתב על הטור דלא דק וסיים מנוחתו כבוד ולא ירד לעומקה של הלכה וטעמו שהרי מר בר רב אשי מכשיר אפילו באבא דאבא ונהי דלית הלכתא כוותי' כדאמרינן בפ' יש נוחלין היכא דאתרחיק לגמרי כגון דור רביעי ליכא מאן דפליג ע"ש ואנכי איני כדאי להכניס ראשי בין ההרים אבל לפענ"ד בחנם כתב הכי על הטור ודו"ק:

סימן ב

ראיתי להגאון רע"א ז"ל בספר דו"ח בביצה דף ל"ז שהקשה אהא דאמרינן לא דנין ולא מקדישין ואיתא בירושלמי וכולן שעשו בין אונסין בין שוגגין ובין מזידין בין מוטעין מה שעשו עשוי בשבת ואצ"ל ביו"ט והביאו הרי"ף בהלכות וכתב הגאון ז"ל וז"ל וקשה לי דמ"מ בהאי דאין דנין אמאי במזיד מה שעשו עשוי הא כיון שעברו על איסור דרבנן לדון בשבת נעשו פסולין ואין דיניהם דין ואף אם נימא דכמו דפסולי עדות דרבנן צריך הכרזה ה"נ לענין פסול דיינים מ"מ הא לאותו דבר שנפסל א"צ הכרזה כמ"ש הנ"י

והביאו הסמ"ע בסי' ל"ד וצע"ג עכ"ל. ובמחכ"ה לפע"ד דבריו תמוהין דאיך נימא דמחמת שדן בשבת או ביו"ט נפסל וכיון שנפסל אין דיניו דין הא אם נימא דאין דיניו דין והדין בטל הא לא עשה עבירה כלל דפשיטא דאם נימא דהדין בטל חשוב כמו פטפוטי מילין בעלמא ולא מיפסל מחמת זה רק אם נימא מה שעשו עשוי והדין קיים אז עבר על איסור דרבנן שדן בשבת ופסול מכאן ולהבא אבל לאותו דין בעצמו לא נפסל אך בזה יש לפקפק ונימא דניזיל לאידך גיסא דאם תאמר דבדיעבד מה שעשו עשוי שוב עבר עבירה דרבנן וצריך להיות הדין בטל:

אמנם לפמ"ש הר"ן ז"ל בחידושיו בחולין י"ד במתניתין השוחט בשבת וביו"כ שחיטתו כשרה והקשו הקדמונים ז"ל למה יהי' שחיטתו כשרה הא נעשה מומר שחילל שבת וע"ז כתב הוא ז"ל ואין זה כלום דבשבת נמי לא מחייב עד גמר שחיטה דמקמי הכי הו"ל מקלקל בחבורה דקיימ"ל דפטור עיי"ש א"כ הכא נמי כ"ז דלא גמר דינא לא נחשב עדיין איסור דעיקר הוא הגמר דין ומשו"ה נפסל רק מכאן ולהבא דאז נגמר העבירה:

ונ"ל דיש להביא ראיה לזה מסוגיא דפרק זה בורר דפריך הש"ס והא רבא הוא דאמר לוה בריבית פסול לעדות ומשני רבא לטעמיה דאמר רבא אדם קרוב:

אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע וקשה לי הא הטעם דאמר רבא שם בסנהדרין דף ט' אדם קרוב אצל עצמו זהו משום דאמרינן פלגינן דיבוריה כמו שכתב רש"י ז"ל וכל הקדמונים א"כ הכא אפילו אם נימא דפלגינן דיבורי' ובר בינתוס הלוה בריבית לאיש אחר מ"מ עכ"פ זה האיש דאמר לדידי אוזפי בריביתא הי' מן העדים על ההלואה א"כ נפסל מחמת שעבר על הלאו דלא תשימון עליו נשך. הן אמת שהש"ך בחו"מ סי' נ"ב כתב דרק המלוה והלוה נפסלין ולא העדים מחמת דלא משמע לאינשי אלא במלוה ולוה ודלא כט"ז יו"ד סי' קס"א דגם העדים נפסלים ע"ש והנה המ"ל בהל' מלוה ולוה האריך הרבה בדבר זה והביא טעמא של הש"ך בשם תשו' הריב"ש סי' תק"ב שכתב שלא נפסלו העדים משום דלא משמע לאינשי ואפילו את"ל דמפסלי עדים הא לא נפסלו אלא מדרבנן ופסולי דרבנן בעי הכרזה ע"כ ומסתפק המ"ל בפשט כונתו בסוף הלשון של הריב"ש ומשמע דעכ"פ מדרבנן העדים פסולים וכן הביא בשם בעל כנה"ג דאפילו במלוה ע"פ העדים פסולים ומעתה קשה דאף אי פלגינן דיבורי' הוא פסול מחמת שהי' עד על מלוה בריבית וכן קשת על הך סהד' דאמר קמי דידי אוזיף בריבית א"כ הוא נפסל על מה שהי' עד מלוה בריבית וליכא למימר דהוא לא נעשה עד אלא הי' בשעת מעשה ההלואה דזה אינו לפי מה דפסקינן בחו"מ סי' ל"ו דעדים צריכין לראות לכוין כדי להעיד אח"כ בב"ד ואם לא בא להעיד רק למחזי לא מקרי עד כשר א"כ על כרחך נתכוין זה

העד דאמר קמי דידי אוזיף בריבית שבא לתכלית הזה לראות כדי להעיד א"כ נפסל משום שעבר על לא תשימון אי מה"ת או עכ"פ מדרבנן ולמה פסל רבא לבר ביניתוס משום עדותם של אלו גם לא משכחת כלל בשום פעם לפסול מלוה בריבית עפ"י עדים ולא משכחת נמי לפסול העדים מחמת עדותן דהא קי"ל אין אדם נפסל ע"י עצמו דאי אפשר לאחוז החבל בשני ראשין דאם אין הב"ד מקבל עדותן מאיזה טעם יהיו נפסלין אבל לפמ"ש דנעשו פסולין רק מכאן ולהבא שפיר ניחא ולפ"ז צריך לפרש מה שהקשו התוס' ב"מ דף ע"ב ע"א ד"ה שטר ותימא דאמאי אין העדים נפסלים כיון שעוברים על לא תשימון כו' כונתם שיהי' נפסלים מכאן ולהבא אבל משמעות התוס' לא כן הוא אלא כונתם שיהי' השטר פסול מחמת דהעדים נפסלים אך גם זה י"ל דהשטר חתמו אחר ההלואה ובשעת חתימתן כבר היו פסולים:

עוד עלה על לבי דמשכחת לה לפסול את המלוה בריבית שבאו לשם לראות את ההלואה לא כדי לראות גוף ההלואה אלא כדי להעיד לפסול את המלוה והעדים. אבל זה דוחק לפע"ד אלא יש אופן דמשכחת לה כגון שהיו אנוסים מחמת נפשות כמו שתירצו בתוס' שם על קושייתם שטרי חוב המוקדמים ע"ש גם אולי יש לומר דהא דאמרינן דלהסוברים דפסול מדרבנן זה אינו אלא לפי מה דקי"ל כאביי דמה"ת לא בעינן רשע דחמס אבל לרבא לשיטתי' דמה"ת לא מיפסל אלא רשע דחמס ס"ל לרבא דכל שאינו רשע דחמס אפילו מדרבנן לא מיפסל אבל קשה לחדש דבר זה כיון דלא מצינו דאיפלגי בזה אביי ורבא וצ"ע:

אחר כותבי כל זה ראיתי בספר שו"מ מהדורא שתיתאי' סי' קל"ג כתב בשם אביו הגאון ז"ל במה שנסתפק בעל חוו"ד בסי' ק"ס בריבית דרבנן אי העדים נפסלים וע"ז אמר אביו הג' ז"ל שנעלם ממנו דברי התוס' בב"מ דף ע"ב ד"ה שטר שכתבו דמיירי בריבית דרבנן ולא נפסלו העדים כיון שאין מרויחין והיינו כו' דאף דקי"ל כאביי אדרבנן לא מקרי רשע וא"כ מבואר ספיקו של הגאון ז"ל כו' וע"ז השיב הגאון המחבר ז"ל דיש לדחות דמיירי בלא הכריזו ובאיסור דרבנן הא בעי הכרזה מיהו לפמ"ש הנ"י דלאותו עדות מפסלי אף בלא הכרזה עדיין קשה ע"ש ולפי הנ"ל אין התחלה לקושיא זו אך מלבד זה אגב שיטפא כתב האסתפקתא של החוו"ד אם העדים נפסלים בריבית דרבנן דליכא אפילו רמז מזה כלל וספיקו של החוו"ד הוא רק אם העדים עוברים על לא תשימון בריבית דרבנן ודבר זה ליכא למיפשט מדברי התוס' ובחנם כתב שנעלם מהגאון חו"ד דברי התוס':

סימן ג

לכבוד הרב הגדול החריף ובקי משנתו זך ונקי בפלפול וסברא מו"ה ישראל יוסף בק"ק בערטש:

אשר כתב כ"ת על מה שכתבתי בספרי מצפה אריה סי' ט"ו לתמוה על הש"ך חו"מ סי' ל"ז ס"ק כ"ט שהשיג על הרבינו יהודה בן הרא"ש דאם מכר הגזלן באחריות חשוב הלוקח נוגע בעדותו משום דכיון דהמכירה היה באחריות לא חשיב שינוי רשות ומפיק ליה שמעון מלוי וע"ז כתב הש"ך דאין דבריהם נראין וכי מה ענין אחריות אצל שינוי רשות ואנכי כתבתי שם דאשתמיטתיה למרן הש"ך מ"ש התוס' בב"ק פרק מרובה דף ס"ו שכתבו דיש כאן יאוש ושינוי רשות באותן קרבנות שאין הגזלן חייב באחריותן עוד הבאתי דברי התוס' שם דף ס"ז ע"א ד"ה מעיקרא בהקדשות שאין חייב באחריותן לא הוי צריך ליתן טעם זה דהא יש כאן שינוי רשות אלא בעי לאוקמא אפילו בחטאת ואשם ואע"ג דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן ע"ש א"כ מבואר בהדיא בדבריהם דכל שחייב הגזלן באחריות לא חשיב שינוי רשות וע"ז כתב כ"ת ליישב שמדברי התוס' הללו אין סתירה לדעת הש"ך דהרי לא לחנם סיימו התוס' וכתבו דבעי לאוקמא אפילו בחטאת ואשם דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן וכונתם דדוקא בהקדשות היכי שהמקדיש חייב באחריות לא חשוב שינוי רשות מחמת שמצטרפים שני הטעמים ביחד האחריות וגם מה שיש עדיין שם בעלים הראשונים לבטל השינוי רשות מה שא"כ בחולין אין בכח של הטעם דחיוב האחריות בלבד לבטל השינוי רשות כדעת הש"ך זהו תדכ"ת:

והנה ראשית דבר אגיד לכ"ת שלא דקדק יפה בלשון התוס' והשמיט תיבת ואע"ג וזה לשון התוס' ואע"ג דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן מ"מ שינוי השם יש כאן ע"ש א"כ כונתם רק לפרש לענין שינוי השם דאע"ג דאכתי שם בעלים הראשונים עלה מ"מ חשוב שינוי השם אפילו בחטאת ואשם אבל לא קאי כלל לענין שינוי רשות דהגמרא לא קאמר הך סברא לקמן דף ע"ו אלא לפרש מתניתין דקתני גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר פטור ופריך אהקדש לחייב דמה לי מכר להדיוט ומה לי מכר לשמים וע"ז משני דמכר להדיוט מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דשמעון מכר לשמים מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן א"כ לא מהני הך סברא אלא למיפטר מד' וה' אבל לא דנימא דמחמת זה לא חשוב שינוי רשות ועוד הא מוכח מגמרא דלענין לפטור מתשלומי ד' וה' אין חילוק כלל בין אי הגזלן חייב באחריות או לא דאפילו אי הקדיש קדשים שאינו חייב באחריותן ג"כ פטור מד' וה' דאכתי תורא דראובן הוא דמקרי עולתו של

פלוני וכמו שכתב רש"י ז"ל שם דאין לומר דמיירי דוקא בקדשים שהוא חייב באחריותן אבל בקדשים שאינו חייב באחריותן חייב הגנב לשלם ד' וה' דאם כה נימא קשה הא דקאמר הגמרא שם בתר הכי אדר' שמעון אמרי נהי דסבר ר"ש מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים איפכא מיבעיא ליה קדשים שחייב באחריותן פטור דאכתי לא נפיק מרשותו:

ושאינו חייב באחריותן חייב דמפקא מרשותו דאפילו אי הוה תני איפכא ג"כ לא הוה ניחא דהא ר"ש היינו תנא קמא אלא ע"כ דרבנן סברי דבכל גווני הוא פטור דתורא דראובן הוא ואין חילוק כלל בין חייב באחריות ובין אינו חייב באחריות וא"כ מנין להתוס' לחלק לגבי הך סברא דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן לענין שינוי רשות בין היכי שהגזלן חייב באחריותן ובין היכי שאין חייב באחריותן הן אמת שראיתי להרמב"ן ז"ל במלחמות שכתב וז"ל וטעמא דמלתא משום דכל הקדש בין קדשי מזבח ובין קדשי בדק הבית הקדש מקרי ואיכא שינוי השם וכו' והא דאמרינן מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן לומר לך שאין זה שינוי רשות אבל שינוי השם הוה דהא עולתו של ראובן מיקרי עכ"ל הרי שכתב הוא ז"ל דמחמת הטעם דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן לא חשוב שינוי רשות אך הוא ז"ל לא חילק כלל בין קדשים שחייב באחריותן או אינו חייב באחריותן אלא בכל גווני לא חשוב שינוי רשות אבל התוס' שכתבו לחלק בין קדשים שחייב באחריותן ובין שאינו חייב באחריותן לא נחתי להטעם דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן לכן נראה לי דמ"ש ואע"ג דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן כונתם לפרש דמ"מ חשוב שינוי השם והבן:

עוד מצינו בש"ס דמעילה דף י"ח ע"ב אי מה חטא האמור בתרומה עד שיוציא מן הקודש לחול מן הקודש לקודש מנין כגון לקח קיני זבין וקיני זבות וקיני יולדת ושוקל שקלו והביא חטאתו ואשמו מן ההקדש כיון שהוציא מעל דברי ר"ש ר' יהודה אומר עד שיזרק הדם מניין ת"ל תמעול מעל מ"מ וכתב רש"י ז"ל אהך דר' שמעון דקסבר דמאן דמחייב חטאת או אשם לעולם הוא חייב באחריותו עד שיביאנו לעזרה וכיון שהביאו נפטר מאחריותו אף האי נמי דמוציאו מקודש כיון שהביאו לעזרה יצא ידי חובתו ידי אחריות ומעל ור' יהודה סבר לעולם הוא חייב באחריותו עד שיזרק הדם ע"ש הרי מבואר דלענין מעילה ג"כ תליא בחיוב אחריות דכ"ז שהוא חייב באחריות לא חשוב הוצאה מרשות לרשות ואת"ל דהכא נוי יש לומר דמעיקרא תורא דראובן והשתא נמי תורא דראובן דז"א תינח בקינים או בחטאת ואשם אבל בשוקל שקלו ליכא למימר הכי דהא אחר נתינתו

ללישכות ליתא שוב שם בעלים ע"ז ולא נשאר רק הטעם דחיוב אחריות ובשביל זה לבד לא חשוב הוצאה מרשות לרשות:

הן אמת שהט"א במגילה דף ח' תמה על דברי רש"י הנ"ל מהא דאיתא התם ר"ש אומר את שעליו חייב באחריותו ופירש רש"י הכי דריש ליה לקרא ונרצה לו נדרו לכשיתכפר בהן הוא נרצה אבל מקמי כפרה לא נרצה ובאיזה קרבן אמרתי לך באותו שעליו הרי מבואר שגם לר"ש ס"ל דגם בנדר חייב באחריות עד לאחר הקרבה וכדמסיק התם הש"ס מ"ט כיון דאמר עלי כמאן דטעון ליה אכתפא דמי וכתב תו דבלא"ה דברי רש"י תמוהין מאוד דהאיך אפשר לומר דחטאת ואשם שהם חובה דיהיה יוצא ידי חובתו בהביאו לעזרה דא"כ במה יתכפר לו החטא וה"נ חייבי קינין הא אסורין בקדשים עד שיביאו כפרתן וכ"ז שלא הקריבו במה יתכפרו ע"ש שהאריך בזה ופירש דלא כרש"י אלא דלא תליא פלוגתתן דר"ש ור"י בחיוב אחריות ע"ש אבל לפי דברי התוס' דב"ק הנ"ל נראה בעליל דענין הוצאה מרשות לרשות תליא הרבה בחיוב אחריות דכ"ז שהוא חייב באחריות לא הוה שינוי רשות וכנ"ל:

והנה בחו"מ הלכות הרשאה סי' קכ"ח כתב הש"ך ס"ק ג' אמה שכ' המחבר דהפורע חובו של חבירו שלא מדעתו אין הלוה חייב לפרוע לו אפילו אם היה המלוה דוחקו לפרוע דהרי"ף והרמב"ם והסמ"ג שהביאו הירושלמי השמיטו דין זה דאפילו בע"ח דוחק אלא נראה דס"ל דבב"ח דוחק חייב לשלם ותו נראה דמסקנת הירושלמי גופא דבב"ח דוחק חייב לשלם דהכי גרסינן בירושלמי בנדרים פרק אין בין המודר עד כדון בב"ח שאינו דוחק בע"ת דוחק נשמעינה מן הדא תדע לך שהוא כן דתנינן ומקריב עליו קיני זבין וקיני זבות ויולדת חטאות ואשמות בשלא נכנס לידיו כלום וכא בשלא נכנס בידיו כלום ומפרש הש"ך דמשני דמיירי שבאו קרבנותיו כבר ביד כהן ונאבדו ביד כהן ותו לא מחויב בעה"ב כה"ג והיינו כדמוקי לה הש"ס דידן בכתובות פ' שני דייני גזירות דמיירי באבוד וגבוי וכמ"ש התוס' דנאבד ביד השליח וכן בשוקל את שקלו אפשר לאוקמי בנכנס לתוך ידיו דהיינו באבוד וגבוי ועיין בתומים שלפי פירושו של הש"ך צריך להגיה וצ"ל בשנכנס בידיו כלום ולמחוק תיבת בשלא ע"ש ולפ"ז סובר הירושלמי לפי המסקנא דהמודר הנאה מחבירו אסור להקריב קרבנותיו ואינו שוקל את שקלו דכ"ז מקרי כמו בע"ח דוחק כיון דבזה ליכא למימר דמאן מפייס ליה ובעלמא היכא דפרע בעד חבירו בבע"ח דוחק צריך לשלם לו וע"ז כתב הקצה"ח וז"ל וראיתי בתומים שהתפלא מאוד על הש"ך ומלבד הרבה דחוקים בפירושו אף גם דתו לא יתכן ומעולם לא שמענו דאם הפריש קיני זבין ליד כהן ונאבדו או נפסלו דלא יהא צריך להביא אחרים תחתיהם ואפילו נקרבו

ונפסלו או נפסלו בחטאת שלא לשמה חייבין בעלים להפריש אחרים תחתיהם ואם לא הביא לא יצא ידי חובתו כלל והש"ך השוה חיוב דחטאת וחיוב דשקלים להדדי עכ"ל ואשתמיטתיה משנה ערוכה בשקלים פ"ד אמר ר' שמעון שבעה דברים התקינו ב"ד וכו' ועל הקינין הפסולות שיהיו באות משל ציבור ר"י אומר המספיק את הקינין מספיק את הפסולים ע"ש ברמב"ם וברטנורא דתנאי ב"ד היה שאם ברחו הקינין או נמצא פסולים שיקנו אחרים מדמי הלשכה ומקנין אותם לבעלים ויוצאים בהם ידי חובתם וה"נ בין לרבנן ובין לר"י אם כבר נתן לכהן ונאבדו או נפסלו שוב אין ממשכנין אותם עיין בדבריו היטב ועיין בנה"מ שכתב להסכים עם הקצה"ח ויפה כתב הקצה"ח דאשתמיטתיה להתומים משנה מפורשת דשקלים הנ"ל ע"ש:

וכשאני לעצמי השתוממתי על המראה הלזו דהפלאה זו על התומים כמו כן היה יותר להגאונים הנ"ל להפליא על רש"י דמעילה הנ"ל שכתב בהדיא בין לר"ש ובין לר' יהודה אפילו אחר שבאו הקינין ליד הכהן והשקלים ביד הגזברים מ"מ הבעלים חייבים באחריותן לר"ש עד הביאם לעזרה ולר"י עד שנזרק הדם ועיין ברמב"ם פ"ו מהל' מעילה הל' י"א שכתב המוציא מעות הקדש בצרכיו וכו' אע"פ שלא הוציאן בדברי חול מעל כיצד המביא חטאתו ואשמו ופסחו מן ההקדש וכן מחוסר כפרה וכו' מעל וכולם אין מועלים עד שיזרק הדם ובהלכה י"ב כתב נתן שקלו ממעות הקדש כשיתרמו התרומה ויקנו ממנו אפילו בהמה אחת ויזרק דמה ימעול השוקל שהרי חלקו באותה בהמה שנזרק דמה עכ"ל ואף שהרמב"ם אינו מדבר מענין אחריות מ"מ לפי פירוש רש"י דתלוי הדבר בחיוב אחריות צריך לומר דגם בשוקל שקלו נמי חייב באחריות לר' יהודה עד שנזרק הדם מקרבן אחד עכ"פ ולא עוד אלא שגם במתניתין דשקלים הן אותן התנאים בעצמן ר' שמעון ור' יהודה דפליגי בש"ס דמעילה הנ"ל מעתה לפי פירוש רש"י בהצטרפות דעתן של הקצה"ח והנה"מ יהיו דברי ר"ש ור' יהודה סותרין אהדדי דבמעילה פליגי עד איזה זמן חייב באחריות של הקינים ובשקלים פליגי אי מקריבין עליהם משל ציבור או המספיק מביא עליהם אבל עכ"פ הבעלים שוב אינן חייב באחריות והנה מה שאני אחזה בביאור הדברים ומקודם פשוט בעיני דאין התחלה לתמיהת הבעל טורי אבן על רש"י דמעילה מהך דמגילה דבברייתא דמעילה קתני רק חייבי חטאות ואשמות וקינין:

ושקלים אבל לא קתני נדרים ונדבות. ולכאורה למה השמיט התנא נדרים ונדבות אם הביא משל הקדש דבשלמא נדבות לא מצי למיתני דאין הקדשו חל כלל כיון דכבר היה הבהמה הקדש איך מצי לחול דבריו מה שאמר הרי זו הקדש אבל למה השמיט נדרים

אם קנה ממעות הקדש בהמה לצאת ידי נדרו אלא צריך לומר דאין דין נדר שוה לחטאות ואשמות וקינים דגבי נדר החיוב בא ע"י עצמו שאמר הרי עלי עולה או שלמים ובודאי לא קיבל עליו רק מה שבידו לקיים דבריו דהיינו להפריש ולהביא לעזרה להקריב קרבנו אבל ההקרבה בעצם אין הדבר תלוי בו וע"כ במה שהביא לעזרה קיים את נדרו ומעתה אין עליו שום דבר של חיוב וכן איתא בר"ה דף ו' ע"א דאיצטריך תרי קראי אזהרה על הב"ד שיעשוהו חד דאמר ולא אפריש וחד דאפריש ולא אקריב דאי אשמועינן אפריש ולא אקריב דקא משהי ליה גביה וכן מייתי ליה שם מקרא בהדיא אל פתח אוהל מועד יקריב אותו הרי כשהקריב אל פתח אוהל מועד שוב אין הב"ד כופין אותו וכן כתב רש"י בחולין קל"ט ע"א ד"ה דמחוסר הקרבה דכי אמר עלי הכי קאמר עלי להביאו לעזרה ע"ש וכן הוא הענין מה דאיתא במגילה דאמר ר"ש מה שעליו חייב באחריותו כו' ומפרש בגמרא דכיון דאמר עלי כמאן דטעון אכתפיה דמי היינו מה שיש בידו לעשות קיבל עליו וזהו שצריך להביא לעזרה דשוב אין ביד הבעלים לעשות דאף שגם השחיטה כשרה בזר מ"מ הא אי אפשר בלא כהן שיעמוד אצלו לקבל הדם ומה שכתב רש"י ונרצה לו נדרו לכשיתכפר בהן הוא נרצה אבל מקמי כפרה לא נרצה ובאיזה כפרה אמרתי לך באותו שעליו והיינו עליו לפע"ד כיון רש"י ג"כ לזה שזהו כפרתו כשעושה מה שמוטל עליו דהיינו הקרבה לעזרה דזהו כפרה שלו וזהו פירושו באיזה כפרה אמרתי לך דלא תימא כפרה ממש שהוא זריקת הדם אלא באותו שעליו דהיינו הבאה לעזרה ובזה לא פליג ר' יהודה אלא פליג בחטאות ואשמות וקיני זבין וקיני זבות ושקלים דרחמנא חייבה להביאם דבזה סבר דחייב באחריותן כ"ז שלא נזרקו דמן:

והנה ראיתי מקשים על דברי רש"י ממתניתין בריש זבחים ב' ע"א דקתני כל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים אלא שלא עלו לבעלים לשם חובה וכתב רש"י שצריך להביא אחר לחובתו או לנדרו וישחטנו לשמן הנה מלבד לפמ"ש בספר שעה"מ בפרק ז' מה' חובל ומזיק בשם המ"ל דזר ששחט שלא לשמו חייב לשלם מטעם מזיק פשיטא דלא קשה כלל די"ל דכונת רש"י בד"ה שהשוחט חייב להביא קרבן אחר אלא גם בלא זה לפי הנ"ל לא קשיא דיש לומר דנהי דצריך להביא קרבן אחר מ"מ אין הב"ד כופין אותו ע"ז דמה שאנו כופין אותו להקריב הוא מקרא דיקריב אותו דכיון דאמר עלי היינו להביא קרבן קאמר אבל אחרי הבאתו לעזרה מנ"ל דרמי על הב"ד שיעשוהו להביא קרבן אחר הא על זה לית לן ריבוי' ואפשר דמצוה אכתי רמיא עליו אבל אין הב"ד כופין אותו וכל דאין ביד הב"ד לכופו לא מיקרי חיוב אחריות:

והנה יש להעיר על הא דאמרינן בב"ק דף ע"ו הא מני ר"ש היא דאמר קדשים שחייב באחריות ברשותי' דידיה קיימא וכ' רש"י ז"ל כגון דאמר הרי עלי עולה ודבר הגול"מ כממון דמי ולאו מכירה היא ודחי הש"ס מדסיפא ר"ש רישא לאו ר"ש ואח"כ פריך אסיפא ר"ש אומר כו' איפכא מיבעי לי' קדשים שחייב באחריותן פטור דאכתי לא נפק מרשותיה ע"ש וקשה לי הא ר"ש סובר במעילה דמשהביאו לעזרה נפטר מאחריות כמו שהבאתי למעלה א"כ הא דקתני במתניתין גנב והקדיש ואח"כ טבח על כרחך כבר הביאו לעזרה א"כ נהי דפטור אטביחה דכי טבח דהקדש קא טבח ליחייב אמה שהקדיש מתורת מכירה דאע"ג דבשעה שהקדיש לא נפקא מרשותיה כיון דאכתי חייבים באחריות מ"מ אחרי שהביא לעזרה נפטר מאחריות נימא מה לי מכרו להדיוט ומה לי מכרו לשמים ואין לדחות ולומר דהא דסובר ר"ש דבהבאת הבעלים לעזרה נפטר מאחריות זה אינו אלא כשהקרבן כשר להקרבה אבל גנב שהקדיש דפסול להקרבה לא נפטר בהבאתו לעזרה דאכתי קשה הא לעיל דף ס"ו איתא המוכר לפני יאוש ר"נ אמר חייב וכן סברי התם ר' יוחנן ור"ל חזינן דאע"ג דלא אהני מעשיו מחמת שהוא גזול ואין בידו של הגנב למכור מ"מ כיון שנעשה בי' מעשה מכירה אם הי' שלו חייבי' רחמנא בתשלומי ד' וה' א"כ הכי נמי אלו הי' שלו הי' הקדש מעלמא והי' נפטר מאחריות משהביאו לעזרה השתא נמי לחייב בד' וה':

אמנם י"ל דהנה שם בב"ק דף ע"ח ע"ב אי' מכרה חוץ מאחד מריבוא שבו פטור מד' וה' ואינו מבואר איך הדין אם הלך ומכר אח"כ החלק ששייר אם נתחייב בד' וה' כיון שעתה נגמר המכירה בשלימות ומסתברא דחייב ובהא דאיבעי' התם הגמרא מכרה חוץ לשלשים יום חוץ ממלאכתה מהו וכתב הלחם משנה בפרק ב' מהל' גניבה הלכה י"ב דאפילו אם כבר עברו הל' יום ג"כ פטור ובשט"מ כתב וז"ל מי הוה מכירה ומחייב לאלתר בתשלומי ד' וה' מלשונו משמע דאיבעיית הש"ס דוקא בתוך כ' יום אבל אם כבר עברו הל' יום ואח"כ הוכר הגנב פשיטא דחייב ולפ"ז נ"ל דבההקדש כה"ג דבשעה שהקדיש אכתי הי' ברשותי' לר"ש משום חיוב אחריות ורק משהביאו לעזרה נעשה מכירה גמורה תליא ג"כ בזה אבל שיטת הל"מ דבכה"ג פטור כיון דבשעת ההקדש הוי שיור ולהשטמ"ק חייב בד' וה' ומ"מ צ"ע:

שוב מצאתי בספר המקנה קדושין דף כ"ב ע"ב ברש"י ד"ה כי קא זכו שכתב ואין להקשות דא"כ לחייב על המכירה דבשעה שהקדיש הו"ל כמוכר חלק הכהנים והאימורים ואח"כ כשמוכר חלק הבעלים הו"ל כמוכר כולה ז"א דהא אפילו אי מכר חוץ משלשים יום מיבעי לי' התם בדף ע"ח א"כ י"ל דבעינן שימכור כולו בפעם אחת

אבל הכא כיון דלא הוה מכירה כולה בפעם אחת י"ל דלא מחייב ע"ש ולפמ"ש נראה שיש להביא ראי' מהגמרא הנ"ל דפטור ויש לחלק ואנכי לא באתי אלא לעורר:

והנה כבר נודע מה שנסתפק המהר"ם מינץ ז"ל הובא במ"ל בפרק ט"ו הלכה א' מהל' מעה"ק בגונב אתרוג הדר של חבירו שהי' שוויו הרבה דמים אם צריך לשלם לו מה שהאתרוג הי' שוה או יכול לומר לו שיוכל לצאת ידי מצות אתרוג באתרוג פשוט והביא ע"ז לדמות למה דאיתא בש"ס ב"ק דף ע"ח בעי רבא הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנב מי מצי גנב מיפטר נפשי' בכבש לרבנן כו' או דלמא מצי א"ל אנא בעינא למעבד מצוה מן המובחר הכא נמי גבי אתרוג יכול זה למימר אנא בעינא לקיים מצותי באתרוג הדר והמ"ל כתב וכד מעיינינן שפיר נראה דלא דמי כלל משום דשאני התם דשור זה שהפריש אין לו דמים דהא קי"ל דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום נמצא שאין חיובו של הגנב אלא משום תשלומי' של הנודר ומשו"ה פטר נפשי' בכבש לרבנן ובעולת העוף לראב"ע אבל הכא גבי אתרוג מצי הנגזל למימר אנא הוה זביננא לי' בדמים יקרים כו' ע"ש ועי' ח"צ סי' ק"כ שהביא ג"כ דברי המהר"ם הנ"ל וכתב דברי שגגה הם ע"ש: והנה לפע"ד גם המהר"ם מינץ ידע דבר זה אך ספיקו אינו בכל אתרוג דעלמא אלא כעובדא דמצינו בסוכה דף מ"א ע"ב גבי רבן גמליאל שנתן אלף זוז בעד אתרוג ופשיטא דלמכירה אינו שוה אפילו מאה זוז אף לא הרבה פחות מזה ובכה"ג שפיר יש להסתפק דדמי ממש להך איבעי' דהש"ס דשיווי' של האתרוג אינו אלא כמו שנותנים בעדו למכירה שאר בני אדם ולא אצל ר"ג שהוא אדם פרטי כמו דאמרינן בעלמא בטלה דעתו:

אצל כל אדם ואם נגנב האתרוג י"ל דמצי גנב מיפטר נפשי' במה שהאתרוג שוה לכל אדם ולא מה שר"ג נתן אלף זוז ודו"ק:

ונראה דלזה כיוונו התוס' שם ד"ה מי מצי פטר וז"ל אבל הנודר עצמו פשיטא דמצי פטר נפשי' אי לא בעי למעבד מצוה מן המובחר עכ"ל מוכח מדבריהם דאלו הי' הדין דכיון דכבר הפריש שור לעולתו שוב נתחייב באחרות של שור אחר ויש לב"ד לכופו ע"ז לא הוה מיבעי' לי' להש"ס כלל רק בעיי' הש"ס באופן שאין הב"ד יכולים לכופו רק יש עליו מצוה מן המובחר אם מיקרי זה אחריות ומעתה האתרוג שהי' בידו למכור את האתרוג וליקח דמים הרבה כשיווי של האתרוג פשיטא דליכא מקום ספק כלל שמחויב לשלם כל השיווי של האתרוג. ומעתה לפי"מ דפשיט הש"ס דגנב מצי פטר נפשי' בכבש שמעינן דחיוב אחריות לא מקרי אלא מה שמחויב מצד הדין ויש לב"ד לכופו ע"ז אבל מה שהיא מטעם מצוה לבר כעין זה לא מיחשב כולי האי להיות בתורת חיוב אחריות

ולפי"מ שכתבתי דכשנשחט עולה שלא לשמה אף דלא עלו לבעלים לשם חובה מ"מ אין ביד ב"ד לכופו אתרי שכבר הביא לעזרה דבזה יצא ידי חובתו לכו"ע דאף ר' יהודה לא פליג אלא בחטאות ואשמות וקנים דבזה סבר ר' יהודה דהתורה חייבתו להביא קרבן כשר ואם נפסל ביד ב"ד לכופו להביא קרבן אחר עד שנזרק הדם דאז כבר נתכפר אבל בעולה דהחיוב בא ע"י עצמו כיון שהביא למזרח אין הב"ד כופין שוב כלל כעין זה לא מקרי חיוב אחריות ועולה יפה מה שלא נזכר בפלוגתא דר"ש ור' יהודה שם במעילה רק חטאות ואשמות וקינין ולא עולה ושלמים של נדרים אם הביא משל הקרש דבזה כו"ע מודים דמועל מכשהביא לעזרה דבזה מחשב הוצאת מרשותו כיון שאין ביד ב"ד לכופו להביא קרבן אחר לא חשוב חיוב אחריות:

והנה שם בסוכה איתא למה לי למימר שלקחו באלף זוז להודיעך כמה מצות חביבות עליהן ולכאורה יש לדקדק בתיבת עליהן והי' צריך להיות על ר"ג שהוא נתן אלף זוז אבל לא על הזקנים שהיו עמו ויצאו באתרוג שלו ומלשון מלשון עליהן משמע דעל כולם היו מצות חביבות ואיך דבר זה מוכח. ונ"ל די"ל דהנה בש"ס איתא התם איל מר בר אמימר לרב אשי אבא צלויי קא מצלי ביה וכתב רש"י ז"ל מרוב חיבתו עליו הי' מתפלל בו ופריך הש"ס מהא דתניא לא לא יאחוז אדם תפילין בידו וס"ת בחיקו ויתפלל כו' ואמר שמואל סכין וקערה ככר ומעות הרי אלו כיוצא בהן וכתב רש"י שאם יפול יהא נמאש והש"ס משני התם לאו מצוה נינהו יטריד בהו הכא מצוה נינהו ולא טריד בהו ע"ש עכ"פ שמעינן שיש חשש שמא יפול ונ"ל דמשו"ה סמכו הך מימרא דמר בר אמימר להך עובדא דר"ג לאשמועינן דמשום חיבוב מצות אתרוג יש לאחוז בתפלה וה"ה הזקנים ג"כ מסתמא הי' אוחזים בידם בתפלתם ולפי הנ"ל קיבלו עליהם אחריות שאם יפלו ישלמו לרבן גמליאל סך אלף זוז ולא חששו לזה ולהכי קאמר הש"ס שהיו מצות חביבות עליהן ואם כה נימא יהי' מוכת מתוך זה שהאחרות הוא על כל מה שנתן הבעה"ב שהאתרוג שלו דאל"כ גם אם יתקלקל האתרוג לא היו צריכים לשלם כל כך ומנין לנו שהיו מצות חביבות עליהן ודו"ק:

והנה השעה"מ בהשמטות כתב בשם הראב"ד ז"ל דעד כאן לא בעי רבא אי אמרינן דמצי מיפטר נפשי' בכבש כו' אלא לענין חיוב ד' וה' דהוי רק קנסא אבל קרן פשיטא דחייב הגנב לשלם שור מעליא כעין שגנב דמצי למימר אנא בעינא למיעבד מצוה מן המובחר ואת גרמת לי היזקא ע"ש שהאריך בזה ולפע"ד יש לסתור מהתוס' כתובות דף ק"ח ד"ה ועל העתיד לגבות שהקשו על רש"י שפירש ואפילו לא נגבה לבסוף ממתניתין דשקלים ומייתי לה בפ' הזהב דף נ"ח בני העיר ששקלו שקליהם ונגנבו מהשלוחים או שנאבדו

אם עד שלא נתרמה התרומה נשבעים לבני העיר ובני העיר שוקלים ומביאים אחרים תהתיהם ואם כפירוש רש"י דאפילו אי לא נגנב לבסוף תורמים עליהם אמאי בני העיר שוקלים ומביאים אחרים תחתיהם אי משום מצוה אפילו משנתרמו נמי כו' אלא נראה לפרש כו' ועל העתיד לגבות שיבוא לידי גבוי לבסוף כו' ע"ש עכ"פ נשמע מדבריהם דגם אחר שנתרמו התרומה מצוה על הבעלים לשקול ולהביא אחרים תחתיהם והנה שם מפרש מה דקתני אם משנתרמה התרומה כו' בנושא שכר עסקינן דנשבעים ליטול שכרן ונשבעים לבני העיר במעמר גזברים ואם נימא דמשום מצוה נמי יכולים לתבוע לא הוה צריך הגמרא לאוקמא בנושא שכר אלא כיון שאפילו כשתורמים עליהם משל צבור ג"כ יש מצוה לתרום משלהם ממש שפיר יכולים לתבוע את השלוחים וישבעו השלוחים לבני העיר במעמד גזברים אלא מזה יש ראיה מוכרחת דמשום מצוה אין לב"ד לחייב לשלם או לישבע דמצי השלוחים לטעון לאו בעל דברים דידן את וכמו כן לפ"ז גם בגמרא דב"ק מיבעי' לי' להש"ס גם לענין קרן ודו"ק: ועתה נחזור לתמיהת הקצה"ח והנה"מ על התומים מה ה' דשקלים שכתבו דאישתמיטתי' לי' משנה ערוכה דפרק ובעזהש"י אנא מזכה להצדיק לדברי התומים בפשיטות דשפיר קאמר דאי נימא דפורע חובו של חבירו בבע"ח דוחק חייב לשלם מאי מהני שבא ליד כהן ונאבד או נפסלו אפילו לפי התקנה דאיתא במתניתין דשקלים שתיקנו שיהא באות משל ציבור ולדברי ר' יהודה המספיק מביא הא מ"מ כיון דאלו לא התקינו הב"ד תקנה זו הי' מצד הדין שהוא חייב להביא אחרים תחתיהם ועכשיו לאחר התקנה חשיבי הציבור לרבנן או המספיק אליבא דר' יהודה כפורע חוב בעדו למה לא יהא מחויב לשלם להם כדין פורע חוב בבע"ח דוחק להת"ק חייב לשלם לציבור ולר"י להמספיק ופשיטא דהתקנה לא הי' כדי לפוטרו מממון רק שרצו שיהא לכל ישראל חלק בקרבנות ולא שיגיע לו רוחא ומה אלא מוכח דפורע חוב של חבירו גם בבע"ח דוחק פטור משו"ה שפיר נסתרו דברי השיך ודו"ק, וכן מה שמצינו ברש"י בב"מ שם דלאחר שנתרמה התרומה פסידא דהקדש זהו לפי דס"ל דפורע חוב של חבירו פטור לכן כיון שתורמים בעבורו אין להקדש לתבוע מממו דלא עדיף מפורע חובו וכן לאחר תקנת ב"ד שמביאים חטאת ואשם וקינים שנפסלו משל ציבור או משל המספיק אין להם לתבוע מהבעלים כדין פורע חוב של חבירו דפטור אפילו בבע"ח דוחק ודו"ק:

סימן ד

עוד בענין הנ"ל:

התוס' בב"ק דף ע"ו ע"ב ד"ה והשתא כתבו וז"ל וקדשי מזבח אומר ר"י אע"ג דמקרי על שם בעלים ולא הוי הקרש כמכירה מ"מ למ"ד יאוש לא קני חשיב כיאוש ושינוי רשות לענין דחל הקרש אחר יאוש כדמשמע לעיל דף ס"ו ע"ב דבעי לאוכוחי אביי לרבה דיאוש לא קני מקרבנו ולא הגזול אפ"ה אמר שם דחל הקדש אע"ג דאכתי לא אסיק אדעתי' דהוי יאוש ושינוי השם אלא משום דהוי יאוש ושינוי רשות עד כאן דבריהם ע"ש והקשה הפ"י דלמה צריכים לומר מטעם יאוש וש"ר תיפוק לי' דלפי המסקנא י"ל מטעם שינוי השם דמעיקרא חולין והשתא הקדש כמו דאמרינן לעיל דף ס"ז שהבאתי בסי' הקודם וע"ש בפ"י שלא העלה ארוכה לזה:

והנה לכאורה י"ל עפ"י מה שכתבו התוס' לעיל שם ד"ה מעיקרא טבלא ואע"ג דשינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה מ"מ לא חשיב שינוי החוזר לברייתו כיון דלא שכיח ע"ש ובעת למודי עמדתי על דברי התוס' דתינח תרומה ומעשר אבל אכתי קשה אמאי הקדשן הקדש הא הוי שינוי השם החוזר לברייתו ואפילו אי נימא דגם בהקדש נמי שאלה ל"ש מ"מ הא אפשר שחוזר לברייתו ע"י פדיון ושם בסוף פרק הנודר מן הירק נ"ט ע"א קאמר הש"ס בהדי' דהקדש חשיב דבר שיל"מ ומפרש הר"נ ז"ל משום דהקדש בדק הבית לפד' קאי והכא בודאי קאי לפדיה כיון דלהקרבה פסול דהא ממעטינן מקרבנו ולא הגזול וע"כ אינו קדוש רק לדמיו היינו שתמכר ולהביא בדמיו קרבן אחר כמו מקדיש פסולים למזבח דס"ל לר"ש בתמורה דף י"ט דתמכור שלא במום ואם באנו לומר דאתיא כרבנן דפליגי התם בתמורה וס"ל דתרעה עד שתסתאב ולדידהו י"ל דלא חשיב שינוי החוזר כיון דאין למכור בלא מום ושמא לא יפול בו מום דאכתי יש להקשות הא התם בתמורה פרכינן לרבנן למה לן תסתאב ומשני ר"י אמר רב היינו טעמא דאמרינן מיגו דנחתא לי' קדושת דמים נחתא נמי קדושת הגוף מבואר דכל עיקר טעמא דרבנן תליא דקדושת דמים דודאי חיילא א"כ הכא דזה בזה תליא דאי לא חיילא קדושת הגוף גם קדושת דמים בודאי לא חיילא דקדושת דמים לא חשיב שינוי השם דחוזר לברייתו ע"י פדיון ולא חל הקדש כלל א"כ קדושת הגוף נמי אי אפשר לחול כיון דליכא טעמא דמיגו דחל קדושת דמים א"כ אמאי הקדשן הקדש ומצינו דמיון לסברא זו מ"ש הרמב"ם ז"ל בנקודה הנפלאה בפי' המשניות בכריתות ולפי מה שבארו גדולי האחרונים דבריו דלא אמרינן כולל באיסור חל על איסור מיגו דחל על זה חל נמי על זה אלא שהראשון חל בהחלט אבל היכא שתלוי גם בהשני לא אמרינן כולל עי' בתשו' רע"א סי' קס"ח ד"ה מה שתמה על הב"ח ועי' בספר ברוך טעם שער הכולל דין ג' ד"ה ולפע"ד שכל קושיא ע"ש וגם אנכי כתבתי סברא זו בכמה מקומות ונראה די"ל דמה שהקשו בתוס' דהוה שינוי החוזר ע"י שאלה

כונתם רק על תרומה ומעשר אבל לא קאי כלל אהקדש וכן ראיתי שהרשב"א ז"ל הקשה ג"כ הא הוי שינוי החוזר ע"י שאלה והזכיר רק תרומה ומעשר ולא הזכיר הקדש כלל והלא דבר הוא אלא אפשר לומר דבהקדש שפיר ניחא עפ"י מה שכתבו בתוס' סוכה דף ל' ד"ה וליקנינהו דשינוי השם החוזר לברייתו מהני בצירוף שינוי מעשה החוזר לברייתו דאע"ג דכ"א בלחוד לא מהני מ"מ בהצטרפות שינוי מעשה עם שינוי השם מהני אפי' בחוזר לברייתו ע"ש כמו כן י"ל דכאן נמי בהקדש דאיכא שינוי רשות אף דשינוי רשות לחוד לא מהני משום כיון דחייב באחריות ל"ח שינוי רשות מעליא ורוצה לאוקמי' אפי' בחטאת ואשם כמו שכתבו בתוס' שם עכ"ז עכ"פ מהני בצירוף עם שינוי השם החוזר לברייתו דאע"ג דבכל אחד לחוד לא מהני מ"מ בהצטרפות יחד שפיר מהני וקושי' התוס' דהוי שינוי החוזר לא קאי רק אתרומה ומעשר ולא אהקדש:

ומעתה ניחא קו' הפ"י הנ"ל דע"כ הוצרכו התוס' להוכיח דשינוי רשות מהני עכ"פ היכי דהוי שינוי רשות גמור כגון בקדשים שאינו חייב באחריותן דאי שינוי רשות לא מהני כלל לא הי' מהני נמי טעמא דשינוי השם משום דבלא שינוי רשות הא הוי שינוי השם החוזר לברייתו אלא מוכח דשינוי רשות מהני להכי בקדשים שחייב באחריותן מצטרף בהדי שינוי השם החוזר לברייתו:

והנה ראיתי להתבונן על דברי התוס' דהא דכתבו דל"ח שינוי החוזר לברייתו משום דשאלה לא שכיח דע"כ כונתם קודם שהגיע תרומה ליד כהן דלאחר שהגיע ליד כהן תו אין בידו לשאול כמו דאיתא בפרק הנודר מן הירק דמשני הש"ס בתרומה ביד כהן עסקינן דלא מצי מתשיל עלה ולכאורה יש לומר דדעת התוס' כאן הוא כשיטת רבינו אליעזר ממיץ שהביא שם הרא"ש בפירושו דהא דאמרינן דלא מצי מתשיל היינו הכהן אבל הבעלים יכולין לישאל אך כיון שהגיע ליד כהן תו לא שכיח שישאלו הבעלים עלה ע"ש. ועי' בספרי מצפה אריה סי' כ' שכתבתי לדקדק בתוס' פסחים דף מ"ו ע"ב ד"ה הואיל שהקשו על הא דאמרינן דאתה רואה של אחרים ושל גבוה אמאי לא נימא הואיל אי בעי מתשיל עלה וכתבו בתירוץ הב' דמיירי דאתי הקדש ליד גזבר דתו לא אמרינן הואיל ולמה לא כתבו דביד גזבר לא מצי מתשיל אלא נראה מזה דס"ל דגם אחר שבא הקדש ליד גזבר שפיר מצי מתשיל ולא כדעת הרשב"א שהביא הש"ך בסי' רנ"ה אלא כיון שהגיע ליד גזבר לא שכיח שישאל עוד ומשו"ה לא אמרינן הואיל כיון דלא שכיח וכמ"ש התוס' שם לקמן בסוגיא דהואיל בד"ה רבה אמר דחולה שיש בו סכנה לא שכיח ומשו"ה לא אמרינן הואיל ע"ש. אולם לפ"ז יקשה דאמאי תרומתן תרומה הא בשעה שתרמו עדיין לא בא ליד כהן ואז שכיח שישאל דעל כרחך לשיטת הר"א ממיץ קודם

שבא ליד כהן שאלה שכיח דאל"ה למה נחשב תרומה קודם שבא ליד כהן דבר שיל"מ ועכצ"ל דמה שכתבו התוס' דשאלה לא שכיח כונתם קודם שבא ליד כהן ומ"מ כתבו דשאלה לא שכיח ומוכח מזה דהתוס' שם לא סברי כשיטת הר"א ממיץ אלא לאחר שבא ליד כהן לא מהני שאלה ומשו"ה חשיב דבר שאין לו מתירין וקודם שבא ליד כהן אע"ג דל"ש שאלה מ"מ חשיב דבר שיל"מ והנה הרשב"א ז"ל והשטמ"ק הקשו על התוס' דעל כרחך אפילו אי ל"ש חשיב שינוי החוזר כו' שהרי בפרק הגוזל חשיב צמר וצבעו לשינוי החוזר לברייתו וזה נמי לא שכיח ולפי האמור יש ליישב דשאני הכא כיון שקודם שבא ליד כהן לא שכיח שישאל ועל כרחך תבוא התרומה ליד כהן ואחר שיבוא ליד כהן שוב לא מהני שאלה כלל משו"ה לא חשיב שינוי החוזר לברייתו משא"כ גבי צמר וצבעו שלעולם יהי' שינוי החוזר לברייתו ולא יבוא לעולם להיות שינוי שאינו חוזר לברייתו לא סגי בהך סברא דלא שכיח לחודא:

ולהצדיק קושי' הרשב"א ז"ל י"ל דאיהו לשיטתי' שפיר הקשה דהנה בנדרים דף פ"ה ע"א גבי קונם כהנים ולוים נהנין לי יטלו על כרחו כתב הר"נ ז"ל בשם הרשב"א דמההיא שמעינן דהאוסר הנאת פירותיו על עצמו נעשו הפקר ויכולים אחרים ליטלן בעל כרחו ומיהו אי איתשיל על נדרו חייבים לשלם לו והר"נ ז"ל חולק עליו דאם אוסר פירותיו על עצמו וזכו בהם כבר אחרים שוב לא מהני לי' שאלה שיצטרכו לשלם לו וראיתי בספר בית הלוי חלק א' סי' כ"ו שתמה על הרשב"א מהא דק"ל דתרומה לאחר שבא ליד כהן לא מהני שאלה ועל כרחך הטעם בזה כיון שאם ישאל יהי' הכהן מחויב להחזיר נמצא שע"י שאלה נפקע הזכות של הכהן לכן לא מהני וזהו ממש סברא של הר"נ דכיון שכבר זכו בהן אחרים שוב לא מהני שאלה להפקיע זכותן ותירץ דשאני גבי תרומה שנתנו הבעלים בעצמם ליד הכהן לכן אלים טפי זכיה של הכהן אבל באוסר פירותיו על עצמו שהבעלים לא נתנו להזוכים מדעתם אלא המה לקחו מדעת עצמם להכי יכולים הבעלים לישאל על נדרו ע"ש ודבריו דברי טעם הם ומעתה י"ל נמי הכא כיון דהכא לא תרמו הבעלים ולא נתנו ליד הכהן אלא הגנב או הגזלן תרמו ונתנו ליד הכהן להכי אע"פ שתרומתן תרומה מ"מ לא אלים נתינתן ליד הכהן שלא יהיו שוב בידם לישאל עלי' וביותר יש להסביר הדבר דאע"פ שתרומתן תרומה מ"מ הטו"ה שייך להבעלים דמסתברא דאינם יכולים להפקיע זכות הבעלים שיש להם בזה ליתן לכל כהן שירצו הבעלים וא"כ כשנטל הכהן שלא מדעת הבעלים לא אלים זכותו של הכהן והוה כאלו נטלו מעצמו:

דמהני שאלה ולפ"ז שפיר הקשה הרשב"א ז"ל על התוס' לשיטתי' כיון דהכא גם אחר שבא ליד כהן נמי יש שאלה א"כ לעולם מקרי שינוי החוזר לברייתו אע"פ דלא שכיח כמו גזל צמר וצבעו אבל התוס' י"ל דסביר' להו כדעת הר"נ דאחר שבא ליד כהן שזכה בו לא מהני שאלה אע"פ שנטלו שלא מדעת הבעלים להכי כתבו כיון דלא שכיח עכשיו לישאול עלי' וסוף שיבוא ליד כהן ל"ח שינוי החוזר לברייתו וכנ"ל ודו"ק:

והנה בב"ק דף ס"ו ע"ב דפריך אביי לרב יוסף דס"ל יאוש לא קנה מהך דעורות של בעה"ב מחשבה מטמאתן כו' של גנב מחשבה מטמאתן של גזלן אין מחשבה מטמאתן מפני שלא נתיאשו הבעלים וש"מ יאוש קני א"ל הכא במאי עסקינן כגון שקיצען מתקיף לה רבה בר רב יוחנן והלא עוצבא שנו כאן ועוצבא אינה צריכה קיצוע דתנן כל מקום שאין חסרון מלאכה מחשבה מטומאתו יש חסרון מלאכה אין מחשבה מטמאתו חוץ מן העוצבא וקשה לי הא בקדושין דף נ"ט ע"א איתא איתיביה ר"ל לר' יוחנן כל הכלים יורדין לידי טומאתן במחשבה ואין עולין מידי טומאתן אלא בשינוי מעשה כו' בשלמא מידי מעשה לא נפקא דלא אתי דיבור ומבטל מעשה אלא מידי מחשבה מיהא נפיק ומשני שאני מחשבה דטומא' דכי מעשה דמי דכתיב כי יתן וקרינן כי יותן ע"ש ולפ"ז יש להעיר בהך דעורות של גנב וגזלן אמאי לא נימא דקניא במחשבה עצמה דחשיב כשינוי מעשה דע"י מחשבתו נעשה כלי לקבל טומאה אך בזה לא קשיא כלל כיון דע"ז אנו דנין דכל זמן דלא קני לא חשיב מחשבתו שום מעשה דאין בידו לחשוב למהוי כלי דלאו בעלים הוא. אלא שיש להקשות לפמ"ש התוס' שם בב"ק להלן דף ס"ז ע"א ד"ה הא וז"ל דמה שצריך יאוש בעורות לאו משום קנין דקנין הוה משום שינוי השם לחודיה והיאוש לא צריך אלא כדי שיועיל מחשבתו לחודי' לשווי' אברזן דאי לאו היאוש אין כאן שינוי השם וכן בהקדש בעי נמי יאוש דבלא יאוש אין שם הקדש חל עליו ע"ש מעתה קשה לפ"ז מאי פריך הש"ס מהך דעורות דמוכח דיאוש קני דלמא יאוש לחודא לא קני רק מ"מ מהני היאוש לענין קבלת טומאה דכמו אלו הי' עביד בה הגנב או הגזלן מעשה למחשב כלי ודאי הי' מהני והי' מקבל טומאה דאפילו להס"ד דלא ידע דשינוי השם קונה מ"מ פשיטא דידע דשינוי מעשה קונה כמו שהביאו התוס' שם בד"ה שינוי השם מה דאיתא לקמן דף ס"ח שינוי מעשה מי איכא למ"ד דלא קני א"כ למה לא נימא דכיון דהתור' גזרה דגם מחשבה דטומא' כי מעשה דמי וע"י היאוש מהני מחשבתו כסברת התוס' דע"י היאוש מהני מחשבתו למיחשב שינוי השם באברזן וכן גבי הקדש וזהו דבר שראוי לעורר עליו:

והנה התו' ד"ה כל כתבו וז"ל וא"ת בלאו ההוא דעוצבא אמאי לא פריך לי' מהא דמחשבה מועלת אלמא יאוש קונה וי"ל דילמא הך דהכא איירי בבעה"ב ע"ש ולפעד"נ די"ל עפ"י עה שכתבו שם התוס' ד"ה ועוצבא ומיהו היכא דחשב עליה לקוצעה אמרינן בזבחים דף צ"ד ע"א דטהורה עד שיקציענה מ"מ דייק שפיר כו' והנה רש"י ז"ל בזבחים כתב וז"ל אבל היכא דחשב עליה לקוצעה אינה מקבלת טומאה עד שיקציענה כדאמרינן לקמן או יבטל מחשבתו כו' ע"ש מבואר דבעה"ב יכול לבטל מחשבתו שחישב לקוצעה ולפי האמור מיושב סוגית הש"ס ומקודם יש לישב קושי' התוס' דבלי הך דעוצבא שנו כאן לא הוה מוכח מדמהני מחשבה של גנב לת"ק או של גזלן לר"ש דיאוש קונה דהוה מצינן למימר דלעולם יאוש אינו קונה אלא דעכ"פ מסייע היאוש למחשבתו של גנב או של גזלן לגבי קבלת טומאה מטעם דמחשבת טומאה כמעשה דמי וכקושיתי הנ"ל אבל כיון דעוצבא שנו כאן ועוצבא אינה צריכה קיצוע ומהני מחשבת גנב או גזלן לקבל טומאה בלי קיצוע. וכיון דמתניתין סתמא קתני משמע דבכל גווני מהני המחשבה אפילו בגווני שהבעה"ב חישב עליה לקוצעה מהני מחשבת הגנב או הגזלן לבטל מחשבת הבעלים ומעתה בשלמא אי נימא דיאוש קונה שפיר ניחא מה דמהני מחשבת הגנב או הגזלן שיהי' עוצבא בלי קיצוע ולבטל מה שחישבו הבעלים לקוצעה דאחרי שנעשה שלהם נכנסו המה תחת הבעלים וכמו שאלו הי' ביד הבעלים יכולים המה לבטל מחשבתם כן עכשיו שנעשה הגנב או הגזלן בעלים יכולים המה לבטל אבל אם יאוש אינו קונה מסתברא דבעוצבא שחישב הבעה"ב לקוצעה אין ביד גנב או ביד גזלן לבטל מחשבת בעה"ב ע"י טעם זה דיאוש של הבעלים מועיל לגנב או לגזלן דהסברא נותנת דכולי האי אינו מועיל היאוש שלהם לבטל מה שחישבו בעצמם מקודם לקצוע ובלי סיוע מצד הבעה"ב הא לא מהני כלל מחשבה של גנב ושל גזלן כמ"ש בתוס' אלא מוכח דיאוש קונה ודו"ק: ובגוף הקושיא שהקשיתי למה לא יחשב הקדש שינוי החוזר לברייתו משום דאפשר לפדותן נ"ל די"ל עפ"י מה שמצינו בב"ק דף ה' ע"א דעדים זוממים אע"ג דלית בהו מעשה רחמנא קראה מעשה דכתיב כאשר זמם לעשות לאחיו וכמו כן מצינו בסוכה דף כ"א דאע"ג דלאו אוהל הוא רחמנא קריא אוהל וכעין זה כתב המרדכי בפ"ק דחולין לענין קשר של תפילין בשבת דרחמנא קריא קשר א"כ כמו כן י"ל בהקדש דרחמנא קריא קודש דאע"ג דבידו לפדותו כל כמה דלא פדה מקרי קודש. ובאמת כעין זה איתא בתוס' פסחים דף מ"ו ע"ב ד"ה הואיל שכתבו והא של גבוה נמי חשיב כשלו הואיל אי בעי מיתשיל עליה ותי' ר"י דשאני הנהו דכתיב בהו לד' אע"ג דאי בעי מיתשיל עלה חשבם הכתוב של גבוה ע"ש ואע"ג שהוצרכו התוס' לומר דמשו"ה לא חשיב שינוי

החוזר לברייתו ע"י שאלה משום דלא שכיח ולא כתבו האי טעמא דכתיב לד' יש לומר דסבירי להו כתירוץ השני של הר"י שהביאו התוס' שם. עוד יש לומר דשאני שאלה דעוקר הדבר למפרע מקרי יותר שינוי החוזר לברייתו אבל פדיון אינו חוזר רק מכאן ולהבא וכ"ז דוחק ויותר יש לומר דפדיון לא מיקרי שינוי החוזר כיון דמחוסר ממון וכעין זה כתב המג"א בסי' תמ"א ס"ק ג' והנה לפי תירוץ הראשון של הר"י ז"ל פשיטא דיש לומר דכיון דכתיב לד' לא מיחשב שינוי החוזר:

ובלמדי סוגיא דסוכה דף ל' ע"ב אמרתי בישוב קושית התוס' ד"ה ולקנינהו בשינוי השם שכ' תימא הא אמרינן שינוי מעשה החוזר לברייתו לא שמי שינוי וה"ה בשינוי השם לא שמיה שינוי ע"ש ועוד עמדתי בהא דאמרינן התם ואת"ל לולב צריך אגד הא אנן לא קי"ל כר' יהודה דאמר לולב צריך אגד אלא כרבנן דאין צריך אגד והאיך אמרינן הכא את"ל דלולב צריך אגד ובפרט דידוע דרך הרמב"ם שבמקום שאמרו בש"ס הלשון את"ל פסק הכי לדינא ואמרתי כ"ז בישוב הדבר דהטעם דר' יהודה מפרש הגמרא להלן דף ל"ג ע"א דגמר ג"ש לקיחה לקיחה מאגודת אזוב מה התם אגודה אף כאן אגודה ועיין בתוס' פסחים דף כ"ו ע"א ד"ה שאני דלפי דבריהם כל ג"ש הוה כאילו כתיב הכא אגודה בהדי' ולפ"ז לר' יהודה שפיר חשיב שינוי אע"פ שחוזר כיון דרחמנא קריה אגודה וכסברת המרדכי הנ"ל ולפ"ז יש לפרש הא דאמרינן את"ל לולב צריך אגד הכי פירושו דלעולם בעלמא אין צריך אגד כרבנן רק הכא כדי שיקנה טוב שיאגד ויקנה ע"י שינוי מעשה הוה שינוי החוזר לברייתו כיון דמדינא א"צ אגד כרבנן ושוב פריך וליקנינהו בשינוי השם דמעיקרא אסא והשתא הושענא ושם הושענא נתנו לו חז"ל משום שמקיפין בו את המזבח ואומרים הושענא להכי לא מגרע מחמת שהוא חוזר לברייתו כיון דעתה יש לו שם לויי מחמת מצוה עדיף טפי דמה לי דרחמנא קרי' ומה לי דחז"ל קרי' ודחי דמעיקרא נמי לאסא הושענא קרי לי' על שם שקונים אותו למצוה קורין אותו על שם העתיד כן נראה לפע"ד:

ולפי הנ"ל עולה שפיר במה דפליגי הס"ד והתרצן דלכאורה קשה להבין וכי פליגי בדבר מציאות והוה האיך נקרא ואיזו שם אשר תקראו לו אולם גם בש"ס ב"ק דף ס"ז איתא ג"כ כעין זה דפריך הש"ס והרי מריש דמעיקרא כשורא והשתא טללא ותנן על המריש הגזול שבנאו בבירה שנוטל דמי' מפני תקנת השבים טעמא משום תקנת השבים הא לאו הכי הדר בעיני' אמר רב יוסף מריש שמו עליו ע"ש ואינו מבואר החילוק שבין הס"ד והתרצן דהמקשן קאמר דמעיקרא כשורא והשתא טללא אבל שם מריש לא הזכיר כלל והתרצן משני לי' דמריש שמו עליו ונ"ל ברור דלשון חכמים לחוד ולשון בני אדם לחוד

דבלשון חכמים שנקרא מריש קודם שבנאו בבנין ולא נשתנה אלא גם אח"כ שמו עליו אבל בלשון בני אדם לא נקרא מריש כלל אלא מעיקרא נקרא כשורא ואחר שבנאו בבנין נקרא טללא וסבר הס"ד דסגי מה שנשתנה בלשון בני אדם לחוד וזה סגי ליקנה בתורת שינוי השם והתרצן משני דכיון דבלשון חכמים ליכא שינוי השם אלא שמו עליו לא חשיב שינוי השם לקנותו בכך אע"ג דבלשון בני אדם איכא שינוי השם. ועל דרך זה יש לפרש ג"כ הש"ס דסוכה דבלשון חכמים נקרא מעיקרא אסא ואח"כ הושענא וסבר הס"ד דבזה לחודא סגי אע"פ דרגילות בני אדם לקרוא גם מעיקרא הושענא והתרצן משני דכיון דבלשון בני אדם ליכא שינוי השם דרגילות לקרוא גם מקודם הושענא לא חשיב שינוי השם לקנותו בכך:

סימן ה

אל כבוד ידידי הרב הגדול מופלא ומופלג מו"ה אליעזר מישעל נ"י וכעת הרב הגאבד"ק טורקא:

מה שהקשה כ"ת על הט"ז חו"מ סי' קצ"ד שכתב לחלוק על הסמ"ע דאפילו אם הותנה בפירוש לקנות בכסף לחודיה וגלה דעתו שסומך על הכסף ג"כ לא מהני ממה שכתב הרא"ש דאם פקח הוא זה שנותן המעות יחזיק בה בתורת הפקר ולדעת הסמ"ע למה צריך לכך יגלה הישראל דעתו שהוא סומך על הכסף אלא מוכח דגם גלוי דעתו בזה ל"מ וע"ז הקשה כ"ת דמאי ראיה הוא זו דהרא"ש מיירי בשכבר נתן הכסף ולהכי פשיטא דלא מהני כיון דלא גילה דעתו בשעת מעשה אבל אם התנה בשעת נתינת המעות אפשר לומר כדעת הסמ"ע דמהני. לכאורה דברי כ"ת צודקים בזה. אכן כד דייקת בה זה אינו דהנה השטמ"ק הביא דעת הי"א דאם נתן הנכרי אח"כ לישראל את השטר קנה הישראל והוא ז"ל הקשה ע"ז דמאי מהני נתינת השטר אחרי שכבר איסתליק ליה נכרי מהשדה ע"ש ואנכי בחידושי ביארתי דעת הי"א דסבירא להו דסילוקא של הנכרי אינו חשיב כמו הפקר גמור דקי"ל כרבנן דפליגי אדר' יוסי דאמר בנדרים דף מ"ג ע"א הפקר כמתנה עד דאתי לרשות זוכה אלא תיכף משעת הפקר יוצא מרשות בעלים אבל בסילוק של הנכרי אינו כן אלא דרשות לכל אדם לזכות בהן ומ"מ כל כמה דלא זכה בהו שום אדם ברשות נכרי קיימא דוגמא לזה כתב הגאון מליסא בספר נה"מ סי' רס"ב דאף דקי"ל יאוש וש"ר קנה מ"מ כל כמה דלא הוי ש"ר ברשות בעלים קיימי וע"ש שדבריו נכונים למעיין וא"כ הכא נמי י"ל הכי דסילוקו של הנכרי אינו אלא שאינו מקפיד הנכרי שוב על הקרקע ואם בא אחר והחזיק קנה אבל מ"מ אם קדם המוכר ונתן שטר להישראל שפיר מהני ומעתה לפי דעת הי"א שבכח העכו"ם המוכר ליתן שטר אף לאחר שנסתלק עולים דברי

הט"ז יפה דאם מינא דתנאי מהני א"כ צריך להיות דמהני גם אם מגלה דעתו שסומך על הכסף שביד הנכרי דהא אמרינן בש"ס קידושין דף נ"ט גבי המקדש לאחר ל' יום דאם לא בא אחר וקידשה רב ושמואל דאמרי תרווייהו מקודשת אע"פ שנתאכלו המעות מ"ט הני זוזי לא למלוה דמי ולא לפקדון דמי ע"ש א"כ אם לא קנה הישראל תיכף עם נתינת הכסף להעכו"ם משום דלא סמך דעתיה לקנות בשעת מעשה מ"מ חשוב כסף של קנין ואימתי שירצה יוכל לזכות בהשדה בקנין של כסף ולא הי' צריך להחזיק בתורת הפקר אלא מדכתב הרא"ש שיחזיק בה בתורת הפקר מוכח דלא מהני תנאי וזה ברור לדעתי אולם לפ"ז יש לדחות ראיית הט"ז דאולי הרא"ש ס"ל כדעת החולקים על הי"א דכיון דהנכרי כבר איסתלק אין בידו כלל להקנות להישראל ולפ"ז נראה. לומר דלא מהני גילוי דעתו אח"כ ודו"ק:

אמנם לכאורה י"ל דגם לפי דעת הסוברין דשטר אח"כ לא מהני מ"מ גילוי דעתו מהני ומטעם דאמרינן כיון דהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה. וכדאמרינן בפרק אלו מציאות דף כ"ב גבי כלך אצל יפות דאם נמצאו יפות מהם תרומתו תרומה ואפילו לאביי אמרינן התם היכי דשוויה שליח דאמרינן מדהשתא ניחא ליה ביפות מסתמא גם מעיקרא היה דעתו לתרום מן היפות אע"פ שדרך רוב בני אדם לתרום מהבנינות ואם לא דגלי דעתיה הוי אמרינן מסתמא היה דעתו כדעת שאר בני אדם מ"מ השתא דגלי דעתיה שאין דעתו מסכמת לדעת רוב בני אדם אלא הוא מהמיעוט בני אדם שתורמין מן היפות אמרינן דמסתמא מעיקרא היה דעתו לכך דהוכיח סופו על תחילתו וכן כתב השטמ"ק תרגמא אביי בדשוויה שליח ח"ל פירוש כיון דשוויה שליח ודאי כו"ע מודי שדנים מסופו על תחילתו דכיון דבסופו ניחא ליה הוי כאילו ניחא ליה בפירוש מעיקרא וכאילו הוי יאוש מדעת עכ"ל ע"ש וא"כ הכא נמי דכוותיה:

ודע דמה שכתבו התוס' בב"מ שם ד"ה ואם וז"ל וא"ת ונימא דהשתא ודאי ניחא ליה אבל מתחילה בשעה שתרם אי הוי ידע לא הוי ניחא ליה שאין דרך לתרום מן היפות כדאמרינן לעיל בדבר שיש בו סימן כו' וי"ל דכיון דחזינן ליה דניחא ביה השתא אמרינן ניחא ליה נמי מעיקרא משום מצוה עכ"ל לדעתי נראה דאין כונתם בדשוויה שליח דבזה גם בלא טעמא דמצוה אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ולא דמי כלל לדבר שיש בו סימן דהתם לא הוי ידע כלל אבל הכא דהוי ידע שעשה שליח לתרום אלא אנן לא ידעינן לפרש כונתו אם על היפות או על הבינונות ותלינן דמסתמא דעתו כדרך רוב בני אדם לכן כיון דמפרש אח"כ שדעתו לתרום מן היפות הוכיח סופו על תחילתו ורק קושית התוס' לפי מה דפריך התם הס"ד לאביי וסבר הס"ד דלא שוויה שליח ע"ז שפיר הקשו התוס'

הא דמי לדבר שיש בו סימן וא"כ כו"ע מודי בזה דלא מהני וע"ז תירצו דמשום מצוה יש לדמות דבר זה לדבר שאין בו סימן דתליא בפלוגתא דאביי ורבא תדע דע"כ צריך לפרש הכי כונת התוס' דאם נפרש דמשום מצוה עדיף מאבידה א"כ למה צריך לאוקמי בדשוויה שליח אמאי לא משני דשאני גבי תרומה דמשום מצוה אמרינן הכי אלא ע"כ כדפרישנא. ומעתה לפי דברינו מיושב דברי הט"ז דאם נימא דתנאי מהני א"כ גם במגלה דעתו אח"כ יהא מהני דנימא דהוכיח סופו על תחלתו דגם מעיקרא היה סמיכת דעתו על הכסף לבדו וביחוד לפי מה שהקשו התוס' בב"ב שם ד"ה וישראל וז"ל והקשה הרשב"א אמאי לא קנה בכסף גרידא וכו' וליכא למימר שאינו גומר בדעתו לקנות עד שיהי' בשטר דמאחר דהעכו"ם מסתלק למה לא יגמור בדעתו לקנות ויניחנו להיות הפקר והול"ל דהוי כאלו פירש אי בעינא בכספא איקני וצ"ל דאנן סהדי שלא היה בדעתו לקנות אלא כמו שהוא רגיל לקנות עם ישראל בשטר ע"ש ולפ"ז פשיטא:

דאם הוא יגלה דעתו דניחא ליה בכסף לחודא דיש לומר הוכיח סופו על תחלתו דמעיקרא נמי היה דעתו לגמור הקנין בכסף לבד והוי כאלו פירש וכי תימא דהאיך מהמנינן ליה על גילוי דעתו עכשיו דלמא הוא משקר וכל כונתו הוא רק לקיים המקח ונראה דתליא באמת אם יש בידו אופן אחר כעין שכתב הרא"ש להחזיק בשדה בתורת הפקר אז שפיר מהימן מטעם מיגו דאי בעי זכה בהשדה בתורת הפקר אבל אם לא היה אופן אחר בידו להחזיק בהשדה אזי אין לו להאמין כלל ודו"ק:

ואת אשר אנכי אחזה בזה דהנה לכאורה יש להקשות לפי מאי דפסקינן בשו"ע סי' קצ"ד דהלוקח השני מחויב ליתן את הדמים וכתב הסמ"ע הטעם בזה דאף דהלוקח הראשון לא גמר דעתו לקנות בכסף לחוד מ"מ היה עכ"פ דעתו ליקח את השדה בתורת משכון על המעות והוי השדה אצלו במשכנתא ועיין בטור שכתב כן בשם רבינו האי גאון ז"ל ומעתה לפי מאי דאמרינן בב"מ דף ק"ח ע"ב מאי משכנתא דשכונה גביה מאי נ"מ לדינא דבר מצרא והרבה מהקדמונים ז"ל סבירי להו דמשכנתא מסלק ליה לשאר מצרנים וא"כ קשה אמאי אמרינן הכא כל המחזיק בו זכה אמאי לא מסלקינן ליה להשני שהחזיק מחמת שהראשון הוא בר מצרא וגבי הפקר נמי איכא דינא דב"מ כמבואר בשו"ע חו"מ סי' קע"ה סעי' נ"ו דאם המחזיק יכול למצוא במקום אחר המצרן מסלק ליה וא"כ הכא שמחויב ליתן את הדמים הא יכול לקנות במקום אחר והוי כלוקח ואין לדחות דהא קי"ל דבא מעכו"ם ליכא דינא דב"מ משום דאמר ליה ארי אברחי ממך כדאיתא בב"מ דף ק"ח ע"ב דז"א דבמשכנתא אין חילוק כלל ואפילו במשכנתא של נכרי שייך דינא דב"מ כמו שמוכח מתוס' ב"מ דף ע"ג ע"ב גבי רב מרי בר רחל שמשכן ליה ההוא

עכו"ם ביתא אזל רבא זבניה שהקשו למה לא סילק רב מרי לרבא מטעם דינא דב"מ ע"ש ומוכח מזה דבמשכנתא כיון דלא שייך לומר ארי אברחי ממך אין חילוק בין ישראל לעכו"ם ועיין בשטמ"ק שם שהביא פלוגתא בזה ועיין בנה"מ שם אך באמת שפיר ניחא דכיון דאנן סהדי שהראשון שנתן את הדמים להנכרי לא רצה לקנותה בלא שטר והשני שהחזיק הא גמר דעתו לקנותה בלא שטר משו"ה אין כאן דינא דב"מ דעל אופן זה שקנה המחזיק השני לא רצה כלל הראשון לקנותה ומבואר בשו"ע חו"מ שם שהראשון צריך לקיים אופנים של השני ומעתה לפ"ז היכי שבאמת התנה הראשון לקנותה בלא שטר או שגילה עכ"פ דעתו שחפצו ורצונו לקנות בלי שטר אמרינן שדעתו הוא על הכסף לחודיה אפילו אם נימא דכל זה לקנותה מתורת מכירה מ"מ כיון דהשדה אצלו במשכנתא א"כ נעשה מצרן ויכול לסלק להשני שבא להחזיק מתורת מצרנות אך כ"ז להסוברים דהשני צריך להחזיר הדמים להראשון אבל לדעת הרא"ש שפטור גם מלשלם הדמים ליכא דין מצרנות בזה:

והנה להנה"מ שהביא דעת קצת הסוברים דהא דהשני ונחזיר הדמים אינו מטעם דהוי משכנתא להראשון אלא משום דקא משתרשי ליה ע"ש ואם כה נימא נסתר כל זה דמסתברא דאין להראשון תורת מצרנות. והנה יש לחקור מ"מ לדעתם הא דקי"ל זבין מעכו"ם לית ביה משום דינא דב"מ אי הוי דוקא היכי דקנה בשטר ובכסף משום דבכה"ג מצי אמר ארי אברחי ממך אבל היכי דקונה מתחילה בכסף לחודא ואחר כן החזיק בה אז בתורת הפקר מי אמרינן דבכה"ג נמי ליכא דינא דב"מ או דילמא נהי דמעיקרא אברח הארי מ"מ בשעה שהחזיק כבר היתה הפקר ולכן ביד המצרנים לסלקו וליתן לו את הדמים ואפילו לפי מה שנראה מהסמ"ע בסי' קנ"ה דבשדה הפקר בגונא דלא מצי המחזיק למצוא במקום אחר אפילו אם רוצה המצרן שיתן לו שוויה של השדה אינו יכול לסלק להמחזיק היינו רק משום דבשעה שהחזיק שפיר החזיק דאם לא היה מחזיק לא היה נותן לו המצרן השיווי של השדה אבל הכא כיון דאפילו אם לא היה מחזיק ג"כ היה המצרן מחויב להחזיר לו הדמים אפשר לומר דאיכא טענת מצרנות אבל מסתימת הלשון זבין מעכו"ם ליכא משום דינא דב"מ משמע דאין חילוק באיזה אופן היה הקנין:

והנה לכאורה היה אפשר להביא קצת ראיה מב"ב דף נ"ד ע"ב מהא דרב הונא דזבין ארעא מנכרי ואתא ישראל ורפק בה פורתא ואוקמיה ר"נ בידיה ואמר ר"ה לרב נחמן מאי דעתך כשמואל וכו' ליעבד לי מר כאידך דשמואל דאמר לא קנה אלא מקום מכושו והנה לכאורה אפילו אם לא קנה רק המקום שרפק מ"מ נעשה מצרן על השאר ובידו לסלק לר"ה וליתן לו את המעות אבל באמת זה אינו דכיון דעכ"פ זה הישראל חשוב רשע במה

שהחזיק א"כ ל"ש ביה דינא דב"מ וכן כתבתי במקום אחר דהיכי דהמצרן נעשה מצרן באיסור והיה רשע מחמת קנין שדה שלו אין לו טענת מצרנות וכן מסתברא ופשוט:

סימן ו

כבוד ידידי הרב המאוה"ג החוב"ק המפורסם כש"ת מו"ה אלטר שפירא נ"י האבד"ק וויקנא יע"א במדינת בוקאווינא:

בדבר שאלתו באחד שהניח עזבון כמה אלפים ר"כ והניח בת יחידה קטנה והניח חנות על עולמית לעניים ואשתו האלמנה חלקה ביום היאצ"ט מההכנסה איזה סך לעניים לא כל הכנסת החנות ועתה בתו היחידה דחיקא לה שעתא טובא ויש לה בת שהגיע פרקה לנשואין ועל כן בא בעל האשה הנ"ל לפני כ"ת בשאלתו אם מותר לאשתו למכור החנות לצורך נשואי בתו או עכ"פ ללוות מעות על החנות ומההכנסה ישלם את החוב וכתב כי לא נשאר מאביה שום צוואה רק שמעו מכמה אנשים שהחנות השאיר אביו על עולמית לצדקה: והנה כ"ת כתב במכתבו כלשון הזה וגם הניח חנות א' על עולמית היינו שבכל שנה יש להשכיר החנות וליתן זה המעות לעניים ביום היאצ"ט והנה כולל שני דברים ביחד שעפ"י ד"ת יש חילוק גדול בין אם החנות עצמה שייך לעניים דאם נתן החנות עצמה לעניים קיי"ל דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי אבל היכי שאמר שיתנו השכר לעניים איכא פלוגתא בין הרמב"ם להרא"ש ז"ל והובא בחו"מ סי' רי"ב סעיף ז' שכתב המחבר אם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים או כל שכר בית לעניים זכו בהם עניים וכתב בהגה"ה וי"א דלא קנו ההקדש ולא הצדקה כלום דאין אדם מקדיש דשלב"ל ועיין בש"ך סעי"ק ח' שכתב דדעת הרש"ל כדעת הי"א והנה ראיתי להקצה"ח שכתב להביא ראי' לשיטת הרמב"ם ז"ל מב"מ דף ט' ע"ב מי שליקט את הפיאה ואמר ה"ז לפלוני עני ר' אליעזר אומר זכה לו וחכמים אומרים יתננה לעני הנמצא ראשון ואמאי לא קני לעצמו לפי אוקימתא דמעני לעני מחלוקת אלא צ"ל דכיון דאמר ה"ז לפלוני עני ונתן לצדקה ה"ז נדר וחייב ליתן לעני אחר עכ"פ וכדעת הפוסקים דכ"ז שלא בא ליד גבאי מותר לשנותה מעני זה לעני אחר:

ושוב כתב בספר הנ"ל ולדעת הרא"ש ז"ל דס"ל דאין צריך לקיים דבריו משום נדר היכא דאמר יהי' הקדש נראה ליישב קושיא הנ"ל לפמ"ש הרא"ש ז"ל במס' נדרים דף ל"ד בשם ה"ר אליעזר ממיץ דהיכי שהיה לפניו ככר של הפקר ולא היה אחר סמוך לה אלא הוא דיכול להקדישו כיון שבידו לזכות בה ולא הוי דשלב"ל א"כ הכא:

נמי אם ירצה לזכות בה הוא עצמו הרי חייל נדרו מה שנדר ע"ש ולפענ"ד במחכ"ת לא דק דהר"ר אליעזר ממיץ לא אמר הכי רק לדידן דקי"ל דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו

דאמרינן מיגו דזכה לנפשיה זכה נמי לחבריה ומשו"ה מהני נמי מה דאמר ככר זה הקדש וכן כתב הר"ן ז"ל שם וז"ל דכיון דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ה"ה במקדיש ע"ש ורק ה"ר אליעזר ממיץ הוסיף דאע"ג דבהקדש בעינן שיהא בא מכח המקדיש דהקדש אינו זוכה מן ההפקר כמ"ש הרמב"ן ז"ל בחידושיו בב"ב דף ע"ט דאין חצר קונה להקדש דבעינן איש כי יקדיש את ביתו ולא שיהא ההקדש זוכה בעצמו וכן הביא המג"א בסי' קנ"ד בשם האגודה משו"ה כתב הרא"מ דכיון דבידו לזכות חשיב כשלו והוא המקדיש אבל האיך מתרץ הקצה"ח קושייתו שהקשה לפי האוקימתא דמעני לעני מחלוקת ולפ"ז המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו דלא אמרינן מיגו דזכה לנפשיה זכה נמי לחבירו דלדידיה בודאי אם אמר על ככר של הפקר שיהא הקדש מאלו הגביה לחבירו דלא קני חבירו וה"ה דלא זכה ביה הקדש וזה ברור:

ובגוף הראיה שכתב לדעת הרמב"ם ז"ל ג"כ יש לשדות ביה נרגא די"ל דהתנא אורחא דמלתא נקט דמסתמא זה אינו רוצה לזכות לעצמו דלא הגביה מתחילה לעצמו גם י"ל דאשמועינן בזה דאי המגביה מציאה לחבירו לא קני חבירו המגביה נמי לא קני ולפי מ"ש התוס' שם ד"ה ר"נ פליגי בזה ר"נ ורב ששת בביצה דף ל"ט גבי מילא מים ונתן לחבירו לפי גירסת רש"י ז"ל בביצה שם:

אמנם לפע"ד יש להביא קצת ראי' מריש פרק האומר קדושין דף נ"ט ע"א רב גידל הי' מהפך בההוא ארעא אזל ר' אבא זבנא כו' ואיתא התם דאמר ר' אבא אי בעי רב גידל במתנה נשקלה כו' לא מר נחית לה ולא מר נחית לה ומתקריא ארעא דרבנן וכ' רש"י ז"ל הפקר לעניים ובספר המקנה עמד בזה למה נעשה הפקר לעניים ולפמ"ש הקצה"ח שפיר י"ל דרב גידל הי' עני ובאמירתו של ר' אבא נעשה כנדר לעני ואחרי כי רב גידל לא רצה לקבל נתן ר' אבא להתלמידים כן נ"ל שי"ל לפי דעת הקצה"ח אכן לדינא לדעתי לא מסתבר כלל לומר שהיכי שרוצה ליתן לעני אחד ועני זה אינו רוצה לזכות בה או שאינו יכול לזכות בה יהיה עליו תורת נדר שיהא מחויב ליתן לאחרים וזה לא דמי כלל להך דאיתא במס' ערוכין דף ו' דעד שלא בא ליד גבאי מותר לשנותו דהתם העני רוצה לקבל אלא שהנותן חוזר משו"ה שפיר חייב ליתן עכ"פ לעני אחר אבל היכי שאין המניעה מצידו למה יהא חייב ליתן לעני אחר ור' אבא לפנים משורת הדין עבד עיין ב"מ כ"ד: והנה בעובדא דידן אם לא הקדיש החנות עצמה לצדקה רק השכירות לבד לא מיבעיא לדעת הרא"ש דאין היורשת מחויבת לקיים דבריו אלא אפילו לדעת הרמב"ם ז"ל יש להסתפק בזה דהנה הסמ"ע הביא שם בשם הב"י דמיירי שאמר כן בפני היורשים ומשו"ה מצוה לקיים דברי המת. ולפי"ז בכאן שהיתה היורשת קטנה וגם הצואה הי'

שלא בפני' ל"ש מצוה לקיים דברי המת אמנם הביא שם מה שכתב הוא בעצמו בספרו פרישה הטעם דהוה ליה כאלו הקנה הבית לעניים עד שקבלו השכירות וכן האילן לפירות עי"ש ולפי"ז אין חילוק באם היתה היורשת קטנה או גדולה ואפילו שלא בפניו וזה פשוט. ומעתה לפי"ז אין כאן בנידון דידן אלא ספק צדקה ולא ודאי צדקה ומבואר ביו"ד סי' רנ"ט סעיף ה' דמי שיש בידו מעות והוא מסופק אם הם של צדקה חייב ליתן לצדקה וכתב בהגה"ה אבל מי שהקדיש דבר בלשון שמסופקים בו ומת שאין לידע כונתו נקראו היורשים מוחזקים וההקדש שבא להוציא מהם עליו הראיה וכ"ז שאינו מביא ראיה הנכסים בחזקת היורשים וע"ש בט"ז ובש"ך שהאריכו בזה ובעובדא דידן נראה שיש ספק בלשון המצוה ואיך היה כונתו אם למסור החנות לצדקה או רק השכירות:

עוד מבואר ביו"ד שם סי' רמ"ט סעיף ט"ו גבאי צדקה שיש בידם מעות צדקה ישיאו בהם בתולות עניות שאין צדקה גדולה מזו ע"כ נראה לפענ"ד ברור שרשאה האשה היורשת ללוות על החנות ולפרוע החוב מהכנסת החנות ובפרט שיש אומדן דעת שהמצוה היה מסכים לזה וגם נהגו גבאי צדקה לעשות כן לצורך דבר נחוץ. הנראה לפע"ד כתבתי ידידו:

סימן ז

עוד להנ"ל:

ע"ד שאלתו בא' שכ"מ שצוה למכור הבית דירה ומקצת מעות יהי' כותבין ס"ת לטובת נשמתו והמותר מעות ינתן לחתנו העני כי הבנים אינם צריכים להירושה ועתה מקצת בניו רוצים לקיים צוואת אביהם ומקצת מבניו רוצים לתת הבית דירה לחתנו הדל מחמת שיש להם עליו רחמנות שהוא עני והרבה טרח אצל אביהם בעת חוליו גם הבית דירה נכתב בהטאבעלאציע על שם א' מבניו המחזיק עם חתנו הנ"ל ואביו נתן לו הדירה בתורת משכון עבור שמגיע לו מעות ממנו ומשו"ה יצא כ"ת לדון אם מהני הצוואה במה שהקדיש הבית דירה על ס"ת כיון שהבית הוא ממושכן ביד בנו הנ"ל דאיכא בזה מחלוקת הפוסקים אם ביד הבעלים להקדיש מה ששוה יתר על החוב כמו שמבואר ביו"ד סי' רנ"ח ע"ש גם דן כ"ת אי אמרינן בכה"ג מצוה לקיים דברי המת אעפ"י שהצוואה הי' לבניו כיון דלא הושלש מתחלה לשם כך והביא מ"ש בחו"מ סי' רנ"ב סעיף ב' בהגהת הרמ"א ז"ל דמשמע דבנ"ד מהני אף אם לא הושלש לשם כך יעו"ש אך כ"ת צידד קצת כיון דקצת מבניו מוחים ואינם רוצים לקיים הצוואה והבן הנ"ל מיחה בפירוש בפני אביו בחיים חיותו יש לומר דלא מהני הצוואה:

הנה לפענ"ד בלא"ה אין בהצוואה כלום עפ"י ד"ת כיון שצוה על דבר שלא בא לעולם ומבואר בשו"ע חו"מ סי' ר"ט בהמחבר דצוואת שכ"מ לא מהני בדבר שלא בא לעולם וגם מבואר שם בהגה"ה דדמי היין מקרי דבר שלא בא לעולם אע"פ שהיין היא בעין כיון שהדמים אינן בעין חשוב דבר שלב"ל וה"ה בנ"ד שדמי הבית הוא דבר שלא בא לעולם לא מהני הצוואה ולא כלום היא ואם נימא הטעם כיון דאמרינן דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי ובדבר שלא ב"ל דכתיבה ומסירה לא משכחת לה כלל ה"ה דלא מהני אמירתו של השכ"מ לפענ"ד אי מהא לא איריא דכמו כן מצינו לשון זה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ומ"מ אין הדבר בהחלט לומר דכל היכא דלא מהני מסירה להדיוט לא יהא מהני אמירה לגבוה דהא התוס' בקידושין דף ע"ח ע"ב ד"ה לא צריכא רצו לומר דכשיהי' גוסס לא מהני נתינתו בשום קנין והקשו ע"ז מהא דאמרינן הגוסס הרי הוא כחי לכל דבריו נדרו נדר והקדישו הקדש וכתבו ומיהו יש לדחות דהיינו דוקא בנדר והקדש משום דאמירה לגבוה כמסירה להקדש אבל בעלמא לא ע"ש חזינן דאמירה דהקדש מהני אף במקום דלא מהני מסירה להדיוט ואולי י"ל דכל עיקר דתקינו חז"ל בשכ"מ דיהא מהני אמירתו בלבד היא משום כדי שלא תטרוף דעתו עליו עכ"פ משו"ה לא מסתברא שיהא עדיף מקנין. ולכאורה עלה על לבי לחקור אי שייך לומר מלקדה"מ בדבר שלב"ל לדעת הסוברין דגם אי לא הושלש מתחילה לכך אמרינן מלקדה"מ ויש מקום לחלק בין הטעם דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין:

דמי להטעם דמצוה לקדה"מ דמצד דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין נעשה קנין זה לא שייך בדבר שלב"ל אבל מצד מצוה לקדה"מ דלא חשוב כמו קנין כמו שמבואר בחו"מ סי' רכ"ב אלא שמצוה לקיים דבריו אפשר לומר דזה מהני גם בדבר שלב"ל אך מסתימת דברי הפוסקים לא משמע כן אלא דדבר שלב"ל חשוב כמו שמצוה על דבר שאינו שלו כלל דלא שייך בזה מצוה כלל וקצת ראיה יש לומר מסוגיא דקידושין הנ"ל דמשני הש"ס בנכסים שנפלו לאחר מכאן ואם נימא דמלקדה"מ שייך גם בדבר שלב"ל אכתי קשה יצוה לבניו שיתנו לזה פי שנים ודוחק לומר דמיירי שאין הבנים לפניו שיצוה אותם אך מ"מ מהנכון שיעשו היורשין דבר טיב בעד נשמת המת וכאשר יזדמן כתיבת ס"ת יתנו עכ"פ איזה סך על מקצת ס"ת וכדאמרינן בעלמא שה אפילו מקצת שה למען יהיה עבור נשמת אביהם וזה נכון כ"ז נראה לפענ"ד:

סימן ח

כבוד הרב החריף מופלג בתורה מו"ה חיים לאנדא נ"י:

בדבר השאלה בדברי ריבות שבין שני שותפים שקנו יער אצל יהודי לחטוב עצים ולהמוכר היה עוד חלק יער למכור והתנו הקונים עם המוכר שאינו רשאי למכור החלק השני בתוך משך זמן איזה שנים אשר הגבילו לחטיבת עצים שלהם וכך נכתב בקאנטוראקט אשר נעשה בערכאות ועתה הלך אחד מהשותפים וקנה מהמוכר החלק השני לעצמו והשותף השני צעק ע"ז שאינו רשאי לחטוב בזה החלק השני בתוך משך הזמן שנגבל וכ"ת רוצה לומר שאין להשותף האחד טענה על השני רק על המוכר שעשה שלא כהוגן אבל לא על הקונה וביקש להגיד לו חוו"ד העניה:

הנה ראשית כל דבר ראיתי כי יש לעיין בגוף הדבר אם יועיל דבר כזה עפ"י ד"ת וכאשר בינותי בספרים מצאתי לבעל דברי חיים שעמד על מדוכא כעין זו והוא בחלק א' חו"מ סי' ל"א בעסק ד"ת שהתנה המוכר את הבית עם הקונה שאינו רשאי לעשות שענק בבית זה שהוא מוכר וע"ז הראה הגאון ז"ל פנים להלכה דלא מהני כלל וזה התחלתו תשובה הנה באמת לא מצינו שיוכל לשייר איזה כח במקח אשר מכרו המוכר זולת איזה דבר שיש בו ממש ובא לעולם ובעל מנת שהמעשר שלי אמרינן דשייר קרקע אבל בגוונא דנ"ד שפסק המוכר עם הלוקח שלא יהא לו שענק בביתו לא ידעתי במה יחול דבר זה הלא לא שייר המוכר שום דבר לעצמו ואם נימא שיהא מטעם חיוב שחייב עצמו הקונה שלא יהא לו שענק בביתו לא מצינו חיוב על דבר שלא לעשות ואחר שהאריך בביאור הש"ס דב"ב דף ס"ג ע"א גבי ע"מ שהמעשר שלי הביא שלכאורה מצינו במגילה דף כ"ז ע"ב במשנה אין מוכרין בהכ"נ אלא על תנאי שאם ירצו יחזירוהו דברי ר"מ וחכמים אומרים מוכרין ממכר עולם חוץ מד' דברים וכו' אלמא דמהני מה שמוכר חוץ מד' דברים אמנם רש"י ז"ל כתב דזה רק משום כבוד מכירת בהכ"נ וכ"כ הרשב"א ורז"ה ור"מ שמפרשים שהתנאי דוקא י"ל דבאמת צריך להתנות בתורת תנאי שאם יעשה אחד מד' דברים שיהא המקח בטל למפרע זהו ת"ד וסיים שנ"ל שאין בתנאי זה ממש אך מצד המנהג שנהגו כל אנשי מדינתינו כן הוי כמו יכולים החמרין להתנות נגד הדין ע"ש:

והנה לכאורה עלה על לבי לעורר סיוע לדבריו מב"ק דף ע"ח ע"ב בעי ר' ירמיה מכרה חוץ משלשים יום חוץ ממלאכתה חוץ מעוברה מהו וכ' רש"י חוץ משלשים יום אעשה בה מלאכתי. חוץ ממלאכתה אם תרצה לשוחטה שחוט מיד ואם תעשה בה מלאכה המלאכה שלי מי הוה שיור אי לא משמע דוקא בכה"ג ששייר לעצמו דבר שיש בו ממש אבל אם אמר חוץ משלשים יום או חוץ ממלאכתה שלא יעשה בה מלאכה כלל לא מהני דאל"כ מי דחקו לרש"י ז"ל להוסיף בה דברים מה שלא נאמר בהגמרא אך באמת יש לומר דסבר רש"י ז"ל דבכה"ג שלא שייר לעצמו שום זכות רק שמגרע זכות

של הקונה שלא יעשה בה מלאכה אע"ג דמהני תנאי זה מ"מ לא חשיב שיור שיפטור מד' וה' אחרי דלהמוכר עכ"פ לא נשאר שום זכות בהבהמה וכן מסתברא משו"ה דקדק רש"י ז"ל שהשאיר זכות מלאכתה לעצמו:

עוד עלה על לבי לומר דאפילו אם מכר והתנה חוץ ממלאכתה באופן דנימא דלא מהני מצד הדין משום דאינו יכול להתנות תנאי כזה והתנאי בטל והמכיר' קיימת בכל הפרטים מ"מ יש לומר דבמכירה כזו לא מתחייב בתשלומי ד' וה' כיון דאיהו לא מכר על אופן שיתחייב לשלם אלא שעפ"י חק התורה איכא מכירה גמורה לא חשוב ומכרו כולה באיסורא ואמרתי דיש להביא ראי' דבכה"ג חייב מש"ס דב"ק דף ע"ו ע"א דפריך אמתניתין גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר וכו' בשלמא אטביחה לא מחייב דכי קא טובח דהקדש קא טבח לאו דמרי' קא טאב אלא אהקדש ליחייב מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים ע"ש ולכאורה הא משכחת לה שאמר רגלה של זו עולה דאיכא דס"ל פשטה קדושה בכולה ואפילו למ"ד אין כולה עולה מ"מ מודה באבר שהנשמה תלויה בו דפשטה קדושה בכולה כדאיתא בקידושין דף ז' ע"א ובמס' חולין דף ס"ט ומשו"ה לא מחייב אהקדש כיון דלא הקדיש את כולה ובעינן ומכרו כולה באיסורא וליכא אלא מוכח דמ"מ כיון דפשטה קדושה בכולה ונעשה כולה הקדש על ידו חייב בתשלומי ד' וה':

שוב התבוננתי דיש לחקור בגנב שהקדיש חלק מהבהמ' אם פשטה קדושה בכולה. דבקדושין שם איתא האומר לאשה חצייך מקודשת לי אינה מקודשת ופריך ונפשטה קדושה בכולה מי לא תניא רגלה של זו עולה תהא כולה עולה ודחי מי דמי התם בהמה הכא דעת אחרת וכו' והקש' הרשב"א בחידושיו דמאי איכפת לן שיש דעת אחרת הא האשה ג"כ נתרצית לקדושין ותירץ דאילו בעיא האשה לעכובי מעכבא אינה מקודשת. מכח דבריו בלבד השתא דבעיא דניפשוט בכולה הו"ל כמקחת את עצמה ע"ש. והנה הא דמהני הקדש של הגנב זהו דוקא אחר יאוש ואע"ג דיאוש לחודא לא קני ורק ההקדש חל מחמת שינוי השם מ"מ בלא יאוש לא חשוב שינוי השם כמו שכתבו התוס' ב"ק דף ס"ז ע"א ע"ש א"כ דבר זה שייך בהקדיש את כולה אבל אם אמר רגלה של זו עולה ולאידך מ"ד אבר שהנשמ' תלוי' בו יהי' עולה במה יפשוט קדושה בכולה הא ליכא מקדיש כלל כיון שהגנב לא הקדיש את כולה והוה כאילו הקדש קונה את עצמה בלי מקדיש דלא הוה הקדש כלל וכן מסתברא. אבל אני תמה אקרא על הגאון בעל דברי חיים ז"ל הלא דבר זה מבואר בחו"מ סי' רמ"א סעיף ה' בטור ובמחבר דאם נתנה לו על מנת שלא ליתנה לאחר או שלא למכרה או שלא להקדיש' או אפילו ע"מ שלא יעשה בה שום.

דבר אלא דבר פלוני הוה מתנה לאותו דבר שפירש בלבד. וע"ז כתב הסמ"ע דלא גרע ממקנה לו בו חלק וא"ל אני ואתה נהיה בו שותפין דקנה ה"נ הוא של המקבל בדבר זה ושל הנותן בהמותר עכ"ל א"כ הכא נמי במתנ' שלא יהא שענק יכול המוכר לעכב עליו שזכות זה נשאר אצל המוכר:

הן אמת דקשה לי טובא. מש"ס דקידושין דף ע"ח ע"ב דפריך הש"ס אהא דנאמן אדם לומר זה בני בכור פשיטא אי בעי למיתב ליה במתנ' מי לא יהיב ליה ומאי:

פריך הא אפשר דיש לו נכסים שניתן לו במתנ' בפירוש ע"מ שלא ליתנה לאחר דלא מצי למיתב ליה במתנ' ובתורת בכור נוטל פי שנים. ויש לומר דבקידושין דף כ"ג פליגי בזה ר' מאיר ורבנן דמוקי לה הש"ס כגון דאקני ליה אחר מנה ואמר לו ע"מ שתצא בו לחירות ר"מ סבר כי אמר ליה קני עבד וקני רביה. וכי אמר ליה ע"מ לאו כלום קאמר ליה ורבנן סברי לדידי' נמי הא לא מקני ליה דהא לא אמר ליה אלא ע"מ שתצא בו לחירות ע"ש א"כ לר' מאיר באומר ליה על מנת שלא ליתנו לאחר ג"כ לא מהני. והש"ס שם פריך בהדיא לר' מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומשני בנכסים שנפלו לו כשהי' גוסס ומה דפסקינן בשו"ע דמהני כשמתנ' שלא ליתן לאחר היינו כרבנן דמהני כשהמתנ' בפירוש לדבר אחר ואע"פ שבתוס' ד"ה ור' אלעזר כתבו דהלכ' כרב ששת דע"מ שתצא בו לחירות אפילו ר' מאיר מודה דמהני בו תנאה מ"מ י"ל דהש"ס לא רצה לשנויי הכי אחרי דאיכא פלוגתא בזה ועדיפא משני לי':

אמנם אין לדמות לכל זה עובדא שלפנינו דהתם השיור הוא בדבר הנמכר אבל הכא שהתנו עם המוכר שלא ימכור החלק השני מהיער בתוך משך הזמן הקצוב בהשט"מ לחטיבת עצים. יש לדון לכאור' מאיזה טעם יחול החיוב הלזו. אבל לפענ"ד גם זה מהני וכמו שמצינו בב"מ ס"ה ע"ב הלוהו על שדהו ואמר לו כשתרצ' למוכרו לא תמכור אלא לי בדמים הללו מוכח מזה דיכול אדם לשעבד א"ע ע"ז וכן מצינו כה"ג בפ' בתרא דע"ז דף ע"ב ההוא גברא דאמר ליה לחברי' אי מזבנינא לה להההיא ארעא לך מזבנינא אזל זבניה לאינש אחרינא אמר רב יוסף קני קמא ע"ש וע' בשטמ"ק ב"מ במשנ' דהלוהו על שדהו שהביא הש"ס דע"ז הנ"ל עיין שם היטב דמוכח מדבריו דבלא הטעם דזוזי אנסוהו יש בכח הבעלים לשעבד את נכסיו לאדם אחד שלא למכור לאחר זולת לזה:

שוב התבוננתי שיש להביא ראיה מפורשת דיכול אדם להתנות עם המוכר תנאים כאלה מהא דמבואר ביו"ד סי' ט"ז סעיף ו' שנים שלקחו אותו ואת בנו ביום אחד הלוקח תחילה ישחוט בד"א כשלוקחין שניהם מאדם אחד שמיד כשמכר לראשון לא הי' לשחוט את הנשאר בידו שהלוקח לקח ע"מ לשחטו מיד. וכתב בהגה"ה ולכן גם הלוקח ממנו אסור

לשחוט שלא יכול למכור לו רק הזכות שבידו ע"ש וע' בט"ז שכתב דחוטא מקרי דגזל זכותו של לוקח ראשון. ומעתה דבר זה שיכול להתנות תנאים כאלה ואם עבר המוכר על התנאי ומכר יש לומר דהמכיר' השניה בטל' משום תנאו של זה והנה יש לכאור' להביא ראיה מריש פרק המגרש דאיתא בש"ס אברייתא דאמר ר' יוסי בר' יהודה דר"א ורבנן פליגי בע"מ אבל בחוץ מוד' ר"א וע"ז קאמר הש"ס מ"ט דר"א מידי דהוה אכל תנאי דעלמא ורבנן כל תנאי דעלמא לא שייר לה בגט הכא שייר לה בגט ומתניתין דאוקמינן בחוץ מאי טעמא דר"א אמר ר' ינאי משום זקן א' אמר קרא ויצאה מביתו והלכה והיתה לאיש אחר אפילו לא התירה אלא לאיש אחר הרי זו מגורשת ע"ש ואם נימא דיכול אדם למכור חוץ מאיזה דבר אמאי לא אמרינן גם למתניתין דפליגי בחוץ דהיינו טעמא דר' אליעזר מידי דהוה אכל תנאי דעלמא דמהני גם בחוץ אלא מוכח דבחוץ גם בעלמא לא מהני. אלא שיש לעיין דאי נימא דאין חילוק בין גט לשאר ענינים צריך להיות דכשמתנ' בעלמא בחוץ לא מהני כלל המכיר' או המתנה דומיא דגט דאמרינן דלא הוה גיטא כלל ולא כנרא' מדברי הגאון בעל דברי חיים דאי חוץ לא מהני המכיר' קיימת לכל הדברים משום דאי אפשר לשייר בתורת חוץ דאדרבה צריך להיות דהמכיר' בטילה לגמרי:

עוד יש לעורר על מה דמשמע מרא"ש בב"ב שהובא בספר דברי חיים דאם שייר אדם דבר שלב"ל לא מהני ויש לעורר הא גבי גט הוי איבעיא דהש"ס בגיטין דף פ"ח חוץ מנולדים מאי אבל אי נימא לחלק דבגט אי הוה שיור בטל הגט לגמרי לרבנן. ובממון המכיר' קיימת ומה שאמר חוץ בטל שפיר יש לחלק דבגט אפשר דגם בדבר שלא בא לעולם יש חילוק בין גט לדבר שבממון דבדבר שבממון לא מהני בדבר שלא בא לעולם ובגט בעי הש"ס אי הגט בטל מטעם זה. וע' בספרי מצפה אריה סימן ג'. עוד יש לעורר על מ"ש הסמ"ע בסי' רמ"א דמשו"ה מהני תנאי דלא ברע מאלו מתנה שיהי' לו חלק א"כ איך מדמה ר"א לכל תנאי דעלמא הא בגט לא מצי לשייר חלק אלא ע"כ סבר ר"א דמצי לשייר חלק א"כ בחוץ נמי מהני ומאי פריך הש"ס מ"ט דר"א בחוץ שוב ראיתי להט"ז או"ח הלכות פסח סימן תמ"ח ס"ק ו' שכתב בהדיא דאם אמר לו על תנאי שתחזיקהו לעצמך ותעשה בו כרצונך רק שלא תמכרם לשום אדם אחר דזה הוה מכירה גמורה כ' ונרא' שכל אדם יאמר כן להנכרי ויועיל בזה ששום אדם לא יכול לקנות מהנכרי אותו חמץ כי ע"מ כן לא מכר לו כו' ע"ש. סיומא דמילתא דנרא' לפענ"ד שהשותף השני יכול לעכב על חבירו שלא יחטוב מחלק השני שקנה לבדו כל זמן הקצוב לחטיבת עצים בחלק שיש להם בשותפות ידידו הדו"ש:

סימן ט

בכתובות דף ל' ע"א בתוס' ד"ה הכל מודים כתבו וי"ל דר"ח ס"ל דאין שום תנא סובר כר' נחוניא וע"ז תמה הפ"י הא בפ"ק דמגילה דף ז' אוקמינן סתמא דמתניתין דאין בין שבת ליוה"כ כר' נחוניא וליכא אוקימתא אחריתא א"כ מאי פשיטותי' דליכא מאן דס"ל כותי' כו' וא"כ משמע דהלכתא כסתמא דמגילה כיון דליכא סתמא אחרינא עכ"ל ובעת לימודי תמהתי עליו דאישתמיטתי' לי' מתניתין מפורשת בב"ק דף פ"ז ע"א וחובל בחבירו ביוה"כ חייב בכולן והחובל בחבירו בשבת פטור בכולן מפני שהוא נידון בנפשו הרי איכא סתמא דמתניתין דלא כר' נחוניא דלדידי' פוטר כרת דיוה"כ מתשלומים דחובל כמו החובל בשבת בשלמא אידך מתניתין דשם דקתני גנב ומכר בשבת כו' גנב וטבח ביוה"כ דמפליג בין שבת ליוה"כ ומוקי הש"ס התם בטובח ע"י אחר אבל הך מתניתין דחובל לכאור' בהדיא דלא כר' נחוניא:

אמנם ראיתי להגהות רש"ש שם בב"ק ד"ה וחובל בחבירו ביוה"כ חייב וז"ל וכתב הרע"ב דצ"ל מיתורא דקרא וכ"ה בפי' הרמב"ם ובחיבורו פ"ד מהל' חובל וק"ל דבגמרא כתובות דף ל"ב ע"ב לא משמע דבא לרבות אלא שלא יפטור מתשלומים מחמת מלקות דחובל גופי' אבל אם בא עליו חיוב מלקות עוד מחמת ד"א כמו משום יוה"כ מנ"ל ע"ש שהאריך קצת בזה. ולפענ"ד שפיר ניחא דשאני חובל ביוה"כ דמלקות דיוה"כ אינו יכול לפוטרו מתשלומים כיון דבחובל גופי' איכא חיוב מלקות ובעלמא היכא דאיכא מלקות וממון קי"ל דמלקי לקי ממון לא משלם דקלב"מ ורק בחובל אמרה התורה דהתשלומים פוטרו ממלקות אבל היכא דליכא תשלומים כגון שאין בחבלה היזק שוה פרוטה לוקה על החבלה כדאיתא בהדיא בכתובות דף ל"ב ע"ב וביותר כתבו התו' במכות דף ט"ז ע"א ד"ה התם איתא בתשלומים ויש ספרים דגרסי ואינו לוקה ומשלם. כלומר הכא על כרחך אינו לוקה הואיל ומיפטר מתשלומים אבל ליכא לפרושי דתרתי לא עבדי דבפ' אלו נערות דף ל"ב אמר ר' יוחנן דהיכא דמצינו ממון ומלקות מלקי לקי ממונא לא משלם. ועוד דא"כ מאי פריך והרי משכונו של גר ומת הגר ומשני התם גברא בר תשלומים ושיעבודא דגר פקע ומ"ש הא כיון דלא משלם א"כ ביטלו ולילקי וליכא שתי רשעיות ע"ש וא"כ:

אם אתה באת לומר דמלקות ביום הכיפורים פוטר אותו מתשלומים שוב צריך להיות דלוקה משום חובל דלכו"ע מלקות אינו פוטר ממלקות וכיון דבלא התשלומים איכא חיוב מלקות דחובל שוב אמרינן דממונא משלם מלקי לא לקי. ודוקא החובל בשבת דמיתת ב"ד פוטר ממלקות וממון שפיר אמרינן דקלב"מ ופטור מתשלומים וממלקות

משא"כ מלקות דיוה"כ דאינו פוטר ממלקות רק מממון לא שייך למיפטרי' גבי חובל מתשלומים דאם פטור מתשלומים שוב חייב מלקות ושפיר ניחא קושית הרש"ש:
והנה לר' נחוכיא בן הקנה איתא בכמה מקומות דכרת פוטר מתשלומים אבל לא מצינו בשום מקום דלר"נ יהא כרת פוטר ממלקות ואם אינו פוטר ממלקות שפיר אתיא מתניתין אליבא דכו"ע דגם לר' נחוניא כרת דיוה"כ אינו פוטר בחובל מתשלומים כיון דאינו פוטר ממלקות אינו פוטר בחובל מתשלומים דאם אתה פוטרהו מתשלומים שוב יהא חייב מלקות וכנ"ל. מעתה מתיישב מ"ש הפ"י דלא מצינו סתמא אחריתא דלא כר' נחוניא דמתניתין דב"ק הנ"ל יוכל אתיא אפילו כר' נחוניא וכנ"ל:
אולם לכאור' עדיין קשה הך מתניתין דמגילה דקתני אין בין שבת ליוה"כ כו' ודייק הש"ס הא לענין תשלומים זה וזה שוין וכר' נחוניא הא גם לר' נחוניא יש חילוק בין שבת ליוה"כ לענין תשלומים דחובל בשבת פטור מתשלומים וחובל ביוה"כ חייב בתשלומים. אך י"ל הא בשבת דף ו' ע"ב אמרינן אבות מלאכות ארבעים חסר אחת ואינו חייב על אחת מהם א"כ י"ל דמתניתין דמגילה ס"ל דבחובל בשבת ליכא מיתת ב"ד ואפילו החובל בשבת חייב בתשלומים דכרת לחודי' אינו פוטר בחובל בשבת אפילו כר' נחוניא ובאמת משמע מהגמרא דסתם מתניתין דאבות מלאכות ארבעים חסר אחת אתיא אפילו אליבא דאיסי ע"ש. שוב ראיתי בספר הפלאה בגמרא דף ל"ב ע"ב מאי איכא בין אביי לרבא שכתב המ"ל דאיכא בינייהו כרת ומלקות דלאביי דיליף אסון מאסון ליכא למיפטר ממלקות אבל לרבא דיליף דכרת שלי כמיתה שלכם פוטר ג"כ ממלקות לר' נחוניא כמו מתשלומים ע"ש. אבל לפענ"ד קשה לומר הכי אחרי דלא מצינו בשום מקום דלר"נ פוטר כרת ממלקות אם נתחייב מלקות משום ד"א והטעם כיון דחייבי כריתות ישנן בכלל מלקות ומוכח מסוגיא דמגילה בהדיא ממאי דאיתא התם אמר רבא אמרי בר רב חנינא אין בין כו' דס"ל דלר' נחוניא חייב כרת ומלקות תרווייהו כמו כן אינו פוטר אם נתחייב מלקות ע"י דבר אחר ואין להקשות דא"כ למה לא קתני במתניתין דיש נ"מ בין שבת ליוה"כ דשבת פוטר ומלקות ויוה"כ חייב מלקות דזה לא קשה כלל דגבי שבת נמי אם לא התרו בו משום מיתת ב"ד רק משום מלקות חייב מלקות כמו דקי"ל כר' יוחנן בחולין דף פ"א ע"ב וברמב"ם הלכות סנהדרין פרק ט"ו הלכה ה' וא"כ גבי כרת ליכא התראה משום כרת רק משום מלקות חייב מלקות ודו"ק. ועוד דבלאו הכי צ"ל דהש"ס לא נחית לדקדק כל כך שהרי שיטת רש"י ז"ל בפסחים דף כ"ט ע"א דגם לר' נחוניא דכרת פוטר מתשלומים זהו דוקא במזיד אבל לא בשוגג ע"ש הרי יש חילוק בין יוה"כ לשבת לענין

שוגג דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומים וחייבי כריתות שוגגין חייבין בתשלומים גם לר' נחוניא:

סימן י

ע"ד שאלתו שאלת חכם. הנה מבואר בש"ס ופוסקים דבני העיר בצירוף חבר העיר יכולים לעשות תקנות אפילו היכי דאיכא פסידא לאחריני ומבואר בכמה פוסקים דלא בעינן הסכמת כל בני העיר אלא סגי ברוב בני העיר שהרוב יכולים לכוף את המיעוט כן כתב הסמ"ע בהדיא בסי' קנ"ו ס"ק וא"ו דבתקנות שמתקנין הקהל כ' הרא"ש בכלל ו' דין ד' דאין יחיד יכול לבטלן דבזה כתיב אחרי רבים להטות ע"ש. ונראה מדבריו דאף אם מיחה היחיד בתחילת התקנה אין במחאתו ממש. וכן משמע מלשון הרמב"ם ז"ל שהביא הריב"ש בתשובה סי' שצ"ט וז"ל ולעולם בני העיר אינם צריכים להסכמת אדם חשוב שבעיר אלא כל שתסכימו רוב הקהל וגדוליהם הרגילים לפקח בעניני מתא תקנתם קיימת ע"ש. אולם במרדכי ב"ב הביא שיטת ר"ת דאין ביד רוב בני העיר לתקן תקנות מתחילה נגד רצון המיעוט רק אם כבר הסכימו כולם על התקנה שוב יש כח ביד הרוב להסיע על קיצתן עיין בדבריו. והנה לכאורה עלה על לבי דיש להקשות על שיטת הרמב"ן כיון דמבואר בכל הפוסקים דגם בעלי אומניות יכולין להתנות בעניני אומנתם א"כ למה נקט הברייתא בפ' לא יחפור בני העיר יכולים להתנות על השערים וכו' כיון דהסוחרים בעצמם על כרחך ג"כ הסכימו לזה דהא המה ג"כ בכלל בני העיר והסוחרים אינם צריכים להסכמת בני העיר בשלמא לדעת הרמב"ן ז"ל דכל בני העיר אינם צריכים להסכמת חבר העיר עיין בסמ"ע שם ס"ק מ"ה שפיר ניחא אבל לפמ"ש הבעל הגה"ה והש"ך דגם בני העיר לא מהני הסכמתם בלי חבר העיר עכצ"ל דבני העיר הוה פירושו רוב בני העיר ואשמועינן דהרוב יכולין לכוף את המיעוט להסיע על קצתן אם נעשה בהסכם חבר העיר ומיירי בלי הסכמת הסוחרים ושפיר ניחא אמנם יש לומר דבני העיר יכולים לעשות תקנה גם על הבאים ממקומות אחרים לעשות מסחור בעירם כמו שכתב בעל ההגה"ה בחו"מ סי' ב' דטובי העיר בעירם כב"ד הגדול מכין ועונשין והפקרן הפקר ועיין בסמ"ע ס"ק י' שמביא בשם תשובת הרשב"א סי' תשכ"ט דכל ציבור במקומו כגאונים לכל ישראל שתקנו כמה תקנות לכל ישראל אבל הרדב"ז חלק ה' סי' ש"א רמ"ח כתב דאין ביד בני העיר לעשות תקנות על הבאים ממקומות אחרים ע"ש:

והנה לכאורה יש לדקדק בגמרא דב"ב דף ט' דקאמר התם ה"מ היכי דליכא אדם חשוב אבל היכי דאיכא אדם חשוב לאו כל כמיניה דמתני דלמה ליה למימר דהברייתא מיירי דליכא אדם חשוב כמו כן היה מצינו למימר דהברייתא מיירי דאיכא אדם חשוב אלא

גם האדם חשוב היה בשעת התקנה דגם הוא בכלל בני העיר ולמה ליה למימר דמיירי דליכא אדם חשוב ונראה לי דמהברייתא מוכח דבני העיר הוא בלא אדם חשוב דהא קתני התם נמי ורשאין בני העיר לעשות קופה תמחוי ולשנותה לכל מה שירצו ואיתא בגמרא אמר אביי מריש הוי עביד מר תרי כיסי חד לעיי דעלמא וחד לעיי דמתא כיון דשמעיה להא דא"ל שמואל לרב תחליפא בר אבדימי עביד חד כיסא ואתני עליה איהו נמי עביד חד כיסא ואתני עליה רב אשי אמר אנא אתנויי נמי לא צריכנא דכל דקא אתי אדעתא דידי אתי כו' ע"ש א"כ מוכח דהא דקתני רשאין בני עיר לעשות הוא בלא חבר עיר דאי איכא חבר עיר אין צריכין כלל להסכמת בני עיר ולפ"ז גבי להסיע על קיצתן נמי אפשר לומר כמו כן דמיירי דליכא אדם חשוב כמו ברישא דברייתא דאי איכא חבר עיר אין צריך כלל להסכמת בני עיר אלא הרשות בעצמו להסיע ובאמת זהו דעת הסוברים בחו"מ סי' ב' דגדול הדור או טובי העיר א"צ להסכמת בני העיר מעתה כ"ז לרב אשי אבל לאביי דקאמר מריש הוי עביד מר תרי כיסי ולבתר דשמעי' להא דשמואל עביד חד כיסא ואתני עליה ורבה הא ריש מתא הוא ומ"מ סבר דצריך לאתנויי ש"מ דפליג אהא דרב אשי א"כ לדידיה הא דקתני בברייתא ורשאין בני העיר לעשות קופה תמחוי אין הכרח לומר דמיירי בדליכא חבר עיר אלא אפשר לומר דלעולם מיירי בדאיכא חבר עיר רק היה נמי בשעת התקנה והסכים לזה והוא נמי בכלל בני העיר ולפ"ז גם סיפא: דברייתא מיירי בסתמא נמי כמו גוונא דרישא (דזהו באמת קצת דוחק לאוקומא דמיירי בדליכא חבר עיר) ממילא מוכח דאין ביד חבר עיר בעצמו לקנוס בלא הסכמת כל העיר וכדעת החולקים שם בסי' י"ב:

והנה לדעתי נראה להביא קצת ראיה דאין ביד גדול הדור בעצמו לעשות תקנות בלי צירוף בני העיר ממתניתין דסוף פרק א' דכריתות דף ח' ע"א מעשה שעמדו קינין בירושלים בדינר זהב ואמר רשב"ג המעון הזה לא אלין הלילה עד שיהי' בדינרין בסוף נכנס לבה"מ ולמד האשה שיש עליה ה' לידות וכו' ואם נימא שיש ביד גדול הדור לבדו לעשות תקנות למה היה צריך למידרש הכי היה לו לגזור שלא ישלמו יותר מדינרין והלא רשב"ג נשיא היה וגדול הדור אלא ע"כ לא היה בידו לבדו לגזור על השער רק בצירוף בני העיר ואולי לא רצו בני העיר לגזור וכן מצינו עוד בכמה מקומות כמו בפסחים דף ל' ע"א דאמר להו שמואל להני דזבני כנדי אשווי זביני ואי לא דרשינא לכו כר"ש אך מהתם אין ראיה דהא אתרא דרב הוי כמו דמסקינן התם בגמרא אבל מ"מ יש להביא ראיה מסוכה דף ל"ד ע"ב דאמר שמואל להני דמזבני אסא אשוו זביני ואי לא דרשינא לכו כר"ט והתם ע"כ אתרא דידיה הוי מדפריך הש"ס ולידרש להו כר"ע וע"ש בתוס' ודו"ק:

מה שכתב כ"ת דאין ביד הקהל לעשות תקנה רק למיגדר מילתא הנה בשו"ע חו"מ סי' ב' בסמ"ע ס"ק י"ג מבואר דלא כן הוא אלא דלמגדר מלתא כו"ע מודי דיש רשות ביד ב"ד וטובי העיר והמחלוקת שהביא ברמ"א שם הוא דוקא שלא למיגדר מלתא ורק יש בזה צרכי הקהל ע"ש. ודע דלפי ראות עיני נראה דיש בזה שני ענינים ואין שייכות ענין תקנת הקהל הא דסי' ב' להההיא ענין דב"ב שרשאין בני העיר להתנות דהתם קא פרט ותני על המדות ועל השערים ועל שכר פועלים דבענינים אלו המה כמו בעלי אומנים באומנתם דהוי עיקר חיותם תלוי בכך ומשו"ה כו"ע מודי דיכולים להתנות ולא בעינן כלל למיגדר מילתא ואך בשאר צרכי העיר דוקא דלא תליא בהם עיקר חיותם בזה יש פלוגתא בין הקדמונים אי יכולין לתקן בלי הסכמת כל בני העיר וזהו ברור לדעתי:

ודע דבהך מעשה דטבחי בב"ב יש לי מקום עיון דכיון שהמדובר היה ביניהם שאם יעשה ביומא דחבריה לקרעו למשכיה א"כ איך חייביה רבא לשלה עבור הקריעה הא קי"ל בפרק החובל ובחו"מ דקרע כסותי ע"מ לפטור פטור ודוקא בבא לידו בתורת שמירה בעינן שיאמר ע"מ לפטור אבל באם לא בא כידו בתורת שמירה לא בעינן שיאמר ע"מ לפטור אלא שאם אמר קרע כסותי הוא פטור א"כ ה"נ כיון שהותנו ביניהם שאם יעבוד ביומא דחבריה לקרעו למשכיה הא קרע עפ"י דיבורו ואמאי חייב וקשה לחלק בין דאמר קרע כסותי סתמא לאומר בתנאי דאם כיון דהטעם הוא דעשה עפ"י דיבורו א"כ צריך להיות דגם בכה"ג הוא פטור ואולי היה המעשה שזה מחה בו שלא לקרוע אבל לא משמע כן בגמרא וצ"ע:

וע"ד מה שהקשה כ"ת דלדברי הרמב"ן ז"ל שאין שבועה חל על הנולדים א"כ למה אמרינן בכל דוכתא מושבע ועומד מהר סיני הוא אין בזה שום קושיא דהרמב"ן ז"ל בעצמו שם כתב דיש יתרון בזה חרם משבועה דבחרם עפ"י תקנת הקהל חל על הנולדים והביא ראיה ע"ז מקבלת התורה וממגילה וצומות ולשיטת הרמב"ן ז"ל שם החרם הוא אלים כמו שבועה:

והנה ראיתי בנוב"י באה"ע סי' ע"ז שכתב להביא ראיה דחרם דרגמ"ה חמור לדחות איסור דאורייתא ממ"ש הר"נ בתשובה שאין שבועה חלה עליו מחמת דאיכא תקנת הקהילות או חרם דרגמ"ה שלא לישא שתי נשים ע"ש ולדעתי יש לדחות עפ"י מה שכתב הרדב"ז בתשובה סי' ס"ה דאין אדם יכול לישבע להפסיד לאחריני דלאו כל כמיניה לאשתבועי ולאפסודי לאחריני וקרוב בעיני שהוא שבועת שוא ע"ש א"כ ה"נ שפיר כתב הר"נ דאין חל השבועה כיון דאיכא פסידא לאשה שהוא משועבד מחמת תקנת הקהילות או מחמת חדרגמ"ה ע"ש אבל מ"מ י"ל דאין כח ביד חרם דרגמ"ה לדחות

איסורא דאורייתא ודו"ק. והנה זה ג"כ מבואר בתשובת הריב"ש סי' שצ"ט דתקנת ציבור חל נמי על מי שבאים מעיירות אחרים לדור בהעיר הלזו ומשמע מזה דדוקא שבא לדור בקביעות אבל בדרך ארעי לא וכן כתב הרדב"ז בסי' ש"א רמ"ח דאין בכחם לגזור על הבאים ממקומות אחרים ע"ש אך בעובדא שהביא כ"ת אשר כבר עבר עשרים שנה מעת שנעשה התקנה לבלי לשכור הפראפינאציע מהאדון רק עפ"י אופני התקנה ובכל משך הזמן עשרים שנה לא הועיל התקנה כי האדון הלזה החזיק בעצמו לדעתי מחמת זה סגי למימר דנתבטל' התקנה לפמ"ש בתשו' צ"צ בסי' מ"ד דבתקנות אנו הולכין אחר דעת מתקני התקנות ומסתמא אלו ידעי מתקני התקנות שלא יועיל להם תקנתם מאומה זמן עשרים שנה לא היו מתקנים כלל והלא אפילו בתקנת אוראנדא מבואר באחרונים שכל שנתבטל העסק מחמת החזקה ג' שנים והאדון לא נתרצה להשכיר לבעל החזקה שוב בטל החזקה ורשאי כל אדם לשכור אותו מהאדון ומכ"ש הכא שהיה עשרים שנה ביד האדון בעצמו פשיטא דנתבטל' התקנה ומה שנלע"ד כתבתי:

סימן יא

בתוס' חולין דף י"א ע"ב ד"ה ודלמא הך דאסהודי ביה טרפה הוה שהקשו וא"ת דחובשין אותו י"ב חורש ואם יחיה לאו טרפה הוא וי"ל דשמא קסבר דטרפה חיה ועוד נראה דאי אין הורגין העדים כשהוזמו אלא לאחר י"ב חודש כו' א"כ גם אותו שמעידין עליו אין להורגו רק עד לאחר י"ב חודש וכיון דלא באו להורגו אלא לאחר י"ב חודש א"כ לא יהרגו הם ג"כ אלא לאחר י"ב חודש דדלמא נעשה טרפה הך דאסהידו ביה בסוף י"ב חודש ולא באו אלא להרוג את הטרפה עכ"ל ותמיה לי למה צריכין התוס' לכך הרי בלא"ה אי אפשר לומר דיהרוג את הנידון רק לאחר י"ב חודש א"כ נערה המאורסה דבסקילה היכי משכחת לה הא איתא בכתובות דף ו"ה סרחה ולבסוף בגרה תדון בחנק והאיך אפשר להמתין עד שיעבור י"ב חודש הא היא נעשית בוגרת בתוך י"ב חודש דהא קי"ל בכתובות דף כ"ט ע"א דאין בין נערות לבגרות אלא ששה חדשים בלבד ודינה בחנק ולא בסקילה. וצ"ל דהתוס' רצו להוכיח אליבא דר' יוחנן דאמר התם תני תדון בסקילה אמנם עדיין צ"ע לפי מה שכתב התם השטמ"ק דלר' יוחנן לכאורה איך יפרנס מה דקתני בברייתא שלש מידות הרי ליכא אלא שתי מידות וכתב דגם לר' יוחנן דס"ל תדון בסקילה אינה נסקלת בפתח בית אביה ולא בפתח שער העיר שהרי היא בוגרת ונשתנה מקום סקילתה ע"ש:

ולפ"ז יקשה דאם נמתין י"ב חודש לא משכחת לה כלל שתהא נערה המאורסה נסקלת על פתח בית אביה ואין לומר דכוונת התוס' שיגמור דינה תיכף ושתהא נסקלת לאחר

י"ב חודש ובכה"ג נימא דאזלינן בתר גמר דין ולא בתר שעת קטלא דודאי זה ליתא שהרי מקרא מלא הוא והוציאו את הנערה אל פתח בית אביה וסקלוה הרי בעינן שתהא נערה בשעת סקילה לפי מה דתנא שילא ולר' יוחנן עכ"פ אם היא בוגרת בשעת קטלא אינה נסקלת על פתח בית אביה וכן יש עוד לעורר מסנהדרין דף ס"ט ע"א כל ימיו של בן סורר ומורה אינו אלא שלשה חדשים ושם דף ע"א תנן ברח עד שלא נגמר דינו ואח"כ הקיף זקן התחתון פטור וכתב רש"י ז"ל דתו לא דיינינן ליה כיון דאילו עבד:

השתא לאו בר קטלא הוא. ולפ"ז פשיטא דכמו כן אלו ברח קודם גמר דין ועבר ג' חדשים נמי פטור דאילו עביד השתא לאו בר קטלא הוא ואם נימא דממתינין לו י"ב חודש לא משכחת לה דין בן סורר ומורה. אך בזה יש מקום לומר דגומרין את דינו תיכף וממתינין אח"כ עד י"ב חודש דהא במתניתין שם איתא אם משנגמר דינו ברח ואח"כ הקיף זקן התחתון חייב וה"ה אם עבר ג' חדשים ואח"כ נגמר הדין. אבל גם בזה יש לפקפק הא הש"ס קאמר התם הטעם דחייב הוא משום כיון דנגמר דינו בר קטלא הוא ואם נימא דגמר דין הי' שיהרגו אותו אחר י"ב חודש עדיין לא מיחשיב בתוך הי"ב חודש בר קטלא. אבל יש לומר דמיחשב בר קטלא משום ממ"נ אם לא יהא טריפה צריך לקיים את דינו ולסקלו ואם יהא טרפה ג"כ בר קטלא הוא דטרפה מיחשיב לגברא קטילא אבל באמת זה אינו דמה לי שיהא בסוף י"ב חודש בר קטלא מ"מ השתא לאו בר קטלא הוא וכמו דאיתא במכות דף ה' ע"א דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר קטלא הוא ע"ש. וגם מדברי התוס' משמע דחובשין אותו קודם גמר דין וצע"ג:

סימן יב

להרב המאוה"ג חוב"ק משנתו זך ונקי כו' כש"ת מוה' דוד אלימלך נ"י מו"צ בק' דינאב יע"א:

בדבר משיב הרמ"א בהגהות חו"מ סי' קפ"ה סעיף וא"ו ראובן שהי' לו בית למכור ובא שמעון וסרסר למכרו ללוי ואמר ראובן שלוי שונאו ואינו רוצה למכרו לו ואח"כ מכרו ללוי ע"י אחר חייב ליתן לשמעון סרסורותו (ב"י בשם הרא"ש כלל ק"ה סי' חי"ת) וכו' והנוב"י במהד"ת ח"מ סי' ל"ו כתב לדקדק בדבריו אלה שהוסיף תיבות ע"י אחר מה שלא נמצא גם לא בתשובות הרא"ש ועי"כ כתב הוא ז"ל לפרש שקמ"ל רבותא דאפילו אם נגמר ע"י סרסור אחר דיש מקום לומר שזה הסרסור השני הפעיל אצל ראובן שיתרצה למכור לכן ה"א שאינו מגיע כלל לשמעון שכר הסרסור קמ"ל דגם בכה"ג חייב ליתן לשמעון סרסרותו ורק מגיע לו חלקו אבל גם השני הוא שותף ומגיע לו חלק סרסרותו עיי"ש. אבל לפענ"ד אין הפירוש כלל בהגה"ה ע"י אחר ע"י סרסור אחר אלא כך פירושו

ע"י אחר היינו ע"י שליח שלא מכר בעצמו מפני שלוי הי' שונאו עי"ז עשה המכירה ע"י שלוחו כדי שלא יראה פא"פ ואורחא דמלתא כתב אבל זה השליח לא הי' סרסור כלל. ולפי"ז כשנגמר הדבר ע"י סרסור אחר אינו מבואר כלל היאך הדין בזה. אמנם המנהג בכל בתי דינים שהמתחיל נוטל חלק בסרסרות או בשדכנות:

והנה בשו"ת שב יעקב סי' י"ג רצה השואל להביא ראיה דאין להמתחיל חלק מש"ס סוף פ"א דסוטה דף י"ג ע"ב דמקשה הש"ס כתיב ויקח משה את עצמות יוסף וכתיב ואת עצמות יוסף אשר העלו ב"י אמר רמי בר חמא כל העושה דבר ולא גמרו ובא אחר וגמרו מעלה עליו הכתוב על שגמרו כאלו עשאו והגאון בעל ש"י מקשה אהך מימרא ממדרש ילקוט תהלים וילקוט שמואל מזמור שיר חנוכת הבית לדוד וכו' דוד בנאו והלא שלמה בנאו אלא אמר הקב"ה הואיל וחשבת לבנותו אע"פ ששלמה בנך בנאו לשמך אני קורא ויצא הגאון לחלק אם גם בלא התחלת הראשון הי' השני בעצמו הפעיל הגמר אז אין להמתחיל טענה עי"ש אבל לפענ"ד נראה לישב על דרך אחר דהא מאמר הילקוט מיוסד על ש"ס ערוכה בקדושין סוף פ"ק דף מ' ע"א דמי שחישב לעשות מצוה ונאנס ולא עשה מעלה עליו הכתוב כאילו עשה וכיון דדוד רצה לבנות והקב"ה הי' מעכב על ידו מחשבה טובה מצטרף למעשה. ולא שייך דבר זה למתחיל כלל דודאי לענין דין מתחיל לא סגי במחשבה לחודא ורק גבי מצוה דוקא מהני מחשבה לחודא והא דאמרינן בסוטה דמי שהתחיל במצוה ולא גמר' ובא אחר וגמר' מעלה על השני הגומר כאילו עשא' היינו ע"כ כשעשה הראשון ההתחלה לא עשאו על דעת לגמור את הדבר. וכן אצל משה כשלקח עצמות יוסף לא לקח במחשבתו להביאה לארץ כנען בעצמו שהרי כבר אמר הקב"ה לו קודם יציאת מצרים בסוף סדר שמות עתה תראה את אשר אעשה לפרעה וכתב רש"י ז"ל ולא העשוי למלכי שבעה אומות כשאביאם לארץ ואף שסבור הי' שתעלה תפלתו ותקובל לרצון לפני הקב"ה שימחול לו על אותו עון עכ"פ מידי ספיקא לא נפקא. וגם בל"ז ע"כ צ"ל דאע"ג דכתיב ויקח משה את עצמות יוסף עמו ואמרו חכמז"ל בפסחים דף ס"ז עמו במחיצתו היינו רק בתחילת הלקיחה אבל מ"מ לא הי' בדעתו שיהיו העצמות אצלו תמיד ולהעלותם לארץ כנען ולקוברם שם לפי מה דאיתא במדרש רבה שמות פ' ל"ז על הפ' ואתה הקרב אליך כשאמר הקב"ה למשה ואתה הקרב אליך הרע לו ע"ש שהי' סבור שהוא יהיה כ"ג ואם הי' נעשה כה"ג אסור לטמא למת וגם איך טמא מת יקרב על גבי המזבח ונכנס למחנה שכינה ואף אם נימא משום דטומאת מת הותרה בציבור הא אמרינן ביומא דף ז' דבאילו של אהרן לכו"ע מהדרינן אטהרה אלא ודאי שלא הי' ברצונו להביאם בעצמו לארץ כנען אלא לקחם כדי להיות המתחיל לבד ולא הגומר

ובכה"ג שעשה התחלה מתחלה ע"מ שלא לגמור המצוה נקראת על מי שגמרה. ובעמדי בזה בהאי אא עלה ע"ד לעורר הא דאמרינן בע"ז דכל שבעת ימי המילואים הקריב משה. וכן איתא בקרא בהדיא דאיך הקריב הא הי' טמא משום עצמות יוסף ודעת הרמב"ם בפירושו בסוף זבחים דאף במה שכשר בזר אסור בטומאה וזה היה קרבן יחיד וגם לא הי' קבוע לזה זמן ואיך דחה את הטומאה:

אמנם לפי מה דאיתא בגיטין דף ס' ע"א דשמנה פרשיות נאמרו ביום שהוקם המשכן וקחשיב פרה אדומה ופ' שילוח טמאים א"כ בשבעת ימי המלואים עדיין לא נצטוו על הטומאה ע"ש ברש"י ובתוס' אך לפי"ז קשה לי הא דאיתא בפסחים דף ס"ז דילפינן דט"מ מותר לכנוס במחנה לויה ואפילו מת עצמו מקרא ויקח משה את עצמות יוסף עמו דהיינו עמו במחיצתו מה ראי' הא עדיין לא נאמרה פ' שלוח טמאים וצ"ל דמדכתיב עמו במחיצתו מוכח שגם אח"כ כשנקבעו המחיצות הי' אצלו במחיצתו במחנה לויה אבל מ"מ מפ' בהעלותך דכתיב ויהי אנשים טמאים לנפש אדם ולא היו יכולים לעשות הפסח וכו' מוכח דמשה בעצמו עשה הפסח הרי ע"כ שנטהר מטומאת מת ושוב לא היו אצלו עצמות יוסף ובפרט דאיכא מ"ד דנושאי ארונו של יוסף היו הרי מוכח בהדיא דמשה בחייו לא הוחזק אצלו עצמות יוסף כדי לקוברם בארץ כנען ולא עשה אלא התחלה בלבד ולא יותר. מעתה לענין דינא נמי י"ל ולחלק בין היכא שהמתחיל הי' יכול וגם הי' ברצונו לגמור את הדבר ורק שקפץ ובא אחר וגמר אזי יש להראשון דין מתחיל שמגיע לו חלק סרסרותו משא"כ היכא שלא הי' כלל באפשרות הראשון לגמור את הדבר ורק השני מפני שהוא חשוב ונכבד יותר ע"כ דבריו נשמעים או מפני שפת חלקלקות שיש לו צחות הלשון לפתות אחרים הפעיל להביא הענין לידי גמר ובלעדו הי' הענין נתבטל אין להראשון חלק בסרסרות דלא עשה ולא כלום. ולפענ"ד יש לדמות דבר זה להא דאיתא בב"ק דף נ"א אחד החופר בור תשעה ובא אחר והשלימו לעשרה האחרון חייב לכו"ע לגבי מיתה משום דמעשה הראשון לא עשה פעולה כ"כ שיתהוה ההיזק עי"ז. אבל אם האחד חפר בור של עשרה ובא אחר והשלימו לכ' שניהם חייבים משום דכאו"א עשה פעולה שיתהווה ההיזק על ידו הו"ל שותפים:

בענין זה [ואע"ג דלענין נזקין באופן הראשון פליגי רבי ורבנן התם בקראי פליגי עיי"ש]: אמנם כ"ז אני כותב רק לעורר את המעיין כי כמדומה לי שהמנהג דבכל גוונא נוטל ראשון חלק וסרסרות כדין מתחיל ולא מצאתי לע"ע בספרי הפוסקים מי שמחלק בכעין זה:

ומה שהביא כ"ת בשם פאת נגב דסרסור צריך לדבר מדמי המקח ואם לא עסק בדמי מקח רק אמר שיש לפלוני סחורה למכור אין לו דין סרסור הנה הפתחי תשובה באבן העזר סי' נ"א הביא מ"ש בתפארת ישראל בשם חקי דרך לענין שידוכים ג"כ שאם לא עסק מענין נדוניא אין לו דין שדכן. ולפענ"ד נראה שיש להביא קצת ראיה נגד זה דאיתא בכתובות דף ה' משדכין על תינוקות ליארס בשבת ומשמע רק שידוכים בלבד אבל לא שמארסין בשבת וקשה לי לשיטת ר"ת ביצה דף ל"ו תוס' ד"ה והא דכשאין לו אשה ובנים מותר לקדש בשבת משום מצוה רק כשיש לו אשה ובנים דהוי רק רשות בלא מצוה אין מקדשין בשבת א"כ במה איירי סוגיא דכתובות הנ"ל אי איירי כשיש לו אשה ובנים איך כללו התם עם על התינוק ללמדו תורה או ללמדו אומנות הא בהני איכא מצוה וכן חשבונות של מצוה דוקא שרי ואי איירי כשאין לו אשה ובנים הא אפילו לארס רי אלא נראה לי דהבא לא בא אלא לאשמועינן דין שדכן שרוצה להרויח שכר שדכנות שהוא מותר להיות שדכן בשבת אע"פ שלא יגמור הדבר בשבת ולפ"ז מוכח דיש להמתחיל סרסרות מעתה לפי מה שהביא הטור בשם הרב מרוטענבורק באו"ח בסי' ש"ו דלא שרי לדבר רק מענינים אבל לא מדמי המקח ויהא מוכח לפי"ז דגם כה"ג יש להשדכן שכר שדכנות ודוק. ומה שתמה על ספר חוקי דרך שכתב שהצדדים ישלישו את דמי השדכנות ואח"כ יגידו בח"ח אין הספר תחת ידי לעיין בו ובודאי כוונתו שיגידו בתורת אם לא יגיד וכו' ואם אין כוונתו לזה ודאי דברי תימה המה ואין אנן אחראין לישבו. הנראה לפע"ד כתבתי וד' יצילני משגיאות:

סימן יג

עוד להרב המאה"ג הנ"ל:

בדבר המשפט שבאו לפניו ראובן ישמעון שהיו שותפים שלקחו בית בשותפות שאין בו דין חלוקה ומת ראובן ונשאר בע"ח ללוי ויהודה ונשאר חלקו להם בעד חובם ועתה רוצה לוי להביא כל הבית לליציטאציאן ושמעון טוען שרוצה שיחזיקו בשותפות וכ"ת יצא לדון עפ"י שיטת הר"י הלוי והראב"ד ז"ל מובא בטור חו"מ סי' קע"א דדינא דגוד או אגוד לא אמרינן אלא בירושה ומתנה אבל בשנים שלקחו בשותפות לית דינא דגוד או אגוד ועוד הביא כ"ת מה שמצא בספר פרח מטה אהרן שמביא בשם הראנ"ח שאם אחד מהלוקחים מת ונפל חלקו לפני בני היורש אין ביד היורש לטעון גוד או אגוד להלוקח השני שהיה עם אביו בשותפות דלא עדיף מגברא דאת' מיניה ובעל פמ"א השיב עליו מסוגיא דב"ב דף י"ג מהא דפריך הש"ס ממתניתין מי שהי' חצי' עבד וחצי' בן חורין ומאי פריך דלמא מיירי בעבד של לוקחים ומשו"ה לא מצי למיטען אגוד משום שרבו שיחררו

והחצי ג"כ לא הי' יכול למיטען לשותפו גוד או אגוד הנה הספר פמ"א אין באוצרותי ות"ל אנכי מעצמי הערותי בזה:

אמנם יש לבור דעבד עצמו דינו לפעמים כלוקח ולפעמים כמקבל מתנה שהרי יוצא בכסף ובשטר כדתנן בקדושין דף כ"ב ואם יוצא בשטר שחרור דינו כמקבל מתנה אבל אם יוצא בכסף שנותן לרבו לכאורה צריך להיות דינו כלוקח וכמו דאיתא בגיטין דף ל"ח ע"ב רבי אומר אומר אני אף הוא נותן דמי עצמו ויצא מפני שהוא כמוכרו לו ועיין רש"י שם ונראה לי דתליא בפלוגתא דר' מאיר ורבנן דר"מ ס"ל התם בקידושין בכסף ע"י אחרים ולא ע"י עצמו ואפילו שלא מדעתו ולפ"ז לא שייך לומר דעל זה נשתתף להיות תמיד בשותפות אבל לרבנן דסבירא להו בכסף ע"י עצמו בזה יש לדון דתליא נמי בפלוגתא דרב ששת ור' אלעזר דהתם בקידושין דף כ"ג פריך הש"ס עבד מה שקנה עבד קנה רבו ואמר רבה אמר ר"ש בנתן לו ע"מ שאין לרבו רשות בו ור"א אמר דכל כה"ג קנה רבו אלא באומר לו ע"מ שתצא בו לחירות מעתה לרבה יש לומר דחשיב כלוקח שהי' הברירה אצלו להשאר בעבד ולא לצאת לחירות אבל לר"א כיון שהמעות ניתן לו במתנה ע"מ לצאת לחירות מאי הו"ל למיעבד דכיון דירושה ומתנה שג"כ היה הברירה בידו שלא המתנה או הירושה מ"מ אמרינן כיון דממילא אתי לידיה מצי למימר גוד או אגוד ה"ה בשנתן לו הכסף ע"מ לצאת לחירות ולפי"ז י"ל דסוגיא דכ"ב פריך אליבא דר' אלעזר דלדידיה חשוב כיורש או כמקבל מתנה אבל בלא"ה לפענ"ד לא מסתברא למימר דדעת העבד להיות נשאר בשותפות עם רבו ולהיות אסור בשפחה ובבת חורין. ובזה יש לשון רש"י ז"ל שכתב ח"ל דטעמא מפני תיקון העולם הא לאו משום פריה ורביה לא כייפינן ליה ולכאורה מ"ש דטעמא משום תיקון העולם הוא מיותר שהיה סגי ליה לכתוב דטעמא משום פו"ר הא לאו הכי לא כייפינן ליה אבל לפי הנ"ל מדוקדק שפיר דבאמת הטעם של פו"ר אנו צריכין ג"כ אפילו אי נימא דמצי למיטען לרבו או גוד או אגוד דאי לאו טעמא דפו"ר הוה מצינן למימר דיש להעבד דין כלוקח דגם בעלמא כה"ג לא מצי למיטען גוד או אגוד משום דאמדינן לדעתיה דנחית אדעתא דשותפות ורק בעבד דלישא שפחה אינו יכול וגם לישא ב"ח אינו יכול אמדינן לדעתיה דלא נחית אדעתא דשותפות ומצי למימר אגוד ולכן כתב רש"י דעכ"פ לא היה בעינן לומר מפני תיקון העולם ודו"ק:

והנה מ"ש כ"ת דגם לר"י הלוי היכא שמכר אחד חלק לשני אנשים יוכל השותף הראשון לטעון להלוקחים גוד או אגוד משום דמצי לטעון אנכי לא נתרציתי להיות שותף רק עם אחד אבל עם שנים ויהיה ג' דיעות בשותפות לא ומדמה להא דמבואר בחו"מ סי' שט"ז סעיף א' באחד שנתן ביתו לאחר ושייר לעצמו זכות דירה יכול למכור ובלבד שלא ירבה

בדיורין הנה משם ראיה להיפך דהתם לא מצינו אלא שלא ירבה בדיורין אבל לא מצינו שלא יוכל למכור לשני בני אדם שלא ירבה בדיעות דפשיטא דיכול למכור לשני בני אדם אך לפענ"ד יש לדמות להא דאיתא בב"מ דף ק"ט ע"א רב יוסף הו"ל ההוא שתלא שכיב ושביק חמשה חתנוותא אמר עד האידנא חד השתא חמשה עד האידנא לא הוה סמכי אהדדי ולא מפסדי ליה השתא חמשה סמכי אהדדי ומפסדי ליה ומסיק הש"ס ולאו מלתא היא ועיין ברא"ש ובתוס' ובשטמ"ק ונראה דלדינא אין חילוק בין יורש אחד להרבה יורשים דלא כמו שסבר רב יוסף לחלק בזה הרי בהדיא דזה אינו טענה:

מ"ש כ"ת לדחות ראיית בעל פמ"א דגבי עבד דאזיל שותף אחד ושחרר חלקו ליכא למימר דע"ד כן נשתתפו משום שלא עלה על דעתם בשעה שעשו שותפות שישחרר האחד חלקו דהמשחרר עבדו עובר בעשה הנה אנכי בעת לימודי אמרתי דיש לומר דהא דהמשחרר עבדו עובר בעשה היינו דוקא כשמשחרר בשטר שיחרור אבל כשיוצא העבד בכסף שנותן לרבו ליכא עשה דלעולם בהם תעבודו דהוה כמוכרו לו וכלישנא דהש"ס שהבאתי למעלה ואמרתי להביא ראיה לזה ממ"ש רש"י ז"ל בגיטין דף מ"ג ע"ב במתניתין דהמוכר עבדו לנכרים וז"ל וקנס חכמים הוא הואיל:

והפקיעו מן המצות יצא לחירות משמע דליכא בזה איסור אחר ואמאי תיפוק ליה שעבר על עשה דלעולם בהם תעבודו ובודאי הוי פירושו שישראל יעבוד בו וכשמוכרו לנכרי הלא ביטל עשה זו אלא מוכח דבמכירה ל"ש לומר שעובר על עשה משום שעושה לטובת עצמו וזוזי אנסוהו א"כ ה"ה כשיוצא העבד בכסף אך יש לומר דרש"י כתב הכי אליבא דר' ישמעאל דסבר לעיל דף ל"ח ע"ב דלעולם בהם תעבודו רשות אבל מ"מ מצד הסברא זהו נכון ויותר מזה כתב היראים דר' אליעזר ששיחרר עבדו בשביל מצוה דרבים ליכא עשה כלל עיין בדבריו. ועפ"י זה מיושב דברי הרשב"א ז"ל בחידושיו לשבת דף ד' שכתב דבחציו עבד וחציו בן חורין ליכא עשה ותמהו עליו מגיטין דף ל"ח דפריך הש"ס אדאביי דאמר אי לאו דאמר רב יהודה כל המשחרר עבדו עובר בעשה הוה כייפינן לרבו לשחררו וכתב לו גיטא דחירותא והא ההיא אמתא וכו' ולפי הנ"ל ניחא שפיר דהרשב"א כתב אמתניתין דמי שחציו עבד וחציו בן חורין שיוצא בכסף כמו דקאמר הש"ס בהדיא בגיטין דף מ"א ע"ב אלא לרב יוסף לימא רבי הוא ולא רבנן ע"ש ובאופן זה ליכא עשה אבל ההיא אמתא יצאה בגיטא דחירותא ובזה הוא עובר בעשה ודו"ק:

הביא כ"ת מ"ש הפמ"ג או"ח סי' קמ"ג דהמשחרר חצי עבדו אינו עובר בעשה וכאשר נתתי עיני בדברי הפמ"ג ראיתי שכתב להביא ראיה נגד בעל ספר א"ר דרשאי לצרף חציו עבד וחציו בן חורין מהך דברכות דף מ"ז ששיחרר ר"א את העבד ולדבריו למה

לא שיחרר רק חצי עבדו ובמחכ"ת אשתמיטתיה ליה סוגיא שלימה בגיטין דף מ"א ע"ב דרבי ורבנן פליגי במשחרר חצי עבדו דרבי אומר קנה וחכמים אומרים לא קנה ופליגי התם רבה ורב יוסף דרבה אומר מחלוקת בשטר ורב יוסף סבר דמחלוקת בכסף אבל בשטר לכו"ע לא קנה וקצת יש ליישב כוונתו עפ"י מה דאיתא התם אמר רבה מחלוקת ששיחרר חציו והניח חציו אבל שיחרר חציו ומכר חציו לכו"ע קנה א"כ הו"ל לר"א לשחרר חציו ולמכור חציו אבל עכ"פ תמוה מה שלא הוזכר כלל מסוגיא הלזו וגם בלא זה ליכא הוכחה כלל דמאי נ"מ אם שיחרר כולו או חציו כיון דקי"ל כמשנה אחרונה דחצי' עבד וחצי' בן חורין כופין את רבו לשחררו כולו אולם י"ל דבימי ר' אליעזר בן הורקנוס שהי' מהתנאים הראשונים עדיין הי' פוסקים כב"ה דסברי בגיטין דף מ"א ע"ב דמי שחציו עבד וחציו בן חורין עובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד וכן מוכח מפסחים פ"ח ע"א דמוקי למתניתין שם קודם שחזרו ב"ה להורות כב"ש והנה כ"ז כתבתי למלאות רצון כ"ת דחזינן לדעתיה שרוצה לפלפל לשיטת הר"י הלוי וסייעתו לדינא כבר איפסיק ההלכה דאין חילוק בין לוקחין ליורשין ומקבלי מתנה ובחו"מ סי' קע"א לא הובא כלל זכר לשיטה זו:

אח"כ כתב לי הרב הנ"ל שנית שיוצא בספר שער משפט סי' קע"ה ס"ק ה' שכ' אמנם אם רוצה אחד מהשותפים למכור חצי חלקו לאחר באופן שגם האחר יתעסק בהשותפות בזה נראה ברור שהאחרים יכולין למחות ומביא ראיה מפסחים דף פ"ט ע"ב ממתניתין הממנה עמו אחר בחלקו וקאמר בגמרא דיעות שאני ולפענ"ד מהתוס' והקדמונים בש"ס דב"מ הנ"ל משמע דאין לחלק בין אחד להרבה דיעות ובש"ס דפסחים י"ל דסעודה שאני דהרבה בני אדם מקפידין שלא לאכול עם הרבה בני אדם וכמו דמצינו ביקירי ירושלים לא היו מסובין אלא א"כ היו יודעין מי מיסב עמהם ואין לדמות סעודה למסחר וקנין:

והנה עמדתי בהבנת דברי התוס' בב"מ שם ד"ה מסלקינן וכו' ולאו מילתא היא שכתבו וז"ל פי' ריב"ן שלא אמר דבר זה מעולם אלא להפחידם אמר כן ותימא דאם לא אמר מעולם למה הזכיר כל כך אמוראים רב הונא ואיתימא רב יהודא כו' וי"ל דרב יוסף לא הזכיר אלא אחד מהם ובני ביהמ"ד נסתפקו בין אלו איזה מהן הזכיר עכ"ל והנה הענין תמוה וכי בשביל להפחידם אמר רב יוסף הלכה בשם ר"ה או ר"י מה שלא אמרו מעולם וחלילה לומר דרב יוסף הוציא מפיו דבר שאינו אמת ועיין בשטמ"ק שיש שאינן גורסין כ"ז כלל בגמרא:

ואת אשר האיר ד' את עיני בזה לפרש עפ"י מה דאיתא שם בגמרא בסמוך ההוא שתלא דאמר להו אי מפסדינא מסלקנא אפסיד אמר רב יהודה מסתלק בלא שבחא ור"כ אמר

מסתלק ושקיל שבחא ומבואר דהמה פליגי בלשון מסתלק אי פירושו בלא שבתא או בשבחא ולפ"ז יש לומר דהמימרא היתה האי שתלא דשכיב יורשין דילי' מסתלקין להו ולא יותר והני שני תיבות בלא שבחא הוסיף ר' יוסף מדעתי' משום דסבר דלישנא מסתלק הכונה בלא שבחא כמו שסבר רב יהודה וע"ז קאמר הש"ס ולאו מילתא הוא ופי' ריב"ן שלא אמר דבר זה מעולם אלא מסתלקין היינו דשקיל שבחא וכן פסק הרמב"ם ז"ל והטור חו"מ סי' של"ט ע"ש ולפ"ז יותר נראה דרב יוסף בעצמו אמר משמיה דרב יהודה דהוא מרא דשמעתתא שם. עוד נ"ל עפ"י מה דאיתא בחולין דף י"ח ע"ב מאן אמרה יוסף בר חייא יוסף בר חייא מכו"ע גמיר וכתב רש"י ז"ל שמא שמע דבר מפי אחר שלא דקדק בדברים כמו שנאמרו שמע רב יוסף איקפד אנא מכו"ע גמירנא אנא מרב יהודה גמירנא דאפילו ספיקא דגברי גמיר ע"ש ועיין בתוס' סוכה ל"ד ד"ה ולידרוש דאין להפחיד במידי דלא סבירא ליה ע"ש והנלענ"ד כתבתי:

סימן יד

שלישית להרב הנ"ל:

ע"ד שאלתו בשני יהודים שהי' להם פאבריק בשותפות עם אינו יהודי אחד ותנאי אחד הי' בכתב השטר שותפות שאין ביד אחד מהשותפים למכור חלקו לאיש אחר זולת להשותפים ואם יעבור ע"ז יפול חלקו להשותפים ואח"כ רצה האינו יהודי למכור חלקו ונתרצו היהודים השותפים ע"ז ומכר חלקו לאינו יהודי אחר ואח"כ רצה גם זה האחר למכור חלקו להשותפים ודחוהו מיום אל יום כי חשבו לקנות מאתו בזול אבל בנתיים קם בן של אחד מהשותפים וקנה החלק מהאינו יהודי ומחמת כי לא היו יכולים לעשות שטר מכירה כי היו יריאים שיפסידו חלקו ויפול להשותפים כפי התנאי השכילו שיטול הקונה מהמוכר פאלמאכט על עולמית בלי חזרה וכאשר נתוודע הדבר התחילו לצעוק על מה עשה ככה השיב מתחילה שקנה לטובת השותפים ואח"כ חזר מזה ואמר שלעצמו קנה ואח"כ נתפשרו יחדיו שיהי' גם הוא שותף עמהם על איזה פראצענט ויעשו ע"ז נאטריאטסאקט וכאשר באו אל הנאטאר לעשות השטרות עפ"י חקי המדינה חזר השותף השני מזה באמרו כי לא טוב לפניו להיות שותף עם אב ובן כי תמיד יתאחדו בדיעה אחת נגד דעתו ורצונו וע"ז נשאלתי מן קדמוהי היכי נדיינא דיינא להאי דינא:

והנה ראשית דברי כ"ת להעיר אם יש לדון בזה דינא דבר מצרא דהא קיימ"ל בחו"מ סי' קע"ה דלשותף יש טענת בר מצרא אך קיימ"ל דזבין מנכרי ליכא דינא דבר מצרא דמצי אמר לי' ארי' אברחת ממך אך התוס' בב"מ ע"ג ע"א גבי רב מרי משכן לי' ההוא נכרי ביתו כתבו דבמשכנתא דליכא טעמא דארי' אברחת ממך גם ונכרי איכא דינא דבר

מצרא אמנם בשיטה מקובצת שם הביא דעת הר"פ דגם בכה"ג ליכא דינא דבר מצרא דלא פלוג רבנן ולהכי דעת כ"ת נוטה דבנ"ד נמי לא שייך לומר הטעם דארי' אברחת ממך מחמת כי תנאי הי' ביניהם שאין:

להבריחו זולתם וע"כ הי' מוכרח האינו יהודי למכור להם חלקו וכ"ת האריך אם יכול לטעון הלוקח קים לי כדעת הסוברים דגם בכה"ג ליכא דינא דבר מצרא זהו תוכן דברי כ"ת ויש ליתן עוד תבלין לדבריו אלו עפ"י מה שהקשה השט"מ דלמה לא מצי המצרן לומר דאני בעצמי הייתי מבריח את הנכרי ממני ותירץ דשמא הי' מוכר בנתיים לגוי אחר עיי"ש א"כ הכא שהתנאי הי' שלא למכור לאיש אחר רק להשותפים א"כ יכולים לומר שאנו בעצמינו היינו מבריחים אותו אלא שזה יש לדחות שהי' בידו ליתן פאלמאכט לגוי אחר כמו שנתן לישראל זה פאלמאכט:

והנה מה דפשיטא לי' לכ"ת דדעת הר"פ בשטמ"ק דגם בכה"ג דלא שייך הטעם ארי אברחת ממך ג"כ ליכא דינא דב"מ היכא דזבין מנכרי לדעתי יש לשדות בי' נרגא דגם הר"פ לא כתב כך אלא ליישב קושית התוס' שהקשו שהי' לו לרב מרי לסלקו לרבא מטעם דינא דב"מ וע"ז תירץ הר"פ דרבא מגוי זבנא ואמרינן לקמן דזבין מגוי לית בי' דינא דב"מ ואפילו לא שייך האי טעמא כו' דלא פלוג רבנן והיינו דרב מרי הי' סבר הכי ומשו"ה לא בא לסלקו לרבא אבל רבא בעצמו הא קאמר התם בהדי' אלו הוי ידענא דהוי ממושכן למר לא הוי זבינא לי' עיי"ש אלמא דסבר רבא דגם בזבין מגוי איכא דינא דב"מ וע"כ משום דהיכי דלא שייך הטעם דארי אברחת ממך אין חילוק בין ישראל לגוי א"כ לדידן לדינא צריכים לפסוק כרבא דהוא מרא דכולא תלמודא אך אולי יש לומר דרבא אמר רק לפנים משורת הדין וצ"ע: והנה אחוה דעי מה שנראה לפענ"ד דבזמנינו אלו ובמדינתינו מדינת אוסטרייך אשר אנחנו תחת מלך של חסד ומלא רחמים הוא אדונינו הקיר"ה פראנץ יאזעף הראשון השם הטוב יאריך ימיו ושנותיו בטוב ובנעימים וחוקים ומשפטים ישרים נתן לנו ככל אזרחי הארץ באין הבדל בין אומה לאומה ובין דת לדת ורוח העמנאנציפאציע מרחפת על פני כל ארצינו אין חילוק כלל בין זבין מישראל ובין זבין מנכרי שאינו יהודי דרק בימים הקדמונים דוקא שהיו רודפים אותנו שאר עמי הארץ והמה היו מתגרים בנו בכל יכולתם שפיר אמרו חז"ל דבזבין מנכרי ליכא דינא דב"מ משא"כ עתה שנשתנה כל התנהגות הממשלה ונתהפכה מאויב לא והב ואין אנו גירי אריות ח"ו רק לתושבים נחשבנו כמוהם כמונו יושבים כאחים יחדיו ולדעתי זהו יסוד גדול בכמה הלכות וכל הפורש מזה כפורש מן חיי המדינות וחיי הלאומיות והוא בין אחים יפריד וכמה רעות גרמו לישראל עי"ז שלא הבינו הענין לאמיתתו לכן בזה"ז

גם בזבין מאינו ישראל איכא טענה דב"מ כן נראה לי ברור. אך בנ"ד שהשותפים ידעו שהאינו יהודי רוצה למכור חלקו והם דחוהו בקש שחשבו שמחמת זה יהי' מוכרח למכור בזול ליכא דינא דב"מ כלל גם בישראל כי מבואר בסוגיא דהמקבל דבכל מקום דאיכא ריעותא למוכר לא תיקנו דינא דב"מ ואם נימא דגם היכא שידעו המצרנים שהמוכר רוצה למכור אך רצו לקנות בזול איכא נמי דינא דב"מ א"כ מחמת זה יהי' ריעותא למוכר דשום אדם לא ירצה לקנות ממנו בחשבו כי מה לי לכנוס בדבר זה על חנם ולקנות היום ולמחר יבא המצרן ויסלק אותי בטענת ב"מ וא"כ מחמת זה יבוא לעולם המוכר לידי פסידא אלא ע"כ בכה"ג ליכא דינא דב"מ וכמדומה לי שכבר קדמוני בזה בספרים אבל לא אוכל לחפש אחריהם: עוד טעם אחר יש לדון בנ"ד אם יש כאן דין מצרנות עפ"י מה דמבואר בחו"מ סי' קע"ה סעי' נ"ג דלא שייכא דין מצרנות אלא בקרקעות או במחובר לקרקע אבל בעבדים ומטלטלין אין נוהג בהם דין מצרנות כלל א"כ בפאבריק יש שני ענינים חדא הקרקע והבנינים והמכונות המחוברים לקרקע והב' הכלים והסחורות והתקונים והמסחר גם בהמות אשר כל זה נצמדים יחד ואין למכור זה בלא זה ומעתה לפי מה דמבואר בש"ס ופוסקים דמכר כל שדותיו לאחד שאין לו דינא דב"מ כיון שאינו מצרן לכל מה שמכר ומבואר דאפילו אם המצרן רוצה לקנות הכל לא מהני א"כ הכא בפאבריק כיון שעל הרבה דברים ליכא תורת מצרנות מחמת שהמה מטלטלין נפסק תורת מצרנות לגמרי אפילו מן הקרקע והבנינים ודברים המחוברים לקרקע וזה שאלה גדולה לכאורה לפענ"ד אך לפי מה שפסק הרמ"א שם בהג"ה דשותפין במטלטלין ואחד מכר חלקו יכול השותף השני לסלקו ללוקח אם נראה לב"ד שאין השותף השני נוח לו כראשון והוא ממהרי"ק שורש כ' ע"ש א"כ בנ"ד בפאבריק יש לסלק ללוקח אם נראה לב"ד שאין השני נוח לו:

והנה לפענ"ד יש להביא ראי' לדברי המהרי"ק מגיטין דף מ' ע"א ההוא עבדא דבי תרי קם חד מנייהו ושחררו לפלגא דידי' ואמר אידך השתא שמעו בי רבנן ומפסדי לי אזל אקני' לבנו קטן שלחי' ר"י בריה דרבא לקמי' דר"פ שלח לי' כאשר עשה כן יעשה לו כי אנן קים לן בינוקא דמקרבא דעתי' לגבי זוזי מוקמינן לי' אפוטרופס ומקרקש לי' זוזי וכתב לי' גיטא דחירותא על שמי' ועיי"ש בתוס' שכתבו בשם ר"ת דהכא לאו קנסא הוא ובדין יכול אפוטרופס לשחררו דרך מכירה כדאמרינן ומוכרין אותן לאחרים ולרבו נותן דמי עצמו ויוצא כו' ע"ש והנה לכאורה תמי' לי דמה מהני זה נהי' דאפוטרופס יכול למכור זהו רק כשהוא לטובת היתומים אבל כאן אינו לטובת הקטן כלל ומוכח מהש"ס דאלו הי' מקנה החצי עבד שלו לבנו קטן קודם השחרור של חבירו לפלגא דידי' ולא הי'

שום הערמה בזה לא היו ב"ד עושין כן רק מחמת שכבר הי' משוחרר חציו וזה עשה בערמה כן אמרו רבנן כאשר עשה כן יעשה לו א"כ איזה דין יש כאן לחלק בזה ובממ"נ אם יש ביד הב"ד להעמיד אפוטרופס לקטן לשחרר חצי עבד וחצי ב"ח גם בלא האי קרא דכאשר עשה כן יעשה לו נמי ואם אין ביד ב"ד לעשות כן משום דקטן לאו בר כפי' הוא וכעין זה חשוב כפי' השתא נמי איך רשאין לעשות כן אבל לפי מ"ש המהרי"ק שפיר יש לומר דמטעם בר מצרא קאתינן עלה דכיון שבשעה שהקנה לבנו קטן כבר הי' חצי משוחרר והי' שותפים בגופו א"כ עפ"י הדין מסלקינן ללוקח ואפילו אם הלוקחים המה קטנים כמבואר שם בחו"מ סעי' מ"ז והכא פשיטא דזה הלוקח השני בנו הקטן אינו נוח להעבד כמו הראשון שהרי להראשון היו ב"ד כופין לשחררו ומשו"ה שפיר מוקמינן הב"ד אפוטרופס לשחררו דרך מכירה משא"כ אלו הי' מקנה לבנו קטן קודם ששחרר חבירו לפלגא אז לא הי' להעבד טענת מצרנות ולא הי' בדין לשחררו דרך מכירה ודרך כפי' נמי לא דהא אין כפי' לקטן ודו"ק. איברא שהש"ך שם ס"ק למ"ד כתב דאם מכר הקרקע לבנו ובא המצרן לסלקו צ"ע לדינא דהי' יכול לומר דזה יותר ישר וטוב שאני מחזיק אחוזת אבותי ולזה הדעת נוטה ע"כ א"כ לפי"ז הכא דאקני' לבנו ליכא תורת מצרנות אך באמת י"ל דהכא שאני דלישא שפחה אינו יכול ולישא בת חורין אינו יכול א"כ בודאי אין לך ישר וטוב יותר מזה גם בבנו ולהכי מסלקינן לי' להבן כדי לקיים ועשית הישר והטוב:

ובגוף הדבר נראה לפע"ד דאפילו אם נתן לבנו במתנה נמי יכול לסלקו בכה"ג דזה עדיף ממתנה שיש בה אחריות נכסים דקי"ל דיש בה דינא דבר מצרא משום דמוכח שיש בזה רמאות. ובגוף הדבר נ"ל שאין אנו צריכים לבוא בענין זה לתורת מצרנות רק שמחויב הקונה להחזיר להשותפים מצד התנאי שהי' על המוכר אם נראה לב"ד שמה שעשה פאלמאכט אינו אלא הערמה בעלמא ובאמת קנה מיד הא"י והמוכר לא הי' רשאי למכור מחמת תנאי שבשטר ובזה צדקו לפענ"ד דברי כ"ת מ"ש דהקנין והתק"כ:

שנעשה ביניהם על הפשר לא נגמר עדיין כל זמן שלא עשו הנאטריאטסאקט אחרי שהקנין הי' על דעת כן לכתוב אצל הנאטאר כמבואר בחו"מ סי' רמ"ג סעי' ז' אך מ"מ נראה לי שיכול הקונה להחזיר הפאלמאכט להא"י המוכר שלו אחרי שכל עיקר טענת השותפים הוא מכח התנאי שעשה המוכר ונתבטל המכירה אין לו לכנוס בתגר הלזה אחרי שהמה באו בטענתם על המוכר שהוא בא מכחו ודוגמא לזה נ"ל מכתובות דף ק"ט ע"ב גבי מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו דאמרינן התם כי פליגי בחד דאתי מכח ד' דרבנן סברי אם שתקת שתקת ואם לא מהדרינא שטרי למרייהו ולא מצית

לאשתעי דינא בהדייהו וכתבו שם בתוס' דזכות הבא על ידו הוא יכול להפקיעו ולהעמיד בזכותו שהי' לו קודם שבאו לו אלו השדות לידו והכא נמי כיוצא בזה כ"ז נראה לפע"ד וד' יצילנו משגיאות סימן טו כבוד הרב החריף המופלג מו"ה יחיאל לעהרער נ"י:

ע"ד שאלתו באחד שלקח מראובן סחורה בזמנים מחולפים בהקפה ועתה יש הכחשה ביניהם על איזה סחורות אי חשוב בכה"ג מודה במקצת הטענה לחייבו שבועה דאורייתא כיון שאין ההודאה שייך להכפירה כיון שנעשה בזמנים מיוחדים והביא כי נסתפק בזה הגאון בעל שו"מ מהד"ק ח"ב סי' ק"ץ הנה עיינתי בס' הנ"ל וראיתי שכן הדבר שנסתפק בזה אבל אחרי בקשת הסליחה שגגה גדולה פלטה קולמסו ודין זה מבואר בחו"מ בהדיא בשתי מקומות בסי' ע"ה סעיף ח' ובסי' פ"ח סעיף ל"א וזה הלשון בסי' פ"ח תבעו מנה הלויתיך בניסן ומנה הלויתיך בתשרי והודה לו באחד מהם חשוב שפיר ממין הטענה אע"פ שלא הלוהו כאחד וכ"ז הוא בטור שם בשם בעל התרומות וכן מעשים בכל יום בכל בתי דינים בישראל ואמינא כד ניים ושכיב הגאון ז"ל כתב להך שמעתתא שוב הראו לי שבשו"מ מהד"ת בהערות ההקדמה כתב הגאון בעצמו שכבר נשאל על דבר זה מכמה רבנים וכתב ליישב דבריו בדברים סתומים ואין להם פירוש כלל ובמחכ"ת רצה לתקן אבל לא תיקן מאומה ע"ש: ומחמת כי אמרו אין בהמ"ד בלי חידוש אמרתי לפרש בזה הש"ס דב"מ דף ה' ההיא רעיא בכל יומא הוי מסרי ליה חיותא בסהדי יומא חד מסרי ליה בלא סהדי אמר להד"מ אתי סהדי אסהידי ביה דאכל תרתי מינייהו אמר ר' זירא אי איתא לדר' חייא קמייתא מישתבע אשארא ע"ש והקשה בחידושי הריטב"א והש"מ דלמה ליה להש"ס להאריך דכל יומא הוי מסרו ליה חיותא בסהדי דמאי נ"מ בזה ותירצו דקמ"ל דלא אמרינן כיון דכל יומא הוי מסרי ליה אלא בסהדי צריכים אנו להאמין לרועה על מה שאמר להד"מ ע"ש וצ"ע דכיון דאיכא עדים דאכל תרתי מינייהו איך אפשר להאמינו להד"מ והריטב"א כתב דהני סהדי שקרי נינהו וזה דוחק אבל לפענ"ד נראה עפי"מ שכתבו התוס' בב"ק דף ע"ט ע"ב ד"ה אין מגדלין דמיירי שקיבל הרועה חיותא לגדלן ע"ש ובאמת כן דרך הרועים שמקבלין חיותא לגדלן וכל החיותא היה ביד הרועה ומה שהעידו העדים דאכל תרי מינייהו אין הפירוש שיודעים המה דהני תרי היו מאותן שמסר ליה באותו יום שטען להד"מ דמניין להם לידע דבר זה כיון שלא ראו שמסר ליה כלל אלא פשיטא דמינייהו קאי מכל אותן חיותא שמסר ליה הבעה"ב בכל הזמן בסהדי וכיון שהרועה מודה לבעה"ב שאותן מספר חיותא שמסר לי' בסהדי נמצא אצלו על כרחך לפי דברי העדים שהעידו שאכל הרועה חיותא מאותן שנמסרו לי' בסהדי יש בתוך אותן שנמצאו אצל הרועה עכשיו תרי אחרינא והרועה

צריך לשלם בעד אותן שאכל ומשו"ה אמרו אם איתא לדר"ח משתבע דליכא למימר דחשוב מודה במקצת מחמת אלו שהם קימים דהא הו"ל הילך אלא ע"כ בעד אותן שאכל שצריך לשלם חשוב מודה במקצת ומוכח א"כ דגם בזמנים שונים נמי יש לו דין מודה במקצת כמו שכתב הבעל התרומות ומעתה שפיר ניחא מה שהוצרך הש"ס לומר דבכל יומא הוה מסר לי' חיותא בסהדי כדי לאשמועינן דין זה אע"ג דההודאה והכפורה המה בזמנים מחולפים מ"מ אם איתא לדר"ח קמייתא משתבע אשארא וכנ"ל:

סימן טז

הנה בדבר קושיתו בב"ק דף צ' בהא דפריך הגמ' התם כי קדמו ודנוהו ד"נ מאי הוי ליהדר ולדייני' ד"מ לפי מה דאמרינן בב"ק דף י"ג רבינא אמר למעוטי נגח ואח"כ הפקיר או נגח ואח"כ הקדיש דפטור וכתב הרא"ש ז"ל דגם רבנן דפליגי אדר' יהודא בשור הנסקל מ"מ בנזקין מודי רבנן דנגח ואח"כ הפקיר או הקדיש פטור וא"כ מאי פריך הכא ליהדר ולדייני' כו' הא כיון דכבר דנוהו ד"נ ונעשה שור הנסקל חשוב כהפקר והביא כ"ת ראי' דשור הנסקל חשוב הפקר מכריתות דף כ"ד דאמרינן התם שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו עכת"ד:

הנה מה שהביא להוכיח מהא דכריתות אך למותר הוא דעד כאן קא שקיל וטרי התם בגמ' אלא כשהוזמו עדיו אבל קודם שהוזמו פשיטא דחשוב הפקר כמו דאמרינן בהדי' בב"ק דף מ"ה משנגמר דינו הקדישו אינו מוקדש כו' עיי"ש והנה כבר עמד בקושיא זו הגאון רע"א ז"ל בגליון הש"ס שלו בב"ק דף צ' שם ולכאור' עלה בדעתי לומר דהרא"ש ז"ל לא כתב כן אלא בתם דקיימ"ל פלגא נזקא קנסא דסתם שורים בחזקת שימור קיימי רק רחמנא קנסי' כי היכי דלינטרי' לתורא ומשו"ה בנגח ואח"כ הקדיש או הפקיר שוב אין השור מוטל עליו לשמרו לא קנסי' רחמנא אבל במועד דחייב לשלם מצד הדין לא מסתבר כלל לחלק ולפוטרו אם הפקיר או הקדיש אח"כ והלא לקמן פליגי בגמ' אשו משום מה מיחייב ואיכא מ"ד דאשו חייב משום ממונו וחשוב כמו שורו שהזיק כמ"ש רש"י ז"ל שם והא האש ליתא בשעת העמדה בדין ומ"מ הוא חייב א"כ פשיטא דשורו נמי בכה"ג דעכ"פ לא גרע מאשו וכן מוכח ממתניתין דקתני לא הרי השור כהרי המבעה ואם איתא דבשור בעינן שיהי' נמי בשעת העמדה בדין לא הי' מצריכינן כלל האי צריכותא אלא מוכח מזה דהרא"ש ז"ל לא קאמר אלא בתם ובלא"ה נראה דגם אוקימתא ראשונה דהגמ' שם בדף י"ג דאתי למעוטי דנגח שור של הפקר וקדם אחר וזכה בו וכתב הרא"ש ז"ל ח"ל דלא מפקינן לי' מניה ולא אמר משעה שנגח הוחלט השור עכ"ל עיי"ש א"כ מזה נראה נמי דמיירי רק בתם דמשתלם מגופי': שוב נתתי עיני בהשיטה מקובצת שהביא

ג"כ בשם הראב"ד ז"ל וז"ל רבינא אמר וכו' ואע"ג דלענין קטלא אין הלכה כר' יהודא לענין תשלומין מיהת אם הפקירו או הקדישו קודם העמדה בדין פטור דכתיב ומכרו את השור החי וחצו את כספו אלמא בדאית לי' בעלים בשעת תשלומין מיירי עכ"ל משמע מזה דבתם מיירי אולם אח"כ הקשה דלמאן דאמר הוחלט השור הא אין בידו להקדישו ולהפקירו וכתב וי"ל דרבינא מיירי במועד דכיון דנסקל לא שייך בי' החלטה בב"ד כו' עיי"ש אך בלא"ה דבריו האחרונים אלו המה מגומגמים מאוד בלי הבנה כלל כמו שיראה המעיין:

ודע דקושית השיטה מקובצת שהבאתי למעלה לדעתי בפשיטות יש ליישב דמיירי הכא שהשור הי' שוה:

יותר מהחצי שהזיק א"כ כי הפקירו או הקדישו נהי דלא מהני ההפקר או ההקדש נגד מה שמחויב לשלם מ"מ על מה ששוה יותר פשיטא דשפיר הפקיר והקדיש ומשו"ה בכה"ג פטור מלשלם דכיון דעכ"פ חל ההקדש והפקר במקצת תו לא חשוב כאחד אבל לקמן דהסוגיא קאי אהא דקתני במתניתין דהתם שור שוה מנה שנגח לשור שוה מאתים ואין הנבלה שוה כלום נוטל את השור נמצא שכל השור שייך להניזק שפיר אמרינן שהקדישו אינו מוקדש דהא הוא משועבד לניזק וממילא חשוב כאחד ועיין בגליון הש"ס לרע"א בהגהותיו על הש"ס שם בדף צ' שהקשה ג"כ כעין קושית השיטה מקובצת ולפענ"ד נראה כמו שכתבתי:

אמנם גם אפילו לפמ"ש השטמ"ק דרבינא מיירי במועד לפענ"ד נמי לא קשה הקושיא הנ"ל דנראה לי דדוקא נגח ואח"כ הפקיר או הקדיש הוא פטור אבל אם מת השור קודם העמדה בדין הוא חייב וכן מוכח מהא דאמרינן בריש פרק שור שנגח את הפרה ליתא לפרה משתלם מולד והחילוק בזה דדוקא הפקיר או הקדיש הוא פטור דנשתנה מרשות הבעלים לרשות אחרת אבל אם מת דלא נשתנה לרשות אחרת חשוב שפיר כאחד לא מיבעי' להסוברין דאם מכר קודם העמדה בדין הוא חייב פשיטא דאם מת השור הוא חייב אלא אפילו לפמ"ש רש"י ז"ל דבעינן שיהא מיוחדים לאדם אחד כו' ולפ"ז אם מכר בנתיים את השור הוא פטור כמ"ש המפורשים מ"מ אם מת נראה לי ברור דחייב ובזה ניחא נמי מה שהערותי למעלה מהא דאמרינן אשו משום ממונו ומתניתין דריש ב"ק דקתני לא הרי השור כהרי המבעה ומעתה לפ"ז ניחא הקושיא הנ"ל דשור הנסקל דהוי איסורי הנאה אף דלא חשוב של הבעלים כיון דאין בו זכי' לכל אדם לא חשוב כרשות אחר אלא דמי כאילו מת דלא מיפטרי הבעלים בהכי ודוק כי זה ברור לדעתי:

סימן יז

אשיב ואומר שלום אל כבוד ידידי הרב המאוה"ג חריף ובקי מוה' אורי בלאם נ"י מו"ץ בק' וויזניטץ:

בדבר המשפט בראובן שהי' לו בית ולו שני צדדים חדרים מול חדרים ובאמצע יש בית שער הנקרא פארהויז רחב ד' אמות ועשר צאל ומכר לשמעון צד אחד מהבית עם חצי בית שער ואח"כ מכר ללוי צד השני עם הבית שער חציו השני וכה דרו בהבית כמה שנים ועכשיו רוצה שמעון לחלוק הבית שער ולעשות מחיצה באמצע ולוי מוחה בזה ובאו לדין לפני כ"ת ומתחלה האריך כ"ת וכתב דגם אי נימא דהבית שער הלזה דינו כאין בו דין חלוקה מ"מ נראה דהדין עם שמעון וטעמו כמו שאכתוב להלן:

מ"ש כי הלשון של חצי בית שער יש לפרש מחצה הסמוך לביתו והוי כאילו מכיר חלקו והביא כ"ת מ"ש הרדב"ז בתשובה חלק ד' סי' י"ז דלא אמרינן מחצית כל חלק וחלק אלא בהראה לו כל הבית ואמר לו מחצית מבית זה אני מוכר לך אבל בייחד חלקו לא אמרינן כן. הנה דברי הרדב"ז המה ברורים ופשוטים והכא נמי אלו הי' בהבית שער דין חלוקה הי' אפשר לומר כן דהמכירה הי' על אופן זה אבל אי נימא דאין בהבית שער דין חלוקה לא מסתבר כלל לומר דכך הי' כונתו לחלוק ולעשות מחיצה ולהפסיד לשניהם ובפרט כפי אשר העתיק כ"ת בסוף מכתבו לשון השטר מכירה שכתבו "דיא פערקייפער איבער געבין דאס פערקויפטע אין אבזאטץ בעצייכנעטע פארהויז (וואהנהויז) וויא זיא זעלבער (זאלכעס) בעזעסען אונד בעניצט האבען" כי לשון זה מורה שישתמשו בשותפות בהפארהויז כאשר השתמשו בו מקדם הדרים בצד זה עם הדרים בצד האחר. ויותר מה מצינו בב"ב ז' ע"א דמצי אמר לי' אדעתא דהכי פלגי דדיירי בי' כי היכי דדרו אבהתן ואע"ג דהתם לא קיימ"ל הכי מ"מ בנ"ד בודאי מסתברא שלא הי' כונתם לחלוק דבר שאין בו כדי חלוקה ולהפסיד לשניהם:

ומה שהביא סיוע מדברי הטו"ז בחו"מ סי' קע"א סעי' ד' שכתב לפרש דברי הרמ"ה דאם יש לו אצלו קרקע הראוי להצטרף עמו יכול חבירו לכופו לחלוק וכתב הב"ח ונראה טעמו כיון דאי הי' בו דין חלוקה הי' צריכין ליתן לו חלקו אצל שדהו להכי גם באין בו דין חלוקה קרינן בי' מכיר חלקו וכן הסכים הטו"ז עיי"ש. הנה באמת דבריהם תמוהים כאשר תמה ע"ז השע"מ דאין ענין לדמות כלל להך דמכיר חלקו דשם סעי' ב' דהתם כבר חלקו וכל אחד קנה להשתמש בחלקו ולא בחלק חבירו משא"כ היכי דלא חלקו ומשתמשין בכולן רק יש לאחד שדה סמוך לו דאלו הי' בו דין חלוקה הי' נותנין לו צד זה מחמת שכופין על מדת סדום כיון שזה נהנה וזה לא חסר וכמ"ש הש"ך שם אבל

איך יתכן זה שיהי' מהני סברא זו להפסיד לחבירו בעל כרחו דכל עיקר היסוד הוא שזה נהנה וזה לא חסר ומחמת כן יהי' חסר ונפסד דבר זה קשה להולמו מצד הסברא:

אבל עוד הקשה השע"מ על הטו"ז מגמרא ב"ב י"א הא דאמר רב אסי אמר ר' יוחנן ארבע אמות שאמרו חוץ משל פתחים ולדעת הטו"ז למה אין בו דין חלוקה הא כל אחד מכיר את חלקו וצד ביתו. ובאמת אין התחלה לקושיא זו ולא ידעתי למה מקשה ממתניתן דקתני התם אין חולקין את החצר עד שיהי' בו ד' אמות לזה וד' אמות לזה ואיך משכחת לה האי דינא הא אפילו בפחות מד"א כל אחד מכיר את חלקו לדעת הטו"ז ומאי עדיפותא של השע"מ להמתין ולהקשות על הטו"ז מהך מימרא דר' אסי אר"י דד' אמות שאמרו חוץ משל פתחים אלא הקושיא מעיקרא ליתא דגם הטו"ז לא קאמר אלא היכי שיש עכ"פ לזה שרוצה לחלוק חצר אחרת סמוך לזה שראוי להצטרף עם חלק שלו לכן אמרו חז"ל שיחלוקו כדי שירויח עכ"פ אחד מהם אבל כשאין לשום אחד מהם כדי להצטרף גם הטו"ז לא קאמר א"כ התם אליבא דר' אסי אר"י דהשיעור כדי חלוקה הוי ח' אמות וכשאין לאחד מהם ח' אמות חשוב אין בו דין חלוקה דהא הש"ס מיירי שכל החצר הוא בשותפות ואין לאחד מהם חצר אחרת שיצטרף וזה פשוט. ולא עוד אלא שמדברי הרמ"ה בעצמו מוכח הכי דהא בחו"מ שם סעי' י"א כתב המחבר חצר של ז' אמות לראובן יש לו ד' אמות ושמעון יש לו ג' אמות יכול ראובן לומר לו אטול שלש אמות ואמה אחת אשאר שותף ואח"כ יטעון גוד או אגוד ע"ש והוא מהטור בשם הרמ"ה ועי' בש"ך שם. ולפי מה שסבר השע"מ תקשה אהרמ"ה דידי' אדידי' דתיפוק לי' אם יטול ראובן ג' אמות וישאר אמה אחת שותף שוב יהי' ראובן מכיר חלקו לצד הג' אמות שלו ויהי' גם בהמותר ד"א דין חלוקה ולמה כתב דאח"כ יטעון גוד או אגוד אלא ע"כ כדכתיבנא דגם הט"ז לא קאמר בכה"ג שהחצר אשר רוצה להצטרף אין בו בפני עצמו ד"א ואין עליו תורת חצר כלל ואם באנו לקיים דברי הט"ז במקצת יש לקיים על אופן זה עפ"י מ"ש הש"ך בשם הב"ח שם בסעי' י"א על הך דינא שהביא המחבר בז' אמות ויש לראובן ד' אמות כו' יכול לחלק שלש אמות לעצמו דדוקא בכה"ג אבל היכי שיש רק שש אמות לא מצי ראובן לומר הכי וטעם של הב"ח עכצ"ל דכשיש לראובן ד"א יפה כח ראובן מכח שמעון אחרי שמצדו ראוי לחלוק והמניעה רק מצד שמעון ולהכי נמי בכי האי גוונא שיש לראובן חצר אחרת הראוי להצטרף לחלקו ג"כ יכול לומר לשמעון אפילו:

שהמה שותפין בשוה מצדי אני ראוי לחלוק מחמת שיש לי חצר להצטרף רק המניעה הוא מצדך א"כ אטול ב' אמות ואצטרף לחצר שלי ואמה אחת אהי' שותף עמך בהד' או בהחמשה אמות הנותרים:

ודע דיש לי לעורר לדעת הש"ך שם בסעי' י"א דלאו דוקא ז' אמות אלא גם בששה אמות כמי יכול האחד לחלוק לעצמו שתי אמות יקשה הסוגיא דנדרים בפרק השותפים דף מ"ו ע"ב דמסיק הש"ס מחלוקת כשאין בה דין חלוקה אבל יש בה דין חלוקה דברי הכל אסור וע"ש בר"ן כיון שאחד יכול לכוף את חבירו לחלוק אסור ולדעת הש"ך עכ"פ יכול האחד ליטול ב' אמות ולהניח המותר בשותפות ועתה כשמשתמש בכולה האחד נהנה משל חבירו ולמה יהי' מותר באין בו דין חלוקה ודוחק לומר דמיירי דליכא רק ד' אמות מצומצמות בכל החצר וע"ש ברא"ש דמפרש אין בו דין חלוקה שאין לכ"א ד' אמות ואולי יש לומר דכיון דאין דרך לחלוק שתי אמות דלמה יפסיד לעצמו לא חיישינן לזה ומ"מ צ"ע ומלבד זה הנתיבות דחה דברי הש"ך בדברים צודקים. היוצא לנו מזה דאם נדון הפארהויז כאין בו דין חלוקה גם לדעת הטו"ז אין כופין לחלוק:

ומה שכתב כ"ת דלכאורה יש לדון מחמת חזקה שכבר השתמשי בו בהפארהויז כמה שנים שניהם יחד וקיימ"ל דטוענין ללוקח כמו שמבואר בש"ס ופוסקים א"כ יש לטעון דראובן המוכר התנה עם שמעון בפירוש שישתמשו בהפארהויז כאחד בלי חלוקה ושוב דחה מעלתו דתנאי אינו מועיל לבאי כחו דיש לומר לי ולא ליורשי יסלח לי מעלתו אשר דחי' זו לא ידעתי מה טובה אטו זה מקרי תנאי אם מכר לו אדעתא דהכי שלא יחלקו ושישתמשו תמיד שניהם כך יש להם קנין בגוף הנחלה ואין זה תנאי כלל:

ובדבר אם יש להפארהויז שרחב ד' אמות ועשר צאלל דין חלוקה והביא כ"ת מ"ש הרשב"א בתשובה תתקי"א דכגון זה חשוב אין בו דין חלוקה משום דאין ראוי לתשמישו להכניס משאו בריוח וע"כ רצה כ"ת לומר דבשתי אמות וחמשה צאלל יש די להכניס משאו בריוח ע"כ חשוב יש בו דין חלוקה אמנם אנכי עינתי בתשובת הרשב"א שם וז"ל מסתברא שאין בו דין חלוקה כל שיחלק ואינו ראוי לתשמיש אין בו דין חלוקה ק"ו ממה ששנינו כל שיחלק ושמו עליו חולקין ואם לאו אין חולקין כו' כ"ש לתשמיש עכ"ל א"כ תרווייהו בעינן שיהי' ראוי לתשמיש ושיהי' שמו עליו ובפארהויז של ד"א נקרא טויער אשר שם מכניסין גם עגלה עם הסוסים ובשני אמות נקרא הויז א"כ כשיחלק לאו שמו עליו וכלל זה מבואר בהדיא בש"ס ובפוסקים דבעינן שיהי' שמו עליו אחר חלוקה וגם אינו ראוי לתשמיש ליסע אל תוכו עם עגלה וסוסים בשעה שבאים ויוצאים לדרך ע"כ פשוט לדעתי דזה חשוב אין בו דין חלוקה:

סימן יח

להרב המאוה"ג וכו' המפורסם מו"ה נפתלי הורוויטץ אבד"ק סיניוויטץ:

עתה באתי להשיב לכ"ת על דבר המשפט אשר הגישו לפניו אודות הרחיים שהיה בשכירות אצל ר' ליפא מאדון א' ואח"כ הלך ר' משה ושכר אצל האדון כל הפיסעסיא ור' משה השכיר הרחיים להרי"מ ור' ליפא צועק ככרוכיא שר' משה העביר עליו את הדרך לקפח פרנסתו בכמה טענות כמבואר בהשאלה באריכות וטענת ה"ר משה הוא כי ר' ליפא גרם לו כל זה לעצמו אחרי שלא רצה לשכור ממנו הרחיים ודחה אותו מיום אל יום ואח"כ כהן לר' ליפא זמן ג' ימים וכאשר לא הגיד לו תשובה בתוך ג' ימים הנ"ל חשב כי ר' ליפא הנ"ל רוצה לזלזל מקחו ע"כ השכיר הרחיים לר' י"מ הנ"ל: והנה מקודם נחקור נא את הטענה שיש לר' ליפא מצד עיקר הדין על הרחיים והנה בש"ס דב"ב דף כ"א אמרינן האי בר מבואה דאוקי רחיא ואתא בר מבואה חבריה ומוקי רחיא גביה דינא הוא דמעכב עליו דאמר ליה קא פסקת לחיותאי וקאמר הגמרא לימא מסייעא ליה דתניא מרחיקין מצודת הדג מן הדג וכו' ודחי שאני דגים דיהבי סייארא ואמר ר"ה בריה דרב יהושע פשיטא לי דבר מבואה אבר מבואה חבריה לא מצי מעכב ומבואר דרב הונא בריה דרב יהושע פליג אהאי דינא דרב הונא וסבירא ליה דלא מצי מעכב אבר מבואה חבריה ואנן קי"ל כוותיה וכן פסקינן בשו"ע חו"מ סי' קנ"ו סעיף ה' דלא מצי מעכב עליו מלבד שהב"י הביא בשם האביאסף דפוסק כרב הונא אבל יחידאה הוא בדבר זה כיון דכל הפוסקים חולקין עליו אך בתשובת מ"ב סי' כ"ז חידש לומר דעד כאן לא פליג ר"ה בדר"י אדרב הונא אלא בכה"ג דרחייא דאינו מבטל להראשון פרנסתו לגמרי שהרי הראשון עומד ברחיים שלו אלא שהשני אוקי עוד רחיים אחד ומחסר להראשון ממחייתו שלא יהא לו הרבה ריוח כבראשונה. אבל היכי שמדחה להראשון ממחייתו כו"ע מודי דמצי הראשון לעכב עליו מחמת האי טעמא דקא פסקת לחיותא ע"ש אמנם כבר קדמוהו בזה השט"מ בב"ב שם גבי הא דקאמר הגמרא שאני דגים דיהבי סייארא כתב וז"ל כלומר משלחים שלוחים לראות אם יש שם מצודות אם לאו וכשרואין מצודה הראשונה יודעים דיש שם מצודות הרבה ובורחים מאותו מקום כלו ואין נכנסים בו כלל נמצאת אותה מצודה מפסקת ליה לחיותא אבל אי לא הוי יהבי סייארא כמו רחיים שאע"פ שמקצת אנשים טוחנין בו ומקצת אנשים טוחנין בו ברחיים אחר דלא מפסיק ליה מחיותא לגמרי י"ל שאין מעכב עליו ואע"פ דמפסיק ליה מחיותא מצי אמר ליה אנת מטי לך מה דאסקי לך מן שמיא ואנא מטי לי מה דמטי לי מן שמיא עכ"ל הרי ברור שמחלק ג"כ בזה בין אם מפסיק ליה לגמרי לחיותא ובין אי מפסיק ליה למקצת

חיותא דהיכי דמפסיק ליה לגמרי כו"ע מודי דמעכב עליו אמנם המ"ב שם חילק בזה דדוקא היכי שהיה להראשון העסק בלי זמן קצוב ודעתו היה באומנות זו לעולם אבל היכי שהיה להראשון רק על זמן קצוב וכאשר כלה זמנו כלה אומנתו למה לא ירד השני לאומנתו אפי לכתחילה והביא מה שכתב המהרי"ק וז"ל מאחר שידוע שדרך כל הארץ ליקח חוקים מהאדון לזמן קצוב ואחר כלות אותו הזמן חוזרים ולוקחים חקים אחרים וכן המנהג בכל גלילות ישראל א"כ משעה הראשונה שלוקח יהודי חוק ההלואה על מנת כן קונהו דכשיכלה הזמן שיחזור ויחדש החוק עם האדון ופשיטא דלא גרע זה מעני המהפך בחררה ובא אחר ונטל הימנו עכ"ל המהרי"ק וסיים המ"ב וש"מ דרשע הוא דהוי אבל לא לעכב מדינא ע"ש:

והנה לפענ"ד יש לשדות בה נרגא במ"ש המ"ב דהמהרי"ק לא כתב אלא דהוי רשע אבל מ"מ לא מצי לעכב עליו דהנה התוס' שם בב"ב ד"ה מרחיקין כתבו וז"ל אע"ג דר"ת מפרש דבדבר של הפקר אפילו רשע לא מקרי כו' הך דשמעתין לא קשיא דאע"ג דהוי דבר של הפקר מ"מ בכמה מקומות יוכל לפרוש מצודתו ועוד דהכא אומנתו בכך עכ"ל והנה לכאורה משמע מדבריהם אלו דבהך שמעתין דמרחיקין אינו אלא דמקרי רשע ומשו"ה כתבו לפרש הסוגיא בישוב דברי הר"ת אבל לשיטת רש"י ז"ל דעני המהפך בחררה וכו' מקרי רשע גם בהפקר שפיר הוה ניחא להם דמשו"ה שפיר מרחיקין כי היכי דלא להוי רשע ועכצ"ל דמרחיקין אינו אלא לכתחלה אבל מדינא לא מצי מעכב: עליה ובאמת זה אינו במשמע דמלשון מרחיקין משמע אפילו בדיעבד ועוד הא מייתי סייעתא לדרב הונא ואיהו הא קאמר בהדיא דינא הוא דמעכב עליה. ועוד הא התוס' בגיטין סוף פרק הניזקין גבי מצודות חיות ועופות ודגים יש בהן גזל מפני דרכי שלום כתבו וז"ל ולא דמי למרחיקין מצודת הדג מן הדג דבפרק לא יחפור דהתם אומנתו בכך ומן הדין הוא שירחיק משם דא"ל קא פסקת לחיותאי ע"ש א"כ מבואר בדבריהם דהא דמרחיקין מדינא הוא וא"כ לפ"ז קשה מה שכתבו שם בב"ב בתחילת דבריהם לפרש רק לשיטת ר"ת גם לשיטת רש"י היה להם להקשות נהי דמקרי רשע מ"מ למה מעכב עליו דע"כ לא פליגי רש"י ור"ת בדבר הפקר אלא אי הוי רשע אי לא אבל מ"מ מדינא לא מעכב עליה. וא"כ גם לשיטת רש"י ע"כ אנו צריכים להטעם דאומנתו בכך אלא ע"כ נראה מזה דהתוס' סבירא להו דזה בזה תליא דאם נימא דעני המהפך וכו' בעלמא גם בהפקר חשוב השני רשע היכי דהוי באקראי מסתברא למימר דהיכי דהראשון פרנסתו בכך גרע טפי דמסתמא סומך דעתיה עילויה דגם בשעה ראשונה דסבר דשום אדם לא יסיג גבולו להיות רשע בדבר שהוא מהפך ומחמת האי טעמא שם כל מבטו לפרנסתו

בזה העסק ולא פנה לעסקים אחרים עד שברבות הימים החזיק בזה העסק שיהא נקרא אומנתו בכך ולפ"ז פירוש של התוס' כך הוא דבאמת גם התוס' בה ס"ד היה סבור דגם לשיטת רש"י ז"ל אנו צריכין להטעם דאומנתו בכך. אך כל עיקר השאלה האיך החזיק זה הראשון להעסק דנימא אומנתו בכך בשלמא לשיטת רש"י דמקרי רשע שפיר ניחא דע"י שהיפך בה וידע שאסור עכ"פ לשום אדם לקפחהו בזה כי היכי דלא ליהוי רשע עד שסומך דעתו ע"ז העסק ולא פנה כלל אל עסקים אחרים ונעשה אומנתו בכך אבל לשיטת הר"ת דבהפקר לא שייך דין עני המהפך וכו' א"כ משעה ראשונה לא היה אפשר לסמוך דעתו ע"ז דדלמא היום או מחר יבוא איש אחר לירד ג"כ לעסק זה כיון דמותר לכו"ע גם לכתחילה ממילא אמרינן דמסתמא גם הוא לא סמך דעתו על זה העסק ובקש גם עסקים אחרים ולא נעשה כלל אומנתו בכך ולזה תירץ התוס' דבכה"ג כמו מצודה שבקל יוכל למצוא מקום אחר גם הר"ת ז"ל מודה דמקרי רשע גם בהפקר ומשו"ה חשיב שפיר אומנתו בכך:

ונמצא לפ"ז דהא דכתבו התוס' ועוד דהכא אומנתו בכך אינו תירוץ אחר אלא כ"ז תירוץ אחד דמחמת דבקל יכול למצוא במקום אחר חשוב השני רשע וכיון דהשני חשוב רשע נעשה הראשון אומנתו בכך וע"כ כופין את השני להרחיק מצודתו גם בדיעבד. ומעתה לפי האמור גם המהרי"ק דקאמר דמיקרי רשע אין כונתו דרק רשע הוא דמיקרי אבל אין כופין אותו לתקן רשעתו אלא כל דהוה רשע בגווני שיורד לחיי ולפרנסת הראשון חשוב הראשון אומנתו בכך וממילא כופין אותו גם מצד הדין להחזיר להראשון העסק שלו. אולם די"ל באופן אחר דאף דברור הדבר דבעני המהפך בחררה דנקרא רשע אינו יכול להוציא ממנו בדיינים כמו שהוכיח הרש"ל בתשו' סי' ל"ז מ"מ לפענ"ד יש לחלק ולומר דהנ"מ בשכבר עשה פעולתו ונטל מה שזה העני הי' מהפך כמו קדושין נ"ט מעשה דרב גידל ור' אבא שהיה רב גידל רוצה לקנות הקרקע ואזל ר' אבא ובניה שכבר קנה השדה ונעשית שלו. אבל במצודות דגים שעדיין לא זכה זה השני כלל שאף שפירש המצודה מ"מ לא זכה כלל בהדגים וכן במעשה דרב הונא גבי רחיים דבמה שאוקי זה הרחיים עוד לא קפח פרנסתו של הראשון כלל רק רוצה לקבל טחינה מאנשים אשר טחנו אצל הראשון וכיון דהוי בכך רשע יש להב"ד למחות בידו שלא יעשה כך דאטו מי שאומר אני רוצה להיות רשע ובשרירות לבי אלך ויש ביד ב"ד למחות בידו היתכן לומר שנניח לו רק דוקא היכי שכבר עשה רשעתו אין רשות ביד ב"ד להוציא ממנו בדיינים אבל קודם המעשה פשיטא דיש לב"ד למחות בידו שלא ליטול מה שחבירו מהפך:

ובזה נתפרש לי סוגיא דב"מ דף ע"ג ע"ב הא דאיתא התם רב מרי בר רחל משכן ליה ההוא נכרי ביתא הדר זבנא לרבא נטר תריסר ירחי שתא שקיל אגר ביתא אמטי ליה לרבא כו' א"ל רבא אי הוי ידענא דממושכן ליה למר לא הוי זביננא ליה השתא כדיניהם עבדינן לך כל אימת דלא מסלק לך לא שקיל אגר ביתא. וכתבו התוס' דרב מרי היה חושש בזה משום איסור ריבית ורבא השיבו דלא עדיף מגברא דאתי מיניה וצריך להבין מאיזה טעם היה סבור דיש בזה משום איסור ריבית ואיזה סברא השיבו רבא דאין כאן איסור רבית והנראה לי די"ל דהנה הא רבא אמר התם אי הוי ידענא דממושכן ליה למר לא הוי מזבנינא ליה וע' בשטמ"ק שכתב מטעם דהוי עני המהפך בחררה ובא אחר ונטל הימנו דחשיב רשע והנה התוס' בריש פירקין דף ס"ב ד"ה אף ע"פ שאין לזה יש לזה כתבו וז"ל דאע"ג דלא משך חטים אין זה רבית משום שאם היה בא מוכר לחזור הוי קאי במי שפרע ולכך חשיבי כנתייקרו ברשות לוקח ע"כ ע"ש. מבואר בדבריהם דאף דמצד הדין לא קנה מ"מ כיון דעכ"פ הוי קאי במי שפרע שוב אין כאן חשש ריבית ומטעם כיון דאף בלא אגר נטר היה צריך לקיים המקח כי היכי דלא ליקום במי שפרע לא הוי חשש ריבית. ולפ"ז י"ל דרב מרי היה סבר דרבא הוי ידע שהבית ממושכן ליה רק דלא סבר להא דקי"ל דעני המהפך בחררה נקרא רשע או סבר רבא דכאן לא שייך להאי דינא כיון דאצל רב מרי לא היה אלא בתורת משכון אבל רבא השיב לו דאי הוה ידענא לא הוי זביננא ליה משום דרבא חשוב עני המהפך בחררה וכו' שוב מותר לרב מרי לדור בלא שכר דמה שאינו נותן שכר דירה אינו מחמת ריבית אלא משום דצריך רבא לשלם לו ההיזק הבא לרב מרי ע"י מה שקנה רבא הבית מדין עני המהפך בחררה ואע"פ שכבר קנה מ"מ כיון דרב מרי לא היה מהפך לקנותו אלא היה מהפך לדור בה בלי שכר וא"כ רבא לא הסיג גבולו אלא בשכר הדירה שפיר הוא מחויב עפ"י ב"ד ליתן לו הדירה בחנם כמו שבארתי למעלה ומשו"ה אמר ליה רבא השתא כדיניהם עבדינן לך דליכא בזה חשש איסור ריבית וכנ"ל ודו"ק:

והנה בנידן דידן תליא כמי בזה דבכה"ג היכא ששכר הראשון לזמן קצוב ובא השני ושכר העסק אח"כ אם נימא דכיון דהראשון הוא עני המהפך בחררה כמ"ש המהרי"ק ומאחר שכבר החזיק בזה יכול לעכב על השני ולומר פסקת לחיותאי א"כ הדין עם ה"ר ליפא בעיקר החזקה וכמו שאבאר עוד להלן אבל אם נימא דרשע הוא דהוי אבל מ"מ לא מפקינן מהשני מדינא אין לר' ליפא על ה"ר משה טענת חזקה ואף לענין לקרותו רשע. וגם בלא זה יש להסתפק בעני המהפך בחררה בכה"ג שר' ליפא הי' שוכר רק על הרחיים ור' משה שכר מהאדון כל הפאסעסיא אם נקרא רשע בכך דלפי הנראה מגדולי

המורים דמדמי דין זה דעני המהפך בחררה לדינא דבר מצרא וגבי דינא דבר מצרא איתא להדיא בשו"ע סי' קע"ה סעיף ל"ו דאם מכר כל נכסיו לאחד אין בעל המיצר של שדה אחת מסלק הלוקח ומאותה השדה שהרי הוא ואחרת קנה כאחד ע"ש א"כ כמו כן י"ל דבעני המהפך נמי הכי הוא דאם לוקח הרבה שדות והוא לא היה מהפך רק על אחת יש לומר דלא מקרי רשע כיון דלא שייך בזה ועשית הישר והטוב. אבל מ"מ אין הדבר ברור לי וצ"ע. אבל כ"ז אם נימא דבשוכר לזמן קצוב לא חשוב אומנתו בכך כמו שכתב המ"ב אבל אם נימא דחשוב אומנתו בכך אין חילוק בכל זה. ודוק: ואם באנו לדמות דבר זה למה שכתבו התוס' בפרק האומר בשם הריב"ם דפירש הא דמרחיקין מצודות הדג מן הדג דמיירי שהניח הראשון דג מת ועי"ז הדגים מתאספים סביב הדג מת ומשו"ה כיון דע"י טרחתו של הראשון התאספו כל הדגים לכאן חשוב השני כיורד לחייו אפילו אי לא הוי הראשון אומנתו בכך ע"ש וכן כתב ז"ל דבעני המנקף בראש הזית דקי"ל דחשוב גזל משום דמהני טרחתו של זה העני לזה השני וא"כ הכא נמי כיון שר' ליפא השתדל אצל האדון שישכיר הפיסעסייא לה"ר משה ועשה כן מפני שהיה בטוח שר' משה ייטיב עמו בדבר הרחיים. נמצא שטרחתו של ה"ר ליפא היה מהני לר' משה שעל ידו בא ר' משה להעסק אך מ"מ אינו ברור דלמא גם בלא סיוע של ה"ר ליפא היה בא ה"ר משה להעסק וגם אולי השתדל ר' ליפא בכדי שירויח דמי סרסור וגם יש להוכיח מדברי הרמב"ם דלא סבירא ליה האי סברא אך מפני הנחיצה אקצר. עוד יש לדון בנידן דידן מצד מצרנות כיון שר' משה שכר בתוך ימי שכירותו של ר' ליפא כתב הגאון מליסא דבכה"ג יש לראשון טענת מצרנות ואע"פ שבא מחמת עכו"ם מ"מ בכה"ג שלא שייך למימר ארי אברחת מנך גם בבא מחמת עכו"ם יכול לטעון טענת מצרנות וכמו שכתבו התוס' בסוגיא דרב מרי שהבאתי למעלה ע"ש בדבריו ז"ל והנה באמת זה לא שייך הכא דמלבד דהשטמ"ק שם כתב דבכל גווני ליכא דין מצרנות בבא מחמת עכו"ם ע"ש בנידן דידן שר' משה שכר כל הפסעסיא דמי למי שלקח הרבה שדות דאין המצרן משדה אחת יכול לסלקו כמו כן הכא שר' ליפא חשוב מצרן רק לרחיים ולא לכל הפסעסיא אינו יכול לטעון נגד ה"ר משה טענת מצרנות אך מ"מ פשיטא דיכול ר' ליפא לטעון טענת מצרנות נגד השוכר השני דהיינו ריי"מ ששכר הרחיים לבד וגם הוא בא מכח ישראל דחשיב ר' ליפא נגדו בר מצרא לכו"ע ובטענה הלזו יכול לסלק לריי"מ כמבואר בשו"ע סימן קע"ה אך לכאורה יש לזה לר' ליפא טענה נגד ריי"מ אבל מ"מ אין לו דו"ד עם ר' משה בזה דהא לא תיקנו חז"ל בר מצרא אלא לגבי השוכר ולא נגד המשכיר כמבואר בשו"ע שם:

אך לפענ"ד נראה דבכה"ג שנוגע גם לפרנסתו יוכל גם לכוף את המשכיר שלא להכניס בביתו את השוכר הלזה אשר עפ"י דת יכול הראשון לסלקו דכיון דגם המשכיר עושה איסור בזה דנוטל מה שחבירו מהפך אע"פ שאינו בדין שנוציא ממנו בדיינים מ"מ כשמשכיר לאחר יש לעכב בידו כיון דלזה האחר יוכל לסלקו עפ"י ב"ד ויש להביא ראיה לזה מסוגיא דב"ב דהתם דאמרינן כופין בני מבואות זה את זה שלא להושיב ביניהם לא חייט ולא בורסי וכו' ולשכינו אינו כופהו ורשב"ג אומר אף לשכינו כופהו ולכאורה קשה דנהי דיכול בר מבואה לעכב על זה האחר שלא יכנוס בגבולו להיות אומן מ"מ למה אינו רשאי זה המשכיר להשכיר לו בית דירה דמה לו בזה ואם מצד הדין יש לך לעכב בידו מלירד לאומנות הלזו תבוא עמו למשפט ואין לומר דהיינו טעמא כיון דסבירי להו לרבנן דלשכינו אינו כופהו א"כ יכול לטעון ולעכב על המשכיר שלא יכניס אותו להמבוי כי היכי דלא ליהוי שכינו ושוב לא יהא בידו לעכב עליו דמ"מ קשה למה לא יוכל זה המשכיר לדחותו אל זה האחר השוכר כמו בבר מצרא וגם אכתי קשה לרשב"ג דסבר דאף לשכינו כופהו א"כ גם חשש זה ליתא דגם אח"כ כשיהיה שכינו יוכל לעכב עליו א"כ איך רשאי למחות ביד המשכיר שלא להשכיר לו בית דירה אלא מוכח מזה דהטעם הוא כיון דעכ"פ זה השני רוצה לכנוס לקפח פרנסתו של הראשון אף דסבירי להו לרבנן דלשכינו אינו כופהו ולא מצי אמר ליה פסקת לחיותאי ודלא כרב הונא אבל מ"מ כיון דפשיטא דמ"מ אסור אף לשכינו לכתחילה לכנוס לתוך אומנתו של זה וכן כתב הרש"ל ז"ל וכן משמע הלשון דלשכינו אינו כופהו משמע דרק לכוף אותו אינו יכול אבל מ"מ אסור לכתחלה לכן כשבא להשכיר את ביתו למי שיורד לאותה אומנות מעכב בידו כן בנידן דידן נמי כיון דרי"מ השוכר השני יש לקרותו רשע מתורת עני המהפך בחררה כמו שהבאתי למעלה בשם המהרי"ק והמ"ב וכן מצינו בגמרא מכות כ"ד לא עשה לרעהו רעה שלא נכנס לאומנות חבירו וגם אותו יש לסלקו מתורת בר מצרא מוטל גם על ר' משה המשכיר לסלקו כי היכי דלא ליהוי גם הוא רשע ודו"ק:

שוב ראיתי בספר חוות יאיר סי' מ"ב שהאריך להשיג על הרש"ל ותפס עליו בכל דבריו ובתוך דבריו כתב דכיון דלא קי"ל כרב הונא מותר גם לכתחלה לכנוס לתוך אומנות חבירו והא דקאמר הש"ס לא עשה לרעהו רעה שלא נכנס לתוך אומנות חבירו אינו אלא מדת חסידות והנה יש הרבה להאריך בדבריו אולם עת לקצר רק אכתוב מה ששגג הגאון המחבר ז"ל וקורא אני עליו פרש רשת לפעמיו כי עיקר סמיכתו שם אמה שהקשה על דברי התוס' דגיטין שהקשו אהא דאמרינן התם מצודות חיות ועופות ממה דאמרינן בב"ב מרחיקין מצודת הדג מן הדג והקשה הגאון ז"ל מאי קושיא דהא לא דמי מצודות

חיות ועופות למצודות דגים כמו דאמרינן שם בב"ב שאני דגים דיהבי סייארא ובמחכ"ת שגג ברואה ולא ראה אשר במתניתין איתא מצודות חיות ועופות ודגים. ומעתה מקשו התוספת שפיר מדגים אדגים אבל הוא לא ראה זה וסמך אמה שציינו התוס' מצודות חיות ועופות וסבר שהתוס' מקשים ממצודות חיות ועופות אמצודות דגים וע"ז הרבה לדבר דלמא שאני מצודות של חיות ועופות ממצודות דגים ע"ש והוא פלא:

והנה מצד תקנת חזקה כבר נודע מה שכתב הב"ח בתשובותיו כי זה אינו אלא באורענדא אבל בטשאפאווע ליכא תקנת חזקה ע"ש והאחרונים מסתפקים ברחיים ובחליבה אי דמי לאורענדא או לטשאפאווע והנה נראה שלא כל המקומות שוים בזה וכן כתב הגאון מצאנז אולם נראה ממכתב כ"ת שבמקום כ"ת נהגו התקנה בתקפה גם ברחיים עד דחשוב חזקה גמורה ומעתה נבוא לעיקר הדין שלפנינו דפשיטא שהעסק הרחיים על להבא שייך לר' ליפא אם מצד הדין דחשוב אומנתו בכך כאשר העירותי למעלה וכן הגיד לי מו"ח ז"ל שכתב בתשובה אחת לפסוק להלכה דגם בעלי הישוב השוכרים מהאדון על זמן קצוב חשוב אומנתו בכך ואפילו לפי מ"ש המ"ב דלא הוי אלא רשע עכ"פ חשוב מצרן לגבי השני וגם מצד התקנה הנהוג במקומות הרבה גם ברחיים אבל הנ"מ בזה דאם ה"ר ליפא בא מכח חזקתו היה צריך לשלם השכירות כמו ששילם להאדון אבל לפי מה דאיכא נמי טענת ב"מ נגד השני לא היה צריך לשלם רק כפי ששילם השני:

ומה שטוען הר' משה שנתן זמן לר' ליפא עד ג' ימים אינה טענה כיון שהיה עוד בתוך זמן השכירות שלו מהאדון לא היה מחויב לגמור עם ר' משה על להבא כיון שלא הגיע עוד זמן פרעון ובשלמא אם היה מחויב ליתן מעות ור' משה היה תובע ממנו ממון כדין עייל ונפיק אזוזי המבואר בשו"ע סי' ק"צ היה רשאי להשכיר לאחר אבל כ"ז שלא הגיע זמן פרעון לא היה רשות להשכיר לאחר ואם היה לו דו"ד היה צריך להזמין אותו לד"ת אבל לא להשכיר לאחר בלי רשות ב"ד וזה פשוט:

ומה שטען עוד שהיה פשרה ביניהם גם זה אינו דכיון שידוע שר' משה השכיר הרחיים בחזקה ולא רצה לעמוד לד"ת חשוב כמו שהוחזק אצלו בגזילה חשוב המוכר אנוס וא"צ מסירת מודעה עיין בשו"ע חו"מ סי' ר"ה ובסמ"ע שם דכל שנודע שבא לידו בתורת גזילה כו"ע מודי דהמכירה בטילה ואפילו להחולקים שהביא הרמ"א בסי' קנ"א דוקא כשראו העדים נתינת המעות דאמרינן דאגב אונסא גמר:

ומקני כיון דקיבל הדמים אבל כשלא קיבל הדמים לא שייך האי טעמא ונתבטל' הפשרה מחמת טענת אונס אפילו אי לא מסר מודעה וזה ברור וא"צ לפנים:

ולפי מה שנתבאר הרחיים על להבא שייך להר' ליפא ועל העבר אף כי עשה ר' משה הכל שלא עפ"י התורה ועבר חוק הדת מ"מ אין לו מה לתבוע ממנו כיון שלא לקח יותר שכירות מכמו שהיה ר' ליפא צריך לשלם ולא הרויח מאומה ואף כי היה ר' ליפא מחוסר פרנסה אינו אלא מבטל כיסו של חבירו דפטור ואפילו גירש חבירו מביתו וסגר הדלת בעדו רבו הפוסקים שפטור כ"ש הכא דלא ברי רווחא ואפילו אם רי"מ הרויח מ"מ אין להוציא ממנו בדיינים דאע"פ שהרחיים בגזילה אתי לידו עכ"ז אין לו לשלם אלא כמה ששוה הרחיים לשכור והרחיים לא שוה יותר מכפי שצריך ר"ל לשלם ואדרבה ר' ליפא היה משלם יותר שכירות אך לפי טענת ר' ליפא שר' משה התחרט אח"כ על מה שעשה וגמר אתו בת"כ שהוא משכיר לו הרחיים בעד סך 750 לשנה וא"כ הא היה ריווח מהרחיים דהא ר"מ שילם שכירות 800 נמצא 50 יותר בכל שנה. זה הריוח שייך לר' ליפא. ואם יטעון הר' ליפא ששוה יותר מן 800 צריך להיות שומת ב"ד והמותר מסך 750 שייך לר' ליפא אך כיון דרי"מ מכחיש לזה צריך לישבע לפטור את עצמו בשבועה שלא גמר עם ר' ליפא ענין השכירות רק על אופן שיחזיר רי"מ לו הש"צ וכיון שלא רצה נתבטל הקנין:

ועל אודות השכר סרסור הכל לפי ראות עיני הבד"צ וענין ההשתדלות של ה"ר ליפא וגם ההשתדלות של שאר הסרסורים הכל לפי שהוא ואם היה ר' ליפא מסייע גמור להגמר או היה רק כמו שדכן אמצעי ואין לחרוץ המשפט הלזו מרחוק וגם הדברים פשוטים ומבוארים היטב באחרונים. וגם סכום הסרסורות לא כל המקומות שוים והעיקר תלוי במנהג מקומו:

ובדבר החפיצים הנה לפי דברי ה"ר ליפא שר"מ לקח מאתו החפיצים בחזקת היד פשיטא דמחויב הר"מ להחזיר לו כל החפיצים ולפי דברי ר"מ כי הוא לקח החפיצים מהאדון והוא נתן לו כתב ע"ז שמחויב להחזיר לו אם האמת כדבריו יכול לעכב בידו החפיצים אף אם הוא יודע שהכלים האלה שייכים לר' ליפא גם יכול לטעון שאינו יכול להחזיר לר' ליפא מפני שמתירא מהעכו"ם שלא יתבע ממנו אח"כ החפיצים וכמי שמבואר הדין בשו"ע סי' פ"ו סעיף ט' בהגה"ה ע"ש אבל מ"מ יכול ר' ליפא למחות בידו שלא ישתמש בכלים אלו דקי"ל שואל שלא מדעת הוי גזלן וגם מהעבר יכול לתבוע שכר הכלים ששימש בהם וגם על הכחשה הלזה צריך ר' משה לישבע שלא לקח החפיצים בעצמו מר' ליפא רק הוא קיבלם מהאדון:

סימן יט

לכבוד הרבנים המופלגים בתורה וכו' יושבי על מדין מוה' מרדכי מאיר הכהן ומוה' יחיאל לעהרער מק' באבאב יע"א:

על דבר שאלתם הלכה למעשה לפע"ד הדין עם המלמד ואין עליו חיוב אונסין כלל אעפ"י ששלח יד לשכב על הכר שהחזיר מ"מ לא נתחייב מחמת זה על שאר החפיצים כמבואר בסי' רצ"ב. וגם בודאי לא נפסל מחמת זה לשבועה אחרי כי בודאי לא התכוין לעבור על איסור גזל וגם בעבירות חמורות כגון ח"ש וכדומה אנו דנין אותו לשוגג ואין פוסלין אותו כמבואר שם חו"מ סימן ל"ד סעיף כ"ד וכ"ש בכאן ואם אתה אומר כן לא הנחת בן לא"א שיהא כשר לעדות ולשבועה אלא אין בדברים כאלה ממש וגם פשוט ששריפה כזו חשוב אונס ואין לדון ע"ז שהי' לו להציל ומעולם לא שמענו שיהיה חייב שומר שכר כשנפל' דליקה ונשרפה וגם אינו מחויב כלל להציל משום דהוי מסירת נפש ומצד הדין אינו מחייב למסור נפשו בדליקה להציל. וזה מוכח מש"ס מפורשת ב"מ מ"ז ע"ב בהא דאמרינן התם ד"ת מעות קונות ומפני מה אמרו משיכה קונה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה ופריך סו"ס מאן דשדי דליקה בעי שלומי אלא גזירה שמא תפול דליקה באונס אי מוקי לה ברשותיה מסר נפשי' טרח ומציל ואי לא לא מסר נפשי' טרח ומציל ע"ש. א"כ מוכח מזה דאינו מחויב למסור נפשי להציל ובודאי מיירי שאפשר להציל ומ"מ אינו מחויב מחמת כי בכל דליקה איכא עכ"פ חשש סכנת נפש ולכן אפילו כשהלך להציל את חבירו והניח את הפקדון בביתו אין לחייבו מחמת זה כי מצי אמר מחמת חבירי רציתי למסור נפשי אבל לא בעד הכו"כ שלך אחרי כי איני מחויב בדבר ודו"ק:

והנה לכאורה דא עקתא בעובדא הדין שצריך לישבע שנשרפו הכו"כ או נגנבו בשעת השריפה ואינו יכול לישבע שהרי אינו יודע אחרי שהוא בעצמו אמר שהי' סבור שמונחים בין החפיצים שלו שהציל ואיך ישבע שנשרפו או שנאבדו בשעת השריפה ונהי שאם נחליט דכאן לא הוי אלא ש"ח מחמת שכבר כלה זמן שכירותו כמו שהעירו כת"ה הוא פטור על גניבה ואבידה. אבל אין הדבר ברור כ"כ כמו שכתבו כת"ה בעצמם ואין רצוני לדון בזה כעת כי לפע"ד אין צורך לזה כלל כי אפילו אם יהיה תורת ש"ש עליו ג"כ אינו מחויב בדבר שישבע שנגנבו או נאבדו הכו"כ בשעת השריפה אלא סגי בשבועת איני יודע:

וטעמא דידי דאנא מתניתין ידענא דתנן בפ' השואל דף צ"ז ע"ב השוכר אומר שכורה מתה בשעה שהיתה שכורה מתה כו' זה אומר א"י פטור והקשו התוס' והקדמונים ז"ל

אמאי פטור השוכר משבועה הא כל שבועת השומרין מחייבים אותו אטענת שמא ע"ש ותירוצם אינו מבואר ע"כ הרשות נתונה לי הפעוט לבאר החילוק בין הענינים דבכל השומרים אע"פ שהמפקיד או המשאיל אינו יכול לידע אם הנפקד או השואל טוענים אמת אם לא מ"מ חשוב טענת ברי כי לולא טענתם של הנפקד או השואל לא היה עולה כלל ספק בלב המפקיד או המשאיל שהפקדון נגנב או נאנס כי מסתמא כל החפיצים המה בחזקת קיימים ומה לנו לחשוב כי אירע איזה אונס או גניבה דלא שכיח כלל (ועיין בשטמ"ק שהתורה עשתו כברי ע"ש) אבל היכי שהמשאיל או המפקיד טוען בעצמו כי יודע הוא שאירע איזה אונס ומקרה בפקדון שלו אע"פ שא"י אי יש לחייב את הנפקד או לא בכל כה"ג לא הטילה התורה שבועה על השומר אלא נאמן הוא בלא שבועה על טענתו ודו"ק כי לפענ"ד הדברים נכונים בעהש"י. ומעתה לפי"ז בנידן דידן שהדבר ידוע שהיה שריפה ונשרף הבית שלו אעפ"י שאין הדבר ברור אם החפיצים נשרפו או נאבדו בשעת השריפה או לא מ"מ פטור השומר כיון שהמפקיד טוען ג"כ א"י ואין החפיצים בחזקת קיימים כיון שנשרף הבית של השומר שהיו מונחים בו וע"כ לפענ"ד צריך המלמד לישבע רק בתורת גילגול שבועה אגב שצריך לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהם יד ישבע ג"כ שאינו יודע אימת נאבדו כדין המבואר בש"ע סי' שד"מ סעיף י"ד ע"ש הנראה לפענ"ד כתבתי וד' יצילנו משגיאות ויראינו נפלאות מתורתו:

סימן כ

שנית להנ"ל:

הנה כבר הבאתי במכתבי הראשון הא דאמרינן בב"מ דף מ"ז הטעם שהפקיעו חז"ל לקנין מעות שמא:

תפול דליקה באונס אי מוקמי ברשותיה מסר נפשיה טרח ומציל ואי לא מוקמי ברשותיה לא מסר נפשיה טרח ומציל ע"ש מבואר מזה דכל עיקר תקנת חז"ל היתה כדי שיהא המוכר מסר נפשיה להציל. וכן כתב רש"י ז"ל שם ד"ה כך תקנו משיכה בשומרים ע"ש והנה לכאורה אי נימא דמיירי באופן שיש סכנה גמורה קשה איך יתכן שיתקנו חז"ל תקנה כזו לעשות איסור שיכניס עצמו המוכר בסכנת נפש אלא ע"כ צריך לומר דמיירי באופן שלא יהא סכנה גמורה שיהא מותר לו להכניס א"ע למסור נפשו כדי להציל ממונו א"כ קשה למה יפטור השומר מלשלם אי לא מסר נפשו להציל כיון דלא חשוב סכנה והא אנן קי"ל בש"ס ופוסקים דשומר שהי' יכול להציל ולא הציל חייב לשלם א"כ הא בכה"ג חשוב הי' יכול להציל:

עוד קשה לי דבב"מ דף צ"ג ע"ב איתא איבעי' להו ליסטים מזויין ורועה מזויין מהו מי אמרינן אוקי גברא להדי גברא או דילמא האי מסר נפשיה והאי לא מסר נפשיה וכתב רש"י ז"ל הליסטים ע"מ כן בא או ליהרג או להרוג אבל הרועה אין לו למסור נפשו על כך ע"ש ומשמע דס"ד דבעל איבעי' הי' דהשומר מחוייב להכניס א"ע בסכנת נפש ללחום עם הליסטים. ועוד יותר מבואר בשט"מ שכתב וז"ל פירש דאע"ג דשמירה מליסטים מזויין לא קביל עליו מ"מ כל נטירות דיכול למיעבד קביל עליו ואפילו בש"ח אפשר שנאמר הכי שכיון שקרה מקרה שהיה יכול להציל ע"י עצמו באשר הוא שם ולא הציל מחייב עכ"ל (ולא כמו שכתבו כ"ת שזהו דבר שתינוקות שב"ר יודעים שאין צריך) וע' ברמב"ם בפ' ג' מה' שכירות שכתב וז"ל ואפילו הרועה מזויין ובא כו ליסטים אחד מזויין ה"ז אונס שאין הרועה מוסר נפשו כליסטים ע"ש מלשון זה שמענו שהוא ז"ל איכו מפרש כפירוש רש"י ז"ל שאין הרועה מחויב למסור נפשו אלא שאין בידו למסור נפשו כמו הליסטים ומשו"ה חשוב אונס ומשמע דאלו היה בידו למסור נפשו כמו הליסטים הוי אמרינן אוקי גברא להדי גברא ומחויב ללחום עם הליסטים אע"ג דעכ"פ אפילו אם שווים בכחם אהדדי נמי מידי ספיקא לא נפקא מי ינצח זה או זה מ"מ מחויב לכנוס בסכנה וע"ש בהה"מ ובכ"מ:

והנה לפ"ז יש לתמוה לכאורה למה לא פשטינן לה מהא דר' יוחנן דאמר דהפקיעו חז"ל לקנין מעות משום דאי לא מוקמי ברשותו לא מסר נפשו טרח ומציל סוף סוף בעי שלומי אי נימא שמחויב להציל גם ע"י מסירת נפשו ובשלמא לדעת הסוברים דגם קודם שהפקיעו חז"ל לקנין מעות יש למוכר על החטים רק תורת ש"ח שפיר י"ל דעיקר איבעיא הוא בש"ש אבל לא בש"ח ואע"ג שהשטמ"ק שהבאתי למעלה כתב שאפשר דהאיבעיא גם בש"ח מ"מ דבר זה אינו מוכח כל כך ולא כתב רק בדרך אפשר אבל לדעת הסוברין דיש על המוכר תורת ש"ש ומשו"ה דוקא נקט הש"ס שמא תפול דליקה באונס ע"ש בריטב"א בוראי קשה כנ"ל:

והנראה לפענ"ד דזה ברור שהשומר שכר מחויב למסור את נפשו בסכנה מועטת וראיה ברורה לזה מהא דתניא עד מתי ש"ש חייב לשמור עד כדי הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה והא אמרינן בש"ס שם דף ק"ז ובכתובות דף ל' הכל בידי שמים חוץ מציונים ופחים מבואר התם דציונים ופחים חשיב מסירת נפש ומ"מ ש"ש מחויב לשמור ואפילו למאן דסבר התם דמיירי בחזני מתא זה אינו רק משום דנטר כדנטרי אינשי ואין דרך האנשים לשמור כשהקור והחום עזה מאוד אבל בלא"ה לכו"ע היה חייב לשמור אע"ג דאיכא סכנה קצת דבסכנה מועטת מחויב ש"ש להכניס א"ע לשמור ולהציל ובאוקי

גברא להדי גברא די ספק השקול איבעיא להש"ס ואנן פסקינין לקולא והענין של דליקה הוא ענין אחר שאי אפשר לאמוד ולהיות חושב ערך הסכנה עד היכן היא מגיעה והכל הוא לפי כח של האש והרוח המנשבת בו ולפעמים הרוח מקרב את האש עד מהרה בפתע פתאום וגם מורה זיקים להבעיר וכאשר אנו רואים כמה פעמים בכל זמן וזמן בשריפות גדולות שאנשים הבאים להציל מפני שלא ראו שם סכנה בדבר היו למאכולת אש ר"ל מחמת שהאש קפץ ממקום למקום ואי אפשר לכוין ולשער ערך תגבורת האש לכן בסתם דליקה אין לחייב את השומר על שלא מסר נפשו להציל כי יוכל לומר הייתי ירא מפני האש הגדולה ולא כל השערות שוות בזה ואין אומד הדעת בדליקה ומשו"ה תקנו חז"ל להפקיע קנין מעות ומה שכתב הרמ"א בסי' ש"ג אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפיצים שהיה ש"ש עליהם הוי אונס אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא ע"י אחרים משמע דאם יכול להציל חייב על כרחך בנתברר שלא היה שום חשש סכנה כלל כגון שהיה מתחילה הדליקה רחוק יותר מדאי או כגון שהיה אפשר לכבות האש לגמרי ולא כיבה אבל בכעין שריפה שנתהווה בעירם לפי מכתבם שנשרפה כל העיר וכ"א עמד על נפשו להציל וכו' וגם כתבו כי שמעון טוען כי בשעה שהלך להציל לחבירו כבר להטה האש בביתו והמבוכה והשערורה אין לשער לפע"ד אפילו אם נדון אותו כש"ש פטור על שלא הציל והראיה ברורה לפענ"ד מש"ס דב"מ בפרק הזהב והבוחר יבחר:

עוד ראיתי במכתבם הראשון שכתבו בזה הלשון ובעת השריפה גם החפיצים אשר הצילו היה הכל הפקר כי לא ידע איש שבתו וקומו מגודל המורא והבהלה ורבו הגניבות עד אין מספר באין מציל מידם כידוע עכ"ל א"כ בודאי מטעם זה ג"כ פטור על שלא הציל דמי יודע אלו היה מציל מהבית ולא נשרפו אם היה בידו להציל שלא יגנבו באונס. והנה בש"ע סי' ש"ג סעיף י' איתא רועה שהניח עדרו וכו' אין אומרים אלו היה שם היה מציל אלא אומדין אותו אם יכול להציל חייב ואם אינו ידוע חייב לשלם וכתב הסמ"ע דמן הסתם היה יכול להציל ע"י רועים ומקלות והיו שוכרין להצילו ע"ש וא"כ בשרפה כזו אשר מן הסתם לא היה בידו להציל שלא יגנבו באונס סוף סוף מאי הו"ל למיעבד:

איברא דלכאורה הראיה שהבאתי מב"מ איני רק לשיטת הסוברין דקודם שהפקיעו חז"ל לקנין מעות היה על המוכר דין ש"ש על החטים אבל להסוברין דלא הוי רק ש"ח אין ראיה מהנ"ל כמו שכתבתי למעלה אולם יש להביא ראיה מדברי רש"י ז"ל התם גבי הא דקאמר התם תנן ר"ש אומר כל שהכסף בידו ידו על העליונה כו' א"א בשלמא מעות קונות משו"ה מוכר מצי הדר לוקח לא מצי הדר ביה וכתב רש"י ז"ל דיינו אי אמרינן חזרה במוכר דכי מוקמית ליה ברשותיה לחזור בו אם הוקרו מסר נפשיה לאצילינהו

מימר אמר וכו' ע"ש והא כיון דמצי מוכר לחזור בו אם הוקרו לכו"ע נעשה ש"ש על החטים דהא עכ"פ לא גרע מסרסור בסי' קפ"ה דהוי ש"ש וכן מ"ש בהגה"ה בסי' ש"ג בנתן לו חפץ למכור בכך וכך והמותר יהא שלך דחשוב ש"ש ומ"מ משמע דאי לא מסר נפשיה להציל מדליקה פטור מלשלם וכן מוכח מרש"י להלן שם גבי הא דאמר רב חסדא כדרך שתיקנו משיכה במוכרין כך תיקנו משיכה בלקוחות שכתב ג"כ דכ"ש כשתיקנו חזרה בלוקח טרח ומציל דמשמע נמי דמצד שמירה אין לחייבו ודו"ק:

ומה שכתבתי במכתבי הקודם לפרש המשנה דפ' השואל דמשו"ה פטור בטוען המשאיל איני יודע מחמת דהתורה לא חייבא שבועה אלא היכי שהפקדון הוא בחזקתו אבל לא היכי שיצא מכלל זה ומשו"ה דנתי דבשריפה גדולה כזו שוב אין החפיצים בחזקת קיימים והו"ל כטוען המשאיל איני יודע. עתה התבוננתי שאע"פ שמצד הסברא הוא דבר נכון מאוד מ"מ מהשו"ע סי' ש"ג שם בהגה"ה וגם מהש"ך:

שם לא משמע כן ואף שיש לומר שהכל לפי הענין ובשריפה גדולה כזו יותר ראוי להחזיק הדבר רק כמו ספק מ"מ לא כתבתי דבר זה רק לסניף דבאמת נראה פשוט דאין המלמד על הכו"כ רק שומר חנם דחדא דהתוס' בפרק האומנים דף פ' כתבו דבמשכון וגם בשוכר לא נעשה ש"ש דתפיס רק גבי אומן אמרינן הכי משום דדרך האומנין עושים מלאכה בבית הבעה"ב ע"ש אך דעת הריטב"א שם אינו כן אלא מחמת דתפיס אחוביה חשיב ש"ש נגד שיווי החוב ע"ש אבל מ"מ בנידן דידן לא תפיס כלל אחוביה ואדרבה מסתמא היה מחזיר לו דהא כו"כ מחויב להחזיר לו בלילה לשכב עליו כדתנן בהדיא בב"מ מחזיר את הכר בלילה ועיין בשו"ע ח"מ סי' צ"ז סעיף ט"ז וכאן נראה שהבעה"ב הוא עני ואין לו כו"כ יתירים כמו שכתבו במכתבם שהיה בוש ללילך ולקבלם מאת המלמד ובודאי מפני שלא הי' לו מעות לשלם לו שכר שכירותו:

וכגון דא צריך לאודיע דמה שכתבתי במכתבי הקודם שאין לפסול אותו לשבועה משום שהשתמש בכו"כ שאפשר שהיה שוגג כתבתי רק לרווחא דמלתא לשיטת הר"ן ז"ל בשבועות פ' כל הנשבעין במתניתין ושכנגדו חשוד כו' דנעשה חשוד ע"פ עצמו להתחייב ממון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי אבל לשאר הקדמונים ז"ל בלא"ה אין לדון בזה דהכא בעובדא דידן לא נודע שהיה משתמש בהכר רק עפ"י עצמו וליכא עדים בדבר והאיך יפסול לשבועה:

סימן כא

כבוד הרב המאוה"ג המפורסם כש"ת מו"ה ישראל ליב נ"י דומ"ץ בק' שאטץ יע"א:

ע"ד שאלתו שאלת חכם בעסק הד"ת שבאו לפניו לדון אצל כ"ת אחד שלקח בית מחבירו ואח"כ נודע שהי' להמוכר כבר אויפטראג מאת המושל שבעיר שמחויב לנקות את הבהכ"ס השייך להבית וזה עולה להוצאה רבה ותובע הלוקח מאת המוכר שינקה על הוצאות שלו אחרי כי הפקודה היה לו מכבר וע"ז העיר כ"ת לדמות להא דאיתא בפסחים דף ד' ובאו"ח סי' תל"ז דהמשכיר בית לחבירו אם עד שלא מסר לו מפתח חל י"ד על המשכיר לבדוק ומביא התם הטעם דכל שחל החיוב קודם השכירות נשאר החיוב על המשכיר ויפה העיר. אמנם יש לעיין דדין זה לא נמצא רק במשכיר לחבירו בית אבל לא מצינו איך הדין במוכר לחבירו בית בי"ד על מי לבדוק והנה באמת החילוק של מסירת מפתח אי שייך גבי מכירה נראה מתוס' ב"ק דף נ"ב ד"ה כיון דלענין קנין אין לחלק בין מקח וממכר לשכירות אמנם מ"מ אין ראיה מזה לענין חיוב בדיקת חמץ בע"פ שאם מכר את הבית לחבירו בי"ד ג"כ על המוכר לבדוק דאם נימא דמכירה דמי לשכירות יש להקשות למה לא שקיל וטרי הגמרא במכר רק בשכירות ונראה מזה דדוקא במשכיר שעדיין הבית שלו לא נפקע ממנו החיוב בדיקה ע"י השכירות אבל במכר שנסתלק המוכר מהבית לגמרי נפקע ממנו חיוב הבדיקה שוב ראיתי שכבר עמד על מדוכה זו הח"י באו"ח סי' תל"ז:

עוד ראיתי להעיר מה שנראה לפענ"ד בעמדי בהאי ענינא דמאוד קשה לי דבב"מ דף ק"א איתא בעי מיניה מרב ששת מזוזה על מי מזוזה הא אמר רב משרשיא מזוזה חובת הדר הוא אלא מקום מזוזה על מי ותיכף שם איתא ת"ר המשכיר בית לחבירו על השוכר לעשות לו מזוזה והדבר יפלא בעיני דלמה להו להביא הך דרב משרשיא ולא פריך מהברייתא דקתני בהדיא דעל השוכר לעשות לו מזוזה ועוד דהכא בפסחים פשיט מהברייתא הדין לענין בדיקת חמץ ולמה לא פשיט הש"ס מזה אמזוזה גופא ושנית קושית הפ"י הא בהדיא איתא לקמן בפסחים דף ו' ע"א דחמץ של נכרי אם יחד לו בית אינו זקוק לבער דכתיב לא ימצא מי שמצוי בידו יצא זה שאינו מצוי בידו וע"כ נ"ל דהענין כך הוא דיש לשאול על שני ענינים. א) אי מוטל על השוכר לבדוק מצד דהמצוה רמיא עליה. ב) אפילו אי אין המצוה מוטלת עליו מצד עצמותו מ"מ כיון שעל המשכיר חל חיוב הבדיקה ועליו אין לבדוק מחמת כי לא חייבוהו חכמים לכנוס לבית חבירו לבדוק הטילו על השוכר לקיים את המצוה בשביל חיובו של המשכיר וזה ענין חיוב שבין המשכיר לשוכר שאם אמר השוכר איני רוצה לקיים מצות מעקה המשכיר כופהו שע"מ כן השכיר לו שהחיוב הוא על המשכיר ג"כ כונו שכתב המנחת חינוך וזהו דבעי מיניה מרב ששת דידעי מהברייתא דהמשכיר בית לחבירו על השוכר לעשות מזוזה אך

שאלו אי החיוב הוא רק מצד המצוה ואם לא רצה לקיים המצוה אין המשכיר כופהו מצד החיוב נגדו או החיוב הוא ג"כ נגד המשכיר ופשיט ליה מרב משרשיא דחובת הדר היא ואין למשכיר לתובעו כלל כי אין הדבר מוטל עליו וכן האיבעיא בפסחים שאלו אם השוכר מחויב לבדוק מחמת חיובו נגד המשכיר כמו מעקה והש"ס פשיט ליה ממזוזה דהי' סבור הש"ס נמי דחיוב מזוזה הוא על המשכיר והשוכר עושהו בשביל חיוב של המשכיר ודחי דשאני מזוזה דחובת הדר היא והמצוה רק על השוכר משא"כ הכא דהמצוה היא על המשכיר אין לשוכר לבדוק משו"ה מסיק הש"ס דתלוי במסירת המפתח דאי בתחילת י"ד היה המפתח ביד השוכר חייב השוכר לבדוק אבל אי בתחילת י"ד היה ביד המשכיר והי' יכול לבדוק שוב אין השוכר מחויב דעיקר הבדיקה הוא על המשכיר דחמירא דידיה הוא ולדעתי דבר זה נכון מאוד:

עוד נראה לפע"ד דבעיית הש"ס הוא רק מי צריך לבדוק את הבית אבל כל שנראה החמץ בעין בודאי צריך המשכיר להוציא החמץ שלו מתוך הבית וכי גרע משאר חפיצים שודאי מחויב המשכיר לפנות את כל חפיציו מתוך הבית המושכר ולמסור להשוכר בית פנוי ואטו מי גרע חמץ משאר חפיציו וכן איתא בהדיא בחו"מ סי' שי"ג סעיף ג' דהזבל שהוא של השוכר עליו מוטל לטפל להוציאו ופשיטא דדוקא הזבל שנעשה במשך השכירות אבל הזבל שהיה בהחצר מקודם השכירות דשייך להמשכיר על המשכיר לטפל להוציאו וימסור לו החצר פנוי א"כ מדוע לא יהיה הדין כמו כן גבי חמץ אלא ברור לי דאיבעיית הש"ס כשאין החמץ נראה בבית ורק הבדיקה היא מצד מצוה אבל אי יש בבית חמץ בודאי על המשכיר לפנות לכן בנ"ד שהזבל הוא מקודם בודאי שייך להמוכר ממילא עליו להוציאו כנ"ל:

סימן כב

כבוד הרב הגאון החו"ב הישיש כש"ת מו"ה יואל משה לאנדא אבד"ק יאברוב:

עתה באתי על דברי תורה מה שהעיר בריש פרק אמרו לו במסכת כריתות דף י"א ע"ב בתוס' ד"ה אמרו שכתבו דמתניתין דקתני עד אחד אומר אכל ועד אחד אומר לא אכל כו' חייב אשם תלוי מיירי שהאיש שמעידין בו שותק דאי אמר איני יודע פטור כדנפקא בגמרא או הודע אליו כו' ומסיק דמיירי בעד אחד שאינו יכול לחייבו קרבן וע"כ מיירי באומר איני יודע דאי אמר לא אכלתי פשיטא דעד אחד לא מהימן כדכתיב לא יקום עד אחד באיש דנראה שאין עד אחד קם רק לשבועה ע"ש ועל זה העיר כת"ה דלדעת הסוברים דעד אחד במקום חזקה לא מהימן קשה דגם באומר איני יודע לא בעי קרא דפשיטא דאין עד אחד יכול לחייבו קרבן דהא יש להאי גברא חזקת פטור: הנה כ"ת

לא הי' צריך לומר מטעם חזקת פטור אך בפשיטות הי' יכול להקשות דגם באומר איני יודע גם כן לא צריך קרא מדכתיב לא יקום עד אחד לכל עון ולכל חטאת והתם מיירי אפילו באומר איני יודע דהא קיימא לן דאין עד אחר יכול לחייבו שום עונש מלקות או ממון אפילו באומר איני יודע לא מיבעי' לרב ושמואל דסבירי כהו בשבועות דף מ"ק דלא אמרינן מתוך שאינו יכול ע משלם א"כ כשטוען איני יודע נגד העד אחד פטור לגמרי בכל מקום אלא אפילו למאי דקיימא לן כר' אבא דכשטוען איני יודע נגד העד אחד אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם היינו דוקא במקום שעד אחד מחייבו שבועה אבל במקום דליכא שבועה כגון בקרקעות או בקנס פטור לכולא עלמא דאין עד אחד מחייבו ממון אפילו כשטוען איני יודע א"כ איך מחלקין התוס' בין אומר איני יודע לאומר לא אכלתי דבאומר לא אכלתי לא צריך קרא ובטוען איני יודע איצטריך קרא וכבר הערותי זה בחידושי וכתבתי ליישב דלכאורה בלאו הכי צריך להבין מה שכתבו התוס' דבאומר לא אכלתי לא צריך קרא דהא כתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת דהתם כתיב רק שאין הב"ד מחייבין על פי עד אחד וגבי קרבן הא קיימא לן חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותן וא"כ הוא מביא מרצונו אך התוס' שם בסוגיא להלן דף י"ב ד"ה או כתבו בסוף דבריהם דלר' מאיר באמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ממשכנין אותו כיון דניחא לי' בכפרה אלא שסבור להיות פטיר ע"ש א"כ הכא נמי בעד אחד והוא אומר לא אכלתי אם עד אחד מחייבו קרבן הא ממשכנין אותו דברצונו ודאי לא יביא קרבן כיון שהוא מכחיש להעד ולדעתו העד הוא משקר ולהכי שפיר כתבו התוס' דעד אחד אינו מחייבו למשכן אותו אבל כשאומר איני יודע שפיר איצטריך קרא דהוה אמינא דעכ"פ רשאי להביא קרבן אם הוא רוצה וחושש לדברי העד שאומר שאכל אעפ"י שהוא בעצמו אינו יודע ע"ז איצטריך קרא או הודע אליו שאינו יכול להביא קרבן ודו"ק:

עוד אמינא בישוב דברי התוס' הנ"ל באופן אחר דהנה לכאורה בלא"ה צריך להבין מ"ש דבמכחיש את העד אין צריך קרא דפטור מקרבן דהא כתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת דהאיך שמעינן מזה דפטור מקרבן הא לכל חטאת היינו עונש ממון וכן כתב רש"י ז"ל שם בחומש (דברים י"ט) וגם על כרחך צריך לומר כן דהא כתיב על פי שנים עדים יקום דבר וא"כ אי אפשר לומר דחטאה כמשמעו דהיינו קרבן חטאת דהא אפילו שני עדים אין מחייבין אותו קרבן חטאת דהא קיימא לן כרבנן דעדים אין מחייבין חטאת וראיתי לבעל הטורים ז"ל שכתב לכל חטאת היינו קרבן ותמוה בעיני מאוד דזה אפשר לפרש רק לר' מאיר ולא אליבא דחכמים דקיימא לן כוותייהו ועכ"פ

לדידן דמפרשינן דלכל חטאת היינו עונש ממון לא נשמע מיניה דפטור מקרבן עפ"י עד אחד והנה באמת התוס' בעצמם נשמרו מזה וכתבו דבריהם בדקדוק בזה הלשון דנראה שאין עד אחד קם רק לשבועה ומשמע דהוכחה גמורה אינה מזה אבל לכאורה גם קצת הוכחה ליכא מכאן דהאיך כשמע דאינו קם רק לשבועה דילמא דכמו דאמרינן דאבל קם הוא לשבועה כמו כן יש לומר דקם הוא לקרבן ונראה לפענ"ד דיש לומר דמזה גופא דקם הוא לשבועה מוכח דעד אחד אינו מחייבו קרבן דאי נימא דעד אחד מחייבו קרבן א"כ צריך להיות דכל מי שנשבע להכחיש את העד הי' צריך להביא קרבן אחר השבועה היינו אשם גזילות דמה לי אם מעיד עד אחר שאכל חלב שצריך להביא חטאת ומה לי אם מעיד שנשבע לשקר שמחייבו קרבן אשם ופשיטא דלא יתכן למימר הכי שהתורה מחייבתו לישבע להכחיש את העד ואח"כ יתחייב להביא אשם על שנשבע לשקר וזהו כוונת התוס' דנראה שאינו קם רק לשבועה כוונתם אבל לא לקרבן אשם על השבועה ואי נימא דעד אחד מחייבו בקרבן הי' מחויב להביא אשם אחר השבועה ודבר זה לא יתכן כלל כנ"ל אמנם יש לבעל דין לשאול דכיון לענין ממון אין עד אחד נאמן לחייבו כיון שכבר נשבע להכחיש את העד וא"כ תו ליכא אשם דהא קיימא לן בב"ק דף ק"ח הביא אשמו עד שלא הביא גזילו לא יצא אכן מכל מקום דאם נימא דעד אחד מהימן לחייבו בקרבן והיינו ע"כ משום כפרה א"כ הי' צריך להיות דמהימן שנשבע לשקר וצריך כפרה ולהביא אשמו וכיון דהקרן מעכב את האשם ואי אפשר כפרתו בלי תשלומי הקרן צריך זה שנשבע לשלם קרן וחומש ואשם:

ויותר יש לחזק ולהסביר דבר זה עפ"י מה שכתב הר"ן ז"ל בפרק האומר במסכת קידושין שהאריך לומר דהא דאמרינן דשתיקה כהודאה דמיא לא ומפני הודאתו של זה אלא נאמנותו של העד דאפילו אם יודע בלבו שאינו יודע בדבר כלום חייב להביא שאלו תאמר שמפני הודאתו בלבד הוא מתחייב קרא למה לי דחייב והא בודאי אם יודע בעצמו שאכל חלב ומשו"ה הודה לדברי העד פשיטא דחייב ואם הוא יודע בעצמו שלא שתק מפני הודאתו האיך הוא מתחייב שמא תאמר מפני שאנו דנין על כרחו הודאתו כשתיקה והתנן בערכין דף כ"א דחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותם וכו' וכיון שהוא יודע שלא היתה שתיקתו מחמת הודאה למה יביא קרבן ואדרבה יש לו להמנע כדי שלא יביא חולין לעזרה אלא על כרחך אפילו לפי מה דאמרינן דילמא משום דאישתיק ושתיקה כהודאה דמיא מפני עדותו של העד מתחייב ולא מפני הודאתו ע"ש ולפי"ז אם נימא דעד אחד נאמן לחייבו קרבן אפילו כשמכחיש אותו על כרחך צריך לומר לפי דברי הר"ן ז"ל דאף על, פי שהוא יודע שהעד משקר מ"מ חייב להביא קרבן מעצמו אף על פי שאין ב"ד

מחייבין אותו שכך גזרה התורה שעל פי עדותו של עד אחד חייב להביא קרבן וממילא מסתברא לומר שהוא מחויב לשלם קרן וחומש ואשם אף על פי שיודע בלבו שהעד משקר וזה לא יתכן כלל דכל עיקר מה שנשבע הוא נשבע כדי להפטר את עצמו מלשלם ואיך יתחייב אחר השבועה קרן וחומש ואשם:

והנה דבר זה פשוט בעיני שמה שכתבו בתוס' הנ"ל דאי אמר איני יודע פטור כדנפקא מקרא דאו הודע אליו ומסיק דמיירי בער אחד שאינו יכול לחייבו קרבן דאי אמר לא אכלתי פשיטא דעד אחד לא מהימן דבריהם אלו נאמרים כפי מה דמשני הש"ס דמתניתין אתיא כר' מאיר דשני עדים מחייבין אותו קרבן דאלו לרבנן לא הי' צריכין לומר דבאומר לא אכלתי אין עד אחד מהימן הא אפילו שני עדים אינן מחייבין אותו קרבן אלא מוכח דאליבא דר' מאיר קאמרו הכי וגם הא דאמרינן בגמרא או הודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים אליבא דרבנן לא מיירי בעד אחד כיון דאפילו שני עדים אינן נאמנים והא דמסיק התם דהא דקתני יכול אפילו אין מכחישין תלמוד לומר או הודע אליו מיירי בעד אחד היינו דהקרא מיירי בין בשני עדים בין בעד אחד דכשמכחיש פטור מקרבן אפילו בשני עדים ובשותק חייב אפילו בעד אחד וא"כ לרבנן נדחה ראיית התוס' דאי אמר לא אכלתי למה לי קרא הא קרא איצטריך דשני עדים אין מחייבין קרבן אלא מזה על כרחך מוכח נמי דהתוס' אזלו אליבא דר' מאיר ולדידי' הא דממעטינן או הודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים היינו רק בעד אחד דבשני עדים הא חייב קרבן ולהכי הוכיחו דמיירי באומר איני יודע דאי אמר לא אכלתי פשיטא דפטור ולפי"ז הא דכתבו דבאומר איני יודע פטור בע"א י"ל דז"א אלא אליבא דר"מ דלדידי' מוכח הבי דילפינן מקרא דאו הודע אליו אבל לרבנן דקרא מיירי בשני עדים ועכצ"ל דמיירי כשמכחיש:

אותן דבאומר איני יודע גבי שני עדים פשיטא דחייב כמו שכתבו בתוס' ד"ה אלא א"כ י"ל דאיני יודע חשוב לרבנן כשתיקה ואפילו בע"א חייב דכיון דלרבנן אין לנו הוכחה דאין ע"א מחייבו בקרבן כשאומר איני יודע מצד הסברא אין לנו לחלק ולומר דאיני יודע לא הוי כשתיקה דלמה יגרע וזה נראה לי נכון וברור:

והנה התוס' שם בכריתות ד"ה אלא דלא מכחיש להו ומני ר"מ היא כתבו דליכא למימר דמיירי כשאמר איני יודע דפשיטא דחייב דאינו יודע גבי תרי עדים הוה כשתיקה עכ"ל וקשה לי דא"כ הא אפשר לאוקמי רישא דמתניתין דאמרו לו אכלת חלב מביא חטאת דאתיא כרבנן אך מיירי בהוא אומר איני יודע ומשו"ה באמרו לו תרי עדים חייב דאיני יודע חשוב כשתיקה אבל בחד אומר אכלת והוא אומר איני יודע הוא פטור מקרבן כמ"ש התוס' שהבאתי למעלה וזה קושיא גדולה:

עוד קשה לי על מה שכתבו התוס' שם י"ב ע"א ד"ה אלא לאו בחד וע"כ שאמר איני יודע דאי אמר בהדיא לא אכלתי פשיטא דפטור דעד אחד אינו קם רק לשבועה כדפירש במתניתין עיי"ש וקשה לי דא"כ למה נקט במתניתין ע"א אומר אכל והוא אומר לא אכלתי פטור יותר הו"ל למיתני דאפילו אי אמר איני יודע פטור אבל לפי האמור שפיר ניחא דכל דברי התוס' דנגד ע"א והוא אומר איני יודע פטור כל זה אינו אלא אליבא דר"מ דהוא מפליג בין תרי עדים לע"א אבל לרבנן גם שני עדים אינן מחייבין קרבן בהכחשה אלא דוקא בשותק משום כהודאה דמיא וגם אם אמר איני יודע חשוב כשתיקה דמסתמא כיון דהוא אומר איני יודע הוא סומך אהא דאמרו המה ברי שאכל ה"ה בחד אמר אכל והוא אומר איני יודע ג"כ סומך אהא דאמר ברי שאכל כמו היכי ששותק דמאמין לדברי העד שאומר אכל דוגמא דאמרינן בגמ' קידושין דף ס"ו ע"א אי מהימן עלך כבי תרי זיל אפקה:

ומעתה לפי האמור נתיישבו דברי הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ח מהל' שגגות הל' ג' האוכל חתיכה ועד אחר אומר אכלת וזה שאכלת חלב הי' וע"א אומר לא אכל כו' הואיל ונקבע האיסור הוא ואינו יודע אם חטא אם לא חטא הר"ז מביא אשם תלוי עיי"ש וכתב הלח"מ ויש להקשות עליו מה שהקשו בתוס' דע"כ הא דממעטינין מקרא דאו הודע הוא בכה"ג דהוא אומר איני יודע דאי לא פשיטא אבל לפי הנ"ל ל"ק כלל שגם התוס' לא הקשו אלא לר"מ דלדידי' הברייתא דדריש או הודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים ג"כ בעד אחד דוקא אבל לפי מה דקיימ"ל כרבנן עכצ"ל דהברייתא מיירי בין בשני עדים בין בע"א דהא דנקט ברישא ולא שיודיעוהו אחרים היינו אפילו ע"י שני עדים וסיפא דקתני יכול אפילו אינו מכחישן ת"ל או הודע אליו היינו אפילו ע"י ע"א דהא לרבנן אין חילוק כלל בין שני עדים לע"א דבהכחשה פטור אפילו בשני עדים ובשתק חייב אפילו בע"א וה"ה אם אומר איני יודע חשוב כשתיקה להכי בע"א אומר אכל וע"א אומר לא אכל חייב אשם תלוי: והנה ראיתי להתוס' בב"מ דף ג' ע"ב ד"ה אשם היינו קרבן שכתבו דלר"מ עדים מחייבין אותו אשם וכן איתא שם בגמ' דלר"מ כי היכי דמחייבו בקרבן מק"ו מחייב לי' חומש מק"ו ולא זכיתי להבין שהרי גם לרבנן צריך להיות הכא חייב לפי מה דאמרינן בפרק אמרו לו לאידך לישנא דהך אם ירצה לומר מזיד הייתי טעמא דנפשייהו קאמרו והובא ג"כ בתוס' שם א"כ שבועת הפקדון דבמזיד נמי חייב חומש ואשם לא שייך טעם זה וגם לרבנן צריך להיות חייב ולכאורה זהו קושיא גדולה אבל לפי הנ"ל דלרבנן קרא דאו הודע אליו בא למעט שני עדים שפיר יש לומר דבאמת עיקר הלימוד הוא מקרא

ולהכי פטור נמי מאשם רק הא דאמרו אי בעי לומר מזיד הייתי הכונה רק דמזה ראי' דהתורה מיירי נמי בשני עדים ולא כר"מ דלדידי' מיירי קרא רק בע"א:

ומה שיש לי להעיר בדברי התוס' במה שהקשו דבמתניתין פרק ד' שומרין תנן היכן שורי נגנב משביעך אני ואמר אמן והעדים מעידין אותו שאכלו משלם כפל ומוכח דאינו משלם חומש ואשם וכן תנן בפ' הגזל קמא ומוקי לה כר"מ הא יש לומר דאתיא כר' שמעון דס"ל בב"ק דף ס"ה אין חומש ואשם משתלמין במקום שיש כפל ומשום הכי שפיר פטור גבי טוען טענת גנב וצ"ע סימן כג לכבוד הרב הה"ג חריף ובקי המפורסם כש"ת מו"ה יוסף פנחס סג"ל לאנדא ראבד"ק באלחוב:

הנה בדבר השאלה אם יש רשות להקצבים למנוע מליתן להשו"ב לבדוק הריאה מחמת שחושדין אותו שהוא נוגע וחשוד להטריף אחרי שבצנעה הוא שותף להאקציז אולם לא נתברר הדבר אלא שהוא חשד בעלמא והמה רוצים שלא יהי' לו שום דררא דממונא כי נותנים לו שכרו משלם והשו"ב לא נתרצה בכך אם יש לו טענת חזקה וכתב כ"ת דבשחיטה יש חזקה אי משום מצוה אי משום ברכה אבל מה שייך זה לבדיקה:

הנה לכאורה עלה בדעתי לדון בזה עפ"י מה דאיתא בב"מ דף ע"ז ע"א שאני אוכלסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי להכי חייבים ליתן לפועלים שכרו משלם ולא כפועל בטל וכן הוא בטור ובחו"מ סי' של"ה אבל בגוונא דרוצים ליתן רו שכרו משלם לא מצאתי שיש לפועל טענה שמחויב הבעה"ב ליתן לו את המלאכה מחמת האי טעמא דאי לא עבדי חלשי והטעם פשוט דבקל יכול למצוא הרבה מלאכות לעשות בחנם ולא יהא יושב בטל ובודאי הי' גם בתחילה בשעת השואת השכירות לא הי' מקפיד בדבר הזה ולפי"ז בשו"ב שיש אומדנא דמוכח דשום שו"ב לא ישכור א"ע להיות שוחט בלבד ולא בודק גם אם יתנו לו שכרו משלם מפני הכבוד ושנית שאם לא יעסוק באומנותו יסתלק ההרגל ובזה לא שייך לומר דבקל יוכל למצוא לעבוד במקום אחר ועוד אפילו בפועל אם יש לבעה"ב המלאכה ליתן לעשות ורוצה לסלקו בחנם אעפ"י שרוצה ליתן לו שכרו משלם לפענ"ד יש טענה לפועל לומר אין אני רוצה בכך דכתיב יגיע כפיך כי תאכל אשריך וטוב לך ויש לדמות דבר זה למאי דאיתא בב"ב דף י"ג ע"ב דתניא טול אתה שיעור ואני פחות שומעין לו רשב"ג אומר אין שומעין לו ומסיק הש"ס משום דאמר לי' אי במתנה לא ניחא לי דכתיב שונא מתנות יחי' ועיין בטור חו"מ סי' קע"א דהרי"ף והרא"ש פוסקין כת"ק ור"ח ורמב"ם פוסקין כרשב"ג וה"נ דכוותי' ודו"ק:

והנה ראיתי להרמ"א בהג"ה יור"ד הלכות מלמדים סי' רמ"ו שכתב אבל אם בא חכם אכסנאי לעיר אין לו לקפח שכר הרב הדר שם לעשות חופות וקידושין וליטול השכר

כו' אבל מותר לעשות החופה ולתת השכר לרב הקבוע כו' ע"ש ובעיני יפלא למה פשיטא לי' דבר זה הא מצד הסברא יש לדמות דבר זה להך דב"ב דפליגי בכגון זה רבנן ורשב"ג והר"ח והרמב"ם פוסקין כרשב"ג אבל מלבד זה אנכי תמה ודרכי החכמה נסתרו ממני הא יש כאן שכר ברכת אירוסין ובהרבה מקומות גם ברכת נשואין שייכים לבעל המסדר קידושין היינו להרב המסדר ואיך רשאי אכסנאי ליטול הברכות שלא ברשות הרב ואפשר שהמנהג הי' שלא הי' הרב דמתא בעצמו מסדר קידושין אלא הי' מרשה לאחר שיסדר קידושין במקומו ובזה עולין דברי הגה"ה לנכון: ונ"ל דיש ראי' להביא סעד לזה מהא דאיתא בטור או"ח סי' נ"ג כתב הרשב"א בתשובה שחזן אין מסלקין אותו מאומנתו אא"כ נמצא בו פסול ויש ראיות לדבר ועוד דתנן מערבין בבית ישן מפני דרכי שלום ואוקימנא בגמרא משום חשדא ומיהו כתב שבזמנו נהגו למנות אנשים על צרכי ציבור לזמן כו' ומשמע דמה שכתב מקודם דאין מסלקין מיירי שמנו החזן לכל ימי חייו וקשה למה צריך הטעם משום חשדא תיפוק לי' דמדינא אין יכולין לסלקו כמו שאר פועל אלא עכצ"ל שאפילו אם נותנין לו שכרו גם כן אין מסלקין אותו משום חשדא א"כ ה"ה בשו"ב דאין מסלקין אותו משום חשדא: איברא יש לומר דכיון שהוא נשאר להיות שוחט מוכח דמה שמסלקין אותו מלהיות בודק אינו משום שנמצא בו פסול אולם אנא אמינא דהיא גופא קשה אם חושדין אותו שמתכוין להזיק להם בשעת הבדיקה איך רשאי להיות שוחט הא מזיק בידים חייב לשלם ונמצא שהוא גזלן ועוד דבחו"מ סי' שפ"ח משמע דאם נתכוין לכך יש לו דין אחד עם מסור ומבואר ביו"ד סי' ב' סעי' ט' בהג"ה דדעת הגהות אלפסי שחיטת מסור פסולה עיי"ש ואולי הכא שאני דחושדין אותו שמתכוין להזיק לטובתו מחמת שהוא שותף לאקציז אין לו דין מסור אבל עכ"פ מתורת גזלן לא נפיק ותמה אני על כ"ת שירד לדון אם נקרא ש"ש או לא דמה שייך דין זה לכאן שחושדין אותו שהוא מתכוין להזיק. וראיתי מובא בשם ברית אברהם שחידש לומר דכשהוא שוחט ולא בודק גרע משוחט ובודק לענין אם הוציא טריפה מתחת ידו דאם יש בענין חשש חימוד ממון מעבירין אותו בפעם אחת ואם ליכא חשש חימוד ממון בעינן ג' פעמים כמ"ש הפר"ח בסי' קי"ט בשם מהר"ם ומהריב"ל מעתה אם הוא שוחט ובודק גם אם קלקל בשחיטה יש בידו להטריף בבדיקה ולא נחשד להכשיר אבל אם הוא שוחט לבד בכה"ג שקלקל בשחיטה ירא להטריף ובשביל ממון יבא להכשיר:

והנה מה שרצה כ"ת לחדש דהפרוטה דרב יוסף לא שייך אלא בהשבת אבידה ובמלוה על המשכון שהמה מצות שעוסק בגמ"ח שבין אדם לחבירו אבל לא כשעוסק במצות שבין אדם למקום מצד הסברא יפה העיר אבל שזהו נגד דעת כל הקדמונים אי אפשר

לקיים הדבר כלל כמאמר חז"ל אם הראשונים כמלאכים אנו כבני אדם וכו' שוב הראו לי שכבר נמצא דבר זה בספר ערוגת הבושם על יור"ד סי' ד' ע"ש:

ובהאי עובדא שלפנינו נ"ל דאין להעבירו עפ"י רינון לבד כמו שמפורש יוצא גבי שהבאתי למעלה אך עכ"ז אפילו אם לא נחשוד אותו ח"ו שיהי' מזיק בידים בשביל הנאת עצמו עכ"ז לא נאה ולא יאה שיהי' השו"ב שותף בהאקציז מצד הסר ממך עקשות פה ולפענ"ד הנכון שיגיד השו"ב בהן צדק שאינו שותף באקציז ואין לו שום נגיעה בריות ממון והקולות יחדלון: שוב ראיתי בספר הזוהר פרשה לך לך דף פ"ז ע"ב דאמר ר' אלעזר מקרי דרדקי הי' וכי אתא ר' יוסי דכפר חנון למתא לקחו ממנו התינוקת ומסרו לו ומ"מ הוי יהב' אגרי' אך הוא לא רצה לקבל לאיתהני' מינייהו ע"ש אך יש לומר דהתם הי' שלקחו ממנו התינוקת לאחר שעבר הזמן של השכירות והמה רצו ליתן לו מתנת חנם ע"כ לא רצה לקבל:

ובעמדי בענין זה לא אדע הבין מה שכתב הקצה"ח בחו"מ סי' ש"ו ס"ק א' דמצוה לחודא בלא ברכה נמי שוה עשרה זהובים וכמבואר פרק כיסוי הדם ותימא דאדרבא מסקנת הש"ס כפי מ"ש רש"י ותוס' ז"ל הני ארבעים זהובים אינם אלא שכר ברכה ולא שכר מצוה רק בב"ק דף צ"א מפורש דמצי לומר אלא בעינא למיעבד מצוה וע"ש בתוס' אבל מ"מ אינו מוכח מב"ק דבעד מצוה צריך לשלם ארבעים זהובים אלא שהש"ס מייתי דכיון דבעבד ברכה מגיע עשרה זהובים מובן דאיכא נמי שווי' למצוה אבל מ"מ אינו מבואר בש"ס בשום מקום דצריך לשלם עשרה זהובים ועיין בחו"מ סי' שפ"ב ובש"ך שם דיש בזה מחלוקת הרבה בין הקדמונים ז"ל ועיין בקצה"ח אבל עכ"פ דברי הקצה"ח הכא רק אגב שיטפי' כתב הכי:

ומלבד זה מה ששיירתי לנפשי הדרך להבין דברי חז"ל הקדושים התעוררתי במאי פליגי רבה ור"י בשומר אבידה אי היה ש"ח או ש"ש אטו נימא דמי שקבל חפץ מחבירו לשמרן בחנם מצוה קעביד מטעם שעושה עם חבירו גמ"ח לשמור בחנם את חפיציו זה ודאי אינו אלא שהוא שומר מחמת שהוא חייב לשמור כיון שקיבל עליו חיוב השמירה וא"כ שומר אבידה נמי נהי שלקח האבידה על מנת להחזירו לבעליו חשוב מצוה מה שהתורה הטילה עליו דבלא מצות התור' הי' בידו להתעלם מזה ולא ליקח לביתו אבל אחרי שלקח האביד' נעשה על האבידה ש"ח מצד הדין מתורת חיוב שקיבל בתחילה בשעת הלקיחה לביתו לשמור דהא על מנת זה לקח להחזירו לבעליו ולא שיהי' הפקר ואם פשע חייב לשלם כדין ש"ח דעלמא מצד הדין ע"כ נלפענ"ד דכוונת הש"ס שומר אבידה היינו ששומר יותר ממה שמוטל על ש"ח מצד הדין לשמרו וכעין שכתבו בתוס' ב"ק דף נ"ו

ע"ב ד"ה בההיא שהוא שוטה לצרכה או שהוא משום עסק שצריך לה לאבידה דהיינו באופן שמצד דינו של ש"ח לא הי' מוטל עליו לעשותו ובדברים הללו חשוב השבת אבידה שהוא מחויב בתורת מצוה ולא מתורת חיוב וכאשר נדקדק במתניתין דב"מ דף כ"ט ע"ב מצא כסות מנערה אחת לשלשים יום ושוטחה לצרכה נראה דהכונה הוא דמה דקתני מנערה אחת לשלשים יום זהו בתורת חיוב אבל מה דקתני ושוטחה לצרכה זה אינו בתורת חיוב אלא לצרכה מותר לשוטחה ולכבודו אסור ולפי"ז מה שכתבו התוס' בשעה שהוא שוטח לצרכה ולא כתבו מנערה מורה ג"כ למה שכתבתי דדוקא שיטות לצרכה שאינו מחויב מצד הדין חשוב מצוה מצד השבת אבידה אבל ניעור שהוא מחויב מצד הדין לא מיפטר מפרוטה דרב יוסף ומעתה לפי"ז לא פליגי רבה ור"י במי שיש לו אבידה אצלו אם הוא ש"ח או ש"ש לחייבו תמיד בגניבה ואביד' אלא פליגי אם הוא שומר אבידה יותר על הראוי לש"ח אלא בתורת מצות השבת אבידה שלא יתקלקל חפיצו של חבירו ממון ישראל בכה"ג ס"ל לרבה דהוה ש"ח דמשום מצוה לא חשוב ש"ש ורב יוסף סבר דמשום מצוה נעשה ש"ש ובזה מדוקדק הלשון שאמרו חז"ל שומר אביד' ולא אמרו המוצא אבידה לשון זה מורה שהוא שומר מצות השבת אביד' ולא סתם מוצא אבידה ומעתה לפי"ז נסתר מה שכתב הקצה"ח דמצוה שוה עשר' זהובים דזה לא שייך גבי השבת אביד' דעל כל אחד מישראל מוטל הדבר לשמור ממון חבירו מתורת השבת אביד' ואין לבעל מוצא אביד' יותר זכות מאיש אחר מישראל ואם בא אחר ושמרו יותר ממה ששומר המוצא אין להמוצא שום טענה וכמו שכתב הרא"ש בפרק כיסוי הדם שאם אמר האב לאחד למול את בנו וקדם אחר ומל אינו משלם דרק לאב זכה הכתוב במצות מילה אבל לאחר כל ישראל שוין בזה וכן בשומר כן נ"ל וה' יצילני משגיאות:

סימן כד

להרב המאה"ג המפורסם מו"ה נפתלי הורוויץ האבד"ק סיניוואץ:

ע"ד שאלתו כבר חקרו בזה גדולי עולם וגם המה לא העלו דבר ברור וכ"ת ראה בפ"ת סי' רכ"ז שהביא:

מה שכתב הש"ך שם בשם הג"א דכשלא נתן הלוקח מעות יכול לתבוע אונאתו גם אחר שיעור כדי שיראה לתגר או לקרובו דמהימן לומר לא נתרצתי מטעם מיגו עי"ש והשער משפט כתב דאפילו בלא מיגו יש לתבוע אותו וראי' מבכורות דף י"ג ע"ב. ולפע"ד דברי השע"מ תמוהים דאיך מייתי מבכורות הא התוס' בכתובות דף נ"ח ע"א ד"ה הנהו כתבו בשם רבינו אליהו לענין מום לחלק בין נתן מעות לבין לא נתן מעות וקצת משמע כן בפ' המוכר פירות ע"ש ולא הביאו הראוי' מבכורות שכתב השע"מ וסוגיא זו איתא ג"כ

בע"ז דף ע"א ובודאי התוס' ידעו מהני תרי סוגיות אלא על כרחך סביר' להו דאין לדמות ע"ז לשאר מקח וממכר דאין שום בר ישראל מתרצה לקנות ע"ז ולהחזיק אצלו אלא הא דאמר אביי בע"ז ובבכורות דכיון דיהיב זוזי כי קא משיך איבעי לעיוני והדר מימשך וכתב רש"י ומדלא עיין אחולי מחיל הוה פירושו דאדעתא דהכי משך להוליך הנאה לים המלח והמעות נתן בעד שאר גרוטאות אבל כשהמום בכל המקח אין ראי' משם כלל:
ולי נראה להביא ראי' לדעת הסוברים דאם יכול להבחינו אינו חוזר מרש"י שם בע"ז ע"א בהא דאמר אמימר משיכה בעכו"ם קונה תדע דהני פרסאי כו' כתב רש"י ל"א מתשובת הגאונים פרדשני מי שיש לו כור חיטין למכור פוסק דמים ללוקח והולך לביתו ומשגר לו קב חיטין לראות כמה הן יפות ואם מעכב הלוקח אותו קב אצלו מתקיים המקח ואם אינו חפץ בהן מחזירו עכ"ל ולא נאמר כמה זמן ניתן להקונה על זה להבחין הקב חיטין אם המה יפות משמע דסגי בזמן שיכול להבחינו ואם החזיק הקונה אצלו זמן כזה מתקיים המקח אע"פ שלא נתן מעות ואף שהתו' שם ד"ה אמר כתבו דאין זה עיקר הטעם אלא סבר כר' יוחנן כו' ומה שמביא ראיה מפרדשני דפרסאי אין זה כי אם אמתלא בעלמא ע"ש מ"מ משמע דהוה נהגו כמו עפ"י דת ישראל ודו"ק: הן אמת שאנכי נבוך ולא אבין איך מה דאמר אמימר דמשיכה בנכרי קונה מהנך פרסאי לשיטת הגאונים הא לא משך הקונה אלא קב אחת חיטין ובמה קנה את כל החיטין מה שלא משך כלל ולדידן משיכה אינו קונה עד שימשוך את כולה כמו שמבואר בחו"מ סי' ר"ב. ונ"ל דלשיטת הגאונים צ"ל דסבר אמימר דרק לדידן דקי"ל דמעות קונות אלא דחז"ל תיקנו דמשיכה קונה מטעם שמא יאמר נשרפו חיטך בעליה בעינן שימשוך הלוקח את כולה אבל בנכרי הקונה במשיכה מה"ת כמו דאיתא בבכורות דף י"ג דאמר ר' יוחנן מדלעמיתך בכסף לנכרי במשיכה א"כ דמי ממש בנכרי קנין משיכה כמו בישראל קנין כסף וכיון הקונה באלף זוז ונתן לו מקצת דמים אפילו שוה פרוטה קנה הכל כמבואר בחו"מ סי' ק"צ במכירת קרקעות ופשיטא דה"ה במטלטלין מה"ת ה"ה במשיכה לנכרי אפילו אם קנה אלף כור ומשך קב אחת קנה כולה מהאי טעמא דלעמיתך בכסף בנכרי במשיכה. אבל קשה לומר דלפמ"ש התוס' דגם לאמימר לא הוה אלא אמתלא בעלמא להכי לא חש לזה והי' סגי לי' מה שקנה הקב שמשך ומה דלא הדרי בהו פרסאי זה הי' רק רמות רוחא כינו שאמר רב אשי דמדברי התוס' בעצמם לא משמע הכי שכתבו שמנהג אבותיהם מן הפרסי' שאינם חוזרים אחר המשיכ' ש"מ שכך הדין הרי משמע שהדין הוא שיקנה כולה ולא הקב בלבד. ודע דלפ"ז לשיטת הגאונים יתישב קושי' התוס' שם בע"ז ד"ה שקילו זוזי והקשה ר"ת מה הוה מועיל המעות שהיו נותנים מתחיל' מ"מ הוי יין נסך

ברשותי' של ישראל מיד שנגע בו ועדיין אינו של עכו"ם עד שימשכנה כיון דמשיכ' קונה ולא מעות ומיד שנגע בו נעשה יין נסך ברשות ישראל והמעות שביד ישראל נעשו למפרע דמי יין נסך ע"ש וע"כ כונתם שהעכו"ם גע רו בשעת משיכ' דמקודם המשיכה לא יניח לו הישראל ליגע בהיין אבל לפי האמור דבמשיכת פורתא קונה העכו"ם כל היין שפיר ניחא דאפשר להישראל להשגיח שלא יגע העכו"ם תא קמא בשעת משיכה ואז קנה הכל ואפילו אם אח"כ יגע העכו"ם שוב לא איכפת לן ומשו"ה הוצרך הש"ס לשנויי הכא במאי עסקינן דאיכא עכבת יין אפומי' דפוזניתא דקמא קמא אינסיך לי' וכל דמי היין נעשה חליפי איסור הנאה ולפ"ז מוכח מהתוס' בקושייתם דלא סבירא להו הכי אלא דבעינן שימשוך את כל היין דלא כשיטת הגאונים ז"ל דאל"ה אין התחלה לקושייתם ודו"ק:
ועלה על לבי לחקור לר"ל דס"ל בב"מ דף מ"ח דגבי ישראל משיכה קונה מדאורייתא וס"ל בבכורות דף י"ג דבעכו"ם מעות קונות דדריש מדלעמיתך במשיכה בעכו"ם בכסף איך הדין במשיכה דקונה בישראל אם בעינן שימשוך את כולה היינו כל מה שלקח אבל אם משך רק דבר מועט ממה שפסק המקח לא קנה כמו לדידן דקי"ל כר' יוחנן דמשיכה קונה מדרבנן דעד דמשך כולה לא קנה כדאיתא בחו"מ סי' ר' סעיף ז' באומר כור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור אפילו בסאה אחרונ' והוא מש"ס דב"ב דף פ"ו ע"ב וק"ה ע"א דרב ושמואל דאמרי תרווייהו ע"ש וה"ה לריש לקיש דס"ל דמשיכ' קונה מה"ת או דלמא דדוקא לר' יוחנן דמשיכה קונה רק מדרבנן שמא יאמרו נשרפו חטיך בעלי' על כרחך תקנו חז"ל דבעינן שימשוך הלוקח את כולה לרשופי' דאל"כ מה הועילו חז"ל בתקנתם. אבל לר"ל דמשיכ' קונה מדאורייתא סגי כשמשך רק מקצת קונה את כולה כמו דס"ל לר' יוחנן דדבר תורה מעת קונות סגי בנתינת פרוט' כדאיתא שם ע"ב גבי ערבון כנגד כולה קונה ואפילו רב דפליג על זה וסבר דכנגד ערבון לבד קונה ז"א אלא במטלטלין דהפקיעו חז"ל קנין מעות ואינו קונה אלא לענין מי שפרע אבל בקרקע גם הוא מודה לר"י דכיון דהוה קנין גמור אמרינן דכנגד כולה קונה ע"ש כדאיתא שם בסוגיא בהדי' א"כ ה"ה במשיכ' לר"ל דקונה מה"ת לישראל צריך להיות דבמשיכת דבר מיעוט קונה כל המקח וכמו דס"ל להגאונים גבי משיכה לנכרי לר' יוחנן ה"ה לר"ל במשיכת ישראל נמי דינא הכי:
אמנם ראיתי ברש"י ב"מ שם ע"א ד"ה נתנה לסיטון מעל שכתב סיטון חנוני גדול ומוכר פירות הרבה ונותנים לו המעות על יד על יד כשהם מוכרים ובתחילת הקנין נותנים לו ערבון דמים מועטים על הכל מעל אע"ג דלא משך כל הפירות שהרי הרבה פוסק עמו בבת אחת עכ"ל ע"ש מדבריו שמענו שכל זמן שלא משך כל הפירות לא קנה כלל אפילו

אי משך מעט דבמשיכ' לא מהני עד שימשוך כל המקח שקנה וכן כתב לפרש בספר מהר"ם שיף ע"ש. והנה הש"ס קאמר התם אלא קשיא לר"ל ודחיק הש"ס לשנויי הא מני ר"ש הוא ע"ש ואם נימא דלר"ל מהני משיכה בישראל אפי' דבר מיעוט הא לדידי' לא קשה כלל די"ל דהא דנתנה לסיטון מעל היינו משום שמשך קצת בשעת קנין וקנה את כל המקח במשיכ' הלזו אלא מוכח אליבא דפי' רש"י דגם ר"ל סברא לי' הכי דכ"ז דלא משך את כולה לא קנה כלל ודו"ק:

אבל ראיתי בחידושי הריטב"א שכתב וז"ל ולהכי נקט סיטון דאע"ג דאין דרכו למכור בפרוטה כ"א הרבה ומסתמא הנותן לו פרוטה לא משך איפה אחת או שתי איפות משום פרוט' אפ"ה מעל דמעות קונות ע"ש מוכח מדבריו דאלו משך איפה אחת שפיר ניחא דמעל גם לר"ל מטעם משיכה ועכצ"ל דקנה את כל המקח במה שמשך את האיפ' דלא מצינו דפליג שום אדם על מימרא דרב ושמואל הנ"ל דבמוכר כור בשלשים בעינן שיקנה את כל השלשים כור אע"פ שראוי לחלוק לא קנה אלא דלרב ושמואל דמשיכ' לא קנה מה"ת יכול לחזור כל זמן דלא משך כל השלשים סאה אבל לר"ל דמשיכה קונה מדאורייתא במשיכת פורתא קנה:

הכל ולהכי מוכרח הריטב"א לפרש דלא משך כלל ונמצא לפ"ז דפליגי רש"י וריטב"א אליבא דר"ל האיך הדין בכה"ג שמכר הרבה ומשך רק פורתא אי מהני משיכת פורתא לקנות הכל או לא מהני כלל דאפילו פורתא לא קנה ודו"ק היטב:

שוב התבוננתי דלפי מה דאיתא בבכורות דף י"ג ע"ב דרצה הש"ס לאוקמ' הך מימרא דאמימר גם לר"ל וע"ז פריך הש"ס אי סבר כר"ל לעמיתך למה לי מוכח בהדי' דלר"ל אליבא דאמימר דמשיכה קונה בין ישראל לישראל בין ישראל לעכו"ם א"כ פשיטא דלשיטת הגאונים הנ"ל גם ישראל מישראל קונה אפילו אם משך מקצת מהמקח קנה הכל כמו נכרי מישראל ומה מאוד חדש בעיני למה לא הזכירו הפוסקים בענין מכירת חמץ שנהגו לקנות בכמה קנינים בכסף ובקנין אגב ובשכירת המקום מדין חצר למה לא הזכירו שימשוך הנכרי מעט מהדברים ולשיטת הגאונים הנ"ל קנה את כל המקח מדין משיכה וזהו דבר חדש ולא באתי אלא לעורר את המעיין:

ובעמדי בהאי ענינא עמדתי בתוס' ב"מ שם ד"ה נתנה לסיטון שהקשו ולוקמא בסיטון נכרי ע"ש ולפע"ד י"ל דלכאור' קשה הא דמשני הש"ס בספר נכרי עדיין תקשה לפי מה דשקיל וטרי הש"ס בבכורות הנ"ל לאוקמי' הך דאמימר דנכרי במשיכה קני גם. לר"ל ולפ"ז סובר ר"ל דמשיכה קונה בין בישראל ובין בנכרי ואיך מתרץ הברייתא דקתני נתנה לספר מעל. אך יש לומר דהך תנא סבר כתנא דברייתא דאיתא בב"ק דף י"ב

ע"א עבדים ומטלטלים החזיק בעבדים קנה מטלטלין ע"ש וזהו מתורת קנין אגב ע"ש ומשו"ה שפיר דגבי סיטון לא מצי הש"ס לשנוי' בסיטון נכרי דאכתי תקשה לאמימר דגם ישראל מסיטון נכרי קונה במשיכ' בשלמא בספר דהוה פועל ודינו כמו עבד כנעני יוכל לקנות ג"כ תספורת אגב גופו מתורת אגב ולהכי לא בעי משיכת תספורת אבל סיטון דקונה רק מטלטלין לאמימר גם לר"ל בסיטון נכרי קונה במשיכה להכי לא משני הש"ס בסיטון נכרי:

ובגוף הדין דיכול להבחינו לא מצינו בפוסקים אלא בנמצא בו מום אבל לא באונאה ופשיטא דאין לדמות כלל אונאה למום והרבה יש לחלק בין מום לאונאה. דגם המ"ל בפרק ט"ו מהל' מכירה הל' ג' כתב ג"כ דבמום דהוא מקח טעות רק הי' יכול להבחינו לאלתר דדעת הרב המגיד שם דשוב אינו יכול לבטל המקח ע"ז כתב הוא ז"ל דכל שבידו המעות אמרינן דלא הי' מחויב לבדוק כל זמן שלא נתן מעות אבל באונאה לא מצינו שיסבור המ"ל דאם לא נתן מעות יכול לתבוע אונאתו ועיין בנה"מ סי' רל"ב ס"ק א' שהקשה על המ"ל דא"כ באונא' נמי נימא הכי ומדברי הג"א הנ"ל מוכח דרק מצד מיגו מהימן אבל בלא מיגו לא מהימן עיי"ש א"כ מוכח דהי' פשוט להגאון נה"מ דהמ"ל לא קאמר רק בנמצא מום במקח אבל לא באונא' והוא דלא כמ"ש השער משפט והנה יש לחלק בפשיטות בין מום לאונאה דגבי מומין אמרינן חזקה אין אדם מתפייס במומין ומשו"ה לא נתנו חז"ל שיעור ע"ז אבל באונאה שנתנו חז"ל שיעור כדי שיראה. לתגר או לקרובו אין בידינו להמציא סברות חדשות נגד משנה מפורשת שנתנו חכמים שיעור כדי שיראה לתגר או לקרובו. וכן מצאתי להגאון בעל מחנה אפרים בהלכות אונאה סי' י"ג שהביא ג"כ דברי הג"א הנ"ל ומ"מ כתב דבלא מיגו לא מהימן שוב כתב אח"כ לחקור בזה ונראה שם דדעתו נוטה יותר שאינו יכול הקונה לעכב המעות כפי האונאה עיי"ש והוא דלא כדעת השע"מ הנ"ל אך מ"מ לא העלה בזה דבר ברור:

והנה כל זה היכי שעדיין לא השתמש אבל אם כבר השתמש בהמקח בודאי אם נמצא מום במקח אפי' המעות ביד הלוקח צריך לשלם והמקח קיים כיון שהשתמש אחר שידע מהמום וכן מוכח מדברי המ"ל שם שכתב שלא הי' לו לנסות משמע היכא דידע והשתמש בוודאי המקח קיים דכל דבריו לא כתב רק על שיטת הה"מ אבל לא מדברי הרמב"ם ז"ל וזה פשוט. אולם אם נחליט כדעת השע"מ דגם באונאה אמרינן דאם לא נתן הלוקח מעות יש לתבוע אונאתו גם לאחר שיעור כדי שיראה לתגר או לקרובו בזה אם כבר השתמש יש לדעתי לחלק בין היכא שהאונאה הי' יתר משתות דהוי מקח טעות ודמי למום דנתבטל המקח לגמרי והמוכר אינו מחויב להחזיר האונאה בזה אם כבר

השתמש אחר שידע הלוקח כי נתאנה אין לו טענה כלל כמו גבי נמצא מום במקח. אבל אם הי' האונאה רק שתות שהדין קנה ומחזיר האונאה א"כ אפילו אי השתמש אחר שידע שנתאנה מ"מ יוכל לתבוע אונאתו כיון שהחפץ קנה א"כ בדין השתמש בחפץ שלו ומנין לנו בזה שמחל האונאה ובזה עולה שפיר דברי החו"י בכה"ג שהאונאה הי' רק שתות והפ"ת שלא העיר בזה וחולק עליו נראה לפענ"ד שלא עיין יפה ואנכי לא עיינתי עוד בספר חו"י אבל כן נראה לפענ"ד ברור:

אך הא דאמרינן דאם השתמש אחר שנודע לו מהאונאה שוב אינו חוזר היינו דוקא שידע בבירור שנתאנה אבל אם לא ידע בבירור שנתאנה לא שייך לומר כן דהא עיקר הוא משום מחילה ואם אינו יודע בבירור שנתאנה אך שנולד לו ריעותא לא שייך האי סברא דדילמא משום הכי לא תבע מחמת שלא ידע בבירור וא"כ יש להשביע את המוכר בכה"ג אם לא אינה אותו ואם נתברר בב"ד שיש כאן אונאה חייב להחזיר אם לא נתברר קודם שהשתמש וכאשר כתבתי:

אולם בנ"ד נראה לפע"ד יותר גרע אחרי שהבטיח המוכר שהמקח הוא כמו שאר סוחרים שקונים מאתו במזומנים יכול הקונה לטעון שע"ז סמך בשעת הקני' ואלו ידע שאין שאר הסוחרים קונים ג"כ במקח זה גם הוא לא קנה ודמי להך דינא שמבואר בחו"מ של"ב בהג"ה סעיף ד' דאם אמרו הפועלים להבעה"ב כמו שעשאו חבירינו אעפ"י שאמר הבעה"ב בד' מ"מ אם שאר פועלים נשכרים בה' צריך ליתן להם כמו שאר פועלים ואפילו לפי דעת הש"ך שחולק ע"ז אינו אלא אם הבעה"ב לא אמר לפועלים כמו שעשאו חביריהם אבל אם הבעה"ב אמר בעצמו להם בפיו ממש כמו שעשאו חביריהם בודאי צריך לשלם להם ה' עיי"ש א"כ בגונא דהבעה"ב אמר שכן משלמים שאר סוחרים שקונים אצלו והוא סמך על דבריו בודאי צריך להחזיר המותר ואין שייך בזה שיעור כדי שיראה לתגר כו' כיון שהטעה אותו בדבריו ועיין בתשובת השיב משה סי' ק"ג באחד שקנה סחורה מחבירו על נאמנות שיתן לו ריוח עשרה פראצענט ואח"כ טוען הלוקח שנולד לו ריעותא בנאמנות המוכר ומבקש שישבע המוכר שלא רימה אותו בחשבון ופסק הוא ז"ל שהדין עם הלוקח שיכול להשביעו אם חשב חשבון צדק עיי"ש וא"כ ה"נ בנ"ד כיון שאמר לו המוכר שחושב לו כונו שחשב לשאר קונים במזומן אם נתברר שמכר בזול מכפי חשבונו אעפ"י שמפרש לו המקח מ"מ צריך להחזיר לו מה שחשב יותר ואם הדבר בספק יש להשביעו:

ובדבר שהלך בערכאות קודם שתבע אותו לד"ת בודאי עשה שלא כהוגן ולא ירא אלקים מ"מ כשחבירו השיב תשובה בערכאות ולא שלח מאת הבד"צ לתבוע אותו על מה

שקיבל עליו בערכאות ולא תבעו לדון עמו בדיני ישראל חשוב כאילו הסכים ג"כ לדון בערכאות ואם הנתבע זכה בדין בערכאות ותבע בב"ד את התובע לשלם לו ההוצאות שעשה בערכאות בעסק הלז הי' פוסק מו"ח ז"ל שאיבד הוצאותיו כי הי' לו לתבוע אותו לד"ת מקודם. אעפ"י שהראשון התחיל תחילה בעבירה שהלך בערכאות. ובספר:
אמרי בינה מהגאון מקאליש ז"ל בדיני דיינים סי' כ"ו כתב שכן הורו רבני קשישאי באם זכה התובע ויצא הנתבע חייב בדין ערכאות לשלם להתובע עם כל ההוצאות אין להנתבע שום טענה גם בב"ד מטעם הנ"ל כיון שהשיב בערכאות קיבל ע"ע דין ערכאות. והוא ז"ל חולק ע"ז עיי"ש אכן כמדומה לי שגם הגאון ר' יוסף שאול נאטנזאהן ז"ל הי' פוסק ג"כ כמו מו"ח ז"ל:

סימן כה

עוד להרב הנ"ל:
אשר שאל כ"ת אם אנו דנין דין חזקה בפאסעסיע כמו באוראנדא לדעתי קשה מאוד לחדש עוד תקנה חדשה כי אחרי שמנהג שכירות פאסעסיע לא היה בימים קדמונים רק אוראנדא וחליבה מסתמא לא הי' הפאסעסיע בכלל התקנה כי בודאי לא תיקנו אלא בדבר השכיח אבל לא בדבר דלא שכיח כלל ויש לי להביא ראי' ברורה לזה משבת דף י"ד ע"א דאמרינן התם האוכל אוכל ראשון מ"ט גזרו בי' רבנן טומאה דזמנין דאכל אוכלין טמאים ושקיל משקין דתרומה ושדי לפומי' ופסיל להו שותה משקין טמאים מ"ט גזרי כו' רבנן טומאה דזמנין דשתי משקין טמאים ושקיל אוכלין דתרומה ושדי לפומי' ופסיל להו ופריך היינו הך מהו דתימא הא שכיח והא לא שכיח קמ"ל עי"ש א"כ מבואר דאין ללמוד דבר דלא שכיח מדבר השכיח ולהכי חשיב להו שתי גזירות דאי לאו דגזרי בפירוש לא הוה בכלל גזירה ראשונה משום דזה שכיח וזה לא שכיח וה"ה פאסעסיע דלא הוה שכיח בימים קדמונים אינו בכלל אוראנדא דהוה שכיח אבל לכאורה יש לומר כיון דבזמנינו נעשה שכירות פאסעסיא דבר השכיח ממילא נכנס בכלל האיסור אע"פ שבשעת התקנה לא הי' שכיח לפענ"ד ז"א דכל דלא נכנס בשעת התקנה בכלל האיסור משום דהוה לא שכיח שוב אינו נכנס אח"כ אעפ"י שנעשה שכיח ויש לדמות דבר זה למה שכתב הר"ן ז"ל בנדרים דף ל' ע"א שהביא בשם הירושלמי דנודר הנאה מיורדי הים דמותר ביושבי היבשה דאי בשעת הנדר היו מיושבי היבשה ואח"כ נעשו יורדי הים אם חל גם עלייהו האיסור נדר או לא דתליא בפלוגתא דר"י ור"ע ועיין בר"ן שם דף פ"ד שהאריך שם בענין זה והעלה לומר דכיון דאנן קיי"מל כר"ע דבתר אמירת הנדר אזלינן מותר אם היו בשעת נדרו יושבי יבשה ואח"כ נעשו יורדי הים ואח"כ הוא כמסתפק בזה

עיי"ש ומעתה בענין תקנה דקיל יותר הרבה מנדרים דהוי מה"ת טפי מסתבר לשון זה דמה שנעשה אח"כ שכיח אינו נכנס בכלל התקנה כיון שבשעת התקנה הוה לא שכיח: איברא דיש לעיין במה שהביא הש"ך ביור"ד סי' קצ"ז ס"ק א' בשם ת"ה לענין טבילה בשבת דנהגו להחמיר משום דבש"ס קאמר דלא מחזי כמתקן גברא משום דנראה כמיקר ובזה"ז שנזהרין להקר מחזי כמתקן גברא עיי"ש דהא אית לן נמי למימר כיון דבשעה שגזרו חז"ל לאסור הטבילה משום מתקן לא הי' אדם בכלל הגזירה משום דנראה כמיקר ועכשיו אעפ"י שנשתנה הענין מ"מ לא נכנס בכלל האיסור ואפשר לומר דבאמת אינו אלא חומרא בעלמא והת"ה לא כתב אלא בזה יש ליישב המנהג ותו לא:

והנה ראיתי לאחרונים שהביאו מ"ש הרד"ך בבית ל"ב חדר ד' דהא דאמרינן בכל דוכתא דחז"ל לא גזרו רק במלתא דשכיחא אבל לא במלתא דל"ש ז"א אלא בגזירת חז"ל הנוגעים בעניני איסור אבל בעניני תקנות לא מצינו לחלק בין שכיח לל"ש ולדידי תמי' לי טובא. הא איתא בהדי' בקידושין דף כ"ח ע"ב לענין יש דמים שהם כחליפים כי גזרו חז"ל במלתא דשכיח אבל במלתא דל"ש לא הרי מבואר דגם בעניני תקנות בדיני ממונות נמי לא תיקנו רק במלתא דשכיח ולא במלתא דל"ש ובדוחק יש ליישב דיש עוד טעם אחר דלא גזרו בדמים שהם כחליפין דהנה התוס' הקשו דהשתא נמי דמעות אינן קונות לפעמים יתן הלוקח מעות למוכר קודם שימשוך החיטים ויאמר לו המוכר נשרפו מעותיך בעלי' ותירצו דלזה ליכא למיחש דמעות אין להם שמירה אלא בקרקע עיי"ש א"כ בדמים שהם כחליפין שוב הי' חשש שמא יאמר חבירו נשרפו החליפים בעלי' משו"ה לא גזרו אבל מלשון הש"ס משמע דמשום הטעם דלא שכיח לבד סגי דלא גזרו בזה וצ"ע:

ועוד יש לחלק בין אוראנדא לפאסעסיא דאוראנדא עפ"י רוב המחזיקים המה מדלת העם כי הוא מסחר קטן ולעשירים אין כדאי לטפל בזה רק העניים יושבי כפרים המה והעסק הוא רק להחיות נפשות ב"ב ולהם עשו חכמים הקדמונים תקנה אבל פאסעסי' הוא מסחור גדול ובעליהם המה עשירים גדולים בעלי כיס ואין לעשות תקנה בשבילם ואפשר שמטעם זה יש אומרים דתקנה של אוראנדא לא הי' אלא בכפרים ולא בעיר משום דבאוראנדא שבעיר הוא מסחור לעשירי עם וגם בעיר יש הרבה מסחרים אחרים ואפילו להסוברים דגם באוראנדא שבעיר חל התקנה יש לומר דלא פליג רבנן בין אוראנדא לאוראנדא אבל פאסעסיא אינו בכלל אוראנדא דוגמא לזה מצינו בב"מ דף קי"ב ובשבועות דף מ"ה בסוגיא דקציצה אמר רב נחמן אמר שמואל תקנות קבועות שנו כאן עקרוה רבנן שבועה מבעה"ב ושדי אשכיר משום כדי חייו דשכיר ופריך הש"ס

וכי משום כדי חייו דשכיר מפסדא לי' לבע"הב עיי"ש משמע דאי לאו הפסד דבעה"ב הוי שפיר ניחא דחכמים עשו תקנה לשכיר משום כדי חייו ולכאורה אמאי עשו תקנה לשכיר לבד ולמה לא תיקנו נמי לחנוני הרי שבעה"ב אומר נתתי וחנוני אומר לא נטלתי משום כדי חייו דחנוני אלא מוכח דרק בשכיר שהוא עני ואליו הוא נושא את נפשו שייך משום כדי חייו אבל לא בבעלי עסקים ממסחור וקנין והנה בפאסעסיע יש לדון תורת מצרנות לדעת הסוברין דבשוכר מנכרי נוהג דין דבר מצרא ולדעת הסוברין דאינו נוהג רק בשוכר מישראל מ"מ אסור מצד דין עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו ממנו אבל תורת דין חזקה אין לדון לפענ"ד בפאסעסיע וכן ראיתי בספר בר לואי חלק חו"מ סי' י"ח שכתב ג"כ שקשה לדון דין חזקה בפאסעסיא עיי"ש הנראה לפענ"ד כתבתי:

סימן כו

ראיתי להש"ך חו"מ סי' ר"ח שכתב לדחות קושיית בעל שלטי הגבורים דאה"נ מדאורייתא הוי מכירה ומדרבנן לא הוי מכירה ולהכי חייב בתשלומי ד' וה' מדאורייתא דפשיטא דמשום תקנתא דרבנן לא פטרינן לי' מד' וה' כדמוכח כל הסוגיא דמרובה דלמאן דפוטר מד' וה' בשחיטה שאי"ר היינו דוקא בשאי"ר מה"ת אבל באי"ר מדרבנן וכגון מעשה שבת חייב בד' וה' עיי"ש. לפענ"ד אין הדמיון יפה דהתם בשחיטה אינו רק דבעינן שיהי' ראוי לאכילה ולא בעינן שאכל ולהכי כשראוי מה"ת חשוב ראוי ועיין ברש"ל שם ועיין פסחים דף מ"ח ע"א ואי אמרת מוקצה דאורייתא מה לי איסור גופא מה לי איסור דבר אחר מוכח דאי מוקצה דרבנן ניחא וכבר הארכתי בזה במ"א אבל המכירה עצמה שנתבטל מדרבנן איך אפשר לחייבו ד' וה' דכמו שאמרו חכמים שאין מכירתו מכירה לענין גוף המקח הלא ממילא כמו כן פטור מהאי טעמא מד' וה' ומאיזה טעם נוכל לומר דחייב בתשלומי ד' וה' כיון שהמכירה בטל ולא די לי בצער הזה אלא שיש לי עוד תמוה בדברי הנתיבות שכתב ג"כ לדחות דברי הש"ך ולא הרגיש בזה אלא שכתב תמיה לי דהא שם בעקוץ תאנה בשבת מיירי דהוא איסור:

דאורייתא וגם הא דאי עביד לא מהני ודאי מדאורייתא הוא כדמוכח בתמורה שם עכ"ל ודבריו אלו אצלי פליאה נשגבה דנהי דעקיצת התאנה הוי חילול שבת מה"ת מ"מ הא בזה לא שייך אי עביד לא מהני דאטו אם לא יקנה זה הגניבה יתוקן החילול שבת אלא אנו דנין על איסור מקח וממכר בשבת ואיסור מקח וממכר בשבת ודאי לא הוי אלא מדרבנן: שוב התבוננתי דמצינו כעין זה בב"מ דף מ"ח ע"א דאיתא התם מתניתא דתנן (כך היא גירסת הרש"ל שהיא מתניתין בפ' ה' דמעילה) נתנה לבלן מעל ואמר רב דוקא בלן כו' אבל מידי אחריתי דמחסרי משיכה לא מעל עד דמשיך ומזה סייעתא לר"ל ובשטמ"ק

הקשה כיון דתקינו רבנן משיכה קונה ואמרו מעות אינן קונות מאי קשיא לר"י כו' ותירץ דלענין מעילה דאורייתא לא תקינו ע"ש וה"ה י"ל דלענין ד' וה' דאורייתא לא תקינו אך יש לחלק דלא דמי איסורא לממונא אבל בספר פ"י הקשה ג"כ קושי' זו ותירץ באופן אחר דאע"פ דמעות אינן קונות מדרבנן מ"מ כל כמה דלא חזרו בה הוה קנין והמוכר מותר להשתמש במעות ומשו"ה מעל ע"ש. ולפי דבריו לא שייך לומר דלענין ד' וה' אזלינן בתר דאורייתא אולם לפע"ד בב"מ בפשיטות לא קשיא דמתניתין דפרק ה' דמעילה קאי גם בזמן שבהמ"ק הי' קיים ולענין הבאת קרבן מעילה כמו בכל הפרק הנ"ל דהכונה מעל ממש ולא מצינו דתקנת חז"ל דמעות אינן קונות אלא משיכה הי' בזמן הבית ואפשר שנעשה התקנה בזמן התנאים האחרונים ואל תשיבני ממעשה דר"ג וזקנים שהיו בספינה במתניתין דמע"ש פרק ה' ואיתא בב"מ דף יו"ד ומקומו מושכר לו דכתב רש"י דבעינן משיכה או קנין חצר ע"ש א"כ נראה דגם בזמן רבן גמליאל וזקנים הי' התקנה דמעות אינן קונות רק משיכה דמזה אין ראיה דבמתנות כהונה ליכא קנין כסף דהוה מתנה ולא מכירה ובמתנה מה"ת משיכה קונה כמ"ש התוס' בע"ז דף ע"א ד"ה פרדשני ע"ש:

סימן כז

את מכתבו קבלתי ועל דבר אשר כתב להעיר על מה שכתבתי בספרי מצפה ארי' סי' ל"ב בישוב קושית הרב הגאון ר' וואלף פרענקיל (ואח"כ ראיתי קושיא זו בספר עץ הדעת על מסכת כתובות) בהא דפריך הש"ס בכתובות דף ל' ע"ב מאי איכא בין אביי לרבא זר שאכל תרומה איכא בינייהו ותו פריך ולאביי פטור אמאי נימא מדאגביה קני' וע"ז הקשה הא קיימ"ל בב"ק ס"ה גבי גזלן היכי דמעיקרא שווי' זוזא ולבסוף שווי' ד' איתבר ממילא משלם זוזא תברא או שתיא משלם ד' א"כ שפיר איכא נ"מ רבה בכה"ג היכי דאייקר בין הגבהה לאכילה דלאביי משלם כדמעיקרא ולרבא משלם כשעת האכילה וכתבתי ליישב על פי מה דאמרינן בפסחים דף ל"ב ע"א איבעי' להו אוכל תרומה לפי מידה משלם או לפי דמים משלם ורצה הש"ס למיפשט ממתניתין דאוכל תרומת חמץ דלפי מידה משלם ודחי דילמא ריה"ג הוא ופריך א"ה במזיד אמאי פטור ומשני הא מני ר' נחוניא בן הקנה ומעתה להס"ד דכתובות דאמרינן מדאגבי' קניא לא משכחת כלל אף אליבא דר' נחוניא בן הקנה למיפטר באכילת תרומה מטעם קלב"מ ושוב מוכח ממתניתין דלפי מידה משלם וכיון דלפי מידה משלם אין נ"מ בין אביי לרבא דהא אפילו היכי דמעיקרא שווי' זוזא ולסוף שוה ד' תרווייהו ס"ל דמשלם ד' באוכל תרומה דצריך לשלם המידה והארכתי עוד בזה ע"ש. וע"ז העיר כ"ת דאכתי משכחת לה שיהי' נ"מ בין אביי לרבא היכי דמעיקרא שווי' זוזא ובשעת אכילה שוה ד' ואח"כ בשעת העמדה בדין חזר והוזל

ועמד על זוזא ובכה"ג לאביי דאאכילה פטור אפילו אי משלם לפי מידה אינו משלם רק זוזא ולרבא משלם ד' יפה העיר. אבל מ"מ נראה לפענ"ד די"ל עפ"י מה שהערותי בספרי הנ"ל סימן ג' בהא דאיתא בכתובות דף ל"ב במימרא דרב פפא היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת כו' ויש גירסת הקדמונים קמ"ל אם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה ע"ש ואנכי עמדתי דאפילו אם נימא דמשעת שאלה איתחייב באונסין מ"מ קשה דהאיך אנן מצרפינן מה שמחייב לשלם הקרן משעת שאלה לחיובא ד' וה' דהוי אגניבה (ואח"כ ראיתי שגם הגאון רע"א עמד ע"ז בתמיה) וכתבתי שם ליישב ולחדש דלא אמרינן קלב"מ אלא היכי דיפטור מלשלם מטעם זה אבל בגוונא דלא מיפטר כלל מטעם זה דקלב"מ ובין כך ובין כך יצטרך לשלם כמו הכא דאפילו אי פטרינן מלשלם הקרן מטעם גנב סוף סוף יצטרך לשלם מטעם שואל וכיון דאי אפשר למיפטרי' מתשלומין שוב אמרינן דמשלם הקרן ג"כ מטעם גנב וכמו דמצינו בב"ק דף ע' ע"ב סברא זו אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו כו' דכי יהיב לה הוי אתנן ע"ש היטב והכא נמי כי משלם לי' חשוב תשלומין מטעם גנב כך העליתי שם בספרי הנ"ל וישבתי בסברא זו דברי הרמב"ם ז"ל והוא נכון לפענ"ד. ומעתה י"ל נמי הכא דכיון דבשעת אכילה הי' ביוקר ולא הי' נ"מ בין אי נימא דצריך לשלם כשעת הגזילה או נימא דמשלם אאכילה שוב אין המיתה פוטרתו כלל ולא אמרינן קלב"מ ולהכי איתחייב בתשלומין בעד אכילתו וממילא אע"ג דהוזל אח"כ משלם ד' כיון דבשעת האכילה כבר איתחייב על אכילתו ולא הי' המיתה פוטרתו והבן:

והנה עתה כאשר התבוננתי שנית בענין זה רואה אני אשר הקושיא של הגאון ר' וואלף ובעל עץ הדעת מעיקרא ליתא דגם היכי דמעיקרא בשעת הגזילה שווי' זוזא ובשעת אכילה שוה ד' לפי הס"ד דכתובות דמיירי שהגביה לאכול שפיר מתחייב לשלם ד' משום הגבהה הלזו שעשה בשעת האכילה והא דאמרינן בב"ק הנ"ל דאי איתבר ממילא משלם זוזא היינו בכה"ג שלא עשה הגזלן שום קנין בשעה שנתייקר ורק אתה בא לחייבו משום שבא לידו בתורת גזילה ואתה מחייבו משום הגבהה ראשונה כשנעשה גזלן בזה משלם כשעת הגזילה אבל הכא כשהגביה. על מנת לאכול מהני הגבהה הלזו להתחייב ד' כמו ששוה עכשיו כאלו לא גזלה מעיקרא כלל רק תחלת הגזילה עכשיו וכי מפני שהיא בידו בתורת גזילה כבר מגרע גרע הא ודאי לא מסתבר למימר הכי אלא דל הגבהה ראשונה לגמרי יש נמי לחייבו משום הגבהה שניה ע"מ לגוזלה כשהי' שוה ד' וכמו בתבר' או שתי' דחייב ד' משום שעיקר הגזילה נעשה בשעה זו וכמ"ש הסמ"ע בחו"מ סי' שס"ב ס"ק י"ט כן ה"ה כשהגביה לאכול נעשה גזלן בהגבהה הלזו על שוה ד' וזה ברור מאוד לפענ"ד: ומה שעורר דאי נימא דהחיוב בא על שעת הגבהה איך שייך לחייבו לפי מידה

בשלמא אי חייב על האכילה שפיר י"ל דמשלם לפי מידה משום דאכילת תרומה היא במיתה לזר משא"כ הגבהה אין חילוק בין תרומה לחולין ז"א דלהס"ד דהש"ס כתובות הלא לא אפשר כלל באופן אחר שיתחייב על אכילה אם לא שיתחייב מקודם על הגבהה א"כ ע"כ סבר הס"ד דהא דמחייב באכילת תרומה לפי מידה הוא על מה שהגביה ע"מ לאכול וגזירת הכתוב הוא כך דהא לפמ"ש סבר הס"ד דלפי מידה משלם ודוק. ומ"ש הלא הרמב"ם פוסק בהדיא כמ"ד דמשלם לפי דמים לא עיין יפה בדברי ואנכי כתבתי שם דלהרמב"ם ז"ל דסבר דקרא ונתן לכהן את הקודש מיירי בין בשוגג בין במזיד א"כ לשיטתי' ע"כ סובר דמ"ד כפי מידה משלם ס"ל דגם במזיד משלם לפי מידה אבל אנכי לא כתבתי דהרמב"ם פוסק כוותי':

גם מ"ש דלפי מה שהעליתי שם דרש"י שכתב הכי דאי נימא דלפי מידה משלם היא דוקא בשוגג ולא במזיד:

לא כתב רק אליבא דאביי אבל אליבא דרבא מודה רש"י דגם במזיד לפי דמים משלם א"כ הו"ל להש"ס לומר דזהו היא נ"מ בין אביי לרבא. שגג בזה דאנכי לא כתבתי אלא אם נימא דאביי לא ס"ל כרב חסדא ומשום דשנוי' דהש"ס שינוי' דחיקי נינהו כמ"ש הקדמונים ז"ל אבל לפי שיטת הש"ס דכתובות דאביי ס"ל כרב חסדא ומיירי בתחב לו חבירו בודאי לא אפשר לומר הכי:

ומ"ש שאבאר לו כונתי מה שכתבתי שם בספרי הנ"ל דהא דאמר רבה הי' גדי גנוב לו וטבחו בשבת חייב גם אליבא דרבנן קאמר ומשום דכיון דכבר איתחייב בגניבה נמשך בתרי' החיוב קנס וכסברת השטמ"ק שהבאתי שם וכתבתי שם דזהו דקאמר הש"ס ואזדא רבה לטעמי' ולא הבין דברי אלה כי סיום דברי אלה המה כספר החתום הנני בזה למלאות מבוקשו ואפרש שיחתי כי באמת קצרתי בזה יותר מדאי והכי פירושו דאי לאו דרבה הייתי אומר דפלוגתא דר"מ ורבנן מיירי דהגניבה לא הי' בשבת רק הטביחה הי' בשבת ור' מאיר מחייב משום דסבר הך סברא דנמשך בתריה החיוב של ד' וה' ורבנן פליגי ע"ז ולית להו הך סברא דנמשך בתרי' אבל כיון דאמר רבה הי' גדי גנוב לו וטבח בשבת חייב ומסתמא אמר הלכה זו אליבא דרבנן וסבירא להו דהיכי דהגניבה הי' בחול והטביחה בשבת חייב ד' וה' משום הך סברא דנמשך בתרי' הקנס ולפי"ז על כרחך צריך לומר דפלוגתא דר"מ ורבנן מיירי שגם הגניבה הי' בשבת וגם בכה"ג סבר ר"מ דחייב ע"כ סבר רבה דגבי קנס סבר ר"מ מת ומשלם ולהכי מחייב בד' וה' מטעם דנמשך בתרי' החיוב של הקרן ודו"ק:

והנה כבר אמרו אין ביהמ"ד בלא חידוש וע"כ אמרתי דלפמ"ש הך סברא דלא אמרינן קלב"מ אלא היכי שיש לפוטרו מממון לגמרי אבל היכי שע"כ מתחייב בחיוב ממון אחת שוב מגלגלין עליו את הכל שע"י חלק אחד נמשכו כל החלקים יש ליישב קושית הקצה"ח סי' כ"ח ריש הלכות עדות במתניתין דכריתות דף י"ג יש אוכל אכילה אחת וחייב עלי' ד' חטאות ואשם אחד ר"מ אומר אף אם היתה שבת והוציא' בפיו חייב אמרו לו אינו מן השם והקשה מה מוסיף ר"מ שבת הא בזה שמוסיף שבת חיסר אשם דהא קיימ"ל אם אין קרן וחומש ליכא אשם ובשבת שהוציא דאיכא חיוב מיתת ב"ד לכו"ע אמרינן קלב"מ אפילו בשוגג וא"כ פטור מקרן וליכא אשם. ע"ש וכבר קדמוהו בקושיא זו הנוב"י. אבל לפי האמור י"ל דהנה. מה שמחויב להביא קרבן חטאת אפילו בחייבי מיתות ב"ד שוגגין ולא פטרינן לי' מטעם קלב"מ וכן בחייבי כריתות שוגגין אליבא דר' נחוניא דכרת פוטר לדעת הסוברין דר' נחוניא פוטר אפי' בחייבי כריתות שוגגין הוא מטעם כיון דהוי לכפרה לא אמרינן קלב"מ כמ"ש התוס' בכתובות שם ד"ה זר והקצה"ח שם כתב כיון דקיימ"ל דחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותם משום לכפרה אתיא משו"ה לא שייך למיפטרי' מטעם קלב"מ דהא גם היכא דפטור מטעם קלב"מ מ"מ לצאת ידי שמים הוא חייב א"כ חייבי חטאות ואשמות דאין ממשכנין אותם ליכא למיפטרינהו משום קלב"מ ע"ש:

אמנם לפי"ז יש לעורר לפי מה דאיתא בכריתות בפרק אמרו לו באמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דר"מ מחייב וחכמים פוטרין וכתבו שם בתוס' ד"ה או דילמא דלר"מ היכי דמחויב עפ"י עדים ממשכנין אותם ע"ש א"כ קשה אמאי אינו פטור משום קלב"א כיון דממשכנין אותו עפ"י ב"ד א"כ חשוב שתי רשעיות ועכצ"ל דשאני הכא דגלי קרא אליבא דר"מ דעדים מחייבין אותו קרבן ולא אמרינן קלב"מ ועל פי זה י"ל דמתניתין דיש אוכל אכילה אחת מיירי שמחויב ע"פ עדים להביא החטאות הללו דבכה"ג ממשכנין אותו וכיון דאי אפשר לפוטרו לגמרי משום קלב"מ דהא על כרחינו לחייב אותו בחטאות שוב נמשך בתרי' הקרן וחומש וכנ"ל דכל שמחויב במקצת מגלגלין עליו את הכל ור"מ לשיטתי' שפיר ניחא ולא עוד שגם לרבנן יש לומר הכי לפמ"ש התוס' שם בכריתות ד"ה אמרו דדוקא במכחיש את העדים ואומר לא אכלתי פטור אבל באומר איני יודע גם לרבנן חייב חטאת וי"ל דבכה"ג גם לרבנן ממשכנין אותו כמו לר"מ במכחיש כיון דהוא אינו מודה להעדים הא לא יביא בעצמו וכקושית התוס' אליבא דר"מ אלא ע"כ ממשכנין אותו וכל דממשכנין אותו מגלגלין עליו את הכל ומשו"ה הוצרכו להשיב לר"מ לא מן השם הוא זה ודו"ק:

סימן כח

שלום וכט"ס אל כבוד הרב המאוה"ג המפורסים מגזע קודש מחצבתו כש"ת מו"ה אלטר שפירא נ"י האבד"ק וויקנא בגליל בוקאווינא:

והנה על שאלתו באחד שיש לו ירושה סך חמשה ועשרים אלפים ר"כ ועשה התקשרות עם בתולה אחת אשר ינתן לה נדן שמנה אלפים ר"כ כמה מגיע להשדכנים שכר שדכנות. מקובל אני ממו"ח ז"ל ששמע פסק אשר יצא כגון זה מהגאון כו' ר' ארי' ליב קאצענעלינבויגין ז"ל שהי' אב"ד ב"ק בריסק דליטא גיסו של זקיננו הישוי"ע ז"ל והוא הי' מגדולי דורו כמפורסם שבימיו נשא גביר ואדיר אחד לעת זקנתו בתולה אחת מבנות משפחתו ותבעו שדכנות מיד הגדולה היינו מרכוש שלו והי' עולה סך רב ופסק הגאון ז"ל מבריסק שאין ליתן שדכנות לפי רכושו רק שישומו הב"ד כמה הי' צריך להיות עושר שיבוא לידי השידוך הלזה ומסך כזה צריך ליתן שדכנות ולא מהמותר והפסק הלזה הוטב מאוד בעיני מו"ח ז"ל כי התקנה לא הי' רק מהכדן הגורם להתקשרות אבל מה להשדכנים מה שהי' להגביר הנ"ל יותר מחצי מילאן רובעל כיון דאף אם לא הי' לו רק חמשים אלף רובעל אין כל ספק שהיתה הבתולה הלזו מתרצה לו. ומעתה בעובדא דידי' נמי חוות דעתי העני' דתליא בהשערת הב"ד אם לא הי' נגמר ההתקשרות אם לא הי' להחתן סך גדול בערך זה מגיע שדכנות מכל הסך אבל אם הי' נגמר ההתקשרות בהרבה פחות מזה יש ליתן פחות ויש כאן שודא דדיינא כמובן:

סימן כט

להרבני הגביר כו' מו"ה לוי שטיין בע"מ ברלין:

ע"ד שאלתו כמה צריך לשלם שכר שדכנות ומע"כ ראה בספר פ"ת סי' נ' שיש ליתן שני פראצענט ודרש ממני אם נמצא באיזה ספר שיש ליתן יותר. הנה בספר פ"ת שם מבואר בשם חקי דרך דביותר מעשרה פרסאות צריך ליתן כפל וכן הוא המנהג במדינתנו ובכל מדינת ליטא ופולין אמנם כ"ז הוא מתקנות ד' ארצות והמה לא תיקנו רק במקומן ומקום משכן כ"ת עיר המעטירה ברלין לא היתה תחת ממשלת ד' ארצות ולא ידעתי איך המנהג שם כי העיקר במנהגא תליא מלתא וכן מבואר בשו"ע בכמה מקומות דבשכר סרסור אזלינן אחר מנהג המקום:

והנה לפענ"ד יש לעורר ע"ד שדכנות האידנא דנתרבו המסילות הברזל יש לומר דעשרה פרסאות לא חשוב מקום רחוק דהעיקר חשבון עשרה פרסאות הוא משום דמהלך אדם בינוני ביום אחד עשרה פרסאות והאידנא ע"י מסילות הברזל יש לנסוע הרבה יותר ביום אחד וכה"ג ראיתי להגאון רי"ש נאנטאנזהן ז"ל ביו"ד סי' שע"ה לענין אבילות:

היכי שבא האבל למקום גדול האחין דהדין ג"כ דחשבינן יותר מעשרה פרסאות לריחוק מקום והעיר הגאון ז"ל דיש להסתפק האידנא דע"י מסילת הברזל נתקרבו יותר עיי"ש: שוב הגיע לידי ספר יוסף דעת על הלכות אבילות מהגאון ז"ל ודיבר ג"כ אודות זה והביא בשם עלה נדפסה בשם שומר ציון באלטונא שכתב להחמיר דהתורה לא ניתנה אלא בדרך מהלך הפשוט בלי תחבולות וכמו בק"פ דחשוב דרך רחוקה בט"ו מילין אף שיכול לבוא ע"י צבים ופרדים כדאיתא בפסחים דף צ"ד והגאון ז"ל הוסיף להביא ראי' ממה דאיתא במכות דף ה' בבאו עדים ואמרו פלוני הרג את הנפש בצפרא בצפורי ובאו עדים שהי' בפניא באותו יום בנהרדעא חזינן אי יכולים לבוא לא הוי זוממים ואי לאו הוי זוממין ואמרו שם מהו דתימא ליחוש לגמלא פרחא קמ"ל ולפי"ז בזה"ז שמצוי לבוא ע"י אייזענבאהן הי' מקום לומר דלא הוי זוממין וע"כ דחז"ל שיערו עפ"י טבע רוב אנשים ולא חיישינן להמצאות ותחבולות רחוקות ומ"מ מודינא דאם טענו העדים שנסעו ע"י אייזענבאהן אפשר דאין הורגין אותם ע"ש והנה כל עין רואה יתמה על דבריו אלה דהאיך כתב על אייזענבאהן דלא חיישינן להמצאות ותחבולות רחוקות אשר האייזענבאהן נתפרסם בכל קצוי ארץ ואפשר דבזמן שכתב הגאון דבריו אלה לא הי' עוד אייזענבאהן במדינת גאליציא ולא ראה ולא ידע רק עפ"י השמועה שמצוי לבוא ע"י אייזענבאהן לכן הי' בעיניו כדבר חידוש והמצאה רחוקה דלא חיישינן כמו דלא חששו חז"ל שמא באו ע"י שם כאבוה דשמואל שכתבו התוס' קדושין דף ע"ג ד"ה מאי שבא לביתו ממדה"י ע"י שם ע"ש כמו כן הי' בעיניו האייזענבאהן כמו דברים המושכלים שכל זמן שלא שזפתו עין רואה קשה להולמם ונראה כעין דבר זר. ולולא דמיסתפינא הוה אמינא דהא דאמרינן התם בש"ס פסחים דמהלך אדם ביום עשרה פרסאות לא הוי פירושו שמהלך ברגליו דלפענ"ד קשה דבר זה שיהי' בכח אדם בינוני להלך ברגליו עשרה פרסאות ביום דידוע דפרסה הוא ד' מיל ושיעור מיל הוא שליש שעה פחות ב' מינוטין כמ"ש באו"ח בהג"ה סי' רס"א א"כ עשרה פרסאות הוא קרוב לשתים עשרה שעות ביום ובשבת דף פ"ט ע"ב אמר לו ליצחק בניך חטאו אמר לפניו רבש"ע כו' דל כ"ה דלילותא כו' דל תרתי סרי ופלגי דצלותא ומיכל ודביהכ"ס כו' הרי נשאר חצי היום שהוא שש שעות פנויים להלך ואיך אמרינן כאן דמהלך אדם עשרה פרסאות שהמה צריכים קרוב לי"ב שעות להילוך בלבד ע"כ נ"ל דכך פירושו דמהלך אדם אין הכונה להלך ברגליו אלא לרכוב על החמור כי דרכם הי' להשתמש בדרך על החמורים ולהכי מדוקדק לשון הש"ס ויכול לכנוס בסוסים ופרדים ולא הזכיר חמורים מחמת כי דרך רוב ישראל לרכוב על חמורים

חשוב דרך רחוקה אם אינו יוכל לבוא על החמור רק בסוסים ופרדים שהמה רצים ביותר כן נ"ל:

והנה באו"ח סי' רמ"ט איתא אין הולכין בע"ש יותר מג' פרסאות כו' ואיתא במג"א ואם הוא יושב בעגלה יוכל ללכת יותר עיי"ש הרי מצינו דשיעור של פרסאות לאו דוקא אלא הכל לפי הענין ודו"ק אח"כ ראיתי שמוח"ז הישוי"ע ז"ל באו"ח שם הביא שבספר בית יעקב הביא לעורר ע"ז מש"ס דפסחים הנ"ל ובאמת שאני התם דגלי קרא:

סימן ל

דרוש שדרשתי בשבת הגדול:

במשנה בפסחים דף ל"א ע"ב האוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג משלם קרן וחומש במזיד פטור מתשלומין ומדמי עצים ובגמרא איבעיא להו אי משלם לפי מידה משלם או לפי דמים ורצה ליפשוט ממתניתין דלפי מידה משלם דאי אמרת לפי דמים חמץ בפסח בר דמים הוא ומשני הא מני ר"י הגלילי הוא ופריך אי ר' יוסי הגלילי במזיד אמאי פטור ומשני הא מני ר' נחוניא בן הקנה דהיה עושה יוה"כ כשבת לתשלומין וכתב רש"י ז"ל דרישא מיירי בשגג בשתיהם בתרומה ובחמץ וסיפא מיירי דהזיד בתרומה ושגג בחמץ ואשמועינן דמיתה בי"ש כי כרת דפוטר נמי מתשלומים דאי הזיד בחמץ לאשמועינן באוכל חמץ בפסח בעלמא ולמה נקט בתרומה ע"ש והנה האחרונים ז"ל הרבו לתמוה על הגמרא דלמה ליה לאוקמא מתניתין אליבא דר' נחוניא בן הקנה דלא קי"ל כותיה הא יותר הו"ל לומר דבמזיד פטור משום מלקות דהאוכל חמץ בפסח חייב מלקות כדתנן בהדיא בריש פרק אלו הן הלוקין דף י"ג ע"א ואנן קי"ל דאין לוקה ומשלם בשלמא מאי דפליגי ר' נב"ה ורבנן ביוה"כ אי חייבי כריתות פוטרין אין להקשות דתיפוק ליה דפטור מחמת מלקות לפי מאי דקי"ל דא"כ ישנן בכלל מלקות ארבעים די"ל דפליגי כשלא אתרו ביה דבכה"ג אינו פטור מחמת מלקות לפי מאי דקי"ל כר' יוחנן בכתובות דף ל"ד דחייבי מלקות שוגגין חייבין וה"ה מזיד בלא התראה וריש לקיש דסבר חייבי מלקות שוגגין פטורין כמו חייבי מיתות ע"כ יסבור דהא דפליגי ר' נב"ה ורבנן הוא רק משום דס"ל כהך תנא דריש פרק אלו הן הלוקין דח"כ אינן בכלל מלקות ארבעים אבל אהך סוגיא דפסחים בודאי קשה דטפי הו"ל להגמרא לאוקמא למתניתין דמיירי בדאתרו ביה והוא פטור משום מלקות ואפילו לפמ"ש רש"י ז"ל דמתניתין מיירי בהזיד בתרומה ושגג בחמץ דליכא מלקות משום חמץ מ"מ קשה לשיטת הרמב"ם ז"ל בפרק יו"ד מה' תרומות דאם אכל תרומה במזיד והתרו בו חייב מלקות א"כ איכא מלקות דתרומה גופא עיין צל"ח פסחים שם ועיין בספר דו"ח להגאון רע"א מערכה ה' ועיין בשו"ת הרי"ם להגאון

מווארשא ז"ל שהאריכו לפלפל בקושיא זו הרבה ע"ש ואף אני אענה חלקי כפי אשר יורוני מן השמים בעזהש"י:

והנה לכאורה עלה על לבי לומר דבפשיטות ניחא לפי מה דפריך הש"ס בכתובות דף ל' ע"ב אהא דאמרינן התם מאי איכא בין אביי ורבא זר שאכל תרומה איכא בינייהו ופריך ולאביי פטור והאמר רב חסדא הגונב חלבו של חבירו ואכלו חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שבא לידי איסור חלב ומשני הכא במאי עסקינן בתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה ומסיק במצי לאהדורי ע"י הדחק וכתבו בתוס' ד"ה ולאביי דה"ה הוי מצי לאקשויי אמתניתין דפסחים הנ"ל לפי מה דמוקי כרנב"ה דנימא מדאגביה קנאו ע"ש ולפ"ז עכצ"ל דמתניתין דפסחים נמי מיירי בתחב לו חבירו א"כ מסתברא למימר דבכה"ג שתחב לו חבירו ליכא כאן חיוב מלקות דהא לא עשה מעשה כלל בעצמו ומלקות אינו חייב כל דלא עביד מעשה בידים ובשלמא לענין מיתה בי"ש או כרת לא בעינן מעשה דאפילו בלא מעשה חייב והתוס' שם ד"ה ואי כ' דאפילו אי תחב ליה חבירו במקום שא"א לאהדורי כלל כל שהניח לו מרצונו לתחוב חייב ואף דבכה"ג בודאי חשוב כאילו לא עשה מעשה כלל וגם לענין כרת לא בעינן מעשה דאפילו פסח ומילה דעבר בשב ואל תעשה ג"כ חייב כרת ועיין בסנהדרין דף ס"ה דמגדף חייב סקילה אף דלא חשוב מעשה וכלל גדול הוא דלא בעינן מעשה רק לענין מלקות וחטאת א"כ ע"כ היה הש"ס מוכרח לאוקמא כר' נב"ה מטעם כרת דמלקות ליכא בתחב לו חבירו ולא דמי למ"ש התוס' בב"ק דף ל"ב ע"א דאחשביה רחמנא להנאה מעשה דז"א אלא התם דגבי דידה לא משכחת לה מעשה כלל והתורה כתב' ונכרתו הנפשות העושות א"כ אחשביה רחמנא להדיא להנאה מעשה אבל הכא מנ"ל לומר דרחמנא אחשביה וזה פשוט לפענ"ד ולא עוד אלא שכבר הערותי בעת למודי דמה שכתבו התוס' דרחמנא אחשביה להנאה מעשה לענין מלקות וחטאת הוא: לאו דוקא מחמת הנאה חשוב מעשה דהרי גם בשלא כדרכה נמי חייבה רחמנא דהא משכבי אשה כתיב ובגמרא בקדושין דף כ"ב ע"ב לא ברירא ליה אי אית לה הנאה כשבא עליה שלא כדרכה דקאמר התם תינח כדרכה שלא כדרכה מא"ל ע"ש אלא עכצ"ל דהתם גזירת הכתוב היא דחייבת אף בלא מעשה אבל הכא לא שייך זה:

אמנם לאחר העיון יש להקשות קושיא זו עפ"י מה דקאמר הגמרא שם להלן גופא אמר ר"ח הגונב חלבו כו' חייב לימא פליגי אדר' אבין דאמר ר' אבין הזורק חץ מתחלת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו פטור דעקירה צורך הנחה הוא ודחי הכי השתא התם א"א להנחה בלא עקירה הכא אפשר לאכילה בלא הגבהה דאי בעי גחין ואכיל ונתקשו התוס' והקדמונים ז"ל דאפילו אי גחין ואכיל מ"מ כיון דמטי לאויר פיו קנה ומתחייב

בנפשו לא הוי עד דבלעה וכתב השטמ"ק וז"ל אלא עיקרא דמילתא לומר דהגבהה זו ללא צורך אכילה היא דאי אכל ליה שלא בהגבהה וכגון שתחב לו חבירו בבית בליעתו הכא נמי דמחייב כרת דאין חיוב אכילה תלוי בהגבהה מה שאין כן בזורק חץ דא"א חיוב מעביר מרשות לרשות בלא עקירה והנחה או דרך הנחה או דרך זריקה ובין כך ובין כך עקירה הוא כו' אבל אכילה אי היה אפשר לאכול בלא הגבהה חייב דאין החיוב אלא באכילה לבדה וכו' הלכך לא התחיל האיסור עד שעת אכילה וכו' ע"ש ומעתה לפ"ז הא הדעת נותנת דזה אינו אלא לגבי כרת דלא בעינן מעשה כלל אפילו בתחב לו חבירו חייב אבל לגבי מלקות דבלא הגבהה אינו חייב כמו שבארתי למעלה שוב יש לנו לומר הגבהה צורך הוצאה דהלא הגבהה זו גורמת החיוב מלקות דהלא זהו המעשה שהאכילה באה על ידה ובלא"ה לא היה מחויב מלקות ומעתה לפ"ז אדרבה הקושיא היא יותר חזקה דמאי דוחקא דהש"ס לאוקמא כר' נחוניא מטעם כרת ויהי' הקושיא דנימא מדאגביה קניא וע"כ צריך לדחוק ולומר דמיירי שתחב לו חבירו שזהו דוחק גדול כמ"ש השטמ"ק בסוגיא דכתובות ע"ש טפי הו"ל למימר מטעם מלקות וכרבנן ולא קשה כלל מדאגביה קניא מחמת דאמרינן הגבהה צורך אכילה היא וכנ"ל:

ואין לדחות ולומר דאף דמלקות אינו חייב אלא א"כ בא' האכילה ע"י מעשה מ"מ לא פטרי' ליה מחמת זה אמה דאגביה משום דלענין חיובא של מלקות סגי מעשה כל דהו ולכאורה יש לסייע להך סברא מהתוס' שם ד"ה נימא הגבהה כו' שהקשו לשיטת ר"ת דהגבהה קונה בפחות מג' טפחים מאי פריך הא כיון דקנאה קודם התחלת העקירה דעקירה לא הוי עד שהגביה שלשה טפחים אך כד דייקת בה ליתא חדא דדברי התוס' הללו הם תמוהין מאוד דמאי איכפת לן שעקירה הוא למעלה מג' מ"מ א"א להגביה למעלה אלא א"כ יגביה למטה וגם הגבהה למטה מג' הוא לצורך העקירה ועוד הא התוס' בעצמם כתבו בד"ה הקודם ד"ה הכא וז"ל ואע"ג דאפשר בגרירה אין לחלק בין עקירה לעקירה ע"ש א"כ כל דבעינן שיהיה איזה מעשה לצורך החיוב שוב ההגבהה חשוב צורך הוצאה ופטור מתשלומים א"כ הכא נמי כיון שצריך עכ"פ שיעשה הגבהה אין לחייבו על שעת הגבהה פחות משלשה וכבר תמה בזה בספר בית יעקב מהגאון מליסא ז"ל ע"ש שנדחק מאוד בפירוש דברי התוס' עכ"פ בנידון דידן נמי כיון דעכ"פ ההגבהה גורמת החיוב של מלקות שוב אין לחייב תשלומין דנימא מדאגביה קניא דאמרינן הגבהה צורך הוצאה היא: אמנם לדעתי יש לחרש ולומר דגבי מלקות לא אמרינן כלל הך סברא למיפטריה משום דההגבהה צורך הוצאה הוא לפי מה שהערותי בספרי מצפה אריה סי' ג' דעקירה צורך הוצאה לא מהני אלא במקום שפטור נמי בשוגג כמו חייבי מיתות

שוגגין דפטור משום דבשלמא אי שוגג או מזיד בלא התראה נמי פטור חזינן דאין העונש פוטרתו רק האיסור משו"ה גם העקירה חשוב חלק מן האיסור כיון דבלא העקירה אינו חייב וכמו שהביא השטמ"ק שם ד"ה הכא נמי נימא וכו' בשם הרא"ה ז"ל הא למה זה דומה דקוצר דבעי שיעור אין ספק כי כל ממון שיתחייב משעה שמתחיל לקציר עד שנגמר שיעורו כדין מתחייב בנפשו ופטור מן התשלומים אע"פ שאין חיובו עד שעת גמר השיעור כו' ע"ש אבל במלקות לפי מאי דקי"ל כר' יוחנן דחייבי מלקות שלא התרו בו או שוגגין חייבין ממון אלמא דאין האיסור פוטרהו רק העונש מלקות וא"כ י"ל דכל זמן שלא נגמר' העבירה אכתי לא נתחייב בהעונש וכ"ז שלא נגמר חיובו של עונש אינו פוטר ואם נחליט כזה דבחייבי מלקות לא פטרינן מחמת הך סברא דעקירה צורך הנחה שפיר ניחא דשוב לא הוה מצי הש"ס לאוקמא מתניתין אליבא דרבנן ובמזיד פטור משום מלקות דתקשה נימא מדאגביה קניא ואין לומר בתחב לו חבירו דא"כ ליכא מלקות:

איברא דדבר זה תליא בפלוגתא דלדעת התוס' בכתובות שם ד"ה זר שאכל תרומה ובפסחים דף נ"ט בסוגיא דאוכל חמץ של הקדש דלר' נב"ה דהיה עושה יוה"כ כשבת גם בלא התראה או בשוגג נמי פטור כמו בשבת וכן הוא דעת הבעל המאור שם אפשר לומר כנ"ל אבל לדעת הרמב"ן ז"ל בספר המלחמות דגם רנב"ה לא קאמר אלא במזיד ובהתראה אבל בשוגג גם הוא מודה דאינו פטור ליכא כלל למימר הך סברא שחדשתי דעקירה צורך הנחה לא אמרינן דחשוב יותר משוגגין דא"כ יקשה מאי פריך הש"ס לימא פליגי רב חסדא אדר' אבין הא ר"ח קאמר בחלב דהוי רק חיוב כרת ור' אבין מיירי בשבת דהוי איסור סקילה אלא עכצ"ל דלא שאני ליה להש"ס בין כרת למיתת ב"ד:

והנה שיטת רש"י ז"ל אינו מבורר אם סובר דר' נב"ה פוטר רק במזיד או אפילו בשוגג אך המהרש"א בפסחים שם על רש"י ד"ה כר' נחוניא שסיים דאי הזיד בחמץ והא דפטור ליה משום כרת הוא דפטור ליה לשמעינן כולה מתניתין בחמץ וכתב המהרש"א וז"ל מפירש"י נראה דלא קי"ל כחזקיה דחייבי מיתות שוגגין פטורין דא"כ לר' נחוניא בחמץ חולין שוגג פטור כמו מזיד דה"ל חייבי כרת שוגגין ואפשר שהוא מחלק בין חייבי מיתות שוגגין לח"כ שוגגין והתוס' לא כ"כ לעיל כו' ע"ש ועיין תוס' כתובות ד"ה זר שהקשו כמו כן על ש"ס פסחים:

הן אמת אשר אנכי בעת למודי אמרתי לדחות דברי המהרש"א עפ"י מה שהקשיתי לשאול בסוגיא דכתובות שם שפריך אי דלא מצי לאהדורי אמאי חייב פי' רש"י אמאי חייב מיתה והקשו בתוס' לימא דמרצונו הניח לו לתחוב ופירשו בתוס' אמאי חייב ממון וריצב"א מקיים פי' רש"י דלא מצי מיירי מרצונו דמיד כשמניח לתוך פיו קני ע"ש

וע"ז עמדתי מאי פריך אמאי חייב מיתה דלמא לעולם פטור ממיתה מחמת שהוא אנוס ומ"מ פטור נמי מתשלומין מדרש' דתנא דבי חזקיה דקאמר מכה בהמה ישלמנה ומכה אדם יומת מה מכה בהמה לא חלקת בו בין שוגג למזיד בין מתכוין לשאינו מתכוין כו' א"כ כל שאין חילוק לענין תשלומין במכה בהמה אין חילוק לפטור לענין מכה אדם מטעם קלב"מ א"כ הא קי"ל בשו"ע חו"מ סי' שע"ח סעיף א' דמזיק חייב בין במזיד ובין בשוגג ואפילו באונס א"כ כיון דמכה בהמה חייב אפילו באונס צריך להיות מכה אדם פטור אפילו כשהוא אונס א"כ מאי פריך הכא אמאי חייב דלמא לעולם פטור ממיתה מ"מ פליגי אביי ורבא אי פטור מתשלומים בשלמא על רש"י לא קשה דהא לפי מ"ש המהרש"א דעת רש"י דבמיתה וכרת לר' נחוניא אינו פטור רק במזיד ובדאתרו ביה אבל על התוס' בודאי קשה הא אינהו סבירי:

דלר' נחוניא כרת או מיתה בי"ש לאביי פטור אפילו בלא התראה אפילו בשוגג כמו חייבי מיתות ממש א"כ לפטור אפי' באונס והיא קושיא גדולה: ש"ב ראיתי שכבר העיר בזה בשטמ"ק וכתב דדוקא חייבי מיתות שוגגין ודבר אחר פטורין אבל ח"מ אנוסין ודאי חייבין דגם מכה בהמה אנוס פטור ולפ"ז קשה דלפי מה דפסקינן דאדם המזיק באונס חייב א"כ צ"ל דח"מ פטורין ממון ומה שנראה לפענ"ד בישוב דבר זה דכאן דמיירי בתחב לו חבירו ליתא להך דינא דתנא דבי חזקיה דהא לענין מזיק לא מחייב על ידי עשיית חבירו רק כשעושה בעצמו בידים אבל כשתוחב לו חבירו אפילו מרצונו אינו חייב מטעה מזיק כמו דאמרינן הכא בסוגיא גופא דאינו משלם רק על הנאת מעיו וא"כ בכה"ג במכה בהמה פטור ואיך אפשר לפוטרו במכה אדם בשלמא במזיד היכי שמתחייב מיתה או כרת ממש דפטור מקרא דכדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות כדאיתא בכתובות דף ל"ז ע"א לכן בכל גווני שנתחייב מיתה לרבנן או כרת לר' נחוניא פטור מתשלומים אבל בשוגג דפטור רק מדרש' דתנא דבי חזקיה בעינן דוקא ע"י מעשה דידיה דבכה"ג אלו מזיק בהמה היה חייב לשלם אבל בתחב לו חבירו דבכה"ג במזיק בהמה לא משכחת לה כלל שיתחייב לשלם ע"י מעשה חבירו ולא אפשר לומר לא חלקת כו' גם במכה אדם בגונא דפטור ממיתה חייב לשלם ולפ"ז נדחה מ"ש המהרש"א דהתם בסוגיא דקשה נמי מדאגביה קניא וצריך לומר נמי דמיירי בתחב לו חבירו כמ"ש למעלה שפיר קתני מתניתין דבשוגג חייב דלא מיפטר מטעם חמץ מתנא דבי חזקיה דבתחב לו חבירו ליתא למיפטריה מטעם זה דהא לא שייך לומר הך הקישא דמה מכה בהמה ישלמנה ולא חלקת בו וכנ"ל וא"כ לפ"ז ליכא הוכחה

כלל דרשי ז"ל סובר דר' נחוניא אינו פוטר בכרת בשוגג מתשלומים אלא יכול להיות דסבר דא"כ דמי ממש לחייבי מיתת ב"ד דפטור בשוגג כמו במזיד:

והנה לפי מה שבארתי למעלה דכל עיקר הקושיא שהקשו האחרונים דהש"ס היה יכול לומר דאוכל תרומות חמץ פטור מטעם מלקות הוא לפי מה דמחלק הש"ס בכתובות בין רב חסדא לר' אבין דהתם א"א להנחה בלא עקירה אבל בדרב חסדא אפשר לאכילה בלא הגבהה דאי בעי גחין ואכיל לפ"ז הא יש ליישב בפשיטות דמשו"ה לא רצה הש"ס דפסחים לאוקמא מתניתין בהכי דא"כ היה קשה לאידך לישנא דאמרינן בכתובות דהתם בדר' אבין אי בעי לאהדורי לא מצי מהדר לה הכא מצי מהדר לה ולפ"ז ע"כ מיירי מתניתין בפסחים בתחב לו חבירו לתוך פיו דאל"ה קשה קושית הש"ס דכתובות דנימא מדאגביה קניא וכבר כתבתי למעלה דבתוחב לו חבירו ליכא מלקות:

והנה בספר הפלאה כתב ליישב קושית התוס' שכתבו שם בכתובות דה"ה הוה מצי לאקשויי אמתניתין דפסחים דהאוכל תרומת חמץ בפסח דנימא מדאגביה קניא עפ"י מ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"א מהל' חמץ ומצה דהקונה חמץ בפסח לוקה משום ב"י וב"י ולפ"ז כשהגביה ע"מ לאכול הא חייב מלקות מחמת ב"י וב"י דהא כל גזלן חייב באחריות וקי"ל דמשום אחריות עוברין בב"י וב"י ומטעם זה שוב אי אפשר לומר מדאגביה קניא דאין לוקין ומשלמין ובשו"ת הרי"ם בחידושיו לסוגיא דפסחים הנ"ל דחה תירוצו של על הפלאה דאיך שייך לומר שהוא חייב מלקות משום חיוב האחריות ומחמת המלקות הוא נפטר מחיוב קבלת אחריות הא זה בזה תליא דאם אין אחריות למה חייב מלקות משום ב"י וב"י הא לאו דידיה היא וכל עיקר שאתה באת לחייבו מלקות הוא משום קבלת אחריות ועל כרחך לא נפטר מאחריות ולפענ"ד נראה פשוט דדברי הגאון ז"ל ליתא דשפיר יש לומר שנפטר מחיוב אחריות ע"י חיוב המלקות דאין לוקין ומשלמין ומ"מ אי אתה מצית למיפטריה ממלקות מחמת דשוב אינו חייב באחריות שהרי זה דמי ממש להא דאמר אביי בתמורה דף ה' ע"ב כ"מ דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והא דחייב משום דעבר אמימרא דרחמנא אלמא בהדיא דאע"ג דלא מהני מ"מ הוא שפיר חייב מלקות כיון דמצד עצם הענין הוא צריך להיות מהני רק כל עיקר דלא מהני הוא מחמת העבירה אינו פוטר ממלקות א"כ ה"ה גבי חמץ נמי כיון דהתורה גזרה שלא יקבל פקדונות מן הנכרי מקרא דלא ימצא והוא מטעם חיוב אחריות כדאיתא בפסחים דף ה' ע"ב א"כ כי עבר וקיבל שפיר לקי אפילו אי נימא דלא מהני והוא נפטר מאחריות משום דאין לוקין ומשלמים דמ"מ הוא עבר אמימרא דרחמנא:

ועוד נ"ל דאפילו לרבא דפליג התם בתמורה אדאביי וסבר דכל מקום דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני דאי לא מהני אמאי חייב הכי פירושו דלמה גזרה התורה חיוב מלקות כיון דלא משכחת לה כלל שיהא מהני אבל הכא כיון דמצד הדין גזלן חייב באחריות ורק בחמץ שחייב מלקות מחמת ב"י וב"י נפטר מחיוב אחריות בודאי אין לפטור אותו ממלקות דב"י וב"י. וביתר ביאור יש לומר דלפי מה דקי"ל כרבא דאמר בב"מ דף צ"א ע"א אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו וכתב רש"י דחיובא רמיא עליה לשלם אלא שאין כח לעונשו בשתים בב"ד אבל בדיני שמים חייב נמי בתשלומים ע"ש א"כ גבי חמץ חשוב שפיר חיוב אחריות למיעבר עליו בב"י וב"י ולמילקי עליה שהרי מבואר בהדיא בפסחים דף ה' ע"ב דגם בנכרי שכבשתיה תחת ידך אם קיבל אחריות עובר בב"י וב"י והרי בנכרי שנכבש תחת יד ישראל בודאי אין בידו לכוף לישראל לשלם ליה ומ"מ עובר בב"י וב"י כיון דמחויב מצד הדין לשלם א"כ ה"ה בנ"ד מסתברא לומר דעובר בב"י וב"י אע"ג דאין ב"ד כופהו לשלם ודו"ק:

ולפי האמור ארווח לנו ליישב דברי רש"י ז"ל פסחים דף כ"ט ע"ב גבי הא דאמר התם רב אחא ב"י דר' יהודה מקיש שאור דאכילה לשאור דראיה מה שאור דראיה שלך אי אתה רואה אבל אתה רואה של אחרים אף שאור דאכילה שלך אי אתה אוכל אבל אתה אוכל של אחרים וכתבו בתוס' ד"ה ה"ה פירש רש"י ומותר באכילה והקשה ר"ת דאי אפשר שלא יהא שלו בשעת אכילה דאי נתן לו הנכרי הרי הוא שלו ואי גזל מנכרי הרי הוא חייב באחריות ולא גרע מממון שחייב באחריות דהוי כשלו ע"ש ולפי הנ"ל י"ל כיון דבאמת דכבר נתחייב במלקות מחמת לאו דב"י וב"י נפטר מאחריות אם כגנב או נאבד אח"כ דאין לוקין ומשלמים כסברת בעל הפלאה וכיון דבאמת אין לחייבו באחריות שוב לא מיחשיב כשלו לענין איסור אכילה דאף על גב דלגבי מלקות דב"י וב"י חשוב כשלו דאהכי חייביה רחמנא משום דעבר אמימרא דרחמנא טעם זה לא מהני לענין שיחשב כשלו לגבי אכילה כיון דלפי האמת אינו חייב באחריות כלל ובמה נחשב כשלו ע"כ שפיר מותר באכילה ודו"ק. ובזה יש ליישב מה שהקשה הפנ"י בפסחים דף י"ג ע"ב בהא דאמרינן התם אין מביאין תודה בחג המצות מפני חמץ שבה ופריך הש"ס התם פשיטא וע"ז כתב הפנ"י וקשה לי מאי פשיטותא הא לקמן בפ' כל שעה דף כ"ט איכא מ"ד דיליף שאור דאכילה משאור דראיה ופירש"י דשל אחרים ושל גבוה מותר באכילה א"כ שפיר איצטריך לאשמועינן דאין מביאין תודה בחג המצות מפני חמץ שבה ולפי הנ"ל ניחא דדוקא בשל אחרים או של גבוה קדשי בדק הבית דעכ"פ בשעת הגבהה הוא עובר בב"י וב"י וחייב מלקות וממילא ליכא חיוב ממון אשעת הגבהתו דאין לוקין ומשלמים

וגם בשל גבוה בלא"ה לא שייך חיוב אחריות דהקדש במזיד אינו מתחלל משו"ה ליכא באכילת החמץ:
איסור אכילת חמץ בפסח אבל בלחמי תודה שהוא חייב באחריות דאלו נגנבו או נאבדו צריך להביא אחרים א"כ חשוב כשלו מטעם חיוב אחריות וקרינן בהם שלך אי אתה אוכל וכסברת התוס' והבן:
והנה ראיתי בספר מגיני שלמה שכתב בישוב דברי רש"י ז"ל וז"ל והי' נלפע"ד ליישב עפ"י שיטת הרמב"ם ז"ל דאם הגוי אלם וכופהו לישראל אע"פ שלא קיבל עליו אחריות והוה כדידיה ואסור ונלפע"ד דה"ה איפכא דאם הגוי חלש ולא יוכל לכופו לישראל לשלם אע"פ שחייב באחריות שרי כיון דלא ישלם לו כלום א"כ נוכל לומר דמיירי בגזל מגוי וכיון דלא ישלם לו אע"פ שחייב באחריות לא הוה כדידי' עכ"ל ע"ש וגם ראיתי שנכדו הגאון הפנ"י ציין על דברי התוס' הנ"ל עיין בספר מגיני שלמה שכתב ליישב הקושיא והפנ"י לא עורר ע"ז מאומה ואנכי תמה אקרא איך אפשר לומר כן הא גמרא מפורשת בפסחים דף ה' ע"ב דבחמץ של נכרי שכבשתו תחת ידך אם קבל הישראל אחריות עובר בב"י וב"י והא נכרי שכבשתו תחת ידך הוא נכרי חלש שהרי מעיקרא סבר הש"ס דבנכרי שכבשתו תחת ידך עובר הישראל וב"י אפילו בלא קבלת אחריות וכתב רש"י ז"ל שהרי ממונו כממונך ואח"כ מסיק הש"ס דבעינן קבלת אחריות ועכ"פ בודאי אין ביד הנכרי לכופו לישראל לשלם ומ"מ כשקיבל הישראל אחריות עובר בב"י אלא דברי הגאון ז"ל אינם אלא מן המתמיהין וצע"ג. ולפ"ז יש לדחות גם קושית ההפלאה שהבאתי למעלה דחיוב מלקות משום לאו דב"י יפטור אותו מאחריות מטעם קילב"מ דהא דאמרינן קלב"מ אינו אלא שהב"ד אינם יכולים לכופו לשלם דתרתי עונשין לא עבדינן אבל מ"מ בידי שמים רמי עליו חיוב תשלומים ומשו"ה אמרינן אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו עיין ב"מ דף צ"א ע"א א"כ ג"כ חמץ דרבי רחמנא דעובר בב"י אפילו בנכרי שכבשתו אע"פ שבודאי הישראל לא ישלם אם לא ירצה אלא כיון שחייב לשלם אם ירצה גלי רחמנא דחשוב שלו לענין ב"י וב"י א"כ ה"ה אפילו אי נימא דמשום דחייב מלקות על הגבהה לא נתחייב באחריות מ"מ כיון דבדיני שמים חייב באחריות עובר בב"י וב"י דלא גרע מנכרי שכבשתו דכיון דלא בעינן שיהא האחריות בפועל ממש אלא חיובא בעלמא מסתברא לומר דמה שמחויב בידי שמים חשוב ג"כ חיוב אחריות כמו חמץ של נכרי שכבשתו תחת ידך וכנ"ל וכמו דמצינו גבי אתנן דאסרה תורה אפילו בא על אמו עיין ב"ק דף ע' ע"ב:

עוד ראיתי בספר חידושי הרי"ם מווארשא שהקשה על התוס' הנ"ל דלשיטת הרמב"ם ז"ל דפסק בפ"א מה' חמץ ומצה דבקונה חמץ בפסח לוקה משום ב"י וב"י א"כ ה"ה דאי גזל חמץ בפסח איך משכחת לה שיהיה עובר בב"י משום אחריות הא הני תרתי סתרי אהדדי דאי חייב מלקות על הגזילה אמרינן קלב"מ וממילא פטור מחיוב אחריות ואי מיפטר מאחריות שוב ליכא מלקות וכן כתב בספר הפלאה על כתובות בישוב קושית התוס' ולפענ"ד יש לקיים דברי התוס' דהנה כבר כתבו נושאי כליו של הרמב"ם להקשות מפסחים דף צ"ה דאמרינן דלאו דב"י הוי ניתק לעשה ואיך חייב מלקות ונ"ל ליישב דבאמת הלא קי"ל כאביי דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וא"כ בקונה חמץ בפסח הוי מקח שנעשה באיסור ואינו קונה אע"פ דכל חמץ דעלמא אינו ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הוא ברשותו מ"מ אין ראיה מזה דבכה"ג דבטל המקח מטעם כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד שיהא מיחשיב כשלו דמה דגלי רחמנא גלי ומה דלא גלי לא גלי וכגון זה בב"ק דף ע"ב בתוס' ד"ה דאי אך באמת זה לא קשיא כלל דאע"ג דלא מהני מצד חק התורה מ"מ חייב מלקות משום דעבר אמימרא דרחמנא וכמו דאמר אביי בהדיא בתמורה דף ה' ולפ"ז שפיר ניחא דברי הרמב"ם דגם הוא מצי סבר דב"י הוי לאו הניתק לעשה. אמנם ז"א אלא בכל חמץ שהיה שלו מעיקרא דאיתא נמי עשה דתשביתו משא"כ בקונה חמץ בפסח דבאמת לא קנה כלל והחמץ אינו שלו רק לענין חיוב דב"י חשוב שלו משום דעבר אמימרא דרחמנא לחומרא עשאן הכתוב כשלו כדי לחייבו מלקות אבל לגבי עשה דתשביתו למיפטריה ממלקות לא עשאן הכתוב כאילו ברשותו ולא הוי דידיה כלל ובמה דמבער החמץ לא תיקן כלל האיסור שעבר כיון דבאמת אינו קונה כלל להחמץ ומשו"ה ליכא למימר דפטור משום קיום העשה דלקולא לא חשבינן כשלו:

ומעתה ז"א אינו אלא בקנה חמץ אבל בגזל חמץ שהתורה הטיל' עליו חיוב אחריות אע"ג דכל גזילה דעלמא נמי לא קנה אלא לענין זה שיהא חייב באחריות ולא דליהוי דיליה בזה ליכא למימר דכל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני דמ"מ מהני למיחשב גזלן כמו כל גזילה דעלמא דג"כ אמר רחמנא לא תעביד ומ"מ מיחשיב כשלו הטיל הכתוב עליו לבער החמץ ואיכא עשה דתשביתו ושוב אין ללקות על ב"י וב"י דהוה לאו הניתק לעשה דאין לומר דיפטור מאחריות מטעם דכל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני דלהקל עליו לא אמרינן דלא מהני אלא אדרבה אמרינן דחייב באחריות כיון דעבר אמימרא דרחמנא ולהכי אין לחלק בין אם גזל חמץ קודם פסח לגזל חמץ בתוך הפסח:

אמנם בגוף הישוב של בעל הפלאה שכתב לתרץ דעל מתניתין דפסחים לא מצי הש"ס למיפרך מהא דרב חסדא דנימא מדאגביה קניא כו' משום דבתרומת חמץ חייב מלקות על הגבהתו משום לאו דב"י וב"י יש לפקפק דעדיין לא העלה ארוכה בזה דנהי דעל הגבהה לא נתחייב באחריות מטעם דאמרינן קלב"מ מ"מ מצי הש"ס למיפרך נימא דמלעסיה קניא כמו דפריך הש"ס שם בכתובות ועל הלעיסה ליכא מלקות כיון שכבר לקי אשעת הגבהתו ולא יתכן שיתחייב שני מלקיות כיון דלענין מלקות חשבינן ליה דקני בשעת הגבהתו וזה פשוט. והנה מה דנראה לי בישוב שני קושית הללו די"ל עפ"י דרך החידוד דהנה בכתובות פליגי ר' יוחנן ור"ל בחייבי מלקות שוגגין אליבא דרבנן וכמו דקי"ל דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתנא דבי חזקיה מקרא מכה אדם יומת ומכה בהמה ישלמנה דר"י ס"ל דחייבי מלקות שוגגין חייבין ממון ור"ל ס"ל דפטור כמו חייבי מיתות שוגגין והנה התוס' בכתובות שם ד"ה זר שאכל כתבו דלר' נחוניא בן הקנה דהיה עושה יוה"כ כשבת דכרת פוטר מתשלומים הא דהאוכל תרומה בשוגג חייב לשלם קרן וחומש ולא פטרינן ליה מטעם קלב"מ כמו חייבי מיתות שוגגין הטעם צריך לומר דשאני תרומה דגלי רחמנא במיתה דתרומה דלא אמרינן קלב"מ וה"ה בכרת דחמץ ע"ש ולפ"ז זה אינו אלא לרנב"ה אבל לרבנן דפליגי ארנב"ה וס"ל דכרת אינו פוטר כלל מתשלומים אפילו במזיד אינו מוכח מקרא דיש חילוק בין אכילת תרומה לשאר איסורין וי"ל דהא דחייבי רחמנא אאכילת תרומה בשוגג מיירי דוקא בתוחב לו חבירו לתוך בית הבליעה דליכא חיובא דמלקות כלל אחרי שלא עשה זה האוכל שום מעשה כלל וכרת אינו פוטר מתשלומים כלל לרבנן וכנ"ל אבל אם אכל בעצמו בלא תחב לו חבירו בשוגג דאז יש כאן חייבי מלקות שוגגין באמת פטור גם בשוגג כמו דסבר ר"ל בכל התורה כולה מנשו"ה לא מצי הש"ס לאוקמא אליבא דרבנן ופטור במזיד משום מלקות דקי"ל דאין לוקה ומשלם דא"כ יקשה למה חייב בשוגג ולהכי על כרחך משני הש"ס לאוקמא מתניתין כרנב"ה דלדידיה פשיטא דגבי תרומה בשוגג אין המלקות פוטר מתשלומים כמו דאין המיתה בי"ש פוטר אותו כיון דגלי גלי ולפ"ז הא דפטור במזיד יש לומר משום חיוב:

מלקות ושוב לא מצי למיפרך דנימא מדאגביה קניא דהיכא דאיכא מלקות איני חייב גם אשעת הגבהה משום דאמרינן הגבהה צורך אכילה היא אחרי דבלא הגבהה לא היה מתחייב במלקות דבעינן מעשה וכמו דאמרינן עקירה צורך הנחה וכנ"ל:

אבל באמת קשה מאוד לאוקמי' קרא דאכילת תרומה בשוגג מיירי בתחב לו חבירו והרי גם מה דמשני הש"ס דנ"מ בין אביי לרבא הוא בתחב לו חבירו כתב הריטב"א ז"ל שזהו דוחק כמו שהבאתי למעלה כ"ש שאין לאוקמי' הקרא דמיירי דוקא בתחב לו חבירו:

והנה לפי מה שהעליתי בספרי מצ"א סי' ג' לחדש דלפי מ"ש השטמ"ק ב"ק דף ע' ע"ב בהא דפריך הש"ס כיון דמטי לאויר חצירו קונה מתחייב בנפשו לא הוי עד שתנוח והקשו התוס' והקדמונים ז"ל אמאי לא נימא עקירה צורך הנחה היא והביא השטמ"ק בשם הר"י מקורביל ובשם שיטה ישנה דכיון דכל עיקר כונתו הוא רק לקנות הגניבה ולא לעשות איסור אף שבע"כ הוא עושה מלאכה בשבת החיוב הוא רק על הנחה ולא על העקירה ולא שייך לומר עקירה צורך הנחה ע"ש ועפ"ז העליתי דלא אמרינן עקירה צורך הנחה אלא כשחילל שבת במזיד אבל כשחילל שבת בשוגג דלא נתכוון כלל לחלל לא אמרינן עקירה צורך הנחה ע"ש א"כ שוב י"ל גם לר"ל דמצי הש"ס לאוקמא כרבנן ובמזיד פטור משום דלא שייך לומר מדאגביה קניא אבל ברישא בשוגג שפיר חייב דאמרינן מדאגביה קניא דבשוגג לא פטרינן משום הך סברא דהגבהה צורך אכילה ואין לדחות ולומר דעל הגבהה אינו חייב רק את הקרן ולא את החומש דחומש ליכא חיוב אלא ע"י אכילה דז"א דכיון דכבר נתחייב בקרן על הגבהה שוב חייב חומש על אכילה דחומש הוא ודאי בתורת כפרה ובכפרה לא אמרינן קלב"מ ולפ"ז גם לר"ל היה אפשר לאוקמא מתניתין גם אליבא ומטעם מלקות אך אפשר לומר דהש"ס דפסחים אזלא להך לישנא דמשני התם המימרא דרב חסדא דגבי ר' אבין דהזורק חץ וכו' לא אפשר לאהדורי' אבל הכא אפשר לאהדורי' א"כ גבי אוכל תרומת חמץ הא אפשר לאהדורי' ובכה"ג לא אמרינן הגבהה צורך אכילה ודו"ק:

סימן לא

עוד בענין הנ"ל:

והנה כבר הבאתי למעלה מה שנתקשו התוס' והקדמונים בהבנת דברי הש"ס מאי דקאמר התם בכתובות התם אי אפשר להנחה בלא עקירה הכא אפשר לאכילה בלא הגבהה דאי בעי גחין ואכיל לה הא סוף סוף גם אי הוי גחין ואכיל נמי היה קונה קודם שבא לידי חיוב כרת עוד מקשין התוס' והקדמונים ז"ל אהא דפריך התם רב ביבי בר אביי מברייתא דהגונב כיס בשבת חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שבא לידי חיוב שבת ואמאי לימא הגבהה צורך הוצאה היא דלהך לישנא דאי בעי לאהדורי' לא מצי מיהדר לה לא פריך מידי דהא הכא מצי מהדר לה אלא להך לישנא דא"א להנחה בלא עקירה פריך דהכא נמי אי אפשר להנחה בלא הגבהה אע"ג דאפשר בגרירה מה לי עקירה זו או עקירה אחרת ע"ש:

ואלו הייתי כדאי הייתי אומר בישוב כל זה דהא דקאמר הש"ס אי אפשר להנחה בלא עקירה הכא אפשר לאכילה בלא הגבהה דאי בעי גחין ואכיל הכי פירושו דעל הגבהה

ראשונה אין לחייבו כיון דאין אפשר לאכילה בלא הגבהה וגם אלו הוי גחין ואכיל נמי על כרחך היה מגבה לה מעט ומה לי הגבהה זו או הגבהה אחרת וכמו שהבאתי למעלה בשם התוס' אלא רב חסדא מיירי שאכל חלב כדרך שהעולם אוכלים שמגביהים הרבה עד דמטי לתוך פיו ואלו הוי גחין ואכיל לא הוה צריך להגביה כל כך והגבהה זו שהגביה יותר מכפי ההכרח לא חשוב לצורך אכילה ומשו"ה אמרינן דבהגבהה זו שהגביה למעלה עד דמטי לתוך פיו קני' קודם שבא לידי חיוב כרת אבל התם כל מעשה העקירה והזריקה מתחילת ד' לסוף ד' היה לצורך חיוב הוצאה דבלא"ה לא מחייב משום שבת ולפ"ז בדקדוק אמר ר' אבין הזורק חץ מתחלת ד' לסוף ד' דשיעור זה הוא שיעור הקטן לענין חיובא של הוצאה דאלו היה זורק חץ למרחוק וקרע שיראין אחר שיעור הילוכו ד' אמות דאלו היה נח החץ לסוף ד' אמות ג"כ היה חייב משום שבת היכי דאמר כל מקום שתרצה תנוח כמו שמפורש בשבת דף צ"ז ע"ב סבר האי לישנא דמודה ר' אבין דחייב בתשלומים בעד השיראין דהא אפשר לחיוב שבת בלא הליכת החץ יותר מד' אמות ולאידך לישנא מחלק דהתם אי בעי לאהדורי' לא מצי מהדר לה הכא מצי מהדר לה וסברי דלאו דוקא קאמר ר' אבין מתחילת ד' לסוף ד' אלא אפילו אילו זרק חץ למרחוק וקרע שיראין נמי פטור כיון דלא מצי מהדר לה ואתה מחייבו על שעת הזריקה אמרינן קלב"מ הכא מצי מהדר לה ומשו"ה נהי דליכא למיחייבי' על הגבהה ראשונה דהי' צורך אכילה עכ"פ על מה שהגביה למעלה עד דמטי לתוך פיו נתחייב דגם הך לישנא סבר הך סברא דאי בעי גחין ואכיל אלא דסברי דאלו היה לא אפשר למיהדר חשוב כל הזריקה והגבהה כולו כאחד ואין לחלק בין דרך קצרה לארוכה כיון דא"א למיהדר: ומעתה שפיר פריך רב ביבי בר אביי להני תרתי לישני מברייתא דהגונב כיס בשבת כו' אמאי לימא הגבהה צורך הוצאה והכא משמע אפילו אי לא היה כלל הגבהה יותר מכפי צורך הוצאה נמי חייב מדקתני היה מגרר ויוצא מגרר ויוצא פטור משמע דוקא היכי שלא היה הגבהה כלל פטור אבל אי היה איזה הגבהה לצורך הוצאה חייב אמאי כל הני תרתי לישני סברי דעכ"פ ההגבהה שהיה לצורך הוצאה אפילו במצי לאהדורי נמי פטור כיון דלא אפשר לחייב משום שבת אלא מחמת עקירה ובלא עקירה ליכא חילול שבת ובפרט העקירה הוא אתחלתא דמלאכה כמו שכתב רש"י ז"ל למעלה בסוגיא ודו"ק: וכמה מעליא הך שמעתתא ליישב בזה סוגית הש"ס בשבת דף צ"א ע"ב דפריך התם רב ביבי בר אביי אמ"ד דסבירא ליה אגד כלי שמיה אגד מברייתא דגונב כיס בשבת חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שבא לידי חיוב שבת היה מגרר ויוצא פטור שהרי איסור גנבה ואיסור שבת באין כאחד ואי ס"ד אגד כלי שמיה אגד קדים

ליה איסור גניבה לאיסור שבת וכתב רש"י ז"ל דכיון שהוציא מקצתו קנה כל המעות שמבחוץ שיכול להוציאו דרך פיו ולענין שבת מיפטר דאגיד גביה רשוה"י ע"י הכלי ודחי הש"ס דהכא מיירי שהוציא דרך שוליו ותו פריך והא איכא מקום חלמה דאי בעי מפקע ליה ושקיל ומשני בנסכא ואנכי בעת למודי הקשיתי לשאול הא רש"י ז"ל בד"ה שהרי כתב וז"ל ובכתובות פריך אי דאפקה לר"ה איסור גניבה ליכא דר"ה לאו מקום קניה הוא ומוקי לה בצידי ר"ה אי נמי שצירף ידי למטה משלשה וקבלה ע"ש והמעיין בכתובות יראה דהך שינויא דאפקה לצידי ר"ה אתיא אליבא דר' אליעזר דס"ל דצידי ר"ה כר"ה דמי ואינו אליבא דהלכתא דאנן קי"ל כרבנן דצידי ר"ה לאו כר"ה דמי ורב אשי משני כשצירף ידו כו' והיינו גם אליבא דרבנן ופשיטא דזה שינויא הוא העיקר ומעתה קשה הא דמשני בנסכא מ"מ איכא למיפרך הא עכ"פ זהו המקצת שאוחז בידו בודאי קני גם אי לא קני שאר חלק הנסכא מה שחוץ לידו כמו דאיתא בהדיא בב"מ דף ט' ע"א דאמר רב אשי התם זה קני חמור ובית פגיה וזה קני מה דתפיס בידיה כו' והשאר לא: קני לא זה ולא זה ועיין בשטמ"ק שם לעיל דף ח' ע"א בסוגיא דהמגביה מציאה לחבירו שכתב וז"ל והוה יודע שלא כפל מחלוקת אלא במאי דביני ביני אבל מה שכל אחד תפיס בידו פשיטא דקנה לכ"ע וכן לגביה חרש ופקח כו' וזה ברור אלא שהוצרך לכתבו לפי שראיתי מאן דטעה בזה עכ"ל ולפ"ז פשיטא דחלק הנסכא שקיבל בתוך ידו קני א"כ אמאי קתני דפטור דמשמע דפטור לגמרי עכ"פ יהא חייב לשלם בעד חלק הנסכא מה דתפיס בידיה ועיין בנה"מ סי' קצ"ח ס"ק ב' שכתב ג"כ דקני מה שתופס בידו:

עוד הקשה הגאון בעל הפלאה אהך סוגיא דמאי פריך רב ביבי דקדים ליה איסור גניבה לאיסור שבת הא יש לומר עקירה צורך הנחה כמו דסבר ר' אבין גבי הזורק חץ כו' וכתב דרב ביבי פריך לאידך לישנא דתליא אי לא מצי לאהדורי אבל היכא דמצי לאהדורי לא פטרינן מטעם עקירה צורך הנחה אבל לפענ"ד יש לומר אדרבה דהסוגיא דשבת אזלא להך לישנא דאמרינן עקירה צורך הנחה אפילו היכי דמצי לאהדורי אלא להס"ד שבכיס היו מונחים מעות הא היה אפשר להוציא המעות מתוך הכיס תיכף והיה נגמר החילול שבת ג"כ בהוצאת המעות מתוך הכיס ולהכי כשלא הוציא המעות מתוך הכיס והיה מגרר ויוצא עד שהוציא את כל הכיס כל ההליכה הלזו לא היה לצורך חילול שבת ולפי מה שכתבתי דר' אבין בדקדוק קאמר הזורק חץ מתחילת ד' לסוף ד' וקרע שיראין בהליכתו דאלו זרק חץ לסוף ח' אמות וקרע שיראין בהליכתו אחר ד' אמות לא אמרינן למיפטר מטעם עקירה צורך הנחה דגם אלו תנוח בסוף ד' ג"כ היה חייב משום מחלל שבת כמו כן הכא אלו היה מוצא המעות בתוך הכיס ג"כ היה חייב משום שבת והיא

לא עשה כן אלא שהוציא הכיס כולו והוצאה זו של כל אורך הכיס לא הי' לצורך חילול שבת אחרי שהחילול שבת הי' אפשר להיות ע"י הוצאת המעות מהכיס ולהכי חייב בגרירה הלזו דקנה הגניבה כיון דל"ש לומר עקירה צורך הנחה ומשו"ה שפיר פריך ומשני דמיירי בנסכא ולא היה אפשר ליחייב משום שבת אלא אם כן הוציא כולו ולהכי כל ההוצאה הלזו היא לתכלית חילול להתחייב עליה משום שבת שוב יש לפטור גם על מה שקנה קודם שבא לידי חילול שבת מטעם דאמרינן עקירה צורך הנחה היא:

סימן לב

בדבר א"ת אשר בא לעורר על מ"ש המג"א בס' תמ"ג לא מכר הנפקד החמץ חייב לשלם להמפקיד כמו שומר שהי' לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם שחייב וכתב אעפ"י שהמפקיד הי' יכול למכור בעצמו מ"מ כיון שהנפקד אינו רשאי לסמוך ע"ז א"כ הי' לו למוכרו ע"כ והח"י חולק עליו וע"ז עורר כ"ת שיש לדמות למ"ש התוס' ב"ק דף כ"ג ע"א שיותר יש לאדם ליזהר שלא יזיק משלא יוזק וכמ"ש הנתיבות בסי' קכ"ו והנה לדעתי אין הענינים דומים דהכא אין צריך כלל לחידושא של התוס' דגבי שומר פשיטא דהחיוב להציל מוטל על השומר ואפילו אי הבעה"ב ג"כ איתא בשעת מעשה החיוב של השמירה היא על השומר ואינו יכול לטעון שהבעה"ב ישמור בעצמו וע"ז לא פליג הח"י ולא שום אדם בעולם אלא דהח"י סובר דמטעם שמירה אינו מחויב רק לשמור אבל אינו מחויב למכור וכמו דמצינו בש"ס ובחו"מ סי' רס"ז בהל' אבידה ומציאה דאם מצא דבר שטפילו מרובה משכרו מטפל בהם ג' ימים מכאן ואילך מוכרם בב"ד ומ"מ לא מצינו שאם לא מכרן שיהא מפסיד המוציא מה שהוציא משום דזה לא מחייב רק משום השבת אבידה וכן נמי גבי חמץ אינו חייב הנפקד למכור רק משום השבת אבידה ואם לא מכר אינו חייב לשלם:

אולם יש לחלק דבמוצא אבידה דצריך למכור בב"ד יותר י"ל דפטור אם לא מכר דאין הדבר תלוי בו לבדו אלא בב"ד ואולי לא ירצו הב"ד כדאמרינן בעלמא דלמא לא יזדקקו לו הב"ד אבל גבי חמץ דמוכר שלא בב"ד לפי הגמרא דילן בפסחים דף י"ב ע"א דגרסינן דאמר לי' צא ומוכרה בשוק ולא כהירושלמי שהביאו שם התוס' דאיתא דא"ל צא ומוכרה בב"ד בשוק וכן פסקינן בשו"ע או"ח סי' תמ"ג סעיף ב' כש"ס דילן יותר יש לחייבו על מה שלא מכר:

ועוד נראה לפע"ד הא המג"א מיירי שביער החמץ מרשותו קודם הפסח דאלו עבר עליו הפסח ואיתא בעין הא כתב המג"א שם דא"ל הרי שלך לפניך ע"ש משו"ה שפיר חייב אמה ששרף בידים ולא מכרו אבל אם לא שרפו והחמץ נשאר עד אחר הפסח ונגנב או

נאבד אע"פ דלא שייך לומר הרי שלך לפניך מ"מ פטור דדבר זה תליא בסוגית הש"ס דב"ק דף מ"ה גבי שור הנסקל אחר שנגמר דינו דרבנן ס"ל אם החזירו שומר לבעליו איכו מוחזר ור' יעקב סבר דאם החזירו שומר לבעליו מוחזר ומפרש התם הש"ס דטעמא דרבנן דאמר לי' אי אהדריתי' ניהלי הוה מעריקנא ליה לאגמא וטעמא דר"י דסבר גומרין דינו של שור שלא בפניו וכתב רש"י ז"ל דדוקא דאתפוסהו בידים אבל אי תפסוהו ב"ד פטור גם לרבנן ובתו' פליגי על שיטת רש"י אלא לרבנן גם אי תפסוהו ב"ד דכיון דסברי רבנן דאין גומרים דינו של שור שלא בפניו הו"ל היזק ניכר ולר"י דס"ל גומרים דינו שלא בפניו הו"ל היזק שאינו ניכר ולהכי מצי אמר הש"ל ע"ש א"כ הכא נמי אם שרפו הנפקד קודם הפסח אף ששרפו ברשות חייב לשלם כמו התם דאתפוסהו לב"ד ברשות מ"מ חייב דהו"ל למכור: אך לכאורה לפ"ז קשה דלמה לי' להמג"א להביא הדמיון דשומר שהיו לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם דחייב תיפוק לי' אפילו אלו הי' הדין התם פטור י"ל דהיינו טעמא דהתם לא היזק בידים אבל הכא הא שרפו בידים והי' לי' להביא הך דב"ק הנ"ל דלרבנן חייב אבל לכאורה יותר יש להקשות אשיטת רש"י ז"ל דבלא אתפוסהו בידים אלא תפסו ב"ד מאליהם גם לרבנן פטור הא קי"ל דשומר שהי' לי' לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם חייב ואיזה נ"מ יש בין הך דינא להך דשור הנסקל הא הכא נמי הי' יכול לשחוט השור קודם גמר דין כמ"ש רש"י ז"ל שם:

שוב נתתי עיני בהשטמ"ק שהביא בשם הריב"א פירוש אחר וז"ל וריב"א פירש דאתפסי' לתורא לאו דוקא במעשה בידים אלא כל שהי' לו לשומרו שלא יבוא לידי כך כו' ומה שמחלקים בין שור היוצא ליסקל לחמץ שעה"פ דהתם מחייבו המפקיד במה שהי' יכול להציל כמו שהוא בעין דהוה מצי לערקי' לאגמא אבל בחמץ שעבר עליו הפסח אע"פ שהי' יכול להציל מן האיסור ע"י החזרה לבעלים ויאכלוהו או ימכרוהו קודם הפסח אין לחייבו מטעם זה כיון שאינו יכול להצילו ולהפקיעו מן האיסור כמו שהוא בעין והאריך שם הרבה ועפי"ז הסברא יש לחלק נמי הך דרועה שהי' יכול לקדם ברועים ובמקלות דהתם נמי הי' יכול להציל כמו שהוא בעין ע"ש הרי מצינו תנא דפליג על המג"א דלא דמי הך דחמץ שעבר עליו הפסח להך דשומר שהי' לו לקדם כו':

ונ"ל דיש להביא ראי' דלא כמג"א מב"מ דף מ"ב בהאי תורא דלא הו"ל ככי ושיני ואמרינן דאיבעי' לי' לאודועי לי' וכתבו בתוס' ד"ה דמי בשם ר"ת ז"ל דאם הי' מודיע לו הי' הספסירא שוחטו מיד ולהמג"א אפילו אי לא מצי לאודועי לי' ליחייב משום שהי' לו בעצמו לשוחטו מיד אלא מוכח דלא כמג"א ודו"ק:

והנה ראיתי להנו"ב קמא חלק או"ח סי' כ' שפלפל הרבה בדין גזל חמץ ועבר עליו הפסח אליבא דר"ש דס"ל דחמץ שעבר עליו מותר לאחר הפסח מה"ת ורק מטעם קנס אסור מדרבנן לדידי' אין רבותא כלל לומר דמצי הגזלן לומר להנגזל הרי שלך לפניך משום דלהנגזל לא קנסו חז"ל כלל והחמץ היא מותר להנגזל גם מדרבנן ע"ש שהאריך בזה הרבה ולדעתו צריך לומר דמתניתין דב"ק דף צ"ה דקתני מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח על כרחך אתיא אך אליבא דר' יהודה דחמץ אחר הפסח אסור בהנאה מה"ת. ולפע"ד זה דוחק גדול דלא מצינו שום רמז בש"ס דמתניתין לא אתיא כר"ש אך באמת גם בלא חידושו של הנו"ב דלר"ש מותר לאחר הפסח להנגזל ג"כ קשה דמשמע מש"ס פסחים דף כ"ט ע"א דרק רבא הוא דמתרץ למתניתין אליבא דר"ש חידש לומר דר"ש קנסא קניס אבל רב אחא ב"י דמתרץ מתניתין כר"י ס"ל דלר"ש לאחר הפסח מותר לגמרי ולא קניס ר"ש כלל וביותר נראה מהא דאיתא שם דף ל' ע"א דפריך אדרבא והא רבא הוא דאמר ר"ש קנסא קניס ומשמע דתקשה רק לרבא דידי' אדידי' אבל שאר אמוראים לא סבירי להו דקנסא קניס א"כ קשה לדידהו איך יתרצו הך מתניתין דב"ק הנ"ל אליבא דר"ש:

אבל נ"ל די"ל דמתניתין לא קא חשיב דוקא איסורי הנאה אלא כל שיש בו פסול כמו מטבע ונפסל תרומה ונטמאת בהמה ונתעבדה בה עבירה דכל הני מותרין בהנאה אלא שנפסלו כמו מטבע שנפסל בהמה שנעבדה כתב רש"י ז"ל נרבעת או נעבדה פסולה לקרבן או שנפסלה מעל גבי המזבח כו' ע"ש א"כ חמץ שעבר עליו הפסח יש לומר כיון שבתוך הפסח הי' אסור בהנאה והכל מצווין עליו לבערו ועבר עליו בב"י וב"י חשוב נעבד בו עבירה וכל שנעבד בו עבירה פסול לגבי מזבח ואל תאמר שלא מצינו נעבד פסול למזבח אלא נעבד לע"ז אבל לא שאר נעבד' בו עבירה כדאיתא בחולין דף קט"ו ע"א אני אומר דיש לדמות דבר זה למה שהביא המ"א בסי' תרמ"ח גבי אתרוג המורכב וז"ל ולבוש כתב שאותו שקורין גרסקי פסול מטעם שנעבדה בו עבירה כמו בהמת כלאים דפסול להקרבה ואף שהמ"א הרבה להקשות על הלבוש כבר כתבתי בספרי שו"ת מצפה אריי' סי' נ"ב לקיים את דבריו בדברים נכונים בסיעתא דשמיא ע"ש והארכתי בסוגיא דחולין הנ"ל ע"ש וגם חמץ שעבר עליו בב"י וב"י דמי ממש לכלאים דכל עיקר הווייתו היא בעבירה הכי נמי חונן שהי' מצוה לבערו מן העולם רק נשאר בקיומו ע"י העבירה שלא ביערו מסתברא דפסול לגבי מזבח אעפ"י שאחר הפסח הוא מותר בהנאה כמו אתרוג המורכב דפסול למצוה באים למזבח:

והנה כאשר דברתי מזה עם ידי"נ הרב הגאון מו"ה משולם סאלאט נ"י אשר הוא אחד המיוחד בב"ד שלי הראה לי כי בחידושי ב"ן ז"ל על יבמות בסוף קונטרס אחרון נמצא חידושים קצת במס' סוטה דף כ"ט ע"א ד"ה מדין ק"ו ועיינתי וראיתי אשר בתוך דבריו כתב בשם רש"י ז"ל ח"ל תשובה דאין צריך הוכחה לסתור הוכחה בדבר הדומה לטבול יום כו' וכן שיטת הדינין כי ההוא דכל הבשר דף קט"ו מנין לבשר בחלב שאסור בהנאה ק"ו ומה ערלה שלא נתעבדה בה עבירה אסורה בהנאה בב"ח שנתעבדה בו עבירה בבישולו אינו דין שאסור בהנאה מה לערלה שכן לא היתה לה שעת הכושר חמץ בפסח יוכיח מה לחמץ שכן כרת כלאי הכרם יוכיח והרי כלאי הכרם נתעבדה בהן עבירה בזריעתן וחמץ בפסח עבר בב"י וב"י ולא דמי בקולא דידה והוה הוכחה אלו דברי רש"י ז"ל וע"ז טען הרמב"ן ז"ל וכתב ומה שהביא רש"י ז"ל בפ' כל הבשר שאני התם שהרי בו"ח וחמץ בפסח שוין הן בזה ובזה נתעבדה בהן עבירה ולפיכך מייתי לה מק"ו מערלה וא"ת שאני ערלה שכן אין לה שעת הכושר חמץ בפסח יוכיח ואם תאמר חמץ שאני מערלה מ"מ הנידון דומה לראי' עכ"ל בקיצור והנה הדברים סתומים דבאיזה סברא פליגי רש"י ורמב"ן ז"ל אבל לפע"ד נראה דפליגי בסברא זו דהש"ס קאמר ק"ו וקא חשיב מעלת בו"ח שנעבדה בו עבירה ואח"כ קאמר הש"ס דחורש בשור וחמור וחוסם פי פרה יוכיח ומשמע דטעם זה לא חשוב לאסור וא"כ הסוגיא סותרת זו את זו והתוס' ד"ה חורש הרגישו בזה וכתבו ח"ל אבל השתא עבד ק"ו דכשם שאסור באכילה אסור בהנאה ע"ש ורש"י ז"ל לא ניח' לי' בזה דלגבי ערלה יש מעלה שנעבדה בו עבירה אבל מ"מ לא דמי לכ"ה וחמץ בפסח דשאני הני דכל עיקר קיומם והוייתם הוא ע"י עבירה דבלא העבירה לא הי' נמצא הווייתם כלל כ"ה לא הי' נתגדל וחמץ הא הי' מבוער קודם פסח משא"כ בג"ח גם בלי העבירה הי' נמצא קיומם והוייתם ומשו"ה אחר דפריך הש"ס מה לערלה שלא היתה לה שעת הכושר ואמרינן חמץ בפסח יוכיח ואח"כ כלאי הכרם יוכיח הי' יכול למיפרוק מה להני שכן נעבדה בה עבירה היינו שקיומם בא ע"י עבירה משא"כ בו"ח דאין הנידון דומה לראי' וע"ז יש לומר ערלה תוכיח ואין לומר נבילה תוכיח דשאני נבילה דהי' לה שעת הכושר ולא נעבדה בה עבירה ושם דף ק"ה דאמר רבא התם ותנא תונא חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הש"ל טעמא דאיתא בעינא אבל ליתא בעינ' אע"ג דהשתא לאו ממונא כו' דמוכח דס"ל דחמן אחר הפסח אסור בהנאה מדקאמר ולאו ממונא זהו משום דרבא לשיטתי' דר"ש קנסא קניס ואסור מדרבנן משו"ה לא חשוב ממונא (ולפי מ"ש הנו"ב צ"ל דכל זה אמר רבא אליבא דר' יהודה דחמץ לאחר הפסח אסור מה"ת וגם זה דוחק) אבל לרב אחא ב"י דס"ל דחמץ לאחר הפסח שרי לגמרי ולפי

מה שכתבתי דמתניתין קא חשיב פסולי מזבח באמת אין לפשוט בעי' דרבא ממתניתין אליבא דר"ש:

ואל תשיבני הא איתא בהדי' בגמרא בדף צ"ח ע"ב אמתניתין חמץ שעבר עליו הפסח מאן תנא אומרים בא"ה הש"ל אמר רב חסדא ר' יעקב היא הרי בהדי' דהש"ס קא שקיל וטרי בחמץ משום דאסור בהנאה דז"א דבמתניתין קתני נמי שהי' יוצא לסקול ושקלא וטריא דהש"ס קאי אתרווייהו בין אחמץ ובין אשור שיוצא לסקל וכן כתב רש"י ז"ל שם בהדי' דסיפא דמתניתין ודאי ר' יעקב היא ולא רבנן ע"ש ומשו"ה נקט הש"ס מעיקרא סתם דאומרים בא"ה הש"ל אבל בתר הכי דמיירי בחמץ לחודי' נקט חמץ בפסח ולא חמץ שעבר עליו הפסח כדי שלא לכנוס בפלוגתא דר"י ור"ש וכן יש לדקדק ממה דבב"ק דף מ"ה ע"א איתא אמר רבה דכו"ע אומרים באיסורי הנאה הש"ל דא"כ נפלוג בחמץ בפסח וכן בדף צ"ח איתא ג"כ הכי דא"כ נפלגו בחמץ בפסח ולא נקט נפלגו בחמץ שעבר עליו הפסח כלשון דמתניתין אלא מוכח כנ"ל דחמץ שעבר עליו הפסח תליא בפלוגתא דר' יהודה ור' שמעון אי חמץ לאחר הפסח אסור בהנאה ומשו"ה נקט חמץ בפסח דלכו"ע אסור בהנאה אבל מ"מ אתיא מתניתין גם לר"ש וכנ"ל:

ועוד עלה על לבי די"ל דאף דנראה מהסוגיא דפסחים דרבא הוא דחידש לן דגם לר"ש חמץ לאחר הפסח אסור בהנאה דקנסא קניס אבל הס"ד דפריך מני מתניתין גם ראב"י דמשני למתניתין לעולם ר' יהודה היא לא סבירי להו הכי זה אינו אלא דסבירי להו דמשום קנסא סגי לאסור חמץ שעבר עליו הפסח באכילה אבל לא לאסור בהנאה כמו בשר עוף בחלב דאסור באכילה ומותר בהנאה מחמת שהיא דרבנן ולא רצו חז"ל להחמיר כולי האי לאסור בהנאה אע"פ שבשר בהמה בחלב אסור מה"ת. ועוד יותר י"ל הטעם מה שאסרו חז"ל בשר עוף בחלב באכילה ולא בהנאה הוא משום דכיון דתניא בחולין קט"ז ע"א ר"ש בן:

יהודה אומר משום ר"ש בשר בחלב אסור באכילה ומותר בהנאה כו' ע"ש להכי אע"ג דלא קי"ל כוותי' אלא בשר בהמה בחלב אסור בהנאה מ"מ בשר עוף בחלב דהוה רק דרבנן סמכו על דבריו ואסרו רק באכילה ומותר בהנאה א"כ בחמץ דסביר' לי' לריה"ג דחמץ בתוך הפסח אסור באכילה ומותר בהנאה סביר' להו להנך אמוראי דעכ"פ סומכין עליו בחמץ שעבר עליו הפסח לאסור רק באכילה ומותר בהנאה ובפרט לפמ"ש הפ"י בשם הירושלמי דמה שאסרו חז"ל חמץ לאחר הפסח משום דחששו שמא יבוא להשהותו עד אחר פסח ע"ש שפיר סגי שיהי' אסור באכילה דמשום הנאה לא ישהה ואם

נחליט כן אתי שפיר מתניתין דקתני חמץ שעבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך בפשיטות גם אליבא דר"ש לכו"ע דקמ"ל דאע"פ שאסור, באכילה מ"מ אומר לו הש"ל: ולפע"ד דבר זה יש להוכיח מדברי ר' שמעון גופא דאיתא בפסחים דף כ"ט ע"ב ר"ש אומר חמץ לפני זמנו ולאחר זמנו אינו עובר עליו בלא כלום ובתוס' ד"ה ר"ש כתבו ונראה דלר' שמעון נהי דאין עובר עליו בלאו דחמץ לפני זמנו מודה הוא דאסור באכילה ששש שעות ולמעלה ע"ש א"כ כיון דר' שמעון כולל לפני זמנו ולאחר זמנו בהדדי מוכח דשניהם שוים דכמו דלפני זמנו אסור באכילה הכי נמי לאחר זמנו אסור באכילה ומעתה להס"ד דפריך מני מתניתין ולראב"י דמשני הא מני ר' יהודה היא ולא סביר' להו הך דרבא דר' שמעון קנסא קניס איך כיילי לי' לפני זמנו ולאחר זמנו בחדא מחתא הא יש חילוק רב ביניהם דלפני זמנו אסור באכילה ולאחר זמנו שרי לגמרי וזה הערה גדולה. אבל לפי הנ"ל שפיר ניחא דגם הס"ד דפריך לראב"י מודים דלר"ש לאחר זמנו אסור באכילה מדרבנן רק לא ס"ל דקניס ר"ש בהנאה לאחר זמנו אלא לפני זמנו ולאחר זמנו שניהם שוים דבאכילה אסור ובהנאה מותר. ואל תשיבני דאכתי לא דמי דלפני זמנו לפי דעת התוס' אסור באכילה מדאורייתא ולאחר זמנו פשיטא דאינו אסור באכילה אלא מדרבנן זה לא קשה כיון דעכ"פ שוים באיסורם לענין אכילה ומצינו כעין זה בש"ס כמו גרושה וחלוצה לכה"ד אע"ג דגרושה אסורה מדאורייתא וחלוצה רק דרבנן וכ"ש לדעת בעל העיטור דגם לפני זמנו לר"ש אסור באכילה מדרבנן י"ל דגם לאחר זמנו אסור מדרבנן:

עוד יש להוכיח מהא דאמר רבא הילכתא חמץ בזמנו בין במינו ובין שלא במינו אסור במשהו כרב שלא בזמנו בין במינו בין שלא במינו מותר כר"ש וע"ז פריך ומי אמר רבא הכי והא אמר רבא ר"ש קנסא קניס ורש"י ד"ה שלא במינו כו' מותר כתב אפילו בנו"ט ע"ש ויש לתמוה הא להס"ד דלר"ש החמץ מותר אפילו בעין איך שייך לומר דמותר בנו"ט על דבר שהוא היתר גמור אבל אם נימא כהנ"ל דגם בלא מימרא דרבא דר"ש קנסא קניס אסור באכילה שפיר ניחא דפריך ממימרא דרבא אדרבא דאלו אסור באכילה לבד הי' אפשר לומר דיש לחלק בין בעין לבין תערובות אבל לפי מה דאמר רבא דחז"ל גזרו אפילו בהנאה כמו בתוך הפסח סבר הס"ד דאין לחלק גם לאחר הפסח בתערובות וצריך להיות אסור והתרצן משני דגם רבא מחלק דלר"ש אסור בהנאה רק בעין אבל בתערובות שרי אפילו באכילה ודו"ק:

ולפי האמור יש לפקפק בחידושו של השא"ג בסי' ע"ט אשר הובא לעיל בחלק בית אב"י או"ח סי' ח' דדוקא בחמץ שעבר עליו בב"י וב"י אסור בהנאה אחר הפסח מטעם קנס אבל היכי דלא עברו עליו בב"י וב"י אע"ג דעבר עליו אעשה דתשביתו שרי ע"ש ולפי

הנ"ל י"ל דאף לפי דבריו דשרי בהנאה אחר הפסח דמשום עשה דתשביתו לא קנסינהו חז"ל לאסור בהנאה אבל מ"מ אסור באכילה כיון שכבר נאסר באכילה לפני הפסח גם כשעבר עליו הפסח אסור דכמו שגזרו חז"ל דחמץ שבתוך הפסח דעבר עליו בב"י וב"י נשאר באיסורו איסור הנאה גם לאחר הפסח כמו כן חמץ שנאסר באכילה אחר שש שעות שוב אינו חוזר להיתרו גם לאחר הפסח אלא כדקיימא קיימא ודו"ק:

ודרך אגב מצאתי נכון לעורר אשר שמעתי שאיזה חכמים למדו מדברי התוס' שבת דף נ"ח ע"א ד"ה אע"פ מ"ש וז"ל והא דאמר בנגמר הדין דף מ"ח כפה שנתנתו לספר טהור מן המדרס אע"פ שלא עשתה שום שינוי מעשה כיון דנאסר בהנאה ע"י כן חשוב כשינוי מעשה עכ"ל מדבריהם הבינו כי כונת התוס' כפשוטו דחשוב שינוי מעשה מטעם איסור הנאה וע"כ הקשו דא"כ חמץ שעבר עליו הפסח הרי נאסר החמץ בהנאה ואיך אומר לו הש"ל וכן מפלפל בזה בב"י או"ח סי' נ"ח אבל לדעתי פשוט דלא כן כונת התוס' דמה דנקטו הלשון כיון דנאסר בהנאה הוא רק סירכא דלישנא ובאמת אין כאן שום איסור הנאה ע"י מה שנתנתו לספר ואלא שיאסור לעשות שוב תשמיש חול וזהו נקרא בלשון הקדמונים הנאה וכן כונת התוס' ערוכין דף ו' ע"א ד"ה יגוד וכן לשון הגה"ה או"ח סי' קנ"ד שכתב ונהגו להנות בכמה הנאות מדברי קדושה ע"ש ופשיטא דכוונתו להשתמש וכבר כתבתי בזה בחלק בית אב"י יו"ד סי' ע"ז ע"ש ולהכי שפיר כתבו התוס' בשבת הנ"ל כיון דאסור להשתמש תשמיש חול מחמת שנתנוהו לספר בטל ממנה תורת כיפה כיון דלא חזי תו למילתא וזה פשוט וברור ובחנם השתמשו המחברים בפלפולים דאיסור הנאה חשוב כשינוי מעשה לגבי קנין וסמכו על דברי התוס' כי אין ענין כלל לזה:

אולם יש להביא מ"ש התוס' בפרק הנזקין דף נ"ג ע"ב ד"ה גזלן בתירוצם וז"ל וי"ל דכיון דהיזק שאינו ניכר שמי היזק א"כ חשוב לי' כאילו הוא ניכר וא"כ אין לך שינוי גדול מזה וקנאה הגזלן בשינוי וצריך לשלם ממון מעליא ושמין כעין שגזל ולא מצי אמר הש"ל עכ"ל הרי מבואר בדבריהם דדבר זה אי א"ה חשוב שינוי מעשה לענין קנין תליא בפלוגתא היזק שאינו ניכר אי שמיה היזק או לא שמיה היזק וכיון דהש"ס נשאר בתיובתא על כרחך הך מתניתין קאי בשיטתי' דלא שמיה היזק וע"ש בתוס' ד"ה תיובתא אע"ג דמייתי אח"כ תנאי קאמר תיובתא משום דכן הלכה דלא שמיה היזק עכ"ל א"כ לפ"ז איסור הנאה לא חשוב שינוי מעשה לקנות: אבל אלו הייתי כדאי הייתי מיישב קושי' התוס' באופן אחר דרב פפא לא פריך ממטבע ונפסל תרומה ונטמאת זולת מחמץ שעבר עליו הפסח דהנה בב"ק דף ס"ו ע"א פריך רב יוסף לרבה דאמר יאוש קני מגזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך והאי כיון דמטי עידן איסורא ודאי מייאש

ואי ס"ד יאוש קנה אמאי אומר לו הש"ל דמי מעליא בעי שלומי ליה א"ל כי קאמינא זה מתייאש וזה רוצה לקנות האי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות ע"ש והנה נ"ל די"ל דרב יוסף נמי הוה ידע הך סברא דזה אינו רוצה כיון דהוה עידן איסורא אלא הי' סבור דאע"פ שהגזלן אינו רוצה לקנות מ"מ כיון דעכ"פ יצא הגזילה ע"י היאוש מרשות הנגזל דיאוש חשוב כעין ענין הפקר כמו שכתבו התוס' בב"ק דף ס"ט ע"א ד"ה כל שלקטו א"כ הרי כבר בא להנגזל ההיזק בשעת היאוש בעידן איסורא וכיון שהיאוש של הבעלים נעשה ע"י סיבת הגזלן שהי' בידים ומה לי אי איתבר ממילא שחייב הגזלן לשלם כשעת הגזלה ומה לי שההיזק בא ע"י יאוש שנעשה ממילא בעידן איסורא חייב לשלם מחמת שגזל ממנו ושפיר פריך הש"ס דמדאומר לו הרי שלך לפניך מוכח דהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק והיאוש הא הוה היזק שאינו ניכר ומשו"ה אומר לו הש"ל אבל למ"ד היזק שאינו: ניכר שמיה היזק אמאי אומר לי' הש"ל הא כבר נתחייב בתשלומים בשעה שנתייאשו הבעלים ודמים מעליא בעי לשלומי כמו דפריך רב יוסף לרבה: ולכאורה יש להקשות דלפ"ז אמאי לא פריך רב יוסף אאי דאפילו אי יאוש לא קנה מ"מ כל המחזיק בו זכה בו א"כ יצא הדבר מרשות הנגזל אלא שאינו רשאי לזכות משום דמפסיד לגזלן כמ"ש התוס' א"כ בחמץ שעבר עליו הפסח נימא כיון דכי מטי עידן איסורא ודאי מייאש אמאי אומר הש"ל דמי מעליא בעי לשלומי כמו דפריך לרבה דזה לא קשיא דבשלמא אי יאוש לא קני אכתי לא יצא מרשות בעלים כל זמן דלא זכי בי' אחר כמ"ש הנה"מ סי' רכ"ב ס"ק ג' ומשו"ה יכול לומר הש"ל אבל אי יאוש קני ואלים כח היאוש דנעשה של הבעלים בלי שום כונה לזכות ואפילו אי מונח בר"ה מסתפקו התוס' שם דאפשר דקנה ע"ש ורק אי זה אינו רוצה לקנות סבר רבה דלא קני מסתברא דע"י היאוש נחשב שיצא מרשות הבעלים לגמרי וחשוב היזק כמו איתבר ממילא וצריך הגזלן לשלם דמים מעליא דלמ"ד יאוש קני אלים כח היאוש טובא ובפרט חמץ בעידן איסורא דכמו דהבעלים מתייאשים כמו כן הגזלן אינו רוצה לקנות מחמת איסור חמץ נעשה הפקר גמור עי' חו"מ סי' רמ"ה סעיף יו"ד. ועוד יש לומר לפי מ"ש הב"ש בסי' כ"ח סעיף ה' דהא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלותה חה לפי שאינו ברשותו מ"ע שניהם ביחד יכולים להקדישו ע"ש ופשיטא דה"ה שיכולים להפקירו וא"כ ה"ה בחמץ בעידן איסורא שהנגזל מתייאש והגזלן אינו רוצה לקנותו ובודאי מסכים ליאוש של הבעלים דלהוי הפקר לכל דאם יהי' הפקר גמור אין אחד מהם עובר בב"י וב"י וכיון דחשוב הפקר שוב חייב הגזלן לשלם מחמת היאוש כמו איתבר ממילא דכל זה הוסב ע"י מעשה הגזילה שהי' בידים ודו"ק:

ולפי האמור שפיר ניחא מה דמסיק הש"ס בתיובתא ולכאורה יש לתמוה אכל הני אמוראי דסביר' להו היזק שאינו ניכר שמיה היזק האיך יתרצו הך סתם מתניתין אבל לפי הנ"ל שפיר ניחא דרב מא פריך לשיטתי' לפי מה דאיתא בדף ס"ז ע"ב דאמר רבא קרבנו ולא הגזול ופריך הש"ס דרבא אדרבא ומשני אבע"א הדר בי' ואבע"א חד מינייהו רב פפא אמרה וע"ש בתוס' ד"ה רבא שדעתם דרב פפא ס"ל דיאוש קונה להכי מקשי שפיר מהך מתניתין דס"ל דהיאוש בעצמו חשוב היזק שאינו ניכר והיזק זה בא בידים עזי הגזילה כהנ"ל אבל אינך אמוראי ס"ל דיאוש אינו קונה ושוב אין ראיה ממתניתין כלל דכיון דיאוש אינו קונה לא מקרי היאוש היזק ואיסור הנאה של חמץ בפסח הוא בא מאליו כקושי' התוס':

ובהדי דקאימנא בהאי ענינא ראיתי נכון להזכיר כאן מה שראיתי בימי עלומי בספר ים התלמוד על ב"ק שכתב שם בדף ס"ו קושיא מהך סוגיא על ש"ס פסחים דף ל"ב ע"א בהא דאיתא התם תנן האוכל תרומת חמץ בפסח כו' בשלמא א"א לפי מידה שפיר אלא א"א לפי דמים משלם חוק בפסח בר דמים הוא וע"ז הקשה הוא הא גם אי לפי מידה קשה הא כיון דאכל הלא רצה הגזלן לקנות להחמן א"כ אי יאוש קני הא כבר נעשה שלו קודם האכילה ואמאי משלם קרן וחומש ע"ש שהניח קושיא זו בצע"ג והגאונים בעלי מפרשי הים האריכו צפלפונים ליישב הקושיא וכתבו שהיא קושיא עצומה וכפלאה. והנה כל הרואה יראה שאין יסוד להקושיא וכי מפני שאכל בתוך הפסח מוכח שהי' רצונו לקנות החמץ קודם הפסח אולם אנכי לא באתי בשביל זה אלא שבמחכ"ת של הני שלשה גדולי הדור מפורסמים שגגו בהלה ברורה אשר מפורש יוצא ברמב"ם בפ' יו"ד מה' תרומות הלכה כ"ב שכתב וכן אם נפלה לו תרומה מאבי אמו אוכלה ובע"ח שגבה תרומה בחובו והאשה בכתובתה משלמים קרן וחומש לכהן חבר והחבר נותן להם דמים שהי' מוכרין בה אותה התרומה כמו שאכלו עכ"ל ועי' בכ"מ שהוא מהתוספתא פיו דתרומות וכ"ז אישתמיטתי לתו להני אשלי רברבי דלפ"ז שם בפסחים אי לפי מידה משלם גם אי הגזלן קונה להתרומת חמק ג"כ צריך לשלם כפי מידה וכאן אין הכהן חבר מחזיר לו כלל דמים שהרי חמץ בפסח לאו בר דמים הוא וכתבתי דבר זה להתבונן כמה גדול כח השכחה בגאונים כמו אלה ז"ל:

סימן לג

עוד בענין הנ"ל:

והנה המ"ל פרק ב' מהלכות גזילה העמיק הרחיב הדיבור בסוגיא דב"ק הנ"ל וסיים ת"ל כללא של דבר דטענה זו דאומר לו הש"ל לא מהני אלא בדאיכא תרתי לטיבותא שיהי'

היזק שאינו ניכר וגם שההיזק בא ממילא הא לאו הכי כגון שהוא היזק ניכר אף שנעשה ממילא או שנעשה ההיזק בידים אף שהוא היזק שאינו ניכר לא מהני הש"ל עוד כתב המ"ל שם ח"ל וסבור אני לומר דאף דבהנזקין (דף מ"ה) חלקו בהיזק שאינו ניכר בין שוגג למזיד ובשוגג פטור אף שעשאו בידים היינו דוקא היכא דלא אתא לידי' בתורת שמירה וגם לא גזלו אלא שהלך וטימא טהרותיו של חבירו הוא דאמרינן בשוגג פטור אבל בגזלן או בשומר שטימא בידים תרומתו של חבירו אף שהי' שוגג חייב משום דאלו בעו למיעבד השבה מעליותא וכיון שהזיקו בידים אף שהן שוגג והוא היזק שאינו ניכר לא מצי אמרי הש"ל ע"ש וראיתי בספר חדושי הרי"ם לחו"מ סי' א' סעי' א' אות י"א הביא דברי המ"ל בקיצור וכתב ופלא עליו איך לא ראה הגמרא במקומו במנסך דמדאגביה קניא והיינו גזילה ע"ש: ואני אומר דאדרבה הוא פלאי דהמ"ל בדקדוק כתב במטמא טהרותיו של חבירו דאם הוא גזלן או שומר חייב לשלם אף אם הוא היזק שאינו ניכר ואפילו למ"ד דהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק וגם רב ושמואל סבירי להו הכי כמ"ש התוס' שם דכן מוכח מהסוגיא אבל לא במנסך יינו של חבירו דגם אם נימא מדאגביה קניא אבל הוא לא הי' מקודם לא גזלן ולא שומר רק שהגביה ע"מ לנסך ובזה לא נעשה גזלן דאיך יתכן לומר דעל הניסוך גופא הוא פטור דהוי היזק שאינו ניכר ועל דבר זה שהגביה ע"מ לנסך יהי' חייב דנעשה גזלן הא ההגבה הי' לעשות רק היזק שאינו ניכר דלא חשוב היזק כלל וכמו דההיזק גופא לא חשוב היזק להתחייב עלי' כן הכא נמי ההגבה ע"מ לנסך לא חשוב הגבהה ע"מ להזיק רק הגבהה שהי' ע"מ להזיק היזק גמור מתחייב למפרע משעת ההגבהה דחשוב גזלן אבל לא בכה"ג ובהגהותיי מלחמות ארי' סלקתי עפי"ז קושי' התוס' בחולין בסוגיא דרבוצה דף מ' ע"א ד"ה רבוצה מה שהקשו על רש"י ז"ל עי' בספר ברכת רצה ממו"ח ז"ל סי' צ' מעתה אי כונת הרי"ם בקושייתו על המ"ל דלפי דבריו אמאי פטור בשוגג נימא דחייב על הגבהה שהי' ע"מ לגוזלו דזה בלא"ה לא קשיא דבשוגג לא נעשה הגבהה ע"מ לגוזלו ולא התכוין כלל לזה ואיך יחשב גזלן לחייבו על היזק שאינו ניכר אלא על כרחך כונת הרי"ם דלמה לן לחייבו במזיד משום תיקון העולם תיפוק לי' דחייב על הגבהה מדינא דנעשה גזלן לדעת המ"ל זהו ג"כ לא קשה כלל דהא דקאמר הש"ס שם בגיטין דמשעת הגבהה הוא דקני זהו רק לפי מה דאמרינן דבמזיד חייב גם בהיזק שאינו ניכר משום תיקון העולם ועשאוהו חז"ל למנסך כהיזק ניכר כמ"ש התוס' שפיר מתחייב אשעת הגבהה דחשוב ע"מ לגוזלו כמ"ש רש"י ז"ל אבל בעלמא כשהגביה ע"מ לעשות היזק שאינו ניכר לא חשוב גזלן בהכי:

והנה גוף הסברא שכתבתי למעלה דבשוגג לא שייך לומר דקני לי' בהגבהה הי' פשוט בעיני מצד:

הסברא ואח"כ מצאתי להפ"י שכתב בהדיא כן בכתובות דף ל' ע"ב ליישב קושיית התוס' דשם ד"ה ולאביי פטור כו' שכתבו דה"ה הוה מצי לאקשויי אמתניתין בפרק כל שעה כו' וכתב הפ"י וז"ל ולפענ"ד יש ליישב דאמתניתין לא מצי לאקשויי כיון דמתניתין מיירי בשוגג דחייב א"כ איכא לאוקמ' דאיירי שהי' שוגג בתרומה וכסבור שהם חולין שלו א"כ לא שייך לומר דקנה בהגבהה כיון שהוא שוגג ולא התכוין לקנותו ולא שייך לומר נמי כיון דגזלי' ע"כ קאי ברשותי' לענין אחריות כו' דמהיכי תיתי הא לאו גזלן הוא כיון שהי' שוגג ובהדיא אמרינן לקמן כסבורים של אביהם הוא וטבחוהו משלמין דמי בשר בזול וה"נ דכותי' כו' עכ"ל מבואר מדבריו שהחליט לומר דבשוגג לא קני בהגבהה מעתה לפי"ז באמת יש לתמוה אהוכחת התוס' נגד דעת רש"י ז"ל מהא דפריך הש"ס ממנסך דשאני התם דאמרינן דקני לה בהגבהה דמאי הוכחה היא זו הא אכתי פריך הגמ' שפיר מהא דקתני בשוגג פטור א"כ מוכח דהיין נאסר והא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ובשוגג הא לא נעשה גזלן כלל:

והנה בהגהותיי מלחמות אריה לספר ברכת רצה של מו"ח ז"ל סי' צ' כתבתי ליישב קושי' התוס' חולין דף מ' ע"א בסוגיא דרבוצה ד"ה רבוצה פי' בקונ' לא מבעי' עומדת דכשהגביה והרביצה קנאה בהגבהה ונעשית שלו כו' מאי פריך מהמנסך והא מנסך מכי אגביה קני ע"ש וכתבתי ליישב שם ולפי הנ"ל י"ל עוד דהש"ס פריך מהא דקתני במתניתין בשוגג פטור ומוכח דהיין נאסר והא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ובשוגג ליכא למימר דקניא בהגבהה כמו שכתב הפ"י הנ"ל כיון שהי' שוגג ולא נתכוין להזיק כלל ולא נעשה גזלן:

אך לכאורה הי' אפשר לפרש דהוכחת התוס' הוא מהגמרא דבתר הכי דפריך אאידך לישנא דסבר דעכו"ם אוסר דבר שאינו שלו אבל ישראל אמרינן לצעורי' קא מכוין וע"ז פריך הש"ס ג"כ ממנסך וא"כ בזה פירכת הש"ס ע"כ ממזיד דבשוגג הא לא שייך לומר לצעורי' קא מכוין דהא לא ידע כלל שהוא של חבירו או שסבר שאין היין נאסר א"כ לא מכוין לצעורי' וכיון דע"כ הפירכא הוא ממזיד א"כ שוב קשה לשיטת רש"י דנימא לי' דבהגבהתו נעשה גזלן אך גם זה אינו דאם נימא דלצעורי' קא מכוין ולא כוון כלל לנסך במאי נעשה גזלן כיון שלא הגביה כלל ע"מ לאסור אבל באמת נלפענ"ד דהא דקאמר הגמ' דלצעורי' קא מכוין אין הפירוש שלא התכוין כלל לאסרו אלא דאמרינן דעיקר כוונתו לא הי' לעבודת ע"ז אלא כוונתו הי' רק כדי לאסור את היין ולהזיק את חבירו

ע"י הניסוך וכיון שאין כוונתו הי' לתכלית עבודת ע"ז ממילא אין היין נאסר אבל עכ"פ כוונתו הי' לאסור את היין ומשו"ה נעשה גזלן כיון דעכ"פ הגביה ע"מ להזיק ומעתה שפיר הוכחת התוס' דשוב נימא דכיון דנעשה גזלן שוב נאסר היין כיון דקני לי' בהגבהתו לשיטת רש"י ז"ל ואף דרש"י ז"ל כתב דבריו ללישנא קמא דאינו יכול לאסור דבר שאינו שלו מ"מ מקשו התוס' דכיון דלדעת רש"י ז"ל גזלן קניא להגזילה ונעשה שלו שוב גם לאידך לישנא נאסר ולא אמרינן לצעורי' קא מכוין:

אבל אי קשיא הא קשיא לי הא דקאמר הש"ס בגיטין דפריך התם למ"ד דשמי' היזק האי שוגגין פטורין מפני תיקון העולם מבעי' לי' ומשני ה"נ קאמר מידין חייבין הא בשוגגין פטורין מפני תיקון העולם עיי"ש וקשה תינח מטמא ומדמע אבל מנסך ל"ל תיקון העולם תיפוק לי' דאמרינן קלב"מ ובזה ל"ש לומר מדאגבי' קניא דהא בשוגג לא הוה גזלן ולא נתחייב משעת הגבהתו כמו שכתבתי וזה לכאורה קושיא גדולה. ואת אשר אנכי אחזה בזה דשני גווני שוגג יש א' שסבר שהוא שלו. ב' שלא ידע שהיין נאסר כמ"ש רש"י ז"ל שם בחולין ויש לחלק בין הני תרי גווני שוגגין לפי מה דקיימ"ל בעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו לא קנה כמבואר ביבמות דף כ"ב ע"ב ובשו"ע חו"מ ער"ה הלכות הפקר ונכסי הגר אבל היכא שידע שהוא של אחרים רק לא התכוין לזכות לזה איכא דעת הרבה פוסקים דקנה שלא מדעתו כמו חצר של אדם שקונה שלא מדעתו עיין עליהם. ומעתה לפי"ז יש לומר נמי האי חילוק גבי מנסך שהיכי שסבור שהוא שלו לא נעשה גזלן בהגבהתו דבכה"ג ליכא קנין וביחוד לדעת רש"י ז"ל דגזלן קני לי' לגוף היין שיכול לאסור א"כ בעי קנין כמו שאר עניני קנין וכיון שסבור שהוא שלו אינו יכול לקנות בהגבהה שיהי' היין נאסר אבל היכא שידע שהוא של חבירו והגביה לנסך אך לא ידע שהיין נאסר ע"י ניסוך בזה שפיר אמרינן דמהני הגבהתו וקונה לי' משעת הגבהה ובזה שפיר ניחא דלמ"ד היזק שאינו ניכר שמי' היזק ע"כ יפרש לשוגג דמתניתין היכי שידע שהיין אינו שלו רק סבר שאין היין נאסר ומשו"ה אי לאו משום תיקון העולם הי' חייב ולא הוי אמרינן קלב"מ משום האי טעמא דמדאגבי' קניא ומשו"ה הוכיחו התוס' בחולין נמי מהא דפריך הגמ' ממנסך דלא כרש"י ז"ל אבל מ"מ יש לומר דרש"י ז"ל נשמר וכתב תרי גווני שוגגין והיינו היכי שסבר שהוא שלו ג"כ והיינו דהש"ס קאי בשיטתי' דמ"ד היזק שאינו ניכר לא שמי' היזק ולדידי' איכא לפרושי שוגג דמתניתין בכל גווני דסתם שוגג הוא פירושו שלא ידע שהוא שלו ובכה"ג ל"ש לומר מדאגבי' קניא א"כ הש"ס שפיר פריך מהא דקתני בשוגג פטור:

עוד ראיתי בספר ערוגת הבושם סי' ד' שהקשה על המ"ל הנ"ל ממאי דמשני הגמ' הב"ע דאית לי' שותפות בגויה והא קיימ"ל דשותפין הוי ש"ש זל"ז א"כ חשוב שומר ואפ"ה קתני במתניתין דמנסך בשוגג פטור א"כ מוכח מזה דלא כהמ"ל ובמחילת כ"ת שוגג הוא ז"ל דודאי בדקדוק כתב המ"ל וז"ל דאף דבמתניתין חלקו בהיזק שאינו ניכר בין שוגג למזיד ובשוגג פטור אף שעשאו בידים היינו דוקא דלא אתי לידי' בתורת שמירה וגם לא גזלן אלא שהלך וטמא טהרותיו של חבירו עיי"ש ולא תפס לשון וניסך יינו של חבירו דבאמת במנסך פשיטא דגם בשומר פטור בשוגג מטעם קלב"מ כמו דאמרינן בהדיא בכתובות דף ל"ד ע"ב אמר ר"פ היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור ופריך פשיטא ומשני מהו דתימא כו' ה"נ משעת שאלה חייב באונסין קמ"ל עיי"ש א"כ ה"נ במנסך ליכא לחייב במנסך בשוגג דהא אמרינן קלב"מ כיון דבשוגג לא חשוב הגבהה שיתחייב על ידה ואך נרויח בזה ליישב קושית התוס' דלפי מה דמשני הגמ' דמיירי דאית לי' שותפות בגווה א"כ היינו מדמע ולפי הנ"ל י"ל דבמדמע ומטמא כה"ג היכא דאית לי' שותפות חייב נמי בשוגג דחשוב שומר וכדעת המ"ל ומש"ה קתני ג"כ מנסך ואשמועינן דבמנסך אף דאית לי' שותפות פטור בשוגג מטעם קלב"מ:

סימן לד

ובעמדי בהאי ענינא אמרתי לעורר במה שראיתי בתוספות רע"א בפרק ח' דפאה משנה א' אות ע"ח ד"ה בא"ד וכל הנמצא בה אח"כ הוא הפקר וכתב בתוס' רע"א קשה לי הא הלקט שנפל בעת הקציר שהוא על שדה דבעה"ב כשנתייאשו העניים נעשו הפקר מיד זכה בעל השדה מדין קנין חצירו דקונה שלא מדעתו ואי דהבעלים אינם עומדים שם והוה חצר שאינו משתמר מ"מ תקשה מפ"ק דב"מ דף י"א דאותיבי' לעולא ממעשה דר"ג וזקנים דחצר שאינו משתמר ג"כ קונה ולדידיה יקשה מתניתין דהכא אמאי אינו זוכה בעל השדה מדין חצר וצע"ג עכ"ל ע"ש ואנכי תמה אקרא פה קדוש יקשה קושיא זו האיך אפשר שבעל השדה יקנה הא בשעה שנפל לתוך השדה הא:

עדיין לא נתייאשו העניים והלכה פסוקה בש"ך חו"מ סי' רס"ח דאם בא לחצרו קודם יאוש לא זכה החצר לבעל החצר דלא עדיף מידו דאם בא לידו קודם יאוש חשוב באיסור' אתי לידו ונתחייב כבר בהשבה לא מהני היאוש וזהו החילוק בין יאוש להפקר כמו שכתבו התוס' ב"ק דף ס"ו ע"א ד"ה כיון ועי' בנה"מ סי' רס"ב ס"ק א' שהאריך בביאור הדבר דביאוש הדין דכל זמן שלא זכה בו אחר לא יצא הדבר מרשות הבעלים הראשונים משא"כ בהפקר ע"ש דלא כרש"ל שכתב בב"מ פרק א"מ דף כ"ו בתוס' ד"ה דשתיק דהוכיח מדבריהם דסברי דחצר קונה לאחר שנתייאשו הבעלים אפילו בגונא

דאתי להחצר קודם יאוש וכבר דחה דבריו בחידושי מהרש"א ע"ש א"כ התוס' ס"ל ככל הקדמונים דכל דאתי לחצר קודם יאוש אין החצר קונה האבדה לבעל החצר:
ומה שכתב בהגהות אמרי ברוך בשם אס"ז לב"מ דף כ"ג ד"ה משום יאוש שכתב בשם הריטב"א ז"ל בישוב קושי' הר"נ ז"ל דמריה דעצרתא הי' זה המוצא לא עי' בריטב"א גופא שם שכתב מקודם כהר"ן דכל היכי דאיהו לא מצי קני חצרו נמי לא זכיא לי' ואח"כ כתב לרוחא דמילתא והאי קושיא ליתא דדילמא המוצא היה בעל המעצרתא ולא קשיא מידי ע"ש הרי מבואר דלדינא הריטב"א סובר כהר"נ ז"ל ושאר הקדמונים דלא כרש"ל והספר אס"ז הביא דברי הריטב"א ז"ל רק בקיצור:
ודע דלא לבד תמיהתי על תוספות רע"א ז"ל אלא גם על התוי"ט יש לתמוה שכתב בסוף פרק ד' דפאה משנה י"א גבי חורי הנמלים הביא פירוש הרמב"ם שכתב שחור לפי שנאמר שהוא קדמון ומזרע השנה שעברה הוא וע"ז כתב התויו"ט ורצה לומר שהי' מותר לכל אדם כדתנן בפ"ח משילכו הנמושות עכ"ל ובמחכ"ת ליתא דהא במתניתין קתני התחתונים של בעה"ב ואלו הלקט שנשאר אחר שהלכו הנמושות אין הבעה"ב זוכה בהם כלל אלא המה של כל אדם אלא כונת הרמב"ם ז"ל משנה העברה מן הקמה ודו"ק:

סימן לה

הנה ראיתי להטורי אבן בסוף ר"ה שעמד בסוגיא דסנהדרין דף פ"ח ע"ב גבי זקן ממרא דאמר ר' אלעזר אמר ר' אושעיא אינו חייב אלא על דבר שעיקרו מן התורה ופירושו מדברי סופרים ויש בו להוסיף ואם הוסיף גורע ואין לנו אלא תפילין ואליבא דר' יהודא וע"ז פריך הש"ס והאיכא לולב דעיקר מדברי תורה ופירושו מדברי סופרים ויש בו להוסיף ואם הוסיף גורע ודחי בלולב מאי סבירא לן אי סבירא לן דלולב א"צ אגד האי לחודי' קאי והאי לחודי' קאי אי סבירא לן דצריך אגר גרוע ועומד הוא והאיכא ציצית כו' ופריך תו א"ה תפילין נמי אי עביד ד' בתים ואייתי אחרינא ואנח גבייהו האי לחודי' קאי והאי לחודי' קאי ואי עביד חמשה בתי בהדי הדדי גרוע ועומד הוא ומשני הא אמר ר' זירא בית חיצון שאינו רואה את האויר פסול ע"כ וע"ז עמד הגאון בעל ט"א הא ע"כ ר' יהודא לא בא ליפלוג אדר"מ דאמר אינו חייב אלא על דבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת אלא שבא להוסיף ע"ז דאפילו תפילין דלא הוי זדונו כרת מ"מ נעשה ז"מ וכן פסק הרמב"ם בפרק ד' מהלכות ממרים ומעתה לפי מה שכתב הרמב"ם ז"ל דכל שאפשר לבוא לידי חיוב כרת נעשה ז"ממנה מוסיף ר"י בתפילין הא בתפילין נמי משכחת לה שיבא לידי חיוב חטאת עפ"י הוראתו של הז"מ לפמ"ש רש"י בעירובין ריש פרק המוצא תפילין דף צ"ה ע"ב בהא דתנן המוצא תפילין מכניסן זוג זוג ורבן גמליאל

אומר שנים שנים וקא מפרש הש"ס דבשבת זמן תפילין קא מיפלגי דת"ק סבר שבת ז"ת ור"ג סבר שבת לאו ז"ת הוא וכתב רש"י ז"ל דכיון המן תפילין ואיכא בל תוסיף אתי איסור ב"ת ומשווי' עלי' כמשא ור"ג סבר דלאו ז"ת הוא והיינו טעמא דשרי לי' רבנן להצלה משום דתכשיט הוא כו' עכ"ל ומעתה כיון דבסוגיא דעירובין שם הוכיח הש"ס דר"מ ור"י תרווייהו אית להו שבת ז"ת א"כ כי מוסיף הז"מ בית חמישי איכא איסור דבל תוסיף ואם עשה כן בשבת הא משווי' לי' כמשא לפמ"ש רש"י דאיסור ב"ת משווי' עלי' כמשא נמצא דבכה"ג הא איכא בזה שהוסיף בית חמישי חילול שבת שזדונו כרת ושגגתו חטאת וא"כ גם ר"מ מודה דנעשה עי"ז ז"מ ומאי קמוסיף ר"י ע"ש שסיים דבר זה בתמי':

והנה לכאורה יש ליישב בפשיטות הקושיא הנ"ל לפמ"ש התוס' שם ד"ה האי לחודא בסוף דבריהם ח"ל ומיהו תימא אמאי לא משכחת לולב לר"מ בכה"ג שאגד ג' מינין בפני עצמן ואח"כ אגד עמהם מין אחר דהו"ל מוסיף גורע וי"ל כיון דקודם נטילתו נפסל הו"ל גרוע ועומד אבל תפילין אם הניח בראשו בכשרות והניח גבייהו בית חמישי הר"ז מוסיף גורע שפוסלן ומבטל מצות שעל ראשו כו' ע"ש מבואר בדבריהם דלא נעשה ז"מ בתפילין אלא כשהי' לבוש בהם בכשרות ואח"כ הוסיף עליהם בית חמישי בעודן עליו ע"ש וכן כתב הר"ן ז"ל בחי' שם ולפי"ז לא אפשר כלל לעשות כן בשבת לפי מה דמסיק הש"ס דבית החיצון שאינו רואה את האויר פסול ובעינן דוקא שדיבק הבית החמישי בהד' בתים בדבק וחיברן יחד וכן כתב הרמב"ם ז"ל בפרק ד' מהלכות ממרים ה"ג והוא שדבקו עד שאינו רואה את האויר תמיד ע"ש ובשבת א"א לדבק דחשוב מלאכה וחייב משום תופר כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפרק י' מהלכות שבת הלכה י"א ולפי"ז לא משכחת לה שידבק בעודן על ראשו בשבת ובאופן אחר לא נעשה ז"מ ושפיר ניחא הקושיא של הגאון בעל ט"א: אך אכתי יש להקשות אס"ד דהש"ס דאכתי לא ידע הך דר' זירא דבית החיצון שאינו רואה את האויר פסול וקאמר אי דעביד ד' בתים ואייתי אחרינא ואנח לגבייהו האי לחודא קאי וכו' דמבואר דסבר דבכה"ג לא נעשה ז"מ ואמאי הא לדעתי' דלא בעינן שידבק בית החמישי להד' בתים שפיר משכחת לה בשבת ושוב איכא נ"מ לענין איסור שבת וכנ"ל דהוי זדונו כרת ושגגתו חטאת וחשוב ז"מ לדעת הרמב"ם ז"ל אמנם כבר נתקשו הפוסקים אהא דאמרינן הכא בסנהדרין דאי אייתי אחרינא ואנח גבייהו האי לחודי' קאי והאי לחודי' קאי ובכל הסוגיא דעירובין הנ"ל מצינו דאי מניח שתי זוגות תפילין עובר על בל תוסיף והטו"ז באו"ח סי' ל"ד הביא בשם הפרישה דהש"ס בסנהדרין לא מיירי רק לענין אם נעשה ז"מ וע"ז אמרינן התם האי לחודי' קאי והיינו

דמחמת הטעם הלז לא נעשה ז"מ אבל מ"מ עובר על בל תוסיף דלגבי לאו דבל תוסיף לא אמרינן למיפטרי' משום האי לחודי' קאי והטו"ז כתב ע"ז ואיני מרגיש טעם בחילוק זה דמאי שנא איסור זה דלא ימרה נגד הסנהדרין מאיסור בל תוסיף. והנה לדעת הטו"ז בודאי לא קשה כלל קושית הט"א דלפי מה דאמרינן האי לחודי' קאי והאי לחודי' קאי ליכא איסור בל תוסיף כלל ושוב ליכא למימר דאיסור בל תוסיף משווי' עלי' כמשא והקושיא הנ"ל יש לה מקום רק לדעת הפרישה דגם לפי מה דאמרינן האי לחודי' קאי נמי איכא בל תוסיף שפיר יש להקשות דהא איכא נ"מ לענין שבת:

ומה שנראה לפי ענ"ד ליישב הני תרי סוגיות גם לדעת הטו"ז דסובר דאין חילוק בין לענין אם נעשה ז"מ לענין שעובר בב"ת ואמינא מלתא חדתא דכמו שדעת הרמב"ם ז"ל היכי דהמחלוקת הוא בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת סגי שיסתעף מזה המחלוקת של הז"מ איזה:

נ"מ בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת אעפ"י שעצם המחלוקת אינו בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת כן הדין נמי לענין הא דאמר ר"א משמי' דר' אושעי' דאינו חייב אלא על דבר שעיקרו מדברי תורה ופירושו מדברי סופרים ויש בו כדי להוסיף ואם הוסיף גורע אין הפירוש דהמחלוקת יהי' בגוף ענין כזה שמוסיף גורע אלא אע"ג שעתה במחלוקתן של הז"מ והסנהדרין אינה בדבר מוסיף וגורע אלא שבאפשרות שיסתעף ממנו ענין שיהי' מוסיף וגורע נעשה ז"מ ולפי"ז לפי מה דמסיק הש"ס הא אמר ר' זירא בית החיצון שאינו רואה את האויר פסול אין אנו צריכין לומר דלא נעשה ז"מ עד שידבק הבית החמישי להד' בתים כמו שכתב הרמב"ם ז"ל אלא לעולם דאנח לגבייהו ולא הדביק ודוקא פריך האי לחודא קאי והאי לחודא קאי ואין כאן מוסיף וגורע הא אמר ר' זירא בית החיצון שאינו רואה את האויר פסול א"כ לפי שיטת הז"מ רשאי להדביק הבית החמישי דכשידביק נמי יהי' הבית החיצון רואה את האויר ולדידן הוא פסול א"כ בכה"ג הוא מוסיף וגורע לכן גם עתה אעפ"י דאנח לגבייהו לחוד ולא הדביק דאכתי אינו גורע מ"מ כיון דעכ"פ איכא נ"מ בהמחלוקת בדבר שמוסיף וגורע הוי ז"מ ודו"ק:

ומעתה שפיר ניחא הך סוגיא דעירובין דמשמע דבאנח לגבייהו נמי איכא בל תוסיף ולא אמרינן האי לחודא קאי והאי לחודא קאי דהתם קאי לפי המסקנא בסנהדרין דמשכחת לה אופן שיהי' מוסיף וגורע היכי דהדביק דבכה"ג גורע כדר' זירא דבית החיצון שאינו רואה את האויר פסול לכן אף אם אנח לגבייהו נמי נעשה ז"מ דלא אמרינן האי לחודא קאי ואל תשיבני למה נקט הרמב"ם ז"ל בפ"ד מהל' ממרים ואם לא הביא המחלוקת לידי כך (קאי אזדונו כרת ושגגתו חטאת) פטור חוץ ממצות תפילין בלבד כיצד הורה

להוסיף טוטפת כו' והוא שיעשה בתחלה ארבע בתים כהלכתן וזה הביא חמישית וידבק בחיצון שהבית החיצון שאינו רואה את האויר פסול ולפי הנ"ל למה לי' לומר וידבק בחיצון הא אפילו בלא הדביק נמי אבל יש לומר דהרמב"ם קאי לאשמועינן דיתר מצינו במצות תפילין שנעשה ז"מ אפילו אם אין הדבר נוגע בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת ואם הז"מ הורה דצריך בית חמישי ולא ידביק בהד' בתים הא יש נ"מ לענין שבת דהוי זדונו כרת ושגגתו חטאת וכקושית בעל טורי אבן א"כ בלא"ה נעשה ז"מ גם אליבא דר' מאיר לכן שפיר נקט הרמב"ם וידבק בחיצון דלפי"ז לא משכחת לה בשבת כלל דבשבת אסור להדביק וכמו שכתבתי למעלה ומ"מ נעשה ז"מ מטעם דהוי מוסיף וגורע אבל לענין לאו דבל תוסיף שפיר מצינו למימר דאפילו בלא הדביק איכא בל תוסיף מחמת שעכ"פ איכא נ"מ שמוסיף וגורע לענין שאם יביא וידביק דלדידן פסול עובר בלאו דבל תוסיף ודו"ק:

אמנם לכאורה יש לשדות בזה נרגא דאין לסבב כונת הרמב"ם ז"ל לקושית הט"א שהרי הט"א הקשה רק לר"מ לשיטתי' דסבר בעירובין בסוגיא שם דשבת ז"ת הוא אבל הרמב"ם ז"ל פסק דשבת לאו ז"ת הוא ולדידי' ליכא ב"ת דלשווי' עלי' כמשא ולפי"ז גם בלא הדביק כלל נמי ליכא נ"מ לענין דבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת א"כ אי נימא דגם בלא הדביק חשוב מוסיף וגורע ונעשה ז"מ למה נקט הרמב"ם ז"ל והדביק דמשמע אבל בלא הדביק לא נעשה ז"מ אבל יש לומר כיון דעיקר שנעשה ז"מ ע"י מוסיף וגורע הוא בהדביק לכן נקט הרמב"ם ז"ל והדביק וממילא כיון דאיכא נ"מ היכי דהדביק ה"ה אפילו בלא הדביק וכנ"ל ודו"ק:

עוד יש לומר דגם אי שבת לאו ז"ת נמי איכא איסור דבל תוסיף לפי מה דקיימ"ל בר"ה דף כ"ח ע"ב בלעבור שלא בזמנו בעי כונה ע"ש א"כ כי מכוין למצוה גם שלא בזמנו איכא בל תוסיף ולכאורה לפי"ז יש להקשות אהא דאיתא בשבת דף ס"א ע"א ולא בתפילין איכא דאמרי אמר רב ספרא לא תימא אליבא דמ"ד שבת זמן תפילין הוא אלא אפילו למ"ד שבת לאו ז"ת הוא אינו חייב חטאת מ"ט דרך מלבוש עבידא ע"כ יש לעורר דכיון דמיירי שהוציא בשוגג והיינו ששכח שהיום שבת וקסבר שהוא חול א"כ מסתמא התכוין למצוה והא יש כאן איסור בל תוסיף כשמתכוין למצוה בשבת ולפי מה שכתב רש"י ז"ל דאיסור בל תוסיף משווי' עלי' כמשא אמאי אינו חייב חטאת אך באמת ניחא דבכי האי גוונא שלבש תפילין מחמת שסבר שהיום חול ליכא איסור בל תוסיף כלל שהתכוין למצוה בשוגג אבל לא התכוין להוסיף וזה ברור. מעתה זה אינו אלא כשלבש תפילין של ד' בתים אבל כשלבש תפילין של ה' בתים בשבת וסבר שהוא חול והתכוין

למצוה בודאי עובר על בל תוסיף דגם לדעתו שהי' סבור שהיום חול התכוין להוסיף על המצוה ולבש תפילין של ה' בתים בכונה שוב אמרינן דאיסור בל תוסיף משווי' עלי' כמשא וחייב חטאת ולפי"ז איכא נ"מ בתפילין בדבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת לכן כתב הרמב"ם ז"ל דנ"מ משום מוסיף וגורע דוקא בהדביק דלא משכחת לה בשבת דבלא"ה אסור להדביק בשבת ודו"ק:

סימן לו

בדבר המעשה באחד צורבא מרבנן שמכר לאחד חלקו בעוה"ב בעד עשרה ר"כ הנה כבר צוחו ע"ז רבני קשישאי אשר נשאל' שאלה כזו לפניהם עיין בשו"ת מהר"ם אלשקר סי' ק"א שכתב וז"ל עוד שאלת אם יש ממש באותן שמוכרים זכיותיהם זל"ז אם זכה הקונה או הפסיד המוכר ואם פעולה זו יש לה עיקר תשובה לא מצאתי מקום לדבר זה כו' ותוכן דבריו שמביא בשם רבינו האי גאון מי שהוא נוהג להתענות ב' וה' ובסוף אותו הזמן אמר ששכר התענית יהי' במתנה לפלוני או מכר תענית של כל השנה בכך וכך לפלוני וקנ' קנין ע"ז וכן מי שנתן לאדם זהוב ע"מ שיקרא בתורה ותהי' זכות הקריאה לו תשובה כך ראינו כי דברים אלו דברי הבל שאין לסמוך עליהם ואיך יעלה על לב כי שכרו של זה ומעש"ט של זה לזה והלא הכתוב אומר צדקת הצדיק עליו תהי' וכן אמר ורשעת הרשע עליו תהי' כו' וסיים עוד וזה השוטה שמכר תענית אכל כלבא לשירותי' מה שכר יש לו לפני הקב"ה וכבר נטל דמים כו' ע"ש ועי' ביו"ד סי' רמ"ו סעיף א' בהגה"ה ובהגהת רע"א ז"ל שם הביא בשם ספר אדם וחוה נתיב ב' חלק ה' שמסתברא שהעוסק אבד שכרו שכבר ביטל חלקו כ"כ המפרשים כו' וזהו ענין הילל ושבנא סוטה פרק הי' נוטל דף כ"א ע"ש והנה הרב בהגה"ה שם מראה מקום על הש"ס דסוטה אבל כתב בנחת וז"ל אבל אם כבר עסק אינו יכול למכור לו אבל לא כתב שהעוסק אבד חלקו ובאמת דבר זה לא שמעינן כלל מש"ס דסוטה הנ"ל דהתם הילל לא נתרצה כלל למכור וגם מהכתוב שהביא בתשו' מהרמ"א הנ"ל (יחזקאל י"ח כ') מוכח דאינו יכול לתת ולמכור לאחר השכר שלו ולא לקבל על עצמו עונש שחייב חבירו אבל לא כמו שכתבו ספר אדם וחוה ומהר"ם אלשקר שהעוסק אבד שכרו ולפע"ד יש להביא ראי' מקדושין דף מ' ע"ב דאיתא התם ר"ש בן יוחאי אומר אפילו צדיק גמור כל ימיו ומרד באחרונה אבד את הראשונות שנאמר (יחזקאל ל"ג) צדקת הצדיק לא תצילנו ביום פשעו כו' אמר ר"ל בתוהא על הראשונות ע"ש מוכח דדוקא בתוהא על הראשונות אבד הראשונות אבל לא בכה"ג שאינו תוהא ח"ו על הראשונות:

אלא שמוכר חלקו בעוה"ב לא אבד הראשונות דאל"כ הי' לר"ל לשנוי' בכה"ג שמכר חלקו והיא פשע בזה:

ע"כ נ"ל דהגהת הרמ"א ז"ל ומהר"ם אלשקר לא פליגי כלל אלא פסק של בעל הגה"ה שריר וקיים שאין בהמכירה ממש והמוכר צריך להחזיר להקונה המעות שלקח אצל הקונה כי אין לך מקח טעות יותר מזה שהמה סברו שיש בזה ענין מקח וממכר ובאמת אין המוכר יכול למכור והמהר"ם מיירי אם המה רוצים דוקא לקיים המקח ולא לבטל שהמוכר אינו רוצה לחזור להקונה המעות שלקח בעד שכרו והקונה אינו רוצה לקבלם בכה"ג שפיר כתב המהר"ם אלשקר שזה השוטה שמכר תענית אכל כלבא לשירותי' ולא מחמת שחטא בזה אלא מפני שאכל לעלמא דאתי בעוה"ז דהיינו המעות שקיבל הוה שכר מעשיו הטובים דוגמא לזה מצינו בב"מ דף קי"ד ע"ב ברבה בר אבוה דאמר לאליהו דחיקא לי מלתא דברי' ועייליה לגן עדן א"ל פשוט גלימך ספי שקול מהני טרפי ספא שקל כי הוה נפיק שמע דקאמר מאן קא אכיל לעלמי' כרבה בר אבוה נפץ שדינהו ע"ש הכא נמי זה האיש בהסך שקיבל אכל לעלמא דחשוב כאלו לקח מגן עדו. אבל עדיין יש לעורר מה שכתב המהרמ"א בשם רבינו האי דאפילו כשנותן לאדם זהוב ע"מ שיקרא בתורה ותהי' זכות הקריאה לו ג"כ לא מהני והא בכה"ג הוא מתנה על להבא ולמה לא יהי' מהני הא זהו עובדא דישששכר וזבולון דאיתא בש"ס דסוטה הנ"ל וכן איתא בהדי' שם בהגה"ה דכשנותן לו על להבא שילמוד שפיר דמי וצ"ל דהתם לא מכר יששכר זכותו רק שיש לזבולן ג"כ זכות מה שמחזיק ביד יששכר ללמוד התורה ואינו נוטל חלק של יששכר רק שנוטל שכר בעד המצוה מה שמסייע ידי עושי מצוה כי זהו גופא הוי מצוה כדכתיב ולדבקה בו ודרשו חז"ל וכי אפשר לדבק בשכינה אלא עשה פרקמטיא לת"ח עיין סוטה כ"א ע"א אבל כשמתנה שיקח שכר של חבירו לא מהני כדכתיב וצדקת הצדיק עליו תהי' ואמינא עוד דכל כה"ג גם בכל מקח וממכר לא מהני דעכ"פ הוי כמו דבר שאינו מסוים שאינו יודע איזה מין הוא מוכר ומבואר בחו"מ סי' ר"ט סעיף ב' דהוי כמו משחק בקוביא ולא קני דהוי אסמכתא ע"ש ולפי זה מסתברא נמי שצריך המוכר להחזיר ללוקח מה שקיבל מעות מקח כיון דהוי מקח טעות וז"ב:

סימן לז

ב"מ דף ח' ע"א איתא אמתניתין דשנים אוחזין בטלית כו' אמר רבא לעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו והכא היינו טעמא מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' תדע שאלו אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנב פטור ושותפים שגנבו חייבין מ"ט לאו משום דאמרינן מיגו כו' ובתוס' ד"ה ושותפים שגנבו כתבו פירש בקונט' שהוציא לדעתו

ולדעת חבירו כדאיתא בב"ק דף ע"ח ואין נראה דהתם בטביחה אייריבטביחה אפילו אמר לו צא וטבח לי חייב דדרשינן שם דף ע"א תחת לרבות השליח אלא שותפים שגנבו שהגביהו שניהם עכ"ל וכן הוא בשטמ"ק שם וכתב דהוכחת רבא דאי לאו הך טעמא דאמרינן מיגו דזכה לנפשי' זכה נמי לחברי' מצינן נמי למימר דתיהוי אידך פלגא כמי שמונחת על גבי קרקע ויהיו שניהם פטורים ע"ש והנה מרש"י ותוס' שנחלקו בפשט הגמרא שותפים שגנבו נראה דפליגי בזה דרש"י ס"ל דאלים כח שותף טפי ותוס' ס"ל דלא אלים כח שותף ובחולין דף מ' פריך הגמרא אמ"ד דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ממתניתין דהמטמא והמדמע והמנסך ומשני בדאית ליה שותפות בגווייהו והקשו בתוס' דא"כ לא נאסר חלק חבירו אלא משום דמעורב בחלק שלו א"כ היינו מדמע ע"ש ונ"ל דהתוס' אזלי לשיטתייהו דלא אלים כח השותף על חלק חבירו יותר מאינש דעלמא אבל לרש"י יש לומר דס"ל דשותף לכו"ע אוסר גם חלק השני כמו שאוסר חלקו כן אוסר חלק חבירו ואינו משום תערובות רק גוף איסור:

ועפי"ז יש ליישב דברי רש"י ז"ל גבי הא דאמר רב הונא היתה בהמת חבירו רבוצה שכתב לא מיבעיא עומדת דכשהגביה והרביצה קנאה בהגבהה ונעשית שלו ותוס' הקשו ע"ז חדא דהגביה נמי לא קנה לה לענין שתחשב שלו אם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו דהא גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדישו ועוד מאי פריך ממנסך הא מנסך מכי אגביה קניא ע"ש ולפי הנ"ל י"ל דסבר רש"י דשאני הקדש דשותף אינו יכול להקדיש חלק חבירו דאמרינן אתם ולא שותפים בתרומה וה"ה בהקדש משו"ה חיוב אחריות נמי לא מהני אבל בע"ז דאמרינן להלן דבאית ליה שותפות לכו"ע מצי אוסר את חלק חבירו ה"ה נמי כשקנאה לאחריות נמי מהני דמצי אוסר ולפ"ז רש"י לא כתב אלא לפי מה דמשני דבאית ליה שותפות מצי אוסר אבל הס"ד דפריך דאכתי לא ידע מזה וסבר דשותפות לא מהני לאסור גם מה שהגביה ונתחייב באחריות ג"כ לא מהני לאסור:

והנה לכאורה באמת צריך להבין למה נאיד מלפרש שנים שגנבו שהגביהו שניהם כמ"ש התוס' ולמה השכיל לפרש שהגביה לדעתו ולדעת חבירו ונראה לפענ"ד די"ל עפ"י מ"ש בהגה"ה בחו"מ סי' שמ"ח המראה לחבירו לגנוב או שלחו לגנוב אין המשלח חייב דאשל"ע מיהו אם השליח אינו בר חיובא י"א דהמשלח חייב והש"ך חולק ע"ז ומחלקותם תליא אי פסקינן להלכה כרבינא דאית ליה בב"מ דף י' ע"ב דאי שליח לאו בר חיובא מחייב שולחו אי כרב סמא דפליג עליו ועיין בארוכות בש"ך חו"מ סי' קפ"ב וי"ל דרש"י ס"ל להלכה כרבינא דאי שליח לאו בר חיובא מחייב שולחו להכי לא מצי לפרש שנים שגנבו היינו שהגביהו שניהם דמזה אינו מוכח דטעם שחייבין הוא משום דאמרינן

מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחברי' אלא טעמא אחרינא איכא בזה דבשלמא כשאמר לאחד זיל גנוב וגנב אמרינן אין שליח לדבר עבירה וחייב השליח אבל כאן אי נימא דאשל"ע יהא הדין דשניהם פטורין דהוי זה כמי שמונח על גבי קרקע וזה כמי שמונח על גבי קרקע ולא יהי' כאן שום חיוב על הגניבה והוי כעין שליח לאו בר חיובא דעיקר הא דהיכא שליח לאו בר חיובא חייב המשלח משום דאי אפשר שתהי' העבירה נשארת בלי עונש כלל א"כ הכא נמי יהי' פטורין שניהם ובכה"ג אמרינן יש שליח לדבר עבירה ע"כ פירש רש"י שהגביה לדעתו ולדעת חבירו אבל התוס' ס"ל כש"ך דלא קי"ל כרבינא משו"ה שפיר פירשו שהגביהו שניהם אך התוס' לשיטתייהו שכתבו להלן דדוקא כהן שאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה חשוב שליח לאו בר חיובא אבל כהן שאמר לכהן חשוב בר חיובא כיון דאלו מקדשה לעצמו חייב א"כ הכא נמי חשוב בר חיובא דאלו הגביה לעצמו חייב אבל הריטב"א ז"ל כתב דלאו דוקא כהן דאמר לישראל אלא ה"ה כהן דאמר לכהן ובשותפים שגנבו פירש דתרווייהו אגביהו מוכח דס"ל דהלכה כרב סמא ודו"ק:

ודברי ההגה"ה הנ"ל הואיל ואתא לידן אמרתי מצוה להסיר מעליו השגת הש"ך שכ' וז"ל ולא ידענא למה כתב בלשון י"א דהא לא הביא בד"מ מי שחולק ע"ז גם לעיל בסי' קפ"ב כתב בפשיטות כי באיסור גניבה לא משכחת לה כלל שיהא השליח לאו בר חיובא והש"ס פריך לרבינא אלא מעתה האומר לאשה ועבד צאו וגנבו לי דלאו בני חיובא נינהו ה"נ דמחייב ודחי אמרת אשה ועבד בני חיובא נינהו ובתוס' הקשו מהשולח את הבערה ביד חש"ו ותירצו דהתם משום דלאו בני שליחות נינהו ע"ש א"כ מבואר בהדיא בגמרא דלא משכחת כלל גבי גניבה שיהא השליח:

לאו בר חיובא אלא משכחת לה שהשליח לא ידע שזה אינו של המשלח וכמ"ש הש"ך שם בשם המרדכי דכיון שהשליח לא ידע וסבר שהוא של משלח חייב המשלח דחשוב השליח לאו בר חיובא ובדבר זה יש פלוגתא בין הקדמונים ז"ל שהנ"י חולק ע"ז וסבר דגם המשלח פטור ע"ש ומשו"ה שפיר כתב ההגה"ה בלשון י"א אבל לעיל בה' שלוחים דנקט דרך כלל כתב בפשיטות וז"ב: ובעת למודי הערותי בב"ק דף נ"א ע"א בהא דפריך הש"ס התם בור של שני שותפים היכי משכחת לה כו' אי דשוו שליח תרווייהו ואמרי לי' זיל כרי לן ואזיל וכרה להו אין שליח לד"ע ומשני כגון שעקרו שניהם חוליא בב"א והשלימו לעשרה ע"ש ולפי שיטת רש"י ז"ל הא משכחת לה שפיר שאמר לאחד זיל וכרי לי בשותפות עמך דהוי כמו שותפים שגנבו דחייבין והנה לכאורה י"ל לפי מ"ש הקצה"ח בסי' שמ"ח דדוקא בדבר דאיכא קנין כמו גניבה דשייך הטעם מיגו דזכה לנפשיה זכה

נמי לחבריה סבר רש"י דשותפין חייבין אבל בטביחה דלא שייך קנין לא אמרינן מיגו דזכה לנפשיה ע"ש א"כ בבור נמי ליכא קנין לכן שותף נמי לא מהני אבל לא נח לי בזה דהא אמרינן בפסחים דף ו' שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו חמץ בפסח ובור בר"ה וכיון דעשאן הכתוב כאלו הן ברשותו נראה דעם החפירת הבור חשוב כזוכה בו אמאי לא נימא ג"כ מיגו דזכה לנפשיה זכה נמי לחבריה כיון דאחשביה רחמנא למיהוי זכיה ועי' בצל"ח פסחים דף ו' ד"ה שם באמצע הדברים: ומ"ש הקצה"ח דבטביחה ליכא קנין לפע"ד יש לפקפק בזה חדא שבתוס' ב"ק דף ס"ח ד"ה מה דאהני מעשיו כתבו בהדיא לחד פירושא דטביחה חשוב שינוי מעשה לקנותה בכך ואפילו כפי פירוש השני דאהני מעשיו היינו שמחסרה מן הבעלים אבל לא לקנותה בכך נ"ל דכונתם רק בלא יאוש אבל אחר יאוש בודאי חשוב טביחה שינוי מעשה לקנותה בכך וכמו גבי שינוי השם שכתבו התוס' שם דף ס"ו לחלק בין שינוי השם גמור דקני בלא יאוש לבין שינוי השם שאינו גמור דקני רק יאוש כן ה"ה בשינוי מעשה נמי יש חילוק דשינוי מעשה גמור קונה בלא יאוש ושינוי מעשה שאינו גמור כמו שחיטה קני רק עם יאוש וראיתי שכן כתב השטמ"ק בהדיא שם בסוגיא ד"ה הב"ע בשקיצען לצורך משכב דאיכא שינוי מעשה מיהו בעינן יאוש בכי האי מעשה דלאו מעשה גמור הוא הראב"ד ז"ל עכ"ל א"כ לפ"ז דטביחה הוי קנין מעליא בודאי שייך לומר מיגו דזכי לנפשיה כו' וכ"ש במכירה שלוקח מעות בודאי שייך לומר מיגו דזכי לנפשיה:

והנה רש"י ז"ל בב"מ כתב דשותפים שגנבו חייבים מהא דאיתא בב"ק דף ע"ח והתוס' שם הקשו ע"ז הא התם מיירי בטביחה ומכירה דרבי רחמנא דיש שליח ולפענ"ד נראה בישוב דברי רש"י דהנה המהרי"ט בחי' לקידושין פרק האיש מקדש הביא דברי הרמב"ם ז"ל שבכל התורה כולה לא מצינו שלד"ע אלא במעילה בלבד והוא ז"ל תמה עליו הרי איכא שליחות יד וטביחה ומכירה ע"ש והנה הקצה"ח בסי' רצ"ב העיר דבשליחות יד למה ליה קרא תיפוק ליה דשליח לאו בר חיובא דשליחות יד לא הוה אלא בשומרים ע"ש ובאמת גם אנכי עמדתי ביותר בטביחה ומכירה ודאי לא חייב' רחמנא אלא בגנב אבל לא באיש אחר שלא גנבו ומ"ש הקצה"ח דכיון דאלו היה שומר והיה גנב היה חייב מקרי שליח בר חיובא כמו כהן דאמר לכהן צא וקדש לי אשה גרושה דחשוב בר חיובא כמ"ש התוס' שם בב"מ לדעתי אכתי קשה לדעת הריטב"א שהבאתי למעלה שחולק בזה על התוס' אלא ה"ה כהן שאמר לכהן צא וקדש לי אשה גרושה מקרי שליח לאו בר חיובא אלא נראה לי דיש לומר דאיצטריך קרא בשליחות יד שהיו שניהם שומרים בשותפות ושותף עשה את חבירו שליח לשלוח יד וכן בשני שותפים שגנבו ועשאו אחד

לחבירו שליח לשחוט או למכור ובכה"ג שפיר איצטריך קרא דסד"א דכיון דבזה האופן השליח הוא בר חיובא דהא הוא שומר ושותף שוב אמרינן דאין שליח לד"ע והמשלח פטור קמ"ל קרא דיש שליחות וגם המשלח חייב לשלם עי' פ"י קדושין דף מ"ב ע"א ד"ה ודלמא:

ולפי הנ"ל יש ליישב דברי הרמב"ם ז"ל שכתב פרק ו' ממעילה שלא מצינו בכל התורה כולה שליח לד"ע לבד ממעילה ובלבד שלא יתערב בו איסור אחר עכ"ל ותמהו עליו הא מצינו בש"ס עוד שליח לד"ע בטביחה ומכירה ובשליחות יד ועי' בקצה"ח שם מה שכתב בשם המהרי"ט ז"ל שהאריך בזה ועפ"ז מיושב דברי הרמב"ם ז"ל דבשלמא במעילה יש שלד"ע אפילו בלא שותפות דהא ילפינן חטא חטא מתרומה אבל בשליחות יד וטביחה ומכירה לא משכחת לה כלל דרבי קרא דיש שליחות אם לא שהשמירה או הגניבה היו בשותפות דאם היו בשותפות שפיר איצטריך קרא לרבות דיש שליח דאל"ה הוי אמרינן דאין שליח לדבר עבירה כיון דבכה"ג השליח הוא בר חיובא כיון דהוא ג"כ שומר או גנב אבל אם לא היה השליח שותף בהשמירה או בהגניבה בלאו רבויא דקרא ג"כ הוה אמרינן דיש שליח לדבר עבירה וכנ"ל ואל תשיבני הא אמרינן בהדיא בגמרא דשותף שטבח שלא לדעת חבירו פטור עיין ב"ק דף ע"ח ע"ב דכתב רש"י ז"ל הטעם כיון שחבירו פטור על חלקו כיון שלא עשאו שליח והו"ל כטובח ומוכר אחר הגנב דפטור ועל חלקו נמי פטור הואיל וליכא וטבחו כולה באיסורא ע"ש דלפע"ד לכאורה צריך להבין אמאי לא יהיה זה הטובח חייב דכיון שהדין, הוא דשנים שגנבו רצו הבעלים מזה גובה כולה רצו מזה גובה כדאיתא בחו"מ סי' שמ"ח סעיף ח' א"כ הרי נעשה גנב על כולה וצריך להיות דחשוב וטבחו כולה באיסורא ועכצ"ל דכיון שנעשה גנב נגד חבירו הגנב חשוב כגונב אחר הגנב וגזירת הכתוב הוא דגונב אחר הגנב פטור מד' וה' כדתנן ב"ק דף ס"ב ע"ב א"כ זה דוקא כשטבח או מכר שלא לדעת חבירו דנעשה גנב על חלקו של חבירו אבל כשטבח או מכר לדעת חבירו הרי לא נעשה גנב על חלקו של חבירו אלא שאין אנו יכולים לחייב את חבירו מטעם דאין שליחות לד"ע בזה שפיר היה הטובח חייב לשלם את כולה דאיכא וטבחו כוליה באיסורא דגם הוא חשוב כגנב אצל הבעלים על כוליה כיון שאם רצה גובה ממנו את הכל וכיון דהוה בר חיובא שוב איצטריך קרא לרבות דבטביחה ומכירה יש שליח לד"ע ודו"ק: והנה ראיתי בספר שו"ת הרי"ם חלק אה"ע סי' ק"כ אות. ט"ו שהביא מ"ש המהרי"ט סי' קכ"ז דאם אמר אחד לחבירו צא והקדיש לי שור משורי לא מהני בו שליחות כיון שהוא מילי ודבור לבד ומילי לא מימסרי לשליח ופלפל בזה הרי"ם ז"ל ואח"כ כתב שמצא שנעלם ממהרי"ט ז"ל ש"ס ערוך תמורה י' ע"א

דאמר רבא מצינו ציבור ושותפות כו' דשוויה שליח לאקדושי ומבואר דמהני ולפענ"ד יש לומר דגבי שותף מודה מהרי"ט דשותף יכול לעשות שליח לחבירו אפילו במילי דאלים כח השותף טפי מאינש דעלמא כמו שהבאתי למעלה וגם מילי ממסרי לשותף. והנה לפענ"ד יש עוד ליתן תבלין לזה דלכאורה מאין הוציא המהרי"ט דבר זה דמילי לא ממסרי לשליח ראשון וי"ל דבב"ק דף ע' ע"א אמרינן אמרי נהרדעי כל אורכתא דלא כתיב בה זיל דון ואפיק לנפשך לית בה מששא מ"ט משום דאמר ליה לאו בעל דברים דידי את והקשה בספר שטמ"ק תימא בכונה דוכתין אמרינן שלוחו של אדם כמותו וכתב וי"ל דנהי דהוה שלוחו כו' מ"מ יכול הנפקד לסרב שלא למסור הפקדון לשליח משום דאמר ליה לאו ועל דברים דידי את ע"ש אבל באמת מוכח מהש"ס ומהפוסקים דמצי הנתבע לסרב שלא לדון עם השליח כלל ובזה קשה אמאי לא נימא שלוחו: של אדם כמותו אבל לפי מ"ש המהרי"ט ז"ל דמילי לא ממסרי לשליח שפיר ניחא דלטעון בעבורו לפני הב"ד חשוב מילי ולא ממסרי לשליח ולפ"ז הא איתא התם אמר אביי ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע מיגו דמשתעי דינא אפלגא משתעי דינא אכולה ע"ש ומסתברא דבשותף מורה המהרי"ט דמילי ממסרי לשליח וכנ"ל:

סימן לח

בגמרא מעילה כ"א ע"א איתא במתניתין נתן לו שתי פרוטות ואמר לו לך והבא לי אתרוג והלך והביא לו באחת אתרוג ובאחת רימון שניהם מעלו ר"י אומר בעה"ב לא מעל שהוא אומר לו אתרוג גדול הייתי מבקש והבאת לי קטן ורע נתן לו דינר זהב ואמר לו לך והבא לי חלוק והלך והביא לו בשלשה חלוק ובשלשה טלית שניהם מעלו ר"י אומר בעה"ב לא מעל וקאמר בגמ' שמעת מינה מאן דאמר לשלוחו זיל זבן לי כורא דארעא ואזיל וזבין לי ליתכא קני לוקח אמרי ה"ד כגון דאייתי לי' שוה ו' בשלש אי הכי אימא סיפא ר"י אומר בעה"ב לא מעל שהוא יכול לומר לו חלוק גדול הייתי מבקש והבאת לי חלוק קטן ורע דא"ל אי יהבית דינר כולי' אייתי לי שוה ב' דינרין כו' וקשה לי למה פריך הש"ס מסיפא דמתניתין בחלוק ולא פריך מאתרוג רישא דמתניתין וכן בכתובות דף צ"ט פריך הש"ס ג"כ מסיפא ולא מרישא ומה מאוד תמי' לי מה שלא עמדו ע"ז כל המפרשים: ומה שנראה לי בזה דיש לומר עפ"י מה דאיתא בב"ק דף ט' הידור מצוה עד שליש במצוה וכתב רש"י ז"ל שאם אחת הדור מחבירו יוסיף שליש הדמים ובתוס' כתבו שאם מצא אתרוג כאגוז כמו ששיערו חכמים ואחד גדול ממנו שליש יקנהו עיי"ש והנה בכתובות איתא הגירסא מאי רע רע בדמים כו' ולהכי יש לומר דמרישא לא פריך דהא ידע המקשן די"ל דאייתי לי' שוה שתי פרוטות בפרוטה והא דפליג ר"י הוא משום דבעה"ב מצי

למימר דהייתי רוצה לקיים הידור מצוה ולקנות בשתי פרוטות ולהכי אף שהאתרוג שוה שתי פרוטות מ"מ הא לא נתקיים הידור מצוה וזהו רע בדמים והייתי קונה אתרוג גדול בשתי פרוטות דבשיווי הדמים שניהם שוים מ"מ היה לך לקנות אתרוג גדול כדי לקיים הידור מצוה כשיעור אתרוג כמ"ש התוס' ולהכי פריך מחלוק דלא ס"ל לס"ד דאפשר לומר בזה רע בדמים והתרצן משני דגם בזה אפשר לומר רע בדמים דהי' שוה יותר משני דינרין כמ"ש התוס' שם ד"ה כ"ש דהוי שוה תריסר עיי"ש:

והנה ראיתי בתוס' סוכה ל"ט ע"א ד"ה יותר משלש סעודות שכתבו משמע שיש בדמי אתרוג יותר ממזון שלש סעודות והא דתנן פ"ו דמעילה כו' נתן לו שתי פרוטות ואמר לו לך והבא לי באחת אתרוג ובאחת רימון כו' (וזהו טעות הדפוס וצ"ל לך והבא לי אתרוג והלך והביא. לו באחת אתרוג ובאחת רימון ומצוה לתקנו) התם באתרוג פסול דלא בעי לי' אלא לאכילה אבל הכא כשר והדר לברכה דמיו יקרים עכ"ל ולפי"ז נדחה כל התירוץ הנ"ל דהא מיירי באתרוג פסול:

אך באמת דברי התוס' אינם מוכרחים וכבר תמה בספר כפות תמרים על דבריהם דבמתניתין דהתם דהלוקח לולב מחבירו לא מיירי בלוקח מן המופקר אלא בלוקח מן המשומר ואפילו בכחצי איסר אסור אמנם לפי מה שהביא שם בשם הרמב"ן ז"ל שכתב בחומש פרשה בהר דדוקא כחצי איסר אסור אבל פחות מחצי איסר שרי שפיר הקשו התוס' דהא במעילה משמע דסתם אתרוג שוה שתי פרוטות ומבואר בקידושין דף י"ב דפרוטה הוא אחד משמונה באיסר א"כ חצי איסר הוא ארבעה פרוטות ולהכי שפיר הקשו והא דכתבו יותר ממזון שלש סעודות לאו דוקא אלא אי מיירי בלוקח מן המופקר אבל מ"מ אפילו אי נימא דמיירי בלוקח מן המשומר אכתי לא ניחא וכנ"ל. ומעתה לפי המבואר בקידושין התם דאיכא פלוגתא אי פרוטה הוה אחד משמונה באיסר או אחד מששה באיסר האיטלקי ואי פרוטה אחד מששה באיסר לא קשה כלל אהדדי די"ל דלעולם מיירי באתרוג למצוה ואפשר לקנות בעד שתי פרוטות אתרוג כשר אמנם צריך לקיים הידור מצוה עד שליש והוי ג' פרוטות וזה הוי כחצי איסר ואסור ושפיר פריך הש"ס ודו"ק:

עוד כתב הכ"ת דה"ה דהו"מ לשנויי התם בשאר ימות השנה דהאתרוג הוא לאכילה והכא מיירי בסוכות דבעי לי' לברכה ודמיו יקרים עכ"ל ולפי ע"ד נראה דיש לומר עפ"י מה שכתב בשו"ת מהר"ם מינץ סי' קי"ג להסתפק במי שגזל אתרוג מחבירו ביו"ט אם צריך לשלם שיווי האתרוג או מצי לפטור א"ע באתרוג פשוט אעפ"י שהאתרוג שגזל הי' מובחר והי' שווי' הרבה ומטי לי' מש"ס ב"ק דף ע"ח ע"ב ועי' בשו"ת חכם צבי סי'

ק"כ ובמשנה למלך הלכות לולב פרק ח' ובשאר אחרונים וחזינן שיש לומר במה ששוה זה האתרוג מחמת שהוא מובחר לברכה לא מיחשב זה שיווי האתרוג כי זה השיווי אינו בגוף האתרוג רק חשוב כמו גורם לממון כמו שטרות אעפ"י שנתן בעדם ממון מ"מ אמרינן דאין גופן ממון עי' לעיל סי' ג' ועוד אפילו אי נימא דצריך לשלם דמי אתרוג מובחר דחשוב שיווי בגוף האתרוג מ"מ באתרוג של שביעית דרחמנא אמר לאכלה ולא לסחורה ובתוס' שם ד"ה וליחייב כתבו דאסור לקנות פירות שביעית בזול ולמכור ביוקר ע"ש א"כ אין לו שווי' של אתרוג בשביעית לענין שתופס את דמיו אלא מה ששוה לאכילה אבל לא מה ששוה למצוה דמסתברא דאינו תופס את דמיו ומה שכתבו בתוס' דהכא כשר והדר לברכה ודמיו יקרים לא הוי פירושו מה ששוה למצוה אלא כונתם דאתרוג הדר שכשר לברכה שוה יותר גם לאכילה מאתרוג שהוא פסול לברכה מחמת שאינו הדר ודבר זה יש ללמוד מהא דאיתא בגמרא לעיל דף ל"ה ושל תרומה טהורה לא יטול פליגי בה רב אמי ורב אסי חד אמר מפני שמכשירה וחד אמר מפני שמפסידה וכתב רש"י ז"ל קליפתה החיצונה וכן איתא בגמרא בהדי' מאי בינייהו כגון שקרא עלי' שם חוץ מקליפתה החיצונה ע"ש מבואר בהדי' דכל שקליפתה חיצונה הדר שוה יותר גם לאכילה אע"פ שאין ליקח אותה למצוה דהא אמרינן תרומה טהורה לא יטול א"כ בין כך ובין כך לא חזי למצוה ומשו"ה שפיר ניחא דברי התוס' שלא חילקו בין ימי סכות ובין שאר ימות השנה דבזה אין חילוק כלל דגם בשאר ימות השנה שוה יותר אתרוג הדר מאתרוג פסול ודו"ק:

סימן לט

ראיתי בספר יערות דבש חלק א' דרוש ג' שכתב שצריך להבין בש"ס דמגילה דף י"ב ע"א דאיתא התם שאלו תלמידיו את ר' שמעון בן יוחאי מפני מה נתחייבו שונאיהן של ישראל שבאותו הדור כלי' אמר להם אמרו אתם אמרו לו מפני שנהנו מסעודתו של אותו רשע א"כ שבשושן יהרוגו שבכל העולם כולו אל יהרוגו אמרו לו אמור אתה אמר להם מפני שהשתחוו לצלם כו' ע"ש וע"ז קשה מה ענין שהשתחוו לצלם בימי נבוכדנצר לענשם בימי אחשורוש ע"ש מה שכתב בישוב דבר זה. ולפע"ד נראה דיש לומר דעיקר העונש היה באמת משום שנהנו מסעודתו של אותו רשע כמו שאמרו הם אלא שהמה לא היו באים לידי חטא הלז אם לא שהיו בימי נבוכדנצר משתחוים לצלם כי ע"י זה שהשתחוו אז כל ישראל לצלם גרם לבני שושן החטא שיהנו מסעודתו של אותו רשע וכיון דאמרו חז"ל כל:

המחטיא את הרבים חטא הרבים תלוי בו חשובים כל ישראל כאלו נהנו מסעודתו של אותו רשע ולכך נתחייבו שונאיהם של ישראל כולן כלייה וביאור דבר זה עפ"י דאיתא בשבת בפ' ר"ע דף פ"ז א' שיבר את הלוחות מאי דרש אמר ומה פסח שהוא אחד מתרי"ג מצות אמרה תורה כל בן נכר לא יאכל בו כל התורה כולה וישראל מומרים על אחת כמה וכמה ובתוס' ד"ה ומה פסח כתבו אין זה ק"ו גמור דאם מומר אסור בפסח שהוא קרבן מ"מ לא היה לו למנוע מליתן להם התורה ולהחזירן בתשובה עכ"ל ובעת למודי עמדתי על דבריהם הא איתא בסנהדרין מ"ז א' ובכמה מקומות בש"ס אמר עולא אמר ר' יוחנן אכל חלב והפריש קרבן והמיר דתו וחזר בו הואיל ונדחה ידחה ע"ש מבואר דבהמרתו נפסל הקרבן לעולם ועל כרחך הטעם דמה ענין מומר לקרבן דכיון דזבח רשעים תועבה נתחלל קדושתו של הקרבן וכל שנפסל פעם אחת שוב אינו חוזר ונראה וצריך להפריש קרבן אחר כשחזר בתשובה א"כ ה"נ יש לומר דהלוחות ניתנו למשה בשביל ישראל ואם ישראל עשו את העגל ועברו ע"ז שוב אינם ראויים לקבל הלוחות ואם ישראל אינם ראויים לזה נפסלו הלוחות מקדושתן אחרי כי כל עיקר הקדושה שבלוחות ניתן משמים רק בשביל ישראל עם קדוש ואם אין ישראל אין בלוחות קדושה ודמי להפריש קרבן והמיר דתו דאמרינן הואיל ונדחה ידחה אפילו כשחזר אח"כ צריך להפריש קרבן אחר א"כ הכי נמי אפילו כשיחזרו ויעשו תשובה אין הלוחות הראשונים ראויים ליתן לישראל דהואיל ונדחו נדחו: ואמרתי די"ל דהתוס' ס"ל כדעת הרמב"ם דפסק דלא כר' יוחנן עיין פ"ג מהל' שגגות אלא לאחר שחזר כשר דאמרינן חוזר ונראה וכתב הכ"מ דהרמב"ם סובר דר' יוחנן סבר דב"ח שנדחו נדחו והוא פסק כמ"ד דחוזר ונראה לכן שפיר כתבו דאם מומר אסור בפסח מ"מ לא היה לו למנוע מלהחזירם בתשובה ואח"כ יתן להם הלוחות דחוזר ונראה לדעת הרמב"ם כמו קרבן אבל כ"ז שהיו ישראל מומרים בודאי היו הלוחות נפסלים והיה רשאי משה לשברם ובזה מדוקדק לשון התוס' דלכאורה יותר היה להם להקשות הא קי"ל כל הנותן אבן אחת מן המזבח או המוחק את השם עובר בל"ת דכתיב לא תעשון כן לד' אלקיכם עי' רמב"ם ה' יסה"ת פרק ז' א"כ איך שיבר משה את הלוחות אבל לפי האמור ניחא דבשעת המרתן פשיטא דנפקעה קדושה של הלוחות דקדושתן היא נקשר' עם קדושת ישראל וכיון דקדושת ישראל נתחלל' ממילא נתחלל' קדושתן של הלוחות דזה בזה תליא אלא קושית התוס' שהיה למשה להחזירן בתשובה וקדושת הלוחות חוזרין דחוזר ונראה מעתה יש לומר דכמו כן בכלים של בית המקדש נמי אמרינן הכי דאם כל ישראל השתחוו לצלם ועבדו ע"ז נפקע' קדושתן מעצמן דאם ישראל המה מומרים ואינם צריכין לבית המקדש וכליו איזה קדושה יש בביהמ"ק שנאמר בו

ושכנתי בתוכם בתוכו לא נאמר אלא בתוכם כמו דדרשו חז"ל דהיינו שבהמ"ק הוא מקום השפעת קדושה לישראל ואם ישראל רחוקים מקדושה שוב אין ביהמ"ק וכליו קדוש כלל לכן בימי נבוכדנצר נתחללו כל הכלים שבמקדש וא"ת דלפ"ז למה לא נתחלל הבית המקדש י"ל דכיון דקי"ל דאין מעילה במחובר אלמא דמחובר אינו יוצא לחולין ע"י חילול אבל הכלים נתחללו ודו"ק: והנה בש"ס אמרו דבסעודת אחשורוש שתו מכלים מבית המקדש שהוציאן בלשאצר עיין מגילה דף י"א ע"ב ויש לומר דמשו"ה שתו מכלים של בהמ"ק ועברו על איסור דהזיד במעילה משום דסברי שנתחללו כבר בימי נבוכדנצר כשהשתחוו ישראל לצלם וכר' יוחנן דאמר הואיל ונדחו ידחו ואע"פ שחזרו אח"כ לא מהני ונפקעו קדושתן מכלי בהמ"ק אבל אנן קי"ל דלא כר' יוחנן אלא חוזר ונרא' ומשו"ה עברו על איסור דהזיד במעילה וכל ישראל גרמו לזה דלולא שהשתחוו לצלם לא היו שותין ולא היו נהנים מכלים אלו להכי נתחייבו כל ישראל כליה ודו"ק:

ודע דיש לחקור אי שבירת הלוחות תליא במחלוקת בריחוי מעיקרא אי הוה דיחוי די"ל דהא דישראל עבדו את העגל קודם ירידתו של משה רבינו ע"ה מהר סיני ועדיין לא ניתנו לישראל ואפשר לומר דכעין זה חשוב דיחוי מעיקרא דאע"פ שכבר זכה בהן משה עבור ישראל מ"מ לא חשוב נראה כ"ז שהיו בהר סיני ועיין תוס' קידושין דף ז' ע"ב ד"ה ש"מ שכתבו דלאו דוקא אמר ר' יוחנן הפריש קרבן והמיר דתו דה"ה עבד ע"ז ואח"כ הפריש קרבן דהשתא הוי דיחוי מעיקרא:

אכן בדבריהם אלו יש קצת לפקפק עפ"י מה שכתבו בעצמם בזבחים דף נ"ט דהתם אמר רב מזבח שנפגם כל הקדשים שנשחטו שם פסולין מקרא הוא בידינו ושכחנוהו וכו' ור' יוחנן אמר אחד זה ואחד זה פסולין פירש"י בין מה שנשחט עליו כשהיה פגום ובין מה שנשחט עליו אחר תיקונו מיתיביה כל הקדשים שהיו עד שלא נבנה מזבח ואח"כ נבנה המזבח פסולין נבנה דחויין מעיקרא הן כו' אלא עד שלא נפגם המזבח ואח"כ נפגם המזבח פסולין וכתבו בתוס' תימא דמשמע דפירכא קמייתא דפריך דחויין מעיקרא הוי ואפילו לר' יוחנן ואמאי הא ר"י סובר דיחוי מעיקרא הוי דיחוי וי"ל דהתם אין בידו לתקן מקרי דיחוי אבל הכא בידו לתקן המזבח ומוכח מדבריהם דהיכא דבידו לתקן יש חילוק בין דיחוי מעיקרא ובין נראה ונדחה דבדיחוי מעיקרא סבר ר"י היכי דבידו לתקן לא חשוב דיחוי והיכי דנראה ונדחה חשוב דיחוי א"כ בהמיר דתו דקאמר הש"ס התם בסנהדרין וצריכא וכו' משום דבידו לחזור צריך לומר דדוקא קאמר ר' יוחנן הפריש קרבן והמיר דתו אבל אם המיר דתו ואח"כ הפריש קרבן מודה ר"י דחוזר ונראה משום שבידו לחזור: אמנם גם לפי דברי התוס' דזבחים י"ל דדוקא גבי קרבן יחיד אמרינן הך סברא

דבידו לחזור אבל בציבור שחטאו בעגל לא חשוב בידו לחזור כיון דבעינן שכל ישראל או עכ"פ רוב ישראל יחזרו בתשובה ועיין בקדושין דף ס"ב כיון דגבי גר בעינן שלשה לא חשוב בידו דמי יימר דנזדקקו ליה הני תלתא ע"ש א"כ כ"ש בציבור של רוב ישראל דלא חשוב בידו ולפ"ז מה שיש לתמוה על שיטת הבעה"מ בע"ז פרק ר' ישמעאל דדוקא ע"י פריצי ישראל נתחלל ולא ע"י פריצי נכרים הא בפירוש איתא בנדרים ס"ב ע"א כל המשתמש בכתרה של תורה נעקר מן העולם ומה בלשאצר שהשתמש בכלי קודש שנעשה חול שנאמר ובאו בה פרוצים וחיללוה הרי נתחלל ע"י פריצי נכרים ושמעתי שהגאון בעל שו"מ נתקשה בזה מאוד וכתב שהקושיא זו תשאר ע"ב הגואל ב"ב ולפי הנ"ל ניחא שנעשו חולין בימי נבוכדנצר מחמת שהשתחוו ישראל לצלם ואח"כ באו בה פריצי ישראל ויחללוה:

סימן מ

בשבת פרק ר"ע דף פ"ו ע"ב איתא אביי בר אבי ור"ח בר אבין דאמרי תרווייהו ניתנה תורה לטבולי יום כו' א"ל רבינא למרימר ניתנה קאמרת או ראוי קאמרת א"ל ראוי קאמינא וכ' רש"י ז"ל ראויה ליתן לט"י וקסברי הני תנאי לא הקפידה תורה על טבולי יום דלא כתיב הערב שמש אלא לענין קדשים כו' ע"ש והנה הכו"פ על הלכות נדה סי' קפ"ד כתב ויש להבין מה דהוה הוה ומאי נ"מ אי ניתנה או ראוי ליתנה וגם מה דהשיב ראוי אין זה אלא דברי נביאות דמנא ידע מרימר דס' רבוא נשים מישראל לא הי' אחת שפולטת ש"ז וטבלה וכתב ליישב:

דיש נ"מ לדינא דהש"ך ס"ק ז' הביא דעת האביאסף והראב"ן דשיעור הרחקת עונה היינו י"ב שעות וכיון דבסיון היום ארוך הרבה יותר מי"ב שעות היו יכולים לטבול ביום קודם הערב שמש וא"צ לדברי נביאות דלא הי' אשה אחת נזהרת מפליטה וזה לא כפירוש רש"י ז"ל ע"ש ולפע"ד אעפ"י שהדבר גדול דיבר הגאון ז"ל מ"מ אית לי' פרכא דאע"ג דהיום ארוך מ"מ לא הי' להם לטבול ביום משום דפשיטא דלא הי' אפשר להזהיר לכל ס' רבוא ישראל שיפרשו הכל בהשכמה דהא בד' עלה משה והגיד להקב"ה שקיבלו עליהם ישראל מצות הגבלה ואז נאמרה מצות פרישה וירד להזהיר את כל ישראל כמו שכתב רש"י ז"ל בריש דף פ"ז ע"א ומחנה ישראל הי' י"ב מילין וא"כ הי' צריך משה לשלוח שלוחים לקרוא להם שיבואו אליו כדי להזהירם והי' צריכים השלוחים ללך י"ב מילין לאלו שהיו שוכנים למרחוק וגם ללך סביב כל המחנה דלא דרו כולם במקום אחד וא"כ פשיטא שהיו צריכים לזה הרבה שעות ובודאי עכ"פ חצי היום ובברייתא איתא בהדי' ר"ע אומר לעולם ה' ואם יצאתה מקצת עונה ראשונה נותנין לה מקצת עונה

ששית א"כ אלו שפרשו מנשותיהן בחצי היום ד' או אח"כ היו צריכים להשלים עונה ששית אחר הרבה שעות בליל שבת אף שערב שבת הי' יום גדול ועי' בספר סדרי טהרה שכתב ג"כ ליישב קושי' הכרו"פ הנ"ל:

ומה שנראה לפע"ד ליישב קושי' הכו"פ הנ"ל די"ל דיש נ"מ לענין דינא דהנה שם בסוגיא דף פ"ז ע"א שלשה דברים עשה משה מדעתו והסכים הקב"ה עמו כו' שיבר את הלוחות מאי דריש אמר ומה פסח שהוא אחד מתרי"ג מצות אמרה תורה וכל בן נכר לא יאכל בו התורה כולה וישראל מומרים על אחת כמה וכמה ואנכי בעת למודי אמרתי להקשות מה ק"ו זה הא אמרינן ניתנה תורה לטובולי יום וכ' רש"י ז"ל דלא כתיב הערב שמש אלא לענין קדשים ע"ש הרי מוכח דאין לדמות נתינת התורה לענין קדשים אלא קדשים חמירי וי"ל דה"ה לענין מומרים דאע"ג דהקרבן נפסל מ"מ הלוחות לא נפסלו עוד קשה לי דנהי דאחר ששיבר את הלוחות הסכים הקב"ה עמו מ"מ מנא ידע משה דיסכים הקב"ה ואיך סמך ע"ז לכתחילה לשבור הלוחות אבל לפי מה דמסיק ראוי' ליתן לט"י ומיהו לא ניתנה לט"י משום דלא פלטו ועל כרחך צ"ל דזה הי' בדרך נס שלא רצה הקב"ה שתנתן התורה לט"י אע"פ שמצד הדין הי' מותר ליתנה לט"י שפיר ניחא דע"ז סמך משה לשבור הלוחות כיון דראה שרצון הקב"ה הי' לדמות נתינת התורה לקדשים שלא ליתן לט"י ה"ה יסכים הקב"ה שלא ליתן התורה למומרים כמו פסח דכתיב כל בן נכר לא יאכל בו: והנה התוס' שם ד"ה פסח כתבו אין זה ק"ו גמור דאם מומר אסור בפסח שהוא קרבן מ"מ לא הי' לו למנוע מליתן להם התורה ולהחזירם בתשובה עכ"ל ובסימן הקודם כבר הבאתי מה דקשה לי הא בסנהדרין דף מ"ז ע"א אמר ר' יוחנן אכל חלב והפריש קרבן והמיר דתו וחזר הואיל ונדחה ידחה ע"ש לפ"ז מה מהני שיחזרו בתשובה מ"מ כבר נפסלו הלוחות אם דמי לקרבן הא אמרינן הואיל ונדחו ידחו. אבל הרמב"ם ז"ל בפ' ג' מהל' שגגות הל' ח' פסק דלא כר' יוחנן אלא חוזר ונראה וכתב הכ"מ דהרמב"ם פסק כרב דס"ל דאין בע"ח נדחין ע"ש א"כ התוס' אזלי בשיטת הרמב"ם דגבי קרבן נמי כשר בעשה תשובה וי"ל דמהאי סוגיא דהכא הוציא ר' יוחנן הלכה זו דלא מהני תשובה להכשיר הקרבן מדשבר משה הלוחות ולא החזירן בתשובה ש"מ דגבי קרבן נמי לא מהני תשובה דלא ניחא לי' לר' יוחנן לומר דלאו ק"ו גמור הוא אלא מסתמא כיון דדריש ק"ו מוכח דלא מהני החזרת תשובה בקרבן וה"ה בלוחות כיון דבלוחות לא שמעינן דמומר פסול רק מילפותא דק"ו מקרבן: והנה אם נימא דניתנה תורה לט"י עכצ"ל דאינו ק"ו גמור דהא לקדשים ודאי בעינן הערב שמש אלא פסח חמור מנתינת התורה ושוב אין להוכיח משבירת הלוחות דתשובה מהני להכשיר הקרבן מהק"ו דהא בלא"ה אין

זה ק"ו גמור אבל אם אמרינן דראוי ליתן לטב"י אבל לא ניתנה לטב"י שפיר נוכל לומר דהוה ק"ו גמור כפשוטו וממילא נשמע דלא מהני תשובה להכשיר הקרבן וכמו שסבר ר' יוחנן דהואיל ונדחה ידחה ואתי שפיר השאלה ניתנה קאמרת או ראוי קאמרת דיש נ"מ בזה בהפריש קרבן והמיר דתו וחזר אי חוזר הקרבן לכשרותו או אמרינן הואיל ונדחה ידחה ודו"ק:

ובעמדי בהאי ענינא קשה לי מאי דפריך הש"ס התם והא טבולי יום נינהו משמע דסבר הס"ד דלא ניתנה תורה לט"י והא בברכות דף כ"א ע"ב איתא אמר ריב"ל מנין לב"ק שאסור בדברי תורה שנאמר (דברים ד') והודעתם לבניך כו' וסמיך לי' יום אשר עמדת כו' מה להלן בעלי קריין אסורין אף כאן ב"ק אסורין ע"ש ועי' במפורשים שכתבו דמשמע דריב"ל מדאורייתא קאמר א"כ צריך להיות דב"ק בעי הערב שמש גם בזה"ז לתורה כמו בחורב ודבר זה לא יתכן כלל שהרי שם דף כ"ב ע"א איתא אמר ריב"ל מה טיבן של טובלי שחרין ופריך הש"ס מה טיבן הא איהו הוא דאמר ב"ק אסור בדברי תורה ע"ש ואם נימא דלריב"ל בעי הערב שמש הא שפיר קאמר מה טיבן של טובלי שחרין הא עדיין אסור כל היום בדברי תורה וסגי שיטבול קודם בה"ש מעט כמו שהכהנים טובלין סמוך לבה"ש כדי שיאכלו תרומה וקדשים כדאיתא לעיל בברכות דף ב' ע"ב א"ל ר' יהודה והלא הכהנים מבעוד יום הם טובלין וכ' רש"י ז"ל היינו קודם בה"ש ודוחק לומר דהס"ד דהש"ס שם בשבת סבר באמת דהא דאמר ריב"ל מה טיבן של טובלי שחרין הוה פירושו הכי דעדיין אסור בדברי תורה ולא כמו דמשני התם הש"ס בברכות ה"ק מה טיבן בארבעים סאה אפשר בט' קבין כו' ע"כ נראה לי דהא דאיתא והא טבולי יום נינהו אינו פרכא אלא כולהו מדברי אביי בר אבין ור"ח ב"א וכן דרך הש"ס בכמה דוכתא להיות שקיל וטרי כאלו מקשין ומתרצין אבל באמת חדא מילתא היא ולרווחא שמעתתא נקט הכי:

סימן מא

להרב הה"ג חו"ב מו"ה בנימין גאלער אבד"ק קריפטש וכעת אבד"ק בוברקא נ"י:

בדבר מה שנתקשה כ"ת ביבמות דף ע"א ע"ב באוקימתא דרבא כשהיו אביו ואמו חבושין בבית האסורין וכ' רש"י ז"ל ומצות מילה מוטלת עליהם ולא על אחרים והם אינן יכולים לעשות את פסחן ושחט שליח עליהם ואשמועינן קרא שאם יצאו בשעת אכילה מילת בנו מעכבתו עכ"ל והקשה המהרש"א הא אין אשה חייבת למול בנה וי"ל דהכא כיון דחייבת לעשות פסח מצוה נמי עליה למול בנה דמילת זכרים מעכבת נמי בה ע"ש וכ' כ"ת דלפום ריהטא דש"ס נראה דרצה לתרץ דמשכחת אפילו במילה בזמנו ואיך אפשר

דבר זה הרי אמו היא יולדת ואפילו אם טבלה אסורה לאכול בקדשים עד יום מ"א והביא מה שהשבתי לו פא"פ דאפילו במילה בזמנו משכחת לה שתהא אמו מותרת בפסח עפ"י מה דאיתא בזבחים דף ל"ב ע"ב טמאי מתים ונעשו זבים דלאביי אמרינן הואיל היכי דהותר' כמו מצורע אבל לא בטומאה דדחויה היא ורבא סבר אדרבה אמרינן הואיל ואידחי אידחי א"כ בכה"ג דהי' רובן טמאי מתים ונעשו זבים דלרבא גם הזבים עושין בטומאה ושפיר אוכלת היולדת את הפסח בטומאה וע"ז:

כתב דיש לדחות דמה דאיתא בזבחים שם דאמר רב יוסף קסבר עולא רובן זבים ונעשו טמאי מתים הואיל והותרו לטומאתן הותרו לזיבתם א"ל אביי כו' דילמא הכי קאמר מר רובן טמאי מתים ונעשו זבים הואיל והותרו לטומאתן הותרו לזיבתם וכן הוא ביבמות דף ח' ע"א דאמרינן מי לא מודה עולא שאם ראה קרי בליל שמיני שאינו מכניס ידיו לבהונות כו' א"כ הכא ביבמות שהיא יולדת קודם פסח ליכא למימר הואיל כו' ולא מצית עבדי בטומאה:

הנה בזה צדקו דבריו אבל לא אבין איך שייך דבר זה לתרוצ' דגם הכא י"ל דמיירי בכה"ג שנעשו רובן זבים אחר חצות ומ"מ גם הזבים שנעשו קודם חצות ג"כ מותרין להביא פסחם עם רוב ציבור שהרי אף טהורים עושין בטומאה דאין קרבן ציבור חלוק כדאיתא בפסחים דף ע"ט ע"ב ולמה יגרעו אלו הזבים שנטמאו מקודם וה"ה יולדות שמקודם ערב הפסח מותרים בפסח עם רוב הציבור דהמיעוט נגררין בתר הרוב ועי' פסחים דף ס"א ע"א ממעטינן שאר טמאים חוץ מט"מ דלא עבדי בטומאה מקרא דלנפש ע"ש ברש"י ד"ה אלא ואם רובן זבים ועושים הפסח לא נתקיים קרא לנפש ממילא עושין כל הטמאים עם הציבור בטומאה וז"ב לדעתי. ומה שמביא סמך לדבריו מכריתות דף י' ע"א דפריך שם הש"ס מברייתא דיולדת שוחטין וזורקין עלי' ביום מ' לזכר ולמה לא משני דמיירי שהיו רובן טמאי מתים ונעשו זבין ג"כ לא אבין דא"כ למה נקט ביום מ' הא אפילו בימי טומאתה שרי להביא פסחה עם רוב הציבור וכנ"ל:

אמנם גוף הקושיא אחרי העיון אין לה אזנים כלל דהפסוק וכי יגור אתכם גר נאמר במצרים שלא היו נוהגים כלל סדר נשים נדות ויולדות ודיני טומאה ובגיטין דף ס' איתא שמנה פרשיות נאמרו ביום שהוקם המשכן וקא חשב הש"ס פרשת טמאים ובתוס' ד"ה פרשת כתבו היינו פרשת וינזרו (ויקרא כ"ב) דכתיב בי' טומאת שרץ ונבילה וכל הצריך לטומאת מקדש וקדשיו ע"ש ולא נזהרו בפסח מצרים רק על בן נכר וערל אבל לא על טומאה וגם מנין לכ"ת דמיירי הש"ס במילה סמוך ללידתה והיא בתוך מ' יום ולהקשות

הא יש לומר דמיירי שהיו חבושין בבית האסורים מיום השביעי ללידת הילד עד עבור מ' יום מיום הולדו:

והנה כל זה כתבתי בתחילת ההשקפה אבל אחרי התבוננתי האיר ד' את עיני להבין סוגית הש"ס שם בזבחים על נכון בעזהש"י והנני להביא מה דאמר אביי לרב יוסף ואכתי לא דמי מצורע היתרא הוא הואיל ואישתרי אישתרי טומאה דחויה היא להא אידחאי להא לא אידחאי א"ל רבא אדרבה איפכא מסתברא מצורע היתרא היא להא אישתראי ולהא לא אישתראי טומאה דחויה היא מה לי חד דיחויא מה לי שתי דחיות ע"ש ובתוס' ד"ה א"ל מטונך כתבו דעיקר הוכחת עולא מדקתני בברייתא וראה קרי בו ביום משמע אבל אם ראה בלילה דלא הוה עדיין שעת היתר לצרעתו לא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי וזהו עיקר הוכחת עולא דהברייתא סבר דביאה במקצת שמה ביאה דאי לא שמה ביאה אפילו ראה קרי מאתמול נמי שרי ע"ש ומעתה שפיר פריך אביי לרב יוסף דאם רובן זבים ונעשו טמאי מתים טומאה אישתראי זיבה לא אישתראי אלא דוקא רובן טמאי מתים ונעשו זבים דבכה"ג בודאי סבר עולא דאמרינן הואיל ואישתרי אישתרי כמו מצורע שראה קרי בו ביום וע"ז בא רבא ופליג עלי' אדרבה איפכא מסתברא דלא כמו שסובר אביי דאם נימא דטומאה דחויה היא לא אמרינן הואיל ואידחי אידחי כלל אפילו בגונא טמאי מתים ונעשו זבים אלא אדרבה דדוקא במצורע שראה קרי יש חילוק בין ראה בו ביום ובין ראה קרי בלילה או אתמול דאי ראה קרי בו ביום אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי אבל אם ראה קרי בלילה או אתמול אמרינן להא אישתרי להא לא אישתרי משום דמצורע היתרא הוא אבל טומאה דחויה היא מה לי חד דיחויא מה לי שתי דחיות אין חילוק כלל בין טמאי מתים ונעשו זבים ובין זבים ונעשו טמאי מתים אמרינן דפסח נעשה בטומאה ושפיר קאמר רב יוסף דקסבר עולא רובן זבים ונעשו טמאי מתים הואיל והותרו לטומאתן הותרו לזיבתם ולפע"ד זה ברור בפשט סוגית הש"ס ודו"ק: וכן מוכח מהא דאמר רבא מסתברא מצורע היתרא הוא להא אישתראי ולהא לא אישתראי דאם לא נימא הכי ע"כ נצטרך לומר דרבא לא סביר' לי' הא דעולא כלל וזה דבר שא"א כלל דהא רבא קאי אמימרא דרב יוסף דאמר קסבר עולא וכן אביי שקיל וטרי אליבא דעולא ובודאי גם רבא קא שקיל וטרי אליבא דעולא ואף דהתוס' ביבמות דף ח' לחד תירוצא כתבו די"ל דרבא לא סבר לי' כעולא כונתם דבזבחים שקיל וטרי אליבא דעולא אבל הוא בעצמו לא ס"ל כעולא אבל פשיטא דבזבחים דשקיל וטרי עם אביי בדברי רב יוסף בודאי קאי לפי מאי דקאמר עולא וכן מדוקדק הלשון דקאמר רבא להא אישתראי ולהא לא אישתראי דגם אביי משתמש גבי זבין ונעשו טמאי מתים בלשון אישתראי וכן מדוקדק

מהלשון דלא אמר רבא הואיל ואידחי אידחי אלא מה לי חד דיחויא מה לי שתי דחיות דלשון זה מורה דבדחיה בכל גווני שרי ודו"ק:

והנה לעיל בחלק או"ח סי' כ"ג הבאתי מה שתמה בספר טורי אבן בחגיגה דף ג' ד"ה ולאחותו על מ"ש התוס' ביבמות דף ח' ע"א ד"ה רבא אמר ערוה גופא לא צריך קרא שהקשו הא לכל הפחות איצטריך קרא לנשא מת ומת ואח"כ נשא חי ותירצו וי"ל דרבא לית לי' דעולא כו' ועוד אומר ר"י דגבי בעל קרי דשם טומאה אחת היא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי כו' אבל הכא דשני שמות הן לא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי ע"ש וע"ז תמה הט"א הא בזבחים שם סבר רבא בהדי' דלא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי אלא אמרינן להא אישתראי להא לא אישתראי ע"ש שכתבתי דלא אפשר כלל לומר הכי דלמ"ד דביאה במקצת שמה ביאה ע"כ ס"ל כעולא דאל"ה האיך יתרץ הברייתא דמצורע שראה קרי אלא ע"כ ס"ל להתוס' בתירוצם השני דהכי קאמר דמצד הסברא יש לנו יותר לומר מה לי חד דיחויא מה לי תרי דחיות מלומר הואיל ואישתרי אישתרי וכיון דעל כרחך ס"ל לעולא דאמרינן הואיל ואישתרי אישתרי גבי מצורע כ"ש דאמרינן הואיל ואידחי אידחי גבי פסח דטומאה דחויה היא בציבור (ויש שם טעות הדפוס דנדפס מצורע וצ"ל פסח) ע"ש אבל לפי מה שנתבאר בפשיטות ניחא דהא דאמר דבא מצורע היתרא היא להא אישתראי ולהא לא אישתראי קאי אזבים ונעשו טמאי מתים ובזה רבא מסכים לדברי אביי דאמר מי דמי טומאה אישתראי זיבה לא אישתראי אבל לא קאי כלל אטמאי מתים ונעשו זבים דבזה פשיטא דעולא ס"ל דאמרינן הואיל כו' כמו במצורע וזה ברור לפע"ד ובמחכ"ת של הט"א לא ירד לעומקא של כונת התוס' בסוגיא זו ובאמת גם אנכי למדתי פשט הגמרא כהט"א וגם כל הלומדים לומדים הכי אבל לעת זקנתי האיר הש"י את עיני להבין דברי הש"ס על נכון:

והנה בכריתות דף י"ד ע"א איתא אהא דתניא ושלח ביד איש עתי כו' עתי אפילו בטומאה עתי אפילו בשבת אמר רפרם זאת אומרת עירוב והוצאה לשבת ואין עירוב והוצאה ליוה"כ ממאי שאני שעיר המשתלח דהכשירו בכך אלא דרפרם בדותא היא ע"ש וקשה לי קושיא גדולה דנהי דהכשירו בכך מ"מ לא עדיף ממצורע דהכשירו בכך להכניס ידיו לבהונות במקדש ומ"מ אמר עולא דהטעם דמצורע שראה קרי בו ביום אע"פ שאין ט"י אחר נכנס זה נכנס הוא משום דכיון דהותר לצרעתו הותר לקריו ולמה:

אמרו דרפרם בדותא היא ולא אדעולא דהא דמי ממש להדדי דהתם נתחדש איסור קרי והכא נתחדש איסור שבת ונימא ג"כ הואיל ואישתרי יוה"כ אישתרי נמי שבת ואין לומר דהתם דראה קרי בו ביום כבר אישתרי מצורע קודם שראה קרי דז"א דבו ביום משמע

אפילו ראה תיכף באשמורת הבוקר בעמוד השחר נמי אמרינן הואיל אע"ג דבהדי הדדי קא אתי מדאמרינן התם ביבמות דף ח' ע"א מי לא מודה עולא שאם ראה קרי בלילה שאין מכניס ידיו לבהונות משמע דדוקא בלילה אבל ביום אפילו תיכף בתחילת היום מכניס ידיו לבהונות. ולחומר הנושא נ"ל בישוב הדבר דהסוגיא דכריתות אזלא אליבא דאביי דס"ל בחולין דף ק"א ע"ב דהטעם דאמרינן התם שגג בשבת והזיד ביוה"כ חייב שגג ביוה"כ והזיד בשבת פטור דשבת קביעא וקיימ' יוה"כ בי דינא קא קבעי ליה וכתב רש"י דאדשבת קא מחייב לי' דאיהי קדמה ע"ש ומשו"ה גם הכא חשבינן דשבת קדים ליוה"כ והוה כמו ראה קרי בלילה דלא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי:

והנה ראיתי להשג"א סי' ע' שכתב ויש לי לומר דבר נחמד בההיא שמעתתא דרפרם ותוכן דבריו ליישב מה שהסוגיות דכריתות ויומא דף ס"ו סותרות דביומא איתא למאי הלכתא אמר רב ששת לומר שאם הי' חולה מרכיבו על כתיפו כמאן דלא כר' נתן דאי ר' נתן הא אמר חי נושא את עצמו אפילו תימא ר' נתן חלה שאני ואח"כ איתא מימרא דרפרם ולא קאמר הש"ס הא דרפרם בדותא היא וכבר העירו בזה רבותינו בעלי התוס' ז"ל מדוע לא דחה הש"ס הך דרפרם כמו בכריתות וכתבו בכריתות דרגילות הוא דדברי תורה עניים במקומם ועשירים במקום אחר והשג"א לא נח דעתי' בדבריהם אלו וכתב דבכריתות סבר הש"ס די"ב מילין הוי דאורייתא ובכריתות ע"כ סבר רב ששת דהוה דרבנן ולהכי איצטריך לומר שאם הי' חולה מרכיבו על כתיפיו ומשו"ה לא דחי הש"ס להההוא דרפרם דהא לא הוה הכשירו בכך ע"ש: ואני אומר הרני כתלמיד הדן לפני רבו בקרקע היכן מצא רות בסוגיא דכריתות ענין די"ב מילין ומאן דכר שמי' וגם תירוצו אינו אלא לפי שיטת הרי"ף ז"ל די"ב מילין דאורייתא אבל דעת רוב הקדמונים דהוה דרבנן ומה מהני שמתרץ להרי"ף ז"ל והשאיר דעת שאר הקדמונים בתמיה. אלא אשר אחזה בזה דבפשיטות יש לומר דפשט הכתוב ושלח ביד איש עתי היינו שישא אותו לעזאזל וכן הראב"ע קורא את האיש עתי הנושא את השעיר וכן ת"א מתרגם הפסוק והמשלח את השעיר לעזאזל ודמובל את צפירא לעזאזל והבלה הוה פירושו נושא וכן יובל שי ועי' ערוך ערך מבל וגם השכל מחייב שלא הי' אפשר להשעיר לילך ברגליו י"ב מילין ביוה"כ אלא ודאי שהי' נושא אותו המשלח על כתפו או בידיו מעתה לרבנן דפליגי אדר' נתן וסברי דחי אינו נושא את עצמו איכא חילול במשאו בכל יוה"כ ועל כרחך הכשירו בכך ובזה אזלא הסוגיא דכריתות אבל ביומא רצה רב ששת לאוקמא הברייתא גם לר' נתן דסבר חי נושא את עצמו וליכא חילול יוה"כ במשאו כשהשעיר הוא בריא ולהכי אמר שעתי בא ללמד שאם חלה מרכיבו על כתיפו ובחלה גם לר' נתן

איכא חילול יוה"כ ומשו"ה לא דחי הש"ס להך ממרא דרפרם דשאני יוה"כ דהכשירו בכך דלר' נתן בשאר שנים שהשעיר הוא בריא ליכא כלל חילול יוה"כ כשנשא אותו אלא רק כשהשעיר הוא חולה יש ע"י נשיאתו חילול הוצאה ומ"מ ביוה"כ לא הוצרכה הברייתא לאשמועינן דמותר. לחלל יוה"כ בנשיאתו דכפרה כתיב בי' אלא כשחל יוה"כ בשבת איצטריך הברייתא לאשמועינן עתי אפילו בשבת ודו"ק:

סימן מב

עוד בענין הנ"ל:

מה שרצה כ"ת לומר בישוב הדבר למה לא הביא הרמב"ם ז"ל הך הלכה טמאי מתים ונעשו זבים דהטעם משום שהרמב"ם ז"ל פסק בפ"ג מה' ב"מ דביאה במקצת לא שמי' ביאה ולהכי לא סבירא לי' דאמרינן הואיל והותרה הותרה יש לדחות דהא הרמב"ם בפ' ד' הל' ט"ו מהל' ב"מ פסק דטומאה דחויה היא א"כ אפילו אי לא סבירא לי' כעולא גבי מצורע דהיתרא דנימא הואיל ואישתרי אישתרי מ"מ לגבי טומאה דדחוי' הא ס"ל לרבא התם דאמרינן הואיל ואידחי אידחי וע"כ נלע"ד בישוב מה שהשמיט הרמב"ם ז"ל הלכה זו דהנה שם בזבחים בתוס' ד"ה א"ל מטונך כתבו וא"ת ואי מטעם הואיל והותר לצרעתו הותר לקריו למה לי יבוא עשה שיש בו כרת וידחה עשה שאין בו כרת בלאו הכי נמי וי"ל דעל מחנה לויה שנכנס ט"י שבבעל קרי הוצרך לומר עשה דפסח דבכרת דחי עשה כו' דט"י אינו נכנס אי מה"ת ט"י דזב כזב דמי אי מדרבנן מגזירה דיהושפט שהרי בשמיני קאי ואינו אלא מחוסר כפורים דלא נאסר מעולם במחנה לויה כו' אבל על מחנה שכינה כו' קאמר מתוך שהותר מחוסר כפורים של מצורע כו' הותר נמי לט"י דקרי' ע"ש ואנכי בעת למודי עמדתי ע"ז דלפ"ז איך אמרינן הואיל והותרה לטומאתן הותרה לזיבתן הא טמא מת מותר לכנוס למחנה לויה היינו הר הבית וזבים משתלחין חוץ לשתי מחנות דהיינו חוץ להר הבית ול"ש לומר אכניסת הר הבית הואיל וצ"ל דמותר מ"מ לכנוס להר הבית מטעם דאתי עשה דפסח שיש בו כרת ודחי עשה שאין בו כרת:

אולם אכתי קשה לפי מה שכתבו התוס' שם ד"ה ור' יוחנן להקשות על רש"י ז"ל שכתב דר' יוחנן פליג אברייתא דתנא דברייתא סבר דט"י דזב כזב דמי איך דחי פסח לעשה הא איכא לאו דלא יטמאו את מחניהם ואין עשה דוחה עשה ול"ת ע"כ כתבו דהא דאמרינן ט"י דזב כזב דמי לאו לענין ביאת מקדש מיירי אלא לענין פסח הבא בטומאה ע"ש א"כ יקשה הא בזב גמור ודאי איכא עשה ול"ת וגם ר' יוחנן לא פליג אלא על טבול יום אבל לא על זב ואיך אמרינן הואיל והותר לטומאתן הותר לזיבתן הא במחנה לויה טמא מת לא נאסר כלל ול"ש לומר הואיל לדעת התוס' הנ"ל:

ועלה בדעתי לומר דהש"ס דקאמר הואיל והותר' לטומאתן הותרה לזיבתן זהו רק לענין אכילת קרבן פסח אבל לא לכניסתן להר הבית אלא משלחין קרבנותיהן ושוחטין וזורקין עליהם כיון דראוי' לאכול בערב וכמו דשוחטין וזורקין על ט"י ומחוסר כפורים כמבואר בפסחים דף צ' ע"א במתניתין משום דיכולים לאכול בערב אבל בלשון הש"ס משמע דהותר לגמרי אפילו לכנוס לעזרה ובזה קשה איך רשאין לכנוס להר הבית:

ומה שאני אחזה בזה בישוב קושית התוס' על רש"י ז"ל עפ"י מה דאיתא בפסחים דף צ"ה ע"ב בעי רב יוסף דחקו ט"מ ונכנסו להיכל מהו מדאישתרי טומאת עזרה אישתרי נמי טומאת היכל או דלמא מאי דאישתרי אישתרי מאי דלא אישתרי לא אישתרי אמר רבא וישלחו מן המחנה אפילו מקצת מחנה איכא דאמרי אמר רבא כו' כל היכא דקרינן אל מחוץ למחנה תשלחום קרינן בי' וישלחו מן המחנה וכתבו בתוס' ד"ה כל וא"ת כיון דאין חילוק בין היכל לעזרה למאי הילכתא איכתוב מן המחנה דמשמע מקצת מחנה וי"ל דעשה מיהא איכא בהיכל טפי מעזרה דלא אישתרי מהקישא אלא כרת עכ"ל משמע מדבריהם דהאיכא דאמרי לא פליג אשינוי' קמא אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא דלישנא קמא אמר רבא דאיכא עשה בהיכל ואיכא:

דאמרי אשמועינן רבא דליכא כרת בהיכל ולפ"ז שפיר ניחא קושית התוס' דאף דבכל ימות השנה טבול יום של זב כזב דמי ואיכא עשה ול"ת מ"מ במצורע מחוסר כפורים דהתירה התורה להכניס ידיו לבהונות למאן דס"ל דביאה במקצת שמה ביאה ואמרינן כיון דאישתרי אישתרי נמי לקרי' ותו לא קרינן וישלחו מן המחכה שהרי אינו משתלח ממחנה שכינה פטור מהל"ת דלא יטמאו את מחניהם כשנכנס למחנה לויה וליכא אלא עשה וישלחו מן המחנה אפילו מקצת מחנה וכיון דליכא אלא עשה שפיר אמרינן דיבוא עשה דפסח שיש בו כרת וידחה עשה שאין בו כרת ושרי לכנוס להר הבית שהוא מחנה לויה וכמו כן שפיר ניחא הא דאמרינן הואיל והותרו לטומאתן הותרו לזיבתן לענין כניסה לעזרה וממילא ליכא בכניסה להר הבית אלא עשה לחודא וע"ז אתי עשה דפסח ודחי לעשה דוישלחו ודו"ק:

והנה הרמב"ם ז"ל בפ' ד' מהל' ביאת מקדש הלכה י"ג כתב ופסח שבא בטומאה ודחקו טמאי מתים ונכנסו להיכל אע"פ שלא הותרו אלא לעזרה הואיל שאין אני קורא בהם אל מחוץ למחנה תשלחום הרי אלו פטורים וכתב הכ"מ שם בעיא ואיפשטא בתרי לישנא חד לחומרא וחד לקולא ופסק לקולא משום דמספיקא לית לן לחייב וע"ש במ"ל ומוכח מהכ"מ דהני תרי לישני פליגי אהדדי ולא כתוס' דמפרשי דלא פליגי כלל אלא מקרא דוישלחו אפילו מקצת מחנה מרבינן דאיכא עשה ומקרא דחוץ למחנה

תשלחום ממעטינן דליכא כרת וכיון דלהרמב"ם נשאר הדבר בספק להכי שפיר ניחא מה שהשמיט הרמב"ם ז"ל הך מימרא דרב יוסף דאפילו אם נימא דזבין ומצורעים שנעשו טמאי מתים או טמאי מתים ונעשו זבים ומצורעים מותרים לכנוס בעזרה או מטעם כיון דאישתרי אישתרי כאביי אי מטעם דרבא מה לי חד דיחויא מה לי שתי דחיות מ"מ אסורין לכנוס במחנה לויה דטמאי מתים לא אישתרי כקושית התוס' וממילא אי אפשר שיכנסו בעזרה ואין להקשות דמ"מ לענין אכילה נימא הואיל ואישתרי אישתרי או מה לי חד דיחויא כו' ויהי' מותרין לשלח קרבנותיהם די"ל דלאכילה לחודא לא אמרינן הואיל ואישתרי אישתרי או מה לי חד דיחויא מה לי שתי דחיות ודו"ק:

סימן מג

כתב הרמב"ם ז"ל בפ' ו' מה' ביאת המקדש הלכה ג' כהן שעבד ונמצא חלל עבודתו כשרה לשעבר ואינו עובד להבא ואם עבד לא חילל שנאמר ברך ד' חילו ופועל ידיו תרצה אפילו חולין שבו תרצה והכ"מ מראה מקום לזה מסוגיא דקידושין פרק האומר דף ס"ו ובפ' ח' דתרומות כתב עוד דלכאורה משמע דלא מכשירינן אלא מה שעבד קודם שנודע אבל אם עבד אחר שנודע חילל ורבינו משמע ליה דכיון דלא אשכחן בקרא דמחלל עבודתו אדרבה אשכחן בהדיא דלא מחלל מהיכי תיתי לן למימר דאי עבד אחר שנודע חילל ותנא אורחא דמילתא נקט דאין דרך לעבוד אחר שנודע עכ"ל והנה לפע"ד נראה דיש להביא ראיה מוכרחת לדעת הרמב"ם ז"ל מיבמות דף ל"ג דאיתמר התם זר ששימש בשבת פליגי בה ר' חייא ובר קפרא ר"ח סבר דחייב דכי אישתרי שבת לכהנים הותרה ולא לזרים וב"ק סבר דכשהותרה שבת לכל הותרה ואינו חייב אלא משום זרות ותמיהא לי טובא דאיך סבר בר קפרא דשבת לכל הותרה הא קי"ל דזר שעבד עבודתו פסולה ואיך יתכן שאם חילל שבת בעבודה פסולה שיהא פטור משום שבת הא אפילו כהן שהקריב ונמצא קרבן פסול חייב חטאת משום שחילל שבת כמו דאיתא בהדיא במתניתין דפסחים דף ע"א הפסח ששחטו שלא לשמו חייב וכן תנן התם נמצא טריפה בסתר פטור ודייקינן בגמרא הא בגלוי חייב ע"ש וא"כ הכי סבר ב"ק דזר עדיף מכהן דכהן שעבד ועבודתו פסולה חייב משום שבת וזר שעבד ועבודתו פסולה פטור משום שבת זהו יציבא בארעא וגיורא בשמיא ואף שמסקנת הש"ס התם דפליגי באיסור חל על איסור מ"מ גם פשטא דהס"ד דהש"ס ג"כ צריך ביאור ובפרט שהריטב"א בחידושיו שם בד"ה התחיל ר"ח לדון כ' דהא דאמרינן להלן דפליגי באיסור כולל כו' י"ל דאליבא דר' אבוה פליגי באיסור כולל וכו' והכא טעמא דנפשייהו קאמרי ע"ש:

הן אמת דלא מצינו בעבודות שצריכין כהונה כמו קבלה והולכה וזריקה שיהא חילול שבת גמור בעבודתן זולת בהקטרת למאן דס"ל דהבערה לחלק יצאתה באיסור סקילה ולר"י דאמר הבערה ללאו יצאתה באיסור לאו וכשעובד זר בהקטרה לא מיפסיל הקרבן אע"פ שחייב מיתה ועבודתו פסולה וא"כ יש לומר דבאמת כמו כן כהן שהקטיר באופן שעבודתו פסולה כגון במחוסר בגדים בשבת ג"כ אינו חייב מיתה משום דאמרינן דשבת לכל הותרה אפילו אם העבודה פסולה ודוקא בשחיטה דלא בעי כהונה הוא דאמרינן כיון דמיפסל הקרבן וצריך להביא קרבן אחר חייב משום שבת אבל בהקטרה כיון דהקרבן כבר כשר ומ"מ התירה התורה להקטיר בשבת לכהנים הותרה אפילו אם עבודתו פסולה ולפ"ז יש מקום לומר דר' חייא ובר קפרא פליגי איך הדין בזר ששימש בהקטרה בשבת כיון דכהן ששימש בשבת אפילו אם העבודה פסולה פטור משום שבת כיון שהקרבן כשר אפשר דה"ה דזר ששימש נמי פטור דשבת לכל הותרה. אמנם מלבד דלא מצאתי דין זה מבואר איך הדין בכהן שהקטיר בשבת מחוסר בגדים אם פטור משום שבת עוד הקושיא במקומה עומדת לרב אחא בי' דמוקי לפלוגתייהו בשחיטת פרו של כהן גדול אבל לדעת הרמב"ם ז"ל דחלל שעבד גם לאחר שנודע עבודתו כשרה שפיר יש לומר דפליגי זר ששימש בשבת הוה פירושו חלל שהוא באמת זר רק גזרת הכתוב הוא שעבודתו כשרה דר"ח ס"ל דחייב שתים משום זרות ומשום שבת ובר קפרא ס"ל כיון שעבודתו כשרה אינו חייב אלא משום זרות אבל משום שבת פטור דשבת לכל הותרה כל שעבודתו כשרה:

ומעתה מוכח לפ"ז דחלל עבודתו כשרה גם לאחר שנודע שהוא חלל דליכא למימר פליגי בשימש קודם שנודע שהוא חלל פשיטא שהוא פטור לגמרי דהא הו"ל אנוס הן אזרות הן אשבת כמו נמצא טרפה בסתר דפטור כדתנן בפסחים דף ע"א ע"ב וה"ה הכא בכה"ג שנודע לי' אח"כ שהוא חלל דמניין לו לידע שהוא בן גרושה וב"ח כיון שהיה בחזקת כהן כשר אלא ע"כ מיירי שעבד אחר שנודע לו שהוא חלל וא"כ מונח וזה דגם אחר שנודע שהוא חלל עבודתו כשרה כדעת הרמב"ם והנה כתבו התוס' בכתובות דף כ"ג ע"א ד"ה והא איכא וקשה לר"ת דבשבויה נמי איכא איסור סקילה אם נישאת לכהן שמשמש ע"ג המזבח בשבת והשעה"מ בפרק ו' מה' ביאת מקדש כתב דדבריהם תמוהין דכיון דקי"ל דחלל שעבד עבודתו כשרה פשיטא ודאי דאינו חייב סקילה וכבר ראיתי להפר"ח בליקוטיו בס' מים חיים שתמה על ר"ת והניח בצ"ע והנראה שדעת ר"ת בדעת הרמב"ן דב"ג לא הכשירה תורה למפרע אלא כשנמצא ספק חלל אבל ודאי חלל עבודתו פסולה:

ולפי האמור שפיר עולין יפה דברי התוס' דנהי דגזירת הכתוב הוא דחלל שעבד עבודתו כשרה מ"מ לא מיפטר משום חילול שבת דקי"ל כר"ח דחייב שתים משום דאמרינן לכהנים הותרה ולא לזרים אע"פ שהעבודה כשרה. ולפי האמור ניחא נמי מה דקשה לי בהא דאיתא שם להלן בסוגיא זר ששימש בשבת במאי אי בשחיטה שחיטה בזר כשירה ואי בקבלה והולכה טלטול בעלמא הוא ואי בהקטרה והאמר ר' יוסי הבערה ללאו יצאתה וע"ז עמדתי למ"ד מקלקל בהבערה פטור אמאי חייב משום הבערה הא כיון:

דעבודתו פסולה ליכא שום תיקון בהבערתו וכמו דפריך הש"ס בפסחים ע"ג ע"א למ"ד מקלקל בחבורה פטור מה תיקן כן. הכי נמי יש למיפרך הכא הא מאן דס"ל מקלקל בחבורה פטור ס"ל נמי דמקלקל בהבערה פטור ומה תיקן בהקטרתו כיון דעבודתו פסולה ובתשובה אחרת פלפלתי בזה אבל לפי מה שהעליתי דמיירי הכא בחלל שעבד ועבודתו כשרה שפיר ניחא דחשוב תיקון כיון דעבודתו כשרה. אמנם מה שיש לעורר בזה לכאורה דאי נימא דמיירי בחלל שעבד ונודע לו אח"כ שהוא ב"ג או לדעת הרמב"ם שעבד אחר שנודע לו שהוא ב"ג על כרחך מיירי שהיה לבוש בגדי כהונה בשעת עבודתו דאי לאו הכי הא הו"ל מחוסר בגדים ועבודתו פסולה וכן ראיתי מפורש יוצא בספר מנחת חינוך מצוה צ"ט גבי בגדי כהונה דחלל שעבד בלי בגדי כהונה עבודתו פסולה כמו כהן כשר אבל מ"מ כיון דאינו ראוי לעבוד א"כ לא נצטוה על בגדי כהונה אינו חייב מיתה אם עבד מחוסר בגדים וכמ"ש התוס' בקידושין דף ל"ו ע"ב גבי נשים ע"ש א"כ עכ"פ צ"ל דמיירי הכא שהיה לבוש בבגדים ולכך עבודתו כשירה ואם נימא דמ"מ חייב משום שבת כמו שכתבתי אמאי אינו חייב נמי אשם מעילה מחמת שהיה לבוש בגדי כהונה דלענין בגדי כהונה נימא שהוא זר וכשהותרו בגדי כהונה לכהנים הותרו ולא לזרים אע"פ שעבודתו כשרה וכן איסור כלאים שהי' לבוש אבנט נמי נימא דלכהנים הותרה ולא לזרים אע"פ שהעבודה כשרה דגזירת הכתוב הוא דאפילו חולין שבו תרצה אבל לא לגבי איסורים כמו דאמרינן לענין שבת דחייב:

אמנם דברי המנחת חינוך שם מקושי' הבנה דכתב התם שני דברים הסותרים שכתב דחלל שעבד בלי בגדים עבודתו פסולה דלא עדיף מכהן כשר ושוב כתב דאי עבד במחוסר בגדים אינו חייב מיתה כמ"ש התוס' בקידושין הנ"ל גבי נשים ה"ה בחלל דאף דגזירת הכתוב דעבודתו כשרה זה מכלל הברכה אשר בירך הש"י אבל לא לענין קללה שנתחייב עי"ז מיתה בידי שמים ומלקות וכיון שנודע עתה שלא הי' אז ראוי לעבודה פטור על הלאו דמחויב כנ"ל ע"כ ע"ש ובאמת ממ"נ אם מדמי לנשים הא כתבו התוס' שם דנשים כיון שלא נצטוו על הבגדים אף לכתחלה אינם צריכים בגדים ועבודתם כשרה

בלי בגדים ואיך כתב הוא ז"ל בהחלט דלענין עבודה פסול כשהוא מחוסר בגדים ומ"מ הוא פטור ממיתה ומלקות מפני שהוא זר ולפע"ד יש לפקפק בזה ואם נדמה לנשים הסברא נותנת שעבודתו כשרה בלי בגדים כי כן גזירת הכתוב שאפילו חולין שבו תרצה ובשלמא בשאר כהנים הכשרים שע"י הבגדים המה כהנים כמו דאמרינן דבזמן שאין בגדיהם עליהם אין כהונתם עליהם העבודה פסולה במחו"ב אבל חלל שע"י הבגדים לא נתכהן כלל והוא כזר אצלם רק מגזירת הכתוב העבודה כשרה אפילו בלי בגדי כהונה ודו"ק:

והנה לפי מה דכתיבנא צריך לומר נמי לפי מה דמוקי הש"ס התם בשחיטת פר של כה"ג וכמ"ד דשחיטת פרו של כה"ג בזר פסולה עכצ"ל נמי דמיירי שכה"ג נמצא בן גרושה ויהא מוכח לפ"ז דכ"ג שנמצא חלל ביוה"כ עבודתו כשרה אבל ראיתי בספר הפלאה שכתב ליישב דברי ר"ת דמשכחת לה שחלל שבת כשנמצא חלל בשחיטת פרו של כה"ג וכתב לא מיבעיא למ"ד דשחיטת פרו של כה"ג בזר פסולה וכיון דאפילו בכהן כשר פסול כ"ש בחלל ואפילו למ"ד דכשרה מ"מ כיון דחלל הוא ואינו ראוי לכה"ג דלא אמר' התורה אלא דאינו מחלל עבודה אבל עכ"פ לכל מילי אין לו דין כהן וממילא דאיכא חילול שבת ביוה"כ שחל להיות בשבת ע"ש מדבריו אלו נשמע דס"ל דאם נמצא כ"ג חלל ביוה"כ דכל העבודות פסולים משום דליכא כ"ג ולא ידעתי מנין לו דבר זה לחלק בין כ"ג לכה"ד הא מסתמא דהש"ס משמע דכמו דכה"ד אינו מחלל עבודתו כשנמצא חלל כמו כן הדין גבי כה"ג שנמצא חלל דעבודתו כשרה וגם יקשה הש"ס דקידושין דף ס"ו ע"ב דמדמה ר"ט מקוה שנמצא חסר לדין כה"ד שנמצא ב"ג ולמה צריך ר"ע לדמהו לבע"מ הוי לו לדמות לכה"ג דכשנודע אח"כ שהוא ב"ג וב"ח עבודתו פסולה למפרע ונ"ל די"ל דשאני כה"ג דלא הוה כה"ג מבטן רק שנתמנה להיות כה"ג כדאיתא בירושלמי הובא בתוס' יומא דף י"ג כה"ג נתמנה בפה ונסתלק בפה ע"ש להכי כי נתוודע שהוא בן גרושה וב"ח הוה מינוי בטעות ואגלאי מלתא למפרע דלא היה כה"ג כלל ומשו"ה כל עבודתו פסולות למפרע וכ"ז דוחק:

והנה התוס' שם ד"ה אמר כתבו וא"ת מאי משל הוא זה הרי במשל אפילו נודע שפסול היה בשעת עבודה אפ"ה עבודה כשרה כדמוכח בסמוך וכו' ואור"י דבתרתי פליגי פליגי בטהרות שנעשו על גביו למפרע וכו' ופליגי כמי במקוה שטבל בו כהן ועבד עבודה ובאו עדים והעידו שהיה המקוה חסר קודם הטבילה ר' טרפון אומר כשרה העבודה מידי דהוה אבן גרושה וב"ח ואהא קאי המשל ע"ש מעתה לפי דעת הרמב"ם ז"ל דאפילו אחר שנודע עבודתו כשרה נשאר התמיה ביותר הרי אינו ענין כלל לנמשל דבמקוה

חסר בודאי לא עלתה לו טבילה לכו"ע וראיתי שכבר עמד ע"ז השעה"מ שם והוסיף עוד חבילות תשובות להשיב על הרמב"ם והביא שדעת התוס' בתענית דף ט"ז ע"ב ד"ה דבר כדעת הרמב"ם ז"ל שכתבו דחלל יוכיח שאינו אוכל בקדשים ומ"מ כשר לעבודה כדאמרינן בפ' האומר והקשה על דבריהם מריש פ"ב דזבחים מייתי דזר מחלל עבודה מק"ו מבע"מ ומה בע"מ שאוכל אם עבד חילל זר שאינו אוכל אינו דין שאם עבד חילל והשתא לדעת התוס' לימא חלל יוכיח שאינו אוכל ואינו מחלל עבודתו ע"ש ולפענ"ד ליישב דבריהם דבאמת חלל שהיה נודע מקודם שנכנס לעבודה ומעולם לא היה בין הכהנים הוי פסול ומחלל עבודתו אפילו בדיעבד והרמב"ם והתוס' לא כתבו רק בחלל שלא היה נודע מתחילה שהוא ב"ג וחלוצה והיה עובד העבודה כמו כהן כשר ואח"כ נודע שהוא ב"ג וחלוצה אותו הכשירה התורה למה שעבד למפרע כדי שלא יתחלל מה שכבר עבד ובגלל הדבר הזה הוסיפה התורה לגזור שגם על להבא אם עבר ועבד אינו מחלל עבודה כדי שלא יהא זלזול להעבודה שכבר עבד דאם תאמר שעל העתיד עבודתו פסולה יהי' זלזול להעבודות שעברו: וכיון דעיקר הטעם מה שהכשירה התורה הוא משום עבודות שעבד למפרע שפיר אמר ר' טרפון המשל לגבי מקוה שנצרך לטהר את הטובלים כל כמה דאפשר שהרי חזינן שרצון התורה היה להכשיר מה שנעשה ע"י חסרון הידיעה כמו חלל שעבד ואח"כ נודע שהוא חלל שאלו היה יודע שהוא חלל לא הי' עובד ורק משום חסרון ידיעה בא לעבוד עבודתו הכשירה התורה א"כ ה"ה במקוה שטבל הטמא וברצונו היה לטבול במקוה שהיה כשר ואח"כ נודע שהיא חסרה יש לנו להשתדל להכשירה ולהעמיד' על חזקתה שבשעת הטבילה היתה כשירה ואע"ג דלא דמי לעבודה דבמקוה לא הכשירה התורה על העתיד כדי שלא יהא זלזול על הטבילות שטבלו מקודם היינו משום דאין ענינו כמו עבודה שבמקדש שנוגע לכבוד השכינה ולכבוד כל ישראל מ"מ נוגע לזלזול הטהרות מה שכבר נעשה ע"י האדם שטבל בהמקוה יש לנו להחזיק המקוה על חזקתה דהשתא הוא דחסרה ולא לטמא למפרע מחמת ספק ולפ"ז מסתברא דה"ה כה"ג שכבר עבד עבודה ביוה"כ ונודע שהוא בן גרושה שעבודתו כשרה דקדושת כה"ג היא קודש הקדשים והחילול יותר גדול ואם חס רחמנא על עבודת כה"ד שלא תתחלל כ"ש דחס על עבודת כה"ג שלא תתחלל ודו"ק:

סימן מד

בפסחים דף וא"ו ע"א כדתניא שואלין ודורשין בהלכות הפסח שלשים יום קודם הפסח רשב"ג אומר שתי שבתות מ"ט דת"ק שהרי משה עומד בפסח ראשון ומזהיר על פסח שני מ"ט דרשב"ג שהרי משה עומד בר"ח ומזהיר על הפסח שנאמר החדש הזה לכם

ראש חדשים וכתיב דברו אל בני ישראל ויקחו להם וגו' ופריך ממאי דבריש ירחא קאי דלמא בארבעה בירחא או בחמשה בירחא אלא אמר רבה ב"ש משמי' דרבינא מהכא (במדבר ט') וידבר ה' אל משה במדבר סיני וגו' הכא נמי ממאי דבריש ירחא קאי ודילמא בד' בירחא או בה' בירחא קאי אמר רב נחמן ב"י אתיא מדבר ממדבר וכו'. והנה לדעתי יש לעורר למה קאמר הש"ס ודילמא בד' או בה' בירחא קאי הלא יותר הו"ל למיפרך ודילמא בט' בירחא קאי יום אחד קודם בעשור לחודש ולא מצאתי מי שעורר בזה:

ונראה לפענ"ד ליישב עפי"מ דאיתא בפסחים צ"ב ע"א (פלוגתא דרב ועולא) אי שוחטין וזורקין על טמא שרץ אי אין שוחטין וזורקין על טמא שרץ דרב סובר אין שו"ז ועולא סובר שו"ז ורצה הש"ס לומר דטעמא דרב דמחוסר טבילה וחיישינן דילמא פשע אבל טבול יום שאני דשמשא ממילא ערבא ודחי הש"ס דהא אמר רב מטמאין אחד מהם בשרץ אלמא דמדאורייתא נמי לא חזיא ומסיק דטעמא דרב דכתיב איש איש כי יהי' טמא לנפש וגו' מי לא עסקינן שחל שביעי שלהן בערב הפסח דהיינו טומאת שרץ ואמר רחמנא נידחי וכ"ת ממאי דהכי הוא סבר לה כר' יצחק דאמר טמאי מת מצוה היו שחל שביעי שלהן בערב פסח שנאמר ולא יכלו לעשות הפסח ביום ההוא. ביום ההוא אין יכולין אבל למחר יכולין לעשות עיי"ש:

והרמב"ם ז"ל בפרק ו' מהלכות קרבן פסח הלכה א' כתב טמא מת שחל שביעי שלו להיות בי"ד אעפ"י שהזה עליו וטבל והרי הוא ראוי לאכול קדשים בערב אין שוחטין עליו והרי הוא נדחה לפסח שני שנאמר ויהי אנשים וגו' מפי השמועה למדו ששביעי שלהן הי' וע"ז שאלו וכו' ובהלכה ו' כתב ואפילו חל שביעי שלו להיות בשלשה עשר בניסן והוא שבת ידחה ליום י"ד ומזין עליו ואין שוחטין עליו כמו שביארנו אלא ידחה לפסח שני כו' ובהלכה זיי"ן כתב ישראל ערל שמל בערב פסח שוחטין עליו אחר שמל אבל גר שנתגייר ביום י"ד ומל וטבל אין שוחטין עליו שאינו אוכל לערב והרי הוא כפורש מן הקבר שצריך ז' ימים ואח"כ יטהר עיי"ש. ומעתה היו צריכים במצרים לטהר את ישראל מטומאת מת דאף דעדיין לא נצטוו על דיני טומאת מקדש וקדשיו עד אחר הקמת המשכן ואפילו נימא דרוב ישראל היו טמאי מתים ושפיר עבדי בטומאה מ"מ הא כתיב בפסח מצרים וכי יגור אתך גר ועשה פסח לה' וגו' ותנן בפסחים דף צ"ב ע"א דסברי ב"ה גר שנתגייר כל הפורש מן הערלה כפורש מן הקבר דהיינו שטמא ז' ימים כטמא מת וכתב רש"י ז"ל דצריך הזאת שלישי ושביעי והגם שלא היו להם מי חטאת מ"מ הי' להם להמתין עכ"פ ז' ימים לטבילה אחר המילה וכן ראיתי בחידושי המאירי על יבמות דף ע"א שכתב וע"ז אומר וכי יגור אתך גר יכול מיד כלומר שאם נתגייר ערב

פסח יהא טובל ואוכל פסחו לערב ת"ל כו' עכ"ל וכונתו נ"ל על מה שהכתוב מסיים ואז יקרב לעשותו אז בגימטריא ח' שעשיית הפסח צריך להיות ביום שמיני למילתו ודבר זה נצטוו בפסח מצרים הרי מיד ת"ל כו' עיי"ש הרי חזינן דאסמכי' הלכה זו על הפסוק שנאמר בפסח מצרים ולפי"ז על כרחך אמר משה לישראל לא יאוחר מיום ה' בחודש כדי שימולו הגרים וגם יטהרו הטמאים בשביעי שהוא י"ג בחודש ניסן לא מבעי' לדעת הרמב"ם דאין שוחטין על טבול יום וטמא מת אלא אפילו לדעת הראב"ד ז"ל דשו"ז עליו מ"מ טוב יותר שיטבול בי"ג ובי"ד יביאו בעצמם את קרבנם ולא לטבול א"ע בע"פ ולשלוח ע"י שליח דמצוה בו יותר מבשלוחו ולפי"ז זמן האחרון הי' לצוות על קרבן פסח בה' בחודש כדי שיהי' להם זמן לטהר א"ע בי"ג בחודש:

אבל עדיין יש לעורר למה קאמר הש"ס בד' לחודש אולם גם בזה יש לומר משום דהש"ס מסיק דרשב"ג יליף משנה שני' ובשבת פרק ר"ע לחד ברייתא דריש ירחא דניסן בשנה שני' הי' באחד בשבת ולדידי' על כרחך אמר משה לישראל לא יאוחר בד' בשבת בבוקר כדי שיהי' להם זמן לגרים למול בד' בשבת לפי מה שהביא הש"ך ביו"ד סי' רס"ו בשם התשב"ץ דמילה שלא בזמנה אין מלין בה' בשבת כדי שלא יצטרכו בשלישי למילה לחלל עליו את השבת וכתב דלשיטת הה"מ דכ"ש ביום ב' למילה יש סכנה גם בע"ש ג"כ אין מלין מהאי טעמא וע"כ אם יצוה משה לישראל בה' בשבת ע"כ ימולו הגרים באחד בשבת ויהי' יום ז' בשבת ע"פ וכאן גרע יותר דהא איכא תנא ביבמות מ"ז דאין מטבילין גר בשבת ע"כ תפס הלשון בד' בשבת או בה' בשבת למר כדאית לי' ולמר כדאית לי':

ומה מאוד יומתק לפי"ז מאמר הספרי שהביא רש"י ז"ל בסדר בהעלותך על הפסוק למה נגרע אמר להם אין קדשים קריבין בטומאה אמרו לו יזרוק הדם ע"י כהנים טהורים ויאכל הבשר לטמאים (גרסת הרא"מ לטהורים) אמר להם עמדו ואשמעה מה יצוה ה' לכם כתלמיד המובטח לשמוע מפי רבו אשרי ילוד אשה שכך מובטח שכל זמן שהי' רוצה הי' מדבר עם השכינה עכ"ל והנה לפי דאמרינן בשבת פרק ר"ע דף פ"ז ע"א דשלשה דברים עשה משה מדעתו והסכים הקב"ה על ידו פירש מן האשה דדריש ק"ו ומה שכינה שלא דיברה עם ישראל אלא שעה אחת וקבע להם זמן אמרה תורה אל תגשו אל אשה ואני שכל שעה ושעה שכינה מדברת עמי ואינו קובע לי זמן עאכו"כ הרי זה לא הי' דבר חדש מה שכל זמן שהי' רוצה שכינה מדברת עמו וכן בסוף גבי מקלל נאמר ויניחוהו במשמר לפרוש להם על פי ה' והלא הכא השעה צריכה לכך ומאי רבותא שהיתה השכינ' מדברת עם משה:

אבל לדעת הרמב"ם ז"ל שפיר יש לומר כיון דהמעשה הי' שחל שביעי שלהם להיות בע"פ והם טבלו וקבלו הזאה ולא היו אלא טבולי יום ומ"מ אסר להם משה לשחוט ולזרוק עליהם ויקריבו ק"פ בראשון וע"ז טענו עפי"מ דאיתא בש"ס דשבת הנ"ל דמשה שיבר את הלוחות מדעתו דדריש ק"ו ומה פסח שהיא אחת מתרי"ג מצות אמרה תורה כל בן נכר לא יאכל בו התורה כולה כאן וישראל מומרים על אחת כמה וכמה והנה לעיל דף פ"ו ע"ב מסיק הש"ס דניתנה תורה לטבולי יום והמה עדיין לא ידעו שיש חילוק בין טבול יום דטמא מת לטבול יום דטמא שרץ שפיר טענו למה נגרע הרי התורה קדושה יותר מפסח ומ"מ ניתנה לטבולי יום מכ"ש פסח יש להקריב לטבול יום ואם פסח חמור מתורה כולה נסתר הק"ו שלך ולמה שברת הליחות מדעתך וע"ז השיב דדוקא טבול יום דטמא נפש נדחה לפסח שני אבל ט"י דשרץ שו"ז עליו וגבי נתינת התורה הפולטת שכבת זרע לא הוי רק כטמא שרץ שפיר ניתנה תורה לט"י ולפ"ז שפיר כתב הספרי אשרי ילוד אשה שכך מובטח שכל זמן שהי' רוצה הי' מדבר עם השכינה דמצד הדין לא היתה השכינ' צריכה לדבר עמו עכשיו דלמה שיבר את הלוחות מדעתו בלי שאלת השכינה דלולא זאת לא הי' להם פתחון פה לטעון עמו כלל והבן:

עוד י"ל לפי מה שהבאתי למעלה בשם חידושי המאירי שכתב דגרים צריכים ליטהר בשביעי שלהם וע"ז הכתוב אומר וכי יגור אתך גר ועשה פסח יכול מיד ת"ל וכו' הכונה שנאמר ואז יאכל בו א"ז בגימטריא ח' היינו בליל שמיני למילתו יאכל הרי שחטו פסחיהן בשביעי שלהם והי' קשה להם הרי הפורש מן הערלה כפורש מן הקבר ולמה נגרע מהם שאין אנו רשאין לשחוט ולזרוק עלינו:

סימן מה

הנה בחת"ס חלק ששי תשובה כ"ג כתב ע"ד השאלה שהי' ר"ל עידן ריתחא חאלירע וע"פ דברי רופאים מומחין אין לצאת מפתח ביתו אליבא ריקנא ביום התענית והיוצא דמו בנפשו כי הוא בסכנת מגפת חאלירע איך להתנהג ביוה"כ וע"ז הביא הוא ז"ל תשובת דבר שמואל באשה מינקת שהתענית הי' קשה להילד עד שיש בו סכנה הורה שלא להתענות אע"פ שהיא בריאה וע"כ גם הוא התיר בעה"ב בעידן ריתחא שלא להתענות ויאכלו כפי שיעור שישערו הרופאים ע"ש וכן נודע לי שכן הורה הגאון בעל שו"מ ז"ל בשנת תרל"ג לק"ק אסטראה בוואלין שלא להתענות הן חולים והן בריאים ויאכלו פחות פחות מכשיעור:

ודכירנא שבימי עלימי שמעתי בעיר מולדתי הוראדנא דליטא שהי' בדבר זה מחלוקת בק"ק ווילנא הרבנים דשם כי הרב הגאון ר' ישראל סאנטער ז"ל הורה שלא להתענות

ביוה"כ ושאר גדולי הרבנים חלקו עביו אך הוא בעצמו לא השגיח על דבריהם ועשה מעשה בעצמו שטעם ביוה"כ בפומבי בבהכ"נ ועי"ז נהייתה רעש גדול בעיר ואנכי בהיותי עדיין עול ימים לא ידעתי טעם המחלוקת לא טעמם של האוסרים ולא הטעם של הרב הגאון הנ"ל המתיר: והנה כאשר ראיתי בחת"ס וגם נודעתי מהשו"מ שהתירו בפשיטות עלה על לבי להתבונן דעת האוסרים ומה זה שרעשו עליו על מה שהתיר הוא ז"ל והי' הדבר לפלא בעיני אמת הדבר שבזמן ההוא עדיין לא יצא לאור החלק ששי חת"ס כי הוא נדפס בפעם ראשונה שנת תרכ"ד אבל עכ"ז בודאי הי' להם טעם לאסור עד שנחה דעתי כי שמעתי שהרופאים אומרים שהתענית. הוא דבר מסוכן להחולי חלירע אבל אין התענית עצמו מזיק אלא שאחר התענית צרך מאוד לזהר לאכול רק בצמצום ומחמת שאינן נזהרים בזה ואוכלים יותר מחמת רעבון של התענית ע"כ התענית הוא מסוכן וזהו דבר שאין הציבור יכולין לעמוד ולהיות נזהרים שיאכלו רק מעט עד שלא תהא האכילה מזיק להם ונראה לפע"ד דיש לדמות דבר זה למה דאיתא באו"ח סי' שכ"ט סעיף ו' עכו"ם שצדו על עיירות ישראל אם באו על עסקי נפשות מחללין עליהם את השבת ואם באו על עסקי ממון אין מחללין עליהם את השבת ויש מי שאומר שבזה"ז אפילו באו על עסקי ממון מחללין שאם לא יניחנו ישראל לשלול ולבוז ממונו יהרגנו והוי עסקי נפשית וכ' המג"א וצ"ע ויניחנו ליקח הממון ולא יחלל שבת ואפשר כיון דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו חיישינן שמא יעמוד אחד נגדם ויהרג ולכן מחללים כו' ע"ש א"כ הענין הנ"ל דגוף התענית אין מזיק כלל אלא שאין הציבור יכולים לעמוד על אכילתם לאכול בצמצום ואפשר שאדם אחר יאכל יותר מהצמצום וימות עי"ז שרי לכל הציבור לאכול ביוה"כ אע"פ שהם בריאים כרי שלא ימות אחד מישראל ע"י התענית תליא בהני שני דיעות הנ"ל ועי' לעיל בחלק או"ח סי' ל"ז שהבאתי מ"ש הר"נ ז"ל בסנהדרין דף ע"ב ומדבריו מוכח דס"ל כדעת היש מי שאומר ואפילו ביחיד דלא כמג"א שמחלק שם בין ציבור ליחיד ע"ש והנה אם יאמרו הרופאים שהתענית בעצמו הוה סכנה פשיטא להחת"ס דאין להתענות כלל אפילו בריאים וכן הדבר פשוט גם בעיני אבל מה דיש לי לעורר דבע"ז דף כ"ח ע"א דר' יוחנן חש בצפידנא אדל לגבה דההיא מטרוניתא עבדא חמש' ומעלי שבתא כו' אישתבע לה לאלקא ישראל לא מגלינא גליה לי' למחר נפיק דרשה בפירקין ופריך הש"ס והא אישתבע לה ע"ש ומאי פריך הא ודאי דמשויה דרשה בפירקין כדי שידעו התלמידים הרפואה לרפאות אחרים הא אין לך דבר שעומד בפני פקו"נ אלא עכצ"ל דבההוא שעתא לא הי' חולים שהיו צריכים לרפואה זו ומשו"ה פריך ור' יוחנן דרשה בפירקין כדי שידעו הרפואה על העתיד כאשר יזדמן מי שיחלה על

חולי צפידנא הרי נראה דמשו"ה פריך דלא הי' רשאי לעבור על השבועה דכ"ז דליכא חולים לא חשוב פקו"נ אולם יש לדחות ולומר דאפשר שיבקשו מהמטרוניתא שהגלה להו בעצמה ולא הי' הדבר נחוץ שיעבור על השבועה:

סימן מו

כתב הטור והמחבר בהלכות חנוכה סי' תרע"ה אם הדליקה בפנים והוציאה לחוץ לא עשה כלום שהרואה יאמר לצרכו הוא דאדלקה וע"ז תמה הב"ח דהתם בגמ' אמרינן טעם זה רק למ"ד הנחה עושה מצוה אבל למ"ד הדלקה עושה מצוה אמרינן הדלקה במקומה בעינן וכיון דהטור פוסק כמ"ד הדלקה עושה מצוה למה צריך לכתוב הטעם דהרואה אומר לצרכו הוא דאדלקה ועי' בטו"ז ובמג"א שם:

ולפע"ד יש לומר דאיכא נ"מ בזה אם הניחן בחוץ רק הפתילות היו ארוכות עד שהגיעו לפנים והדליקן בפנים וביער והולך עד שהאש הגיע לחוץ דמצד מצות הדלקה הי' כשר כמו במנורה דפריך הש"ס בשבת דף כ"ב ע"ב כיון דקביעי נרות לא סגיא דלא משקיל ואדלוקי תרגמה רב פפא בפתילות ארוכות ע"ש אלמא אע"ג דבמנורה ודאי בעינן הדלקה במקומה ממש היינו כל נר ונר במקומו ואם הדליק הפתילה חוצה לה והניחה בנר לא יצא וכן מוכח מגמרא והא כיון דקביעי נרות וכתב רש"י ז"ל ולא הי' יכול לנתק נר מערבי מן המנורה להדליק כו' ע"ש ולא אמרינן שהי' יכול ליטול הפתילה של כל נר ונר ולהדליק מנר מערבי ולהניח למקומה דזה בודאי אסור דבעינן הדלקה במקומה ממש ומ"מ משני דמדליקין ע"י פתילות ארוכות הרי מוכח שאעפ"י שהדלקה לא הוה במקומה מ"מ כיון שהאש הולך עד מקומו ובוער עד מקום כל נר ונר חשוב הדלקה במקומו א"כ פשיטא דה"ה בחנוכה כשמדליק מבפנים פתילות ארוכות שהאש הולך עד החוץ במקום הנחת נרות שפיר יצא אבל למ"ד הנחה עושה מצוה בודאי לא סגי בהכי דכיון שלא נראה מבחוץ גוף הדלקה הרואה יאמר לצרכו הוא דאדלקה ומשו"ה שפיר ניחא מ"ש הטור והמחבר אם הדליקה בפנים והוציאה לחוץ הוה פירושו שהוציאה כשהפתילה דולקת החזיקה בידו שלא תפול הפתילה והביאה עד מקום הנחת נר חנוכה לא עשה כלום שהרואה אומר לצרכו הוא דאדלקה:

ובזה יש ליישב מש הרמב"ם ז"ל בפי ט' מהל' בה"מ דהדלקה נרות כשר' בזרים כו' לפיכך אם הטיב כהן את הנרות והוציאן לחוץ מותר לזר להדליקן ובספר מנ"ח תמה ע"ז כיון דמקום המנורה בהיכל בודאי צריך להדליק במקומה וכתב שמצא שכבר קדמוהו בקושיא זו בספר מעשה רוקח עוד כתב לתמו' הא בפירוש נאמר בת"כ בפסוק יערוך אותו לפני ד' שלא. יתקן בחוץ ויכניס בפנים והביאו הרמב"ן ז"ל בפירושו על התורה

ע"ש ולפע"ד אין כאן תמיה כלל דמוכח מהש"ס הנ"ל כשמדליק ע"י פתילות ארוכות חשוב הדלקה במקומה ומסתברא דאין חילוק בין כמה צריך להיות אורך הפתילה אלא אפילו אם ארכה הרבה אפילו ער מאה אמה ויותר כשר דע"י פתילות ארוכות חשוב הדלקה במקומה וכנ"ל:

עוד אמרתי לפרש מה שאנו אומרים בעל הנסים ואחר כך באו בניך לדביר ביתך ופינו את היכלך וטהרו את מקדשך והדליקו נרות בחצרות קדשך ותמה בספר בני יששכר מאמר חודש כסלו אות צ"ב ע"ז וכתב הדברים תמוהים וכי בחצר היתה המנורה עומדת הר בהיכל היתה:

ע"ש ולפע"ד עוד יש להקשות איך באו לדביר ופינו את ההיכל וטהרו את המקדש הא הי' טמאי מתים, ועי' בפר"ח או"ח הלכות חנוכה שהביא קושי' הב"ח איך הדליקו את המנורה הא הי' טמאי מתים ותירץ הפר"ח דהדלקת המנורה היא עבודת ציבור וטומאה דחויה בציבור ע"ש א"כ עדיין קשה תינח הדלקת הנרות אבל האיך נכנסו למקדש לפנות את ההיכל ולא מסתברא לומר דזה חשוב עבודת ציבור וגם בדבר זה יש לדחות את הטומאה:

ע"כ נראה לפע"ד עפ"י מה דאיתא בשבת דף כ"א ע"ב לשנה אחרת קבעום ועשאום ימים טובים בהלל והודאה ע"ש לפ"ז יש לומר דמה שאנו אומרים בעל הניסים ואח"כ באו בניך לדביר ביתך כו' אין הכונה תיכף אחר הנצחון אלא אחר שנטהרו מטומאתם ע"י טבילה והזיה כדת ובמשך הזמן פינו את ההיכל וטהרו את הכלים ולשנה אחרת כאשר כבר נגמרו כל הדברים הנצרכים לטהרת המקדש והכלים וקבעו ימי חנוכה בהלל והודאה ועשאום ימים טובים הדליקו הרבה נרות בכל העזרות לכבוד החג הקדוש הזה כמו שמחת בית השואבה אשר הי' מרבים בהדלקת נרות וכמו שמצוה להרבות בנרות בכל שבתות השנה ובכל ימים טובים מפני קדושת היום להרבות השמחה וזהו פירוש והדליקו נרות בחצרות קדשך ואין הכונה על המנורה ומחיות אשר הדפסת ספרי זה נשלם בימי חנוכה שנעשה לאבותינו נסים ונפלאות בזמן הזה ע"כ אמרתי לסיים הספר בענינא דיומא והש"י יעשה לנו ניסים ונפלאות להחיש גאולתנו ויבנה מקדשינו ויקוים בנו מקרא שכתוב (תהלים ס"ה ה') אשרי תבחר ותקרב ישכון חצריך נשבעה בטוב ביתך קדוש היכלך א"ס תם ונשלם שבח לאל בורא עולם. על ידי הפועל (הזעצער) העוסק במלאכת הקודש באמונה דוד צבי פערסטער בן ר' אברהם אביש ז"ל: