שו״ת · אחרונים · עין יצחק

עין יצחק חלק א

רבי יצחק אלחנן ספקטור

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

עין יצחק חלק א

רבי יצחק אלחנן ספקטור

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/עין-יצחק-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611160902 של הספרייה.

תוכן העניינים

אורח חיים 6
סימן א 6
סימן ב 19
סימן ג 22
סימן ד 25
סימן ה 28
סימן ו 54
סימן ז 57
סימן ח 62
סימן ט 65
סימן י 70
סימן יא 74
סימן יב 76
סימן יג 82
סימן יד 84
סימן טו 87
סימן טז 113
סימן יז 118
סימן יח 125
סימן יט 129
סימן כ 134
סימן כא 141
סימן כב 143
סימן כג 153
סימן כד 155
סימן כה 159
סימן כו 162
סימן כז 189
סימן כח 197
יורה דעה 210
סימן א 210
סימן ב 220
סימן ג 224
סימן ד 226
סימן ה 227
סימן ו 229
סימן ז 234
סימן ח 236
סימן ט 239
סימן י 256
סימן יא 258
סימן יב 261
סימן יג 264
סימן יד 267
סימן טו 283
סימן טז 290
סימן יז 296
סימן יח 301
סימן יט 304
סימן כ 306
סימן כא 316
סימן כב 319
סימן כג 321
סימן כד 324
סימן כה 328
סימן כו 333
סימן כז 362
סימן כח 364
סימן כט 373
סימן ל 376
סימן לא 377
סימן לב 379

סימן לג 383
סימן לד [א] 385
סימן לד [ב] 392
סימן לה 393
סימן לו 401
סימן לז 406
אבן העזר 408
סימן א 408
סימן ב 419
סימן ג 427
סימן ד 435
סימן ה 450
סימן ו 460
סימן ז 466
סימן ח 476
סימן ט 488
סימן י 496
סימן יא 499
סימן יב 522
סימן יג 524
סימן יד 525
סימן טו 532
סימן טז 534
סימן יז 538
סימן יח 555
סימן יט 557
סימן כ 558
סימן כא 568
סימן כב 581
סימן כג 597
סימן כד 619
סימן כה 649
סימן כו 650
סימן כז 652
סימן כח 718
סימן כט 722
סימן ל 748
סימן לא 753
סימן לב 759
סימן לג 761
סימן לד 768
סימן לה 770
סימן לו 772
סימן לז 777
סימן לח 797
סימן לט 799
סימן מ 803
סימן מא 806
סימן מב 810
סימן מג 824
סימן מד 836
סימן מה 838
סימן מו 841
סימן מז 843
סימן מח 851
סימן מט 858
סימן נ 861
סימן נא 866
סימן נב 869
סימן נג 873
סימן נד 876
סימן נה 877
סימן נו 878
סימן נז 882

סימן נח 887
סימן נט 898
סימן ס 925
סימן סא 929
סימן סב 931
סימן סג 940
סימן סד 952
סימן סה 956
סימן סו 959
סימן סז 963
סימן סח 985
סימן סט 1001
סימן ע 1004
סימן עא 1027
סימן עב 1029
סימן עג 1035
סימן עד 1036
סימן עה 1050
סימן עו 1054
סימן עז 1079
סימן עח 1097
סימן עט 1170
סימן פ 1213
סימן פא 1226
סימן פב 1237

אורח חיים

סימן א

ב"**ה** יום ר"ח טבת תרל"ט. כבוד הרב הנ' וכו' מכתבו הגיעני בשאלתו ע"ד הס"ת שהי' בה הרבה נפסקין וכפי שאמר הבחור כבן י"ט שנה אשר קרא בה וקנה דיו מן השוק ותיקן כשני ספרים וחצי ושאלו אותו אם זוכר את כל המקומות אשר תיקן וחיפש ומצא את אשר השיב ידו ואמר אשר לפי הנראה עוד לא תיקן אמנם בבירור לא נדע וע"ז שקיל וטרי כת"ר הרבה א') במה שלא נבדק אם הביא ב' שערות. ב') במה שתיקן כם הדיו מן השוק דלפי הנשמע הוא מן עפצים הנקרא גאליש וקנקנתום הנקרא קופער וואש אבל לא מן גומא ועוד ספיקות והעלה כת"ר להכשיר בדברים נכונים וביקש כת"ר ממני להגיד דעתי בזה:

ענף א

א

והנני להשיבו בעז"ה והוא כי ידוע דברי הנו"ב במ"ת ח' או"ח סי' א' דהעלה דסמכינן על חזקה דרבא בדיעבד והביא לדברי המג"א בסי' ל"ט ס"ק א'. אכן בתשובת רע"א זרל סי' ז' העלה דלא סמכינן בזה על חזקה דרבא והביא לדברי המג"א הנ"ל ותמה על מש"כ המג"א פד שיהי' בן י"ח כפי שכתב הא"ר וכזה תמה ג"כ הנרב שם והבית מאיר על או"ח סי' ליט. אכן אף לדברי רע"א ג"כ אין להחמיר בנ"ד דהא לפי הנראה ממכתבו לא הי' ידוע כ"כ פסול הנפסקין רק על פי עדות הבעל הזה. א"כ יש לדון ס"ס להיתרא ספק א' שמא לא הי' הנפסקין באופן שיהי' נפסקין הפוסלין וכמבואר באו"ח סי' ל"ב סעי' ט"ז. וכן אם הי' מחקין שמא לא הי' בדרך שפוסלין וכמבואר שם סעי' כ"ז ומ"ש וגם הא יש חזקת כשרות להס"ת דאוקי אותה פעל חזקת כשרות דהי' להס"ת מכבר. וכמו בכל ספק דמוקמינן אותה על חזקת היתר הראשונה ואף אם נימא דזהו חזרה דאיתרעי עכ"ז מידי ספיקא לא נפיק וספק ב' שמא הי' גדול שהביא שתי שערות בפת שתיקן הס"ת והוי ס"ס מעליא להיתרא ואם הבחור אומר עכשיו שהין הנפסקים הפוסלים ואין לנו בירור אחר זולתו על עיקר הדבר. אך לדעת הרשב"א המובא ביו"ד סי' קכ"ז ש"ך ס"ק ט"ז דע"א נאמן לאסור. וזולת מה שיש לדון בזה גופא ספק ולצרפו לס"ס יש לנו בלא זה היתר פשוט משום דין ממה נפשך דאי נימא דלא הביא שערות עדיין א"כ קטן הוא ופסול להעיד כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז סעי' ג' דקטן אין לו דין עד להיות נאמן באיסורין:

ב

ועיקר החומרא מה דיש מקום להחמיר הוא דילמא הביא עכשיו בעת עדותו שתי שערות ומהימן בעדותו עכשיו לומר שהי' הנפסקין באופן שנפסל הס"ת א"כ ממילא בלא"ה אין מקום לחוש להחמיר בנ"ד כלל אף אם נימא כדברי רע"א דכתב דכה"ג הוי בכלל כל מילי דאורייתא דלא סמכינן על חזקה דרבא עכ"ז הא מבואר בח"מ סי' ל"ה סעי' א' דאם שהו מלבודקו זמן רב ובדקוהו ונמצאו לו שתי שערות הוא בחזקת גדול משעה שהי' לו י"ג שנים ומהני עדותו אף להוציא ממון ולא חשש לדעת הרמב"ן המובא בב"י אה"ע סי' מ"ג:

ועיין באה"ע סי' ל"ז בב"ש ס"ק ה' מזה (ועיין בנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ד' ובנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' ס"א מזה ובשער המשפט לח"מ סי' ל"ה. ובאגודת אזוב בדרוש עמק הלכה מזה). ובתשובת רע"א שם סי' ז' העלה דלענין תפילין יש לומר דגם הרמב"ן מודה דיש לסמוך על מה שבדקוהו עכשיו דיש לו שתי שערות דיש להכשיר גם התפילין שכתב קודם הבדיקה משנת י"ג ואילך ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד לענין להכשיר הס"ת מה שתיקן מקודם הבדיקה כיון דנימא דעכשיו בעת עדותו הביא ב' שערות דמחזקינן דהי' לו ב"ש משנת י"ג ואילך וידעתי מה די"ל בזה דכזה מקרי חזקה דלא נתבררה בשעתה דעי"ז לא מחזקינן למפרע אך י"ל דיבדקו אותו עכשיו ויראו אם יש לו ב"ש א"כ יחזיקו ממילא כן למפרע. ואם אין לו ב' שערות א"כ ממילא אין לו נאמנות וכנ' וע"כ שפיר יש לדון להך ממנ"פ ויש להעיר מזה בסוגיא דנזיר (דף למ"ד ע"א) דאמרו שם אי אייתי במיצעי מאי כו' ופי' רש"י והתוס' שם אי דאייתי במיצעי אחר שהדירו אביו קודם שבא לב"ד ולא ידעינן אי הני שערות הוי בי' כשהדירו אביו או לא הוי בי' עד השתא כו' ומוכח דס"ל דאע"ג דנמצאו לו שערות עכשיו אין מחזיקין אותו בגדול למפרע וסייעתא מזה לשיטת הסוברים דאין מחזיקין אותו בגדול למפרע אף שהביא עכשיו ב' שערות:

ויש להאריך בכ"ז הרבה אכן לדינא העיקר כפי המבואר בח"מ סי' ל"ה כנ"ל:

ג

והנה בעיקר מילתא דכתבתי למעלה דקטן פסול להעיד באיסורין וכמבואר ביו"ד סי' קכ"ז כנ"ל יש להעיר ממסכת תמיד פ"א משנה א' בשלשה מקומות הכהנים שומרים בבהמ"ק כו' הרובים שומרים שם כו' ופי' המפרש והרע"ב שם דהם כהנים פחותים מי"ג שנים והנה מה דצריכין הכהנים לשמור הבהמ"ק זה נפיק שם מקראי וכמבואר שם בגמ' וקשה איך סמכין על שמירת הקטנים לצאת חובת שמירת המקדש המוטל על הכהנים מה"ת מצד גזה"כ הא קטנים אינם נאמנים לומר דישמרו ולא יהי' ישנים וכיוצא בזה

ובמידי דאורייתא הא לא ספכינן על הקטנים ואל דלא שייך התם חשש מכשול איסור. עכ"ז הא כיון דאינם נאמנים הקטנים:

ע"כ ממילא אינם יוצאים דין חובת השמירה שהטילה התורה על הכהנים לשמור המקדש ועיין במל"מ פ"ח ה' בית הבחירה ה' ה' שהעיר שם על הרמב"ם שהביא להך דהרובין היו שומרין שם וכתב לתמוה מצד אחר ע"ז והביא שם לדברי באר שבע ע"ש אבל לא העיר במה שכתבתי אכן לפי מש"כ הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז סוף ס"ק ל"א דהיכא דהוא בידו הקטן נאמן אף להוציא דבר מחזקתו כו' וכן משמע מתשובת הריב"ש דהא דאמרינן במסכת סוכה ספ"ג קטן היודע לשמור כו' זהו בטהרות שבידו כו' ע"ש בש"ך וכ"כ הר"ן ספ"ג דסוכה וסיים ומכאן יש ללמוד שסומכין על הקטנים לשמור דברים המותרים ומיהו דוקא בידו ממש כו' עכ"ל א"כ ה"ה בהא דסמכינן על שמירת כהנים קטנים לשמור המקדש ג"כ א"ש לפי דזהו דבר ביד הקטנים לשמור ע"כ שפיר יוצאין ידי חובתם על ידיהם וכמו דסמכינן על שמירת הקטנים גבי שמירת טהרות אך לפי דברי הר"ן בסוכה הנ"ל יש לחלק עדיין דהא הר"ן כתב שם בזה"ל דלהעמיד דבר על חזקתו כשמירת טהרות מהימן כו' א"כ אינו מוכח מהך דסוכה הנ"ל רק להיכא דיש חזקת היתר כו':

אבל לפי דברי הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז הנ"ל שכתב בפי' דהיכא דהוא בידו הקטן נאמן אף להוציא דבר מחזקתו כו' א"כ שפיר יש לומר כן אף גבי מ"ע דשמירת מקדש:

וע"כ אינו קשה על הסוברים לפרש דהרובים היו פחותים מן י"ג שנה די"ל דיסברו כדברי הש"ך ויש להאריך בזה. אכן להיכא דלא הוי דבר בידו פשוט ומבואר בכ"ד דאין הקטן נאמן כלל ע"כ שפיר כתבנו לעיל לדון בנ"ד דין ממנ"פ כנ"ל והא דמבואר ביו"ד סי' מ"ח סעי' י"ב דקטן נאמן להחמיר אם הוא חריף כו' וכן הוא ביו"ד סי' קכ"ז סעי' ג' היינו אם יש רגלים לדבר כמבואר שם בהרמ"א ובש"ך ביו"ד סי' מ"ח ס"ק מ"ב ע"ש ועוד דהא גם זהו רק מצד ספיקא ואזלינן לחומרא וכמש"כ המחבר והרמ"א שם בלשון דיש להחמיר ולאסור ע"כ גם זה גופא מספיקא לא נפיק ועדיין מצרפין זה לספק ספיקא וידעתי מה די"ל בראייתי מהך דהרובים די"ל דשא"ה לפי הך דפ"א דמדות משנה ב' איש הר הבית כו' חובטו במקלות אבל הא כתב התוי"ט שם בשם הש"ג דכהנים אינם לוקים וע' מל"מ ה' ביה"ב פ"ח ה"ו וגם אין לסמוך ע"ז לכתחילה ועיין ביו"ד סי' קי"ח ש"ך ס"ק ל"ב וביאור הגר"א ז"ל סימן קכ"ט ס"ק א' ובפרט לשיטת אביי בחולין (דף ג') וקצרתי:

ענף ב

ד

והנה בעיקר דין ס"ס דכתבתי לדון בנ"ד יש למשדי בי' נרגא ע"פ המבואר ביו"ד סי' ק"י בכללי הספק ספיקא דלא מהני הס"ס אלא כשנודעו ונולדו שני הספיקות ביחד וכמש"כ הרמ"א שם סעי' ט' בהג"ה וכן מוכח ביבמות (דף קי"ג) גבי בעיא דרב אשי בחרש אליבא דר"א דאי אמרת עתים חלים עתים שוטה קדושי מצי מקדש גרושי לא מצי מגרשי ולא דיינינן בזה דין ס"ס משום דספק הראשון נולד בעת הקידושין וספק ב' הוא בעת הגירושין ובמקום אחר הארכתי בזה וכ"כ בחידושי רע"א שם. א"כ ה"ה בנ"ד הא לא נולדו שני הספיקות ביחד דהא הספק הראשון אם הי' הנפסקין באופן הפוסל להס"ת או לא נולד מקודם והספק השני אם הי' גדול שהביא ב"ש בעת שתיקן להס"ת או לא נולד אח"כ בעת שתיקן להס"ת. א"כ זה לא הוי ספק ספיקא מעליא לכאורה וכ"כ המג"א בסי' תל"ט ס"ק ג':

ה

אבל באמת הוי זה ס"ס מעליא דהא ידוע דבדרבנן סמכינן על חזקה דרבא אף דלא נבדק אם הביא ב"ש וכמבואר באו"ח סי' נ"ה סעי' ה' ובשא"ד. אך בדחורייתח נא סמכינן על חזקה דרבא. וע"כ במה שנולד לנו הספק אם הי' גדול והביא ב' שערות בעת שתיקן להס"ת א"כ לענין אם כשר הס"ת לקרות בו בכל השנה הא זהו מילי דרבנן ובדרבנן הא סמכינן על חזקה דרבא אף אם לא הי' ס"ס מעליא והעיקר מה דיש לנו לדון הוא לענין אם מותרים לקרות בהס"ת בפרשה זכור דהוא מדאורי' וכמש"כ התוס' בברכות (דף י"ג) ובמגילה (דף י"ז) ובראש לברכות פ"ז סי' כ' ובמג"א סי' תרפ"ה. וכן י"ל עוד דהא מה דלא מהני ס"ס אם לא נודעו ב' הספיקות ביחד זהו דוקא בדאורייתא וכמבואר ביו"ד סי' ק"י סעי' ט' בהג"ה ובש"ך שם ס"ק ס"ב ועיין באה"ע סי' ב' בב"ש ס"ק י"ד ובדרבנן אף בלא נודעו ב' הספיקות ביחד דיינינן ספק ספיקא אף היכא דמצרכינן לדון דין ס"ס דוקא ולא מהני ספק א' לבד עכ"ז הוי כה"ג ס"ס מעליא:

ו

והנה במה שנסתפקנו על הס"ת אם היא כשירה או פסולה אין זה נוגע רק לענין אם מותר לקרות בו ולצאת חובת הקריאה ע"י ס"ת זה או לא ועיקר מצות קריאת ס"ת בכל השנה אין זה רק מדרבנן רק בפ' זכור הוא מה"ת כמש"כ התוס' בברכות (דף י"ג) ובמגילה (דף י"ז) ובראש לברכות פ"ז סי' כ' ובמג"א סי' תרפ"ה וכנ"ל ואף דבספק כזה דיש בידו לברורי מיד בקל ולראות בהס"ת אם הם נפסקין הפוסלין או לא די"ל דאין לקרות בהס"ת אף בכל השנה עכ"ז אין ספק זה נולד בדאורייתא רק בדרבנן. ומצרפינן שפיר ספק כזה

לספק השני הנולד לנו לאח"ז כנ"ל. וע"כ עכשיו שתיקנו את הס"ת ויש לנו עכשיו שני ספיקות. א) אם הי' מן נפסקין הפוסלין ב) שמא הי' גדול בעת שתיקן א"כ יש לנו עכשיו שני ספיקות המועיל אף דלא נודעו ב' הספיקות ביחד כיון דהוי מידי דרבנן וממילא מותר לקרות בו אף בפרשה זכור ופרה דהוי מדאורייתא משום דהא בעת שיהי' שבת פ' זכור ופ' פרה יהי' אז שני הספיקות הבאות ביחד וזה דומה למש"כ המג"א בסי' תל"ט ס"ק ג' בתירוץ הראשון שם דכיון דלא חל איסור חמץ עד שעה ו' אותה שעה נודעו ב' הספיקות ביחד והוי ס"ס מעליא אף דלא נולדו ב' הספיקות ביחד ע"ש וה"ה הכא כיון דלא הוי מידי דאורייתא אלא כשיגיע שבת פ' זכור ופרה ע"כ הא אז יש לנו שני הספיקות ביחד והוי זה ס"ס מעליא וידעתי מה די"ל עוד דהספק הראשון בנ"ד אין דינו ככל ספק הנודע מקודם דהא מקודם התיקון היה אז ספק הגלוי לכל וקצרתי:

ז

וידעתי מה דיש לדון אם הי' הס"ת של יחיד דאם נימא דהיו נפסקין הפוסלין דאינו יוצא ע"י ס"ת הזאת למצות כתיבת ס"ת והוי זה כמו דנולד ספק ראשון בדאורייתא לענין דמחוייב מה"ת להדר שיהי' לו ס"ת כשירה ולצאת חובת מ"ע דכתיבת ס"ת אך אם הי' ס"ת של ציבור אינו שייך לדון כן דהא בס"ת של שותפות אינו ברור אם יוצאים עי"ז חובת מ"ע הזאת ובמק"א הארכתי בזה ואף בס"ת של יחיד אם כתב ס"ת ונאבדה או נפסלה אח"כ אינו ברור דיהי' מוטל עליו החיוב לכתוב ס"ת מחדש כיון דיצא כבר בעת שכתב להס"ת ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ט:

וע"כ שפיר כתבתי לעיל דבעת שהי' הספק הראשון אין זה בדאורייתא רק במידי דרבנן והוי זה ס"ס המועיל אף לקרות בו בפ' זכור ופרה כ"ז כתבתי אף דנימא דלא סמכינן בנ"ד על חזקה דרבא וע"כ כתבתי מה דיש לדון להכשיר הס"ת אם לא נודע בבירור כד"ת שהי' הנפסקין הפוסלין להס"ת ואף דהבחור שתיקן להס"ת אומר שהיו נפסקין הפוסלין עכ"ז יש להכשיר וכמש"כ לעיל בארוכה אכן לדיו נלע"ד דאף בנודע ע"י עדים כשרים דהי' נפסקין הפוסלין ג"כ יש להכשיר משום דהעיקר כהנו"ב באו"ח סי' א' דהכשיר להתפילין אף דלא נבדק אם הי' לו ב"ש משום דסמכינן על חזקה דרבא בזה ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ז סעי' ג' ענף ח' בד"ה ועכ"ז היכא דיש שני דיינים האומרים כו' ואין להאריך בזה כעת:

ח

ועכשיו נשובה לעיין במה שתיקן להס"ת ע"י דיו מן השוק והוא דכפי שאמרו לי היודעים כי דיו מן השוק הוא של עפצים וקנקנתום היינו גאלעש וקופער וואש הנה מבואר בשו"ע יו"ד סי' רע"א סעי' ו' דאם כתבו בעפצא וקנקנתום כשר וכ"כ בשו"ע או"ח סי'

ל"ב סעי' ג' וכשיטת הרמב"ם וע"כ יש לנו לסמוך על פסק השו"ע כיון דלא הובא בשו"ע דעת הרא"ש דמצריך שיהי' הדיו גם מן גומא אך המג"א שם ס"ק ב' כתב דנכון להחמיר ולצאת ידי כולם כו' ואין זה רק על לכתחילה אבל בדיעבד יש לנו לסמוך על השו"ע ועיין בפמ"ג לאו"ח שם. והנה המשכנות יעקב ח' או"ח סי' ל"ז כתב דיש להחמיר דלא יכתבו רק עם גומא כו' ע"ש עכ"ז אין לנו להחמיר נגד השו"ע דסתם כשיטת הרמב"ם וסייעתו ואף אם ניחוש ולומר דה"ל ספיקא דדינא עכ"ז אם יתקנו הס"ת ויעבירו הקולמוס לתקנם בדיו כשר אין לנו להחמיר דהא מבואר בשו"ע אה"ע סי' קל"א סעי' ה' גט שכתבו שלא לשמה והעביר עליו קולמוס לשמה דדיעה ראשונה ס"ל דאינו גט וי"א שחוששין לו ומבואר בב"ש שם ס"ק ה' דהרמב"ם ס"ל דיו ע"ג דיו לא הוי כתב כלל והר"ח והרשב"א ס"ל דיש להסתפק בזה לפי דמתקנו בכתב השני וכסברת התוס' בגיטין (דף י"ט) א"כ לפי שיטת הרמב"ם דס"ל דאף כשמתקן בכתב האחרון הוי כמו כל דיו ע"ג דיו דאינו כתב כלל דלפ"ז ה"ה בנ"ד אף כשמתקן הס"ת במה שמתקנו להעביר הקולמוס בדיו הכשר דזה לא נחשב לכתב כלל עכ"ז הא לשיטת הרמב"ם בלא"ה כשר הס"ת בנ"ד דהא ס"ל להרמב"ם דכשר לכתוב ס"ת בעפצים וקנקנתום אף בלא גומא כנ"ל וע"כ אף דנימא לחוש לשיטת הסוברים דפסול הס"ת דנכתב בעפצים בלא גומא עכ"ז מידי ספיקא לא נפיק וה"ל ספיקא דדינא אם כשר הס"ת הנכתב בעפצים בלא גומא או לא ולכן עכשיו שיעבירו עליו הקולמוס לתקן בדיו כשר דזה תלוי בפלוגתת הפוסקים אם מהני כתב האחרון היכא שמתקנו דלא הוי כמו דיו ע"ג דיו משום די"ל דנחשב לכתב מעליא א"כ יש לנו ס"ס דדינא להכשיר הס"ת:

ט

וידעתי מה דיש להעיר בהך ס"ס מן דברי הב"ש בסי' ע"ז ס"ק י"ז דכתב לדון דין ס"ס ספק שמא הלכה כהרמב"ם דזכתה בוודאי בנצ"ב ואת"ל כהחולקים. אכתי ספק דילמא זכתה מדינא דהש"ס כו' הרי דס"ל כיון דחד דיעה ס"ל דהוי דין ברור כן ודיעה ב' ס"ל דהוי זה ספיקא דדינא דנחשב זה לס"ס המועיל א"כ ה"ה בנ"ד כיון דדיעה א' ס"ל דכתב ע"ג כתב אף היכא שמתקנו לא נחשב לכתב כלל ודיעה שני' החולקת הא ס"ל דהוי ספיקא דדינא בזה. א"כ יש לנו על הספק השני שכתבתי לדון בנ"ד. דשמא הלכה דדיו ע"ג דיו כשר היכא דבא לתקן דבזה הספק יש לנו ס"ס הסותרו והוי כעין דברי התוס' בכתובות (דף ט' ע"ב) ד"ה אי למיתב לה כתובה כו' שכתבו התוס' שם דאם על הספק השני מן הספק ספיקא יש לנו ס"ס הסותרו דאין מצרפינן זה הספק להספק הראשון ולא הוי ס"ס מעליא ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד. אכן בעיקר דברי הב"ש הנ"ל יש לדון הרבה

דהא הוי ספק ספיקא מן שם א' ועיין מזה בספרי נחל יצחק לסי' ל"ח ענף ג' מזה ולכן העיקר לדעתי לדון בנ"ד ס"ס דדינא וכמש"כ לעיל דהוי ס"ס מעליא היינו ספק א' שמא הלכה דס"ת הנכתב בדיו בלא גומא ג"כ כשר ואת"ל כהחולקים עכ"ז ספק שמא הלכה דאם כתב השני בא לתקן דנחשב שפיר לכתב מעליא ולא הוי כמו כתב ע"ג כתב וידעתי מה דיש לדון עוד בנ"ד להא דח"מ סי' שפ"ו סעי' ד' הזורק כלי מראש הגג כו' הזורק חייב דאע"ג דרבא מספקא לי' לא שבקינן פשיטותא דרבה מפני ספיקא דרבא וכמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ב סי' א' וש"פ א"כ ה"ה הכא כיון דדיעה א' ס"ל דבגט שנכתב שלא לשמה והעבירו עציו קולמוס לשמה דאינו גט כלל משום דס"ל דזה ברור לדינא דאף אם מתקנו ג"כ הוי כמו כתב ע"ג כתב דאינו כתב כלל להכתב האחרון ודיעה שני' ס"ל דחוששין לו אבל מידי ספיקא לא נפיק כמבואר באה"ע סי' קל"א ובהראשונים שם ע"כ יש לדון בזה נ"כ דאין ספיקא של השיטה זו מוציא מן הוודאי דשיטת החולקים וכעין זה כתב הט"ז באו"ח סי' תרמ"ו ס"ק ו' ע"ש. ומ"מ לדינא גם זה מידי ספיקא לא נפיק וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' שפ"ו בס"ק כ"ז לשיטת הפוסקים דלא ס"ל להך כללא ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף א' מזה שהבאתי שם ראי' לזה מברכות (דף ל"ו) דאמרו שם דהא לב"ש ספיקא הוי כו' ולכן עדיין זה גופא ה"ל ספיקא דדינא ויכולין לצרף זה גופא לדון ס"ס וה"ל ס"ס מעליא ואף דהמחבר באה"ע סי' קל"א סעי' ה' הנ"ל כתב לדיעה הראשונה בסתם ודיעה שני' בשם יש אומרים עכ"ז הא שיטת המחבר ביו"ד ובאו"ח דס"ת בדיו של עפצים בלא גומא ג"כ כשר ולא הביא שום חולק כלל בשו"ע ע"ז:

ענף ג

ו

ולכאורה יש למשדי נרגא בהך ס"ס וכפי מש"כ לעיל דכללי הס"ס הוא שיהי' שני הספיקות נולדו ביחד וכמבואר ביו"ד סוף סי' ק"י א"כ ה"ה הכא הא הספק הראשון נולד בעת שתיקנו להס"ת בדיו מן עפצים בלא גומא והספק הב' נולד בעת שיעבירו הקולמוס לתקנו בדיו כשר א"כ הא לא הוי שני הספיקות נולדו ביחד אך יש לחלק דשאני ספיקא דפלוגתא דדוקא ספק במעשה אמרו כן והחילוק הוא קל לחלק ביניהם וכעין זה כתב הש"ך ביו"ד סי' כ"ג ס"ק י"ח בשם התה"ד לחלק בכעין זה בין ספיקא דפלוגתא לספיקא בגוף המעשה ע"ש. וכ"כ הש"ך ביו"ד בשם התה"ד בסי' נ"ז ס"ק נ"א ע"ש. אמנם בסי' ס"ו גבי דם ביצים משמע שלא לחלק בזה בין ספיקא דפלוגתא לספק במעשה ועיין בפרמ"ג ליו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס אות א' ועיין בתשובת רע"א זצ"ל סי' ס"ד מזה:

וקצרתי אכן לפמש"כ מתחילה הוי זה ס"ס מעליא אף דלא נודעו ב' הספיקות ביחד דהא אם הספק הראשון הוא בדרבנן ולא בדאורייתא כבר נתבאר דאף דלא נודעו ב' הספיקות ביחד הוי ס"ס מעליא א"כ הא קריאת התורה בכל השנה לא הוי רק מדרבנן ע"כ לא מקרי זה נולד הספק בדאורייתא רק בדרבנן ע"כ הוי זה ס"ס מעליא וכשיבא שבת פ' זכור אז יהי' השני ספיקות ביחד וכעין דברי המג"א בסי' תל"ט גבי חמץ כנ"ל וע"כ מן הראוי להדר ולתקן מקודם שיגיע שבת פרשה זכור ופרה כדי דיהיה אז שני הספיקות ביחד:

יא

ומה שכתב כת"ר לחוש שמא היה עוד איזה נפסקין שתיקנן הבחור כיון דאינו אומר ברי לי שלא תקנתי יותר מכפי המקומות שזוכר שתיקנן בוודאי. הנה לענ"ד אין לחוש לזה דהא על כל אות ואות מן הס"ת יש חזקה דמעיקרא וגם חזקה דהשתא וזהו בגדר חזקה דכאן נמצא כאן היה דכמו דנמצא עכשיו על הס"ת האות שלם בלא שום נפסק כלל דכן הי' אותו האות על הס"ת מעיקרא ולא נעשה דבר מחודש בנתיים והיכא דליכא שום חזקה דמעיקרא הסותר לחזקה דהשתא לכ"ע דיינינן לחזקה דהשתא ואמרינן כאן נמצא כאן היה מעיקרא וכמש"כ המהרי"ט ח' ח"מ סי' ח' בארוכה וכמבואר בב"ב (דף קנ"ג). ואף להחולקים שם טעמם משום דחזקת ממונא עדיפא ועיין מזה בח"מ סי' קי"ב סעי' ב' וסי' ס' ומה"ט כתב הרמב"ן ביבמות (דף קט"ו) דאם נמצא הגט במקום הכתיבה דלא חיישינן ליוב"ש אחר משום דדיינינן לחזקה דכאן נמצא כאן היה והובא שימת הרמב"ן הנ"ל והרשב"א באה"ע סי' י"ז בביש ס"ק נ"ו ע"ש. והחולקים שם טעמם משום דחזקת א"א סותרו וכעין זה אי' בטור חה"ע סי' בשם הרמיה דכי אית בה ש"פ השתא הוי קידושין בוודאי וזה ג"כ מה"ט א"כ בנ"ד דיש גם חזקה דמעיקרא על כל אות מן הס"ת וודאי דמהני חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא דהוא בגדר כאן נמצא כאן היה מעיקרא על הס"ת וגם החזקה דמעיקרא דהי' על כל אות זהו בגדר חזקת הגוף וכעין דברי התוס' בכתובות (דף ע"ה ע"ב) ד"ה אבל היכא דליכא חזקה דממונא אזיל בתר חזקה דגופא כו' דכתבו התוס' בסה"ד דחזקת הגוף הוי חזקה מעליא יותר מחזקת פנויה ע"ש וכמו כן יש לנו חזקת הגוף על כל אות ואות מן הס"ת דכמו דהיה גוף כל אות ואות שלם מעיקרא בעת שנכתב הס"ת דגם עכשיו מעמידין כל אות ואות כ"ז שלא ידענו בוודאי שנפסק דמוקמינן ליה על חזקת הגוף שהיה לגוף דכל אות מקודם וכ"כ גבי נגע מוקמינן ליה על חזקתו ולא חיישינן שמא בציר ליה שיעורא אח"ז כמבואר בחולין (דף י'):

ובפרט דנמצא עכשיו שלם ע"כ אין לנו לחוש שמא נפסק בנתיים ועיין בתוס' חולין (דף י' שם) ולכן לדינא ברור דאין לנו לחוש שמא היה עוד נפסקין ותיקנן הב' כ"ז שלא ידענו בוודאי שהיו נפסקין ותיקנן:

יב

וגם יש לדון לספק ספיקא על כל אות היינו ספק שמא לא היה בו שום נפסק כלל ואת"ל דהיה בו איזה נפסק אכתי ספק שמא לא היה נפסק באופן שיהיה פוסל להס"ת. והוא בגדר כעין ספק על ואת"ל על שמא לא דרס דאף דהוי ס"ס משם א'. עכ"ז ה"ל ס"ס מעליא וכמש"כ הש"ך ביו"ד בכללי הס"ס:

וכמש"כ החוות דעת שם על הש"ך בס"ק י' לתרץ לקושיות הכרו"פ שם דלכן ספק על כו' ה"ל ס"ס מעליא משום דספק הראשון ה"ל ספק בעיקר הריעותא ע"ש. וה"ה בנ"ד ה"ל ספק בעיקר הריעותא אם היה כלל ריעותא בכל אות בפני עצמו היינו אם היה כלל איזה נפסק בו:

ואת"ל דהיה בו הריעותא אכתי ספק שמא לא היה הנפסק באופן דיהיה פוסל להס"ת וע"כ ה"ל ס"ס מעליא. וגם לחזקה דמעיקרא דהיה על כל אות מעיקרא וגם חזקה דהשתא דכמו דנמצא עכשיו שלם באותו המקום שנמצא לפנינו עכשיו שלם דכן היה מעיקרא שלם ולא נשתנה גוף האות מעולם ולכן מן הטעמים הללו אין לנו לחוש שמא היה נפסק באופן דיפסול ואח"ז חזר ותיקנן כיון דנמצא עכשיו שלם ואין לנו לחוש רק בהאותיות דאומר דזוכר שתיקנן ובאותן האותיות יש לנו עצה להעביר קולמוס עליהם בדיו כשר ואז אין לנו לחוש כלל וכמש"כ לעיל בארוכה:

יג

והנה בעיקר הסברא שכתבתי לדון דאוקמינן אחזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא ולא חיישינן שמא נעשה דבר מחודש בנתיים יש להעיר עפ"ז ביבמות (דף פ') דאמרו שם וליחוש שמא הבריא בנתיים כיון דתחילתו וסופו לקוי לא חיישינן מתיב רב מרי רחב"א אומר בודקין אותו שלש פעמים בתוך שמונים יום לחד אבר חיישינן לכולי גופא לא חיישינן עכ"ל הגמ' וקשה דהא אף בחד אבר אין לנו לחוש דהא יש לנו חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא ואין לנו לחוש שמא נעשה דבר מחודש בנתיים אך זה הקושי' תסוב בלא"ה על הסוגיא זו דמ"ש זה מן הא דחולין (דף י') דמוקמינן להנגע על חזקתו ולא חיישינן דילמא בצר ליה שיעורי' לאח"ז ואף היכא דאיתרע עכשיו כתבו שם התוס' בחולין דמוקמינן להנגע על חזקתו הראשונה א"כ כש"כ הכא דיש לנו גם חזקה דהשתא דלא היה לנו לחוש שמא נעשה דבר מחודש בנתיים ויש לתרץ דשא"ה דיש חזקה הגוף דמעיקרא דכמו דלא היה לו מום בעת שנולד דכמו כן אין לו מום קבוע עכשיו לענין

לשוחטו במדינה. ואף דמום עובר יש לו עכשיו בוודאי מ"מ מסייע ליה החזקה דמעיקרא נדון דאין ט עכשיו מום קבוע כמו דנא היה לו מום קבוע מקודם שנולד לו מום הזה כן אין לו גם עכשיו מום קבוע דמוקמינן ליה על חזקה דמעיקרא וכעין זה כתבו התוס' בחולין (דף ט' ע"ב) בד"ה התם הלכתא גמירי לה מסוטה כו' בסה"ד בזה"ל וי"ל דגמרינן שפיר מסוטה דעשאה הכתוב כודאי ולא מוקמינן לה אחזקתה דאע"ג דאיתרע לה חזקתה מ"מ אי מוקמינן לה אחזקתה לא היה לה להיות וודאי טמאה כו' וכ"כ התוס' בנדה (דף ב') ד"ה והלל כי אמר כו' ע"כ ה"ה הכא אף דאיתרע החזקה דמעיקרא דהא מום עובר יש לו בודאי עכשיו עכ"ז מיבעי לן לחוש לחומרא מצד אוקי אחזקה דמעיקרא דכמו דלא היה לו מום קבוע בעת שנולד דכמו כן אין לו מום קבוע עכשיו ומחמת הך חזקה דמעיקרא מחמרינן לחוש שמא הבריא בנתיים דלא ישחטו במדינה כן י"ל בזה:

יד

אכן עדיין יש להקשות דלפ"ז קשה דמאי מקשו בגמ' שם עלה דאמרו שם גבי סריס חמה דליחוש שמא הבריא בנתיים ומתרץ כיון דתחילתו לקוי וסופו לקוי לא חיישינן דהקשו ע"ז מהא דבודקין אותו כו' הא יש לחלק דשאני גבי בכור דיש שם חזקה דמעיקרא וכנ"ל משא"כ בסריס חמה דהוי רק ממעי אמו כדאמרו שם דבזה לא שייך הך חזקה דמעיקרא ע"כ שפיר אמרו כיון דתחילתו וסופו לקוי כו' לכן נלע"ד דעיקר הטעם הוא התם דהא יש לנו לומר דהוא מן הרוב אנשים דאינם סריסים ממעי אמו וה"ה התם גבי מום חוורוד הקבוע בבכור יש לנו לחוש שמא הבריא בנתיים וע"כ מקשה הש"ס שפיר וידעתי למש"כ התב"ש בסי' כ"ט גבי מים בראש דכיון דיצתה מהרוב עכ"פ ע"כ לא דייניגן התם להרוב בהמות כשרות הם ע"ש. והחוות דעת ביו"ד סי' נ' השיג על התב"ש בזה ע"ש:

ויש להעיר עפ"ז בהא דבכורות (דף מ"ב ע"ב) דהואיל ואישתני אישתני כו' ומזה הוי סייעתא לדברי התב"ש וקצרתי ולדברי החוות דעת הנ"ל י"ל דכיון דרוב אנשים הם אינם סריסים. א"כ כיון דאין דינו להיות סריס חמה אלא באופן שהוא לקוי ממעי אמו ולא היה לו שעת הכושר מעולם משום דאם היה לו עת הכושר א"כ אין לו דין סריס חמה אלא כמו רוב אנשים דאינם סריסי חמה וע"כ מקשו דליחוש שמא הבריא בנתיים משום דיש לנו למיזל בתר הרוב דאינם ס"ח וכמו כן האיש הזה אינו ס"ח כיון דהבריא בנתיים וגם אינו סריס אדם כיון שלא נסתרס בידי אדם א"כ אין לו דין סריס כלל וגם י"ל אף לסברת התב"ש דרק להחמיר ס"ל להסברא דכיון דיצא מן הרוב ע"י שיש לו מים בראש ע"כ יש להחמיר אבל להקל כמו הכא למיפטר אשתו מן חליצה בזה יש לנו לחוש דהוא

מן הרוב כנ"ל דהא רוב בני אדם אינם סריסים כלל. וע"ז משני הש"ס כיון דתחילתו לקוי וסופו לקוי ל"ח:

וע"ז הקשו מן הא דבכורות דבודקין אותו כו' וחיישינן שמא נשתנה בנתיים משום דיש לנו הרוב דאינם בעלי מומין ורובא עדיף מן חזקה דהשתא וחזקה דמעיקרא:

ע"כ ה"ה בחשש שאינו סריס חמה היה לנו לחוש לנשתנה בנתיים משום הרוב כנ"ל וע"ז משני לחד אבר חיישינן כו' אבל היכא דלא שייך הך רובא אז וודאי יש לנו לאוקמי על חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא דלא נעשה דבר מחודש בנתיים כן נ"ל בכ"ז:

טו

והנה מקודם שעיינתי בענין הס"ת בנ"ד רציתי לומר דיראו למחוק כל האותיות שנזכר שתיקנן בדיו שאינו של סופרים סת"ם ואח"ז לתקנן ולכתוב בדיו כשר לס"ת אכן חששתי שמא יש בתוך האותיות איזה שם דהוא מן השמות שאינם נמחקין וע"כ ראיתי לעיין בעז"ה והעליתי דאין לנו להחמיר רק דיהיה מועיל להעביר קולמוס על האותיות דזוכר דהיה נפסקין ותיקנם בדיו שאינו מן הדיו שכותבין בו ס"ת ולתקנם עכשיו בהעברת קולמות בדיו כשר ובזה אין לנו לחוש אף אם יהיה זה גם בהשמות שאינם נמחקין משום דהא מבואר בגיטין (דף י"ט) דדוקא בדיו ע"ג סיקרא בשבת חייב שתיים אחת משום כותב ואחת משום מוחק. אבל בדיו ע"ג דיו פטור ופי' רש"י שהרי הוא כבתחילה לא כתב ולא מחק לכן אין שום חשש מחיקת השם כלל במה שיעבירו הקולמוס עליהם בדיו כשר דהא עכ"פ הי כמו דיו ע"ג דיו כיון דאינו דיו ע"ג סיקרא סיומא דפיסקא הוא ע"פ כל האמור למעלה דאותן האותיות דאומר דזוכר דתיקנן בדיו שאינו בדיו שכותבין סת"מ דיעבירו הקולמוס עליהם בדיו כשר ומן הראוי להדר דיתקנם כן מקודם שיגיע פ' זכור ופרה ואז יהיה מותר לקרות בהס"ת אף לצאת חובת הקריאה בפ' זכור ופרה. ויעיינו היטב בכל הס"ת שמא יש עוד נפסקין אחרים ולתקנם כדין בדיו כשר ואז אין לנו לחוש כלל שמא היה עוד נפסקין שתיקנם בנתיים בהדיו שאינו כשר כפי הנהוג לכתוב סת"מ וכמש"כ בעז"ה ויש לי עוד להאריך בכ"ז ואין העת גורם להאריך יותר:

ענף ד

טז

כ"ז כתבתי להרה"ג השואל במכתבי הראשון ואח"ז כתבתי אליו מכתבי השני בקצרה וזהו מה שהעיר כת"ר על מש"כ לדון דאין לחוש שמא היה עוד נפסקין. ומה שאינם נמצאים כעת זהו לפי שבעת שתיקן הבחור את הס"ת תיקן אז עוד נפסקין שאינו זוכר כעת וע"ז כתבתי טעם א' דאין לנו לחוש לזה לפי שיש לנו חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא וע"ז הקשה כת"ר דהא כיון דהיה יותר מן שלשה נפסקין א"כ זה דומה להא

דיו"ד סי' פ"ד סעיף ט' דאם נמצאו שלשה הכל אסור ולא מצרפינן זה לספיקא משום דכיון דנמצאו שלשה הוי כמו דהוחזק לנו שהיה יותר וכמו כן הוא ביו"ד סי' רע"ט סעי' ג' ס"ת שנמצאו בו ג' טעיות אסור לקרות בו כו' וכן הוא באו"ח סי' תס"ז במג"א ס"ק י"ב כו' עכ"ל כת"ר הנני לפרש ביותר את דבריי והוא כי בעיקר מילתא מה דאמרו דאם נמצא שלשה הוחזק לנו בוודאי שיש עוד דזה לא נאמר רק היכא דליכא חזקת היתר. אבל היכא דיש לנו חזקת היתר שנתבררה או חזקת הגוף שנתבררה בזה לא אמרו דכיון דנמצא ג' הוחזק לנו שיש עוד בוודאי וראיה לזה מן הא דקיי"ל דוושתות דרבנן אף דראתה שלשה פעמים בווסת קבוע עכ"ז לא אמרינן דעי"ז הוי כמו דהוחזק לנו על כל ימי הווסת דוודאי ראתה אלא אמרינן דמה"ת אין זה ספק כלל רק מדרבנן החמירו לשווי' לספיקא ולכן כשיש עוד ספק שמא טבלה מצרפינן זה לס"ס וכמבואר בנדה (דף טו) ובתוס' ד"ה אפילו הגיע זמן ווסתה כו' [ועיין בכללי חזקה מכת"י הגאון בעה"מ מג"ש ושו"ת פ"י הנדפס בס' בית אפרים להגאון ר' זלמן מרגליות זצ"ל בס"ק י"ב ע"ש]. וכן הוא ביו"ד סי' קפ"ד סעי' י"א. וע"כ הטעם הוא דכיון דאשה יש לה חזקת טהרה. ע"כ מוקמינן אותה בחזקת היתר לבעלה ולכן אמרו דווסתות דרבנן אף דראתה שלשה פעמים בווסת קבוע:

יז

והא דאסרו לתבשיל שנמצא בו שלשה תולעים הא התם לא שייך חזקת היתר להתבשיל וכמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ב ע"א) ד"ה שתי קופות א' של חולין כו' דליכא למימר אוקי חולין אחזקייהו. דמה שנפל בקופה של חולין ספק הוא ואין לו חזקת היתר כו' עכ"ל התוס' ועיין בכרו"פ ליו"ד סי' צ"ח ס"ק ג':

ובשו"ת שיבת ציון סי' ל"ב והדברים ארוכין ואכ"מ:

ולא הביאו לדברי התוס' יבמות הנ"ל וכן בס"ת שנמצא בה ג' טעות לא שייך התם לומר אוקי להס"ת על חזקתו דהא הוי ספק במעיקרא משא"כ הכא בנ"ד בחשש נפסקין דיש לו חזקת האות דמעיקרא וגם חזקה דהשתא דמברת לנו דלא היה לנו תפיסת ידי אדם באמצעו דאם נימא דהיה עוד איזה נפסקין א"כ מוכרח לנו לומר דמה שלא נמצאים עכשיו עוד נפסקין זהו לפי שתלינן דהבחור בעת שהגי' את הס"ת תיקן עוד לאיזה נפסקין ע"ז מברת לנו החזקה דמעיקרא והחזקה דהשתא דיש לנו כל אות ואות דלא יצא מחזקתו ובכה"ג אף דנמצאו שלשה נפסקין ויותר הא לא אמרינן בכה"ג דהוי כמו דהוחזק לנו בוודאי שהיה יותר וכמו בווסתות דאינו רק ספיקא מדרבנן מה"ט:

יח

ואף דמצינו גבי ווסתות דהוי עכ"פ אסורה מדרבנן דהחמירו חז"ל בזה דלא יהי' מועיל בכה"ג החזקת היתר של האשה מדרבנן הא לא מצינו כן רק באיסור כרת ואף דקיי"ל מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת וכמו שכתב המל"מ פ"א ה' יו"ט ה' י"ז:

עכ"ז הא כתב המל"מ שם בסופו דז"א אלא באיסור לאווין שחייבין מלקות ע"ש א"כ ממילא יש לחלק דשאני איסור עשה כמו בנ"ד. וכמש"כ התוס' במנחות (דף ס"ח ע"א) בד"ה והא כתיב עד הביאכם למצוה כו' משמע דאיכא עשה דאורייתא אלא דליכא לאו כו' אע"ג דאיכא איסורא דאוריי' אין סברא לגזור ולהחמיר כיון דליכא לאו עכ"ל התוס' הרי להדיא מבואר בתוס' דמחלקינן בגזירת חז"ל בין לאו לעשה. ולכן מנלן לנו להחמיר באיסור עשה להך גזירה דגזרו חז"ל גבי ווסתות דתהי' אסורה מדרבנן אף דזהו נגד חזקה וכיון דלא מצינו זה בפירוש אין לנו להחמיר מדעתינו כידוע ועוד דהא לא מצינו בהך גזירה דווסתות דרבנן דלא החמירו רק היכא דיש חזקה אחת אבל מנלן לחדש להך גזירה להיכא דיש שם שני חזקות כמו בנ"ד דיש לנו חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא דיש לנו על כל אות ואות:

וכיון דיש לנו שני חזקות אין לנו להחמיר מדרבנן כ"ז דלא מצינו כן בפירוש די"ל דלא החמירו רק בווסתות דאין לנו רק חזקה אחת וכדמצינו בעירובין (דף ל"ו) דאמר רבא לחלק בין תרי חזקי לחדא חזקה ועיין בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ג:

יט

ועוד דאף דנימא דכמו דהחמירו מדרבנן גבי ווסתות לחוש אף דיש שם חזקת היתר דה"ה דנוהג חומרא זו אף בנ"ד דעכ"ז הא גם התם בווסתות אינו רק ספיקא ומצרפינן זה לספק טבלה כמבואר בנדה (דף ט"ו) וביו"ד סי' קפ"ד א"כ ה"ה בנ"ד יש לנו ס"ס ספק א' שמא לא הי' עוד נפסקין ואת"ל דהי' עוד נפסקין אכתי ספק שמא לא הי' הנפסקין באופן הפוסלין להס"ת. ואף דהוי ס"ס משם א' עכ"ז הא זה דומה לס"ס דספק על הדורס ואת"ל על שמא לא דרס דכתב החוות דעת בכללי הס"ס להש"ך ס"ק י' דהוי ס' בעיקר הריעותא וה"ה בנ"ד דהוי ספק אי על הריעותא בזה האות או לא ועוד דדוקא בדאוריי' בעינן ס"ס שלא יהי' משם א' אבל בדרבנן מהני ס"ס אף משם א' ועיין בפרמ"ג ליו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק ט"ו. ויש להאריך עוד וגם יש לכוין עיקר דברי בדברי הט"ז ליו"ד סי' נ"ז סוף ס"ק כ"ג שכתב שכל בהמה יש לה חזקה טובה בפ"ע כו':

כ

ומש"כ כת"ר להעיר על מש"כ דעד שיגיע פ' זכור אין זה מקרי ספק בדאורייתא וע"ז כתב כת"ר דהא מה"ת אין זמן קבוע לקיים מ"ע זו אין זה קשה כלל דהא כיון דאין

עליו עכ"פ חיוב קריאת התורה לפ' זכור עד שבת זכור דתקנו רבנן כן א"כ אין זה ספק בדאורייתא וזה פשוט ומש"כ כת"ר דלכ"ע י"ל בנ"ד דאין זה מקרי דיו ע"ג דיו כיון דאינן מין דיו אחד:

זה אינו דדוקא דיו ע"ג סיקרא דהוי מראה שחור על מראה אדומה אמרו כן אבל נ"ד זהו בכלל דיו ע"ג דיו וזה פשוט ולדינא העיקר כמו שכתבתי בתשובתי הראשונה לכת"ר:

סימן ב

ב"ה חודש טבת תרי"ט לפ"ק.

נשאלתי מרבנים גדולים דחו"ל בדבר המקוה אשר נעשה תקנה במחנם דאינם רשאים אנשים לטבול בהמקוה רק נשים לבדן לפי דנשים שאננות דמחנם אינם רוצים לטבול משום דהמקוה אינו נקי אם טובלים שמה אנשים. וע"כ אינן מניחין לשום איש אף לטבילת גר. (דמותר במדינתם בחו"ל) לטבול בהמקוה וע"ז האריכו כת"ר בארוכה לבאר דמן הדין אינן יכולין לתקן כן ואף דמן דינא דשו"ע בטלוה לטבילת קרי אף לתפילה עכ"ז הא המחמיר בזה ה"ז משובח וכמש"כ הרמב"ם בתשובה סי' ק"מ דמימיו לא ביטל לטבילה זו וכ"כ הטור באו"ח סי' רמ"א דהמחמיר תבא ע"ב ובפרט האידנא דכמה אנשים קבלוהו עליהם לחובה ע"כ זה הוי כמו נדר להם ואינם רשאים לבטל זה ובפרט ברגלים ויוה"כ ומכש"כ בטבילת גר (במדינתם דיש להם רשיון ע"ז) דהוי מה"ת ע"כ אין ממש בהתקנה כ"ז הוא קוטב דברי מעכ"ת ובאמת בגוף הדין יפה כתבו כת"ר:

א

ומה שכתבו להעיר בהא דיבמות (דף מ"ה) דא' ריב"ל גבי ההוא דהוי קרו לי' בר ארמאה דמי לא טבל לקירויו וקשה הא ריב"ל בעצמו ס"ל בברכות (דף כ"ב) דמה טיבן במ"ם סאה אפשר בט' קבין ואפשר בנתינה א"כ הא יכול להיות דלא הי' טובל בטבילה רק ע"י ט' קבין וע"כ מוכח דבאמת היו מחמירין ע"ע בטבילה וגם ברגלים ויוה"כ בעינן דוקא טבילה באמת לכאורה יפה העירו בזה:

אך יש לדחות זה לפמש"כ רש"י ברכות שם ע"א ד"ה אפשר בנתינה כו' דאע"ג דלא מהני ט"ק אלא בחולה סתם ת"ח חולים הן כו'. א"כ י"ל דהך בר ארמאה דקרו לי' הי' איש בריא ונדחה ראי' זו ועכ"ז יש להוכיח כמש"כ כת"ר:

מהא דמבואר בירושלמי קידושין פ"ג ה' י"ב בזה"ל גר שמל ולא טבל ה"ז כשר שאין גר שלא טבל לקריו וקשיא עלת לו טומאה קלה לטומאה חמורה אמר ר' יוסי בשם ר' בון כיון שזו וזו לשם קדושת ישראל עלת לו משום דטבילה לקריו ג"כ לקדושת ישראל הוא עכ"ל הירושלמי והנה בירושלמי ברכות פ"ג ה"ד איתא ר' זעירא בעי קומי ר' יוסי

לית ר' פשט עם ר' בון פירקיא בלילה א"ל אין. ופי' המפרש דר' יוסי למד עם רבו ר' בון פרקו אף קודם שטבלו משום דס"ל דבטלוה לטבילה זו ולפ"ז תקשה כיון דר' יוסי בשם ר' בון ס"ל בירושלמי ברכות דבטלוה לטבילה זו וכמה שיטות הראשונים דאם בטלוה לתורה א"כ ה"ה לתפלה ולפ"ז תקשה דאמאי א' ר' יוסי בשם ר' בון בירושלמי קדושין דאין גר שלא טבל לקריו והא ס"ל דבטלוה לטבילותא וע"כ מוכח דאף מאן דס"ל דבטלוהו לטבילותא עכ"ז הי' המנהג לכל דורו לטבול ולכה"פ בר"ה ויו"כ. וכמבואר ברא"ש סוף יומא פ"ח סי' כ"ד דנהגו העם לטהר א"ע מן קרי ביוה"כ וסמכו על המדרש והובא בטושו"ע או"ח סי' ר"ו ע"כ קאמר שפיר ר' יוסי ב"ר בון בפשיטות דאין גר שלא טבל לקריו וקורא ע"ז שזו לקדושת ישראל הוא (ובוודאי אין סברא לומר שמפרש ר' יוסי ב"ר בון שם טעמא דבר קפרא ולי' לא ס"ל דזהו דוחק דא"כ לא ה"ל לומר בפשיטות שזו וזו לשם קדושת ישראל כו'). ויש נהחריך בדברי הראיש דסוף יומא הנ"נ דהובא בשחגת ארי' סי' ס"ז דס"ל דגם בזה"ז חייב לטהר א"ע ברגל והש"א העלה שם דבזה"ז ליכא חיוב לטהר א"ע ברגל. ומן הבית שמואל לאה"ע סי' נ"ה ס"ק ט' משמע דלא ס"ל כהשאגת ארי' ואכמ"ל:

ב

ומירושלמי קידושין הנ"ל יש להוכיח כדברי הט"ז ליו"ד סי' רס"ח ס"ק ח' שכתב דהא דסמכו בגר שטבל לקריו דאף דידענו דלא טבל מעולם לשם גר ג"כ כשר בקהל והביא שם שיטת הב"ח דכתב דמדטבל לקרי ש"מ שכבר טבל בפני ג' והט"ז דחה דבריו. ובאמת בהרמב"ם פ' י"ג ה' א"ב ה' ט' משמע כהב"ח:

אכן מירושלמי הנ"ל משמע כהט"ז דהא מקשה הירושלמי בפשיטות איך עלת לו טומאה קלה לטומאה חמורה ולדברי הב"ח אין התחלה לקושיא זו דהא אף דטומאת קרי היא טומאה קלה עכ"ז הא הוכחה הוי מזה דטבל כבר:

וכן מוכח ממה דמתרץ הירושלמי שזו וזו לקדושת ישראל:

דל"ל זה הא אף אי לא הוי לקדושת ישראל עכ"ז הוי הוכחה דטבל כבר וע"כ מוכח מזה כשיטת הט"ז דאמרינן דטבילה זו עולה לשם טבילת גר משום דכיון שזו היא לשם קדושת ישראל ולכן אמרו בש"ס דילן ובירושלמי ברכות דכל המחמיר בהטבילה מאריכין לו שנותיו ע"כ עולה זו לשם טבילת גר וכעת ראיתי בחי' הרמב"ן ליבמות (דף מ"ה) שהביא לדברי הרמב"ם הנ"ל ותמה עליו ומשמע דכוונתו ג"כ דמן הירושלמי הזה מוכח דלא כהרמב"ם ע"ש והוי סייעתא מהרמב"ן להט"ז ומוכח ג"כ דאף האידנא

דבטלוהו לטבילה מ"מ אם טובל קרינן ע"ז שזו היא לקדושת ישראל דהא חזינן מבואר בירושלמי דלכן עולה טבילת קרי לשם טבילת גר משום שזו וזו היא לקדושת ישראל: **וחזינן** ג"כ דהטושו"ע ליו"ד סי' רס"ח הביאו הך דינא דאם טבל הגר לקרי עולה לשם טבילת גר, אף דכבר פסקו הטושו"ע לאו"ח סי' פ"ח דהאידנא לא נהגו לטבול לקרי אלמא דאף האידנא דבטלוהו מכל מקום כל הזהיר בי' קרינן עליו שזו לקדושת ישראל דנתקדש עי"ז בקדושת ישראל:

ג

ולכאורה יש להקשות על מה דקאמרי בש"ס דילן ביבמות וגם בירושלמי קידושין הנ"ל דטבילתו לקרי עולה לו לטבילת גר הא מבואר בב"י לאו"ח סי' פ"ח דטבילת בעלי קרי כשר אף במ"ם סאה בשאובין כמבואר במקואות רפ"ח ובברכות (דף כ"ג ע"ב) ואלו טבילת גר בעינן מקוה שאינן שאובין כמבואר ביבמות (דף מ"ז ע"ב) דבמקום שנדה טובלת שם גר טובל א"כ קשה אמאי עולה לו טבילת קרי לשם טבילת גר הא י"ל דלמא לא טבל רק בשאובין בשלמא לשי' הב"ח דמוכיחין מזה דטבל לקריו דמסתמא טבל כבר לשם גירות אתי שפיר זה. אבל לשיטת הט"ז וכמו שהוכחתי מירושלמי ומן חי' הרמב"ן ביבמות שם דהך טבילת בעלי קרי עולה לו לשם טבילת גר א"כ קשה דהא י"ל דלמא לא טבל רק בשאובין וקשה כנ"ל אכן לפי מה שכתבתי לעיל להקשות דאיך אמרו בפשיטות בירושלמי לקידושין פ"ג ה' י"ב דר' יוסי ב"ר בון אמר אין גר שלא טבל לקריו הא מצינו לר' יוסי ב"ר בון בעצמו דס"ל דבטלוה לטבילה זו וע"כ מוכר דעכ"ז דורו היה נוהגין להחמיר בטבילה זו וגם לכה"פ בר"ה ויוה"כ נוהגין להחמיר ולטבול וכמבואר במדרש ובשו"ע ולפ"ז מתורץ ג"כ מה שהקשיתי דהא לטבילת קריו סגי בשאובין די"ל דהא מבואר בירושלמי ברכות פ"ג ה"ד בסופו דכל המחמיר לטבול במים חיים לקריו מאריך ימים בטובים. ע"כ אף דמן הדין סגי בשאובין מ"מ היו נוהגין העם ובפרט ביוה"כ לטבול במים חיים ולא בשאובין ע"כ אמרו בפשיטות דמי לא טבל לקריו וא"ש הכל ואכמ"ל:

ד

נחזור נעניינו דוודאי מן הנכון נחזק ונתקן מקוה עבור אנשים הזהירים בטבילת מקוה ובפרט בר"ה ויו"כ וברגלים. דהא שי' רב האי גאון והרי"ף והרא"ש דלתפילה צריך טבילה וגם בשלטי גבורים ברכות שם כתב בזה"ל דנהגו העם שלא לטבול הן לתורה והן לתפלה וברכות ולא מיחו חכמים במנהג זה אלא הניחו העם כמנהגם אע"פ שנהגו שלא כהלכה כמבואר בקונטרס הראיות עכ"ל הש"ג אלמא דכתב דמנהג זה הוא שלא כהלכה וגם הרבינו יונה כתב שם שהתפלה מקובלת יותר עם הטבילה לד"ה ומבואר בש"ס דינן ובירושלמי דכל המחמיר בה מאריכין לו ימיו ושנותיו וכולל א"ע בקדושת ישראל וע"כ

אותן אנשים יראי ה' שקבלו ע"ע להיות זריזים בטבילה וודאי אין להקל להם כלל דהוי כל דברים המותרים ונהגו לאיסור מחמת סייג ופרישות דלכמה פוסקים ראשונים לא מהני אף התרת נדר בזה ואף להסוברים דמהני התרה עכ"ז הא מבואר בפר"ח או"ח סי' תצ"ו דבדבר שיש בו מחלוקת הפוסקים ויש איזה מהם שנהגו להחמיר דבזה לא מהני התרה כלל אף באיסור מדרבנן ע"ש. וכש"כ בנ"ד בטבילה דכתבו דנהגו שלא כהלכה וגם אמרו דכל המחמיר בה מאריכין לו שנותיו:

וגם י"ל דלא מהני התרה בזה מצד דלא מצי להתחרט ע"ז בלב שלם לפי דוודאי כ"א רוצה בברכת חז"ל א"כ לא יתחרט בלב שלם בזה ובמק"א הארכתי בזה וע"כ וודאי הנכון לתקן שיהי' מקוה אף לאנשים וכפי הנהוג בעז"ה בכל תפוצות ישראל ויפה כתבו כת"ר וה' יהי' בעזרם להוציא לאורה מחשבתם ומעשיהם הרצוים ולתקן מקוה לאנשים לבד כדי שיהי' מקוה יפה ונקי' לנשים לבדן וכ"א על מקומו יבא במישור ובשלום כד"ת ולהנצל ממכשול חלילה וזכות גודל המצוה של הרבים תגן על כל המשתדלים בזה לברכם בשלום ובהצלחתם בזה ובבא א"ס:

סימן ג

תשובה ע"ד שאלתם בדבר החברה ש"ס אשר לפני איזה שנים נדב א' להם סך רב באופן שילמדו עבור נשמתו כל השנה וכן מדי שנה בשנה ביום מותו והמה קנו בעד הכסף בית שיהי' לבהמ"ד עבורם והתפללו שמה כמה שנים וזה כשנתיים שהוסכם בדעתם למוכרו יען כי חפצם להתאחד עם החברה השני' וצר המקום להכיל בו את שניהם ויעשו להם בהמ"ד גדול וגם מצד הממשלה לא ירשו להחברה ש"ס להתפלל בביהמ"ד הנ"ל רק בבהכ"נ אשר על שם הקהל וע"כ מוכרחין הם להתאחד עם החברה שני' ואז יהי' לשניהם דין ציבור והבית התפלה יקרא בשם בית הצבור ועתה התעוררה אצלם חפץ אחר הנצרך והוא כי המקוה אשר בפאריז יש ממנה כמה מכשולים אשר חשש כרת חו"ש כרוך על עקבם וכהיום נעתרו הציבור עדת הצרפתים לבטל המקוה ההיא אשר היא שכורה להם רק על שנים אחדים וליתן הכח והעוז ביד היראים ליסדם כחפצם עפ"י הכשר היותר מרובה לפי דעת השו"ע והסכימו כל החברה ש"ס אשר הם כשלושים איש למכור להם הבהמ"ד שיעשו שם הבית הטבילה ועם זה יסירו כל המכשולים שהי' עד הנה:

ודעתם להתיר למכור הבהמ"ד אף שהוא לד' דברים המבואר בגמ' ובשו"ע לאסור. וטעמם הוא א' דעת האו"ז הובא בהגהות אשרי למגילה פ"ד ובתוס' שם (דף כ"ו) ד"ה כיון דמעלמא וכו' לחד תירוצא דלכן בהכ"נ של כרכים אינו נמכר דשמא יש אחד בסוף

העולם שנדב ע"כ בידוע שלא בנאו אותו רק משלהם מותרים למוכרו ואף להשו"ע בסי' קנ"ג סעי' ז' דכתב דבהכ"נ של כרכים אינו נמכר אפינו בנאו אותו משלהם. וכתירוץ קמא של התוס' והרא"ש שם. עכ"ז יש להתיר עפ"י דברי הט"ז סי' קנ"ג ס"ק ו' דאם לא עשו אלא למעט עם יכולים למכור אף בכרכים וכו' וכן הא לא הוי שם רק מעט עם וכו' ועוד דהא המג"א בס"ק ל"ז הביא בשם המ"ב דהאידנא יכולין זט"ה למכור אף בכרכים וכו' ובקשו ממני לחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבם דבעיקר הך פלוגתת הראשונים דבהכ"נ של כרכים דאינן יכולין למוכרו דהאו"ז והמרדכי ישן בשם הראבי"ה וחד תירוץ בתוס' דס"ל דהיכא דידוע דהמעות הוא רק מאותן המתפללים דיכולים למכור נלע"ד להוכיח כשיטתם מירושלמי פ"ג דמגילה ה"א דאמרו שם הדא דאת אמר בבהכ"נ של יחיד אבל בבהכ"נ של רבים אסור שאני אומר אחד מסוף העולם קנוי בו והא תני מעשה בר"א ב"ר צדוק שלקח בהכ"נ של אלכסנדריים ועשה בה צרכיו. אלכסנדריים עשו אותה משל עצמן עכ"ל הירושלמי הרי מבואר להדיא מירושלמי דלכן היו יכולין למכור בהכ"נ של אלכסנדריים אף שהי' כרך משום דהיו בונין אותה משל עצמן. א"כ מזה סיוע בפירוש להאו"ז וסייעתו דהיכא דידוע דלא נתנו האחרים מעות דבזה יכולין למכור אף של כרכין וראיתי להרא"ש במגילה רפ"ד דהביא לירושלמי הזה למה דאמרו שם מקודם שאני אומר שמא אחד מסוף העולם קנוי בה ופי' דיש לו זכי' בה וכן הר"ן הביא שם רק להירושלמי דאחד מסוף העולם קנוי בה ובאמת מזה אין הכרח כלל וכמש"כ הרא"ש אבל באמת ממה דאמרו שם בירושלמי גבי בהכ"נ אלכסנדריים דלפי שהיו נותנין מעות משל עצמן ע"כ היו מותרין למוכרה א"כ מוכח מזה להדיא כשיטת הא"ז וחד תירוץ בתוס' וע"כ מה דאמרו בירושלמי שם מקודם דבכרכים אסור שאני אומר דאחד מסוף העולם קנוי בו דהכוונה דנתן מעות ע"ז וקנוי ממש:

ב

ולפ"ז יש להקשות על שיטת הרא"ש והרמב"ם והטור והשו"ע דס"ל דאף בנאו אותו משלהם אינו נמכר בכרכים דהא מבואר בירושלמי להיפך ויש לתרץ ולומר:

דהראשונים דס"ל כן הוכיחו לזה מן ש"ס דילן במגילה (דף כ"ו) דאמרו גבי מעשה בבהכ"נ של טורסיים ההוא בי כנישתא זוטי הוי ולולא זאת אף דאינהו עבדוה לא הוי רשאים למוכרה. הרי מבואר בהש"ס דילן דלא כהירושלמי:

ולכן פסקו לדינא דאף דבנאוהו משלהם ג"כ אינם יכולים למכור בבהכ"נ של כרכים דכללא הוא דנקטינן לדינא כפי הש"ס דילן:

ג

ובאמת יש להקשות על שיטת האור זרוע וסייעתו דס"ל דאם בנאו משלהם אז נמכר לעולם. א"כ תקשה ע"ז ממה דאמרו בש"ס דילן דבי כנישתא זוטי הוי ואינהו עבדוהו משמע דאם לא הי' בי כנישתא זוטי אף דאינהו עבדוהו לא היו רשאים למוכרו ומצאתי בקרבן נתנאל למגילה פ"ד בהרא"ש סי' א' ס"ק ה' שהקשה כן ונשאר בקושיא ולעד"נ לתרץ והוא דהא מבואר באור זרוע ובמרדכי בשם הראבי"ה שהובא בב"י סי' קנ"ג דבהכ"נ של כרכים אף מספיקא חיישינן שמא נתנו האורחים מעות לנדבות ע"ז הבנין משום דהרגילות הוא כן יע"ש. ע"כ י"ל במה דאמרו בי כנישתא זוטי הוי ואינהו עבדוה דבאמת לא הי' ידוע אם בנאוהו משלהם או אף משל אחרים אך בבהכ"נ גדול לא מספקינן בזה כלל משום דהרגילות הוא שנותנין גם האורחים את נדבותם ע"ז אבל בבי כנישתא זוטי יכול להיות שלא היו צריכין לבקש נדבות מן אחרים ויכול להיות שבנאוהו משלהם בלבד וזהו שאמרו בי כנישתא זוטי הוה וע"כ תלינן לומר דאינהו עבדוהו אבל בידוע שבנאו משלהם אז אף בבהכ"נ גדולה מותר למכור אף בכרכים ומתורץ קושי' הנ"ל:

ד

ונתבאר דשיטת האור זרוע והמרדכי וסייעתם דהיכא דידוע דבנאו משלהם לבד דאף בבהכ"נ של כרכים יכולין למכור ואף דלא הובא שיטתם בשו"ע מ"מ אין להזניח דעתם דכיון דכן מבואר בירושלמי בהדיא ומן הש"ס דילן אין סתירה לזה כפי שנתבאר וידוע מש"כ הש"ך ביו"ד סי' רמ"ב בהנהגת איסור והיתר ובהקיצור שלו שם ס"ק ב' דבאיסור דרבנן סומכין על היחיד במקום הדחק אף דהרבים מחמירים וכן העלה הגט פשוט בסוף ספרו בכלל ו' בסופו ולפ"ז ה"ה בנ"ד אף דיש רבים המחמירים עכ"ז כיון דעיקר חשש איסור בנ"ד אינו רק מדרבנן וכמש"כ הפרמ"ג לאו"ח במשבצות זהב סי' קנ"ג בריש הסימן יע"ש וכיוצא בזה כתב הר"ן למגילה פ"ג בענין מתנה בזט"ה בפלוגתת רב אחא ורבינא וכו' דהביא בשם הרמב"ן דכתב דבהכ"נ עשו אותן תשמישי מצוה כסוכה ולולב שנזרקין וכו' והר"ן שם כתב דבהכ"נ כיון שעיקרו עשוי לומר בו דבר שבקדושה הטילו בו חכמים קדושה מדבריהם וכו' הרי מבואר בהר"ן דעיקר הענין דאמרו בבהכ"נ דזה אינו אלא מדרבנן. ובנ"ד הוי זה ענין דחק גדול ולהציל את הרבים ממכשול חמור של איסור כרת חלילה דיהי' להם מקוה כשירה ע"כ יכולין לסמוך בכה"ג על שיטת האור זרוע וסייעתו ובפרט דאינן יחידים דיש כמה פוסקים דס"ל כן. וגם מהירושלמי סייעתא לדבריהם ולכן כיון דידוע דבנין ביהכ"נ לא הי' מהאורחים רק משלהם. ע"כ בדרבנן יש לסמוך עלייהו ולהתיר:

ה

ובאמת זולת כל זה הלא יש לנו לסמוך על דעת הט"ז וכפי המבואר להדיא במגלה (דף כ"ו) דבי כנישתא זוטי אף בכרכים דינו כמו בכפרים וגם יש לנו לסמוך על המ"ב שהובא במג"א דהאידנא אף בכרכים יכולין זט"ה למוכרה וממילא דינו כמו בהכ"נ של כפרים דזט"ה במעמד אנשי העיר יכולין למוכרה אף להארבעה דברים וכמו שכתב מעכ"ת ויפה כתבו דמש"כ המג"א בשמם בס"ק ל"ז דיעשו גן ירק דזהו אינו לעיכובא דהא גם זריעה הוא תשמיש מגונה וכמש"כ המג"א שם. וכן מוכח שם במש"כ השו"ע סעי' ט' דמכרו זט"ה במעמד אנשי העיר יעשה הלוקח אף הארבעה דברים דהביא הגר"א זצ"ל שם ס"ק למ"ד כתב דזהו כמש"ש (דף כ"ו ע"ב) בזריעה זיל זבנא וכו' הרי כמש"כ מעכ"ת דמן הדין לא מחלקינן ביניהם:

ו

ומן כל הני טעמא הדין הוא דיכולין כל החברה ש"ס ביחד למכור זה להקהל ולעשות שם בית הטבילה ע"פ הכשר כד"ת ובפרט במקום מצוה דרבים ולהציל אותם מן מכשול הרבים ח"ו בחשש איסור כרת וכמש"כ התוס' כעין זה בב"ב (דף י"ג) ובשארי דוכתי בש"ס ובתוס'. ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' הארכתי בזה ובפרט באיסור דרבנן כמו בנ"ד כפי שנתבאר בעז"ה. ויש להעיר עוד בענין דלא לסתור בי כנישתא עד דבני בי כנישתא אחריתי המבואר בריש ב"ב ובאו"ח סי' קנ"ב אך בנ"ד כיון דכבר בנאו להם בהכ"נ אחרת אין לנו להעיר בזה כלל וכפי המבואר בסי' קנ"ג סעי' ז' בהרמ"א דכ"ז לא מיירי אלא ביש להם בהכ"נ אחרת וכו' ויש לי מה עוד להאריך בכ"ז ומחמת חולשתי וטרדתי קצרתי ולדינא הנני מסכים לדעת מעכ"ת ויפה הורו להיתירא:

הש ה

סימן ד

כבוד הרב המאוה"ג וכו':

א

אחדשה"ט מש"כ כת"ר לפלפל במה דאמרו זה אלי ואנוהו התנאה לפניו במצות דזהו מה"ת. ודרש כת"ר לחוות דעתי בזה הנני להשיבו ובקצרה והוא דדעת השאגת ארי' בסי' נ' להסתפק בזה אי הוי זה מה"ת או מדרבנן. ומה שהביא כת"ר בשם הברכי יוסף ליו"ד סי' ער"ב שכתב לדון בזה אין הספר כעת ת"י והנה מן המהרש"א לשבת (דף ק"ד ע"ב) תוס' ד"ה א"ר חסדא כו' נראה דס"ל בפשיטות דהך זה אני ואנוהו אין זה מן התורה רק מדרבנן. וכן מפורש בלשון התוס' במנחות (ד' מ"א ע"ב) ד"ה אין פוטר בה אלא מינה כו' שכתבו ושמא מדרבנן משום זה אלי ואנוהו כו' הרי שכתבו דאין זה רק מדרבנן

ומשמע דע"ז לא הי' שום ספק להתוס' וכן מוכח מן דברי הרא"ש לב"ק פ"א סי' ז' על הא דאמרו התם הידור מצוה עד שליש במצוה בעי רב אשי שליש מלגיו או שליש מלבר וכתב הרא"ש שם דכיון דלא איפשטא הבעיא אזלינן לקולא שליש מלגיו. והטעם הוא כמש"כ בפלפלא חריפתא שם. דהידור מצוה מדרבנן ע"כ אזלינן לקולא א"כ מוכח דס"ל להרא"ש דהך התנאה לפניו במצות משום זה אלי ואנוהו אין זה רק מדרבנן. וכן פסקו בשו"ע או"ח סי' תרנ"ו דשליש מלגיו וי"ל דלהפוסקים דהובא שם בב"ח ובביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ג' דכתבו שלים מלבר י"ל דס"ל באמת דהתנאה לפניו במצות הוא מה"ת וכן י"ל דמה שמבואר בסוכה (ד' כ"ט ע"ב) בתוס' ד"ה לולב יבש פסול כו' דרש"י ס"ל דזהו משום דכתי' זה אלי ואנוהו והתוס' הקשו עליו דאין זה אלא לכתחלה ולא מיפסל בהכי כו' די"ל דפליגי אם זהו מה"ת או רק מדרבנן. ועיין בכפות תמרים שם שכתב בטוב טעם לתרץ לקושיות התוס' שם מעל רש"י והעלה לחלק בין הענינים דבכמה דברים ראו לפסול אף בדיעבד ובכמה דברים ראו שיהי' ההידור רק לכתחילה וכעת ראיתי בשו"ת חתם סופר ח' ששי בחידושיו לסוכה (דף כ"ט) דביאר לדברי הכפות תמרים לחלק בין הפרקים היטב ומתרץ עפ"ז למה שיש להעיר ע"ז מסוגיא דגיטין (ד' כ') ע"ש וכעין זה ראיתי בספר קהלת יעקב בפסחים (ד' ס"ד) ובסוכה (ד' כ"ט) שכתב בשי' רש"י דס"ל דהך התנאה לפניו במצות הוי מה"ת וביאר היטב שיטת רש"י דס"ל דמעכב אף בדיעבד ע"ש ויש לי להאריך בכל הנ"ל אך לדינא נראה לי כיון דפסקו בשו"ע או"ח דסגי בשליש מלגיו. ע"כ מוכח דס"ל דאין זה רק מדרבנן. ועת לקצר:

ב

ומה שהקשה כת"ר על מש"כ המהרש"א בגיטין (ד' ע"ד) על התוס' ד"ה אשם תלוי איכא בינייהו כו' ושמא אי הוי מספקא לן אם מת מאותו חולי או לאו לר"מ מייתי נמי אשם תלוי ופי' המהרש"א כוונת ספיקם משום דמספקא להו אי בעי ר"מ קביעותא לאיסורא ותמה כת"ר הא מבואר להדיא בכריתות דר"מ לא בעי קביעות איסורא יפה הקשה וכן הקשתי כבר וכן מצאתי בספר נר תמיד על כריתות (דף י"ח) דתמה בזה על המהרש"א ועל ספר אלי' רבא ע"ש. ולענ"ד נראה לפרש ספק של התוס' ע"פ הא דמבואר בב"ב (ד' קנ"ג ע"ב) דרבה ס"ל הרי מת והרי קברו מוכיח עליו כו' ואמרינן שם כמאן אזלא הא שמעתא דרבה כר' נתן כו' ומבואר שם בתוס' ד"ה כמאן אזלא כו' דגם ר"מ ס"ל בזה כר' נתן. וכן לקמן (ד' קנ"ד) ובתוס' ד"ה וכן אמר רבה כו' דר"מ כר' נתן וכל הסוגיא שם ורשב"ם פסק שם כרבה והובא בתוס' שם וכיון דסבירא לר"מ דאזלינן בתר חזקה דהשתא אף להוציא ממון כש"כ דסמכינן על חזקה זו דהוי ראי' אלימתא אף באיסורין

מכש"כ מן. רוב דלא מהני להוציא ממון לדידן ובאיסורין סמכינן על רובא ולפ"ז י"ל היכא דמספקא לן אם מת מאותו חולי כמש"כ התוס' [וקאי על אם מתי מחולי זה כמבואר במשנה שם (ד' ע"ב) בסיפא דמשנה שם] כמבואר שם (דף ע"ב ע"ב) בזה גיטך אם מתי מחולי זה דאומדין אותו אם מחמת חולי הראשון מת ה"ז גט כו'. ואלו בשכ"מ שניתק מחולי לחולי מתנתו מתנה רק בגט דאם אמר אם מתי מחולי זה שאני וכמש"כ רש"י שם (ד' ע"ב ע"א) ד"ה מתנתו מתנה כו' ועיין בר"נ שם דכתב לתמוה על שיטת הרמב"ם והרי"ף ועפ"ז יש לעיין הרבה בסי' ר"נ בח"מ ובאה"ע סי' קמ"ה וגם הב"ש שם ס"ק י"ב הביא שיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דאף אם מתי סתם ג"כ צריך אומדנא ואכמ"ל א"כ לפ"ז י"ל דאי נימא בזה הרי מת והרי קברו מוכיח עליו כדהתם בב"ב א"כ ממילא פטור מן אשם תלוי דחזקה זו מבררת לנו דמת מאותו חולי. א"כ נתברר דהוי מגורשת נפנינו למפרע ח"כ אין כחן איסור כנל או דיש נחנק דשאני גבי מתנת שכ"מ דאף בניתק מחולי לחולי אחר ג"כ מתנתו מתנה ולא נתבטל מתנה שלו רק באם הבריא בנתיים לגמרי וע"ז יש לנו לדון לחזקה דהשתא אבל בגט דאף אם לא הבריא לגמרי רק ניתק מאותו חולי לחולי אחר ג"כ נתבטל הגט א"כ יש לנו לומר דבזה לא אלימא לי' חזקה דהשתא כ"כ לברר דלא ניתק לחולי אחרת ויש לנו לומר דאף דמת עכ"ז אפשר דניתק מאותו חולי לחולי אחר וממילא נתבטל הגט וזהו מספקא להו להתוס' אם גם בזה יש לנו לדון דהרי מת כו' א"כ מוכח דמאותו חולי מת ופטור מן א"ת או דאפשר להסתפק עדיין דניתק מן חולי לחולי וחייב א"ת. זהו כוונת התוס':

ג

וראיתי בפני יהושע בגיטין על תוס' ד"ה ר' יוסי כו' דכתב דלפמש"כ הרמב"ם פ"א ה' שגגות דבספק נתגרשה מקרי איקבע איסורא א"כ ה"ה הכא דהספק הוא בגט הוי זה איקבע איסורא וע"כ הוכיח דהתוס' לא ס"ל כהרמב"ם עכ"ל ולענ"ד אינו כן דהא להדיא כתבו התוס' בכתובות (דף כ"ב ע"ב) ד"ה באשם תלוי כו' דאי בעי איקבע איסורא ה"נ איקבע איסורא שהיתה בחזקת א"א רק לטעמא דאפשר לברר כתבו התוס' טעמים אחרים שם. ובאמת אינו מוכרח כלל דהא ידוע מש"כ המל"מ ה' טומאת צרעת פ"ב ה' א' והתבואות שור סי' כ"ט דבספיקא דדינא לא שייך אוקי אחזקה דבשביל החזקה לא ישתנה הדין וכ"כ רבי עקיבא איגר זצ"ל בתשובה סי' ל"ז בארוכה ע"כ הכא דלר' יוסי מספקא ליה אי הלכה כר"מ או כר' יהודה וכמש"כ התוס' ד' ע"ג ד"ה ובלבד שימות כו' א"כ לא שייך בזה דהוי ספיקא דדינא לדון בזה לחזקת איסורא וידעתי די"ל דדוקא לחזקת איסורא מצד חזקה המבררת לא שייך בספיקא דדינא אבל לענין א"ת משום דבעי

איקבע איסורא אפשר דשייך בספיקא דדינא ג"כ אבל זהו דוחק וקצרתי. ובמש"כ התוס' לעיל אליבא דר"מ בספק אי מת מאותו חולי לענין א"ת וכמש"כ לא שייך לומר דאי נימא דבזה לא שייך לומר הרי מתי כו'. א"כ יהיה חייב חטאת משום דהוי ספק במעשה והוי חזקת א"א משום די"ל דאף דנימא דלא שייך בזה לומר הרי מת כו' לברר דלא ניתק מחולי לחולי ולא שייך בזה חזקה דהשתא מ"מ חזקה דמעיקרא שייך בזה ואוקי אחזקה דלא הלך וניתק ממנו חולי הראשון וכמו כל חזקת דמעיקרא דבש"ס דמוקמי אחזקה דלא נשתנה הקודם. א"כ חזקה דמעיקרא סותר לחזקת א"א והוי ממילא ספק השקול וכמו בכתובות (דף כ"ב) שכתבו התוס' שם דחזקה דייקא כו' סותר לחזקת א"א וחייב אשם תלוי ולא חטאת ואתי שפיר כ"ז וקצרתי:

סימן ה

נשאלתי ע"ד עלי כתבי קודש שקורין קורעקסין דעיקר הדפסתם לא נעשה ע"מ ללמוד או לקרות בהן וגם אינם ראויין כלל לקרות בהן מחמת דהן מלאים שיבושים ונלקו בחסר ויתיר וכל עצמן לא נפשו רק כדי להגיה על ידם הספרים שיוצאין מבית הדפוס ובכלל זה נמצא גם עלים הראשונים שיוצאין ממכבש הדפוס דע"פ הרוב שני עלים או שלשה עלים הראשונים יוצאים מפושטשים וגם נמצא בהם כמה מחקים או שהאותיות הם מפוזרים וע"י כן אין מספחין אותם לספר שלם זהם מתפזרים בבית הדפוס בכלל שארי הקורעקפין וזה ידוע כי מחמת גודל ריבויין של העלים הללו אשר הם מתרבים בכל יום ויום בבית הדפוס אי אפשר כלל נגוסם כד"ת אח הם מתפזרים אחת הנה ואחת הנה בבית הדפוס ומשם הם מתפנים לחצר ולבית האשפה ובשארי מקומות המטונפות ובאים לידי בזיון גדול אשר אין להעלות על הספר וגם אותן הקורעקטין שמשמרים אותן וגונזין אותם על בה"ק הסמוך לעיר נתברר אח"כ שבאו א"י וחפרום מן הקרקע ומשתמשין בהם ואין לנו בזיון גדול מזה. וידוע מש"כ השבות יעקב ס"ג סעי' יו"ד לדון בכתבי הקודש להתיר לשורפן במקום שבאים לבזיון כמו בנ"ד והכנסת יחזקאל בסי' ל"ז חולק עליו והמג"א בסי' קנ"ד ס"ק ס' הביא בשם הבאר שבע דכתבי קודש שבלו אסור לשורפן וה"ה בכל תשמישי קדושה וכ"כ הרמב"ם במלאת סי' ס"ה שהמאבד כתבי קודש עובר בלאו והאחרונים הסכימו לדברי הכנסת יחזקאל ונשאלתי לחוות דעתי בזה:

תשובה

א

הנה מן דברי המג"א בסי' קנ"ד ס"ק ט' נראה דגם כתבי קודש אף שאין כתוב שם אזכרות ג"כ אסור לשורפן ולאבדן מן התורה אכן העיקר הוא דכתבי הקודש שאין כתוב שם

אזכרות אינם אסורים מן התורה לשורפן רק מדרבנן. דהרמב"ם פיו ה' יסודי התורה ה"ח כתב דכתבי הקודש אסור לשורפן ולאבדן והמאבדן ביד מכין אותו מכות מרדות כו' נראה דס"ל דעיקר איסור שריפת ואיבוד כתבי קודש אינו אלא מדרבנן ורק על שריפת ואיבוד אזכרות לוקה מה"ת אבל בכתבי הקודש אינט לוקה רק מכות מרדות דז"א רק מדרבנן:

וכיוצא בזה כתב המ"ב במ"ק ח' יו"ד סי' ע"ה דהוכיח דאיסור מחיקת הנטפל להשם אינו אלא מדרבנן וכעין דברי הט"ז ביו"ד סי' רע"ו ס"ק ז' שכתב ג"כ כן זה ע"ש וכן נראה מן החינוך מצוה תל"ז שכתב שכו כתבי הקודש ופירושיהן אסור מדברי סופרים לאבדם ולשורפם. וכן כתב התשב"ץ בח"א סי' ב' להדיא דעיקר שריפת כתבי קודש אינו אלא מדרבן ע"ש והנה המג"א שם כתב בשם הרמב"ם במל"ת סי' ס"ה שהמאבד כתבי קודש עובר בלאו ומשמע מזה דס"ל להרמב"ם דגם על כתבי קודש עובר בלאו א"כ איסורן הוא מה"ת. וכן ראיתי במנין המצות להרמב"ם מל"ת סי' ס"ה שכתב כן אבל ע"כ מוכרע לומר דעיקר איסור איבוד כתבי קודש אין זה רק מדרבנן וכמו שהוכיח התשב"ץ שם. והא שכתב הרמב"ם במנין המצות דאין מאבדין כתבי קודש שנאמר לא תעשון כן כו' ע"כ דקאי בכתבי קודש דכתובים בהם אזכרות והרמב"ם שם קיצר בזה. ועיין לקמן אות י"ח מזה:

ב

וכן מוכרע דהך לא תעשון כו' לא נאמר רק על האזכרות דאלת"ה קשה איך התירו למחוק האותיות מן ס"ת אם אינו מן שבעה שמות שאין נמחקין הא במה דמוחקין הוי כמו מאבדן דנאסר בכתבי קודש מה"ת וע"כ מוכח דאיבוד כ"ק כ"ז שאינו כתוב שם אזכרות אין זה רק מדרבנן ע"כ התירו למוחקן לצורך הספר משום דהיכא דלא הוי לצורך כלל אכתי אסור למוחקן מדרבנן וכמו שכתב החינוך במצוה תל"ז פ' ראה בזה"ל הרי הם כשאר כתבי הקודש שמותר למוחקם לצורך שום דבר עכ"ל. וכ"כ התשב"ץ ח"א סי' ב' דמה דהתירו למחוק אם אימ מן שבעה שמות דזהו במקום צורך יע"ש משום דהיכא דהוי שלא לצורך כלל בוודאי אסור למוחקן דלא גרע מן כל כתבי הקודש דאסור מדרבנן לאבדן או לשורפן. היכא דהוי לצורך בזה התירו למחקן. ומשמע דאף היכא דלא הוי לצרך אותו האות ג"כ התירו למחוק דאלו לצורך אותו האות הא בזה כתבו הראשונים לדון להתיר גם בהשבעה שמות למחוק ע"מ לתקן את השם וכמש"כ הרדב"ז ח"א סי' ע"ז מזה ועי' ביו"ד סי' רפ"ו בבית יוסף מש"כ בשם אכסנדרני ובש"ך שם ס"ק י"ב ובהרמ"ח שם סעי' י"א ובשנטי גבורים סוף פ"ד דשבועות מזה:

ג

ולענ"ד נראה להוכיח דהיכא דהוי לתיקון גוף השם שנמחק דמותר למוחקו משום דאין זה נקרא מאבד אלא מתקן וכמש"כ הרדב"ז שם להסביר זה. והוא דאמרו בזבחים (דף צ"ד ע"ב) בגד שיצא חוץ לקלעים נטמא חוץ לקלעים קורעו נכנס ומכבסו כו' הרי דהתירו לקורעו אף דעובר על לא תעשון כן לה' דהא גם בבגדי כהונה מצווה על לא תעשון כו' וכמו הא דמכות (דף כ"ב) דעל עצי הקדש עובר על לא תעשון כו' וכמש"כ הרמב"ם פ"ו ה' יסודי התורה ה' ז' וכמו שנראה מלשון הרמב"ם במנין מצות ל"ת סי' ס"ה [והא דיומא (ד' ע"ב) דהמקרע בגדי כהונה לוקה משום שנאמר לא יקרע י"ל דזהו לענין ללקות שתים] וע"כ מוכח כיון דהך קריעה בבגד שנטמא הוי זה תיקון לגוף הבגד לטהר מטומאתו ע"כ מותר לפי דאין זה דרך השחתה רק תיקונו והא דאמרו שם בזבחים (דף צ"ה) במעיל שנטמא מכניסו פחות מן ג' על ג' ומכבסו משום שנאמר לא יקרע שאני התם במעיל שנאסר לקרוע אף שלא בדרך השחתה וכמו שמשמע מן הרמב"ם ה' כלי המקדש פ' ט' ה"ג וע"כ הוכרחו להדר אחר עצה אחרת גבי המעיל ואפשר דלזה נתכוין בעל קרבן חגיגה דהובא במל"מ שם ואף דהמל"מ שם כתב על דברי בעל קרבן חגיגה דלדידי ליתנייהו להני מילי עכ"ז לענ"ד דברי בעל קרבן חגיגה מוכרחים הם וכמש"כ ולפ"ז סייעתא מזה להוכיח דגם באזכרות אם מוחקן ע"מ לתקן את השם דמותר למוחקן משום דאין זה מקרי מאבד אלא מתקן וכסברת הרדב"ז ועיין בכ"מ להרמב"ם פ"א הלכות בית הבחירה הלכה י"ז ובאו"ח סוף סי' קנ"ב ובפרמ"ג או"ח סי' קנ"א במ"ז ס"ק ג' ויש להאריך בזה אך לפי דאין זה שייכות לענינינו קצרתי בזה:

ד

ולכן כיון דהתירו למחוק תיבות ואותיות שבס"ת אף אם אינו לצורך אותן האותיות והתיבות רק אם יש איזה צורך לשום דבר וכמש"כ בעל החינוך והתשב"ץ. וכ"כ הרדב"ז בח"א סוף סי' ס"ז בשו"ת ללשונות הרמב"ם ע"ש ובאמת הרמב"ם פ"ו ה' יסודי התורה ה' ה' כתב בקצרה גבי כינויין דהרי הם כשאר כתבי קודש ומותר למוחקן. הרי דכתב בסתימות זה וכן אמרו בש"ס ובשו"ע והפוסקים דאם אינן מן שבעה שמות דהן נמחקין ולא כתבו דזהו דוקא אם הוא לצורך אבל באמת העיקר הוא דכ"ז שאינו לצורך אסור למוחקן דלא גרע מכל כתבי קודש דאסור לאבדן עכ"פ מדרבנן וכדברי החינוך והתשב"ץ. ועכ"פ כיון דחזינן דהתירו למוחקן לצורך שום דבר מוכח מזה דעיקר איסור איבוד ושריפת כתבי קודש אינו אלא מדרבנן משום דאם היה מן התורה אין סברא להתירם למוחקן אם אינו לצורך גוף האותיות שנמחקו דמ"ש זה מן אזכרות וידעתי מה דיש לדחוק בזה אבל אין לנו להאריך בזה יותר כיון שכבר העלה התשב"ץ דעיקר

שריפת ואיבוד כתבי קודש אינן אלא דרבנן וכמו דמשמע מן הרמב"ם והחינוך הנ"ל ע"כ בוודאי כן העיקר לדינא:

ה

ולכאורה יש להוכיח מן עירובין (דף צ"ח) דאמרו דבאסקופה הנדרסת דמשום בזיון כתבי קודש שרו רבנן לשבות התם. וכן קיי"ל לדינא באו"ח סי' שנ"ב סעי' א' א"כ מזה מקום להוכיח דקדושת כתבי קודש הוא מה"ת וכש"כ לר' שמעון דס"ל התם לכללא דאין לך שבות עומד בפני כתבי קודש דמוכח לכאורה דמה דמוזהר על קדושת כתבי קודש זהו מה"ת אבל באמת אין זה הוכחה כלל די"ל דוקא במקום בזיון כתבי קודש לר"ש בבזיון קצת ולרבנן במקום בזיון גדול דכתבי קודש דמוזהר שלא לבזותן [ועיין באו"ח סי' שנ"ב סעיף א' בהגה"ה דאיסור זה הוא מה"ת כמו דאמרו בשבת (דף כ"ב) דיליף מן ושפך וכסה שלא יהיה מצות בזויות עליו אף לענין מצות ומכש"כ לענין קדושת כתבי קודש וכמבואר באו"ח סי' כ"א כ"ז דראויין למצוות אבל היכא דליכא בזיון כתבי קודש רק דמיירינן בשריפתן זה האיסור אינו רק מדרבנן:

ו

אכן מן מה דאמרו בשבת (דף קט"ו) דמצילין בשבת כתבי הקודש מפני הדליקה ואף שבות דחו שם. וכמבואר באו"ח סי' של"ד סעי' י"ח וביאור הגר"א זצלה"ה שם מוכח מזה לכאורה דמוזהר מה"ת על שמירתן משריפה וכש"כ שלא לשורפן בידים ואמרו שם בירושלמי שבת פ' ט"ז ה"א הדא אמרו שמצילין אותן מפני הדליקה מתניתא דר"ש דאין שבות עומד מפני כתבי קודש ומסיק מה פליגין תמן מפני בזיונן ברם הכא כ"ע מודו שמצילין מפני הדליקה הרי דבמקום דליקה חסו יותר מן בזיונן:

ויש לחלק דשא"ה דס"ל לרבנן כיון דהוי בזיון קצת שאני. משא"כ במקום בזיון גדול אכתי י"ל דזהו מה"ת אכן ממה דחזינן דדחו לשבות דרבנן התם מוכח מזה דעל שריפתן מוזהר מה"ת אך גם זה אינו הוכחה דהא ידוע הכלל דאין לדמות השבותין להדדי וכמש"כ המג"א בסי' ש"ז ס"ק ז' ע"כ אכתי י"ל דעיקר איסור שריפת כתבי קודש אינו אלא מדרבנן ומ"מ ראו חז"ל לדחות לשבות קל בזה ומה"ט ס"ל לר"ש דמכבין כדי להציל לכתבי הקודש מהדליקה כמבואר בירושלמי שבת פ' ט"ז ה"ג זהו ג"כ מה"ט ועיין בביאור הגר"א זצ"ל באו"ח סי' של"ד ס"ק יו"ד ובקרבן העדה בירושלמי שם וקצרתי:

ז

ועכשיו נשובה לנ"ד ונקדים לדברי הרמב"ם פ"ו ה' יסודי התורה ה' ח' שכתב כתבי הקודש ופירושיהן אסור לשורפן או לאבדם כו' בד"א בכתבי הקודש שכתבן ישראל בקדושה אבל אפיקורס ישראל שכתב ס"ת שורפין אותו עם האזכרות מפני שאינו מאמין

בקדושת ה' ולא כתבו כו' לא נתקדש לשמו ומצוה לשורפו כדי שלא להניח שם כו' וכן כתבי הקודש שבלו או שכתבן א"י גונזין עכ"ל והובא דברי הרמב"ם הללו בשו"ת שב יעקב סי' נ"ד והוכיח מן הרמב"ם הנ"ל דס"ל בכתב אותיות של שם ולא נתכוין לקדשם דאין בהם קדושה וכמש"כ הגהת מיימוני ריש פ' וא"ו ה' יסודי התורה דבכתב שם שלא נתכוין לקדשו אין איסור לאבדן כו' והרמב"ם הוכיח כן ממה דאיתא בשבת (דף קט"ז) דספרי מינים שורפין אותם ואת האזכרות ומוכח מסוגיא זו דמיירי אף בידוע דלא כתבם לשם עו"ג כו' והשב יעקב שם הקשה על הרמב"ם אמאי לא כתב הטעם דלכן בס"ת שכתב אפיקורס ישרף מפני שכתבן לשם עו"ג וכמש"כ רש"י בגיטין (דף מ"ה) ע"ש בשב יעקב ובאמת אינו קשה די"ל דרש"י כתב כן לפי גירסתו שם ס"ת שכתבו מין וסתם מין בישראל הוא עובד עו"ג כמבואר בעו"ג (דף כ"ו) ובחולין (דף י"ג) אבל הרמב"ם גורס שם ס"ת שכתבו אפיקורס וכמו שכתב הרמב"ם בפ"א ה' תפילין ה' י"ג בזה"ל ס"ת תפילין ומזוזות שכתבן אפיקורס ישרף וכ"כ הרמב"ם בפ"ו ה' יסודי התורה כנ"ל ועיין בכ"מ שם ואפיקורס אינו עובד עו"ג אלא מי שאינו מאמין בהשגחה ובנבואה וכמש"כ הרמב"ם ה' תשובה ה"ח א"כ לא שייך לומר גבי אפיקורס הטעם שכתבו לשם עו"ג דהא אינו מאמין בעו"ג כלל ע"כ כתב הרמב"ם הטעם דלכן ישרף לפי שאינו מאמין בקדושת השם ולא כתבו לשמו כו' ולא נתקדש השם וממילא מצוה לשורפו כדי שלא להניח שם להם כו' ומתורץ קושיות השב יעקב:

ח

ומש"כ הרמב"ם שם דכתבי הקודש שכתבן נכרי יגנוזו הטעם הוא משום דאכתי איכא לספוקי שמא כתב הנכרי לשם קדושה כיון דכתבו למכור לישראל וכמש"כ רש"י בגיטין (דף מ"ה) ואף דאמרו בגיטין (דף כ"ג) דעו"ג אדעתא דנפשי' עביד מ"מ מידי ספיקא לא נפקא וכמש"כ הב"ש באה"ע סי' קכ"ג ס"ק ה' דאף שאין ישראל עע"ג הוי ספק שמא כתבו לשמה ועיין בפני יהושע גיטין (דף מ"ה ע"ב) ד"ה והא דתניא קורין בו כו' גם יש לחלק בזה בין גט לס"ת וקצרתי וכן אמרו בעירוכין (דף ו') עו"ג שהפריש תרומה כו' טעונין גניזה שמא בלבו לשמים וכמבואר ברמב"ם ה' תרומות פ"ד ה' ט"ו:

ט

ולמדנו מן דברי הרמב"ם דס"ל בכתב שלא לשם קדושה דלא נתקדשו ומותר למוחקן וכמש"כ השב יעקב בכוונתו וכמש"כ הגהת מיימוני פ"ו ה' יסודי התורה והובא בט"ז יו"ד סי' רע"ו ס"ק ב' ובהרשד"ם סי' קפ"ז והתשב"ץ ח"א סי' קע"ז והרדב"ז ח"א סי' ע"ז והחוות יאיר סי' ט"ז ועיין במחנה אפרים בהגהותיו לטור יו"ד ה' ס"ת והביא שם לדברי הרמב"ם ה' יסודי התורה הנ"ל:

ועי' בפמ"ג או"ח סי' קנ"ג במשבצות ס"ק ט"ו והעיקר כמש"כ השב יעקב כנ"ל ועוד למדנו מן דברי הרמב"ם הנ"ל דאף בכתבי קודש דנאסר מדרבנן לאבדן ולשורפן דאין זה רק אם כתבם הישראל בקדושה ומשמע דכל זמן שלא כתבם בקדושה דלא חל עליהם דין כתבי הקודש לאוסרן לאבדן ולשורפן ומשמע דאף בסתמא ג"כ אינו חל עליהם דין קדושת כתבי קודש כל זמן שלא כתבם בקדושה בפי' והנה בס"ת שכתבו סתמא כתב המרדכי בפרק התכלת בהלכות קטנות דיש בזה פלוגתא דרבוותא אי אמרינן סתם ס"ת לשמה קאי או לא. והובא בט"ז יו"ד סי' רע"ו ס"ק א' ובנקודת הכסף שם וכ"כ התוס' בעו"ג (דף כ"ז) ד"ה וכי היכן מצינו מילה לשמה כו' דהוכיחו מגיטין (דף מ"ה) דסתמא לאו לשמה וכ"כ התוס' במנחות (דף מ"ב ע"א) בד"ה ואל ימול כותי כו' ועיין בגיטין (דף מ"ה) בתוס' ד"ה עיבוד לשמן כו'). והיכא שכתבם בפי' להכתבי קודש שלא יחול עליהם דין קדושת כתבי קודש בזה וודאי מוכח מן הרמב"ם דס"ל דאינו חל עליהם דין קדושת כ"ק לאוסרם לאיבוד ולשריפה דהא כתב לכללא על כתבי קודש דלא נאסרו רק בכתבן בקדושה ומה"ט בכתבן אפיקורס דכיון דמעלה בדעתו שזה כשאר הדברים כו', וממילא מוכח דהיכא דכתבן בפי' באופן שלא יחול עליהם דין קדושת כ"ק דאז אינם אסורים לשורפן ולאבדן אף מדרבנן וי"ל דהרמב"ם הוכיח כן ממה דמצינו גבי קדושת השם דאם לא נתכוין לקדשו דאינו חל עליו קדושת השם וכמש"כ הפוסקים להוכיח כן מגמ' (דגיטין דנ"ד ע"ב) וכש"כ לענין כתבי הקודש דעיקר איסורו אינו אלא דרבנן דוודאי אינו חל עליהם דין קדושת כתבי קודש אם נכתבו באופן שלא יחול עליהם דין קדושה וכמש"כ הרמב"ם כן להדיא ועי' בפני יהושע לגיטין (דף כ' ע"א) ד"ה הרי שהיה צריך לכתוב כו' שהביא לדברי התשב"ץ והש"ך ביו"ד סי' רע"ו הנ"ל ובחמדת שלמה סי' כ"ח ויש לי להאריך בכ"ז וקצרתי:

ו

וי"ל עוד דהרמב"ם הוכיח כן ממה דאמרו במגילה (דף ל"ב) הלוחות והבימה אין בהם משום קדושה וכן הוא בירושלמי למגילה פ"ג ה"א בימה ולווחין אין בהם משום קדושה ועיי' ברש"י ותוס' ובקרבן העדה שם. והרמב"ם ה' ס"ת פ' יו"ד ה"ד כתב לפרש דזהו הלוחות שכותב בהן לתינוק להתלמד אין בהם קדושה ועיין בהשגת הראב"ד שם וכן כתב המרדכי פ' הקומץ רבה אות תתקס"ה לפרש להך דהלוחות אין בהם קדושה דזהו מה שכותבין עליהם להתלמד וכמו שפירש הרמב"ם וקשה דאיך אמרו דאין בהם משום קדושה הא לא גרע זה מן כל כתבי הקודש דאף באין אזכרות כתובים שם ג"כ יש בהם קדושה ורציתי לומר דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דאין כותבין מגילה להתלמד וכמו שכתב

בפ"ז ה' ס"ת ה' י"ד. וע"כ אינו חל קדושת כתבי קודש על הלוחות אבל באמת זה אינו דהא מוכח בשבת (דף קט"ו) דאף היכא דאיכא איסורא בכתיבתן אפ"ה אסור לאבדן ויש בהם כתבי הקודש וכמש"כ התשב"ץ ח"א סי' ב' להוכיח כן מן הך דכותבי ברכות וקמיעות. ועיי' בשבת (דף ק"כ) ובעירוכין (דף ו') וקצרתי וכן אין לומר דהך דהלוחות שכותבין לתינוק להתלמד מיירי לאחר שנמחקו האותיות שנכתבו שם דזה אינו דמ"מ יש בהם אכתי קדושת כ"ק וכמו כל כתבי קודש שנמחקו ובלו וכמש"כ המג"א בסי' קנ"ד ס"ק ה' וס"ק ט' ובסי' של"ד ס"ק כ"ד וכן איתא בשבת (דף קט"ו ע"א) דמקק שלהן טעונים גניזה והא דאמרו בשבת (דף קט"ז) דכי קדוש אגב כתב הוא דקדוש אזלא כתב אזלא קדושתו כבר כתב הנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' קע"ג לפרש דלא אמרו כן רק לענין הצלה מפני הדליקה אבל אכתי בקדושתו קאי אף לאחר שנמחקו:

ועיין במחנה אפרים בהגהותיו לטור יו"ד ה' ס"ת בשאלה על ס"ת וכ"כ הבאר שבע והובא בשערי תשובה לאו"ח סי' קנ"ד ס"ק ח' ובפ"ת ליו"ד סי' רפ"ב ס"ק ו' דאף כתבי הקודש שנמחקו אסור לשורפן ועיין במשאת בנימין סי' ק' א"כ תקשה איך אמרו בפשיטות דהלוחות אין בהם משום קדושה הא לא גרע זה מן כל כתבי קודש דיש עליהם דין קדושה ואפשר דמיירי הך דהלוחות דאמרו דאין בהם משום קדושה דאין בהם שמונים וחמש אותיות ואז אפשר דאין עליהם דין קדושת כתבי קודש וכמו דאמרו כן לענין הצלה מפני הדליקה כמבואר בשבת (דף קט"ז) ובשו"ע או"ח סי' של"ד סעי' ב' דאפשר ה"ה כן לענין קדושת כתבי קודש וכן ראיתי בתשב"ץ ח"א סי' ב' שכתב בלשון אפשר דשרי לאבדן אם אין כתוב שמונים וחמש אותיות אבל לא כתב כן בהחלט משום דיש לחלק דדוקא לענין הצלה מפני הדליקה אמרו כן אבל לענין קדושתן אף אם ליכא פ"ה אותיות ג"כ חל עליהם דין כתבי קודש וכן הדעת נוטה וכן יש מקום לדון דהך דהלוחות שכותבין לתינוק להתלמד מיירי בכותב עליהם בסירוגין וכעין הך דגיטין (דף סמ"ך) וביומא (דף ל"ח) דאפשר דבכה"ג אינו חל עליהם דין כתבי קודש אכן באמת זה אינו דאכתי מידי כתבי קודש לא נפיק וכן ראיתי בהתשב"ץ ח"א סי' ב' הנ"ל שכתב לדון הרבה בהנך לוחות שכותבין לתינוק להתלמד דיש עליהם דין כתבי קודש ושקיל וטרי הרבה אם מותרים למוחקן לכתוב תיבות ואותיות אחרות ולא הביא לדברי הירושלמי והך דמגילה (דף ל"ב) וכפי' הרמב"ם והמרדכי דלפי פירושם דהלוחות הם שכותבין לתינוק להתלמד דמבואר להדיא דאין עליהם קדושה, והתשב"ץ העלה שם דיש על הלוחות הללו דין קדושת כתבי קודש דאסור לשורפן ולאבדן מדרבנן:

יא

אכן מן הרמב"ם והמרדכי הנ"ל מוכח דס"ל דאין בהם משום קדושה כלל וע"כ מוכח דס"ל דהא דאמרו במגילה דהלוחות אין בהם משום קדושה דמיירי דלא כתבו זה בקדושה רק בשביל תינוק להתלמד בלבד וע"כ אינו חל דין קדושת כתבי קודש על הלוחות. ומזה הוכיח הרמב"ם דאם לא כתבם בקדושה אינו חל קדושת כתבי קודש עליהם אף לאוסרן מדרבנן ויש להסביר זה עוד ביתר ביאור כיון דהך דהלוחות דרכן למחוק התיבות והאותיות ולכתוב ע"ז אותיות ותיבות אחרים וכמש"כ התשב"ץ שם ע"כ ממילא אינו חל עליהם מעולם דין קדושת כתבי קודש על הלוחות והוי ממילא כמו דהתנה עליהם בפי' דלא יחול עליהם דין קדושת כתבי קודש אף מדרבנן וכעין דברי המשאת בנימין בסי' ק' והובא במג"א סי' של"ד ס"ק כ"ד יעו"ש וממילא מוכח מזה דאם התנה בפי' דלא יחול עליהם דין קדושת כתבי קודש דאין עליהם דין קדושת כתבי קודש ומזה הוכיח הרמב"ם למה שכתב דאף לענין דין כתבי קודש אינו חל אם לא כתבם בקדושה ואף קדושה דרבנן אינו חל עליהם כלל והתשב"ץ לא הביא להך דמגילה והרמב"ם והמרדכי בפירושם להך דהלוחות הנ"ל ובאמת לפי דברי הרמב"ם והמרדכי בפירושם להך דהלוחות דבמגילה ובירושלמי יש סייעתא מזה למה שכתב התשב"ץ לדון שם אם יש דין כתבי קודש על הלוחות והי' לו להתשב"ץ להזכירם. והא שכתב הרמב"ם בפ"ט ה' אבות הטומאה ה' ח' הכותב הלל ושמע לתינוק להתלמד אע"פ שאינו רשאי הרי מטמאין הידים מיירי בכתבן בקדושה וקצרתי:

יב

וכיון דהרמב"ם כתב לכללא דאף קדושת כתבי קודש דאינו אלא מדרבנן אינו חל רק אם כתבם בקדושה ומורה זה הלשון דאף בכתבם סתם אינו חל דין כתבי קודש עליהם וכמש"כ שם הרמב"ם בכתבו אפיקורס דמה"ט אינו חל גם קדושת השם על האזכרות שכתב מפני שמעלה בדעתו שזה כשאר הדברים ואך לפי מש"כ המחנה אפרים בהגהותי' לטור יו"ד ה' ס"ת די"ל דהך דמעלה בדעתו שהוא כשאר הדברים גרע מסתמא יעו"ש אבל זה וודאי מוכח מן הרמב"ם דאם כתבו בפי' שלא בקדושה אז אינו חל דין כתבי קודש להיות חל קדושה מדרבנן משום דבכתבו סתמא זה תלוי בפלוגתת הראשונים דהביא המרדכי וכנ"ל אם אמרינן סתמא לשמה קאי וכעין זה כתב הרדב"ז ח"א סי' ע"ז גבי כתיבת השם סתם בלא כוונה שאסור למוחקן מפני שכתיבת האותיות מוליך אותם לקדושתן דומיא דשוחט הזבחים סתם דאמרינן סכין מוליך אותן למה שהם כו' ע"ש:

אבל התוס' ס"ל דלא אמרינן בס"ת דסתמא לשמה קאי כמש"כ התוס' בעו"ג (דף כ"ז) ובמנחות (דף מ"ב) א"כ ה"ה בהך כתבי קודש די"ל דכ"ז דלא כתבם בפי' שיתקדשו אינו חל עליהם דין קדושת כתבי קודש. ואף דנימא לחלק ביניהם ונאמר דאף בכתב לכתבי סתמא ממילא חל קדושת כתבי הקודש עליהם עכ"פ מדרבנן וקרינן בכה"ג ג"כ שכתבן בקדושה וכמש"כ הרמב"ם כ"ז דלא נתכוין שיהי' זה כשארי הדברים. עכ"ז אינו שייך זה אלא בסתם כתבי קודש:

אבל בהנך קורעקטין דהם אינם מוגהין וע"פ הרוב יש בהעלים הראשונים הרבה שיבושים וטעיות הרבה וידוע דאסור להשהות ספר שאינו מוגה אף בשארי ספרים וכמבואר ביו"ד ריש סי' רע"ט א"כ לא שייך בהקורעקטין לומר דסתמא לקדושת כתבי קודש הם עומדים. דהא אדרבה הם עומדים שלא לקרות בהם כיון דע"פ דין אסור לקרות בהם כלל:

יג

ומה שקורא בהם המגיה לראות בהם את הטעיות שיש בהם. זה אינו חשיב לקריאה וכמ"ש רש"י בברכות (דף י"ג) דבקורא להגיה אינו נחשב לקריאה. ואף לשיטת התוס' שם דס"ל דגם בקורא להגיה נחשב לקריאה. מ"מ בנ"ד כיון דע"פ דין אסור לקרות בהם כ"ז שאינם מוגהים ואינם מיוחדין לקריאה ע"כ ע"י פעם אחת מה שקורא בהם הבעל מגיה אינו חל עליהם דין קדושת כתבי קודש וכעין הא דאו"ח סי' מ"ב סעי' ג' צר בי' ולא אזמני' שרי ואינו חל עליהם קדושה כלל ע"י מה שצר בי' לפי שעה וה"ה בנ"ד כיון דאסור לקרות בהם ע"כ אף בסתמא אינו חל עליהם דין קדושת כתבי קודש רק דינם כעין תשמישי מצוה אבל לא בקדושת כתבי קודש ועדיף זה הא שכתב המשאת בנימן בסי' ק' והובא במג"א סי' של"ד ס"ק כ"ד גבי הנך גליונות דכיון דנהגו כן הוי כאילו התנו עליהם מתחילה שלא יחול עליהם קדושה כיון דהיו בהם הטעיות והשבושים בעת הדפסה ואינם עומדים לתקן מעולם א"כ לא היו חל עליהם מעולם שום קדושה:

יד

והא דיו"ד סי' רע"ט סעי' א' ס"ת שאינה מוגה כו' יתקן או יגנז. וכתב הרמ"א שם דה"ה לשאר ספרים מיירי זה בטעיות דנעשו לאחר זמן א"כ הי' חל עליהם בעת כתיבתן קדושת כתבי קודש והא דכתב המחבר שם סעי' ד' ס"ת שיש בו ג' טעיות יתקן ואם הי' ד' יגנז בד"א שכתב המלא חסר כו' וכמו דאי' במנחות (דף כ"ט). ושם אי אפשר בתקנה וכמש"כ מזה הריב"ש בתשובה סי' ז' והתשב"ץ ח"א סי' קכ"ה והביאו שם לדברי הרשב"א וחלקו עליו א"כ שם אי אפשר מעולם לתקן להס"ת ואפ"ה אמרו יגנז ולא התירו שריפה שא"ה בס"ת שבעת כתיבתה נכתבה לשם קדושת ס"ת משא"כ כתבי קודש היכא דלא כתבן

בפי' שיחול עליהם קדושה א"כ אף דנימא לדון בכל כתבי קודש דסתמן לקדושתן קיימי עכ"ז היכא דמעולם לא נראו לקרות בהם אז לא שייך בזה לומר דסתמן לקדושתן קיימי אלא אדרבה לאחר שנתברר שיש בהם מעולם שבושים וטעיות א"כ לא הי' חל עליהם מעולם קדושה והם עומדים לשריפה מעולם וסתמא בזה הוי כאילו התנה בפי' וכמש"כ לעיל כעין זה בשם המשאת בנימן גבי הנך גליונות ונ"ד הוי כש"כ מדהתם:

טו

והנה בשבת (דף קט"ו) אמרו גבי כתבי הקודש שכתובין בכל לשון דרב הונא ס"ל דאין מצילין דהא לא ניתנו לקרות בהן ואפ"ה בעי גניזה וכן אמרו שם מעשה באבא חלפתא שהלך אצל ר"ג כו' ועוד וכי מותר לאבדן ביד כו' וכ"כ הרמב"ם פרק כ"ג ה' שבת ה' כ"ו ע"ש והא שם לא ניתנו לקרות בהם ואפ"ה טעונין גניזה ואסור לשורפן ולאבדן ביד ועכ"ז אין מזה סתירה למה שכתבתי דהא שם בעת שכתב להנך כתבי קודש בכל לשון הי' בדעת הכותבו שיהי' קורין בהם דאם לא כן למה כתבו אותן וע"כ קרינן בהו שנעשה בקדושה ושייך גבייהו להכלל שכתב הרמב"ם גבי כתבי קודש דאינו נוהג קדושה בהם רק אם עשאן בקדושה וכנ"ל אבל בנ"ד בהנך קורעקטין דיודעים הכל דיש בהעלין הראשונים כמה שבושים וטעיות דלא ניתנו לקרות בהם לעולם ע"כ אף בסתמא הוי כאלו התנו עליהם בפירוש דלא יחול עליהם דין קדושת כתבי הקודש מעולם ושפיר יש להתירן לשורפן לפי הכלל של הרמב"ם הנ"ל ועיקר דברי הרמ"א ליו"ד סי' רע"ט סעי' א' שכתב שם דה"ה לשאר ספרים מקור הדברים הם מן הגהות מיימוני ורבינו ירוחם ושם כתבו רק לגבי מה דאמרו שם דאסור להשהות ספר שאינו מוגה כו' וקצרתי בזה:

טז

ועוד יש לומר כי יש לנו עצה לתקן הדבר שלא יהי' שום חשש היינו להתנות בפירוש בעת שנדפסין העלין הראשונים הנך קורקטין שיאמר בפיו בפירוש שלא יחול עליהם דין קדושת כתבי קודש ואז בודאי אינו חל עליהם דין קדושת כתבי קודש מעולם. לפי הכלל שכתב הרמב"ם בפירוש גבי הנך כתבי קודש דאסור לשורפן ולאבדן ביד דבמה דברים אמורים שעשאן בקדושה כו' וכיון דהתנה בפירוש דלא יחול עליהם דין קדושת כתבי קודש א"כ לא נעשו מעולם בקדושה ולכן אף דנימא דסתמא נעשו בקדושה ג"כ מ"מ היכא דהתנה בפי' שאני וכעין דברי השו"ע באו"ח סי' קנ"ד סעי' ח' דתנאי בפירוש מועיל שם גבי הנך דחשיב התם וזהו בשם הירושלמי והראשונים וכן הוא ביו"ד סי' רפ"ב סעי' ט"ו אך להשתמש בהנך כתבי קודש תשמיש של בזיון אין להתיר אף היכא דהתנה לגבי קדושתן דמ"מ לא גרעי מכל תשמישי מצוה אבל לשורפן שפיר מועיל התנאי דיתנו עליהן בפירוש דלא יחול עליהן דין קדושת כתבי קודש וכעין זה כתב המג"א בסי' מ"ב

ס"ק ו' גבי כל דבר שבקדושה מועיל תנאי להשתמש בו חול וכמו הא דמנחות (דף ל"ד ע"ב) דאמרו ולמ"ד הזמנה מילתא דאתני עלייהו מעיקרא וכעין זה אמרו באו"ח סי' תרל"ח סעי' א' וסעי' ב' וכתבתי כבר דלהשתמש בהם בבזיון אין להתיר ולהתנות עליהם רק לענין שריפה שפיר יש להתנות בפי' דלא יחול עליהם קדושת כתבי קודש כל זמן דלא יהיו ראוים לקרות בהם ע"י שיבושים וטעיות הרבה דיש בהעלין הראשונים:

יז

ואף היכא דיש בהנך עלין איזה שמות ג"כ אין להחמיר כיון דאין הדרך לכתוב שם רק כעין דברי הרמ"א ביו"ד סי' רע"ו סעי' יו"ד דהשם שכותבין בסידורין ב' יודי"ן ואחת ע"ג דמותר למוחקו אם הוא לצורך. א"כ חזינן דאין דינן ככל שבעה שמות שאינם נמחקין מה"ת רק מצד חומרא דרבנן ע"כ היכא דנכתבו מתחילה בפירוש שלא יחול עליהן דין קדושה כלל אז יש להתירן בשריפה. דהא כבר העלו רוב הפוסקים אף גבי שם גמור אם נכתב שלא לשם קדושה דמותר למוחקו ומה שכתב המחנה אפרים בסוף ספרו בחי' לטור יו"ד ה' ס"ת בשם הפר"ח דכתב דאף שם שלא נתקדש ג"כ לוקה על מחיקתו הנה זהו דעת יחידאה ורוב פוסקים חולקים ע"ז וכמש"כ לעיל בשם כמה פוסקים וכן נראה מדברי הש"ך ביו"ד סי' רע"ו ס"ק י"ב דכתב שם בשם של קודש שלא נכתב לשם קדושה מותר למוחקו לצורך תיקון דוקא אבל בנכתב לשם קדושתו אפילו לגוז ולגנוז לצורך תיקון אסור עכ"ל הש"ך ומוכח דס"ל להש"ך ג"כ דלא כהפר"ח אלא דהעיקר הוא דכ"ז דלא נתקדשו השמות אין עליהן איסור למוחקן וכמש"כ הט"ז שם בס"ק ב' בפשיטות כהגמ' וס"ל להש"ך דמדרבנן יש איסור עליהם אף שלא נכתב לשם קדושה וע"כ התיר למוחקו לצורך תיקון דוקא דאם הי' ס"ל דאיסורו הוא מה"ת א"כ הי' לו לאסור אף לגוז ולגנוז לצורך תיקון ג"כ וכמו שכתב הש"ך בנכתב לשם קדושתו וכיון דעיקר האיסור בזה אינו אלא מדרבנן ע"כ בכתבו שני יודין דכתב הרמ"א דמותר למוחקו אם הוא לצורך א"כ חזינן דעיקר איסור בכה"ג אינו אלא מצד חומרא בעלמא ע"כ היכא דהתנה בפירוש דלא יחול עליהם דין קדושה כלל אז אין להחמיר בכה"ג כלל כיון דאף בשם גמור אין עיקר איסורו בזה רק מדרבנן משום גזירה אטו שם שנכתב לשם קדושה אבל בכה"ג אין לנו לגבב חומרות דזה הוי בגדר גזירה לגזירה דכ"ז דלא מצינו בפירוש דגזרו חז"ל אין לנו להוסיף גזירות וחומרות מדעתינו:

יח

והנה לעיל אות א' ב' כתבתי דהעיקר לדינא דאיסור שריפת ואיבוד כתבי קודש אינו רק מדרבנן. והבאתי לדברי המג"א בשם הרמב"ם במנין המצות מל"ת סי' ס"ה דמוכח דס"ל דאיסור איבוד כתבי קודש הוא מה"ת. וכתבתי די"ל דכוונת הרמב"ם שם על כתבי קודש

דיש בהם אזכרות והנני לפרש זה ביתר ביאור דזה לשון הרמב"ם במנין המצות שם שלא לאבד בהמ"ק או בהכ"נ או בתי מדרשות וכן אין מוחקין את השמות המקודשין ואין מאבדין כתבי הקודש שנאמר אבד תאבדון לא תעשון כו' עכ"ל. ויש לפרש דמתחילה אמר דאין מוחקין שמות המקודשין היינו השמות שנכתבו בכתב אשורית ובקדושת ס"ת ואח"ז אשמעינן דאף השמות שבכתבי הקודש שאינם מדקדקין בהם כ"כ לכתוב בלשון אשורית וכמו בקדושת ס"ת אפ"ה אסור לאבדן ולשורפן מה"ת אם יש שם אזכרות ועיין בש"ך יו"ד סי' קע"ט ס"ק י"א ובאו"ח סי' של"ד ויותר נלע"ד לומר דמתחילה כתב הרמב"ם דאין מוחקין שמות המקודשין היינו אותן שמות שנכתבו בפירוש לשם קדושת השם וע"ז שייך הלשון שמות המקודשין ואח"ז אשמעינן דאף השמות שבכתבי הקודש אף דלא נכתבו בפירוש לשם קדושת השם רק סתמא לפי דבכתיבת כתבי הקודש אין מדקדקין לכתוב השמות לשם קדושת השם דרק בס"ת כותבין השמות לשם קדושת השם. אפ"ה ג"כ אסור לאבדן מה"ת משום דס"ל דסתמא ג"כ חשוב כלשמה וכמש"כ הרדב"ז בח"א סי' ע"ז לדמות זה להך דזבחים דסכין מושכתן כו' וה"ה בקדושת השם כו' אבל אכתי י"ל דהרמב"ם במנין המצות ג"כ ס"ל כמש"כ הרמב"ם בפ' ו' ה' יסודי התורה דקדושת כתבי קודש אם אין אזכרות כתובין אינן נאסרין רק מדרבנן וכמש"כ התשב"ץ בח"א סי' ב' בהוכחות רבות והביא ג"כ לדברי הרמב"ם בפ"ו ה' יסודי התורה הנ"ל להוכיח ממנו דס"ל ג"כ דהכתבי קודש אינם אסורין לאבדן רק מדרבנן יע"ש. ואף שזה דוחק קצת מ"מ יותר טוב לומר כן ולא לומר דהרמב"ם חזר בו:

יט

ועוד י"ל דמוכח דהרמב"ם במנין המצות שם מונה שם גם איסור דרבנן בכלל הך דלא תעשון. והוא דהרמב"ם במנין המצות שם כתב שלא לאבד בהמ"ק או בהכ"נ או בתי מדרשות וכן אין מוחקין כו' והנה איסור נתיצת דבר מבהכ"נ מבואר באו"ח סי' קנ"ב סעי' א' בסופו ברמ"א בשם המרדכי דמגילה פ' בני העיר וז"ל כי בהמ"ד נקרא מקדש מעט ולכך אסור לנתוץ דבר מבהמ"ד דתניא בספרי מניין לנותץ האבן מן ההיכל והמזבח והעזרה שהוא בל"ת כו' והובא במהרי"ק סי' ס"א וראיתי בפמ"ג סי' קנ"ב באשל אברהם ס"ק ו' שמסתפק אם לוקה על נתיצת אבן מבהכ"נ כו' ולענ"ד נראה דעיקר נתיצת אבן מן בהכ"נ אינו אלא מדרבנן דבוודאי אין לדמות קדושת בהכ"נ ובהמ"ד לקדושת הבהמ"ק והמזבח וכבר כתב הר"ן במגילה פ' בני העיר דעיקר קדושת בהכ"נ אינו אלא מדרבנן והביא שם בשם הרמב"ן דבהכ"נ עשו אותו כתשמישי מצוה כו' וע"כ אינו דומה קדושת בהכ"נ לקדושת בהמ"ק:

כ

וביומא (דף י"א ע"ב) אמרו יכול שאני מרבה הר הבית והלשכות והעזרות ת"ל בית מה בית שהוא חול יצאו אלו שהן קודש כו' והרמב"ם ה' מזוזה פ' ו' ה' ו' כתב הר הבית הלשכות והעזרות ובתי כנסיות ובהמ"ד שאין בהם דירה פטורין מהמזוזה לפי שהן קודש כו':

הרי דחזינן דיש על הבהכ"נ ובהמ"ד קדושה מן התורה ומדמינן זה ממש לקדושת בהמ"ק והעזרות למיפטר ממזוזה דאם לא הי' קדושתן רק מדרבנן אין סברא לפוטרן מן מ"ע דאורייתא ע"י מה דהם קדושים מדרבנן א"כ מזה מוכח דלא כמש"כ לעיל אכן באמת אין סברא לומר כן דהא חזינן בכמה ענינים דאינו דומה קדושת הגוף של בהמ"ק והעזרות לקדושת בהכ"נ ובהמ"ד ומה לנו להאריך בזה דהלא כבר כתבתי לעיל בשם הר"נ דקדושת בהכ"נ ובהמ"ד אינו אלא מדרבנן. ובאמת בהך דמזוזה דפטרו לבהמ"ד ובהכ"נ עיקר הטעם התם לפי שאין בהם דירה ואמרו שם דבהכ"נ של כפרים שהאורחין דרין שם וכן בהכ"נ של כרכים אם הי' בו בית דירה חייב ע"כ התם במזוזה של בהכ"נ עיקר הטעם הוא לפי שאין בהם בית דירה והטעם שהן קודש אין זה עיקר כ"כ והנה הכא גבי נתיצת אבן מן בהכ"נ דאסרו לא חילקו הכא בין יש בו בית דירה או לא ויש לי להאריך בכ"ז הרבה וידעתי מה די"ל בזה ע"פ הכלל אם דרבנן מועיל לדאורייתא רק אין להאריך במה שהלכו הנמושות. הוא דהך נתיצת אבן ואיסור איבוד בהכ"נ ובהמ"ד אינו אלא מדרבנן וע"כ מוכח דהך דברי הרמב"ם במנין המצות הוא לאו דוקא דיהי' הכל מדאורייתא כמו כן י"ל במה שכתב שם על איסור איבוד כתבי קודש דבאמת גם הרמב"ם ס"ל דזה אינו רק מדרבנן. וראיתי בפמ"ג באו"ח סי' קנ"א במשבצות זהב ס"ק ג' שהקשה על המג"א שהביא בשם מהר"ם פאדוואה סי' ס"ה שכתבו דאיסור לנתוץ מן בהכ"נ דאין זה רק במחובר והקשה עליהם מן הא דשורף עצי הקדש דלוקה כמבואר במכות (דף כ"ב) ובאמת אין זה קשה כיון דעיקר איסור בנתיצת ואיבוד בהכ"נ אינו אלא דרבנן לא גזרו זה רק במחובר ועיין בפרמ"ג או"ח רישׁ סי' קנ"ג במ"ז דהביא לדינא דקדושת בהכ"נ ובהמ"ד אינו מן התורה רק מדרבנן וכדברי הר"נ דמגילה הנ"ל:

כא

ועוד י"ל במה שכתב הרמב"ם במנין המצות לאסור איבוד כתבי קודש דמשמע דס"ל שם דזהו מן התורה דמוכח דבחבורו יד החזקה חזר בו מן מה שכתב במנין המצות שם דהא כתב שם במנין המצות הזאת דאסור לאבד בהמ"ד ובהכ"נ ומשמע דזהו מה"ת ג"כ ואילו בחבורו יד החזקה ה' יסודי התורה פ' ו' ה' ז' לא כתב מזה כלל רק כתב שם לאסור סותר אבן א' מן המזבח וההיכל ושאר העזרה כו'. וכן בפ' א' ה' בית הבחירה ה' י"ז

ולא הזכיר שם כלל מן איסור זה גבי בהכ"נ ובהמ"ד כלל וכן בפרק י"א ה' השחר דכתב הרמב"ם שם הרבה דינים מן הלכות בהכ"נ. ולא הזכיר שם מזה כלל עיין שם ה' י"ב וקצרתי ונראה מזה דהרמב"ם בחבורו יד החזקה חזר בו מן מש"כ במנין המצות כמו כן יש לדון בהך דכתב שם במנין המצות לאסור מה"ת לאבד כתבי קודש והוכרחתי לקצר בזה הפרט:

כב

והעיקר לדינא דכבר העלה התשב"ץ דעיקר שריפת כתבי קודש אינו אלא דרבנן. ולא מצינו לגדולי הפוסקים דחולקים עליו בזה וע"כ נקטינן כן לדינא. ונחזור לענינינו דיש לנו יסוד גדול להיתירא לשרוף הנך קורעקטין אם יתנו עליהם בפירוש מקודם הדפסתם דלא יחול עליהן דין קדושת כתבי קודש כלל דאז יש לנו לסמוך על דברי הרמב"ם דכתב לכללא בפירוש על הנך כתבי קודש דאסור לשורפן דזה אינו רק בכתבן בחדושה. וממילא מוכח דאם לא כתבן בקדושה ובפרט היכא דהתנה בפירוש דלא יחול עליהם דין קדושה כלל אז לא נאסרו לשורפן ואף לשיטת הפר"ח דהביא המחנה אפרים דס"ל גבי קדושת השמות דאף שלא נתקדשו ג"כ אסור מה"ת למוחקן זה אינו רק בהשמות דאסורין מה"ת אבל לא בהכתבי קודש דעיקר איסורן אינו אלא מדרבנן וגם הא כבר הבאתי לעיל דהרוב פוסקים ס"ל דהשמות שלא נכתבו בקדושה לא נאסרו מלמוחקן. ואף הש"ך ביו"ד סי' רע"ו ס"ק י"ב דכתב בשמות שלא נכתבו בקדושה דאסור למוחקן רק לצורך תיקון דוקא זה אינו רק מדרבנן אבל בכתבי קודש דעיקר איסורן אינו אלא מדרבנן ע"כ היכא שהתנו בפירוש שלא יחול עליהם קדושתן מוכח דס"ל להרמב"ם דאף איסור דרבנן ליכא עלייהו ומותר לשורפן ולא מצינו חולק על הרמב"ם בזה כלל ובאמת זהו מילתא חדתא דלא מצאתיו בהאחרונים דיזכירו זה כלל והשב יעקב בסי' נ"ד הביא לדברי הרמב"ם הנ"ל לדון על השמות שלא נכתבו בכוונת השם דמותר לשורפן וכן הביא שם לדברי הגהות מיימוני פ' ו' ה' ס"ת דשם שלא קידשו בכתיבתן דאין בהם קדושה ומדכתב הג"ה זאת על מה שכתב הרמב"ם כל המאבד את השם כו' משמע דבזה דאין בהם קדושה דאין איסור לאבדן כו' ע"ש א"כ כש"כ בכתבי קודש היכא דאין בהם שמות דהיכא דהתנה בפירוש דלא יחול עליהם דין קדושה כלל דאין איסור לשורפן כלל כללו של דבר דנתבאר בעז"ה יסוד גדול להיתירא ע"פ דברי הרמב"ם המפורשין להדיא ע"כ היא עצה גדולה ותקנה מעליא לעשות כן בהקורעקטין להתנות עליהם בפירוש מקודם הדפסתן שלא יחול עליהם דין קדושת כתבי קודש דאז מותר לשורפן והשב יעקב שם כתב כיון דהגהות מיימוני שם כתב דאם כתב אותיות של שם ולא נתכוין אין בהם

קדושה דמשמע דקאי על דברי הרמב"ם שם דאין בהם קדושה זו דאסור לאבדן עכ"ל השב יעקב ויש להעיר עליו דהא אכתי אסור לאבדן דלא גרע מכל כתבי קודש דאסור עכ"פ מדרבנן לאבדן ועיין בשב יעקב סוף סי' נ"ה מה שכתב הגאון מוהר"א ברודא זצ"ל אך העיקר כמו שכתבתי בעז"ה בזה דאף כתבי קודש שלא נכתבו בקדושה אין איסור לאבדן ולשורפן וכמש"כ הרמב"ם להדיא וכנ"ל. וע"כ היכא דהתנו כן בפירוש שלא יחול עליהם קדושת כתבי קודש אז מותר לשורפן אף דנימא גם בכתבי קודש דסתמא לקדושה קיימא אך היכא דהתנה בפירוש בוודאי מותר לשורפן כיון דלא נתנו לקרות בהם כלל וכמש"כ לעיל:

כג

ועדיין אפשר לומר דכל יסוד היתר זה אינו שייך רק בכתב משוטא אבל בכתב אשורית לא שייך זה לפי מה שכתב הרמ"א ביו"ד סי' רפ"ד סעי' ב' בשם י"א דאין לכתוב דברים של חול בכתב אשורית והוא מן הבית יוסף סי' רפ"ג שהביא שם בשם הרמב"ם בתשובה דכתב אשורית שניתנה בה תורה והלוחות אין להתיר להשתמש בו בדבר חול וכ"כ המג"א בסי' של"ד ס"ק י"ז מזה וכ"כ הדרישה בשם הרמב"ם בסי' רפ"ד וכ"כ הרדב"ז בח"ד סי' מ"ה בשם הרמב"ם כתב אשורית יש בו קדושה ואסור להשתמש בו בדברים של חול כו' ע"ש ועיין ביו"ד סי' רפ"ג סעי' ד' מזה א"כ לפ"ז אפשר דאסור להתנות על כתבי הקורעקטין שהם בכתב אשורית דלא יחול. עליהן דין קדושת כתבי קודש אכן יש לדון דהא אף בכתבו בכתבים שאינם בכתב אשורית ג"כ אף בהתנה שלא יחול עליהם קדושת כתבי קודש מ"מ אסור לעשות בהם תשמיש בזיון דלא גרע מכל תשמישי מצוה דמבואר באו"ח סי' כ"א סעי' א' בשם י"א דגם לאחר שנפסקו אין לנהוג בהם מנהג בזיון כו' רק אנו דנין שיהי' מותר לשורפן ע"י מה שהתנה שלא יחול עליהם דין קדושת כתבי קודש לכן יש לומר דמותר זה אף בכתב אשורית דדווקא לכתוב בהם דברים של חול בזה ס"ל דאסור משום שיכול לבוא לבזיון או דדברי חול בעצמם הוי בזיון משא"כ בנ"ד דהא כותבין בכתב אשורית דברי תורה עכ"פ ואין זה מקרי בזיון והבית יוסף באה"ע ריש סי' קכ"ו שהביא בשם הר"י הלוי דעיכב לכתוב הגט בכתב אשורית מפני שיבא לידי זלזול ועיין בחדושי הגהות שם אבל בנ"ד אינו יבא לידי בזיון דעדיין יהיו נזהרין בהם כדין תשמישי מצוה ועיין במהר"ם אלשקר סי' ע"ד ויש להאריך בזה עוד אך לפי שבכתב אשורית יכול להיות שם כתוב שמות מן השבעה שמות שאינן נמחקין ובזה לא מהני התנאי דהא בשמות שלא נכתבו לשם קדושה ג"כ יש להחמיר בהו וכמש"כ הש"ך ביו"ד סי' רע"ו ס"ק י"ב וכמש"כ לעיל. לכן אין דעתו מסכמת בזה להקל אכן בכתב

אחר שאינו בכתב אשורית דהתם ע"פ רוב אינו מצוי שם כתוב להשמות רק בשני יודין וכיוצא בו וכבר כתב הרמ"א ביו"ד סי' רע"ו סעי' י' להקל בזה [וידעתי לדברי הרדב"ז ח"א סי' ר"ו וקצרתי] ע"כ בזה דעתי מסכמת להתירן לשרוף להקורעקטין באופן דיתנו עליהם מתחילה שלא יחול עליהן דין קדושת כתבי קודש ואז אח"ז ממולא הכל ע"ד זה וכמש"כ המ"ב גבי הגליונות דכיון דנהגו כן הרי כאלו התנה מתחלה וכמש"כ לעיל:

כד

והנה אחרי כותבי כל זה מצאתי ראיתי בתשובת מהרשד"ם ח' יו"ד סי' קפ"ד שכתב לדון ע"ד הקושרי ספרים לעשות טבלה ונוטלים להעלים הנשארים ממלאכת הדפוס ומדבקין אותן עד שנעשה כדמות טבלה גסה כו' וכפי הנראה מאבדין אותם בידים ולא זאת אלא שאלו הטבלאות חותכין אותן לחתיכות קטנות כו' ומשליכין מאותם חתיכות דקות שעושין כדי להשוות הטבלה אל הספר לאיבוד ונרמסין ברגלים כו' ולא הי' לי פה לדבר כי היו נתלין באילן גדול עד שהוקשה בעיני כו' ונתתי אל לבי לחפש כו' עד שכפי הנראה הי' אפשר לומר ד' טענות ואלו הם כו' עוד טענה ד' שאפשר לקרות אותה סבה תכליתית היא שכל כתבי קודש צריכים כתיבה לשמה ואם כתב אחד מכתבי קודש שלא לשמה הם פסולים א"כ נראה שמכל אלו הטענות נראה להם לנוהגים היתר ולכן נהגו כן אמנם נראה לע"ד כו' שלא יספיקו לומר שמותר לאבדן בידים כי זה לא מצינו אלא בספרים הנכתבים ע"י מינין כו' כמש"כ הרמב"ם פ"א ה' תפילין ס"ת תפילין ומזוזה שכתבן מין ישרפו עד כתבן א"י או קטן הרי אלו פסולים ויגנזו הרי מצינו אפילו כתבן א"י שאין הכתיבה לשמה כו' אפ"ה טעונין גניזה כו' עכ"ל מהרשד"ם והנה המהרשד"ם העיר ג"כ כעין הסברא שכתבתי לעיל דיש לדון בהכתבי קודש שלא נעשו לשמה דבהו ליכא משום קדושת כתבי קודש ומותרין לאבדן בידים ולשורפן אך הקשה ע"ז ממה שכתב הרמב"ם כתבן א"י יגנזו כו' ותמהני עליו במה שרצה לומר מסברא זה החילוק ודחה זה הא עיקר סברתו מפורש בהרמב"ם ה' יסודי התורה פ"ו ה"ז דהא דכתבי הקודש אסור לשורפן ולאבדן דזהו רק בכהבן בקדושה וכמש"כ לעיל בארוכה א"כ עיקר סברתו מבואר ומפורש בהרמב"ם ומה שדחה לזה מן מה שכתב הרמב"ם בפ"א ה' תפילין ס"ת תפילין ומזוזה שכתבן א"י יגנזו כו'. הנה כבר כתבתי לעיל להעיר בזה דיש לומר גם בכתבן אינו יהודי דשמא כתבו לשם קדושה וכמש"כ הכסף משנה ה' גירושין פ"ג ה' ט"ו וכמש"כ הב"ש בסי' קכ"ג ס"ק ה'. וכמש"כ לעיל להוכיח כן מערכין ד' ו' דחיישינן שמא בלב האינו יהודי לשמים וכן בכתבו קטן להס"ת ג"כ י"ל דמיירי באופן דאין חשש משום שלא לשמה דהא הרמב"ם שם ה' תפילין פ"א ה' י"ג כתב הטעם דלכן כתבן אינו יהודי

כו' או אשה או קטן ה"ה פסולין ויגנזו שנא' וקשרתם וכתבתם כו'. וכעין הא דגיטין (ד' מ"ה ע"ב). והנה הפני יהושע לגיטין שם כתב על מה דאמרו בגיטין שם הטעם לפסול בכתבן אינו יהודי משום וקשרתם וכתבתם דהיינו לענין עבד ואשה וקטן משא"כ לענין א"י בלא"ה פסול משום דלא נכתב לשמה כו'. עכ"ל הפני יהושע וכבר הקדימו התוס' במנחות (דף מ"ב) ובע"ז (ד' כ"ז ע"א) ד"ה וכי היכן מצינו מילה לשמה כו' שהקשו ג"כ דל"ל קרא דוקשרתם וכתבתם תיפוק לי' כו' ותירצו דתני א"י אגב אשה וקטן עכ"ל התוס'. אך מידי ספק לשמה לא יצאנו וע"כ יגנזו כמש"כ לעיל בשם הכ"מ והב"ש:

כה

וכמו כן יש לומר בכוונת הרמב"ם דכתב הטעם לפוסלן משום וקשרתם וכתבתם משמע דלולי זה לא הי' פסול משום דס"ל דמחמת לשמה אין לחוש כ"כ. ויש להסביר זה ביתר ביאור דהא מוכח דהרמב"ם ס"ל דסתם ס"ת לשמה קאי דהא בכמה מקומות בהלכות ס"ת לא חשב שם רק בכתב אזכרות שלא לשמן ונראה מזה דס"ל להרמב"ם כשיטת הסוברים דסתם ס"ת לשמה קאי וכמש"כ המרדכי שיטתם בפרק התכלת וכמש"כ הבית יוסף ביו"ד ריש סי' רע"ד בשיטת רש"י דס"ל ג"כ סתם ס"ת לשמה קאי ע"כ רק באזכרות מוזהר להזכיר שכותבו לקדושת השם. וזהו כשיטת התוס' בגיטין (ד' מ"ה ע"ב) ד"ה עיבוד לשמן כו' בקושייתם דסתמא לשמה קאי וע"כ אינו פוסל בכתבו א"י לס"ת משום שלא לשמה. די"ל דשאני ס"ת דלשמה קאי א"כ י"ל בזה כעין סברת התוס' בגיטין (ד' כ"ג ע"א) ד"ה א"י לדעתי' כו' וכ"כ התוס' בכמה מקומות להך סברא. א"כ משום שלא לשמה לא הי' פוסל בכתבו אינו יהודי רק משום דבעינן וקשרתם וכתבתם ולפסול למי שאינו בקשירה כו' וכמש"כ הרמב"ם שם להדיא הך טעמא וכן בכתבו קטן י"ל דמיירי באמת בעע"ג ע"כ לא מיפסל משום דכתבו שלא לשמה רק משום וקשרתם וכתבתם כמש"כ שם הרמב"ם להדיא גם י"ל עוד דכיון דסתם ס"ת לשמה קאי ע"כ אף בקטן אינו מיפסל משום שלא לשמה. וידעתי למש"כ התוס' בחולין (דף י"ב ע"ב) ד"ה קטן יש לו מחשבה כו' דסתמא דקטן גרע כו' ואכתי י"ל לפי מה דמסיק הש"ס שם בחולין דיש להם מעשה כו' ומחשבתו נכרת מתוך מעשי' כו', א"כ ה"ה בקטן שכתב ס"ת עיקר הפסול הוא רק משום וקשרתם וכתבתם כמש"כ הרמב"ם. ועכ"פ מידי ספק שמא נכתב לשמה המועיל לא נפיק וע"כ כתב הרמב"ם דכתבן א"י וקטן יגנזו וזהו מוכרח מדחזינן דהרמב"ם שם כתב רק הטעם לפוסלן משום וקשרתם וכתבתם כו' או דמיירי בעע"ג ע"כ לא מיפסל משום חשש שלא לשמה גבי קטן ולכן שפיר כתב הרמב"ם בכתבן א"י וקטן יגנוזו ולא

שריפה אבל לעולם י"ל דהיכא דכתבו בפירוש להנך כתבי קודש שלא יחול עליהן דין קדושת כתבי קודש דאז מותר לשורפן וכמש"כ לעיל בארוכה:

כו

ויהי' איך שיהיה הא אין לנו הצורך להאריך בזה יותר משום דלהדיא כתב הרמב"ם בפ"ו ה' יסודי התורה דהא דכתבי קודש אסור לשורפן זהו רק בכתבן בקדושה כו', וע"כ אף דנימא דה"ה בסתם כתבי קודש דלשם קדושתן קיימי עכ"ז היכא דהתנה בפירוש כן אז אין לנו לאסור לשורפן רק לתשמיש בזיון כבר כתבתי לעיל דאסור משום דלא גרעו מכל תשמישי מצוה ולכן תמהני על המהרשד"ם שלא הביא לדברי הרמב"ם בפ' ו' ה' יסודי התורה הללו אך לדינא יש לומר דאף המהרשד"ם דכתב לדחות לזה החילוק והוכיח דאף בכתבי הקודש שלא כתבן לשמה הם ג"כ אסורין לשורפן רק טעונים גניזה דעיקר דבריו הם רק היכא דנדפסו סתמא וע"כ בזה שפיר מוכח מהרמב"ם כיון דס"ל סתם לשמה קאי וכמו שכתבתי לעיל ע"כ בזה הנכון עם הרשד"ם שהעלה להצריכן גניזה אבל לפי מש"כ לתקן על להבא שיתנו שלא יחול עליהן קדושת כתבי קודש בזה י"ל דגם הרשד"ם מודה להתיר לשורפן ולא להצריכן לגנוז וגם יש לדון בהנך קורעקטין דסתמן ג"כ אינם קיימי לקדושתן ואף בלא התנה ג"כ יש להתיר לשורפן דכיון דלא ניתנו לקרות בהעלים הראשונים ע"כ הוי כאילו התנה עליהם בפירוש דלא יחול עליהם קדושת כתבי קודש והכל עפ"י יסוד של דברי הרמב"ם ה' יסודי התורה הנ"ל ואין ראי' מהא דר"פ כל כתבי דאף במה דלא ניתנו לקרות בהם אמרו דטעונים גניזה משום דשא"ה וכמש"כ לעיל לחלק דהא הכותב לכתבי הקודש הללו היה בדעתו אז שיהיו קורין בהם וע"כ שייך גם בזה לומר דסתמא לקדושתן קיימו וכמש"כ לעיל בארוכה משא"כ בהנך קורעקטין דהוי כאילו התנה עליהן בפירוש כנ"ל ואף שראיתי להרשד"ם דהוכיח ג"כ בההוכחה הנ"ל מן הא בר"פ כל כתבי עכ"ז בנ"ד אין זה דומה להתם והרשד"ם סיים שם דאין רוצה להוציא מן פיו איסור ולמחות בידם כו':

אבל בנ"ד י"ל דמודה הרשד"ם להתירן לשורפן כי יש לנו יסוד גדול להיתירא בעז"ה ולסמוך על דברי הרמב"ם הללו ולהתנות עליהם מקודם כנ"ל וראיתי בעקרי דינים ח' יו"ד סי' כ"ו אות כ"ד לאיזה מחברים בענין כזה וכן בעקרי דינים חלק או"ח סי' ח' אות י"ב ואין ת"י הספרים הללו:

כז

ובסוטה (דף כ' ע"א) בתוס' ד"ה מגילתה נגנזת כו' כתבו בירושלמי תני נגנזת תחת צירי של היכל למה בשביל לשוחקה והוא בירושלמי סוטה (פ"ג ה"ג) והקרבן העדה בשירי קרבן שם הקשה דהא אסור לעשות כן דהוי מוחק את השם והנחתה זו כמאבד בידים

וכש"כ דמסבב הדלת הוא המוחק עצמו ונדחק ליישב ובאמת זהו קושיא חמורה ואין סברא לחלק בזה דשאני בסוטה דניתנה למחיקה ע"כ קילא הן אמת דמצינו הך סברא בירושלמי סוטה (פ"ב ה"ד) גבי מגילת סוטה דאינו מטמא הידים משום דניתנה למחיקה וכן א' ר"ש שם דכיון דלמחיקה ניתנה ע"כ כותבין על עור טמאה. והובא בתוס' סוטה (דף י"ז) ד"ה לא על הלוח כו' והרמב"ם ה' אבות הטומאה פ"ט ה' י"א פסק דפרשת סוטה הואיל וניתנה למחיקה אינה מטמאה הידים ואילו בפ"ג ה' סוטה ה"ח כתב במגילת סוטה בעינן מן עור טהורה וס"ל לחלק דדוקא לענין טומאת ידים הקילו במגילת סוטה משום דניתנה למחיקה משא"כ גבי כתיבתה דבעינן מן עור טהורה ולא שנא וכמו בס"ת וראיתי בשירי קרבן בירושלמי שם שכתב לא ידעתי למה לא הביא הרמב"ם להך דין דאין כותבין מגילת סוטה על עור בהמה טמאה ותמהני עליו הלא להדיא כתב הרמב"ם להך דין בפ"ג ה' סוטה ה' ח' דבעינן לזה עור טהור כמו בס"ת ע"ש וקצרתי ופשוט] אבל לענין איסור מחיקת השם במגילת סוטה ודאי דאסור מה"ת אף דניתנה למחיקה ואין סברא כלל לחלק בזה וע"כ תקשה לקושיות הקרבן עדה הזאת שהקשה דהא הוי מוחק השם בגונזה תחת צירי של היכל ומה שכתב השירי קרבן ליישב זה די"ל דירושלמי ס"ל דלית ליה הך דרשה דאמרו בבבלי דמוחק השם לוקה דכתיב לא תעשון כן כו' ומותר לאבד כתבי קודש שאין בהם צורך ובאמת אין סברא לומר כן וגם הא אמרו בירושלמי סוטה פ' ב' ה' ד' כמה אותיות כתוב ויהא שלא לצורך ויהא חייב על מחיקת השם ע"ש בפ"מ ובקרבן העדה ומבואר בירושלמי דס"ל ג"כ לחייב על מחיקת השם ע"ש בכזה:

כח

ומן חומר הקושיא של השירי קרבן הנ"ל נלע"ד לומר בזה דהנה מצינו בנזיר (דף כ"ד) האשה שנדבה בנזיר והפרישה בהמתה ואח"כ היפר בעלה כו' ומסקינן בגמרא שם כי משעבד כו' כי מקני לה במלתא דצריכא במלתא דלא צריכה לא מקני לה וכתבו התוס' שם בד"ה ואם משלה הבהמה כו' אע"ג דהיפר לה כיון דבעי כפרה כו' וכ"כ התוס' יו"ט שם במשנה ד'. ועיין בתוס' חדשים ובתוס' רע"א שם וקצרתי וכיוצא בו אמרו בכריתות (דף כ"ג ע"ב) דר"מ סבר כיון דלא צריך ליה לא מקדיש ליה ורבנן סברי מתוך שלבו נוקפו גומר ומקדיש כו' וכעין זה כתבו התוס' בחולין (דף פ"ב) ד"ה והתנן נמצא ההורג כו' דילמא ה"ט דמתניתין דאדעתא שימצא ההורג לא אקדישי' כו' ההיא דכריתות (דף כ"ג) כו' וי"ל דסברא דגמרי ומקדשי דלא מסקי אדעתייהו שימצא ההורג עכ"ל התוס'. ע"כ י"ל הכא במה דאמרו דמגילה נגנזת תחת צירי לשחקה באמרה איני שותה. ולא חשו לאיסור מחיקת השם דזהו משום דדייניגן בזה לאומדנא דבעת דנכתב השם בקדושתו לא

אקדשי' הכהן רק על אופן שתשתה הסוטה אבל אם לא תשתה ותאמר אינו שותה אז ע"ז האופן אינו מקדש השם ואמרינן אדעתא דהכי לא קידשו דהא זה הוי דבר המצוי ביותר מן הך דעגלה ערופה דיהי' נמצא ההורג. וכיון דבכה"ג הוי כמו דלא נתקדש השם לכן התירו לגנוז את השם ולהניח תחת צירי של היכל ואינו קשה לקושיות הקרבן העדה כן הי' מקום לומר אבל עדיין יש לדון ע"ז דהא חזינן דזה אינו דומה לכל הענינים דנזכרים לעיל. דא"כ קשה אמאי אמרו במשנה בסוטה (דף כ') באמרה איני שותה דמנחתה מתפזרת ע"ג הדשן ופי' רש"י בית הדשן שבעזרה כו' דהואיל וקידשה בכלי נשרפת בעזרה כו' ואי נימא דהיכא דאמרה איני שותה דייניגן גבי קדושת השם דה"ל כעין טעות וגילוי מילתא למפרע דאדעתא דהכי לא קידש להשם א"כ נימא כן גבי קדושת מנחה בהכלי כו' ואפשר לומר דשאני גבי מנחה דא"כ ה"ל חולין בעזרה ע"כ מוכרח לקדש להמנחה בכל גווני. ע"כ אינו ראיה מהך דמנחתה מתפזרת כו' לסתור להסברא שכתבתי וידעתי מה דיש לדון בהך חולין בעזרה שכתבתי מן הא דמנחות (דף מ"ח ע"א) דאמרו חולין ממילא קא הוויין וכמו שהעיר בזה הטורי אבן בר"ה (דף כ"ח) בד"ה ה"ה עובר על בל תוסיף כו' לחלק דהיכא דאיגלאי מילתא למפרע דה"ל חולין בעזרה בשעת כניסה דשאני זה מן הא דמנחות ע"ש ועיין במנחות (דף פ' ע"ב) תוס' ד"ה וכי מכניסין חולין בעזרה כו' וב"ב (דף פ"א ע"ב) תוס' ד"ה דמקדיש להו ויש לי להאריך בזה הרבה אך לפי דבאמת יש לחלק הך דאמרה איני שותה מן הא דנמצא ההורג כו' והך דכריתות (דף כ"ג) והך דנזיר (דף כ"ד) הנ"ל דהא בהך דאיני שותה לא ה"ל כעין טעות כ"כ דהא אם היתה מרוצית לשתות עכשיו היתה שותה וכדין דמצווית ע"ז ונכתבה המגילה כדין משא"כ בהפר לה בעלה אף דבעל מיגז גייז מ"מ עכשיו הוא שלא לצורך כלל. ע"כ אין דומה נידון הך דמגילה כ"כ לדהתם ויש עדיין לדון בכל זה טובא אכן לפי שנראה לענ"ד לומר דרך פשוט ביותר ע"כ אקצר בזה ואבאר אופן אחר ליישב קושיות הקרבן העדה הנ"ל:

כט

והוא דיש לומר בפשיטות דהכהן דכתב למגילת סוטה היה כותב השם לקדשו על תנאי באם שתשתה אכן אם תאמר איני שותה אז ע"ז האופן אינו מקדש את השם ואז כשאומרת איני שותה לא הי' מעולם לקדושת השם והוי כמו כל השמות שלא נכתבו בקדושה דס"ל לרוב הפוסקים דאין בכה"ג איסור למחוק להשם וכמש"כ התשב"ץ בח"א סי' קע"ז להוכיח מירושלמי סוכה פ' ג' ה' יו"ד ומגילה פ' א' ה' ט' ע"ש והיה עושה כן הכהן כדי שלא יבוא השם לידי גניזה אם תאמר איני שותה ע"כ היו מקדש הכהן להשם על תנאי הנ"ל ומצינו בכמה דוכתי כעין זה דהיו מהדרים לעשות תנאי כמו הא

דשבועות (דף י"א) גבי תמידין שלא הוצרכו לציבור כו' דלב ב"ד מתנה עליהן וכן כתב הרע"ב לשקלים פ' ד' משנה ה' וכן מצינו בכמה דוכתי ובמגילה (דף כ"ח) דבהכ"נ של בבל על תנאי הן עשויין וכעין הא דאו"ח סי' קנ"ד סעי' ח' בהג"ה ובמג"א ס"ק ט"ו דראוי להתנות כו' וכן מצינו להפוסקים דהיו מהדרים אחר עצה לתקן בס"ת שלא יצטרכו לגנוז להשם וכמו כן י"ל דהכהנים היו מתנין תנאי זה בעת שקידשו השם של מגילת סוטה ע"כ לא היו חוששין למחיקת השם והיו מניחין אותו בצירי היכל ועפ"ז מיושב קושיות הקרבן העדה שהקשה בשם הכ"מ פ' ד' דסוטה ה' ד' שהקשה על הרמב"ם דהשמיט הא דירושלמי ותוספתא דנגנזת תחת צירי היכל ע"ש:

ל

ולפי מה שכתבתי מתורץ שפיר מה שהשמיט הרמב"ם זה והוא דיש להעיר על מש"כ דהיו כותבין להשם בקדושתו על תנאי אם תשתה הסוטה וכו' דיש לדון בזה לפי מה דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה א"כ הכא גבי קדושת השם על תנאי אם תשתה ואם לא תשתה אינו מקדשו א"כ אף אם תשתה ג"כ לא נתקדש השם כיון דאין ברירה והוי כמו דלא נתקדש השם מעולם, א"כ לא אמרינן יש ברירה על למפרע דנתקדש השם וגם בתנאי כיון שאינו ביד הכהן דייניין אין ברירה וכמו שכתבו התוס' בגיטין (דף כ"ה ע"ב) ד"ה ולכי מיית כו' וכמו על מנת שירצה אבא כו', והא שכתב הרמב"ם פ"ז ה' אישות האומ' על מנת שירצה אבא רצה האב מקודשת כבר כתב השאגת אריה בסי' צ"ג ליישבו דמיירי בקידושי כסף כו' ע"ש. ועיין בגט פשוט סי' קכ"ב ס"ק ח' ע"כ לפי מה דקיי"ל לדינא אין ברירה בדאורייתא לכן אין אנו יכולין לכתוב המגילה בקדושת השם על תנאי ועיין בתשובת רע"א סי' ב' ויש לעיין בדבריו ואכ"מ] ולכן לא הביא הרמב"ם להך דמגילה נגנזת תחת צירי של היכל משום דלדינא יש לאסור זה משום מחיקת השם אכן התוספתא והברייתא דבירושלמי דס"ל דהמגילה נגנזת תחת צירי של היכל י"ל דהך תנא ס"ל דיש ברירה וע"כ שפיר חשוב זה לשמה גבי קדושת השם ועיין בגיטין (דף כ"ד ע"ב) בתוס' ד"ה לאיזה שארצה אגרש כו' ובפני יהושע שם וביש"ש לב"ק פ' ה' ובאה"ע סי' קל"א בב"ש ס"ק ד' ובמחבר שם סעי' ד' ועכשיו שאומרת איני שותה א"כ איגלאי על למפרע דלא נכתב בקדושת השם ע"כ מותר למוחקו וכמו שכתבו רוב הפוסקים והש"ך בסי' רע"ו ס"ק י"ב ואף שכתב שם דרק לצורך מותר למוחקו וכדין כל שם שלא נכתב בקדושה דמותר למוחקו עכ"ז י"ל התם בסוטה כיון דאין בזה איסור דאורייתא ע"כ התירו שם להניחו תחת צירי היכל וגם י"ל בזה דכיון דאין שם רק איסור דרבנן ע"כ התירו שם זה משום הסברא דלמחיקה נכתבה וכמו שמצינו סברא זו גבי

טומאת ידים דהוי מדרבנן וכמש"כ לעיל והא דמנחתה מתפזרת ע"ג הדשן בעזרה זהו משום דנתקדשה בכלי ואף אם לא נכתבה המגילה ג"כ אמרו בירושלמי סוטה פ' ג' ה' ג' דמנחת סוטה קדשה עד שלא נכתבה המגילה ע"ש והא דתנן בסוטה (דף כ') דאם נמחקה המגילה ואמרה איני שותה דמשקין אותה בע"כ והתוס' שם כתבו בשם ירושלמי הטעם שגרמה לשם שימחק ולא אמרינן בזה דהא נעשה על תנאי אין זה קשה דהא עיקר דמשקין אותה בע"כ זהו מגזה"כ כדאי' בסוטה (דף י"ט) והשקה בתרא אתי לזה וכן אי' בירושלמי פ' ב' ה' ב' ובספרי אך הירושלמי נתן הטעם הזה דמפני מה תלוי זה בנמחק המגילה ובאמת מזה מוכח דאף דהיה תנאי זה מ"מ בעת מחיקת השם היה ברור לו לקדושת השם אז:

לא

ועפ"ז יש לומר, ולהסביר למה דאמרו בירושלמי סוטה פ' ב' ה' ד' תני ר"א בן שמוע אומר אין כותבין על עור בהמה טמאה אר"ש כיון דלמחיקה ניתנה למה אינה כותבה תני ראב"ש רואה אני כו' שמא תאמר איני שותה ונמצא השם גנוז על עור בהמה טמאה עכ"ל ולפי מש"כ י"ל דלכן ר"ש אינו חושש לסברת ראב"ש דנמצא השם גנוז על עור טמאה משום די"ל דר' שמעון לשיטתו דס"ל יש ברירה כמבואר בגיטין (דף כ"ה) דרב משרשיא ס"ל דר"ש ס"ל תולה בדעת אחרים יש ברירה ורבא ס"ל דבכל גווני ס"ל לר"ש יש ברירה ועיין בתוס' שם ד"ה בין לר"י בין לר"ש כו' ובעירובין (דף ל"ז) ובתוס' ד"ה קסבר רב יוסף כו' א"כ הכא גבי כתיבת השם במגילה דכותבה ע"מ שתשתה זהו תולה בדעת אחרים דס"ל לר"ש יש ברירה וכיון דיש לנו להמציא עצה דלא יהי' השם בבזיון וכן גניזה ג"כ הוי בזיון קצת ולכן כיון דיש לנו לתקן ולכתוב השם בקדושתו על תנאי דאם תשתה וזה מועיל אם תשתה דהא נתקדש השם על התנאי כיון דיש ברירה ע"כ עבדינן כן וממילא אם אינה רוצית לשתות אין לחוש במה שיהיה השם גנוז על טמאה כיון דעכשיו שאינה שותה א"כ לא נתקדש השם מעולם לכן אינו חושש ר"ש לסברת ראב"ש ובאמת י"ל דמ"ד דחושש שהשם גנוז על טמאה זהו משום דס"ל אין ברירה א"כ אינם יכולים לכתוב בקדושת השם על תנאי ובכל גווני קדוש השם ע"כ שפיר חושש דהשם גנוז על טמאה היינו להשם בקדושתו גנוז על טמאה ולפ"ז שפיר פסק הרמב"ם פ"ג ה' סוטה ה' ח' דכותבין המגילה על עור טהור וכמו שכתב הכ"מ שם בשם הירושלמי. משום דהרמב"ם הכריע כן להלכה לפי מה דקיי"ל לדינא אין ברירה ואינו יכול לכתוב להשם בקדושתו על תנאי הנ"ל ע"כ יש לחוש דהשם גנוז על טמאה כן נלע"ד בכ"ז:

לב

ומן מה שכתבתי בישוב קושיות הקרבן העדה מוכח לפ"ז בהוכחה ברורה דשם שנכתב שלא בקדושה אין בו איסור תורה למוחקו ודלא כשיטת הפר"ח והובא במחנה אפרים ומזה שפיר הוכיח הרמב"ם בפ"ו ה' יסודי התורה ה' ח' דנראה דס"ל בהשם שנכתב שלא לשם קדושה דאין בו איסור למוחקו ומה"ט כתב באפיקורס שכתב ס"ת דאין בו איסור לשורפו אף שיש שם אזכרות וממילא מצוה לשורפו כו' וכמש"כ השב יעקב סי' נ"ד לפרש לכוונת הרמב"ם הנ"ל אך לא כתב הוכחה גמורה לזה מן הש"ס. ומה דהוכיח השב יעקב כן מהא דר"פ כל כתבי יש לדון בזה הרבה וכן במה שכתב ההגהות מיימוני ריש פ"ו מן יסודי התורה להוכיח כן מן הך הרי שהי' צריך לכתוב את השם כו' וכן במה שכתב התשב"ץ בסי' קע"ז להוכיח כן מירושלמי סוכה ומגילה דאמר רב דכל הלוויה דכתב ר"מ בתהלים שרי למימחק כו' הנה בכל אלו הראיות הללו יש לדון הרבה וכמו שראיתי בספר ברכי יוסף ליו"ד סי' רע"ו ס"ק כ"ד דשקיל וטרי הרבה בכ"ז ע"ש אכן מן מה שכתבתי לתרץ לקושיות הקרבן העדה הנ"ל מזה מוכח ביותר דהשם שנכתב שלא בקדושת השם דאין בו איסור תורה למוחקו ומזה יש לומר דהוכיח הרמב"ם למה שכתב דשם שנכתב שלא בקדושה אין בו איסור כו' כנ"ל ובאמת דרכו של הרמב"ם שלא לכתוב איזה דין מדעתו כל שאין לו הוכחה מן הש"ס ועכשיו לפי מש"כ אתי שפיר בפשיטות לדברי הרמב"ם הנ"ל ומזה הוכיח הרמב"ם במה שכתב לדון כן על כל כתבי קודש דעיקר איסורן רק מדרבנן דבד"א בזמן שכתבן בקדושה כו' כנ"ל ומשמע דאם לא כתבן בקדושה אינו חל קדושת כתבי קודש עליהם להיות נאסר גם מדרבנן והוכיח כן מן מה שמצינו גבי קדושת השם דאיסורו מה"ת ואפ"ה אם לא כתבן בקדושה אינם נאסרין א"כ כש"כ כתבי קודש דעיקר איסורן רק מדרבנן בוודאי אינן נאסרין כלל כ"ז שלא כתבן בקדושתן וכנ"ל וכמש"כ לעיל בארוכה להוכיח כן ממקום אחר:

לג

ויהי' איך שיהי' בכוונת הוכחת הרמב"ם מן הש"ס עכ"פ לדינא כבר כתב הרמב"ם דאינו חל קדושת כתבי קודש רק בכתבן בקדושה וטעמו דאינו נתפס קדושה על כתבי קודש רק משום דהבעלים הזמינן לקדושה לכן אף דקיי"ל דהזמנה לגוף קדושה מילתא היא וכמש"כ הרמ"א באו"ח סי' מ"ב סעי' ג' עכ"ז הי' מועיל בזה תנאי וכמש"כ המג"א בס"ק וא"ו. ומה שכתב המג"א שם דבהתחיל לכתוב דבר שבקדושה אינו מועיל בזה התנאי כו' וכעין זה כתב האור זרוע ח' א' ה' תפילין סי' תקע"א שכתב דבקדושה עצמה דיש בהם קדושת הגוף לא מהני תנאה דמעיקרא בתר דנשתמשו בהם עכ"ל וידעתי מה דיש להעיר בזה מן הא דאו"ח סי' מ"ב סעי' ב' ויש להאריך בזה ואכ"מ אבל זה רק בנשתמשו

בהם לדבר בקדושה אבל בהנך קורעקטין הא לפי מש"כ לעיל לא הי' בהם מעולם איזה שימוש קדושה דהא לא נעשו מעולם לקריאה כלל רק להגיה ולשיטת רש"י ריש פ"ב דברכות דבקורא להגיה אינה נחשבת לקריאה כלל ושיטת רבינו יונה בריש פ"ב דברכות לפרש דקורא להגיה דדרך המגיה כשמביט בשני ספרים כדי לתקן מהאחד לחבירו כו' ולפעמים יוצא הקול מעצמו ע"ש וכן הוא באו"ח סי' מ"ז סעי' ג' הכותב דברי תורה כו' וכתב הט"ז שם ס"ק ב' דהך כותב בד"ת היינו שכותב או מעתיק ומכוין ללמוד אבל סופר המעתיק ספר וכוונתו לעשות פעולה להרויח ממון אין לו לברך כו' וא"כ הה"נ שמעתיק לחוד הוא כדברי הרשות עכ"ל הט"ז והמג"א שם ס"ק א' כתב דוקא בכותב ספרים דרך למודו ומבין מה שהוא כותב אבל סופר המעתיק ואינו מבקש להבין א"צ לברך דאין זה דרך לימוד ואפילו כותב דרך למודו צריך עיון דהא עכ"פ הרהור הוא כו' עכ"ל המג"א וכיוצא בו כתב שם הט"ז ריש ס"ק ב' וכמבואר שם סעי' ד' דהמהרהר א"צ לברך כו' וכיוצא בו כתב המחבר לקמן סי' קמ"א סעי' ב' דהעולה לתורה צריך לקרות עם הש"ץ שלא תהא ברכתו לבטלה כו':

לד

א"כ לפ"ז בהנך קורעקטין דלא נעשו רק להגיה ע"פ ספר שיהי' מוגה א"כ א"צ לקרות בפי' רק סגי לאומנתו רק הרהור לבד וא"צ להבין ואין זה דרך לימוד ע"כ לא נחשב זה לקריאה כלל. וגם שייך בזה סברת הט"ז הנ"ל דעיקר כוונתו הוא לעשות פעולה להרויח ממון ע"כ הנך קורעקטין הוי כמו דלא נשתמש בהם בקדושתן מעולם כלל וכיוצא בו כתב הטורי אבן בר"ה (דף כ"ח ע"ב) בד"ה בקורא להגיה כו' דמפרש בקורא להגיה דבזה א"צ לידע ולהבין מה שהוא קורא ואינו משים לבו להבין אלא לדקדק אם אין טעות בכתיבה ולהגיה כו' עכ"ל ולכן בעיקר הקורעקטין אינן עומדין מעולם ללמוד בהם רק להגיה בלבד וא"צ להבין וגם א"צ להוציא מפיו מה שרואה כתוב בהם א"כ לכל הפירושים בהך דקורא להגיה דרפ"ב ברכות ור"ה (דף כ"ח) שייכים גם בהקורעקטין וגם התוס' ברכות מודו הכא וקצרתי וגם עיקר כוונתו רק להרויח ממון כנ"ל ואף שיכול להיות כי הקורא בהקורעקטין להגיה יכווין ג"כ לקרות אז ללמוד התורה ויוציא אז מן פיו מ"מ הא אין זה דעת בעליו דהא עיקר דעת הבעלים של הדפוס דהאומן יראה להגיה הטיב אבל לא על כוונת הקורא לצאת בזה ידי לימוד התורה א"כ שייך בזה סברת המג"א בסי' מ"ב ס"ק ד' דלא מיתסר בהזמנת אחר דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו כו' ולכן אף דכתבתי לעיל דיש לומר בסתם דסתמא לשמה קיימי. אבל בהנך קורעקטין לא קרינן בהו דסתמא לשמה הם עומדין דהא אינן עומדין לזה ועיקרן הם רק כדי להגיה וזהו

עיקר פעולת המגיהן ויכול להוציא לאורה פעולתו אף שלא יקרא בהם בפי' וגם א"צ ללמוד ולהבין כוונת הענין ע"כ אף בסתמא אינן עומדין לקדושתן. ואסור לקיימן ללמוד בהם כיון דהוי ספר שאינו מוגה:

לה

ובפרט כשיתנו הבעלים בפירוש שלא יחול עליהן דין קדושת כתבי קודש וודאי מועיל התנאי שאינו חל עליהם מעולם קדושת כתבי קודש ולא שייך בזה לומר וכי קדושה שבהם להיכן הלכה וכעין דברי האור זרוע הנ"ל דהא לא הי' חל עליהם מעולם דין קדושה ולא קרינן בהו למש"כ הרמב"ם בד"א שכתבן בקדושה כו' דהא אדרבה כתבן בפירוש שלא יחול עליהם דין קדושה כלל ולא שייך בזה לומר דבע"כ חל עלייהו דין קדושה מיד כשכתב עליהן תורה דזה אינו דלא מצינו כן רק לשיטת הר"נ בפ"ד לביצה גבי סוכה דע"כ היא קדושה מגזה"כ דמה חג לה' והובא דבריו במג"א סי' תרל"ה בריש הסימן וזה אתי רק גבי סוכה דהוא מדאורייתא מגזה"כ דמה חג לה' וכמש"כ המג"א שם: **וגם** בזה יש חולקים על הר"נ וכמש"כ שם המג"א אבל כל זה אינו רק התם בסוכה דכבר חל עלייהו קדושה מה"ת וכמש"כ גם התוס' בשבת (דף כ"ב) ד"ה סוכה תניא כו' דחיילא קדושה עלייהו על כרחו דבר תורה כו'. ועיין בתוס' סוכה (דף ט') ד"ה מניין לעצי סוכה כו' ובביצה (דף למד) ד"ה עצי סוכה כו' אכן בנ"ד דאינן רק מדרבנן וגם לא הי' חל מעולם כלל דין קדושתן ע"כ אינו דומה כלל לדהתם וזה פשוט ולא מצינו שום חולק על הרמב"ם דכתב דעיקר קדושת כתבי קודש אינו חל רק בכתבן בקדושה כו' ובוודאי מועיל התנאי בהו וכמו דמצינו אף במילי דקדושין מדאורייתא דג"כ מועיל התנאי בהו מקודם שנשתמשו בהם לקדושתן כנ"ל:

לו

ואין סברא לומר דכיון דהתנה דלא יחול עליהן דין קדושת כתבי קודש למה דתקנו חז"ל הקדושה על כל כתבי הקודש דא"כ יהי' אסור ממילא לכתוב וכן לדפוס עלייהו לחדושי תורה דזה אינו דלא מצינו לגזירה זו ואין לנו לגזור גזירה מדעתנו דהא לא מצינו רק דחז"ל תקנו דעל כתבי קודש חל קדושה עלייהו כשהזמינו הבעלים אותם ללמוד בהם אבל היכא דאינו מזמינים ללמוד אינן נאסרים מלכתוב עלייהו לחדושי תורה וגם הא כבר כתבתי לעיל דאף שאינו חל עלייהו דין קדושת כתבי קודש מ"מ אסור להשתמש בהם תשמיש בזיון דלא גרוע מכל תשמישי מצוה ע"כ אין לנו לגזור כן מדעתינו כ"ז דלא מצינו כן בפירוש רק גבי כתב אשורית מצינו דאסרו לכתוב בהו למילי דחול. וגם בזה כתבתי לעיל דיש לחלק להיכא דלא יבוא לידי בזיון דמותר וכן מצינו ביו"ד סי' רע"ו סעי' י"ג דאסור לכתוב השם לכתחילה שלא בספר דיוכל לבוא לידי בזיון ע"ש

ועיין בחוות יאיר סי' ט"ז הרי דעיקר החשש אף בהשם לכתוב לכתחילה הוא רק משום שיוכל לבא לידי בזיון וכש"כ בכתבי קודש דהיכא דלא יבא לידי בזיון אין לנו לחוש כלל אף לכתחילה ולכן בהנך קורעקטין דאסור להשתמש בהם תשמיש בזיון וודאי דמותר להדפיסן אף אם לא חל עליהן קדושת כתבי קודש משום התנאי דהתנו הבעלים עליהם כנ"ל כיון דעכ"פ לא יבאו לידי בזיון:

והנה עיקרן הך דיו"ד סי' רע"ו סעי' י"ג הנ"ל זהו מהך דר"ה (דף י"ח ע"ב) דאי' שם התקינו שיהי' מזכירין ש"ש אפי' בשטרות כו' נמצא זה פורע חובו ונמצא שטר מוטל באשפה כו' הרי דמתחילה תקנו לכתוב השם בשטרות אף דלא נכתב בקדושת השם וכש"כ לפירוש רש"י בלשון ב' בערכין (דף ו' ע"א) ד"ה שם שלא במקומו אינו קדוש כו' ל"א כו' דלא הוי מקומו אלא על הנייר ושיכתוב המקרא עם השם אבל שם לבדו הוי שלא במקומו ולא קדוש עכ"ל רש"י והובא בשלטי גבורים פ"ד דשבועות סי' ג' ע"ש:

ומ"מ הא כותבין להשם בשטרות אף דלא הי' קדוש אלא מפני חשש בזיון שהי' מוטל באשפה ביטלו זה. ע"כ ה"ה וכש"כ כתבי קודש אף שהוא באופן שאינו חל עליו קדושתן ג"כ אין בו איסור רק החיוב הוא לשמור אותן מן בזיון. אך בהשטרות וכיוצא בו שקשה להיות נשמרין מן בזיון ביטלו זה ולכן כיון דבהנך קורעקטין הדין הוא לשמור אותן שלא יבואו לידי בזיון ע"כ שפיר יכולין להדפיסן ולהתנות עליהן שלא יחול עליהן דין קדושת כתבי קודש:

וממילא מותר לשורפן וכמש"כ לעיל וכ"ז פשוט ויש להאריך עוד אך מפני חולשתי קצרתי במה שיש לי עוד להאריך ב"ה ומן דברי הט"ז יו"ד סי' רע"ו ס"ק א' שכתב דאם יכוין דוקא שלא לשם קדושת ס"ת ודאי לא עשה ולא משווי נפשי' רשיעא עכ"ל הט"ז אינו ראי' לסתור לדברי משום דשא"ה דהס"ת כשרה בלא"ה ובמה שכותב שלא לשמן להסופר גורם פסול להס"ת הכשירה וכן ראיתי בספר ישועות יעקב בתשובת נכד המחבר ליו"ד סי' רע"ו באמצע התשובה ד"ה וראיתי לכ"ת שכתב כן:

לז

והנה רציתי להזדקק עוד בענין זה בעצה אחרת וע"פ המבואר בשבת (דף ק"כ) דגרמא מותר בשם וכש"כ בכתבי קודש וכמש"כ הרמב"ם בפ' ו' ה' יסודי התורה ה' ח' דכתבי קודש אסור לשורפן ולאבדן ביד וכוונתו דע"פ גרמא שרי וכמש"כ השלטי גבורים סוף פ"ד דשבועות ויש להאריך בזה ובדברי הנו"ב במ"ת ח' או"ח סי' י"ז מזה ולכן כפי מה ששמעתי כי יש איזה ענין אשר יכולים לעשות דיותחל כח האש לשרוף לאחר שנסתלקו ידי האיש העוסק בשריפתן. ורציתי לדון בזה ע"פ דברי התוס' דסנהדרין (דף ע"ז) ד"ה

סוף חמה לבא כו'. ובתוס' שם ד"ה כפה עליו גיגית כו' ולא מתחיל בי' בשעתי' כו' דהכא חייב טפי כדמסיק דמתחיל בי' בשעתי' עכ"ל ובתוס' ב"ק (דף נ"ו) ד"ה אילימא דמטיא לי' ברוח מצויה כו' אך לפי שלא נודע לי על בוריו הענין הזה לכן לא נזדקקתי להענין הנ"ל כעת:

לח

נחזור לענינינו דע"פ מה שנתבאר לעיל דדעתי מסכמת לצוות להבעלים שיתנו מקודם הדפסת. הקורעקטין שאינם בכתב אשורית כיון שאין האזכרות כתובים בהם כדינם דיתנו בפירוש שלא יחול עליהם קדושת כתבי קודש כלל ואז מותר לשורפן באם שקשה לגונזן מחמת ריבוי הכתבי קודש וגונבין אותן מן הבה"ק וכמש"כ כת"ר ויכולין לבוא לידי בזיון ח"ו וכעין השאלה המבואר בשבות יעקב ח"ג סי' יו"ד ובכנסת יחזקאל סי' ל"ז אז יש להתיר לשרוף להקורעקטין ומן הראוי לעשות זה ע"י קטן וכעין שראיתי כזה בפ"ת ליו"ד סי' רע"ו ס"ק י"ט בשם תשובה א' ויותר טוב ע"י א"י קטן וכעין הא דשבת (דף קל"ט) וביו"ד סי' רצ"ו סעי' ס"ט וכבר כתבתי לעיל דעיקר שריפת כתבי קודש אינן אלא מדרבנן ועיין בחתם סופר ח' ששי סוף סי' ח' וכן יש לדון בזה לסברת רש"י בשבת (דף קל"ט) ד"ה יהיב פרוטה לתינוק א"י דכל מה דאפשר משנה שלא ילמדו להקל עכ"ל רש"י וה"ה בנ"ד דנתבאר דיש היתר לשורפן ועכ"ז מה דאפשר משנה שלא ילמדו להקל ולכן טוב להדר ע"ז. ויש להאריך בזה הרבה והוכרחתי לקצר כן דעתי להלכה בכ"ז, וזהו יותר טוב מאלו ליתנם להקושרים להניחם בטבלאות משום דבקשירות הספרים יכולים לבא לידי בזיון ח"ו וכמש"כ המהרשד"ם ח' יו"ד סי' קפ"ד בהשאלה דמבאר הענין דחותכין אותם לחתיכות קטנות ומשליכים מאותם חתיכות דקות שעושים כדי להשוות הטבלא אל הספר לאיבוד ונרמסים ברגלים כו' ע"ש וכבר כתבתי לעיל דחשש בזיון גרע ביותר וזה אסור מן הדין ע"כ לא באתי להתיר רק ליתן אותם לשריפה וטוב להדר ולעשות וכפי הפרטים הנאמרים למעלה באר היטיב בעז"ה:

סימן ו

תשובה שניי' מה שהשבתי בענין הקורעקטין דבתשובתי הקודמת והנה כת"ר כתב ג"כ להוכיח דמוחק השם כדי לתקנו דמותר מהך דשבת (דף ע"ה) דאמרו שכן יריעה שנפל בה דרנא קורעין בה ותופרין אותה הרי דמותר לקרוע במה שהוקצה להמשכן וע"כ הטעם הוא משום דהוי קורע לתקן זהו קוטב דברי כת"ר:

א

יפה כתב כת"ר וכן ראיתי בחתם סופר ח' ששי סי' ח' שהביא ראי' זו מהך דשבת שהיו קורעין להיריעה שנפל בה דרנא לתקנה דמוכח מזה דמוחק השם לתקנו דמותר וזהו כמו ראיות כת"ר הנני להשיבו כי באמת גם אני אמרתי לראי' זו ועכ"ז לא רציתי לכתוב זה משום דיש לפקפק על ראי' זו דהא התם גבי מלאכת המשכן לא אמרו שיעור הקריעה אם הי' ברוב היריעה רק אמרו סתמא והנה גבי שיעורי דשבת שיעור הקורע הוא ע"מ לתפור שתי תפירות ע"כ י"ל דקריעה מועטת אין זה מקרי בשם איבוד והשחתה כיון דרובו לא נקרע. לכן אין מקום להוכיח משם כן. ע"כ ראיתי להוכיח מזבחים (דף צ"ד) בבגד דיצא ונטמא חוץ לקלעים דקורעו וכו' דהקריעה דהתם הוי ברובו כמבואר שם בסוגיא ובחולין (דף קכ"ג) דטלית שנקרע רובה אינו חיבור וטהורה [ועיין בט"ז יו"ד סי' רע"ח ס"ק ב' ובנקודות הכסף שם מזה] ואף דמירי שם דמשייר בי' כדי מעפורת מ"מ כיון דנטהר מטומאתו ע"י מה דנקרע רובו ע"כ מקרי זה בשם מאבדו דיהי' אסור משום לא תעשון כן כו' והוכחתי מזה דמאבדו ע"מ לתקנו מותר משום דאין זה מקרי בשם השחתה ובאמת גם בזה הפרט יש עדיין לדון הרבה אך כבר כתבתי בקונטרוסי הנשלח ליד כת"ר דכיון דאין זה שייכות לענינינו ע"כ קצרתי בזה ועפ"ז אתי שפיר בפשיטות למה דאמרו ביומא (דף ד' ע"ב) דהמקרע בגדי כהונה לוקה אף דלוקה בל"ז משום לא תעשון מ"מ נפ"מ דאילו משום לא תעשון בעינן רובו אבל משום לאו דלא יקרע לוקה אף במקרע בפחות מרובו.

ב

ומה שהקשה כת"ר על מה שכתבתי להקשות במה שאמרו בשבת (דף קט"ו) ר"פ כל כתבי דמצילין כתבי קודש מפני הדליקה ודחו לשבות שם ואי נימא דלא הוי אלא מדרבנן אף לשורפן ביד כו' וע"ז הקשה כת"ר דהא י"ל דהנך כתבי קודש דמירי שם מירי דיש שם אזכרות הנני להשיבו כי שפיר כתבתי דהא מבואר להדיא בשבת (דף קט"ו) דאף כתבי קודש דאין אזכרות כתובין בה ג"כ מצילין מפני הדליקה אם יש בו כדי ללקט פ"ה אותיות וכדאמרו שם דהיכא דאית בי' אזכרות אע"ג דלית בי' פ"ה אותיות מצילין כו' וכן הוא בהרמב"ם ה' שבת פ' כ"ג ה' כ"ח ובטושו"ע סי' של"ד סעי' י"ב ע"כ שפיר הקשיתי שם כן ועת לקצר:

ג

ומה שכתב כת"ר דלפי ההיתר שהעליתי ב"ה דאין זה רק בהקורעקטין שאינם בכתב אשורית א"כ מה יעשו בהקורעקטין שהם בכתב אשורית הנה הא עיקר החשש שלי הוא משום אזכרות דכתובים בהם כדין ע"כ היכא דיראו דליכא בהם אזכרות יש ג"כ מקום

להתיר לשורפן ע"י התנאי דיתנו הבעלים ובאמת לפי דעתי הי' מקום להתיר אף על העלים שנדפסו מכבר אף שלא התנו בעליהן כן מקודם הדפסתן וכפי הטעם שכתבתי בקונטרסי הנשלח מכבר אך לא רציתי לצאת בהיתירא באלו העלים לפי דדברי הרשד"ם בתשובה הם מנגדים לדברי לכאורה. וע"כ לא באתי להתיר רק ע"י התנאי מפורש ולא רציתי לעמוד על דעתי בזה כ"כ רק ע"י התנאי כנ"ל:

ד

ומה שכתב כת"ר כי כן מצא בספר הסמ"ק הנה כעת אין ספר הסמ"ק ת"י. ואחר ששלחתי תשובתי דנא למעכ"ת השגתי הספר סמ"ק וראיתי שם בסימן ק"פ שכתב בזה"ל שלא למחוק השמות כו' אזהרה למוחק את השם ומיירי שנכתב מדעת אבל שלא מדעת לא ובפרק שבועת העדות מפרש אותם שנמחקין ואותם שאינם נמחקין כו' עכ"ל ובאמת אין משם ראי' להך דכתבי קודש אם נכתבו שלא בקדושת כתבי קודש משום דעדיין יש מקום לחלק ולומר דדוקא בענין איסור האזכרות דנאסרו מה"ת למוחקן ומלקינן עלייהו במוחקן דזה האיסור אינו רק בנכתבו בקדושה בכוונה ובאם שנכתבו שלא בכוונה לשם קדושה אינם אסורין מה"ת ואכתי י"ל בהכתבי קודש דנאסרו מדרבנן לשורפן ולאבדן ביד ולא נאסרו במחיקה לצורך דאפשר דאף שנכתבו שלא בכוונה דג"כ אכתי יש איסור דרבנן עלייהו לשורפן ולאבדן. וממילא ה"ה וכש"כ באזכרות שנכתבו שלא בכוונה דאף דליכא איסור דאורייתא עליהן דמ"מ הם אסורין לשורפן ולאבדן דלא גרעי מכל כתבי קודש דנאסרו מדרבנן ולכן אינו ראי' מן הסמ"ק לנ"ד:

ובאמת לא דבר חדש הוא דברי הסמ"ק הנ"ל דהא כן כתב הגהות מיימוניות בריש פ"ו ה' יסודי התורה וקאי שם על מש"כ הרמב"ם שם דהמאבד שם לוקה מה"ת וע"ז כתב בהג"מ דאם לא נתכוין לקדשו אין בהם משום קדושה כו' והובא בט"ז יו"ד סי' רע"ו ס"ק ב' וכמו שהבאתי זה בקונטרסי וכן הוא שם בש"ך ס"ק י"ב כעין זה וכן ראיתי כעת בסמ"ג סי' ג' שכתב דמוחק השם עובר בל"ת כו' וסיים אחר זה ובלבד שנתכיוין לכתוב השם וכדמוכח בשבת (דף ק"ד) הרי שהי' צריך לכתוב את השם ונתכוין כו' עכ"ל וזאת הראי' הובא בהגמ' הנ"ל וכן הוא בתשב"ץ ח"א סי' קע"ז ועיין מזה בברכי יוסף ליו"ד סי' רע"ו ס"ק כ"ד:

ה

וגם מן הסמ"ג והג"מ הנ"ל אינו מוכח רק לענין איסור דאורייתא שיש על האזכרות. דז"א רק בנכתבו בקדושה מדעת כו' ואכתי אפשר לומר דהאיסור דרבנן דגזרו על כתבי קודש לשורפן ולאבדן דזה האיסור נאמרה אף על כתבי קודש דלא נעשו בקדושה דעכ"פ לא נפקו מכלל כתבי קודש ע"כ הוכרחתי לבנות יסוד ההיתר שלי רק על דברי הרמב"ם

שכתב בפירוש בפ' ו' ה' יסודי התורה ה' ח' המתחיל שם בזה"ל כתבי קודש כו' אסור לשורפן ולאבדן והמאבדן מכין אותו מכות מרדות בד"א בכתבי קודש שכתבם ישראל בקדושה כו' עכ"ל א"כ מדברי הרמב"ם מוכח להדיא דה"ה בכתבי קודש דאם כתבם שלא בקדושה ליכא איסור דרבנן בהו משום דדיינינן בזה דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקנו וכמו דאמרינן לכלל הזה בכמה דוכתי וי"ל דמזה הוכיח הרמב"ם דאף בכתבי קודש אם לא נכתבו בקדושה דאין איסור לשורפן דזהו כש"כ מאזכרות וכמו באיסור איבוד האזכרות דנאסר מה"ת דאינו רק בנכתבו בקדושה דה"ה באיסור כתבי קודש דגזרו רבנן לשורפן ולאבדן דלא גזרו רק בנכתבו בקדושה וכבר כתבתי בקונטרסי להביא ראי' לדברי הרמב"ם ויש לנו יסוד לסמוך על דברי הרמב"ם לחוד אף דלא מצאתי כדבריו כעת בספרי הראשונים שיכתבו כן וגם הא לא מצאנו שיהי' שום חולק על דברי הרמב"ם בזה וכבר כתבתי בקונטריסי דאף להפר"ח דס"ל גבי שם שלא נכתב בקדושה דאסור למוחקו מה"ת די"ל דמודה בכתבי קודש דאם לא נכתבו בקדושה דליכא איסור דרבנן בהו ובפרט דרוב הפוסקים ס"ל דלא כהפר"ח בזה. וע"כ אין לנו להחמיר בכתבי קודש דעיקר איסורן אינו אלא מדרבנן דיש להתיר בנכתבו שלא לשם קדושה וכמו בהתנו הבעלים בפירוש דמותר לשורפן וכמו שכתבתי מכבר:

סימן ז

תשובה שלישית מה שהשבתי בענין הקורעקטין

א

מש"כ כת"ר להעיר במה שכתבתי לדון בראיות החתם סופר וכת"ר מהא דשבת (דף ע"ה). דכתבתי דיש לחלק משום דלא הוי התם קריעת רובו רק קריעה במקצתו ואינו עובר בכה"ג על לאו דלא תעשון כו'. והקשה כת"ר דהא מבואר להדיא בשבת (דף ע"ה) בתוס' ד"ה שכן יריעה כו' בתירוץ השני דיריעה שנפל בה דרנא צריך לקורעה מתחילתה ועד סופה כו' עכ"ל כת"ר. הנני להשיבו כי אין סתירה מדברי התוס' למה שכתבתי לפי דעדיין יש לומר דלא היו קורעין לכל היריעה בבת אחת אלא היו קורעין מתחילה קצתו והיו תופרין אותה ואח"ז היו קורעין עוד במקצתו ותופרין באופן שיהי' שוה להתפר בכולו וכן עד סופו בכדי שיהי' מתוקנת היריעה בשוה מתחילתה עד סופה בלא קמט ומדוקדק לפ"ז לשון הש"ס בשבת שם דאמרו שכן יריעה שנפל בה דרנא קורעין בה ותופרין אותה ולא אמרו בקצרה קורעין ותופרין אותה או בלשון קורעה ותופרה. וע"כ יש לומר דהש"ס אתי לאורויי דאסור לקורעה בבת אחת משום לא תעשון כו' ולכן אמרו לשון בה דמשמעות הלשון הוא דהקריעה הי' בתוך קצת היריעה ולא ברובה בכדי שלא

יעבור על לא תעשון דבקריעה במקצתו נראה דאינו עובר על לא תעשון ובפרט דנפל בה דרנא והוי היריעה מכבר כמו דנקרעה במקצתה ע"י הנקב שנעשה בהיריעה ע"י דרנא. ואף שידעתי כי אין זה הכרח כ"כ למש"כ להוכיח כן מן לשון קורעין בה. עכ"ז כיון דיש מקום לפרש כן ע"כ ממילא אין הכרח להוכחת החתם סופר הזאת ומן דברי התוס' שבת שם דאמרו ואע"ג דהשתא לא משכחת במשכן ע"מ לתפור שני תפירות כו' אין סתירה לדברי כלל ופשוט] ועיין ברש"י וברע"ב שם:

ב

ויש לדון עוד אף דבאמת העיקר כשיטת הפוסקים דקריעה ע"מ לתקן מותר וה"ה במוחק השם כדי לתקנו דמותר מ"מ אפשר לומר הכא בהיריעה שנפל בה דרנא דאסור לקורעה ברובא בבת אחת אף דהוי ע"מ לתקן משום די"ל דדוקא היכא דאין לנו עצה לתקנה רק ע"י הקריעה אז מותר לקורעה. אבל גבי היריעה שנפל בה דרנא דיש לנו עצה לקרוע במקצתו ולתופרה וכן אח"ז לקרוע עוד קצתו ולתופרה וכן עד סופו בכדי שלא יהי' הקריעה ברובו לעולם בלא תפר ואז אין בזה כלל לאו דלא תעשון מעולם. אז יש לומר דכיון דיש לנו עצה זו ע"כ כל זמן דלא נעשה כן אסור לקורעה ברובא דבכה"ג לא שייך ההיתר דע"מ לתקן כיון דיש לנו עצה לתקנו באופן אחר ולכן מדוקדק לפ"ז לשון קורעין בה לאשמועינן הך דינא ויש לדון בזה עוד וכבר כתבתי דאף דמן דקדוק לשון קורעין בה אין כ"כ הכרח. עכ"ז יותר טוב לומר דהש"ס נתכוין למה שכתבתי:

ג

והנה ע"פ מה שכתבתי לדון ולחלק בין קריעת רובו לקריעת מקצתו יש מקום ליישב עפ"ז במה שהקשיתי מכבר בהא דיומא (דף ע"ב) דהמקרע בגדי כהונה לוקה שנאמר לא יקרע והקשיתי דהא בלא"ה לקי משום דלא תעשון וכתבתי דזהו ללקות שתים וכעת ראיתי דיש לומר בפשיטות דאם משום לאו דלא תעשון אינו לוקה רק בקרעו ברובא דזהו דרך השחתה אבל בקרעו במקצתו אינו לוקה משום לא תעשון כיון דעדיין שם בגד עליו ובלאו דלא תעשון אינו רק אם הוא בדרך השחתה וכמש"כ הרמב"ם בפ' ו' ה' יסודי התורה ה' ז' אבל משום לאו דלא יקרע עובר אף בקריעה במקצת ואפשר דהשיעור בזה הוא בטפח וכעין הא דמ"ק (דף כ"ב ע"ב) ועיין במ"ק (דף כ"ו ע"ב) ובסנהדרין (דף סמ"ך) דאמרו אתי' קריעה קריעה כו' ויש להאריך בזה אכן מהרמב"ם פ' ט' ה' כלי המקדש ה' ג' משמע דלא כמו שכתבתי דהא הרמב"ם כתב שם דהקורע פי המעיל לוקה משום לא יקרע וה"ה לכל בגדי כהונה שהקורען דרך השחתה לוקה דמשמע דגם על לאו דלא יקרע אינו עובר רק אם הוא דרך השחתה. וע"פ מש"כ יש לפלפל בדברי החתם סופר ח' יו"ד סי' רס"ד בד"ה ונ"ל ראי' מדאיצטריך קרא גבי מעיל כו' והוכרחתי לקצר באמצע:

ד

שוב ראיתי דיש עדיין מקום לומר דהנכון עם החתם סופר בראייתו מן שבת הנ"ל משום דעל מה שכתבתי לפרש די"ל דלא הי' שם קריעה ברובו בבת אחת רק בקריעה במקצתו ולתופרה וכן אח"ז בקריעה במקצתו ולתופרה כו' עדיין יש לפקפק בזה משום דאף דנימא דבקריעה במקצתו אינו עובר על לא תעשון מ"מ הכא גרוע וכעין הך דשבת (ד' קי"ב ע"ב) סנדל שנפסקה כו' ובניקב כמוציא זית וסתמו וחזר וניקב כמוציא זית וסתמו עד שהשלימו למוציא רימון דטהור משום דהוי פנים חדשות כו' וע"כ יש לדון כמו כן בבגד שנקרע ברובה דאף דקרעו במקצתו ותפרו וכן אח"ז בקרעו במקצתו ותפרו עד שנעשה הקרע והתפר ברובא דאף דנעשה שלא בבת אחת מ"מ כיון דדינו כנקרע ברובו ע"י הך פנים חדשות ע"כ יש לומר דעובר בכה"ג על לאו דלא תעשון ולכן לפ"ז שפיר כתב החתם סופר בראייתו מן הך דשבת ועת לקצר בזה וכי יש לי להאריך בפרט הזה:

ה

ומש"כ כת"ר בהא דזבחים (דף צ"ד) דכתבתי דבגדי כהונה שנטמאו יכול לקורען ולהכניסן בפנים לכבסן משום דהוי קורע ע"מ לתקן וכדברי בעל קרבן חגיגה. וע"ז כתב כת"ר דהא כיון דמכבסין א"כ אינם ראויין שוב לעבודה כמבואר בזבחים (דף פ"ח) דאין מכבסין לבגדי כהונה וכמו שכתב הרמב"ם ה' כלי המקדש יפה העיר כת"ר. ועכ"ז לדינא יש לדון ולחלק דרק לכתחילה אמרו דאין מכבסין משום דאין עניות במקום עשירות ולכן בבגדי כהונה שנעשו צואים מניחן לפתילות כמש"כ הרמב"ם אבל היכא דהמצוה הוא לכבסן משום דניתז עליו דם חטאת י"ל דאף אחר שכבסן ראויין לעבודה עכ"פ בדיעבד דלא גרעי מן בגדים משוחקין דאם עבד עבודתו כשרה כמבואר בזבחים (ד' י"ח) דאף דלכתחילה בעינן שיהי' חדשים מ"מ בדיעבד כשר שחקין וכמבואר ביומא (ד' י"ב) דילבש לרבות השחקין והתוס' ישנים כתב שם דלא ידעינן מתי הם מיקרי שחקים] וכן הוא ביומא (ד' כ"ד) וברמב"ם פ' ח' ה' כלי המקדש ה' ד'. א"כ הדעת נותנת דאף לאחר שכבסן דאף דאין בזה עליהן שם חדשים דמ"מ בדיעבד כשרה עבודתן דלא גרעי משחקין עכ"פ דכשרה בדיעבד וע"כ מקרי קורע על מנת לתקן על דיעבד עכ"פ:

ו

וכן יש להוכיח לכאורה מן התוס' זבחים (ד' צ"ה ע"א) ד"ה והא בעי שבעה סממנין כו' שכתבו דמעיל דכה"ג אינו יכול לכבסו ע"י צפון משום דצבעא מעבר. הרי דס"ל להתוס' דאף לאחר הכיבוס חזי עדיין לעבודה דאל"כ מאי איכפת לנו דיעבור הצבע אך באמת אין זה הוכחה משום דאף דנימא דלא חזי לעבודה רק לגניזה דמ"מ אסור להעביר הצבע משום לא תעשון כו' וכמו דאסור למחוק השם אף בס"ת פסולה דטעונה

גניזה אכן באמת יש לדון בפשיטות מטעם אחר במה שכתבתי דבבגדי כהונה שניתז דם עליהן דיכול לקורען ולכבסן משום דהוי קורע ע"מ לתקן דיש לדון בזה משום דקיי"ל בבגדי כהונה מקורעין ועבד עבודתו פסולה וכמבואר בזבחים (דף י"ח) וברמב"ם פ' ח' ה' כלי המקדש ובתוס' יומא (ד' י"ב). ואף בתופרך לאחר שנקרעו משמע דפסולין משום דאין בזה לכבוד ולתפארת ועוד דהא בבגדי כהונה בעינן מעשה אורג כמבואר בזבחים (ד' פ"ח) וביומא (ד' ע"ב) א"כ אין זה מקרי קורע ע"מ לתקן דהא כיון דקורעו לא חזי למילתייהו. אכן יש לומר דכיון דמניחן לפתילות כמש"כ הרמב"ם בבגדי כהונה שבלו ונעשו צואים ע"כ מקרי שפיר קורע ע"מ לתקן:

ז

ומש"כ כת"ר לחלק דמעיל שאני לא נהירא לי לחלק כן מסברא בעלמא והעיקר הוא דלפי שיטת הירושלמי דהובא במל"מ פ' ח' ה' כלי המקדש ה' ה' דאף מבלאי מכנסי כה"ג מדליקין הנרות שבפנים א"כ ה"ה בהמעיל ואין לחלק בזה אך הא לדינא פסק הרמב"ם דבגדי כה"ג שבלו גונזין אותן ע"כ אין לנו להאריך במה שאינו לדינא ומן סוגיא דזבחים (דף צ"ה) הנ"ל במה דאמרו מעיל שנטמא מכניסו בפחות משלוש על שלוש ומכבסו שנא' לא יקרע. מוכח מזה דבגדי כהונה שכבסן פסולין בדיעבד ודלא כמו שכתבתי לעיל והוא דהא כבר נתבאר דבגדי כהונה המקורעין פסולין אף בדיעבד א"כ לפ"ז יש להקשות דלמה לי' להש"ס לומר גבי מעיל שנטמא דמכניסו בפחות ומכבסו ולא קורעו משום שנא' לא יקרע הא אף אם הי' מותר לקורעו הי' הדין נותן להדר אחר עצה להכניסו בפחות ומכבסו ולא לקורעו משום דאם הי' קורעו אז לא חזי לעבודה כלל דהא כיון דנקרע פסול לעבודה משא"כ כ"ז דלא קרעו אף דמכבסו יהי' חזי לעבודה עכ"פ בדיעבד וע"כ מוכח מזה דאחר שכבסן פסולין אף בדיעבד משום דמכובסין גריעי מן משוחקין כן מוכח לכאורה והדברים ארוכין:

ח

נחזור לענינינו דשפיר הוכחתי מן הא דזבחים דאמרו מעיל שנטמא כו' ולא אמרו כן בכל בגדי כהונה דמוכח מזה דבשאר בגדי כהונה יכול לקורען משום דהוי קורע ע"מ לתקן דאף דלעבודה הם פסולין מ"מ הא מתקנן שיהיו ראויין לפתילות. אך במעיל וה"ה בכל בגדי כה"ג דטעונין גניזה אין זה מקרי ע"מ לתקן וע"כ נאסר הקריעה בהו ולכאורה הי' מקום לומר דהמקרע בגדי כהן הדיוט לא יהי' איסור לאו דלא יקרע בהו דכיון דעיקר לאו דלא יקרע נאמר רק גבי המעיל דהוא מן בגדי כה"ג א"כ מנלן למילף מזה על בגדי כהן הדיוט דהא קדושת בגדי כה"ג חמור מן קדושת בגדי כהן הדיוט בכמה מילי אך מה אעשה שאין זה במשמעות הש"ס ביומא (דף ע"ב) והרמב"ם פ"ט ה' כלי המקדש ועת

לקצר וכבר כתבתי בקונטרסי הקודם דגם בעיקר ראייתי מן הך דזבחים יש לדון הרבה ולדחות הראי' הזאת אך לפי שאין זה נוגע כלל לדינא ולענין שאלת הקורעקטין דנ"ד ע"כ השמטתי למה שיש לי חידושים בעז"ה בענין הזה והפסקתי באמצע:

ט

ומש"כ כת"ר דבהנך קורעקטין אינו דומה לבגד וירייעה דהתם אי אפשר לתקנו בענין אחר משא"כ בהקורעקטין כו' עכ"ל כת"ר הנה לא ראה כת"ר את קוטב דברי תשובתי כי כל הרואה שם יראה כי לא עלתה על דעתי מעולם לומר כן אך עיקר יסוד ההיתר שלי בעז"ה ע"ד הקורעקטין לשורפן הוא מטעם אחר ומה שכתבתי שם להך ראי' דזבחים הוא אגב אורחא במה דכתבתי שם להוכיח דאיסור איבוד כתבי קודש אינו אלא מדרבנן מהא דהתירו למחוק כל האותיות זולת אזכרות אם הוא במקום צורך דאילו במוחק ע"מ לתקן גם האזכרות מותר וע"ז הבאתי שם אגב אורחא להראי' מזבחים הנ"ל. ובאמת לדינא בל"ז כבר כתב הכ"מ בהרמב"ם ה' בית הבחירה פ"א ה' י"ז דכתב הרמב"ם דדוקא דרך השחתה לוקה משום לא תעשון דכתב הכ"מ להדיא דאם נותן ע"מ לתקן וודאי שרי עכ"ל הכ"מ וכן הוא לשון הרמב"ם פ"ו ה' יסודי התורה ה' ז' ובפ"ט ה' כלי המקדש וכ"כ השלטי גבורים לשבועות סוף פ"ד בהרבה ראיות לזה וכן כתבתי מכבר בשם הרדב"ז ועוד פוסקים וביו"ד סי' רע"ו במוחק ע"מ לתקנו. ואין זה שייכות כ"כ לענינינו ע"כ אין מן הצורך לכתוב כעת יותר בזה:

כ"ז ראיתי לכתוב במה שיש לפלפל בדבריהם אף שאין זה שייכות לענין הקורעקטין דנ"ד ובאמת אין העת מספיק להאריך בפלפולים שאינם לדינא והלואי יספיק הזמן למשקל ולמטרי בהענינים הנחוצים והנצרכים לדינא ולהלכה למעשה ובפרט בעתים הללו אשר רוב תלאות יטרידוני למאוד ד' ירחם:

י

שוב הקשה לי הרב הג' כו' על מה שכתבתי לדחות למה שכתב לחלק דמעיל שאני וכתבתי אליו דלא נהירא לי לחלק בזה ולפי שיטת הירושלמי דמבלאי כה"ג היו מדליקין נרות שבפנים א"כ ה"ה בהמעיל ואין לחלק. על זה חזר והקשה לי דהא המעיל שהי' של צמר הי' פסול להדלקת הנרות בפנים כמבואר בשבת (ד' כ"א) ומתפלא עלי. הנני להשיבו כי אין מקום להשגתו והוא דהא כת"ר כתב מתחילה לחלק דהא דאמרו בירושלמי דמבלאי כה"ג הי' מדליקין נרות בפנים. דזה אינו בהמעיל משום שהיה בו קדושה יתירה דנשמע קולו בבואו אל הקודש וע"ז כתבתי לו דאין לחלק בסברא דנפשי' בזה ואם לענין הדין מצד אחר יש חילוק לחלק דשאני מעיל דהיה תכלת וצמר פסול להדלקת המנורה מזה הא לא מיירינן כלל וכן כת"ר ראה לחלק דשאני מעיל דנשמע

קולו בבואו אל הקודש וכמש"כ כת"ר ולא אתי על הא דמעיל שאני שהי' של צמר ובאמת משכחת לי' גם המעיל שיהי' מועיל להדלקת המנורה ובאופן שכתבו התוס' בשבת (דף כ"א) ד"ה שמחת בית השואבה כו' דכרך דבר שמדליקין בו ע"ג דבר שאין מדליקין בו דמותר במקדש והובא במל"מ פ"ג ה' תמידין ה' ט"ו א"כ משכחת עדיין עצה להמעיל דלא נצטרך לגונזו אלא להדלקת הנרות ע"פ עצה זו והנה בעת שהנני עוסק להשיב לשואלי דבר בעז"ה לדינא אין עלי החיוב לבאר הדינים הנוגע לענין אחר שאינו מענינינו כמו בדיני המעיל באיזה אופן יהי' ההיתר שלו להדלקה בפנים דא"כ אין סוף לדבר כלל לעולם. רק על המשיב מוטל להשיב במה שאנו דנין וע"ז נאמר ואידך פירושה זיל גמור הדינים של הפתילות מהדלקת הנרות בפנים ואין לכת"ר שום פליאה עלי כלל ויתן ד' שיהי' בכחינו לבאר היטב הדינים הנוגעים להלכה למעשה על בורי' כראוי:

סימן ח

ב"ה יום ב' כ"ג טבת תרל"א לפ"ק.

נשאלתי ע"ד קיבוץ א' מן הישובים ששכרו מנין אצל א' בשכירות ואח"ז הוצרך לתקן ביתו שנפלה ונהרסה וקבעו המנין בבית אחר ועכשיו שתיקן הראשון את הבית טוען שיוחזר המנין אל ביתו והשני טוען שיהי' אצלו המנין בלא שום שכר וגם הראשון רוצה שיהי' המנין אצלו בלא שום שכר והאריך כת"ר בזה וביקש ממני לחוות דעתי בזה ושקיל וטרי הרבה ע"פ מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ג':

א

תשובה בקצרה ולכאורה י"ל ולדמות זה להא דמבואר באו"ח סי' קנ"ג סעי' כ"ב דאדם שהוא רגיל בשום מצוה ואירעו אונס כו' דחוזר למצותו וכן מבואר בח"מ סי' קמ"ט סעי' ל"א דאדם שהחזיק במצוה כו' חוזר למצותו אבל באמת אינו דומה נ"ד לדהתם. דהא התם מיירי בהחזיק בתורת מצוה א"כ במי שמקבל שכר עבור החזקתו לא שייך לומר בי' דחוזר למצותו דאין זה מקרי מצוה כ"כ וכעין זה מצינו בב"מ (דף פ"ב ע"ב) במלוה צריך למשכון ופי' רש"י דצריך להשתמש בו וס"ל לחד תנא שם דכיון דלהנאתו מתכוין לא הוי מצוה ועיין בש"ך ח"מ סי' ע"ב ס"ק י"א ובנתיבות שם ס"ק ח' ובספרי נחל יצחק שם וקצרתי. וכה"ג מצינו בח"מ סי' רס"ד ש"ך ס"ק א' גבי אבידת רבו דזה אינו רק במלמדו בחנם ולא במלמדו בשכר וע"כ לא שייך בנ"ד לדון משום דהחזיק במצוה דהא לא קעביד מצוה וגם הא כתב הסמ"ע בח"מ סי' קמ"ט בס"ק נו"ן דבעינן חזקה שיש עמו טענה ובנ"ד הא הוי חזקה שאין עמו טענה ולכן אין זה דומה להך דח"מ סי' קמ"ט ואו"ח הנ"ל:

ב

אך יש בנ"ד לכאורה לדון לזכות למי שהי' לו המנין בביתו בראשונה מצד אחר ע"פ הא דמבואר באו"ח סי' קנ"ג סעי' י"ז דמי שהי' בביתו בהכ"נ ימים רבים אין הציבור רשאים לשנותו בבית אחר והטעם משום דגם בזה שייך משום חשדא כמו בהך דמערבין בבית ישן דגיטין (דף סמ"ך) וכפי פירוש הר"ת בתוס' שם וכמש"כ המהרי"ק בסי' קי"ג והובא במג"א שם ס"ק מ' וכן מבואר בח"מ סי' קמ"ט סעי' ל"א א"כ לפ"ז גם בנ"ד שייך הך דינא משום הך טעמא דחשדא ואין הציבור יכולים לקבוע המנין בבית אחר אך לפי מש"כ המג"א בסי' שס"ו ס"ק ח' וכפי פירוש המחצית השקל שם דאם נתנו שכירות להראשון לא שייך בזה משום חשדא א"כ בנ"ד דנתנו שכירות להראשון כיון דלא שייך בכה"ג הטעם דחשדא ע"כ יכולים לשנות ולקבוע המנין במקום אחר אבל בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ג' הבאתי לדברי המג"א והמחצית השקל הנ"ל והוכחתי דאף בנותנים מעות שכירות להראשון דאין נוטלים ממנו משום דהדין הוא דגם בכה"ג שייך חשדא כדמוכח מהך דאו"ח סי' נ"ג סעי' כ"ה דאין מסלקין ש"ץ מן אומנתו וכמבואר זה בתשובת הרשב"א והובא בבית יוסף שם והטעם הוא ע"פ הך דגיטין דמערבין בבית ישן משום חשדא ע"ש הרי דגם היכא דהוי בשכר כמו בש"ץ אפ"ה שייך ג"כ ה"ט דחשדא והארכתי מזה קצת בספרי שם א"כ לפ"ז ה"ה בנ"ד לכאורה שייך ג"כ הטעם דחשדא ואין יכולים לשנות ולקבוע המנין בבית אחר:

ג

אכן נלע"ד לדון מטעם אחר בנ"ד דיכולים לשנות ולקבוע המנין במק"א ושלא במקום הראשון והוא דתנן בגיטין (דף ס') מערבין בבית ישן ובירושלמי גיטין פ"ה ה' ט' על מתניתין דמערבין בבית ישן אמר ר' אבין ובדיור ישן היא מתניתא, ופי' הקרבן העדה דאיירי מתניתין שדר בו עתה מי שהי' דר בו בראשונה ומשום חשדא כדפי' במתניתין עכ"ל. ובשירי קרבן שם כתב דמשמע מזה כפירוש הר"ת ודלא כפירוש רש"י שם והביא לדברי המג"א בסי' שס"ו ס"ק ז' דשקיל וטרי במכר הבית לאחר אם יכולים לשנות העירוב במק"א או לא והפני משה כתב לפרש להירושלמי באופן אחר וזה לשונו ובדיור ישן היא מתניתא כלומר שאפילו מדירה לדירה באותו בית אין משנין דאיכא נמי חשדא ופי' במראה הפנים דזהו לשיטת רש"י ודלא כפי' הר"ת ע"ש ועיקר פירוש הפ"מ ופי' הקרבן עדה נלע"ד דזה תלוי בגירסת הירושלמי דגיטין שם ובגירסת הירושלמי בעירובין והוא דבעירובין פ' ו' ה' ז' בסופו הובא שם המימרא דגיטין הנ"ל בזה הלשון תמן תנינן מערבין בבית ישן א"ר אבין בדייר ישן היא מתניתא ובגיטין הגירסא בירושלמי בדיור ישן היא מתניתא והנה הלשון בדייר ישן משמע כפירוש הקרבן העדה דקאי על הבעה"ב

שדר בו והלשון בדיור ישן דבגיטין משמע כהפני משה דקאי על עצם הדירה אך בפ"מ ובמראה הפנים שם בעירובין משמע דגרס בעירובין ג"כ בדיור ישן ופירש שם קצת להיפך ממה שפירש הפ"מ בגיטין ע"ש:

ד

ולפי ענ"ד נראה בכוונת הירושלמי בגיטין ובעירובין בפירוש נכון ביותר והוא דבעירובין דאמרו בדייר ישן הכוונה דאם יצא אותו הבעה"ב מהבית שהניחו שם העירוב ומכרו לאחר דאינו זוכה הלוקח בזכות זה ויכולין לשנותו במק"א וכמש"כ הקרבן העדה דדוקא אותו האיש שזכה בזכות זה ודר בו כהיום יש לו זכות זה והא דגיטין דאמרו בדיור ישן הכוונה דביצא הבעה"ב מהבית שהניחו העירוב למקום אחר ורוצה שיניחו העירוב במקום דירתו דדר בו כעת ע"ז אמרו בדיור ישן הכוונה דדוקא דירתו דהי' דר שם זכה בזכות של הנחת העירוב אבל למקום אחר של דירת אותו הבע"ב אין לו זכות שיניחו שם העירוב ובקצרה הוא כן דדוקא אותו הבעה"ב ואותו מקום הדירה שהניחו שם העירוב ביחד יש לו זכות להניח שם. משא"כ אם אין אותו הבעה"ב או דאין אותו הדירה אין לו זכות זה ובכה"ג לא תקנו חז"ל להך תקנה דמערבין בבית ישן גם יש להסביר דזהו לפי דבכה"ג לא שייך משום חשדא והיינו דבמכר הבית לאחר דאין להאחר זכות זה לפי פי' הר"ת דחשדא הוי שיחשודו לו שגנב מהם וכמש"כ הקרבן עדה וכן אם יצא הבעה"ב למקום אחר לא שייך חשדא אף דלא יניחו העירוב במקום דירתו החדשה משום דדוקא אם לא יניחו העירוב במקום שהורגלו להניח שם בזה יחשדוהו כו' משא"כ אם לא יניחו העירוב במקום אחר החדש לא יהי' מזה שום חשד ובכה"ג לא תקנו חז"ל להך תקנתא:

ה

ולפ"ז נראה לי דה"ה בנפלה ביתו שהניחו שם העירוב וחזרו ובנה ביתו מחדש דאין לו זכות יותר על הנחת העירוב שם דזה לא מקרי דיור הישן וכן משמע הלשון דמערבין בבית הישן דזהו באופן דמקרי שם בית הישן עליו משא"כ בנפל הבית וחזרו ותקנוהו דבזה אין שם בית ישן עליו רק בשם בית חדש:

וכעין זה מצינו בסוטה (דף מ"ג) גבי בנה בית חדש דחוזר מעורכי המלחמה דר' יהודה ס"ל דהבונה בית על מכונו לא הי' חוזר ופי' רש"י דסתרו ובנאו במדה ראשונה אינו חוזר משום דכה"ג מקרי בית ישן ואין שם בית חדש עליו. אך הת"ק פליג על ר' יהודה וכמבואר בפירוש המשניות להרמב"ם דאין הלכה כר' יהודה והובא במל"מ פ"ז ה' מלכים ה' ח' והביא שם לירושלמי ע"ש ואכמ"ל בזה. א"כ מצינו דנפל ביתו וחזר ובנאו אף במדה הראשונה דאין שם בית ישן עליו רק שם בית חדש וכדקיי"ל כת"ק דשם:

ועיין באו"ח סי' רכ"ג סעי' ג' בבאר היטב ס"ק ט'. וכמו כן יש לדון במה דאמרו בלשונם מערבין בבית ישן. דאם נפל הבית וחזר ובנאו אף דהוי במדה ראשונה ובמקום הראשון דכיון דאין שם בית ישן עליו היום ע"כ אין זה בכלל תקנה זו וגם י"ל דלא שייך חשדא בכה"ג דכיון דידוע לכל שהוצרך לתקן ביתו ונצרכו לשנות וליתן העירוב למק"א ע"כ לא יחשודו אותו וכיון דהוצרכו לשנות מקום הנחת העירוב ע"כ שוב אין משנין מקומו ובקצרה דהתקנה לא הי' רק על שם בית הישן ודיור הישן משא"כ היכא דהוי היום בשם בית חדש על זה לא הי' התקנה זו ודוקא בדיור ישן דהוי דירה ישנה ולא נתקלקל בנתיים הדירה ולא שינו מעולם מקום הנחת העירוב בזה זיכו לו בזכות זה משא"כ אם שינו מקום הנחת העירוב למקום אחר ברשות בזה לא תקנו כן ולא שייך בזה חשדא וע"כ אין לו זכות זה יותר ואמרינן בזה נפלה אזדא לי' והא דח"מ סי' קנ"ד סעי' ט' אין זה שייכות כלל לנ"ד:

1

ולפ"ז בנ"ד דנפל הבית וחזר ותקנו דכיון דאין שם בית ישן עליו וכבר קבעו מקום המנין במק"א מחמת שנהרס הבית הישן של מקום המנין דהדין הוא דאין להראשון זכות יותר בזה והרשות ביד הציבור לשנות המנין במקום חדש אם התנו בפירוש בזמן שקבעו המנין בבית אחר שיהי' בידם לשנות וכמש"כ המג"א בסי' שס"ו ס"ק ח' ובזה הפרט אין אני מזדקק כעת לפי דעיקר שאלת כת"ר הי' אם יש להראשון הזכות ע"ז בזה ביארתי היטב בעז"ה דאין להראשון זכות בזה ואם יש איזה דו"ד בין הציבור ולהשני יודיעני ואתיישב ע"ד טענותיהם וכעת אקצר ואו"ש:

סימן ט

נשאלתי מן הרבנים הג' המפורסמים דעה"ק טברי' שיחיו ע"ד הדו"ד שבין אנשי בהכ"נ ובין בעל היורשת אודת הס"ת שידוע דהיה שייך לאבי היורשת אך שהיתה בבהכ"נ זה כמה שנים והדין מבואר באו"ח סי' קנ"ג סעיף כ' בשם המהרי"ק סי' ע' דאין הציבור יכולים להחזיק בו וכמש"כ הט"ז דכן מסתבר ויש לבני הבהכ"נ עדים אשר המנוח נתן להם במתנה את הס"ת הזאת. ודעת כת"ר דלא יועילו העדות כיון שהם מן בהכ"נ הזאת ואף דיש להם ס"ת אחרת עכ"ז הא מבואר במהרי"ק שם דלא מהני עדות בני העיר רק כשיהיה להם ס"ת אחרת מדויקת וכשרה כמותה וכפי שהובא בט"ז שם. ונשאלתי לחוות דעתי בזה והס"ת הזאת כתבה הגאון הצדיק מו"ה נפתלי זצ"ל בעל סמיכת חכמים.

א

והנני להשיבם בעז"ה והוא כי בעיקר הדין שכתב המהרי"ק דבעינן שיהיה להם ס"ת אחרת כשרה ומדוייקת כמותה יש להקשות ע"ז מהא דמבואר באו"ח סי' תרצ"א סעיף י"א אם קרא במגילה גזולה יצא ואין לברך כמו בלולב הגזול בסי' תרמ"ט:

והשערי תשובה שם הביא בשם הפר"ח דס"ל דמברך. וסיים דלדינא נראה שאין לברך ע"ש א"כ הכא בנ"ד אם יש להם ס"ת אחרת כשירה לברך ברכת התורה למי שעולה לס"ת דהא בהך ס"ת שדנין עלי' אם היא גזולה א"כ ממילא אין לברך עלי' וכמו דהעלה השערי תשובה גבי מגילה וה"ה בס"ת דאין לחלק בזה והנה אם הי' באים לשאול הדין אם יעלה לקרות בס"ת הכשירה והיא שלהם או שיותר טוב לעלות לקרות בס"ת שכתבה הגאון הצדיק מו"ה נפתלי זצ"ל הנ"ל אך שהיא גזולה והבעלים מוחין בפירוש שלא לקרות בהך ס"ת וודאי היינו מורין לו ע"פ הוראה דיותר טוב לקרות בס"ת שלהם והיא כשרה עכ"פ מלהיות קורא בס"ת הגזולה אף שכתבה הגאון הצדיק זצ"ל הנ"ל דהא אין לברך עלי' ואף שבדיעבד יצא מ"מ א"ז אלא בדיעבד ולא לכתחילה:

ב

לכן נראה ברור דאם העדים מסלקין א"ע מן הס"ת הזאת דיועיל עדותן ואף דאמרו בב"ב (דף מ"ג) דשאני ס"ת דלשמיעה קאי ולא מהני סילוק בזה משום דיש להם הנאה מן שמיעתן וכמש"כ הרשב"ם שם עכ"ז בזה כשיש להם ס"ת אחרת אין להם נגיעה והנאה מזה הס"ת כלל. וכמבואר בח"מ סוף סי' ז' בשו"ע ובטור ובתשובת הרא"ש דאם יש להם ס"ת אחרת מהני עדותן. וכיון דיש להם עכ"פ ס"ת אחרת כשירה אף שאינה מהודרת ביותר כמו הס"ת שדנין עלי' ג"כ אינן נוגעין בעדות כלל דהא אי נימא דחשדינן להו למשקר בעדותן. א"כ הוי ס"ת גזולה ובוודאי אין זה מקרי ס"ת מהודרת וכשירה להיות קורא לכתחילה ולברך עלי' כנ"ל. לכן אין זה הנאה ונגיעה בעדות כלל דהא ע"פ דין מחוייב להיות לצאת ולקרות בס"ת אחרת שהיא שלהם ולא לקרות בהס"ת שאנו דנין עלי' אף דהעצם הס"ת היא מהודרת מאד מ"מ כיון דמשקר בעדותן א"כ הוי ס"ת גזולה לכן לדעתי נראה דלדינא מועיל הסילוק של העדים מן הס"ת הזאת כיון דיש להם ס"ת אחרת שהיא כשירה על לכתחילה. ולכן שפיר סתם הטוש"ע בח"מ סי' ז' בסופו וכן הרא"ש בתשובה וכתבו כולם בקצרה דאם יש להם ס"ת אחרת מהני עדותן ולא כתבו להפרט הזה שכתב המהרי"ק דבעינן שיהיה מדוייק וכשירה ומהודרת כמותה משום דלדינא אף שאינה מהודרת כמותה ג"כ ס"ל דמהני עדותן וכמו שהסברתי בעז"ה:

ג

ואפשר לומר בכוונת המהרי"ק דכתב דבעינן שיהי' ס"ת מדוייקת וכשירה כמותה. משום די"ל דלאו כ"ע דינא גמירי ואינו יודע הדין דאין לברך על ס"ת גזולה בפרט דיש דעת הפר"ח דאף על מגילה גזולה מברכין ואף דלדינא נקטינן דאין לברך ועוד דהא אף להפר"ח ג"כ זהו רק בדיעבד אבל לכתחילה וודאי אין לקרות במגילה גזולה וה"ה בס"ת מ"מ בזה י"ל דלאו כ"ע דינא גמירי כיון דאין זה דבר מפורש כ"כ. וכמו שכתבתי בספרי באר יצחק ונחל יצחק בכ"ד דבדין שאינו מוכרע ומפורש י"ל ביה דלאו כ"ע דינא גמירי בזה וגם היכא דהב"ד המקבלין עדותן יודיעו בפירוש להעדים דאם יודעין האמת שמשקרים בעדותן א"כ הוי ס"ת גזולה דאז אין לברך ולקרות בה לכתחילה רק בדיעבד יוצאין בה ויותר טוב לקרות בהשאר ס"ת של בהכ"נ. עכ"ז י"ל בזה דפסולים לעדות משום דעבידי לאחזוקי דיבורייהו בשיקרא וכמש"כ כעין זה השעה"מ ה' אישות פ"ט ה' י"ב שהביא בשם המהריב"ל דעדות שנתקבל שלא בפני הבע"ד אינם יכולים לחזור ולהגיד משום דעבידי לאחזוקי שיקריי' ע"ש בשעה"מ וכן כתב הט"ז בח"מ סי' כ"ח סעי' ט"ו בשם תשובת הרש"ל ובשם מהריב"ל הנ"ל וזהו ע"פ סברא הנ"ל והש"ך שם ס"ק י"ח ציין לעיין במהריב"ל מזה, וכעין סברא זו כתב הש"ך בח"מ סי' ל"ג ס"ק ט' ע"ש:

והנה בספרי נחל יצחק על ח"מ סי' כ"ח סעיף ט"ו הארכתי בזה הפרט בעז"ה ע"כ שפיר י"ל בכוונת מהרי"ק דס"ל כהך שיטת הסוברים כן וכמש"כ בשעה"מ שם בשם השמ"ק דכתב כן בהא דקידושין (דף ס"ג) במה דאמרו נאמן ליתן גט ואינו נאמן לכנוס דמיירי דבעת עדותו מתחילה לא בא ע"ד לכונסה דאל"כ יש לחוש לאחזוקי דיבוריי' ע"ש לכן בעינן שיהי' ס"ת אחרת כשירה כמותה דוקא דאל"כ חיישינן שמא בעת עדותו לא ידע הדין הזה וגם במה שמודיעין הב"ד להעד לאחר שהעיד אכתי יש לחוש דלאחזוקי דיבורי' עביד כן. כן י"ל בהסבר לדברי המהרי"ק דלא יהיה מוקשה כ"כ:

ד

אכן לדינא לפי מה דקיי"ל ומבואר בשו"ע אה"ע סי' ל"ז סעי' כ"ה בבא א' ואמר אני קדשתי' דנאמן ליתן גט וא"נ לכנוס וסתמו משום דבכל גווני מהימן ולא חיישינן דשמא לאחזוקי דיבורו קא עביד וכמש"כ השע' המלך בפ"ט ה' אישות ה' י"ב מזה א"כ ה"ה הכא אף בהעידו העדים בנ"ד מכבר עכ"ז עכשיו אם הב"ד מפרשים היטב להעדים דאם אתם מעידים בשקר אז אין לכם לקרות בס"ת הזאת ולברך עלי' משום דהוי בוצע ברך והוי מצוה הבא בעבירה ותראו לקרות בשארי ס"ת דהוי ודאי שלכם א"כ אז אין נוגעין בעדותן כשמסלקין א"ע מזכותן שיש להם בהס"ת הזאת דאין להם הנאה עכשיו כשנודע להם הדין על בורי'. לכן הדין נותן דמהני עדותן שיעידו עכשיו שנית לפני הב"ד ואף

דבספרי נחל יצחק סי' כ"ח סעי' ט"ו הנ"ל כתבתי לחלק דאין ראי' מוכרחת מהך דאה"ע דאכתי יש לחלק דהיכא דהעיד מתחילה בתורת עדות לפני הב"ד יש עדיין לחוש דשמא לאחזוקי דיבורו העיד עכשיו כן מ"מ הא מבואר בח"מ סי' כ"ח סעי' ט"ו בקבלת עדות שלא בפני הבע"ד דחוזרין ומגידין בפניו משום דס"ל להרמ"א לדינא דלא חיישינן כלל דלאחזוקי דיבורו קא עביד עכשיו וכמש"כ הט"ז שם להכריע דכן עיקר לדינא ודלא כדברי המהריב"ל הנ"ל. ע"כ שפיר מהני עדותן עכשיו שנית לאחר דיפרשו להם הב"ד עכשיו כל זה אף בהעידו מקודם בלא פירוש הדיינים כנ"ל. ואף אם הוי ספיקא דדינא אם כהמהריב"ל או כהרמ"א והט"ז הנ"ל עכ"ז הא אנשי בהכ"נ הם מוחזקים בהס"ת ואין מוציאין מהם דהממע"ה כמו דקיי"ל כן בכל ספיקא דדינא דאין מוציאין מהמוחזק ויכולים לומר קים לנו דלא חיישינן לאחזוקי דיבוריי' ובעיקר הכלל דאחזוקי דיבוריי' יעיין כת"ר בספרי נחל יצחק סי' כ"ח סעי' ט"ו הנ"ל שהארכתי שם בעיקר פרט הזה בעז"ה:

ה

והנה ראיתי בתשובת מהר"ם לובלין סי' מ"ב שכתב ג"כ גבי ס"ת דלא מהני עדות של בני אותו העיר אף שמסלקין א"ע אא"כ יש להם ס"ת אחרת מדוייקת וכשירה כמותה וכן פסק טור ח"מ סי' ז' ובסי' ל"ז. וכן פסק המהרי"ק סי' ע' כו' אא"כ יש להם ס"ת מדוייקת וכשירה כמותה עכ"ל המהרי"ק ואף שצ"ע כו' עכ"ל המהר"ם לובלין וס"ל ג"כ להמהר"ם לובלין דלא מהני סילוק אא"כ יש להם ס"ת כשירה כמותה וכדברי המהרי"ק לדינא ובאמת כבר כתבתי דמן לשון הטור והשו"ע בח"מ ותשובת הרא"ש אין הכרח דבעינן שיהי' הס"ת האחרת כשירה כמותה רק כתבו סתמא דאם יש להם ס"ת אחרת עכ"פ מהני סילוקן וכמו שהסברתי לעיל דבריהם ומה שכתבתי לעיל להסביר לדברי המהרי"ק דהיכא דאין הס"ת האחרת מהודרת כמותה יש לחוש עדיין דלאו כ"ע דינא גמירי באמת זה אינו סברא לומר כן משום דהא זה פשוט לכל דס"ת גזולה אין לקרות בה ואדרבה למה דכתבתי לעיל דבדיעבד יוצאין בה משום דאין גזל בקול זה גופא לאו כו"ע גמירי לזה וכמו שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ב סעי' ט' להוכיח דהיכא דהוי דין פשוט לא אמרינן דטעי בזה ע"ש:

ו

ובכוונת המהר"ם לובלין דכתב דבעינן שיהי' ס"ת אחרת כשירה ומדוייקת כמותה נלע"ד להסביר דבריו משום די"ל דהמהר"ם לובלין בתשובה אזיל לשיטתו דהנה בב"ב (דף מ"ג) בחדושי מהר"ם לובלין הקשה על מה דאמר שמואל המוכר שדה אינו מעיד מפני שמעמידה בפני בע"ח משום נוגע דלא יהי' רשע והקשה דהא אם יעיד שקר הוי ג"כ

עבירה ותי' בשם העולם דשאני לוה רשע דהוי דבר המפורסם ומתבייש כו' והמהר"ם כתב ולי נראה דמי שהוא נוגע בשביל הנאה דינו כקרוב דפסול בין לזכות בין לחובה כו' ודברי המהר"ם הנ"ל הובא בח"מ סי' ל"ז בש"ך ס"ק א' א"כ לפי שיטת המהר"ם דס"ל דהיכא דהוי נוגע אז דינו כמו קרוב דמיפסל לעדות אף דאינו בחשש משקר ע"כ שפיר כתב המהר"ם לובלין בתשובה דלא מהני סילוק אא"כ יש להם ס"ת אחרת כשירה כמותה משום דלדברי העדים דהס"ת היא של אנשי בהכ"נ א"כ יהי' להם הנאת שמיעתן מהס"ת מהודרת ביותר והוי זה בכלל זה אלי ואנוהו דאמרו גבי ס"ת נאה ע"כ מיפסל לעדות ממילא אף דאינו בחשש משקר משום דדינו כמו קרוב דפסלתו התורה אף היכא דאינו בחשש משקר וכמש"כ המהר"ם לובלין בחידושיו לב"ב ושייך בזה סברת התוס' בכתובות (דף כ"ה ע"ב) ד"ה הרי שאמר בני זה כו' דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב כו' ע"ש וה"ה הכא גבי פסול נוגע לשיטת המהר"ם דפסול נוגע הוי משום פסול קרוב דאמרינן לדבריך קרוב אתה כו' וכ"ז לשיטת המהר"ם לובלין:

ז

אכן לדינא הכריע הש"ך בח"מ ריש סי' ל"ז דנוגע לא מיפסל אלא משום חשש משקר ודחי שם לדברי הע"ש ע"כ לפ"ז נראה דאף דהס"ת האחרת אינה מהודרת כמותה ג"כ מהני עדותן לאחר שנסתלקו משום דבנ"ד לא שייך חשש משקר וכמו שהסברתי לעיל בארוכה ולפ"ז י"ל בפשטות דגם המהרי"ק דכתב דבעינן שיהי' מדוייקת וכשירה כמותה דאפשר דס"ל כשיטת הסוברים דנוגע מיפסל משום קרוב משום דבהך דינא הוי פלוגתת ראשונים וכמש"כ הקצה"ח בריש סי' ל"ז ובסי' קכ"א ס"ק ד' אבל לדינא הא הכריע הסמ"ע והש"ך שם דנוגע לא מיפסל אלא משום משקר ע"כ לא בעינן ס"ת אחרת כשירה כמותה אלא בכל גווני כיון דהוי ס"ת כשירה עכ"פ לא מיפסל משום חשש משקר ולא שייך בנ"ד לומר דישיגו כבוד ע"י הס"ת הזה. דז"א דכיון דיסלקו א"ע מהס"ת א"כ לא ישיגו כבוד ולא נחשדו להעיד שקר בשביל זה ואף אם יהי' ספיקא דדינא אם נוגע מיפסל משום משקר או משום קרוב הא מספיקא אין מוציאין מן אנשי בהכ"נ דהם מוחזקין בהס"ת וע"כ מהני עדותן כשמסלקין א"ע מן הס"ת כיון דיש להם עכ"פ ס"ת כשרות. כן י"ל בכ"ז:

ח

וזה ברור ופשוט דאם לא העידו עדיין מעולם בוודאי מהני עדותן אם הב"ד יפרשו להעדים מקודם שיעידו ויבררו להם הדין דאם הוא ס"ת גזולה אז יראו לקרות ולצאת ידי חובתן בהס"ת הכשרים האחרות שלהן וכמש"כ לעיל בארוכה וי"ל דהמהרי"ק והמהר"ם מיירי דכבר הגידו העדים בתו"ע ולא פירשו אז הב"ד להם כ"ז היטב וכמש"כ לעיל

ועכשיו הם בחשש אחזוקי דיבוריי' וכמש"כ לעיל אבל עכשיו לאחר שיאיימו הב"ד עליהם ויפרשו להם הדין הזה על בורי' אז י"ל דגם הם מודו דמהני עדותן אם לא הגידו מעולם לעדותן בתו"ע. אך לפי דברי המהר"ם לובלין בחידושו יש לפקפק גם ע"ז משום דעדיין מיפסלו משום קרוב ולדבריך קרוב אתה ואין עדות לקרוב:

ומ"מ כיון דזה גופא הוי ספיקא דדינא ע"כ אין מוציאין מן אנשי בהכ"נ דהממע"ה ולכן אם העדים מסלקין א"ע מזכותן שיש להם בהס"ת הזאת מהני עדותן כנ"ל ואף דהש"ך בח"מ סי' ל"ז ס"ק ל"ב העלה דהוי ספיקא דדינא אם מהני סילוק די"ל דגם בפסול נוגע בעינן תחילתו בכשרות. מ"מ כיון שאנשי בהכ"נ מוחזקין מהני תפיסתן לומר קים לי כשיטת הפוסקים דמהני סילוק וידוע דאף בספק ספיקא אין מוציאין מן המוחזק ויש להאריך בזה עוד:

ט

ועוד והוא העיקר דהא המחבר בסי' ל"ז סעי' כ"ב כתב דהאידנא נהגו לקבל עדים מהקהל על ההקדשות כו' וכ"כ הב"י בסי' ל"ז בשם הרא"ש ותשובת הרשב"א דאף על הקדיש ס"ת מהני עדותן. וכ"כ הריב"ש בסי' קס"ח וכ"כ החתם סופר סי' ל"ח. אך אם התובע הוא מעיר אחרת לא מהני מנהג זה אבל אם התובע הוא מבני עירן ומאנשי בהכ"נ הזאת וודאי מהני עדותן וכ"ז שאינו מבורר מנהגם להיפך סמכינן על העדים כמבואר בתשובת שב יעקב סי' ד' והובא בפתחי תשובה שם ס"ק י"ד. לכן מהני עדותן בכל גווני ואין מוציאין מהם הס"ת וגם י"ל לפי המנהג הזה דאף להוציא ג"כ סמכינן על עדותן מצד המנהג כנ"ל וזה ברור ופשוט ועיין בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעי' ד' ענף ב' מש"כ שם בכוונת הר"נ דפ"ט דכתובות בעובדא דההוא בקרא כו' וקצרתי:

סימן י

נשאלתי ע"ד בית אחת שהי' מושכר כמה שנים לבית תפלת א"י ועכשיו קנו אותו ישראלים אם מותרים לעשותו בהכ"נ:

א

תשובה כי באו"ח סי' קנ"ד במג"א ס"ק י"ז כתב דאף נעבד כו' בקבע מותר להתפלל בתוכו כו' והכא שאני דלא עבד הבית עצמו עכ"ל א"כ לפ"ז אין להחמיר בנ"ד ומש"כ כת"ר בשם הכפות תמרים דאין לחלק בין עבודת כוכבים למשמשי עבודת כוכבים וכעין זה הוא בעו"ג (ד' מ"ז) וביו"ד סי' קמ"ה סעי' ג' ברמ"א הנה לדעתי יש להקל מטעם אחר ע"פ הא דמבואר ביו"ד סי' קמ"ג סעי' ב' דבונה לכתחילה הטרקלין שיש בה אותו הכיפה וכן הוא שיטת רש"י בעו"ג (ד' ט"ז) דשאני תשמיש דתשמיש לכן אף דנימא דהי' איזה ע"ז בבית תפלתם. עכ"ז הא מעמידים אותה על הכיפה או בתוך התיבה וזה מעמידים

על הקרקע א"כ הוי הבנין והקרקע תשמיש דתשמיש ולא מצינו דיהי' זה נאסר לגבוה ומכש"כ למצוה דאינו רק משום דמאיס וקילא מן מה דלגבוה וכמבואר בע"ג (ד' מ"ז) דבעי ר"ל המשתחוה לדקל לולבו מהו למצוה מי מאיס כלפי גבוה או לא ופי' רש"י את"ל יש נעבד במחובר אצל גבוה הכא לענין מצוה מאי וכעין זה כתב המחצית השקל בסי' קנ"ד ס"ק י"ז לחלק דהיכא דהוי למצוה קילא מן מה דלגבוה דלא נאסר רק משום דמאיס כו' ע"ש:

ובמק"א כתבתי מה דיש לדון בדבריו שם וקצרתי:

ב

והנה עיקר מה דיש להחמיר בזה הוא ע"פ מה שכתבו התוס' במגילה (דף ו') דאין ללמוד תורה במקום שהי' שם כו' י"ל דאזלי לטעמייהו דס"ל בע"ז (דף ט"ז ע"ב) ד"ה בימוסיאות כו' שכתבו שם לחלוק על רש"י וס"ל דאין לחלק בין תשמיש לתשמיש דתשמיש ע"ש. ע"כ החמירו כאן בזה אבל לשיטת רש"י וכמו שפסק השו"ע ביו"ד סי' קמ"ג דשאני תשמיש מתשמיש דתשמיש כמו כן יש לחלק בנ"ד ואף לפי שיטת הט"ז שם שכתב להחמיר משום דיש לחוש לשיטת הסוברים שלא לחלק שם בין משמשי למשמשי דמשמשי ע"ש י"ל דלא החמיר שם רק לפי דהוי שם חשש בדאורייתא אבל בנ"ד דזהו רק משום חומרא דמאיס דאינו רק מדרבנן וכמש"כ התוס' בעו"ג (ד' מ"ז) ד"ה מי מאיס כו' דבדיעבד יצא וכמש"כ הריטב"א והר"נ בסוגיא זו וכמש"כ המג"א סי' תקפ"ו ס"ק ו' ומוכח מזה דעיקר חומרא דמאיס פסול למצוה אינו רק מדרבנן דאם הי' אסור מה"ת הי' לנו לאסור אף בדיעבד והא דהקשה הפרמ"ג באו"ח סי' קנ"ד ס"ק י"ז דאמאי פסק הרמב"ם באיבעיא דר"ל דאם מאיס פסול למצוה או לא דמיפסל מספיקא והא בדרבנן ספיקו להקל אין זה קשה דהא מצינו באו"ח סי' פ"ג בבית יוסף שם גבי האיבעיא דנדרים (דף ו') אם יש יד לב"ה דפסק הרמב"ם דספיקו להחמיר וכתב דאע"ג דבדרבנן נקטינן לקולא אך זהו דוקא לענין דיעבד אבל לכתחילה צריך לחוש בדבר ע"ש. וכן קיי"ל בכמה דוכתי דאין עושין ספק דרבנן לכתחילה וה"ה י"ל בהך איבעיא דאי מאיס מיפסל למצוה או לא דלכתחילה החמירו אף דלא הוי רק מדרבנן:

ג

וכיון דאינו רק מדרבנן הא דמיפסל מאיס למצוה. ע"כ יש לנו לסמוך על שיטת רש"י והטור והשו"ע דכתבו לחלק בין משמשי למשמשי דמשמשי וראיתי להריטב"א בע"ז (דף ט"ז) שכתב ג"כ לחלוק על שיטת רש"י וס"ל שלא לחלק בין משמשי למשמשי דמשמשי משום הטעם דהא לא גרע מן רוצה בקיומו דאסור א"כ מצד זה הטעם לא שייך להחמיר לענין מאיס דמיפסל למצוה ויש לנו ספק ספיקא להיתירא ספק א' דהא עיקר

הך מילתא דאסרו מאיס אין זה רק מספיקא דהא האיבעיא לא איפשיטא א"כ הוי ספק אם אסרינן למצוה היכא דהוי מאיס ואת"ל דאסרינן אכתי ספק שמא הלכה דמחלקינן בין משמשי למשמשי דמשמשי בזה וכעין זה מצינו באו"ח סי' קנ"ד סעי' ג' דמחלקינן בין תשמיש לתשמיש דתשמיש:

ד

ועוד יש לדון בנ"ד להיתירא משום דהבית תפלה של הא"י הי' מושכר להם וגוף הבית לא היה שייך להם והפרמ"ג שם כתב להקל מצד זה ע"ש ואף דשיטת הרא"ש בע"ז (דף כ"א) דשכירות לא"י אלימא כמכר עכ"ז הא התוס' שם (ד' כ"א) שלא לחלק בזה לדידן דקיי"ל דשכירות לא קניא כמבואר שם לעיל (דף ט"ו) ועיין בש"ך יו"ד סי' קנ"א ס"ק י"ז מזה ורק לענין עבודת כוכבים דחמיר החמירו שם (ד' ט"ו) הנ"ל אבל לענין מאיס דמיפסל למצוה דאינו רק מדרבנן שפיר יש להקל מטעם זה ואף דשיטת הרמב"ם ה' איסורי מזבח פ"ד דנעבד אסור אף בשל חבירו עכ"ז י"ל דזה אינו רק בבע"ח אבל במחובר דנאסר לגבוה וילפינן זה בקו"ח מן אתנן כמבואר שם (ד' מ"ו). וע"כ י"ל בזה דיו לבא מן הדין להיות כנדון וכמש"כ התוס' שם ד"ה יש שינוי בנעבד כו' כעין זה ובאתנן הא אינו חל איסור אתנן על אינו שלו וכמש"כ הרמב"ם פ"ד ה' ט"ו ה' איסורי מזבח א"כ ה"ה נעבד במחובר וכן מצינו שם (ד' מ"ז) דמים של רבים אינן נאסרים לגבוה והטעם הוא משום דהוי דבר שאינו שלו ועיין בריטב"א שם וקצרתי והא דירושלמי שם פ"ג ה' ה' דמשמע דאף מחובר נאסר לגבוה אף בשל אחרים י"ל דזהו משום דאזלי לטעמייהו דיליף איסור נעבד במחובר מן נעבד בע"ח וכמש"כ המראה הפנים שם ד"ה הנעבד כו' אבל לא לפי שיטת הש"ס דילן דיליף מן אתנן וגם בדברי הירושלמי יש לומר כוונה אחרת וקצרתי:

ה

וגם לפי שיטת הרא"ש דכתב דשכירות בהו הוי כמכר הא כתב הפרמ"ג שם לחלק בנ"ד ע"ש. וגם הא מה דיש להחמיר בנ"ד הוא ע"פ דברי התוס' דמגילה (דף ו') כנ"ל וכיון דשיטת התוס' בע"ז (דף כ"א) שלא לחלק בין שכירות כו' ובין שארי ענינים ושכירות לא קניא בכל הנך:

ולא ס"ל לחילוק של הרא"ש שם הנ"ל ע"כ שפיר יש להקל בנ"ד אף לשיטת התוס' במגילה משום דשכירות לא קני ולא חל עלי' שם מאיס לאסור למצוה בזה:

ו
ומה שהקשה כת"ר על מש"כ המג"א שם בסי' קנ"ד ס"ק י"ז בשם כה"ג בשם הרא"ם דאפי' נעבד כו' מותר להתפלל בתוכו ואפשר דס"ל דמחובר שאני ואע"ג דבית דינו כתלוש מ"מ דמי למחובר כו' עכ"ל המג"א:
והקשה כת"ר דכיון דבית נחשב לתלוש דמפני מה ישתנה דינו לענין מצוה לדעתי אין זה קשה דהא אי' בב"ב (ד' ס"ו) דאף דס"ל שם לרבנן דר"א דתלוש ולסוף חברו דהוי כתלוש מ"מ לענין פשוטי כלי עץ דטומאה מדרבנן וכן גבי שאיבה דרבנן דינו כמחובר. לכן י"ל דאף דבית דינו כתלוש שם עכ"ז גבי פסול מאיס דאינו רק מדרבנן וכפי שנתבאר לעיל ע"כ דין בית כמחובר ואינו נפסל למצוה מדרבנן לשיטת המג"א שם דכתב דמחובר שאני למצוה:
אך עיקר סברת המג"א שם במש"כ לכללא דמחובר לא נפסל למצוה דבריו צ"ע דהא מבואר בעו"ג (דף מ"ז) דבעי ר"ל המשתחוה לדקל לולבו מהו למצוה ופי' רש"י את"ל יש נעבד במחובר אצל גבוה הכא מאי למצות לולב כו' הרי דאף מחובר נאסר למצוה ומשמע דאף בצריך הדקל לקרקע ג"כ הדין כן וכן מבואר ברמב"ם ה' ציצית ובאו"ח סי' י"א סעי' ח' המשתחוה לפשתן נטוע כשר לציצית שהרי נשתנה אבל אם לא היה ההיתר שנשתנה היה פסול למצוה אף דהיה אז במחובר וגם המג"א שם באותו ס"ק הביא להא דסי' י"א הנ"ל:

ז
ובאמת ראיתי להמחצית השקל שם שכתב דסברת המג"א הוא דמחלק דמה דמיפסל למצוה קיל מן פסולי של גבוה ולכן אף דמשתחוה להר נאסר לגבוה עכ"ז שאני היכא דהוי למצוה דלא נאסר מה דהוי מחובר ע"ש ולענ"ד דבריו תמוהים וכמש"כ לעיל דהא מבואר להדיא בגמ' שם בעיקר הך דינא דאף מחובר מיפסל למצוה היכא דמאיס ולכן העיקר בכוונת המג"א במה שכתב שם וצריך עיון בע"ג (ד' מ"ו ומ"ז) כו' דכוונתו להעיר בעצמו על מה שכתב מקודם דאפשר דס"ג דמחובר שאני ולא מיפסל למצוה וע"ז כתב דצ"ע מן ד' מ"ו ומ"ז וכוונתו דהא מבואר שם דהמשתחוה להר כו' והמשתחוה לדקל לולבו מהו:
דמוכח דס"ל להש"ס דגם במחובר אסרינן משום מאיס ומיפסל למצוה וע"כ סיים והכא שאני דלא עבד הבית בעצמו אבל לולי זאת אין מקום להתיר כלל אף במחובר משום דברור לדינא דאף מחובר נאסר היכא דמאיס ומיפסל למצוה וע"כ עיקר היתירא בנ"ד לסמוך על המג"א דשאני היכא דלא עבד הבית עצמו והוי משמשי דמשמשי. וגם על מה דגוף הבית בנ"ד אינו שלהם רק בשכירות ויעשו איזה שינוי במה דאפשר ועיין בעו"ג

(ד' מ"ז ע"א) בתוס' ד"ה היינו בעיא דר"ל כו' ובאו"ח סי' י"א סעי' ח' ובמג"א ס"ק י"ב וכיון דנתבאר דדינו בנ"ד כמטלטלי ותלוש ולבסוף חברו הוי כתלוש בזה ע"כ אם יהיה שינוי שאינו חוזר ודאי יהיה זה לסניף להיתירא לשיטת התוס' בד"ה היינו בעיא כו' הנ"ל וקצרתי ויפה כתבו דיעשו זה החדר לפרוזדור וגם אמרו לי כי אין דרך האומה שהיה בית התפלה שייך להם. להעמיד שם איזה דמות וכיוצא בבית התפלה שלהם ומכל הלין טעמי דעתי מסכמת לדעת כת"ר להיתירא:

סימן יא

נשאלתי מרב גדול א' ע"ד האנ"ח העומדים בעיר קארס שנכבשה ת"י אדונינו הקיסר יר"ה מן התורקי, ובקשו האניה דשם מן השר שעל המבצר קארס שיתן להם מקום לבית התפלה שלהם וברוב חסדו נתן להם בית תפלה בבנין שהיה שם מקום תפלה להישמעאלים מקודם שנכבשה ת"י א' הקיסר יר"ה ונשאלתי מהם אם מותרין להתפלל שם היהודים או לא:

א

תשובה בעז"ה בקצרה והוא דמבואר באו"ח סי' קנ"ד סעי' י"א במג"א ס"ק י"ז דכל מילי דמצוה אין עושין מדבר שנעשה לעבודת עם אחר ובכ"ה בשם הרא"ם דאפי' נעבד הבית ע"ג בקבע מותר להתפלל בתוכו כו' דמחובר שאני כו' והכא שאני דלא עבד הבית עצמו כו' עכ"ל א"כ לפי דברי המג"א הדין נותן בנ"ד דמותרין היהודים להתפלל בתוכו אלא דיש למשדי בה נרגא עדיין לפי המבואר ביו"ד סי' קמ"ה סעי' ג' הכניס עבודת עם אחר לתוך הבית כו' הוציאה הותר כו' אבל אם הוקצה לכך אינו מותר אא"כ הוציאה משם דרך ביטול כו' וכיון דמבואר בע"ז (דף נ"ג ע"ב) וביו"ד סי' קמ"ו סעי' י' הניחוה עובדי' בשעת מלחמה אסורה א"כ בנ"ד דהישמעאלים הלכו משם משום דנכבשו במלחמה אין זה מקרי ביטול ונאסרה עדיין משום משמשי עבודת עם אחר אף להדיוט וכש"כ על בית התפלה אכן באמת ז"א דהא מה דנותנין להם על בית התפלה מן הממשלה הרוממה ע"פ חסד של השרים מן א' הקיר"ה:

א"כ זה גופא הוי כמו ביטול דמהני [ועיין בגיטין (דף ל"ח ע"א) דטיהרו בסיחון ובתוס' ד"ה אבל בחזקה כו' שם וקצרתי ומבואר בע"ז (דף ס"ד) דאפי' זה לפעור וזה למרקוליס ג"כ מהני ביטולו וכמבואר ביו"ד סי' קמ"ו סעי' ה' דעכו"ם מבטל כו' אפי' אינו עובד כו'. ע"כ גם בנ"ד מקרי זה ביטול ומותרת בהנאה ועיין ביו"ד סי' קמ"ו סעי' ז' בהרמ"א וביאור הגר"א שם. וממילא ה"ה דמותרת לבית התפלה וכמש"כ המג"א לחלק בזה דמחובר שאני כיון דלא עבד הבית עצמו:

ב

וראיתי בפרי מגדים לאו"ח סי' קנ"ד ס"ק י"ז על דברי המג"א הנ"ל שהביא בשם הא"ר דהרא"מ אינו מתיר רק להתפלל בתוכו אבל לעשות ממנו בהכ"נ קבוע מודה דאסור כו' א"כ לפ"ז יש להחמיר בנ"ד לעשות שם בהכ"נ קבוע אכן בנ"ד יש להתיר בפשיטות לפי המבואר ביו"ד סי' קמ"ו סעי' ה' ברמ"א דישמעאלים שאינן עובדי ע"ז כו' וכן מבואר בהרמב"ם פ' י"א ה' מ"א ה' ז' שכתב וכן כל א"י שאינו עובד עבודת ככבים כגון אלו הישמעאלים כו' וכן מבואר ביו"ד סי' קכ"ד סעיף ו' ובט"ז שם ס"ק ד' ובש"ך ס"ק י"ב ובטור שם בשם הרשב"א שכתב דיש מהגאונים שהתירו יין של ישמעאלים שהדבר ידוע שאינן עובדים עבודת ככבים הן וכ"כ הרמב"ם כו' עכ"ל הטור שם ואף דהתוס' במגילה (דף ו') בד"ה טראטיות כו' כתבו דקשה לומר שאותן מקומות יכול ללמוד שם כו' עכ"ז אינו רק בבתי ע"ז אבל בבתי תפלות של ישמעאלים דאין מכניסים שם שום מין ע"ז ע"כ אף התוס' מודו דמותר להתפלל וללמוד שם:

ג

וגם במה שכתבתי לעיל דבנ"ד הוי כמו הניחוה בשעת מלחמה דלא הוי ביטול מצד האומה שנכבשה. אך כעת הוגד לי דע"פ הזאקאן הרשות להם לחזור ולעשות שם לבית התפלה א"כ הא אמרינן בע"ז (דף נ"ג) וביו"ד סי' קמ"ו סעי' י' דאם יכולים לחזור לאחר המלחמה ולא חזרו יש בזה דין ביטול אף מצד העובדים להע"ז. אכן באמת אין זה נצרך לענינינו כלל לפי מה דנתבאר לעיל דזה היה מקום תפלה לישמעאלים ומבואר להדיא ברמ"א ליו"ד סי' קמ"ו סעי' ה' דישמעאלים שאינן עובדי ע"ז אינם יכולים לבטל הרי דמקריא אינן עובדי ע"ז ולכן אף דלא מהני הביטול שלהם עכ"ז הא א"צ בהו לדין ביטול כלל כיון דאינן עובדי ע"ז ע"כ ברור ופשוט דמותר אף לעשות בהכ"נ קבוע בהמקום שנותנין להם מן הממשלה אף שהיה שם מקודם מקום תפלה להישמעאלים כנ"ל:

ד

ולכאורה יש להעיר מהך דיו"ד סי' ד' סעי' ז' ישמעאלים שאינם מניחים לשחוט אא"כ יהפוך פניו לא"ל קיבל"א כמנהג חוקותיהם אינו דומה לשוחט לשם הרים כו' וכתב הט"ז והש"ך שם בשם הרשב"א דזהו משום זה מחשב וזה עובד לא אמרינן כו' רשב"א סי' שמ"ה עכ"ל הרי דגם ישמעאלים בכלל עובדים. ועיקר ההיתר התם הוא משום זה מחשב וזה עובד כו'. ולפ"ז יש להקשות על מה שכתבו כל הפוסקים הנ"ל וגם הרשב"א כנ"ל דישמעאלים אינן אוסרים יין במגען לאסור בהנאה משום דלא פלחי ע"ז אבל באמת אינו קשה כלל לפי המבואר בגוף תשובת הרשב"א ח"א סי' שמ"ה דדרכן של הישמעאלים לשחוט דוקא נגד המזרח דמחשבין דבר זה לדברי רוח שלהם תועלת כו'

א"כ אינן עובדים ע"ז בשחיטתן למזרח רק דהוי כמו שוחט לרפואה וכיוצא בה מדברי הבאי שאומרים כו' וכמבואר ביו"ד סי' ד' סעי' ה' דאסורה באכילה וע"כ הוכרחו כאן לומר הטעם משום זה מחשב וזה עובד כו' דיהי' מותר אף באכילה ואין זה שום סתירה כלל למה שכתבו כל הפוסקים וגם הרשב"א בעצמו דישמעאלים אינן עובדי ע"ז ולכן שפיר אין לנו להחמיר בנ"ד וכמש"כ לעיל וכן י"ל בהך דחולין (דף ל"ט ע"ב) הנהו טייעי דאתי כו' דמא ותרבא לדידן כו' ופי' רש"י טייעי ישמעאלים כו' הרי דגם ישמעאלים היו עובדי ע"ז. דלפי מש"כ י"ל גם התם דהיה כוונתם לשם רפואה וכיוצא בה מדברי הבאי וכנ"ל גם י"ל דהתם היו יוצא מן הכלל דהנהו טייעי הי' ידוע דעובדי ע"ז היה אבל כ"ז דלא הוחזקו לעובדי ע"ז הם בכלל אומה דלא פלחי ע"ז ועיין בפר"ח ליו"ד סי' י"ט ס"ק ו' ושם ג"כ יש לומר דמיירי דהיה כוונתם לדברי הבאי וכנ"ל:

ויותר אין לי כח להאריך ויקבל החוה"ש:

סימן יב

ב"ה חודש שבט תרי"ח לפ"ק אל כבוד הרב הג' וכו'

במה שדרש ממני לחוות דעתי ע"ד הוראתו במה דפסק בברית מילה שהי' בבהכ"נ ביו"ט ב' והי' מברך המוהל ברכת כוס של ברכת המילה על שכר והורה כת"ר שישתה המוהל עוד כוס של שכר ויהיה יוצא קידוש במקום סעודה וחלקו עליו כל לומדי עירו דהא מבואר במג"א סי' רע"ג ס"ק י"א דאינו יוצא בפירות משום קידוש במקום סעודה רק במיני תרגימא דחשיבי טפי עכ"פ לסעודת שבת יותר מן יין והביא בשם הש"ג דאף בפירות יוצא והכריע דלא כדבריו ולפ"ז ה"ה בשכר אינו יוצא וכת"ר כתב לפרש טעמו דכיון דחזינן דכתבו הפוסקים דשכר דידן עוברים עליו בפסח על בל יראה מה"ת ויש בו כזית בכא"פ אלמא דגם שכר הוא סעיד כמו יין רק הא דמברכין עליו שהכל הוא מהטעם שכתבו התוס' דאינו עשוי לסעוד אבל באמת גם שכר סעיד והאריך כת"ר בזה.

וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

א

תשובה כי לדעתי יש להוכיח כשיטת השלטי גבורים דהא עיקר הטעם דבעינן קידוש במקום סעודה הוא כמש"כ הרשב"ם בפסחים (דף ק"א ע"א) לחד טעמא והתוס' שם ד"ה אף ידי קידוש לא יצאו כו' דזהו משום דכתיב וקראת לשבת עונג במקום קידוש שם תהא עונג וכ"כ הרי"ף והרא"ש שם להך טעמא דוקראת לשבת עונג וכ"כ הר"נ שם בשם רב אחא ז"ל להט"ז ומצינו בביצה (דף ל"ד ע"ב) דשבת קובעת למעשר משום דכתיב וקראת לשבת עונג ומה"ט אף בפירות קובע למעשר כמבואר שם היה אוכל באשכול

חשיכה לילי שבת לא יגמור וכן פסק הרמב"ם ה' מעשר הרי דאף אכילת פירות בשבת מקרי עונג להיות קובע למעשר ומשום הך קרא דוקראת לשבת עונג א"כ ה"ה דמקרי עונג גבי קידוש במקום סעודה דהא מחד קרא קא נפקי. א"כ שיטת הש"ג יש לה יסוד וזהו שכתב הש"ג דכל סעודת שבת נחשבת קבע וכוונתו להך דביצה הנ"ל דחזינן דגם אכילת פירות הוי בכלל עונג ועיין בביצה (דף י"ז ע"ב) ברש"י ד"ה במזיד לא יאכל כו' אלמא אחמור רבנן ואפילו גבי עונג שבת וקאי התם במעשר פירותיו בשבת הרי דשייך עונג שבת גם בפירות:

ב

ואפשר דהטור ושו"ע דכתבו אבל פירות לא, טעמם דס"ל כטעם השני שכתב הרשב"ם בפסחים שם דלכן בעו קידוש במקום סעודה דכיון דאיקבע קידוש על היין מסתמא על היין שבשעת סעודה איקבע דחשוב עכ"ל הרשב"ם ולהך טעמא י"ל דבעינן דוקא סעודה גמורה מה שיוצאין בו משום סעודת שבת בזה דוקא יוצא משום קידוש במקום סעודה משא"כ במה שאינו יוצא בו משום סעודת שבת ממילא אינו יוצא בו משום קידוש במקום סעודה אך באמת ז"א ברור דלפ"ז לא יהיו יוצא ביין משום מקום סעודה דהא אינו יוצא ביין משום סעודת שבת ועיי' במג"א סי' רע"ג ס"ק י"א, וכיון דחזינן דעיקר טעמא דקידוש במקום סעודה הוא, כפי מש"כ הרשב"ם מתחילה משום וקראת לשבת ענג:

ועיין בט"ז או"ח סי' רס"ט וכן כתבו הרבה פוסקים. דאילו לטעם השני של הרשב"ם לא יהיו יוצא ביין כנ"ל. א"כ הדעת נוטה לפ"ז כמש"כ הש"ג דאף בפירות יוצאין. וראיתי בחיי אדם שכתב דבעת הדחק יכולין לסמוך על הש"ג והביא כן בשם אלי' רבא וחפשתי בס' אלי' רבא בכל הסימן הנ"ל ולא מצאתי ואדרבה משמע דס"ל כשיטת הטור ושו"ע דאינו יוצא בפירות. ועכ"ז נראה לי להכריע ג"כ כהחיי אדם. דבעת הדחק יכולין לסמוך על הש"ג דיוצא בפירות ביום משום קידוש במ"ס:

ג

וכיון דנתבאר דבעת הדחק יכולין לסמוך על הש"ג ויוצאין גם בפירות א"כ ה"ה יוצאין גם בשכר דלא גרע מפירות לדידן דהוי חמר מדינא דמקדשין עליו:

וכן מצינו בעירובין דכ"ט דמערבין בשכר וכיון דלכתחילה בעינן דישתה המברך את הכוס של ברכה בעצמו ולא שיתן להתינוק וכמבואר ביו"ד סי' רס"ה בפ"ת ס"ק ז' בשם החמודי דניאל ובמקום דחק יכולין לסמוך על שתית שכר משום מקום סעודה:

ד

ועוד דהא שיטת הראב"ד בפכ"ט ה' שבת דבקידוש היום יכול לטעום אף קודם שיקדש ורק בקידוש הלילה אסרו לטעום מקודם שיקדש וגם בר"נ בערבי פסחים משמע דס"ל כשיטת הראב"ד בזה ולא כשיטת הרמב"ם ע"כ יכולין לצרף זה לסניף ועוד דהא הובא במרדכי פ' ע"פ בשם הר"ר שמואל והשר מקוצי. דס"ל דאף דאין קידוש אלא במקום סעודה מ"מ מותר לשתות מכוס שקידש עליו אף בלא מקום סעודה רק דאינו יוצא בו משום קידוש ולכן יכולין לסמוך על כל צירופי דיעות הנ"ל בשתית שכר בבהכ"נ ולצאת בו באמת גם משום מקום סעודה כיון דהסברא נוטה כהש"ג ובקידוש היום יכולין לסמוך עליו בעת הדחק:

ה

ולכאורה אפשר לדון לפי מש"כ הצל"ח בביצה (דף ל"ד) דיו"ט אינו קובע למעשר רק שבת קובע למעשר וכ"כ הפני יהושע משום דיו"ט אינו בעונג רק בשמחה וקרא דוקראת לשבת עונג אינו רק בשבת ולא ביו"ט א"כ לפ"ז יש לדון דביו"ט לא יהי' יוצאים בפירות משום מקום סעודה דהא עיקר הטעם דיוצא בפירות משום קידוש במקום סעודה לשיטת הש"ג הוי זה משום דחזינן דמקרי עונג גבי מעשר. וה"ה גבי מקום סעודה כנ"ל א"כ יו"ט דאינו בו משום עונג ה"ה דאינו יוצא בפירות משום מק"ס לפי דאין בם חשיבות כ"כ לגבי זה אכן זה אינו דהא עיקר קידוש דיו"ט אינו רק מדרבנן אף קידוש הלילה כמש"כ המ"מ ה' שבת פ' כ"ט ה' י"ח והובא במג"א סי' רע"א ס"ק א' א"כ לא מצינו טפל יהיה חמור מהעיקר דעיקר קידוש הוא בשבת וקידוש יו"ט אינו רק אגב גרירא דשבת וכיון דשבת יוצאין בפירות משום קידוש במקום סעודה כש"כ ביו"ט דלא יהי' חמור יו"ט משבת וה"ל כיציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון. ומה"ט אין לומר דביו"ט הואיל דאינו בעונג ולא קאי על יו"ט הך דוקראת לשבת עונג ע"כ לא יהי' מחויב ביו"ט בקידוש במקום סעודה דעיקרו הוא משום פסוק זה לפי טעמם. דז"א דהא כתב המג"א בסי' רע"א ובשם המ"מ דיש ליו"ט כל דין קידוש של שבת ע"ש וע"כ אין לחלק ביניהם כלל וזהו פשוט וע"כ אין להמערערים על כת"ר מקום לרדוף אותו מפני הוראתו בזה:

ו

אמנם בעיקר הך דינא שכתבו הפוסקים דיוצא במיני תרגימא וכן ביין משום קידוש במקום סעודה תמהני עליהם אמאי לא הובא בשו"ע דעת הפוסקים החולקים ע"ז כאשר יבואר שיטת רבינו יונה בברכות פ"ז במאי דמבואר שם (דף מ"ט) טעה ולא הזכיר של ר"ח בברכת המזון אין מחזירין אותו וביו"ט מחזירין דלא סגי דלא אכיל פת. כתב שם

רבינו יונה דעיקר מה דבעי פת ביו"ט ושבת זהו משום שיהיה הקידוש במקום סעודה יעו"ש וכן מבואר בפסחים (דף ק"א) בתוס' ד"ה טעימו מידי כו' דבעי לחם ואינו יוצא במיני תרגימא וכ"כ הרא"ש שם אלמא דס"ל להדיא דבעי לחם דוקא:

ז

וראיתי בבית יוסף סי' רע"ג שכתב דאין סתירה מהתוס' והרא"ש על הגאונים דכתבו דגם ביין יוצא משום קידוש במקום סעודה משום דהתוס' נתכוונו דבשביל סעודת שבת אינו יוצא בלא פת אבל משום קידוש במקום סעודה ס"ל ג"כ דיוצא אף ביין ע"ש. לענ"ד תמוהים דברי הבית יוסף הנ"ל דהא התוס' כתבו שם אח"ז בד"ה ובקידושא דהכא כו' דלא הי' מקפיד רבה על סעודת שבת לפי שיוכלו לאכול למחר ג' סעודות או יוכלו לאכול במקום שיש נר ואין יין עכ"ל. וכ"כ הרא"ש שם אלמא דעיקר קפידא דרבה הי' משום מקום סעודה דבעי לקידוש וע"ז אמרו דדווקא טעימת לחם ולא מיני תרגימא אלמא דס"ל להתוס' והרא"ש דבעי פת דווקא לצאת ידי קידוש במקום סעודה ואין סברא לומר דיין עדיפא מן מיני תרגימא דהא כתב המג"א דיין גרוע ממיני תרגימא דלסעודת שבת חשיבי טפי מן יין יע"ש. ובוודאי אין לומר דהתוס' נתכוונו למיני תרגימא דפירות ובשר דהא לקמן (דף ק"ז ע"ב) בתוס' ד"ה מיני תרגימא כו' כתבו להוכיח דסתם מיני תרגימא הוי מחמשת המינים רק שסיימו שם דלחד תי' ביומא משני מאי מיני תרגימא פירי אבל הרא"ש לקמן (דף ק"ד) לא סיים להך דיומא רק הכריע דמיני תרגימא לא פירות נינהו יע"ש. ועוד דהא כתבו התוס' בפי' דטעימו מידי היינו לחם וכ"כ הרא"ש שם דהאי טעימו מידי היינו לחם אלמא דס"ל להתוס' דבעי לחם דווקא ואינו יוצא במיני תרגימא וה"ה ביין אינו יוצא ג"כ לפמש"כ המג"א דמיני תרגימא עדיף מיין וגם הא כתבו התוס' והרא"ש דבעי לחם משמע דיין לא מהני וכיון דמוכח מהתוס' והרא"ש ורבינו יונה דס"ל דבעי פת להיות יוצא משום קידוש במקום סעודה לכן תמוה דברי השו"ע דלא הביא דבריהם אף בשם יש אומרים לכה"פ:

ח

וכן יש להוכיח מן מה שהקשו התוס' בפסחים (דף ק' ע"א) ד"ה ר' יוסי אומר אין מפסיקין כו' וא"ת כיון דגומר כל הסעודה ומברך ברכת המזון וא"צ לעשות סעודה לשם שבת א"כ איך יעשה קידוש בלא סעודה הלא אין קידוש אלא במקום סעודה ותי' דחשוב קידוש במקום סעודה וכו' דאותה סעודה עולה לסעודת שבת כו' ואי נימא דיוצא ביין משום סעודה דקידוש. א"כ אין מקום לקושייתם כלל דהא י"ל דישתה כוס יין בשלימות כשיעור רביעית ואז יהי' יוצא משום קידוש במקום סעודה כמו שפסק הרמ"א שם ואף לפמש"כ המג"א בס"ק י"ב בשם הלבוש והב"ח דבעי לשתות עוד כוס אחר לשם סעודה

עכ"ז הא י"ל דאחר שגמר סעודתו ומקדש ישתה עוד כוס יין או יאכל מיני תרגימא מחמשת המינים ויהי' יוצא משום סעודה אע"כ מוכח דס"ל להתוס' דאינו יוצא משום מקום סעודה דקידוש רק בפת. וכן הקשה המרדכי קושיא זו שם בפ' ע"פ ומכח קושיא זו הוכיחו דין מחודש דסעודה שאכל מתחילה עולה לו לסעודת שבת א"כ מוכח מהמרדכי והתוס' הנ"ל דלא ס"ל כהטור ושו"ע ומג"א הנ"ל:

ט

וכן מוכח מן דברי הרא"ש פסחים פ' ע"פ סימן ו' שהביא דברי הרי"ף שפסק דהיכא דגמר סעודתו מברך ברכת המזון ואח"כ מקדש ותמה דע"כ צריך לאכול מיד אחר הקידוש לדידן דקיי"ל כשמואל דאין קידוש אלא במקום סעודה וכיון דצריך לאכול. ברכת המזון למה לי' ליפרוס מפה וליקדש ואין סברא לומר דמה שאכל כבר נחשב למקום סעודה דקידוש כו' עכ"ל הרא"ש ולא ניחא להרא"ש במש"כ התוס' והמרדכי לעיל (דף ק) דמה שאכלו מתחילה נחשב למקום סעודה כנ"ל. ואי נימא דשתיית יין נחשב למקום סעודה אמיני תרגימא כמש"כ המג"א א"כ אין מקום לקושיית הרא"ש הנ"ל דהא י"ל דשפיר כתב הרי"ף דמברך ברכת המזון דמשום קידוש במקום סעודה יכול לשתות כל הכוס ואז יהי' יוצא משום קידוש במקום סעודה כמו שפסק הרמ"א ואף לדעת הלבוש והב"ח הנ"ל עכ"ז יכול לשתות עוד כוס אחר או לאכול כזית מיני תרגימא ויהי' יוצא משום סעודה דקידוש אך לא יצטרך לברך ברכת המזון תו ושפיר כתב הרי"ף דמברך ברכת המזון ומדהקשה הרא"ש כן מוכח דלא ס"ל כהגאונים הנ"ל רק ס"ל דבעי לחם דווקא כמש"כ הרא"ש לעיל (דף ק') דהאי טעימו מידי דקאמר רבה היינו לחם כמש"כ לעיל וקאי על מקום סעודה דקידוש כנ"ל:

י

וכן מוכח מן דברי התוס' פסחים (דף ק"ו ע"ב) ד"ה מקדש אריפתא כו' שכתבו בשם ר"ת דלכן הנוטל ידיו לא יקדש משום דס"ל לרב יש קידוש שלא במקום סעודה וחיישינן שמא יפליג וילך לחוץ כו' וזמנין דחביבי לי' חמרא מקדש אחמרא שלא במקום ריפתא דס"ל יש קידוש שלא במקום סעודה כו' עכ"ל וכ"כ הרא"ש שם ואי נימא דיוצא ביין משום קידוש במקום סעודה א"כ לא הי' צריכים לומר דלכן מקדש אחמרא דס"ל יש קידוש שלא במקום סעודה הא י"ל דלכ"ע שייך האי מימרא דמקדש אחמרא וישתה כוס שלם של רביעית או שישתה שני כוסות. וכן י"ל דלכן נטל ידיו לא מקדש דחיישינן שמא יפליג כו' אליבא דכ"ע דיקדש אחמרא וישתה כוס שלם או שני כוסות ואח"ז יפליג וילך לחוץ ושייך חשש הנ"ל אליבא דכ"ע אע"כ מוכח דס"ל דאין יוצא משום סעודה דקידוש רק בלחם דווקא:

ע"כ הוצרכו לומר דרק לטעמי' אמר מימרא זו דנטל לא יקדש א"כ מוכח מכמה דברי התוס' ודברי הרא"ש בכמה מקומות ומן המרדכי ורבינו יונה דס"ל כולהו דבעי פת דווקא משום מקום סעודה דקידוש ותמהני על האחרונים דלא הביאו שיטתם כלל בזה ואפשר דהרי"ף דהובא בראש פסחים פ' ע"פ סי' ו' דכתב דאם נמשך סעודתו עד הלילה גומר סעודתו ומברך ברהמ"ז ואח"ז מקדש ולא חש לקושיות הרא"ש הנ"ל מוכח דס"ל כשיטת הגאונים דיוצא ביין משום מקום סעודה ולכן יכול לברך ברכת המזון משום דקידוש במקום סעודה יכול לשתות כוס שלם כנ"ל או שני כוסות או מיני תרגימא כנ"ל א"כ אדרבה מוכח מהרי"ף דס"ל דיכול לצאת ביין וכדפסקו הגאונים:

יא

ובפסחים (דף ק"א) אמרי דקידושא דבי כנישתא לאפוקי אורחים דאכלו ושתו וגנו בבי כנישתא והאלפס גרס לאפוקי אורחים דאכלו ושתו ולא גרס וגנו יע"ש [ולדברי האלפסי יש לתרץ קושיות התוס' שם מה שהקשו הא אין אוכלין ואין שותין בבהכ"נ אך לפי גירסת הרי"ף ניחא משום דהא התוס' כתבו שם דסעודת מצוה היו אוכלין בבהכ"נ כמו קידוש החודש וכה"ג א"כ י"ל דסעודת שבת הוי ג"כ בכלל סעודת מצוה דמותר לאכול בבהכ"נ:

וי"ל דהך ואכלי ושתו מיירי רק באכילת שבת דאכלו האורחים בבהכ"נ ועיין בהר"נ שם ועיקר קושיות התוס' יהי' מן הא דאמרו דגנו בבי כנישתא דהא אין ישינים שם אבל לגירסת הרי"ף ניחא משום דלא גריס וגנו ויהי' איך שיהי' דלגירסת התוס' י"ל בפשט הסוגי' דהא דאמרו שם דשתו וגנו הוא לאו דוקא דהא לא הי' צ"ל רק דאכלי לבד אבל לגירסת הרי"ף מדוקדק לשון הש"ס די"ל דלכן נקטי ושתו לאשמעינן דאף אותן שלא יאכלו רק ישתו ג"כ יהי' יוצאין משום קידוש במקום סעודה ולפ"ז י"ל דהרי"ף הוכיח מגירסתו דאף ביין יוצא משום סעודה דקידוש:

וי"ל דהרי"ף אזיל לטעמי' ופסק דאם נמשך סטודתו עד הלילה מברך בהמ"ז ומקדש משום דלא יצטרך לאכול יותר כנ"ל ונתבאר דלאו כ"ע מודו בזה ולכן לכתחלה יחוש להחמיר לאכול תיכף לחם אחר הקידוש של לילה אכן בקידוש היום יש להקל ולסמוך על מיני תרגימא או כוס יין שני:

וכמש"כ השו"ע ויש לנו לצרף לסניף שיטת הראב"ד דמיקל בקידוש היום כנ"ל ובעת הדחק בקידוש היום באכילת פירות וכן בשתיית שכר כנ"ל:

סימן יג

נשאלתי ע"ד איש א' ויר"א הרוצה לעשות מסחרו במשא ומתן ע"י איש א' יהודי והאיש הזה הוא חשוד לעשות עסק מסחרו גם ביום השבת והנותן המעות מצווהו שלא יעשה העסק ביום השבת אם מותר לעשות כן או לחוש משום לפ"ע כיון דנחשד על חילול שבת א"כ יש לחוש שיעשה מסחרו גם ביום השבת והאריך כת"ר בזה וביקש ממני להגיד דעתי בזה:

א

תשובה בעז"ה בקצרה והוא כי הט"ז ביו"ד סי' קנ"א ס"ק א' כתב דהיכא דהוי הדבר מסופק אם לאיסור או שקנאו לדבר היתר אזלינן לקולא וכן אמרינן לקמן במכירת בהמה גסה בטור עכ"ל הט"ז. ובעיקר דברי הט"ז בראייתו יש להעיר דהא לדינא קיי"ל כשיטת רב האי דהובא ברא"ש לע"ג פ"א סי' ט"ז דס"ל דדוקא בידוע דקונה לשחיטה מותר למכור לו אבל היכא דהוי בספק אם לשחיטה או לא אסור למכור לו וכן פסקו בשו"ע סי' קנ"א סעי' ד' ואפשר לומר דכוונת הט"ז הוא דהא חזינן שיטת כמה פוסקים דס"ל להתיר אף בספק לשחיטה ואף לשיטת רב האי הנ"ל וכדקיי"ל עכ"ז יש לחלק דשאני בספק לשחיטה דיש שם הרוב דרובא לרדיא זבני כמבואר בב"ב (דף צ"ב) ובתוס' ע"ז (דף ט"ו ע"א) ד"ה אימור לשחיטה זבנה כו' ע"ש ע"כ החמירו שם. אבל היכא דליכא רובא אז אין לנו לחוש ולהחמיר מספיקא דאפושי פלוגתא לא מפשינן ולזה נתכוין הט"ז במה שכתב וכן אמרינן לקמן במכירת בהמה גסה בטור משום דהטור הביא שם שיטת רש"י דס"ל דבטהורין אנו תולין דקנאו לשחיטה ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת וי"ל דכ"ע ס"ל בנ"ד להקל וכמש"כ ולכאורה יש להעיר בהך דקידושין (דף ל"ב ע"א) דאמרו ודילמא רתח ועבר על לפ"ע כו'. הרי דאף על ספק לפ"ע מוזהר ואפשר דשא"ה דהוי קרוב לוודאי דיהי' רתח והך ודילמא הוא כעין המבואר בגיטין (דף מ') תוס' ד"ה חיישינן שמא כו' וקצרתי:

ב

אך עיקר ראיית הט"ז אין זה ראי' מוכרחת דשא"ה במכירת בהמה גסה דעיקרו אינו רק איסור דרבנן ע"כ י"ל דלכן אמרו שם דהיכא דאיכא למתלי בהיתירא תלינן משום דבדרבנן אזלינן לקולא ואכתי מנלן לדון כן בדאורייתא בחשש לפני עור דתלינן מספק בהיתירא. דמנלן להקל כן בדאוריי' אכן יש להביא ראי' מורווחת לדברי הט"ז דאף בדאורייתא ג"כ תלינן היכא דמצינן למתלי מהא דשביעית פ"ה משנה ח' דב"ה מתירין למכור פרה חורשת בשביעית דתלינן שקנאה לשחיטה ומבואר בירושלמי שם דאם במכרה לטבח אף ב"ש מודו כו' ואם במכרה לאריס ד"ה לחרישה והכא מיירינן במכרה

לסרסור והובא בהרא"ש לע"ז פ"א סי' ט"ז ומוכיח משם דלא כהרמב"ן ע"ש הרי להדי' דאף בחשש לפ"ע דאורייתא ג"כ תלינן בהיתירא ואף דיש שם רובא לרדיא המנגדתו עכ"ז תלינן בהיתירא ועיין בתוס' סנהדרין (דף ג' ע"ב) ד"ה דיני ממונות כו' שכתבו דהך רובא לרדיא זבני לא הוי רובא אלימתא וקצרתי ועיין בפנ"י ח"א ח' יו"ד סי' ג' שכתב דחשש לפ"ע בא"י אינו רק מדרבנן ולפ"ז יש לדון בעיקר דברי הט"ז דכתב דתלינן להיתירא דאינו מוכרח משם רק בחשש לפ"ע התם בא"י דאינו רק מדרבנן ואכתי מנלן להקל בחשש לפ"ע בישראל חשוד. אבל מהך דשביעית דב"ה מתירין למכור פרה חורשת בשביעית אף למי שנחשד על שביעית מוכח משם דאף בישראל חשוד ג"כ היכא דאיכא למתלי להיתירא תלינן וכדברי הט"ז אף במידי דאורייתא ג"כ תלינן וגם עיקר דברי הפני יהושע הנ"ל אין זה מוכרח וקצרתי:

ג

ומנדרים (דף ס"ב ע"ב) מוכח לכאורה דלא כדברי הט"ז דהא אמרו שם גבי ה"ל אבא זבני' לבי נורא הא איכא לפ"ע כו' וא"ל רוב עצים להסקה ומשמע דאלולי לא הי' הרוב דמסייע להיתירא הי' לנו לחוש מספיקא לחשש לפ"ע אך י"ל דשא"ה דכיון דזבני' לבי נורא א"כ לולי הרוב דלהסקה הי' לנו הוכחה להיפך דקנו לאיסורא ע"כ כיון דיש לנו הרוב דלהסקה. א"כ יש לנו הוכחה להיתירא הסותרת ע"כ ממילא יש לנו להתיר גם מספיקא וכן נראה מלשון הרא"ש בנדרים ובתוס' ובשמ"ק שם דאף היכא דליכא רובא ג"כ תלינן מספיקא להיתירא ע"ש ולפ"ז בנ"ד יש לדון להיתירא ולתלות דלא יעשה העסק ביום השבת רק בימות החול משום דאי איכא למתלי תלינן להיתירא אכן זה אינו דהא מבואר בע"ז (דף ט"ו ע"ב) תוס' ד"ה רהיט בתרי כו' שכתבו דאע"ג דלעיל תלינן אימור לשחיטה זבני' הכא לא תלינן דלישראל מזבן לה שכך ימכור לזה כמו לזה וכוונתם הוא ע"פ דברי הריטב"א בחידושיו לע"ז שם בד"ה לנכרי מזבין כו' שכתב דלכן תלינן לעיל דקנאו לשחיטה דכיון דאפשר דאית לי' הנאה בשחיטה טפי ע"כ תלינן בזה משא"כ הכא דלא שני לי' בין ישראל לא"י אמאי מזבין לה לישראל טפי מא"י כיון דלית לי' הנאה במילתא כו' עכ"ל וכ"כ הר"נ שם לחלק דכי תלינן הני מילי במידי דאפשר שבשעת המקח הוברר הדבר דלהיתירא בעי' לי' ומקפיד בכך כגון הרוצה בהמה לשחיטה כו' אבל ישראל חשוד שאין לו קפידא בין ישראל לא"י כה"ג לא תלינן עכ"ל הר"נ וי"ל דלזה נתכוונו התוס' אף דקיצרו בזה ועוד י"ל בכוונתם ועת לקצר ולפ"ז בנ"ד כיון שהוא חשוד על ח"ש עדיין יש לחוש שמא יעשה עסק המסחור גם בשבת דהא לא שייך בזה לומר דהוברר הדבר בעת ההיא. דהא עיקר סברת הריטב"א והר"נ הוא דבמה דהוי ספק באותו

הזמן איך הוא בדעתו בזה יש למתלי להיתירא אבל במה דיש להסתפק במידי דלהבא בזה לא תלינן משום דעל להבא יש לחוש טפי א"כ ה"ה בנ"ד דהוי עיקר הספק על ימים הבאים אם יעשה העסק גם ביום השבת או לא. א"כ הוי הספק במידי דלהבא כיון דאין מקפיד בזה ע"כ עדיין יש לחוש ולהחמיר בנ"ד:

ד

אכן יש לדון להיתירא בנ"ד ע"פ סברת התב"ש ביו"ד סי' ט"ז ס"ק ט"ז שכתב לדון בספק אם נשחט האם ביום זה הולכין אחר רוב הימים וכיוצא בזה בנדה (דף נ"ז) ע"ש וה"ה הכא דהוי הספק אם יעשה העסק ביום השבת או לא דיש לנו למיזל בתר רוב הימים דהם ימות החול דרבו על יום השבת וע"כ לא ניחוש דיעשה ביום השבת כן הי' מקום לדון אבל באמת זה אינו משום דיש לחלק דשאני נידון התבואות שור דהתם אם ניתלי לומר דעשה כן בשאר הימים דהם הרוב ע"כ ממילא אין לנו מקום לחוש יותר משא"כ בנ"ד דאף דנימא דעשה עסקיו בימות החול דהם הרוב מ"מ יש לחוש דיעשה גם ביום השבת דהא אף דיעשה מלאכתו בימי החול מ"מ יכול לעשות מלאכתו גם ביום השבת דהא כל יום ויום ראוי לזה ע"כ אין זה היתר מועיל בנ"ד כלל:

ה

שוב ראיתי לדון בנ"ד להיתירא ע"פ מה דראיתי בשו"ת חתם סופר חלק ששי סי' פ"ג שכתב דאף מי שהוא חשוד לחלל שבת נהי שהוא מומר לכל התורה מ"מ אינו חשוד לכל התורה ע"ש. ע"כ יש לדון בנ"ד שמתנה עמו בפי' שמצווהו שלא יעשה מלאכתו ביום השבת ואם יעשה ביום השבת לא יטול שכרו ממלאכתו ביום השבת וע"כ כשיעשה גם ביום השבת א"כ אינו רשאי ליטול שכרו בעד אותו היום ואם יעלים זה מן הבעה"ב דינו כגזלן וכיון דמי שנחשד על חילול שבת לא נחשד על איסור גזל ע"כ לא חיישינן שיעשה עסקו גם ביום השבת דהא אם יעשה ביום השבת אינו רשאי ליטול שכרו רק ע"י איסור גזל וכיון דאינו נחשד על איסור גזל ע"כ ממילא לא חיישינן שיעשה מלאכתו בשבת כיון דלית ליה הנאה מיני' רק ע"י איסור גזל ולא נחשד ע"ז ע"כ הוי זה היתר מספיק בנ"ד כשיתנה עמו שלא יטול שכרו בעד מלאכתו ביום השבת וע"ד האוסשטעלונג דעתי ג"כ שיתנה הנותן הסחורה עם המקבל שלא יעשה עסקיו הנחוצים לעסק זה ביום השבת ואם יעשה לא יטול שכרו ע"כ שפיר יש לדון ג"כ היתר זה:

סימן יד

א

מה שהשבתי לרב גדול א' דרצה לדון בדברי המג"א סי' רנ"ב ס"ק י"ג שכתב דאם הא"י החליקו בשבת שרי דהי' יכול ללובשו בלא"ה וע"ז העיר כת"ר דזה תלוי בפלוגתת הר"ת

והר"י בשבת (דף קכ"ב) תוס' ד"ה משקה אחריו כו' והובא פלוגתא זו בסי' שכ"ה סעי' יו"ד:

ולהר"י דס"ל דאף דהי' יכול לילך שם ולשתות וכמו כן בעשבים שהי' יכול לעמוד בהמתו ע"ג העשבים אפ"ה ס"ל דאסור וה"ה בנ"ד כן רצה כת"ר לומר:

ב

אבל באמת אין זה דומה כלל דז"ל הר"נ בפ' כל כתבי בסוף בד"ה הילכך משמע דמתני' דנקט בהמתו כו' דהא מ"מ אהנו לי' מעשיו שע"י מלאכתו של א"י הי' יכול לשתות במקום זה עכ"ל א"כ עיקר סברת הר"י דמחמיר שם לפי שלא הי' יכול ליהנות מהענין במקום הזה בלתי עשיית הא"י אבל בנידון המג"א דהי' יכול לילך בהמנעל במקום זה שהוא אף אם לא הי' כלל מחליקו הא"י ע"כ כ"ע מודו להקל דהא אין בזה שינוי מקום כלל וגם שם הי' צריך עכ"פ לעשות מעשה בקום ועשה כגון לילך לבית הא"י ולשתות או להעמיד בהמתו ע"ג עשבים וכה"ג ע"כ אהנו לי' מעשה הא"י דא"צ עכ"פ לעשות איזה מעשה בקום ועשה ע"כ אסרו משא"כ בנ"ד דלא הי' צריך כלל לעשות איזה מעשה כלל דהי' יכול לילך בהמנעל אף אם לא הי' מחליקו ע"כ לכ"ע מותר בנ"ד ולכן אף אם הי' ממרח הא"י בשוואקס דזהו ממרח גמור מ"מ מותר לכ"ע. וגם הא בעיקר פלוגתת הר"ת והר"י יש להקל מצד דהוי פלוגתא בדרבנן ולא הוי כמו ספיקא דרבנן בדשיל"מ דשאני ספיקא דדינא כמש"כ הפר"ח והש"א בסי' צ' ורע"א בתשובה סי' ס"ה ועיין במג"א סי' שנ"ה ס"ק כ"ה וגם הא אינו יכול הא"י לאסור עליו חפץ שאינו שלו אם לא הי' עושה זה ברשות הבעה"ב אך אף אם הי' עושה זה ברשות הבעה"ב ג"כ אין להחמיר:

ג

ומה דהקשה כת"ר בהך דנדרים (דף י"ד ע"ב) דנודר בתורה לא אמר כלום ופי' הראב"ד הובא בר"נ שם דבנודר ממש קאמר דלא אמר כלום משום דדעתיה אגוילים. וקשה לשיטת הראב"ד גופ' דסתם כהרמב"ם דבעי עיבוד לשמה א"כ הוי הגוילים ג"כ דבר הנדור עכ"ל כת"ר עוד הקשה דהא זה מוכח מירושלמי כמש"כ הראב"ד שם א"כ תקשה על הפוסקים דס"ל דבעי עיבוד לשמה מירושלמי דס"ל דגוילים לא הוי דבר הקדוש. אך בזה י"ל דהא הך דינא דקלף המעובד לשם תפילין דאסור לכתוב עליו חול דהזמנה לגוף קדושה מילתא היא כדאי' באו"ח סי' מ"ב זהו משום דיליף בזה מעגלה ערופה דירידתה לנחל איתן אוסרתה כמש"כ הרמב"ם. אבל לריו"ח דס"ל עריפתה אוסרתה בחולין (דף פ"ב) א"כ לדידי' אינו מוכח כלל דבגוף הקדושה הזמנה מילתא היא וזה ידוע דסתם ירושלמי ריו"ח כמבואר לכן ס"ל הירושלמי דגוילים אין בהם קדושה כלל דאף דבעי עיבוד לשמה עכ"ז לאו מילתא היא ומותר לשנותה לכתוב עליו חול כן י"ל לכאורה

אבל לשיטת הראב"ד דסתם כהרמב"ם דירידתה לנחל איתן אוסרתה וס"ל דבעי עיבוד לשמה קשה אך י"ל דבלא"ה יש להקשות דאף דנימא דלא בעי עיבוד לשמה עכ"ז הא מיד שהתחיל לכתוב בנעשה מעשה הכתיבה ובפרט כשגמר כתיבתו דוודאי גם הגוילים נתקדשו אז בקדושת ס"ת א"כ קשה דהא זה הוי דבר הנדור:

ד

וע"כ מוכח מזה דהגוילים אינם קדושים רק כשיש הכתב עליהם ואי אזיל הכתב אזיל קדושתו כדאי' בשבת (דף קט"ז) א"כ לא הוי דבר הנדור וכמש"כ השואל בנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' קע"ג דרצה השואל לומר דס"ת שנמחק מותר לכתוב על יריעות שנמחקו מגילת אסתר. ואף שהנו"ב שם כתב דהא דשבת אינו רק להצלה אבל לא לגוף קדושתו דקדושתו הוי לעולם אף שנמחק עכ"ז מוכח וודאי מהא דנדרים הנ"ל להך שיטה דס"ל דנודר בתורה מיירי בנדר וע"כ מוכח דהגוילים לא הוי עלייהו קדושה עולמית דאל"כ תקשה כנ"ל. ות"ל שמצאתי זה בחידושי רשב"א לנדרים בסוגיא זו דנודר בתורה שהקשה להך שיטה ג"כ דמיד שכתב נעשו הגוילים קדוש ותי' מהא דשבת הנ"ל א"כ מוכח בעז"ה מרשב"א דס"ל כסברת השואל בנו"ב הנ"ל דהך דשבת דאי אזיל הכתב אזיל קדושתו מיירי לכל מילי ולא דוקא להצלה כמש"כ הנו"ב דאל"כ תקשה קושיות הרשב"א הנ"ל דהא הוי דבר הקדוש דאין לכתוב עליו שום דבר רק ס"ת ות"ל ע"ז וזהו ראי' להשואל הנ"ל:

ה

ועכשיו שזכינו לרשב"א הנ"ל שכתב להך שיטה דנודר בתורה מיירי בנדר דמוכח דס"ל דהגלין אינו קדוש רק כשכתב קיים אבל כשהכתב אזיל אזיל קדושתו א"כ י"ל דאף דבעי עיבוד לשמה עכ"ז לא מקרי הגויל גוף קדושה דנימא בי' הזמנה מילתא היא כמש"כ באו"ח שם דהא להך שיטה הנ"ל מוכח דהגויל אינו קדוש לעולם רק כשהכתב עליו א"כ לא מקרי רק משמשין להכתב וכשיטת הרמב"ן בסוכה המובא במגן אברהם באו"ח שם בסי' מ"ב ס"ק וא"ו דכתב להוכיח ג"כ מהא דשבת הנ"ל דאזיל כתב אזיל קדושתו דע"כ לא דמי לע"ע כו':

והכוונה כנ"ל דהקלף לא הוי בי' גוף קדושה כנ"ל. א"כ ע"כ לא הוי דבר הנדור ולא הוי בי' הזמנה מילתא כלל ובאמת מהרשב"א והרמב"ן הנ"ל מוכח דס"ל דהא דשבת דאזיל כתב אזיל קדושתו מיירי לכל מילי ולא דוקא להצלה כמש"כ הנו"ב הנ"ל אלא כסברת השואל בנו"ב שם ואפשר שסברת הפוסקים שם דס"ל דקלף מקרי בי' גוף קדושה ס"ל כסברת הנו"ב הנ"ל דלא מיירי הך דשבת רק להצלה ובכל מילי הוי בי' גוף קדושה לעולם ועכ"פ לשיטת הראב"ד דחזינן דהרשב"א ס"ל להך שיטה זו דאי אזיל הכתב

אזיל קדושתו כנ"ל א"כ מוכח דס"ל כשיטת הרמב"ן הנ"ל במלחמות בסוכה כנ"ל וע"כ מותר לשנותה לחול וניחא קושיא הנ"ל וראיתי במשכנות יעקב באו"ח סי' מ"ה שהקשה מסוגיא זו על השיטה דס"ל דבעי כוונה לכתיבת ס"ת א"כ מפני מה אמרו בהך דנדרים (דף י"ד) דדעתו על האזכרות דוקא יעו"ש:

ומצאתי שהרשב"א הקשה כן בסוגיא הנ"ל ותירץ זה:. והדברים ארוכין ומחמת שהמוכ"ז נחוץ לדרכו ע"כ קצרתי:

סימן טו

בקונטרס הלז יבואר אי שבת הותרה בק"צ או דחוי':

ביאור במה שכתבתי בספרי באר יצחק סי' י"ד ענף ג' להקשות בקרבנות צבור דדחי שבת הא כיון דקרבנות שבת לא הותרה רק דחוי' שבת אצל קרבנות א"כ אמאי לא ישחוט ע"י שנים כדי להקל האיסור:

והארכתי שם בכ"ז:

ענף א

א

ולכאורה יש לתמוה ע"ז דהא ביומא (דף מ"ו ע"ב) אי' שבת דהותרה בציבור סופו נמי דחי טומאה דדחויי' היא בציבור כו', א"כ מבואר להדיא דשבת הותרה בציבור א"כ נסתר כל מש"כ וע"ז באתי לברר בעז"ה כי שפיר כתבתי והוא כי אף לפי מה דמוכח מסוגיא דיומא הנ"ל דשבת הותרה בציבור מ"מ שפיר כתבתי להקשות כן דהא מבואר ביומא (דף ו') בתוס' ד"ה א' רב תחליפא וכו' שכתבו התוס' לחלק דטומאה הותרה בציבור אין זה אלא בקרבן ציבור גמור אבל פסח נהי דכיון דאתי בכנופיא חשוב כקרבן ציבור ודוחה שבת וטומאה מ"מ כיון דלאו כל ישראל מייתי חד פסח בשותפות מהדרינן אטהורים אף למ"ד טומאה הותרה בציבור וכן משמע לקמן באילו של אהרן כו' עכ"ל התוס'. א"כ חזינן להדיא דאף למ"ד טומאה הותרה בציבור מ"מ בפסח וכה"ג לא הותרה כיון דלאו קרבן ציבור גמור הוי ומהדרינן אטהורים. א"כ ה"ה גבי שבת אף דנימא דהותרה בציבור מ"מ פסח כיון דלאו קרבן ציבור גמור הוי לא הותרה רק דחויי' כמו למ"ד טומאה הותרה בציבור דמ"מ בפסח אינו רק דחויי' וכמש"כ התוס' בזה"ל פסח נהי דאתי בכנופיא חשוב כקרבן ציבור ודוחה שבת וטומאה מ"מ כיון כו' אלמא דגם לדחות שבת אינו חשוב כקרבן ציבור גמור אלא כקרבן ציבור ומה"ט אמרו שם בזבחים (דף ל"ב) גבי טומאה דחויי' די"ל להא אדחאי ולהא לא אדחאי וכמש"כ התוס' שם. ע"כ שפיר הקשיתי על קרבנות ציבור דפסח וכה"ג דאמאי לא יהדרו לעשות ע"י שנים

דהא בזה לא הותרה רק דחויי' ואף לפמש"כ התוס' ביומא (דף ז' ע"א) ד"ה כיון דיחיד הוא מהדרינן כו' דאין זה רק מדרבנן דגזרו היכא דהוי קרבן יחיד דיהדרו אטהורין ע"ש מ"מ תקשה עדיין דיעשו בשבת ע"י שנים לאחר דתקנו רבנן בזה דאין דינו כקרבן צבור דמהדרינן אטהורים א"כ ה"ה בשבת דמ"ש הא טומאה ג"כ הותרה בק"צ גמור ואפ"ה תקנו רבנן ליהדר אחר היתר. א"כ ה"ה בשבת דמ"ש מטומאה דהא בשניהם הותרה בק' גמור וכ"ז כתבתי לפרש דברי דיהי' אתי שפיר אף לפי מה דמוכח לכאורה ביומא הנ"ל דשבת הותרה בציבור כנ"ל:

ב

אך בעיקר הענין אי יש לחלק, בין שבת לטומאה נלע"ד דע"כ מוכח דשבת לא הותרה בציבור רק דחויי' וכמו דקיי"ל בטומאה דרק דחויי' וכמו שכתב הרמב"ם פ"ב ה' שבת ה"א בזה"ל דחויי' היא שבת אצל סכנות נפשות כו' וכתב הכ"מ שם דכמו דקיי"ל בטומאה דדחויי' אצל ציבור ולא קיי"ל כמ"ד הותרה דה"ה בחולה דרק דחויי' וכ"כ הרשב"א והר"ן עכ"ל הכ"מ ועיין ברא"ש יומא פ"ח סי' י"ד ובק"נ שם מזה ובמג"א סי' שכ"ח ס"ק ט' ג"כ מזה אבל רבו הם הסוברים דשבת דחויי' אצל חולי כמו שראיתי בתשובת הרשב"א סי' תרפ"ט ובר"ן פ"ב דביצה וכמש"כ הרמב"ם והכ"מ הנ"ל ומה"ט קיי"ל בחולה דמאכילין הקל קל תחילה. וכן אי' בירושלמי עירובין (פ' יו"ד ה"ב) גבי תינוק של סכנה דאם יכול להביאו דרך היתר אין מחללין שבת עבורו יעו"ש:

ואי נימא דשבת הותרה לענין עבודת ציבור א"כ ה"ה די"ל כן גבי חולה דהותרה שבת גבי' ואיך דימו זה לטומאה הא י"ל כיון דיש לו סכנת נפש דחמיר יש לדמותו לעבודת ציבור דהותרה שבת גבי' דהא ביומא (דף פ"ה ע"ב) אמרו לדון בקו"ח מן עבודה דוחה שבת כש"כ פקוח נפש דוחה השבת:

א"כ ה"ה יש למילף עפ"י הך קו"ח דאם בעבודה דוחה שבת אמרו דהותרה שבת. אצל חולי לא כש"כ [ועיין שם בגמ' דאמרו אשכחן ודאי ספק מנלן אבל בוודאי שפיר י"ל כן יע"ש וקצרתי בכ"ז]. ומדכתבו רוב הראשונים דשבת דחויי' אצל חולה אף בוודאי סכנת נפשות א"כ מוכח מזה דס"ל דשבת לא הותרה בציבור רק דחויי' וכמו בטומאה ולא לחלק ביניהם ועוד דהא הוכחתי בספרי באר יצחק שם דמילה דחויי' בשבת ולא הותרה וכמש"כ התוס' להדיא בשבת (דף ק"ל ע"ב) ד"ה שלא ברצון כו' וכ"כ השאגת ארי' בסי' נ"ט:

אך לא הביא לדברי התוס' הנ"ל שכבר הקדימוהו גם בראייתו מהא דשבת (דף קל"ג) דאי איכא אחר ליעבד אחר ע"ש דכתבו כבר התוס' שם לראי' זו א"כ מ"ש מילה דילפינן מקרא דדוחה שבת ומ"מ אינו רק דחויי' ולא הותרה א"כ מ"ש פסח ושארי קרבנות:

ג

ואין לומר דפסח קדוש טפי מן מילה ע"כ גבי פסח הותרה שבת ולא גבי מילה. כי לבד דאין סברא לחלק בסברת עצמינו בזה. הא מצינו בזבחים (דף צ"א) אוציא את הפסח שאין חייב חטאת על שוגג לפי שאינו תדיר ולא אוציא את המילה שהיא תדירה ת"ל אשר לא תעשנה אלמא דיש סברא לומר דמילה יש לה מעלה יתירה מן פסח ואפ"ה אמרו במילה דאינו רק דחויי' ולא הותרה. א"כ ה"ה פסח בשבת דלא הותרה רק דחויי' ומ"ש הא בשניהם יליף מקראי דדחי שבת וכיון דלא הותרה שבת גבי מילה א"כ ה"ה פסח ושארי קרבנות ועוד דהא השער המלך ה' עו"ג פ' י"ב הביא בשם החכם מוהר"י אשכנזי שכתב להוכיח דמילה דחויי' בשבת ולא הותרה מהא דריש יבמות (דף ה') דאמרו נילף ממילה דעשה דחי ל"ת של כרת ופריך מה למילה שכן נכרתו עליו י"ג בריתות ואם אי' דמילה הותרה בשבת ולא משום דחיות עשה לל"ת מאי קאמר נילף ממילה הא מילה לאו משום דחיות עשה לל"ת הוי אלא משום דהותרה שבת במילה כו' עכ"ל. ולפ"ז מוכח ג"כ בשבת דלא הותרה בק"צ רק דחויי' מצד דחיות עשה לל"ת ועשה דאל"כ תקשה מאי קאמרי התם נילף מתמיד דעשה דחי ל"ת שיש בו כרת הא תמיד לאו משום דחיות עשה לל"ת אלא מצד דהותרה ובע"כ מוכח דשבת לא הותרה גבי קרבנות רק דחויי' וכעין הוכחת שער המלך הנ"ל גבי מילה:

ד

וכן מוכח מן התוס' יבמות (דף ו') ד"ה טעמא דכתב רחמנא כו' שהקשו בסה"ד למאי דרצו למילף מן כיבוד או"א דבכל מקום אתי עשה ודחי ל"ת א"כ למה איצטריך קרא בתמיד ופסח דדחי שבת כו' ואי נימא דשבת הותרה בק"צ א"כ הא איצטריך קרא להורות דשבת הותרה בק"צ ונפ"מ להא דסוף פ"ד דיומא דאי שבת הותרה בק"צ א"כ אף סופו נמי דחי וכן י"ל נפ"מ אחריתי בזה ובע"כ מוכח מכל הנ"ל דשבת לא הותרה רק מצד דחיות עשה לל"ת אתינן עלה ואף דבכ"מ אין עשה דוחה לל"ת ועשה וכן אינו דוחה ל"ת שבכרת מ"מ הכא דוחה מצד שצרכי גבוה הוי וישנם לפני הדיבור והוי בכרת כדאמרו בריש יבמות. וכן מצינו במילה בצרעת דדחי לל"ת ועשה משום שנכרתו עליו י"ג בריתות וכמש"כ התוס' בשבת (דף קל"ב ע"ב) ד"ה האי עשה ול"ת כו' ואפ"ה לא הותרה רק דחויי' כמבואר שם דאי איכא אחר ליעבד אחר כדא' ר"ל כ"מ שאתה יכול לקיים שתיהן כו' וכמו שהוכיחו התוס' בשבת (דף ק"ל) מזה דמילה בשבת לא הותרה רק דחויי' אלמא

דלא אמרינן כיון דמצד הדין לא מצי עשה לדחות ל"ת ועשה. ע"כ היכא דמצינו דגזרה תורה דיהא דוחה לל"ת ועשה מסתמא התירה התורה זה ולא בתורת דחיי'. דהא ז"א מדחזינן במילה בצרעת דאף דדחי עשה לל"ת ועשה מ"מ אין זה רק בגדר דחיי' כמבואר להדיא בש"ס דהש"ס מדמה זה לכל עשה דוחה ל"ת דאינו רק בתורת דחיי' א"כ מ"ש שבת בציבור הא בכולם ילפינן מקראי:

ה

ובמנחות (דף נון ע"ב) בתוס' ד"ה תעשה אפי' בשבת וטומאה כו' וכתב הצאן קדשים שם דאי כתיב חד קרא לא הוי ידענא אלא למדחי טומאה דהותרה בציבור אבל גבי שבת דאינו רק דחויי' לא הוי ידענא. ע"ש בצ"ק ובעיקר דברי הצ"ק הנ"ל יש לפלפל הרבה ולהאריך בכוונת התוס' הנ"ל אך אכמ"ל ועיין בברכת הזבח שם. עכ"פ חזינן דהצ"ק ס"ל דאף למ"ד טומאה הותרה בציבור מ"מ שבת אינו רק דחויי' א"כ כש"כ למאן דס"ל דטומאה דחויי' כש"כ דשבת אינו רק דחויי' [אך במש"כ הצ"ק דאף למ"ד טומאה הותרה מ"מ שבת אינו רק דחויי':

זה נסתר ע"פ דברי הרשב"א סי' תרפ"ט שכתב דהא דשבת דחויי' אצל חולה תלוי בפלוגתת אי טומאה דחויי' וכ"כ הכ"מ בפ"ב דשבת וכנ"ל]. וכן מוכח ממש"כ התוס' מנחות הנ"ל שכתבו דמחד תעשה ילפינן אף בשבת ואף בטומאה משום דהי מינייהו מפקת דשקולים הם טומאה ושבת אלמא דס"ל להתוס' להדיא דשקולין הן טומאה ושבת ואי נימא דשבת הותרה בציבור אף למ"ד טומאה דחויי' א"כ איך קאמרי התוס' דשקולין הן הא באמת מחלקינן ביניהם וע"כ מוכח מזה דבאמת שוין המה טומאה ושבת וכמש"כ הרשב"א והכ"מ גבי חולה כנ"ל:

ו

וכן מצאתי להראב"ד בפי' לפ"א דתמיד וז"ל דלכאורה קשה מ"ש דאמרינן בבגדי כהונה הואיל ואישתרי בעידן עבודה אישתרי ג"כ שלא בעידן עבודה א"כ נימא הואיל ואישתרי מלאכת יו"ט בתמידין ומוספין אישתרי ג"כ בנדרים ונדבות ותירץ דלא אמרינן הואיל ואישתרי רק בכלאים בעבודה דהותרה לגמרי משא"כ הני דמתורת דחיי' עשה לל"ת אתינן עלה ועיין בזבחים (דף ל"ב) דאמרינן הואיל ואידחי אידחי לא אמרינן עכ"ל הראב"ד וקצת דברי הראב"ד הנ"ל הובא בשאגת אריה סי' למד וכן הובאו דברי הראב"ד הנ"ל בנחלת יעקב שחיבר הגאון מליסא זצ"ל על ביצה (דף י"ב) בהג"ה שם אלמא להדיא דס"ל להראב"ד ז"ל דק"צ לא הותרה לגמרי בשבת רק בתורת דחויי' עשה לל"ת אתינן עלה וכן מבואר בתוס' ברכות (דף כ' ע"א) ד"ה שב וא"ת כו' שהקשו על רש"י דהא גבי מילה ופסח ותמיד דדחי שבת כדאמרו באלו דברים (דף ס"ט) אלמא דמקרי שפיר דחיי'

עכ"ל. הרי להדיא דס"ל להתוס' דכיון דאמרו בגמרא דתמיד ופסח דחי שבת ולא אמרו דהותרה שבת גבייהו דס"ל להתוס' להוכיח מזה דכל הנך לא הותרה שבת גבייהו אלא דנדחה שבת גבייהו וכמו בהא דעשה דחי לל"ת:

ענף ב

ז

ובשבת (דף קל"ב ע"ב) א"ל רב ספרא לרבא ממאי דשבת חמירא דלמא צרעת חמירא שכן דוחה העבודה ועבודה דוחה שבת כו' אלא אמר רב אשי היכא אמרינן דאתי עשה ודחי ל"ת כגון מילה בצרעת כו' הכא בעידנא דמיעקר לאו לא מקיים עשה. ורב אשי קאי לתרץ דברי רבא דאמר שבת חמירא מן צרעת ואי נימא דעבודה הותרה בשבת א"כ כש"כ צרעת דקילא מן שבת וודאי דהותרה בעבודה ולא בתורת דחיי'. א"כ קשה מאי קאמר רב אשי ע"ז דלכן צרעת אין דוחה עבודה אף היכא דלא שייך גברא לא חזי משום דאימור אמרי עשה דחי ל"ת כו' דבעידנא דמתעקר לאו קא מקיים לעשה כו' דהא לפי סברת רבא דצרעת קילא מן שבת. א"כ הותרה צרעת בעבודה מקו"ח מן שבת דהותרה בעבודה א"כ אין זה בגדר עשה דוחה ל"ת וי"ל דדוקא בעשה דוחה ל"ת דאין זה בתורת הותרה רק בגדר דחיי' כדא' ר"ל דכ"מ שאתה יכול לקיים שתיהן כו'. ע"כ בעינן בזה בעידנא דוקא מה שאין כן היכא דהותרה אז מותר אף היכא דלא שייך בעידנא כו'. וכמו שכתב השאגת אריה בסי' כ"ט להוכיח דכלאים בבגדי כהונה אישתרי מצד היתר ולכן אף שלא בעידן עבודה הותרה דאי נימא דהותרה מצד דחיות עשה לל"ת א"כ היכי שרי ללבוש הא בעידנא דלובש לא מקיים לעשה אז אע"כ מוכח דמצד היתר אתינן עלה עכ"ל הש"א:

א"כ ה"ה בצרעת בעבודה דאי נימא דהותרה לא שייך לומר בפשיטות ולדמותו לעשה דחי ל"ת דבעי בעידנא כו' דהא הכלל דבעידנא לא מצינו אלא היכא דדחויי' אבל היכא דהותרה לא מצינו לכלל זה ויש להאריך בזה עוד עכ"פ כיון דאמר רב אשי על צרעת דהיו ס"ד דנדחות מעבודה מקו"ח דשבת דנדחות מעבודה דזהו מצד אתי עשה ודחי ל"ת א"כ מוכח דס"ל להש"ס דשבת בסוגיא זו דגם שבת לא הותרה בעבודה אלא מצד אתי עשה ודחי ל"ת אתי עלה א"כ מבואר דגם שבת לא הותרה בעבודה אלא מצד דחיי' וממילא שייך בזה הכלל דא' ר"ל דכ"מ שאתה יכול לקיים שניהם בדרך היתר מקיימין ושפיר כתבתי בספרי:

ח

ולכאורה י"ל בהא דיומא (דף מ"ו) דס"ל לרב חסדא דשבת הותרה בציבור דבאמת רבא דפליג שם על ר"ח ביומא ולחד גי' שם גרסי רבא ולא רבה. ועיין ברמב"ם פ"א ה' תמידין

ה' ז' בכ"מ דמשמע דגרס רבא ולפ"ז י"ל בהא דשבת דרב אשי מהדר לתרץ לדברי רבא דא' מילה בזמנה דוחה ל"צ קרא כו' שפיר אמר לשיטתו בהלשון דזהו מצד דחיות עשה לל"ת אתי עלה ולא מצד הותרה דרבא לטעמי' וכיון דרב אשי בתראה ס"ל כן מסתמא הלכה כוותי' דעבודה דוחה שבת זהו רק בתורת דחויי' אבל באמת אין סברא לומר דזהו פלוגתת רבא ור"ח ביומא שם דהא עיקר טעמא דרבא דס"ל שם דוחה הטומאה ואין דוחה השבת זהו כדקאמר שם שבת דתחילתו לאו בר מידחה שבת סופו נמי לא דחי א"כ עיקר טעמו דכיון דעיקר הקרבן אינו דוחה שבת משום דזמנו הוא בע"ש א"כ לא יהיה הטפל חמור מהעיקר ולא נקרא זמנו קבוע בשבת אבל לולא זה לא מצינו דיהי' רבא פליג על ר"ח במה דס"ל דשבת הותרה בציבור ואין לנו לבדות פלוגתא מנפשינו בזה אך עכ"פ מסוגיות השבת במה דא' רב אשי כן מוכח דס"ל לרב אשי ולרבא דשבת לא הותרה בעבודה ולא ס"ל לסברת ר"ח דאמר ביומא דשבת הותרה בציבור:

ט

וכבר כתבתי בספרי שם להוכיח מהא דמנחות (דף ע"ב) בקצירת העומר דהקשו בגמ' בפשיטות דאי נקצר עומר מע"ש כשר אמאי דוחה שבת הא מצי לקוצרו מע"ש אלמא דלא הותרה רק דחויי'. ומזה הסוגיא מוכח ג"כ דלא ס"ל כר"ח דיומא ואין לומר דשאני בקצירת עומר דאמרו דה"ל לקוצרו מע"ש משום דדוקא במה שזמנו קבוע בשבת ולא מצי לעשותו מע"ש בזה הותרה שבת משא"כ במידי דמצי עביד בע"ש בזה לא הותרה שבת. דזה אינו דהא מצינו לר"ח ביומא שם גבי אברים שנתותרו מע"ש דגם לכתחילה מצוה להקטירם מע"ש אפ"ה ס"ל דמותר להקטיר בשבת מצד דהותרה שבת גבייהו א"כ כש"כ קצירת העומר דלכתחילה מצותו בלילה וכמש"כ התוס' בזבחים (דף ע"ב) ד"ה אמאי דחי שבת כו' ע"כ בוודאי מוכח דהש"ס דמנחות לא ס"ל כר"ח דיומא ובוודאי אין לחלק בין קצירת עומר לשארי ק"צ וכדמוכח ביומא (דף ז') דמדמה הגמ' מצות עומר לכל ק"צ דמקשה הש"ס שם מן הי' עומד ומקריב מנחת העומר ונטמאת בידו כו' על מאן דס"ל טומאה הותרה בציבור ובוודאי אין לחלק בין קצירה להקרבה בזה. וכן מוכח במנחות (דף ס"ג) דא' רבה ר' ישמעאל ור"י בנו של ריב"ב אמרו דבר אחד כו' דילמא עד כאן לא קאמר ר"י כו' ואי נימא דשאני פסח דהותרה שבת גבייהו מה שאין כן בקצירת העומר דדחויי'. א"כ הא יש לחלק בפשיטות דעד כאן לא קאמר ר"י הכא אלא בקצירת עומר דלא דחי שבת אלא בתורת דחויי' ע"כ הי' נקצרת העומר בשבת רק משלש סאין משא"כ בפסח דהותרה שבת גבי' י"ל דס"ל כרבנן דהי' מפשיט את כולו:

ומדלא חלקו כנ"ל מוכח דס"ל להש"ס דאין לחלק בין קצירת עומר לקרבנות וכן הסברא נותנת בפשיטות. ע"כ שפיר מוכח מהא דמנחות (ד' ע"ב) דלא ס"ל למאי דקאמר ר"ח ביומא דשבת הותרה בעבודה:

ו

ואחר כותבי כ"ז מצאתי וראיתי בספר התשב"ץ ח"ג סי' ל"ז דהעלה להוכיח מהא דיומא דשבת הותרה אצל חולי וה"ה לגבי מילה ע"ש אבל באמת כבר נתברר דשי' הרמב"ם והרשב"א והר"נ ושי' הראב"ד בפ"א לתמיד והתוס' ברכות (דף כ"א ע"א) ד"ה שב ואל תעשה כו' והתוס' ביבמות (דף ה') והכ"מ דס"ל דשבת דחויי בק"צ ולא הותרה וה"ה גבי מילה וכמש"כ התוס' שבת (דף ק"ל ע"ב) ד"ה שלא ברצון כו' ועיין בראש פ"ח דיומא סי' י"ד מש"כ שם בשם הראב"ד ושיטתו ואכמ"ל ובוודאי לא נעלם מכל הראשונים הנ"ל גמ' מפורשת דיומא (דף מ"ו) וע"כ מוכח דסמכו על מה דיש להוכיח משארי דוכתי דשבת לא הותרה רק דחויי' וכמש"כ לעיל להוכיח מן שבת (דף קל"ב) ומן יבמות (דף ה') וממנחות. (דף ע"ב) דלא ס"ל כשי' הש"ס דיומא (דף מ"ו) וע"כ יפה כתבתי בספרי באר יצחק סי' י"ד שם להעיר בק"צ דאמאי לא יהדרו אחר שנים בשחיטה וכה"ג ובירושלמי ע"ז פ"ב ה"ב הביאו בשם ת"כ פ' ויקרא דשבת הותרה מכללה אצל חולי. א"כ משמע מזה הלשון כשי' הרא"ש והתשב"ץ דשבת הותרה אצל חולי אבל באמת אין מזה ראי' כלל דהא סתם ספרא ר' יהודה ור' יהודה הא ס"ל ביומא (דף ז') וסנהדרין (דף י"ב) ופסחים (דף ע"ז) דטומאה הותרה בציבור וכבר כתב הרשב"א בתשובה והכ"מ דלמאן דס"ל טומאה הותרה בציבור דה"ה שבת הותרה בחולי ע"כ שפיר אמר ר"י בת"כ בלשון דשבת הותרה מכללה בחולי אבל לדידן דקיי"ל דטומאה דחויי' א"כ ה"ה שבת בעבודה ובמילה ובחולי כנ"ל. וכן יש לדון במה דאמרו ביומא (דף פ"א ע"א) דמה לעינוי שלא הותר מכללו תאמר במלאכה שהותר מכללה אצל גבוה דהגמ' לא נחת שם לזה וכוונתם דלמאן דס"ל טומאה הותרה בציבור ולמ"ד טומאה דחויי' יש למפרך מה למלאכה שכן דחויי'. ועיין ביבמות (דף ל"ג) תוס' ד"ה א' ר' יוסי כו':

ענף ג

יא

ועתה נשובה ונראה מה שיש לדון בעיקר הך דיומא דף מ"ו) דא' ר"ח גבי תמיד תחילתו דוחה סופו אינו דוחה דקאי על טומאה אבל שבת הותרה בציבור סופו נמי דחי דבאמת תקשה מנלן לר"ח לחלק בין שבת לטומאה דהא תרווייהו מחד קרא נפקי כמבואר בפסחים (דף ע"ז) ובמנחות (דף נ') ובשא"ד ולכן נלע"ד פשוט בכוונת ר"ח דהא קיי"ל בטומאה דחויי' בציבור דאינו דחויי' אלא ע"י ריצוי ציץ וכמש"כ התוס' פסחים (דף

ע"ז) ד"ה דלא אשכחן תנא כו' ורש"י שם ד"ה ומרצה כו' דאי לאו דציץ מרצה לא הוי מתכשרי וכן אי' ביומא (דף ז'). וכ"כ רש"י בזבחים (דף ל"ג ע"א) ד"ה טומאה דחויי' היא וז"ל כלומר בקושי נדחית אצלה דחוי בעלמא ע"י ציץ שהציץ מרצה ולא בהיתר גמור עכ"ל ועיין ביומא (דף ו') תוס' ד"ה א' רב תחליפא וכ"כ הרמב"ם פ"ד ה' ביאת מקדש ה' ט"ו וז"ל ומפני מה מחזירין על הטהורים מבית אב אחר מפני שהטומאה לא הותרה בציבור אלא באיסורה עומדת ודחויי' היא עתה מפני הדחק ואין דוחין כל דבר הנדחה אלא במקום שאי אפשר ומפני זה צריכה ציץ לרצות עלי' וכ"כ לעיל שם ה"ז וז"ל וכן הציץ מרצה על טומאת דברים הקרבין שנא' והי' על מצח אהרן ונשא אהרן את עון הקדשים אבל אינו מרצה על טומאת הנאכלין ולא על טומאת האדם שנטמא בטומאה ידועה אלא א"כ היתה הטומאה הדחוי' בציבור שהציץ מרצה עלי' עכ"ל הרמב"ם וכ"כ הלח"מ פ"א ה' פסולי המוקדשין הל' ל"ד דבטומאת ציבור הציץ מרצה אפי' על האדם שנטמא עכ"ל:

יב

וי"ל דהרמב"ם הוציא זה מן מה דהקשו התוס' בפסחים (דף ע"ז) ד"ה דלא אשכחן כו' שכתבו תימא לר"י דבשמעתין משמע דלמ"ד דחויי' אינו דחויי' אלא ע"י רצוי ציץ ואמאי הא טומאה דגברי דחויי בציבור אע"פ שאין הציץ מרצה על טומאת הגוף כדתנן בפרקין (דף פ') עכ"ל התוס' וכן הקשו התוס' במנחות (דף כ"ה ע"א) ד"ה עון קדשים ולא עון המקדישים תימא הא למ"ד טומאה דחויי' בציבור ובעי ציץ לרצויי דאמרינן ביומא (דף ז') דמרצה על הכהנים העושין בטומאה כו' עכ"ל התוס' ולעיל במנחות (דף ט"ו) תוס' ד"ה והכא מאי ציץ מרצה כו' כתבו בפשיטות דהא למ"ד טומאה דחויי' בציבור בעי ציץ לרצויי' היינו לטומאת בשר דמהני ציץ אבל לטומאת הגוף דלא מהני ציץ אף בלא ציץ כו' עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' ביומא (דף ז') דהא מכלל דר"ש סבר טומאה דחויי' בציבור כו' שכתבו בזה"ל מידי דהוי אטומאת גברי דלא מרצי ציץ עלה ודחיא טומאה כו' עכ"ל התוס'. ושיטת התוספ' הוא כיון דאמרו דנטמא הגוף אין הציץ מרצה ע"כ ס"ל דאין לחלק בין ציבור ליחיד:

אך התוס' במנחות (דף כ"ה ע"ב) כתבו דמרצה על טומאת הגוף דציבור אך דהקשו ע"ז הא אינו נושא עון המקדישים ומכל זה הוכיח הרמב"ם דבאמת גם בציבור בטומאת הגוף דכיון דחויי' ובעי ציץ לרצויי' ע"כ מרצה ג"כ על טומאת הגוף דציבור והא דאמרו דנטמא הגוף אין הציץ מרצה היינו ביחיד דוקא וכן הדעת נוטה דכיון דחזינן דבטומאת הגוף ביחיד אינו מרצה רק בטומאת דברים הקריבין ביחיד מרצה הציץ א"כ טומאת

הגוף חמירא לענין זה ע"כ הוי כש"כ כיון דחזינן דבטומאת הקריבין אף הציבור בעי לכפרת הציץ כמו דאמרו ביומא (דף ז') ובשא"ד דהציץ מרצה על הדם והבשר שנטמא בין ביחיד ובין בציבור:

אלמא דאף בציבור בעי דוקא לכפרת הציץ בטומאת בשר ובלא כפרת ציץ לא דחויי' לטומאת בשר א"כ כש"כ טומאת הגוף דחמירא דלא דחויי' אלא ע"י כפרת הציץ ושפיר כתבו גם התוס' במנחות (דף כ"ה) דאף בטומאת כהנים מרצה הציץ:

יג

אך קושייתם הי' מן הכלל דעון קדשים ולא עון מקדישים וכן הקשו בפסחים (דף ע"ז) דהא מפורש במשנה פסחים (דף פ') דנטמא הגוף אין הציץ מרצה. אבל באמת ז"א קשה כ"כ די"ל דהך כללא דטומאת הגוף אין הציץ מרצה אין זה רק בטומאת יחיד דחזינן דרחמנא דחיי' לפ"ש כפי' רש"י שם בפסחים והרע"ב שם אבל בציבור שפיר מרצה הציץ אף על טומאת הגוף דכיון דנלמד מקראי דציבור אף בטומאת הגוף עושין הק"צ כמבואר בפסחים (דף ס"ו) ע"כ ממילא מרצה הציץ ע"ז וכן מצינו בפסחים (דף פ') במשנה שם דנטמא טומאת התהום הציץ מרצה ואמרו בגמ' שם (דף פ"א) דטומאת התהום היכא כתיבא א' ר"א א' קרא כו'. עושה פסח מנלן א"ר יוחנן אמר קרא בדרך רחוקה כו' רשב"ל אמר כדרך מה דרך בגלוי כו' מיתיבי כו' אלא טומאת התהום הלכתא גמירי לה ואסמכינהו אקראי ויש להקשות דמעיקרא דהי' ס"ל להש"ס דהנך ילפותא מקראי להתיר טומאת התהום הוי ילפותא גמורה ולא הלמ"מ דא"כ איך אמרו בטומאת התהום בגוף דהציץ מרצה דהא כללא הוא בטומאת הגוף דאין הציץ מרצה ועון קדשים ולא עון מקדישים. וע"כ מוכח דפסיקא להו לחז"ל דגבי טומאה אין סברא להתיר בלא ריצוי ציץ ואף דנלמד מקראי גבי טומאת התהום דאין נדחה לפ"ש. עכ"ז הסברא נותנת דבטומאה אין הדעת נותנת להכשיר בלא ריצוי הציץ והך עון קדשים ולא עון מקדישים לא נאמר בטומאת התהום ע"כ ה"ה בטומאת הגוף בציבור דאף דדחויי' טומאה גבייהו עכ"ז בעי ריצוי ציץ וע"כ הך עון קדשים ולא עון מקדישים לא נאמר רק ביחיד ולא בק"צ ומתורץ קושיות התוס' פסחים (דף ע"ז) ומנחות (דף כ"ה) ועיין בחולין (דף ק"א) דאמרו שם ממאי דטומאת הגוף חמור דלמא טומאת בשר חמירא דלית לה טהרה במקוה כו'. אבל אין זה ענין לזה ופשוט:

יד

וכיון דנתבאר שיטת הרמב"ם ורש"י בזבחים (דף ל"ג) דאף דטומאה דחויי' בעי ציץ לרצויי' וגם זהו בכלל ונשא אהרן עון כו' דהא עדיין בעי ציץ לרצות וכמו שכתב הרמב"ם להדיא דלא סגי בלא הרצאת ציץ. א"כ חזינן בטומאה דנדחית בציבור אף בטומאת הגוף

אינו דומה לכל היכא דאמרינן דנדחית הל"ת והעשה מפני עשה החמורה וכה"ג. דהא התם א"צ לריצוי אחר לכפר על הדחיי' אלא אמרינן דהיכא דלא אפשר לו לעשות בהיתר אלא ע"י דחיי' אזי הותרה לו הדחיי' לגמרי אבל בטומאה דנדחית בציבור הן טומאת דברים הקריבין והן טומאת הגוף לא הותרה הדחיי' לגמרי אלא ע"י ציץ שמכפר על הדחיי' ומקרי עון הקדשים. ע"כ שפיר יש לחלק עפ"ז בין שבת דהותרה בציבור ובין טומאה דציבור דאינו רק דחויי':

טו

וזה שאמר רב חסדא לחלק דשאני שבת דהותרה בציבור דהיכא דנדחית שבת בק"צ דכיון דלא מצי עכשיו לעשות בהיתר אלא ע"י דחיי' עבודה לשבת אז הותרה הדחיי' וע"כ גבי אברים דנתותרו מע"ש שפיר ס"ל לר"ח דדוחה שבת הקטרתו כמש"כ התוס' שם ד"ה תחילתו דוחה כו' דאף דע"י דחיי' הוא מ"מ הא גם בכל עשה דוחה ל"ת אף דאינו רק בתורת דחיי' לכ"ע כידוע מ"מ ז"א רק היכא דיכול עכשיו לעשות בהיתר בזה אמר ר"ל דכ"מ שאתה יכול לקיים שניהם כו' אבל היכא דעכשיו אין לו שום עצה לעשות בדרך היתר אף דמעיקרא הי' לעשות שלא בדרך דחיי' מ"מ גם בזה אמרינן דעשה דוחה ל"ת ואף שהתוס' עירובין (דף ק') כתבו גבי הא דנותן דם שנתערב במתן א' דליתי עשה ולידחי ל"ת ותי' דשאני היכא דבא ע"י פשיעה דהי' יכול להתקיים בלא דחיות הלאו אבל כבר הקשה ע"ז השאגת ארי' בר"ה (דף כ"ח) מהא דזבחים (דף צ"ז) דאמרי דליתי עשה ולידחי ל"ת אף דהתם ע"י פשיעה הוא בא ודחה לדברי התוס' וכן הקשה השער המלך בפ"ג ה' נדרים והביא שם בשם המהרי"ק וכת"י מחדושי רשב"א שכתבו תי' אחר וכן כתב הנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' קמ"א בשם חידושי ריטב"א ובאמת במק"א כתבתי תי' נכון על קושיות האחרונים הנ"ל מעל התוס' אבל האמת יורה דרכו כי באמת מוכח שפיר מהא דזבחים דאף ע"י פשיעה אמרו עשה דוחה ל"ת כיון דעכשיו אינו יכול לקיים להעשה אלא ע"י דחיות הלאו:

טז

וכן מוכח מהא דפסחים (דף נ"ט ע"א) דפסח ומחוסר כפורים בערב פסח מביאים קרבנם אחר התמיד של בין הערבים ופי' רש"י שם דמחוסר כפורים ששכח ולא הביא כפרתו קודם לתמיד יכול להביא אח"ז ואמרו בגמ' שם בשלמא לת"ק יבא עשה דפסח שיש בו כרת וידחה עשה שאין בו כרת. אלא לריב"ב מאי אולמא דהאי עשה מהאי עשה והא התם בא הקרבן דמחוסר כפורים ע"י פשיעה דשכח ולא הביא כפרתו מקודם התמיד וכפי' רש"י ואפ"ה אם לא הי' אלא ל"ת הי' בא העשה ודחי ל"ת אף דבא העשה ע"י פשיעה עכשיו אלא משום מאי אולמא האי עשה מהאי עשה אתינן עלה וכן בעשה

שיש בו כרת אמרו דדחי לעשה שאין בו כרת אף דהי' יכול להתקיים הקרבן דמחוסר כפורים בהיתר שלא ע"י דחיי' דהיינו מקודם התמיד. ועיין במג"א סימן ק"ח ס"ק י"א ובסי' תקכ"ז מג"א ס"ק ו' ואכמ"ל:

יז

וכבר אמרתי לתרץ עי"ז לקושיות השאגת ארי' בסי' ל"ג על הרמב"ם דעשה דקום ועשה דחי לעשה דשב ואל תעשה מהך דפסחים דפריך מאי אולמא דהאי עשה מהאי עשה הא עשה דהשלמה הוי בשב ואל תעשה ותרצתי ע"פ דברי התוס' דעירובין הנ"ל דהיכא דבא ע"י פשיעה אין עשה דוחה ל"ת א"כ ה"ה הכא דבא ע"י פשיעה דשכח ולא הביא כפרתו מקודם התמיד וכפי' רש"י דבזה אין דוחה ל"ת וה"ה לעשה דשב ואל תעשה ויש להעמיס זה בלשון דאמרו מאי אולמא דהאי עשה מהאי עשה אף דהוי בדוחק ועיין בתוס' פסחים (דף נ"ט) הנ"ל בד"ה אתי עשה דפסח כו' ואכמ"ל:

יח

עכ"פ מוכח מסוגיא זו דבעשה החמורה דוחה לעשה הקלה ממנה אף דעכשיו בא ע"י פשיעה והי' יכול לקיים מקודם בלא דחיי' א"כ ה"ה לעשה דעבודה דחמירא משבת דהא דוחה עבודה לשבת אף דהוי שבת בעשה ול"ת שבכרת. א"כ עבודה חמורה. ע"כ וודאי דוחה לשבת אף היכא דבא ע"י פשיעה עכשיו ולפ"ז י"ל דאף לשיטת התוס' דעירובין דכתבו דעשה אינו דוחה לל"ת היכא דבא ע"י פשיעה מ"מ בעשה חמורה שאני כדמוכח מהא דפסחים הנ"ל ולפ"ז שפיר אמר ר"ח דשבת דהותרה בציבור סופו נמי דחי. דכיון דעבודה דוחה שבת וא"צ שום ריצוי להדחיי' הלז ע"כ סופו נמי דחי משום דהיכא דלא מצי עכשיו לעשות בהיתר אלא ע"י דחיי' אז הותרה הדחיי' משא"כ טומאה דדחויי' דגם אחר הדחיי' לא הותרה ממש דהא בעי ציץ לרצות ע"ז וכיון דצריך ריצוי ציץ לרצות אלמא דלא מקרי היתר כ"כ ע"כ אינו דוחה רק תחילתו דעיקר כפרה אבל סופו דלאו עיקר כפרה לא דחי בכה"ג כיון דצריך עדיין ריצוי ציץ לרצות עון הטומאה שלא נזהרו מזה (ועיין בנו"ב מ"ת ח' או"ח סי' פ"ו ד"ה רביעית שאל כו' שכתב הנו"ב לפרש בהא דאמרו טומאה הותרה כוונתו דהותרה בדחוי כי ליכא כהן טהור כו' ע"ש בנו"ב) לכן י"ל בהא דאמרו דשבת הותרה הפי' הוא דעכשיו שצריך לדחות השבת כיון דלא אפשר עכשיו בענין אחר דהותרה אז ממש דהא התורה גזרה לדחותו. אבל בטומאה דגם אחר הדחיי' לא הותרה ממש דהא בעי לכפרת הציץ ע"כ החמיר ר"ח בטומאת אברים שנתותרו מה"ט כן י"ל בכוונת ר"ח ורבא ס"ל דכיון דתחילתו לאו בר מידחא שבת סופו נמי לא דחי והוי כאין זמנו קבוע בשבת ואף לשיטת התוס' דס"ל גבי טומאת הגוף בציבור דא"צ ריצוי ציץ כמש"כ התוס' במנחות (דף ט"ו). עכ"ז י"ל דהך סוגיא דיומא מיירי בטומאת

אברים דבעי לריצוי ציץ ושפיר י"ל כנ"ל ולכן אין מהא דיומא סתירה למש"כ הראשונים דשבת דחויי' אצל חולה ומילה. ושפיר כתבתי בספרי:

ענף ד

יט

ובעיקר מה שכתבתי לעיל בשי' רש"י דזבחים (דף ל"ג ע"א) ד"ה טומאה דחויי' היא כלומר בקושי נדחית אצלה דחוי בעלמא על ידי נשיאות עון שהציץ מרצה ולא בהיתר גמור לטומאת מת אידחי ולא לטומאת זיבה עכ"ל רש"י אלמא דס"ל לרש"י ג"כ כשיטת הרמב"ם דאף טומאת הגוף דציבור מרצה הציץ ע"ז ושם בזבחים הא מיירי בטומאת הגוף דרובן טמאי מתים ונעשו זבין כמבואר שם בכל הסוגיא ויש להקשות ע"ז ממה שכתב רש"י ביומא (דף זיין) ד"ה בין בציבור וז"ל שאין הציץ מרצה על טומאת הגוף ושל ציבור נידחית טומאת הגוף אצלם ולא ע"י ציץ כו' עכ"ל רש"י. הרי להדיא דס"ל לרש"י ביומא דלא כשי' הרמב"ם אלא כשיטת התוס' דמנחות דק"צ דחויי' אצלו טומאת הגוף אף בלא ריצוי הציץ א"כ סתרי דברי רש"י דזבחים להא דכתב ביומא:

כ

והנלע"ד לתרץ שלא יהי' סותרים דברי רש"י אהדדי והוא דאי' במנחות (דף כ"ה) ת"ר ונשא אהרן עון הקדשים אינו נושא אלא עון טומאה שהותרה מכללה דציבור כו' אימא עון שמאל שהותר מכללו ביו"כ א"ל אביי א"ק עון עון שהי' בו ודחיתיו לאפוקי יו"כ דהכשירו בשמאל רב אשי א' עון הקדשים ולא עון המקדישים כו' אלמא דאביי ס"ל דלא דרשינן עון הקדשים ולא עון מקדישים מדהוצרך לשנויי שינויא אחריתי על מה שהקשו אימא עון שמאל אלא ס"ל לאביי דלאו דוקא עון הקדשים אלא אף הפסול שאירע בבעלים ובכהנים בגופן ג"כ מקרי עון הקדשים דג"ז בכלל הקדשים ועיין בזבחים (דף כ"ג) מזה ולפ"ז י"ל דלאביי דלא דרש להך דרשא דעון הקדשים ולא עון מקדישים. א"כ י"ל דטומאת הגוף דנדחית בק"צ ג"כ בעי ריצוי ציץ כמו שכתבתי לעיל דכן הדעת נותנת ואף דכתיב עון הקדשים ולא עון המקדישים עכ"ז י"ל דהא לא דרשינן להך דרשא ואף עון המקדישים בכלל עון הקדשים הוי לשי' אביי והא דתנן במשנה פסחים (דף פ') דנטמא טומאת הגוף אין הציץ מרצה הטעם הוא משום דהא רחמנא דחיי' לפ"ש כפי' רש"י והרע"ב שם אבל לא מהך דרש דעון הקדשים ולא עון המקדישים:

כא

אבל לשי' רב אשי דס"ל למדרש עון הקדשים ולא עון המקדישים א"כ נתמעט בהדיא בגזירת הכתוב דאין הציץ מרצה על עון דמקדישים. א"כ לפ"ז גם ציבור בטומאת הגוף נתמעט מן ריצוי ציץ ע"פ גזה"כ והא דטומאה דחויי' בק"צ. בע"כ לשי' רב אשי נדחית

טומאת הגוף אצל ק"צ אף בלא רצוי הציץ דריצוי הציץ לא שייך בזה דהא כתיב עון הקדשים ולא עון המקדישים וע"כ מוכח דגזה"כ הוא דכיון דיליף בפסחים (דף ס"ו) דק"צ בטומאת הגוף נדחית טומאת הגוף אצלם וגם הא כתיב עון הקדשים בע"כ מוכח דגזה"כ הוא דעל טומאת הגוף דציבור נדחית טומאה אצלם אף בלא ריצוי ציץ ומה"ט י"ל דלכן התוס' במנחות (דף כ"ה) ד"ה עון קדשים כו' דהקשו בתימא הא למ"ד טומאה דחויי' בציבור מרצה ציץ על טומאת הגוף דציבור כו' וסמכו קושייתם על הך מימרא דעון קדשים ולא עון מקדישים. משום דבל"ז י"ל דבאמת אף בק"צ בטומאת הגוף בעי ציץ. והא דפסחים (דף פ') מיירי בקרבן יחיד ולא כדמשמע מהתוס' פסחים (דף ע"ז) ד"ה דלא אשכחן כו' שסמכו בקושייתם על הא דפסחים (דף פ') יעו"ש:

כב

ולפ"ז מתורץ דברי רש"י דלא סתרי אהדדי דהא בזבחים (דף ל"ג) אמרו מכלל דתרווייהו ס"ל טומאה דחויי' בציבור וקאי על אביי ורבא דמיירי שם לעיל וכיון דנתבאר דאביי לא ס"ל הך דרשא דעון קדשים ולא עון מקדישים ע"כ לדידי' הציץ מרצה גם על טומאת הגוף דגם עון מקדישים בכלל עון קדשים הוי וע"כ בעי ציץ לרצויי גם בק"צ בטומאת הגוף אבל לדינא דהלכה כרב אשי דהוי בתראה א"כ וודאי לדינא דאין הציץ מרצה על טומאת הגוף אף בק"צ אלא דחויי' היא טומאה אצלם אף בלא ריצוי הציץ וכמש"כ התוס' ולכן שפיר כתב רש"י ביומא (דף זיין ע"א) דשל ציבור נדחות טומאת הגוף אצלם ולא ע"י ציץ משום דלהלכה קיי"ל כן:

כג

ועפ"ז ניחא מה שיש להקשות על דברי רש"י דזבחים (דף ל"ג) דכתב דשל ציבור אף בטומאת הגוף מרצה הציץ דהא במנחות (דף ט"ו ע"א) אי' ת"ש ר"י אומר אפילו שבט א' טמא וכל השבטים טהורים יעשו בטומאה כו' והכא מאי ציץ מרצה איכא:

וכתבו התוס' שם ד"ה והכא מאי ציץ מרצה איכא כו' בשם רש"י דפי' דהא אין הציץ מרצה על טומאת הגוף. ולכן קאמרי בגמ' בפשיטות דהכא מאי ציץ מרצה איכא:

א"**כ** קשה על רש"י דזבחים דכתב בפשיטות שם דציץ מרצה אף על טומאת הגוף בק"צ בנטמאו בטומאת המת ולא ע"י זיבה. דהא סוגיא מפורש הכא במנחות דאין הציץ מרצה על טומאת הגוף אף בק"צ ובאמת יש לתמוה מסוגיא זו דמנחות על הרמב"ם דכתב בפ"ד ה' ביאת מקדש דאף בק"צ בטומאת הגוף בעי ציץ לרצות דהא מבואר במנחות הכא דאין הציץ מרצה על טומאת הגוף כלל אף בק"צ. ומצאתי בשער המלך פ' ד' ה' ביאת מקדש הלכה זיין שהקשה ג"כ על הרמב"ם מהא דמנחות (דף ט"ו) הנ"ל והביא בשם כת"י מתוס' דפירשו פי' אחר בכוונת הגמ' דקאמרי והכא מאי ציץ מרצה איכא

וי"ל דגם הרמב"ם ס"ל כן. אבל על רש"י דפי' שם במנחות דכוונת הגמ' הוא דאין הציץ מרצה על טומאת הגוף, א"כ זהו סותר לפמש"כ רש"י בזבחים (דף ל"ג):

כד

אבל למאי דנתבאר דרש"י כתב שם בזבחים כן היינו אליבא דאביי דמיירי שם אליביה דאביי א"כ אתי שפיר דהא הכא במנחות (דף ט"ו) מבואר דועוד אמר רב אשי ת"ש ר"י אומר כו' והכא מאי ציץ מרצה איכא א"כ י"ל דרב אשי לטעמי' דקאמר לקמן (דף כ"ה) דדרשי עון קדשים ולא עון מקדישים ע"כ מוכח מגזה"כ דציץ אינו מרצה על טומאת הגוף דק"צ כנ"ל. וע"כ אמר רב אשי בפשיטות דהכא מאי ציץ מרצה איכא ולזה נתכוונו התוס' במנחות שם ד"ה והכא מאי ציץ כו' דכתבו הא אין ציץ מרצה על טומאת הגוף ודריש לקמן בהקומץ רבה (דף כ"ה) עון הקדשים נושא ולא עון המקדישים כו' דכוונתם הוא דרב אשי דרש לקמן להך דרשא וע"כ אתי שפיר דברי רש"י דלא סתרי אהדדי:

כה

ולפ"ז יש לתרץ על נכון למה דהקשיתי מהא דיומא (דף מ"ו) דא' ר"ח שבת דהותרה בציבור סופו נמי דחי טומאה דדחויי' סופו דלאו עיקר כפרה לא דחי וכתבתי לעיל לפרש כוונתו דהותרה עכשיו דאין לו עצה אחרת אלא הדחיי' דהותרה עכשיו אבל טומאה דגם אחר הדחיי' מקרי עון קדשים ובעי ציץ לרצות עדיין ע"כ במה דלא הוי עיקר כפרה לא דחי ואינו מרצה הציץ ע"ז לכתחילה וכתבתי דלשי' התוס' דס"ל דבק"צ לא בעי ציץ לרצות א"כ לא שייך לומר כן וכתבתי לפרש דסוגיות הש"ס דיומא מיירי בטומאת בשר ודם. ובאמת רש"י פי' שם דקאי על טומאת גברי כמש"כ רש"י שם (ע"ב ע"ב) ד"ה טומאה דתחילתו אם אין כהן טהור לזרוק דמו:

א"כ לכאורה לשי' רש"י דיומא (ד' ז') דבק"צ לא מרצה ציץ על טומאת הגוף ולא בעי ציץ לרצות ולפ"ז לא א"ש לכל מש"כ:

כו

אבל לפי מה דנתבאר דלשי' אביי דמנחות (ד' כ"ה) מוכח דגם על טומאת הגוף דק"צ מרצה הציץ דג"ז הוא בכלל עון קדשים ולכן פי' רש"י בזבחים (ד' ל"ג) גבי טומאה דחויי' אף בטומאת הגוף דבעי ציץ א"כ א"ש הכא ביומא דהא מבואר שם דאביי הקשה לרבא או לרבה לדידך קשיא ולר"ח קשיא וא"ל רבא או רבה לתרץ משום החילוק דשבת הותרה וטומאה דחויי' וכיון דמתרץ כן לאביי א"כ מסתמא תי' כן לשי' אביי וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' כה"ג וה"ה הכא י"ל כן ובפרט דהא התוס' שבת (ד' מ"א ע"ב) ד"ה מיחם שפינה ממנו כו' כתבו דמסתמא אביי כרבה רבי' ס"ל ע"ש ע"כ שפיר תי' רבה לאביי לשי' אביי דס"ל דאף טומאת הגוף דק"צ בעי ציץ. ע"כ לא דחויי' אלא ע"י ציץ

ולכן תי' לי' שפיר לחלק בזה אליבא דר"ח וכפי שיטת אביי ולכן שפיר כתבתי לתרץ דלא תקשה מהא דיומא על הא דכתבו הראשונים דשבת דחויי' אצל חולי ומילה וה"ה בעבודה די"ל דכוונת הגמ' שם שבת הותרה בציבור היינו דעכשיו אין לו עצה אחרת אלא הדחיי' התירה התורה זה משא"כ בטומאה דבעי ציץ:

ענף ה

כז

וכן מצינו בהאי לישנא במנחות (דף ה' ע"ב) בזה"ל כלאים תוכיח שאסורין להדיוט ומותרין לגבוה מה לכלאים שכן הותרו מכללן אצל הדיוט בציצית אטו ציצית צורך הדיוט מצוה היא אלא מה לכלאים שמצותו בכך. והא זה ברור דכלאים בציצית אתינן עלה מצד עשה דוחה ל"ת וגמרינן בכולי ש"ס מזה דעשה דוחה ל"ת. ואי' במנחות (דף מ') דכיון דאפשר במינן לא כדר"ל דא' ר"ל כ"מ שאתה מוצא עשה ול"ת כו' ואף דהתוס' שם ד"ה כיון דאפשר במינן כתבו בתי' הב' דמדאורייתא שרי דכלאים ממש הותר אצל ציצית ולאו משום דחיי' אבל בתי' א' ובתי' הב' שם לא ס"ל הכי ומה"ט הקשו התוס' בכתובות (דף מ') ד"ה כגון מילה כו' דהא אפשר בשל צמר כו'. ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ח הארכתי בזה ועיין בתוס' מנחות (דף ו') ד"ה מה לכלאים כו'. ובתוס' מנחות (דף מ') ד"ה סדין בציצית כו' אלמא דאף כלאים בציצית דזהו מצד דחיי' עשה לל"ת אפ"ה מקרי בלשון שכן הותרה מכללן וגם מקרי מצותו בכך משום דכיון דלא אפשר לקיים מצות ציצית בטלית של פשתן אלא ע"י כלאים מקרי הותרו מכללן ומצותו בכך א"כ ה"ה שבת דדוחה עבודה ג"כ אין זה אלא מצד דחיי' ואפ"ה מקרי בלשון הותרה מכללה כיון דהתורה התירה דחיי' זאת ולכן אמרו שם במנחות בסוגיא זו לעיל מיני' דמה לשבת שכן הותרה מכללה אצל הדיוט במילה אטו מילה צורך הדיוט כו' אלא מה לשבת שכן מצותה בכך עכ"ל הגמ' משום דגם שבת אף שבאמת לא הותרה רק בתורת דחויי' מ"מ אחר שהתירה התורה הדחיי' מקרי הותרה מכללה אצל עבודה ומילה וה"ה במקום חולי:

כח

ועיין ביבמות (דף ג' ע"ב) תוס' ד"ה ל"ת שיש בו כרת כו' שכתבו התוס' בשם הר"י דמן אשת אח לא מצי למילף בעלמא דלידחי עשה ל"ת כו' דשאני אשת אח דמצותו בכך דא"א בע"א לקיים מצות יבום כו':

אבל כלאים בציצית יליף שפיר בעלמא דאי לא מקיימא מצות תכלת בפשתים מקיימת מצמר ואפ"ה דחי כו' עכ"ל התוס'. וס"ל להתוס' דאשת אח מקרי מצותו בכך אבל לא כלאים בציצית משום דאפשר בשל טלית צמר ואפ"ה מצינו גם בכלאים בציצית דאמרינן

במנחות (דף ו') דמקרי מצותו בכך ועיין בתוס' מנחות שם ד"ה מה לכלאים כו' וגי' הצ"ק שם כפי הרשום בצידו אלמא דבאמת גם כלאים בציצית דעיקרו הוי רק ע"פ דחיי' אפ"ה מקרי מצותו בכך. אלא אשת אח הוי טפי מצותו בכך כיון דא"א לקיים כלל מצות יבום אם לא עי"ז וכמש"כ התוס' יבמות שם:

כט

ולפ"ז נדחה מה שכתבתי לעיל להעיר מן יומא (ד' פ"א) דאמרו תאמר במלאכה שהותרה מכללה ופי' רש"י אצל גבוה אלמא דעבודה דוחה שבת הוי מצד היתר ולא מצד דחיי' וכן מצאתי ראי' זו בתשב"ץ ח"ג סי' ל"ז אבל לפמש"כ נסתר ראי' זו ג"כ דהא באמת מצינו בהאי לישנא גבי כלאים בציצית דעיקרו הוי מצד דחיי' ואפ"ה אמרו במנחות ד' הנ"ל דמה לכלאים בציצית שכן הותרו מכללן ומה לכלאים שמצותו בכך אלמא דגם כלאים בציצית דלכ"ע הוי רק מצד דחיי' אפ"ה מקרי הותרו מכללן ומצותו בכך דכיון דהתורה התירה לטלית של פשתן בציצית תכלת דמותר זה מצד דחיי' א"כ ה"ה י"ל כן במה דאמרו מה לשבת שהותרה מכללא אצל גבוה במלאכה:

ל

והא דמוכיח הש"ס ביומא (דף ז') מהא דתני הא אינו נושא אלא עון טומאה שהותרה מכללה בציבור דמוכיח הש"ס מזה כמ"ד טומאה הותרה בציבור ולא כמ"ד דחויי' שאני התם בטומאה דהא אי טומאה דחויי' בציבור בעי ציץ לרצויי' משא"כ אי טומאה הותרה לא בעי ציץ לרצות בציבור כמו דאמרו שם בכולי סוגיא א"כ התם בטומאה אי נימא כמ"ד דחויי' היא בציבור' הא בעי עדיין ציץ לרצות עון הטומאה ע"כ לא שייך לומר בטומאה דהותרה בציבור וע"כ מוכח מזה שפיר דטומאה הותרה ולכן לא בעי ציץ לרצות אבל בשבת אף דנימא הותרה בציבור מ"מ י"ל דאינו אלא דחויי' ומ"מ כיון דהתורה התירה זה הדחיי' וא"צ שום ריצוי לרצות על הדחיי' מקרי שפיר הותרה וכמו דמצינו האי לישנא גבי כלאים דציצית דאמרו דהותרה מכללה אצל מצוה וגם דהוי מצותו בכך ומ"מ חזינן בכלאים בציצית דהיכא דאפשר בהיתר מחוייב להדר אחר היתר כדאמרו במנחות (ד' מ') דכיון דאפשר במינן לא כנ"ל וע"כ ה"ה בשבת אף דאמרו הלשון דהותרה מכללה אצל גבוה מ"מ היכא דאפשר להדר בתר היתר מחוייב להדר שיהי' בהיתר וכמש"כ בספרי באר יצחק להקשות דיעשו בשנים וכה"ג:

לא

ובקצרה י"ל דלכן אמרו בשבת הותרה בציבור ובטומאה אמרו דחויי' דהא חזינן דכלאים בציצית מקרי מצותו בכך כמבואר במנחות (דף ו') כנ"ל אבל בטומאה לא שייך בזה לומר מצותו בכך וכמו דמבואר במכות (ד' ח') גבי חרישות עומר דלא מקרי מצוה כיון

דאם מצא חרוש אינו חורש לאו מצוה ולכן אפי' לא מצא חרוש וחורש לצורך העומר לאו מצוה היא ועיין בטורי אבן לחגיגה (דף ב') ד"ה לישא שפחה א"י כו' שכתב למילף מהא דמכות הנ"ל דה"ה בכל מילי דהיכא דאירע מקרה דא"א עכשיו בלא"ה אין זה מן המצוה ע"ש א"כ ה"ה בטומאה דאף דהותרה בציבור מ"מ הא אין מצותו בכך להטמא לכן אין זה מקרי מצותו בכך ושפיר אמרו בשבת דכיון דמקרי מצותו בכך וכמו דאמרו כן גבי כלאים בציצית דמקרי מצותו בכך אף דאינו רק ע"י דחיי' לכ"ע ע"כ אמרו ביומא שפיר דשבת הותרה בציבור משא"כ טומאה דהא אם לא נטמא אינו מצווה להטמא ע"כ אף דאירע דנטמא לא מקרי מצותו בכך ולכן אמרו ביומא שם דטומאה דחויי' בציבור כן י"ל בקצרה והעיקר כמש"כ לעיל בארוכה דכיון דבעי ציץ לרצות ע"כ אמרו הלשון דחויי' ולחלק בין שבת לטומאה בזה וכעת ראיתי בתשובת חתם סופר על או"ח סי' פ"ה וסי' קמ"ה שתמה על הרשב"א והכ"מ דכתבו דשבת דחויי' והקשה עליהם מהא דיומא (ד' מ"ו) דאמרו דשבת הותרה וחיזק עי"ז שי' הרא"ש דפ"ח דיומא דכתב דשבת הותרה ועיין ג"כ שם סי' ע"ט. וכן ראיתי בספר נחל איתן פ"ב ד"ה שבת דהקשה ג"כ על הרמב"ם והכ"מ מהא דיומא הנ"ל אבל באמת אינו קשה כלל וכמש"כ בעז"ה והא דמנחות (דף ה' וד' ו') דאמרו מה לכלאים שהותרה מכללן אצל ציצית ומקרי מצותו בכך אישתמיטא מינייהו וכנ"ל ונתבאר בעז"ה דהעיקר כהנך הסוברים דשבת דחויי' ולא הותרה הן אצל עבודה והן אצל מילה וחולי:

ענף ו

לב

וע"פ כ"ז יש מקום לתרץ דברי הרמב"ם התמוהים והוא כי הרמב"ם פ"ד ה' ביאת המקדש ה' ח' כתב דאין הציץ מרצה אלא בזמן שהוא על מצחו כו' והקשו כולם והכ"מ עליו הא מבואר בפסחים (ד' ע"ז) ויומא (ד' ז') דר"ש הקשה לר"י מהא דכה"ג ביוה"כ ותי' לי' ר"י דהנח לטומאה דהותרה בציבור א"כ לפי מאי דפסק הרמב"ם שם דטומאה דחויי' בציבור א"כ הוי תרתי דסתרי ונדחקו כולם לתרץ זה והנלע"ד לתרץ זה בפשיטות ע"פ מה שנתבאר בעז"ה והוא כי התוס' ביומא (ד' ז' ע"ב) ד"ה מכלל דר"ש סבר טומאה דחויי' כו' כתבו לא ידענא מאי ראי' מייתי ר"ש מיוה"כ דלמא לעולם אינו על מצחו אינו מרצה ויוה"כ ה"ט דכיון דא"א להיות על מצחו דחי טומאה כיון דק"צ אתי בטומאה מידי דהוי אטומאת גברי דלא מרצי ציץ ודחיא הטומאה כו' אפי' יש אחרת אין אומר לו הבא אחרת תחתי' כו' וכיון דאיכא תרתי ריצוי ציץ וק"צ לא מייתי אחריתי דאי אין עודהו על מצחו אינו מרצה לימא לי' הבא אחרת תחתי' כיון דטומאה דחויי' היא כו'

עכ"ל התוס' ומוכח מדברי התוס' הנ"ל דס"ל דאף למ"ד טומאה דחויי' ובעי ציץ לרצות עכ"ז אם נשבר הציץ וכה"ג אין זה מעכב ונדחה טומאה גבי ציבור אך כשישנו להציץ אז מרצה הציץ אבל כשאינו לפנינו נדחה טומאה אף בלא ריצוי ציץ וכן הדעת נותנת דהא כיון דיליף מקראי דק"צ דוחה טומאה מן במועדו וכה"ג במנחות (דף נ'). והא בקראי לא הוזכר שם ריצוי הציץ אלא כתיב סתמא במועדו ודרשי אף בטומאה וכן תעשה אף בטומאה וע"כ הסברא נותנת ומכרעת כהתוס':

לג

וראיות התוס' שם מהא דבטומאות גברי דלא מרצי ציץ ואפ"ה דחי טומאה יש לעיין בזה דראיה זו אינו שייך רק לשי' התוס' דמנחות (דף ט"ו) ד"ה והכא מאי ציץ מרצה כו' דכתבו בפשיטות דבטומאת הגוף אף בק"צ דלא מהני ציץ אף בלא ציץ דחי טומאה. וכ"כ בשא"ד כנ"ל בארוכה אבל לשי' הרמב"ם דפסק בפ"ד ה' ביאת מקדש דבק"צ אף בטומאת הגוף מרצה הציץ ע"ז וכמו שנתבאר לעיל בארוכה שיטתו דשאני ציבור דבהו מרצה הציץ אף על טומאת הגוף וכמש"כ התוס' במנחות (דף ט"ו ע"א) ד"ה והא עולין דציץ מרצה כו'. דאף דאין ציץ מרצה על העולין אפ"ה בציבור מרצה הציץ אף על העולין עכ"ל התוס' ולפ"ז יש לסתור ראיות התוס' ביומא מהא דטומאת גברי דאין הציץ מרצה ואפ"ה נדחה טומאה. דז"א רק לשיטתם. אבל לשי' הרמב"ם הא גם בטומאת גברי מרצה הציץ בק"צ ובעי לריצוי הציץ א"כ נסתר ראיות התוס':

לד

אבל באמת מצד הסברא הדעת מכרעת אף לשי' הרמב"ם דאין ריצוי הציץ מעכב לטומאת ציבור וכן מצינו בהא דפסחים (דף ע"ו) דהפסח שבא בטומאה נאכל בטומאה כו' וקשה הא אין הציץ מרצה על אכילות ואף לפמש"כ הלח"מ פ"א ה' פסולי המוקדשין ה' ל"ד דבק"צ הציץ מרצה על אכילות ע"ש מ"מ הא מבואר במנחות (דף ט"ו ע"א) ברש"י ד"ה רבנן סברי הציץ מרצה על אכילות כו' ומיהו כי מרצה ציץ למיהוי קרבן מעליא אבל לא משתרי באכילה דעבר ליה בלאו מהבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל עכ"ל רש"י וכ"כ התוס' שם ד"ה רבנן סברי הציץ מרצה על אכילות דלאו למשריי' לטמא באכילה אלא לענין דלא הוי האי טמא כאבוד ושרוף אלא חשוב כטהור לענין דשריא זריקה לאידך דטהור גמור עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' ביבמות (דף צ' ע"א) ד"ה ועל הבשר כו' דלהתיר בשר באכילה לא מהני ריצוי הציץ עכ"ל אלמא דנקטו התוס' לכלל גמור דלהיתר בשר באכילה לא מרצה הציץ ומשמע דאף בקרבן פסח דנאכל בטומאת ציבור אין זה מצד ריצוי הציץ אלא גזה"כ דאף היכא דאין הציץ מרצה עכ"ז דחיי' רחמנא לטומאת ציבור וכ"כ התוס' ביומא (דף ז') ד"ה על הדם ועל הבשר כו':

לה

הרי דנקטו דלא משכחת ריצוי ציץ כלל על בשר דאל"כ ה"ל לאוקמי דמשכחת הציץ מרצה על הבשר בפסח דבא בטומאה ונאכל בטומאה אע"כ מוכח דס"ל להתוס' דלא שייך כלל רצוי ציץ על אכילות אף בק"פ דכללא הוא דאין הציץ מרצה על היתר אכילות כלל וכ"כ התוס' בפסחים (דף ט"ז ע"ב) ד"ה על הבשר כו' וכ"כ רש"י שם בפסחים (דף ט"ז ע"ב) ד"ה על הדם כו' דאין הציץ מרצה שיהא בשר טמא נאכל כו' ולכן ברור הוא דהא דפסח נאכל בטומאה אין זה מצד ריצוי הציץ אלא זהו מצד גזה"כ דרחמנא דחיי' לטומאת ציבור אף היכא דלא שייך ריצוי הציץ כמו אכילת פסח דעיקרו הוא לאכילה ולכן אף לשי' הרמב"ם דס"ל דאף בטומאת גברי דק"צ הציץ מרצה ע"ז מ"מ באכילות אין סברא לומר דהציץ יהיה מרצה על אכילות אף בק"צ ולכן כיון דרחמנא דחיי' לטומאה בציבור משום דכתיב במועדו א"כ בכל גווני אף היכא דליכא ריצוי הציץ וגם בנשבר הציץ ג"כ נדחה טומאת ציבור וכמו שכתבו התוס' ביומא כנ"ל. ואין לנו להרבות במחלוקת בין הרמב"ם לבין התוס' בזה. ולפ"ז תקשה גם לשי' הרמב"ם דמה מקשה ר"ש לר' יהודה כה"ג ביוה"כ יוכיח כו' הא י"ל כעין קושיות התוס' ביומא דבאמת היכא דלא מרצה הציץ דמ"מ נדחה טומאה בציבור מצד גזה"כ וריצוי הציץ אינו מעכב כ"ז. וי"ל דר' יהודה ס"ל כעין סברא זו א"כ קשה דמאי מקשה ר"ש ול"ל לר"י לתרוצי דהנח לכה"ג ביוה"כ דטומאה הותרה כו':

לו

וע"כ מוכח מזה הקושיא כמו שכתבו התוס' ביומא שם לתרץ זה הקושיא דה"ק ר"ש כה"ג ביו"כ יוכיח דאי נטמא הקרבן בידו אפי' יש אחרת תחתיו אין אומר לו הבא אחרת תחתיו וע"כ משום דאף אין על מצחו מרצה וכיון דאיכא תרתי ריצוי ציץ וק"צ כו'. אך עדיין יש לדון בתי' התוס' הנ"ל דהא אם יביא אחרת ביו"כ יצטרך לבוא לדחיות שבת כמו שחיטה והפשט עור בהקרבן הב' שיביא מחדש ואם הוא לאחר מליחת האברים יצטרך למלוח שנית להאברים השניים כמבואר במנחות (דף כ"א) תמלח אפי' בשבת וטומאה תקריב וכמש"כ המל"מ פ' י"א ה' שבת והשער המלך פ' ג' ה' יו"ט ה' ד' מזה וכיון דאף אם יביא קרבן אחר בטהרה ולא יצטרך לבא לטומאה מ"מ יצטרך עדיין לבא לידי דחיות שבת או דחיות יוה"כ ויוה"כ כשבת דמי לזה א"כ מה לי איסור שבת או איסור טומאה וקשה על סברת התוס' דכתבו בפשיטות דיביא אחרת ויחלל יוה"כ בתורת דחיי' א"כ מה לי נפ"מ בזה בשלמא בהא דאמרו ביומא (דף ז') היה עומד ומקריב מנחת העומר ונטמאת בידו דמביאין אחרת תחתיו כו' אתי שפיר די"ל דמיירי בחל ששה עשר

בחול ולא בשבת אבל בהא דיוה"כ תקשה כנ"ל דמה לי הך דחיות טומאה או הך דחיות יום הכיפורים:

לז

ובאמת כן תקשה במה דאמרו ביומא שם ד' זיין) היו מקריב מנחת פרים ואילים ונטמאת בידו אומר ומביאין אחרת כו' אילים באילו של אהרן דיוה"כ כו' ג"כ יש כן דהא אם יביא מנחה אחרת ויצטרך לעשות מלאכת לישה ביוה"כ א"כ בין כך ובין כך יצטרך לדחות מלאכת יוה"כ א"כ מה לי מלאכה ביוה"כ או טומאה דהא כמו דטומאה דחויי' בעבודה כמו כן מלאכה דחויי' ביוה"כ בעבודה וכמו שכתב הכ"מ והרשב"א לדמות מלאכת שבת במקום חולי להא דפליגי אי טומאה דחויי' או הותרה כנ"ל. ותקשה כן:

לח

והנלע"ד בכ"ז ע"פ מש"כ לעיל להוכיח מהא דשבת (דף קל"ב) דאמר רב אשי גבי מילה בצרעת דלכן אין צרעת נדחה מפני עבודה דאימור אמרינן אתי עשה ודחי ל"ת היכא דהוי בעידנא כו':

והוכחתי לעיל דמוכח מזה דעבודה דדוחה שבת הוי מצד דחיי' ולא מצד דהותרה שבת אצלה אבל רבי יאשי' דס"ל שם למילף מן בשר דאע"פ שיש בהרת יקוצץ ולא ס"ל להקו"ח דאמר ר' יונתן ורבא שם דאם דוחה שבת חמורה צרעת לא כש"כ מוכח דס"ל דצרעת חמורה משבת. וכמו דאמר רב ספרא שם דלמא צרעת חמירה שכן דוחה עבודה ומה דאמר רב אשי שם דלכן לא נדחה צרעת מפני עבודה משום דלא הוי בעידנא. י"ל דס"ל לר' יאשי' ורב ספרא שבת הותרה בעבודה ולא דחוייה. ע"כ אם היתה צרעת קילא משבת היתה ג"כ הותרה בעבודה ולכן לא שייך בזה לדון הכלל דבעי בעידנא כו' וכמש"כ לעיל בשם הש"א ס' כ"ט דכתב דדוקא היכא דאתינן עלי' מצד עשה דחי ל"ת בעי בעידנא:

אבל היכא דהוי מצד דהותרה לא בעי כלל להך כללא דבעידנא כו' וע"כ לא ס"ל לרב ספרא ותנא ר' יאשי' למאי דאמר רב אשי דלכן אין דוחה עבודה לצרעת משום דלא הוי בעידנא דהא לשיטתם דשבת הותרה א"כ כש"כ צרעת דקילא מן שבת וודאי דהותרה גבי עבודה אף דלא הוי בעידנא וע"כ מוכיח מזה דצרעת חמירא מן שבת כן י"ל בשיטת ר' יאשי' ורב ספרא דאל"כ קשה דוודאי אין סברא לומר דלא סברי להך כללא דבעינן בעידנא כו'. דהא לא מצינו לשום תנא דיפלוג על הך כללא:

לט

ועיין בזבחים (דף צ"ז) במה דתני שם עצם לא ישברו בו דיליף מזה דאין עשה דוחה ל"ת במקדש ותמהו התוס' שם דהא זה לא הוי בעידנא כו' ולא תירצו דהך תנא לא ס"ל להך

כללא משום דכ"ע ס"ל הך כללא ועיין בפסחים (דף נ"ט) תוס' ד"ה אתי עשה דפסח כו' ובזבחים (דף ל"ג ע"ב) תוס' ד"ה לענין כו' וקצרתי ולדינא כיון דרב אשי בתראה בקו"ח מן שבת אלא ר' יונתן דס"ל בקו"ח שבת דוחה צרעת כש"כ. ס"ל שבת דחויי' גבי עבודה כעין סברת רב אשי דמפרש לסברת רבא שם דמסקי התם דרבא ורב ספרא תנאי היא ולפ"ז י"ל דר"ש דאמר כה"ג ביוה"כ יוכיח מן הא דאינו מביא אחרת כשנטמא דהציץ מרצה אף כשאינו על מצחו. די"ל דס"ל לר"ש כשיטת ר' יאשי'. דשבת הותרה בציבור וה"ה יוה"כ. ע"כ בטומאה דלא הותרה רק דחויי' מבעי להביא אחרת ולשחוט משום דשחיטה הותרה ביוה"כ וכן התוספתא דהיה מקריב מנחת פרים ואילים ונטמאת בידו דמביא אחרת תחתיו ס"ל ג"כ כר' יאשי' דשבת וה"ה יוה"כ הותרה:

מ

וראיה לזה דר"ש ס"ל כר' יאשי' דשבת הותרה. ע"פ מה שכתב בספר נחל איתן להרמב"ם פ' ב' ה' שבת על מש"כ הרמב"ם דשבת דחויי' אצל חולי דהביא הא דאי' בספרי פ' פנחס אקרא דכתיב את שבתותי תשמרו ומקדשי תיראו שתהא עבודת מקדש דוחה את השבת והקשה בעל ז"ר למאי איצטריך הך דרשא הא בהדיא כתיב וביום השבת ותי' הנחל איתן דאתי קרא לומר דק"צ הותרה בשבת ומ"ד דשבת דחויי' דרש מקדשי תיראו למורא מקדש לעולם דגמר משבת כדאי' ביבמות (דף ו') וכ"כ הרמב"ם בפ' ז' ה' בית הבחירה ואזיל הרמב"ם לטעמי' עכ"ל הנחל איתן וידוע דסתם ספרי הוא ר"ש וכיון דר"ש ס"ל דשבת הותרה בק"צ ע"כ שפיר הקשה ר"ש לר' יהודה מן כה"ג ביוה"כ דאף אם נטמאת אינו מביא אחרת תחתי' משום דאזיל ר"ש לטעמי' דס"ל דשבת וה"ה יוה"כ הותרה בק"צ וע"כ שפיר י"ל דיביא אחרת תחתי' דטומאה דחויי' ושבת הותרה ויותר טוב להביא בדרך היתר ולכן מוכיח מזה ר"ש דאף אינו על מצחו מרצה ציץ אבל לדינא דנתבאר דקיי"ל דשבת דחויי' וה"ה יוה"כ וכמסקנת רב אשי דאמר בשבת על צרעת דלא נדחה מפני עבודה בלשון עשה דחי ל"ת ובעי בעידנא כו' כנ"ל. שפיר כתב הרמב"ם דבאינו על מצחו אינו מרצה ציץ ואפ"ה טומאה רק דחויי'. ואינו קשה מן כה"ג ביוה"כ די"ל דלכן אינו מביא אחרת משום דיצטרך לדחות יוה"כ וכקושיות התוס' דיומא דכוונת ר"ש דלמה אינו מביא אחרת כשנטמא בידו א"כ לדינא אינו קשה דהא שבת דחויי' ג"כ ע"כ אינו מביא אחרת וא"ש פסקי הרמב"ם וע"פ האמור בשבת (דף קל"ב) יש לעיין ברמב"ם ה' טומאת צרעת פ' י"א ה' ה' ובמל"מ שם. ואכמ"ל גם י"ל דר"ש הקשה כן לר' יהודה דס"ל אין על מצחו אינו מרצה מן כה"ג ביוה"כ וכבר נתבאר לעיל בשם. הירושלמי ע"ז

פ"ב ה' ב' דהביא שם לתורת כהנים פ' ויקרא דשבת הותרה מכללה יע"ש וסתם ספרא הוא ר' יהודה:

וע"כ שפיר הקשה לר"י דאמאי אינו מביא אחרת דהא ס"ל שבת ויו"כ הותרה וע"ז השיב ר"י דטומאה ג"כ הותרה אבל לדינא שפיר פסק הרמב"ם דטומאה דחויי' וה"ה שבת דחויי' כנ"ל בארוכה:

ענף ז

מא

ויש לדון עוד בכ"ז דאם נטמאת הקרבן דכתבו התוס' דיביא אחרת דלכאורה מוכח מדברי התוס' דס"ל דשבת ויו"כ הותרה אבל י"ל דלכן כתבו דיביא אחרת משום דהא כתב הר"נ בפ"ח דיומא דלכן שוחטין לחולה בשבת ולא יאכל נבלה משום דעדיף דיעבור א' על איסור א' ולא יעבור החולה על כל כזית וכזית והובא במג"א סי' שכ"ח ס"ק ט'. וגם בפחות מכזית יש בו איסור דאורייתא על כל חתי' וחתי' ע"ש במג"א וה"ה הכא י"ל דאם יקריב בטומאה לאברים יעבור בעת הקרבתו בטומאה על כל אבר ואבר לכן יותר טוב לשחוט אחרת ולא יעבור רק בעת שחיטה והפשט עורה ובמליחת אברים י"ל כמש"כ השעה"מ ה' יו"ט פ"ג ה' ד' דכיון דאין עיבוד באוכלין אינו עובר מה"ת אלא קרא אתי על מליחת הראש דאינו בכלל הפשט וקרב בעורו והוי עיבוד בעור ושארי תירוצים ע"ש ובמל"מ פ' י"א ה' שבת מזה ומכש"כ אם קודם שנמלח נטמא דוודאי י"ל כעין סברת הר"נ הנ"ל דיותר טוב לדחות מלאכת שבת דלא יצטרך רק א' או ב' לדחות ובהקרבה בטומאה להקרבן יעבור כל כהן וכהן בעת הקרבת כל אבר ואבר על המזבח וע"כ אף דנימא שבת ויו"כ דחויי' מ"מ יותר טוב להביא קרבן אחר מטעם סברת הר"נ הנ"ל וע"כ אין ראי' מהתוס' דיסברו דשבת ויו"כ הותרה די"ל כנ"ל אך בשי' הרמב"ם שפיר י"ל ולתרץ שיטתו ולא ס"ל כסברת הר"נ הנ"ל דכמה פוסקים חולקים על סברת הר"נ בפ"ח דיומא כמבואר בראש"ש ובר"נ שם:

מב

אך בהא דיומא (דף ז') דהי' מקריב מנחת פרים ואילים וכבשים ונטמא בידו מביאין אחרת תחתי' דמתרץ ר"נ באילים של אהרן וביוה"כ התם לא שייך לומר כעין הסברא שכתבתי ע"פ שיטת הר"נ הנ"ל א"כ מהתם אכתי יש להוכיח דשבת ויו"כ הותרה אך גם זה יש לדחות משום די"ל דמתחילה קודם דמוקי הש"ס להתוספתא דהי' מקריב מנחת אילים באילו של אהרן ומוקי לה בפרים ואילים של חג אתי וודאי שפיר די"ל דמיירי בחול המועד דוודאי מותר וגם בחג ביו"ט א"ש די"ל דאף הנך הסוברים דשבת ויוה"כ דחויי' אינו רק בשבת ויוה"כ אבל ביו"ט דמלאכת אוכל נפש מותר ה"ה מלאכת גבוה

וכמש"כ הר"נ בפ"ק דביצה ובפ"ב דהותרה מלאכת אוכל נפש ולא מחלקינן בין אפשר מאתמול ללא אפשר ועיין מזה באו"ח סי' תצ"ה סעי' א' וביאור הגר"א זצ"ל שם וכ"כ הרא"ש יומא פ"ח סי' י"ד דכיון דההתורה התירה אוכל נפש ביו"ט הוי לדידן כל אוכל נפש ביו"ט כמו בחול אך במש"כ הרא"ש שם דה"ה במלאכת פקוח נפש בשבת דההותרה נתבאר לעיל דרוב ראשונים לא ס"ל כן אכן במלאכת יו"ט שפיר י"ל דההותרה. א"כ ה"ה במלאכת גבוה ביו"ט. ובזה שייך הסברא דאי' בביצה (דף כ') דכן בדין שלא יהא שולחנך מלא ושולחן רבך ריקם ואף דלא קיי"ל כוותי' ונדרים ונדבות אינן קרבין ביו"ט זהו מגזה"כ לכם ולא לגבוה אבל היכא דמצינו דההתירה התורה מלאכת יו"ט בצורך גבוה שפיר יש למילף ממלאכת אוכל נפש דההותרה ולא בתורת דחיי'. דה"ה מלאכת גבוה ביו"ט היכא דההתירה התורה בק"צ די"ל דההותרה ביו"ט בתורת היתר:

מג

וכן וודאי א"ש הא דפרים ואילים בחג והא דמסיק לבסוף דבאילו של אהרן מיירי ג"כ א"ש לפמש"כ התוס' שם ד"ה כיון דיחיד הוא מהדרינן כו'. דהקשו מ"ש דיש מהן שהותרה טומאה ויש מהן דחויי' ותירצו דלמ"ד טומאה הותרה בכולהו הותר הטומאה מה"ת:

אלא מדרבנן גזרו על אילו של אהרן דהוי קרבן יחיד דליהדרי אטהורין כו' א"כ י"ל דכיון דמה"ת טומאה הותרה בק"צ א"כ ה"ה שבת ויוה"כ הותרה וכמש"כ הרשב"א והכ"מ לדמותן כנ"ל ואף דרבנן תקנו על אילו של אהרן דיהדרו על טהורין ודחויי' טומאה לגבי' מדרבנן י"ל דלא מצינו הך גזירה רק בטומאה דמצינו דבעי ריצוי ציץ לרצות על עון הקדשים דפשעי דלא נזהרו לשמור הקרבן וע"כ תקנו חז"ל דלא יהי' רק דחויי'. אבל בשבת ויו"כ דלא מצינו הך גזירה דרבנן וודאי אין מוסיפין ע"ז התקנה ומדעתינו אין לדמות ולחדש גזירה כמחמרם אין דנין דברי סופרים מן דברי סופרים והבו דלא לוסיף עלה ע"כ וודאי אף אילו של אהרן הותרה אף מדרבנן ביוה"כ ולכן לא מוכח כלל מן הא דאילו של אהרן דא"כ הותר. די"ל דשא"ה דמיירי למ"ד טומאה הותרה בק"צ ע"כ ה"ה יוה"כ אבל באמת למאי דקיי"ל טומאה דחויי' מה"ת י"ל כמו שפסק הרמב"ם והרשב"א והכ"מ והר"נ דה"ה שבת ויו"כ דחויי' ולא הותרה וכנ"ל וע"כ אין ראי' מהא דיומא דמוקי באילו של אהרן לסתור זה דכיון דקיי"ל דטומאה דחויי' מה"ת ה"ה שבת ויו"כ דבמידי דאורי' אין לחלק כלל ביניהם:

מד

ועוד י"ל לפמש"כ לעיל בארוכה לפרש להא דיומא (דף מ"ו) דשבת הותרה וטומאה דחויי' דהכוונה הוא דטומאה בעי ציץ לרצות משא"כ שבת לא בעי ציץ ואף דנתבאר

לעיל בשם התוס' דאף בנשבר הציץ ובאינו על מצחו ג"כ לא מעכב הכפרה מ"מ כיון דאם ישנו לציץ בעי לכתחילה לרצוי הציץ ע"כ שפיר יש לחלק כנ"ל. ע"כ אינו ראי' ג"כ מהתוס' שכתבו דאם נטמאת הקרבן ביוה"כ יביא אחרת די"ל דס"ל ג"כ דשבת ויו"כ דחויי' וכמש"כ התוס' בברכות (דף כ') ד"ה שב ואל תעשה כו' דמילה ופסח ותמיד דדחי שבת אינו אלא דחויי' ע"ש:

וע"כ אין סברא לומר דהתוס' ביומא יפלוגו ע"ז אלא י"ל סברת התוס' ביומא הוא ג"כ כעין מש"כ לעיל לפרש דהחילוק בין שבת לטומאה דאמרו ביומא (דף מ"ו) הוא משום דשבת לא בעי ציץ וטומאה בעי ציץ. ומה"ט י"ל דזהו כוונת התוס' דלכן יותר טוב לדחות יו"כ מחדש כיון דזה הדחיי' הותרה משא"כ טומאה דדחויי' ובעי ציץ ע"כ יותר טוב דחיות יו"כ אף מחדש מן דחיות טומאה דבעי ציץ עדיין לרצות ומקרי עון הקדשים אך אם אין הציץ לפנינו אינו מעכב אכן באם שישנו בעי ריצוי הציץ ע"כ יש לפרש כן ולא סתרי דברי התוס' להדדי. אך יותר טוב כמו שכתבתי לעיל לפרש דברי התוס' הנ"ל ע"פ סברת הר"נ פ"ח דיומא בחולה דשוחטין לו ולא יאכל נבילה כנ"ל ולכן אין ראי' מהתוס' דיומא הנ"ל לסתור כ"ז ושפיר כתבתי דהעיקר הוא דשבת דחויי' ולא הותרה וכשיטת רוב פוסקים כנ"ל:

ענף ח

מה

וע"פ האמור יש ליישב מה שתמהו כולם על הרמב"ם בה' תמידים פ"ז דנקצר העומר שלא בזמנו כשר וגם פסק דדוחה שבת והקשה הלח"מ דהא במנחות (דף ע"ב ע"א) אי' דאם נקצר מע"ש כשר אינו דוחה שבת ולענ"ד י"ל דהרמב"ם סמך על הסוגיא דיומא (דף מ"ו) דס"ל לר"ח אף באברים שנתותרו מע"ש דמותר להקטירם בשבת ואף דהי' יכול להקטירם מע"ש אלמא דלא ס"ל לסוגיא דיומא כעין סוגי' דמנחות בזה ואף דהרמב"ם פסק בהא דיומא כרבה דפליג שם על ר"ח כמבואר בפ"א ה' תמידין ה"ז י"ל דהא טעמ' דרבה הוי דלכן אינו דוחה שבת דסופו כתחילתו דכיון דתחילתו לאו בר מידחא שבת דה"ה סופו לא דחי והא לא א' רבה טעמו משום דהוי מצי להקטיר מע"ש אלא טעם הנ"ל א"כ דוקא התם די"ל דכיון דזמנו הוי מע"ש ע"כ הוי כאין זמנו קבוע ולא יהי' סופו חמור מתחילתו דלאו בר מידחא שבת הוי אבל בקצירת העומר דהוי בזה תחילתו וסופו זמנו בשבת וכמש"כ התוס' במנחות שם כ"ע מודו דדוחה שבת ואף רבה מודה בזה לר"ח דיומא ואפושי פלוגתא לא מפשינן כידוע וא"ש דברי הרמב"ם הנ"ל ויש לי עוד להאריך

אך קצרתי היוצא לנו מכ"ז דשבת דחויי' אצל חולה ואצל עבודה ומילה ולא הותרה. ועיין מזה באו"ח סי' ר"ד סעי' ח' ברמ"א ומג"א שם ס"ק כ' וקצרתי:

מו

ועוד נלע"ד לדון דאף דנתבאר דשבת דחויי' אצל עבודה כמו שהוכחתי מן יבמות (דף ה' ע"ב) דגמרו בס"ד מעיקרא דעשה דוחה ל"ת מן תמיד ופסח ומילה דדחי שבת וכן מן הא דשבת (דף קל"ב) דצרעת אין נדחה מפני עבודה ופי' רש"י שם בע"א ד"ה ומה צרעת שדוחה את העבודה כו' דזהו ע"פ הא דפסחים (דף ס"ז) דדוקא טומאת מת אין נדחה לפ"ש אבל זבין ומצורעין נדחין לפ"ש כו' והוכחתי מהא דא' רב אשי שם דלכן צרעת דוחה עבודה משום דעשה לא דחי ל"ת אלא בעידנא כו' ומזה הוכחתי לעיל דשבת דחויי' ולא הותרה ועדיין י"ל בכ"ז לפמש"כ התוס' ביבמות (דף ג' ע"ב) ד"ה ל"ת שיש בו כרת מידחי כו' דאומר ר"י דמאשת אח לא מצינן למילף בעלמא דעשה דחי ל"ת דשאני א"א דמצותו בכך וא"א לקיים בע"א מצות יבום אבל מכלאים בציצית יליף שפיר דהא יכול לקיים מצות תכלת בטלית צמר כו' עכ"ל ולפ"ז י"ל דוקא מילה ופסח ותמיד דרצה למילף מזה דעשה דוחה ל"ת היינו משום דבזה לא שייך לומר דזהו מצותו בכך משום דהא יכול לקיים פסח ומילה אם לא הי' חל זמנם בשבת וכן תמיד דהא אף אם לא הי' כלל שבת ג"כ הי' מצווה להקריב קרבן תמיד כמו דמחוייב להקריב התמיד אף בחול ע"כ בזה דחויי' אבל במוספי שבת או קרבנות יוה"כ דהא עיקרם הוא רק למען קדושת שבת ויוה"כ. בזה י"ל דהותרה שבת גבייהו והוי מצותו בכך וכמו דכתבו התוס' גבי אשת אח דמקרי מצותו בכך והותרה ולא דחויי' משום דא"א בע"א לקיים מצות יבום א"כ ה"ה מוספי שבת וקרבנות יוה"כ זולת התמידין דחובת היום גרמה להביאן ולולי קדושת היום לא הי' חייב כלל להביאן. ע"כ בהך קרבנות י"ל דכיון דמצותן בכך דלולי שבת ויוה"כ לא הי' יכול לקיים מצות קרבנות הנ"ל ע"כ דומה לאשת אח דאמרינן דהותרה ולא דחויי' דלא אתינן עלה מצד דחיות עשה לל"ת כמש"כ התוס' וה"ה בקרבנות למען חובת קדושת היום דאל"כ היה בטל כלל עיקר מצותן כמו במצות יבום דכתבו התוס' כן:

מז

ולפ"ז יש לומר דדוקא במילה ותמיד ופסח דהוכחתי מן הש"ס כנ"ל דלא הוי רק דחויי' וכמש"כ התוס' בברכות (דף כ' ע"א) ד"ה שב ואל תעשה כו' דתמיד ופסח ומילה דחי שבת ולא הותרה. אלמא דהנך מקרי דחיי' ולא נקטו בקיצור לכל קרבנות ציבור משום דנתכוונו לכל מש"כ דדוקא בהנך דאינן באין מצד חובת היום י"ל דחויי' ולא הנך דבאין מצד קדושת היום וכן מצינו בזבחים (דף צ"א ע"א) ת"ש תמידין קודמין למוספין ופי' רש"י דמוספין שם שבת עליהם שהם באין חובה לה והתמידים באים אף בחול וכן כתב

רש"י במנחות (דף מ"ט) ד"ה ומקודש שהיום יו"ט דאי לאו יו"ט ליכא מוסף ומוספין לא הוי אלא מקודש עכ"ל רש"י. ואף דהש"ס מסיק בזבחים שם דאטו שבת למוספין אהנאי לתמידין לא אהנאי וכן אמרינן במנחות (דף מ"ט) שם אילימא תמידין דיומי' ומוספין דיומי' פשיטא תמידין עדיפי דה"ל תדיר ומקודש כו' בזה י"ל כמו שראיתי בספר טהרת קודש לזבחים (דף צ"א) על דיבור התוס' ד"ה ת"ש מוספי שבת כו' דכוונת הגמ' הוא דבאמת המוספין קדישי טפי שהם עיקר הקרבן השייך לשבת והתמידין אין עליהם קדושת שבת כל כך רק דלכך התמידין קודמין משום דהוי תדיר וגם קדושת שבת שנתוסף קצת על התמידין ע"כ הם קודמין וזהו כוונת הש"ס אטו שבת לתמידין לא אהנאי היינו דקצת קדושה חל על התמידין ועיקר קדושה חל רק על המוספין אף למסקנת הש"ס שם ע"ש בטהרת הקדש:

מח

ולכן אין סתירה אף ממסקנת הש"ס דזבחים לכל מש"כ לחלק בין תמידין למוספין ולפ"ז יש לתרץ למה שהוכחתי לעיל מן יומא (דף ז') דבאילו של אהרן אם נטמאת יביאו אחרת וכ"כ התוס' שם בד"ה מכלל דר"ש סבר טומאה כו' וכנ"ל בארוכה דכתבו דאם נטמאת קרבן ביוה"כ יביא אחרת אם לא הי' ריצוי ציץ:

והקשיתי לעיל הא אף אם יביא אחרת יצטרך לדחות שבת א"כ לא ירוויח כלל מן מה שיביא קרבן אחר והוכחתי מזה דס"ל להתוס' דשבת הותרה ואח"ז דחיתי שם זה. וכעת נלע"ד לחלק בפשיטות ע"פ מה שנתבאר כעת לחלק בין תמידים ובין קרבנות הבאין בשביל קדושת יום דבהך קרבנות י"ל דהותרה ולא דחויי' ולפ"ז אינו מוכח כלל מן קרבנות ציבור דיוה"כ כמו אילו של אהרן וכה"ג חוץ מן התמידים דבזה שפיר י"ל דהותרה וע"כ אם טומאה דחויי' יביאו אחרת אם נטמא הקרבן בידו אבל בתמידים הבאים בכל יום שפיר י"ל דאף התוס' דיומא ס"ל דחויי' ולא הותרה וכמש"כ התוס' בברכות כנ"ל ובשיטת הרמב"ם דכתבתי לעיל לתרץ ע"פ הא דלכן אינו מביא אחרת משום דכיון דשבת דחויי' אצל קרבנות י"ל דאינו מחלק כלל בין תמידין ושארי ק"צ הבאין בשביל קדושת היום וכפשט הסוגיא דזבחים (דף צ"א). דמסקי דאטו שבת למוספין אהנאי לתמידין לא אהנאי בתמי' וע"כ אינו מחלק ביניהם וכיון דנתבאר להוכיח דתמיד ופסח דחויי' שבת גבייהו ולא הותרה א"כ ה"ה כל ק"צ אף מוספין וכה"ג ושפיר תירצתי שי' הרמב"ם בזה:

מט

ואחר כותבי כ"ז ראיתי בספר אור חדש לפסחים (דף ע"ז) ד"ה הנח לטומאה שהותרה בציבור והביא שם לדברי הרמב"ם פ"ד ה' ביאת מקדש ה"ח שכתב דאין הציץ על מצחו

אינו מרצה וגם כתב טומאה דחויי' ותי' ע"פ סברא שכתבו התוס' ביומא (דף ז') דמאי פריך ר"ש כה"ג ביוה"כ יוכיח דלמא היכא דליכא ציץ דחויי' טומאה כמו בטומאת גברי דאין הציץ מרצה ואפ"ה דחויי'. ותי' התוס' דלמה אינו מביא אחרת ושי' הרמב"ם דכמו דטומאה דחויי' ה"ה שבת דחויי' וע"כ ס"ל להרמב"ם דאין מביא אחרת דמה לי אם יהי' טומאה דחויי' או יוה"כ דחויי' כו' עכ"ל האו"ח:

ועדיין לא תי' היטב דהא אמרו בפי' בש"ס דר"ש אמר לו יו"כ בכה"ג יוכיח ואם אי' כדבריו אין מקום כלל לקושיות ר"ש ולכן לא תי' היטב לדברי הרמב"ם התמוהים מאד מחמת סתירת הש"ס הנ"ל להדיא דגם לתירוצו ישאר התמי' הנ"ל וגם קשה לדבריו דכתב דהרמב"ם יסבור כקושיות התוס' דמה הקשה ר"ש הא י"ל דהוי כמו טומאת גברי דאין הציץ מרצה ולא הרגיש כלל דהא הרמב"ם פסק להדיא בה' ביאת מקדש דאף בטומאת ציבור בטומאת הגוף ג"כ הציץ מרצה כנ"ל א"כ נסתר עיקר יסוד התוס' שהכריחם לקושיא זו אבל לעיל נתבאר בעז"ה היטב דגם לשי' הרמב"ם יש מקום לדברי התוס' בזה ולכן יפה כתבתי בעז"ה לתרץ על נכון להרמב"ם התמוהים הנ"ל:

סימן טז

כבוד הרב הנ' וכו' שי'

ענף א

מכתבו הגיעני במה שביקש ממני להודיעו טעמי במה שהשבתי לרב א' ממדינתם ע"ד קמח פסח של בתי הרחיים שנמצא עיסה בדופני הליוונטארין והי' תשובתי בקצרה כי מותר הקמח הזה באכילה בפסח וע"ז יצא כת"ר לערער וביקש ממני להודיעו טעמי: והנני להשיב בקצרה:

א

והוא כי כעין זה כתב הנשמת אדם ה' פסח סי' כ"א והעלה להתיר ע"פ דין ספק ספיקא ספק א' שמא הוי הזיעה כמו מי פירות ואת"ל כו' שמא לא נתערב בו כלום כו' ועיקר דין זה הוא באו"ח סי' תס"ו סעי' ג' דהמחבר הביא דיעה הראשונה בסתם דזיעת החומה אינה מחמצת ודיעה שניי' בשם יש אוסרים. והמג"א כתב דצ"ע כו' אבל האלי' זוטא כתב דדעת המתירין עיקר וכן נראה מדברי המחבר וע"כ מידי ספיקא לא נפקא בזה ובפרט בכותל של עץ וכמש"כ המג"א והנשמת אדם ולכן לכל הפחות הוי ספק השקול. ואף דמן הקרבן נתנאל בפסחים פ"ב אות קכ"ו נראה דס"ל להחמיר בזה מן דין ודאי איסור עכ"ז הא יש לנו דעת הא"ז וכפי שנראה מן לשון המחבר דנוטה להיתירא. ע"כ הנכון עם הנשמת אדם דה"ל עכ"פ ספיקא דדינא אם הוי חמץ ולא ודאי חמץ:

ב

ועדיין יש לבאר דאף דנימא דהלכה כהסוברים דהך זיעה אינו מחמץ עכ"ז הא כשנילושה אח"כ במים א"כ הא במי פירות עם מים קיי"ל דממהר להחמיץ אך כבר כתב הנשמת אדם שם ובסי' כ"ב שם דיש להסתפק דזיעת החומה הוי כמו זיעת אדם דלא הוי אפי' מי פירות וכמש"כ החק יעקב בסי' תס"ו ס"ק ז' והובא בקצרה במקור חיים סי' תס"ו ס"ק ד' והנה החק יעקב בסי' תס"ו ס"ק י"ג כתב בשם הא"ז והדרישה דהיכא דאיכא לספוקי אם מן מי פירות או מדברים המחמיצין דיש להתיר ע"פ דין ס"ס כו' והמקור חיים ה' פסח סי' תר"ו ס"ק ג' הקשה ע"ז דהא מי פירות עם מים ג"כ הוי חמץ וממהר להחמיץ ונשאר בצ"ע והנה הנשמת אדם כתב דהא אכתי הוי ספק שמא הלכה כהרי"ף והרמב"ם דמי פירות עם מים אינו ממהר להחמיץ וע"כ ה"ל ס"ס מעליא:

ג

אבל לדעתי יש לפקפק עדיין ע"ז מהא דכתבו התוס' בכתובות (דף ט' ע"ב) בד"ה אי למיתב לה כתובה כו' וי"ל דלא חשוב ס"ס כה"ג משום דהאי ספיקא שמא באונס הי' לא חשיב ספיקא גמורה למיתב כתובה דאימור קודם שנתארסה נאנסה כו' הרי מבואר להדיא דאם לצד הספק א' אינו ברור עדיין כי יש עוד להסתפק בזה משום דלא ברירא ע"כ אין מצרפין זה הספק להספק השני ולא מהני ס"ס כזה א"כ ה"ה בנ"ד בהך ס"ס שמא מן מי פירות וספק שני שמא לא נתערב בו:

הא בהך ספק שמא מן מי פירות לא הוי ברור לדינא להיתירא דאכתי הוי ספק שמא הלכה כהפוסקים החולקים על הרי"ף והרמב"ם וס"ל דמ"פ עם מים ממהרים להחמיץ ובפרט כי כן הוא דעת השו"ע בסי' תס"ב סעי' ב' לאיסור ולא הביא כלל דעת הרי"ף והרמב"ם אף בשם י"א ע"כ עדיין יש לפקפק על מש"כ הפוסקים לדון בספק מי פירות דהוי ספק ספיקא:

ד

ועכ"ז נראה לי דשפיר כתבו לדון זה בדין ס"ס ולהיתירא משום דהך דין שכתב החק יעקב בסי' תס"ב ס"ק ג' דאף דנתייבש המי פירות אם אח"כ באו למים דמחמצת. עכ"ז אין זה וודאי לאיסורא דהנה הפר"ח בסי' תס"ב ס"ק ד' הביא בשם הרשב"א והרמב"ן דמוכח דס"ל דבכה"ג אינה מחמצת והובא בבאר היטב סי' תס"ב ס"ק ד' ע"כ אף דנימא דמ"פ עם מים ממהר להחמיץ וכשיטת הפוסקים החולקים על הרי"ף והרמב"ם. עכ"ז אין זה וודאי חמץ רק ספק חמץ משום דהא הוי ספיקא דדינא בנתייבשו המ"פ מקודם כנ"ל ע"כ יש לנו לצרף הך ספיקא שמא במ"פ ולדון עפ"ז דין ס"ס משום דאם הי' מ"פ אז יש לנו היתר וודאי משום הס"ס דיש לנו אז בזה היינו ספק ראשון שמא הלכה כהפר"ח שהוכיח

דבנתייבשו המ"פ מקודם שבאו המים עליהם דאין זה חמץ כלל ואת"ל כהסוברים דגם בנתייבשו המ"פ מקודם דינו כמו מ"פ עם מים ביחד עכ"ז אכתי ספק לנו שמא הלכה כהרי"ף והרמב"ם דמ"פ עם מים אינו ממהר להחמיץ וכמש"כ הנשמת אדם להסתפק בזה א"כ יש לפנינו דין ס"ס גמור להיתירא אם הי' זה מן מ"פ וכיון דאנו סומכין על ס"ס להיתירא משום דהס"ס מברר לנו ההיתר ע"כ אין זה דומה להך דכתובות (ד' ט') בתוס' הנ"ל ושפיר כתבו לדון להיתירא בספק מ"פ או מים משום הס"ס:

ה

ועוד נלע"ד להוסיף ולדון דאף לשיטת המחבר דסותם כהסוברים דמ"פ עם מים יאפה מיד דממהרים להחמיץ דעכ"ז אין זה חמץ וודאי רק דינו ככל ספק חמץ רק דאי אפשר לשומרו שלא יחמיץ כמש"כ רש"י והתוס' בפסחים (ד' ל"ה וד' ל"ו) אבל וודאי חמץ לא הוי ועיין במהרש"א פסחים (ד' ל"ח ע"ב) שכתב דהיכא דהוי זריזים אין לחוש במ"פ עם מים וכעין זה מצינו במג"א סי' תס"ז ס"ק י"ב במה שאמרו דהיכא דמינח נייח כ"ע מודו דאסור דעכ"ז אין זה וודאי חמץ אלא ספק ולכן מתירין התבשיל ע"ש וכמו כן יש לדון הכא וקצרתי וע"כ לצד הספק שמא מן מ"פ הוי דיש בזה שלשה ספיקות להיתירא. ספק א' שמא הלכה כהרי"ף והרמב"ם דמ"פ עם מים דינן דאינו ממהר להחמיץ ואז אין בזה שום ריעותא כלל ואת"ל כהחולקים אכתי ספק שמא לא מיהר להחמיץ עדיין כ"כ וכנ"ל ועוד ספק שלישי שמא הלכה כהפר"ח דבנתייבשו המ"פ מקודם אינן מחמיצות יותר וע"כ לצד הספק שמא מן מ"פ הוי יש לנו היתר ברור ע"פ שלשה ספיקות להיתירא ולכן שפיר כתבו האחרונים לדון להיתירא ע"פ ס"ס אם הוי ספק שמא מן מ"פ כו' ולא שייך לדון במש"כ דהא הוי ס"ס משם א' דז"א דהא זה דומה לספק על הארי כו' ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' ובספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ז' ובפרט במידי דרבנן וכעין דברי הפרמ"ג יו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק ט"ו דבדרבנן לא בעינן ס"ס מתהפך וה"ה בס"ס מש"א וקצרתי בכ"ז:

ענף ב

ו

ויהי' איך שיהי' כיון דכתבו הפוסקים לדינא להיתירא בספק נתלחלחו ממי פירות דדיינינן ס"ס להיתירא וע"כ ה"ה בנ"ד. והנה נ"ד עדיפא טפי. דהא בעיקר דבריהם שכתבו להקל באכילה ע"פ ס"ס יש להעיר ע"ז מהא דסי' תס"ז סעי' ב' ברמ"א דכתב דלא מהני ס"ס להתיר באכילה והחק יעקב בסי' תס"ו ס"ק י"ג העיר בקצרה בזה והנה הט"ז בסי' תס"ז ס"ק ד' הקשה דאמאי לא סמכינן להתיר באכילה ע"פ הס"ס וכן העיר החק יעקב שם בס"ק י'. והמקור חיים להגאון מליסא בסי' תס"ז ס"ק ג' כתב דלק"מ

דטעם הרמ"א הוא משום דס"ל כשיטת הרמב"ם דחמץ הוי דשיל"מ דלא מהני ס"ס כו' וכן ראיתי בביאור הגר"א שם ס"ק ה'. אבל לדעתי יש להקשות עליהם דהא לדינא קיי"ל דחמץ בפסח לא מקרי דשיל"מ כמו דמבואר בסי' תס"ז סעי' ב' דחמץ בערב פסח בטל בששים ובמחבר ורמ"א שם בלא שום חולק ע"ז כלל וכמש"כ המג"א בסי' תמ"ז ס"ק מ' וכן יש לתמוה על הלבוש בסי' תס"ז סעי' ט' דכתב דלכן אסרינן התבשיל שנמצא בו חטה שאינה מבוקעת משום דהוי דשיל"מ וכן ראיתי באלי' זוטא שם שתמה כן על הלבוש מהא דחמץ בע"פ דבטל בששים הרי דקיי"ל לדינא דחמץ לא הוי דשיל"מ:

והנה כסברת הלבוש שם ראיתי כן בספר אור זרוע הגדול חלק ב' ה' פסחים סי' רנ"ו שכתב ג"כ כמו שכתב הלבוש והקשה ע"ז דהא המאכל מתקלקל א"כ לא שייך בכה"ג להחמיר שם בלא נתבקעה משום דשיל"מ ע"ש ובמקום אחר הארכתי בזה ואכמ"ל:

ז

ועכ"ז נראה לענ"ד לתרץ דברי הרמ"א וכפי הטעם) שכתב המק"ח והגר"א וצ"ל דלכן החמיר הרמ"א לאסור באכילה ולא מהני ס"ס משום דהוי דשיל"מ:

והא דקיי"ל בתערובות בע"פ להיתירא דלא הוי חמץ בשם יש לו מתירין יש לחלק ביניהם והוא דהר"ן בפסחים פ"ב כתב הטעם דלכן לא הוי חמץ דשיל"מ דהא נאסר בעיני' מדרבנן לאחר הפסח ע"ש והנה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י' כתבתי בטעמו של הר"ן לנדרים (דף נ"ב) שכתב דלכן דשיל"מ אינו בטל משום דהיתר בהיתר לא בטיל וכמו דם הפר ודם השעיר כו' והעליתי משם דהא דלא רצה הר"ן בטעמו של רש"י דאתי עלה משום דעד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר משום דהר"ן ס"ל דכיון דתערובות איסור ברוב היתר נהפך האיסור להיתר א"כ אין כאן איסור כלל בעולם ולא שייך כלל לדון בזה עד שתאכלנו באיסור כו' וע"כ כתב הר"ן טעם אחר לאיסור דשיל"מ בתערובות דזהו משום היתר בהיתר לא בטל ולכן שפיר ס"ל להמחבר והרמ"א בחמץ בתערובות דאין להחמיר בי' באיסור דשיל"מ דהא שייך לפ"ז טעמו של הר"ן בפסחים פ"ב דכיון דחמץ בעיני' נאסר עכ"פ מדרבנן א"כ אין שם היתר עליו כלל:

ובזה אזלינן בתר שמא ועיין בכרו"פ ובחוות דעת ליו"ד סי' ק"ב סעי' ב' וקצרתי וכיון דאין שם היתר על החמץ ע"כ לא שייך להחמיר בתערובות חמץ משום דבר שיש לו מתירין אבל לענין ס"ס בדשיל"מ שפיר יש לדון דאף בחמץ בפסח דינו כמו כל דשיל"מ דלא מהני ס"ס משום דשייך גם בחמץ לדון להסברא עד שתאכלנו באיסור תאכלנו בהיתר. דאף דחמץ לאחר הפסח מיתסר מ"מ הא לא נאסר אז רק מדרבנן א"כ אף בקלות האיסור מדאורייתא לדרבנן ג"כ שייך לדון להטעם הזה ועיין בתשובת צמח צדק

סימן ס"ט ובתשובת רע"א סי' ס"ה ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ה']. וקצרתי כן י"ל בשיטת הרמ"א בטעמו דכתב דלא מהני ס"ס להתיר באכילה בחמץ אף דס"ל דבתערובות חמץ אין דינו כמו שיל"מ ומתורץ קושייתי מעל המק"ח והביאור הגר"א זצ"ל ועיין ביו"ד סי' ק"ב סעי' ד' בהג"ה ובט"ז ס"ק י"ג ובש"ך ס"ק י"ד וכן יש לתרץ עפ"ז לדברי הלבוש ומתורץ קושיות אלי' זוטא הנ"ל ויש לי עוד מה לתרץ לקושיות אלי' זוטא הנ"ל מעל הלבוש ואכמ"ל יותר:

ח

ועכשיו דנתבאר דמה דהחמיר הרמ"א לאסור באכילה בפסח אף דיש ספק ספיקא משום דזה הוי ככל דשיל"מ דלא סמכינן על ס"ס א"כ לפ"ז בנ"ד דהספיקות הם בדין ולא בהמעשה ספק א' שמא הלכה כהסוברים דזיעת החומה אינו מחמץ וכש"כ בזיעת העץ. ועוד ספק שני שמא הלכה דהפירור שיוצא דרך נקבי הנפה דינו ככל לח בלח דבטל בששים קודם פסח וכשיטת הסוברים כן וכמש"כ החק יטקב בסי' תנ"ג ס"ק י"ז בשם הכלבו וכמו שהביא בנשמת אדם פלוגתת הפוסקים הללו בה' פסח סי' כ"ב ע"ש והשאגת ארי' בסי' צ' כתב דספיקא דדינא אף בדשיל"מ אזלינן לקולא וכ"כ הפר"ח לאו"ח סי' תצ"ו ס"ק ג' והובא בתשובת ר"ע איגר סי' ס"ה ע"ש. ובספרי באר יצחק מזה א"כ לפ"ז בנ"ד דהשני ספיקות הם הכל ספיקא דדינא בוודאי יש לנו למנקט ולסמוך על הך ס"ס ולהיתירא אף דהוי דשיל"מ ובאמת לפי טעם זה יש מקום להתיר אף בחד ספק כיון דהוי מדרבנן אכן מחמת חומרא דחמץ קשה לסמוך להיתירא על חד ספק אבל אם יש שני ספיקות בדינא בוודאי יש לנו לסמוך להיתירא אף באכילה כיון דלא שייך בכה"ג להחמיר משום דשיל"מ וכיון דעיקר מה דאמרו בסי' תס"ז דאין להתיר באכילה ע"י ס"ס הוא משום דהוי דשיל"מ או משום חומרא בעלמא וכמש"כ הט"ז והחק יעקב. ע"כ בנ"ד דהוי ספיקא דדינא אין לחוש לאיסור דשיל"מ וכן מצד חומרא בעלמא אין לחוש באיסור משהו ודוקא בהא דסי' תס"ז סעי' ב' דהוי חשש דאין שם ששים נגד החמץ בזה מצינו דהחמירו אף בס"ס משא"כ באיסורי משהו לא מצינו דהחמירו בס"ס וכעין זה מצינו בסי' תס"ז סעי' י"ב בהג"ה להתיר בתרנגולים מכח ס"ס. ספק שמא עתה נפלה וספק ב' שמא הלכה דדייניין עיכול אף באיסור וכמש"כ המג"א שם ס"ק כ"ב. והנה המ"ז שם ס"ק י"ז העיר דאמאי מהני שם ס"ס. אכן לפי מש"כ א"ש. דשא"ה דחד ספק הוי ספיקא דדינא וע"כ אין לחוש בזה משום דשיל"מ וכן הא הוי איסור משהו דקילא ביותר:

ט

והנה לעיל כתבתי להעיר בנ"ד בהזיעה דאף דנימא דהוי מ"פ מ"מ הא יש לחוש דממהר להחמיץ ע"י המים דיבוא לאח"ז והארכתי שם לסתור זה החשש. אבל בנ"ד באמת אין

לחוש לזה כלל דהא מבואר במג"א סי' תס"ב ס"ק א' דאם המ"פ הוי דבר מועט אין לחוש לחומרא זו כלל וכעין זה כתב המהרש"א בפסחים (ד' ל"ח ע"ב) בד"ה רביעית היא כו' דכיון דלא הוי רק רביעית לכמה חלות אינו ממהר להחמיץ בשביל דבר מועט כו' עכ"ל [ועפ"ז יש ליישב דברי הירושלמי פסחים פ"ב סוף ה"ד ולייישב קושיות מה"פ שם בד"ה אותו כזית שאדם יוצא בו י"ח בפסח צריך שלא יהא בו משקין כו' ויש להאריך בכל הסוגיא בירושלמי שם והוכרחתי לקצר כעת]. וע"כ בנ"ד בהזיעה דלא הוי רק דבר מועט בוודאי אין לחוש כלל לחומרת המ"פ עם מים אך אף במה שכתבו האחרונים בנתלחלח השק ואיכא לספוקי שמא מן מ"פ כו' דיש שם ס"ס אף דנימא דהוי הרבה ג"כ ביארתי לעיל דאין לחוש דמ"פ עם מים ימהרו להחמיץ וכמו שכתבתי לעיל:

ו

ומש"כ כת"ר לחוש שמא בא הזיעה מן החטים שהחמיצו במחובר ע"י רבוי גשמים זה אינו דהא מבואר בסי' תס"ז סעי' ד' שנה שרבו גשמים כו' אין חוששין לסתם חטים של אותה שנה ודוקא אם אנו רואין דאחמיץ במחובר לפנינו בזה אוסרין אבל לא בסתם. ואין זה דומה כלל לדברי הקרבן נתנאל בפסחים פ"ב סי' קכ"ו ופשוט:

יא

ונתבאר דשפיר נהיגי עלמא לאכול המצות בפסח אף מן מה שטוחנין בבתי הרחיים של הקיטור וכן ברוב קהילות ועיירות במדינתנו כל הטחינות הם רק ע"י בתי הרחיים הללו ואין שום פוצה פה ומערער ע"ז כלל ובאמת בקהילתי דרכי לצוות שיהיו פתוחים הליוועטנטארען בעת הטחינה ועי"ז אין מוצאין שם עיסה. וכן הנני מזהיר לכל הטוחנים חטי דפסחא שיהדרו שיהיו הצילענדער כיס נקי וחדש שלא בא עליו חמץ כלל מעולם וכמש"כ השערי תשובה בסי' תנ"ג ס"ק י"ד בשם שאילת יעב"ץ אך בדיעבד אין לחוש בזה כלל וגם יש לצרף בכ"ז דעת הראבי' שהובא במג"א סי' תס"ז ס"ק ד' וקצרתי. ודעתי מסכמת להרבנים דמדינתם שהתירו ודברי המערערים הם בטלים יותר אין בכחי לכתוב ונא בל יטרידני יותר בזה:

סימן יז

נשאלתי מן מחוז א' אשר החיטים של פסח לוקחים מן החטים הבאים בספינות שמביאים תגרים א"י ובשנה העברה נודע כי הספנים התגרים שופכים מים לתוך החטים למען להכביד משקל החטים כי העודף של המשקל שייך להספנים והספנים האלה מוכרים זה העודף בדרך לסוחרים ונשאלתי אם מותר לאכול המצות מהחטים האלו בפסח:

תשובה בקצרה

א

והוא דזה ברור דאף דיבורר דשפכו שם מים. עכ"ז כל זמן דלא נתבקעו לא הוי ודאי חמץ רק ספק חמץ דאף דקיי"ל באו"ח סי' תס"ז סעי' ב' דגן שנטבע בנהר כו' אע"ג שלא נתבקע אסור דכיון דמינח נייחי אתי לידי חימוץ מ"מ אין זה ודאי חמץ וכמש"כ המג"א שם ס"ק י"ב דמה"ט אף בחטה שנמצא בתוך התבשיל דאם לא נתבקע ממש התבשיל מותר והרי דאף בבישול דודאי נכנסו המים לתוך החטה מ"מ כ"ז דלא נתבקע ממש מותר התבשיל משום דאין זה ודאי חמץ רק ספק חמץ ובדרבנן מקילינן בספק רק מצד חומרא החמיר הרמ"א לאסור התבשיל אבל עכ"פ בעינן נתרככה וגם לשיטת הרמ"א אין זה רק מספיקא ולא משום ודאי וס"ל דכה"ג אין זה בכלל ספק דרבנן דלקולא משום דכיון דמחמרינן מספיקא גבי החטים עצמם ע"כ ממילא אסרינן גם התבשיל אף דאינו רק מדרבנן ועיין מזה בנו"ב מ"ת ח' יו"ד סי' נון ובתשובת רע"א סי' ס"ד ועת לקצר ועיין בביאור הגר"א זצ"ל בסי' תס"ז ס"ק כ"ג ובלבוש שם סעי' ט' ובאלי' זוטא שם ס"ק ח' וקצרתי:

ב

אבל זה ברור דאף בבישול וכיוצא בו דאף שנכנסו המים לתוך החטים ולכל חטה וחטה בתוכו. מ"מ כ"ז דלא נתבקע ממש אין זה רק ספק חמץ וכמש"כ הרמב"ם פ"ה ה' חמץ ה' ח' גבי חטה שנמצא בתוך התבשיל דאם לא נתבקע מוציאין אותו ושורפו ואוכלין התבשיל שאין הדגן שנבלל ולא נתבקע חמץ גמור של תורה ואינו אלא מדברי סופרים כו' וע"כ אין לחלק בין באו המים מבחוץ להספינה או שבאו לתוך הספינה והחטים:

דהא בתבשיל בודאי באו המים ונכנסו ביותר לתוך החטים ממש ואפ"ה אינו רק ספק חמץ משום דהך סברא דכתבו להוכיח מהא דפסחים (דף מ"ם ע"ב) בההוא ארבא דחיטי דטבע דאסרו ולא שאלו אם נתבקע דמוכח מזה להך כללא דמינח נייחי אתי לידי חימוץ דמזה אינו מוכח רק דהוי ספק חמץ אבל לא שיהי' ודאי חמץ והנה מהירושלמי פסחים סוף פ"ב מוכח דס"ל דאף היכא דמינח נייחי כ"ז דלא נתבקע אין זה אף ספק חמץ כלל דהא אמרו שם שרה חטים ושעורים במים נתחמצו אסורות כו' ר"י אמר שרה שעורים במים נתבקעו אסורות וכן הוא בתוספתא ריש פ"ג דפסחים ויש להאריך בכ"ז אבל אף למאי דקיי"ל כפי ש"ס דילן דאסרינן אף בלא נתבקע מ"מ אין זה רק ספק חמץ אף היכא דבאו המים לתוך החטה בדרך בישול או בדרך שרייי כ"ז פשוט:

ג

ולכן בנ"ד אף אם יוודע דשופכין מים בהחטים, מ"מ כ"ז דלא נתבקעו אינו רק ספק חמץ, והנה כ"ז דלא נתברר לנו בודאי ששפכו מים שם אין זה רק ספק חשש בזה.

דאף דאמרו בבכורות (דף י"א) דהמפקיד פירותיו אצל א"י דודאי חלפינהו כו' וכת"ק דשם. משום דא"י מחליף להנאתו עכ"ז הכא דהוא תגר יש לדון בזה דלא מרע אומנתו וכמבואר באו"ח סי' כ' וביו"ד סי' קי"ד סעי' ה' וסי' ש"ב וסי' קי"ד בש"ך סוף ס"ק כ"א וכמו שהאריכו בזה האחרונים החכם צבי סי' ל"ט דמתרץ שם קושיות הפר"ח ליו"ד בסי' קי"ד ס"ק י"ב והנו"ב במ"ת ח' או"ח סי' ע"א ומזה ביו"ד סי' קנ"ה ובש"ך שם ס"ק ג' ובשו"ת תפארת צבי ח' או"ח סי' י"ט:

ד

ומה שהקשה כת"ר מן ב"מ (דף נ"ב) דסלע שנפחתה לא ימכרנה לא לתגר. ולא לחרם. ולא להרג מפני שמרמין בה את אחרים ולא אמרינן אומן לא מרע אומנתו יפה הקשה אך נלענ"ד לחלק ע"פ מה שכתבו התוס' בקידושין (דף מ"ה ע"ב) בד"ה בפי' אמר מר כו' בשם ה"ר מנחם דלשמא קידש לא חיישינן ושמא יקדש חיישינן כו' וכמו שהארכתי מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ד' והנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' נ"ו:

ובנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' ק"ג והטעם הוא דס"ל דחזקה לא מהני על חשש דלהבא רק על העבר מהני החזקה לברר וכעין זה כתבו התוס' בגיטין (דף י"ז ע"ב) ד"ה זנות לא שכיחא כו' לחלק דלשמא תזנה חיישינן ולשמא זינתה לא חיישינן וכוונתם כתב ההפלאה לכתובות (דף ב') תוס' ד"ה שאם הי' לי' כו' בשם המפרשים יע"ש וטעמם הוא ג"כ משום דעל חשש דלהבא לא מהני חזקה לברר. וה"ה י"ל כן בהך כללא דאומן לא מרע אומנתו דדווקא על חשש דלשעבר מהני הך סברא לברר לנו וגם בהך דיו"ד סי' ש"ב והר"נ ריש חולין דמותר ליתן לא"י חוטי קנבוס לתפור ע"פ הך סברא דאומן לא מרע אומנתו דאין זה מקרי חשש דלהבא רק חשש לשעבר דהא עיקר חשש האיסור שם הלא בעת שילבשם. דהא בעת נתינתו לאומן לתפור אין אז שום חשש לאסור ובעת לבישה הלא אז חשש בלשעבר. וע"כ שפיר מהני חזקה דלא מרע אומנתו לברר זה אבל במכירת המטבע שנפחתה דעיקר האיסור שיעבור אז בעת המכירה על לפני עור שירמו בה אחרים:

וכמש"כ הלבוש בחו"מ סי' רכ"ז שם. ע"כ לא מהני החזקה דאומן לא מרע אומנתו לברר על החשש שיכול להיות אחר זמן שירמה אחרים וע"כ אסרו למוכרה אף לתגר ועיין בנו"ב מ"ק ח' יו"ד סי' נ"ו ובמ"ת סי' ק"ג:

ה

ועוד י"ל בזה דאמרו דלא ימכרנה לא לתגר דמיירי בתגר דמוחזק לנו לרמות אחרים דומיא דלא לחרם ולא להרג וכמו שאמרו שם להטעם מפני שמרמין בה אחרים דמשמע דידוע לנו שהוא חשוד לרמות אחרים. וראיתי ברמב"ם ה' גניבה ה' ו' שלא הביא להך

דלא ימכרנה לתגר אלא כתב דאסור למוכרה להרג או לחרם מפני שמרמין בה את אחרים וי"ל דטעמו דס"ל ג"כ כמו שכתבתי לפרש דהש"ס מיירי בתגר שמוחזק לנו שנחשד לרמות אחרים ואינו מקפיד להיות מרע אומנתו וע"כ הוא בכלל דלא להרג ולא לחרם דכתב דאי נימא דמיירי בסתם תגר א"כ הו"ל להביא זה דהוא מלתא חדתא וכמש"כ כת"ר להוכיח מזה דלא דייניגן להך כללא דלא מרע אומנתו וע"כ מוכח כמש"כ וכן הוא הדין דלתגר ישראל בודאי מותר למוכרה:

באומר דרנינהו לתלות בצואר בתו כ"ז דלא נחשד לנו שירמה בה לאחרים וגם לאינו חשוד אף דאינו תגר ג"כ מותר למוכרה ושם בש"ס לא קאמר לתגר א"י רק לתגר סתמא ומשמע דאף לתגר ישראל אסור למוכרה וע"כ מוכרח דמיירי בתגר שהוא מוחזק לחשוד לרמות אחרים ואינו חושש על הרעת אומנתו משא"כ בתגר סתמא עדיין י"ל דאף לא"י תגר מותר למוכרה משום הכלל דאומן לא מרע אומנתו ואין לחלק:

ו

ועוד יש לומר בזה עפ"י סברת השלטי גבורים לב"ק בסוגי' דהמראה דינר לשולחני (דף צ"ט) דהובא באורים ותומים סי' קכ"ט ס"ק ג' שכתב הטעם דלכן המראה דינר לשולחני אינו חייב עד שיאמר לו חזי דעלך קא סמיכנא משום שיכול להתנצל ולומר דלא דקדק כ"כ:

משום דחשב דכמו דהראה לו כן יראה את המטבע לאחרים. ולא חשש שירע את אומנתו בזה וע"כ אינו חייב משום דינא דגרמי יעו"ש כמו כן יש לדון הכא דלכן לא שייך בזה הך כללא דאומן לא מרע אומנתו משום דזה לא שייך רק היכא דהוי בחשש שעשה מעשה זיוף וכן בהך דמנחות (דף מ"ג) ושו"ע או"ח סי' כ' דאומר דלקחן מישראל דאם לא לקחן מישראל הרי אמר שקר בפיו בפירוש וגם הא הוי התם מעשה זיוף כמש"כ הנו"ב סי' ע"א. ע"כ דנו בזה להך דאומן לא מרע אומנתו משום דאין לו שם שום התנצלות ע"ז כלל אבל במכירת המטבעות מה שמוכר ונותן התגר לאחרים הא אינו אומר בפיו בפירוש שזה הוא מטבע טובה. רק מונה זה המטבעות בתוך חשבון מטבעות אחרים א"כ אינו מרע אומנתו דיכול להתנצל ולומר דטעה בזה ולא דקדק כ"כ בזה דסמך על מה דיכול המקבל את המטבע להראות לאחרים את המטבע וע"כ לא מרע לאומנתו עי"ז ולכן לא דנו שמה להך כללא דלא מרע כו' וידעתי מה דיש להעיר ע"ז מהא דע"ז (דף כ"ז ריש ע"ב) סבר שיולי משאיל לי' כו' אבל יש לחלק וקצרתי:

ז

אבל בנ"ד אם ניחוש לזיוף ששופכין שם מים לתוך החטים הרי הוא מעשה רבה וזהו קפידא טובא וגם הא אם יוודע מזה ענש יענשו עפ"י, נימוסי אדונינו הקיר"ה ע"כ שייך

בנ"ד לדון להך כללא דתגר לא מרע אומנתו וכ"ז דלא נודע לנו אין לנו לחוש שמא שפכו שם מים ולכהפ"ח אף אם נחלק באיזה חילוק מ"מ אין זה ברור לדינא ומידי ספיקא לא נפקא ע"י הך סברא דלא מרע אומנתו א"כ יש בנ"ד ספק ספיקא מעלי' ספק א' שמא לא שפכו שם מים כלל ואת"ל שפכו אכתי ספק שמא לא הוי חמץ כ"ז דלא נתבקע. ועל ס"ס בוודאי יכולין לסמוך להיתירא ואף לפי שיטת הרמ"א באו"ח סי' תס"ז סעי' ב' גבי דגן שהיה מונח בעלי' וירדו גשמים כו' דכתב דלאכלן אסור ולא מהני ס"ס טעמו הוא כמש"כ בביאור הגר"א ס"ק ה' דהוי דבר שיש לו מתירין ולא מהני ס"ס וכ"כ המקור חיים שם ס"ק ג' א"כ שאני נ"ד לפי מש"כ הצל"ח פסחים בשיטת ר' חנניה ס"ה דהיכא שהיה לו חזקת היתר אין להחמיר בדשיל"מ וכ"כ הנוב"י במ"ת ח' אה"ע סי' ל"ח ובנ"ד הא יש להחטים חזקת היתר:

כ"ז דלא נולד לפנינו שום ריעותא למראות עינינו והוי חזקה מעליא א"כ על ס"ס בצירוף חזקת היתר אנו סומכין להתיר אף בדשיל"מ ואין לנו להחמיר בכה"ג משום דשלי"מ משא"כ בנידון הרמ"א דשם דראינו שירדו גשמים עליהם א"כ הא אתרע חזקת היתר וע"כ אין לסמוך על ס"ס משום דהוי דשלי"מ. וגם הא מצינו בח"מ סי' רמ"א סעי' יו"ד בתנאי בקום ועשה דאינו נאמן לומר דקיים התנאי בקום ועשה. משום דמוקמינן בחזקתו דנשאר הדבר כמו שהיה מעיקרא כמש"כ הסמ"ע שם והקצה"ח שם בס"ק ח' ובמק"א העירותי דהא בממון לא מהני חזקה להוציא ממון ואכ"מ] וכעין זה כתב הרשב"א ליבמות והובא בחוות דעת בכללי ספק ספיקא בס"ק כ"ז דלעולם אמרינן דלא נעשה מעשה מחודש עד דאיכא ראי' וכ"כ הנתיבות בכללי תפיסה בס"ק כ"ב בשם הרשב"א דכל הטוען דבר מחודש עליו הראיה ומוקמינן הדבר בחזקתו כמו שהי' מקודם עכ"ל:

ע"כ בנ"ד כ"ז דלא נודע לנו אם שפכו מים. יש לנו חזקה מעלי' לדון דלא נעשה מעשה השפיכה דהוא מעשה רבא ובצירוף הס"ס ביחד אין לנו להחמיר אף בדשיל"מ:

כ"ז דלא איתרעי להך חזקה כלל והוי ספק על כו' וכיון דהוי ספק בעיקר הריעותא אין לנו לחוש כלל:

ובמק"א כתבתי לבאר זה ביתר ביאור דהא מצינו דהיכא דיש לנו רובא וחזקה דבזה אף ר"מ מודה דלא חיישינן למיעוטא כמבואר ביבמות (דף קי"ט) ובתוס' חולין (דף פ"ו) וע"ז (דף ל"ד). ע"כ ה"ה בדשלי"מ סמכינן על רובא וחזקה. וה"ה על ס"ס וחזקה וקצרתי:

ח

ועוד דהא כתב הרמ"א ביו"ד סי' ק"ו סעי' ח':. דבמקום צורך יש להתיר אף בדשיל"מ ע"פ ס"ס וכמש"כ הש"ך שם בס"ק נ"ו דלכן מתירין חדש בסתם תבואה ע"פ דין ס"ס כמבואר ריש סי' רצ"ג:

משום דזה מקרי לצורך. וה"ה בנ"ד דאנו דנין על כל המחוז בהחטים הבאים על הספינות ע"כ זה מקרי לצורך דגם הרמ"א מודה דיש לסמוך על ס"ס אף דנימא דזה מקרי דשיל"מ משא"כ בנידון הרמ"א דמיירי בפרט על דגן שהיה מונח בעלי' ע"כ החמיר משום דהוי דשיל"מ ועוד דבעיקר דברי ביאור הגר"א זצ"ל והמקור חיים דכתבו בהטעם של הרמ"א דאסור לאוכלן ולא מהני ס"ס משום דהוי דשיל"מ יש לי לדון עליהם דהא לדינא קיי"ל דחמץ בפסח לא מקרי דשיל"מ כדמוכח בסי' תמ"ז סעי' ב' דחמץ בע"פ בטל בששים וכמש"כ המג"א להוכיח כן מן הך דחמץ בע"פ בטל וכמש"כ המג"א בסי' תמ"ז ס"ק ו' יע"ש וכעין זה ראיתי בלבוש סי' תס"ז סעי' ט' שכתב דלכן נוהגין לאסור התבשיל שנמצא בהם חטה שאינה מבוקעת ממש משום דהוי דשיל"מ, וע"ז הקשה שם אלי' זוטא בס"ק ח' מהך דחמץ בע"פ דבטל בששים א"כ מוכח לדינא דחמץ לא מקרי דשיל"מ, וזהו כעין מה שהקשיתי:

ט

ולענ"ד נראה לתרץ קושיות האלי' זוטא מעל הלבוש די"ל דהלבוש אזיל לטעמי' דהא כתב הר"ן בפ"ב דפסחים לפרש דחמץ בפסח לא מקרי דשיל"מ משום דהא גוף החמץ נאסר עכ"פ מדרבנן גם לאחר הפסח וע"כ אין שם היתר עליו א"כ י"ל דאתי שפיר דברי הלבוש במה שכתב דלכן נוהגין לאסור התבשיל שנמצא בו חטה שאינה מבוקעת דהוי דבר שיל"מ, משום דיש לחלק דדוקא בחמץ בע"פ לא מקרי דשיל"מ דזהו ג"כ מטעמא של הר"ן דכיון דיהא אסור גם לאחר הפסח כו' משא"כ בחטה הנמצא בתבשיל דהא שיטת הלבוש בסי' תס"ז סעיף ט' דאף חטה מבוקעת ממש. אינו חמץ מה"ת. רק הוי חמץ מדרבנן ולכן כיון דקיי"ל דחמץ נוקשה שעבר עליו הפסח אינו אסור לאחר הפסח, כמבואר בסי' תמ"ז סעי' י"ב וכמש"כ המג"א שם. וע"כ חטה הנמצאת בתבשיל מקרי דשיל"מ דהא יהיה מותר לאחר הפסח כיון דאינו חמץ מה"ת רק מדרבנן, משא"כ בחמץ גמור דיהא אסור לאחה"פ עכ"פ מדרבנן. לכן שפיר קיי"ל לדינא דחמץ לא מקרי דשיל"מ ומתורץ קושיות האלי' זוטא הנ"ל מעל הלבוש אכן לדינא לפי מש"כ הפרמ"ג במשבצות זהב בסי' תמ"ז בהקדמה, שהביא בשם הראשונים דחטים שנתבקע הוי חמץ גמור מה"ת והשיג על הלבוש. ע"כ העיקר לדינא דגם בחטים במקום חשש שמא באו מים עליהם דלא מקרי דשיל"מ וכמו בכל חמץ וכנ"ל:

י

ואפשר לומר בכוונת הרמ"א דכתב דלא מהני ס"ס להתיר באכילה דזהו משום דהוי דשיל"מ דאף דקיי"ל לדינא בכל חמץ בתערובות דלא מקרי דשיל"מ מ"מ יש לחלק דשאני הך דגן המונח בעליי'. דהא בהך דגן המונח בעליי' יש חזקת היתר. ואפ"ה לא סמכינן על הך חזקה י"ל בזה ע"פ דברי הפרמ"ג ליו"ד בפתיחה להלכות טריפות דכתב לדון עפ"י הא דחולין (דף קל"ד) דלא מהני חזקה במקום שיש חשש עון מיתה כמו דפי' רש"י שם גבי חלה וע"כ י"ל דלכן בהך דגן המונח בעליי' לא סמכו על החזקה משום דיש בזה חשש עון כרת לאוכלן ולפ"ז יש לומר דדווקא בחמץ דתערובות אמרו דלא מקרי דשיל"מ משום דנקטינן בזה כסברת הר"נ דכיון דגוף החמץ יהי' נאסר אף לאחה"פ עכ"פ מדרבנן ע"כ לא שייך להחמיר התם משום דשיל"מ דעיקרו הוא משום דעד שתאכלנו באיסור כו' דהא כיון דגם לאחה"פ אין לנו היתר באכילה. רק משום הביטול:

משא"כ בנידון דגן המונח בעליי' דבאנו להתיר לאוכלן משום ס"ס דבכה"ג שייך הטעם דאמרו דלא מהני ס"ס בדשיל"מ משום דכיון דיכול לאוכלן לאח"ז בלא היתר ס"ס כו' א"כ גם בדגן המונח בעליי' שייך טעם זה דהא בחמץ לאחה"פ דאין בו איסור כרת ואיסור מה"ת. ע"כ מהני בזה היתר משום חזקת היתר שיש להדגן, ואין אנו צריכים להיתר ספק ספיקא על אחר הפסח. ולכן יש לדון דאסור לאוכלן בפסח ע"פ סמך היתר הספק ספיקא דהא בפסח דאין לנו היתר משום חזקת היתר, אחר דאמרו חז"ל שלא לסמוך על חזקה במקום כרת ואין לנו היתר בפסח רק ע"י ס"ס לכן שייך גם בזה לדון למה דאמרו שלא לסמוך עפ"י היתר ס"ס במקום שיש לנו היתר לאח"ז ולא לסמוך על ס"ס כיון דעדיין יש חשש ספק איסור כן יש לומר בכוונת הרמ"א דכתב דאסור לאוכלן ולא מהני ס"ס דלגבי זה י"ל דמקרי דשיל"מ עדיין:

יא

ועדיין יש לפקפק ע"ז די"ל דכיון דבעת לידת הספק על פסח עצמו אם מותר לאוכלן בפסח דלא מהני בה החזקת היתר משום דהוי אז חשש איסור כרת ע"כ י"ל דמה"ט לא מהני הך חזקת היתר אף על אחר הפסח וכמש"כ הפוסקים כעין זה בנולד הספק בדאורייתא וע"י גלגול נעשה ספק מדרבנן. ועת לקצר:

יב

אכן בנ"ד דהוי ספק ספיקא וחזקה אלימתא. כ"ז דלא ראינו ריעותא ידועה דבכה"ג גם הרמ"א מודה דסמכינן ע"ז לאוכלן בפסח משום דאף לדברי הפרמ"ג דחשש באיסור כרת או מיתה דלא יועיל חזקה י"ל דז"א רק בחזקה דאיתרעי וכמו הך דחולין (דף קל"ד). דהתם הא איתרע עכשיו דהא נתגייר כעת. וכן בנידון הרמ"א דאיתרע החזקה וכמש"כ

לעיל משא"כ בנ"ד דלא הוי שום ריעותא כלל ועדיף זה מן נידון הרמ"א כנ"ל. וע"כ אין לנו כח לאוסרן. כ"ז דלא ראינו שום ריעותא והדין בזה כמו הא דשו"ע או"ח סי' תס"ז סעי' ג' בחטים הבאים בספינה אם הם יבשות וקשות ולא נשתנה מראיהן אחזוקי איסורא לא מחזיקינן. אך דצריך בדיקה אם נשתנה מראיהן או שמא נתבקעו ונתרככו. ובדיקתן הוא כמו בדיקת חטים מצומחין כפי המנהג לבדוק שלשה אגרופין מכל שק ושק וע"פ מש"כ יש לעיין הרבה בהרדב"ז בח"א סי' רפ"ו. וכ"ז לדינא אכן כיון דכתב הרדב"ז שם דשומר נפשו ירחק ע"כ מן הראוי לכתחילה להשתדל בכל האפשריות אחרי חטים אחרים ולא מן הבאות בהספינה. אך היכא דאי אפשר להשיג חטים אחרים כלל אין לאסור להחטים הבאות בהספינה ויכולין לקנותן ולאוכלן בפסח:

סימן יח

ב"ה חודש ניסן תרי"ח לפ"ק. אל כבוד הרב המאוה"ג וכו'

מכתבו הגיעני בשאלתו נידון מה שאמר א"י קודם מכירתו להחטים כי רחץ החטים הללו:

ואמר כן לפני שני עדים בעוד שהי' ת"י ואח"ז מכר החטים לכמה אנשים ולא אמר להם כי רחץ החטים ועירבו החטים האלו ברוב חטים אחרים ואפו המצות מהם ונשאלתי אם מותרים המצות בפסח באכילה:

תשובה בקצרה

א

דהרי"ף סוף פ' כל שעה כתב דתבשיל שנמצא בו חטים שלא נתבקעו דהתבשיל מותר והחטים אסורין והטעם הוא דכיון דאיסור משהו מדרבנן אזלינן בספיקא להקל דהא י"א דשרי בלא נתבקעו ולפ"ז ה"ה בנ"ד דאף דנאמן הא"י שאמר שרחצן מקודם שיצאו מת"י וכמבואר ביו"ד סי' ט"ז וסי' קכ"ז. ועיין במג"א סי' תס"ז ס"ק ד' מזה. עכ"ז כיון דמין במינו בטל ברוב:

א"כ אין כאן אלא ספק דרבנן דלמא לא נתחמצו וה"ל ספק דרבנן לקולא והא שכתב המג"א בסי' תס"ז ס"ק י"ב דאם נתערב בפחות מששים אסור משום דמיירי במין באינו מינו אבל מין במינו כיון דמה"ת בטל ברוב א"כ דומה להך דיו"ד סי' צ"ח בנשפך במין במינו דמקילינן בספיקו וכמו דציין המג"א שם להך דיו"ד סי' צ"ח ואף דנימא דלא נתכוין המג"א לזה מ"מ ברור ופשוט דגם בזה שייך טעמא דהרי"ף. ובאמת לכאורה יש להעיר לפי מה דקיי"ל ביו"ד סי' ק"י דספק בגוף וספק בתערובות אין להקל מצד ספק דרבנן וכמו בספק דרוסה שנתערב דאסור א"כ לכאורה קשה במה שהתירו התבשיל

בספק נתחמצו אך לפי הכרעת הש"ך ביו"ד בכללי ספק ספיקא דבלא נודע הספק עד אחר שנתערב דיש להקל א"כ י"ל דהא דהתירו את התבשיל דמיירי בלא נודע מתחילה הספק על החטים עד אחר שנתערב:

ב

אכן בנ"ד דשני אנשים אחרים שלא קנו את החטים שמעו מן א"י המוכר שרחצם ואז הי' מקודם התערובות אפשר דזה הוי כמו נודע מקודם התערובות:

ואף דלהקונים לא נודע הספק עד אחר שנתערב מ"מ אפשר לומר דכיון דנודע לשני עדים מקודם ואז הי' הדין להם דנאסרו החטים לכן אפשר דגם אחר התערובות ברשות הקונים דהוי זה כמו ספק בגוף שנודע מקודם התערובות דלא מקילינן אף שנתערב אחר זמן ובירושלמי ערלה פ"ב ה' א' אמרו ידיעת חבירו מהו שתתירטו כו' ולא נפשט האיבעיא זו ושם מיירי לגבי מה דאמרו בנודע התערובות מקודם. דאמרינן דנתבטל כיון שהי' עליו שם היתר ואינו חוזר וניעור וכמו ביו"ד סי' ק"ט ובסי' צ"ט ובש"ך שם ס"ק כ"א וביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ט"ו שהביא לירושלמי הזה ויש לחלק דשאני במה דאמרו בנודע הספק בדאורייתא מקודם התערובות דדייניינן להחמיר משום דנקרא עליו שם איסור דבזה הדין נוטה דכיון דלא נודע הספק להבעלים דידיעת חבירו אינו פועל כלל להבעלים של החפץ ודייניינן דדינו ככל ספק דרבנן דלקולא כיון דלהבעלים לא הי' מעולם דין ספק להחמיר כיון דלא נודע להם מעולם עד אחר התערובות וכעין דברי החוות דעת בסי' ק"י ס"ק ו' גבי קבוע דכל זמן דלא נודע הקביעות להבעלים אין משגיחין על אחר דנודע לו ע"ש משא"כ היכא דמיירינן לגבי היתר כמו גבי ערלה דירושלמי שם דהא קיי"ל דבתר שמא אזלינן. וע"כ יש לומר כיון דנודע לאחר ויש עליו שם היתר עכ"פ וכיון דמה"ת בטל ברוב ע"כ הקילו בזה. לדון דידיעת חבירו יהיה נחשב ג"כ לידיעה ועוד י"ל דאף דלא נחלק ביניהם מ"מ אין להחמיר כיון דלא איפשיט האיבעיא זו בירושלמי שם אם ידיעת חבירו נחשב לידיעה או לא וכיון דעכשיו הוי התערובות ואין לנו להחמיר רק מדרבנן א"כ מקרי זה גופא ספק בדרבנן דאם נימא דידיעת חבירו אינו פועל כלל א"כ ממילא מותר דהוי ספק בדרבנן דלקולא ואין לנו להחמיר רק אי נימא מצד וודאי דידיעת חבירו פועל אבל כיון דנשאר זה גופא בספק ע"כ מקרי זה ספק בדרבנן דאזלינן לקולא ובעיקר הך מילתא דבמה דנקרא בשם היתר לגבי חבירו אם הוי זה בשם היתר לכל מצינו בזה פלוגתא כעין זה דרב אשי ס"ל שם גבי דשיל"מ דכיון דהוי בשם היתר להכהנים דינו ככל דשיל"מ ושם היתר עליו ולשיטת הר"נ בפירושו לטעם דדשיל"מ והגמ' מסיק שם דרב אשי בדותא כו' ועיין במג"א סי' שי"ח ס"ק ב' ויש לחלק ועת לקצר:

ג

ועוד יש לדון לעיקר ולהיתירא בנ"ד ע"פ מש"כ הרמב"ם ה' חמץ פ"ה ה' ח' תבשיל שנמצא בו חטים התבשיל מותר אם לא נתבקעו לפי דכ"ז דלא נתבקעו אין זה חמץ מה"ת רק מדרבנן כו' ע"ש. רק הרי"ף שנתן טעם אחר משמע דס"ל דמאן דס"ל לאסור בלא נתבקע דזהו מה"ת. אבל הרמב"ם לא ס"ל כן ויש לדון בזה הרבה ועת לקצר א"כ לשיטת הרמב"ם יש לדון ספק ספיקא ולהתיר גוף החטים מה"ת אף בעודם בעין בלא תערובות היכא דהוי ספק נתרככו ספק א' שמא לא נתרככו ואת"ל נתרככו דלמא לא נתבקע ממש. ולא הוי ס"ס מש"א דהא יש נפ"מ בין המתירים דאילו ספק שמא לא נתרכך אז מותר אף מדרבנן וספק ב' דשמא לא נתבקעו אינו מותר לאוכלן אלא מה"ת ועוד דהא שיטת הרמב"ם פ"ב ה' סוטה ה"ד דפתוי קטנה רצון וכתב המ"מ שם דיליף זה מכתובות (דף ט') מקושיות התוס' שם די"ל שמא בקטנותה נבעלה ולא ס"ל להרמב"ם לתי' התוס' דלא אמרינן ס"ס משם א' אלא ס"ל דמהני אף ס"ס מש"א וכן שיטת הרבה פוסקים דאמרינן ס"ס מש"א א"כ להרמב"ם מותר מה"ת לאכול החטים בעיני' אך לשיטת הרי"ף דמשמע דאף בלא נתבקע ממש ג"כ יש מקום לאסור מה"ת נסתר ס"ס זה דהא אם נימא ספק ב' שמא נתרכך רק דלא נתבקעו ממש יש לנו אז ס"ס לחומרא על הספק השני דשמא נתבקעו ואת"ל דלא נתבקעו ממש אכתי ספק שמא הלכה כמ"ד דאוסר בקרוב להתבקע אף דלא נתבקע ממש ודומה למש"כ התוס' בכתובות (דף ט' ע"ב) ד"ה אי למיתב לה כתובה, כו' דהאי ספיקא שמא באונס הוי לא חשיב ספק גמור דאימור קודם שנתארסה נאנסה כו' עכ"ל התוס' ע"כ להרי"ף נסתר ס"ס זה:

ד

אמנם מצינו ביו"ד סי' ס"ו גבי דם ביצים שנתערב דהדין הוא להקל בתערובת מין במינו בספק על החלמון ואף בנודע הספק מתחילה מקודם התערובות ג"כ מתירין וכמבואר שם ובלבושי שרד בחידושי דינים שלו ע"ש' והטעם מבואר שם דכיון דיש סוברים דם ביצים דרבנן אף דלא קיי"ל כן לדינא מ"מ מצרפינן שיטת הסוברים כן להקל גם בנודע מתחילה א"כ ה"ה בנודע בנ"ד אף דהי' נודע להבעלים מקודם שנתערבו דהא"י רחצם דג"כ יש להקל כיון דלהרמב"ם לא נאסרו החטים מה"ת מעולם ע"כ שפיר יש לצרף שיטתו ולהקל בנ"ד גם בנודע מתחילה כיון דהוי עכשיו בתערובות וכן לשיטת הלבוש דמצאתי בלבוש באו"ח סי' תס"ז דכתב דגם בנתבקעו ממש אינו נאסר אלא מדרבנן ואף שנסתר שיטתו מן הרמב"ם והרי"ף הנ"ל עכ"ז יש לצרפו ולהקל גם בנודע מתחילה וכמו בהך דם ביצים דדייניין ספק בדרבנן להקל אף בנודע לפי דיש סוברים דם ביצים מדרבנן אף דלא קיי"ל כן לדינא:

ה

גם יש לצרף שיטת הב"ח ביו"ד סי' ק"ט דמין במינו שנתערב יבש ביבש דאף בלא נודע דג"כ מותר אם נתבשלו בשני קדירות אף דליכא סמ"ך. וגם יש לצרף שיטת קצת סוברין דס"ל דקמח בקמח הוי יבש ביבש ולפ"ז יש לדון על כל בעה"ב דלקחו החטים דכל דפריש מרובא פריש ועוד יש לדון ע"פ הא דקידושין (דף ס"ג) דאב שאמר קדשתי בתי דאין סוקלין ע"י וכתב הפני יהושע שם הטעם לפי דהא מעיד נגד חזקת היתר ואף דהתורה הימני' משום בידו לקדשה עכ"ז אין זה אלא בגדר ספק וספק נפשות להקל ע"ש וה"ה י"ל דאף דנימא דהא"י נאמן לומר דרחץ החטים דכיון דהוי בידו בעת שאמר כן דאין זה אלא משום דעי"ז הוי ספק ולא עדיף אמירתו דהא"י מן ישראל דאף דבידו ג"כ אינו אלא ספק היכא דהוי חזקת היתר מנגדתו וע"כ יש לנו ס"ס ספק שמא לא רחצם ואת"ל רחצם שמא לא נתחמצו. והא דיבמות (דף קכ"ב) שהיה מוכר פירות ואמר של ערלה כו' דמשמע דאסור היכא דלא שייך להשביח מקחו ועיין ביו"ד סי' קכ"ז ש"ך ס"ק כ' מזה י"ל דמיירי בערלת ארץ ישראל דספיקו אסור זה כתבתי לפום רהיטא לפי שהשליח אץ עלי והענין נחוץ ובאמת יש לי הוכחות רבות להוכיח דלא כמו שכתבתי לפי דהדין הוא דמה שנאמן העד על מה שהיה בידו דנאמן בתורת ודאי. והא דקידושין (דף ס"ג) הנ"ל שאני התם דזה לא הוי כ"כ בידו וכמש"כ התוס' ישנים בכתובות (דף כ"ב) וקצרתי בזה הפרט כעת אך בענינינו אין אנו צריכים לזה דכבר נתבאר היתר נכון בנ"ד דמותרים לאכול המצות בפסח וכמש"כ כת"ר להיתירא:

ו

ומה שהוכיח כת"ר מהא דפסחים (דף מ"ג) דאמרו ונותנו לפני כלבו, דר"מ לר"י והאוכלו בארבעים אתאן לר"מ והקשה דאמאי לא תני ונותנו לפני כלבו לר"י וסופג ארבעים לר"מ ונקט אכילה דוקא דמוכח מזה כשיטת הרמב"ם דבהנאה ליכא מלקות והאריך בזה הנני להשיבו דז"א דהא הפני יהושע לפסחים (דף כ"ד) כתב דלכן אין לוקין על הנאה משום דהא אמרו בפסחים (דף כ"ב) דלר' יהודה דקיי"ל כוותי' דדרש לאיסור הנאה מן הך דלכלב תשליכון אותו ואי אתה משליך לכלב כל איסורין א"כ אינו רק לאו הבא מכלל עשה ע"ש ולפ"ז לר' מאיר דמפיק איסור הנאה מן הא דאיצטריך קרא למשרא נבלה בהנאה הא כל איסורין כו' ופי' רש"י דאסורין בהנאה מדכתיב לא תאכל א"כ לר"מ מבעי ללקות על הנאה דלא שייך לדידי' טעמו של הפני יהושע. והעיקר הוא כטעמו של הפ"י וכמש"כ כת"ר עצמו וע"כ תשאר עדיין קושיות כת"ר דה"ל לומר וסופג ארבעים לר"מ אבל באמת אין מקום לקושיות כת"ר כלל משום דהברייתא אשמועינן דליכא בנוקשה חיוב כרת אף באכילה רק באזהרה וכמבואר במשנה ר"פ אלו עוברין דנקט הרי

אלו באזהרה ואין בהם כרת וכ"כ התוס' בסוגיא זו בד"ה ואלו נוקשה דאי כש"כ ה"ל לאשמועינן דלית בי' כרת וכן אמרו שם בברייתא בחמץ ע"י תערובות יכול יהא ענוש כרת ת"ל כו' ולכן אין מקום להוכחתו כלל ופשוט:

סימן יט

ב"ה יום ג' ד' כסליו תרכ"ח לפ"ק קאוונא. אל כבוד הרה"ג המפורסמים שיחיו:

מכתבם הגיעני בשאלתם ע"ד היי"ש פסח הנעשה במחוז אוקריינא מן מי דבש הניקחים גם מן אינם יהודים שמחזיקים המי דבש בחביתין ויש שבאים מכלים חדשים ויש כלים ישנים משארי מינים ויש שהכלים המה מן יי"ש חמץ [ואין זה אותו המשקה שקורין מע"ד דבזה כבר כתב הט"ז בסי' תמ"ב ס"ק ד' דאסור לשתותן בפסח אם לא נזהרו להעמידו בשמרים שאינו של חמץ ע"ש כי לפי מה שכתבו במעשה עשיות המי דבש הללו אין לחוש בזה רק חשש כלים חמוצים כפי שכתבו כת"ר ומנהגן ע"פ גדולי הדור דמדינתם מדורות שלפנים שיצא זה בהיתר ורק באופן שהממונה להשגיח על הכשר עשייתן לפסח ישגיח שהמים הללו טרם בואן למלאכה יהי' בהם סמ"ך פעמים נגד החביות של חמץ ושלא יהי' נרגש בהמים שום טעם וריח חמץ כלל וע"פ הרוב יש יותר משני פעמים ששים כי הולכים הכלים מעורבין עם כלים חדשים או מן מינים אחרים וגם אפילו כשיעשו המים הללו מן דבש המונח בחביות חמץ לבד ג"כ לא ירגישו שום טעם וריח יי"ש ובכל הכלים מעת בא מי דבש לישראל נעשה הכל בכלים כשרים לפסח כן הוא המנהג בכל גבולם ע"פ דעת המורים הגדולים חכמי הדור שלפניהם ושותין היי"ש הזה בפסח ע"פ כתב הכשר. רק המהדרין להחמיר במילי דפיסחא בכל דבר ביתרון זהירות אינן שותין אותו בפסח עד יו"ט האחרון ש"פ ועתה בא רב א' מגבולם לערער ע"ז ע"פ שכלו במחקר הטבעי דאינו מועיל ביטול בששים נגד הכלי דנהי דבהמים יש הרבה פעמים ששים זהו דמותרים המים לשתותן בפסח אבל לעשות מהם יי"ש אסור ע"פ דין דהא צריכים דוקא דבהיי"ש היוצא לפועל מהמים יהי' בו ששים נגד הכלי הראשונה כי לפי האומד הולך מהמים חלק ששי יי"ש נקי א"כ צריך ששה פעמים ששים בהמים נגד הכלי וכפי שביאר המערער כל זה בארוכה בסברותיו וכת"ר האריכו לסתור כל סברות הרב המערער וגם כתבו אשר הגאונים המפורסמים כקש"ת מוה' יוסף שאול מלבוב נ"י ומהו' שלמה קלוגער נ"י הסכימו להיתירא ובקשו ממני להזדקק ולחוות דעתי בזה:

א

תשובה כי אף לסברת הרב המערער ע"פ ענין המחקר ג"כ דעתי מסכמת לדעתם ולהיתירא ובאתי בקצרה. והנה לפי שיטת הסוברים והובא שיטתם ביו"ד סי' צ"ט סעי'

ו' דבנודע האיסור אף שנתרבה אח"ז האיסור שאין ששים בהיתר נגדו דדייניגן להיתירא כיון דכבר נתבטל ואינו חוזר וניעור האיסור וכמש"כ הפר"ח שם בס"ק כ"א. דלפ"ז ה"ה בנ"ד כיון שהיה כבר שיעור ביטול ע"כ אף דנימא דאחר עשייתו להיי"ש דנתרבה האיסור אפ"ה מותר ואף לפי דברי הרמ"א בסי' צ"ט סעי' ו' דלא שנא נודע וכו' ול"ש מין במינו הכל חוזר וניעור עכ"ז בנ"ד יש להקל אף לשיטה זו. דהא בתרומות פרק ה' משנה ט' איתא סאה תרומה שנפלה למאה וטחנן ופיחתו כשם שפיחתו כו' סאה תרומה שנפלה לפחות ממאה וטחנן והותירו כשם שהותירו החולין כך הותירה התרומה ואסור אם ידוע שהחטים של חולין יפות משל תרומה מותר ומבואר בר"ש ובפי' הר"מ ובתוס' יו"ט שם דברישא לא תנן אם ידוע שהחטים של תרומה יפות משל חולין אסור משום דאף אם החטים של תרומה יפות הן ג"כ מותר דהא כבר הי' שיעור ביטול בעת שהי' מעורבין הפסולת של תרומה וחולין ביחד עם הקמח שלהם. וע"כ אף בעת שנפרד הקמח מן הפסולת לאח"ז ואז אין בהקמח חולין שיעור ביטול נגד הקמח תרומה מ"מ אינו חוזר וניעור בכה"ג האיסור וכן פסק הרמב"ם פ' י"ג ה' תרומות ה' ז' וכן הוא להדיא בירושלמי תרומות פ' ה' ה' ג' דמה שאמרו במשנה שם דכך פחתה התרומה הוא לאו דוקא דאגב סיפא הוא דנקט וכו' וכמש"כ שם בפני משה ע"ש. ועיין בגליון המשניות בתוס' ר' עקיבא א' שם ומה שהביא בשם הרשב"א ואין ת"י כעת שו"ת הרשב"א:

ב

הרי דס"ל לכל הנך דאף דנתמעט אחר מעשה הרקדה לשיעור ביטול מאה דצריך בתרומה אפ"ה כיון דהיה מתחילה שיעור ביטול שהצריכו חז"ל אמרינן דכיון דנתבטל כבר ולא נתערב איסור ממקום אחר רק מצד עצמו נתרבה האיסור אח"ז דלא החמירו רבנן בזה א"כ ה"ה בשארי איסורים גבי שיעור ביטול בששים ואין לחלק בין תרומה לשארי איסורים וכמש"כ הפר"ח ביו"ד סי' צ"ט בס"ק כ"א באה"ד של ד"ה איברא דאיכא למידק עלה מהא דקתני בתרומות סאה תרומה כו' ולא הספיק להגבי' עד שנפלה אחרת ה"ז אסורה כו' והביא שם לדברי הבית יוסף ביו"ד סוף סי' צ"ט והשיג עליו והוכיח מהא דיו"ד סי' קי"א דכמה דינים שם למדם הרשב"א מכמה משניות ותוספתות של מ' תרומות הרי דלא חילקו בין תרומות לשארי איסורים ע"ש ע"כ בנ"ד כיון דמתחלה היו בהמי דבש שיעור ביטול והיה בהיתר אז לשתותן וגם הרב המערער מודה בזה רק אח"ז כשנעשה מהם יי"ש נתרבה האיסור של בלוע יי"ש חמץ:

ע"כ שפיר י"ל דאין חוזר וניעור האיסור כיון שלא נתרבה האיסור ממק"א רק מצד עצמו:

ג

אכן יש לדון בזה דלא שייך לומר כן אלא לשיטת הרמ"א ביו"ד סי' צ"ח סעי' ב' דמין במינו אזלינן בתר שמא אם הוא שוה הוי מין במינו כו' א"כ ה"ה יי"ש חמץ ביי"ש פסח כיון דבשמא הוא שוה. שפיר י"ל כיון דמה"ת נתבטל ברוב ע"כ אף דהצריכו רבנן שיעור סמ"ך מ"מ כיון דהי' שיעור ביטול בששים מתחילה לא החמירו רבנן יותר וכמו בתרומה אבל לשיטת הש"ך ביו"ד סי' צ"ח ס"ק ו' שהעלה דהעיקר בזה הוא דאזלינן בתר טעמא דאף דהוי מין במינו בשמא מ"מ כיון דחלוקין בטעמא ונרגש הטעם ע"כ צריך ששים מה"ת א"כ בנ"ד דידוע דחלוקים בטעמם יי"ש דבש מן יי"ש חמץ א"כ צריך ששים מה"ת ולפ"ז אין זה דומה להך דתרומות שהבאתי דשא"ה דמה"ת בטל ברוב אבל לא בנ"ד דצריך ששים מה"ת:

ד

ועכ"ז גם לשיטת הש"ך יש להקל בנ"ד כיון דבאינו מינו תלוי בטעמא וע"כ היכא דיש קפילא סמכינן עליו אם אומר דליכא טעמא דמותר אף בפחות מששים וכמבואר ביו"ד סי' צ"ח ואף דהאידנא לא סמכינן על קפילא מ"מ הא כתב הש"ך בסי' צ"ח ס"ק ה' דסמכינן על טעימת ישראל. א"כ בנ"ד אם יאמרו הבקיאים שאין נרגש שום טעם כלל מחמץ בהיי"ש של פסח עלייהו סמכינן ואף דהעלה הש"ך בסי' צ"ו ס"ק ה' בצנון שחתכם בסכין בשר דאין לסמוך לכתחילה על טעימת ישראל מ"מ הא הפר"ח העלה שם דאף לכתחילה סמכינן שם על טעימה וכ"כ הכרו"פ שם ואף להש"ך הא טעמו הוא לפי דאינו מתפשט הבלוע שם גבי צנון רק כדי נטילה. אבל היכא דמתפשט הבלוע בכולו מהני אף לכתחילה לסמוך על טעימת ישראל וכמש"כ הש"ך בספרו הארוך שם וגם י"ל דאין שייך להחמיר לכתחילה בטעימה ישראל אלא מחשש שמא אינו בקי משום דזהו מסור לכל אבל היכא דנסמוך על בקיאים מיוחדים בזה אין חשש ואף הש"ך מודה בזה ובנ"ד דיש משגיחים מיוחדים ובקיאים היטב בזה ע"כ יש לסמוך עליהם אף לשיטת הש"ך:

ה

וגם הא יש בנ"ד חזקת היתר דהא ידוע מה שהקשו האחרונים בהא דיו"ד סי' צ"ח סעי' ג' במין באינו מינו דנשפך דאסור בספק ששים ככל ספק דאורייתא והקשה הכרו"פ דנימא אוקי אחזקת היתר אבל באמת אין זה קשה כלל דנהי דהתערובות שנפל בתוכו הוא היתר אבל מה שנפל בתוכו הוא בחזקת איסור ע"כ לא שייך להעמידו על חזקת היתר דהא אדרבה יש כאן חזקת איסור של האיסור דאם נימא דנתבטל בששים א"כ אזל לי' האיסור ממנו ובאמת יש לנו לומר דהאיסור הוא בחזקתו הראשונה וכמו שהיה

מעיקרא [וגם בתערובת חלב ובשר שייך סברא זו דמוקמינן על חזקתו הראשונה דלא נתבטל והם בממשן כדמעיקרא וכעין זה כתבו התוס' ביבמות (דף פ"ב ע"א) ד"ה שתי קופות כו' בזה"ל דמה שנפל בקופה של חולין ספק הוא ואין לו חזקת היתר כו' ועיין מזה בספר שיבת ציון סי' ל"ב ולא הביא לדברי התוס' יבמות הזה א"כ ז"א שייך אלא היכא דהספק הוא אם היה מעולם שיעור ביטול או לא היה בו שיעור ביטול כבר אבל בנ"ד דכבר נתבטל בששים דזהו מהני מצד דאמרינן דלא נשאר בו שום איסור כלל וכמש"כ הנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' מ"ה ובסי' נ"ד דביטול בששים הוי מצד דלא נשאר שום איסור כלל ע"ש וע"כ אם נולד ספק שמא אחר הביטול נולד איזה ענין שיחול האיסור דיש לדון בזה להחזקת היתר דכמו דעד שנולד הענין מחודש הי' בחזקת ההיתר ה"ה לאח"ז וכיון דקודם עשיות הי"ש הי' המי דבש בחזקת היתר לכ"ע ע"כ בספק אח"ז כשעושין מהם הי"ש דשמא יחול עליהם שם חמץ בזה שפיר יש לנו לומר אוקי אחזקת היתר וכמו דעד הנה לא היה שם איסור כלל כן הוא עכשיו ובקצרה הוא כן דשאני בכל תערובות איסור דאם נימא דנתבטל א"כ אינם כבראשונה ע"כ מוקמינן אותו שהוא בממשו כבראשונה משא"כ בנ"ד דכבר נתבטל בששים והוי כמו דאינו עוד ע"כ בנפל ספק שמא חוזר וניעור היום ע"כ יש לנו להעמידו דהוא בחזקתו הראשונה דאינו בעולם כלל וכמו דנתבטל כבר כן הוא היום ובחזקת היתר:

1

וזהו סעד נכון דלפ"ז יש לנו לסמוך אף לכתחילה על טעימת ישראל ובזה אף הש"ך מודה להפר"ח והכרו"פ דהא אף במקום ספק אם יש טעם יי"ש חמץ לאחר עשיית הי"ש פסח ג"כ יש מקום להקל משום חזקת היתר ומוקמינן לי' על חזקתו הראשונה דכמו דעד עשיות הי"ש לא היה טעם יי"ש חמץ כלל בתוך התערובות הזה דכן הוא היום לאחר עשיית הי"ש פסח וע"כ בודאי כשנותנין לבודקים משגיחין מומחים ישראלים המיוחדים שיודעים בטיב הענין ומרגישין בהטעמים דיש לסמוך עליהם וכיון שאומרים שאין בו בנו"ט כלל ודאי יש להקל בזה אף לשיטת הש"ך דס"ל דבמין במינו בתר טעמא אזלינן. דהא כיון דישראלים בודקים ומומחים המיוחדין אומרים דאינם מרגישים שום טעם יי"ש חמץ כלל הן מקודם עשיות הי"ש פסח והן לאחר עשיות הי"ש פסח דאין להחמיר בזה וכפי שכתב החוות דעת בסי' צ"ח סוף ס"ק ג' דלדעת הש"ך דסובר דתליא בטעמא דכ"ז שהקפילא מרגיש הטעם אחר בחבירו מקרי מין בא"מ אכן כשהקפילא אומר דלא נרגש טעם האיסור כלל ודאי סמכינן עליו בזה דהא לא שייך בכה"ג סברת הש"ך דתלוי בטעמא כיון דאינם מרגישין הטעם כלל. וכש"כ לשיטת הרמ"א בסי' צ"ח

וכמש"כ החוות דעת שם בס"ק ג' דאין להזניח שיטת הרמ"א בסי' צ"ח וכמש"כ החוות דעת שם בס"ק ג' דאין להזניח שיטת הרמ"א דשם ותירץ שם לכל מה שהקשו על שיטת הרמ"א וע"כ יש לצרפו להיתירא כשיש לנו צדדי ההיתר בל"ז ויש לי עוד מה להאריך בכ"ז ודעתי מסכמת לדעת הרבנים הגאונים דאין לנו לאסור לשתות הי"ש הללו בפסח ושפיר נהגו העם לשתותן בפסח:

ז

וע"ד מה שכתב הרב המערער לאיסור לפי דברי הרדב"ז ח"ג סי' תקמ"ז שכתב לאסור לקנות מן הא"י דבר איסור אף שנתבטל בששים משום דבאותו העת שקנה מהם הוי כאלו מבטל איסור לכתחילה וסיים הרדב"ז שם דהרשב"א כתב שלוקחים מן הא"י מה שנותן טעם לפגם דמה שקונים מהם לא הוי לכתחילה (והוא ביו"ד סי' קכ"ב סעי' ו' ברמ"א והטעם הוא דמאחר דכבר נעשה בידם מקרי דיעבד) ואפשר לחלק דשאני בנט"ל דכיון שהוא פגום לא חיישינן שמא יאמר כו' אבל דבר שנתבטל בששים חיישינן שמא יאמר לבטלו כו' מחמיר אני עכ"ל הרדב"ז וע"פ דברי הרדב"ז יצא הרב המערער להחמיר בנ"ד הנה לדעתי אין להחמיר מטעם זה דהא כתב הרמ"א ביו"ד סי' קי"ד סעי' ו' דאסור לקנות מן הא"י אם אין במשקה סמ"ך מן השמרים. ומשמע דאם יש סמ"ך מותר לקנות מהם וכ"כ המהר"ם לובלין בתשובה סי' ק"ד והובא בפרמ"ג ליו"ד סי' ק"ג בשפתי דעת ס"ק י"ד ע"ש וכ"כ המרדכי ס"פ אין מעמידין דאם יש ששים שרי לקנות מהם וכן מוכח מהר"נ לעו"ג והריטב"א שם (דף ל"ח) במה שאסרו לקנות מהם במקום חשש תערובות יין וכה"ג והקשו דליטעמי' קפילא ותירצו דבכל דבר שאסרו חכמים לא חילקו בדבר ואסרו לחלוטין אף באין בו טעם וכ"כ הרמב"ן והראב"ד ע"ש הרי דס"ל לכל הנך ראשונים דליכא איסור לקנות מהם דבר שנתבטל בששים מצד ביטול איסור לכתחילה. רק היכא שאסרו חז"ל בפירוש לקנות מהם דבר שנתבטל בששים מצד ביטול איסור לכתחילה. רק היכא שאסרו חז"ל בפירוש לקנות מהם שאני וכמבואר בעו"ג (דף ל"ח) וביו"ד סי' קי"ד ואין למדין משם להיכא דלא אסרו חכמים בפירוש הרי דכל הפוסקים הללו ס"ל דלא כהרדב"ז אך בנ"ד אין אנו צריכים לכל זה לפי דבנ"ד גם הרדב"ז מודה דהא קודם פסח שעת היתר הוא ואין בו משום מבטל איסור לכתחילה וכן משמע מן תשובת מהר"ם מרוטנבארג סי' קפ"ג דאם לית בי' טעם חמץ מותר לקנות מהם וכמש"כ שם בטעם השני ע"ש:

ע"כ בנ"ד שקונים מהם מקודם פסח בעת שהוא בתערובות ע"כ ליכא בזה חשש מבטל איסור לכתחילה לכ"ע ובפרט דלדינא קיי"ל דלא כהרדב"ז כנ"ל וברור ופשוט:

ח

וכאשר אמרו לי הבקיאים בענינים כאלה כי יכול להיות נרגש טעם יי"ש חמץ בעת שמרתיחים המי דבש. ע"כ דעתי שיבחנו הבקיאים והמבינים בעת שירתיחו המי דבש בהיורה וגם לאחר עשיות הייי"ש אם לא נרגש כלל בהשני פעמים הללו טעם יי"ש חמץ אזי דעתי מסכמת להקל ובאם שישגיחו שיהיה שני פעמים ששים וכמש"כ כת"ר כי כן המנהג שם מכמה שנים שנהגו העם לשתותן בפסח והנני מצטרף לדעת הרבנים הגאונים מקה' לבוב וקה' בראד כנ"ל ודברי הרב המערער הם בטלין כי ע"פ דין אין לנו לאסור כלל והדין עם כת"ר שיצא ג"כ בהיתירא ואין העת גורם לדון בדברי מעכת"ר ויספיק הקיצור:

סימן כ

נשאלתי ע"ד מה דקיי"ל באו"ח סי' תמ"ז סעי' ד' דחמץ שנתערב קודם פסח ונתבטל בס' אינו חוזר וניעור בפסח אם התערובות לח בלח ונשאלתי בהנך קדירות שנאסרו בפסח מחמת תערובות משהו אם מותרין להשהותן ולהשתמש בפסח דשנה הבאה משום דהא בשנה הבאה בפסח אז הוי כמו תערובות דקודם פסח דמותר:

או דילמא כיון דחל עליהם שם איסור עכ"פ בפסח העבר ע"כ לא פקע שם איסור בפסח הבא לשנה הבאה וה"ה י"ל בכל תערובות שנאסרו בפסח מחמת חמץ משהו אם מותרין להשהותן ולאכול מהם בפסח דשנה הבאה וכנ"ל:

א

ולכאורה יש להוכיח זה ממה שכתב המרדכי פ' כל שעה דין תקע"ג וז"ל בשם רבינו חיים כ"ץ דבר החוזר לאיסורו מאליו כגון חמץ שחוזר לשנה הבאה לאיסורו לא שייך בי' דשיל"מ כו' עכ"ל וקשה דהא העלה הר"נ בפסחים פ"ב דעיקר הטעם הא דחמץ הוי דשיל"מ אע"ג דמדרבנן אסור לאחה"פ מ"מ כיון דהתערובות מותר ע"כ מקרי התערובות בשם יל"מ ע"ש:

וידוע שיטת המרדכי בפ"ב דפסחים דין תקנ"ד ותקנ"ה דחמץ קודם זמנו בטל בסמ"ך ואינו חוזר וניעור לאסור בפסח:

א"כ קשה במש"כ המרדכי דחמץ מקרי חוזר לאיסורו דהא בעיני' בלא"ה לא מקרי דשיל"מ דהא נאסר מדרבנן לאחה"פ:

וע"כ עיקר הטעם דהוי יל"מ ע"י תערובות. א"כ איך מקרי חוזר לאיסורו לשנה הבאה דהא נתבטל לאחה"פ ע"י תערובות ואינו חוזר וניעור כשיטת המרדכי ומוכח מזה דס"ל להמרדכי דכיון דחל על התערובות בפסח שם איסור ע"כ נאסר ממילא אף לשנה הבאה

ולא שייך בזה דין דבטל ואינו חוזר וניעור משום דשאני היכא דנתערב בשעת היתר מקודם פסח ולא היכא דנאסר בתערובות בפסח:

ב

ויש לדחות ראי' זו משום דהא הביא הר"נ בפ"ב דפסחים שם דבעלי סברא האומרים דחמץ בפסח הוי דשיל"מ כמש"כ הרמב"ם פ' ט"ו ה' מ"א והרמב"ן במלחמות דאע"ג דמדרבנן אסור לאה"פ מ"מ כיון דמה"ת מותר לאחר הפסח מקרי יל"מ. רק הר"נ דחה זה הטעם כיון דהוי חומרא מדרבנן במה דאסרו לכל דשיל"מ ע"כ אין סברא להחמיר כיון דנאסר עכ"פ מדרבנן אבל באמת מצינו גם להש"ך ביו"ד סי' ק"ב ס"ק ח' בכלי שנתערב שכתב דאסור להשתמש עד אחר מעל"ע כיון דאחר מעל"ע מותר מה"ת דינו ככל יל"מ ע"ש אלמא דס"ל להש"ך כשיטת בעלי סברא זו דדחה לי' הר"נ משום דמסתבר טעמייהו וכמש"כ הצ"צ סי' ס"ט גבי ביצת טרפה שנולד ביו"ט שנתערב דמקרי יל"מ משום דכל מה דאפשר למעבד בהיתר עבדינן:

וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ח ענף ה' דזה הדין תלוי במה דאי' בפ"ב בבכורים מ"ב על משנה דאסורים לאכול הבכורים שנתערבו דשיטת הר"מ בפ"י וכן הרע"ב שם דאסורים אף לזרים ואע"ג דאיסור זרות אין לו מתירין עכ"ז כיון דאיסור חוץ לחומה הוי יש לו מתירין מקרי יל"מ משום דכל מה דאפשר לתקוני מתקנינן ושיטת הר"ש שם דרק לכהנים יל"מ אבל לזרים אין לו מתירין כיון דאיסור זרות לא יהי' לו היתר. ועיין במג"א סי' שי"ח ס"ק ב' שכתב טעם אחר בשיטת הר"מ והרע"ב הנ"ל. אבל לדעתי נראה כן ועיין בתשובת רע"א זצ"ל סי' ס"ה ולפ"ז י"ל דהרמב"ם דס"ל דחמץ בפסח מקרי יל"מ דאזיל לטעמי' דס"ל בפי' המשנה דבכורים פ"ב הנ"ל דאסורים אף לזרים בתערובות מחוץ לירושלים. והטעם הוא כנ"ל דכיון דיהי' בהיתר קצת מקרי יל"מ אף דלא יהי' מותר לגמרי וה"ה חמץ בפסח כיון דיהי' קל איסורו לאחה"פ:

ג

אכן לשון הרמב"ם פ' ט"ו ה' מ"א ה' ט' משמע דלכן חמץ מקרי יל"מ משום דהתערובות יהי' מותר לאחה"פ דז"ל הרמב"ם שם חמץ בפסח לפי שאין התערובות אסורה לעולם שהרי לאחר הפסח תהי' כל התערובות מותר כמו שביארנו לפיכך אוסר בכל שהו כו' עכ"ל אלמא דהרמב"ם ס"ל כשיטת הר"נ דכתב דעיקר סברתם מה דחמץ מקרי יל"מ משום דהתערובות יהי' מותר לאחה"פ ולא כמש"כ לעיל והא דבכורים הנ"ל י"ל דטעמו שם ע"פ הסבר המג"א ה' שבת כנ"ל אכן בשיטת המרדכי הנ"ל דכתב דלכן חמץ לא מקרי יל"מ משום דחוזר לאיסורו אף דס"ל דחמץ קודם פסח שנתבטל אינו חוזר וניעור עכ"ז י"ל דעיקר סברתו משום דס"ל כשיטת הסוברים המובא בר"נ הנ"ל דלכן חמץ מקרי יל"מ

משום דהא מה"ת מותר לאחה"פ כנ"ל וכיון דעיקר הטעם דס"ל דהוי דשיל"מ משום דאף בעיני' יהי' מותר לאחה"פ מה"ת. ע"כ שפיר כתב המרדכי דלא הוי דשיל"מ משום דהא חוזר ונאסר בעיני' לשנה הבאה וס"ל להמרדכי ג"כ כמש"כ הר"נ שם לומר שקרוב הדבר לומר דלא מקרי יל"מ אלא כשהמין בעצתו עתיד להיות מותר אבל היכא שבעיני' יהי' אסור אע"ג דתערובתו יהי' מותר אין זה בכלל דשיל"מ ע"ש בר"נ. ע"כ עדיין י"ל דאף דהתערובות יהי' מותר בפסח דשנה הבאה משום דגם בכה"ג שייך לומר דנתבטל קודם פסח מ"מ כיון דבעיני' יהי' אסור בפסח דשנה הבאה. ע"כ אין זה בכלל דשיל"מ ונסתר ראי' זו וכן י"ל בכוונת הרמ"א דהביא ביו"ד סי' ק"ב סוף סעי' ד' דיעה קמייתא בסתמא דס"ל דחמץ לא מקרי דשיל"מ וע"ש ולפ"ז הסברא נותנת לומר דאף בנתערב בפסח מ"מ מותר לשנה הבאה משום דנתבטל לאחה"פ ואינו חוזר וניעור בפסח הבאה בלח בלח שוב מצאתי במקור חיים לה' פסח סי' תמ"ז ס"ק ה' שכתב להדיא בכה"ג בפשיטות דלא יאסר לשנה הבאה כיון שנתבטל קודם פסח אין חוזר וניעור עכ"ל המק"ח וגם כתב כנ"ל בכוונת המרדכי הנ"ל וכן מצאתי בתשובת רע"א זצ"ל סי' כ"ו באמצע התשובה בד"ה מ"ש מעכ"ת ני' דהקדירות מותרים בפסח האחר דלגבי איסור משהו סמכינן על החכ"צ דאחר י"ב חודש הוי עפרא הא מ"מ אם אירע זה בסוף הפסח יהי' הקדירות אסורים בפסח הבא תחילת ימי הפסח דעדיין לא כלו יב"ח אבל באמת א"צ לזה דהא אפי' התבשיל עצמו שנמצא בו החטה מותר בפסח הבא דבטעם לא אמרינן חו"נ עכ"ל תשובת רע"א זצ"ל שם. הרי להדיא דגדולי האחרונים הנ"ל ס"ל בפשיטות דאף בתערובות שנתערב בפסח מ"מ מותר בפסח האחר דגם בכה"ג שייך דבטל קודם פסח ואין חוזר וניעור:

ד

שוב ראיתי די"ל בזה לפי שיטת המרדכי סוף חולין המובא במל"מ ה' מטמאי משכב ומושב פ"א ה' י"ד דס"ל דדבר שלא הי' ניכר האיסור וההיתר בעת הביטול לא שייך בי' ביטול ודוקא בדבר הניכר בפ"ע מקודם שייך בי' ביטול ומבואר בדורש לציון בדרוש י"ג דאף במה דלא הי' מעורב תחילת ביאתו לעולם מ"מ כיון דבעת הביטול לא הי' כ"א ניכר בפ"ע אין בו דין ביטול וכ"כ המקנה בקידושין (דף ס"ד ע"ב) גבי קדשתי בתי סתם וא"י איזהו יע"ש וכה"ג כתב החוו"ד בסי' ק"ו ס"ק א' דלכן אפשר לסוחטו אסור משום דמתחילה מקודם שנסחט האיסור הי' על כל א' שם איסור ולסוף כשנסחט האיסור לא שייך אז דין ביטול משום דאין ניכר אז האיסור וההיתר בפ"ע ע"ש ועיין בנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' נ"ד וסי' נ"ה. ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ל"א ענף ג'. והארכתי בכ"ז במק"א

ולפי דברי המרדכי הנ"ל יש לדון בחמץ בפסח שנתערב בתוך הפסח דדינו להיות נאסר אף בפסח הבא דהא בעת שנתערב בפסח הי' דינו אז דאינו בטל וע"כ אף לאחר הפסח אין בו דין ביטול כלל:

כיון דאזי לא ניכר האיסור וההיתר כל א' בפ"ע ושאני כל חמץ קודם פסח דבטל קודם פסח ואינו חוזר וניעור משום דבעת תערובתו קודם פסח בטל אז והי' ניכר אז המבטל והמתבטל כ"א בפני עצמו וכמש"כ הר"נ בתשובה להוכיח מן צמר גמלים וצמר רחלים דבטל אף דהוי היתר בהיתר וה"ה קודם פסח אף דהוי היתר בהיתר דינו דבטל ועיין מזה בפר"ח והמק"ח ה' פסח סי' תמ"ז ס"ק ח' ואז הי' ניכר כ"א בפ"ע משא"כ בנ"ד דלאחר הפסח עיקר התחלת הביטול דהא בפסח עצמו אינו בטל כלל מחמת תקנת חז"ל דחמץ בפסח במשהו וכיון דאחר הפסח הוא כבר בתערובות ע"כ אין בזה דין ביטול כלל כיון דלא ניכר כ"א בפ"ע וע"כ נאסר אף בפסח הבא. כי אין בזה דין ביטול כלל:

ה

ועפ"ז יש מקום לתרץ קושיות המג"א סי' תמ"ז ס"ק מ"ד שהקשה על הטור דס"ל דחמץ לאחה"פ דבטל דדוקא בס' מבטל ולא ברובא והקשה המג"א עליו מהא דפסחים (דף ל') דאמרו חמץ בזמנו בין במינו בין שלא במינו אסור במשהו שלא בזמנו בין במינו בין שלא במינו מותר כר"ש ומי אמר רבא הכי והא אמר רבא ר"ש קנסא קניס ה"מ בעיני' אבל ע"י תערובות לא עכ"ל ולשיטת הטור מאי פריך וכי ס"ד דמשום קנס יהא חמור מכל איסורים דהא רבא ס"ל כל האיסורים בס' כו' עכ"ל אכן לפי מש"כ ע"פ כלל המרדכי הנ"ל וע"פ פירושי האחרונים הנ"ל דהיכא דלא ניכר המבטל בפ"ע אין בו דין ביטול. א"כ בחמץ בפסח שנתערב בפסח עצמו אז אין בו דין ביטול משום דנאסר כולו אז ועיקר התחלת הביטול מתחיל לאחר הפסח והא לאחה"פ אין ניכר אז ההיתר והאיסור כ"א בפ"ע דהא המה כבר בתערובות וע"כ שפיר פריך הגמ' כיון דאף לר"ש אסור חמץ לאחה"פ מדרבנן וכיון דבעי בי' דין ביטול ע"כ אף ס' לא מהני בי' מן הדין משום דלא ניכר אז הביטול:

וע"ז שפיר מתרץ הש"ס ה"מ בעיני' אבל ע"י תערובות לא וכיון דלא קניס בכה"ג דהוי ע"י תערובות ע"כ לא בעינן בזה דין ביטול כלל ואף היכא דבכה"ג בשארי איסורים לא בטל עכ"ז בחמץ לאח"ז בטל שפיר ועכ"ז בעי דוקא ס' לשיטת הטור משום דס"ל דפחות מששים אין עליו שם תערובות והוי כמו בעיני' ומשמעות הלשון דאמרו דשלא בזמנו מותר משמע דאף בחמץ שנתערב בזמנו מ"מ בעבר עליו הפסח והוי עכשיו שלא בזמנו ג"כ מותר ושפיר הקשה הגמ' ועפ"ז מתורץ קושי' הב' דהקשה המג"א שם דלשיטת הטור דקאי על ס' דל"ל לרבא לומר שלא בזמנו מותר כר"ש והא אף לר' יהודה ג"כ מותר כמו

כל איסורים דבטל בס' ולפמש"כ אתי שפיר משום דלר"י דמן הדין אסור לאחה"פ א"כ בעי בי' דין ביטול וכיון דכה"ג מקרי לא ניכר המבטל והבטל ע"כ אין בו דין ביטול כלל ואינו מותר רק לר"ש דס"ל דעיקר איסורו הוא רק בתורת קנסא וע"י תערובות כל דהו לא קניס ר"ש וזהו לר"ש דוקא ומתורץ קושיות המג"א:

ו

אכן יש לסתור זה מהא דגיטין (דף נ"ד) דנפלו אגודי פרך ונתפצעו בשוגג יעלו וכן מבואר ביו"ד סי' ק"א דברי' וחתיכה הראוי' להתכבד אם נתרסקו לאחר שנתערב דבטל ברוב והא התם בעת שנתערב לא הי' עליו דין ביטול משום דדבר חשוב לא בטיל ואימתי מתחיל הביטול לאחר שהוא כבר בתערובות ונתרסק עכשיו א"כ הוי כמו שכתבתי לעיל דהיכא דאין ניכר המבטל בהבטל בעת התערובות דאין בו דין ביטול ומדחזינן דאף בכה"ג בטל ע"כ מוכח מזה דכיון דמה"ת אף דבר חשוב בטל ברוב והא דלא בטל אין זה רק מדרבנן ע"כ בכה"ג אינו שייך דין של המרדכי הנ"ל כי הביטול מתחיל מעת התערובות ונגמר לאחר זמן:

ז

ועפ"ז יש לתרץ קושי' הפרי תואר שהובא בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ל"ח ענף א' דהקשה על הסוברים דאין מבטלין איסור לכתחילה אינו אלא מדרבנן מהא דגיטין (דף נ"ד) גבי נפלו אגודי פרך דקאמ' הגמ' והא הכא דמה"ת חד בתרי בטל ורבנן גזרו כו' ואי נימא דביטול איסור אינו רק מדרבנן א"כ למה הוצרכו לומר דמה"ת חד בתרי בטל והא בלא"ה לא הוי אלא איסור דרבנן ע"ש אכן לפי מה שכתבתי אתי שפיר דכוונת הש"ס התם בגיטין להקשות על הא דס"ל לר' יהודה דנפלו אגוזי פרך אחד שוגג וא' מזיד לא יעלו מקשה הש"ס והא הכא דמדאורייתא חד בתרי בטל ורבנן הוא דגזרי וקא קניס ר' יהודה משום דהי' מקום לומר דטעמא דר' יהודה דאינו בטל אף בשוגג משום טעם הנ"ל דכיון דבעת התערובות לא הי' עליו דין ביטול, ולאחר שנתפצע דאז אינו ניכר הבטל בהמבטל לא שייך בו דין ביטול עפ"י סברת המרדכי הנ"ל ולכן קאמר הש"ס והא מה"ת בטל אף דבר חשוב ואינו אלא גזירה מדרבנן מה דאינו בטל:

ולכן בכה"ג לא שייך דברי המרדכי הנ"ל משום דהביטול מתחיל מהתחלת התערובות ונגמר הביטול בעת שנתפצע. וע"כ הא דס"ל לר' יהודה דאף בשוגג אינו בטל טעמי' משום קנס דקניס שוגג אטו מזיד ושפיר מקשה ומתורץ קושיות הפ"ת הנ"ל:

הגה"ה

ובמק"א תרצתי לקושיות הפ"ת הזה ע"פ הא דסוף תמורה דכל הנשרפים לא יקברו ורש"י וברטנורא כתבו שם דלכן לא יקברו דחיישי דמשכח אינש ואכל להו אכן התוס'

בביצה (דף כ"ז) בד"ה על החלה שנטמאת כו' כתבו דלכן אסור ליתן חלה טמאה לכלבו משום דמפקיע מצות שריפה וכ"כ הר"נ שבת ר"פ מפנין ע"ש בתרומה. ורש"י דסוף תמורה הנ"ל אפשר דאזיל לשיטתו שכתב בביצה שם טעם אחר על הא דאין נותנה לכלבו ולשיטת התוס' והר"נ הנ"ל שאינו רשאי להפקיע ממצות שריפה ומה"ט הנשרפין לא יקברו ע"כ אגוזי פרך דכלאי הכרם דמצותן בשריפה כמבואר סוף תמורה דיליף מן תוקדש. א"כ ברור במה דבעי שריפה אין רשאי מה"ת לערבו ברוב היתר דהא אחר שנתבטל ברוב יתהפך איסור להיתר כמבואר ביו"ד סי' ק"מ ולא יהא יכול לקיים אח"ז מצות שריפה דהא ליכא אז שום איסור כלל אחר שנתבטל ולכן אסור מה"ת לערבו ברוב כמו שאסור מה"ת ליתנו לכלבו וע"כ הוצרך הש"ס לומר הא מן התורה חד בתרי בטל. אבל לולי זה הי' אסור מה"ת לבטל. ושפיר פסק הר"נ בחולין בסוגיא דזרוע בשלה בשם התוס' דמה"ת מותר לבטל איסור משום דלשיטת הר"נ בשבת והתוס' דביצה הנ"ל יש לחלק דשאני הא דגיטין דהוי מנשרפין כנ"ל ועוד נלע"ד לתרץ קושיות הפ"ת הנ"ל ע"פ מה שחלק החוו"ד בסי' צ"ט ס"ק ח' דאיסור הנאה אסור לבטל אף דליכא אלא איסור דרבנן משום דהא נהנה ממה שנתרבה ההיתר ע"ש א"כ כש"כ באיסור הנאה מה"ת דוודאי יש לדון דאסור מה"ת לבטל מהאי טעמא. ושם בגיטין מיירי בכלאי הכרם דאסור בהנאה לכן אסור לבטל מה"ת בעבור שיהנה במה שירבה ההיתר מדבר שהוא אסור מהנאה מה"ת וקושיות הפ"ת מתורצת (עד כאן הג"ה):

ח

נחזור לענינינו במה שכתבתי למעלה והוא דיש לחלק דשאני דבר חשוב דאינו בטל משום דיש לו דין קבוע מדרבנן כמבואר בזבחים (דף ע"ב) על הא דבע"ח חשיבי ולא בטלי דמקשה הש"ס מנמשוך חד מינייהו ומתרץ דה"ל קבוע ע"כ אלמא דמוכח מהתם דכל מה דגזרו חז"ל דאינו בטל מצד חשיבות דעשאוהו כדין קבוע ועיקר קבוע דאורייתא אינו רק היכא דניכר האיסור כמש"כ התוס' בכ"ד וכיון דחז"ל גזרו לקבוע דרבנן משום דעשאוהו כאילו הוכר האיסור כמבואר בפוסקים ע"כ אין שייכות לזה דברי המרדכי הנ"ל משום דהא עיקר דברי המרדכי הוא דאינו ניכר הבטל והמבטל כ"א בפ"ע אין לו דין ביטול וזה אינו שייך אלא ביבמה שרקקה דם וכה"ג משא"כ בדבר חשוב שנתערב דאיך תוכל לומר דלכן לאחר שנתרסק אין בו דין ביטול משום דבעת שנתרסק לא הי' ניכר הבטל והמבטל בפ"ע. דזה אינו דאם תאמר להחמיר מצד שאינו ניכר הבטל. א"כ ממילא הי' ראוי להמבטל בעת התחלת תערובות אף דהי' אז דבר חשוב ועיקר מה דגזרו חז"ל דאינו בטל משום דעשאוהו כמו קבוע דאורייתא דעיקרו הוא רק בניכר האיסור

וכיון דדינו כמו דהוכר האיסור א"כ שייך בי' דין בטול לאחר שנתרסק דהא שנתרסק הי' ניכר האיסור וההיתר בפ"ע ולהחמיר ולומר דאינו בטל בתחילה משום חומרת חז"ל דהוי כהוכר האיסור ועכשיו שנתרסק הא בעת שנתרסק הוי מה"ת כמו דלא הוכר האיסור זה אינו סברא לומר כן דהא הוי תרי חומרי דסתרי אהדדי וכעין זה כתב הש"ך ביו"ד סי' נ"ה ס"ק י"ג גבי אבר הנשבר שמחובר מעט דאין להחמיר לחשבו איסור דבוק דהוי כתרי חומרא דסתרי אהדדי עיי"ש אבל ז"א שייך אלא בדברים החשובים שנתערבו משא"כ בחמץ בפסח וכה"ג שלא נתנו חכמים בהם שיעור דאינם מצד חשיבותם ע"כ אין חומרתן מצד דהוי כהוכר האיסור וכדין קבוע אלא משום חומרת האיסור ע"כ בכה"ג עדיין יש לדון לפי שיטת המרדכי הנ"ל דכיון דבעת שנתערבו לא הי' עליו דין ביטול ע"כ אף לאחר זמן אינם מתבטלין מצד דאז הוי אינו ניכר האיסור וההיתר בפ"ע ומצאתי בס' ברוך טעם בשער התערובות פ"א מש"כ בשם איסור והיתר וז"ל כתב בסמ"ק והטעם דכולהו מתניתין חשיבתו חשיבי קבועים וכל קבוע כמעמ"ד והיינו הצדדים הנ"ל אבל מש"כ הוא מצד דשיל"מ אינם מצד חשיבתו אלא משום שלא נתנו חכמים בהם שיעור כו' עכ"ל האו"ה וגוף הספר אינו ת"י כעת ועיין במנחות (דף כ"ג) בתוס' ד"ה שחוטה כו' וקצרתי ולכן שפיר כתבתי מה דיש לדון לכאורה להחמיר בנ"ד:

ט

אך כיון שמצאתי בתשובת הגאון רע"א זצ"ל סי' כ"ו באמצע התשובה בד"ה מש"כ מעכ"ת נ"י דהקדירות מותרים בפסח האחר דלגבי איסור משהו סמכינן על הגאון חכ"צ דאחר י"ב חודש הוי עפרא הא מ"מ אם אירע זה בסוף ימי הפסח יהי' הקדירות אסורין בפסח הבא תחילת ימי הפסח דעדיין לא כלו כל י"ב חודש אבל באמת א"צ לזה דהא התבשיל עצמו שנמצא בו החיטה ג"כ מותר בפסח הבא דבטעם לא אמרינן חוזר וניעור עכ"ל הגאון הנ"ל אלמא דס"ל להגאון הנ"ל בפשיטות דגם התבשיל מותר לשנה הבאה בפסח הבא וכן מצאתי בספר מקור חיים סי' תמ"ז ס"ק ה' דכתב בפשיטות דהתערובות לא נאסר לשנה הבאה בפסח:

ע"ש וכבר כתבתי לעיל כן בשמם. ע"כ מבטל אני את דעתי מפני דבריהם משום דמה שכתבתי להחמיר לכאורה עפ"י שיטת המרדכי הנ"ל באמת יש לדון דכיון דמה"ת בטל חמץ בפסח א"כ מתחיל הביטול מה"ת מהתחלת התערובות ונגמר הביטול לאחר זמן כנ"ל וגם ראיתי בספר בינת אדם בשער הקבוע פ"א שכתב בכל דברים שאינם מתבטלים כמו חמץ בפסח דעשאוהו כאילו אין כאן רוב והוי כמו קבוע דאורייתא ע"ש א"כ לפ"ז דומה שפיר לכל דברים החשובים שנתרסקו דבטלים דלא שייך בזה דין המרדכי הנ"ל

כיון דמה"ת בטלים מיד ובשביל מה דאינו בטל מדרבנן לא שייך להחמיר בזה מצד דברי המרדכי הנ"ל ובלא"ה הא נתבאר בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ל"א ענף ג' דהרבה חולקין על שיטת המרדכי בזה. ולכן בדרבנן אזלינן בתר המקיל. ולכן לדינא אני מסכים דמותר התבשיל והקדירות בפסח דשנה הבאה אם לא נאסר רק מצד תערובות משהו:

סימן כא

ב"ה יום ה' ב' ר"ח אייר תרל"ב לפ"ק קאוונא.

נשאלתי ע"ד קמח קרופצטקי שעבר עליו הפסח שלא נמכר במכירת חמץ ונתווכחו הרבנים בזה דיש מהם שאמרו לדון להיתירא משום דיש ספק ספיקא להיתירא ספק שמא לא נלתתו ואת"ל דנלתתו אכתי ספק שמא לא לתתן בדרך שנתחמץ וכמבואר בסי' תנ"ג סעי' ד' ובט"ז שם ס"ק ג' ומטעם זה אף בפסח עצמו יש להקל ויש מהם שהחמירו לפי דלא ה"ל ס"ס המתהפך והאריכו בזה ובקשו ממני לחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבם בקצרה והוא די"ל דמהני ס"ס זה אף דלא הוי מתהפך וכפי שכתב הש"ך בסי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק ט"ו במה דאמרו ס"ס בספק על הארי ואת"ל דלא על אכתי ספק שמא לא דרס דאף דלא הוי מתהפך מ"מ כיון דאין יכולים לדון הספק שמא דרס אלא אם נימא דעל הארי ע"כ הוי זה ס"ס מעליא. וכן הוא כלל בכל הס"ס היכא דאין אתה יכול לדון ספק ב' מתחילה אלא אם דנין מתחילה על ספק א' ע"כ מהני ס"ס זה והחוות דעת בכללי הס"ס כתב דלכן מהני ספק על ואת"ל לא על שמא לא דרס אף דהוי ס"ס מש"א משום כיון דהוי ספק בעיקר הריעותא שאני ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד כיון דאין אנו יכולים לדון ספק שמא נתחמצו אלא אם אנו דנין דנתכבסו משום דאם לא נתכבסו הא קיי"ל דאחזוקי ריעותא לא מחזיקינן א"כ שפיר מהני ס"ס זו והוי ספק בעיקר הריעותא בנ"ד וכסברת החוו"ד:

ב

אלא מה דיש להחמיר בזה לפמש"כ הצמח צדק בסי' ל"ב דלתיתה שלנו הוא חמץ גמור דשוהין הרבה במים ולא דמי ללתיתה דש"ס. והובא בפרמ"ג סי' תנ"ג ובבאר הטיב סי' תנ"ג ס"ק יו"ד ע"כ לא שייך זה הס"ס בנ"ד וכן אם רוב מכבסין החטים אין לדון לספק שמא לא נתכבסו וע"כ אף בעבר הפסח דסגי ספק א' להקל משום ספק דרבנן מ"מ בנ"ד לכאורה יש להחמיר משום דאף ספק א' להקל לא הוי ובאמת איני יודע אם רוב מכבסין החטים במדינה שנעשה שם הקרופצטקע או לא:

ואפשר להקל בזה ע"פ מש"כ הר"נ בחולין (דף ס"ג) לתרץ קושיות התוס' שם ד"ה ודילמא דעוף טמא כו' וכתב הר"נ שם לתרץ קושיות התוס' דכיון דיש מיעוט טריפות

ומיעוט טמאות א"כ מצרפינן הנך תרי מיעוטי והוי פלגא ופלגא יע"ש וכן מצינו בברכות (ד' נ"ג) דה"ל מיעוטא לכשפים ומיעוט לגמר הכלים אשתכח רובא דלאו לריחא עביד כו' וב"ב (ד' צ"ג) תוס' ד"ה איכא למימר מקמה אתא כו' וסמוך מיעוטא דמפילות למיעוט דמביעתותא כו' והוה מחצה על מחצה עכ"ל ויש להאריך בפרט זה רק אין העת גורם להאריך בכ"ז ע"כ לפ"ז י"ל ה"ה בנ"ד אף אם יבורר כי הרוב מכבסין מ"מ אכתי איכא מיעוט דאינן מכבסין וכן אף דנימא דרוב שמכבסין נתחמצו מ"מ מיעוט איכא דנתכבסו באופן דלא נתחמצו ע"כ בהצטרפות הנך תרי מיעוטי ביחד ה"ל פלגא ופלגא וה"ל ספק דרבנן בחמץ שעבר עליו הפסח ולהקל וזהו כלל חדש בענין ס"ס ולא הערו בזה האחרונים אך מ"מ גם מטעם זה קשה להקל משום דיכול להיות דאף מיעוט גמור ליכא בכ"ז וכיון דהמיעוט לא נתברר ע"כ אף לשיטת הר"נ הנ"ל אין לצרף שני מיעוטי ביחד ודוקא היכא דאיכא שני מיעוטים הידועים אז יש לדון ולצרף אותן ביחד דיהי' כמו מחצה על מחצה אבל היכא דלא נתברר לנו המיעוט גמור א"כ אין ספק מיעוט מוציא מידי וודאי רוב ע"כ לכאורה אין מקום להקל בנ"ד אף לאחר הפסח:

ג

ומ"מ נלע"ד להקל בנ"ד מטעם אחר דהא כתב כת"ר דעצם הסולת הי' עליהם שטר עיסקא לאחד שהלווה מעות לבעל הסחורה של הסולת ובעל העיסקא מכר חמצו כד"ת ולפ"ז נלע"ד לומר דלא מבעיא פלגא פקדון של הנותן העיסקא וודאי דחל הקנין של הנותן כדין כל פקדון שת"י אחרים דיכול המפקיד למוכרן ע"פ קנין אגב קרקע כמו הנהוג במכירת חמץ שמוכרין ע"י קנין אג"ק ובאמת מה שראיתי באיזה מחברים שכתבו להחמיר בקנין אג"ק על המכירת חמץ משום שקנין אג"ק הוא מדרבנן לשי' התוס' בב"ק (ד' י"ב). ובאמת יש לדון דקנין דרבנן ג"כ מהני בזה ואכמ"ל ובפרט דהתוס' בקידושין (דף ה' ע"א) ד"ה שכן פודין כו' שכתבו דמה לקרקע שכן קונין מטלטלין אגבן כו' מוכח דס"ל דקנין אג"ק הוא מה"ת. ועיין בש"ך סי' שס"ג ס"ק ב' ובמק"א הארכתי בזה. וכן הא עושין קנינים אחרים כמו קנין סימטותא וכהנה ואף היכא דלא הוי בקנין חצר ג"כ מהני מכירת חמצו כידוע. ולכן חל הקנין אגב קרקע ושארי קנינים הנ"ל אף בפלגא מלוה של העיסקא וכמש"כ הקצות החושן בסי' ס"ו ס"ק ל"ה דהאי עיסקא דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון דגם פלגא מלוה נקנה באגב קרקע כיון דאסור למישתי בי' שיכרא ע"כ דינו כפקדון דנקנה באג"ק. וכן כתב הנתיבות בסי' ס"ו ס"ק ל"ח:

ד

ובאמת יש בזה פלוגתת ראשונים דהנה הרב ר' עובדי' מברטנורה בכתובות פ' יו"ד משנה ג' כתב דעיסקא שביד אחרים הוי ראוי אלמא דס"ל דאין דינו כפקדון רק כמלוה

וכן הוא שיטת המחבר בח"מ סי' ס"ז סעי' ג' דשביעית משמטת פלגא מלוה מהעיסקא. אכן האו"ת בסי' ס"ז ס"ק ו' הביא בשם הרדב"ז ח"א דס"ל דשביעית אינו משמט אף פלגא מלוה משום דדינו כפקדון יע"ש וזהו כמש"כ הקצה"ח הנ"ל ובאמת הרדב"ז סותר את שיטתו דהרדב"ז ח"ג סי' תקס"ד העלה דפלגא מלוה מהעיסקא מקרי ראוי משום דאין דינו כמלוה רק כפקדון. ובעצם הענין הנ"ל יש להאריך הרבה וכן בדברי הנתיבות סי' רע"ח ס"ק ד' מש"כ שם בשם תשובת דברי ריבות אך כיון דהוי פלוגתת הפוסקים אם פלגא מלוה דינו כפקדון או כמלוה ואי נימא דדינו כפקדון א"כ ממילא מהני מכירת הנותן דהא הוי כמו כל החמץ שלו דחל בו מכירתו וכן בהעיסקא דיכול למכור כדי שלא יפסיד מעותיו וע"כ הוי לכה"פ ספיקא דדינא אם חל מכירתו או לא ולכן בעבר הפסח דסגי ספק אחד להקל אזלינן לקולא ויכולים לדון דהי' זה נכלל בהלשון במכירת חמצו שמכר הנותן לכל החמץ שלו כיון דהוי כמו פקדון א"כ מקרי שלו ע"כ דעתי מסכמת להקל ואם הי' כן בפסח עצמו יש להתיישב עדיין הרבה בכ"ז אך לאחר הפסח יש להקל בוודאי, וכעת אמרו לי כי בשנים הללו יש הרבה מן קמח קרופצטקי שלא נתכבסו החטים כלל וע"כ בפשיטות יש להתיר בכה"ג וכל מה שנתבאר יש מזה תועלת להתלמד במק"א:

סימן כב

ב"ה יום ה' סיון תרכ"ט לפ"ק קאוונא. מה שהשבתי לרב גדול א' מן חו"ל.

מכתבו הגיעני ע"ד שאלתו באחד שקנה יי"ש מן אדון א' ע"פ שלוחו ונתן או"ג וגם קאנטראקט ע"ש המשלח ובתוך כך עבר עליו הפסח ולא מכר זה במכירת חמץ כנהוג ובתוך ימי החג הנ"ל בא האדון להמשלח וסיפר לו כי שלוחו קנה עבורו יי"ש ועשה עבורו קאנטראקט וסילק לו המותר הנ"ח עבור היי"ש רק מה שמגיע עבור מנת המלך שקורין אפלאטע זה לא סילק עדיין וחוב אפלאטע עולה הרבה יותר ממחצה שיווי היי"ש ונשאל כת"ר אם יש איזה צד היתר וצידד כת"ר בפלפולו מה דיש לצדד איזה היתר בזה וביקש כת"ר ממני לחוות דעתי בזה ומחמת רוב טרדתי לא באתי רק בקצרה בעז"ה:

ענף א

א

והוא כי בקנין מעות מא"י ידוע דהוי ספק פלוגתא כמבואר ביו"ד סי' ש"כ ובאו"ח סי' תמ"ח ומש"כ המ"ב בסי' נ"ט והובא במג"א סי' תמ"ח דרוב ס"ל כרש"י במק"א כתבתי להוכיח להיפך מהא דח"מ סי' קצ"ח סעי' ה' וסי' קצ"ט סעי' א' וסעי' ב' וסעי' ג' דהיכא דהוי דבר שאינו מצוי מוקמי על דין תורה דמעות קונה וכן היכא דשייך לומר העמידו

דבריהם על ד"ת וכה"ג אלמא דפסיקא להו להשו"ע דמה"ת מעות קונה בישראל א"כ ממילא לא"י במשיכה ע"כ מסתברא ביותר לנקוט בא"י הקנין משיכה אבל לא מעות ולכה"פ הוי ספיקא דדינא:

וכיון דחמץ שעבר עליו הפסח הוי דרבנן:

א"כ בספיקא קיי"ל להקל ואף דנולד הספק בדאורייתא בפסח מעת שנודע לו בפסח אחר זמן איסורו עכ"ז הא מה"ת בביטול בעלמא סגי ולא נולד הספק מעיקרא רק בדרבנן ואף אם לא ביטל חמצו וגם הא יש לדון בזה הרבה ואכ"מ מ"מ יש לדון דזה דומה למה דמבואר ביו"ד סי' ס"ו גבי דם ביצים בספק אם על החלמון טריפה או לא דבתערובות מקילינן אף דנולד הספק בדאורייתא מקודם התערובות עכ"ז כיון דיש סוברים דם ביצים דרבנן ע"כ אף דלא קיי"ל כן לדינא מ"מ מהני זה דלא יהי' נקרא נולד הספק בדאורייתא וה"ה בנ"ד כיון דלשיטת הר"נ דחמץ המופקד אין המפקיד עובר בבל יראה רק מדרבנן ע"כ אף דלא קיי"ל כן כמבואר בסי' ת"מ סעי' ד' עכ"ז הועיל לנו עכ"פ שיטת הר"נ דלא יהי' דינו כמו נולד ספק בדאורייתא ועיין מזה בס' לבושי שרד בחדושי דינים ליו"ד ס"ק מ"א ואכמ"ל בזה וע"כ מצד הקנין כסף יש לכאורה להקל:

ב

אכן מה שיש להחמיר הוא מצד כיון דע"פ מנהג שנהגו דקנין מעות ובצירוף קאנטראקט יהי' מועיל הקנין אף בא"י וכמש"כ כעין זה הנתיבות בסי' קצ"ד ס"ק ח' בשם תשובת הרמב"ן. א"כ יהי' דינו כמו חמץ של ישראל שעבר עליו הפסח אך במחנה אפרים ה' מכירה קנין משיכה סי' ט' כתב שם בשם הרמב"ן דאפי' נהגו לקנות בכסף מ"מ אינו מתחייב בבכורה מה"ת ובאמת י"ל דאף דנימא דמנהג מהני בקנינין עכ"ז אין דינו כדאורייתא אלא כדרבנן וכמש"כ הנתיבות בסי' ר"א ס"ק א' דמנהג שנהגו הסוחרים לא חשבינן אותו רק לקנין דרבנן כו' ובאמת כן הדעת נוטה דאל"כ איך כתבו כמה פוסקים דקנין דרבנן לא יהי' מועיל לקנות מה"ת הא כיון דעכ"פ נהגו בקנין דרבנן א"כ לא יהי' גרוע ממנהג שנהגו מצד עצמם. וה"ה היכא דחז"ל תקנו דיהי' נחשב לקנין מצד דחשו לטובת התגרים וכדומה דג"כ לא יוגרע ממנהג בעלמא ומצינו באה"ע סי' כ"ח ב"ש ס"ק ו' בשם ר' ירוחם דקידשה במע"ש דאינה מקודשת רק מדרבנן משום דקנין דרבנן לא מהני לקנות מה"ת. אף דהתם דנהגו התגרים במעמ"ש ותקנת חז"ל זה הי' לטובת התגרים ואפ"ה לא מהני לחול בזה קנין מה"ת ומצינו דאף בדבר שאינו ברשותו מהני סטומתא:

ודלא כהקצה"ח והנתיבות בסי' ר"א שכתבו בפשיטות דבשלב"ל לא מהני סטומתא דלא כן משמע ביו"ד סי' רס"ד בש"ך ס"ק ז' ועיין בספר עצי לבונה ליו"ד שם ואכמ"ל בזה:

ועכ"ז כתבו כמה פוסקים דקידשה במע"ש לא הוי רק קידושי דרבנן וע"כ הדעת נוטה דמנהגא לא הוי קנין דאורייתא. ולא עדיפא מקנין דרבנן:

ג

ובקנין דרבנן הא ידוע מש"כ במחנה אפרים ובגט פשוט סי' ק"כ ס"ק ה' ובמקור חיים סי' תמ"ח ובתשובת רע"א סי' רכ"ב שכתבו כולם להסביר דהפקר כו' הפקר עכ"ז אין להם כח להקנות לאחר ואנכי לעצמי מצאתי כזה בעז"ה בים של שלמה ליבמות פ' י' סי'. י"ט שכתב דזה תלוי בהפלוגתא דאי' ביבמות (דף פ"ט) ובגיטין (דף ל"ו) דר' יצחק יליף מן אשר לא יבא כו' יחרם כל רכושו א"כ אין לנו ילפותא דיהי' יכולים להקנות לאחר רק לר"א דיליף שם מן אלה הנחלות כו' א"כ זוכה ממילא כמו בירושה דממילא עכ"ל היש"ש בקצרה ותמהני על גדולי האחרונים שלא הביאו לדברי היש"ש הנ"ל ולפ"ז למאי דפסק הרמב"ם בפ' כ"ד ה' סנהדרין ה' ו' כהך דרשא ר' יצחק משום דכן מבואר בשקלים (דף ג') רק דרשא דר' יצחק. ע"כ לפ"ז הדין נותן דקנין דרבנן לא מהני להיות קנין דאורייתא וכמו דפסק ה"ר ר' ירוחם בקידשה במע"ש. וכמש"כ הב"ש בשם הד"מ והב"ח בסי' כ"ח ס"ק ו':

ובדברי התוס' סוכה (דף ל' ע"ב) ד"ה שינוי החוזר ואכמ"ל בזה:

ד

וראיתי בספר אבני מלואים סי' כ"ח ס"ק ל"ג דהוכיח מיבמות (דף ס"ז) בהא דר"י אומר הבת מאכיל כו' הב"ע בנכסים מועטים כו' דלשי' הרשב"א דס"ל דספיקות אסור מה"ת תקשה היכי הבת מאכיל בתרומה הא אינו זוכה הבת רק מדרבנן א"כ ניחוש שמא העובר זכר ואינו ילוד אינו מאכיל וע"כ צ"ל לשי' הרשב"א דקנין דרבנן מהני לאיסורי תורה עכ"ל האבני מלואים ונעלם ממנו דכבר הקשה זה בחידושי הרשב"א ליבמות שם ותי' דמאן דמוקי הכי י"ל דס"ל כר"ח דפרק האשה רבה דב"ד מתנין לעקור דבר מה"ת יע"ש ולפ"ז לדינא למאי דקיי"ל דאין ב"ד עוקרין דבר מה"ת ע"כ הסברא והדין נותן דקנין דרבנן לא מהני לקנין מה"ת א"כ אדרבה מבואר ברשב"א דס"ל ג"כ כשי' ה"ר ירוחם הנ"ל ובלא"ה אין מקום לקושיות הא"מ והרשב"א הנ"ל כ"כ. דהא הש"ס מסיק שם ביבמות דהך חששא דלמא העובר הוי זכר אינו רק למ"ד דחייש למיעוטא משום דהוי ספק שמא נקבה ומיעוט מפילות ור' יוסי דחייש למיעוטא כמבואר שם ע"כ בהך דקאמר ר' ישמעאל בשם ר' יוסי דהבת מאכיל אינו רק במקום חששא דרבנן דהא לא הוי רק מצד דחייש ר"י למיעוט זכר בר קיימא ומ"ד דחייש למיעוט אינו רק מדרבנן כמבואר בבכורות (דף כ') א"כ הא בדרבנן מהני קנין דרבנן וברור א"כ מוכח מהרשב"א יבמות הנ"ל ג"כ דקנין דרבנן לא הוי לקנין מה"ת וכשיטת ר' ירוחם הנ"ל ובלא"ה י"ל דקושייתם

מיבמות בהא דהבת מאכיל די"ל דהסוגיא דהתם ס"ל כדרשא דר' אלעזר דיליף מאלה הנחלות כנ"ל וכעין תירוץ הרשב"א שם כנ"ל אך אין אנו צריכים לכל זה כלל כנ"ל ויש להאריך בכ"ז:

ה

וכיון דלדינא העיקר דקנין דרבנן לא משווי להיות קנין דאורייתא ע"כ לא עבר על בל יראה מה"ת א"כ דומה להא דסוף סי' תמ"ז ובמג"א ס"ק מ"ו בשם הר"ן והריב"ש דהיכא דלא עבר על בל יראה מה"ת ליכא למקנסי' ודוקא היכא דגוף החמץ שלו מה"ת רק חיוב הביעור מדרבנן אז ה"ל כאלו עבר אדאורייי' כמש"כ המג"א שם אבל היכא דלא קנה להחמץ רק מדרבנן א"כ לא עבר על ב"י מה"ת ע"כ לא נאסר כן י"ל בכ"ז ומה דיש לדון מצד דהותנה דהמעות יהיה לקנין הא מבואר בסי' קצ"ח בש"ך ס"ק י' דאין יכול לעשות קנין מדבר שאינו קנין והא דכתבו שם דאם התנו דמעות יקנו קנו שא"ה כיון דמה"ת מעות קונה ע"כ מהני תנאו מצד אי אפשי בתק"ח כידוע ובאמת מתורץ קושיות הש"ך שם ואכמ"ל והא דמבואר באו"ח סי' תמ"ח במג"א ס"ק ד' בשם המ"ב דמה שנהגו הסוחרים לקנות בו קונה ג"כ כאן בחמץ כו' שא"ה גבי מוכר חמצו לא"י דאף דנימא דלא הוי דינו רק כקנין דרבנן מ"מ מהני שלא יעבור על בל יראה דהא עכ"פ שלו לא הוי דהא יש בזה זכות לחז"ל להפקיר ממונו ע"פ הפקר כו' שלא יהיה שלו וכמש"כ המק"ח והג"פ ורע"א צ"ל בתשובה כנ"ל וה"ה במה שנהגו לקנות בו דדינו כקנין דרבנן כנ"ל א"כ הא הפקר עכ"פ מהני שלא יעבור על ב"י מה"ת ולכן כיון דזכה הא"י להיות שלו מדרבנן עדיף זה מן ביטול בלא ביעור וכמו כן י"ל במש"כ הכנסת יחזקאל בסי' י"ד בחלק או"ח גבי קנין בכור דקנין "צושלאג" לבד מהני דזהו לפי דהא הפקר ג"כ פטור מבכורה כמו שהארכתי מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג אבל להיות שלו מה"ת ע"י מה דקנה מא"י החמץ. בזה י"ל שפיר דע"י קנין דרבנן וכמו כן במנהג אינו עובר על בל יראה מה"ת:

ענף ב

ו

והנה המ"ב שם כתב דקנין שבין א"י לישראל בדיניהם פשוט הוא דקונה והמג"א שם הקשה עליו מבכורות (דף י"ג) א"י שנתן מעות לישראל כו' דמשמע דלא מהני ובאמת לדעתי אין זה ראי' כ"כ לפמש"כ הישׁ"ש בב"ק (דף נ"ב) דא' ר"ל המוכר עדר לחבירו כיון דמסר משכוכית קנה ה"ד אי במשיכה כו'. והקשה הישׁ"ש שם דלמה לא מתרץ הגמ' דמיירי התם היכא דנהגו לקנות ע"י משכוכית והוי כמו סטומתא. ותירץ דא"כ ל"ל לומר מסר לו משכוכית. ה"ל לומר דסטומתא מהני כו' עכ"ל הישׁ"ש שם וכמו כן י"ל

בהא דבכורות שם דא' ר"ל ישראל שנתן מעות כו' דע"כ טעמו משום קנין ע"פ דיניהם שפסקה להם תורה. דאי נימא דמיירי בקנין מצד ע"פ דיניהם מחוקי כו' א"כ ל"ל לר"ל למנקט קנין מעות יותר ה"ל לומר בדרך כלל בא"י שמכר בהמתו לישראל כו' וישראל שמכר כו' בקנין דנהגו בדיניהם דמועיל וכעין הא שכתב הישׁ"ש הנ"ל ולכן הוכרחו לומר דמיירי בקנין מעות דהוי קנין מה"ת ונדחה הוכחתם מבכורות ובנ"ד אין אני יודע דינים הנהוגים במדינתם ע"פ חוקי הממשלה הרוממה יר"ה משום דהא מבואר ברא"ש לגיטין פ"א סי' ו' דקנין ע"פ דינא דמלכותא דינא ונחשב לקנין ולא פליגי הני תרי לישני אהדדי בזה וכן פסקו בח"מ סי' ס"ח סעי' א' בהג"ה דשטר הנעשה ע"פ משפט המלך מהני אף במתנה ואולי במדינתם מועיל קאנטראקט אף דלא נכתב על נייר שטעמפיל וכה"ג. וע"כ אם נעשה באופן שמהני ע"פ חוקי הממשלה במדינתם אז אין אני רואה כעת צד היתר בזה ועיין בש"ך ח"מ סי' ע"ג ס"ק ל"ט בארוכה שם ובביאור הגר"א זצ"ל סי' ס"ח ס"ק י"ט ובסי' שס"ט סעיף ח' ברמ"א שם ואכמ"ל בכ"ז:

ז

ואפשר לדון להיתירא בנ"ד ע"פ מה שלא סילקו חוב אפלאטע שמגיע להקאזנא לפי מה שמבואר בב"ב (דף נ"ה) דחוב טסקא עושה לראוי בירושת בנו הבכור והרשב"ם כתב דהטעם הוא דשעבוד המלך עדיף מן שארי שיעבודים וכגבוי דמי והתוס' כתבו שם בד"ה אם כן כו' לחלק דשאני חוב המלך שאינו מחוסר גובייגא וגם הקרקעות עיקר הן של המלך כו' אבל בהגהות אשרי ובנימוקי יוסף שם לא כתבו רק החילוק דשאני בשארי שעבודין דאינו יכול ליפרע אלא בב"ד ובשומא והכרזה משא"כ בשעבודו של מלך ולפיכך מי שמת והוא חייב למלך כלום ממיני המסין והתשחורת המוטלין על הממון אין בכור נוטל פי שנים. וכ"כ הרמב"ן ז"ל כו' עכ"ל הנ"י וכן בחידושי הרמב"ן שם על ב"ב כתב לחלק דשאני חוב המלך דה"ל כגבוי וכמש"כ הרשב"ם ולא כתבו דרק בקרקע אמרינן כן. אלא כתבו דמסים ותשחורת המוטל על הממון כו' וגם מטלטלי בכלל. והשיטה מקובצת על ב"ב שם כתב החילוק דשאני חוב המלך כו' ועי"ש אלמא דרוב פוסקים ס"ל דהעיקר הוא דשאני חוב המלך משארי חובות לפי דהם מחוסרי גובייגא. משא"כ חוב המלך דהוי כגבוי ודין זה הובא בח"מ סי' רע"ח סעי' י' בהג"ה שם ובשם הנ"י וכמש"כ הסמ"ע דמלכתא כמוחזק דמי דמצי נחית מנפשי' אף בדבר מועט ע"ש ואף דמבואר בב"ב שם דלכרגא לא משום דאין מלכותא דמדינתם למכור הקרקע בעד חוב כרגא וכמש"כ הרשב"ם שם שא"ה דכן היה חוקי המלוכה אז שלא למכור הקרקע בעד חוב כסף גולגולת אלא אקרקפתא דגברי מנח ויתפשוהו עד שיתן מאליו

או יברח וכמש"כ בחדושי ובשמ"ק שם דמה"ט אם חוקי המלוכה הוא בכל מדינה שלא למכור הקרקע בשביל חוב כרגא אז גם בחוב כרגא אמרינן כן וכן מבואר בח"מ סי' שס"ט סעי' ט' דאם היה דין המלך למכור אף בעד כרגא דינו דין וגם הא מיירי התם אף במה שדין המלך למכור הקרקע בשביל חוב מועט כמש"כ התוס' והנימוקי שם א"כ בחוב אפלאמע על יי"ש כפי חוקי הממשלה יר"ה שאינו נוטל היתרון רק דמי החוב וודאי דינו דין בלא פקפוק וכיון דאם לא משלמים לו חוב זה יכול למכור היי"ש בלא מוחה ע"פ דין גמור:

ח

והנה מצינו בנו"ב מ"ק ח' או"ח סי' כ' שחידש דין מחודש בגזל חמץ דאין הנגזל עבר על בל יראה דכיון דאין ברשותו להקדישו ולהקנותו ע"כ לא קרינא בזה ביתו דמפקיד. ושאני פקדון דכל היכא דאי' ברשותי' דמרי' הוא כמש"כ הרא"ש בפ"ק דפסחים והאריך בזה. ואף שבתשובת רע"א זצ"ל סי' כ"ג לא הסכים לדבריו. ע"ש. עכ"ז מצאתי בעז"ה בשמ"ק לב"ק (דף צ"ז ע"ב) בד"ה חמץ ועבר עליו הפסח שכתב בזה"ל וכן הדין אם גזל חמץ ועבר עליו הפסח נראה לומר לא זה ולא זה עוברין עליו בבל יראה הר"מ מסקרסטא ז"ל עכ"ל השמ"ק א"כ מצינו בשמ"ק שכתב להדיא בקצרה דהנגזל אינו עובר על ב"י וכדברי הנו"ב הנ"ל וידעתי דיש מקום לומר דאפשר דהשמ"ק יסבור כשיטות הר"נ דחמץ המופקד אין המפקיד עובר בכל יראה אך לפ"ז היה לו להשמיענו רבותא יתירה אף בפקדון כן וקצרתי:

ט

ובמש"כ השמ"ק דהגזלן לא עבר בבל יראה צ"ע לדעתי דהא הגזלן עובר על בל יראה משום חיוב אחריות דלא גרע מכל השומרים דעוברין בבל יראה משום חיוב אחריות והוי גורם לממון דעובר משום ב"י בחמץ וכ"כ הנו"ב שם דהגזלן עבר בבל יראה משום חיוב אחריות המוטל עליו ובוודאי אין לחלק בין חיוב אחריות שהתחייב בעצמו לבין חיוב אחריות שהתורה חייבה אותו דמה לי בכך הא עכ"פ ה"ל גורם לממון ואפשר לומר בכוונת השמ"ק לפי המבואר בפסחים (דף ה' ע"ב) דלמ"ד לאו כממון דמי שאני הכא דא' קרא לא ימצא ובכל חמץ עבר על לאו דבל יראה ולאו דבל ימצא כמש"כ הרמב"ם בה' חמץ אבל בחמץ שמחוייב רק מצד חיוב אחריות דאינו עובר רק משום דכתיב לא ימצא א"כ אינו עובר על לאו דבל יראה רק משום לא ימצא וזה כוונת השמ"ק דגזלן לא עבר בבל יראה דוקא:

אבל בל ימצא י"ל דעבר ואכמ"ל יותר בכ"ז:

י

עכ"פ נקטינן למש"כ הנו"ב דהנגזל אינו עובר בבל יראה לפי שאינו ברשותו לענין הקנאה והקדש ע"כ לא מקרי בבתיכם ואינו עובר ע"ז משום ב"י ואף שכתב הנו"ב עוד טעמים שם בזה אך העיקר הוא לדעתי בזה הטעם של הנו"ב וכפי המבואר בהמכילתא דהובא ברא"ש פ"א דפסחים סי' ד' דמה ביתך ברשותך אף גבולך ברשותך יצא חמצו של ישראל ברשות הא"י שהוא שלו ואינו ברשותו רק בחמץ המופקד לעולם ברשות המפקיד הוא כו' אבל בחמץ הנגזל דלאו ברשות הבעלים הוי ע"כ קרינא בי' יצא חמצו של ישראל דאינו ברשותו כו' והא דפסחים (דף ל"א) בחמץ הממושכן אצל א"י דאם לא קנה א"י משכון עובר בכל יראה שא"ה דהוי כמו פקדון וברשות הבעלים הוי והא דמבואר ביו"ד סי' רנ"ח סעי' ז' בהג"ה דאם יש לו משכון ביד חבירו נגד הלואתו אינו יכול להקדיש כו' והובא בח"מ סוף סי' רי"א בש"ך שם י"ל הטעם בזה לפי דבע"ח קונה משכון וקצרתי בזה ובמק"א הארכתי בזה:

יא

ומבואר בח"מ סי' רע"ח סעי' ו' בהג"ה דבנגנבו לו ספרים מקרי מוחזק ועיין מזה בקצה"ח ונתיבות שם ואף דמקרי אינו ברשותו לענין הקנאה לאחר עכ"ז לא מקרי ראוי גבי ירושת הבכור משום דבזה לא שייך מה שאמרו בגמ' הטעם גבי מלוה דלאו הני מעות שבק אבוהון וכמש"כ הנתיבות שם ובזה מתורץ קושיות הגר"א צ"ל שם בח"מ וכיון דחזינן דחוב המס משווי זה להיות מקרי ראוי בירושת הבכור כש"כ דבכה"ג לא מקרי ברשותו להיות עובר בבל יראה מכש"כ מן דבר הגזול דאינו עובר בבל יראה כפי מש"כ הנו"ב הנ"ל. אף דלא מקרי ראוי בירושת הבכור לפי פסק הרמ"א הנ"ל כש"כ דמה דמשווי ראוי דלא מקרי ברשותו להיות עובר בבל יראה והתם הא מיירי דעומד ברשות הבעלים. כש"כ בנ"ד דלא יתנו לו כ"ז שלא סילק החוב ואף דנימא דהוי ספיקא דדינא בהנך טעמים דטסקא עושה להיות ראוי אם זהו דוקא בקרקע לפי שהם של מלך. או כהטעם דשאני חוב המלך דהוי כגבוי כמבואר שני הטעמים בלשון ועוד בהשמ"ק שם בב"ב עכ"ז הא מספק לא נאסר החמץ לאחה"פ דאינו רק מדרבנן כנ"ל. ובאמת הא נתבאר דרוב פוסקים ס"ל דעיקר הטעם שם לפי דחוב המלך הוי כגבוי וע"כ אין בזה ספק כלל:

יב

ואף דשי' הר"נ בחמץ הנפקד דס"ל דאף דאין המפקיד עובר בבל יראה עכ"ז מדרבנן צריך ביעור כמש"כ הר"נ. עכ"ז י"ל דרק בחמץ המופקד ס"ל להר"נ דחז"ל תיקנו דיצטרך ביעור כיון דהוי ברשות הבעלים לענין הקנאה לאחר משא"כ בכה"ג דלא הוי ברשות הבעלים. י"ל דחז"ל לא תקנו בזה ומנלן להוסיף בתקחז"ל והבו דלא לוסיף עלה ובפרט

די"ל דלדידן דנקטינן דהמפקיד עבר בבל יראה מה"ת א"כ נדחה ממילא לפ"ז ראיות הר"נ מהך סוגיא דפסחים (דף ל"א) שהוכיח הר"נ להך תקנת חז"ל לפי שיטתו דהמפקיד לא עבר מה"ת ובלא ראי' אין לנו לאחמורי ולחדש לתקחז"ל הנ"ל ואף דהנו"ב כתב טעמים אחרים שם בחמץ הגזול לשי' הר"נ הנ"ל עכ"ז י"ל כנ"ל:

וגם י"ל בזה כסברת הנו"ב דשם משום דכיון דהוי מחוסר ממונא ע"כ לא מקרי בידו כ"כ וכמש"כ המג"א בשם הר"נ בסי' תמ"א ס"ק ג' וקצרתי בכ"ז:

ענף ג

יג

ולפ"ז יש לדון דכיון דמגיע מנת המלך עבור חוב אפלאטא בנ"ד העולה הרבה יותר ממחצית שווי הי"ש דכנגד החוב לא מקרי מוחזק וברשותו וכל זמן דלא יסלק החוב אפלאטא לא יתנו לו הי"ש כלל. דלא עבר על בל יראה וע"כ ממילא לא נאסר לאחר הפסח ואף דהמותר הי"ש מן דמי החוב מקרי ברשותו (וגם בזה יש לדון הרבה ולומר דכיון דכל זמן דלא ישלם את חוב המגיע להקאזנא לא יתנו לו המותר הי"ש כידוע א"כ משום זה לא מקרי ברשותו ויש להאריך בפרט הזה אך אין אנו צריכים לזה כפי שיבואר וע"כ קצרתי בזה] מ"מ הא הרוב מהי"ש לא נאסר לאחר הפסח א"כ ממילא בטל ברוב היתר וכמש"כ המג"א לדינא בסי' תמ"ז ס"ק מ"ד דחמץ שעבר עליו הפסח בטל ברוב ולא בעינן ששים בזה ואף אם לא הוי רוב בכפל ג"כ בטל ברוב וכמש"כ הפר"ח בסי' ק"ט ס"ק ד' והפרמ"ג בפתיחה להלכות תערובות והמג"א סי' תנ"ה ס"ק ט"ו ובפרט באיסור דרבנן וקצרתי וגם בנולד האיסור בהתערובות שייך דין ביטול ואדרבה הא היכא דנולד האיסור בהתערובות שייך דין ביטול ביותר וכמש"כ בתשובות חוות יאיר סי' קל"ג ובפרמ"ג ליו"ד סי' ק"ב במשבצות ס"ק א' ובחי' רע"א ליו"ד סי' ט"ז ס"ק י"ב דאף בע"ח ודבר חשוב בטל בכה"ג וכמו דשיל"מ ביו"ד סי' ק"ב:

יד

אך לכאורה יש לדון עדיין בזה ע"פ דברי המרדכי סוף חולין שהעיר על הא דאמרו דש"ז של זב מטמא במשא שא"א בלא צחצוחי זיבה וכן ביבמה שרקקה דם דא"א בלא צחצוחי רוק והקשה דליבטל ברובא ותי' דבדבר המעורב מתחילת ברייתו לא שייך ביטול והובא במל"מ פ"א ה' מטמאי משכב ומושב ובכרו"פ סי' ק"ב ס"ק ח' ובמקנה בקידושין (דף ס"ד) ובדורש לציון דרוש י"ג בהג"ה ובחוות דעת ליו"ד סי' ק"ו וקוטב דבריהם הוא דכל היכא דלא הי' המבטל ניכר בעת הביטול שאין לו כח לבטל והכל הוא ע"פ המרדכי ה"ה בנ"ד דכיון דבעת הביטול ברוב לאחה"פ לא הי' ניכר אז המבטל בפ"ע ע"כ בכה"ג אין לו דין ביטול כלל ונדחה יסוד דהיתירא דנא:

טו
אבל מ"מ שפיר כתבתי לדון כן להיתירא דהא המל"מ שם הביא לדברי התוס' דזבחים (דף כ"ו ע"א) בד"ה שחט ואח"כ חתך כו' שכתבו דדם פסול אינו בטל ברוב משום גזירה דמשמע דלולי הגזירה הי' בטל שם אף דלא הי' ניכר שם המבטל בפ"ע ולא ס"ל להתוס' להכלל של המרדכי הזה ע"ש במל"מ וכן ס"ל להש"ך והט"ז ביו"ד סי' י"ד דאף בדבר המעורב מתחילה שייך דין ביטול ולא ס"ל להכלל של המרדכי הזה וכן יש להוכיח מן ע"ז (דף מ"ט) דזה וזה גורם מותר דכתב הר"נ דזהו מן דין ביטול שנתבטל האיסור בהיתר אתינן עלה. א"כ מוכח מהר"נ דס"ל דאף בדבר המעורב מתחילת ברייתו ג"כ שייך ביטול דהא לא עדיף זוז"ג מן רוב גמור דס"ל להמרדכי דלא נתבטל משום דלא הי' ניכר המבטל וע"כ מוכח דהר"נ לא ס"ל כהמרדכי:

טז
ועוד נלע"ד להוכיח מהא דמעשר שני פ"ד משנה ח' דתנן התם המניח איסר של מעשר שני אוכל עליו אחד עשר באיסר וא' ממאה באיסר כו' ופי' הרב שם דבמעשר שני של דמאי סגי אם אכל עליו עשרה רימונים אבל אם הי' האיסר מעות מעשר ודאי ואכל עליו תשעים ותשעה יצא כולו לחולין ומבואר בתיו"ט שם דגם הרמב"ם ס"ל כפי' הרב והטעם הוא משום דח' ממאה שלא אכל נתבטל בהיתר עכ"ל. והא התם המבטל לא הי' ניכר בעת התערובות דהא האיסר הי' מתחילה כולו קודש:
ואח"כ כשאכל עליו ויצא רובו לחולין ומיעוט נשאר קודש:
א"כ כל משהו שבו לא הי' ניכר איזהו קודש ואיזהו חולין אלמא דאף דהמבטל לא הי' ניכר בעת התערובת כמו התם אפ"ה בטל א"כ מוכח משיטתם דלא ס"ל כהמרדכי ובית הלל דהקילו כשנשאר פחות מש"פ י"ל דהטעם הוא כיון דפחות מש"פ י"ל דהטעם הוא כיון דפחות מש"פ אין בו אלא חצי שיעור לכן מקילינן וכמש"כ הרמב"ם והרב בפי' המשנה וכן כתב הכ"מ פ"ח דמע"ש בשם הר"י קורקס דאף דפחות מש"פ אכתי אסור עכ"ז הקילו דהוי כמו הבלעה כו' ע"ש אבל לת"ק דנקט שם השיעור א' ממאה [ואלו משום חצי שיעור לא בעי דוקא חלק מאה] הוא משום דמדין ביטול נגעו בה כמו בתרומה דשיעור ביטול הוא במאה כמש"כ התיו"ט שם:
א"כ אי נימא דדבר המעורב מתחלת ברייתו לא שייך בו ביטול כלל מה"ת כמש"כ המרדכי א"כ אין כאן שום תועלת כלל ממאה לענין ביטול דהא לא מהני בו ביטול כלל מה"ת:
דהא לשיטת המרדכי אינו בטל אף באלף אלא ע"כ מוכח דס"ל דלא כהמרדכי ולפי מה שנתבאר דהרמב"ם והתוס' והר"נ והרע"ב לא ס"ל שיטת המרדכי הנ"ל לכן שפיר

כתבו הש"ך והט"ז ביו"ד סי' י"ד דשייך דין ביטול אף בדבר המעורב מתחילה ואין מקום לקושיות האחרונים שם וע"כ שפיר כתבתי לדון בנ"ד דין ביטול ברוב ובפרט במידי דרבנן ודאי יש לסמוך על שיטת הפוסקים דס"ל דגם היכא דלא הי' ניכר המבטל בפ"ע מקודם שנתבטל דג"כ בטל המיעוט ברוב היתר ויש לנו על מה לסמוך להיתירא בנ"ד:

יז

לכן יש לצרף סניף להיתירא למש"כ הפני יהושע ח' או"ח סי' י"ג להקל בי"ש שעבר עליו הפסח ולבטלו ברוב וכתב שם דאפשר דגם הרא"ש מודה כו'. ואצ"ל לדעת הרמב"ם דמשמע דבאיסור דרבנן מותר לבטל לכתחילה אע"ג דביו"ד סי' צ"ח לא פסק לבטל לכתחילה כו':

מ"מ מדברי הרמב"ם משמע דשרי אף לכתחילה כו' עכ"ל הפני יהושע ובאמת יש לדון בדברי הפנ"י הנ"ל די"ל דאף דס"ל להרמב"ם דאיסור דרבנן מבטל לכתחילה מ"מ אפשר דזה אינו רק באיסורי אכילה ולא באיסורי הנאה משום דהא נהנה מהריבוי וכמש"כ החוות דעת ביו"ד סי' צ"ט כעין סברא זו לתרץ קושיות הש"ך ביו"ד סי' צ"ט ס"ק י"ט:

וכן הארכתי מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' י"ח א"כ לפ"ז בחמץ שהוא מאיסורי הנאה י"ל דגם הרמב"ם מודה דאין לבטל לכתחילה:

יח

אכן יש לדון בזה להתירא לפי שיטת הפוסקים דהובא בטור יו"ד סי' צ"ט בבית יוסף שם דשיטת הרשב"א בת"ה הארוך דאיסור דרבנן שאין להם עיקר מדאורייתא מערבים אותם לכתחילה וילפו זה מתרומת ח"ל וחלת ח"ל דמבטלין לכתחילה והא תרומה טמאה אסורה בהנאה של כילוי לכמה פוסקים הוא מה"ת כמבואר במל"מ פ"ב ה' תרומות ה' י"ד וכמש"כ השאגת אריי בסי' צ"ז בד"ה והשתא אחר שנתברר לנו כו' בשם הר"נ בשם הרמב"ן דתרומה טמאה אסורה בהנאה חוץ מן הנאה בשעת שריפתה כו' ולא קרינא בי' לכם מפני איסור הנאה שבה ע"ש וגם ביטול ברוב מקרי הנאה של כילוי דהא נהפך האיסור להיתר ובפרט לח בלח וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ו' וכפי שהבאתי שם בשם הרמב"ם בפ"א ה' אבות הטומאה דבהמה ששפעה חרדת דם אינו מטמא אף במשא יעו"ש:

ואפ"ה מחמת קלות האיסור דהקילו חז"ל בזה התירו אף באיסורי הנאה לבטל ברוב ע"כ ה"ה בחמץ שע"ע הפסח דכיון דחזינן דהקילו חז"ל בזה דיהי' בטל ברוב היתר וכהכרעת המג"א בסי' תמ"ז ס"ק מ"ד דלא כהטור לפי דאינו דומה לשארי איסורים מדרבנן דהא צריך ששים עכ"פ משא"כ בחמץ דאינו אסור רק מטעם קנסא ובכזה לא קנסו ע"כ י"ל דמה"ט מקילינן בזה אף לבטל לכתחילה ברוב היתר ודינו כתרומת ח"ל שהקילו חז"ל

ביותר משארי איסורין כמבואר בב"י שם ואף דיש לחלק דשאני חמץ דנאסר בהנאה מטעם קנסא א"כ אם יהי' יכול לערבו לכתחילה ברוב היתר אז לא הוי קנסא כ"כ דהא יכול לעולם לערבו ברוב היתר עכ"ז העיקר כמש"כ לעיל לדמות זה לאיסורים שהקילו חז"ל בהם ולבטלו לכתחלה ברוב היתר ובפרט דיש לדון דיי"ש חמץ הוי כמו תערובות חמץ בהמים ובתפוחי אדמה והוי כמו שנתערב כבר דבכה"ג להרבה פוסקים דמותר להוסיף עליהם ולבטל באיסורי דבריהם כמבואר ביו"ד סי' צ"ט שיטת המחבר שם וע"כ שפיר יש לנו לצרף זה לסניף לכל מש"כ ולערבו ברוב היתר ולהתירו וכמש"כ הפ"י שם. וע"כ הנני מסכים להיתירא ע"פ אופן זה וכמש"כ כת"ר להיתירא:

סימן כג

א

מש"כ כת"ר לתרץ קושיות הרא"ש ביומא פ"ח סי' י"ב על הרי"ף דס"ל לרב הונא ור"נ דביוה"כ חייב קטן בן י"ב להתענות אף דבכל המצוות הוא פטור עד י"ג שנים דמ"ש יוה"כ מכל המצות וע"ז תי' כת"ר דרב הונא לטעמי' דס"ל בנדה (דף מ"ה) דמופלא הסמוך לאיש אם עבר על נדרו ושבועתו לוקה ע"כ מחוייב להתענות ביוה"כ לכפרה ולדידן דס"ל דקטן עצמו לא לקי אף במופלא הסמוך לאיש ע"כ פסקו דלא כרב הונא והר"נ ע"כ דבריו:

ולפי דבריו הדין נותן לרב הונא ור"נ דקטן מופלא סמוך לאיש יהי' אסור במלאכה ביוה"כ משום דהא הכשר יוה"כ לכפרה הוא ע"י מה שמתענין בו ומקרי קודש ואסור במלאכה. ועיין שבועות (דף י"ג). ולפ"ז תקשה בהך דמגילה (דף ז') דתנן אין בין יוה"כ לשבת כו'. הא לרב הונא ור"נ יש חילוק גדול לענין מלאכה דביוה"כ אסור מופלא הסמוך לאיש במלאכה מה"ת ובשבת אינו נאסר רק מדרבנן וידוע דהתוס' שם (דף ח') ד"ה אין בין נדר כו' וב"ק ריש פ' מרובה ושבת (דף ע"ט) ומנחות (דף ל"ב) ופסחים (דף נ"ד ע"ב) והשאגת ארי' סי' ע' וסי' ע"ב הקשו כולם כעין זה ע"ש ואכמ"ל עכ"פ תקשה דה"ל להמשנה למיתני הך חילוק גדול בין יוה"כ לשבת אליבא דר"נ ור"ה ואפשר לומר בזה לפמש"כ הרמב"ן במלחמות פ"ק דסוכה בסוגיא דסוכה ישינה דהקשה דאמאי לא חשב בהך דאין בין ספרים לתפילין דס"ת בעי עיבוד לשמה ותפילין ומזוזות לא בעי עיבוד לשמה ותי' דהמשנה חומרי תפילין ומזוזות קא חשיב אבל לא קילייהו ע"ש א"כ ה"ה בזה י"ל דהתנא חומרי דשבת קא חשיב ולא מה דקילא שבת מיוה"כ וכעין הא דפסחים (דף נ"ה) דתנא קולי קולי קא חשיב ועיין בנזיר (דף מ"ז ע"ב) תוס' ד"ה ת"ש דתניא כו':

ב

אבל באמת מוכח דלא כסברת כת"ר מהא דסוכה (דף כ"ח) דמקשה הגמ' על הא דתניא האזרח לרבות הנשים שחייבות בעינוי ומקשה הגמ' ע"ז ל"ל קרא בזה הא מדרב יהודה א"ר נפקא כו' ומשמע דלולי דרב יהודה א"ר ותנא דבי ר' ישמעאל היינו אומרים בלא דרשא דנשים פטורות מעינוי יוה"כ דהוי ככל מ"ע שהזז"ג. וכן מתרצי התם דלא נצרכא אלא לתוספת עינוי כו' וקשה הא עכ"ז מבעי להיות חייבים נשים בעינוי יוה"כ דכיון דמחוייבים עכ"פ במ"ע שאין הזמן גרמא וכן בהלאוין א"כ מבעי להתענות אף נשים כדי שיהי' לכפרה לנשים על מ"ע שאין הזמן גרמא וכה"ג וכמש"כ כת"ר גבי קטן מופלא דאף דאינו מוזהר אלא על דבר א' כמו שבועה ונדר דמבעי להתענות ביוה"כ לכפרה כש"כ נשים דמוזהרים על כמה מ"ע שאין הזמן גרמא והלאוין א"כ תקשה דל"ל קרא לרבות נשים ומדמקשי הגמ' מהא דאר"י א"ר ותנא דבי ר' ישמעאל משמע בל"ז אינו קשה מוכח מזה דהא דתענית יו"כ לא תליא מידי במה דבעי שיהי' לכפרה עליהם עבור מצות שמצווה באיזה ענינים רק אמרינן דכיון דפטור ממצוה דעינוי יו"כ ע"כ אינו מחוייב להתענות ומ"מ הוי יו"כ לכפרה עליו וכמו במי שהוא חולה וכה"ג דפטור מחמת אונס להתענות ביו"כ אטו אינו מכפר עליו יו"כ אלא כיון דהתורה פטרתו מלהתענות ולא נקרא עומד במרדו כמו בהא דשבועות (דף י"ג) וכל הסוגיא שם וודאי דמכפר עליו יו"כ וה"ה בנשים וקטנים אף דהי' מקום לומר לכאורה דפטורין להתענות גם נשים מחמת דהתורה פטרתן מן עינוי והוי כמו כל מ"ע שהזז"ג. עכ"ז הוי יוה"כ לכפרה עליהם כמו בכל ישראל ודוקא במי שעובר במזיד ולא מתענה בזה לא נחשב לו לכפרה ואף בזה מצינו לרבי דס"ל בשבועות שם דאף דלא התענה ולא קראו מקרא קודש ועשה בו מלאכה מ"מ מכפר עליו יוה"כ אבל היכא דפטור מן הדין להתענות וודאי דמכפר עליו יוה"כ לכ"ע וזה ברור:

ג

ויש להאריך ע"פ כל זה בהא דיבמות (דף ל"ג) במאי דאמרו שם גבי זר ששימש בשבת דה"ל זרות ושבת בהדי הדדי דאייתי שתי שערות בשבת ומתוקמי שם במסקנא בשחיטת פרו של כה"ג ולר"ה ור"נ כפי שכתב כת"ר א"כ ה"ל יו"כ קדים וקצרתי ולפי מה שכתב הרמ"א באו"ח סי' שמ"ג בסופו דקטן צריך תשובה על מה שעבר מקודם שהי' בר עונשין א"כ כל קטן י"ל דיהי' מחוייב להתענות ביוה"כ לכפרה כפי סברת כת"ר. אך בזה י"ל דהא אנן קיי"ל דיוה"כ בלא תשובה אינו מכפר ובתשובה הא על קלות כמו עשה אם עשה תשובה מוחלין לו ולא בעי יוה"כ כמבואר סוף יומא וכיון דהקטן אינו בר עונשין למלקות וכדומה ע"כ מקרי קלות מה שעבר וסגי תשובה בלא יוה"כ. אך לשיטת הרמב"ם

דס"ל דעל קלות יוה"כ מכפר בלא תשובה עדיין יש לדון בזה אך העיקר כמש"כ מתחילה דאף דפטור להתענות עכ"ז מכפר יוה"כ עליו כנ"ל וכן מוכרח לומר לפי מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ז' דבשבע מצות מוזהרים גם קטנים שהגיעו לכלל דעת רק דאינן נענשים וכפי שביארתי שם בעז"ה א"כ לפ"ז הי' מקום לדון דיהי' חייבים בעינוי יוה"כ וכעין סברת כת"ר אך באמת ז"א וכמו שנתבאר וזה ברור:

סימן כד

נשאלתי מכמה רבנים ע"ד אתרוגים שהי' מונחים תחת המטה ומבואר בפסחים (דף קי"ב ע"ב) דאוכלין ומשקין תחת המטה רוח רעה שורה עליהן א"כ האתרוג המונח תחת המטה כיון דאינו ראוי לאכילה מחמת רוח רעה אינו יוצא בו חובת אתרוג וכמבואר בסוכה (ד' ל"ה) דאתרוג שאין בו היתר אכילה פסול לצאת בו וכן הוא באו"ח סי' תרמ"ט סעי' ה' דאתרוג שאסור באכילה פסול א"כ ה"ה במה דנאסר באכילה משום רוח רעה דמ"ש:

א

וזה מה שהשבתי דהנה בסוכה (דמ"ח ע"ב) במשנה שהיין והמים מגולין פסולין לגבי מזבח ופי' רש"י הטעם דחיישינן שמא שתה מהן נחש והארס מעורב בהן נמצא שאינו מנסך מים כשיעור שהרי המים משלים לשיעורן עכ"ל. והתוס' שם ד"ה שהיין והמים כו' כתבו הטעם משום הקריבהו לפחתיך ולכאורה קשה דאמאי לא אמרו הטעם דלכן פסולין למזבח משום דבעינן מהמשקה לישראל מן המותר לישראל כמבואר בפסחים (ד' מ"ח) ובמנחות (ד' מ"ח) ובמנחות (ד' ו') וע"כ כל דבר דאסור באכילה ובשתי' מיפסל לגבי מזבח ומדלא אמרו רש"י והתוס' כאן הטעם דלכן יין ומים מגולים פסולין למזבח דזהו לפי דאינן ראויין לשתי' משום סכנתא דגילוי מוכח דס"ל דכיון דאין בהו איסור מצד עצמו רק מפאת סכנתא ע"כ מקרו עדיין בשם מהמותר לישראל א"כ ה"ה בנ"ד כיון דעיקר איסור תחת המטה הוא משום רוח רעה ע"כ מקריא בשם היתר אכילה ולא מיפסל ויכולין לצאת בו חובת אתרוג ואפשר לדחות זה הראי' ע"פ מש"כ התוס' בפסחים (ד' מ"ו ע"א) ד"ה עד שתאפה כו' דמה דחזי למיכל ע"י ביטול ברוב דמקרי אוכל נפש וע"כ חלת ח"ל דאמרו רבה מבטל לי' ברוב מותר לאפות ביו"ט וביארתי זה בארוכה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' י"ח ושאני איסורי אכילה דאסרו לאפות ביו"ט משום דהא אין מבטלין איסור לכתחילה זולת חלת חו"ל ובאיסור יבש העלה הנו"ב במה"ת ח' יו"ד סי' מ"ה דאסור מן התורה לבטלו ע"ש בספרי מזה:

ב

ולפ"ז יש לומר בהך דמים מגולין דמצינו דאמרו בתרומות פ"ח משנה ה' דשיעור המים המגולין כדי שתאבד בהן המרה ופי' הרע"ב שם דאם היו מרובין כל כך עד שארס הנחש יאבד בהם אין בהם משום גילוי ויודעין היו כמה ארס הנחש מטיל כו' וכן פסק הרמב"ם ה' רוצח פ' י"א ה' י"ב ועיין בראש פ"ב דעו"ג סי' י"ג ובטור יו"ד סי' קט"ז. ובט"ז יו"ד סי' קט"ז ס"ק ב'. וזה ברור דבסכנתא היכא דבטל דמותר לערבו לכתחילה דרק באיסור אמרו דאין מבטלין איסור לכתחילה וע"כ בדבר לח בחשש סכנה היכא דמיבטל ודאי דמותר לבטלו לכתחילה. וכיון דמים ויין מגולים מותר לערבו לכתחילה ולבטלו ואם יהי' שיעור ביטול יהי' מותר באכילה ע"כ מקרי זה אף מקודם דנתערב דהוי עליו שם היתר אכילה כיון דבידו לעשות כן וע"כ לא מיפסל זה משום משקה לישראל ומן המותר לישראל משום דעדיין אף קודם שנתבטל הוי שם היתר עליו משא"כ היכא דנאסר מצד איסור עצמיות דיש עליו אינו בשם מן המותר לישראל. כיון דאין מערבין איסור לכתחילה ואין בידו לעשות עצה דיהי' מותרין באכילה ולא מבעיא להסוברין דמן התורה אסור לבטל איסור לכתחילה ואף להסוברין דאינו רק מדרבנן מ"מ כיון דעכ"פ אסור מדרבנן לבטלו דמ"מ אין שם היתר עליו כלל לאחר דתקנו חז"ל כן וכש"כ באיסור יבש דכתב הנו"ב דמן התורה אסור לבטלן כנ"ל ולכן עדיין יש לומר באתרוג דהי' תחת המטה דכיון דאסור באכילה עכ"פ משום רוח רעה דפסול לצאת בו כיון דמקרי אין בו היתר אכילה עכ"פ ובזה לא שייך לומר דיהי' מקרי בשם היתר אכילה כיון דיכול לבטלו בשיעור ביטול משום דז"א רק בדבר לח משא"כ בדבר יבש דלא שייך בי' ביטול משום דביבש שייך לעולם החשש סכנתא באכילה כיון דאיתא בעיני' וע"כ אינו ראי' מן הך דיין ומים מגולין הנ"ל לנ"ד. לפי דשם הוצרכו רש"י והתוס' לומר טעם אחר במה דפסולין, למזבח.

ג

והנה בירושלמי סוכה סוף פ"ד ה' ז' אי' עלה שהמים והיין המגולים פסולין למזבח מ"ט ממשקה לישראל מדבר שהוא מותר לישראל כו' עכ"ל הירושלמי א"כ מבואר להדיא בירושלמי דאף דבר דלא נאסר באיסור עצמיות רק נאסר משום סכנתא דגם כזה אין שם מותר לישראל עליו דכיון דנאסר עכ"פ באכילה יהי' מאיזה טעם שיהי' אין שם מותר לישראל עליו ולפ"ז יש לתמוה על רש"י במשנה שם דלא נחת לטעם זה דמבואר בירושלמי להדיא ויש לי אריכות בזה ולתרץ קושיא זו מעל רש"י:

ד

ולולי דברי הירושלמי הזה יש לדון ולחלק בעיקר ראייתי מן רש"י דכתבתי לעיל להוכיח דמוכח מן דברי רש"י הזאת דה"ה באתרוג תחת המטה כיון דאינו נאסר רק משום סכנתא

ישנו עליו שם מותר בפיך גם גבי דין אתרוג לצאת בו. והוא דהמג"א בסי' תרמ"ט בס"ק כ' הביא בשם הש"ג דאתרוג הנאסר מחמת בליעת איסור פסול וע"ז כתב המג"א דאינו מוכרח די"ל דוקא כשאיסורו מחמת עצמו פסול עכ"ל וכוונתו דשאני בנאסר מחמת בליעות איסור דגוף האתרוג אינו נאסר רק מחמת הבלוע ולפ"ז יש לחלק ג"כ בזה דשאני במים ויין המגולים דפסולים למזבח דגוף המים והיין אין עליהם שם פסול רק מחמת הארס דנתערב בהם ע"כ שם מותר בפיך עליהם משא"כ באתרוג דמראשותיו או תחת המטה דגוף האתרוג נאסר באכילה עדיין י"ל דזה אין בכלל היתר אכילה ומיפסל לצאת בו. גם יש מקום לומר ע"פ סברא דנפשי' דשאני בפסולי מזבח דמשום מהמותר בפיך פסולין משא"כ בפסולי אתרוג דאם אין בו היתר אכילה פסול דזהו משום דכתיב לכם ומחמת הך לכם כיון דאינו ראוי לאכילה יהי' מאיזה טעם שיהי' ממילא אינו לכם דפירושו דיהי' לכם לאכילה וכדאמרו בסוכה (דף ל"ה) וכפירוש רש"י שם בד"ה לפי שאין בה היתר אכילה כו' אך מן הירושלמי דאמרו דגם הנאסר משום סכנתא אין שם מהמותר בפיך עליו דלפ"ז ה"ה [או כש"כ]. באתרוג הנאסר משום רוח רעה דאין שם לכם עליו ואין אנו צריכים לדון כן מסברא רק דזהו מוכרח ומבואר כן להדיא:

ה

ובקצרה יש לומר דלכן רש"י כתב טעם אחר על הא דיין ומים מגולין פסולין ולא כתב להטעם דהירושלמי דמשום דאינו מהמותר בפיך קאתי עלה דזהו כפי סברת התוס' בחולין (דף ק"מ ע"א) בד"ה למעוטי צפרי עיר הנדחת כו' שכתבו דמן המשקה לישראל לא שייך למעוטי רק היכא שלא הי' שעת הכושר כו' וכ"כ הרשב"א והריטב"א בחולין שם. והנה המשנה למלך בפ"ג ה' איסורי מזבח ה' י' תמה על התוס' שמחלקי דהיכא דהי' שעת הכושר שאני דהא כתבו התוס' במנחות (דף ה') דמטריפה ילפינן לכל דוכתי דאין לחלק בין שעת הכושר או לא עכ"ל המל"מ וכ"כ התוס' בנדה (דף מ"ח) בד"ה היינו דאיצטריך כו' וכמש"כ הסדרי טהרה שם. ובאמת כן מוכח בתמורה (דף כ"ט) דאמרו דמוקצה ונעבד לא נאסר בהדיוט דאילו הי' נאסר בהדיוט לא צריך קרא על איסור לגבוה דהא זה נפקא מן משקה לישראל הרי דאף היכא דהי' לו שעת הכושר ג"כ נפקא לי' ממשקה לישראל דמיפסל למזבח ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט' ענף ב' כתבתי לתרץ לקושיא החמורה הזאת והעליתי לחלק דשאני היכא דהוי פסול בגופו כעין טריפה בזה אף היכא דהי' שעת הכושר ג"כ מיפסל אבל במה דפסולו הוי מחמת דבר אחר ואין פסולו בגופו בזה אין לפסול רק היכא דלא הי' לו שעת הכושר והארכתי בספרי שם

לתרץ ע"פ כלל זה לדברי התוס' והרשב"א והריטב"א הנ"ל. וקשה עלי להכפיל כאן בארוכה וע"כ קצרתי כאן ומי שירצה יעיין בספרי שם:

ו

ולפ"ז יש לומר דלכן לא כתב רש"י להטעם דהמגולין פסולין למזבח משום דאינו מן המותר לישראל וכדאמרו בירושלמי משום דרש"י הוכיח מהך דחולין (דף ק"מ) דמבואר שם דעל צפרי עיר הנדחת הוצרך דרשא אחרינהו למעטינהו לפי דממשקה לישראל לא נתמעטו משום דכיון דאין פסולו בגופו וגם הי' לו שעת הכושר דגם בהו קרינא מן המותר לישראל וכנ"ל וכמש"כ בספרי בארוכה א"כ ה"ה יין ומים המגולין כיון דאין עליהם פסול הגוף דהא פסולן אינו רק מצד הארס המעורב בהם וע"כ ודאי אין שם פסול הגוף עליהן וכיון דהי' עליהם שעת הכושר מקודם דנתגלו לכן אין לפוסלן למזבח רק משום שנחסר השיעור ג' לוגין ע"י הארס המעורב כמש"כ רש"י וכיון דהי' לרש"י הוכחה לזה מן ש"ס דילן בחולין. ע"כ לא חשש רש"י ולכתוב להטעם של הירושלמי כידוע דהעיקר כהש"ס דילן כן יש לומר בקצרה ליישב דברי רש"י דלא תקשה עליו מהירושלמי:

ז

אכן בעיקר הדבר שכתבתי לחלק בזה דשאני היכא דלא הוי פסולו בגופו רק מחמת ד"א דבזה היכא דהי' לו שעת הכושר לא מיפסל משום מן המותר בפיך כעת ראיתי דיש לסתור זה מן הך דפסחים (דף מ"ח ע"א) דאמרו מן המאתים כו' מן המותר לישראל כו' מה טבל מיוחד שאיסור גופו גרם לו יצא מוקצה שאין איסור גופו גרם לו אלא איסור דבר אחר גרם לו ואי אמרת איסור מוקצה דאורייתא מה לי איסור גופו מה לי איסור דבר אחר ועוד כו' הרי להדיא דאף מה דלא הוי איסורו מגופו רק ע"י ד"א וגם הי' לו חזקת הכושר מ"מ נפסל מעל גבי המזבח ודלא כמש"כ ואפשר לומר בזה דהא אף דכתבו התוס' בחולין (דף ק"מ) שם די"ל דבהמת עיר הנדחת כשירה בהקרבתה לקרבן דמ"מ צפרי עיר הנדחת מיפסלי להיות מכשיר כמבואר שם א"כ לפ"ז ממילא ילפינן לכל מכפר דאף היכא דהי' לו שעת הכושר ואין איסורו מגופו דמ"מ מיפסל למזבח משום דכמו דגמרינן לתנא דבי ר"י מכשיר ממכשיר כ"כ גמרינן מכפר ממכשיר וכמש"כ המל"מ בפ"ג ה' איסורי מזבח ה' י' שם:

אך זהו דוקא לר' ישמעאל דיליף בחולין שם להך בנין אב מכשיר ממכשיר אבל למאן דלא ס"ל להך דבי ר"י. ועיין בכריתות (דף כ"ה)]. שפיר י"ל דהיכא דלא ה"ל פסולו בגופו והי' לו שעת הכושר דכשר למזבח וכמש"כ התוס' והרשב"א והריטב"א בחולין שם כנ"ל ושפיר כתבתי בספרי כן:

ח

אך עדיין אין זה מספיק ליישב להך דפסחים (דף מ"ח) הנ"ל לפי דעדיין תקשה דמאי פריך הש"ס שם דאי אמרת מוקצה דאורייתא מה לי איסור גופו לי איסור אחר הא י"ל דסברי דלית לי' דבי ר"י ולא יליף מכפר ממכשיר ולפ"ז כשר למזבח דבר דלא הוי פסולו בגופו רק מחמת ד"א והי' לו שעת הכושר ומדחזינן דהש"ס פריך בפשיטות כן מוכח דאין לחלק כלל בזה בין פסולו בגופו כו' ודלא כמש"כ ויש לי דרכים הרבה ליישב זה בארוכה וקצרתי כעת. נחזור לענינינו דכיון דמבואר בירושלמי סוכה דגם מה דנאסר מצד הארס המעורב דאינו רק משום סכנתא דמקרי אינו מהמותר בפיך ופסול למזבח דה"ה גבי אתרוג דהי' תחת המטה או דהי' מראשותיו דאי נימא דנאסר באכילה א"כ אין זה מקרי לכם וכיון דאין בו היתר אכילה יהי' מאיזה טעם שיהי' דהדין נותן דמיפסל לצאת. בו חובת אתרוג:

ט

אך בעיקר הך מילתא באוכלין תחת המטה או במראשותיו הביא הפתחי תשובה ביו"ד סי' קט"ז ס"ק ד' בשם תשובת שבות יעקב ח"ב סי' ק"ה שכתב דבדיעבד אינן אסורים ובפרט באוכלין חיין יעו"ש בס"ק ה' וכן נראה להוכיח מן מדרש רבה איכה פרשה א' אות כ"ב דאמרו מהו כלי גולה כו' חמת ושטיח וקערה כו' חמת נותן בה קמח ונותנה תחת ראשו כו' ובילקוט יחזקאל רמז שנ"א אמרו דנותן בה מים ונותנה תחת ראשו כו' ומוכח מזה דאוכלין חיים אינן נאסרים בדיעבד בהניחו תחת מראשותיו וממילא ה"ה תחת המטה דבאוכלין חיין יש להוכיח דאינן נאסרים וע"כ יכולין לצאת בו חובת אתרוג ואין לחלק בין תחת המטה לבין הניחו מראשותיו כמו דראיתי בהאחרונים דלא חילקו בזה:

סימן כה

ב"ה יום א' ט' ניסן תרכ"ט לפ"ק.

אחדשה"ט מכתבו הגיעני במה שהקשה כת"ר על הרמב"ם פ"ד ה' תמורה ה' ח' שכתב שם ולדות קדשים שיצאו דרך דופן או שילדה טומטום ואנדרוגינוס וכלאים וטריפה הרי אלו יפדו ויביא בדמיהן קרבן כו' והקשה כת"ר הא הרמב"ם פסק דאין פודין קדשים להאכיל לכלבים כמש"כ הרמב"ם ה' איסורי מזבח פ"ב ה' יו"ד דבהמה שנולד בה א' מן הטריפות כו' אין פודין אותה שאין פודין הקדשים להאכיל לכלבים כו' עכ"ל יפה הקשה ידידי:

א

(**והנלע"ד** בזה דהא מבואר בבכורות (ד' י"ד] דקדשים שקדם מום קבוע להקדישן אם מתו יפדו ודוקא בקדם הקדישן למומן אין פודין להאכילן כו' וכן אי' בחולין (ד' ק"ל). והטעם משום דבקדים מומן להקדישן אין קדושתן חמורה כפי' רש"י בבכורות (ד' י"ד) ועיין בפי' רש"י חולין שם א"כ לפ"ז בוולד טריפה וטומטום וכו' דהא הוי כנולד ומומו עמו דאין קדושתו חמורה ע"כ פודין להאכיל לכלבים בזה אך עדיין תקשה דהא הרמב"ם פסק בפ"ד ה' תמורה ה"ג דוולדי קדשים במעי אמן הם קדושים א"כ תקשה הא בוולד טריפה וטומטום וכלאים ויוצא דופן הוי ג"כ קדם הקדישו למומו דהא מה"ט פסק הרמב"ם שם דהשוחט החטאת ומצא בה בן ארבעה חי ה"ז נאכלת כבשר החטאת וכמבואר בתמורה (ד' י"א) וכן אמרו שם דבמעי תמימה ד"ה קדיש וולד לגופי' א"כ קשה דאמאי פסק הרמב"ם דוולד טריפה יפדה הא הוי כקדם הקדישו למומו דהא בעודו במעי אמו נאכל כדין קדשים אף דהוי טריפה ונפל דהא שחיטת אמו מתירתו ודין קדושת הגוף עליו א"כ תקשה עדיין קושיות כת"ר. ועוד קשה דהא מבואר בסוף תמורה דקדשים שהפילו נפל יקברו וכ"כ הרמב"ם פ"ד ה' תמורה ה' יו"ד ואי נימא דבוולד קדשים דינן כקדם מומן להקדישן א"כ קשה אמאי יקברו הא בהפילה נפל הוי כמו שנולד עם מומו עמו ולא בעי העמדה והערכה בזה רק דווקא בקדם הקדישו למומו בעי העמדה והערכה כמבואר בבכורות (דף י"ד) ובחולין שם וע"כ מוכח מזה דכיון דבעודן במעי אמו כשהי' נשחט אז הקרבן הוי דין קדשים על הוולד הנמצא בתוכה ע"כ אף דהפילה הנפל הוי עליו כמו קדם הקדישו למומו וע"כ פסקו דיקברו הנפלים. א"כ תקשה עדיין דאיך פסק הרמב"ם בוולד טריפה וכו' דיפדה הא הוי כקדם הקדישו למומו ואין פודין להאכיל לכלבים:

ב

ונראה לענ"ד דהרמב"ם הוכיח ממה שיבואר. דיש לחלק דדוקא כ"ז שלא נולד הוולד אף דהוי על הוולד שבתוך אמו דין קדושת הגוף זהו משום דהוי כחתיכת בשר וכאבר שלה וכמו דכתב רש"י בתמורה (ד' י"ז ע"א) ד"ה אלא בוולדי קדשים כו' דהשתא ממילא הוולדות קדושים דעובר ירך אמו הוא [ועיין בתוס' ב"ק (ד' מ"ז) ד"ה מ"ט גופה היא כו' וברמב"ם פ"ד ה' פסולי המוקדשין ה' ו' וקצרתי דכל זה אינו רק כ"ז שלא נולד הוולד אבל כשנולד הוולד הוי אז כמו ברי' חדשה. ומה"ט פסקו כולם דמוכר לעובר במעי אמו הוי כמו דשלב"ל וכמו שכתב הנתיבות בסי ר"ט ס"ק ב' יעו"ש ובקצה"ח בסי' ר"ט והדברים ארוכין ע"כ י"ל דוקא בהפילה נפל דאין עליו תורת ברי' חדשה בפ"ע ודינו כמו אבר של הבהמה וכטחול וכבד של הבהמה וכיון דאם הי' נשחט בעודו במעי אמו הי' עליו

דין קדשים גמורים. ע"כ אף דהפילו דינו כקדם הקדישו למומו משא"כ כשנולד לתשעה חדשים כדרכו אף דהוי טרפה מ"מ תורת ברי' חדשה עליו בפני עצמו ולא אמרינן בזה דהוי כקדם הקדישו למומו במה דהי' ניתר מחמת שחיטת אמו אלא הוי כנולד ומומו עמו דאין דינו כקדשים שקדם הקדישן למומן דהא עלי' לא הוי היתר בפ"ע מעולם וע"כ פודין להאכיל לכלבים:

ג

וראי' לזה מהא דחולין (ע"ב ע"ב) דקאמרי שם מה בהמה טמאה אין שחיטה מטהרתה אף טריפה לא תטהרנה שחיטה לא אם אמרת בטמאה שלא היתה לה שעת הכושר תאמר בטריפה שהיתה לה שעת הכושר כו' הרי שנולדה טריפה מן הבטן מנין כו'. וקשה הא גם בנולדה טריפה מן הבטן י"ל דמקרי הי' לה שעת הכושר ע"י שחיטת האם להתיר הוולד בתוכה. ואף בהאם טריפה מ"מ מהני שחיטת האם לטהר להוולד מידי נבלה כמו להאם עצמו. ועוד דהא שיטת הר"נ והובא בפר"ח יו"ד סי' נ"ז ס"ק מ"ז דאין טריפה מתעברת כלל א"כ לא משכחת כלל וולד במעי טריפה. ותקשה דהא גם בנולדה טריפה מן הבטן מקרי היתה לה שעת הכושר במעי אמו ע"י שחיטת אמו וכן תקשה בהא דתמורה (דף כ"ט) דהקשו והא מהכא נפקא מהתם נפקא כל אשר יעבור תחת השבט פרט לטריפה. סד"א ה"מ היכי דלא היתה לה שעת הכושר דנולדה טריפה ממעי אמה אבל היכא דהיתה לה שעת הכושר ויצאת לאויר העולם ואח"כ נטרפה אימא תישתרי לגבוה קמ"ל עכ"ל הגמ'. וקשה הא אף בנולד טריפה מקרי הי' לה שעת הכושר בעודו במעי אמו ע"י שחיטת האם. וכן תקשה בהא דשבת (דף קל"ו) דאמרו ורבנן לא דמי לטריפה טריפה היה לה שעת הכושר האי לא הי' לה כו' וכ"ת טריפה מבטן מאי איכא למימר כו'. וקשה ג"כ כנ"ל הא הי' לה עת /שעת/ הכושר ע"י שחיטת אמו. וע"כ מוכח דמה דהי' לו שעת הכושר ע"י שחיטת אמו להתירו בעוד שהוא במעי אמו זה לא מקרי הי' לו שעת הכושר כיון דעכשיו הוא נולד חי ואינו במעי אמו והוא כברי' חדשה ונשתנה לברי' חדשה לאחר שיצא מבטן אמו ע"כ לא מהני בזה שעת הכושר דאמו כלל. וכהא דחולין (דף ע"ד ע"א) דאי' שם דתנא דידן מינא דאמי' לא פריך. ובאמת י"ל לתנא דברייתא שם בחולין דס"ל לבסוף דאמרינן להסברא דיש לו שחיטה אגב אמו אף למה שנולד חי שפיר י"ל לפ"ז לדידי' דאמרינן דכה"ג מקרי שעת הכושר דגם שעת הכושר ע"י אמו אמרינן ודלא כמו שאמרו לעיל מינה בתו"כ שם ע"ש. [וגם יש לחלק דשא"ה דמיירי בבן שמונה שנולד וקצרתי].

ד

ולפ"ז י"ל דה"ה גבי מה דקיי"ל בהא דאין פודין הקדשים להאכיל לכלבים לחלק דדוקא בקדם הקדישו למומו אין פודין אבל בקדם מומו להקדישו תפדה וכמו שפסק הרמב"ם ה' ערכין פ"ה ה' י"ב דאם הקדיש נבלה ה"ז תפדה ובפ"א ה' איסורי מזבח. די"ל דדווקא במה דקדם הקדישו לאחר שנולד בזה אמרו אין פודין. אבל במה שהי' עליו הקדש מקודם שנולד ע"י שחיטת אמו והי' אז חזי למזבח. ואף דהי' אז עליו קדושת הגוף עכ"ז לאחר שנולד ונעשה לבריה חדשה ובעת שנולד נולד הוא ומומו עמו ונולד טריפה וכו' דכה"ג לא מקרי קדם הקדישו למומו כמו דלא מקרי מחמת שבעודו בבטן אמו הי' עליו שעת הכושר ע"י שחיטת אמו כנ"ל. ודווקא בהפילה נפל דלא נעשה לברי' חדשה רק הוי כחתיכת בשר בעלמא שפיר מקרי בזה קדם הקדישו למומו ובעי העמדה והערכה או דאין פודין להאכיל לכלבים וע"כ קדשים שהפילו יקברו הנפל. משא"כ בוולד טריפה וכו' ושפיר פסק הרמב"ם דיפדה.

סימן כו

ב"ה יום א' י"א תמוז תר"כ. מה שהשבתי לרב גאון א' שהעיר בספר באר יצחק וביחוד בענין המרדכי דבדבר המעורב מתחלתו לא שייך ביטול ובענין ממונא לא בטל וזהו.

ענף א

א

מה שהקשה כת"ר על מש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד בד"ה ובזה ניחא ג"כ מה שפסק הרמב"ם פ"ד ה' איסורי מזבח שני שותפים שחלקו זה לקח עשרה טלאים וזה לקח ט' וכלב מוציא א' מהם והשאר מותרין. ותמהו הא קיי"ל בדאורייתא אין ברירה. והמק"ח ה"פ סי' תמ"ח ס"ק ג' תירץ דמה"ת בטל ברוב רק ב"ח חשיבי ולא בטלי מדרבנן ובדרבנן יש ברירה עכ"ל. אך לפמש"כ המרדכי גבי יבמה שרקקה דם דדבר המעורב מתחילת ברייתו לא שייך בזה ביטול א"כ כה"ג לא שייך ביטול משום דלא הי' ניכר המבטל מעולם בפ"ע. ואפשר דהרמב"ם לא ס"ל לזה עכ"ל ספרי. וכתב כת"ר דאינו מבין את דברי דהא התם הי' המבטל היינו ההיתר ניכר דמתחילה הי' עשרה טלאים כולי היתר ואח"ז נעשה א' מהם איסור בתערובות ובזה ס"ל להמרדכי המובא ביו"ד סי' ק"ב דאף בדשיל"מ בטל היכא דהאיסור נולד בתערובות עכ"ל.

ב

תשובה בעז"ה. והנני לבאר כי דברי ספרי הם נכונים וכמו שראיתי להמקנה בקידושין (ד' ס"ד) שכתב גבי קידש א' מבנותיו דאמאי אסור בכל הבנות [מה"ת] והא י"ל כל דפריש מרובא פריש והעלה להוכיח דבכה"ג לא שייך ביטול ברוב וכמש"כ המרדכי

גבי יבמה שרקקה דם כו'. הרי דס"ל להמרדכי דבדבר שנאסר א' מהם בתערובות לאחר שנתערב כיון דלא הי' ההיתר ניכר בפני עצמו והי' ראוי לכ"א מהם לאיסור כמו בחבירו לא אזלינן בזה בתר רוב. ובזה ניחא מה שהקשו המפרשים ביו"ד סי' ק"ב סעי' ד' וש"ך ס"ק י"ב גבי גיגית מלאה ענבים כו' דאם אין האיסור ניכר מתחלה בטל אף בדשיל"מ [וכ"כ המחבר בשו"ע או"ח סי' ש"ך /ש"כ/ סעי' ב' ובמג"א ס"ק ה']. והקשו מהך דסוף מעילה דתנן או שאמר פרוטה בכיס זה הקדש דמעל ולא אזלינן בתר רוב דהא התם לא היה האיסור ניכר ובזה בטל אף בדשיל"מ. [ועיין בתוס' ובתוס' יום טוב שם]. ולפי מש"כ אתי שפיר דלא שייך למיזל התם בתר רוב כיון שהיתר לא היו ניכר מקודם התערובות דכ"א ראוי להיות הקדש כו' עכ"ל המקנה. הרי דגם המקנה כתב ג"כ כמו שכתבתי דאף דהתם מקודם דקידש אחת היו כולם בחזקת היתר וכן בפרוטה בכיס זה הקדש דקודם דהקדיש הפרוטה היו כולם מותרים. ואפ"ה כתב המקנה לדמות זה להך דכתב המרדכי דכיון דלא הי' ניכר המבטל בפ"ע אין לו כח לבטל. ובאמת הכרו"פ בסי' ק"ב הקשה מן התוס' דסוף מעילה ולא נחת לזה. אבל המקנה לא כתב כן. ועיין בדורש לציון דרוש י"ג שכתב ג"כ כדברי המקנה הנ"ל. ובהג"ה שם ביאר כן בכוונת אביו הגאון הנו"ב כעין מה שכתבתי בעז"ה.

ג

ויש להסביר זה די"ל במה שהביא הפרמ"ג ביו"ד סי' ס"ט במשבצות זהב ס"ק ל"ה בשם האו"ה דחתיכה שלא נמלחה שנתערב בין חתיכות מלוחות ונתבשלו דכיון דדם דלא פירש מותר מקרי נולד האיסור בתוך התערובות ובטל אף בחהר"ל וזהו הטעם השני שכתב שם זולת הטעם שכתבו שם דאין איסורו מחמת עצמו ע"ש. וכן כתב החוות יאיר בסי' קל"ג גבי הך דיו"ד סי' ט"ז סעי' י"ב בבהמה שיש לה בת שנתערבה בבהמות אחרות דלא שייך לדון התם בע"ח חשיבי משום דנולד האיסור בתוך תערובות. והנה התם הי' המבטל ניכר מקודם התערובות משום דיש להההיתר בשם מבטל אף קודם דנאסר האיסור עכשיו משום דההיתר הוא חלוק ומובדל אז מן האיסור דעכשיו. דהא ההיתר כמו חתיכות מולחות והבהמות שאין להם בת אינם יכולים כלל להיות נאסר באותו האיסור כלל. ואילו החתיכה דלא נמלחה עלול להיות עליו שם איסור אם יבשלו. וכן הבהמה שיש לה בת יכולה להיות נאסרת אם ישחוט בתה. ע"כ הי' המבטל דהאידנא אז בעת התערובות בשם מבטל דהא אינו יכול לחול עליו כלל שם האיסור. והבטל עכשיו הי' אז בשם איסור כיון דיכול להיות אסור כנ"ל. וזה דומה להך דגיגית דיו"ד סי' ק"ב הנ"ל ואו"ח סי' ש"ך הנ"ל. דהתם הי' היין דע"ש בשם היתר ניכר ומובדל וע"כ מבטל

להיין היוצא בשבת כיון דלא הי' ניכר האיסור כלל מעולם והמבטל הי' ניכר. וה"ה בהך דהאו"ה והחוות יאיר דשם מקרי ג"כ המבטל בשם ניכר בעת התערובות כנ"ל. משא"כ בקידש א' מבנותיו הא קודם הקידושין של א' לא הי' שום הבדל והפרש בין המבטל להבטל בעצם האיסור הלז דהא יכולים כולם להיות נאסרים באותו האיסור. וכן בפרוטה בכיס הקדש יכולים כולם להיות הקדש וכולם עלולים לאיסור זה. וה"ה גבי הך דמחיר כלב שכתבתי בספרי דהי' כ"א ראוי להיות מחיר כלב בכה"ג אינו מבטל משום דבעת דנולד האיסור לא הי' ניכר המבטל בפ"ע וקודם התערובות לא הי' אז על המבטל דעכשיו בשם היתר לגבי הבטל דהא אין שום חילוק ביניהם כלל דהא כולם יכולים לקבל האיסור בשוה זה כזה לכן מקרי זה בשם לא הי' היתר ניכר. ובכה"ג אין כח להמבטל לבטל להאיסור. וכן כתב המקנה להדיא במה שכתב דקודם התערובות כל א' ראוי להיות הקדש כו'. וזהו להדיא כמו שכתבתי.

ד

ומוכרח לומר כן דאל"כ תקשה בהא דתמורה (דף ט"ו ע"ב) דמוכיח הש"ס דאין חטאת ציבור מתה משעירי הרגלים ור"ח דא' רחמנא אייתינהו מתרומת הלשכה דילמא מתו מרייהו דהנך זוזי ש"מ אין חטאת ציבור מתים. ופי' רש"י ד"ה ה"ט כו' דאע"ג דאיכא למימר דלמא מתו מרייהו דהנך זוזי קצת מאותן שהביאו השקלים עכ"ל. וסוגיא זו אי' בהוריות (דף ו') בקצת שינוי ובמק"א ביארתי בטוב טעם כוונת הסוגיא דהוריות ואכ"מ. וקשה הא מיבעי להיות בטל ברוב. ואף דמטבע חשוב ולא בטל אין זה כי אם מדרבנן ושם רוצה ר"פ להוכיח מן התורה דאין חטאת ציבור מתה. ואף לפמש"כ המל"מ סוף ה' מעילה בשם התוס' דמטבע לא בטל מה"ת עכ"ז תקשה לפי דעת הסוברים בכל הנך דאינם בטלים דבנולד האיסור בתערובות בטלים והתם נולד האיסור בתערובות. אך י"ל בזה דוקא בדשיל"מ וחהר"ל דהא דלא בטל אין זה רק מדרבנן בזה חלקו שפיר בין נולד האיסור בתערובות. משא"כ במה דלא בטל מה"ת בזה אין לחלק ואף בנולד האיסור בתערובות אינו בטל.

ה

אמנם באמת שיטת רוב פוסקים דמטבע חשוב ולא בטיל אין זה כי אם מדרבנן א"כ תקשה בהך דתמורה הנ"ל ובפרט לשיטת האו"ה שהובא בפרמ"ג הנ"ל דאף בדבר חשוב בנולד בתערובות בטל אף מדרבנן תקשה ביותר הך דתמורה. וכן תקשה לפ"ז בהא דיומא (ד' נ"ה) בטעמא דר"י דלא הי' שופרות לקיני חובה משום חטאת שמתו בעלי'. וכתב המל"מ בסוף ה' מעילה דלא בטל התם משום מטבע חשוב ולא בטל. וקשה הא התם נולד האיסור בתערובות והא ס"ל להאו"ה והחו"י דבכה"ג אף דבר חשוב בטל

כנ"ל. ומכ"ז מוכרח כמש"כ דבנולד האיסור בתערובות ולא הי' המבטל ניכר מעולם בפ"ע דלא בטל מה"ת. והתם במטבע אף קודם התערובות לא הי' על המבטל בשם היתר חלוק ומובדל גבי הבטל דעל כולם יכול לחול האיסור דחטאת שמתו בעליהם. וכה"ג אין כח להמבטל לבטל להבטל. ולכן אם נימא כשיטת האו"ה והחו"י הנ"ל גם מהך דיומא הנ"ל מוכח כשיטת המרדכי בכה"ג שכתבתי במחיר כלב. וכ"ז מדוקדק היטב בלשון ספרי שכתבתי בזה"ל דלא הי' ניכר המבטל מעולם בפ"ע היינו שלא הי' שום חילוק והבדל כלל מעולם ביניהם בעת שהי' כל אחד ניכר בפ"ע ולא הי' אז עלי' שם מבטל. ואחר שנולד האיסור בוודאי אין ניכר ההיתר בפ"ע כל זה ברור בעז"ה. ועיין בנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' נ"ד שהביא לדבריו בצל"ח פסחים (ד' ל"ד) ולדברי המל"מ פ"א ה' מטמו"מ ה' י"ד ועיין בת"ש ליו"ד סי' י"ד מזה ועיין ביומא (ד' נ"ה ע"ב) דאמרו גזירה משום חטאת שמתו בעלי' כו' ופי' רש"י שמא מת א' וה"ל מעות חטאת שמתו בעלי' והולכות לים המלח כו' משנתן מעות לשופר ועדיין לא קרבו כו'. אכן לפי מש"כ לעיל לתרץ להא דתמורה א"ש כ"ז. והבאתי לדברי רש"י הזאת לפי דחכם א' רצה לדחות בקל למה שכתבתי אבל נעלם ממנו דברי רש"י זו וקצרתי.

ענף ב

1

ולרווחא דמילתא נלענ"ד להסביר כ"ז ביתר ביאור בעז"ה. והוא לפי המבואר בתשובת הר"ן סי' ס"ד דהוכיח דהיתר בהיתר ג"כ בטל מהא דצמר גמלים ורחלים שטרפן זה בזה דמותר לערבו בפשתן. והפר"ח באו"ח סי' תמ"ז דחה ראיית הר"נ דשא"ה בצמר רחלים דיש עלי' שייכות איסור דכאשר יערבו בפשתן יהי' אסור ללובשו. משא"כ בחמץ קודם זמנו אין עליו שייכות איסור כלל. והר"נ סובר דגם חמץ קודם זמנו ג"כ יש עליו שם שייכות איסור כשיגיע הפסח דזמן ממילא קאתי. והא דע"ז (ד' ע"ג) ויו"ד סי' קל"ד דמים שנפלו לבור יין חוזר וניעור. דשא"ה דהוי היתר בהיתר ממש ולא שייך על המים לעולם שום איסור כלל אף לאיזה זמן. ועיין בתשובת רע"א זצ"ל סי' ל"ח והדברים ארוכים. עכ"פ חזינן שיטת הפר"ח דהיתר בהיתר לא שייך ביטול כלל רק היכא דיש עליו שייכות איסור כמו בצמר רחלים אחר שיערבו בפשתן יהי' אסור לו ללובשו לכן גם עכשיו שלא עירבו בפשתן ג"כ יש עליו שייכות איסור לדון בי' דיהי' בטל בצמר גמלים כמו כל איסור בהיתר דבטל ברוב. א"כ כמו כן יש לדון בנ"ד ולחלק דדוקא בבהמה שיש לה בת שנתערבה בבהמות או בחתי*כה שלא נמלחה בנתערב עם חתי' דנמלחו דהמה בטלים בעת התערובות בעודן היתר דהא החתי' שלא נמלח יש עלי' שייכות איסור אחר דיבשלו

ויהיה דם דפירש ממקומו. וכן בבהמה דיש לה בת יש עלי' שייכות איסור אחר דישחט בתה לכן גם עכשיו בעת התחלת תערובתן יש עליהם שייכות איסור להיות בטל ברוב היתר דבהיתר לא משכחת שום אופן דיהי' אסור באיסור זו ובטל אז בתחלת תערובת. דהא בעת התערובות הי' אז המבטל ניכר בפ"ע לכן גם המרדכי מודה בזה דבטל ברוב. ואף דיש עליו חשיבות מצד בע"ח או חהר"ל עכ"ז בכה"ג שלא הי' אסור מעולם בפ"ע לא תקנו חז"ל לזה. משא"כ באומר א' מבנותיך מקודשת לי או בפרוטה בכיס זה הקדש וכן בהא דתמורה ויומא הנ"ל דקודם חלות האיסור הי' על כולם שם היתר בשוה ולא שייך לדון התם על א' בשם איסור יותר מהרוב דהא כולם הם בספק על אחר זמן דשמא יחול עליהם איסור כמש"כ המקנה בקצרה דכ"א ראוי להיות הקדש כנ"ל. א"כ בעת התערובות לא הי' יכול אז למיבטל כיון דשם היתר על כולם בשוה והיתר בהיתר לא בטל. ודוקא בחמץ בפסח ס"ל להר"נ די"ל דחמץ יש עליו כשיגיע פסח ושייך שפיר לדון דמיבטל ברוב כשיגיע הפסח. משא"כ בכל הנך לא שייך כלל לדון דבטל ברוב כיון דאז כולם שוין בעצם ובהיתר דכמו דיכול אותו הענין להיות נאסר כמו כן יכול להיות נאסר הרוב. א"כ בעת תערובתן לא שייך אז לדון ביטול ברוב ואחר שנאסר בתוך תערובות לא הי' ניכר אז המבטל בפ"ע בכה"ג אינו בטל לשיטת המרדכי. וכ"ז מוכרח מהא דיומא ותמורה הנ"ל.

ז

ולכאורה רציתי לומר בהא דתמורה ויומא הנ"ל דלכן אינו בטל ברוב הנך זוזי דמתו בעלי' ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ל"א ענף ב' דממונא לא בטיל א"כ כ"כ בחטאת שמתו בעלי' דעיקר האיסור הוי משום ממון שלהם ולא בטיל. אמנם ז"א דכיון דחטאת שמתו בעלי' למיתה אזיל א"כ אין עליהם דין ממון כלל דהא כיון דמתו מרייהו דהנך זוזי והמעות הולכות לאיבוד אין זכות כלל ליורשים שלהם בהנך זוזי ואין שייך לדון כלל בזה להא דממונא לא בטל. ועיין בביצה (דף ל"ח) דחלקו בין יש לו תובעין לאין לו תובעין. לכן העיקר כמש"כ מתחילה. אך עפ"ז נכון ביותר מש"כ לדון דלא בטיל הנך זוזי ע"פ דברי המרדכי הנ"ל. לפי דבעת דנתערבו המעות אף דהי' אז המבטל ניכר עכ"ז הא אם אינו בטל דהא הי' אז שם בעלים על המעות וממונא לא בטיל אז. א"כ אף אחר דנפקע שם בעלים מהם דנפסד כל זכותם כיון דלמיתה אזיל. עכ"ז הא אח"ז לא ניכר המבטל בפ"ע כיון דכולם בתערובות האיסור א"כ דומה שפיר ליבמה שרקקה דם דלא בטל.

ח

אך זה לא יתכן בהא דבכורות (דף כ"ז) שמקשה הגמ' משותפים שחלקו זה נטל עשרה טלאים וזה נטל תשעה וכלב שכנגד הכלב אסורין. ואי נימא יש ברירה ניברור חדא כו' אבל אם אין ברירה ניחא. ותקשה הא גם אם אין ברירה תקשה אמאי אסורין כיון דמיבטל ברוב ובע"ח חשיבי לא שייך בזה לפמש"כ האו"ה דאם נאסר אחר התערובות לא שייך בזה בע"ח חשוב ולא בטל והוא קושיא חמורה לכאורה. ובזה לא שייך לומר מש"כ לעיל בהא דתמורה ויומא דכיון דהי' בזה שם בעלים אחרים בעת התערובות וממונא לא בטיל דהא לא שייך לתרץ כן בהא דבכורות הנ"ל. לכן העיקר כמש"כ לעיל דשאני היכא דבעת התערובות הי' היתר בהיתר כולן בשוה ואז לא הי' בטל. לכן גם אחר שנאסר לא בטל משום דהא אחר שנולד האיסור בתערובות לא הי' ניכר המבטל אז ומה דהי' ניכר בעת התערובות הא לא הי' אז דין ביטול כלל לדון בזה ובכה"ג אינו בטל ברוב. לכן אי נימא דבנולד האיסור אחר תערובות לא שייך לדון בזה בע"ח חשוב ולא בטל כמש"כ האו"ה מוכח לומר כסברת המרדכי דאל"כ תקשה הא דתמורה ויומא ובכורות הנ"ל. ולכן שפיר כתבתי בספרי דלדברי המרדכי הנ"ל לא שייך בהא דבכורות דין ביטול משום דלא הי' ניכר המבטל מעולם בפ"ע. היינו דקודם שנולד האיסור לא הי' שייך אז לקרות להרוב בשם מבטל כיון דלא הי' אז איסור כלל בעולם. ואחר שנולד האיסור לא הי' ניכר אז האיסור. וכן הוא סברת המקנה להוכיח כעין זה מהא דא' מבנותיך מקודשת לי כנ"ל. וסברת המקנה ע"פ דברי המרדכי הנ"ל שייך לדון כן בהא דבכורות הנ"ל דהא התם בעשרה טלאים הי' יכול לחול על כולם איסור מחיר כלב וכן בכה"ג אינו בטל ברוב.

ט

ובעיקר מה דהוכיחו האחרונים מהא סי' ק"ב ביו"ד דבטל דשיל"מ בנולד האיסור אחר התערובות דה"ה בהא דיו"ד סי' ט"ז באותו ואת בנו דלולי דבריהם יש לומר דהמרדכי דמיקל בהא דגיגת כמבואר במרדכי ספ"ק דשבת והביא שם ראי' מהא דביצה (דף ד') דעצים שנשרו מהדקל מרבה עליהם כו' משום דמקלא קלי איסורא וליכא איסורא בעיני' וה"ה בהא דגיגת כיון דלא הי' מעולם ניכרין ע"ש והרי שם בביצה מסקינן מתחילה שם דאין זה כי אם בדרבנן ולא בדאורייתא ואפשר דהא דמיקל הפרמ"ג בשם או"ה בחתיכה שלא נמלחה אין זה ג"כ רק איסורא דרבנן משום דהא קיי"ל דדם שבישלו מדרבנן אבל בהא שכתבו כן גבי איסור אותו ואת בנו דהוי איסור תורה צ"ע מנלן זה וכן גבי דם דבישלו ג"כ צ"ע לפי המבואר בחולין (דף קי"א ע"א) בתוס' ד"ה דם דאורייתא דאע"ג דדם דבישלו מדרבנן מ"מ תחילתו עד שלא נפלט הוי דאורייתא ובביצה שם בתוס' ד"ה ותנן אין מבטלין כו' כתבו דהא דאמרו בש"ס התם דבדרבנן מבטלין היינו בדבר דעיקרו

מדרבנן ולא בתרומה דרבנן כיון דעיקרו מה"ת א"כ כש"כ בדם דבישלו דהוי מעיקרא איסור דאורייתא וודאי דחמור ביותר מתרומת פירות דרק עיקרו מה"ת א"כ כה"ג צ"ע דמנלן להו זה דהא הש"ס מיירי רק בעיקרו דרבנן וגם לבסוף דמסיק דשא"ה דמקלא קלי איסורא לא מצינו דמיקל אף בדאורייתא ועיין באו"ח סי' תק"ז בט"ז ומג"א ויש להאריך וקצרתי:

ענף ג

ו

וכעת ראיתי להוכיח כדברי המרדכי דהיכא דהאיסור נולד בתערובות ולא הי' ההיתר ניכר בפ"ע לא שייך דין ביטול ברוב והוא דבנדרים (דף מ"ח) במשנה אם אמר הריני עליך ואת עלי שניהם אסורים בדבר של אותה העיר היינו רחבה ומרחץ ובהכ"ל ותיבה וספרים כו', וקשה אמאי לא מיבטל חלק של היחיד ברוב היתר דהא הרוב הוא של היתר דשייך לכל העיר רק חלק היחיד הנאסר הוא המיעוט א"כ מבעי להיות בטל ברוב ולא שייך לומר בזה דבר שיש לו מתירין דאינו בטל וקונמות ה"ל דשיל"מ דז"א לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד דבהא דשותפין שנדרו הנאה זה מזה לא שייך לדון דה"ל דשיל"מ דהא דשיל"מ בעינן שיהא ההיתר בידו וכיון דאחר הדירו א"כ אין ביד המודר להתיר נדרו עכ"ל ספרי וכן ראיתי בתשובת ר"ע איגר זצ"ל סי' ס"ה שכתב בשם המהרי"ט באחד שהדיר חבירו מנכסיו ונתערב דבטל ברוב כיון דאין ביד המודר למשאל עליו ורק להנודר עצמו הוי דשיל"מ עכ"ל א"כ במשנה שם אי' דאמר הריני עליך ואת עלי דאין ביד המודר למשאל על נדר חבירו לא הוי גבי' דשיל"מ א"כ תקשה אמאי נאסר בדבר של אותו העיר הא חלק הנאסר עליו ע"י חבירו מבעי להיות בטל ברוב היתר. וגם בקרקע מצינו דין ביטול ברוב כ"ז דלא ניכר וכמש"כ החוות דעת בסי' ק"י ס"ק ו' בשם הר"ש מקינון גבי נחל איתן ואף לפי מש"כ החוו"ד שם דבקרקע לא שייך ביטול משום דמחובר חשוב ולא בטל כמש"כ רש"י בגיטין (דף נ"ד ע"ב) גבי נטיעה של ערלה דלא בטל משום דמחובר חשוב ואינו בטל ע"ש בחוו"ד וכן הוא בתרומות פ"ט משנה ה' כפי שכתב הרע"ב שם מ"מ תקשה עדיין דהא התם בנדרים הא מיירי בתיבה וספרים של בני העיר דנאסר בהם והא הוו מטלטלין ובפרט להסוברין דבנולד האיסור אחר תערובות לא שייך בזה לדון דהוי דבר חשוב ולא בטל ותקשה כנ"ל ובאיסור שנתערב ברוב הא נהפך האיסור להיתר כמבואר בסי' ק"ט ובאו"ח ריש סי' תמ"ב דחמץ שנתערב ברוב אין עובר על בל יראה והא דבכורות (דף כ"ג) בנבלה שנתערבה בשחוטה דמטמא במשא אין זה רק מדרבנן גבי טומאה לשיטת התוס' שם ועיין בפרי מגדים לאו"ח שם:

הגה"ה

ועפ"ז כתבתי בהך דח"מ סי' קע"א סעי' יו"ד אם אין בו דין חלוקה ואמר א' טול אתה שיעור ואני פחות דאין שומעין לו ויש חולקין וס"ל דיכול לומר כן וזהו פלוגתת רבנן ורשב"ג בב"ב (דף י"ג). ונלע"ד לכאורה להוכיח מנדרים (דף מ"ו) כהסוברים דאין שומעין לו בזה והוא דאמרו שם מחלוקת באין בה דין חלוקה אבל יש בה דין חלוקה דברי הכל אסור ופי' הר"נ שם דלכן באין בה דין חלוקה ס"ל לראב"י זה נכנס בתוך שלו משום דכיון שאי אפשר לאחד מהשותפין לעכב את חבירו מלהשתמש בו לעולם ולא לכופו לחלוק מתחילה ע"מ כן קנאוהו שיהא גופה קנוי' לגמרי כו' עכ"ל. וקשה הא בידו לומר טול אתה שיעור ואני פחות דהדין דשומעין לו לפי הך שיטה. א"כ הוי בידו להפקיעו מן שלשה אמות ואמאי אמרו דזה נכנס בתוך שלו דהא כשהולך בחצר יש להסתפק ולומר דשמא הולך בשלשה אמות של חבירו והא חבירו בידו להפקיע זכותו מן השלשה אמות ע"י מה דיאמר טול אתה שיעור ואני פחות לשיטת הסוברים כן ולא שייך לומר בזה דאזלינן בתר רובא ומן הרוב דהוי ארבעה אמות אינו יכול להפקיע זכותו כלל (והא שיטת כמה פוסקים דלא בעינן כפל ברוב המבטל). דהא קרקע לא בטל וכמש"כ רש"י בגיטין (דף נ"ד ע"ב) בד"ה ה"ז לא ילקט דמחובר לקרקע חשוב ולא בטיל. ואין לומר דדוקא ביש בה דין חלוקה דכיון דחצר לחלוקה עומדת לכן אמרינן שאין לומר דמתחילה קנאוהו כולה כל א' לתשמישו וכמש"כ הר"נ שם משא"כ בטול אתה שיעור ואני פחות דכיון דמתנה לא שכיחא לכן לא אמרינן בזה סברא הנ"ל אף דבידו לומר כן דזה אינו דהא מבואר בכתובות (דף נ"ט ע"א) בתוס' ד"ה הכא אין בידה כו' והקשו דהא בידה לומר איני ניזונית כו' יעו"ש ומתחילה כתבו התוס' שם בד"ה שמא יגרשנה כו' דזה לא שכיח לומר כן. אלמא דאף במה שאינו שכיח ג"כ אמרינן הואיל בידה לומר כן דהא עכ"פ בידה לעשות כן ולהפקיע זכותו א"כ ממילא חל נדרה והקדישה דלכן כשיגרשנה תהא אסורה לחזור כמבואר שם א"כ ה"ה בנ"ד תקשה דהא בידו לומר עכ"פ טול אתה שיעור ואני פחות א"כ מחמת זה מבעי לחול נדרו וקשה דאמאי פסקינן דהלכה כראב"י דזה נכנס בתוך שלו כדאי' התם דאף דנימא דראב"י ס"ל כרשב"ג דב"ב (דף י"ג) דאין שומעין לו אבל איך פסקו בגמ' שם דהלכה כראב"י אי נימא דהלכה כרבנן דב"ב שם דס"ל דשומעין לו אע"כ מוכח לדינא דקיי"ל דאין שומעין לו וכן מוכח מלשון הר"נ שם שכתב מתחילה שם דלכן מותר לפי שאי אפשר לאחד מן השותפין לעכב את חבירו מלהשתמש בו. אלמא דלפי שאין לו שום עצה לסלק לחבירו לכן מותר להיות נכנס בתוך החצר א"כ מוכח מזה דאין יכול לומר טול אתה שיעור ואני פחות ובאמת י"ל

דהרא"ש דפסק בב"ב שם דשומעין לו בטול אתה שיעור ואני פחות י"ל דאזיל לשיטתי' בפי' הרא"ש לנדרים (דף מ"ו) הנ"ל דכתב שם דלכן מחלוקת באין בה דין חלוקה משום דכיון דאי אפשר לחלוק סמכינן אברירה אבל ביש בה דין חלוקה דכיון דאפשר בחלוקה לא סמכינן אברירה ולא כתב טעם של הר"נ הנ"ל. אך לפי שיטת הר"נ הנ"ל דמחלק דמחמת שאין יכול להפקיע חלק חבירו אז הוי קנין הגוף בכולה וכן מוכח מן הרא"ש בפסקיו לנדרים א"כ תקשה על הך שיטה דס"ל דיכול לומר טול אתה שיעור ואני פחות: **אך** י"ל בזה דאף אם יאמר טול אתה שיעור ד' אמות ואני שלשה אמות דאז יש כאן רוב היתר דהא כבר כתבו האחרונים דלא בעינן כפל מן ההיתר וחד בתרי כשבטל אז יכול לאכול כולן משום דנהפך איסור להיתר כמבואר בסי' ק"ט ביו"ד. א"כ כיון דאין יכול להפקיע ממנו הארבעה אמות לכן הוי קנין הגוף בהארבעה אמות. ולכן אף דלדידן דקיי"ל בדאורי' אין ברירה עכ"ז כיון דאין יכול להפקיע את חלק שלו לכן פסקו דזה נכנס בתוך שלו וכמש"כ הר"נ והרא"ש שם אבל אף דיכול להפקיע ממנו את השלשה אמות עכ"ז מותר לילך בחצר משום דבכל פסיעה שהולך אמרינן דהולך בתוך היתר משום דבטל האיסור ברוב היתר ולא שייך לומר דהוי קבוע דהא היכא דאינו ניכר אין דינו כקבוע כידוע ואף שכתבתי לעיל בשם רש"י גיטין דקרקע אינו בטל וכן מבואר בתרומות פ"ט משנה ה' בתויו"ט שם שכתב בשם התוספתא דקרקע אינו בטל יעו"ש עכ"ז זה אינו רק מדרבנן דהא בכל דבר חשוב דאינו בטל לא הוי רק מדרבנן ולכן בקרקע דאינו בטל משום דהוי חשוב כמש"כ רש"י ג"כ זה לא הוי רק מדרבנן ומה"ת מיבטל ברוב (ואף דמן החוו"ד בסי' ק"י ס"ק ו' לא נראה כן מ"מ העיקר כמש"כ דאינו רק מדרבנן). וכמו שמצינו בר"ש מקינון שכתב בספר הכריתות להוכיח דהיכא דאינו ניכר האיסור לא מקרי קבוע ובטל ברוב דאל"כ יאסר לכל העולם לזרוע משום ספק נחל איתן והביאו האחרונים זה ביו"ד סי' ק"י (ואף שכתבנו בשם הרבה ראשונים דקרקע הוי דבר חשוב עכ"ז בע"כ זה לא הוי רק מדרבנן וכמו כל דבר חשוב:

ולכן בכה"ג דיאסר לכל העולם לזרוע לא גזרו חז"ל ולא העמידו דבריהם בזה ושפיר כתב הר"ש מקינון). וכיון דבכה"ג אף דיאמר טול אתה שיעור ואני פחות עכ"ז ישאר להב' רוב היתר ואין בו רק איסור מדרבנן משום איסור השלשה אמות של חבירו דזה לא הוי רק איסור מדרבנן והא בדרבנן קיי"ל דיש ברירה ולכן מותר ליכנס לחצר ועיקר קושיות הר"נ הוי משום דהא קיי"ל בדאורי' אין ברירה כמש"כ הר"נ שם במשנה ר"פ השותפין ולכן תי' שפיר דכיון דאינו יכול להפקיע ממנו זכותו הוי קנוי לו כל החצר וכיון דאינו יכול להפקיע באין בו דין חלוקה את הארבעה אמות דאז לא הוי חד בחד

רק רוב היתר לכן בכה"ג סמכינן אברירה משום דבדרבנן יש ברירה וזה וודאי אין לומר דהא דנדרים מיירי באין בה רק ארבעה אמות משום דהא סיים אבל יש בה דין חלוקה דברי הכל אסור ויש בה דין חלוקה היינו שמנה על שמנה א"כ מסתמא הא דאמר אין בה דין חלוקה מיירי גם בגוונא דיש בה שבעה אמות ג"כ ובכל גווני מיירי ובע"כ מוכח כמש"כ והארכתי בזה וקצרתי כעת. (ע"כ הגה"ה):

יא

נחזור לענינינו דתקשה בהך דנדרים (דף מ"ח) דאמאי אסורים בדברים של אותו העיר דאמאי לא בטל ברוב ולא שייך למידן בזה ממונא לא בטל דביצה (דף ל"ח) כמש"כ לעיל דהא אם נתערב איסור של חבירו ברוב היתר של אחר אטו אינו בטל ברוב ובאמת הא אף בזה בטל ברוב רק היכא דהאיסור הוא מחמת הממון של אחר בזה שפיר י"ל דממונא לא בטיל כמש"כ בספרי גבי הקדש לא בטל דזהו משום דכיון דהאיסור הוא מחמת ממון הקדש השייך לגבוה:

ושייך שפיר בזה ממונא לא בטל כמו בהא דסוף ביצה. א"כ תקשה אמאי אינו בטל חלק הנאסר מחמת קונם שלו ולא מחמת ממונו דכה"ג הא בטל ברוב ואין לומר דהא אי' בנדרים (דף נ"ח) דהקדש ה"ל דשיל"מ משום דיש לו תקנה בפדייה. דז"א דהא קונם פרטי אין לו פדיון כמבואר בנדרים (דף ל"ה) ושבועות (דף כ"ב). ועוד דהא אחר אין יכול לפדות בשוה פרוטה כמבואר במנחות (ד' ע"א) תוס' ד"ה ומתירין גמזיות של הקדש. ועיין בפמ"ג סי' ק"ט שכתב דאף איסור של חבירו דנתערב ג"כ בטל גוף האיסור כנ"ל] ואין לומר דהא מחובר חשוב ולא בטל כמבואר ברש"י גיטין (דף נ"ד ע"ב) גבי נטיעה של ערלה דלא בטיל משום דמחובר חשוב ולא בטיל דז"א דהא התם בנדרים מיירי בתיבה וספרים דהוי מטלטלין ובפרט להסוברים דבנולד האיסור אחר תערובות לא שייך לדון בזה דבר חשוב ולא בטל:

ותקשה כנ"ל:

ענף ד

יב

ולשיטת הרמב"ם יש מקום לתרץ זה בהקדם קושיות ר' עקיבא איגר זצ"ל בסוף סי' ס"ה על מש"כ הש"ך ביו"ד סי' רי"ו דבאומר קונם פירותי על פ' נאסר בגידוליהן והקשה הא מה דנדולין אינם בטלין ברוב זהו משום דהוי דשיל"מ א"כ באומר קונם פירותי על פ' דאין ביד פ' להתיר א"כ מבעי להיות בטל ברוב עכ"ל ועיין בלחם משנה ס"פ ה' דנדרים. ולדעתי יש לדון בזה לפי שיטת הרמב"ם והמחבר ביו"ד סי' ר"כ בסופו דבמקונמות אף המדיר עובר על בל יחל ולוקה ע"ז וכמש"כ הבאר הגולה שם והטעם דהוא המדיר והוא

המיחל דברו [ועיין בט"ז שם] א"כ יש על המדיר לחבירו איסור עצם דבל יחל זולת לפני עור כשהמודר נהנה משום דהמדיר מוזהר לראות שלא יתבטל נדרו וגם י"ל לשיטתו דגם העשה דכל היוצא מפיו מוטל על המדיר שיעשה כן ולפ"ז י"ל דלכן נאסר המודר גם בגדולין משום דהא המדיר מוזהר באיסור עצמו שלא לתת להמודר את החפץ הנאסר וגבי המדיר הוי זה בשם דשיל"מ דהא בידו להתיר נדרו ע"כ ממילא אסור המודר להנות מהגדולין משום לפני עור דאף דלגבי המודר לא הוי דשיל"מ משום דאינו בידו להתיר הנדר. מ"מ הא לגבי המדיר הוי בשם דשיל"מ וממילא אסור המודר להנות משום לפני עור דמכשיל את המדיר דמוטל עליו איסור עצם שלא להנות להמודר. וביד המדיר דבידו להתיר נדרו הוי זה בשם דשיל"מ ואינו בטל והתוס' בעו"ג (דף כ"ב) ד"ה תיפוק ליה משום לפ"ע כתבו דגם בדרבנן שייך לפ"ע וכדקיי"ל ביו"ד סי' קס"א דבאבק ריבית עובר הלוה משום לפ"ע וכבר כתבתי במק"א להוכיח דגם שוגג דרבנן צריך כפרה ודלא כהנתיבות בסי' רל"ד א"כ כשהמודר יהי' נהנה מהגדולין אז יוכשל המדיר דעליו מוטל איסור עצמו שלא להניח להמודר להנות ממנו כדי שלא יתבטל נדרו וע"כ נאסר בהגדולין משום דהוי דשיל"מ גבי המדיר כן יש מקום לדון ולתרץ קושיות ר' עקיבא איגר זצ"ל:

יג

ולפ"ז אפשר לומר דלשיטת הרמב"ם לכן נאסר בדברים של אותו העיר דכיון דלגבי המדיר הוי זה דשיל"מ דבידו למישאל ע"כ ממילא אסור המודר כדי שלא יוכשל המדיר וכמו בהנך גידולין כנ"ל והא שכתב הר"נ בנדרים (דף ט"ו ודף ל"ה) בשם הרמב"ם דהמדיר לוקה אם האכילו או ההנהו וכ"כ המחבר ביו"ד שם דאם הוא מהנה אותה ה"ז לוקה ולפי דברי הבאר הגולה שם דמשמע דוקא אם מהנה לו בידים. י"ל דזהו משום מלקות דאל"כ הוי לאו שאין בו מעשה ואין לוקין. ובאמת יש לומר דאף בלא מעשה דידי' כשהמודר נהנה דעובר המדיר על בל יחל ועל העשה דכל היוצא מפיו יעשה כשמניח להמודר להנות כיון דהמדיר מוזהר מצד איסור עצמו כשהמודר נהנה דהא מיחל דברו ויתבטל נדרו עכ"פ וזהו בכלל בל יחל לשיטת הרמב"ם וה"ה אף בשוגג שאינו יודע המדיר שהמודר נהנה דג"כ דינו כמו כל שוגג דרבנן דצריך כפרה כן יש מקום לדון לפי שיטת הרמב"ם הנ"ל ולכן לשיטתו אתי שפיר מה דנאסר בדברים של אותו העיר ושפיר כתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ל"א ענף ג' דהרמב"ם לא ס"ל כשיטת המרדכי דגבי יבמה שרקקה דם כו' משום דלשיטתו יש מקום לתרץ להא דנדרים דאסרו בדברים של אותו העיר ולא מיבטל ברוב משום די"ל דזהו משום דשיל"מ דיש על המדיר באיסור עצמו כנ"ל:

[**ומש"כ** לבאר לשיטת הרמב"ם דהמדיר עובר בעצם איסור דבל יחל כשהמודר נהנה וכיון דהוי לגבי המדיר בשם דשיל"מ ע"כ ממילא נאסר המודר וכמש"כ שם בארוכה כעת נלע"ד להסביר זה ביתר ביאור ע"פ דברי המג"א בסי' שי"ח ס"ק ב' בשם הרע"ב והרמב"ם בפ"ב דבכורים משנה ב' דאם נתערבו בכורים אסורים אף לזרים אע"ג דלדידהו ה"ל דשאל"מ כיון דלכהנים הוי דשיל"מ דיכולין לאוכלן בירושלים אף לזרים אסורים הרי דמה דהוי דשיל"מ לגבי א' ממילא נאסר השני ג"כ משום דשיל"מ ואינו בטל גם לי' ע"ש ע"כ ה"ה בהך מילתא דכתב רע"א ז"ל בשם המהרי"ט בקונמות של אחר בנתערב דבטל ברוב משום דלהמודר לא הוי דשיל"מ כנ"ל ובאמת לשיטת הרמב"ם דס"ל דנאסר המדיר משום איסור עצם עליו ע"כ כיון דהוי לגבי המדיר בשם דשיל"מ ממילא הוי ג"כ לגבי המודר בשם דשיל"מ ואינו בטל לדידי' וע"כ א"ש בפשיטות הא דאסור בדברים של אותה העיר כנ"ל להרמב"ם דנאסר המדיר בעצם האיסור ובפרט דהא שיטת הרמב"ם גופא כשי' הרע"ב בהך דביכורים וכמש"כ המג"א כנ"ל וכל דברי המהרי"ט וכפי שכתב רע"א בתשובה הם לשיטת הר"נ החולק על הרמב"ם כנ"ל וע"כ לשיטת הר"נ החולק על הרמב"ם בע"כ מוכח מהא דנדרים כשיטת המרדכי הנ"ל]:

יד

אכן לשיטת הר"נ דהשיג בנדרים (דף ט"ו ודף ל"ה) על הרמב"ם וס"ל דאין המדיר עובר על בל יחל רק על לפ"ע א"כ תקשה דאמאי אסור בדברים של אותו העיר והא מבעי למיבטל ברוב כנ"ל. וגם אליבי' שיטת הרמב"ם הדעת נותנת דאין על המדיר שום איסור כלל כשהמודר ילך בהחצר דהא ע"פ דין אינו יכול המדיר לעכב על המודר מלילך בהחצר שמשועבד לשניהם לילך שם וכמש"כ הר"נ בר"פ השותפין א"כ ממילא אין על המדיר שום חשש איסור כלל מן בל יחל דהוי כמו אנוס ורחמנא פטרי' דמה יוכל לעשות המדיר כיון דאין יכול לעכב על המודר וע"כ לדעתי קשה לומר כל מה שכתבתי לדון לפי שיטת הרמב"ם הנ"ל וגם במה שתרצתי לקושיות רע"א הנ"ל יש מקום לחלוק ע"ז. וע"כ נלע"ד להוכיח מזה דהעיקר כשיטת המרדכי דדבר הנאסר בתערובת דלא הי' ניכר המבטל ההיתר בפ"ע דלא שייך בזה דין ביטול ברוב א"כ בהך דנדרים דאמרו אסורים בדברים של אותו העיר דהתם נולד האיסור בהתערובות דהא שם המבטל לא הי' ניכר מעולם בפ"ע ע"כ לא שייך בי' דין ביטול ברוב וממילא מוכח מזה כמו שכתבתי בספרי באר יצחק גבי מחיר כלב דלשיטת המרדכי אינו בטל כה"ג משום דגם זה מקרי מעורב מתחילה ואף דקודם חלות הנדר הי' כולם מותרין עכ"ז כיון דמתחילת חלות האיסור לא הי' ניכר המבטל בפ"ע בלא הבטל ואין שום הבדל בין הבטל להמבטל ע"כ אין בכח

המבטל לבטל להאיסור וכמו בהך דנדרים דקודם הקונם שלו הי' כולם מותרין ואין הבדל ביניהם כלל דכ"א ראוי להיות בשם איסור והיתר ואין בכח הרוב לבטל להאיסור ונכונים דברי ספרי באר יצחק ודברי המקנה בקידושין והדורש לציון הנ"ל וכעין זה ראיתי בחוות דעת סי' ק"ו ס"ק א' שכתב ג"כ כעין זה על הך דאפשר לסוחטו אסור ע"פ דברי המרדכי הנ"ל וס"ל ג"כ כמו שכתבתי וכמו שהוכחתי כן מהך דנדרים הנ"ל ודלא כהכרו"פ דלא נחת לזה:

טו

ועפ"ז נדחה מש"כ כת"ר להקשות על מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ל"א ענף ג' גבי איסר של מע"ש דאוכל עליו צ"ט יצא כולו לחולין והקשיתי דהא הוי מעורב מתחילה וכמו שהארכתי שם והקשה כת"ר דהא דוקא במידי דמעורב מתחלת ברייתו אמרו כן התם עכ"ל כת"ר אבל ז"א וכמו שהוכחתי מהך דנדרים ויומא ותמורה שהובא לעיל וכמש"כ המקנה הנ"ל וכש"כ התם גבי איסר מע"ש דהי' מקודם התערובת כולו איסור בוודאי אינו בטל לדברי המרדכי ובפרט לפי מה שביאר הנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' נ"ד בביאור דברי המרדכי דכיון דרוב ילפינן מן סנהדרין א"כ בעינן דיהי' ניכר כדהתם. וגם אנכי אמרתי כן מכבר ע"כ היכא דאינו מעורב מתחילת ברייתו ג"כ אינו בטל כיון דלא הי' ניכר המבטל בפ"ע ובעינן דומי' דסנהדרין ופשוט ולפ"ז צ"ע לפי מש"כ בספרי באר יצחק שם דהר"נ גבי זה וזה גורם דלא ס"ל כשיטת המרדכי. דהא כבר הבאתי לעיל דהר"נ בנדרים (דף ט"ו וד' ל"ה) חולק על הרמב"ם וס"ל דהמדיר אינו עובר על בל יחל כ"א על לפני עור א"כ תקשה הא דנדרים דאסורים בדברים של אותו העיר דמוכח מזה כשיטת המרדכי ובלא"ה כתבתי לעיל דגם לשיטת הרמב"ם דס"ל דהמדיר עובר על בל יחל דג"כ אינו מספיק בזה לתרץ מה שהקשיתי על הא דאסורין בדברים של אותו העיר דאמאי לא בטיל ברוב ובע"כ מוכח מזה דשאני בזה וזה גורם דכתב הר"נ דבתורת ביטול אתינן עלה דאף דבביטול ברוב לא דיינינן בכה"ג מ"מ זוז"ג שאני וכמו דהתם בזוז"ג הא לא הוי רוב מהמבטל ולא כמש"כ בספרי שם לדמות זה להמרדכי והדברים ארוכין ועוד חזון למועד איה"ש:

טז

וראיתי בספר מקור חיים על ה' פסח סי' תמ"ז ס"ק ח' שכתב באמצע דבריו דאם נתערב קמח חטין בקמח שעורים ואח"כ נדר א' מקמח חטין אסור משום דהוי דשיל"מ עכ"ל ולפי טעמו אין לאסור רק אם נדר מחבירו אבל אם חבירו מדירו אינו אסור משום דלא שייך בזה דשיל"מ דהא אינו בידו להתיר כנ"ל ולדעתי יש לסתור דבריו מהא דיו"ד סי' ק"ב ובאו"ח סי' ש"כ סעי' ב' דגבי דבר שיל"מ אם לא הי' ניכר האיסור מתחילה וכמו

בגיגת דמיבטל ברוב ואף דמן התוס' בב"ק (דף מ"ט) ד"ה כל הנלקט כו' נראה דלא ס"ל כן מ"מ הא לא הובא דעתם בשו"ע אכן לפי מש"כ להוכיח מהא דנדרים דאסורים בדברים של אותו העיר דנאסר חלק המדיר ואינו בטל ברוב היתר דזה דומה למש"כ המרדכי דהיכא דלא הי' המבטל ניכר בפ"ע מעולם בלא הבטל דאין לו כח לבטל א"כ ה"ה בנדון המקור חיים הנ"ל דדעתי ג"כ לדינא כהמק"ח הנ"ל דאסור אך לא מטעמו דהמק"ח דכתב משום דהוי דשיל"מ:

אלא מטעם סברת המרדכי הנ"ל ומשום דהוי מין בשאינו מינו לא שייך לחלק בזה דהא עיקר המקור הוא מיבמה שרקקה דם דג"כ הוי מין בא"מ ואינו בטל לפי טעם המרדכי וכפי שנתבאר דזהו לפי שלא הי' ההיתר ניכר מקודם שנתבטל א"כ ה"ה בהך נידון של המק"ח הנ"ל הדין נותן דאינו בטל מה"ת ולדברי המק"ח בטעמו משום דשיל"מ אינו רק מדרבנן:

יז

ויש להעיר על דברי המרדכי מהא דבכורות (דף כ"ב) בבהמה ששפעה חרדת דם אינה מטמאה במגע ומשא ואריו"ח משום ביטול ברוב נגעו בה ופי' רש"י שבטל הבשר ברוב דם וגוונין היוצאין עמו. הרי דאף היכא דמעורב מתחילת ברייתו שייך ביטול וכן יש להעיר מהא דנדה (דף כ"ז) דאמרו שם ג"כ דמשום ביטול ברוב וכו' אך שם א"ש לפי מש"כ התוס' בנדה שם בד"ה משום ביטול כו' בתירוצם השני ע"ש ובהא דבכורות (דף כ"ב) הנ"ל י"ל דהדם והגוונין יוצאין מקודם והוי כרוב ניכר מקודם התערובות ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ל"א העירותי מן התוס' דזבחים (דף כ"ו) ד"ה שחט ואח"כ חתך כו' שכתבו דאינו בטל ברוב משום דגזרינן גזירה במקדש משמע דלולי זה הי' בטל ברוב והתם הא מעורב הכל מתחילת ברייתו ואפ"ה שייך ביטול הרי דס"ל דלא כהמרדכי ועיין מזה ביו"ד סי' י"ד ובת"ש ס"ק י"ב וס"ק ט"ז שהביא לדברי המרדכי ומש"כ שם. ובכמה ענינים דלעיל יש להעיר ע"פ שיטת הרמב"ם דנבלה בשחוטה מטמא במשא מה"ת וכמש"כ מזה המל"מ בפ"א ה' מטמא משכב ומושב והפרמ"ג באו"ח ריש סי' תמ"ב בפתיחה והארכתי בזה אך לדינא הא קיי"ל כמש"כ הרא"ש בחולין פ' ג"ה דהאיסור נהפך להיתר ע"י ביטול ברוב וכ"כ התוס' במנחות (דף כ"ב) בד"ה והן בולעות כו' שכתבו דמה שנתבטל הוי כמאן דליתא כו' ע"ש. ועיין בתוס' חולין (דף ק' ע"א) ד"ה ברי' שאני כו':

וקצרתי ואחר כותבי כ"ז ראיתי בחידושי רע"א זצ"ל ליו"ד סי' ק"ב סעי' ד' דהשיג על המק"ח הנ"ל בקצרה:

ענף ה

יח

ומה שהקשה מעכ"ת על מש"כ בספרי באר יצחק סי' ל"א ענף ב' ח' יו"ד לתרץ לקושיות התוס' בפסחים (דף כ"ז) דלכן הקדש לא בטל משום דעיקר האיסור הוא מממונא וממונא לא בטל כמבואר בביצה (דף ל"ח). וע"ז תמה כת"ר דהא מסקנת הש"ס בביצה, שם להיפך דהא קאמרי שם מי קמדמית איסורא לממונא איסורא בטל ממונא לא בטל וכן מצינו בתרומה. דאף דצריך לשלם מפני גזל השבט אפ"ה בטל ברוב וכ"כ מזה הפרמ"ג ביו"ד סי' ק"ט כו' עכ"ל כת"ר הנני להשיבו כי קצרתי בספרי מזה ולכן אבאר לו בארוכה ונקדים להביא לשון השיטה מקובצת לביצה (דף ל"ח) בסוגיא זו וזה לשונו ויש מפרשים דהאי וליטעמיך מדברי אבייי הוא מדלא אמרו אמר לי' וליטעמיך [לפי גירסתם]. וממון שיש לו תובעין הוא ממון גרידא וממון שאין לו תובעין הוא כעין מתניתין דאית בי' ממון ואיסורא ועיקר דינינו על איסור ולא על תשלומי ממון הילכך דין דליבטל אף יש כאן ענין בעלים וממון דאלו לא בטל נימא נמי בהא דר"ח דכי הוי לי' בעלים שסופן לתבוע ממונם אע"ג דהשתא אינם תובעין דלא תבטול וכי תימא ה"נ דכל שיש לה בעלים לא בטלה אכתי איכא לאקשויי למתניתין שיתבטל איסור, קנין שביתה כדאשכחן לר' יוחנן בן נורי וכיון דגריעא כולי האי איסור דידהו דין הוא דליבטל במתני' חד בתרי וא"ל רב ספרא לאביי דלא דמי איסורא שהביא מנבלה לממונא לפי שכך מטמא נבלה שאין לה בעלים כמו שיש לה בעלים ואין הבעלים מעלין ומורידין בדינה אבל מתניתין דעיקרא דמילתא אית בי' ממונא ואיסור דין הוא דלא תיבטל ולא חש רב ספרא לפרוקי הא דנכסי הפקר משום דרבנן פליגי עליו' עכ"ל השמ"ק והעתקתיו אות באות כי אולי אין הספר הזה ת"י מעכ"ת ובקצרה כוונת יש מפרשים, הנ"ל הוא דרב ספרא לא חזר בו מן מה דתי' דלכן לא בטל מים ומלח משום דממון לא בטל רק אבייי רצה לחלק דשאני במתניתין דעיקר מה שאנו דנין כעת הוא על האיסור ולא על הממון דהא עכשיו שהשאילה לה הוי הממון של השואל כו' ובמש"כ השמ"ק הנ"ל וכי תימא ה"נ דכל שיש לה בעלים לא בטלה אכתי איכא לאקשוי' שיתבטל איסור קנין שביתה כדאשכחן לריב"נ וכיון דגריעא כולי האי איסור דידהו כו' עכ"ל השמ"ק דבריו צריך ביאור בזה:

יט

ונלע"ד לבאר זה דאביי מוכיח לו דע"כ אין במשנתינו הטעם משום דממון לא בטל דהא לר"י בן נורי דס"ל הפקר קונה שביתה אלמא דאין הדבר תלוי בבעלים כלל ואף אם אין לו בעלים כלל ג"כ קונה שביתה א"כ אין שייכות כלל לדון במשנתינו דלא מיבטל משום ממון דהא באמת הוי ג"כ עכשיו הממון של השואלת וגם אין לומר דכיון דאיסור תחומין

נובע מחמת קנין, ממון שהי' להמשאיל בין השמשות הוי דינו כממון דהא לריב"נ דהפקר קונה שביתה לא הי' איסור תחומין מעולם נתלה בממון ולכן אין לזה דין ממון כלל ורב ספרא ס"ל דכיון דרבנן ס"ל דהפקר אינו קונה שביתה א"כ הי' האיסור תחומין נובע מקנין ממון שהי' להמשאיל בין השמשות הוי דינו ג"כ כממון ולא בטיל ומתניתין אתי כרבנן [ובמש"כ השמ"ק וכיון דגריעא כולי האי איסור דידהו דין הוא דליבטל כו' אין דבריו מדוקדקין כ"כ ויש להאריך הרבה בכוונת השיטת היש מפרשים הנ"ל]:

כ

עכ"פ חזינן דיש שיטת הראשונים דלא גרסי א"ל וליטעמיך ולכן ס"ל דרב ספרא קא אמר להאי מי קמדמית איסורא לממונא ודלא כפי' רש"י והתוס' אלא דרב ספרא מחלק דשאני היכא דהאיסור אינו תלוי בבעלים כמש"כ השמ"ק דאין הבעלים מעלין ומורידין בדינה משא"כ איסור היוצא ונולד מחמת קנין ממון של אחר דינו דלא בטל ורב ספרא לא חזר מתירוצו והא דמהדרי אביי ורבא לתרוצי בגווני אחריתי אין לנו לעשות פלוגתא רחוקה ביניהם. כדקיי"ל אפושי פלוגתא לא מפשינן דהא חזינן דעיקר קושיות אביי הי' מן ר"י ב"נ דהפקר קונה שביתה ורצו להדר דיהי' אתי מתניתין גם כר"י ב"נ ולריב"נ הא איסור תחומין אינו תלוי בממון אבל לרבנן לא הי' קשה להו די"ל דאיסור תחומין הוי כמו ממון דלא בטל כיון דאיסור תחומין יוצא מחמת הממון ותלוי עיקרו מחמת ממון וגם הא התם אין כאן עכשיו קנין ממון להמשאיל משא"כ היכא דהאיסור הוא מחמת ממונא של אחר וגם עכשיו יש לחבירו קנין ממון לא מצינו לאביי ורבא דפליגי על רב ספרא ולכן שפיר כתבתי בספרי לתרץ קושיות התוס' דהקדש לא בטל מה"ת משום דכיון דעיקר האיסור הוא מחמת שנהנה מחלק גבוה וממונא לא בטל בכה"ג לכ"ע לכן נשאר האיסור שנאסר מחמת קנין ממון השייך לגבוה ולא מיבטל. ואף דלשיטת רש"י בביצה אינו כן עכ"ז לשיטת היש מפרשים הנ"ל מוכח כן. ויעיין מעכ"ת בהקדמת של הגאון רע"א זצ"ל שכתב דלפעמים כתב בקצרה בספרו ובאמת הוא רק לשיטה אחת כי כן דרך המחבר לקצר וכש"כ לאנשים כערכינו אשר מוטרדים מאד ולא הי' הפנאי גורם לבאר בארוכה לכן לא כתבתי רק בקצרה] ועוד יבואר לקמן דאף לשיטת רש"י מודה במש"כ דהקדש לא בטל משום ממונא:

כא

וגם בעיקר מה שתרצתי עפ"ז לקושיות התוס' פסחים הנ"ל ג"כ קצרתי וכעת אבאר קצת בעז"ה בארוכה משום דהפני יהושע כתב שם לתרץ קושיות התוס' פסחים הנ"ל דכוונת הש"ס הוא דלכן תנור שהסיקו בעצי הקדש מיתסר משום דאף דיש שבח עצים בפת עכ"ז משהו מיהא איכא רק בערלה בטלה משא"כ בהקדש דלא בטל במשהו משום דהוי

דשיל"מ לכן נאסר רק התוס' דהקשו י"ל דס"ל דכיון דמסקינן בריש ביצה דעצים שנשרו מרבה עליו עצים משום דמקלי קלי איסורא אלמא דהיכא דמקלי איסורא לא נאסר משום דשיל"מ לכן שפיר הקשו דהא בתנור שהסיקו בהקדש ג"כ מקלי קלי איסורא ולכן כתבתי לתרץ קושיתם דשאני הקדש דלא מיבטל מה"ת משום ממון לא בטיל וכשיטת היש מפרשים הנ"ל שהובא בשמ"ק. והא דתרומה עולה בא' ומאה אינו קשה משום דשאני תרומה דלא נולד האיסור משום ממון של חבירו דהא אף היכא דהתרומה שייך לו בעצמו ג"כ עליו שם תרומה ולא תלוי האיסור תרומה משום ממון שלו. לכן אין לזה שייכות כלל לדון בזה ממון לא בטל משא"כ היכא דהאיסור נעשה מחמת קנין ממון השייך לחבירו דינו כממונא ולא בטל:

וזהו מוכרח דאל"כ קשה אף לגירסת רש"י איך רצה רב ספרא לדון דאיסור תחומין הוי כממונא דהא מ"ש מתרומה דמבואר דמבטל ואף דצריך להרים משום גזל השבט ובע"כ מוכח לחלק דשאני תרומה דאין האיסור משום ממון הכהן דהא אף קודם דמטא ליד כהן ג"כ שם תרומה עליו. וכן אף בתרומה השייך לכהן דג"כ שם תרומה עליו גבי אותו הכהן וכן לפי מאי דרצה הש"ס לומר דאף נבלה בשחוטה אם המה של בעלים מחולקים ג"כ אינו בטל אף דאין האיסור משום הממון בע"כ מוכרח לחלק בין זה לתרומה משום דשאני תרומה דהוי ממון שאין לו תובעין ואף דבתחומין ג"כ אין לו עכשיו תובעין כיון דהשאילה לו:

עכ"ז הא בין השמשות הי' להמשאיל קנין בהמים ומלח והי' אז בעת חלות האיסור ממון שיש לו תובעין והא דצריך להרים מפני גזל השבט אין זה אלא מדרבנן כמבואר בבכורות (דף כ"ב ע"ב) תוס' ד"ה תירום ותירקב כו' בסה"ד שכתבו דלא פלוג רבנן במה דאמרו דתרומה צריך להרים משום גזל השבט משום דמה"ת בטל ואין זה בגדר ממונא לא בטל משום דהוי ממון דאין לו תובעין כנ"ל ועיין במל"מ ה' בכורים פ' י' ה' ח' מש"כ בשם הר"נ דבמתנות כהונה באיתנהו בעין כופין לו ליתן. עכ"ז כיון דאם אינו בעיני' פטור ליתן לכן מקרי ממון שאין לו תובעין ובטל ולא הוי בגדר ממונא דלא בטיל כ"ז הוא מוכרח כנ"ל וסרה קושיות כת"ר מה שהקשה מתרומה:

ענף ו

כב

ובאמת נלע"ד להוכיח דלדינא הוא דממונא לא בטיל היכא דהאיסור נולד מחמת ממון חבירו דאל"כ תקשה בהא דנדרים בפ' השותפין אשר הבאתי לעיל דאסורין בדברים של אותו העיר דאמאי לא מיבטל חלק הנאסר ברוב היתר ומש"כ לעיל ע"פ שיטת

המרדכי באמת הא כמה פוסקים חולקים על המרדכי בזה כפי שכתבתי בספרי בשם התוס' דזבחים (דף כ"ו) ד"ה שחט ואח"כ חתך כו' ומן כמה פוסקים שם בארוכה ובע"כ מוכח מזה דלכן לא מיבטל חלק הנאסר התם משום דג"ז הוא בגדר ממונא לא בטל כיון דהאיסור בא ונולד ע"י ממון השייך לחבירו דמחמת דזהו ממונו יכול לאסור על חבירו והוי כמו איסור תחומין דאמרו בש"ס דלא בטל לשיטת היש מפרשים הנ"ל דכיון דאיסור תחומין נולד ע"י ממונא השייך לחבירו מקרי ממונא ולא בטיל ה"ה איסור קונמות הנולד מחמת קנין ממונו הוי ג"כ בגדר ממונא דלא בטל וזהו מוכרח לשיטת החולקים על המרדכי דע"כ מוכרח לומר בהא דנדרים דשא"ה דהוי כמו ממונא ואינו דומה לבשר טריפה של חבירו דנתערב ברוב היתר דמיבטל. משום דשא"ה דאין הבעלים מעלין ומורידין בזה דכך הוא בנבלה שאין לה בעלים דג"כ מטמא וכמו שכתב השמ"ק זה בכוונת הש"ס בביצה דאמרו מי קא מדמית איסורא לממונא כנ"ל א"כ אחת משתי אלה יש להוכיח מהא דנדרים הנ"ל או כשיטת המרדכי וכמש"כ גבי מחיר כלב דג"ז מקרי אינו ניכר המבטל דאין לו כח לבטל להאיסור או דיש להוכיח מזה דממונא לא בטל כשיטת היש מפרשים הנ"ל ומעכ"ת משיג על שני ענינים הנ"ל שכתבתי ורוצה לדון דכה"ג דמחיר כלב אינה דומה למש"כ המרדכי כיון דהי' כולם מותרין מקודם חלות האיסור וגם רוצה לדון דממונא בטל היכא שאנו דנין על האיסור ומהא דנדרים הנ"ל מוכח עכ"פ אחת משתי אלה שכתבתי בעז"ה:

כג

ואי נימא דממונא לא בטיל יש מקום לדון עפ"ז במה שכתבתי בספרי ח' או"ח סי' א' ענף א' על משנה שקלים דקטנים אם שקלו מקבלין מהם וקשה הא הקרבן קרב משל יחיד כיון דקטן לאו בר אקנויי הוי. ותירצתי דמה"ת בטל ברוב כו' ואי נימא דממון לא בטל א"כ התם הא הוי ממון של הקטן ולא מיבטל ואף לשיטת רש"י דס"ל דבמסקנת הש"ס בביצה (דף ל"ח) מסקינן איסור התלוי בממון מיבטלי אפ"ה תקשה לפי מה דרצה הש"ס לומר מעיקרא בביצה שם דאיסור התלוי בממון לא מיבטל:

א"כ תקשה איך מקבלין השקלים מקטן והא קרבן קרב משל יחיד ועוד דזה הוי ממון גמור דלמסקנת הש"ס מיבטל:

משא"כ גוף הממון בוודאי אינו בטל ובשקלים הנ"ל אי ממון לא בטל א"כ הקרבן קרב משל יחיד ויש להאריך בכ"ז:

כד

ומה שהקשה כת"ר מנדרים (דף נ"ה) דתנינן בברייתא דהקדש לא בטל משום דהוי דשיל"מ דמני התם דכל דשיל"מ כגון טבל ומע"ש והקדש וחדש לא נתנו חכמים שיעור

אלמא דהא דלא בטל הוי משום דשיל"מ ולא משום ממון לא בטל ע"כ קושייתו הנה קושייתו לא תסוב עלי רק על מסקנת הש"ס בביצה לשיטת היש מפרשים הנ"ל וכן תקשה לשיטת רש"י על מה דרצו בש"ס לומר מעיקרא שם דגם איסור היוצא משום ממון השייך לחבירו אינו בטל וכדין ממון א"כ תקשה ע"ז מברייתא הנ"ל דנדרים ובאמת אינו קשה לפי שיטת הסוברים ביו"ד סי' ק"י סעי' ח' דדשיל"מ אינו ניתר אף בס"ס ובתערובות שלישי א"כ נפ"מ מהא דמנו הקדש בין דשיל"מ דאילו משום ממון לא בטל הי' ניתר בתערובות ג' כמו כל דברים דאינם בטלים וכמבואר בסי' ק"י ואילו משום דשיל"מ אינו ניתר בזה וזולת כ"ז נראה לענ"ד לדון אף לפמש"כ דהקדש לא בטל דזהו משום דממונא לא בטל עכ"ז נראה לי דהיכא דמצי למתשל על הקדישו אין שייך בזה לדון דממון לא בטל דהא אף לבעלים של ההקדש יש להם זכות בההקדש. וקיי"ל בפסחים (דף מ"ו) דאמרינן הואיל אי בעי מיתשל ממוני' הוא וכן מצינו במנחות (דף ע"א) בתוס' ד"ה ומתיר ומזיות כו' דבעלים של ההקדש יכולים לפדות שוה מנה על פרוטה כו' אלמא דאף בהקדש שייך שם בעלים של אותן שהקדישו ועיין בב"ק (דף ע"ו) תוס' ד"ה והשתא תורא כו' לכן אם נתערב הקדש כזה בפירות של הבעלים של ההקדש הדין דבטל כמו כל איסורין דהא גם להבעלים יש קנין ממון בההקדש רק משום דשיל"מ ע"י פדיי' אינו בטל ובאמת י"ל לפ"ז דאף התוס' דסוף מעילה ס"ל דהקדש לא בטל כמו כל ממונא דלא בטל רק עיקר קושיות התוס' שם על האומר פרוטה בכיס זה הקדש דהא כיון דמצי למיתשל וממוני' הוא עדיין א"כ מיבטל ולפ"ז מוכח מהתוס' דמעילה שכתבו לתרץ דלכן לא בטל משום דהוי דשיל"מ ולא משום דלא הי' ניכר המבטל כמש"כ המקנה אשר הבאתי לעיל דלא ס"ל כהמרדכי וכשיטת התוס' דזבחים (דף כ"ו) בד"ה שחט ואח"כ חתך כו' וכמש"כ לעיל להוכיח דלא ס"ל כהמרדכי ויש להאריך בכ"ז עוד וליראת האריכות קצרתי:

כה

ובעיקר קושיות כת"ר אשר הקשה עלי ממסקנת הסוגיא בביצה דמסקי מי קמדמית איסורא לממונא ופי' רש"י דאף ביש לו תובעין דאף דממונא לא בטל אפ"ה האיסור בטל א"כ במתני' האיסור תחומין בטל וה"ה בשארי ענינים כה"ג עכ"ל נלע"ד פשוט דלא מצינו כן אף לשיטת רש"י רק באיסור הנולד משום קנין ממונו כמו התם באיסור תחומין הנולד משום קנין ממונו אבל עצם האיסור אינו מחמת ממונו של חבירו רק דהאיסור תחומין נולד משום קנין ממונו שהי' לחבירו בבין השמשות בזה מצינו במסקנת הש"ס דס"ל דבטל משא"כ איסור התלוי רק משום הממון כמו הקדש דהאיסור הוי משום דאסור ליהנות מממון גבוה ולא הוי איסור אחר רק משום איסור עצם של ממון הקדש

בזה לא מצינו בש"ס דבמסקנת הסוגיא יחזרו מזה לכן אפושי פלוגתא לא מפשינן בזה וכיון דחזינן דהש"ס בתחלה הי' ס"ל דאף איסור תחומין לא בטל לכן אף דבמסקנא חזרו מזה עכ"ז בהקדש דעיקר האיסור הוי משום ממון הקדש וכיון דממון לא בטל ממילא נשאר איסור הקדש וזה ברור ופשוט ועיין בשב שמעתתא שמעתא ו' פ"ד וע"פ מש"כ ב"ה יש לדון הרבה בדבריו וקצרתי:

כו

ומה דהקשה כת"ר על מש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד לתרץ קושיות הר"נ בנדרים (דף מ"ה) דאמאי אמרו בר"פ השותפין שנדרו הנאה דזה נכנס וזה נכנס בחצר השותפין הא קיי"ל בדאורייתא אין ברירה ותרצתי כיון דע"פ דין מבעי לאוקמי אחזקת היתר רק מדרבנן אסור ובדרבנן הא יש ברירה וע"ז הקשה כת"ר מהא דסוף מעילה בפרוטה בכיס זה הקדש דס"ל לר"ע כיון שהוציא ראשונה מעל הרי דגם מה"ת לא סמכינן על חזקת היתר בזה עכ"ל הנני להשיבו דזה אינו קשה לפי דעיקר דברי שכתבתי הוא באמת נגד הראשונים כדחזינן בקושייתם בהך דנדרים רק אני לעצמי ראיתי לחדש כן. בעז"ה בטוב טעם בסברא זו ולתרץ קושיות הראשונים הללו ובאמת לולי דברי התוס' דסוף מעילה בד"ה פרוטה כו' דמוכח דס"ל דהאי מעל דאמר ר"ע דהוי מה"ת ולולי דבריהם נלע"ד לומר דהאי מעל דאמר ר"ע דהוא מדרבנן וכדמצינו בריש מעילה (דף ב' ע"ב) דאמרו שם מאי מועלין מדרבנן וכן מה דתנינן במשנה דהנהנה מחטאת כשהיא מתה כיון דנהנה מעל לא הוי אלא מדרבנן. ועיין בתוס' שם ד"ה ומי איכא מעילה כו' דאיכא טובא דמועלין דלא הוי רק מדרבנן ואי נימא דהאי מעל דאמר ר"ע הוי רק מדרבנן הי' מתורץ קושיות התוס' דסוף מעילה דהקשו דניבטל ברוב די"ל דשאני זה דהוי דשיל"מ ואף דדשיל"מ דלא בטל אלא רק מדרבנן. עכ"ז מעל מדרבנן וכן נלע"ד מוכרח לפי האמת דס"ל לרוב פוסקים דהא דמטבע חשוב ולא בטל אין זה רק מדרבנן ובאמת פשטות המשנה דתנן עד שיוציא את כל הכיס משמע דהי' יותר משנים בכיס ולא כתירוץ קמא של התוס' דשם:

א"כ תקשה דיובטל ברוב ומשום ממונא לא בטל לא שייך בזה לפמש"כ לעיל דגבי הבעלים של ההקדש דהוי גם קנין ממון שייך להם לא שייך לדון כן באומר פרוטה בכיס זה הקדש א"כ בע"כ מוכח באמת לפ"ז דהאי מעל דאמר ר"ע אינו אלא מדרבנן (והא דאמרו חכמים שם דלא מעל עד שיוציא כל הכיס הנה להסוברים ביו"ד סי' ק"ט דאיסור הבטל ברוב נהפך האיסור להיתר עדיין תקשה ג"כ לחכמים דאמאי מעל ואפשר לומר דלחכמים ג"כ הך מעל הוא מדרבנן אך לפי מה דמבואר לקמן דהאי מעל דאמר ר"ע

מחייב אשם תלוי א"כ אינו דומה הך מעל דחכמים להך מעל דאמר ר"ע רק להסוברים דהא דאיסור בטיל ברוב הוא מצד רוב המברר וע"כ ס"ל לחד דיעה והובא ביו"ד סי' ק"ט דדבר הבטל ברוב אסור לאחד לאוכלן וכמש"כ התוס' בחולין (דף ק') ד"ה ברי' כו' אתי שפיר הך מעל דחכמים די"ל דמעל מה"ת אחר דהוציא את כל הכיס דהא בכה"ג לא שייך רוב המברר וזהו כשיטת הסוברים בהך דבכורות (דף כ"ג) דבנבילה דבטילה בשחוטה דמטמא במשא מה"ת ודלא כשיטת התוס' בבכורות שם וקצרתי]:

כז

ואפשר לומר דהתוס' דלא ניחא להו לפרש דהאי מעל הוי מדרבנן משום דהא מבואר בריש מעילה דמעילה דרבנן אינו חייב אלא קרן ולא אשם וחומש וכיון דמבואר בכריתות (דף כ"ב) דאף ר"ע דמחייב על ספק מעילות אשם תלוי דמודה דאינו מביא את מעילתו: **א"כ** לא מצינן למימר דהאי מעל דאמר ר"ע הוי מדרבנן דהא על מעילה דרבנן אינו חייב קרבן והקרן אינו חייב על ספק מעילה אף לר"ע ואף דבמעילה מועטת ס"ל לר"ע שם כר' טרפון דמביא הקרן היינו משום עצה טובה כדי שלא יצטרך לאח"ז כשיזכור להביא אשם וודאי כמש"כ התוס' בשבת (דף ע"א ע"ב) ד"ה מאן דאמר אשם וודאי כו' דר"ט לאו עצה טובה קאמר אבל לר"ע אין זה אלא עצה טובה ע"ש א"כ עצה טובה לא שייך בפרוטה בכיס זה הקדש דלא שייך בזה לומר דלמא יזכור לאח"ז דהוציא פרוטה של הקדש ואף לר"ע אינו מביא את הקרן בפרוטה בכיס זה הקדש א"כ מזה הכריחו התוס' דהאי מעל דאמר ר"ע הוי מה"ת דחייב מה"ת להביא את אשם תלוי כ"ז הוא לשיטת התוס' דמעילה אבל לענ"ד אין כ"ז מוכרח לפי דהא מבואר בריש מעילה (דף ב' ע"ב) ברש"י ד"ה מעילה דרבנן כו' דלכן אינו מביא הקרבן משום דמביא חולין לעזרה ועיין בתוס' שם ד"ה ומאי איכא כו' א"כ יש לדון דלר"א דס"ל מתנדב אשם תלוי כמבואר בכריתות (דף כ"ה) ולפ"ז י"ל דר"ע ס"ל ג"כ כר"א הנ"ל וכדמצינו בחולין (דף מ"א) דאמרו הא מני ר"א היא על סתם משנה ע"ש. א"כ לר"א לא שייך לומר דמביא חולין בעזרה דהא יכול להתנות דאם לא מעל ליהוי נדבה כדמצינו בכריתות (דף י"ח ע"ב) ע"ש ועיין ביו"ד סי' ה'. א"כ י"ל דאף דפרוטה בכיס הקדש אינו אסור אלא מדרבנן משום דמה"ת אמרינן אוקי אחזקה עכ"ז כיון דרבנן עשו זה לספק ואסור לו ליהנות לכן חייב לר"ע להביא אשם תלוי כמו על כל ספק מעילה אליבא דר"ע רק בכל ספק מעילה חייב מה"ת ובספק זה דהספק הוי בענין דאוריי' חייב מדרבנן להביא אשם תלוי דהא אף במעילה דרבנן הי' חייב אשם תלוי רק משום דהוי חולין בעזרה לא מייתי כפי' רש"י הנ"ל וז"א שייך רק באשם וודאי ולא באשם תלוי כיון דס"ל לר"ע כר"א כנ"ל וזה ברור דספק בדאוריי' אף

היכא דרק מדרבנן אזלינן לחומרא דזה חמור מן וודאי דרבנן כמבואר בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ג ד"ה אכן באמת ז"א כו' ע"ש א"כ אינו קשה על מה שחידשתי לעצמי שיטה חדשה בכ"ז בעז"ה לתרץ דברי הרמב"ם בספרי שם:

ענף ז

כח

ולכאורה יש להעיר בהא דעבודת כוכבים (דף מ"ז ע"ב) שלו ושל עבודת כוכבים נידון מחצה על מחצה כו'. וכתב הר"נ שם דבאינו מכיר האבנים הכל אסור דאין ברירה ולפמש"כ לדון בזה בספרי דמה"ת אמרינן אוקי אחזקת היתר רק דנאסר מדרבנן א"כ ה"ה במחצה על מחצה הנ"ל דלא נאסר אלא מדרבנן בעי להקל דבדרבנן יש ברירה:

וי"ל דהר"נ בעבודת כוכבים אזיל לשיטתו בנדרים דהקשה על הא דשותפין שנדרו דאמאי מותרין ליכנס בחצר השותפין ולא ס"ל להכלל שכתבתי ועוד י"ל דשאני התם כמש"כ התויו"ט שם על משנה זו מטעם אחר להוכיח דמשום חומרא דעבודת כוכבים החמירו אף בדרבנן שלא לסמוך שם ולומר יש ברירה ע"ש א"כ אין מזה סתירה למה שחידשתי בעז"ה בספרי ואף דמן הראשונים מוכח מכמה דוכתי דלא ס"ל להכלל שכתבתי עכ"ז הא כבר אמרתי בספרי שם לתרץ כן קושיות הראשונים וכיון דאין סתירה מהש"ס לזה לכן על משמרתי אעמוד לתרץ דברי הרמב"ם כמבואר בספרי שם בארוכה:

כט

ולכאורה יש להעיר במש"כ לעיל דהקדש לא בטל דזהו משום דממונא לא בטל:

מהא דחולין (דף צ"ח) דילפינן דין ביטול בס' או במאה מזרוע בשלה דנתבטל טעם הזרוע הניתן לכהנים ואסור לזרים והאיל נאכל לבעליו וקשה אי נימא דממון לא בטל א"כ הזרוע הא הוי ממון כהן ואפ"ה בטל וזה הוי ממון שיש לו תובעין דהא לאנשי משמר הם נותנין. ואפשר לומר כיון דקיי"ל דכהן המקדש בחלקו אינה מקודשת כמבואר בקידושין (דף נ"ב) וב"ק (דף י"ג) דמשולחן גבוה קא זכי א"כ לא הוי ממון כהן אלא ממון גבוה ועדיין תקשה לפמש"כ דהקדש לא בטל משום דהוי ממון גבוה והאיסור בא מחמת ממון גבוה א"כ ה"ה בזרוע בשלה לא ליבטל דגם בזה האיסור בא מחמת דהוי ממון גבוה ואפי' נימא דבזה לא שייך לומר כ"כ דהאיסור בא מחמת הממון עכ"ז תקשה לפי מה דרצה הש"ס לומר' בביצה (דף ל"ח) מקודם דנבלה שיש לה בעלים לא ליבטל אף דהתם אינו בא האיסור מחמת הממון א"כ קשה מ"ש מזרוע בשלה ואין סברא לחלק דשאני זרוע בשלה דאין בו דין מעילה כמבואר במעילה (דף ב') דכל דבר הניתר לכהנים אין בו משום מעילה דלא קרינא מקדשי ה' וע"כ לא הוי ממון גבוה כ"כ כמו שארי ממון הקדש דזהו דוחק וגם דוחק לומר דהא דממון לא בטל אין זה כי אם מדרבנן ולא מה"ת:

והעיקר מה שנלע"ד דאף דנימא דהקדש לא בטל זהו משום ממונא לא בטל עכ"ז אינו שייך כן אלא בעיקר ההקדש נתערב אבל באם לא נתערב רק טעם בעלמא כמו בזרוע בשלה בזה בטל אף דהקדש דהוי ממונא:

ושאני מים ומלח בביצה הנ"ל דנתערב כל המים והמלח. משא"כ היכא דעיקר הדבר נשאר בעיני' רק טעמי' נתערב בזה אין שם חשיבות על הממון לדון דלא בטל אלא דבטל כמו בכל איסורין ועפ"ז נדחה מה שכתבתי לעיל בהא דפסחים (דף כ"ח) בהסיק התנור בעצי הקדש דלא בטל וכתבתי דאף דאמרינן אין שבח עצים בפת אכתי משהו איכא ולא בטל משום דממונא לא בטל כעת ראיתי דז"א דהא היכא דלא נתערב בעיני' רק טעם בעלמא מיבטל בטל אף הקדש וכש"כ שבח עצים. א"כ לפ"ז שפיר הקשו התוס' בפסחים שם דכיון דעיקר טעמא דהקדש לא בטל משום דהוי דשיל"מ ובשבח עצים דמקלי קלי איסורא אמרינן בריש ביצה דבטל אף דשיל"מ רק בהא דסוף מעילה בפרוטה הקדש דנתערב גוף האיסור ממש שפיר כתבתי דלא בטל משום ממון לא בטל ויש להאריך בכ"ז ולעיין בדין מעשר שני דביטל ברוב היכא דאין לו מתירין וע"כ מוכח מהתם דהיכא דאין האיסור בא משום ממון גבוה דמיבטל בטל וקצרתי בזה:

ל

ומה שהקשה כת"ר על מה שכתבתי בספרי ח' יו"ד סי' י"ג לומר דכיון דספק דאורייתא מיתסר רק מדרבנן לשיטת הרמב"ם וכן לרב דס"ל דדוקא חתיכה משני חתיכות חייב א"ת ובכה"ג בטל מין במינו גם לר' יהודה וכמו כל מידי דרבנן דכתבתי שם דבטל מין במינו ג"כ אף לר' יהודה ואח"ז דחיתי בעצמי שם זה והקשה כת"ר ע"ז מחולין (דף ק"ט) דר' יהודה דחייש שמא לא ניער יפה אוסר מין במינו אלמא דלא כמש"כ אינו קשה זה דהא יש לומר בהך ספק דחיישינן דלמא לא ניער יפה דיש שם חזקה לומר כמו דנבלע הטיפה בתחילה כן מונחת שם השתא ואוקי אחזקה דלא יצא משם הך טיפת חלב וכאן נמצא וכאן מונח גם השתא ואף בחזקה העשוי להשתנות ס"ל לכמה פוסקים דחזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא ובמקום דאיכא חזקה דמעיקרא מיתסר הך ספק מה"ת אף בתורת וודאי ועפ"ז יש לדון במש"כ הט"ז ביו"ד סי' ס"ט באשה דנסתפקה אם מלחה כו' ואכמ"ל ועוד דהא רבי קאמר התם להך מילתא דנראין דברי ר' יהודה כו' ולרבי הא מצינו דס"ל דעל חתיכה א' חייב א"ת כמש"כ התוס' סנהדרין (דף ד') וכריתות (דף י"ח) וי"ל דר' יהודה ס"ל ג"כ כן, א"כ מיתסר ספק דאורייי' מה"ת כמבואר כלל זה בפר"ח יו"ד סי' ק"י דמאן דס"ל חתי' א' חייב אשם תלוי ס"ל דספק דאורי' לחומרא מה"ת:

ובאמת לפי המבואר בחולין שם ברש"י ד"ה שמא לא ניער מתחילה יפה כו' ובהא גזירה לא ס"ל רבי כוותי' עכ"ל. משמע דהא דחייש ר' יהודה שמא לא ניער מתחילה יפה אין זה מצד ספק רק משום גזירת חז"ל מוכח מזה ג"כ דאף באיסור דרבנן ס"ל לר' יהודה ג"כ דמין במינו לא בטל כיון דיש לו עיקר בדאורי' וכמש"כ בספרי שמה בעז"ה וגם י"ל דרש"י לשיטתו כמש"כ בספרי שם בשם רש"י חולין (דף קט"ז) דס"ל דאף מין במינו באיסור דרבנן אינו בטל ע"ש ועפ"ז ניחא הא דביצה (דף ל"ח) גבי ולבטל מים ומלח לגבי עיסה דאמרו שם חטים בחטים לר' יהודה לא בטל הא שם קאי באיסור תחומין דהוי מדרבנן ובדרבנן בטל אף לר"י. אמנם לפמש"כ דהיכא דיש לו עיקר בדאורייתא ס"ל לר"י דלא בטל וכיון דכתב הרא"ש בפ' מי שהוציאוהו סי' ח' דס"ל לר' יהודא תחומין דאורייתא ואף דכליו ובהמתו לכ"ע מדרבנן כמש"כ המגן אברהם סי' ת"ד ס"ק א' רק בשם ר"מ אלשקר כתב שם דס"ל דאין לחלק ע"ש עכ"ז כיון דעיקר תחומין הוי דאורייתא אליבא דר' יהודא לכן אמרו שם בש"ס שפיר דלא בטיל אליבא דר"י חטין בחטין יותר אין לי להאריך בזה:

לא

ומה שהקשה כת"ר על מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ג לתרץ קושיות דגול מרבבה דמין במינו לר' יהודה היכא דהבטל לא היה ניכר והמבטל ניכר דבזה מודה ר"י דבטל וע"ז הקשה כת"ר מחולין (דף ק"ח) דקאמרי בגמ' חלב אמאי מותר חלב נבלה הוא והא חלב הנאסר לא הי' ניכר ואפ"ה אינו בטל לר"י עכ"ל אין זה קשה כלל דהא חלב הנבלע בבשר ונאסר מקרי ג"כ ניכר דהא ניכר ונראה לפנינו כל החתיכה בשר וכל הבלוע בה דהוי הכל גוף א' האסור וכדמצינו ביו"ד סי' ק"ב דהש"ך ס"ל דאף טעם היוצא מביצה דנולד ביו"ט ושארי דשיל"מ אוסר ג"כ ולא בטל כלל ואף דהטעם לא הי' ניכר מעולם בפ"ע וכן הבלוע וע"כ מוכח כיון דכל החתיכה הי' ניכר לפנינו דה"ה הבלוע והטעם שלה מקרי ג"כ בשם ניכר לפנינו האיסור ואינו בטל בדשיל"מ וה"ה בהחלב הנבלע בהחתיכה בשר כיון דאף בעת שנבלע החלב בהבשר הי' אז ניכר לפנינו ונראה כל החתיכה עם כל הבלוע בה וכמו דטעם שלו אוסר בדשיל"מ וכן שם בחולין (דף ק"ח) דטפת חלב שנפל על החתיכה כיון שנתן טעם בחתיכה החתיכה אוסרת לר' יהודה וה"ה הבלוע בו דאינו בטל במין במינו לר"י וזה מוכרח מכ"ד ומה"ט אינו קשה מהא דזבחים (דף ע"ט) על מש"כ וכמבואר להמעיין ומה שהקשה כת"ר מן ביצה (דף ל"ז) דא"ל רב אשי ורב כהנא לרב לאיסור מוקצה לא חששו יעיין כת"ר בצל"ח לביצה שם שהקשה כן ותירוץ לזה ע"ש:

לב

ומה שהקשה כת"ר על מש"כ בספרי ח' יו"ד סי' יו"ד להסוברים דאין איסור נהפך להיתר די"ל דלכן בגד שאבד בו כלאים אינו בטל משום דהאיסור אי' בעיני' והקשה כת"ר ע"ז מסוגיא דסוף תמורה דמוקי להאורג מלא הסיט מצמר בכור דעבד צפרתא אלמא דבטל אי לא הוי דבר חשוב עכ"ל אינו קשה כלל כי הלא כתבתי שמה לעיין במל"מ פ"א ה' מטמאי משכב ומושב שכתב ג"כ כעין זה וכן כתבתי שם לעיין בפרי מגדים או"ח בפתיחה לסי' תמ"ב שכתב כן בשם הכסף משנה שכתב בסוף פ"ג ה' בכורות דלכן הרמב"ם לא הביא להא דתמורה דמוקי בעבד צפרתא משום דס"ל דהך סוגיא דתמורה דלא כהלכתא הוא לפי מאי דקיי"ל בגד שאבד בו כלאים לא בטל ע"ש א"כ אין מקום לקושייתו ומה שהקשה מצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן דמותר לערב בפשתן אם הרוב צמר גמלים והא נהנה בבת אחת וזה הקושיא תסוב ג"כ על שיטת הרשב"א דס"ל ביו"ד סי' ק"ט דאין איסור נהפך להיתר ובאמת גם זה ניחא לפמש"כ הנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' קפ"ו בד"ה אמנם עיקר הראיי' לומר דהיתר כו' דשאני הא דצמר גמלים דשם חדש לא יחול על המיעוט ועל שם הרוב נקרא כו' ע"ש ועל הר"ן דס"ל בפת שאפאה עם צלי דאסור לאכול בכותח אלמא דס"ל דכיון דזהו משום דהיתר בהיתר לא בטל ואף שם חדש נתהווה אח"כ ע"ז היינו איסור בשר בחלב. בזה שפיר הקשה הגאון ר"ע איגר זצ"ל ותירצתי היטב זה שמה בסי' הנ"ל לחלק בין לח ליבש ואין להאריך בזה יותר:

ענף ח

לג

ומה שהקשה כת"ר על מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז לתרץ קושי' הגאון רע"א זצ"ל בסוף סי' קנ"ח על הסוברין דס"ס במקום חזקה לא מהני מהא דב"ק (דף י"א) דא' עולא לחוש חוששת כו' ותירצתי ע"פ הסברא דחזקת מעוברת והשתא הוא דילדה כו' וע"ז הקשה כת"ר דלפי מה שכתבתי קשה למה לרש"י והתוס' שם לפרושי' דאם יש מקצת שליא בלא ולד איכא ס"ס תיפוק לי' בלא"ה משום חזקת מעוברת כו' הנני להשיבו כי לפמש"כ רע"א זצ"ל בכתבים סי' קנ"ח להקשות דלמה צ"ל לחוש שמא יצא מקצת שליא כו' תיפוק לי' דא"א לפה"ק בלא דם ותי' דנפ"מ אם ראתה דם מקודם ו' ימים כו' ע"ש ע"כ נגד חזקת מעוברת יש חזקת טומאה הסותרתו ובפרט לשיטת רש"י דס"ל מחזיקין מאיסור לאיסור וכעין שכתבו התוס' בכתובות (דף ע"ה) ד"ה ספק טמא דכיון שהי' בו נגע אחר כו' דמקרי חזקת טומאה דמנגע לנגע מחזקינן אף שהיום נולד ספק בנגע אחרת כיון דשם נגע אחד הוא. וידוע מה שכתב הנו"ב מ"ק ח' יו"ד סי' מ"א דבימי ליבונה מקרי חזקת טומאה וע"כ אתי שפיר לכל מש"כ שם וקצרתי:

לד

ומה שתמה כת"ר על מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ' ותמה עלי על מה שלא הבאתי לדברי הרשב"א בתשובה ח"ג סי' שמ"ג שכתב להקשות ג"כ קושיות המל"מ שהבאתי שם אודיעו כי לא נעלם ממני כאשר יעיין מעכ"ת בספרי ח' אה"ע סי' ג' ענף ב' בהשמטות שלי שם שכתבתי בשם הרשב"א לחידושיו ביבמות (דף ה') שכתב ג"כ כהך תי' שכתב הרשב"א בתשובה דשאני מצורע דגדול השלום אבל באמת זה אינו נכון לדינא לפי מש"כ התוס' בב"מ (דף ל') ד"ה הא אין עשה כו' וביבמות (דף ה') ד"ה ואכתי איצטריך כו' דלמאן דס"ל מצורע בימי חלוטו מותר בתשמיש המטה לא שייך האי תי' דגדול השלום וכמש"כ הרשב"א בחידושיו שם וא"כ לפי מה דקיי"ל מצורע בימי חלוטו מותר בתשמיש כמו שפסק הרמב"ם פ"י ה' טומאת צרעת נדחה תי' זה. וכמו שכתבתי בספרי ח' או"ח סי' כ' ענף ג' יעו"ש. לכן כתבתי תירוץ אחר על קושיות המל"מ בפר"ד כנ"ל ואין לכת"ר מה לתמוה עלי וקצרתי:

לה

ואחר כותבי כ"ז ובענין מש"כ לעיל בהך דתמורה (דף ל') דפרכי ניפוק חדא להדי כלבא ואידך לשתרי כו' ראיתי בגליון יו"ד בחדושי רע"א זצ"ל סוף סי' ט"ז ס"ק ה' שכתב להקשות דאמאי לא פריך הגמ' דנבטל ברוב כיון דהאיסור נולד בתערובות כמו בדשיל"מ ותי' דכוונת הגמ' הוא להקשות לכ"ע אך אף דנימא דלמ"ד יש ברירה א"כ מצי לתקן האיסור וע"ז מקשו דלברור חדא ואידך לישתרי כו' יעו"ש. ותימהני עליו מהא דבכורות (דף נ"ז) דקאמר הגמ' מיתיבי וכן השותפין כו' ואי אמרת יש ברירה ניברר חדא כו' אלמא דעיקר קושיות הגמ' הוא רק למ"ד יש ברירה אבל למ"ד דאין ברירה אינו קשה כלל והרי דלא כדברי הגאון רע"א זצ"ל הנ"ל ולכן העיקר כמש"כ לעיל וקצרתי:

לו

ואכתוב כאן מה שאמרתי בימי טל ילדותי לתרץ קושיות החוות דעת בסי' ק"א ס"ק ה' ע"פ דברי המרדכי וכפי שכתבו המקנה והדורש לציון וכפי שנתבאר לעיל בארוכה והוא דהחוו"ד בסי' ק"א ס"ק ה' בפלוגתת הראשונים שם סעי' ג' אי כבש שלם מקרי חהר"ל דאי נימא דבטל ברוב הקשה ע"ז מפסחים ד' פ"ח) גבי חמשה שנתערבו פסחיהם דקאמר אביי לא שנו אלא שנתערבו אחר זריקה אבל קודם זריקה לא כיון דבשעת זריקה לא חזי לאכילה הא נתבטל ברוב כו' עכ"ל ולא שייך לדון בזה ממון לא בטל דהא נתבאר לעיל דהאיסור בטל אבל לדברי המרדכי הנ"ל א"ש משום דהא שיטת הרמב"ם דאיסורין אין מבטלין זא"ז והובא בכרו"פ (סי' צ"ח) במה דמקשה שם בסתירת הטור דפסק דאיסורין מבטלין זא"ז ובמק"א כתבתי לחלק בזה בין מין במינו ובין מין באינו מינו וכמש"כ הר"נ

כעין זה בנדרים (ד' נ"ב) גבי דבר שיל"מ דהטעם הוא דהיתר בהיתר לא בטל וע"כ בעינן דווקא במינו בעצם ובהיתר יע"ש. וה"ה באיסורין דאף דנאסרו מחמת איסורים אחרים כאו"א עכ"ז הוא כיון דשם איסור עליהם עכ"פ ובסעצם המה שוין ע"כ אינם בטלים משא"כ בחלב ודם דכתב הטור דבטל משום דהוי מין בא"מ והארכתי עפ"ז בסוגיות הש"ס דזבחים (ד' ע"ט) ופסחים (ד' קט"ו) בהא דמצות מבטלות זא"ז. וכן כתב הר"נ לנדרים (ד' נ"ט ע"ב) ד"ה שאני גבי מעשר כו' דאיסור באיסור ודברים שהם שווין לגמרי מן המבטל כו' עכ"ל הר"נ וכוונתו למש"כ לעיל הר"נ גבי דשיל"מ (בד' נ"ב) והיתר בהיתר לא בטל כנ"ל. ודברי הר"ן הנ"ל במש"כ כן גבי איסורין מבטלין הי' זה בהעלם מכמה אחרונים:

לז

ונקדים מה דיש לדון דאסור לאכול לקרבן פסח מבע"י כמבואר בפסחים (ד' מ"א) ואף לאוכל בשר חי אסור כמ"ש הרמב"ם ה' ק"פ פ"ח ה"ו דאוכל בשר חי אינו לוקה ובטל מ"ע ועיין בלח"מ שם. והא דאמרו ספ"ב דפסחים דאיסור לאכול נא ומבושל אינו רק בשעה שישנו בקום אכול צלי ולא מבע"י עכ"ז הא איתא בירושלמי פ"ז ה"ב דהביאו שם ברייתא חדא דאף מבע"י חייב ואמרו שם בירושלמי דזה תלוי בפלוגתא אי יש שבירת עצם מבע"י ועיין שם בקרבן עדה שהקשה על הרמב"ם עפ"ז ומצינו בפסחים (ד' פ"ד) דאביי ס"ל שם דת"ק ורבי דשם פליגי אי יש שבירת עצם מבע"י דת"ק ס"ל דיש שבירת עצם מבע"י ובוודאי אליבא דאביי דס"ל דת"ק ס"ל דיש שבירת עצם מבע"י מסתמא הלכה כוותי' דרבים ננהו וע"כ לאביי אסור לאכול הפסח מבע"י בכל גווני וכמו דאמרו בירושלמי דזה תלוי בהך [והא דקאמר הכא בפסחים ל"ש אלא לאחר זריקה דבעידנא דאיזרק הוי חזי לאכילה היינו כיון דיהי' חזי לאכילה מבערב כמצוותו א"כ קיים מצות הבאת הפסח ופשוט:

לח

וע"כ מתורץ קושית החוו"ד דלכן אמר אביי בפסחים (ד' פ"ח) דנתערבו לפני זריקה מקרי לא חזי לאכילה משום דלא בטל ברוב כיון דבשעת תערובתן הי' שם איסורין עליהן דהא מבע"י אסור לאוכלן לשיטת אביי ואיסורן דשווין בעצם אינם מבטלין אהדדי כנ"ל ולאחר שיבוא זמן היתר לאוכלן הא הי' כבר בתערובות וכבר נתבאר דלהמרדכי אינו מבטל בכה"ג כיון דהיתר לא הי' ניכר מקודם הביטול וע"כ לא מיבטל ברוב בכה"ג. והא דהקשו בזבחים (ד' ע"ב) וניבטל ברובא אף דהתם בעת התערובות לא הי' אז דין ביטול דהא בהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת וה"ז בכלל בשם איסורין אין מבטלין זא"ז יש לחלק דשא"ה דהוי בידו לתקן ולשחוט לה ע"כ לא מקרי זה בשם איסור אבל בהא

דפסחים קודם הערב אין בידו כלל לאוכלה בהיתר. וע"כ מקרי זה בשם איסורין ואף דמצינו בזבחים (ד' י"ב) דאמר אביי אין מחוסר זמן לבו ביום. הא קאמר לבו ביום אבל מה שיהי' מותר לערב זה לא מקרי לבו ביום. ועוד דהא מבואר במנחות (ד' ה') בתוס' ד"ה אלא אמר רב פפא דכתבו דמשמע הכא דסבר רב פפא יש מחוסר זמן לבו ביום והא דזבחים (דף י"ב) דסבר רב פפא דאין מחוסר זמן לבו ביום זהו דווקא לענין הפרשה היינו דלא יהי' בשם דחוי ונדחה כיון דיהי' ראוי עכ"פ לבו ביום] ואין לדמות זה להך דהכא כו' וכן כתבו התוס' כאן בזבחים (ד' י"ב) בד"ה רב פפא אמר כו' בקצרה דיש לחלק כו' עיי"ש הרי דמצינו דאף דס"ל לרב פפא בזבחים דאין מחוסר זמן לבו ביום לענין הפרשה דלא יהי' בשם דיחוי. דמ"מ ס"ל במנחות שם דלפי דאמרינן מחוסר זמן אף לבו ביום דלכן מקרא אינו מן המשקה לישראל ומן המותר לישראל דאף דיהי' מותר לבו ביום מ"מ אין שם היתר עליו כעת. וע"כ שפיר כתבתי לדון דמקרי הפסח מבעוד יום בשם איסור ולא בשם היתר אף דיהי' מותר מבערב ולכן שפיר כתבתי דמקרי בשם אסורין דאין מבטלין זא"ז ומתורץ קושיות החוו"ד ובשי' הרמב"ם יש לדון הרבה ועת לקצר.

לט

ועפ"ז לתרץ קושית רעק"א זצלל"ה בביצה (ד' ו') על הא דמת בבית ולו פתחים הרבה כולם טמאים והקשה דיבטלו ברוב ע"ש אכן לדברי המרדכי הנ"ל אינו קשה לפמש"כ בארוכה:

סימן כז

מהשהקשה כת"ר במש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ד לתרץ קושיות הר"ן וכל הראשונים בנדרים (דף מ"ה) בנדרו הנאה זה מזה דמותר כ"א לכנוס בחצר השותפין שהקשו הא קיי"ל בדאורייתא אין ברירה ותירצתי בארוכה כיון דע"פ דין מבעי לאוקמי על חזקת היתר רק מדרבנן אסור ובדרבנן הא יש ברירה וע"ז הקשה כת"ר מהא דסוף מעילה בפרוטה בכיס זה הקדש דס"ל לר"ע כיון שהוציא ראשונה מעל משום דמחייב על ספק מעילות אשם תלוי אלמא דגם מה"ת לא סמכינן על חזקת היתר בזה משום דאם הי' שייך בזה חזקת היתר מה"ת. א"כ איך שייך כלל מעילה בזה. ע"כ תורף קושייתו:

א

הנני להשיבו בזה כי הלא עיקר דברי שכתבתי שם הוא באמת נגד הראשונים דשם כדחזינן בקושייתם שם בנדרים רק אני לעצמי חדשתי בעז"ה סברא מחודשת לתרץ כמה קושיות הראשונים עפ"ז ובאמת לולא דברי התוס' דסוף מעילה שם בד"ה פרוטה כו' דהקשו לבטיל האי פרוטה של הקדש ברוב וכ"ת דבר שיל"מ הוא הא ליכא למגמר דדבר

שיל"מ דרבנן הוא ותירצו דליכא אלא חד בכיס א"נ מטבע חשיב ולא בטל עכ"ל. אלמא דהתוס' הא ס"ל דאין סברא לומר דהאי מעל דהתם הוא מדרבנן. אכן לולא דבריהם י"ל דהאי מעל דאר"ע הוי מדרבנן כדמצינו ברישׁ מעילה (דף ב') דאמרו שם מאי מועלין מדרבנן וכן מאי דשנינו במתניתין במעילה (דף י"ח) דהנהנה מחטאת כשהיא מתה כיון דנהנה מעל לא הוי אלא מדרבנן וכמבואר במעילה (דף ב') וברש"י שם ובמעילה (דף ט"ו) ועיין בתוס' שם (דף ב') ד"ה ומי איכא מעילה כו' דאיכא טובא דמועלין דלא הוי רק מדרבנן ע"ש ובאמת אם נימא דהאי מעל דאר"ע בסוף מעילה הוי רק מדרבנן הי' מתורץ קושיית התוס' דסוף מעילה שם דהקשו דניבטל ברוב די"ל דלא בטל משום דהוי דשיל"מ כמש"כ התוס' והכ"מ סוף ה' מעילה ואף דדשיל"מ אינו רק מדרבנן עכ"ז מעל מדרבנן. והא דאמרו חכמים שם דלא מעל עד שיוציא כל הכיס הנה להסוברים ביו"ד סי' ק"ט דביטול ברוב הוי מצד רוב המברר א"כ הכא בהוציא כל הכיס לא שייך רוב המברר דהא חד פרוטה הוי ודאי של הקדש וכמו הא דבכורות (דף כ"ג) בנבלה בשחוטה דמטמא במשא כמש"כ המל"מ פ"א ה' מטמאי משכב ומושב בשם חד שיטה דמה"ת מטמא במשא:

ולהסוברים דנהפך איסור להיתר היכא דנתבטל ברוב י"ל דגם מעל דרבנן דאמרו שם הוי ג"כ רק מדרבנן וס"ל לרבנן דאינו חייב מדרבנן אלא בהוציא כל הכיס ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י':

ב

ובאמת זהו מוכרח לשיטת רוב פוסקים דהא דמטבע חשיב ולא בטיל אין זה רק מדרבנן וכמש"כ המל"מ פ"ז ה' מעילה ה' ו' ופשטיות המשנה דתנן שם עד שיוציא את כל הכיס משמע דהי' יותר משנים בכיס ולא כתי' קמא של התוס' שם א"כ תקשה דיובטל ברוב ומשום ממונא לא בטל לא שייך בזה לפמש"כ בקונטרסי הקודם דהיכא דלא הוי הקדש רק ע"י אמירת פיו והוי ביד הבעלים לשאול עליו אין זה בגדר ממונא לא בטל א"כ התם באומר פרוטה בכיס זה הקדש קשה לומר בזה משום ממונא לא בטל אתינין עלה וכן כמה פוסקים חולקים על כללו של המרדכי דס"ל במעורב מכבר דלא בטל. אלא ס"ל דגם זה בטל. א"כ תקשה אמאי מעל בהא דסוף מעילה כקושיות התוס' והכ"מ ומה דתי' בתוספת חדשים סוף מעילה אין זה ברור לדעתי. וע"כ העיקר דהאי מעל דמעילה דהתם אין זה רק מדרבנן א"כ ממילא אינו קשה על שיטתי דחידשתי לדון בכה"ג משום חזקת היתר מה"ת. די"ל דבאמת כ"ז הוא רק מדרבנן:

הגה"ה

ואגב אכתוב מה שראיתי להמל"מ שם שכתב באה"ד וז"ל וראיתי למעכ"ת שרצה להכריח כו' והבאתי את השלישית אההיא דפ' ולד חטאת כו' עכ"ד. ולא ירדתי לסוף דעתו דמה ענין ביטול בכאן דביטול לא שמענו אלא לבטל האיסור להתירו לאכילה לכתחילה אבל אם הרוב הוא איסור נהי דאיסורא איכא אבל לחייבו מלקות או כרת או קרבן זו לא שמענו כו', ואף שאיסור הוא רוב מעולם לא שמענו שאם אכל א' מהתערובות שיחויב שום עונש כו' עכ"ל המל"מ וכתב מסברא דנפשיה דאם הרוב הוא איסור דלא בטל לי' ההיתר בהאיסור. וכן ראיתי כעין זה בפרמ"ג ליו"ד בשער התערובות סוף פ"א שהביא בשם א' שכתב בפשיטות דאין היתר נהפך לאיסור ע"ש], ובאמת כבר הקדימו הר"ן בזה דבנדרים (דף נ"ט ע"ב) בר"נ ד"ה ועד כאן לא שמעת לרשב"ג כו' שכתב באה"ד גדל בפטור פטור אלמא אע"פ שאין גידולין כעיקר אין מבטלין אותו דהכא ה"ט משום דהיתירא לא בטל שהאיסור דרכו להתבטל ולא ההיתר. ועוד דלא טרח לבטולי עיקר כו' עכ"ל הר"נ אלמא דהר"נ בתירוץ קמא כתב בפי' כסברת המל"מ דהיתר לא בטל בהרוב אכן התוס' בב"מ (דף ו') בסוגיא דתקפו כהן בד"ה קפץ כו' כולן פטורין. תימא ליבטל ברוב ולחייבו כולהו במעשר כו' וכן כמה ראשונים הקשו כזה בשמ"ק שם. אלמא דס"ל לכולהו ראשונים הללו דאף פטור בהחיוב בטל דהא הקשו כן בפשיטות אלמא דלא כהמל"מ בזה ובמק"א הארכתי בזה וקצרתי. (ע"כ הג"ה):

ג

נחזור לענינינו כיון די"ל דהאי מעל הוי מדרבנן א"כ שפיר כתבתי בספרי הנ"ל והתוס' דס"ל דהאי מעל הוי מה"ת באמת הא לא ס"ל להך כללא שכתבתי בהא דנדרים ר"פ השותפין לתרץ שם קושיות הר"נ דאמאי מותר לכנוס לחצר השותפין כיון דמהר"נ אין ברירה דהא התוס' שם בר"פ השותפין הקשו ג"כ לקושיות הר"נ הנ"ל ותירצו דמותר משום דוויתור מותר במודר הנאה או משום דמה"ת אמרינן ג"כ יש ברירה והובא שיטתם בהר"נ שם אלמא דס"ל דאף דיש שם חזקת היתר אפ"ה אמרינן בזה דאורייתא אין ברירה ולכן כתבו בסוף מעילה דהאי מעל דהתם הוי מה"ת:

ד

ובאמת דברי התוס' דסוף מעילה דכתבו להקשות דניבטל ברובא ואף דהוי דשיל"מ הא זה אינו רק מדרבנן צריך ביאור דאמאי לא ניחא להו לומר דהאי מעל דהתם הוי רק מדרבנן כדמצינו בכ"ד כנ"ל ואפשר לומר בכוונתם דהא מבואר במעילה (דף ב' ע"ב) דנפ"מ בין מעילה דאורייתא למעילה דרבנן דבמעילה דרבנן אינו חייב אלא קרן ולא אשם וחומש ובכריתות (דף כ"ב) אי' דר"ע דמחייב על ספק מעילות א"ת דמודה דאינו מביא את מעילתו דפטור מקרן וחומש ואינו מביא רק האשם על ספק א"כ לא מצינו למימר

דהאי מעל דקאמר ר"ע הכא בסוף מעילה הוי מעל מדרבנן דהא על מעילה דרבנן אינו מביא קרבן כמבואר בריש מעילה. אינו חייב על ספק מעילות אף לר"ע ואף דבמעילה מועטת ס"ל לר"ע שם כר' טרפון דמביא הקרן על ספק מעילה היינו משום עצה טובה כדי שלא יהי' צריך לאח"ז כשיזכור להביא אשם וודאי וכמש"כ התוס' בשבת (ד' ע"א ע"ב) ד"ה מאן דאמר אשם וודאי כו' דר' טרפון לאו עצה טובה קאמר אבל לר"ע אין זה אלא עצה טובה ע"ש. א"כ מצד עצה טובה לא שייך באומר פרוטה בכיס זה הקדש דהא לא שייך בזה לומר דלמא יזכור לאח"ז דהוציא פרוטה של הקדש ואף לר"ע דמחייב על ספק מעילות א"ת הדין הוא דאינו מביא את הקרן בפרוטה בכיס זה הקדש ומזה הוכיחו התוס' בסוף מעילה דהאי מעל דהתם ע"כ הוי מה"ת:

ה

אבל כעת מצאתי בסוף מעילה בהש"ס החדשים בתוס' ד"ה פרוטה של הקדש כו' במה דהקשה התוס' שם תימא וליבטל האי פרוטה של הקדש שנפלה ברובה וכ"ת דשיל"מ הוא הא ל"ל דדבר שיל"מ מדרבנן הוא כו' ונרשם שם בצידו בשם הצ"ק דגרס בזה"ל ול"ל דליכא אלא חד בכיס כו' דא"כ מאי עד שיוציא את כל הכיס דקאמרי רבנן הכי הל"ל עד שיוציא את השני' וי"ל דמעילה מדרבנן קאמר א"נ מטבע חשוב כו' עכ"ל אלמא להדיא כמש"כ די"ל דהאי מעל דהתם הוי מדרבנן. והא דתקשה אליבא דר"ע דס"ל דאף בהוציא הראשונה מעל משום ספק מעילות. הא אינו חייב קרבן על מעילה דרבנן כנ"ל י"ל בזה דהא הטעם מבואר במעילה (דף ב') ברש"י ובתוס' שם דלכן במעילה דרבנן ליכא קרבן משום דהוי חולין בעזרה ולכן לא מייתי נמי חומש ונראה לי לומר דזה אינו שייך אלא למאן דס"ל חולין בעזרה דאורייתא ע"כ אינו יכול להביא קרבן על מעילה דרבנן אבל למאן דס"ל חולין בעזרה לאו דאוריי' יכול להביא אשם מעילות אף על מעילה דרבנן כדמצינו בנזיר (דף כ"ט) על הא דאיש מדיר את בנו בנזיר ומייתי קרבן אף דאינו אלא כדי לחנכו במצות אפ"ה מייתי קרבן משום דקסבר חולין בעזרה לאו דאורייתא:

ו

ובחולין (ד' י"ז) אמרינן דכי ירחק ממך המקום וזבחת מבקרך ר"ע אומר לא בא הכתוב אלא לאסור להם בשר נחירה כו' ר"ע סבר בשר תאוה לא איתסר כלל ר"י סבר בשר נחירה לא אישתרי כלל ופי' רש"י ד"ה בשר נחירה לא אישתרי כו' וזביחה דכתיב בהאי קרא כו' אי נמי לאסור שחיטת חולין בעזרה כדדרשינן בקידושין (דף נ"ז) כי ירחק וזבחת בריחוק מקום אתה זובח ואי אתה זובח בקירוב מקום עכ"ל אלמא דס"ל לרש"י בחד תירוצא דדוקא ר"י ס"ל הך דרשא דכי ירחק וזבחת על איסור חולין בעזרה. אבל לר"ע דס"ל דכי ירחק וזבחת אתי לאסור בשר נחירה:

א"כ אין לו שום דרש לאסור חולין בעזרה מה"ת ע"כ נראה דר"ע ס"ל דחולין בעזרה לאו דאורייתא. לכן י"ל דדוקא למאן דס"ל חולין בעזרה דאורייתא לכן אמרו בריש מעילה דעל מעילה דרבנן אינו חייב קרבן משום דהוי חולין בעזרה דהא חולין בעזרה אסור מה"ת אבל לר"ע דס"ל חולין בעזרה לאו דאורייתא שפיר יש לחייב קרבן אשם אף על מעילה דרבנן כמו הא דנזיר (דף כ"ט) כנ"ל. לכן שפיר י"ל דהאי מעל דסוף מעילה דקאמר ר"ע הוי מעל מדרבנן משום דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון וחייב להביא קרבן כמו על דאורייתא כיון דליכא חשש דחולין בעזרה דהא לא הוי חולין בעזרה דאורייתא אליבא דר"ע ועפ"ז יש לדון בשי' הרמב"ם לפי מש"כ המל"מ פ"ב ה' נזירות ה' י"ג ובמש"כ הרמב"ם פ"א ה' מעילה ה' ו':

ז

ועוד י"ל אליבא דר' אליעזר דס"ל מתנדב אדם א"ת בכל יום כמבואר בכריתות (ד' כ"ה) ואליבא דר"א י"ל דאף על מעילה דרבנן מייתי אשם ואין בו חשש חולין בעזרה דהא יכול להתנות דאם לא מעל יהי' נדבה כדמצינו בכריתות (ד' י"ח ע"ב) ועיין ביו"ד סי' ה' ובאו"ח סי' א' ומצינו בחולין (דף מ"א) על סתם משנה דאמרו דהא מני ר"א היא ע"כ י"ל דהך מעל דסוף מעילה הוי רק מדרבנן ואפ"ה חייב קרבן משום דיכול להתנות דאתי כר"א הנ"ל. והא דריש מעילה דאינו מביא קרבן על מעילה דרבנן וכן פסק הרמב"ם פ"א מה' מעילה היינו משום דהרמב"ם ס"ל כרבנן דאין מתנדב אשם תלוי ולכן שפיר כתבתי בספרי לדון בכה"ג דמה"ת סמכינן על אוקי אחזקת היתר. ובזה רק מדרבנן אסור ולכן מעל מדרבנן כמו דאסרו חז"ל להנות ע"כ חייב לר"ע א"ת. דהא אף במעילה דרבנן הי' חייב א"ת רק משום חולין בעזרה לא מייתי כפי' רש"י ותוס' בריש מעילה א"כ ז"א שייך לר"א דא"ת בא בנדבה כנ"ל וכמו דמוכרח לומר כן לתירוץ א' של התוס' דסוף מעילה כפי גירסת צ"ק הנ"ל. ע"כ שפיר כתבתי בספרי לתרץ שיטת הרמב"ם כמו דהארכתי שם בסברא מחודשת כנ"ל:

ח

ולכאורה יש להעיר ע"פ מש"כ בספרי דאם יש חזקת היתר אז מוקמינן לכ"א על חזקת היתר מה"ת רק מדרבנן מחמרינן ואמרינן בזה יש ברירה מהא דע"ז (דף מ"ז ע"ב) שלו ושל כו' נידן מחצה על מחצה כו' וכתב רש"י והר"נ והרע"ב שם דבאינו מכיר האבנים הכל אסור דאין ברירה אכן לפמש"כ כנ"ל א"כ ג"כ התם הא י"ל אוקי על חזקת היתר מה"ת ובדרבנן הא יש ברירה. אבל באמת אינו קשה כלל דהא באמת שיטת הרמב"ם שם והובא בתוספת חדשים שם פ"ג משנה ו' דכתב דהמחצה מותר משום דבדרבנן יש ברירה. והר"נ דלא כתב כן י"ל דאזיל לשיטתו בנדרים ר"פ דלא ס"ל להכלל שכתבתי

כנ"ל ועוד י"ל דשא"ה ע"פ מש"כ התויו"ט שם פ"ג משנה ו' בד"ה אבניו ועציו ואפריו כו' דמשום חומרא כו' החמירו התם כמו בדאורייתא ע"כ אין מזה שום סתירה להכלל שכתבתי לתרץ כמה קושיות הראשונים מן הרמב"ם כמבואר בספרי בארוכה ועוד י"ל התם לפי מש"כ התוס' בתמורה (דף ל') דהיכא דניכר האיסור מקודם התערובות לא שייך לדון בזה ענין ברירה כלל א"כ התם גבי הכותל מע"מ דהי' ניכר האיסור מקודם תערובות לא שייך לדון התם כלל ענין יש ברירה וכן מצאתי בגליון של רע"א זצ"ל על המשנה דשם שהקשה שם בשם התה"ד סי' של"ז ע"ש ע"כ לפ"ז וודאי דלא הוי סתירה כלל למה שכתבתי:

ט

ומה שהקשה כת"ר על מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ג לתרץ קושיות דגול מרבבה ע"פ מש"כ שם דאף לר' יהודה דמין במינו לא בטל עכ"ז היכא דהאיסור הבטל. לא הי' ניכר והמבטל הוא ניכר בזה מודה ר"י דבטל והקשה ע"ז מן חולין (דף ק"ח) דקאמרי בגמ' שם חלב אמאי מותר חלב נבלה הוא. והא החלב הנאסר לא הי' ניכר עכ"ל אין זה קשה כלל דגם החלב הנבלע בהחתיכה בשר ונאסר מקרי ג"כ ניכר דהא ניכר ונראה לנו כל החתיכה בשר וכל הבלוע בה דהוי הכל אסור וכדמצינו ביו"ד סי' ק"ב דכמה פוסקים ס"ל שם דאף טעם היוצא מביצה שנולד ביו"ט ושארי דשיל"מ אוסר ג"כ ולא בטל והא הטעם לא הי' ניכר מעולם ומובדל בפ"ע וע"כ מוכח כיון דכל החתיכה הי' עליה שם איסור והיה ניכר כל החתיכה לנו ע"כ אף טעם היוצא ממנו שם איסור עליו לאסור כדין דשיל"מ וה"ה בהחלב הנבלע בחתיכה בשר כיון דבעת שנבלע החלב בהבשר הי' אז לפנינו ניכר ונראה החתיכה עם כל הבלוע בה. והיה הכל אסור ושאני הא דגיגית דזהו המקור בהמרדכי. דבעת דלא יצא היין הי' כל הענבים בשם היתר ואימת מתחיל האיסור בעת שיוצא היין מענבים ואז אינו ניכר האיסור א"כ זה מקרי לא הי' ניכר האיסור מעולם בפ"ע. וע"כ לא אסרו בזה לדשיל"מ. וה"ה מין במינו לר"י דלשיטת הר"נ תלוי חד בחברתה כמש"כ הר"נ שם דבעי דומיא דדם הפר ודם השעיר וע"כ ה"ה דבעי דיהי' כ"א ניכר בפ"ע כמו בדם הפר ושעיר ולכן פסקו דאם לא היה ניכר מעולם האיסור בטל אף בדבר שיל"מ ושפיר כתבתי בספרי באר יצחק וזה פשוט ועיין במל"מ ה' מטמאי משכב ומושב ה' י"ד פ"א שהביא בשם ר' משולם במרדכי סוף חולין שכתב בהא דהמפלת דהולד היה ניכר קודם שנימוח ואכמ"ל:

י

ומה שהקשה על מש"כ שם די"ל כיון דספק דאורייתא מיתסר רק מדרבנן לשי' הרמב"ם וכן לרב דס"ל דוקא חתיכה משני חתיכות חייב א"ת. וע"כ בטל אף מין במינו כמו כל

דרבנן לר"י ואח"ז דחיתי שם זה והקשה כת"ר מחולין (דף ק"ט) דר"י חייש שמא לא ניער יפה ולכן אוסר משום מין במינו. אלמא דלא כמש"כ אינו די"ל בהך דחשו שמא לא ניער יפה דיש שם חזקה לומר כמו דנבלע הטיפה בתחילה כן מונחת שם עכשיו ואוקי אחזקה דלא יצא משם הך טיפת חלב וכאן נמצא כאן מונח עכשיו ואף בחזקה העשוי להשתנות ס"ל לכמה פוסקים דחזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא ובמקום דאיכא חזקה דמעיקרא מיתסר הך ספק מה"ת אף בתורת וודאי. ועפ"ז יש לדון הרבה בדברי הט"ז דיו"ד סי' ס"ט גבי אשה דנסתפקה אם מלחה ואכמ"ל:

יא

ועוד דהא רבי קאמר התם בחולין להך מילתא דנראין דברי ר' יהודה כו' ולרבי הא מצינו דס"ל דעל חתיכה א' חייב. אשם תלוי וכ"כ התוס' בסנהדרין (דף ד') ובכריתות (דף י"ח) וי"ל דר"י ס"ל ג"כ כן ולפ"ז מיתסר כל ספק דאורייתא מה"ת כמבואר כלל זה בפר"ח יו"ד סי' ק"י דמאן דס"ל חתיכה א' חייב א"ת ס"ל דספק דאורייתא לחומרא מה"ת וע"כ שפיר חיישו להחמיר משום מין במינו לא בטל דהוי כמו דאורייתא אך באמת לפי המבואר בחולין שם ברש"י ד"ה שמא לא ניעור מתחילה יפה כו' ובהא גזירה לא ס"ל רבי כוותי' עכ"ל משמע דהא דחייש ר"י שמא לא ניער מתחילה יפה דאין זה מצד ספק רק משום גזירת חז"ל ודלא כמש"כ כעת מוכח מזה דאף באיסור דרבנן ס"ל לר"י דמין במינו לא בטל כיון דיש לו עיקר בדאורייתא וכמש"כ בספרי שמה. וגם י"ל דרש"י לשיטתו כמש"כ שם בשם רש"י חולין (דף קט"ז) דס"ל דאף באיסור דרבנן ס"ל לר"י דמין במינו לא בטל ע"ש ברש"י ועפ"ז ניחא הא דביצה (דף ל"ח) גבי עיסה דליבטל מים ומלח דאמרו שם חטים בחטים לר' יהודה לא בטיל ושם קאי באיסור תחומין דהוי מדרבנן והא בדרבנן בטיל אף לר' יהודה אמנם לפמש"כ דהיכא דיש לו עיקר בדאורייתא ס"ל לר"י דלא בטיל וכיון דכתב רש"י [הרא"ש] בפ' מי שהוציאוהו סי' ח' דס"ל לר"י תחומין דאורייתא ואף דכליו ובהמתו דכ"ע מדרבנן כמש"כ המג"א סימן ת"ד ס"ק א' זולת שיטת ר"מ אלשקיר דאין לחלק ע"ש. עכ"ז כיון דעיקר תחומין הוי דאורייתא אליבא דר"י לכן אמרו שם שפיר דחטים בחטים לא בטיל אליבא דר"י ויש להאריך בזה:

יב

ומה שהקשה על מש"כ בח' יו"ד סי' י' להסוברים דאין איסור נהפך להיתר דלכן בגד שאבד בו כלאים אינו בטיל משום דהאיסור הוי בעינא והקשה ע"ז מסוגיא דסוף תמורה דמוקי להא דאורג מלא החוט מצמר בכור דעבד צפרתא אלמא דבטיל אי לא הוי חשוב עכ"ל. אינו קשה כלל דהלא כתבתי שמה לעיין במל"מ פ"א ה' מטמא משכב ומושב שכתב ג"כ כזה וכן כתבתי שם לעיין בפרמ"ג או"ח בפתיחה לסי' תמ"ב שכתב ג"כ כן

בשם הכסף משנה שכתב בסוף פ"ג ה' בכורות דלכן הרמב"ם לא הביא להא דתמורה דמוקי בעבד צפרתא משום דס"ל דהך סוגיא דתמורה דלא כהלכתא לפי מאי דקיי"ל בגד שאבד בו כלאים לא בטיל ומה שיש להקשות לפי מה דמשמע גבי צמר בכור דבעינן דוקא מלא הסיט משום דאם לא הוי מלא הסיט הוי כמו דליתא איסורא בעיני' א"כ אמאי בבגד שאבד בו כלאים אינו מחלק הרמב"ם בין מלא סיט או לא וכבר הקשה זה הלח"מ בסוף פ"ב ה' בכורות ה' י"ג ע"ש:

יג

ומה שהקשה מצמר גמלים וצמר רחלים שטרפן דמותר לערבו בפשתן אם הרוב צמר גמלים והא נהנה בבת אחת זו הקושיא תסוב ג"כ על שיטת הרשב"א דיו"ד סי' ק"ט דאין איסור נהפך להיתר ובאמת גם זה ניחא לפי מש"כ הנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' קפ"ו בד"ה עיקר הראי' לומר דהיתר כו' דשאני הא דצמר גמלים דשם חדש לא יחול על המיעוט ועל שם הרוב נקרא כו' עי"ש ועל הר"נ דס"ל בפת שאפה עם צלי דאסור לאכול בכותח אלמא דס"ל דכיון דהיתר בהיתר לא בטיל ע"כ אף שם חדש דנתהוה אח"כ היינו איסור בשר וחלב דחל עליו בזה שפיר הקשה הגאון רע"א זצ"ל ותירצתי היטב זה שם בסי' הנ"ל לחלק בין לח ליבש ויותר אין לי להאריך בזה:

יד

ומה שהקשה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז ענף א' גבי יש מקצת שליא בלא וולד דיש לדון שם חזקת מעוברת והשתא הוא דילדה א"כ ל"ל לרש"י והתוס' לפרושי שם דאם יש מקצת שליא בלא וולד איכא ס"ס תיפוק לי' משום חזקת מעוברת כו' הנני להשיבו עפ"י מש"כ רע"א זצ"ל בכתבים סי' קנ"ח להקשות דלמה אמרו לחוש שמא יצא הולד תיפוק לי' דא"א לפתיחת הקבר בלא דם ותירץ דנפ"מ אם ראתה דם מקודם ו' ימים כו' ע"ש. ע"כ נגד חזקת מעוברת יש חזקת טומאה הסותרתו. ובפרט לשיטת רש"י דס"ל בכולהו ש"ס דמחזיקין מאיסור לאיסור וכעין שכתבו התוס' בכתובות (דף ע"ה) ד"ה ספק טמא כו' דכיון דהי' בו נגע אחר כו' דמקרי חזקת טומאה. לפי דמחזקינן מנגע לנגע אף דנולד לנו כעת ספק בנגע אחר כיון דשם נגע אחד הוא וידוע מש"כ הנו"ב במ"ק סי' מ"א דבימי ליבונה מקרי חזקת טומאה וכמש"כ התוס' בזבחים (דף כ"ט) ד"ה וכיון שראו סתרו כו' והדברים ארוכים ע"כ יפה כתבתי:

טו

מה שהקשה במה שכתבתי בספרי ח' אה"ע סי' ג' ענף ב' דר"מ ס"ל טעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה כ"ע מודו דחייב והקשה ע"ז הלא מבואר בשבת (דף קל"ז) דר"מ ס"ל דנחלקו ר"א ור"י בתינוקות א' למול אחר השבת וא' למול בשבת דר"א מחייב ור"י פוטר

אלמא דס"ל לר"מ דפליגי בזה ר"א ור"י הנני להשיבו דכוונתי הי' לפי מה דמוקי רב ביבמות (דף ל"ד) למתניתין דהתם דטעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה פטור כר"מ ושאני הא דתינוקות דזמנו בהול כמבואר שם בלשון ואבע"א לחלק דשאני הא דתינוקות דזמנו בהול ובתי' קמא אמרו שם דמתניתין מיירי אליבא דר"מ וכר"א דמחייב בלא עשה מצוה א"כ שפיר כתבתי די"ל דהאי סוגיא דיבמות דמקשו והא אינו מנוקה מעון ס"ל ג"כ לשיטת ר"מ כהך ואבע"א דיבמות דמחלקי דשאני תינוקת דזמנו בהול אבל היכא דאין זמנו בהול ס"ל לר"מ דאף ר"י מודה לר"א דחייב בטעה ולא עשה מצוה א"כ שפיר כתבתי אך קצרתי בלשוני בספרי הנ"ל שם:

טז

ומה שכתבתי שם בהא דסוטה (דף מ"ד) לתרץ אמאי לא אמרו שם לימא דלא כר"י משום דלר' יוסי י"ל דשאני התם דהוי טעה בדבר מצוה ולא עשה מצוה דס"ל בסוכה (דף מ"ב) דפטור עכ"ל ספרי שם. ואין להקשות דהא י"ל דשאני התם בסוכה דהוי זמנו בהול כמבואר בפסחים (דף ע"ב). די"ל דהא בזה"ל אמרו בפסחים שם דילמא שאני התם גבי הא דר"י פוטר במי ששכח והוציא הלולב לר"ה משום דזמנו בהול אלמא דהגמ' נסתפק בזה מדאמרו לשון דילמא וכדחזינן ביבמות שם דלישנא קמא לא ס"ל לחלק בין זמנו בהול או לא רק אבע"א ס"ל לחלק בזה א"כ י"ל דלכן לא אמרו בסוטה שם לימא דלא כר' יוסי משום די"ל דס"ל להסוגיא בסוטה כל"ק דיבמות דלא מחלקי בין זמנו בהול או כיון דיש מקום לדחות ולומר כל"ק הנ"ל ע"כ לא אמרו בפשיטות רק לימא דלא כר' יוסי הגלילי וקצרתי:

סימן כח

חידושים והערות ואיזה השמטות בקצת ענינים בספרי באר יצחק:

א

בחלק או"ח סי' א' ענף ג' כתבתי לדון ע"פ דברי התוס' דקדושין (דף כ"ג ע"ב) ד"ה מהו שיעשה שליח כו' דהיכא דעשאו לשליח בפיו לא מצי לזכות עבורו בתורת זכיי' יש להעיר עפ"ז במה שכתב הדגול מרבבה ליו"ד סי' ש"ה ברמ"א סעי' יו"ד דאף דיכול לעשות שליח לפדות בנו מ"מ א"י לעשות שליח לפדות בתוך למ"ד משום דאיהו לא מצי עביד בתוך למ"ד אך בתורת זכיי' מצי לפדותו יעו"ש אכן לפמש"כ דהיכא דעושה שליח אז הוי קפידא דלא מצי לזכותו עבורו א"כ ה"ה הכא כיון דעשאו לשליח לפדות בנו ע"כ כיון דלא מהני תורת שליחות בזה משום דאיהו לא מצי עביד אז בתוך למ"ד ע"כ לא מהני תורת זכיי' בזה אא"כ התנה בפיו דאף דלא יהי' מהני שליחות מ"מ יהי' מועיל בי' זכיי'

א"כ לא שייך בזה לומר קפידא אך בעיקר הדגול מרבבה שכתב דזה מקרי לא מצי עביד השתא לא נהירא לי דהא אי' בגיטין (דף כ"ט ע"ב) ההוא גברא דשדר גיטא א"ל לשליח לא תותבי' ניהלה עד תלתין יומין א' רבא מסר מילך קמן דלבתר תלתין יומין משוינן שליח א"ל רבנן לרבא והא שליח שלא ניתן לגירושין הוא א"ל כיון דלבתר תלתין יומין מצי מגרש כשליח שניתן לגירושין הוא עכ"ל הגמ'. אלמא דאף דבתוך תלתין יומין לא מצי עביד שליחותו. עכ"ז כיון דבתר תלתין יומא מצי מגרש מקרי שליח שניתן לגירושין א"כ ה"ה הכא כיון דאחר שלשים יום מצי עביד מקרי זה מצי עביד אף בתוך למ"ד יום משום דמחוסר זמן אינו דומה למחוסר מעשה וכמש"כ המל"מ בפ"ד ה' אישות ועיין בפני יהושע בגיטין שם ויש לדון בזה ע"פ דברי המל"מ ה"ג פ' ו' והובא בפ"ת סי' קמ"א ס"ק מ' וקצרתי:

ועפ"ז יש להעיר בענין היתר לנשתטית שכתב המגי' במל"מ פ"ו ה' גירושין דזה לא מהני משום לא מצי עביד השתא ע"כ אף לאחר שתשתפה לא מצי השליח למסור לה הגט וכ"כ הנו"ב במ"ק סי' ג' ולכאורה י"ל בזה דיהי' מצי השליח למסור לה הגט בתורת זכיי' לאחר שתשתפה כנ"ל אבל לפמש"כ ע"פ התו' קדושין הנ"ל לא שייך כן ועכ"ז י"ל דנכון להתנות בפיו דאף דלא שייך בי' דין שליחות מ"מ מגלה דעתו דרוצה דיזכה לו השליח על נתינת הגט לאחר שתשתפה ויתן הגט עבורו בתורת זכיי'. אז י"ל דאף המל"מ מודה דתהני ובמק"א הארכתי בכ"ז וזהו עצה נכונה בזה וכבר העליתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' דגם זכין מאדם אמרינן ע"ש:

ב

בספרי ח' או"ח סי' ג' ענף ג' הוכחתי דהפקר לאח"ז מהני ועפ"ז יש ליישב קושיות הקצה"ח סי' רע"ג על הרמב"ם והמחבר דכתבו דהפקר הוא מן דין נדר דמנלן זה וע"פ מש"כ ניחא די"ל דהוכיחו כן מהא דכתבתי דהפקר לאח"ז מהני' וקשה הא כליא לדבורו וכמש"כ הר"ן גבי הקדש אחר ל' יום בנדרים (ד' כ"ט) אכן אי נימא דהפקר הוא כמו נדר א"ש. וכמש"כ הר"ן שם גבי הקדש:

ג

בחלק או"ח סי' זיין הוכחתי דמהני רובא אף אם אין מסכימים מטעם א' מהא שכתבו התוס' בנדה (דף נ"ד) ומן הירושלמי סנהדרין פ"א ה"ב ולפמש"כ הש"ך בח"מ סי' כ"ה ס"ק י"ט לחלק דאם הם לפנינו שאני יש לסתור ראי' זו מן הירושלמי אכן כבר השיג על הש"ך בספר בית אפרים בקונטרס הראיות סי' ל"ט ס"ק י"ג דאין לחלק בין אם הם לפנינו או לא וכמש"כ המהרי"ט בח"ב סי' ט' וע"כ שפיר כתבתי:

ד

בח' או"ח סי' כ"ב בד"ה ובהא דס"ל להירושלמי כו' כתבתי דבהקטרת זר לאימורים לא ירדו והארכתי שם בזה אין להקשות ע"ז מזבחים (דף פ"ד ע"ב) בגמ' שם דאמרו שקבלו פסולין וזרקו דמו בהנך פסולי דחזו לעבודת ציבור דמשמע מזה דדוקא בטמא דחזי לעבודת ציבור אבל זר דלא חזי לעבודת ציבור ירדו דז"א דהא הסוגיא קאי שם אליבא דר' יהודה כדקאמר שם ור' יהודה מייתי לה מהכא כו' וע"ז קאמרו שם כן אבל לר' שמעון דיליף מבמה כמבואר שם. ע"כ ה"ה בהקטרת זר כיון דכשר בבמה ע"כ לר"ש לא תרד. וכמש"כ רש"י בנדה (דף מ"ם ע"ב) ד"ה ושקבלו פסולין כגון בעל מום או שאר פסולין כו' עכ"ל רש"י וכמש"כ הטהרת הקודש בזבחים (דף פ"ד) שם. ואף לפמש"כ התוס' בזבחים שם (דף פ"ד ע"ב) ד"ה הניתנין למעלה כו' להסתפק בשיטת ר"ש דאפשר דגם ר"ש ס"ל דקבלו פסולין דלא חזי לעבודת ציבור דירדו וכ"כ התוס' בנדה (דף מ"ם). עכ"ז הא מבואר בתוס' שם הטעם דמשום שחיטה לבדה לא יחשב פסולו בקודש א"כ בהקטרת אימורין דהוא אחר שנשחט ונזרק בהכשר גם התוס' מודו דלא ירדו אם הקטיר זר להאימורין ושפיר כתבתי:

ה

בח' יו"ד סי' י"ג כתבתי דבאיסור שאין בו מלקות לא נאסר טעמו היוצא ממנו אין להקשות ע"ז מהא דחולין (דף ק"כ) דבכל איסורין היוצא מהן כמותן ומבואר בתוס' שם ד"ה היכא דלאו כו' דגם בשביעית דאינו רק בעשה ילפינן מטומאה דהיוצא כמותן די"ל דהא חזינן באמת שיטת התוס' בחולין (דף צ"ט) שהובא שם בספרי דס"ל דלאו בכל איסורין נאסר זה יעו"ש וי"ל בזה ע"פ מש"כ הפני יהושע בקידושין בק"א בענין חדש דלמסקנת הש"ס שם לר' יהושע אין סופגין בערלה על היוצא מפירות דהא דלעיל שם אין זה רק מדרבנן דהיוצא מהן כמותן אבל לא מה"ת או דהך דתני שם לעיל קאי לר"א וכמש"כ הפ"י בק"א שם ולכן לא ידעינן דהיוצא מהן כמותן כי אם היכא דנלמד מקרא מפורש ולכן שפיר הקשו התוס' בחולין (דף צ"ט) ע"כ בחלב טמא דליכא ילפותא מפורשת. שפיר כתבתי דלא שייך לאסור כל היוצא מהן בחלב טמא:

ו

בח' יו"ד סי' ט"ו כתבתי דלכן נאמן הש"ש לומר נאנסו וליטול שכרו משום דמן תקנת חנוני נגעו בה עפ"ז יש לתרץ מה השער המשפט בסי' רכ"ז ס"ק ב' על הא דמבואר שם דצריך לברר שנאנס בתוך שיעור שיראה לתגר אבל בלא בירור ע"ז אינו מוציא מן המוחזק והקשה דמ"ש מהא דנאמן לומר נאנסו וליטול שכרו אמנם לפמש"כ א"ש

דשאני הא דנאמן ליטול שכרו דמשום תקנת חנוני נגעו בי' וכיון דסמך על חבירו והוציא ממון או טרחתו ע"פ שייך בזה תקנת חנוני ואינו קשה כלל:

ז

בחלק או"ח סי' ב' ענף ב' כתבתי נחלק במה דמבואר בקידושין (דף ס"ב) דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא. ובשבת (דף מ"ו) אמרו דזה מקרי בידו וכתבתי בתי' הג' שם לחלק דשאני בהא דקידושין דקשים כספחת וכעת ראיתי דזה אינו לפמש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה לאו כגבוי דמי דמה"ט לא אמרינן בזה דכל העומד לבצור כבצור דמי כו' משום שצריך דיינין ולאו בידו כדאמרינן בקידושין (דף ס"ב) דמי יימר דמזדקקי לי' ב"ד אלמא להדיא דאף במילי דמצוה וחיוב על הב"ד לשפוט אם יש ביכולתם אפ"ה אמרו מי יימר דמזדקקי לי' וע"כ העיקר בזה כתי' הראשון שכתבתי בספרי שם דהיתר נדרים שאני דסגי בגמיר קצת ע"כ מקרי זה בידו וכן כתב הרשב"א בחי' ליבמות (דף פ"ח) והנימוקי יוסף ביבמות ר"פ האשה שהלך יעו"ש אבל היכא דבעי ב"ד גמור זה הוי אינו בידו משום מי יימר דמזדקקי לי' תלתא:

ועפ"ז תרצתי דברי הרמב"ם בפ"ט מן ה' שמיטה ה' כ"ד דכתב דלכן נאמן לומר פרוזבול הי' לי' ואבד משום דמן הסכנה כו' ותמהו כולם דאמאי לא ניחא לי' בטעמא דרב נחמן גיטין (דף ל"ז) דמשום חזקה לא שביק היתירא נאמן לומר פרוזבול הי' לי' ואבד אמנם לפי מש"כ התוס' בסוטה ה"נ דאף במקום מצוה אמרינן דזהו לאו בידו משום מי יימר דמזדקקי לי' תלתא כדאמרו בקדושין (דף ס"ב):

ועיקר הך מילתא דלא שביק היתירא הוא משום דהוי בידו כמש"כ הסמ"ע סי' ס"ז ס"ק נ"ה. א"כ לפמש"כ הבית יוסף בח"מ סי' ס"ז דפרוזבול קיי"ל לדינא כרב ששת דגיטין (דף ל"ב) דבעי שלשה ובדברי הרמב"ם לא מצא הכרע יעו"ש:

והא דאר"נ גיטין (דף ל"ז) דנאמן לומר פרוזבול הי' לי' ואבד משום דלא שבק היתירא כו' י"ל דר"נ לטעמי' דס"ל לעיל בגיטין (דף ל"ג) דפרוזבול בפני שנים וע"כ מקרי זה דבר שבידו דהא אמרו בקידושין (דף ס"ב) דמי יימר דמזדקקי לי' תלתא והתם צריך שלשה ומשמע דאם א"צ רק ב' מקרי זה דבר בידו אבל לדינא דצריך שלשה שפיר הוצרך הרמב"ם לומר טעם אחר על פרוזבול היו לי' ואבד כן י"ל דברי הרמב"ם. אכן דברי השו"ע דאף דפסק דצריך שלשה. עכ"ז י"ל דשייך ה"ט דחזקה לא שביק היתירא כו' משום דהא מבואר בח"מ סי' ס"ז סעי' כ' דמהני מוסר שטרותיו אף שלא בפניהם. וכדברי הירושלמי אפילו נתונים ברומי ע"כ לא שייך בזה לומר מי יימר דמזדקקי לי' ויש להאריך בכ"ז:

וכן יש לעיין בכ"ז ע"פ המבואר בח"מ סי' ס"ז סעי' י"ח בשם הרמב"ם דבעי ב"ד חשוב בזה ואכמ"ל:

ח

בספרי ח' או"ח סי' י"ג ענף ג' כתבתי להוכיח מן שבועות (דף ט"ו) דאין בנין בהמ"ק דוחה יו"ט דמוכח מזה דבנין ביו"ט אסור מה"ת ואח"ז דחיתי ראי' זו משום דהא נו"ן אין קרבין ביו"ט מטעם דבעי לכם ולא לגבוה וכעת נלע"ד דשפיר הוכחתי דהא בהפלאה לכתובות דף ז') בתוס' ד"ה מתוך שהותרה כו' הביא שם דברי הכ' שכתב דצורך מצוה לא נחשב לצורך קצת מהא דקיי"ל אין שריפת קדשים דוחה יו"ט וע"ז כתב ההפלאה שם להוכיח ולחלק דשאני שריפת קדשים ונו"נ דיכול לשורפן ולהקריבן לאחר יו"ט משא"כ בשריפת חמץ דלא שייך כן כו' עכ"ל ההפלאה ע"ש א"כ לפ"ז שפיר הוכחתי מהא דאין בנין בהמ"ק דוחה יו"ט דמוכח מזה דבנין ביו"ט אסור מה"ת דאל"כ נימא בזה מתוך כו' דהא הש"ס שקיל וטרי שם בשבועות (דף ט"ו) בקידוש עזרה דאי מה להלן חמץ אף כאן חמץ ותסברא מנחת חמץ מי איכא אפשר דמקדש שתי הלחם בעצרת כו' אין בנין בהמ"ק דוחה יו"ט וכיון דבעי למילף דאי מה להלן חמץ כו' דזהו לעיכובא וכמש"כ שם התוס' בתי' א' והובא הכל בספרי שם א"כ זה מקרי לא אפשר לאח"ז דהא לא משכחת הש"ס לקידוש בחמץ כי אם בעצרת וכיון דלא משכחת לי' רק ביו"ט א"כ זה דומה לשריפת חמץ דמיקרי צורך קצת מחמת צורך היום וכמש"כ התוס' בכתובות (דף זיין) בד"ה מתוך כו' וכמו שביאר זה ההפלאה כנ"ל. ע"כ שפיר הוכחתי כנ"ל ועיין פסחים (דף ה' ע"ב) בתוס' שם והובא במג"א סי' תמ"ו ס"ק ג' ועיין בפרמ"ג שם ואכמ"ל:

והנה בספרי שם ח' או"ח סי' י"ג ענף ד' הבאתי קושיות הגאון רע"א זצ"ל בדרוש וחדוש במערכה ד' עלה דביצה (דף י"ב) דא"ל פוק ותני לברא הבערה אינו משנה. והקשה הא י"ל דאתי כר"ע דס"ל דלא אמרינן מתוך כמבואר בפסחים (דף ה') יעו"ש ונלע"ד דאינו קשה דהא לכאורה קשה על מה דתני שם המבשל גיד בחלב ביו"ט ואכלו דלוקה חמש דהא ה"מ למיתני ולמנות עוד במנין הלאוין דאכלו ביוה"כ דחייב עוד לאו משום יוה"כ וי"ל דס"ל להאי תנא דביו"כ אינו חייב משום אוכל בשר בחלב שהרי היום הוא שנעשה בשר בחלב א"כ הא יוה"כ קידמו ואף דבשר בחלב ניתוסף בי' איסור הנאה עכ"ז י"ל כמש"כ התוס' חולין (דף ק"א) דאיסור הנאה לאו איסור מוסיף או כשיטת הרמב"ם בפי' המשניות כריתות פ"ג דכיון דאינו חל איסור בשר בחלב א"כ אינו אסור בהנאה וע"כ לא מנה התנא זה שם. וכן מצאתי בצל"ח לפסחים (דף מ"ז ע"ב) שכתב כן ועוד י"ל דברייתא הנ"ל ס"ל דחייבי כריתות אינם בכלל חייבי מלקות כדס"ל לר' יצחק במכות (דף י"ג)

א"כ לא הוי בי' חיוב מלקות בשביל יו"כ וע"כ לא מנה זה הלאו שם אבל לר"ע דס"ל במכות (דף י"ג) דחייבי כריתות ישנו בכלל מלקות. וגם מצינו דס"ל לר"ע בחולין (דף קט"ז) דבב"ח חל על חלב ומתה מן סברא וכפי' רש"י שם דס"ל לר"ע איסור חל על איסור ועיין בחולין (דף ק"א) ובתוס' שם ע"כ לא מצי לאוקמי להברייתא דהבערה הנ"ל דאתי כר"ע. דא"כ תקשה דה"ל למיתני ולמנות לאכילתו ביו"כ דהא שפיר חייב מלקות משום בב"ח אף ביו"כ דהא ס"ל דחל איסור בב"ח על איסור הקדום וע"כ אמר לי' פוק ותני כו' ומיושב קושיות הגאון הנ"ל ויש לי עוד כמה אנפי לתרץ זה וכמו שכתבתי בספרי שם ברמז ואכמ"ל:

ט

בח' או"ח סי' ט"ז כתבתי להעיר אמאי אסרו לצאת בשבת בקמיע בספק רפואה והארכתי שם בזה עפ"י מש"כ הרמב"ם בפי' המשנה דיומא הנני לבאר זה ביתר ביאור דהא מדסתמו ואסרו לצאת בקמיע זו בשבת דמשמע דאף היכא דמוכרח לצאת לרה"ר מחמת פיקוח נפשות ג"כ אינו רשאי לצאת בקמיע זו כיון דמספקא לר"פ בזה אי הוי קמיע מומחה כמבואר התם בארוכה והא שכתב רש"י בשבת (ד' ס') דקמיע מומחה ש"ד לפי דהוי תכשיט וכן מוכח בשבת (דף נ"ג) דמקשה הא מומחה ש"ד ולא מחלק דשאני אדם משום דפ"נ דוחה וע"כ מוכח הטעם משום דהוי תכשיט היינו משום דמשמע מדסתמו דמותר לצאת אף לטייל בלבד דבזה לא שייך פ"נ וכ"ז פשוט:

י

בסי' י"ח או"ח סוף ענף א' כתבתי מה דיש לדון לכאורה דלא אמרינן הואיל רק במלאכת יו"ט ולא בשארי דוכתי ודחיתי זה כעת ראיתי בספר קהלת יעקב שחיבר הגאון מן ליסא זצ"ל על ה' יו"ט סי' תצ"ח סעי' ח' שכתב לתרץ קושיות התוס' בפסחים (דף מ"ו) ד"ה רבה כו'. דא"כ בטלת כל מלאכת שבת כו' משום דלא אמרינן הואיל רק במלאכת יו"ט כמו דאמרינן מתוך שהותרה לצורך ה"ה דהותרה שלא לצורך רק דבעינן צורך היום קצת ע"כ ה"ה בספק שמא יזדמנו אורחים חשוב ג"כ צורך היום קצת:

משא"**כ** בשארי מילי לא אמרינן הואיל יעו"ש. אך יש לסתור סברתו ע"פ הא דפסחים (דף ס"ב) דקאמר הש"ס דרבה דס"ל באופה מיו"ט לחול אינו לוקה לא תקשה אדרבה דס"ל שם דערל מקרי לאו בר כפרה ולא ס"ל סברת ר"ח דמקרי בר כפרה הואיל אי בעי מתקן נפשי' משום דהכא מחוסר מעשה והתם לא מחוסר מעשה ואי נימא כסברת הקהלת יעקב א"כ אינו קשה כלל דרבה על רבה דהא י"ל דדוקא במלאכת יו"ט ס"ל לרבה דאמרינן הואיל אבל לא בשחיטת פסח לערלים אע"כ מוכח דס"ל להש"ס דלא לחלק כן ושפיר הקשו התוס' וס"ל דמאן דס"ל דאמרינן הואיל ס"ל כן בשארי מילי ועיין

בפסחים (דף מ"ז ע"ב) בתוס' ד"ה' אהבערה לא לחייב מכאן מוכיח ריב"א דרבה דא' הואיל אף לב"ש דל"ל להו מתוך כו' אמרינן ואכמ"ל ועיין בפסחים (דף מ"ח ע"א) דאמרו הא דר"ח ורבה מחלוקת דר"א ור"י ובפי' רש"י שם וברי"ף ורא"ש שם דפירשו דר"ח ורבה פליגי בפלוגתת ר"א ור"י דפליגי אי אמרינן הואיל אי בעי מיתשל או לא וקצרתי בכ"ז:

יא

בח' יו"ד סוף סי' ג' כתבתי להעיר דכיון דמצינו בספרי דכל המנוין בנו קודם כש"כ דהוא לעצמו זוכה לכל ימי חייו כן מצאתי בעז"ה לריטב"א במכות (דף י"ג) בספ"ב שכתב דכיון דבן קם תחת אבותיו מכש"כ שאין מסלקין אותו מאותו מינוי אלא בטענה ע"ש:

יב

בח' יו"ד סי' ד' כתבתי בענף א' לדון אי נקובת הוושט ה"ל נבלה או טריפה ויש להעיר בזה מן הא דחולין (דף י"ז ע"ב) דאמרו פשיטא כיון דכי נקב טריפה בעי בדיקה ומדלא אמרו דהוי נבלה מוכח דס"ל להש"ס התם דנקובת הוושט ה"ל טריפה ולא נבילה. ואפשר לומר דהך פשיטא דהתם כוונתם דהא זה פשיטא לכ"ע עכ"פ דטריפה הוי לכה"פ וע"כ אין להוכיח מהתם כ"כ:

יג

בח' יו"ד סי' ט' כתבתי בשם הפרמ"ג ליו"ד סי' צ"ה דכתב בשם הש"ד דבאוכלין אף אלף פעמים חשובים כחד כו' וכ"כ החו"ד בסי' צ"ה בשם הש"ד. אכן בחולין (דף קט"ז ע"ב) ברש"י ד"ה ה"ז אסורה כו' שכתב בשם יש מתירין חלב שבעור הקיבה שמולחין אותה בעורה. ליתן לגבינות משום דה"ל נ"ט בר נ"ט טעם א' מן העור לחלב הקיבה וטעם ב' לגבינות ודחי לי' רש"י מטעם דבעת דנבלע טעם העור להחלב ה"ל טעם א' לאיסור משום דנעשה נבילה יע"ש ובאמת י"ל טעם המתירין דכיון דלא נאסר במליחה בב"ח רק מדרבנן לא נחשב כגופו של איסור כמש"כ הש"ך ביו"ד סי' פ"ז ס"ק למ"ד ע"ש ואכמ"ל ועיין ביו"ד סי' צ"ד ש"ך ס"ק כ"ב. עכ"פ למדנו וכן המתירין הנ"ל דאף נ"ט בר נ"ט באוכלין ג"כ נחשב לנ"ט בר נ"ט ומותר ורש"י השיג עליהם מטעם אחר משום דה"ל טעם א' לאיסור כיון דנאסר מדרבנן עכ"פ ע"י מליחה אבל לולי זה גם רש"י הי' מודה להו דנחשב לנ"ט בר נ"ט ומותר אף דהכל הוא באוכלין. א"כ מוכח מזה דלא כהפרמ"ג והחוו"ד הנ"ל וכדברי רש"י הנ"ל כתב כן הרא"ש בחולין שם ובטור יו"ד סי' פ"ז ובב"י שם וקצרתי:

יד

בח' יו"ד סי' ט"ו כתבתי דלכן פסקו בח"מ סי' רס"ח סעי' א', דד"א קונות לו אף דנפל וגלי אדעתי' דבנפילה לא ניחא ליה דליקני וכמבואר בב"מ (דף יוד). משום די"ל דשאני

ד"א דקונות לו שלא מדעתו עפ"ז יש לתרץ קושיות המל"מ פ"ב ה' זכיי' ה"ט דהקשה מן מש"כ הטור בסי' רע"ה בשם הרמ"ה דכיון שלא כיון לקנות אלא ע"י בנין ובזה לא קנאה כו' וכה"ג הקשה במשכנות יעקב ח', ח"מ סי' נ"א בסופו מן סי' קצ"ח דבהתחיל למשוך לא קנה במסירה מטעם דגילה בדעתו דניחא לי' במשיכה דווקא א"כ קשה על הרמ"א דסי' רס"ח סעי' א' בהג"ה שכתב בנפל דקונות לו ד"א יעו"ש ולפמש"כ אינו קשה דיש לחלק דשאני ד"א דקונות שלא מדעתו. ע"כ לא מהני ג"ד כלל אבל בקנין משיכה והגבהה דבעי כוונה, לקנות היכא דלא הוי בהגבהה דין חצר כמש"כ במק"א ע"כ אם גילה בדעתו דלא ניחא ליה לא קני וא"ש הכל וקצרתי ועפ"י תירוץ המל"מ שם מתורץ ג"כ קושיות המשכנות יעקב הנ"ל ע"ש:

טו

בח' יו"ד סי' כ"ג ענף ה' כתבתי דלכן לא הפקיר רב מרי משום דחשש דלמא יזכה בו אחר וכן מצינו בנדרים (דף פ"ד) דרבנן סברי נכסיו לא מפקיר אינש דמרתת דילמא זכי בהו אינש אחרינא יע"ש ובמש"כ שם דבהמה מבכרת שנקנית במשיכה לבד פטורה מבכורה לפי שיטת רש"י דמחילה בטעות הוי מחילה מן דין יאוש ויאוש הוי כהפקר לפטור מבכורה וע"ז הקשה לי חכם אחד מבכורות (דף ג' ע"ב) דרב מרי ידע לאקנויי קנין גמור וחזי לי' אינש אחרינא ואזיל ועביד וסבר רב מרי מילתא הוא דעביד היינו בדיבור ואינו נוטל דמי' ואתי בה לידי תקלה ולפמש"כ קשה הא לא יהי' תקלה דיהא פטורה מטעם יאוש לפי טעותם דבדיבור בעלמא יקנה ע"כ קושייתו:

ובאמת אינו קשה לפמש"כ בספרי ח' או"ח סי' ג' ענף ב' בשם הרמב"ן במלחמות בב"מ (דף כ"ו) בסוגיא דנטלה ע"מ להחזירה דאם האבידה הוא ברשות הבעלים לא מהני יאוש והובא דבריו בקצה"ח סי' רנ"ט ובנתיבות שם וכ"כ המחנה אפרים ה' מכירה קנין חצר סי' י' ע"ש ע"כ היכא שמכר בדיבור בעלמא ועדיין עומד החפץ ברשות הבעלים לא שייך לדון בי' דין יאוש כלל ודוקא בנידון המבואר בספרי שם שהי' קנין משיכה והיתה עומדת ברשות שאינו של הבעלים בזה שפיר שייך לדון דמהני מן דין יאוש וע"כ אף אם הי' בקנין משיכה וקודם שילדה היתה עומדת הפרה ברשות הבעלים ג"כ לא מהני לפטור מבכורה משום דיאוש ברשות הבעלים לא מהני. אלא אם לא לקחה לביתו לאחר שהקנה בקנין משיכה עד אחר שילדה כהנידון המבואר בספרי שם בזה שפיר יש לדון דמהני דין יאוש ככל יאוש שאינו ברשות הבעלים דמהני וברור:

טז

ביו"ד סי' כ"ו כתבתי לדון אם חד דרבנן ותרי דרבנן המה שקולים ולכאורה יש להוכיח דתרי דרבנן וחד דרבנן הם שקולים מהא דאי' בחלה פ"א מ"ד דהמדומע פטור מחלה

וכתב התויו"ט שם ד"ה והמדומע כו' דמתניתין בחלה בזה"ז דרבנן דאי לאו הכי לא אתי דימוע דרבנן ומפקיע לחיוב חלה דהוי מה"ת עכ"ל ולשיטת הרמב"ם דפסק תרומה בזה"ז דרבנן. א"כ קשה הא מדומע הוי תרי דרבנן ואמאי פוטר לחלה דהוי חד דרבנן וגם הרמב"ם הביא בפסקיו להך דין דהמדומע פטור מן חלה. וע"כ מוכח דס"ל דשקולים הם ואפשר לדון בראי' זו ע"פ מש"כ המל"מ פ"ז ה' י"ז ה' תרומות דתרומה בזה"ז דרבנן דינו לכל דבר כמו דאורייתא זולת לענין תערובות ויש להאריך ואכמ"ל:

יז

בחלק יו"ד סי' כ"ז כתבתי ביאור סברת הרשב"א דמטא ליד גיזבר לא מהני שאלה וראיתי בנו"ב במ"ת חלק יו"ד סי' קנ"ד שכתב בכוונת הרשב"א דלכן במטא ליד גיזבר לא מהני שאלה משום דלא מהימן לומר טעיתי להוציא מהמוחזק ע"ש אך יש להעיר מן נדרים (דף פ"ה) שכתב הר"נ בשם הרשב"א דמי שאוסר הנאת פירות ע"ע יכולים אחרים ליטול אותן ואינו יכול לעכב כו' מיהו היכא דאיתשיל חייבין לשלם כו' ולדברי הנו"ב הנ"ל יש לדון דאמאי מצי מיתשיל והא אינו נאמן להוציא מן המוחזק ע"י התרת נדר אבל לפמש"כ ניחא דשאני היכא דנתן בעצמו ליד הזוכה דאזי שייך לומר מידק דייק וע"כ לא מצי למיתשיל על נדרו משא"כ היכא דבא לידם בלא דעת הבעלים:

יח

חלק אה"ע סי' א' ענף ד' כתבתי לדון הרבה בענין חזקה על להבא וכן יש להעיר בזה מנדרים (דף פ"ה ע"א) בהרשב"א דהובא בר"נ שם ד"ה ומהא שמעינן שהאוסר כו' דכתב שם באה"ד דלא חיישינן דלמא מיתשל ומיתהני מדידי' משום דלא חיישינן לזה אלמא דאף במה דהוי לנו לדון על להבא סמכינן על חזקה. וכן יש להעיר בזה במש"כ התוס' בב"ב (דף קי"ד) ד"ה ניחוש דילמא הדר בי' כו' ומיהו בקונטרס פי' דהכי פריך כיון דיכול לחזור כו' ואע"ג דלא חזר חיישינן שמא יחזור. ואין נראה לר"י כו' עכ"ל התוס' וי"ל דכוונת רש"י הוא דאע"ג דכ"ז דלא חזר לא חיישינן שמא חזר עכ"ז על להבא חיישי שמא יחזור וע"כ לא מצי לעשות גמ"ד בזה וכן י"ל דזהו כוונת התוס' בגיטין (דף י"ז ע"ב) ד"ה זנות לא שכיחא כו' דכתבו התוס' דטפי איכא למיחש לשמא תזנה מלשמא זינתה משום דשמא תזנה הוי בלהבא ע"כ חיישינן יותר וגם יש לעיין בזה בנדה (דף ס"ז ע"ב) במה דאמרו התם דמה"ת ואחר תטהר אבל אמרו חכמים אסור לטבול ביום זיי"ן שלא תבא לידי ספק ותראה ותסתור ועיין בתוס' שם ד"ה אבל אמרו חכמים כו'. דאף התשמיש אסור רק מדרבנן וכמש"כ בבית יוסף ליו"ד סי' קצ"ג בשם הרשב"א אלמא דמה"ת מותרת בתשמיש משום דלא חיישינן שמא תראה א"כ מוכח דמהני חזקה בלהבא. ובחידושי לנדה שם הארכתי בכ"ז ועיין בתוס' בנדה (דף כ"ט) ד"ה ר"ש היא כו' ובמק"א כתבתי

דיש לדון לפי מש"כ התוס' בנדה (דף כ"ט) ד"ה ר"ש היא הנ"ל דלרבנן דר"ש הדין הוא דאסור לשמש מה"ת ביום ז' ולר"ש אינו אסור רק מדרבנן די"ל דבזה גופא פליגי ר"ש עם רבנן דלרבנן הדין הוא דחזקה לא מהני בלהבא:

ולר"ש מהני חזקה אף בלהבא וע"כ אינו אוסר רק מדרבנן דחשו שמא תראה ותסתור והארכתי בזה ולירא האריכות קצרתי:

ובמש"כ בספרי שם להוכיח דרוב מהני אף בלהבא:

כן מוכח מן יבמות (דף ל"ו ע"א) הכונס יבמתו ונמצאת מעוברת ה"ז לא תנשא צרתה שמא לא יהי' הוולד בן קיימא וחליצת מעוברת וביאת מעוברת לאו שמי' ביאה וחליצה וא"ת הלך אחר רוב נשים ורוב נשים ולד מעליא ילדן ולד אין פוטר עד שיצא לאויר העולם. עכ"ל הגמ' הרי דמוכח מן הש"ס דאף בחשש דלהבא סמכינן על רובא וע"כ קאמרי בפשיטות וא"ת הלך אחר רוב נשים וכו' דתהא מותרת להנשא על סמך דצרתה תלד לאח"ז בן קיימא וכמש"כ בספרי להוכיח כן משארי דוכתי:

יט

בח' אה"ע סי' ב' כתבתי להעיר במה דקיי"ל באכל ביוהכ"פ אף דאכל לדבר שיש מצות עשה באכילתו דמ"מ חייב כרת דלכאורה יש לדון בזה וכפי שביארתי שם והוכרחתי להדר אחר הטעם בזה וכעת ראיתי די"ל בקצרה הטעם הזה ע"פ הך דיומא (דף ע"ד ע"ב) דיליף הש"ס מן פסוק דאף על תרומה וקדשים נצטוה לענות נפשו מהם ביוה"כ הרי דמוכח מן הפסוק להדיא דההתורה גזרה לחיובי דיוה"כ גם על היכא דיש מצות עשה על אכילתם וע"כ אין אנו צריכים להטעם שכתבתי בספרי שם. אכן לפי מש"כ בתוס' יוה"כ שם דלפי המסקנא דיליף הש"ס שם מן והאבדתי את הנפש עינוי שיש בו אבידת הנפש א"כ אתי כל החמשה עינוין דכתיבי למילף מזה לכל החמשה עינוין דנצטוה ביוה"כ ואין לנו ילפותא על אכילת תרומה וקדשים רק מעיקרא דרצו למילף שם עינוי לטבל ונבילה וחולין ותרומה וקדשים אז הי' מוכרח לומר דהנך חמשה עינוין דנצטוה ביוה"כ אין זה רק מדרבנן לגמרי ע"ש בתוס' יוה"כ ולפ"ז שפיר הוצרכתי בספרי לבאר טעם על מה דקיי"ל דגם היכא דיש מצוה עשה מה"ת באכילתו דמחויב לענות נפשו מהם מה"ת ואם אכלו חייב כרת וחטאת ויש לי עוד לבאר ולדחות לזה ע"פ סברת התוס' ביבמות (דף ה') ד"ה כולהו משעטנז כו' והתו"י בשבת (דף כ"ה). והטורי אבן לר"ה (דף כ"ח) ד"ה ה"ה עובר על בל כו' וקצרתי:

כ

ושם בסי' הנ"ל הוכחתי מן עירובין (דף ל"א) דאין מערבין בטבל אף די"ל דהא חזי למאן דלית ליה אכילת היתר בשבת דחזי לי' משום דעשה דחי ליה כמו שהארכתי שם הרבה

בזה וע"ז יש להעיר דהא בעינן סעודה הראוי' מבעוד יום גבי עירוב כמבואר בעירובין (דף ל"ו). א"כ נדחה כל מש"כ שם אבל באמת שפיר כתבתי דהא כתבו התוס' שם ד"ה מאי שנא כו' דרבא ס"ל תחילת היום קונה עירוב וס"ל דלא בעינן לסעודה הראוי' מבע"י וכמבואר בירושלמי ע"כ למאן דס"ל תחילת היום קונה עירוב תקשה כמו שכתבתי שם ובאמת אף למאן דס"ל דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו מיתה בידי שמים ג"כ תקשה כן. דהא זה פשוט דאף דאין עשה דוחה ל"ת שיש בו מיתה עכ"ז בחצי שיעור של הלאו דלית בי' מיתה וודאי נדחה מפני קיום העשה אם יוגמר כל העשה עי"ז וכמש"כ בספרי ח' או"ח סי' ט' ענף ד' כעין זה יע"ש ולפ"ז היכא דחסר לי' להשלים השיעור רק ע"י טבל נגמר כל שיעורו אז דחי העשה לחצי שיעור של איסור לאו א"כ מקרי חזי להנך דאין להם השלמת כל השיעור בהיתר וכעין מה שכתב הטורי אבן באבני מלואים למגילה (דף כ"ט) דנימא הואיל וחזי למיכל פחות מכשיעור ע"ש [ועיין בזבחים (דף ל"א) חישב לאכול כזית בשני ב"א מהו ובתוס' ישנים יומא (דף ל"א):

ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' יו"ד ענף ב' מזה ואכמ"ל]. ולפ"ז שפיר כתבתי דאי נימא דסעודת שבת הוי עשה גמורה מה"ת א"כ שפיר מקרי טבל היתר אכילה ע"י הואיל דחזי להנך גברי דלא יהי' להם השלמת השיעור רק ע"י צירוף טבל כנ"ל וע"כ שפיר הוכחתי דסעודת שבת אין בו עשה מה"ת וכ"ז פשוט וקצרתי בכ"ז:

כא

בחלק אה"ע סי' ג' ענף א' הוכחתי דחייבי לאוין שלא הכיר בה צריכה גט לכאורה יש להוכיח כן מן מה שכתב הר"נ בקידושין ריש פ' ג' על מתניתין האומר לאשה ה"א מקודשת לי לאחר שלשים יום ובא אחר וקידשה בתוך ל' יום מקודשת לשני וכתב הר"נ בשם הירושלמי שאם מת השני והי' לו אח מכיון שהיא זקוקה ליבום לא חלו עליו קדושי ראשון וכתב הרמב"ן דההיא דירושלמי אתי כרב דאין קידושין תופסין ביבמה ואנן דקיי"ל כשמואל התם דס"ל דצ"ג הא נמי צריכה גט מראשון משום דזיקתה אינה מונעת שלא יחולו קידושי ראשון כו' עכ"ל אלמא דאף דהוי חייבי לאוין שלא הכיר בה מ"מ צריכה גט א"כ מוכח מזה ג"כ כמש"כ בספרי שם:

אבל יש לדחות ראי' זו דשא"ה דהא שיטת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש בשם בה"ג ובתוס' יבמות (דף צ"ב) והובא בב"ש סי' קנ"ט ס"ק א' דס"ל זקוקה ליבם שנתקדשה בשוגג דאם יחלוץ לה היבם מותרת להמקדש ודלא כשיטת הרמב"ם והמחבר שם. ע"כ לפ"ז לא הוי התם מקח טעות כ"כ דהא יכולה להנשא להמקדש אם יחלוץ לה היבם וגם הא דמבואר בסי' קנ"ט שם דאם ירצה היבם לייבם כופין להמקדש לגרשה כבר כתב הבית מאיר

דלכפותו בשוטים אין זה ברור וגם העלה הבית מאיר שם דאם ירצה היבם לחלוץ לה אין צריך המקדש לגרשה מקודם החליצה אלא מועיל החליצה אף שלא נתגרשה מהראשון והשיג על הלבוש שם. ולפ"ז יש לחלק בפשיטות דשאני בחייבי לאוין שלא הכיר בה. די"ל דהוי מק"ט מצד דהא אסורה לו באיסור תורה בוודאי בלא שום עצה וספק כלל ע"כ הוי מק"ט משא"כ התם דמשכחת לי' דתהיה מותרת לו באם יחלוץ לה היבם דאז, אחר חליצתו יהי' מועיל הקידושין דתהי' מותרת לו ע"כ לא הוי מק"ט ותופסין קידושי ראשון וגם הא לשיטת הרמב"ם והמחבר שם דאף בקידש בשוגג לאשה הזקוקה ליבם דאסורה להמקדש אף לאחר החליצה הא אין זה רק איסור דרבנן כמו דמבואר בתוס' יבמות (דף צ"ב ע"ב) וכמש"כ כל הפוסקים שם א"כ הא באיסור דרבנן שלא הכיר בה וודאי לא הוי מקח טעות וכמו בשניות שלא הכיר בה וכמש"כ בספרי שם וכיון דמה"ת מותרת להמקדש לכ"ע אחר החליצה ע"כ לא הוי זה מקח טעות ואינו דומה כלל לחייבי לאוין שלא הכיר בה ואכמ"ל יותר:

כב

בחלק אה"ע סי' יוד ענף א' כתבתי דהיכא דשייך מצוה לשמוע דברי חכמים אז אף באנסוהו לקנות ג"כ קני כן מוכח מהא דכתובות (דף ל"ט) והרמב"ם פ"א ה' נערה בתולה ה' ג' דבאונס כופין אותו וכונס כו' שנאמר ולו תהיה לאשה וקשה הא הוי אנסוהו לקנות וע"כ מוכח דשאני היכא דשייך מצוה לשמוע דברי חכמים:

כג

באה"ע סי' יו"ד ענף ג' כתבתי דהא דאמרו בכ"ד דאפקעינהו רבנן לקידושי' מיני' דמ"מ נשארו קדושי דרבנן כן ראיתי להרשב"א בחי' לכתובות (דף ג' ע"א) בד"ה שוויי' רבנן כו' בסה"ד שכתב דעכ"ז נשארו קדושי דרבנן אף היכא דאמרו דאפקעינהו רבנן לקידושין מ"מ ממזרים אינם נטהרים ואסורים לכהנים ולקרובים מדבריהם עכ"ל הרשב"א שם וכן הוא בשמ"ק לכתובות שם:

כד

בספרי נחל יצחק סי' כ"ה סעי' ג' כתבתי לתרץ קושיות הקצה"ח שהקשה במה דאמרו שם דאם היו הדיינים ג' והלכו אחר שנים וטעו הם משלמים ב' חלקים וחלק השלישי מפריד והקשה דאמאי לא נימא כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי ותירצתי בארוכה לפי דהוי כעין גורם דגורם כו' ולכאודה יש להעיר ע"ז דהא שיטת התוס' בב"ק (דף ק') בד"ה טיהר את כו' דהיכא דקם דינא חייב לרבנן דר"מ משום דהוי כמעשה א"כ אין זה מקרי גורם דגורם אבל באמת א"ש דהא כתבתי בשם הקצה"ח בסי' ת"י ס"ק ג' שכתב דעיקר קושיא זו הוא לשיטת רש"י ותוס' בב"ק (דף י"ג) דגובה מבשר

נגד אימורין א"כ הא מצינו לשיטת תוס' בחולין (דף מ"ג ע"ב) ד"ה זיל שלים כו' דס"ל דהיכא דהדר דינא פטור אף למה דקיי"ל כר"מ וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' כ"ה ס"ק ה' בד"ה ולענין דינא כו':

ומוכח דס"ל להתוס' חולין דלר"מ עיקר החיוב הוא רק היכא דקם דינא ולרבנן פטור גם בזה משום דגם היכא דקם דינא אין זה רק גרמי ואף דסתרי דברי התוס' דחולין לדברי התוס' דב"ק והתוס' סנהדרין (דף ל"ג):

אין זה קשה וכפי שכתב הישו"ש בהקדמתו לב"ק דכמה דברי התוס' סתרי אהדדי ולפ"ז י"ל דהתוס' בב"ק (דף י"ג) בפירושם דגובה מבשרם נגד אימורין דס"ל כשיטתם בחולין וע"כ אינו קשה עלייהו לקושיות הקצה"ח הזה משום די"ל דזה מקרי גורם דגורם וכמש"כ ולשיטת התוס' דב"ק (דף ק' וסנהדרין (דל"ג) י"ל דס"ל כהרמב"ן דהובא בקצה"ח סי' ת"י הנ"ל דאינו גובה מבשר נגד אימורין א"כ בל"ז אינו קשה לקושיא זו וכמש"כ הקצה"ח:

כה

בספרי נחל יצחק סי' ע"ד סעי' ז' ענף ב' כתבתי למה שיש להסתפק במי שלוה מטבע רוביל אם יכול לשלם במטבע אחרת וכתבתי שם להעיר מסנהדרין (דף ל') דס"ל לחד מ"ד דא' אומר מנה שחור וא' אומר מנה לבן דאין מצטרפין די"ל דטעמו משום דס"ל דצריך לשלם המטבע שלוה אך יש לדחות זה עכ"ל בספרי ועל הגליון שם כתבתי בזה"ל להסביר זה דהא מצינו בסנהדרין שם דהכחשתם בסייף וארירך כו' אין זה נכון אף דלא הוי שום נפ"מ כו' וה"ה במנה שחור כו' רק בארנקי שחורה כו', ואף לפי מש"כ התוס' בב"ב (דף נ"ז) בד"ה אלא מעתה כו' דדייקי בין מנה שחור ללבן שחייב לשלם אותו מנה שלוה כו' עכ"ל התוס' י"ל דשא"ה דהא הך מנה שחור בסנהדרין שם פי' רש"י סלע ישנה ובב"מ (דף מ"ה ע"ב) אי' דמארנקי ישנה [ופי' רש"י סלעים] והם עדיפי מסלעים חדשים בעצמיותן וכיון דסלעים ישנים עדיפי מחדשים ע"כ אין זה דומה לנידון שאלתינו וזהו דומה להך דכתובות (דף ק"י) במעות בבל ומעות א"י דמשלם אותו המין שלוה כי יש ביניהם הבדל רב משא"כ בנ"ד כו' עד כאן לשוני מה שמצאתי כתוב על הגליון בספרי נחל יצחק:

כו

בספרי נחל יצחק סי' י"ז סעיף א' כתבתי להעיר בהא דעד נעשה דיין והא דיינין בישיבה ועדים בעמידה כו' וכעין זה ראיתי בטורי אבן לר"ה (דף כ"ה) כו' וכעת ראיתי כי באה"ע סי' קמ"ב סעיף ה' בשם דיעה קמייתא דס"ל דאותם שנותן השליח בפניהם א"צ לישב כו' והגר"א זצ"ל שם ס"ק י"ט כתב טעמם כיון שהקילו שאף עד נעשה דיין והעד בעמידה

כמ"ש בפ"ד דשבועות עכ"ל וס"ל דדוחק לאוקמי בת"ח דאז גם העד בישיבה כמבואר ברפ"ד דשבועות ובח"מ סי' כ"ח סעי' ה' ות"ל דנתכוונתי לדבריו:

יורה דעה

סימן א

נשאלתי מקהלה אחת אודות שו"ב פב"פ דמחנם והגב"ע ומה שהשיב השו"ב בתשובותיו. ונבהלתי מן העסק ביש כזה אשר קרה בקהילתם הרמה עיר ואם בישראל מזה שלא נשמע כן בכל תפוצות ישראל ולמשמע אוזן דאבה נפשי מזה הענין הנוגע לשו"ב אשר הוא יסוד גדול מעקרי הדת והיהדות להשגיח ע"ז בעינא פקיחא בזריזות ובזהירות להזהר מן מכשול הרבים ובפרט בעיר גדולה לאלקים ויישר כחם וחילם במה שעמדו לגדור הפרצה הגדולה שלא יעסוק פב"פ בשו"ב עד שיצא דינו לאורה וכפי שבקשו ממני לעיין בגוף הדין ע"פ דין התורה וכפי הגב"ע בחת"י כת"ר ולהשיב דבר ה' זו הלכה כיד ה' הטובה עלי ובאמת עיקר הענין הזה הוא עלי לרוב משא ומעמסה ואין רצוני להזדקק בעסק הזה מחמת כמה טעמים ובפרט במרחק מקומי ממקומם אך לא יכולתי להשיב פניהם ריקם ומחמת כבוד תורתם הרמה וכבוד קהלתם הרמה הנני להזדקק לזה בעז"ה:

ענף א

א

תשובה וזה החלי בעז"ה ומתחילה נעיין בעיקר הגב"ע מן כל השו"ב דמחנם על שו"ב פב"פ וקוסב הוא שבעת שכרותו היו עוסק בשחיטות ובדיקות. ולפ"ז ראוי להעבירו כי זהו נבלה גדולה דיש בזה איסור דאורייתא אם הי' שיכור כשכרותו של לוט כמבואר ביו"ד סי' א' סעי' ח' דדינו כשוטה. ואף אם אינו שיכור כשכרותו של לוט ג"כ לא ישחוט כמבואר שם וכמש"כ הט"ז שם להחמיר בזה והבאר היטב בשם בית הילל שהחמיר מאוד על השוחטים הרגילין בכך להעבירן כו' וכן ראוי לנהוג אפילו לא הגיע לשכרותו של לוט עכ"ל ומי יכול להכריע בהחלט דלא הי' אז שיכור כשכרותו של לוט ואם הדבר ספק שחיטתו אסורה בדיעבד וכמש"כ התבואות שור בסי' א' סעי' ל"ו. ומה שמתנצל השו"ב בטענותיו כי העדים שונאים לו מחמת הריבות וקטטות שהי' ביניהם מפני הכרכשתות וכיוצא. אין זה עולה לדינא לפי הכרעת הפוסקים בח"מ סי' ל"ג סעי' א' ובתומים שהשיג על הרש"ל משום דאף שונא גמור כשר להעיד וכ"כ בתשובת כנסת יחזקאל סי' פ"ט דהאריך לסתור לדברי הרש"ל וכן העיקר כדבריהם. ע"כ אין דבריו

מספיק לפסול עדות השו"ב עליו וכן העידו העדים השו"ב עליו דכמה פעמים אמר להם כי הסכין הוא טוב והם מצאו בו פגימות ע"כ לפי עדותן על השכרות והסכין פגומה ראוי להעבירו מאומנתו:

ב

אכן נלפ"ד לדון דהשוחטים אינם נאמנים בעדותן להעבירו ונקדים לדברי הר"נ בכתובות פ"ט בעובדא דההוא בקרא דיתמי דתפסי תורא מיני' בע"ח א' מחיים תפיסנא ובקרא א' לאח"מ כו' דכתב הר"נ דאינו נאמן הבקרא להיות עד כיון דלפי דבריו שאומר לאח"מ תפסי' הוא חייב לשלם ליתומים ה"ל בע"ד כו'. וכ"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' ג' דהאי בקרא לא הוי כע"א לפי שבעל דבר הוא שחייב לשלם ליתומים כו' ע"ש. ודברי הר"נ הנ"ל הובא בקצה"ח סי' קכ"א ס"ק ד' שהקשה על הר"נ דמה בכך דה"ל בע"ד הא אילו טען מחיים תפסי' לא הי' צריך לשלם א"כ אדרבה מעיד לחובתו ומאי הנאת ממון יש בזה והעלה דס"ל להר"נ דבע"ד פסול להעיד על אחרים בין לזכות בין לחובה כמו קרוב כו' ע"ש וכן העלה הקצה"ח בסי' ל"ז ס"ק ט' דנוגע פסול משום קרוב אפי' במקום דלא חיישינן למשקר. ולענ"ד נראה להסביר זה ביתר ביאור ע"פ מש"כ התוס' בכתובות (ד' כ"ה ע"ב) ד"ה הרי שאומר בני זה כו' דלכן אם אמר בני זה וכהן הוא לא מהימן משום דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב ואף ע"י מיגו לא מהימן וכמו בהחולץ (ד' מ"ז) לדבריך א"י אתה ואין עדות לא"י כו':

א"כ חזינן דקרוב לא מהימן אף דאית לי' מיגו. וה"ה בהך בקרא דלדברי' דלאח"מ תפסי' הוא חייב לשלם ליתומים אם לא יפרע הבע"ח התופסו. ע"כ דיינינן בזה לדבריך קרוב אתה אצל עצמך ואין עדותל לקרוב. ובעיקר הך מילתא דאי נוגע פסול משום קרוב אין זה ברור כ"כ לדינא וכמבואר בש"ך ח"מ סי' ל"ז ס"ק א' בפלוגתת הע"ש והש"ך שם. ואי נימא דנוגע אינו פסול רק משום משקר א"כ אין לתרץ לדברי הר"נ עפ"י סברא זו:

ג

ולכן נלע"ד להסביר לדברי הר"נ הללו באופן אחר והוא במה דיש להקשות על הר"נ והרא"ש במש"כ דהאי בקרא לא הוי כע"א משום דה"ל בע"ד דאי נוגע פסול משום חשש משקר א"כ איזה חשש משקר יש כאן דהא אי נימא דמשקר ובאמת תפסי' מחיים. א"כ א"צ לשלם כלל ולא ה"ל אז בשום חשש נגיעה כלל דהוי מצי שלא להודות דלאח"מ תפסי' והנראה לענ"ד לדון בזה ע"פ מש"כ הש"ך בח"מ סי' ל"ג ס"ק ט"ז דבעינן עדות שאתה יכול להזימה בד"מ ובאמרו העדים איני יודע הנו"ב בס' ע"ב ע"ג במ"ק ח' אה"ע ובאו"ח שם. ולדעתי הנכון עם הש"ך דאף דלא בעינן דו"ח מ"מ ראוי לדו"ח בעינן ואכמ"ל ולשיטת הש"ך דבעינן עדות הראוי לדרישה וחקירה יש להסביר בטוב טעם לדברי הר"נ

והרא"ש בהאי בקרא דמיפסל משום חשש משקר דנהי דבעת דהעיד דלאח"מ תפסי' לא הי' אז בחשש משקר דהא הוי מצי לומר בהיפך עכ"ז לאחר שהעיד אין לו שום מגו דהוי מיגו למפרע דקיי"ל דלא אמרינן כי השבע חקירות הם יותר מתכ"ד ע"כ בעת הדו"ח הוא בחשש משקר על עדותו מן הדו"ח והא דמעיד על הדו"ח הוי אז נוגע על עדותו כדי שלא יתחייב לשלם אחר דהודה כבר דלאח"מ תפסי' ע"כ מקרי אינו ראוי לדו"ח כיון דלא מהימן אז בתו"ע:

ומגו לא מהני כי אם בתכ"ד כמש"כ הש"ך סי' מ"ז ס"ק ה' ובכללי מיגו בש"ך ועיין בש"ך סי' קמ"ו ס"ק ט"ו ובתומים שם. ובשעה שהתחיל להעיד י"ל דלא אסיק אדעתי' אז דהב"ד ידרשו ויחקרו אותו דלאו כ"ע דינא גמירי דבעינא שיהי' ראוי לדו"ח ובמה דאיכא פלוגתא י"ל דטעו כמבואר בש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק כ"א וס"ק כ"ב ויש לי הרבה ראיות לזה והדברים ארוכין:

ד

ולכן בהאי בקרא כיון דהודה כבר דלאח"מ תפסי' ואם לא יועיל עדותו לגבות מהבע"ח יצטרך לשלם ולכן הוי נוגע בעת הדו"ח ומקרי אינו ראוי לדו"ח ואין עדותו עדות ושפיר כתבו הר"נ והרא"ש בהאי בקרא דלא הוי כע"א כיון דיצטרך לשלם לאחר תכ"ד לעדותו ואז אין לו עצה אחרת להיות פטור כיון דהודה כבר ונאמן ע"ע כ"כ הוי אינו ראוי לדו"ח וזה מעכב וכמש"כ הש"ך בסוף סי' ל"ג לשיטת הר"נ והרא"ש דס"ל דבעי ראוי לדו"ח. ואתי שפיר כוונת הר"נ והרא"ש גבי ההוא בקרא היוצא לנו מכל זה דהיכא דהוי טובה ותועלת להעד לאחר שהעיד אם יתקיים עדותו ע"פ דין יהי' לו חובה לאחר שהודה ע"ע איזה חיוב דאז לא מהני עדותו בתורת עדות משום שני טעמים שנתבארו. א) משום לדבריך נוגע אתה ואין עדות לנוגע דפסולו משום דהוי קרוב ב) משום דהוי אינו ראוי לדו"ח דהוי נוגע בעת עדותו על הדו"ח לאחר שהודה ע"ע חובה. ועפ"ז הארכתי בחידושי לח"מ סי' ל"ז סעי' ד' בדברי התומים והנתיבות שם והארכתי בזה שם:

ה

ולפ"ז יש לדון בנ"ד בעדות של השו"ב במה שהעידו עליו דהוא פסול לשחיטה ובדיקה. משום דדינם כנוגעים בעדותן ע"פ הנך שני טעמים הללו. ונקדים להא דמבואר ביו"ד סי' א' סעי' י"ד בשוחט שהעיד עליו ע"א ששחט שלא כהוגן והוא מכחישו כו' דהעד עצמו מותר לאכול מכאן ולהבא כו' ועיין בש"ך סי' ב' ס"ק י"א מש"כ בדברי המהרי"ק בזה אכן הפר"ח ביו"ד סי' א' ס"ק מ"ב העלה דהעד עצמו אסור לאכול משחיטת השני דכיון דלפי דבריו של העד שוחט זה רשע הוא ששחט שלא כהוגן והוי חשוד לאותו דבר לכל מה שישחוט מכאן ולהבא בלא קבלת ד"ח שחיטתו פסולה לפי דברי העד א"כ

מעתה שוויי' אנפשי' חתיכא דאיסורא על כל מה שישחוט השוחט כו' עכ"ל הפר"ח וכ"כ המשנה למלך פ"א ה' שחיטה דין כ"ו וכ"כ התבואות שור סי' ב' סעי' כ"א דהעד עצמו אסור לאכול משחיטתו וכן העיקר כדבריהם ואכמ"ל:

ו

ע"כ בנ"ד לפי עדותן של השו"ב המעידים עליו כי אינו נאמן על שחיטות ובדיקות ופסול להיות שו"ב א"כ אסור להם לסמוך על דברי השו"ב הזה בעניני שו"ב כלל ואסור להם לאכול מן שו"ב שלו ואם ילכו לבית השחיטה אין רשאים להצטרף עמו בעניני שו"ב כי לפי דבריהם הוא פסול לשו"ב ודייניהן בזה שוויי' אנפשי' חתיכא דאיסורא:

ע"כ מקרי הנך עדים נוגעין בעדותן ע"פ הנך שני טעמים הן לפי טעם הראשון דכיון דיש להם טובה מן מה שיתקיים עדותן ע"פ דין להעבירו מאומנתו משום דאם לא יעבירוהו מאומנתו ויהי' שו"ב קבוע בקהילתו אז יהי' להם חובה לפי דהם לא יהיו יכולים להצטרף עמו בעניני שו"ב כיון דעכ"פ שוויי' אנפשי' חד"א דהא על עצמן נאמנים לומר דהוא הפסול וא"כ אינם מותרים לסמוך עליו ולהצטרף עמו א"כ אם לא יהי' על מקומו איזה שו"ב אחר שיצטרף עמהם אז תכבד העבודה עליהם בעסק שו"ב כידוע ואם יקבלו עוד שו"ב אחר להיות צירוף עמהם אז יגיע להם חלק קטן לפי ערך החלקים לכ"א כיון דישאר השו"ב הזה על מקומו וע"כ יותר טוב להם שיהי' מועיל עדותן להעבירו מן מעמדו ואז כשיקובל על מקומו שו"ב אחר לצוותא ולעזור בדבר שו"ב לא יוגרע חלקם כלל מכפי שהי' עד הנה ע"כ דינם כנוגעים לפי דבריהם ואין עדות לנוגע שהוא משום פסול קרוב או לפי הטעם השני דלעיל דאינם ראוים לדו"ח דבעת דו"ח הם בשם נוגעים דאז הוי מיגו למפרע וכנ"ל ע"כ לפי הדין אינם נאמנים השו"ב להעבירו מאומנתו ובספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעי' ד' הארכתי בכל הפרטים הללו וכ"ז העליתי בדרך חידוד הלכה עפ"י שיטת הש"ך בסוף סי' ל"ג ודלא כהחולקים עליו שם וכן לשיטת הסוברים דנוגע פסול משום קרוב כנ"ל ויש לי ראיות לחזק שיטת הש"ך וליישב קושיות האחרונים עליו וע"כ אין להזניח שיטת הש"ך הנ"ל ואכמ"ל:

ענף ב

ז

והעיקר נלע"ד בנ"ד בדרך פשטיות לדינא מטעם אחר לבאר דאין נאמנים השו"ב להעבירו מאומנתו והוא כיון דהשו"ב המה שונאים לו מחמת הריבות שהי' ביניהם אודות הכרכשתות והחתיכות בשר וכן מפאת הקנאה שהבעל טקסא רוצה דוקא בו שהוא יבדוק הריאות וכמבואר בהגב"ע ע"כ אף דקיי"ל דגם שונא גמור כשר להעיד מ"מ בנ"ד גרע דהא מצינו בב"מ (דף ע"ט) גבי ספינה דאף דקא משכח לאגורה מ"מ יש

עליו תרעומות משום שינוי דעתא שלא מתנהג לפי דעתו וכמש"כ התוס' שם בסד"ה דפרקי' לטוענא כו' וביותר מצינו בח"מ סי' שט"ז סעי' ב' שנים ששכרו בית בשותפות אינו יכול להושיב אחר במקומו אף דיש לו דיורין פחותין ממנו כי יכול לומר אותך אני יכול לקבל אבל אחר איני יכול לקבל ובסמ"ע שם ס"ק ד' מחלק דאף דבספינה יכול לעמוד אחר במקומו ואין לו עליו אלא תרעומות שא"ה דדרך הספינה בכך כו' א"כ מצינו דשינוי דעתא לעסוק בשותפות עם האיש שהוא בע"ד קשה דזהו קפידא גדולה א"כ בנ"ד שהם שונאים לו ע"כ קרינן בכה"ג דמית עלי כארי' ארבא וכמו בב"מ (דף ק"ב), ובפרט בעסק התנהגות שותפות בעניני שחיטות ובדיקות דהשנאה בין השו"ב הוא ריעותא גדולה להשוחטים בכמה ענינים כידוע וכן כיון דהם שונאים לו ע"כ ממילא כמים הפנים כו' ע"כ דבר קשה לפניהם להיות שותפות ביניהם ולכן הם נוגעים בעדותן דרוצים שיעבירוהו מאומנתו כדי שיקובל על מקומו שוחט אחר שיהי' מרוצה להם ואף קפידא משום שנאה מועטת מקלקל לדבר השותפות בפרט בעסק שו"ב כידוע ומצינו בב"ב (דף מ"ג ע"ב) ובח"מ סי' ל"ז דמשום השני נוח לי והראשון קשה מיפסל משום חשש נוגע וכיוצא מצינו בתוס' ב"ב (דף מ"ג ע"א) ד"ה מפני שמעמידה כו' בתי' השני דאף משום חשש תרעומות מקרי נוגע ופסול לעדות ועיין בח"מ סי' ל"ז סעי' ט"ו בסמ"ע ס"ק ל"ו ובש"ך ס"ק כ"א אבל זהו רק בחשש תרעומות אבל היכא דהבע"ד הוא איש קשה בזה מצינו דכ"ע ס"ל דמיפסל משום נוגע וכדמצינו בהך דהשני נוח לי והראשון קשה כנ"ל ורק היכא דהוי להחזיק בזה העלה הש"ך בסי' קכ"ג ס"ק כ"ד דלא מיפסל לעדות מה"ט א"כ בנ"ד דעסק שותפות ביניהם בעסק שחיטות ובדיקות הוא בכל יום ויום וכיון דהם שונאים לו והוא שונא להם בוודאי קשה להם להנהיג עסק שותפותם ביחד בעניני שו"ב וע"ז נאמר אין אדם דר עם נחש בכפיפה א' לפי דעתם וע"כ הם פסולין לעדות עליו משום נוגעים דהם רוצים להפרד ממנו:

ח

וכעין זה מצינו בח"מ סי' שי"ב סעי' ט' במשכיר ביתו משום שהיה אוהבו ונעשה שונאו מוציאו אף שלא התנה בדיני תנאי משום דהוי אומדנא דמוכח וכמש"כ הנתיבות שם ומקורו הוא מן נימוקי יוסף עלה דב"מ (דף ק"ב) משום דדמית עלי כי אריא ארבא וכש"כ בעסק שותפות בשו"ב דוודאי הוי ענין שנאה קפידא גדולה לפי דנחשב בעיניהם לאיש קשה והם רוצים להרחיקו מהם וע"כ אף דקיי"ל דשונא כשר להעיד עכ"ז בנ"ד גרע כיון דהם נצמדים עמו בעסק שותפות בעניני שו"ב בכל עת ובכל זמן ע"כ הם נוגעים בעדות מה"ט אכן כ"ז הוא אם יבורר לפני כת"ר דהשו"ב הם שונאים לו משום ריבות

וקטטות שהי' ביניהם מכבר וכפי התנצלותו בטענותיו או משום קנאה וכיוצא וגם י"ל בפשטיות דהשו"ב הם נוגעין בעדותן מפני הטעם שכתב בטענותיו דיש להם הנאת ממון במה שהעבירוהו אותו כעת דנוטלים כעת חלק יותר מכפי שנטלו עד הנה וזהו גופא נגיעה גדולה דמה"ט אינם נאמנים בתו"ע להעבירו משום דעד עת שיקובל שו"ב אחר על מקומו ירוויחו בחלק יותר כנ"ל א"כ מכל הטעמים הללו אין להאמינם בתו"ע:

ט

והנה אף שנתבאר דהשוחטים אינם נאמנים בדין תורת עדות עליו להעבירו מאומנתו עכ"ז יש להעבירו מטעם אחר דהא השו"ב פב"פ קיבל ע"ע בפני כת"ר ובפני יקירי עדתם דאם יאמרו השוחטים בעדותן שהקיל בדבר מן הדברים הנוגע לענין השחיטה והבדיקה אזי הוא מסולק מטענותיו נגד בני העיר ואוסר שחיטתו להבא בכל אוהיו"מ ע"פ משפטי התורה. וכפי המבואר בכתבי כת"ר א"כ הא מבואר בח"מ סי' כ"ב דמי שקיבל עליו קרוב או פסול להיות עד עליו דאחר שהעיד אינו יכול לחזור בו וע"כ בנ"ד דאמר דאם יגידו עליו שהקיל בדבר מהדברים הנוגע בענין השו"ב דאזי הוא מסולק מטענותיו נגד בני העיר ואף דלא אמר בלשון מחילה רק בלשון סילוק הא מבואר בח"מ סי' ר"ט סעי' ח' דיכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם וקוטב ענין סילוק מבואר בכתובות ר"פ הכותב דכותב לה ועודה ארוסה מהני לשון סילוק משום דקודם אירוסין לא מהני לשון סילוק כלל וכן בדבר שבא לעולם לא מהני לשון סילוק אבל במה שיש לו שייכות קצת ועדיין לא בא לעולם מהני לשון סילוק וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק כ"א דמהני סילוק במלוה אף שיש לו שעבוד דאקני מ"מ מועיל סילוק בנכסים שלא קנה עדיין הלוה וכמש"כ הקצה"ח והנתיבות שם ועיין מזה במל"מ פ' כ"ג ה' אישות ה"א ועיקר הדברים בזה הם ארוכין ואכמ"ל ועוד י"ל בזה לפי המבואר בח"מ סי' כ"ב סעי' א' ברמ"א ובסמ"ע וש"ך ס"ק י"ב דכל מה שאדם מקבל ע"ע לפני טובי העיר א"י לחזור דהוי כקנין א"כ בנ"ד דקיבל כן בפני טובי העיר הוי זה כקנין ובקנין אף בלשון סילוק מועיל כמבואר בב"ב (דף מ"ג) ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' כ"ב ובסי' ע"ג סעי' י"ט ענף ו' ובזה הפרט י"ל טובא וקצרתי:

י

וע"כ בנ"ד דקיבל ע"ע לסלק מטענותיו נגד בני העיר דומה זה לדבר שלא בא לעולם דהא השחיטות והבדיקות של הבהמות אינן ברשותו וברשותן והוי כמו כל דבר שלב"ל אבל יש לו שייכות זכות במה שיהי' נשחט מכאן ולהלן ע"כ מהני לשון סילוק בזה. ולכן אחר העדאת השו"ב אינו יכול לחזור בו וכמבואר בח"מ סי' כ"ב בקיבל ע"ע למחול זכותו אם יגיד הקרוב והפסול את עדותו דאחר עדותו אינו חוזר בו וה"ה בנ"ד דקיבל ע"ע בלשון

סילוק זכותו אם יגידו השוחטים עליו דהיקל בדברים הנוגעים לענין השחיטה דאז הוא מסולק מטענותיו נגד בני העיר דאף דנתבאר דאינם אמנים השו"ב עליו בתורת עדות משום דהם נוגעים בעדותן ודינן כמו קרובים עכ"ז כיון דקיבל ע"ע בלשון סילוק זכותו אם יגידו עליו כו' ע"כ הפסיד זכותו ואינו יכול לחזור בו:

יא

ועוד דהא קיבל ע"ע בלשון איסור שחיטתו להבא בכל חוהיו"מ ע"פ משפטי התורה א"כ ממילא אסור להיות שוחט מפאת קבלת האיסור ע"ע ואף דלא אמר בלשון איסור על ידיו לשחוט רק בלשון איסור שחיטות בלבד ג"כ הא מדרבנן חל איסור שלו על עצמו וכמבואר ביו"ד סי' רי"ג סעי' א' וכש"כ בנ"ד דאמר דאוסר שחיטתו עליו בכל אוהיו"מ ע"פ משפטי התורה די"ל דזה הוי כמו דאמר בפירוש לאסור ידיו לשחוט בהם כמו קונם ידי עושות לך דיו"ד סי' רי"ג שם דנאסר לשחוט מצד קבלת האיסור שלו ע"פ דין תורה דהוי כמו דבר שיש בו ממש כמבואר שם. אך מפני קבלת האיסור שלו עליו יש לדון עדיין דיכול להיות נשאל על נדרו ואיסור שלו כיון שלא אמר שמקבל עליו האיסור ע"ד רבים וכמבואר ביו"ד סי' רכ"ח סעי' כ"ג דנדר שהודר ברבים יש לו התרה מאחר שלא אמר על דעתם באם שיודיע לכת"ר שהתיר נדרו כמבואר בסי' רכ"ח סעי' כ' אם לא קיבל שום טובה בעד קבלת האיסור שקיבל עליו וכמבואר ביו"ד שם:

יב

שוב ראיתי כי ע"פ דין אין להתיר לו את האיסור שקיבל ע"ע שלא לשחוט דהא מבואר ביו"ד סי' רכ"ח סעי' ט"ו דאין מתירין נדר של דבר איסור כגון לשחוק ואם עברו והתירו כו' יש מתירין ויש אוסרין ועיין בש"ך שם ס"ק כ"ו ומקורו הוא מירושלמי והובא בתוס' גיטין (דף ל"ה). והנה בנ"ד דיצא עליו שם רע וגם יש עדים מן קלותו ומעשים רבים המכוערים אשר לא נתנו להעלות על הכתב כפי שיבואר לקמן א"כ בוודאי עיקר שחיטתו הוא מכשול הרבים כפי שיבואר לקמן ע"כ כיון דכל זמן שלא יתיר את האיסור שלו אז לא ישחוט כלל דאסור לו לשחוט מצד קבלת האיסור ויהי' זה למיגדר פירצה. אבל כשיתירו לו האיסור שלו אז יותחל המחלוקת וירצה להיות שו"ב ויהי' עי"ז הרבה ריבות וקטטות וגם אין זה בדרך השו"ב שיהי' שו"ב בקהילה גדולה ולא יהי' ירא אלהים אין לנו מכשול רב יותר מזה במילי דשמיא ובמילי דארעא כיון שהוא אינו מרוצה לה' ולבריות. וע"כ אין מן הדין להתיר נדר ואיסור שלו ואף בדיעבד אין לו התרה דזה גרע מן נדרו של שחוק דכתב הש"ך שם דאין לו התרה אף בדיעבד דהא שם אין זה נוגע לאחרים זולתו כש"כ בנ"ד דנוגע לאלפים נפשות ומי יודע מה יהי' אחרית הענין מן שחיטתו ע"כ אין להזדקק להתיר לו את האיסור שלו ואף בדיעבד אין לו התרה:

יג

ונתבאר דראוי להעבירו א' משום קבלת האיסור שלו ב' משום שאמר בפירוש כשיגידו השו"ב עליו הרי הוא מסולק מהקהל וכיון שהוא מסולק מהקהל ע"כ ממילא עפ"י דין אין למנותו מחדש להיות שו"ב אף אם לא הי' מקבל האיסור עליו וכמבואר באו"ח סי' נ"ג סעי' כ"ה גבי ש"ץ דאף דאין מעבירין אותו ע"י רינון בעלמא אבל אין למנותו לכתחילה אם יצא עליו שם רע וכש"כ בשו"ב דאם יצא עליו שם רע אין למנותו לכתחילה לשו"ב ועיין ביו"ד סי' קי"ט בפ"ת ס"ק ד' וכש"כ בנ"ד דקיבל עליו באיסור שחיטות ע"ע כנ"ל דנאסר להיות שו"ב מן התורה כיון דקיבל עליו באיסור שחיטות באהיו"מ ע"פ משפטי התורה כנ"ל:

ענף ג

יד

ועוד יש לדון בנ"ד לפי מש"כ לעיל בשם הפר"ח ביו"ד סי' א' ס"ק מ"ב דהעלה בשוחט שהעיד עליו ששחט שלא כהוגן והוא מכחישו כו' דהעד עצמו אסור לאכול משחיטת השני דכיון דלפי דבריו של העד שוחט זה רשע הוא ששחט שלא כהוגן והוי חשוד לאותו דבר כו' דלפי דברי העד א"כ מעתה שוויי' אנפשי' חתיכה דאיסורא כו' עכ"ל הפר"ח וכן כתב המל"מ והתבואות שור כנ"ל. א"כ בנ"ד דהשוחטים העידו עליו ששחט בעת שכרותו ויתר הדברים והוא מכחישם ואומר ששקר העידו א"כ לפי דבריו עברו העדים על לאו דלא תענה וכיון דהם חשודים לעדות שקר לפי דבריו א"כ ממילא אינם נאמנים השוחטים להעיד על כל מה שישחטו ויבדקו כיון דדינם כמו חשודים לאותו דבר להעיד עדות שקר ולפ"ז אין יכול להצטרף עמהם בעניני שו"ב וכפי התקנה והנהוג אשר כל שו"ב צריך שיהי' שו"ב אחר עע"ג וכיון שאין יכול לעסוק בענין השחיטות והבדיקות עם השוחטים דקהילתם כיון דלפי דבריו הם אינם נאמנים בעדותן על שחיטות ובדיקות א"כ הרי הוא מובדל ומופרש מהם בעסק השו"ב אשר צריכים לעסוק ביחד בעסק השו"ב וזה אינו סברא דישאר על עסק שו"ב בלבדו בלא התחברות עמהם כנהוג ע"פ דין:

והנה. גם השוחטים אינם יכולים לעסוק עמו בעסק שו"ב כיון דלפי דבריהם אינו ראוי להיות שו"ב וכמש"כ לעיל. א"כ ממילא נדחה היחיד מפני הרבים ותולין הקלקלה במקולקל ונדחה ממקומו ושארי השוחטים ישארו על מקומן בהשקט ובשלום ויש להאריך בפרט הזה הרבה אך באמת אין אנו צריכים לזה דכבר נתבאר דראוי להעבירו מפאת קבלת האיסור ע"ע והסילוק שסילק א"ע מן זכותו אם יגידו עדותן עליו כנ"ל:

טו

ועכשיו נדבר ע"ד עדותן של כמה כיתי עדים כשרים ונאמנים אשר העידו שלא בפניו דשלחו אחריו ולא בא וכדין אלם והעידו בתו"ע מפרטי קלות השו"ב שאנו דנין עליו ומעשים רבים מכוערים אשר אין להעלותם על הכתב הנה מפאת עדותן הללו הדין להעבירו מאומנתו הן מה שביארו מהות המעשים המכוערים והן מה שלא פירשו רק אמרו בסתימות כפי לשון הנכתב במכתבם. והשו"ב אשר הרבה עדים מעידין על פחזותו וקלותו ואומרים עליו דעושה מעשים רבים מכוערים אשר אין להעלותן על הכתב דבאלו הדברים נכלל הרבה לחובה אשר מבהיל לכל השומע מזה כי השו"ב בקהי' גדולה וקדושה יתנהג בתהלוכות כאלה אוי לאותו בושה ולאותו כלימה ומה עלתה בימינו בעו"ה ובפרט כי יצא עליו שם רע מכבר והש"ך ביו"ד סי' ב' ס"ק י"א כתב דברגלים לדבר אף בע"א מעבירין אותו וכיוצא כתב התבואות שור בסי' ב' סעי' כ"א בשם הישו"ש חולין דאף בע"א אם נראה להמורה שאמת הדבר לפי ענין השוחט כגון שיצא עליו שם רע יש להעבירו וכעין זה כתב הרמ"א ביו"ד סי' ב' סעי' ב' דזה תלוי לפי ראות עיני המורה וגם דהא זהו וודאי כי השו"ב שאנו דנין עליו הוא רגיל בשכרות. ואף לפי התנצלותו שלא עסק אז בעניני שו"ב מ"מ מגונה הדבר. וכבר כתב הבית הילל שהובא בבאר הטיב יו"ד סי' א' ס"ק ל"ב שהחמיר מאוד על השוחטים הרגילים בכך להעבירן מפני שאבריהן כבידות מחמת ריבוי שתייתן וכן ראוי לנהוג אפילו לא הגיע לשכרותו של לוט עכ"ל וכמש"כ התב"ש בסי' א' סעי' ל"ו דאם רגיל להשתכר אע"פ שאינו מגיע לשכרותו של לוט יש להעבירו כו' דא"א לו להתבונן תמיד מתי ישחוט ומתי לא ישחוט ומי יחקור עליו תמיד ושיטת הרמב"ם שהובא ביו"ד סי' ב' סעי' ו' דאף מומר בשאר עבירות צריך לבדוק לו סכין א"כ אף דהי' כוונת הנך כתי עדים בעדותן דעושה מעשים רבים מכוערין אשר אין להעלותן על הכתב דהמעשים רבים מכוערין הם בעניינים. שאינן בעסק השחיטה עכ"ז הא לשיטת הרמב"ם אינו נאמן על בדיקת הסכין והשוחט שאינו נאמן על בדיקת הסכין וכיוצא בו בוודאי מעבירין אותו כיון דיש לחוש שיהי' מקיל באיזה ענין השחיטה והבדיקה בשביל הנאתו לשיטת הרמב"ם:

טז

ועוד נלע"ד ברור דהנה באו"ח סי' נ"ג סעי' כ"ה מבואר דאין מסלקין חזן מאומנתו אא"כ נמצא בו פסול וה"ה בשו"ב אין מסלקין אותו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ג' ומה"ט בנ"ד אם לא הי' עירעור עליו אף דכבר כלה הזמן הכתב שהי' לו על אומנות עסק השחיטה בקהילתם עכ"ז אין מסלקין לכל המנויין מאומנתן. ועיקר הטעם דאין מסלקין לכל המנויין מאומנתן הוא עפ"י הטעם שכתב הרשב"א בתשובה שהובא בבית

יוסף באו"ח סי' נ"ג דהביא ראי' לזה מן גיטין (דף נ"ט) דמערבין בבית ישן מפני דרכי שלום ואמרו בגמרא שם משום חשדא ובש"ך שייך ג"כ חשדא עכ"ל ומבואר במג"א סי' שס"ו ס"ק ז' גבי הך דמערבין בבית ישן דאם איכא טעמא רבה משנין ע"ש א"כ בנ"ד דהעידו עליו דעושה מעשים רבים מכוערין אשר אין להעלותן הכתב ופרטי קלות שלו. אף שהם בעינים שאינן בעסק השחיטה מ"מ זה בוודאי מקרי טעמא רבא דבכה"ג לא דיינינן להך דמערבין בבית ישן כמש"כ המג"א:

דהלא ידוע דברי הפוסקים והשו"ע בסי' י"ח סעי' י"ז ובתבואות שור סי' י"ח סעי' ז' דאין למנות שו"ב כ"א יראי שמים ביותר וחרדים ע"ד ד' ואינן משתכרים שהמשתכרים אפי' שלא בשעת שכרות אבריהם כבידין עליהם וכו' עכ"ל. וע"כ בשו"ב שעושה מעשים רבים מכוערין אשר אין להעלותן על הכתב ודרכו להשתכר ודרכו בקלות ע"כ אף דהם מעשים רבים המכוערין שלא בעסקי השו"ב ואף לשיטת החולקים על הרמב"ם וס"ל דמומר לשארי עבירות א"צ לבדוק לו סכין ונאמן הוא על עניני השו"ב מ"מ מגונה הדבר להיות שו"ב כזה ובפרט בעיר גדולה לאלקים והחילול ה' רב מזה לשמוע וע"כ זה מקרי טעמא רבא מאוד דבכה"ג לא תקנו להתקנה דמערבין בבית ישן דזהו המקור להך דינא דאין מסלקין ש"ץ ולכל המנויין מאומנתן:

יז

והא דמבואר באו"ח סי' נ"ג סעי' כ"ה גבי הך דאין מסלקין חזן כו' ואין מסלקין אותו משום רינון בעלמא כו' הטעם הוא דיכול להיות דאין האמת כפי הרינון לפי דע"פ דין הא קול אין בו ממש אבל היכא דבאו עדים ומעידים שעושה מעשים מכוערין ופרטי קלות. דזה ברור דעדים נאמנים במעידין בתו"ע. ומה שאומר בהתנצלותו דהעדים הם שונאים לו הא מבואר בח"מ סי' ל"ג וכפי הסכמת הפוסקים האחרונים דאף שונא גמור כשר להעיד ובפרט דאינו מברר בבירור גמור שהם שונאים לו ואינו נאמן לפסול העדים כ"ז שלא יברר ע"פ דין וזה הוי טעמא רבא דהא ע"פ דין אין למנות שו"ב שאינו י"א וחרד לדבר ה' וכמש"כ הפוסקים והת"ש כנ"ל. וגם כיון דשיטת הרמב"ם דאף מומר לשארי עבירות אינו נאמן על בדיקת הסכין וכיוצא א"כ זה גופא הוי טעמא רבא לכ"ע וע"כ לא שייך בנ"ד למה דלמדו מהך דמערבין בבית ישן משום חשדא דאין מסלקין ש"ץ מאומנתו ג"כ משום ה"ט דחשדא. אבל בנ"ד כיון דיש לפנינו חשדא מצד הדין עכ"פ וגם הא המחבר ביו"ד לא הכריע בין פלוגתת הפוסקים עם הרמב"ם בהך דינא דמומר לשארי עבירות ושיטת הש"ך ביו"ד סי' ב' ס"ק י"ח דלהרמב"ם אף דיעבד שחיטתו פסולה ע"כ בוודאי שייך עדיין חשדא דיש מקום לחושדו ע"פ דין. ע"כ לא שייך בנ"ד להתקנה דאין

מסלקין אותו מאומנתו אלא מצוה להעבירו וזהו טעמא רבא למאוד וכפי דאמרו דליתא בכה"ג להך דמערבין בבית ישן וע"כ בכה"ג מסלקין אותו מן אומנתו:

יח

ועוד יש לדון בנ"ד כיון דידוע דהוא שיכור ועושה מעשים רבים מכוערין ורוב נבלות פיו וקלותו דבכל אלו הדברים ה"ה בכלל הבזויים דמבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' י"ח דבזויים פסולים לעדות והם האנשים שהולכים ואוכלים בשוק כו' מבזים עצמם ואינן חוששים כל אלו פסולין מדבריהם ובוודאי כל אלו דפסולים לעדות ממון וכפי שכתב הסמ"ע שם בשם רש"י דכל אלו הבזויים נחשדים להעיד בשקר כיון דאינם מקפידין על הבושת דמה"ט נפסלין ג"כ להעיד בעניני שו"ב וכמש"כ החתם סופר בסי' ח' דהבזויין אינם נאמנים על השו"ב ע"ש ואין לנו בזויין יותר מן נ"ד גבי שחיטות ובדיקות דמי שהוא שיכור ודובר נבלות בפיו ועושה מעשים רבים מכוערים שלא ניתנו להעלות על הכתב ולא יבוש מפני כל דאיש כזה יהיה שו"ב בקהילה. ואיש כזה הוא נקרא בכלל הבזויין דמונה בשו"ע ח"מ סי' ל"ד הנ"ל. דכזה לא נשמע בכל תפוצות ישראל דשו"ב הממונה מן כלל הקהילה לעסוק בעניני שו"ב דיעסוק בשכרות ובנבלות פיו וקלות ועשיות מעשים רבים מכוערים שלא ניתנו להעלות על הכתב ואין לנו בזיון גדול יותר מזה וזהו בזיון הכלל של כל הקהילה ועיקר דת קדשינו ע"כ בודאי ה"ה בכלל הבזויין דנפסלין לעדות וה"ה בעניני השו"ב דנפסלין להעיד בעניני השחיטה והבדיקה והשו"ב הממונה על שו"ב צריך להתנהג בהנהגה מהודרת לפני ד' והבריות ע"פ דרכי התורה והיראה וחלילה בהנהגה בזויי' כמותו אשר מבהיל לכל השומע מזה ואיש כזה שהסיר מסווה הבושה מעל פניו ולא יחת מפני כל ואינו מקפיד על הבושת שיש בזה ע"כ ודאי דמיפסל לעדות מה"ט וכמש"כ הסמ"ע בשם רש"י וה"ה דאינו נאמן על השחיטות והבדיקות מה"ט:

ויש עוד לי להאריך בזה ועת לקצר סיומא דפסקא כי ע"פ דין אסור לאכול מן שחיטתו ובדיקתו ודינו בהעברתו מן אומנתו וד' יהי' בעזרם ולהסיר כל מכשול ופוקה מעמינו ויברכם בשלום וכעתירת ידידם דו"ש:

יצחק אלחנן החופ"ק קאוונא

סימן ב

ב"ה יום ב' י' שבט תרכ"ח לפ"ק קאוונא.

נשאלתי מן רב גדול ע"ד אשר השו"ב דקהילתו עברו על השבועה שנשבעו מכבר שלא ישחטו בלתי רשיון מעכ"ת ואחר שמיחה בהם שלא ישחטו לא שמעו לאזהרתו ושחטו בלתי רשותו והעיזו פניהם נגדו והנה הרבה רעות עשו א) במה שעברו על השבועה ובעו

בזה תשובה חמורה כמבואר בירושלמי פ"ז דשבועות ובח"מ סי' ל"ד סעי' ל"ג ב) כי לפי דברי החוות דעת ביו"ד סי' א' דבעבר על השבועה שלא ישחטו הדין בזה דאי עביד לא מהני והוי שחיטתן נבילה א"כ יצא טריפה ונבילה מת"י ותשובתם חמורה מאד כמבואר בסנהדרין (דף כ"ה) ובסוף סי' ל"ד בח"מ שם וחטאו והחטיאו הרבים במה שהאכילו משחיטתן לעם ד' ושלישי במה שהעיזו פניהם נגד רבן וכזאת לא נשמע בתפוצות ישראל ולכן גדול עונם מנשוא בכל אחת מהנ"ל והי' בדעתי מתחילה להסכים שלא יהי' רשאים להיות שו"ב יותר אכן לפי שכתב כת"ר בעצמו אשר טפלי תלויים בהם וביקש כת"ר ממני להשתדל להיתירא ע"כ אפתח בהצלה בעז"ה:

א

והוא דאף דהי' השבועה ע"ד רבים. עכ"ז י"ל בזה לפי' מש"כ המל"מ בפ"ו ה' שבועות ה' ח' בשם הרשב"א דאם כבר עבר על נדרו מתירין לו אף בנדר ע"ד רבים והובא דברי המל"מ באו"ת סי' ע"ג ס"ק ו' ע"ש. ובאמת כן הדעת נותנת דהא במקום מצוה מתירין אף בנדר ע"ד רבים משום דמסתמא ניחא להו. וה"ה היכא דכבר עבר על נדרו ועושה עכשיו תשובה בוודאי מסכימים הרבים שישאל על נדרו כדי להצילו מן איסור ולא שייך בזה לומר דהא פשע במה שעבר על שבועתו במזיד וכסברת התוס' בשבת (ד' ד') ד"ה וכי אומרים לו כו' דבמקום דפשע אינו רשאי לעשות אף איסור קל כדי להציל חבירו דהא בנ"ד לא יעשו שום איסור כלל וע"כ הדעת נוטה לדברי המל"מ והאו"ת הנ"ל:

ב

והא דגיטין (דף ל"ה) גבי נושא נשים בעבירה נודר ועובד כו' דמהדרינן לי' ע"ד רבים לא שייך לומר שם דלמא יעבור ולא יגרש ואחר שיעבור יכולים להתיר אף בנדר ע"ד רבים אין זה קשה כלל משום דדוקא היכא דעכשיו אינו עושה שום עבירה כלל ורק שחטא מכבר ועושה עכשיו תשובה בזה שפיר י"ל כסברת הנ"ל דמסתמא ניחא להרבים להצילו מן איסור חמור דהא אין לו שום עצה אחרת כעת להנצל מהאיסור משא"כ היכא דגם כעת אינו פורש מן העבירה ואינו מגרש להאשה הפסולה ואינו חושש לנדרו מחמת סמיכתו שיסכימו להתיר לנדרו ע"כ בוודאי לא שייך לומר כן וכן בהא דנודרת ליתומים שכתבו התוס' שם בד"ה אבל נשאת כו' דכי פריך ודלמא אזלא לגבי חכם ושרי לה ה"מ לשנויי דמדרינן לה ע"ד רבים כו' ג"כ אין לומר בזה דדלמא תעבור על נדרה אף בנדר ע"ד רבים ותסמוך דאחר שתעבור על נדרה יכולים להתיר לה משום דאחר שכבר עברה יכולים להתיר לה אף בנדר ע"ד רבים וכמש"כ המל"מ וכיון דאמרינן בכולי הש"ס דנדרים מקרי בידו לאתשולי כמבואר בשבת (דף מ"ו) דאי לא מזדקקי לי' חכם מזדקקי לי' ג' הדיוטות ושאני נדרים מן הא דקדושין (דף ס"ב) דאמרי מי יימר מזדקקי לי' תלתא וכמש"כ מזה

בספרי ואכמ"ל ע"כ לכאורה שפיר י"ל דתעבור מתחילה על סמך דאח"ז יתירו לה נדרה גם זה אינו קשה דהא עיקר הטעם דאמרינן במה שכבר עבר על נדרו דמסתמא ניחא להרבים שיתיר נדרו אין זה שייך רק היכא שאינו נוגע זה לאחרים ולא הוי שום הפסד לאחריני מזה אבל בהא דנודרת ליתומים דאם יתירו לה נדרה יפסידו להיתומים כי כ"ז דלא תתיר נדרה יכול להיות דמחמת חשש הנדר תעשה תשובה ותחזור להם מה שגזלה מהם ואז יכולה להתיר נדרה בפשיטות אם יסכימו היורשים ע"ז משא"כ אם יתירו נדרה לא תחוש כלל לפייס להיתומים וכיון דמזה דהתיר לנדרה יהי' ריעותא לאחריני ע"כ לא שייך זה האומדנא לדון דמסתמא ניחא להו ואדרבה יש לדון להיפך:

ג

וכן בהא דערכין (דף כ"ג) בהמקדיש נכסיו כו' דאם נדר ע"ד רבים אין לו התרה ומהני הנדר ע"כ מדרינן אינו קשה כנ"ל משום דגם התם י"ל כן דלא ירצו להפסיד להקדש ולהערב משום דכ"ז דיהי' באיסור נדר ישתדל לפצות להקדש ולהערב במה דאפשר כדי דיסכימו על היתר נדרו כנ"ל ויכולים להתנות בפי' בעת שנודר הנאה מהאשה וכן באלמנה שנודרת ליתומים יכולים להתנות בפי' שאם יסכימו היתומים וכן הערב והקדש על התרת הנדר דיהי' יכולים להתיר לו נדרו כדי שישתדל לאח"ז לפצות להם ולהחזיר להם ממונם וע"כ לא יהי' הרבים מסכימים בזה להתיר נדרו אם הי' ע"ד רבים. כדי שישתדל לשוב מדרכו הרעה ולכן לא שייך בזה אומדנא הנ"ל אבל היכא דאינו נוגע לאחריני כלל וודאי דשייך לדון אומדנא דכיון דכבר עבר ואין בידו עצם אחרת לתקן המעוות. ע"כ מסתמא ניחא להו שיתיר נדרו כי יצילו אותו מאיסור החמור עי"ז ושפיר כתב המל"מ והאו"ת כנ"ל ועוד י"ל בכל זה דהא וודאי דאינו רשאי לעבור מתחילה על הנדר והשבועה על דיתיר אח"ז לנדרו ושבועתו כדמוכח זה מכמה דוכתי. וע"כ אינו קשה כלל על המל"מ והאו"ת מהא דגיטין וערכין כנ"ל דהא אינה רשאה לעבור מתחילה על סמך דיתירו לה לאח"ז וכש"כ בע"ד רבים דאינו בידו כ"כ:

דאפשר דימחו בפירוש ע"ז וקודם דעברה אינם רשאים להתיר לה נדרה ושפיר כתב המל"מ ואו"ת. ועיין באה"ע סימן קמ"ג ב"ש ס"ק ד' ואכמ"ל בכל זה:

ד

וכש"כ בשבועה דמבואר בשבועות (דף ל"ט) דנפרעין מכל העולם אף שאין בידו למחות באם נשבע א' שבועת שקר וכן מבואר בח"מ סי' פ"ז ע"כ י"ל דאם א' נשבע ע"ד רבים ועבר על שבועתו דבזה יש להתיר לו שבועתו דוודאי ניחא להרבים שיתירו לו שבועתו כדי שלא יענשו עבור שבועתו והם מצווים ע"ז מפאת הדין להציל א"ע בכל טצדקי להנצל מן עונש ואדרבה כזה עדיף יותר דאף לשיטת הר"ת דהובא בב"י ליו"ד סי' רכ"ח

דס"ל דלאו בכל דבר מצוה מתירין אלא דוקא במצוה דהם שייכי בגווה א"כ ה"ה הכא מקרי הרבים שייכים בגווי' כדי שלא יענשו בעונש עבור מי שנשבע בשקר וכ"ע מודו בזה דיש להתיר לו אף בנשבע ע"ד רבים אם כבר עבר על שבועתו ועיין בח"מ סי' פ"ז ש"ך ס"ק פ' שהביא בשם כמה פוסקים דאין חילוק בין שבועה דלהבא ובין לשעבר ע"ש:

ה

ועוד יש לדון בזה כיון שכבר עברו ושחטו והאכילו משחיטתם להרבים וכיון דלדברי החוו"ד דאי עביד לא מהני והוי נבילה כנ"ל א"כ נכשלו הרבים עי"ז באכילת בשר נבילה. א"כ הא מבואר ביו"ד סי' רכ"ח בש"ך ס"ק ס"ד בשם הריב"ש דלהסיר מכשול שבועות ונזקין מדרך הרבים אין לך מצוה גדולה מזה עכ"ל א"כ ה"ה הכא דנכשלו הרבים באכילת איסור אין לך מצוה גדולה מזה. ואף דנימא דהך דינא דהחוו"ד הוי מילתא דספיקא אי הדין כסברתו או כסברתי שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' א' הא הוי עכ"פ ספיקא דאוריי' וזה דומה למש"כ הר"ן בתשובה והובא בש"ך יו"ד סי' רכ"ח ס"ק ל"א ובשא"ד ואכמ"ל וגם יש לדון בזה ולצרף לסניף למש"כ המבי"ט בתשובה סי' רס"ד בשנים שנשבעו שלא לחתום על איזה דבר ומת א' מהם נפטר השני וכעין הא דח"מ סי' קע"ו סעי' י"ט ברמ"א שם בשם ב"י בשם הריטב"א א"כ בנ"ד שמת א' מהם א"כ נתבטל עי"ז שבועתם ואף דהש"ך ביו"ד סי' רל"ו ס"ק י"ז כתב דלא כהמבי"ט עכ"ז אין להזניח לדברי המבי"ט ויש לצרף שיטת המבי"ט למש"כ לעיל דמחמת דעברו להכשילו להרבים דיש להתיר שבועתם אף בנשבעו ע"ד רבים:

ו

א"כ נתבאר דיש להתיר השבועה ויצאנו בזה מן חומר השבועה. עכ"ז צריכים תשובה חמורה דהא אסור לעבור על השבועה על סמך שיתירו לו לאח"ז וגם הא לא הוי זה בידם כ"כ דהא יש לחוש אז בעת שעבר דשמא ימחו הרבים בפירוש על ההתרתם והוי זה דבר שאינו בידם:

ועכ"ז לפי דטפלי תלויים בהם וכמש"כ כת"ר ע"כ י"ל להיתירא רק שיעבירו אותם לא פחות מן שלשים יום ואח"ז יקבלו דברי חבירות ובאזהרות נוראות וכפי ראות עיני כת"ר ובד"צ דעושים התשובה בל"ש אז יש להתירם וזה ברור דאם עברו על שבועתם איזה ימים ביותר מן ל' יום צריכים לנהוג איסור כימים שנהגו בהם היתר כמבואר ביו"ד סי' ר"ח סעי' ג' ובש"ך שם דמרובים לא די ל' יום. ע"כ בנ"ד וודאי צריכים לנהוג איסור כימים שנהגו היתר. ואם עברו ביותר מן ל' יום צריכים לנהוג איסור כזמן שעברו אך אף אם לא עברו רק פחות מן ל' יום עכ"ז צריכים להמתין ל' יום לכה"פ מחמת דברי חבירות וכמש"כ כעין זה התבואות שור בסי' ב' בשמלה חדשה ס"ק י"ט וע"ש ויפה

כתב כת"ר דבמקום עשיות השלום יכולים להתיר שבועתם אף שהיו ע"ד רבים ודעתי מסכמת להיתירא וכנ"ל:

ז

ומה שהקשה כת"ר על הרא"ש בחולין פ"ג סי' א' שכתב דיש עופות שאין להן מרה ואין להתיר בשביל זה שארי עופות כו' דשא"ה דכל מיני בהמות אחד הוא ואפילו זו בהמה גסה וזו דקה אבל עופות חלוקין במינם זה מזה ואין ללמוד אלו מאלו עכ"ל והקשה כת"ר מן זבחים (דף ע' ע"ב) דאמרו מטהר היו ר"מ בבע"מ ואפי' באווזין ותרנגולין בעי ר"י טרף עז מהו אווזין ותרנגולין טעמא מאי דמינא דעופות נינהו אבל עז לאו מינא דעגלא נינהו או דילמא מינא דבהמה הוא עכ"ל הגמ' הרי דמצינו דעופות אינן חלוקין במינן אבל בהמות חלוקין במינן ונהפוך הוא מן דברי הרא"ש ואין לומר דשא"ה בדברי הרא"ש דהוי בענין הטבע דהא עכ"פ מצינו בהך דזבחים דעופות יש להם השתוות קצת זה לזה אף דחלוקין במינם ובהמות החלוקין במינם אין להם שום השתוות כלל. וכ"ז הוא בהיפוך מן דברי הרא"ש. וכן הקשיתי בעצמי מכבר. והנלע"ד די"ל דהרא"ש יפרש באופן אחר להך דזבחים דהתוס' בחולין (דף כ"ב) ד"ה והביא תחילת הציהוב כו' כתבו בשם הי"מ דכל העופות קרבים בבמה ואף שהתוס' השיגו שם עליהם. עכ"ז באמת הסוגיא דזבחים (דף קט"ו ע"ב) משמע דגם בישראל כשר בבמה אף חי' ועוף כמבואר שם להמעיין. וע"כ לדידהו יש לפרש כוונת הגמ' דזבחים במה דאמרו אווזין ותרנגולין טעמא מאי דמינא דעופות נינהו דזהו כיון דמין עוף נינהו וממילא קרב בבמה א"כ מצינו בהו מין המכשיר בהקרבה ע"י מליקה ע"כ מטהר בהו מידי נבלה ע"י מליקה וכדס"ל לר"מ וי"ל דהרא"ש יסבור כשיטת יש מפרשים הללו ומתורץ קושיות כת"ר וקצרתי ועיין בתוס' זבחים שם ד"ה אבל עז לאו מינא דעגלה כו' וקצרתי:

סימן ג

נשאלתי ע"ד העגלים הנמצאים במעי בהמה שחוטה שמקילין לאוכלן בלא ניקור דהא מבואר ביו"ד סי' ס"ד סעי' ב' שיטת הרמב"ם לאסור בהו באיסור חלב וכן ביו"ד סי' ס"ה סעי' ז' באיסור גיד הנשה והאריך כת"ר קצת בזה וביקש כת"ר להגיד דעתו בזה:

א

הנני להשיבו כי יש ללמוד זכות על המתירים והוא דהא אף שיטת המחמירין הוא רק בשלמו לו חדשיו ומצאוהו חי כמבואר שם. א"כ ממילא יש לנו לעולם דין ס"ס. ספק א' שמא לא שלמו לו חדשיו. ספק ב' שמא מת מקודם שמתה אמו אף דמבואר בערכין (ד' ז') דרק לגבי מיתה איידי דוולד זוטרא חיותי' עיילא טיפה דמה"מ ומחתך לסימנים

אבל נהרגה היא מייתא ברישא עכ"ז הא כתב הנתיבות בסי' רע"ו ס"ק ג' דאף בנהרגה אין לומר דוודאי האם מיית ברישא. רק דהש"ס קאמר דבנהרגה יכולה האשה למות תחילה. אבל וודאי דמזדמן לפעמים שהוולד מת תחילה ע"ש ועיין בב"ב (ד' קמ"ב ע"ב) בתוס' ד"ה דהוא מיית ברישא כו' ובנדה (ד' מ"ד) בתוס' ד"ה איהו מיית ברישא כו' א"כ עדיין מידי ספיקא לא יצאנו דשמא מת הוולד מקודם ואין לומר דהא יש לנו חזקת חי של הוולד שהי' לו א"כ נוקמי לי' אחזקת חי והשתא מת כדקיי"ל כן בכמה דוכתי זה אינו דהא אמרו בערכין שם ע"ב דחזקת חי של הוולד לא נחשב לנו לחזקת חי:

ב

ואף דבס"ס דנא יש לפקפק לפי דה"ל כעין ס"ס משם א' דלא מהני לכמה פוסקים וגם הא לפעמים מרגישים שהוולד מתנדנד וחי בשעת שחיטה עד אחר שחיטה מ"מ מידי ספק שמא לא שלמו לו חדשיו לא יצאנו ואף בגמרו שעריו וצפורניו ג"כ אין זה מוציא מכלל ספק נפל בבהמה ולכן יש לנו ממילא לעולם ס"ס מעליא כי ספק ב' יש לנו במה דפליגי הפוסקים על הרמב"ם וס"ל דאף בשלמו חדשיו ומצאוהו חי יש לנו להתיר וכמו דסתם המחבר בשו"ע דעתם דהביא שיטתם בלא יש אומרים וידוע כי במקום שהובא דיעה א' בסתם העיקר כן לדינא ועיין בש"ך ופר"ח שם ולכל הפחות לספיקא דדינא יש לנו לצרפו עכ"פ:

ג

ואף לפי דברי הרמ"א בסי' ס"ה סעי' ז' גבי גיד דכתב דנהגו להחמיר כסברא האחרונה מ"מ עדיין מידי ספק לא יצאנו במה דנהגו להחמיר י"ל דזהו רק משום ספיקא מחמרינן אבל עדיין הוי זה לנו לספיקא דדינא ולכן יש לנו ס"ס מעליא ועוד יש לדון דמה שרואין כי הוולד מתנדנד במעי אמו מ"מ אפשר דזהו רק כמו דאמרו בערכין שם בהאי עובדא דפרכוס עד תלת פרכוסי די"ל דזהו כזנב הלטאה דמפרכסא והובא זה בנתיבות שם ואף דסימן פרכוס מועיל גבי חשש מסוכנת מ"מ מוכח מהתם דגבי וולד במעי אמו שאני כיון דאין לו חזקת חיות כלל כדאמרו שם וע"כ לעולם יש לנו גם ספק שמא מת מקודם ולכה"פ יש לנו ס"ס זו ספק שמא לא שלמו לו חדשיו וספק ב' שמא הלכה כדיעה קמייתא ובפרט כי רוב הפוסקים הראשונים ס"ל להיתירא ע"כ הוי ס"ס מעליא להיתירא וידוע דנקטינן ספיקא דדינא אי ספיקא דפלוגתא לצרפו לספק ספיקא. כן יש ללמוד זכות על אלו שנוהגין להקל ולאכול בלא ניקור:

סימן ד

נשאלתי מרב גדול א' ע"ד מה שהורה לדון בספק מסוכנת ויש עוד ספק פרכסתה והורה להיתירא לפי דיש בזה ספק ספיקא להיתרא ואף דהוי ס"ס במקום חזקת איסור עכ"ז הא יש חזקת חי המנגדת להחזקת איסור וע"ז ערער רב א' עליו משום דהא הוי ספק ספיקא משם א' ובקשו ממני לחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבם כי לדעתי פשוט דזה הוי ס"ס מעליא והוא דהא עיקר מסוכנת הוא היכא דהיא חולה ותשש כחה וכמ"ש הרמב"ם בפ' ד' ה' מ"א ה' י"א וז"ל בהמה שתשש כחה ונטה למות הואיל ולא אירע מכה מאברים הממיתים אותה ה"ז מותרת וצריכה פרכוס כמ"ש המ"מ שם אבל אם לא הוי חולה ותש כחה אף דאינה עומדת היא כשרה דתלינן שגרונא נקטה כמבואר בסי' ל"ב ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ו' כתבתי דבהמה דגוררת רגלי' מחמת שגרונא כשר לקרבן משום דדוקא פסול חולי כל הגוף זה מיפסל לקרבן כמבואר ברמב"ם פ"ז ה' ביאת מקדש ה' י"ב ע"ש א"כ כיון דנולד לנו ספק אם הוי מסוכנת או לא וזה הספק הוא נפ"מ לענין קרבן דאי הוי מסוכנת אז מיפסל לקרבן ואי לא הוי מסוכנת אז כשר לקרבן וכיון דהוי איזה נפ"מ בין המתירין לא מקרי ס"ס משם א' וכמבואר בש"ך כללי ס"ס. וגם מה דהוי נפ"מ לענין מה דאינו נוהג בזה"ז הוי ג"כ נפ"מ לענין דלא יהי' ס"ס משם א' והוי ס"ס מעליא. וכמש"כ הנו"ב סי' מ"ז במ"ק ח' יו"ד לדין ס"ס דהוי נפ"מ בין המתירין לאיזה ענין שאינו נוהג בזה"ז ע"ש וע"כ שפיר דן כת"ר דהוי ס"ס מעליא אך העיקר הוא שיהי' באופן שיש להסתפק אם היא מסוכנת או לא וכמש"כ כת"ר בעובדא דילי' ואלו הספיקות הי' בבת אחת בעת שהי' הבהמה בחי' דיש שם שני הספיקות אם היא מסוכנת או דהיא בריאה רק דשגרונא נקטה:

וספק שני דאף דהיא מסוכנת מ"מ אפשר להסתפק דלמא ראוי' לפרכוס אם תשחטנה וקצרתי וגם יש לדון בנ"ד דזה דומה להך דספק על הארי וספק שמא לא דרס דהוי ס"ס מעליא וכמש"כ החוות דעת בכללי ס"ס משום דהוי ספק בעיקר הריעותא וה"ה בנ"ד דהוי ספק אם הי' מסוכנת כו' דזה הוי ספק בעיקר הריעותא. וע"כ הוי ס"ס מעליא ושפיר כתב כת"ר להיתירא:

ב

ומה שהקשה כת"ר בגיטין (דף ס"ה) דאמרו אמה העברי' בזה"ז מי איכא והא אין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג והקשה כת"ר לפמש"כ הנמוקי יוסף ביבמות פ"ד דאף דאין עבד עברי נוהג בזה"ז היינו להיות יוצא בשש ולהיות מותר בשפחה אבל אם מכרו שבאי דינו כעבד גמור וצריך גט חרות ממנו כדין ע"ע כו' ע"ש. א"כ משכחת לי'

בזה"ז ג"כ אמה העברי' יפה הקשה. וכן מבואר ביו"ד סי' רס"ז סעי' י"ד והנלע"ד לתרץ לפי שזה לא נאמר אלא באנשים כדאמרו ביבמות (דף מ"ו) דיהבי זוזי דאינשי לכרגייהו כו' אבל בנשים לא יקנה גופן אף בנמכרו ע"פ שבאי כיון דמבואר ברמב"ם ריש ה' עבדים דאשה אין ב"ד מוכרין בגניבתה וכן אינה מוכרת עצמה כמש"כ הכ"מ שם דזה נלמד במכילתא וכ"כ התוס' בב"מ (דף י"ב ע"ב) ד"ה מאי בעיא גבי' דהיא אינה יכולה למכור עצמה אחרי כן כדאי' בספרי עכ"ל וכמו דהאשה בעצמה אינה יכולה למכור א"ע ה"ה אף השבאי אין לו זכות לקנותה כלל:

דלא עדיף זכות השבאי מן היא בעצמה ודוקא מה דיכול לעשות בעצמו זה הזכות שייך להשבאי אבל מה שהיא בעצמה אינה יכולה בוודאי לא עדיף זכות השבאי מכחה ואין זה רק גזילה וכמבואר כעין זה בח"מ סי' שס"ט ובסי' ע"ג בש"ך שם ס"ק ל"ט ולכן כיון דהאב אינו יכול למכור בתו בזמה"ז כיון דדיני אמה עברי' אינו נוהג בזה"ז לכן שפיר מקשה הגמ' על אמה העברי' בזה"ז מי איכא ומתורץ קושיות כת"ר:

סימן ה

נשאלתי בנידון הריאה שהי' האונה האמצעית גדולה מהתחתונה. ועל התחתונה היתה סירכא דבוקה ועברה הסירכא ע"י מיעוך ועלתה בנפיחה כהוגן ולא היתה מבצבץ והי' במקום הדחק שלא הי' בשר לבני העיר ביו"ט העבר ודן הרב הג' דשם להכשיר ואח"ז יצאו איזה מערערים ע"ז וביקשו ממני להזדקק לזה והנני להשיבם בקצרה:

א

והוא כי לפי מה דהעלה הלבושי שרד בסי' ל"ה ס"ק א' בארוכה דחסר ויתיר וחלוף אינו מצטרף לתר"ל ע"ש א"כ ה"ה י"ל בנ"ד דאינו מצטרף הריעותא דחילוף לריעותא דסירכא עוברת אכן מה נעשה בדברי הט"ז יו"ד סי' ל"ה ס"ק ב' דכתב להדיא דבמקום דאיכא ריעותא אע"ג דלא מטריף בשבילה מ"מ מצטרף בהדי ריעותא דלעיל וטריפה וכ"כ המהרש"ל שהובא בש"ך שם ס"ק כ"ב הרי להדיא דאף החילופים שלא הוזכרו בש"ס ג"כ מצרפינן לריעותא אחרת להטריף ומוכח אחת משתי אלה או דהט"ז ס"ל דאף הטריפות דיתיר וחלוף מצרפינן לריעותא אחרת והוי בכלל תרתי לריעותא דקיי"ל להטריף. או דס"ל להט"ז והרש"ל דלאו מטעם תרתי לריעותא אתי עלה רק לפי שהמנהג לאסור באלו החילופים לכן אף שהרש"ל מכשיר מ"מ אם יש עוד ריעותא על הריאה אין לנו להתיר ע"פ דין ומטעם זה אף אם הריעותא עומדת במקום אחר ולא על החליף ואף דבכה"ג לא מקרי תרתי לריעותא כלל אפ"ה לא רצה להקל בכה"ג וכמש"כ הלבושי שרד שם אות כ"ו א"כ לפ"ז אין מקום להקל בנ"ד:

ב

ועוד יש להסביר ולהחמיר לכאורה בנ"ד לפי מש"כ הט"ז ביו"ד סי' צ"א ס"ק י"ב דתרי קולי לא מקילינן בשביל הפסד מרובה היכא דכל א' בפ"ע לא מיתכשר רק במקום הפ"מ וסעד לדבריו נראה להוכיח כן מן נדה (דף ס"ז ע"ב) בתוס' ד"ה משום סרך בתה כו' בסה"ד דרבינו משולם התיר לאשה בעיר שהיה לחוש לגנבים כו' ור"ת אוסר דתרי קולי לא אשכחן דשרי הש"ס כו' וכן פסקו ביו"ד סי' קצ"ט סעי' ז' וזהו כעין סברת הט"ז הנ"ל דתרי קולי לא מקילינן ולכן כיון דבהנך חילופים אף דמסקי להקל עכ"ז הא כתב הט"ז והש"ך בשם הב"ח דדוקא במקום הפסד מרובה מקילינן. וכמו כן בסירכא דבוקה העלה הרמ"א בסי' ל"ט סעי' י"ג דדוקא במקום הפסד מרובה מקילינן למעך סירכות א"כ בנ"ד דיש גם סירכא דבוקה להנך חילופים דכיון דכ"א בפ"ע לא מקילינן רק במקום הפ"מ א"כ כשיזדמנו הנך שנים ביחד אז אין להורות קולא אף במקום הפ"מ כן הי' נראה לכאורה לדון בזה אכן לפי מש"כ הש"ך בשם הב"ח בסי' ל"ט ס"ק ל"ז דנוהגין להתיר מיעוך סירכות אף שלא במקום הפסד מרובה:

א"כ לפ"ז יש לדחות למה שרציתי לדמות נ"ד לדברי הט"ז ביו"ד סוף סי' צ"א דשא"ה דכיון דכל חומרא בפ"ע אין אנו מקילין רק ע"י הפ"מ לכן בהזדמנו שנים ביחד אמרו דתרי קולא לא מקילינן. אבל בנ"ד כיון דמיעוך סרכות נהגינן להתיר אף שלא במקום הפ"מ עדיין יש לנו לדון להקל במקום הפסד מרובה אף דיש לפנינו גם הריעותא דחילופים דלא מקילינן בי' רק במקום הפ"מ דמ"מ במקום הפ"מ יש לנו להקל כיון דאינו דומה זה לנידון הט"ז ביו"ד סוף סי' צ"א הנ"ל:

ג

אך לפי מה שכתב הט"ז הכא בסי' ל"ה וכן המהרש"ל דאם יש עוד ריעותא להנך חילופים דמטריפין. א"כ לכאורה אין לנו כח להתיר בנ"ד דאין לנו כח להורות נגד הט"ז והמהרש"ל והש"ך ועכ"ז יש לדון להקל. ע"פ מה דראיתי בפר"ח סי' ל"ה ס"ק ט"ז שהביא לדברי המהרש"ל דאיזה ריעותא מצטרפת להריעותא דחילופים להטריף וסיים ואין לזה טעם עכ"ל הפר"ח וכוונת הפר"ח נלע"ד דאף דגם הפר"ח ס"ל להחמיר בכל תרתי לריעותא. מ"מ כתב הכא להשיג בפשיטות על המהרש"ל בלשון דאין לזה טעם משום דס"ל בכוונתו דאף דאין הריעותא על החליף עצמו מ"מ כיון דאיכא ריעותא עכ"פ על הריאה ע"כ ס"ל להטריף וע"ז השיג הפר"ח וכתב דאין לזה טעם רק דיש לנו להחמיר בזה מן דין תרתי לריעותא א"כ בנ"ד דכתבו דהאונה התחתונה היתה כמו כל האונות ולכן יש להסתפק שמא הריעותא הוא רק באונא האמצעית ולא באונא התחתונה. א"כ לפ"ז לא הוי הריעותא במק"א וספק תרתי לריעותא ס"ל לכמה פוסקים האחרונים דכשר.

ואף לפי מה דס"ל להל"ש דבמקום מיעוך אז אף בספק תרתי לריעותא יש להטריף כמש"כ במפתח הכללים של דיני תר"ל ס"ק ד' וכפי שציין שם ובתשובה שלו בסוף ספרו אות י"ז. מ"מ בנ"ד יש להקל משום דיש לדון ספק ספיקא ספק א' שמא הלכה כהסוברים דחסר וחליף אינו מטעם ניקבה הריאה א"כ לא הוי הריעותות בנ"ד מן שם א' וספק שני שמא הריעותא הוא באונא האמצעית ולא בתחתונה א"כ לא הוי הריעותא במקום א':

ד

ועוד יש לדון דאף דנחליט הדין דחסר ויתיר וחליף הוא מטעם ניקבה ולא הוי לנו בנ"ד רק ספק א' שמא הריעותא דחליף הוא רק באונא האמצעית ובספק א' יש להחמיר משום דס"ל להאחרונים דזה הוי כעין ספק דאורייתא מ"מ לענ"ד יש מקום להקל בספק תרתי לריעותא אף דנימא להחמיר בספק תרתי לריעותא מ"מ אינו איסור ברור רק ספק איסור. וכמש"כ הלבושי שרד בסי' ל"ז ס"ק ו' [ובעיקר דברי הל"ש יש לי להאריך וקצרתי] א"כ לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' להוכיח כלל מחודש דהיכא דהוי גם ספק אם יש לנו לידת הספק כלל דבכזה אם יש לנו עוד ספק שני דזהו הוי ספק ספיקא מעליא משום דספק הראשון הוא אם יש לנו ספק מעיקרא כלל. והספק השני הוא דאף דנימא דיש לנו מקום לידת הספק. עכ"ז ספק לנו אם הוא טריפה ואין זה כמו ס"ס משם א' והוכחתי זה ע"פ הרבה ראיות וכן כתבתי לדון בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ג' ע"ש. א"כ בנ"ד דיש לנו ספק שמא הריעותא דחליף הוא רק בהאונא האמצעית. א"כ אז אין לנו מקום לידת ספק כלל וכשירה בוודאי. ואת"ל דריעותא דחליף הוא על האונא התחתונה דיש לנו אז שם תרתי לריעותא אכתי ספק לנו דילמא היא כשירה והוי כמו ספק על וספק שמא לא דרס כו'. א"כ יש לנו ס"ס מעליא דיש לנו יסוד להיתירא:

ובפרט דנראה לנו כמו וודאי דהריעותא דחליף הוא רק על האונא האמצעית כיון דהאונא התחתונה היא כדרך כל האונות וכמש"כ כת"ר וע"ד הצימוק מקצתו אין זה נחשב לריעותא כיון דעיקר צמקה מקצתו אין זה ריעותא ברורה. וכיון דהי' נראה לכת"ר לדון דאין זה צימוק מקצתו ע"כ אין להטריף מטעם זה כלל כיון דהוי ספק עכ"פ אם זהו מקרי צימוק מקצתו כלל ולכן אין זה נחשב לריעותא כלל ולכן הנני מסכים לדעת כת"ר ויפה הורה להיתירא במקום מניעת יו"ט:

סימן ו

ב"ה יום ג' כ"ד סיון תרי"א לפ"ק.

שאלה בריאה הסמוכה לדופן ע"י סירכא ובמכה בדופן ועברה הסירכא ע"י מיעוך ונמצא נקב תחת הסירכא ובמקום דיש לתלות במשמוש ידא דטבחא:. ודעת כת"ר להטריף ע"פ דברי הב"ח שהובא בשמלה חדשה סי' ל"ו סעי' י"א ובפרמ"ג סי' ל"ו ס"ק ז' דסירכא עוברת ע"י מיעוך ונמצא נקב סמוך לה אין תולין והת"ש כתב הטעם משום דאין יכול לבדוק והבדיקה מעכבת והפרמ"ג ס"ל דאין הבדיקה מעכבת אלא הטעם הוא לפי דהוי כעין תרתי לריעותא וכמש"כ הל"ש בסי' ל"ו ס"ק ל"ד ובסוף ספרו ל"ש בהתשובה שם דהטעם הוא דסירכא עוברת ע"י מיעוך הוי ריעותא גדולה וכן מה דתלינן במשמוש יד הוי ג"כ ריעותא א"כ הוי תרתי לריעותא א"כ ה"ה בסירכא לדופן אף דיש מכה בדופן לפי מש"כ הל"ש בסי' ל"ט ס"ק קצ"ה דאף דיש מכה בדופן ועברה הסירכא ע"י מיעוך הוי ג"כ ריעותא גדולה א"כ כיון דנקב במקום משמוש יד הטבח נחשב לריעותא ע"כ גם במכה בדופן ונקב תחתיו יש להטריף משום תרתי לריעותא ואין לחלק ביניהם והאריך כת"ר בזה ונשאלתי לחוות דעתי כזה:

א

תשובה בעז"ה כי סברתם דמה דתלינן הנקב במשמוש יד הטבח הוי ריעותא נלע"ד להוכיח דזה לא הוי ריעותא דמאי דקיי"ל דתלינן. דהא בחולין (דף מ"ו ע"ב) דאמרו אין מקיפין בבועי פי' רש"י שם דתלינן בבועי וכן מבואר בסי' ל"ז סעיף ו' דגם בבועה תלינן במשמוש יד. הרי דכיון דקיי"ל כמ"ד דתלינן ממילא אין זה נחשב לריעותא אף דאיכא עוד ריעותא של הבועה דנחשב בוודאי לריעותא ולא אמרינן דהוי תרתי לריעותא והטעם הוא דכיון דתלינן דנעשה לאחר שחיטה ע"כ אין זה נחשב לריעותא ואף דיש פלוגתא בזה אי תלינן אי לא וכפי הכלל של האחרונים מ"מ לא נחשב זה לריעותא אך לפי סברת האחרונים בחילוקם דממקום ריעותא גדולה מצטרף ריעותא כל דהו יש דשאני במקום בועה דלא הוי ריעותא גדולה רק ריעותא סתמא בזה לא מצרפינן ריעותא כל דהוא משא"כ במקום סירכא עוברת דהוי ריעותא גדולה דמצרפינן להריעותא כל דהו דמה דתלינן בידא דטבחא נחשב זה לריעותא כל דהו עכ"פ כן י"ל בזה:

ב

אך אין לזה שום מקור מן הש"ס ובאמת גם בעיקר תרתי לריעותא יש לדון הרבה דהנה הבית יוסף בסי' ל"ט כתב בשם הראב"ד דסירכא תלוי' יוצאת מבועא טריפה ולמד זה מהא דריאה הסמוכה לדופן דכשר אם יש ריעותא בדופן ובהעלתה צמחים חוששין לה הרי דאף דריאה שהעלתה צמחין אין חוששין לה אבל בסרוכה לדופן מצרפינן זה והוי תרתי לריעותא. וכמש"כ התוס' בחולין (דף מ"ח) ד"ה העלתה צמחין. ולפ"ז יש להקשות על הפוסקים דנקטו לדינא כהראב"ד להטריף כל תרתי לריעותא. דהא המחבר

גופא פסק בסי' ל"ט דריאה הסמוכה לדופן ויש מכה בדופן כשירה אף בהעלתה צמחין וכמש"כ הפר"ח והת"ש והל"ש שם:

אף די"ל דס"ל כסברת הר"נ בסוגיא דריאה הסמוכה לדופן דדרך מכה בדופן להעלות צמחים נגדו וע"כ לא מקרי זה תרתי לריעותא אבל עדיין קשה כיון דעיקר היסוד דתרתי לריעותא של הראב"ד הוא מן הך דהעלתה צמחים וכיון דהמחבר עצמו ס"ל להכשיר ריאה הסרוכה לדופן ומכה בדופן אף בהעלתה צמחים א"כ תקשה דמנלן להמחבר להחמיר בעיקר תרתי לריעותא ובאמת הא המחבר עצמו פסק בסי' ל"ז סעי' ב' דסרכא תלוי' יוצאה מן הבועה טריפה דזהו מקור דתרתי לריעותא וקשה דכיון דלשיטת השו"ע נסתר ראיות הראב"ד א"כ מנלן להחמיר בתרתי לריעותא בלא ראי' מוכרחת וביותר קשה על דברי הב"ח דהחמיר לצרף דמה דתלינן דזה מקרי ריעותא כל דהו ולצרף זה לריעותא גדולה כיון דמוכח דזה לא נחשב לריעותא כיון דתלינן גם בבועא וע"כ לא הוי רק סברות בעלמא ומנלן לחדש כ"ז מדעתינו:

ג

והנלע"ד לחזק דינא דהב"ח דמה דתלינן במשמוש יד הטבח דאף דלא הוי ריעותא בינונית דמ"מ מן ריעותא כל דהו לא נפיק ומצרפינן זה לריעותא גדולה דאף דמן סברא בעלמא קשה לחדש זה אבל באמת יש להוכיח כן במקור מן הש"ס בהקדם דברי הר"נ בחולין בסוגיא דריאה הסמוכה לדופן וזה לשונו ואי איכא מכה בדופן משמע לכאורה דא"צ בדיקה כדפסק רבא דתלינן בדופן וכשרה וכ"ת א"כ סכינא דחליש פומי' למה דהא כי איכא מכה לא צריכה בדיקה ואי ליכא מכה לא מהני לי' בדיקה י"ל דאילו היתה סכין רעה אפשר שתנקוב הריאה מחמתו ויראה כאלו היתה נקובה קודם לכן זה נראה לפי פשטה של שמועה אבל קצת גאונים כתבו דאפילו איכא מכה בדופן לא מכשרינן לה בלא ולדבריהם משום הכי בעינן סכינא דחליש פומי' לפי שאי אפשר לאכשורי בלא בדיקה כו' עכ"ל הר"נ הרי דס"ל להר"נ בשיטות רוב פוסקים דס"ל בריאה הסמוכה לדופן ומכה בדופן דכשירה בלא בדיקה ועכ"ז בהעביר שם בסכין ונמצא נקב שם דאין תולין בהסכין:

ד

ואף דהא קיי"ל דבהעביר בסכין גם בלא כח תלינן להכשיר בנמצא נקב שם וכמבואר בסי' ל"ו ובשמלה חדשה שם סעי' ט' ובת"ש שם ס"ק י"ח בשם רש"י להכשיר בלא בדיקה א"כ למה לן סכינא דחליש פומי' הא אף דיעבור שם בסכין רעה וגם בכח דיהי' כשר כיון דיש לנו לתלות דהנקב נעשה ע"י העברת הסכין וע"כ מוכח מזה לשיטת הפוסקים דמכשירים בריאה הסמוכה לדופן ומכה בדופן דאם ימצא שם נקב אף אם

יהי' במה למתלי דמ"מ בכה"ג לא תלינן משום דעכ"פ ריעותא כל דהו נקראת מצד דיראה הנקב כמו שהיתה נקובה מקודם לכן וכמש"כ הר"נ וכוונתו דנקב הנמצא במקום משמוש היד או הסכין דאף דכשר משום דקיי"ל דתלינן דמ"מ ריעותא הוי לפי דיש לנו הסברא דכאן נמצא כאן הי' למפרע וזהו כמו חזקה דהשתא דמבררת על למפרע ומראה שהיתה נקובה קודם לכן ואפשר דזהו הטעם דמ"ד דס"ל לא תלינן כמבואר בחולין (דף מ"ט). דס"ל דכיון דיש לנו חזקה דהשתא ומבררת לנו דהיתה נקובה למפרע בחיי' ואף לדידן דתלינן מ"מ ריעותא כל דהו הוי משום הך חזקה דהשתא רק דמכשירין ותולין משום חזקת היתר ורוב בהמות כשרות אבל ריעותא כל דהו הוי עכ"פ (וגם חזקה דאיתרעי שמה חזקה כמבואר בתוס' חולין (דף מ"ג) גבי ישב קוץ בוושט כו':

וכמש"כ הפני יהושע בכתובות (דף כ"ג) דמה"ת גם חזקה דאיתרעי נחשב לחזקה ואכמ"ל בזה וע"כ אף דיש לומר דאיתרע ע"י משמוש היד להך חזקה דהשתא המברר על למפרע דמ"מ י"ל דמקרי חזקה ועכ"פ ריעותא כל דהו מקרי ע"י מציאת הנקב השתא וקצרתי]:

ה

ויהי' איך שיהי' עכ"פ מצינו בש"ס דגם נקב הנמצא במקום העברת הסכין דאף דמצד הנקב עצמה הי' כשרה כיון דתלינן מ"מ ע"י צירוף להסירכא בהדופן הוי זה כמו תרתי לריעותא וטריפה ומזה הוי הוכחה רבתא להך דינא של הב"ח דבמקום סירכא עוברת ע"י מיעוך ונמצא נקב תחתי' מטרפינן משום תרתי לריעותא וכפי ההסבר של הל"ש להך דינא של הב"ח אף דהוי במקום משמוש יד דהטבח ובאמת לשיטת קצת גאונים שהובא בהר"נ שם דס"ל דריאה הסמוכה לדופן אין להכשיר בלא בדיקה אין הכרח לשיטתם להוכיח הך דינא של הב"ח:

משום דהא כתבו להוכיח ממה דבעינן שם סכינא דחליש פומי' כו' דזהו משום דבעינן בדיקה שם וכן כתב הרא"ש בחולין בסוגיא זו דלכן בעינן סכינא דחליש פומי' משום דאף דיש מכה בדופן לא מכשרינן אלא בבדיקה א"כ אין הכרח לשיטתם להך דינא של הב"ח אדרבה יש להוכיח לשיטתם. דס"ל דגם במקום ריעותא גדולה לא מצרפינן להך ריעותא דנמצא נקב במקום משמוש יד הטבח או במקום העברת הסכין דאל"כ הא אין מקום להוכחתם דבעינן בדיקה [וגם להרא"ש דכתב שם בקושייתו דלמה לי' סכינא דחליש פומי' הא יכול לנתקה בכח כו' ג"כ י"ל כן וכמש"כ רש"י בחולין (דף מ"ט) בד"ה היכא דממשמשא כו' כגון נקב העשוי בסכין או שתלשה מלמעלה בחזקה ואח"כ נמצא

נקב עכ"ל וגם בזה פליגי שם אי תלינן כו' וקצרתי]. ועכ"פ דלפי דבריהם אין הכרח להך דינא של הב"ח ולחדש כן מסברא דנפשי':

ו

ולפ"ז יש מקור נכון למה דהחמירו בתרתי לריעותא דהא כיון דהשו"ע פסק בסי' ל"ט דריאה הסמוכה לדופן ומכה בדופן כשרה אף בלא בדיקה א"כ תקשה דלמה לן סכינא דחליש וכקושיות הר"ן והרא"ש וע"כ מוכח כסברת הר"ן דאם ימצאו נקב תחתיו יהיו זה לריעותא ולהצטרף להריעותא דהסירכא להדופן א"כ מוכח מזה יסוד נכון לכל תרתי לריעותא וע"כ שפיר פסק המחבר בשו"ע סי' ל"ז דסירכא תלוי' מן בועא טריפה משום תרתי לריעותא די"ל דהוכיחו כן מן הך דנתבאר ובמה דהעירותי לעיל להוכיח דהך דתלינן במשמוש יד הטבח אין זה נקרא ריעותא בינונית רק ריעותא כל דהו א"כ ממילא מוכח מהך דהצריכו סכינא דחליש כו' דריעותא כל דהו מצטרפת לריעותא גדולה:

וה"ה יש למילף מזה לשארי שני ריעותית בינונית דטריפה משום תרתי לריעותא ועכ"פ לדינא של הב"ח יש יסוד נכון לחזק דבריו לדינא:

ז

ולפ"ז יש לדון בהשאלה דנ"ד בריאה הסמוכה לדופן ויש מכה בדופן ועברה הסירכא ע"י מיעוך ונמצא נקב תחתיו ובמקום משמוש יד הטבח דהדין נותן להקל לכל השיטות דלשיטת הראשונים והמחבר דס"ל דנסרכה לדופן ומכה בדופן דכשרה בלא בדיקה ודאי כשר בנ"ד אף דלשיטתם מוכח דמה דתלינן במשמוש יד הטבח הוי ריעותא להצטרף לריעותא גדולה דאל"כ תקשה דל"ל סכינא דחליש פומי' כנ"ל עכ"ז הא כיון דלשיטתם כשרה בנסרכה לדופן ומכה בדופן בלא בדיקה א"כ דוקא בלא אזלא ע"י מיעוך אז מקרי זה ריעותא גדולה אבל באזלא ע"י מיעוך אין זה מקרי ריעותא גדולה רק בשם ריעותא סתמא וכמו בסירכא תלוי' באזלא ע"י מיעוך דכיון דכשרה אף בלא מיעוך ע"כ באזלא ע"י מיעוך לא נחשב זה לריעותא וכללא הוא דמה דכשר בלא מיעוך הוי מיעוך פעולה לבטל שלא להיות תרתי לריעותא כמש"כ הל"ש סי' ל"ט ס"ק קצ"ה וס"ק קס"ט:

ודוקא סירכא עוברת ע"י מיעוך דבלא מיעוך טריפה רק המיעוך גורם להכשירה לכן יש עלי' שם ריעותא ולא במה דכשר בלא מיעוך. א"כ כיון דאזלא ע"י מיעוך וודאי דלא הוי תרתי לריעותא לפי דמהני מיעוך עכ"פ שלא להיות ריעותא גדולה להצטרף לריעותא דמשמוש ידא דאינו רק ריעותא כל דהו ולא ריעותא סתמא כדמוכח מהא דאנקבא ריאה במשמוש ידא ויש עליו בועה ג"כ תולין כנ"ל:

ח

ולשיטת הגאונים דס"ל דאין להכשיר במכה בדופן הנסרכת להריאה כי אם ע"י בדיקה א"כ גם באזלא ע"י מיעוך הוי ריעותא גדולה מ"מ אין לצרף לריעותא במה דנמצא נקב במקום משמוש היד לפי דלשיטתם דהוכיחו מהך דסכינא דחליש פומי' דהבדיקה מעכב ולא תירצו כסברת הר"נ הנ"ל מוכח דס"ל דלא מצרפינן זה לריעותא ולעשות עי"ז לתרתי לריעותא וכמש"כ הר"נ והרא"ש לשיטת הגאונים הללו ומוכח דס"ל דמה דתלינן דנעשה לאחר שחיטה אין זה נחשב לריעותא כלל וע"כ נ"ד כשר לכל השיטות לכל א' כפי שיטתו בטוב טעם וכן הסברא פשוטה להיתירא כיון דנקב במקום משמוש יד אינו רק ריעותא כל דהו ומצרפינן רק לריעותא גדולה ולכן כיון דבמכה בדופן פסק המחבר להיתירא ע"כ באזלא ע"י מיעוך וכפי הנהוג ג"כ אינו ריעותא גדולה ע"כ ודאי דאין להחמיר בנ"ד וכש"כ לפי מה דנתבאר בעז"ה לדינא:

סימן ז

ומש"כ כת"ר לדון דנגלד פורתא הוי ריעותא ומצרפינן זה לשארי ריעותא דהוי עי"ז תרתי לריעותא:

וסברתו הוא דכיון דאמרו בחולין (דף מ"ז) דרב ושמואל ורב אסי ס"ל דניקב קרום העליון טריפה ע"כ אף דלא קיי"ל כן מ"מ לריעותא נחשב זה וכפי הכלל של האחרונים בזה:

והוכיח כן מן הרמ"א בסי' ל"ו סעי' ב' דבועא על מקום שנקלף עור העליון טריפה ומשמע אף בנגלד פורתא וע"כ הטעם משום תרתי לריעותא והאריך כת"ר בזה וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

א

הנני להשיבו כי עיקר הכלל דבמה דאיכא פלוגתא אף דנדחה שיטת המטריף להלכה דמ"מ שם ריעותא יש ע"ז כבר אמרתי דזהו לא הוי כלל גמור דהא מבואר בחולין (דף מ"ז ע"ב) בהא דאין מקיפין בבועי בפי' רש"י שם דנקב הנמצא בבועה במקום משמוש יד דתלינן וכשרה וכן פסק השו"ע בסי' ל"ז סעי' ו', ואף דבמה דתלינן במשמוש יד הוי פלוגתא דאמוראי כמבואר בחולין (דף מ"ט) ואפ"ה לא מטרפינן בנקב על הבועה במקום דאיכא למתלי דהוי תרתי לריעותא וע"כ מוכח דכיון דאיפסק להלכה כמ"ד דכשר דאין זה נחשב לריעותא כלל. וה"ה בכל כיוצא בזה ואפשר לחלק קצת דשאני בהך דקיי"ל דתלינן דכיון דע"י מה דתלינן דיינינן דנעשה הנקב לאחר שחיטה ע"כ אין שם ריעותא ע"ז כלל ושאני משארי ריעותא דהא אף דפסקו דכשרה מ"מ הא שעשה הריעותא בחיי הבהמה עכ"פ ע"כ שפיר נקטו לכללא דכיון דיש מ"ד דס"ל דטריפה ע"כ אף דלא קיי"ל

כן מ"מ ריעותא הוי ומצרפינן לי' לריעותא אחריני כן יש מקום לדון לכאורה אבל באמת קשה. לחלק כן דהא על כל פנים איכא דיעה אחת המטריף וכפי הכלל שלהם:

ב

ובעיקר ראיות כת"ר מן הרמ"א דבועה על נקלף טריפה דהוכיח מזה דנגלד פורתא הוי ריעותא אין זה ראי' כלל לפי מה שראיתי בחוות דעת בליקוטיו על יו"ד סי' ל"ו שכתב בקצרה דלכן טריפה בועה על נגלד משום דכל נקב צריך בדיקה אם ניקב צד השני וכל זמן שלא נבדק ה"ז טריפה וכיון שיש בועה המעכבת הבדיקה ע"כ אסר הרמ"א עכ"ל החוו"ד וכן כתב הרא"ש בחולין פ"ג סי' ד' דהקשה דאמאי ניקב זה בל"ז כשר הא חיישינן שמא הבריא ושמא ניקב החיצון ואין לו בדיקה ותי' דמיירי בניקב ע"י חולי ובחיצון לא ניכר שום חולי אבל לולי זה היינו חוששין שמא ניקב עור השני הרי דכל נקב חיישינן שמא ניקב עור השני וע"כ צריך בדיקה בצד השני כיון דהוחל מעשה הטורף וכ"כ התוס' בחולין (דף כ"ח) ד"ה אתא כו' שהקשו במה דאמרו בוושט דניקב זה בלא זה כשר דאמאי לא ניחוש שמא ניקב החיצון כיון דאין לו בדיקה מבחוץ רק בניקב ע"י חולי ובחיצון לא ניכר שום חולי כו' והוכיחו דלנקב יש בדיקה גם מבחוץ וע"כ שפיר כתב הרמ"א להטריף בבועה על הגלד משום דלא מצי לבודקו לעור השני ואף דבסי' ל"ג סעי' ט' כתב הרמ"א דיש מכשירין ולא חיישינן שמא ניקב החיצון כבר כתב הש"ך שם ס"ק כ"א דהרמ"א לא הביא דיעה זו רק דע"ז סמכו להקל בהלעטת האווזות אבל לדינא ס"ל דחיישינן להבריא בקוץ וה"ה בחולי כמש"כ הרא"ש והתוס' הנ"ל דרק בבדקו ולא ניכר שום חולי בחוץ כתבו להכשיר והא דכתב הרמ"א בסי' מ"ח סעי' ח' להקל בהפ"מ בהודח ונמלח כבר כתב הש"ך שם ס"ק כ"ה דמיירי בידוע שלא ניקב לחוץ וכדכתב שם לעיל אם לא ניקב אבל לבדוק אם ניקב ודאי צריך לבדוק ולפי מש"כ הש"ך שם בשם המהרש"ל להכשיר אף בקוץ ומחט ולא נבדק אי ניקב לחוץ יש מזה סניף להקל מכש"כ בבועה על נגלד לפי הטעם של החוו"ד בכוונת הרמ"א כנ"ל דהא ע"י קוץ גרע ואכמ"ל: ועיין בפרי מגדים בסי' מ"ח שם וקצרתי]:

ג

ואין לחלק דשאני בחשש ניקב הוושט דהוי בחזקת אינה זבוחה דז"א לפי מש"כ החוו"ד בכללי ס"ס במה שהקשו התוס' בחולין (דף מ"ג) ויבמות (דף ל"א) ע"ש. ואף לפי מש"כ התוס' שם דבישב קוץ בושט דחשו זה לפי דשכיח י"ל דה"ה בניקב ע"י חולי כ"ז דלא בדקו החיצון אם שלט בה החולי וקצרתי וע"כ העיקר כהחוו"ד דצד החיצון בעי בדיקה שלא ניקב ואף דהש"ך בסי' ל"ו ס"ק ב' וכל הפוסקים כתבו דניקב ונגלד פורתא אין הבדיקה מעכבת. כוונתם הוא על בדיקת פושרין ונפיחה אבל בדיקת עיונא

על הגלד לראות בעינא פקיחא אם ניקב עור ב' ודאי בעי וכמש"כ החוו"ד ואחר שבדק בעיון היטב שלא נגלד רק קרום העליון אין שום חשש אף שלא נבדק בפושרין דהא מסקנת הש"ך בסי' ל"ג דבמקום ידוע מהני בדיקתינו אך בבועה על נקלף שאין יכולין לבדוק בזה הטריף הרמ"א וכמש"כ החוו"ד וע"כ אין לנו ראי' מהרמ"א דנגלד פורתא יחשב לריעותא. [ועיין בסי' מ"ט בט"ז ונקודות הכסף והפמ"ג וקצרתי]. וע"כ דעתי בנגלד פורתא לא מצרפינן לי' לריעותא אחרת דאין זה כשם תרתי לריעותא:

סימן ח

נשאלתי בעיר אחת שנתהווה מחלוקת שם בין הרבנים שהי' מדיינים בשאלה בסירכא שלא כסדרן אשר עברה ע"י קליפה בנחת וכפי הנהוג האידנא ולהלן משטח גוף עובי הסרכא בצבצה ורב אחד הכשיר לפי דיש לתלות במשמוש ידא דטבחא ונפיחה בחוזק ודימה זה לעובדא דבגבעת שאול סי' מ"ט דמבואר שם להיתירא ורב אחד הטריף לשאלה זו וכפי המבואר בהשו"ת שבסוף לבושי שרד דמחלק דלדידן דקולפין בנחת ולא ממעכין דגרע וביקשו ממני לחוות דעתי בזה:

א

תשובה מקור הך דינא הוא בב"ח יו"ד ריש סי' ל"ז שכתב דנקב במקום משמוש ידא דטבחא סמוך לסרכא עוברת אין תולין להקל כו' והובא בת"ש בשמלה חדשה סי' ל"ו ס"ק י"א ובפרמ"ג סי' ל"ו במשבצות ס"ק ז' דהעלה בכוונת הב"ח דלאו משום חסרון הבדיקה הוא אלא משום דסירכא שלא כסדרן רוב הפוסקים מטריפין אלא שאנו מקילין ע"י מיעוך כו'. והל"ש בשו"ת שבסוף ספרו אות ט"ו ביאר זה ביתר ביאור דהטעם הוי משום תרתי לריעותא דניקב במקום דאיכא למתלי הוי ריעותא כ"ד וע"כ במקום ריעותא גדולה דשלא כסדרן מצרפינן והוי תרתי לריעותא כו' וה"ז קרוב לדברי המשבצות כו' עכ"ל הל"ש:

ולכן אף דנימא דהבדיקה לא הוי לעיכובא מדחזינן דמועיל בדיקה דידן וכעין סברת הט"ז בסי' ל"ט ס"ק ו' מ"מ טריפה בכה"ג משום דהוי כעין תרתי לריעותא ובאמת הסברא נוטה לדון דמה דתלינן במשמוש ידא דטבחא או בנפיחה בחוזק דזה לא מקרי ריעותא וכמבואר בחולין (דף מ"ו ע"ב) וברש"י ד"ה אין מקיפין בבועי דבועא שניקבה היכא דיש לתלות במשמוש ידא דטבחא כשירה וכ"כ התוס' שם בד"ה אין מקיפין בבועי וכ"כ הר"נ שם וכן מבואר ביו"ד סי' ל"ז סעי' ו' הרי מבואר דמה דתלינן במשמוש ידא דטבחא אין זה מקרי ריעותא להצטרף לריעותא אחריתי והטעם הוא פשוט דאף דכתבו האחרונים דבמקום דאיכא פלוגתא אף דקיי"ל כמאן דמכשיר דמ"מ מידי ריעותא לא

נפק וע"כ הי' מקום לדון כן לשיטתם היכא דתלינן במשמוש יד הטבח כיון דיש פלוגתא בזה כמבואר בחולין (דף מ"ט) מ"מ הסברא נוטה דאין זה מקרי ריעותא. לפי דשאני כל ריעותא דאף דכשירה מ"מ מידי ריעותא מחיים לא נפיק וע"כ דייניגן בי' להטריף משום תרתי לריעותא אבל בהך דמשמוש ידא דטבחא דכיון דתלינן דנעשה לאחר שחיטה א"כ ממילא אין שם ריעותא ע"ז כלל אף לצרפו לשארי ריעותא כן הסברא נוטה אכן כיון דכבר החמיר הב"ח והאחרונים בסרכא עוברת דלא תלינן בזה וודאי אין לזוז מדבריהם לפי דשאני ריעותא דסירכא שלא כסדרן דהוי ריעותא גדולה דבצירוף ריעותא כל דהו מטרפינן וכמש"כ האחרונים והך דתלינן נחשבת עכ"פ לריעותא כל דהו דלגבי בועא דלא הוי ריעותא גדולה אין נחשבת כתרתי לריעותא במה דתלינן משא"כ בסרכא של"כ. ועובדא דבג"ש סי' מ"ט שאני דשם מיירי דהי' ידוע דנעשה הנקב לאחר שחיטה כמבואר שם וכ"ז פשוט:

ב

ולענ"ד יש לדון בכה"ג מילתא חדתא היכא דחזינן דאף במקום שלא היתה הסירכא וגם התפשטות הסירכא לא הי' שם ומכל מקום מבצבץ על אותה הריאה והיכא דיש למתלי בחוזק הנפיחה בכח וכיוצא בזה במשמוש ידא דטבחא דבזה תלינן ודאי להכשיר דבכה"ג גם אם מבצבץ על מקום שטח התפשטות הסירכא דתלינן דנעשה גם שם הנקב ע"י משמוש יד או בחוזק הנפיחה. והטעם הוא דהנה עיקר טעם תרתי לריעותא דאנו מטריפין הוא מן הסברא דכיון דאיתרמי הנך שני ריעותית סמוכין להדדי במקום א' זה הוי להוכחה דהיא טריפה דאם לא כן איך איתרמי הנך שני ריעותית במקום א' והוי זה בגדר סי' מקום דקיי"ל בב"מ פ"ב (דף כ"ב) דבמקום הוי סימן אמצעי ומכבר הוכחתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' דבאיסורין סמכינן על סימנים והוכחתי כן מן התוס' נדה (ד' י"ד ע"א) בד"ה ולמחר מצאה עליו דם כו' דכתבו בגליון התוס' דאין לחוש שמא דם מאכולת דכיון דנמצא על יריכה במקום שנגע בעד מוכח מילתא דטמאה נדה ע"ש וכוונתם הוא דלכן טמאה נדה וחייבת קרבן וכמו כל טמאה נדה בוודאי ולא חיישינן לחולין בעזרה. משום דבגדר סימן מקום נגעו בה ואמרינן דאיך איתרמי דבאותו מקום שנגע העד ביריכה תתמעך שם המאכולת והוי כמו כל סימן מקום דאמרו דהוי ס"א וכן הארכתי בספרי שם לדון בזה ע"פ שיטת הט"ז באה"ע סי' י"ז דסימן מקום בצמצום הוי סימן מובהק והוכחתי שם דאין לחלק בזה ועפ"ז הארכתי בהך דחולין (ד' מ"ח ע"ב) במה דאמרו שם כיון דבסמפונא רבא אשתכח סימפונא נקט ואתאי ופי' רש"י מי מכוונא לאותו סמפון אם דרך הוושט נכנסה כו' וכן יש לדון לסיוע בנ"ד מהא דנדה (דף נ"ט)

ובתוס' ד"ה הי' בה טיפי דמים למטה כו' אותו שלמטה נתלה כו' כמו שעליון מעלמא אתי תחתון נמי מעלמא אתי והובא ביו"ד סי' ק"צ סעי' י"ז וקצרתי:

ג

ולפ"ז יש לדון דמה"ט קיי"ל להטריף בתרתי לריעותא היכא דהם סמוכים להדדי משום דהוי זה ג"כ בגדר סימן מקום משום דאיך איתרמי הנך שני ריעותית ביחד במקום א' ודייניגן בזה כעין יגיד עליו ריעו ובא זה ולימד על זה. א"כ לא שייך לדון כן רק היכא דלא נמצא הריעותא זו רק במקום שיש שם ריעותא אחריתי אז שפיר יש לדון להך סברא ולהחמיר אבל היכא דחזינן דנמצא ריעותא כזו אף במקום אחר אז אין לנו להחמיר משום תרתי לריעותא דהחמירו האחרונים וכן יש נדון להכלל הזה בכל דיני תרתי לריעותא וע"כ בנ"ד במה דהחמיר הב"ח ושארי אחרונים בנמצא נקב במקום סרכא שעברה וכן החמירו האחרונים בזה אף בהתפשטות הסירכא אף דאיכא למתלי במשמוש יד הטבח וכן ע"י חוזק הנפיחה בכח דבכה"ג לא תלינן משום דהוי כעין תרתי לריעותא וכמש"כ הל"ש וכנ"ל וז"א שייך רק היכא דחזינן דהריאה אינו מבצבץ רק במקום הסירכא ובהתפשטות הסרכא ולא בשארי מקומות בהריאה אף דהי' שם ג"כ משמוש יד הטבח בכח וכן סברא דע"י חוזק הנפיחה בכח ודאי דזה שייך בכל הריאה ואפ"ה אינו מבצבץ רק במקום הסירכא כו' א"כ יש לנו הוכחה דהבצבוץ אינו משום מה דתלינן. לפי דאם הי' זה משום מה דתלינן א"כ הי' להמצא כן גם במקום אחר על הריאה זו אף שלא במקום הסירכא וההתפשטות לבד אלא גם בשארי מקומות בהשטח שהי' שם ג"כ במה למתלי ומדחזינן דאינו מבצבץ בשום מקום בהריאה רק במקום הסירכא או במקום התפשטות הסירכא ולא בשארי דוכתי הוי זה לנו להוכחה משום גדר סי' מקום דמבררת לנו דנעשה נקב מחיים ע"פ הנך תרתי לריעותא המוכיחין לנו זה על זה:

ד

אכן היכא דחזינן דגם בשארי מקומות בהריאה שאינו מקום הסירכא וההתפשטות הסירכא דגם שם מבצבצת ויש לנו שם במה למתלי במשמוש יד בכח וכן ע"י חוזק הנפיחה א"כ חזינן דדרך הריאה זו להיות מבצבץ ע"י משמוש היד וחוזק הנפיחה ע"כ לא שייך בכה"ג לדון להך סימן מקום ולכן גם אם נמצא הבצבוץ במקום הסירכא וההתפשטות. דג"כ יש לנו לדון ולהכשיר דנעשה זה ע"י משמוש יד וחוזק הנפיחה דהא אנו רואין דכן הוא הטבע של הריאה זו וע"כ אין מקום להחמיר בכה"ג משום תרתי לריעותא כיון דלא שייך בכה"ג להחמיר משום סי' מקום ויש לנו לומר דבזה לא החמירו האחרונים לחוש משום תרתי לריעותא ומה דיש לדון בזה מצד חסרון הבדיקה. הא כבר כתבו האחרונים דכיון דסמכינן על בדיקתינו א"כ הבדיקה הוא רק לחומרא ואינו

מעכבת וכפי דברי הט"ז בסי' ל"ט ס"ק ו' וזה הטעם שייך גם לדידן דנוהגין בקליפה בנחת וכמש"כ בשו"ת בסוף ספר נחלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל בסוף תשובה ה' להגאון ר' אברהם תאומים ז"ל ע"ש. והעיקר הוא דאם הקליפה בנחת כראוי דאין להחמיר בהפ"מ אף דלא נבדק מחמת איזה סיבה ועיקר מקום להחמיר הוא משום תרתי לריעותא וכמש"כ הל"ש ושארי אחרונים ע"כ היכא דמבצבץ גם בשארי מקומות בהריאה ויש לנו למתלי גם שם דבכה"ג אף דמבצבץ גם במקום הסירכא דיש להכשיר זה במקום הפ"מ וכן יש לדון ולצדד להיתירא בכה"ג בשארי תרתי לריעותא:

סימן ט

ביו"ד סי' ל"ט סעי' י"א דאם נפסקה הסירכא מחמת ההגבהה קצת כשירה ובסעי' י"ג שם דאם הבודק מכניס ידו ואם נתפרקה ואינו מוצא ראשה בריאה ובדופן תלינן דרירא היא וכשירה כו' ונשאלתי אם דיינינן כן להקל בעגלים הרכים וגדיים וטלאים דהא מבואר שם ברמ"א סעי' י"ג גבי קולת מיעוך דאין להקל כן בעגלים וגדיים וטלאים לפי דיש קבלה בזה להטריף כי הסרכא עדיין רכה ומתנתקת ע"י מיעוך עכ"ל ויש להסתפק אי דיינינן כן בקולת המחבר בנפסק מחמת הגבהה כל שהוא או בנתפרק ע"פ הכנסת יד הבודק כנ"ל או דשאני זה דקילא טפי דהא המחבר אף דמחמיר במיעוך אפ"ה היקל עפ"ז. א"כ זה עדיפא ואפשר מה"ט אף בעגלים וגדיים וטלאים יש להקל בזה:

ענף א

א

תשובה בעז"ה והוא לכאורה יש להוכיח דבגדיים וטלאים וה"ה בעגלים לא נהגינן להכשיר אף לפי קולת המחבר הנ"ל:

והוא דהש"ך שם ס"ק ל"ב כתב בשם אביו הגאון במה שכתבו שם בשם הכלבו דטוב להשקות הבהמה סמוך לשחיטה משום דהבהמה מלאה סרכות דקות וקשות. דיצא להם מהא דביצה (דף מ') דל"ל למימר משקין ושוחטין מילתא אגב אורחא קמ"ל דלישקיי' אינש בהמתו והדר לישחוט משום סירכא דמשכא דפי' רש"י והר"נ שתהא נוחה להפשיט העור כו' והם מפרשי משום סרכות דמנתיקות מחמת ההשקאה. וכ"כ הרי"ף דאי איכא סירכא משתמטא עכ"ל הש"ך ובנקודות הכסף הביא כן בשם פי' המשניות להרמב"ם בסוף ביצה שם שכתב ג"כ בזה"ל דמשקין להודיעך תועלת כי ההשקאה קודם שחיטה יתיר ריאתה ואם יש שם סירכא חלושה נשמטת ונכרתת עכ"ל אלמא דאף הרמב"ם ס"ל כפי' האלפס דמשום דיהי' נשמטין סירכות הריאה משום ההשקאה דמרכך אותן ע"כ הי' משקין והתויו"ט שם הביא לפי' המשניות הנ"ל וסיים בזה"ל והרי

אינה סירכא המטרפת עכ"ל. וכוונתו ג"כ דתועלת ההשקאה הוא כדי שיהי' נפסקין הסירכות ע"י הגבהה או ע"י הכנסת היד כנ"ל וכמבואר בכלבו שהביא הב"י דאם ניתקין הסירכות כשירה ואח"ז כתב דטוב להשקותה מפני הסירכות ע"ש:

ב

ב

ויש להקשות בדברי הרמב"ם דסתרי אהדדי דהנה במסכת תמיד פ"ג משנה ד' (דף כ"ט) אי' דהשקו את התמיד בכוס של זהב. וכן אי' שם (דף ל') ופירש שם המפרש דהשקו אותו כדי שיהא נוח להפשיט והרמב"ם בפי' המשניות שם כתב דהשקו את התמיד מים כדי שיהי' ממהר להפשיטו כמו דנתבאר בביצה כו' וכ"כ הרמב"ם בפ"א ה' תמידין ומוספין ה"ט דהשקו את התמיד בכוס של זהב כדי שיהי' נוח להפשיט ולא הזכיר כלל תועלת הסירכות ומשמע דרק משום תועלת הפשטת העור הי' משקין וקשה הא סתרי דברי הרמב"ם להדדי דהא בפי' המשניות לביצה כתב בפירוש דמשום סרכות הי' משקין. וזה צריך ביאור שוב מצאתי בספר בית אפרים על יו"ד בספרו שפת אמת סי' ל"ט ס"ק ל"ב על דברי המחבר שם סעי' י"ב בשם ספר מקום שמואל שהרגיש כן בסתירת דברי הרמב"ם הנ"ל:

ג

ונלע"ד לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל ע"פ דברי ביאור הגר"א זצ"ל ביו"ד סי' ל"ט ס"ק כ"ה על דברי המחבר שם שכתב דהבודק יכניס ידו ואם נתפרקה הסירכא כשירה דמקורו הוא מהא דביצה דכתבו דאי איכא סירכא משתמטא וכן מש"כ בהג"ה שם למעך משום דמפרשי מש"כ בגמ' משום סירכא דמשכא ר"ל רירין הנמשכין ואלו נתקין ע"י הכנסת ידו או מיעוך עכ"ל הרי דהגר"א זצ"ל מפרש דאי איכא סירכא משתמטא היינו דתהיה נפסקת ע"י הכנסת היד או ע"י הגבהת אצבע להסוברים כן ולשיטת הרמ"א דנהג למעך נכלל זה בלשון סירכא דמשכא היינו דתהי' נמשכת בקל מעל הריאה או הכוונה דהסירכות נמשכין מעל הריאה ויהי' נתקין ע"י מיעוך ובאמת זהו יסוד גדול להנוהגין להקל ע"י קליפה כמנהג שלנו משום דמפרשי סירכא דמשכא היינו דיהי' נמשכין בקל הסרכות מעל הריאה ומש"כ הרמב"ם בפי' המשניות לביצה דאם יש שם סירכא חלושה נשמטת ונכרתת הכוונה ג"כ כדברי הגר"א זצ"ל הנ"ל דהסירכא תתפרק בעת הכנסת היד משום דהמשקין מרככין אותה ובאמת ראיתי בב"ח על טור או"ח סי' תצ"ח בדברי הטור דמשקין ושוחטין והביא שם בשם מהרי"ף שכתב דאי איכא סירכא משתמטא ובהג"ה מצאתי בשם הר' ר' שמואל השגה על פי' הרי"ף דחו"ש לא תהא כזאת בישראל להכשיר הטריפה בהערמה עכ"ל ההג"ה והב"ח תי' שם דודאי סירכא גמורה לא תנתק

ע"י ההשקאה אלא דוקא סרכות הבאות מחמת זיעה כו'. עכ"ל הב"ח. הרי דתירץ הב"ח כעין דברי הגר"א זצ"ל שכתב להוכיח מהגירסא זו כהסוברים דסרכא הניתקת בקל מקילינן משום דהוי ריר בעלמא ותועלת ההשקאה הוא לרכך אותה וממילא ע"י ריכוך ניתקת בקל ואין בזה שום הערמה כלל וכעת ראיתי בספר מקור מים חיים על יו"ד סי' ל"ט ס"ק א' שכתב סמך למה שנהגו להקל ע"י מיעוך מהא דביצה דהסירכות מתנתקות ע"י השקאה ואילו מסרכא גמורה לא תנתק וע"כ מוכח דשאני סרכות הבאות ע"י רירא כו' עכ"ל וכבר הקדימו הגר"א זצ"ל בזה הראי':

ד

ולפ"ז יש להעיר בדברי הש"ך דכתב בשם הר"ן סוף ביצה דס"ל ג"כ כפי' רש"י ובאמת זה לשון הר"ן שם משום סירכא דמשכא כלומר שתהא נוחה להפשיטה סרכא דבוק שהוא נדבק יותר מדאי בבשר עכ"ל ויש לפרש דבריו ע"פ מנהג שלנו דמפשיסין הסרכא מעל הריאה ואם נפשטת בקל תלינן במעשה דריינוס וכשירה וזהו שאמר הר"ן שתהא נוחה להפשיטה היינו דקאי על סירכא דמשכא דהזכיר מקודם ותהא נוחה להפשיט הסרכא מעל הבשר] סרכא דבוקה שהיא נדבק יותר מדאי בבשר ולא פליג הר"ן על הרי"ף ולדברי הש"ך א"כ פליג הר"ן על הרי"ף וה"ל לאדכורי בלישני' דפליג על הרי"ף ובאמת הוא בא לפרש דברי הרי"ף כדרכו ולכן העיקר כמש"כ דלא פליג הר"ן על הרי"ף ואפשר דכיון דלא נזכר בהר"ן דחולין על סוגיא דסרכות הריאה דיהא מותר בנתקת ע"י הכנסת היד או ע"י הגבהת אצבע וכש"כ הקליפה שלנו וע"כ דוחק דהר"ן סוף ביצה נתכוין לזה שכתבתי דא"כ ה"ל לאדכורי במקומו וע"כ כוונת הר"ן שכתב דתהא נוחה להפשיטה דקאי על העור ושפיר כתב הש"ך דהר"ן ס"ל כפי' רש"י. ובאמת לדון כן בכוונת הרמב"ם דוחק הוא דא"כ ה"ל להרמב"ם לאדכורי קולא זו בהלכות שחיטות פ' י"א והעיקר הוא דס"ל להנך הראשונים דמחמת ההשקאה נפרדת הסירכא המדבקת הריאה להצלעות או להלב או האונות להדדי שלא כסדרן דע"י ההשקאה נפרדת כששותה וכעין פי' הערוך דהובא שם וכן הובא דברי הערוך הנ"ל בספר שער השמים על מעמדות שחיבר השל"ה זצ"ל ובבית אפרים בספר שפת אמת שם ונעשה לסירכא תלוי' דהובא ברמב"ם פ' י"א ה' שחיטה דמקיל בזה וזה שכתב הרמב"ם דנשמטת ונכרתת הסירכא ונעשה לתלוי':

ה

ומ"מ שפיר כתב בביאור הגר"א זצ"ל סמך להקל למתנתקת ע"י הכנסת היד או הגבהה כו' דהא עכ"פ חזינן דאף דהי' סירכא גמורה ואילו לא הי' משקה אותה היתה נטרפת ע"י הסירכא ומ"מ פועלת ההשקאה לרכך אותה ותלינן ברירא בעלמא דאל"כ אמאי כשירה הא כיון דהוי עכ"פ סרכא המטרפת א"כ אמאי תהיה כשרה בניתקת ע"י ההשקאה וכעין

קושיות הר' ר' שמואל דהובא בב"ח דמשיג על פי' הרי"ף דזהו הערמה להכשיר הטריפה כנ"ל וכמו דקיי"ל בסרכא תלוי' דאם יש סי' דניתקה מצד הב' היא טריפה כיון דידוע דהי' סירכא של"כ וע"כ מוכח דאמרינן כיון דניתקת ממילא ע"י ההשקאה א"כ אין דינה כסרכא המטרפת ותלינן ברירא וסרכא בת יומא:

וכיון דמצינו חילוק עכ"פ בש"ס מזה ע"כ שפיר הוכיחו הפוסקים מזה דה"ה בניתקת ע"י הכנסת היד וכה"ג. ויהי' איך שיהי' כיון דעיקר היסוד של הפוסקים והרמב"ם שכתבו דאף דהי' סרכא נשמטת ע"י ההשקאה משום דתלינן ברירא ואילו היתה סרכא גמורה לא היתה מתנתקת ומתפרדת ממילא ע"י ההשקאה וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל למילף ולדמות זה לניתקת ע"י הכנסת היד ומיעוך לדידן כנ"ל:

ענף ב

ו

וידוע דתמיד בא מן הכבש וכבש הוא בתוך שנתו כמבואר פ"א דפרה וברמב"ם פ"א ה' מעשה הקרבנות ומבואר ברמ"א סי' ל"ט גבי מיעוך בגדיים וטלאים דלא ממעכין בהם משום דהסירכא רכה ומתנתקת. ועיין בתב"ש סי' ל"ה ס"ק נ"ט דעיקר שם טלה הוא בתוך שנתן כמבואר במנחות (דף ק"ז). ולדידן תלוי במה דנקרא בלשון ב"א בשם גדי וטלה וכיון דבזמן הש"ס הי' נקרא טלה בתוך כל שנתו א"כ דינו של התמיד כגדיים וטלאים דלא מהני מיעוך בהו ועיין שם במסכת תמיד פ"ג שאמרו צאו והביאו לי טלה כו' לשכת הטלאים כו' ע"כ גבי תמיד דבא מן הטלה דלא מהני מיעוך בהו משום דהסירכא שלהן אף בלא ההשקאה היא רכה ואינו ראי' ממה דניתקת ע"י מיעוך וה"ה בניתקת ע"י הכנסת היד או הגבהת אצבע או בניתקת ע"י ההשקאה דאינו ראיי' מזה להקל בהו לפי דבטלאים הסירכא היא רכה ויכולה אף סרכא גמורה להנתק ע"י איזה סיבה ע"כ אסור להשקותה כדי דינתק הסרכא משום דזה מקרי הערמה כעין קושיות הר"ר שמואל הנ"ל ולכן כתב הרמב"ם גבי השקו את התמיד דלא השקוהו למען ניתק הסרכות רק כדי להקל ההפשט העור ואף בממילא ניתקין הסירכות עכ"ז כיון דאינו עושה במכוון עבור הסרכות אין זה מקרי הערמה. ובאמת כיון דלא שכיח סרכות בטלאים לא חיישינן דילמא יתפרקו הסירכות ע"י ההשקאה. ודוקא בבהמות גסות מצינו בביצה (דף מ') דמשקין אותה כדי להנתק הסרכות משום דזהו הבחנה מעלייתא בהו משא"כ בטלאים:

ז

ולפ"ז מדוקדק מה שאמרו בגמ' סוף ביצה דמילתא אגב קמ"ל לשקי' אינש בהמתו והדר לשחוט דלכאורה קשה הא ממילא ידענו זה מן הא את התמיד וזהו משנה מפורשת א"כ תקשה על הא דביצה דאמרו מילתא אגב אורחא קמ"ל דלישקיי' אינש כו' הא זהו ידענא

מהך משנה מפורשת דתמיד. וכן דרך הש"ס להקשות כעין זה דמאי קמ"ל הא תנינא חדא זימנא כו' ועיין בזבחים (ד' כ"ח ע"א) ובתוס' שם ובמנחות (דף צ"ג) בתוס' וברכות (דף ב') בתוס' ובחולין (דף ב' ע"ב). ובכמה דוכתי כעין זה וקצרתי] וע"כ מוכח מזה דהש"ס בביצה שם קמ"ל דין מחודש מה דלא הוי ידענא זה מהך משנה דתמיד משום דבתמיד לא הי' ההשקאה משום סרכות רק משום הפשטת העור. אבל הכא בביצה אשמעינן דאף משום סרכות בלבד ג"כ מותר להשקותה אף במכוון רק משום סרכות בלבד. דלא נימא דזהו מקרי הערמה כיון דאינו מכוון רק לזה בלבד מ"מ מותר משום דמה דמתנתקו הסרכות בגסות משום ההשקאה אין בזה חשש איסור כלל משום חשש סירכא א"כ אשמעינן טובא בהך משנה דביצה וגם נפ"מ אף היכא דמולג את העור כדי לאכול העור של הבהמה כמבואר בביצה (דף ל"ד) דאז לא הי' מפשיטין את העור ואף דבתוס' שם ד"ה מולגין כו' כתבו דדוקא במולג הראש ורגלים מותר עכ"ז הא חד דיעה סבירא לי' דה"ה אף לאכול את העור של כל הבהמה מותר כמבואר דיעה זו ברמב"ם פ"ג ה' יו"ט ה' ז' והובא שם במ"מ ע"ש. ועיין באו"ח סי' תצ"ט סעי' ב' ובמג"א ס"ק ב':

ח

וגם נפ"מ בתרנגולת דמותר לד"ה למלוג כמבואר שם במג"א ובחשש עצם סרכא אין נפ"מ בין עוף לבהמה כמבואר בתבו"ש סי' ל"ה ס"ק מ"ה ובפרמ"ג סי' ל"ה ס"ק מ"ז ובלבושי שרד שם ועיין ברי"ף סוף ביצה שלא גרס לישקיי' אינש בהמתו כו' רק גרס לישקי' אינש והדר לישחוט ואפשר דזה תלוי בשיטתם דפליגי בענין סרכא דמשכא דרש"י דס"ל משום הפשטת העור גרס לישקי' בהמתו והרי"ף דגרס לישקי' אינש לבד זהו משום דהוי בחשש סרכות א"כ גם עוף בכלל ואילו לבדוק הריאה ס"ל להרמב"ם בפ' י"א ה"ש דמן דין הש"ס לא בדקינן שום ריאה רק ממנהגא בעלמא וכיון דאין מקפיד במולג בהפשט העור א"כ לא שייך ע"ז העצה להשקותה משום הפשטת העור ע"כ אמרו עוד טעם דסרכא דאז גם בזה יש עצה טובה להשקותה כדי שינתקו הסרכות ומיושב דברי הרמב"ם על נכון דלא סתרי להדדי:

ולפ"ז נתבאר דבגדיים וטלאים דכתב הרמ"א בשם מ"כ דקבלה בידו להטריף דלא מהני מיעוך בסרכות בהו:

ולפמש"כ מוכח כן מן הרמב"ם דס"ל ג"כ דבגדיים וטלאים לא מהני איזה עצה והוכחה לדון דהוי רירא. דאל"כ הא ה"מ לומר בהשקו התמיד דמשום סרכא עשו כן. וע"כ מוכח מזה דבהמות דקות הרכים לא מהני זה משום די"ל דמחמת דהסרכא שלהן היא רכה ע"כ מתנתקת ע"י איזה סיבה וזהו ראי' אלימתא להאי מ"כ של הרמ"א הנ"ל:

ט

גם י"ל דהרמב"ם הוכיח כן מהא דפסק הרמב"ם בפ"א ה' תמידין דהשקו את התמיד בכוס של זהב ופסק כמ"ד דס"ל בכוס של זהב דוקא כמבואר שם בלח"מ ה"ט והובא פלוגתת אמוראי בזה בתמיד (דף כ"ט) ובחולין (דף צ"ה) ואי' בתמיד (דף ל"א) על שולחן של שייש נותנין האברים דבאולם שני שולחנות מבפנים כו' א' של כסף וא' של זהב כו' מכדי אין עניות במקום עשירות אמאי עבדי דשייש ניעבדו דכסף ניעבדו דזהב אמר רב חיננא כו' מפני שהוא מרתיח ושייש טבעו לקרר כמש"כ בפירוש המשניות להרמב"ם פ"ג דתמיד ועיין במנחות (דף צ"ט) ובתוס' ד"ה של כסף כו' (ועיין בחולין (דף נ"ה) בקייטא אייתי משיכלי חיוורי ומלינהו מיא קרירא כו' והרמב"ם בפי' המשנה כתב דידוע דכלי שהוא מזיע מתקררים בו המים כו' והובא בתב"ש סי' ל"ו ס"ק ע':

והא דשבת (דף קנ"א) דנותנין על המת כלי מיקר ומתכות הקשה זה הראב"ד בתמיד שם ע"ש). והנה התב"ש בסי' ל"ט ס"ק מ' כתב בשם הלבוש דעצה טובה להשקות הבהמה סמוך לשחיטתה דכ"ז שלא הושקתה היא מלאה סרכות. ויש כתבו שיש להשקות צוננים שהסרכא מחמת חמימות באה עכ"ל וכיון דמחמת סרכות הריאה טוב להשקותה צוננים א"כ הי' קשה להרמב"ם דל"ג להשקות התמיד בכוס של זהב יותר טוב הי' לו להשקות בכוס של שייש וכה"ג דאינו בטבעו להרתיח רק לצנן ואילו של זהב טבעו להרתיח כמו דאמרו בתמיד כנ"ל. וע"כ הוכיח מזה הרמב"ם דהא דהשקו את התמיד טעמם משום כדי שיהי' בנקל להפשיט העור ובזה לא מצינו דהצריכו צוננים כי אם משום סרכות מצינו דהצריכו צוננים לצנן החמימות של הריאה כמש"כ הלבוש:

ו

ולכאורה רציתי לומר בטעם הרמב"ם דלכן לא כתב בהשקו התמיד דהי' עושין כן משום חשש סרכות לפי דהא בגדיים וטלאים לא מעכב הבדיקת ריאה כמבואר ביו"ד ריש סי' ל"ט אבל ז"א דהא שיטת הרמב"ם בה' שחיטה פ' י"א ה' ז' דמן הדין לא צריכי בדיקת הריאה לכתחילה רק מצד המנהג שנהגו אחר חתימת הש"ס כמש"כ שם ה' ז' ובכ"מ שם. ואפ"ה כתב הרמב"ם בסוף ביצה דהי' משקין כדי שינתקו הסירכות אלמא דאף מה דאינו מעכב הבדיקה וא"צ אף לכתחילה לבדוק מ"מ הי' חוששין משום סרכות דילמא ימצאו אחר זמן איזה סירכא המטרפת א"כ עדיין תקשה בסתירת דברי הרמב"ם הנ"ל (ועיין בתמיד פ"ד גבי עבודת התמיד דהי' מפריש הריאה מן הכבד כדי שיהא הריאה עם הצואר) ומה"ט לא כתבתי לפלפל במש"כ רש"י בסוף ביצה דהי' משקין משום הפשט העור ולא משום סרכא דזהו לפי דרש"י ס"ל דבדיקת הריאה אינו מעכב כדאמר אתמול אכלנו מחלבה כו' דז"א דהא גם הרמב"ם ס"ל דא"צ לבדוק אף לכתחילה להריאה ואילו

רש"י הא ס"ל דלכתחילה בדקינן להריאה כמבואר ברש"י חולין ריש (דף י"ב) ע"ש ולכן לא ראיתי להאריך בכ"ז:

וע"כ העיקר כמו שכתבתי בתירוץ דברי הרמב"ם דלא ליסתרו אהדדי משום דס"ל דבטלאים הרכים בתוך שנתן לא הי' מהני אף מיעוך קל ואף בניתקת ממילא על ההשקאה לא מהני בהו להקל משום זה וע"כ הוכרח לשנות טעמו בהך דתמיד דמשום הפשט העור שיהי' בנקל השקוהו וכ"כ הרמב"ם בפ"א ה' תמידין ה' ט' דהשקו את התמיד כדי שיהא נוח להפשיט ולא הזכיר כלל משום סרכות ומתורץ דברי הרמב"ם על נכון:

יא

ולפ"ז מוכח דאף בניתקו הסרכות ע"י הכנסת היד הטבח ובהגבהת אצבע וכה"ג ע"י מיעוך קל דכ"ז לא מהני בטלאים דאל"כ תקשה אמאי לא כתב הרמב"ם דלכן השקוהו כדי שינתקו הסרכות בקל ע"י הכנסת היד או הגבהת אצבע או דיפרדו ממילא הסירכות והכל ע"י ההשקאה. וע"כ מוכח דס"ל להרמב"ם דכיון דידוע דהי' סרכא לכן אף דנתקו ונתפרדו עכשיו מאיזה סיבה שיהי' מ"מ דינן כדין סרכא גמורה לפי דבטלאים הסרכא רכה ויכולה להפרד ע"י איזה סיבה בעולם. וע"כ אסור להשקותו משום זה דא"כ יהי' כמו הערמה וכקושיות הר"ר שמואל המובא בב"ח כנ"ל ולכן הוכרח הרמב"ם לכתוב דהשקוהו כדי שיהי' בקל ההפשט העור, ואף דממילא ינתקו הסרכות. עכ"ז כיון דלא עבדינן במכוון משום הסרת הסרכות אין זה מקרי הערמה בדבר איסור כנ"ל וה"ה בעגלים הרכים לא מהני שום סיבה להסרת הסרכות שלהם דהא חד טעמא אית בהו. כן יש לכאורה להוכיח מן דברי הרמב"ם במה שסתר שיטתו בהך משנה דתמיד שלא פי' כמו שכתב הרמב"ם בעצמו בהך דסוף ביצה הנ"ל משום דלפי מש"כ לא סתרי דברי הרמב"ם להדדי:

ענף ג

יב

שוב ראיתי לסתור זה ההוכחה והוא דיש לתרץ דברי הרמב"ם באופן אחר דהא שיטת הרמב"ם בפ"ב ה' איסורי מזבח ה' י' דהא דטריפה פסול למזבח זהו משום הקריבהו לפחתיך כו'. והכסף משנה שם כתב דס"ל להרמב"ם דדרשא דמן הבקר להוציא הטריפה אסמכתא בעלמא הוא והשער המלך פ' י"א ה"ש הקשה עליו מהא דחולין (דף י"א) במה דאמרו מנלן דאזלינן בתר רובא כו' והחתם סופר לחלק יו"ד סי' ע"ב תירץ זה דדוקא בחשש דרוסה הוי דאורייתא אף על קרבנות משא"כ בשארי טריפות דאינו רק הלמ"מ:

זה לא נאמר על קרבן ולא מיתסר רק מדרבנן והנה גם אנכי תירצתי דברי הרמב"ם הנ"ל על נכון במק"א:

ובעצם סרכא שלא כסדרן אף דמטרף משום זה מ"מ אינו רק ספק טריפה לפמש"כ התב"ש בסי' ל"ט ס"ק ק' בסופו בשם הרשב"א דכתב דאף דאין סרכא בלא נקב מ"מ איכא ספק שמא רק עור א' ניקב ע"ש ועיין בחולין (דף י"א) בתוס' ד"ה אתי' מפרה כו' בסה"ד שכתבו בנטרפה מחמת סרכא ה"ל החלב ס"ס ספק אינה טריפה כו' וכ"כ הסמ"ע בח"מ סי' רל"ב ס"ק כ"ח דבטריפה מחמת סרכא אינו רק ספק טריפה ע"ש. וגם הא שיטת הרמב"ם בפ' י"א ה"ש ה' ו' דהא דנטרף ע"י סרכא הוי משום דאין סרכא בלא נקב כמש"כ שם הלח"מ וכ"כ התב"ש בסי' ל"ט ס"ק י"ד בשם המרדכי דכתב דשיטת הרמב"ם הוא כפי' רש"י דאין סרכא בלא נקב א"כ ממילא יש להסתפק דילמא לא ניקב רק קרום העליון כמש"כ התב"ש בשם הרשב"א לשיטת הסוברים דסירכא הוא מטעם דאין סירכא בלא נקב:

יג

ולפי שיטת הרמב"ם דטריפות למזבח אינו אסור רק מדרבנן ורק לאכילת אדם נאסר טריפה מה"ת ובעולה דאין בה רק אכילת מזבח בלבד לא נאסר רק מדרבנן א"כ בסירכא המטרפת כיון דאינו רק ספק טריפה אין לפוסלה מן הקרבן וע"כ שפיר הוכרח הרמב"ם לפרש גבי הא דהשקו את התמיד דהשקוהו כדי שלא יוכבד עליו הפשטת העור משום דמחשש סירכא א"צ להשקותו כלל דהא אף שימצא סירכא גמורה המטרפת מ"מ יוכשר קרבנו ולא יופסל דלא הוי רק ספק דרבנן ולקולא כדקיי"ל. ע"כ הוכרח הרמב"ם לכתוב טעם אחר בזה ועיין בריב"ש סי' קס"ג שכתב דגם בקרבנות היו בודקין את הריאה מן חשש סירכות כמו באכילת הדיוט זהו משום דס"ל דמה"ת נפסלת טריפה למזבח וכ"כ התשב"ץ בח"א שאלה ס"ז דמה"ת נחסרה טריפה למזבח ע"ש אבל הרמב"ם דס"ל דלא נאסר רק מדרבנן א"כ לא היו בודקין הריאה לקרבן ועכ"פ להשקותו בוודאי לא היו נצרכים דאין בזה חשש כלל דאף דיוודע לנו דיש לה סירכא גמורה מ"מ אין לפוסלה דהוי ספק דרבנן דלקולא וע"כ פירש דהשקוה משום הפשטת העור א"כ נסתר ראייתי מן הרמב"ם:

יד

ובעיקר דברי הרמב"ם דס"ל טריפה לא נאסר מה"ת לקרבנות יש להביא ראי' לדבריו ע"פ מה שכתבתי מהא דפסחים (דף ך') דאמר רב יהודה א' שמואל כגון שהיתה פרה של זבחי שלמים והעבירה בנהר כו' ופירש רש"י להכי נקט פרה של זבחי שלמים לפי דהעור והבשר לבעלים ומתעסק ליפות העור והבשר ומשקין אותה כפי שתהא נוח להפשיט

כמו בסוף ביצה עכ"ל רש"י והצל"ח שם בפסחים הקשה מזה על שיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל בסוף ביצה דעיקר השקאתה זהו משום חשש סרכות א"כ לפ"ז למה נקט פרה של זבחי שלמים הא גם בשארי קרבנות צריך הבעלים להשתדל שלא יוטרף ויופסל הקרבן יהי' צריך להביא זבח אחר א"כ גם בכל הקרבנות ישתדלו להשקותה מחשש סירכות. ונשאר בצ"ע אמנם לפמש"כ בשיטת הרמב"ם אתי שפיר משום דבכל הקרבנות דאין בהם אכילת הבעלים ואף דיהי' בהו אכילת הכהנים וכהנים אסורים לאכול טריפה מה"ת כמבואר מנחות (דף מ"ה) מ"מ הא אכילת כהנים אינו מעכב וקיי"ל דאף בנטמא בשר וחלב קיים זורק הדם לכתחילה כמבואר בפסחים (דף ע"ז) וברמב"ם פ"א הלכות פסולי המוקדשין ה' ל"ד. ועיקר הכשר הקרבן אינו תלוי באכילת הכהנים וע"כ אף בטריפה כשר הקרבן למזבח מה"ת וממילא בספק תלינן לקולא כמו כל ספק דרבנן ולכן אינו מקפידין הבעלים בכל קרבנות להשתדל שלא יהי' טריפה ולהשקותן סמוך לשחיטתן משום דהא אף כשיוודע דיש בהם סירכא המטרפת ג"כ לא יהיה נפסלים לקרבן ולהכי נקט הש"ס פרה של זבחי שלמים דבשלמים דיש בהם העיקר אכילת בעלים בוודאי יהיה אסור לאכול אם ימצא סרכא המטרפת כמו כל ספק דאוריי' ע"כ משתדלין הבעלים להשקותן כו' ומזה ראי' לשיטת הרמב"ם דטריפה דמיפסל לקרבן אינו רק מדרבנן. ומתורץ קושיות הצל"ח ועיין בקצה"ח סי' ת"ו ס"ק א' מש"כ דרך אחר לתרץ קושיות רש"י ע"ש. ולדעתי נראה כמו שכתבתי:

טו

ונתבאר דאין ראי' מהרמב"ם דתמיד להחמיר אף בניתקת ע"י הכנסת היד וכה"ג באיזה מיעוך קל בעגלים הרכים וגדיים וטלאים משום דיש לפרש כוונת הרמב"ם כנ"ל דבקרבנות א"צ להשתדל ע"ז. רק משום הפשט העור והא דסיים הרמב"ם שם בתמיד דלכן השקו אותו שזה ממהר להפשיטו כמו דנתבאר בביצה כו' אף דהתם כתב דזהו משום סירכא עכ"ז עיקר הענין עולה לקנה א' דזהו הכל לרכך הבשר והעור וממילא נתרכך ג"כ הסרכא בכללן ואתי שפיר דברי הרמב"ם הנ"ל בעז"ה וידעתי דיש מקום לומר ג"כ דכוונת הרמב"ם הוא כאן בתמיד לפרשו דקאי ג"כ על סרכות הריאה דיהי' נפשטים בקל מעל הריאה וכפי האמור בביצה ואז הי' אתי שפיר דמיונו שכתב דזהו כמו דנתבאר בביצה אבל באמת ז"א דהא לא הזכיר שם בתמיד כלל מן סרכות ודוחק לומר דכיון דכתב כמו דנתבאר בביצה. ע"כ קיצר בדבר וסמך על המעיין שמה דאכתי תקשה במש"כ הרמב"ם בספרו הגדול יד החזקה בפ"א ה' תמידין ה' ט' דהי' משקין אותו בכוס של זהב כדי שיהא נוח להפשיט ושם לא סיים להך דביצה ואיך קיצר כ"כ שם

וע"כ כוונתו שם להקל הפשט העור וכן מורה הלשון שכתב דיהא נוח להפשיטו וקאי על גוף הקרבן דהזכירו מתחלה וע"כ העיקר כמש"כ לעיל בכוונתו:

ענף ד

טז

ועכשיו דנתבאר דאין ראי' מסתירת הרמב"ם להחמיר ממילא יש להביא ראי' להקל מן שיטת הערוך דהובא בספר בית אפרים בספרו שפת אמת שם שכתב דלכן השקו התמיד כדי שיהי' נפרד הריאה מהצלעות ומהלב בעת ששותה לפי דהצמיאה מדבקת הלב והצלעות להריאה. ע"ש וא"כ תקשה עליו קושיות הר"ר שמואל דהובא בב"ח סי' תצ"ז באו"ח דאיך מערימין בזה וע"כ מוכח דס"ל ג"כ כמו דנתבאר לעיל דכיון דנפרדת בקל הסרכא המדבקת הריאה להלב והדופן ממילא מוכח דלא הוי רק ריר בעלמא וזהו משום דהערוך מייתי שם הגמ' דביצה דסרכא דמשכא ובפי' הראשון מפרש כפי' רש"י שיהי' נוח העור להפשט כו' ובפי' השני מפרש משום ריאה ועיין בהגר"א זצ"ל ביו"ד סי' ל"ט הנ"ל דמפרש להוכיח מזה דסרכא הניתקת ע"י הכנסת היד כשירה משום דס"ל דדוחק לחלק דשאני היכא דנפרדת ממילא הריאה מהסרכות בעת ששותה הבהמה להיכא דאינה נפרדת רק ע"י סבה דמעשה יד הבודק כמו בהכנסת היד או במיעוך כמבואר שם וע"כ ס"ל דאין לחלק בכ"ז משום דאי נימא דלא מהני כ"ז א"כ גם בניתקת ממילא ע"י השקאה בלא שום מעשה ג"כ לא יהי' מהני קושיות הר"ר שמואל הנ"ל. וס"ל להגר"א זצ"ל דכיון דמצינו בש"ס להקל בניתקת הסרכא ומתפרדת הריאה מן דבוקה ללב וצלעות מאיזה סיבה ע"כ מוכח מזה דאי תלינן בריר בעלמא דממילא היא כשירה לפי דכל זה הוי הוכחה לנו דלא הוי רק ריר בעלמא וכשירה א"כ לשיטת הערוך דס"ל כמו כן בהשקו את התמיד דהיו משקהו כדי להפריד הריאה מן הלב שלא יהי' מדובקים:

והתם הא הוי טלאים דכל השנה מקרי טלה בלשון חז"ל ומסתמא כן הי' נקרא בשם טלה אז לכל וכמש"כ התב"ש. ועוד דגם לפי המנהג של התב"ש דכתב דזה תלוי במנהג המקומות דיש עד ה' או ו' חדשים א"כ ה"ל להש"ס לחלק דלא הי' צריכין להשקות התמיד רק בהגיע לגדלות וכ"ז דנקרא בשם טלה לאנשי הארץ לא הי' צריכין להשקותו וכקושיות הר"ר שמואל הנ"ל ומדלא חילקו מוכח דס"ל דאף בטלאים הרכים בניתקו הסרכות מאיזה סיבה קלה תלינן אף בהו ברירא בעלמא וכשירות:

יז

ולפ"ז מוכח מן שיטת הערוך דאף בעגלים הרכים וטלאים בניתקו ע"י הכנסת היד וכעין זה באיזה סיבה קלה דתלינן דהוי רק ריר בעלמא וע"כ יש לסמוך על שיטת הערוך ולהקל אף בעגלים וטלאים באיזה מיעוך קל משום דאי הי' סרכא גמורה לא הי' ניתקת

ע"י איזה סיבה קלה וגם פי' הראשון של הערוך דפי' דזהו משום הפשטת העור לא פליג ע"ז וכן פי' הרע"ב בתמיד פ"ג משנה ג' רק דס"ל כשיטת רש"י דסוף ביצה בפשט הגמרא דלאו משום סרכות הי' משקין רק כדי להקל פשוט העור אבל בפי' השני דס"ל כשיטת הרי"ף דמשום סרכות היו משקין א"כ ה"ה בהשקו התמיד הי' משקין משום זה כמש"כ הערוך ואף להרמב"ם דפי' דהי' משקין התמיד משום שיהי' בקל הפשט העור ולא כמו שכתב בסוף ביצה הא ביארתי דלשיטתו הי' מוכרח לפרש כן בהך דתמיד משא"כ הערוך ס"ל כשיטת רוב פוסקים דס"ל דטריפה פסול מה"ת לקרבנות וכמש"כ התשב"ץ והריב"ש והכ"מ הנ"ל א"כ אינו סתירה מהרמב"ם להך דינא ע"כ יש לנו לסמוך על היסוד הגדול דיש להוכיח מן הערוך דבניתקת בקל תלינן ברירא אף בעגלים הרכים וטלאים אך המיעוך דכתב הרמ"א דלא מהני בעגלים כו' זהו משום דזה גרע מסרכא הניתקת ע"י הכנסת היד והגבהת אצבע ובאמת מוכרח לומר דהרמ"א ס"ל דמיעוך הנהוג גרע מהך דהשקו התמיד אבל במה דהניתקת ע"י הכנסת היד והגבהת אצבע וכיוצא בזה מוכח לפי פי' הערוך דאף בטלאים ועגלים הרכים תלינן ברירא ואין ע"ז שם סירכא המטרפת כלל וכבר נתבאר דמן פי' הרמב"ם בהך דהשקו את התמיד אינו ראי' לסתור זה וכן י"ל ברברי הרע"ב בתמיד פ"ג משנה ד' והמפרש במסכת תמיד שם ג"כ כנ"ל ועיין בב"י סי' ל"ט דכתב באופן א' דכ"ע. ס"ל להקל בסרכא הניתקת ע"י הכנסת היד ונענוע ע"ש והא דהעירותי לעיל מהא דהשקו התמיד בכוס זהב ולא בכוס שייש. י"ל דס"ל כמש"כ הראב"ד בתמיד פ' ד' דדוקא בחמימי חמים המתכת ובקרירי קריר כמו בב"ב (דף י"ט) וקצרתי:

יח

וכן מוכח ממה דכתב המחבר בסתמא להקולא דמועיל הכנסת היד או הגבהת אצבע ולא מחלק דבעגלים הרכים ובטלאים לא מהני קולא זו דהא מצינו בסי' נ"ז סעי' א' גבי דרוסה דמחלק המחבר שם בין גדיים וטלאים לגסות כמבואר שם וזהו מגמ' חולין (דף נ"ג) [והא דסי' ל"ה סעי' ח' דאי' שם בהגהת הרמ"א בשם יש אומרים דבגדיים וטלאים כו'. והמחבר דלא חילק שם בזה ס"ל באמת דלא כהי"א ועיין בפר"ח שם דכתב באמת דלא סמכינן על הנך י"א]. הרי דמצינו דהמחבר בעצמו מחלק בין גדיים וטלאים היכא דהוי החילוק ביניהם א"כ ה"ה אם הי' החילוק אף בנתקו הסרכות בהכנסת היד או בהגבהת אצבע בין טלאים ועגלים הרכים ובין גסות הי' להמחבר לחלק בפירוש ביניהם אלא הרמ"א כתב כן לחלק גבי קולא דכתב למעך בסרכות דבגדיים וטלאים ועגלים לא עבדינן כן אבל המחבר סתם ולא כתב לחלק בקולא דילי' ביניהם וע"כ מוכח כמש"כ

לדון כן מן הערוך דאף בעגלים סמכינן על קולא דניתקת בהכנסת היד או הגבהת אצבע וכנראה מלשון הרמ"א דכתב דהסרכא רכה ומתנתקת ע"י מיעוך בעגלים. ומשמע דהיכא דמתנתקת שלא ע"י מיעוך דגם בעגלים וכו' תלינן ברירא וכשירה וראיתי ביו"ד סי' ל"ט בפתחי תשובה ס"ק י"ב שכתב להסתפק ולהכריע דבעגלים וכו' לא מהני אף בניתקת ע"י הגבהת אצבע וכו' ולפי ענ"ד נראה דיש להקל בזה:

יט

ועיקר היסוד הזה הוא לפי דברי הגר"א זצ"ל דכתב ראי' לדברי המחבר שכתב דמכניס ידו ואם נתפרקה כשירה דהמקור לזה הוא מהך דביצה כנ"ל ולכן כיון דבהך דהשקו את התמיד פי' הערוך דהי' משום סרכות א"כ שפיר מוכח מזה דאף בטלאים דייניין כן אך הרמ"א דפסק דאין למעך סירכות בעגלים וכו' זהו משום דס"ל לחלק בין הך דביצה להמיעוך שנהגו ובאמת אין סברא לומר דהרמ"א הוציא דינו להקל בהמיעוך מהך דביצה משום דיש לחלק בפשיטות ביניהם וע"כ אין סברא כלל לומר דמה דהקילו בהקולא דמיעוך דהוציאו כן מהך דביצה אך למה שהקילו בניתק ע"י הכנסת אצבע וכיוצא בזה שפיר הסברא נותנת דהוציאו כן מהך דביצה וכמש"כ הגר"א זצ"ל כנ"ל ולכן שפיר כתבתי לדון לפי פירוש הערוך דגם בהך דהשקו את התמיד דיש להוכיח דגם בטלאים דייניין כן וכנ"ל בארוכה:

ענף ה

כ

והנה כבר הבאתי בשם הרשב"א דלהסוברים אין סרכא בלא נקב יש להסתפק בכל סרכא המטרפת דילמא לא אינקב רק קרום העליון והובא בתב"ש סוף סי' ל"ט וכמש"כ במק"א בשם התוס' והרא"ש חולין (ד' י"א) בגבינות דהוי ספק ספיקא ספק שמא לא הוי כלל בשם טריפה אף מהיום ואת"ל דנטרף אכתי איכא לאסתפוקי דילמא לא נטרף עד היום וכן מבואר ביו"ד סי' פ"א סעי' ב' וכעין זה מבואר בפרי מגדים בפתיחה לסי' ל"ט דלהסוברים אין סרכא בלא נקב הוי ספק טריפה דילמא ניקב רק עור העליון רק למאן דס"ל דסרכא טריפה הוי משום דסופו להתפרק הוי וודאי טריפה ע"ש וכן הסברא נוטה דהא הראשונים הרשב"א והר"נ וש"פ כתבו בטעם הטריפות ע"ש סופה דתתפרק אף דעדיין לא ניקבה ונתפרקה מ"מ מטריפין ע"ש סופו דכל העתיד להנקב כניקב דמי א"כ אם הי' ספק אי תתפרק לאח"ז או לא א"כ לא מקרי עתיד להנקב להיות נטרפת ע"ש סופו כיון דזהו גופה ספק לנו אם עתיד להתפרק בוודאי אי לא ע"כ כ"ז דלא נתפרק לא הי' לנו להטריף וע"כ מוכח דאמרינן דסופו להתפרק בוודאי וכן יש להוכיח מן מש"כ הרשב"א לחולין (ד' מ"ו) בד"ה הני תרתי אוני דסריכי אהדדי כו דהקשה דריאה הסמוכה

לדופן וליכא מכה בדופן ולא העלתה צמחין אמאי טריפה לטעם דסופה להתפרק דשמא תתפרק מצד הריאה. ותירץ דיותר עשוי להתפרק מצד הריאה לפי שקרומה רך כו' ע"ש. אלמא דמן הספק שמא תתפרק מצד הדופן ולא מצד הריאה אין להטריף כמו דהקשה הרשב"א והוכרח לתרץ דיותר עשוי להתפרק מצד הריאה כנ"ל. א"כ לשיטת הרשב"א והתוס' וש"פ דס"ל להטריף סרכות משום שמא תתפרק הוי זה מצד וודאי טריפות:

כא

והנה ראיתי בלבושי שרד סי' ל"ט ס"ק ר"ו. שכתב בשם הפרי תואר ס"ק ד' שכתב דאף להסוברים דטעם סירכא הוא משום דתתפרק אינו רק ספק טריפה דשמא תתפרק מהאמצע ולמאן דס"ל אין סרכא בלא נקב הוי ספק נקב כו' והחליט שם לדינא דכל סרכות אינם אלא ספק טריפה ובעיקר הענין תמהני על הל"ש דאיך לא הביא שם שיטת הר"נ דכתב להדיא בסוגיא דריאה הסמוכה לדופן דהך מילתא אי הוי סרכא ספק טריפה או וודאי טריפה תלוי זה במה דפליגי רב נחמן עם אבימי שם (ד' מ"ח) דרב נחמן דס"ל ריאה הסמוכה לדופן אין חוששין לה. ס"ל דהא דאמרו אין סרכא בלא נקב אין זה רק ספק נקב. וע"כ בריאה הסמוכה לדופן הוי ס"ס ספק שמא מן הדופן ואת"ל מן הריאה אכתי ספק דילמא לא ניקב ואבימי דס"ל אחד זה ואי זה חוששין לה טעמו דהא דאין סרכא בלא נקב זה מצד וודאי נקב וע"כ אין זה ס"ס. ע"ש בר"נ והעלה הר"נ שם לדינא כאבימי א"כ הרי דס"ל להר"נ דאי אין סרכא בלא נקב הוי וודאי נקב וטריפה מצד וודאי א"כ תמהני על הל"ש והפרמ"ג דלא הביאו כלל שיטת הר"נ הנ"ל:

כב

ואפשר לומר דאין ראי' מהר"נ משום דהא באמת מצינו ביו"ד סי' פ"א שהביא שם המחבר לדינא שיטת התוס' והרא"ש דפ"ק חולין (ד' י"א) שכתבו גבי גבינות לדון ס"ס באם נטרף מסרכות אלמא דס"ל למפסק להלכה דסירכא המטרפת אינו רק ספק טריפה וע"כ צירפו זה לס"ס ואילו שיטת הר"נ והרשב"א בפ"ק דחולין גבי גבינות דאם נטרף מחמת סירכא אין לדון ס"ס רק הוי ספק א' שמא לא נטרף עד היום. והובא שיטת הר"נ והרשב"א הנ"ל בב"י סי' פ"א ע"ש. הרי דהר"נ ס"ל דסרכא הוי וודאי טריפה ובאמת לפמש"כ הר"נ בחולין (ד' מ"ז) גבי סרכות דכל נקב בריאה הוי ספק טריפה דילמא תעלה ארוכה ואיזה סתימה להנקב:

א"כ למאן דס"ל דסרכא הוי טריפה משום אין סרכא בלא נקב א"כ הוי ספק טריפה ומ"מ היכא דחזינן דעלתה הסתימה בסרכא שלא כסדרן על הריאה הרי דנסתמה באופן דלא מהני הסתימה א"כ אי אמרינן דאין סרכא בלא נקב אז הוי וודאי טריפה והך ספק דילמא לא ניקוב רק קרום עליון לא ס"ל זה להר"נ ויש להאריך בכ"ז ואכמ"ל וע"כ הר"נ

לשיטתי' אזיל משא"כ לדידן דקיי"ל ביו"ד סי' פ"א דכל הסרכות הוי ספק טריפה וכמו שכתב המחבר שם. ע"כ שפיר פסק הלבושי שרד לדינא דכל הסרכות הוי ספק טריפה אף למאן דס"ל דטריפה משום דסופו להתפרק משום ספק דלמא תתפרק באמצע הסרכא וכמש"כ הפרי תואר ובאמת הרשב"א דהקשה בסרכא לדופן דלמא תתפרק מצד הדופן ותירץ דיותר מצי להתפרק מצד הריאה לפי שקרומה רך כדהובא לעיל בשמו אזיל ג"כ לטעמי' דס"ל בגבינות דלא מצרפינן זה לס"ס משום דלמאן דס"ל דטריפה משום דסופו להתפרק כדס"ל להרשב"א לדינא הוי בוודאי טריפה משום דתתפרק מצד הריאה לפי שקרומה רך והוי וודאי טריפה אבל אנן לא ס"ל כשיטת הרשב"א גבי גבינות שפיר י"ל כמש"כ הפרי תואר [וספר פ"ת אינו ת"י כעת]:

כג

א"כ לפי פסק המחבר ביו"ד סי' פ"א גבי גבינות דכל סרכא המטרפת הוי רק ספק טריפה. א"כ היכא דנולד איזה ספיקא דדינא בסרכא אם לסמוך על הקולא המועיל בגסה או לא דיש לנו לדון ס"ס ספק א' שמא הדין הוא דאין לחלק בין גסות לעגלים בזה. ואת"ל דאין דינם כגסות עכ"ז הא בעיקר טריפות סרכא הוי רק ספק טריפה. א"כ הוי ספק ספיקא מעליא. ומה דהוי ס"ס בשם אחד או דאיני מתהפך כבר ידוע דלאו כ"ע ס"ל זה בפרט היכא דליכא למידן ספק הב' רק לאחר ספק א' כידוע וגם הא ספיקא דדינא שאני בזה וקצרתי וכמו דחזינן דהר"נ כתב לשיטת רב נחמן לדון ס"ס להקל בנסרך לדופן משום ס"ס הנ"ל ואף דידעתי דיש מקום לחלק דשא"ה בספק דלמא מן הדופן אזלא הסרכא:

א"כ הוי כמו ספק על ואת"ל על ספק דלמא לא דרס וכמש"כ החוו"ד בדיני ס"ס דהוי ספק בעיקר הריעותא ע"ש וה"ה הכא הוי ספק דלמא מן הדופן א"כ לא איתרע כלל הריאה משא"כ בעגלים דאף דנימא שמא דינם כגסות. אכתי מקרי ריעותא כיון דהוי סרכא שלא כסדרן מ"מ הא כמה פוסקים ס"ל דלא חיישינן במה דלא הוי ס"ס משם א' ואינו מתהפך כמש"כ המהרי"ט והפר"ח והובא בכרו"פ סי' ק"י וגם הא הוי ספיקא דדינא דשאני וגם הא אין יכול לדון ספק ב' מקודם כנ"ל ובמק"א הארכתי בכ"ז:

כד

ועוד נלע"ד לדון בזה מילתא חדתא דאף דנימא דלטעם הטריפות בסרכא משום שתתפרק דזהו וודאי טריפה כמו שכתבתי בשם הרשב"א דכתב דיותר עשוי להתפרק מצד הריאה שקרומו רך. עכ"ז בעגלים הרכים דעיקר הטעם דלא מהני מיעוך בהא הוי משום דהסרכא רכה ומתנתקת ע"י מיעוך כמש"כ הרמ"א. ולפ"ז יש לדון דקלקלתו זהו תיקונו דמחמת דהסרכא רכה היא יש להקל בהו ביותר מכל הסרכות של גסות והוא כי הרשב"א לחולין

בסוגיא דריאה הסמוכה לדופן כתב להקשות לפמש"כ מתחילה דיותר עשוי להתפרק מצד הריאה לפי דקרומו רך א"כ כי איכא מכה בדופן וסרוכה לדופן אמאי כשירה הא מ"מ עשוי להתפרק מצד הריאה ותירץ דכיון דאיכא מכה בדופן גם אותו הקרום שבצד הדופן רך יותר מקרום הריאה ומשם היא עשוי להתפרק כו' עכ"ל הרשב"א בחידושיו לחולין א"כ לפ"ז יש לדון דבעגלים הרכים דהסרכא שלהן היא רכה. א"כ אפשר להסרכה להתפרק באמצע הסרכא וכמו במכה בדופן דתלינן דאתפרק בצד הדופן לפי דהמכה משווי' לי' רך. ה"ה בסרכת עגלים דלפי דהיא רכה א"כ יכולה להתפרק באמצע הסרכא א"כ לא שייך בזה לדון להך וודאי דכתב הרשב"א דיותר עשוי להתפרק מצד הריאה לפי שקרומו רך דז"א שייך אלא בסרכא של גסה דהסרכא היא חזקה ואצל הריאה היא רכה לפי שקרום הריאה הוא רך ע"כ מצוי ביותר להתפרק אצל הריאה וע"כ הוי וודאי טריפה להרשב"א משא"כ בעגלים דהסרכא היא רכה א"כ אף להרשב"א י"ל דלא הוי רק ספק טריפה דשמא תתפרק באמצע הסרכא מחמת רכותה:

כה

וידעתי דיש לומר ג"כ דבעגלים הרכים כמו דהסרכא היא רכה יותר מכל הסרכות. כמו כן הקרום של הריאה בעגלים היא רכה ביותר מכל הקרומים ומ"מ ז"א דהא חזינן בריאה הסמוכה לדופן ויש מכה בדופן אף דהעלתה צמחין הריאה מ"מ כשירה כמבואר בחולין (דף מ"ח) וכמש"כ הרשב"א שם (דף הנ"ל) והא בהעלתה הריאה צמחין יש מקום לומר דהצמחין משווי' להקרום של הריאה רך וכמש"כ התב"ש סי' ל"ט ס"ק ע"ד בשם הגמ' זבחים (דף צ"ד) דכיון דצרעת מגופה מחלחל להעור ומשווי' לי' רך כו' וכ"כ התב"ש שם ס"ק פ"ה ע"ש אלמא דאף מקום הריאה שהעלתה צמחין נעשה רך וכ"כ התב"ש שם בפנים ס"ק מ"ז וס"ק ס' ע"ש א"כ לפ"ז יש לעיין בריאה שהעלתה צמחין וסרוכה לדופן במכה בדופן דכשירה והא כמו דסברא לומר דתתפרק מצד הדופן לפי דהיא רכה במקום דבוקה לדופן כמו כן יש להסתפק דילמא תתרפק סמוך להריאה מחמת רכותה דהא כיון דהריאה העלתה צמחין משווי' למקום הריאה ג"כ רכה ואפ"ה מכשירים כמש"כ הרשב"א בחולין שם דאף בהעלתה צמחין כשירה בדאיכא מכה בדופן ולא אמרינן דלמא תתפרק מצד הריאה לפי דהיא רכה וע"כ מוכח דהיכא דהסרכא בעצמותה היא רכה במקום הדבוקה לדופן מחמת מכה בדופן אז מכשירין. משום דתלינן דתתפרק במקום רכותה ואף דבמקום דבוקה להריאה הוא ג"כ רכה. מ"מ כיון דהוי ספק באיזה מקום תתפרק אז כשירה דדוקא היכא דסופה להתפרק בוודאי במקום הריאה דהיא רך ומקום הסרכא אינה רכה. ע"כ ביותר מצוי להתפרק במקום הריאה והוי סופו לנקוב בוודאי

דכנקוב דמי משא"כ היכא דספק הוא באיזה מקום תתפרק כמו היכא דיש מכה בהריאה ובדופן ואף דהיא רכה בשני מקומות הללו ומ"מ כשירה א"כ ה"ה בסרכת עגלים הרכים דאי נימא דהיא רכה א"כ אין סופה להתפרק דדילמא תתפרק במקום אמצע הסרכא דהיא רכה ולא הוי בזה סופו להנקב דיהי' כנקוב [ובוודאי אין סברא לומר דהא כשיגדל העגל יהיה עתיד להתפרק אז דהסרכא יהי' אז קשה. דזה בוודאי אין סברא לומר דהא עכשיו דקה היא ומה בכך דתגדל ויהי' אז סופה להתפרק הא זה בודאי אינו סברא לומר כן ועוד דדילמא תתפרק קודם שתגדל לא שייך בזה לומר כל העומד לנקוב כנקוב דמי ויש להביא הרבה ראיות לזה וקצרתי]:

כו

א"כ יש לדון להך טעם דסרכא טריפה משום דסופו להתפרק דז"א שייך בעגלים הרכים ומחמת קלקלתו דהסרכא הוא רכה זהו תקנתם לשיטה הנ"ל ואף דנימא דז"א סברא לדון להקל ע"י סברא זו בסרכא בעגלים הרכים בלא בדיקת מיעוך כלל כמו דסתמו בש"ס ופוסקים מזה ומ"מ יש לדון דלא הוי רק ספק טריפה בעיקר סרכא בעגלים הרכים דבזה בוודאי לכ"ע אף דנימא דלטעם דסופו להתפרק הוי בוודאי טריפה ודלא כהפ"ת וכמש"כ להוכיח מהרשב"א כנ"ל עכ"ז בעגלים הרכים שפיר יש לדון לקולת הפרי תואר הנ"ל דלא הוי רק ספק טריפה דילמא תתפרק באמצע הסרכות מחמת רכותה א"כ שפיר יש לדון ס"ס כנ"ל דדילמא דינה כמו גסה. ואת"ל דדינה כדקה מ"מ ספק דילמא עיקר הטרפות אצלה בהסרכא אינו טריפה דדילמא רק קרום העליון לבד ניקבה ולהסוברים משום תתפרק הא נתבאר דבעגלים הרכים אי נימא דמחמת רכותה היא מתנתקת. א"כ לפ"ז ממנ"פ יש לדון הקולא דדלמא תתפרק באמצע הסרכא דכיון דאתה באת להחמיר מצד דהיא רכה ומתנתקת ע"י מיעוך א"כ לפ"ז שפיר איכא למידק דאף דנימא דהוי סרכא מעליא עכ"ז אינו רק ספק טריפה דדילמא תתפרק באמצע ובזה שפיר כתב הפרי תואר סברתו הנ"ל א"כ הוי ספק ספיקא מעליא להקל ועוד י"ל דהא דסתמו דאף בעגלים הרכים טריפה ע"י סירכא של"כ להרשב"א. זהו משום דמספקא לן שמא הסרכא שלהן אינה רכה. והא דאמרו דהיא רכה אינו רק לחומרא א"כ מועיל בזה להרשב"א מיעוך ממנ"פ כנ"ל ועפי"ז יש לדון כן בכל סרכא המתנתקת ע"י מיעוך דכיון דהיא רכה ומתנתקת ע"י מיעוך א"כ י"ל דשמא תתפרק באמצע כיון דחזינן דהיא רכה להנתק ע"י מיעוך והא דכתב הרשב"א גופא להחמיר בכל סרכא דאין למעך והובא בש"ך סי' ל"ט ס"ק ל"ג ובב"י שם ומשמע דדינו כמו כל סרכא דס"ל להרשב"א דהוי ודאי טריפה י"ל דשאני דהא כתב הרשב"א שם דאין ראיה ממיעוך לפי דגוף הריאה ג"כ יכולה להמחות

ע"י המיעוך. א"כ ס"ל להרשב"א דהמיעוך אינו ראוי על רכות הסרכא משא"כ לדידן דדיינינן דהמיפוך הוי ראוי ולדידן דקיי"ל דמהני מיעוך בכל סרכות רק בעגלים מחמירינן משום דאמרינן דהסרכא היא רכה בטבעה. א"כ שפיר י"ל כיון דאף אם נימא דהוי סרכא מעליא ג"כ אין זה רק ספק טרפה א"כ יש להצטרף ספק זה ולדון ס"ס כנ"ל. ועיי' בנו"ב במ"ק סי' י"ב שכתב להקל גבי סרכא ממקום למקום דמקמיט דבעוברת ע"י מיעוך יש להקל משום דאין בכחה להקמיט ותפסק באמצע הסרכא עיי"ש, וקצרתי בכ"ז:

כז

ולכאורה יש להעיר במה שכתב המחבר ביו"ד סי' ל"ט סעיף ה' בנסתפק אם הסרכא כסדרן או לא דכשירה ומבואר ברשב"א סי' קע"ד דכשירה משום דתלינן בחזקת היתר ועיין בפר"ח דדן להחמיר בטעם הזה אכן לפי מש"כ הלבושי שרד דכל סרכא אינו רק ספק טריפה א"כ בנסתפקו אם היא כסדרן או לא יש להקל משום ספק ספיקא דלמא היא כסדרן ואת"ל דהוי שלא כסדרן אכתי ספק דילמא אינה טריפה דהא בכל הסרכות יש להסתפק כנ"ל ובאמת י"ל כיון דמקור דין זה הוא מהרשב"א ע"כ הוצרך לכתוב טעם זה משום דהא נתבאר לעיל בשם הרשב"א דגבי גבינות וגבי ריאה הסמוכה לדופן דסרכא הוי וודאי טריפה ע"כ אין לצרף זה לס"ס אבל לפסק המחבר בסי' פ"א גבי גבינות דכל סרכא הוי ספק טריפה כנ"ל א"כ שפיר יש לדון בזה ס"ס ובזה להחמיר לכ"ע משום דלא הוי ס"ס מתהפך ושם א' דהא אי נימא דלא הוי רק סרכא כסדרן. א"כ לא הוי ריעותא כלל כמו שכתבו האחרונים בטעם הדבר דמעמידין זה בחזקת היתר ולא אמרינן דהא איתרע החזקה ועיי' בתב"ש סי' כ"ט ושארי אחרונים מזה א"כ דומה זה שפיר לספק על ספק לא על:

ואת"ל על דלמא לא דרס וכמש"כ החוו"ד בסי' ק"י משום דהיכא דמספקא לן אי הוחל מעשה הטורף כלל הוי שפיר ס"ס מעליא אף בס"ס משם א' ואינו מתהפך. וכמו כן יש לדון במש"כ המחבר בסי' ל"ט סעי' ט"ז באמר הבודק כסדרן הי' והשני מכחישו דכשירה משום דמעמידין בחזקת היתר וע"ש ולפמש"כ יש לדון בלא"ה דזה מותר משום ספק ספיקא אלא י"ל דכתב טעם זה דנפ"מ מזה אף במכחישין זא"ז אם הי' נקב או. לא א"כ ספק ספיקא לא שייך בזה רק משום טעם דחזקת היתר שייך זה אף בהכחישו זל"ז נידון הנקב ויש להאריך בכ"ז:

כח

נחזור לענינינו דשפיר יש לדון להיתירא בעגלים הרכים ובטלאים דאף דאין ממעכין הסרכות בהו דמ"מ בניתקו ע"י הכנסת היד וכיוצא יש להתירם:

ואף דנימא דלפירוש הראשון של הערוך אינו כן מ"מ הא לפירוש השני של הערוך שפיר יש לסמוך להיתירא כנ"ל ואף דיהיה פלוגתא בדין בין שני הפירושים הללו מ"מ הא יש לנו ספק ספיקא להיתירא ספק א' שמא דינו בזה כמו גסות דבניתקו בקל דמותרות ואין לנו לפ"ז שום מקום להחמיר כלל ואת"ל כהפירוש בהך דהשקו התמיד דזהו משום הפשטת העור עכ"ז הא אף סירכא גמורה אינו רק ספק טריפה ואף לשיטת הסוברים דמשום דסופו להתפרק אתו עלה דהא נתבאר דבעגלים הרכים אף דנטריף הסירכא בהו מ"מ אינו רק ספק טריפה משום ספק שמא תתפרק באמצע הסירכא מחמת רכותה כנ"ל בארוכה וכבר נתבאר דאף דלא הוי ס"ס מתהפך וכו' ומשם א' מ"מ הא כיון דלא תוכל להתחיל הספק השני כו' וכדברי הש"ך בכללי הס"ס כנ"ל וגם זה מקרי ספק בעיקר הריעותא וכמש"כ החוות דעת בהך דספק על וכו' משום דהקולא של נתפרקו ע"י הכנסת היד זהו קילא מן קולא דמיעוך כידוע וגם הא הוי ספק ראשון ספיקא דפלוגתא השני הפירושים הללו של הערוך כנ"ל. ובס"ס דדינא י"ל דאף משם א' ג"כ מהני והחילוק פשוט הוא לחלק בזה וידעתי לדברי הפר"ח והת"ש ביו"ד סימן למ"ד והפרמ"ג שם בסימן למ"ד במשבצות ס"ק א' ובפרמ"ג בסי' ק"י בכללי ס"ס במחודשים סוף ס"ק ד' על הא דהחליד תחת המטלית. ויש לחלק והדברים ארוכים ועת לקצר ודעתי מסכמת להקל בנ"ד מכל הטעמים שנתבאר בעז"ה:

סימן י

נשאלתי בכבשים שנמצאו נפצעים מהם בחצר שאינו מחזיק כחצר המשכן ואינם יודעים אם ע"י זאב או ע"י כלב והדיר של הכבשים סמוך לכפר אשר יש שם כלבים ורחוק שני ווייארסט מן היער ונשאלתי לחוות דעתי מהו הדין של הכבשים:

א

תשובה בקצרה כי דעתי מסכמת להיתירא דמבואר ביו"ד סי' נ"ז סעי' י"ג בספק דורס או בקנה דאין חוששין וכמבואר בחולין (דף נ"ג) והטעם הוא משום דמוקמינן בחזקת היתר ובנ"ד יש עוד מעלת קורבא דהא הדיר הוא סמוך להכפר שיש שם כלבים ורחוק מן היער ואף שיש להסתפק בנ"ד ולומר רוב וקרוב הלך אחר הרוב אך זהו דוקא היכא דידוע דיש לפנינו הרוב המברר להיפך מן בירור דקורבא אבל היכא דאין ידוע לנו אם יש הרוב להכחיש את בירור הקורבא בזה אין לנו להסתפק כלל משום ספק רוב. ובכה"ג אזלינן בתר קורבא וודאית דיש לנו וע"ז נאמר אין ספק מוציא מידי ודאי. וכן ראיתי בתורת גיטין באה"ע סי' קל"ב שכתב כן דבספק רובא סמכינן על מעלת קורבא וודאית דיש לנו ע"ש וכן ראיתי מכבר בחמדת שלמה שכתב כן:

ב

וכת"ר כתב בשם רב א' דהחמיר בנ"ד מטעם דמצוי ביותר למתלי בזאב מבכלב ובאמת מבואר כן ביו"ד סימן נ"ז סעיף י"ג דתולין במצוי וכן מבואר בב"ב (דף כ"ד) דמצוי עדיף מן קורבא ע"ש:

ועכ"ז נלע"ד לדון להיתירא ובקצרה ע"פ דברי התוס' דנדה (דף י"ז ע"ב) בד"ה ואין שורפין כו' דלא חשוב חזקה וקורבא לגבי רובא אלא כפלגא ופלגא א"כ ה"ה בנ"ד דהא יש על הכבשים חזקת היתר דהא אף במקום ריעותא מחיים קיי"ל דמוקמינן אחזקת היתר וכמבואר בסי' נו"ן ובש"ך ויש לנו חזקת היתר בצירוף מעלת קורבא להיתירא על הכבשים וכיון דכתבו התוס' בנדה דקורבא וחזקה הוי כפלגא ופלגא נגד הרוב א"כ יש לנו ספק השקול בנ"ד דשמא נפצעו מהכלבים ואת"ל דנפצעו מהזאבים לפי דזהו מצוי ביותר והוי עדיין ספק השקול אכתי יש להסתפק עוד ספק שני ע"פ דברי התוס' בזבחים (דף ע"א ע"א) ד"ה אפילו אחת בריבוא כו' באה"ד דבהמה שנושאה זאב והרועה מצילה דהוי ספק שמא בשיני' טרפה והא אין דרוסה אלא ביד וכן הנץ שנושא כו' ע"ש:

א"**כ** לפ"ז אף דנימא דנפצעו הכבשים ע"י זאב עכ"ז אכתי ספק שמא בשינים טרפה ולא ביד א"כ ממילא יש לנו ספק ספיקא מעליא היינו ספק כלב וספק שמא טרפה הזאב בשיני', והוי כמו ספק לא על ואת"ל דעל שמא לא דרס כו' דאף דהוי ס"ס משם א' עכ"ז הוי ס"ס מעליא וכמש"כ הפוסקים וע"כ אף דנימא דמצוי ביותר להיות נפצעים ע"י הזאב מ"מ יש לנו ספק ספיקא לדון להיתירא:

ג

וראיתי בפרי מגדים לאו"ח סי' שכ"ה במשבצות בס"ק ז' שכתב להסתפק בקרוב וחזקה המסייע להקרוב ויש רוב נגדן אם אזלינן בתר רוב או בתר קרוב והדבר צריך תלמוד עכ"ל הפרמ"ג ותמהני על הפרמ"ג דלא הביא לדברי התוס' דנדה (דף י"ז) הנ"ל דכתבו להדיא דחזקה וקורבא חשוב כפלגא ופלגא לנגד רובא ובעיקר דברי התוס' הזה לדינא יש לדון עדיין. די"ל דהתוס' כתבו כן רק למ"ד דס"ל שם גבי דם הנמצא בפרוזדור דאין שורפין את התרומה אבל לר"ח דשורפין עליו התרומה והטעם הוא משום דרוב וקרוב הלך אחר הרוב כדאמרו בב"ב (דף כ"ד) א"כ מוכח דאף בקרוב וחזקה ביחד המסייעים להדדי דמ"מ אזלינן בתר הרוב לפי דרובא מקרוב וחזקה. ועכ"ז שפיר כתבתי לעיל לדון לדינא דרוב הסותר לקרוב עם חזקה דהוי ספק השקול משום דיש לחלק דשאני התם בנדה דהוי רוב ומצוי כמבואר בב"ב (דף כד), א"כ נגד הקרוב יש לנו מעלת הרוב ומכריע לילך בתר הרוב דהא רוב עדיף מקרוב וכן נגד החזקה יש לנו מעלת המצוי דהא רוב וחזקה רובא עדיף [ועפי"ז יש להאריך בסוגיא דב"ב (דף כ"ד) בהא דאמרו שם רוב ומצוי

כו' וכולי סוגיא מזה וקצרתי] וכיון דלמ"ד דאין שורפין התרומה מוכח דרוב הסותר לקרוב וחזקה הוי ספק השקול ואין הרוב מכריע ע"כ אף לר"ח דס"ל דשורפין התרומה. י"ל דזהו דוקא התם דהוי מעלת רוב ומצוי ביחד משא"כ היכא דלא הוי רק חדא או מצוי או רוב דבזה י"ל דכ"ע מודו דאין הרוב מכריע נגד מעלת קרוב וחזקה ביחד ואין לנו להרבות במחלוקת ויש לדון בזה לפי מסקנת הגמ' בנדה שם דמסיק כאן מן הלול ולפנים וכו':

ד

וכן יש לדון לפי שיטת הריב"ש המובא בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ג דכתב בהא דקיי"ל דרובא עדיף מחזקה דאין זה רק בחד חזקה אבל בתרי חזקות לא אמרינן דרוב עדיף ומה שהקשה שם הנו"ב הנה במק"א כתבתי לתרץ קושייתו וכיון דבתרי חזקי אין מכריע הרוב לנגדם א"כ ה"ה דאין הרוב מכריע להקרוב והחזקה דהא קרוב עדיף מן חזקה וכמו שהוכחתי בספרי נחל יצחק בסי' מ"ו סעי' ד' א"כ כיון דהיכא דהרוב מכחיש לתרי חזקי הוי זה לספק השקול ע"כ ודאי היכא דהקרוב והחזקה סותרין להרוב ודאי דה"ל ספק השקול וע"כ שפיר כתבתי לדון ספק ספיקא להיתירא בנ"ד ועוד דהא בענין פציעת הכבשים בנ"ד מצוי ג"כ דיופצעו משום הכלבים ג"כ וכמש"כ כת"ר א"כ אין לנו מעלת מצוי כלל בנ"ד, ואף דיש להסתפק עדיין דשמא יש זאבים הרבים ביותר מן הכלבים באותו המחוז. מ"מ כיון דזה אינו ברור כ"כ רק דמספקא לן בזה. ע"כ ממילא יש לסמוך על מעלת קורבא וכמש"כ התורת גיטין בסי' קל"ב הנ"ל:

ובפרט במקום חזקת היתר המסייע למעלת הקורבא וע"כ דעתי מסכמת להיתירא בנ"ד וכמש"כ כת"ר ויש להאריך בכ"ז והוכרחתי לקצר כעת:

סימן יא

נשאלתי ע"ד מה שאירע בקהילתו אשר קצב א' שחט שני שוורים גדולים פטומים אוקריינער מחיר כ"א סך תשעים רו"כ ויותר משקל כ"א ערך ששה עשר פוד ומחצה ויותר וקצב השני שחט שור א' קטן ופרה אחת מחירה שלושים ושבעה רו"כ משקלם שנים עשר פוד. בעד האברים הפנימים הגדולים לקחו עבור כל א' שמונה עשר רו"כ. ובעד האברים הפנימים מהשור הקטן והפרה ביחד לקחו סך שבעה עשר רו"כ וזולתם לא נשחט בלילה אז ומכרו כל ההמסות שלהן לאדם אחד ולמחר לעת ערב הביאו לפני כת"ר כל ההמסות שנים מהם גדולים ועבים ושמנים ביותר ושנים קטנים דקים וכחושים והנה בהמסס גדולה ועבה ושמנה מצאו מחט וקורט דם ונקב מפולש ותפירה סביב הנקב. והשו"ב המובהק ראש השו"ב אמר כי הוא מכיר היטב אשר זה ההמסס הנטרף

הוא מהשוורים הגדולים נראה וניכר לעין כל אשר ההמסס הנטרף הוא מהשוורים הגדולים וכן העידו שני קצבים בקיאים כי בוודאי ההמסס הנטרף הוא מהשוורים הגדולים שמכירים בעובה וגדלותה ושמוניתה והורה כת"ר כי שני השוורים הגדולים טרפה והפרה והשור הקטן כשרים ואח"ז עמדו מערערים והתירו גם השוורים הגדולים לפי שאמרו כי שמעו מאיזה קצבים שאי אפשר להכיר בזה א"כ גם הפרה והשור הקטן הם בכלל הספק ודייניגן בזה על כל א' דכל דפריש מרובא פריש כיון דלקחו הבע"ב את הבשר קודם שנודע הספק והאריך כת"ר לבאר סברתו בטוב טעם ובקצרה הוא כי הרי נראה וניכר לעין כל שהמסס הגדולה והעבה והשמנה הוא מהשוורים הגדולים והפטומים. כי מי יאמר להיפך אשר זה מהקטנים. וגם הא אומרים שנים כי מכירים בטבע אשר ההמסס הנטרף הוא מהשוורים הגדולים והפטומים וכמבואר ביו"ד סי' פ"ו גבי ביצים. ומה שמבואר בשו"ת מהר"י בן לב ח"ג סי' מ"ה דהיכא דשני עדים מעידים דמכירין אותו בטב"ע דזהו בעלה וכולהו בני מתא דילי' אינן מכירין אותו דלא מהמנינן להני תרי סהדי דמעידין דמכירין אותו בטב"ע:

זהו לפי שכל בני מתא היו מכירין את האיש הזה שאנו דנין עליו בחיים חיותו וכעת אין מכירין אותו משא"כ כאן כו':

זהו קוטב דברי כת"ר וביקש ממני לחוות דעתי:

א

לענ"ד נראה דיפה הורה כת"ר כיון שמכירים את ההמסס בטב"ע דזהו משור הגדול ואף טב"ע כל דהו מהני כמבואר בתוס' חולין (דף צ"ו) וכפי שהאריך בזה הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ט ובמ"ת ח' אה"ע סי' ס"ב יע"ש והנה הב"י ליו"ד סי' ס"ג הביא בשם הרשב"א והר"נ לחולין (דף צ"ו) דלא מהני טב"ע אלא בחתיכה ששבעתו העין אבל לא שבעתן העין לא וכמו שאמרו בב"מ (דף כ"ג) גבי מציאה שסבור להיות מכיר ואינו מכיר וכ"כ הש"ך ביו"ד סי' ס"ג ס"ק ז' דבעינן דווקא שראה אותן מתחלה היטב וכ"כ הנו"ב שם. מ"מ נלענ"ד דלהחמיר כמו בנ"ד יש לחוש דמהני טב"ע אף היכא דלא שבעתן העין והוא דהתוס' בב"מ (דף כ"ד ע"א) בד"ה ומודה ר"ש בכלים ששבעתן העין כו' כתבו שם להוכיח דרבנן דר"ש ס"ל דאף בלא שבעתן העין חייב להכריז וראי' לזה מהא דב"מ (דף י"ט) דמהני טב"ע בגט. וגט לא שבעתו העין כו' א"כ תקשה למה דקיי"ל כר"ש דבלא שבעתן העין אינו חייב להכריז וכמש"כ הרא"ש וכמבואר בח"מ סי' רס"ב:

א"כ אמאי מהני טב"ע בגט וכמבואר באה"ע סי' קל"ב ובהראשונים דהא גט הוי לא שבעתן העין וכמש"כ התוס' כן בפשיטות ומצאתי בחידושי אנשי שם למהר"ש מטיקטין

סביב הנימוקי יוסף לב"מ פ"ב בסוגי' דלא שבעתן העין שהקשה על מה שכתב שם הנ"י דהלכה כרשב"א דא"כ לפ"ז אמאי מהני טב"ע על גט לפי דברי התוס' הנ"ל דגט הוי לא שבעתן העין ונשאר בקושיא:

ב

ובעיקר מילתא נלענ"ד דמוכח באמת דגם בלא שבעתן העין מהני טב"ע וכמש"כ התוס' בסברתם בפשיטות דגט מקרי לא שבעתן העין ולא מצינו חולק בפירוש על סברת התוס' הנ"ל וע"כ מוכח דמה דקיי"ל לדינא במציאה אשר לא שבעתן העין אינו חייב להכריז. דהטעם הוא שם כיון דהוי כלים חדשים שלא שבעתן העין אמרינן דמסתמא אינן מכירין אותן הבעלים שלהם והם בחזקת שאינן מכירין אותן ע"כ אינו חייב להכריז דמסתמא אין להבעלים שלהם שום טב"ע וכן נראה מלשון הרמב"ם פ' י"ד ה' גזילה ואבדה אבל היכא דהבעלים בפנינו ואומרים דמכירין אותו בטב"ע אז מהני בהו הטב"ע אף בלא שבעתן העין ולפ"ז יש להעיר באמת בעיקר ראיות התוס' בב"מ הנ"ל שהוכיחו דרבנן פליגי על רשב"א בלא שבעתן העין מהא דמהדרינן גיטא בטב"ע דלפי מה שכתבתי אין הכרח לראייתם. אך התוס' לא נחתו לחלק כן אך לדינא למאי דקיי"ל בח"מ סי' רס"ב כרשב"א דבלא שבעתן העין אינו חייב להכריז וגם קיי"ל באה"ע סי' קל"ב דמהני טב"ע בגט דע"כ מוכח דמחלקינן ע"פ הסברא שנתבאר וזהו פשט הגמ' דב"מ שם (דף כ"ג ע"ב) דבלא שבעתן העין לא קים לי' בגוייהו ולא מהדרינן לי' דזהו כיון דלא קים לי' בגוי' ה"ה בחזקת שאינו מכירו דהוי כמו דבר שאין בו סימן דאינו מכריז כן י"ל לפי סברת התוס' דגט הוי דבר דלא שבעתו העין ואחר כותבי זה ראיתי בספר משכנות יעקב ח' יו"ד סי' ל"ה שהעיר כן והעלה לדינא דגם בלא שבעתו העין מהני טב"ע ואף דלדינא ולהקל ע"י זה קשה לסמוך על זה לפי דזהו נגד הר"נ והרשב"א בחולין כנ"ל וכן מורה פשט דברי הר"נ בחי' לב"מ (דף ק"ג והנימוקי יוסף שם. מ"מ להחמיר כמו בנ"ד בודאי יש לחוש ולדון דיהא מהני טב"ע גם בלא שבעתן העין כמו דמהני בגט וכמש"כ התוס' בסברתו שוב מצאתי בתוס' רע"א זצ"ל למשניות בב"מ פ"ב אות י"ז שהעיר ג"כ על דברי התוס' בב"מ הנ"ל ע"ש:

ג

ומה שכתב בת' מהר"י בן לב בסי' מ"ה בח' ג' דלא סמכינן על טב"ע דמעידין ב' עדים היכא דכל בני העיר אומרים דאינן מכירין אותו זהו משום שבאמת היו כולם מכירים אותו בחיותו ועכשיו אומרים דאינן מכירים אותו הוי זה שפיר כמו דבר הגלוי לכל ולא סמכינן אהנך ב' סהדי וכמו דשקיל וטרי שם ביבמות (דף פ"ח) משא"כ הכא בנ"ד בהכרת ההמסס דאינו מוטל על כולם להכירו בטב"ע ע"כ אם יש ב' עדים האומרים

דמכירים אותו בטב"ע בוודאי סמכינן עליהם להחמיר וגם למי שיראה בגוף תשו' מהר"י בן לב שם יראה דזה גופא לא הוי ברירא ליה רק כתב בלשון א"נ אפשר כיון דכל בני מתא אין מכירין אותו כו' וע"כ להחמיר כמו בנ"ד שפיר יש לחוש כיון דזה אינו ברור כ"כ וגם ע"א המעיד על טב"ע לברר איזה מהתערובות נאסר נאמן וכמבואר בתוספתא דפסחים ס"ו פ"ה דחמשה שנתערבו פסחיהן נאמן א' מבני החבורה לומר דפסח זה של אותה חבורה הוא. אף דיש נגדו הרוב לדון על כ"א דזהו מרובא ועפ"ז העירותי מכבר על דברי הנו"ב בסי' ס"ט ובדברי הפני יהושע לקידושין (דף ס"ג) יע"ש והדברים ארוכים ואכ"מ:

ד

אך באמת אין אנו צריכין לכל זה בנ"ד דהא כיון דהמסס שנטרף הוא המסס גדולה ורחבה ושמנה א"כ הוא בוודאי מהשוורים הגדולים דאין סברא לומר כלל דההמסס העבה והגדולה והשמנה הוא מהשור והפרה הקטנים וההמסס הקטן והכחוש והדק יהי' מהשוורים הגדולים דאין זה מן הטבע כלל כי בוודאי האברים הם לפי ערך הגוף כדמצינו כעין זה בבכורות (דף מ"ד ע"א) דגופו גדול מאבריו או קטן מאבריו חוטמו קטן מאבריו או גדול מאבריו ה"ז מום הרי עפ"י הטבע מדת האברים הם לפי מדת הגוף ואין סברא לחלק בזה בין איברים הפנימים לאברים החיצונים וכעין זה מצינו בחולין (דף מ"ד ע"א) בתוס' ד"ה כדי תפיסת יד כו' וברא"ש לחולין פ"ג סי' ה' וסי' יו"ד וביו"ד סי' כ' סעי' ב' וסי' ל"ד סעי' ד' ובסי' מ"א סעי' ב' ובסי' מ"ו סעי' ה' ובסי' נ"ה סעי' ב' דמשערינן בהו בגדול לפי גדלו ובקטן לפי קטנו הרי מבואר דגם באברים הפנימים משערינן הכל לפי גדלותו וקטנותו כי הוא הטבע מצד הבריאה וע"כ אין סברא לומר דההמסס הגדול הוא מן הקטנים וההמסס הקטן והדק והכחוש הוא מהשוורים הגדולים העבים והשמנים. ובאמת אין אנו צריכים לראיות על כל זה. כי האמת ברור ופשוט כי הנכון עם כת"ר דאסר לשני השוורים הגדולים והתיר להשור הקטן והפרה ודברי הרבנים המערערים בטלים המה ואין להאריך בזה יותר:

סימן יב

מה שהשבתי לרב גדול א':

א

מה שהקשה כת"ר בנדה (דף ט"ו) בתוס' ד"ה לא שהתה כו' בסה"ד שכתבו דהראשון לא אכל אלא חצי' וכשאכל השני' הי' עדיין ב' החתיכות לפניו וכעין זה מתרץ הירושלמי באשה רבה עכ"ל התוס' והקשה כת"ר דא"כ לא הוי איקבע איסורא דהא יש להסתפק שמא החתיכה הגדולה הוא ההיתר א"כ בטלה חצי החתיכה האיסור ברוב היתר ע"כ

קוטב קושייתו יפה העיר וכעין זה כתב הרשב"א בתשובה סי' רע"ב והובא בפרמ"ג יו"ד בפתיחה להלכות תערובות פ"א. ולדעתי י"ל דמשכחת לי' באופן דלא מיבטל ברובא והוא באופן דיש ע"א במקום א' דאנו יודעין דמכיר את החתיכה האסורה וע"א נאמן באיסורין דבכה"ג לא מהני רובא דדינו כמו קבוע דכמעמ"ד דמקרי איקבע איסורא וכמש"כ הכרו"פ ביו"ד סי' ק"י ס"ק י"ב דאף באין העד לפנינו מ"מ כיון דיש ישראל יודע מזה ניכר האיסור קרינן בי' ואינו בטל ברוב ועיין בחוות דעת סי' ק"י ס"ק ג' ובבינת אדם שער הקבוע סי' ב' והדברים ארוכין ואכמ"ל ע"כ י"ל דהכא מיירי בכה"ג דבעת דאכל חתיכה א' הי' ידוע לנו דיש א' בעולם אז המכיר להחתיכה האסורה ועכשיו מת אותו האיש א"כ הא בעת שאכל לא הי' דינו להתבטל ברוב אז כן י"ל בזה:

ב

אך באמת יש להקשות קושיות כת"ר בהא דכריתות (דף י"ז ע"ב) בתוס' ד"ה מדסיפא בשתי חתיכות כו' שכתבו בזה"ל שהרי אמרינן לקמן א"ב כזית ומחצה דלמ"ד איקבע איסורא ליכא כו' א"כ משמע מזה דדוקא בכזית ומחצה דכיון דלא הוי בחתיכה שניי' רק חצי שיעור ע"כ לא מקרי זה איקבע איסורא וכמש"כ רש"י שם בד"ה לרבא ליכא מצות דפחות מכזית כמאן דליתי' דמשמע דאילו הי' בחתיכה שניי' כזית אף דהוי חצי מן חתיכה הגדולה קרינן בזה איקבע איסורא. וקשה הא דינו להיות בטל ברוב הכפל לכ"ע א"כ אין כאן איקבע איסורא וכמו שהקשה כת"ר על התוס' נדה. והנה בגמ' שלפנינו שם אמרו האי איכא בינייהו בין טעמא דרבא דבעינן מצוות ובין ר' זירא דכזית ומחצה א"ב לרבא ליכא מצוות לר"ז אפשר לברר ומן דברי התוס' נראה דאמרו בגמ' שם להך א"ב דלמ"ד איקבע איסורא ליכא ויש להאריך בזה בדברי התוס' הנ"ל ואכ"מ. ועיין בלח"מ פ"ח ה' שגגות ה"ב ובאמת יש להקשות כעין קושיות כת"ר גם על פשטות הסוגיא כפי גירסתינו דלרבא ליכא מצות בכזית ומחצה דמשמע דאם הי' עדיין כזית אף דאינו רק מחצה מן החתיכה השניי' כעין הך דכזית ומחצה דקרינן בזה מצוות וקשה הא כיון דיש להסתפק שמא הגדולה היא ההיתר ואז ממילא בטלה החצי החתיכה השניי' ברוב דהיתירא בכפל א"כ לא קרינן בזה מצוות כיון דהוי ספק שמא אין כאן איסור כלל משום דנתבטל ברובא:

ג

ובאמת לדעתי אין זה כלל דהא שם בכריתות אמרו דלרבא פטור משום דליכא מצוות. וכן לשי' התוס' הנ"ל דלמ"ד איקבע איסורא ליכא ולר' זירא אפשר לברור איסורו ע"י חצי זית הנשאר. א"כ ממילא אינו קשה כלל למה שהקשו דהא מיבטל ברוב כו'. דזה אינו דהא זה ידוע ומבואר דאיסור שיכולין להכירו אינו בטל ברוב וכמש"כ ביו"ד ס' ק"ב ס"ק

ח' בשם הרא"ה דכל היכא דניכר האיסור אין לו ביטול וכיון דאפשר להוציא האיסור מתוכו הוי כניכר האיסור כו' וכ"כ הפר"ח ליו"ד שם ס"ק ח' לחזק זה הסברא. וכ"כ הר"ן בסוכה פ"א (ד' רצ"ה ע"א) בד"ה וגרסינן עלה בגמ' כו' בזה"ל שאין לך איסור שאדם יכול להתירו ולעמוד עליו שיהא בטל כו' עכ"ל. ויש עוד מזה בכמה דוכתי וקצרתי ע"כ ה"ה הכא כיון דאמרו הכא בגמ' דקרינן בזה אפשר לברר איסורו לכן אין דינו להיות בטל ברובא כיון דאפשר לעמוד עליו דינו כמו ניכר האיסור ואינו בטל ברוב ועיין במג"א סי' תמ"ז ס"ק מ"ה ובנו"ב מ"ת ח' יו"ד סי' קפ"ו. כן זה ברור לפי דעתי ואף דעכשיו אינן יכולין לברר מ"מ כיון דבעת אכילה הי' אפשר לברר לא הי' אז דינו להתבטל ברוב וי"ל דמיירי בכה"ג וקצרתי ויש לדון עפ"ז בדברי הרשב"א בתשובה סי' רע"ב הנ"ל ובדברי הפרמ"ג יו"ד הנ"ל וכעת מצאתי בספר הפלאה לכתובות פ"א (דף ט"ו) ד"ה לא צריכא דקא אזלא כו' באה"ד שהעיר ג"כ על דברי התוס' כריתות הנ"ל במש"כ דבכזית ומחצה לא איקבע איסורא:

והא התם מטעם ביטול איסור הוא כו' ונדחק בזה כמו שיראה המעיין היטב ואין בכחי לבאר זה בארוכה. והעיקר הוא בכל זה כמש"כ. ועיין בירושלמי יבמות פ"ד ה"ב דאמרו תיפתר שהיתה חתיכה גדולה ואכל חצי' והניח חצי' והגהות ציון ירושלים שם הביא לדברי התוס' נדה (דף ט"ו) הנ"ל והעיר ג"כ כעין קושיות כת"ר על דברי התוס' נדה הנ"ל והעיקר כמו שכתבתי ב"ה:

ד

ומה שהעיר כת"ר להקשות על החוות דעת בסי' קפ"ה ס"ק א' באשה שהכשילה לבעלה באיסור נדות דאינה נאמנת לומר טהורה אני עד שתעשה תשובה אבל שלא בשעת ווסתה וכן לומר שטבלה נאמנת והקשה ע"ז מן סנהדרין (דף כ"ה) החשוד על הטריפות אין לו תקנה כו' דאמאי לא דיינינן בזה על החתיכה בשר שאנו לוקחין ממנו למיזל בתר רוב דרוב בהמות כשרות הן וע"כ מוכח דשאני בחשוד דחיישינן דבהמשך הזמן יכול להיות שיכשילנו. וה"ה בנ"ד זהו קוטב דברי כת"ר ולדעתי אין זה קשה דלא מיבעיא ביצתה נבילה מת"י דוודאי לא שייך הך רובא לדון שם. ואף דנראה דגם ביצתה טריפה מת"י ג"כ כתבו כן. ועכ"ז אינו קשה לקושיות כת"ר דהא הר"ן בחולין פ"ז בסוגיא דשולח לא"י גיד הנשה כו' בד"ה גרסינן בגמ' ההוא טבחא דאמר לחברי' כו' דכתב דבהוחזקו טריפה אסור לפי שרובן של כותים מן הטריפה לוקחין דמוזלי גבייהו עכ"ל הר"נ א"כ הך טעמא שייך ג"כ בחשוד למכור טריפות דלא שייך למיזל בתר רוב בהמות כשרות הן משום די"ל דהחשוד מהדר בתר טריפות משום דמוזלי גבי' ועוד דהא כמו דהי' התקנה

דלא לקנות בשר מא"י ולא אזלי שם בתר רוב וכמש"כ הרשב"א והובא בתבואות שור ליו"ד סי' ס"ג דאותו הטעם שייך ג"כ בישראל חשוד וע"כ אין ראי' משם לסתור לדברי החוו"ד:

סימן יג

נשאלתי באחד שקנה טאצין מצויירין בציור יפה מן אדון א' אם מותרין ע"י הגעלה דהא מבואר באו"ח סי' תנ"א סעי' כ"ד כלי עץ המצופים דינם כך"ח ויש הפסד בזה והעלה כת"ר דמותרין בהגעלה וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

א

תשובה בקצרה והוא דהא עיקר תשמיש הטאצין הוא להעמיד עליהם כוסות וכיוצא בו מן כלי שני ואף אם נשפך על הטאצין מן כ"ש אין לחוש וכמש"כ המג"א בס' תמ"ז סעי' ג' ס"ק ט' דאם נשפך מן כ"ש על צונן אין להחמיר כלל וכש"כ דאין להחמיר בטעליר אך כשהניחו עליו חתיכת בשר רותח בקערה יש להחמיר דדבר גוש דינו כך"ר כו' עכ"ל המג"א. ואף דהפר"ח ביו"ד סי' ס"ח ס"ק י"ח לא כתב כן מ"מ לדברי המג"א אנו שומעין דהא דעת הרבה פוסקים דכ"ש אינו אוסר וע"כ בכה"ג העיקר כהמג"א ואי דניחוש שמא הניחו איזה דבר גוש על הטאץ הא העלה החוות דעת בסי' צ"א ס"ק ה' דאף להסוברים דדבר גוש דינו ככ"ר עכ"ז אין זה רק לענין שמבליע ומפליט למה שלמעלה ממנו אבל מתחתון ודאי דאינו בולע דאף כ"ר ממש אינו בולע מתתאה כו' ואף דהטאץ נאסר ע"י הנחת דבר גוש איסור רותחת עליו עכ"ז אינו נאסר רק כדי קליפה משום דהא קיי"ל תתאה גבר ואדמיקר בלע כדי קליפה ומבואר במג"א סי' תס"ז בס"ק ל"ג דהא דאמרו אדמיקר לי' בלע אין זה רק חומרא בעלמא מדרבנן ע"ש. והובא בפרי מגדים ליו"ד במשבצות זהב סי' צ"א ס"ק ה' והביא כן בשם האו"ה כלל כ"ט דין ב' דקליפה בזה לא הוי אלא חומרא בעלמא מדרבנן:

ועיין בפרמ"ג שם בס"ק ז' ובשפתי דעת שם ס"ק ח' ואכמ"ל:

ב

והנה לפי הסוברים דאזלינן בתר רוב תשמישו וכמבואר באו"ח סי' תנ"א סעי' ו' וסעי' כ"ה ודאי דאין לחוש בנ"ד דהא בנ"ד הרוב תשמישן הוא ע"י כוסות וכיוצא בו דהבאתי בשם המג"א דכתב דאף אם נשפך מן כ"ש עליהם אין בזה חשש איסור ואף להסוברים דלא אזלינן בתר רוב תשמישן כמבואר שם. עכ"ז בנ"ד גם אינהו יודו להיתירא דהא עיקר מה דיש להחמיר הוא מצד דשמא הניחו איזה דבר גוש רותחת או אפשר איזה כלי ראשון ונשפך עליו הנה זולת דז"א שכיחא הא האיסור בזה הוא רק מצד חומרא בעלמא מדרבנן וכמש"כ המג"א והאו"ה. ע"כ אין לחוש לזה כיון דאין זה רוב תשמישן וכ"ע מודו בזה

דאזלינן בתר רוב תשמישן וגם הא לא נולד הספק עד אחר דהוי אינו בני יומן דלא הוי רק גזירה מדרבנן מעיקרו וע"כ הדין נותן למיזל בכה"ג בתר רוב תשמישן וספק דרבנן לקולא ועיין במקור חיים להגאון מליסא זצ"ל בסי' תנ"א ס"ק ה' מש"כ בשם תשובת מ"ע בטעם הסוברין דאזלינן בתר רוב תשמישו דזהו משום דאינו בני יומן הוי מדרבנן ע"ש ואף הסוברין להחמיר דלא אזלינן בתר רוב תשמישו היינו היכא דיש חשש דאורייתא בעת שנבלע בהכלי אבל בנ"ד דלא הוי רק חומרא בעלמא מדרבנן עיקר החשש בזה אין לנו להרבות במחלוקת ביניהם וע"כ יש לנו להתיר בהגעלה וכדין כ"ח היכא דאין לו עיקר בתורה דמהני הגעלה ג"פ וכמבואר ביו"ד סי' קי"ג ובירושלמי פסחים (פ"ג ה' א') ובשירי קרבן ד"ה ובלבד לאחר ג' תבשילין כו' ובירושלמי תרומות פ' י"א ה"ד ועיין במראה הפנים שם והובא בטור יו"ד סי' קכ"א ובבית יוסף שם וכ"ש בנ"ד דיש לנו רוב תשמישן להיתירא אין לנו לחוש למיעוט כיון דהחשש מיעוט אף דהי' כן אין זה אלא מצד חומרא בעלמא מדרבנן ע"כ מכל הלין טעמי הוי זה כדבר שאין לו עיקר בתורה דמתירין ע"י הגעלה ג"פ אף בכלי חרס וע"כ יפה הורה כת"ר להיתירא ע"י הגעלה ג"פ ומש"כ כת"ר לדון להיתירא ע"פ דברי הנו"ב מ"ת או"ח סי' ס"ו דחלב טמא אינו אוסר טעמו מה"ת משום דבאיסור עשה לא נאסר מה"ת טעם כעיקר ועיין כת"ר בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ג דהעליתי להוכיח דלא כהנו"ב בזה:

ג

ומש"כ כת"ר להעיר בהרמב"ם ה' מעשה הקרבנות פ"ח ה' י"ב שכתב מריקה בחמין ושטיפה בצונן כו' והשפוד והאסכלה מגעילן במים חמין ע"ג האש כו' דמשמע מזה דמריקה בחמין דאמר שם מתחלה אינו במים של כלי ראשון והטעם הוא דשאני היכא דהיתירא בלע וכעין הך דעו"ג ד' ע"ו דמסיק הש"ס בשם רב אשי לחלק דלכן אמרו בקדשים דהשפוד והאסכלא מגעילן בחמין ולא מלבנן משום דהתם היתירא בלע כמו כן ס"ל להרמב"ם לחלק דגבי קדשים המריקה בחמין סגי אף דלא הוי בכלי ראשון משום דשאני היכא דהיתירא בלע ומזה רצה כת"ר להוכיח דין מחודש בדיני הגעלה היכא דהיתירא בלע והאריך כת"ר בזה ולענ"ד נראה דלבד דמן הפוסקים נראה דאינו כן לדינא וכן מוכח בזבחים (ד' צ"ז ע"א) דאמרו ת"ר מריקה ושטיפה בצונן דברי רבי וחכ"א מריקה בחמין מ"ט דרבנן מידי דהוה אגעולי כו' ורבי כו' אלמא דהך בחמין דקאמרי הוא כמו הגעלה דגעולי מדין וכדין הגעלה דכלים דבלעו איסורא:

ד

וכוונת הרמב"ם במש"כ דמריקה בחמין והשפוד והאסכלא מגעילן בחמין ע"ג האש דמשמע דבקדירה דלעיל מיני' אינו כן נלע"ד כוונתו ע"פ דברי הטור יו"ד סי' קכ"א

סעי' ה' דיורות וקדירות מגעילן בכלי ראשון ונקרא כ"ר בעודו רותח אפילו אינו ע"ג האש וי"א דאם נשתמש בכלי בעודו ע"ג האש צריך שתהי' ההגעלה דוקא בכלי שהאש מהלך תחתיו והכי מסתבר עכ"ל הטור. והבית יוסף פירש דטעמו משום כבולעו כך פולטו ע"ש:

וכן ראיתי בהר"נ בשבת פ' כירה במשנה דהאילפס והקדירה שהעבירן מרותחין כו' שכתב כשיטת י"א הללו:

והנה הטור באו"ח סי' תנ"א כתב דכלי שנשתמשו בו ע"י האור לא סגי בעירוי שמערה מכ"ר עליו אלא צריך להכשירה בכ"ר כו' וכתב הב"ח שם דמשמע דאף בכ"ר שאינו ע"ג האש וקשה דהא ביו"ד הכריע הטור דבעי דוקא בכלי שהאש הולך תחתיו ונדחק ליישב זה ולענ"ד נראה דכוונת הטור הוא לחלק דשאני חמץ דמקרי היתירא בלע לשיטת הרבה פוסקים ע"כ סגי בהגעלה בכ"ר אף שאינו ע"ג האש משא"כ היכא דאיסור בלע החמירו בו דבעי כ"ר שע"ג האש ולפי מה שיבואר דברי הרמב"ם יהא מזה סייעתא לדברי הטור לחלק כן וע"כ לא סתרי דברי הטור אהדדי וקצרתי עכ"פ מצינו גבי הגעלה בכ"ר שכתבו לדון אם בעינן שיהי' עומד ע"ג האש או לא:

ה

והנה בעו"ג ד' ע"ו מסיק הגמ' דהא דשפוד ואסכלא מלבנן באור זהו היכא דאיסורא בלע אבל בקדשים דבלע היתירא אף בשפוד ואסכלא סגי בהגעלה בלבד ויש לומר דאף דסגי בהו הגעלה בלבד מ"מ כיון דתשמישו ע"י האש בלא רוטב כמו שפוד ואסכלא כיון דאם בלע איסורא בעי ליבון ע"כ אין סברא להקל בהו ע"י הגעלה בכ"ר שהעבירו מן האש. ובעינן דוקא שיהיו הגעלתם בכ"ר שהאש מהלך תחתיו ואף דנימא כשיטת הסוברים דביורות וקדירות שבשלו בהם איסור דסגי בהגעלה בכ"ר אף שאינו ע"ג האש מ"מ הנך דבעי ליבון בבלעו איסור שלא ע"י הרוטב אין סברא להקל בהו כ"כ דיהי' סגי הגעלתם בבלעו היתירא שלא ע"י הרוטב ג"כ ע"י כ"ר שאינו ע"ג האש ואין אנו יכולים לחלק שני דרגות חלוקים כ"כ ודי לנו לחלק ביניהם שלא להצטרך ליבון בהו. אבל עכ"פ בעינן הגעלה בכ"ר שע"ג האש אף דבלעו היתירא כיון דהי' תשמישן ע"י האש בלא רוטב:

ו

ולפ"ז י"ל דזהו כוונת הרמב"ם במה שכתב דמריקה בחמין כו' והשפוד והאסכלא מגעילן בחמין ע"ג האש דכוונתו דבקדירות שבישלו קדשים מריקה בחמין היינו דסגי בהו ההגעלה בכ"ר אף שהעבירו מן האש. וי"ל דס"ל כן דוקא בבשלו בהם קדשים דמקרי היתירא בלע וכמבואר בעבודת כוכבים (דף ע"ו) הנ"ל וכמש"כ בשיטת הטור אבל בשפוד ואסכלא דהי' הבליעה בלא רוטב ע"כ בעינן בהו הגעלה בכ"ר ע"ג האש

היינו שיהי' האש הולך תחתיו אבל בבלעו ע"י הרוטב סגי ההגעלה אף שאינו ע"ג האש והרמב"ם הוכיח לזה מן מה דתנן במשנה זבחים שם (דף צ"ו) דמריקה בחמין ושטיפה בצונן וכמש"כ התוס' יו"ט בזבחים פ' י"א משנה ז' בד"ה מריקה כמריקת הכוס כו' דגירסת הרמב"ם במשנה שם הי' דמריקה בחמין ע"ש א"כ לפ"ז תקשה דאמאי פלגינהו שם במשנה לאח"ז דהשפוד והאסכלא מגעילן בחמין ומשמע דחלוקין הן מן המריקה בחמין דלעיל מיני' שם ומזה הוכיח הרמב"ם בפסקיו דהך שפוד ואסכלא מגעילן בחמין היינו בחמין ע"ג האש אבל המריקה דבקדירות סגי בחמין אף דאינו ע"ג האש אבל כ"ר בעינן וכמו כל הגעלה דעיקרו הוא בכ"ר בודאי ואף דלהוכיח מן הרמב"ם בקדירות שבלעו איסור ע"י הרוטב דיהי' מועיל ההגעלה בכ"ר שאינו ע"ג האש אין אנו יכולים להוכיח משום די"ל דמדלא כתב הרמב"ם כן רק גבי קדשים שנתבשלו דיש לחלק דשא"ה דהיתירא בלע כדאמרו בעבודת כוכבים (דף ע"ו) כנ"ל ועכ"פ זה מוכח מהרמב"ם דהיכא דהוי היתירא בלע דסגי ההגעלה בבלעו ע"י הרוטב אף בכ"ר שאינו ע"ג האש וכמש"כ לעיל בשיטת הטור או"ח סי' תנ"א:

ז

והנה מן הגמ' זבחים (דף צ"ז) דאמרו מ"ט דרבנן דמריקה בחמין מידי דהוה אגיעולי מדין:

משמע דהגמ' ס"ל שם דלגבי הגעלה לא מחלקינן בין היכא דהיתירא בלע להיכא דאיסורא בלע ויש להאריך בזה ועיין ברמב"ם ה' חמץ פ"ה ה' כ"ג ובמ"מ שם ובאו"ח סי' תנ"א וביו"ד סי' קכ"א וכן הוא כוונת הרמב"ם בפירוש המשניות זבחים פ' י"א שכתב בסוף המשנה ד"ה ר"ט אומר אם בישל כו' וז"ל וסדר המעשה הזה לתת הכלים לתוך מים רותחים כשהן ע"ג האש כו' הכוונה דשפוד ואסכלא כו' בעינן דוקא הגעלה כשהן ע"ג האש כנ"ל אבל בקדירות סגי אף שאינן ע"ג האש ורק דיהי' בכ"ר אבל מה דרצה כת"ר להוכיח מהרמב"ם דהיכא דהיתירא בלע יהי' מועיל ההגעלה אף שאינו בכלי ראשון זה אינו מוכח כלל מן הרמב"ם בפסקיו והעיקר לדינא כהפוסקים דאף היכא דהיתירא בלע ג"כ בעינן דתהי' ההגעלה בכ"ר רק אם יהי' ההגעלה בכ"ר שאינו ע"ג האש בזה יש לנו לסמוך על הרמב"ם ולהקל בזה וכמבואר בהרמב"ם ובטור:

סימן יד

לעיל ח' או"ח סי' כ"ז ענף ה' כתבתי ג"כ בענין הזה וכאשר הי' לי שני שואלים בזמנים מחולקים והשבתי לכ"א בפ"ע ונתחדש הוספת ענין זה ע"כ משנה לא זזה ממקומה וסדרתי כפי שמצאתי כתוב אצלי:

ענף א

א

מה שהקשה כת"ר על מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ל"א ענף ב' לתרץ קושיות התוס' בפסחים (דף כ"ז) דלכן הקדש אף באלף לא בטל משום דעיקר האיסור הוא הממון ולא בטל כמבואר בביצה (דף ל"ח). וע"ז תמה כת"ר דהא מסקנת הש"ס ביצה שם להיפך דהא אמרו שם א"ל אביי לרב ספרא מי קא מדמית איסורא לממונא איסורא בטל ממונא לא בטל:

ופי' רש"י דאף יש לה תובעין איכא לאקשויי דליבטל האיסור וכן מצינו בתרומה דאף דצריך לשלם מפני גזל השבט אפ"ה בטל האיסור וכמש"כ הפרמ"ג ליו"ד סי' ק"ט. עכ"ל כת"ר:

ב

הנני להשיבו כי בספרי הנ"ל קצרתי בכ"ז והוא כי אף דלגירסת רש"י ביצה הנ"ל מוכח דאיסור בטל אף דנמשך משום ממון של חבירו אבל באמת יש שם גירסא אחרת בדברי הראשונים והוא כי בחידושי הרב המאירי על מסכת ביצה לחד מקמאי כתב בסוגיא דביצה הנ"ל דגירסתו הוא כן א"ל אביי ולא שני' לי' למר בין יש לה תובעין לממון שאין לה תובעין. וליטעמיך הא דאמר ר"ח כו' הכל הוא מדברי אביי עד לבסוף דא"ל מי קא מדמית איסורא לממונא כו' א"ל מי קא מדמית איסורא לממונא זהו דברי רב ספרא דהשיב לאביי וקוטב דבריו הוא לפי גירסתו דאביי מחלק בין ממון שיש לו תובעין ובין ממון שאין לו תובעין דממון שיש לו תובעין לא בטל. ואף גבי נבלה בשחוטה דבטלה אם יש לנבלה בעלים אינם בטלה אלא דסתם נבלה אין לה תובעין ואם יזדמנו לה תובעים בטלה דעתם אבל גבי מים ומלח דאין לו תובעין שהשאילה לו ע"כ בטלה וא"ל רב ספרא מי קמדמית איסורא לממונא כו' דקא מסייע לר' אבא דדבר שעיקר תערובות שלו הוא איסור וכשמתערב עמו אומרים עליו שאיסור נתערב בהיתר כגון נבלה שאין אומרים בכזית נבלה שנתערב עם הרבה של שחוטה ממון פ' נתערב עם ממון פ' אלא נתערב עם היתר והלכך בטל ואין הדבר תלוי לא בבעלים ולא בתובעין אבל דבר שעיקר תערובות שלו אינו אסור וכשמתערב עמו אין אומרים עליו שאיסור נתערב עם היתר אלא ממון פ' נתערב בשל פלוני שאיסור הולכת תחומין נגרר אחריו כגון מים ומלח לא בטל ואפילו איסור נגרר עמו דהיינו איסור הולכת תחומין כן נ"ל ומאי דאמר אביי אח"ז הטעם דלא בטל מים ומלח גזירה כו' אף דהשתא קמו להו שפיר דברי ר' אבא אלא דאביי הוי ס"ל דממון שאין לו תובעין בטל ע"כ נחת לטעמא אחרינא דשמא תעשה עיסה בשותפות כו'

עכ"ל המאירי וכן הובא שיטה זו בגירסא זו בשמ"ק בשם יש מפרשים ע"ש וכ"כ הבעל המאור שם כשיטת המאירי והי"מ הנ"ל ע"ש:

ג

ולשיטת הראשונים הללו היוצא לנו מסוגיא זו לפי גירסתם דלאביי אם יש לנבלה תובעין אף ר"ח מודה דאינה בטלה ובמים ובמלח דמתניתין ליבטל אע"ג דאית להו בעלים הואיל ולית לה תובעין. ולשיטת רב ספרא העיקר תלוי באם שהאיסור לא הוי מחמת ממון של חבירו אז מבטל שפיר אבל באם שהאיסור הוי מחמת ממונו של חבירו אף דאין לו תובעין עכ"ז אינו בטל לרב ספרא ולפ"ז שפיר כתבתי בספרי לתרץ לקושיות התוס' דאמאי הקדש לא בטיל משום דכיון דעיקר האיסור הוא מחמת דנהנה מממון גבוה ובכה"ג שפיר י"ל דממונא לא בטל בין לאביי ובין לרב ספרא דהא לאביי דמחלק בין ממון שיש לו תובעין א"כ ה"ה בהקדש דזהו ממון שיש לו תובעין וודאי אינו בטל ואף נבלה אם יש לה תובעין אינה בטילה לאביי כנ"ל ואילו לרב ספרא הא ס"ל דהיכא דעיקר האיסור נמשך מחמת הממון של חבירו דאינו בטל. א"כ גבי הקדש דעיקר איסור מעילה הוי רק מחמת ממון גבוה ע"כ לכ"ע בזה לא בטל הקנין ממון השייך לגבוה ונשאר האיסור בתקפו ואף דלשיטת רש"י בביצה אינו כן וכן הוא לשיטת התוס' שם דמוכח שם בד"ה ה"נ דכי אית להו בעלים כו'. וא"ת והא רב ספרא אתא לקיים תירוץ זה כו' עכ"ל. ועיין שם במהרש"א על תוס' ד"ה הנ"ל שכתב דכ"ז הוא לפי גירסת רש"י אבל בבעל המאור שכתב לפי גירסתו דכ"ז מדברי אביי לדחות דברי ר' אבא ע"ש עכ"ל א"כ לשיטת המאירי והשמ"ק בשם י"מ והבעל המאור דלא גרסי כגירסת רש"י והתוס' הנ"ל וס"ל דדוקא היכא דאין הבעלים מעלין ומורידין בעיקר האיסור אזי בטל משא"כ היכא דעיקר תלוי בבעלים אז לא בטל אף האיסור א"כ שפיר כתבתי בממון הקדש דעיקר האיסור הוא שאסרה תורה להנות מממון גבוה וזהו עיקר האיסור ע"כ בכה"ג דינא ככל ממונא ולא בטל:

ד

ובאמת י"ל דהתוס' בסוף מעילה דהקשו בפשיטות דממון של הקדש יובטל ברוב אזלי לטעמייהו דגרסי בהא דביצה כגירסת רש"י וכגירסתינו דלפ"ז מוכח דאף איסור הנמשך מחמת ממון של חבירו בטל ע"כ ה"ה הקדש אבל לשיטת הבעה"מ והמאירי והי"מ בשמ"ק מוכח כמש"כ בעז"ה ויעיין כת"ר בהקדמה של הגאון רע"א זצ"ל שכתב דלפעמים כתב בספרו בקצרה ובאמת הוא רק לשיטה אחת כי כן הוא דרך המחבר לקצר ע"ש וכש"כ לאנשים כערכינו אשר מוסרדים מאוד ולפעמים אין הפנאי גורם לבאר בארוכה לכן לא באתי רק בקצרה:

ה
וגם בעיקר מה שכתבתי לתרץ לקושיות התוס' פסחים (דף כ"ז) הנ"ל בספרי באר יצחק שם ג"כ קצרתי ואבאר כעת ביותר דהפני יהושע בפסחים שם כתב לתרץ קושיות התוס' הנ"ל דכוונת הש"ס הוא דלכן תנור שהסיקו בעצי הקדש מיתסר הפת דהא משהו מיהא איכא אף דאין שבח עצים בפת רק בערלה בטילה משא"כ בהקדש דלא בטל במשהו משום דהוי דשיל"מ ע"כ נאסר:
רק התוס' דהקשו י"ל דע"כ כוונתם דכיון דמסקינן בביצה (דף ד') גבי עצים שנשרו לתוך התנור ביו"ט דאף דדשיל"מ לא בטל עכ"ז היכא דמקלא קלי איסורא בטל אלמא דהיכא דמקלא קלי איסורא בטל אף דהוי דשיל"מ א"כ בתנור שהסיקו בעצי הקדש ג"כ דמקלא קלי איסורא מבעי להיות בטל וס"ל להתוס' דלמסקנת הש"ס בריש ביצה הנ"ל לא מחלקי בין דרבנן לדאורייתא בזה הוא כוונת התוס' בקושייתם שם ולכן כתבתי לתרץ קושייתם דשאני הקדש דלא בטל מה"ת משום דממונא לא בטל וכשיטת הראשונים הנ"ל וע"כ אף דמקלא איסורא עכ"ז לא בטל:

ו
והא דתרומה עולה בא' ומאה אינו קשה משום דשאני תרומה דלא נולד האיסור משום ממון של חבירו דהא אף היכא דהתרומה הוא של אותן הבעלים ג"כ הוי עליו שם תרומה ולא תלוי השם תרומה משום ממון של חבירו ע"כ אין לזה שייכות כלל להא דממונא לא בטל וכמש"כ השמ"ק וכל הנ"ל דהיכא דאין הבעלים מעלין ומורידין בזה אז דינו כמו איסורא ובטל:
משא"כ היכא דאיסור נעשה משום קנין ממון של חבירו כמו הקדש דעיקר איסורו משום דנהנה מחלק גבוה שפיר דינו כמו ממונא דלא בטל כמו התם בביצה גבי תחומין דעיקר האיסור הוי מחמת שהבעלים שלו קנו שביתה במק"א ע"כ דינו כמו ממונא ולא בטל וכדס"ל לרב ספרא ור' אבא שם וזהו מוכרח דאל"כ קשה לרב ספרא ור"א דאמרו גבי האיסור תחומין דלא בטל משום ממונא כו'. דמ"ש מתרומה דבטל אף דמרים משום גזל השבט וע"כ מוכח לחלק דשאני תרומה דאין האיסור משום ממון הכהן דאף קודם דמטא ליד כהן ג"כ שם תרומה עליו וכן אף בתרומה השייך לכהן בעליו ג"כ שם תרומה עליו בכל דיני תרומה וע"כ אף דבלא הפרשת הבעלים לא מהני קריאת שם תרומה מ"מ הא שם תרומה להיות איסורא אין זה משום ממון של הבעלים וע"כ לא מקרי ממונא:

ז
ולשיטת אביי דמחלק שם בין ממון שיש לו תובעין דלא בטל וכן לפי דרצה הש"ס לומר אף לפי גירסת רש"י דנבלה בשחוטה אם יש להנבלה בעלים אינו בטל אף דאין האיסור

משום ממון בע"כ מוכרח לחלק בין זה לתרומה דשאני תרומה דמקרי ממון שאין לו תובעין כמבואר בחולין (דף ק"ל) ועיין בר"נ ר"פ הזרוע שכתב דמתנות כהונה ממון שאין לו תובעין הוא נהי דכי איתנהו בעין מחייב משום מצוה כי ליתנהו בעינייהו אין כאן מצוה ולא דין ממון כו' עכ"ל הר"נ. אלמא דאף באיתנייהו בעין ג"כ דינו משום מצוה ולא משום דין ממון ע"כ אין דינו כמו ממונא דלא בטל:

אלא ככל ממון שאין לו תובעין דבטל שפיר אף לאביי. והך ממון שאין לו תובעין דתרומה אינו דומה לממון שאין לו תובעין דמים ומלח דביצה דהתם עכ"פ בין השמשות היה להמשאיל קנין בהמים ומלח. והיה בעת חלות האיסור בשם ממון שיש לו תובעין משא"כ בתרומה דלא הי' מעולם בשם ממון שיש לו תובעין מעת הפרשת תרומה והא דצריך להרים מפני גזל השבט והוי ממון כהנים כמש"כ הרמב"ם פ' ט"ו ה' מ"א ה' ט"ו אין זה אלא מדרבנן כמו בבכורות (דף כ"ב ע"ב) תוס' ד"ה תירום ותירקב כו' שכתבו דלא פלוג רבנן במה דאמרו דתרומה צריך להרים משום גזל השבט כמבואר בירושלמי פ"ב דערלה משום דמה"ת בטל לפי דהוי ממון שאין לו תובעין ואין זה בגדר ממונא לא בטל. ובאמת היכא דהי' להתרומה בעלים מיוחדין אז דינו באמת דלא בטל כמו כל איסור נבלה דאם יש לו בעלים אינו בטל לשיטת אביי וכמש"כ השמ"ק והבעה"מ והמאירי הנ"ל וע"כ אינו קשה כלל על מש"כ מהא דתרומה ועיין בפרמ"ג ליו"ד סי' ק"ט במשבצות ס"ק א' וקצרתי:

ענף ב

ח

ועוד יש לחלק בעיקר קושיות כת"ר מהא דביצה דמסיק הש"ס מי קמדמית איסורא לממונא ופי' רש"י דאף ביש לו תובעין אף דממונא לא בטיל אפ"ה האיסור בטל וכן במתניתין האיסור תחומין בטיל. א"כ ה"ה בהקדש דג"כ בטל ע"כ קושיות כת"ר נלע"ד פשוט לחלק דלא מצינו כן אף לשי' רש"י רק באיסור הנולד משום קנין ממונא כמו התם באיסור תחומין הנולד משום קנין ממונו של חבירו דעצם האיסור אינו מחמת ממונו רק דאיסור תחומין נולד משום קנין ממונו בזה מצינו דמסקנת הש"ס דזה בטל משא"כ איסור התלוי העיקר רק משום הממון כמו הקדש דהאיסור הוי עיקרו משום דאסור להנות מן ממון גבוה ולא הוי איסור אחר רק משום איסור עצם של ממון הקדש בזה הא לא מצינו בש"ס שם דבמסקנת הסוגיא חזרו מזה לכן אפושי פלוגתא לא מפשינן בזה וכיון דחזינן דהש"ס בתחילה הי' ס"ל דאף איסור תחומין לא בטלו לכן אף דבמסקנא חזרו מזה עכ"ז בהקדש דעיקר האיסור הוי משום ממון הקדש דאסר התורה משום איסור

מעילה כמו בממון הדיוט דאסר התורה משום איסור גזל ע"כ כיון דממונא לא בטלה ממילא נשאר איסור הקדש בתקפו ושפיר כתבתי בספרי:

ט

ולפי מה דנתבאר דממונא לא בטל כמבואר בביצה ובירושלמי פ"ו דב"ב ה' א' יש מקום לדון עפ"ז במה שכתבתי בספרי ח' או"ח סי' א' ענף א' שהקשיתי במשנה דשקלים אם קטנים שקלו מקבלים מהם וקשה הא הקרבן קרב משל יחיד ותירצתי דמה"ת בטל ברוב וכ"כ השער המלך פ"א הלכות שקלים ואי נימא דממונא לא בטל א"כ הא התם הוי ממון של הקטן ולא מבטיל ואף לשי' רש"י דבמסקנת הש"ס דאיסור התלוי בממון בטל אפ"ה תקשה לפי מה דרצה הש"ס לומר מעיקרא בביצה שם דאיסור התלוי בממון לא מיבטל א"כ תקשה איך מקבלין השקלים מהקטן הא קרבן קרב משל יחיד ועוד הא זה הוי ממון גמור דלמסקנת הש"ס ג"כ אינו בטל רק האיסור היוצא ע"י הממון בזה ס"ל לרש"י אליבי' דמסקנת הש"ס דמיבטל משא"כ גוף הממון וודאי אינו בטל והתם גבי השקלים אי ממון גמור אינו בטל א"כ הא קרבן קרב משל יחיד ותקשה כנ"ל ואפשר לומר דכיון דמחמת קנין דרבנן דתקנו דקטן יכול להקנות אין יכול הקטן לתבוע א"כ מקרי עכ"פ ממון שאין לו תובעין דבכה"ג בטל שפיר כדאמרו שם בביצה לחלק בין יש לו תובעין לאין לו תובעין ואף למאן דלא מחלק שם בזה שא"ה דבין השמשות בעת שהי' המים ומלח אצל המשאיל הי' ממון שיש לו תובעין ויש להאריך בכ"ז:

י

ובאמת נלע"ד להוכיח לדינא בממון שיש לו תובעין דהיכא דהאיסור נולד מחמת ממון חבירו דלא בטל דכבר הקשיתי בקונטרס הקודם בהא דנדרים ר"פ השותפין דאם אמר הריני עליך דאסור בדברים של אותו העיר והקשיתי דאמאי לא מיבטל חלק הנאסר של המטלטלין ברוב היתר וכתבתי שם להוכיח מזה כשיטת המרדכי דכיון דלא ניכר המבטל אינו יכול לבטל ובאמת הא כמה פוסקים חולקים על המרדכי וכמש"כ בספרי ח' יו"ד סי' ל"א ובמל"מ פ"א ה' מטמאי משכב ומושב:

א"כ לדידהו קשה כנ"ל וע"כ מוכח לחלק דשאני בקונם דנולד האיסור מחמת ממון פלוני דהוי ממון שיש תובעין דכה"ג לא בטל ואינו דומה לנבלה שיש לו בעלים דבטל וכ"כ בתרומה דבטל. משום דהתם אין האיסור יוצא מחמת ממון של חבירו משא"כ בקונם דאסר ממונו על חבירו ועיקר האיסור הוי משום ממונו של חבירו דכ"ז דהוי ממונו של חבירו אסור על חבירו בקונם משא"כ ביצא מרשותו מותר כמבואר בנדרים (דף מ"ו) וכיון דגוף הממון לא בטל ע"כ ממילא חל הקונם על ממון חבירו להיות נאסר משום קונם ולא בטל הקונם והוי כמו איסור תחומין דאמרו בש"ס דלא בטל לשיטת המאירי

והבעה"מ הנ"ל דכיון דאיסור תחומין נולד ע"י ממונו של חבירו מקרי ממונא ולא בטל וה"ה איסור קונמות הנולד מחמת קנין ממונו הוי ג"כ בגדר ממונא דלא בטל:

יא

וזה מוכרח לשי' החולקים על המרדכי ואינו דומה לנבלה ותרומה של חבירו דשא"ה דאין הבעלים מעלין ומורידין בזה משא"כ גבי קונם דאמר הריני עליך וכה"ג דעיקר האיסור הוי על ממון חבירו וע"כ בכה"ג הוי כמו ממונא דלא בטל. א"כ אחת משתי אלה יש להוכיח מהא דנדרים הנ"ל או כשי' המרדכי וכמש"כ בספרי ח' או"ח סי' כ"ד גבי מחיר כלב דג"ז מקרי אינו ניכר המבטל אף דהי' כולם בחזקת היתר וכמש"כ המקנה גבי א' מבנותיו מקודשת וכמו שנתבאר בקונטרס הקודם לדחות דברי כת"ר שכתב להשיג על דברי ורצה לדון דבכה"ג לא מקרי אינו ניכר המבטל וסברתו משום דכולם היה בחזקת היתר וגם רצה כת"ר לדון דאיסור הנולד מחמת ממונא בטל ג"כ ומשיג ג"כ על דברי דסי' ל"א בח' יו"ד אבל מהך דנדרים הנ"ל מוכח עכ"פ אחת משתי אלה שכתבתי בספרי:

ענף ג

יב

ויש להקשות על מש"כ דהקדש לא בטל משום דממונא לא בטל מהא דנדרים (דף נ"ח) דתניא ר"ש אומר כל דבר שיל"מ כגון טבל ומע"ש והקדש וחדש לא נתנו בהן חכמים שיעור כו' ופי' רש"י והר"נ דהקדש יש לו מתירין בפדיי' אלמא דהא דלא בטל הקדש משום דשיל"מ בפדיי' אבל משום ממונא לא בטל לא שייך בהקדש אלמא להדיא להיפך מן מש"כ ובאמת זה הקושיא לא תסוב עלי לחוד רק גם על מסקנת הש"ס בביצה (דף ל"ח) הנ"ל לשי' המאירי ובעה"מ ויש מפרשים דשמ"ק הנ"ל וכן תקשה לשי' רש"י שם לפי מה דרצה בש"ס לומר מעיקרא שם דנבלה דאית לה בעלים לא בטל וכש"כ איסור היוצא משום ממונו של חבירו לא תהיה בטילה דס"ל לחד מ"ד שם מעיקרא דאינו בטילה א"כ תקשה ע"ז מהך דנדרים דתני בפי' בברייתא דאף איסור היוצא משום ממון של אחרים ג"כ מיבטל אם לא היה דשיל"מ ותקשה כנ"ל:

יג

ויש ליישב דנפ"מ מן מה דאמרו דהקדש מקרי דשיל"מ לענין אם נתערב בתערובות שלישי דבדברים החשובים דאינם בטלים אם נתערב מתערובות ראשון לתערובות השני ומהשני לתערובות שלישי דתערובות הג' מותר משום ספק ספיקא כמבואר ביו"ד סי' ק"י סעי' ח' א"כ ה"ה אף בהא דממונא לא בטל ודינו כמו כל דבר חשוב וקבוע כמעמ"ד דבתערובת השלישי מותר מן דין ס"ס אבל אם דינו של הקדש משום דשיל"מ דלא בטל אז אף תערובת השלישי אסור וכמו בכל דשיל"מ דכתב הרמ"א בסי' ק"י סעי' ח'

דבדשיל"מ לא מהני ס"ס ואף תערובת השלישי אסור כמש"כ הש"ך ביו"ד סי' ק"י ס"ק נ"ו ע"ש ולפ"ז י"ל דלכן אמרו בנדרים דהקדש הוי דשיל"מ ולא נתנו בה חכמים שיעור דנפ"מ לענין אם נתערב בתערובת ג' דאילו מצד ממונא לא בטל והוי מחמת זה קבוע כמע"מ הי' מותר בתערובת ג' אבל מצד דשיל"מ אסור אף בתערובת ג':

יד

אכן עדיין תקשה מהא דערלה פ"ג משנה ג' האורג מלא הסיט מצמר הבכור ידלק כו' ובמוקדשין מקדשין כל שהן. ומפרש לי' הראב"ד ברמב"ם סוף פ"ג ה' בכורות והובא בתויו"ט שם בקדשים שיש להם פדיון הוי דשיל"מ ואינו בטל, וכ"כ הר"מ בפי' המשניות שם ומקורו מירושלמי ערלה שם על המשנה ובמוקדשין מקדשין בכל שהן ר' יוסי בשם ר' יוחנן הדא דתימר בקדשים שיש להן מתירין אבל בקדשים שאין להן מתירין צריכין סיט ופי' שיש להן מתירין היינו בקדשי בדק הבית דיש להן פדיון אבל במה דאין לו פדיון בעי מלא הסיט אלמא דלא אמרינן דקדשים יש בו דין ממונא לא בטל ובכוונת הירושלמי ליכא לתרוצי כמו שכתבתי לעיל דנפ"מ לתערובת שלישי דלפ"ז במלא הסיט מותר תערובת השלישי וידעתי דיש לדון בזה דשאני בכור בזה"ז דהוי ממון כהן כמבואר בב"ק (דף י"ב) ותמורה (דף זיין) עלה דתנן בכור מוכרין אותו תם חי ובע"מ חי ושחוט ומקדשין בו האשה. ואמר רב נחמן לא שנו אלא בזה"ז כו' וכן פסק השו"ע ביו"ד סי' ש"ו סעי' ו' דבכור בזה"ז מוכר אותו הכהן ומקדש בו האשה והוא כשאר ממונו כו' ועיין באה"ע סוף סי' כ"ח בב"ש ס"ק סמ"ך בשם הישו"ש דפסק דאף בחיים הוי קידושין דאורייתא יע"ש ובח"מ ולכן י"ל דבבכור בצמרו לא שייך לדון בי' הא דממונא לא בטל משום דלגבי אותו הכהן שנתערב אצל בעליו דהוי כממונו אין דינו אלא ככל איסורין דבטל וממילא ה"ה אף בנתערב אצל כהן אחר דאינו בעליו וכמו נבלה שיש לה בעלים דבטל כנ"ל משום דאין הבעלים מעלין ומורידין בהו כנ"ל דהא משכחת הך דינא אף בכהן שהוא בעליו ולכן אמרו בצמר בכור דבעי מלא הסיט דווקא:

טו

כ"ז י"ל בצמר בכור אבל במה דאמרו בירושלמי לחלק במוקדשין בין יש לה פדיון לאין לה פדיון משמע דלא כמש"כ לדון גבי הקדש דלא בטל משום ממונא לא בטל והוי סתירה לכל מש"כ ובאמת יהי' מזה סייעתא למה שכתב השב שמעתתא בשמעתא ו' פרק ד' דהביא דברי התוס' דסוף מעילה דהקשו דניבטל פרוטה של הקדש והקשה הש"ש והא ממונא לא בטיל ותירץ דבנכסי גבוה לעולם אין דנין בו תורת ממון רק תורת איסור שבו עכ"ל ומן הירושלמי הנ"ל והראב"ד והר"מ ערלה הנ"ל יהי' מוכח כדברי הש"ש דבהקדש לא שייך לדון בי' ממונא לא בטל ואף דאיסור מעילה תלוי במה שמעל בנכסי גבוה עכ"ז

העיקר הקדש דינו כמו איסורא לחודה ולא כממונא וזהו ראי' ברורה לדברי הש"ש ויהי' מזה לכאורה סתירה לכל דברי שכתבתי וכן מלשון הירושלמי שהובא בר"נ נדרים (דף נ"ב) דבהקדש שלא במינו בנו"ט נדחה מש"כ לעיל לפרש דקאי על תערובת ג':

טז

אך לדעתי יש לחלק בין איזה ענינים גבי הקדש. והוא דהא הסברא נותנת דממון הקדש הוי לגבי גבוה ככל ממון הדיוט דמ"ש רק די"ל היכא דההקדש הוא ע"י אמירה לגבוה לחודא דלא נעשה שום קנין להקדש רק משום אמירה לגבוה כמסירה להדיוט:

בזה אין דינו כממון רק איסור בעלמא משא"כ היכא דהוי קנין גמור כמו במסירה ליד הגזבר דאז אינו יכול לשאול עליו כמבואר בש"ך ח"מ סימן רנ"ה ס"ק ו' בשם תשובת ר' בצלאל דלכן במסירה ביד גזבר לא מהני. שאלה משום דלא יהי' כח הדיוט חמור מכח הקדש וכמו בהדיוט כשקנו במשיכה לא מהני שאלה ה"ה בהקדש. ע"כ י"ל דה"ה לענין הך מילתא דממונא לא בטיל אם שייך בהקדש דיש לחלק היכא דלא נעשה שום קנין רק מצד אמירה לגבוה לחודא בזה דינו דבטל משא"כ היכא דנעשה משיכה וכה"ג דקנה לו הקדש בתורת קנין. א"כ בזה אמרינן דדין ממון הקדש כדין ממון הדיוט דאמרינן ממונא לא בטל דלא יהי' כח הדיוט חמור מכח הקדש ונימא ג"כ בהקדש דממונא לא בטיל דהא ההקדש קנה לו ג"כ בתורת קנין ממון ובכה"ג לא בטיל ממון הקדש:

יז

גם יש לדון בהקדש שנתערב אצל הבעלים דהקדישו אותו כיון דמצי למיתשל על הקדישו לא שייך בזה לדון ממונא לא בטיל דהא אף לבעלים של ההקדש יש להם עדיין זכות בהקדש מצד הואיל אי בעי מתשיל כמבואר בפסחים (דף מ"ו) דהואיל אי בעי מתשיל ממונו הוא ועיין בתוס' שם ד"ה הואיל אי בעי מתשיל כו' בשני תירוצי של הר"י שם [ולא שייך בזה לומר דהא הוי דשיל"מ ע"י שאלה ולא יהי' בטל ברוב דז"א דהא כיון דלאו מצוה לאתשולי וכמבואר בנדרים (דף נ"ט) גבי תרומה וכמש"כ הר"נ שם ד"ה תרומה מאי מצוה ועיין במנחות (דף ע"א ע"ב) תוס' ד"ה ומתירין גמזיות של הקדש כו' דבעלים הוא דיכולים לפדות שוה מנה על שוה פרוטה כו'. אלמא דאף בהקדש שייך שם בעלים ועיין בב"ק (דף ע"ו) תוס' ד"ה והשתא תורא כו' לכן אם נתערב הקדש כזה בפירות של הבעלים בטל כמו כל איסורים דהא גם להבעלים יש קנין ממון בהקדש רק משום דבר שיש לו מתירין ע"י פדי' אינו בטל לכן אמרו בנדרים (ד' נ"ח) ובירושלמי ערלה הנ"ל דהקדש אינו בטל משום דהוי דבר שיש לו מתירין ע"י פדיי' ולא משום ממונא לא בטל דנפ"מ היכא דנתערב אצל הבעלים של ההקדש בעצמו וכנ"ל. או היכא

דלא נעשה תורת קנין להקדש דאז אין דינו רק כאיסור בעלמא ובטל רק משום דשיל"מ לא בטל:

ואתי שפיר כל הנ"ל ולא הוי סתירה לדברי וכל מש"כ דגבי הקדש אמרינן ממונא לא בטיל זהו בנעשה תורת קנין להקדש ואינו יכול לשאול על הקדישו ואז דינו כממון הדיוט דלא בטיל. והא דסוף מעילה באומר פרוטה בכיס זה הקדש דלא בטיל י"ל כמש"כ כבר דשאני התם דמקרי אינו ניכר המבטל וכדברי המרדכי כיון דהאיסור נולד בהתערובת וכמש"כ המקנה כנ"ל ועיקר קושיות התוס' בסוף מעילה הוא על פרוטה של הקדש שנפלה לתוך הכיס די"ל דזה מירי באופן דלא מצי למיתשל וגם הוי בו דין קני' להקדש דדינו כממון גמור דלא בטיל:

יח

ובני היקר הרב הגאון מהו' צבי נ"י אמר להוכיח מן כריתות (דף י"ח) דאמרו איתיבי' רבא אכל היום אכל למחר נהנה היום כו' אפי' מכאן ועד שלש שנים מצטרפין כו' ואמאי הא כיפר עליו יוהכ"פ אמרי כי מכפר יוה"כ על איסורא על ממונא לא מכפר ואבע"א על פלגא דשיעורא לא מכפר הרי להדיא דס"ל דנהנה מממון הקדש מקרי ממונא א"כ מזה סייעתא דממון הקדש דינו ככל ממון. ואף דלישנא דואבע"א י"ל דמה"מ לא ניחא לי' לחלק בזה אבל בתי' קמא מוכח דס"ל דאין לחלק בין ממון הדיוט לממון הקדש לפי דגם הקדש יש עליו שם ממונא וה"ה לגבי הא דממונא לא בטל ג"כ אין לחלק ביניהם עכ"ל בני יחי' ודפח"ח וזהו כמש"כ לעיל דהיכא דנקנה להקדש בקנין גמור דבזה זכות הקדש כמו כל ממון של הדיוט. וה"ה לגבי הך דממונא לא בטל:

יט

ועפ"י מש"כ אתי שפיר מה שראיתי במגיני שלמה לפסחים (דף כ"ז) בתוס' ד"ה הקדש אפילו באלף לא בטיל. שכתב שם המג"ש דטעמא דהקדש הוי דשיל"מ משום דהקדש שוה מנה שחיללו על ש"פ מהני דהא כל היכא דצריך להוציא ממון לא מקרי דשיל"מ והובא דברי המג"ש הנ"ל בשו"ת אבני מילואים סימן ז' שהשיג על המג"ש הנ"ל והעלה דגם היכא דצריך חילול בכדי דמיו ג"כ הוי בכלל דשיל"מ אבל לפי דברי המג"ש הנ"ל תקשה דכיון דעיקר הטעם דהקדש הוי דשיל"מ משום דיכול לחללו על ש"פ והוי הוצאות מועטת דהא התוס' במנחות (דף ע"א ע"ב) ד"ה ומתירין גמזיות של הקדש דדוקא בעלים הוא דיכולים לפדות על שוה פרוטה דאין סברא שיוכל כ"א לפדות הקדש חבירו שוה מנה על שוה פרוטה כו' עכ"ל וכן כתבו התוס' בתמורה (דף כ"ז ע"ב) ד"ה לא אמרו אלא דשמוהו בי תרי כו' דבעה"ב הפודה הקדש שלו כה"ג אמר שמואל דמחלל על פחות

משוי' כו' [ויש לעיין בזה במעילה (דף י"ד ע"ב) וביבמות (דף פ"ח) בתוס' ד"ה אי קדושת דמים כו' דהקדש לא חשיב ברשות בעלים יותר משאר כל אדם ע"ש ואכמ"ל]:

כ

א"כ לפי שיטת התוס' במנחות ותמורה דאחרים אינם יכולים לפדות שוה מנה על שוה פרוטה א"כ תקשה בהא דאמרו בנדרים (דף נ"ח) הנ"ל ובערלה הנ"ל דהקדש לא בטיל משום דה"ל דשיל"מ ע"י פדי' דלשיטת המג"ש דעיקר הוא משום דיכול לפדות על ש"פ א"כ תקשה הא תינח אם נתערבו אצל הבעלים דהוי בידם לפדות על ש"פ אבל אם נתערב אצל אחרים שאינם בעליו של ההקדש דאינם יכולים לפדות על ש"פ א"כ אמאי אינו בטל הא בכה"ג לא הוי דשיל"מ ותקשה כנ"ל ודוחק לומר דמיירי דווקא בהקדש שתחת יד הבעלים הנ"ל אבל לפמש"כ ניחא משום די"ל דבאמת עיקר הטעם בהקדש דלא בטיל משום דממונא לא בטל דלא יהי' חמור ממון הדיוט מממון הקדש כנ"ל. אך זה הטעם אינו שייך רק בהקדש של אחרים דאין בידם לשאול ע"ז אז דינו כממון אחרים דלא בטל אף אם לא שייך הטעם דדשיל"מ אך בנתערב הקדש של הבעלים בממונם דאז כיון דבידם למתשיל דאין זה בגדר ממונא לא בטיל משום דאין בזה חשיבות דממון כ"כ בזה הוצרכו להטעם דהוי דשיל"מ ע"י פדי' בשוה פרוטה לגבי הבעלים. ואתי שפיר דברי המג"ש הנ"ל בפשיטות:

ענף ד

כא

ועוד יש לדון בכל מה שכתבתי דבהקדש שייך לומר ממונא לא בטיל ע"פ מה דאמרינן בערכין (דף כ"ט) על הא דאמר שמואל הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל אימר דאמר שמואל שחיללו ולכתחילה מי אמר הני מילי בזמן שבהמ"ק קיים דאיכא פסידא אבל בזמן הזה אפילו לכתחילה ופי' רש"י בזמן הזה דליכא בית וליכא פסידא אלא איסורא היא דרביעה עלייהו אפילו לכתחילה נמי אלמא דבזה"ז אין בהקדש דין ממון אלא איסור בעלמא:

ולכן יכול לפדות אף לכתחילה בשוה פרוטה רק בזמן שבהמ"ק קיים יש בו דין ממון וע"כ בעי לפדותו בכדי דמיו:

ולפ"ז יש לחלק במה שכתבתי לתרץ קושיות תוס' בפסחים (דף כ"ז) גבי תנור שהסיקו בעצי הקדש דלכן הקדש באלף לא בטל משום ממונא לא בטל. וגם תירצתי לקושיות התוס' סוף מעילה בפרוטה הקדש שנפלה לכיס הקדש דלא בטל מה"ט משום די"ל דקאי התם בהקדש דזמן ביהמ"ק דהי' אז בו דין ממון ע"כ לא בטל והא דנדרים (דף נ"ח) דאמרו דהקדש לא בטל משום דשיל"מ דנפ"מ להקדש דזה"ז דאין בו דין ממון אלא איסורא

דרביעא עלייהו כמו דפי' רש"י בערכין ד' הנ"ל א"כ אין בו דין חשיבות ממונא לומר דלא בטל ע"כ הוצרכו לומר דלא בטל משום דשיל"מ ולכן א"ש הא דאורג מלא הסיט מצמר בכור דערלה פ"ג מ"ג דדוקא מלא הסיט לא בטל משום דאין בו חשיבות ממון כלל אף לגבוה דהא כיון דאסרו חז"ל לצמר הנושר מטעם גזירה דלמא אתי לאשהוויי כמבואר בבכורות (דף כ"ו) וברמב"ם פ"א ה' מעילה דצמר הנושר אסור בהנאה משום גזירה. א"כ לא חזי למידי לגבוה ג"כ וע"כ אין בו דין ממונא לומר דלא בטל אלא כמלא הסיט דוקא. רק במוקדשין דהוי בר פדיי' דינו כמו דשיל"מ דלא בטל:

כב

וזה מוכרח דאל"כ תקשה לפי מש"כ המג"ש הנ"ל דלכן הוי הקדש דשיל"מ משום דפודין בש"פ א"כ תקשה הא שחיללו בדיעבד אמר שמואל אבל לא לכתחילה. ומבואר בתוס' ב"מ (דף נ"ד) בד"ה ומר סבר כו' דבמזיד לכ"ע אסור לאנות ההקדש וכ"כ התוס' בתמורה (דף כ"ז ע"ב) ע"ש וכיון דמה"ת אסור לכתחילה לחלל על ש"פ א"כ אין זה דבר שיל"מ דהא אין זה מקרי בידו כידוע ואין לומר דאם נתערב ההקדש בתערובות אז מותר לכתחילה לחלל על ש"פ כיון דמה"ת בטיל ברוב דז"א דהא כתב הר"ן בפסחים פ"ב גבי חמץ בפסח דלא מקרי דבר שיש לו מתירין כיון דגם לאחה"פ אסור ואף דע"י תערובות מותר מ"מ כיון דאם הוי בעינא אסור לא מקרי דשיל"מ דאינו אלא מדרבנן ע"ש. ועיין בתשובת רע"א סי' ס"ה. וה"ה הכא דעיקר דמה דמקרי דבר שיש לו מתירין זהו משום דאפשר בחילול על ש"פ כשיטת המג"ש וכיון דאם הוא בעיני' אסור מה"ת לחלל על ש"פ ע"כ אף דע"י תערובות יהי' מותר לחללו על ש"פ מ"מ הא זה לא מקרי דשיל"מ כנ"ל וע"כ מוכח דהא דאמרו דהקדש ה"ל דבר שיש לו מתירין לשיטת המג"ש הנ"ל היינו משום דקאי על הקדש דזה"ז דיכול לכתחילה לחלל על ש"פ והא דערכין (דף כ"ט) דבעי ד' זוזי אינו אלא לפרסומי מלתא בעלמא כמבואר שם. א"כ תקשה היכי אמרו סתמא דהקדש לא בטל דמשמע דאף בזמן המקדש והא בזמן המקדש לא הוי אפשר בחילול על ש"פ אכן לפמש"כ א"ש דבאמת בזמן המקדש דהי' עליו דין ממון גבוה אז לא בטל משום ממונא לא בטל דהא הי' עליו חשיבות ממון ולא יהי' גרע מכח ממון הדיוט אך בזה"ז דאין עליו חשיבת ממון אלא איסורא בעלמא ומבעי להיות בטל ע"כ אמרו משום הטעם דהוי דשיל"מ:

כג

ועפ"ז אתי שפיר ליישב קושית הש"ש בשמעתא וא"ו פ"ד שהקשה בהא דר"פ האשה רבה הקדש אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו והקשה הש"ש הא הך בידו אינו בתורת

מיגו דשמא אינו רוצה להוציא ממון על פדיון וע"כ אינו אלא משום בידו דלא מהני זה רק באיסורין:

א"כ מה לי ממון הדיוט או מכרו לשמים והיכי נאמן לאפקועי ממונא דהקדש ע"ש אכן לפמש"כ א"ש דהא לכאורה יש לעיין במה דאמרו שם דבידו לפדותו דהא כתב הר"ן בפסחים (דף ל"א) גבי משכון דלא שייך לומר הואיל ובידו לפדותו משום דבמחוסר ממונא לא אמרינן הואיל ובידו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף א' ועיין בספרי שם סי' ב' ענף ב' אך יש לחלק דהאי הקדש דאמרו בר"פ האשה רבה קאי על ההקדש דבזה"ז דיכול לחללו לכתחילה על ש"פ דהוי דבר מועט וזה לא מקרי מחוסר ממונא וכדמצינו ביו"ד סי' ק"ב לחלק גבי דשיל"מ דשאני הוצאת הגעלה דהפסד מועט הוא וע"כ אמרו דהוי בידו לפדותו. וכיון דקאי על הקדש דמים דבזה"ז א"כ הא לא שייך בי' דין ממון כ"כ בזה"ז וע"כ אין דינו כממון גמור ולכן נאמן ע"א במה דבידו כמו כל דבר דבידו דנאמן באיסורין. וזו"ז יש לחלק בין הא לבין מש"כ הרא"ש בגיטין פ' הניזקין סי' י"ג דשאני הכא דסגי בפרוטה מה"ת ומקרי זה בידו וכמש"כ במק"א. אך עדיין יש לעיין במה דמביא הרא"ש שם ראי' מיבמות (דף פ"ח) דאי תורם משלו על של חבירו א"צ דעת משום דבידו לתקנו והא חטה א' פוטרת הכרי. ועיין בקידושין (דף נ"ח ע"ב) דמצי א' בעל הטבל אנא פטרנא בחטה א' כו' אף דאסור זה לכתחילה וקצרתי ולכן העיקר כמש"כ לעיל ואכמ"ל ומש"כ הש"ש שם לחלק בין הקדש לממון הדיוט בלא הסבר ברור הוא דוחק. אבל לפמש"כ א"ש לחלק ביניהם בפשיטות:

כד

אכן לכאורה יש עדיין לעיין לפי כל מש"כ דהיכא דלא הי' קנין גמור המועיל בהדיוט או בידו לאתשולי או בזה"ז דאין עליו רק איסורא בעלמא כפי' רש"י ערכין הנ"ל דבכה"ג אין דינו לומר ממונא לא בטל. רק היכא דלא שייך כל הנך אז שפיר אמרינן בהקדש ג"כ ממונא לא בטל משום דלא חמור כח ממון הדיוט מכח הקדש כנ"ל ודלא כהש"ש הנ"ל דעדיין יש לעיין בכ"ז לפמש"כ לעיל דהיכא דהאיסור אינו משום ממון דאז מיבטל כמו נבלה שיש לה בעלים. א"כ ה"ה הכא כיון דהוי באיסור מעילה אף היכא דלא שייך דין ממון א"כ ה"ה אף היכא דשייך דין ממון ג"כ לא שייך בי' לומר ממונא לא בטל אכן יש לחלק דשאני בנבלה דעיקר האיסור אינו מחמת זכותו של חבירו כלל משא"כ במעילה דעיקר האיסור הוי משום דנהנה מחלק גבוה וכדמצינו בב"ב (דף פ"ח) דאמרו על מעילה דמקרי גזל גבוה וכן הוא בשא"ד. רק לענין לדון בי' ממונא לא בטל זה לא שייך בכל הנך שלשה גווני הנ"ל דהא כיון דאין עליו חשיבות ממונא כ"כ א"כ הא אינו

דומה לממונא דהדיוט דאמרו עליו דלא בטל אבל באמת אף בכל הך גווני יש זכות קצת להקדש ומקרי נהנה מגבוה דהא אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ונהי דמצי למשאלי אבל כ"ז דלא שאל יש זכות להקדש רק כיון דאין דומה זכות ממון הקדש בכל הנך גווני לממון הדיוט ע"כ לא מצינו דנימא גם בכ"ז ממונא לא בטל לפי דיש לחלק דשאני ממון הדיוט דיש עליו חשיבות ביותר משום דיש בו דין ממון גמור ולכן לא שייך בזה לומר לא יהי' ממון הדיוט חמור מן ממון הקדש אבל לעולם עיקר טעם דמעילה הוי משום דנהנה מגבוה ע"כ היכא דיש בו דין ממון גמור להקדש וודאי דאינו בטל כמו כל ממון הדיוט דאמרו דלא בטל האיסור שיוצא מהממון דה"ה באיסור מעילה היוצא מממון הקדש ובאמת כ"ז מוכרח דאל"כ תקשה מהא דנדרים (דף נ"ח) הנ"ל על מ"ד דס"ל דגם נבלה אם יש לה בעלים אינו בטל אף דאיסור אינו יוצא מהממון. א"כ תקשה מהא דהקדש דנדרים הנ"ל דאמרו דלא בטל משום דשיל"מ וע"כ מוכח לחלק דשאני בהקדש משום כל הנך גווני אבל סברת הש"ש הנ"ל אינו נכון כנ"ל דהא לא יהי' כח ממון הדיוט חמור מכח ממון הקדש כנ"ל ועת לקצר:

כה

ואין להעיר בכ"ז מהא דאמרו במע"ש דהיכא דאין לו מתירין דבטל ברוב כמו דאמרו בב"מ (דף נ"ג) ואף דפסקו דמע"ש ממון גבוה אפ"ה אין לדון בזה ממונא לא בטל. דהא התם אין האיסור מחמת הממון גבוה דהא אף למ"ד מע"ש ממון הדיוט הוא ג"כ הא מע"ש בכל דיני' עליו וכן לפמש"כ הלח"מ בפ"ו ה' חמץ לחלק בין גבולין לירושלים דמש"כ הרמב"ם דממון גבוה הוא היינו בגבולין ע"ש כיון דאף בירושלים דהוי ממון הדיוט אפ"ה נוהג בו כל קדושת המע"ש אלמא דאין איסורו נוהג משום ממון גבוה שלו ע"כ לא שייך בי' לדון ממונא לא בטל ולכן לא הוי סתירה לדברינו ממה שפסק הרמב"ם דמע"ש בטל ברוב אף שפסק דמע"ש ממון גבוה כנ"ל:

כו

וכן אין להעיר בכ"ז מהא דחולין (דף צ"ח) דיליף דין ביטול מזרוע בשלה דנתבטל טעם הזרוע הניתן לכהנים ואסור לזרים והאיל כולו נאכל לבעליו כדין שלמים. ואי נימא ממונא לא בטל א"כ הא הזרוע הוי ממון כהן והוי ממון שיש לו תובעין דהא לאנשי משמר הם ניתנין ואפ"ה בטל. דז"א שום שייכות להא דממונא לא בטל משום דהא האיסור אינו בא מחמת ממון כהן ואף למאן דס"ל גם בנבלה שיש לו בעלים לא תהי' בטילה וכס"ד בביצה שם. עכ"ז אינו קשה כלל דהא אמרינן בקידושין (דף נ"ב) המקדש בחלקו אינה מקודשת משום דמשולחן גבוה קא זכי. ופי' רש"י שם ובב"ק (דף י"ב) בין כהנים בחזה ושוק ובין בעלים בבשר הוי הכל משולחן גבוה ע"כ לא שייך כלל בזה

לדון הא דממונא לא בטל דז"א שייך רק בממונא של בעליו שנתערב בממון של בעלים אחרים אבל התם גבי זרוע שנתערב טעמו בבשר דהוי הכל משולחן גבוה ע"כ לא שייך לדון בכ"ז להא דממונא לא בטל וזה פשוט:

כז

ובמק"א כתבתי לחלק אף דנימא בהא דסוף מעילה בפרוטה הקדש שנפלה לכיס דלא בטל משום דממונא לא בטל כנ"ל אפ"ה י"ל דז"א אלא בנתערב גוף הקדש וכה"ג במים ומלח דסוף ביצה דנתערב כולו בממשו. משא"כ אם לא נתערב אלא טעמו בטל דלא מצינו טעמו בממונא לומר דלא בטל דלא מצינו רק בגוף חשיבות בממונא לומר דלא בטל ולפ"ז יש לדון ולפקפק קצת במש"כ לתרץ קושיות התוס' פסחים (דף כ"ז) גבי הסיק תנור בעצי הקדש דלא בטל דאף דאין שבח עצים בפת אכתי משהו איכא ולא בטל משום ממונא לא בטל משום דיש לדון התם כיון דלא נתערב התם הקדש בעיני' רק משהו דלא עדיף מטעמא בעלמא דמיבטל אף בממונא דלא מצינו דאמרו טעם כעיקר בממונא דלא בטל ושפיר הקשו התוס' בפסחים שם משא"כ בסוף מעילה בפרוטה הקדש דנתערב בעיני' שפיר י"ל בזה ממונא לא בטל וכנ"ל בארוכה:

כח

וע"פ כל מש"כ בעז"ה יש לתרץ דברי הרמב"ם ה' בכורות פ"ג הלכה י"ג שהביא להמשנה דערלה פ"ג האורג מלא הסיט מצמר הבכור בבגד ידלק מצמר המוקדשין מקדש בכל שהו ובהשגת הראב"ד שם כתב דזהו בקדשים שיש להם פדיון אבל בקדשים שאין להם פדיון בטל וכתב הלח"מ דכוונת השגת הראב"ד דהשיג על הרמב"ם דהי' לו להביא דברי הירושלמי ערלה דמחלק בפירוש בין קדשים שיש להם פדיון לבין אין להם פדיון אבל לפי מש"כ יש לתרץ דברי הרמב"ם די"ל דהרמב"ם ס"ל לכל מש"כ גבי הקדש דאף היכא דלא הי' דשיל"מ ג"כ לא בטל משום דכיון דהאיסור הוא מחמת ממון גבוה ע"כ לא בטל והא דנדרים (דף נ"ח) י"ל כמש"כ לעיל דנפ"מ לענין תערובות ג' כנ"ל בארוכה וע"כ דוקא בצמר בכור דבזה"ז הוי ממון כהן כמבואר בתמורה (דף ז') וב"ק (דף י"ב) א"כ בצמר בכור דאסרו ליכא למימר דאסרו בהנאה משום ממון גבוה. דהא באמת הוי ממון כהן וע"כ אסרו מטעם גזירה דמבואר בבכורות (דף כ"ו). ולא מן טעם דקדשים ממון גבוה הוא ולכן לא שייך בו לדון משום ממונא לא בטל. וע"כ בעי מלא הסיט דוקא בצמר בכור משא"כ בקדשים דהוי ממון גבוה וכשאסרו הצמר הנושר ממילא דינו ככל קדשים דאסור מחמת ממון גבוה וכיון דממונא לא בטל ע"כ ה"ה הצמר הנושר דאסרו חז"ל כמבואר בתוס' והובא במל"מ פ"א ה' מעילה ה' י' ממילא דינו ככל קדשים דנאסר מחמת דהוי ממון גבוה ולא בטל ככל ממונא וסמך הרמב"ם על סוגיא דסוף ביצה (דף ל"ח)

דמסיק דממונא לא בטל וכנ"ל בארוכה. ואף דירושלמי מחלק בין קדשים שיש להם פדיון כו' עכ"ז סמך הרמב"ם על סוגיא דביצה הנ"ל וגם על מש"כ לתרץ קושיות התוס' פסחים (דף כ"ז) בתנור שהסיקו בעצי הקדש כנ"ל והוכיח מכ"ז דלא כירושלמי הנ"ל וא"ש דברי הרמב"ם אך מפי' המשניות להר"מ פ"ג דערלה לא משמע כן ויש להאריך בכ"ז וקצרתי ונתבאר בעז"ה בארוכה כי יפה כתבתי בספרי:

כט

וע"פ שיטת הרב המאירי לביצה (דף כ"ח) דאביי ס"ל גבי נבלה בשחוטה דאם יש לנבלה תובעין אינה בטלה. רק דסתם נבלה אין לה תובעין ע"ש. אלמא דאף היכא דהאיסור אינו יוצא מחמת הממון אפ"ה כיון דממונא לא בטל ממילא גוררת עמה את האיסור דלא תהי' בטילה יש ליישב עפ"ז קושיות החוו"ד ביו"ד סי' ק"ב ס"ק ה' בהא דפסחים (דף פ"ח) בחמשה שנתערבו עורות פסחיהם ונמצא יבלת כו' דקאמר אביי ל"ש אלא שנתערבו לאחר זריקה אבל לפני זריקה דלא חזי לאכילה חייבין בפ"ש. והקשה החוו"ד בסי' ק"א דאמאי לא חזי לאכילה והא כבש שלם לחד שיטה שם בטל ברוב אבל לפי שיטת המאירי דאביי ס"ל דאיסור בממון חבירו אף דאינו נמשך מחמת הממון אפ"ה לא בטל ע"כ י"ל דאביי הכא בפסחים לטעמי' אזיל לכן הכא גבי חמשה חבורות שנתערבו עורות פסחיהן כיון דנולד האיסור בממונא מחולקים. ע"כ אף איסורא לא בטל כיון דיש בעלים מיוחדים על כל פסח בפ"ע וגם הוי יש לו תובעין דבכה"ג לא בטל לשי' אביי הנ"ל וע"כ קאמר אביי שפיר שם בזה הוי לא חזי לאכילה וי"ל דהך שיטה דס"ל דכבש שלם לא חשיבא חהר"ל ס"ל כשיטת המאירי והבעה"מ הנ"ל:

ל

שוב ראיתי די"ל דאף לשי' המאירי והבעה"מ ג"כ שפיר הקשה החוו"ד משום די"ל דוקא היכא דנתערב גוף הממון של חבירו ויש ספק על כל א' מהתערובות של מי הוא וכיון דממונא אינו בטל וכיון דלא נתבטל שם בעלים מהמועט מחמת דממונא לא בטל. ע"כ ממילא גם איסור אינו בטל דנמשך האיסור מחמת הממון דאין סברא דיתבטל לחצאין אבל בהא דפסחים בחמשה שנתערבו עורות פסחיהן דגוף הפסחים המה מבוררים של מי המה ואין ספק נולד עליהם של מי הוא וכיון דלא הוי ספק רק באיסור לבד היכן הוא הטריפה ע"כ אף אביי מודה דבטל ברוב דכיון דלא הוי ספק רק על איסור לבד א"כ דינו כמו כל איסור דבטל ברוב לכ"ע ושפיר הקשה החוו"ד אכן בקונטרס אחר כתבתי תירוץ מורווח בעז"ה על קושיות החוו"ד הנ"ל:

סימן טו

ענף א

א

מה שהקשה כת"ר במה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ו בנידון שותף שלוה מן א"י בריבית דיכול ליקח הריבית מחבירו השותף והעיר ע"ז מהך דיו"ד סי' קס"ט סעי' כ"ב. הנני להשיבו והוא כי הבאתי שם לדברי הט"ז ביו"ד סי' ק"ע ס"ק ג' שכתב בשותפים דאם המתעסק נטל המעות בריבית דיכול ליטול הריבית מחבירו. והחוות דעת שם פירש לדברי הט"ז דמיירי דלוה שלא בידיעת שותפו אבל לוה בידיעת שותפו אסור ליטול הריבית מחבירו. אבל בספר עצי לבונה שם פי' לדברי הט"ז דבכל גווני שרי אם המתעסק לוה מן הא"י ודחה לדברי החוו"ד ע"ש. א"כ לפי דברי פירוש עצי לבונה ודאי שרי בנ"ד כיון דהמתעסק לוה. ואף דנימא לחוש ולהסתפק למש"כ החוו"ד עכ"ז יפה כתבתי בספרי שם ע"פ הא דמבואר בח"מ סי' ע"ז סעי' ב' ובש"ך ס"ק ט' בשותף שלוה בהסכמת וציווי שותפו דחייב השני וכדין שנים שלוו ובשנים שלוו הא יכול לגבות החצי מכ"א ומחצה השני' בתורת ערבות אם השני אינו רוצה לשלם.

ב

ובענין איסור ריבית היכא דיכול לתבוע ממי שירצה המלוה אם מהלוה או מן הערב יש בזה פלוגתת ראשונים כמבואר בסי' ק"ע סעי' א' דלחד שיטה אינו אסור רק בערב שלוף דוץ. א"כ הוי בנ"ד ספק ספיקא דפלוגתא להיתירא ספק א' שמא הלכה כשיטת כמה ראשונים דס"ל דאינו אסור רק בשלוף דוץ כמבואר בבית יוסף ליו"ד שם שיטות הרבה ראשונים דס"ל כן. ולפי שיטתם ודאי אינו אסור ליטול הריבית בנ"ד והוי כעין מש"כ הש"ך ביו"ד סי' קס"ט ס"ק ס"ט דאם א"ל שלא יהי' לו רק דין ערב מותר. ולפי הך שיטת הסוברין דאינו אסור רק בשלוף דוץ. א"כ דינו כמו כל ערב דעלמא דמותר. ואת"ל להחמיר כשיטת רש"י דס"ל דכיון דיכול לגבות משניהם אסור. אכתי ספק שמא הלכה כמש"כ העצי לבונה בפירושו לכוונת דברי הט"ז דכיון דהמתעסק לוה בכל גווני שרי משום דממעט חלקו בריוח ולא הוי כמו שלוה לחבירו מחצה כיון דהוא מתעסק כו'. והיכא דיש ספק ספיקא להיתירא באיסור ריבית ממילא מוציאין הממון מן הלוה ולא דיינינן בכזה לומר דהא בממון אין הולכין אחר הרוב וכן אחר הס"ס כידוע. דשאני באיסור ריבית כיון דהלוה מרצונו נתחייב וכמש"כ השער המשפט כן בהלכות ריבית סוף סי' קע"ז ומסתברים דבריו. וע"כ בנ"ד דהוי ספק ספיקא דדינא להיתירא באיסור ריבית ממילא מחוייב השותף לתת לשותף חבירו הריבית. והעיקר הוא כמש"כ בספרי

שם לבאר דבשווי' שליח ללוות דזכה המעות מיד דהגיע המעות ליד שותפו דלוה המעות דבעת קבלתו להמעות באה הזכיי' לשניהם בבת אחת אף מקודם שנתן המעות לשותפות וממילא אחריות המעות הוא על שניהם ע"כ אין זה דומה להך דיו"ד סי' קס"ט סעי' כ"ב דמבואר שם דאם הם באחריות הישראל אסור. דהא בנ"ד אינו מוטל עליו האחריות ביותר מחבירו וע"כ שפיר כתבתי בספרי שם.

ענף ב

ומה שהקשה על מש"כ בספרי ח' יו"ד סי' כ' שהבאתי קושיות המל"מ על הרא"ה במה שחל קונם על מ"ע דסוכה ולולב ותפילין דהא היכא דישנו בשאלה דוחה לל"ת ועשה דאינו בשאלה כמו במצורע. וע"ז תמה כת"ר דאמאי לא הבאתי למש"כ הרשב"א בתשובה ח' ג' סי' שמ"ג שהקשה ג"כ קושיות המל"מ הנ"ל ותי' דשאני מצורע דגדול השלום. ע"ז הנני להשיבו כי זה לא נעלם ממני. ויעיין מעכ"ת בספרי ח' אה"ע סי' ג' ענף ב' בהשמטות שלי שכתבתי שם בשם הרשב"א לחידושיו ביבמות ד' ה' שכתב ג"כ כהך תי' דשאני מצורע דגדול השלום. אבל לדינא אינו כן לפי מש"כ התוס' בב"מ (ד' למד /ל'/) ד"ה הא אין עשה כו'. וביבמות (ד' ה') ד"ה ואכתי איצטריך כו' דלמאן דס"ל מצורע בימי חלוטו מותר בתשמיש לא שייך האי תי' דגדול השלום. וכמש"כ הרשב"א לחידושיו שם. א"כ לפי מה דקיי"ל מצורע בימי חלוטו מותר בתשמיש וכמו שפסק הרמב"ם פ' י' ה' טומאת צרעת א"כ ליכא למימר כהך תי' דגדול השלום. וכמש"כ בספרי ח' או"ח סי' כ' ענף ב' יע"ש. ע"כ כתבתי תי' אחר על קושיות המל"מ דאמאי חל קונם על סוכה ולולב ותפילין וא"ש.

ענף ג

א

בחלק אה"ע סי' ו' ענף ט' בסופו כתבתי לדון היכא דיש פלוגתת הפוסקים דלחד שיטה מותר ולשיטה ב' הוי ספיקא דדינא דהוי זה ס"ס וכעין מש"כ הב"ש בסי' ע"ז ס"ק י"ד. וכעין זה מצאתי בלחם משנה פ"ה ה' סוכה ה' ד' גבי סככה בפשתן דהא דסוכה (ד' י"ב) דאריו"ח הושני פישתן אינו יודע ואמרו בגמ' דתרי ולא דייק הוי ספק אי אמר בזה ר' יוחנן כן וכתב הלח"מ שם דה"ל ספק ספיקא ע"ש. וזהו כדברי הב"ש הנ"ל.

ב

וכעת ראיתי להוכיח להיפך מן בכורות (ד' כ"ד ע"א) דאי' שם תניא הלוקח בהמה מניקה הבא אחריו בכור מספק רשב"ג אומר דבר בחזקתו דאינה מרחמת אא"כ יולדת. א' רבה א' ריו"ח ראה חזיר כרוך אחר רחל פטורה מבבורה /מבכורה/ ואסור באכילה כו' פטור מבכורה כרשב"ג ואסור באכילה כרבנן כו' וכי תימא מספקא לי' אי הלכה כרשב"ג אי

כרבנן כו' אי מספקא לי' אמאי פטורה מבכורה. ופי' רש"י בד"ה וכי תימא מספקא לי' כו' אי הלכה כר"ש או כרבנן ואסור באכילה מספיקא שמא ריחמתו עכ"ל. ולדברי הב"ש הנ"ל וכמש"כ בספרי באר יצחק א"כ קשה מאי מקשה הגמ' הא י"ל כיון דמספקא לי' אי הלכה כרשב"ג או כרבנן א"כ איכא ספק ספיקא ספק שמא הלכה כרשב"ג דפטור בוודאי מבכורה ואת"ל כרבנן אכתי ספק שמא פטורה מבכורה דהא לרבנן ג"כ אינו אלא ספק בכור כמבואר שם בברייתא וכפי' רש"י בד"ה וכי תימא מספקא לי' כו' דלרבנן אסור באכילה מספיקא וע"כ מוכח דכה"ג לא דיינינן בס"ס משום דהוי שם א' וגרע מזה וקשה על הב"ש.

ג

ויש לתרץ דאין זה סתירה להב"ש ולמש"כ בספרי. דהא כתבו התו' בכתובות (ד' ט' ע"א) ד"ה ואבע"א כו' דאם הוי רוב ברצון חשוב לרוב גמור לא דיינינן לי' לס"ס וכמבואר בכללי ס"ס. א"כ ה"ה בספק הלכה כרשב"ג או כרבנן כיון דכלל הוא בידינו יחיד ורבים הלכה כרבים א"כ הא הרוב סותר לספק זה. ואף דיש לחלק בראי' דכתובות הזאת עכ"ז י"ל כן לפי דכה"ג מצאתי בכסף משנה ה' בכורים פ"ז סוף הלכה י"ב שכתב לתמוה כיון דמספקא לן אי הלכה כר"א נגד רבנן או לאו א"כ חזר הדין לפסוק כרבנן כיון דרבים נינהו עכ"ל הכ"מ. ומסוגיא דשמעתין ראי' לדברי הכ"מ. ולכן א"ש הא דקאמרו בהך סוגיא וכי תימא דלכן אסורה באכילה כיון דמספקא לי' אי הלכה כרשב"ג או כרבנן א"כ אמאי פטורה מבכורה. אבל הא דאסורה א"ש משום דאין זה נחשב לס"ס כנ"ל. אך דהוקשו דאמאי פטורה מבכורה כיון דמוכרח הך סברא מסוגיא זו גופא.

ד

ובבכורות (דף י"ט) פליגי ר"ט ור"ע אי הוי בכור דר"ט מספקא לי' ולר"ע פשיטא לי' דלא הוי בכור. וכתב הרא"ש שם דהלכה כר"ע וה"ל מחלוקת ואח"כ סתם כו'. וקשה לפי הך כלל של הב"ש וכמש"כ בספרי באר יצחק הנ"ל. א"כ בלא"ה ה"ל להרא"ש לפסוק כר"ע משום ס"ס ספק דלמא הלכה כר"ע דס"ל בפשיטות דלא הוי בכור ואת"ל כר"ט הא גם לר"ט אינו אלא ספק וי"ל דעדיפא מיני' נקט הרא"ש דהא בלא"ה ה"מ להרא"ש לומר בקצרה דהלכה כר"ע מחבירו ור"ט חבירו הי' כמש"כ הרא"ש בכתובות פ"ט סי' ב', ועיין בש"ך ח"מ סי' כ"ה, וה"ה דה"מ לומר כן. ובנדרים (דף ז') מנודה אני לך ר"ע הי' חוכך להחמיר ואי' שם בגמ' ובר"נ דלר"ע אינו אלא ספק. וכתב הר"נ שם דלית הלכתא כר"ע משום דהלכה כר"ע מחבירו ולא מחביריו. ולפמש"כ הב"ש א"כ בלא"ה י"ל דהא הוי ספק דלמא הלכה כרבנן דמתירים בוודאי ואת"ל כר"ע אכתי הא אינו אלא ספק. אך י"ל דשא"ה בנדרים דאם אסר נכסי חבירו עליו וה"ל בידו לשאול על נדרו א"כ ה"ל דבר

שיש לו מתירין דלא מהני ס"ס כמבואר בכללי ס"ס וקצרתי. ואפשר דגם ס"ס דדינא לא מהני בדשיל"מ ועיין בש"א סי' צ' ובתשובת רע"א סי' ס"ה. אבל במק"א כתבתי להוכיח להיפך ודעתי כי אין לחלק בין ספיקא דדינא לספק במעשה גבי דשיל"מ ואכמ"ל בזה.

ה

ולכאורה יש להעיר מב"ק (ד' צ"ט ע"ב) גבי ההוא מגרומתא דאתא לקמי' דרב כו' דא"ל כו' דלא אוכלך ספק איסורא כו' ופי' רש"י דמספקא ליה אי הלכה כרבנן דאסור או הלכה כר' יוסי דמכשיר. א"כ תקשה לפמש"כ בשם הכ"מ דאי מספקא לן אי הלכה כהיחיד נגד הרבים ה"ל לפסוק יחיד ורבים הלכה כרבים. א"כ ה"ל התם וודאי איסורא דהא רבנן דאסרי הם הרבים. וי"ל דהא התוס' כתבו שם לחד תי' דהי' ברירא לי' דהלכה כר' יוסי דמכשיר רק בפני עם הארץ הי' מחמיר א"כ אינו קשה כלל. ולתי' ב' בשם ר"מ דבטבעת גדולה הי' ידוע לרב דהלכה כר' יוסי רק בשארי טבעות היו מסופק אי הלכה כמותו. א"כ הא איתרע בזה הך כללא דיחיד ורבים הלכה כרבים דהא חזינן הכא דלא אזלי בזה אחר הרוב. דהא בטבעת הגדולה וודאי הלכה כר' יוסי רק מספקא לן אי בשארי טבעות ג"כ הלכה כר' יוסי. אבל היכא דהוי ספק בעיקר אי נאמר כלל בזה דהלכה כיחיד. ע"כ אמרינן בי' דהלכה כהרבים דהא כיון דמספקא לן אי הלכה כהיחיד וודאי דאזלינן בתר רובא דהא בכל מקום דמספקא לן אי הלכה כיחיד אמרינן בזה הכלל דאחרי רבים להטות ויש להאריך בכלל זה בכ"ד. וגם יש לדון מזה בהא דנדרים (ד' נ"ד) דר"ע אוסר בדלועין ומודה לענין מלקות שאינו לוקה ופסק הר"נ שם הלכה כר"ע אף על גב דלא ידעינן אי מחלוקת ואח"כ סתם משום דאזלינן לחומרא כו'. אלמא דלא אמרינן ספק ספיקא כעין ס"ס של הב"ש הנ"ל. וכן יש להעיר בכ"ז מהא דחולין (ד' למ"ד /ל'/ ע"ב) החליד תחת העור אמרי בי רב אינו יודע. וחד מ"ד מכשיר שם ופסקו שם לחומרא ולא אמרינן דהא ה"ל ס"ס דדינא דאף נגד חזקה מהני ס"ס דדינא כידוע. וכן בהא דחולין (ד' ל"ו) דרבי אומר הוכשר ור"ח אמר תולין דמספקא לי'. ויש לחלק בכל הנ"ל ואכמ"ל. וכן יש לדון בכל הנ"ל ע"פ מש"כ בספרי ח' או"ח סי' ט"ו ענף א' בהכלל דאין ספק מוציא מידי וודאי וע"ש. ועיין מזה בח"מ סי' שפ"ו סעי' ג' ובש"ך ס"ק כ"ז. ועיין מזה ברמב"ם פ"ו ה' נחלות ה' ד' בלח"מ שם שכתב כעין זה. וקצרתי בכ"ז.

ענף ד

א

מה שכתב כת"ר לפלפל במה שכתבתי בספרי ח' אה"ע סי' יו"ד ענף ד' בענין ספק אומדנא דמקרי דברים שבלב. הנני להשיבו ולהעתיק לו למה שכתבתי מכבר בענין זה. והוא דיש להעיר בזה מן הא דיבמות (דף ס"ד) בתוס' והרא"ש שם סי' י"א דפליגי רבוותא

בהא דתנן יוצא בגט אי כופין בשוטי או לא דאין לכפותו שלא יהי' חשש גט מעושה שלא כדין. וכ"כ התוס' כתובות (דף ע' ע"א) בסה"ד דאין לכוף מספק עד שנמצא ראיה ברורה דהא אמרינן גט מעושה שלא כדין פסול ואין להתיר א"א מספק. וכן מבואר באה"ע בסי' קנ"ד סעיף כ"א בטור ושו"ע שם. וקשה אמאי לא נימא בזה דאם עברו וכפוהו דאף דהוי ספק גט מעושה כדין או לא. עכ"ז לא מבטלין מן ספק אומדנא במחשבתו אם הוי מפאת אונס או שנתרצה מרצונו לזה לפי דשמא מחוייב זה ע"פ דין ומספק לא מבטלין למה שאמר בפי' רוצה אני [ועיין בקידושין (דף נו"ן /נ'/) במה דדייק הש"ס שם דברים שבלב אינן דברים מהא דכופין בג"נ עד שיאמר רוצה אני וברשב"א שם ובב"ב (דף מ"ז) ואכמ"ל].

ב

ואפשר לחלק דשאני פלוגתא דרבוותא דאחר חתימת הש"ס דיכולים להכריע בזה וכמש"כ הש"ך בספר תקפו כהן דפלוגתא דרבוותא מועיל תפיסה עפ"י טענת קים לי משום דהא יכולין להכריע בזה איך הלכתא. משא"כ בספק דנשאר בש"ס לתיקו לא מהני תפיסה לפי דאין חכם יכול להכריע בספק שמקודם חתימת הש"ס. והובא זה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף י"ב ע"ש. ע"כ י"ל דבפלוגתא דרבוותא אי כופין בשוטי או לא לא מקרי ספק אומדנא זו כמו דברים שבלב. משום דשמא יבוא חכם א' להכריע את הספק ואז כשיכריע דאין כופין בשוטי א"כ יהי' אז אומדנא דמוכחי לכל דלא גירשה מרצונו הטוב. ע"כ חשו שפיר בזה לספק דאורייתא דלחומרא. משא"כ בהא דב"ב (דף קמ"ח) דהקדיש נכסיו מהו ונשאר בש"ס בתיקו וכתבתי בספרי שם בכוונת הרא"ש דב"ב שהובא שמה. דזה מקרי ספק אומדנא והוי כמו דברים שבלב דלא מצו לבטל למה שאמר בפיו בפירוש משום דהתם כיון דנשאר בש"ס בתיקו ואין שום חכם יכול להכריע ויהי' לעולם בספק אומדנא ע"כ פסקו שפיר דמקרי דברים שבלב. וה"ה בספק במציאות וכמש"כ בספרי שם בסי' י"א דוודאי היכא דלא יוכל להתברר לעולם זה הספק דזה מקרי דברים שבלב וכנ"ל שם. משא"כ בספיקא דפלוגתא דרבוותא דאחר חתימת הש"ס דיכול להתברר כנ"ל. [הג"ה, ובלא"ה יש לחלק דשא"ה בספק גט מעושה כיון דמספק אי כופין בשוטי אי לא א"כ אין לב"ד להכניס א"ע בספק ולכפותו לכתחילה ע"כ כיון דמספק אין להם לכפותו ע"כ מקרי גט מעושה שלא כדין כיון דעכ"פ אינם רשאים לכפותו וזה פשוט. ע"כ ההג"ה].

ג

ולכאורה יש להעיר עוד בכל זה מן הא דב"ב (דף קל"א) דא' שמואל הכותב לאשתו /כל נכסיו/ לא עשאה אלא אפטרופא דאיבעי' להו אם גם בבריא אמרו כן ופסק הרא"ש שם

פ"ח סי' ל"ב דלא קנתה דלא מפקינן מספיקא. וקשה אמאי לא נימא כיון דהוי ספק באומדנא ובפי' נתן מתנה בפיו א"כ הוי דברים שבלב וקנתה האשה. ויש לחלק ע"פ מש"כ הבית מאיר באה"ע סי' ק"ז דשאני התם דלא מהני תפיסה אף להסוברין דבכל ספק דדינא מהני תפיסה. משום דכיון דשמואל אמר התם בסתמא דהכותב לאשתו עשאה אפטרופא דמשמעות לשונו דאף בריא בכלל ע"כ תפסינן פשטות הלשון דאף בריא בכלל ע"ש. ולפ"ז אינו סתירה כלל מזה לדברי הרא"ש דב"ב פ"ט סי' כ"ג דגבי הקדיש נכסיו הנ"ל משום דלדינא אין זה ספק כלל. ולבד זה מוכרח כן דאל"כ תקשה התם דהא ה"ל ספק תקנתא. ובאמת כ"כ השמ"ק בב"ב שם בשם הר"נ דכיון דהוי הלכתא בלא טעם ואין לך אלא מה שאמרו בפירוש ע"ש. וכה"ג כתב הרי"ף שם. וע"כ מוכח כדברי הבית מאיר הנ"ל. אך בזה יש לחלק דשאני היכא דהוי תפיסה ברשות וכמש"כ במק"א.

ענף ה

בחלק אה"ע סי' ט"ז ענף ה' כתבתי לדון דאמאי בעברו ודנו בשבת ויו"ט דיניהם דין והא בשליחות במקום איסור דרבנן ג"כ נתבטל השליחות ועיקר מילתא מאי דדנין האידנא הוא משום דשלוחותייהו עבדינן והאריך כת"ר בזה. והנני להשיבו כי כעת נלע"ד בקצרה דז"א קשה כלל עפ"י המבואר ברמב"ם פ' ג' ה' גניבה ה' ו' בעשה שליח לשחוט לו ושחט בשבת דהמשלח חייב כיון דלא פרט לו לעשות באיסור וכמש"כ המל"מ בארוכה שם. ולפ"ז ה"ה באם עברו ודנו בשבת הא כיון דלא אמרו להם בפי' לדון בשבת רק הב"ד עצמם עברו ודנו בשבת ע"כ לא שייך בזה כלל הך מילתא דאין שליח לדבר עבירה. וזולת זה יש לדון ביותר ולדמות זה להך מילתא שכתב הר"נ בתשובה והובא במל"מ פ"ט ה' זכי' ה' יו"ד /י/ דבמקום איסור אף באיסור דרבנן ג"כ לא תקנו רבנן לתקנתם. ובמק"א הארכתי בכ"ז ואכמ"ל.

ענף ו

בסי' י"ז כתבתי לדון ביבמה קטלנית דכופין להיבם לחלוץ דאפשר כיון דלאחר החליצה לא תנשא דאין כופין לחלוץ. כעת מצאתי בתשובת רד"ך בית ב' חדר י"ג שכתב ביבמה קטלניות דכופין להיבם לחלוץ.

ענף ז

א

ומה דנסתפק כת"ר נידון המבואר בשבועות (דף ט"ז) דהשתחוואה זו היא פישוט ידים ורגלים וכן מבואר במגילה (דף כ"ב) ונסתפק אם בהשתחוואה דחייב בעו"ג ג"כ אינו חייב עד דאיכא פישוט ידים כו' או לא בעינן זה וביקש ממני לחוות דעתי בזה. הנני להשיבו כי מפורש בהוריות (דף ד' ע"א) אין חייבין עד שיורו בדבר שאין הצדוקים מודין

בו כו' תנן יש כו' אבל המשתחווה הא כתיבי כו' דאמרי כי אסירא השתחווי' גופא כדרכה הוא דאסור דאית בה פישוט ידים ורגלים הא השתחוי' דלית בה פישוט ידים ורגלים שריא. אלמא דזהו דעת צדוקים. אבל באמת אף אי לית בי' פישוט ידים ורגלים חייב ג"כ ואף דבגמ' שם אמרו בזה"ל השתחווי' גופא כדרכה הוא דאסור דאית בה פישוט ידים כו'. מ"מ בוודאי ה"ה אף שלא כדרכה דהא אם דרכן לעובדה בהשתחווי' דאין בה פישוט ידים בוודאי חייב דלא גרע מפעור או מרקוליס דחייב בעבודתה בכך כמבואר בסנהדרין (דף סמ"ך /ס'/). והא דאמרו השתחווי' כדרכה לאו דוקא הוא משום דלל"ק שם דחילקו דאמרו כי אסירא השתחוויי' כדרכה כו' ע"כ אמרו אח"ז דנפ"מ גם בעו"ג דדרכה בהשתחוויי' דיש חילוק ג"כ בין פישוט ידים ללית בה פישוט ידים. וזהו לרבותא דאף בכדרכה יש מקום לטעותו וכן מבואר ברמב"ם פ' י"ד ה' שגגות ה' ב' דאם טעו ואמרו המשתחווה לעו"ג בפישוט כו' חייב אבל באין בה פישוט פטור כו' הרי אלו חייבין ולא כתב דזהו רק בכדרכה. א"כ מוכח מזה דוודאי אף שלא כדרכה חייב אף בלא פישוט ידים. וי"ל דהכי גמירי ע"פ הל"מ לחייב בהשתחוויי' דעו"ג אף דלית פישוט ידים.

ב

וגם י"ל דהוכיחו כן מהא דסנהדרין (דף ס') דאמרו דאחד העובד כדרכה ואחד המזבח ומקטר ומנסך ואחד המשתחווה אף שלא כדרכה חייב כו' זביחה בכלל היתה ולמה יצאת להקיש אלי' ולומר לך מה זביחה מיוחדת שהיא עבודת פנים וחייבין עליו מיתה אף כל שהיא עבודת פנים כו' יצתה השתחוויי' לדון בעצמה אף שלא כדרכה. ופי' רש"י דהשתחוויי' לא הוי עבודת פנים א"כ ליכא למילף השתחוואה דלא הוי עבודת פנים. ע"כ הוצרך קרא על השתחוואה לחייב אף שלא כדרכה. ובמנחות (דף כ"ז) תוס' ד"ה להיכל כולו בארבעים כו' ותי' ר"ת דהשתחוואה צורך עבודה היא עכ"ל ועיין ברמב"ם ה' ביאת מקדש פ"ב ה' ד' בכ"מ שם שכתב באה"ד דהשתחוואה בכלל עבודה היא יע"ש. ולפ"ז קשה דלמה לי' קרא לחייב על השתחוואה שלא כדרכה הא ידעינן זה מהא דחזינן דחייבה התורה בזביחה שהיא עבודת פנים לחייב אף שלא כדרכה א"כ ה"ה השתחוואה דהוי עבודה ממילא חייב אף שלא כדרכה ולמ"ל קרא בזה. וע"כ מוכח דחייב בהשתחוואה אף דלית בה פישוט ידים ורגלים דכה"ג לא הוי עבודה בפנים ולא הוי בזה שם עבודה עליו כלל. ואפ"ה בעו"ג חייב אף באין פישוט כו'. וע"כ איצטריך קרא בזה.

ג

ובירושלמי נזיר ריש פ"ו אי' בזה"ל השתחוואה ללמד על עצמה שאינה מעשה. ועיין במראה הפנים שם ד"ה השתחוואה ללמד ע"ע כו' שכתב דש"ס דילן דלא אמרו כן אזלי לטעמייהו דאמרו בסנהדרין (דף ס"ה) דהשתחוואה הוי מעשה. והקשה שם המראה פנים הא גם השתחוואה הוי כעין עבודת פנים כדמצינו בכ"ד דמצוה להשתחוות בבואו בית ה'. ונדחק לחלק דלא מקרי עבודה כי אם אותן עבודות המיוחדים לקרבן יע"ש. אכן לפמש"כ דהשתחוואה דעו"ג חייב אף בלא פישוט ידים כי אם בעבודת ביהמ"ק בעי השתחוואה של פישוט ידים ע"כ שפיר צריכי קרא על השתחווי' לחייבי אף באין פישוט כו' ואף שלא כדרכה. ומתורץ קושיות המראה הפנים. ועיין במנחות (דף ק"ט ע"ב) גבי השתחוואה לעו"ג דלאו עבודה היא. ולפמש"כ ניחא משום דהא חייב אף דאין בה פישוט ידים ורגלים וזה לא הוי עבודה בפנים כנ"ל.

סימן טז

נשאלתי ע"ד אשה אחת מן הישוב בחלותה את חולי' הראתה לשכינתה שהכתונת שלה מלוכלכת בדם הרבה והחליטו שתיהן שע"י הרפואות שלקחה נתקלקלה ובא לה האורח שלא בזמנו ולמחרת היום ההוא הראתה האשה החולה הנ"ל עוד הכתונת בדם לאשה אחרת משכינותי' והוחזקה עי"ז בעיני עצמה ובעיני שתי השכינות הללו לטמאה. ואחר שהאשה חזרה לבריאותה ראוה הנשים הללו שהיא נוהגת עצמה כטהורה עם בעלה וגם הרגישו בה ששמשה עם בעלה וגם הבעל אומר כן והתחילו לצעוק עלי' ואמרה להן שנתוודע לה שדם זה הי' מחמת המכה שנפלה ונפצעה ברגלה ונעשה חבורה. והנשים הכחישוה בפני' יען כי המעשה שנפלה הי' ביום ג' והיא הראתה להן הדם מקודם ביום ש"ק וביום א'. וכאשר הרבו לצעוק עלי' ולפרסם הדבר לא ידעה לתת עצות בנפשה והלכה וטבלה וצעקו הנשים גם ע"ז שהרי לא מנתה ה' וז' וגם לא הפסיקה בטהרה. והיא השיבה להן שכבר עבר הזמן הראוי. אבל תשובתה נשארה מעל דכיון דהחזיקה עצמה בטהורה לבעלה א"כ לא עשתה הפסק טהרה וגם הנקיים שלה אינם כלום כיון ששמשה ואח"כ באו האשה הנ"ל עם שתי שכינותי' הללו לפני כת"ר והאשה הודית להן על כל הנ"ל רק שאמרה אמתלא אחרת שאח"כ כשהתחילה לחזור לבריאותה נתוודע לה שהדם הי' בא מן התחתונית ומה שאמרה לפני הנשים הללו שהוא מן החבורה שברגל לא רצתה להגיד להן האמת ומה שטבלה אח"כ הוא רק לשכך מעלי' צעקת הנשים ובאמת היא טהורה. ואמר לה כת"ר שתברר ע"י נשים שיש לה מיחוש התחתונית והשיבה שאי אפשר לה לברר זה. ועכשיו צועק הבעל עלי' ששלשה ימים קודם טבילתה שמשה עמו

וע"כ אינו רוצה להיות עמה בשום אופן זהו קוטב השאלה. וכת"ר שקיל וטרי בדברים נכונים אם להאמין לה באמתלא זו או לא. וביקש ממני לעיין בזה.

א

תשובה בעז"ה והוא דלכאורה נראה דמה שהראתה הכתונת לשכינותי' דהוי זה כמעשה דמבואר ביו"ד סי' קפ"ה דאינה נאמנת לומר טהורה אני אף בנותנות אמתלא. אכן לפי דברי הש"ך שם שכתב דאם לא הי' אפשר לה מחמת האמתלא רק ללבוש בגדי נדות דמהני אמתלא. א"כ באמתלא דסבורה הייתי להיות נדה אבל עכשיו בדקתי ומצאתי חבורות מהני להש"ך וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ג' דנאמנת בזה. וכמש"כ בחידושים לחוות דעת שם ס"ק ג'. אמנם הכרו"פ כתב דאף אמתלא זו לא מהני היכא דהוחזקה נדה בשכינותי' וכ"כ התבואות שור בסי' א' בס"ק ע"ח לחלוק על הש"ך בזה. ובאמת תקשה על הש"ך דס"ל דבאומרת סברתי שאני טמאה וטעיתי דנאמנת אף בהוחזקה נדה וכמו בנ"ד. דא"כ תקשה בראיות הרשב"א והרמב"ן דלא מהני אמתלא היכא דעשתה מעשה מהא דהוחזקה נדה לוקה ואם הי' מהני אמתלא לא הי' לוקה. א"כ עדיין קשה דהא גם בהוחזקה נדה בשכינותי' יכולה לומר אמתלא דמצאתי חבורות ופצעים דלא ידעתי מקודם וכמש"כ הש"ך. א"כ לא ה"ל למלקי עלי' וכמו שהקשה זה התבו"ש שם. ובאמת דברי הטור ביו"ד סי' קפ"ה דס"ל דאף בהוחזקה נדה בשכינותי' נאמנת באמתלא דתקשה דאיך אמרו דלוקה הא ה"ל התראת ספק שמא תאמר איזה אמתלא. [ועיין ברמב"ם ה' איסורי ביאה פ' כ' ה' י"ג במ"מ שם]. ואפשר לומר בטעמו דס"ל כעין סברת התוס' גיטין (דף ל"ג) בד"ה ואפקעינהו כו' דבנזיר ששתה יין אף דהוי התראת ספק שמא ישאל על נזירותו מ"מ לוקה משום דמוקמינן לי' על חזקתו דלא ישאל ע"ש. הרי דאף דלא הוי החזקה רק על הדיבור ג"כ מוקמינן על החזקה דלא יהיה דבר מחודש של הדיבור. ואף דאם ישאל יעקור הנזירות למפרע ולא שייך חזקת נזירות והא בידו להציל את עצמו מן עונש מלקות עכ"ז דיינינן לחזקה זו דיהי' בשב ואל תעשה ולא ישאל על נזירותו לאח"ז. וכמו הא דח"מ סוף סי' רמ"א גבי תנאי של קום ועשה דאינו נאמן לומר שקיים תנאו מה"ט וכמש"כ הקצה"ח שם. וה"ה יש לומר הכא דמוקמינן על החזקה דלא תגיד להאמתלא לאח"ז כמו שלא הגידה עד הנה ולכן לא מקרי זה התראת ספק.

ב

אכן שיטת הרשב"א והרמב"ן שהוכיחו כן י"ל דס"ל דלא דיינינן להנך חזקה כלל משום דהוי חזקה בחשש דלהבא דביארתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ד' בשם שיטת הרבה פוסקים דלא מהני חזקה בכה"ג יע"ש. אך זהו באמתלא דשכיחא אבל באמתלא דאינה שכיח כ"כ בזה י"ל דלא הוי התראת ספק משום דהא ברובא סמכינן אף על בירור

בלהבא ע"י הרוב וכמש"כ בספרי שם להוכיח מן התוס' נדה (דף מ"ו ע"ב) ד"ה ריו"ח ור"ל כו' דרוב מהני אף בחשש דלהבא. א"כ ה"ה בהך אמתלא דאומרת דלא ידעתי מן המכה וחבורה שיש לי עד היום שנודע לי זה הנה זה הוי אמתלא גרוע. ואף דבאומרת כן נאמנת. מ"מ לא חיישינן לאמתלא זו וכעין דברי הראשונים דמיגו דאינו יודע לא הוי מיגו משום דזהו טענה גרוע. וה"ה הכא דאומרת דלא ידעה מהמכה שיש לה עד היום זהו טענה גרוע וכן אמרו בכ"ד דטעיתי הוי טענה גרוע ובפרט היכא דה"ל למידע לזה מיד. וע"כ דוקא באומרת לאמתלא זו נאמנת. אבל לחוש שמא תאמר האמתלא זו לזה אין לנו לחוש משום דהוי בגדר רובא דמהני הרוב אף בחשש דלהבא וע"כ לא מקרי זה התראת ספק ושפיר אמרו דהוחזקה נדה לוקה. כן י"ל ולהסביר לדברי הש"ך דלא יהי' מוקשה כ"כ.

ג

ולדינא הוי ספיקא אם כהש"ך דמהני אמתלא דנודע לי שיש לי מכה אף היכא דהוחזקה נדה או דהלכה כהתב"ש והכרו"פ דלא מהני אמתלא זו ג"כ היכא דהוחזקה נדה כו'. ועכ"ז בנ"ד דאנו דנין מצד מה דהראתה /הכתונת/ הכותנת לשיכנותי' דיש לדון דזה לא מקרי מעשה דהא עיקר הטעם דהרשב"א והרמב"ן בהוחזקה נדה בשכינותי' דלא מהני אמתלא משום דלעשות מעשה כולי האי ללבוש בגדי נדה אין אשה עושה כלל. די"ל דזהו ע"פ סברת החוות יאיר בסי' קל"ח משום דאין אשה מנוולת עצמה ללבוש בגדי נדה כי מאוסים הם ע"ש. וזה הטעם אינו שייך כ"ז דלא לבשה עלי' בגדי נדות רק שהראתה הכותנת לשכינותי'. וי"ל דבכה"ג מהני אמתלא אף להרשב"א והרמב"ן כיון דהטור ס"ל דבכל גווני מהני אמתלא ע"כ מנלן להרבות במחלוקת בין הרשב"א והרמב"ן ובין הטור. ואף דמן החמדת שלמה שהובא בפ"ת לאה"ע סי' קנ"ב בס"ק ו' נראה דלא ס"ל להחילוק של החוות יאיר הנ"ל. עכ"ז מידי ספיקא לא נפקא זה גופא א"כ הוי ס"ס להיתירא ספק א' שמא כהש"ך דאמתלא כמו בנ"ד מועלת להתיר אף בהוחזקה נדה ואת"ל כהתב"ש והכרו"פ אכתי ספק שמא כהחוות יאיר דס"ל לחלק דדוקא במעשה דלבישת בגדים מנוולים לימי נדותה זה מקרי הוחזקה נדה אבל באופן אחר שאינו דומה לדהתם אין זה מקרי הוחזקה במעשה ומהני אמתלא כמו בכל אמירה דמהני אמתלא. ובפרט דהטור ס"ל דבכל גווני מהני אמתלא. וע"פ דברי החוות יאיר הללו יש לדון בקושיות הט"ז ביו"ד סי' א' ס"ק כ"ב וכתב דאין לחלק בין מעשה למעשה. ובאמת מצינו דמחלקים בין מעשה למעשה עיין בתב"ש סי' א' ס"ק ע"ז. ובלא"ה אין זה דומה כלל להוחזקה נדה דהא כן הדרך מן הנשים המוצאות דם כל זמן שאינם יודעים אם זהו דם נדות שמראות לשכינותן

לשאול דעתם בזה ואח"כ כשנתברר לה שאין זה דם נדות אין זה מקרי הוחזקה נדה כלל מעולם.

ד

ומה שטבלה בשלשה ימים לאחר ששמשה ג"כ אין זה מקרי מעשה כ"כ וכעין דברי הנו"ב במ"ק סי' י"א שכתב כי אין לנו להחמיר רק בלבישת בגדי נדה והבו דלא לוסיף עלה. וגם בזה יש לדון לסברת החוות יאיר הנ"ל וכנ"ל ויש בזה ג"כ דין ס"ס הנ"ל. ועוד דהא לא מצינו הוחזקה רק להחזיק מן אותו זמן ולהלן אבל לא על למפרע. וגם הא כיון ששמשה עמו מקודם ג' ימים לטבילתה א"כ זה דומה למה שכתב הט"ז ביו"ד סי' קפ"ה ס"ק ב' במעשה באשה א' כו' דכיון דגילתה דעתה קודם שהוחזקה לנדה דאין זה בכלל הוחזקה נדה. וה"ה בנ"ד דשמשה ג' ימים קודם הטבילה וקצרתי. ועיין בנו"ב במ"ק סי' י"א ובשיבת ציון שאלה ע"ד. וכן הא כתב כת"ר דהשכינים ידעו מזה דלכן הלכה לטבול כדי להשקיטם וע"כ אין לחוש לזה כנ"ל.

ה

אכן עדיין יש לחוש בנ"ד משום דהא כבר שמשה עם בעלה ומבואר ביו"ד סי' רל"ב סעי' י"ב ברמ"א דנאמן אדם לומר ששבועתו הי' באונס או על תנאי ודוקא קודם שעבר אבל אם כבר עבר א"נ לפטרו ממלקות בב"י בשם הרשב"א עכ"ל. והובא זה בחתם סופר ח' יו"ד סי' ט' לכלל דהיכא דעבר כבר אינו נאמן ליתן אמתלא וחזינן דלוקה אף דקודם שעבר הי' נאמן שם מ"מ כיון דלא נתן אמתלא עדיין לכן לוקה. א"כ בנ"ד דעברה ושמשה עם בעלה הדין נותן דאינה נאמנת ליתן אמתלא. אך אפשר לחלק דשאני היכא דעבר ועשה העבירה בפני עדים כמו דמיירי התם הרמ"א בשם הרשב"א דכתבו דאם עבר א"נ לפטור ממלקות הרי דמיירי בעבר לפני עדים. ע"כ אמרינן דכיון דעבר כן בפני עדים ולא אמר להם אז בעת שעובר דיש לו איזה אמתלא ע"ז לכן הוי כמו דאומר אז בפירוש דאין לו שום אמתלא כלל. משא"כ היכא דאינו עובר בפני עדים רק דשמשה עם בעלה כמו בנ"ד אפשר דלא מחלקינן בזה ולעולם נאמנת ליתן אמתלא.

ו

ועוד נלע"ד להעיר ולהוכיח מן הרמב"ן והרשב"א דאף לאחר שעבר ג"כ נאמן ליתן אמתלא. והוא דהא ראיות הרמב"ן והרשב"א דס"ל דבהוחזקה אינה נאמנת ליתן אמתלא הוא ממה שהוכיחו כן מהא דאמרו דהוחזקה נדה בשכינותי' בעלה לוקה עלי' ואם איתא דנאמנת ליתן אמתלא לא הי' לוקה. וכמש"כ התב"ש בסי' א' מזה. וכמו דפי' בחוט השני סי' י"ז סברתם דאם איתא דנאמנת ליתן אמתלא לא הי' לו ללקות ע"י כיון דאין זה איסור ברור. וכן הוכיחו עוד מהך דכתובות (דף ע"ב) דמוקי הש"ס דמיירי בהוחזקה

נדה דבעלה לוקה דמוכח מזה דא"נ ליתן אמתלא. וכוונתם בזה דאי נימא דנאמנת ליתן אמתלא רק דמיירי התם באינה נותנת אמתלא כלל דא"כ תקשה דל"ל לאוקמי דמיירי בהוחזקה נדה בשכינותי' והיינו דלבשה בגדי נדות הא ה"מ למימר דמיירי באמרה לפני השכינים דהיא טמאה נדה ואח"כ הודיעו זה להבעל. וע"כ מוכח דהש"ס רוצה למימר דמיירי באופן שאין מועיל לה שום אמתלא בעולם כלל. וזה אינו רק בהוחזקה נדה בשכינותי' דאז א"נ לחזור אף ע"י אמתלא.

ז

ויהי' איך שיהי' בכוונת הוכחתם עכ"פ חזינן דפירשו להא דהוחזקה נדה ובא עלי' דלוקה ואינו מועיל אמתלא זהו משום דבהוחזקה נדה א"נ באמתלא והוכיחו כן לדינא כמבואר בסי' קפ"ה בשמם. ואי נימא כדברי הרשב"א והרמ"א דיו"ד סי' רל"ב הנ"ל דאחר שעבר א"נ לומר אמתלא ולחזור מדבריו א"כ תקשה דמנלן להרשב"א והרמב"ן להוכיח ממה דאמרו הוחזקה נדה בשכוניתי' /בשכינותי'/ דלוקה דזהו משום דבהוחזקה נדה א"נ לומר שום אמתלא וכטעמם משום דלעשות מעשה לא עבדה כו' הא י"ל דהא דהוחזקה נדה בשכינותי' דלוקה בבא עלי' ולא אמרינן כמש"כ החוט השני דכיון דיכולה לחזור אין זה דבר ברור למלקי עלי' כנ"ל. הא י"ל שא"ה כיון דעבר ובא עלי' א"כ א"נ לחזור ע"י איזה אמתלא בעולם וכמבואר בהרשב"א והרמ"א יו"ד סי' רל"ב הנ"ל דאחר שעבר א"נ לפטור ממלקות ואף דהתם קודם שעבר הי' נאמן מ"מ לוקה כיון דאח"ז לא יהי' נאמן כלל וכמבואר בסי' רל"ב שם.

ח

ובאמת י"ל בשיטת הטור דס"ל ביו"ד סי' קפ"ה דאף בהוחזקה נדה נאמנת ע"י אמתלא לומר טהורה אני. ותקשה עליו דאמאי אמרו בהוחזקה נדה דבעלה לוקה דאיך לוקה הא אין זה איסור ברור וכפי דברי החוט השני הנ"ל. אכן לפי מש"כ לחלק דהיכא דעברה שאני ע"כ י"ל דהטור ס"ל לחלק דאין ראי' מהך דהוחזקה נדה דלוקה דשא"ה דעברו ושמשו ע"כ א"נ בשום אמתלא כלל. ודומה זה להך דסי' רל"ב הנ"ל דאף דהי' נאמן שם מקודם דעבר עכ"ז לוקה מדאינו נאמן שוב. משא"כ התם ביו"ד סי' קפ"ה דמיירי קודם שבא עלי' ואנו דנין אם מותר לו לבא עלי' א"כ שפיר ס"ל להטור דאף בהוחזקה נדה נאמנת לומר טהורה אני ע"י אמתלא וא"ש דברי הטור. וראיתי בהט"ז לאה"ע סי' קט"ו ס"ק ב' שהביא בשם הפרישה שהקשה דבטור שם משמע דבהוחזקה נדה א"נ לחזור ע"י איזה אמתלא ואילו בטור יו"ד סי' קפ"ה ס"ל להטור דנאמנת לחזור ע"י אמתלא אף בהוחזקה נדה. ותי' הפרישה די"ל דשאני אחר שבא עלי' דמשקרת כדי שלא תפסיד הכתובה. וע"ז הקשה הט"ז שם דגם בלא בא עלי' י"ל דמשקרת בשביל חשקה לבעלה

כו' עכ"ל הט"ז. אכן לפי מש"כ אתי שפיר /בפשיטות/ בהשיטות דברי הטור די"ל בטעמו דשאני בבא עלי' דלא מהני אמתלא משום דלאחר שעבר אינו מועיל אמתלא כלל כנ"ל.

ט

אכן עדיין תקשה מן דברי הרשב"א דיו"ד סי' רל"ב על דברי הרשב"א והרמב"ן בראייתם מן הא דהוחזקה נדה ובא עלי' דבעלה לוקה דהוכיחו מזה דאחר שהוחזקה נדה אינו מועיל אמתלא דהא י"ל דשא"ה דעבר כבר ולוקה כמו הך דיו"ד סי' רל"ב הנ"ל. ולכן נלע"ד להוכיח מזה להסברא שכתבתי לעיל דלכן בעבר על השבועה א"נ לפטור ממלקות משום דכיון דעבר בפני העדים ה"ל להגיד להם האמתלא שלו כדי שלא יחוייב מלקות וכיוצא בו ובפרט היכא דהתרו בו. ועיין בש"ך ליו"ד סי' רל"ב ס"ק כ"ז. א"כ לפ"ז יש לדון היכא דהתרו העדים להבעל שלא יבא על אשתו נדה משום דהוחזקה נדה בשכינותי' ולהאשה עצמה לא התרו או באופן שבא הבעל על אשתו באונס שאנסה ובעלה. דאז שפיר יש לדון עדיין דיהי' מועיל האמתלא של אשתו שתאמר לאחר זמן. דאין לומר בכה"ג להסברא שכתבתי דהיכא דעבר אינו מועיל אמתלא. משום דזה אינו שייך רק להבע"ד דיודע האמת. אז שייך לומר דה"ל להגיד לפניהם האמתלא איך הוא האמת. אבל הבעל הא אינו יודע מן האמתלא שיש לאשתו ע"כ לא שייך לומר דה"ל להגיד לפני העדים כו'. והנה אמרו בגמ' דהוחזקה נדה בשכינותי' בעלה לוקה. והא דלא אמרו היא לוקה כבר העיר בזה הרמ"א בתשובה סי' ב' והט"ז יו"ד סי' קפ"ה ס"ק ב'. והתבואות שור בחידושיו לקידושין (דף פ') ע"ש. ומדאמר בעלה לוקה ולא אמרו בסתמא דלוקין משמע דאף היכא דהאשה אינו לוקה עכ"ז הבעל לוקה. א"כ שפיר הוכיחו הראשונים הללו מזה דבהוחזקה נדה אינה מועיל אמתלא משום דאם הי' מועיל אמתלא בזה. הא מבעי להיות דאף דבא עלי' הבעל ג"כ לא יהי' לוקה היכא דהאשה אינה במלקות משום דלא התרו לה וכיוצא בזה כנ"ל. דהא אז ביד האשה לומר איזה אמתלא ונאמנת כיון דלא שייך אז הטעם דכיון דעבר שאני דהא הבעל לא ידע מן האמתלא דנאמר דה"ל להגיד להעדים. ע"כ הוכיחו שפיר מהא דהוחזקה נדה דהטעם דלוקה ולא מהני אתמלא /אמתלא/ שלה משום דהיכא דהוחזקה נדה שאני דלא עבידה לעשות מעשה כזה אם הי' לה איזה אמתלא. וא"ש דלא סתרי דברי הרמב"ן והרשב"א דיו"ד סי' קפ"ה לדברי הרשב"א והרמ"א דיו"ד סי' רל"ב הנ"ל. וזהו מילתא חדתא ומוכרחת.

י

ע"כ בנ"ד דשמשה עם בעלה דלא שייך לדון בנ"ד דהי' לגלות לפני העדים כידוע. וגם הא הבעל לא ידע אז ממה שהוחזקה נדה ע"כ לא שייך לומר דה"ל לגלות לו את האמתלא בעת שבא עלי' ע"כ שפיר נאמנת על האמתלא דאומרת היום וסמכה מעיקרא על מה

שבידה לומר לו האמתלא כשיוודע לו ממה שהראתה הכתונת לשכינותי'. ומש"כ כת"ר דכיון דעשתה מעשה שלא כפי הד"ת אף לפי האמתלא שלה דה"ל לשאול את פי החכם ע"ז וזה דומה למש"כ הנו"ב. הנה כסברת הנו"ב הנ"ל כן כתב החוט השני בסי' י"ז. אבל באמת אין כ"ז דומה לנ"ד דשא"ה דמשום דאין אדם משים עצמו רשע אתי עלה. אבל בנ"ד דאם לא נאמין לה עשתה אז איסור חמור ועכשיו אם נאמין לה לא עשתה איסור חמור. ע"כ לא שייך סברתם בנ"ד. ובלא"ה אין זה מקרי שלא כהד"ת דהא לדברי' דיש לה דם תחתוניות לאו כ"ע גמירי לילך ולשאול ע"ז להחכם וסמכה על דעתה בזה. והנה כל השקלא וטריא שלנו הוא לענין אם להחזיקה לחשודה על איסור נדות דלא תהי' נאמנת כ"ז דלא תעשה תשובה וכמש"כ ההפלאה בק"א סי' קט"ו ס"ק יו"ד י'/ ע"ש. גם י"ל דנפ"מ לענין דלא תפסיד הכתובה דאף דצריכה התראה. ועיין בב"ש סי' קט"ו ס"ק י"ז מש"כ בשם שי' רש"י סוטה ובהפלאה שם ואכמ"ל. עכ"ז הא כתבו האחרונים דבענין איסור נדה דזהו ידוע לכל הנשים דאף בלא התראה הפסידה כתובתה וקצרתי. והעיקר תלוי בראות עיני הב"ד אם יש ממש בהאמתלא דאומרת וכמבואר באה"ע סי' מ"ז סעי' ד' ובחוט השני בסי' י"ז בשם הרמב"ם פ"ד ה' א"ב ע"ש. ודעתי מסכמת דאמתלא מהני בנ"ד אם יהי' ממש לפי ראות עיני כת"ר והב"ד וכנ"ל.

סימן יז

ב"ה יום א' ז' אדר תרכ"ח לפ"ק. אל כבוד יד"נ הרב הגאון וכו':

א

אחדשה"ט מכתבו הגיעני בדבר שאלתו באשה שהי' לה ווסת כדרך כל הנשים. ושלא בשעת ווסתה לא ראתה כלל ועתה כבר פסק וסתה וחדל מלהיות לה אורח כנשים ובכל עת שתבדוק תמצא על העד כתם אדום וזה כשתי שנים שאינה יכולה להטהר לבעלה ושאלו להרופאים ואמרו שיש לה מכה באותו מקום בבית החיצון בצידו וגם עשו לה כיס ארוך כמדת אצבע בינוני ואמרו שתמלאנה במוך ותשים אותו בעומק לאותו מקום ועשתה כן ומצאת הכתם בהצד נמוך ועל ראשו לא ראתה כלל באופן שמראה הדבר שהמכה שיש לה הוא בבית החיצון:

ב

ולדעתי קשה לסמוך על זה כי אף שזה מבואר בתשובת אמונת שמואל ובסדרי טהרה. עכ"ז הא בספר חמדת שלמה ח' יו"ד כ"א הביא לדברי אמונת שמואל והביא לתשובת זכרון יוסף שחולק ע"ז. וכן הכריע הח"ש בעצמו להחמיר מטעם מי יודע אם תוכל להכניס עד צואר הרחם אם הבדיקה הוא בלא שפופרת כו' ואיך יוכל לשנות מהבדיקה

הנאמר בש"ס כו' עכ"ל החמדת שלמה ועוד דהא ידוע מש"כ הנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' מ"ג ומ"ד וסי' מ"ו דאם מצאה דם בצדדי השפופרת אין זה הוכחה שהדם יוצא מצדדים לטהרה בלא נקיים ואפילו על דם זה שמצאה עתה בצדדי השפופרת צריכה שתשב ז' נקיים עכ"ל וכ"כ החוות דעת בסי' קפ"ז דצריכה ז' נקיים תמיד אחר כל דם שמוצאת ואפילו על הדם שמוצאת בצדדי השפופרת ע"כ קשה להקל לטהרה לבעלה על סמך בדיקה זו ומחמת המכה שאומרים הרופאים הלא ידוע מש"כ הש"ך דרק לענין שלא תהי' מוחזקת משום רואה מחמת תשמיש מקילין במכה שאינה ידוע אם מוציאה דם. אבל מ"מ צריכה לישב ז' נקיים וע"כ בנ"ד דאין ידוע אם היא מכה שמוציאה דם ע"כ קשה להקל בזה אם מוצאת דם אחר שבודקת עצמה בעד רק אם מוצאת דם בלא בדיקת עד בזה יש להקל דהא מבואר ברמ"א סי' קפ"ז סעי' ה' דכתמים תולה בה בכל ענין אבל לא ע"י בדיקת עד:

ג

אכן כבר העליתי בתשובה א' להוכיח כשיטת הסוברים להקל בלא בדיקת זיי"ן נקיים אף במכה שאינה ידועה אם מוציאה דם מהא דכתובות (דף ט') בתוס' שם ד"ה האומר פ"פ כו' כתבו בשם הר"ח דס"ל בבוגרת פעמים יש לה דם ופעמים אין לה דם ואפ"ה ס"ל דבוגרת נותנין לה לילה ראשונה ובועל כמה בעילות ותולין כל דמים של אותו הלילה בדם בתולין וכמש"כ המהרש"א והובא בב"ש לאה"ע סי' ס"ח ס"ק ג' דלכן תלינן מספק בדם בתולין משום דלא שכיח דם שלא בשעת ווסתה ע"ש א"כ לפ"ז מוכח משיטת הר"ח הנ"ל דאף בספק אם המכה מוציאה דם כשרה ומוכח זה ביותר מן מש"כ הריטב"א בכתובות (דף ל"ו) דפי' הגירסא של שיטת ר"ח דגרס אי דטען פ"פ ה"נ הב"ע דטען טענת דמים משום דע"פ הרוב אין דמים בבוגרת ומשום דאיכא מיעוט בוגרות שיש להם דם בתולין לכן אמר רב דנותנין לה לילה ראשונה עכ"ל הריטב"א אלמא דאף דרוב בוגרות אין להן דמים אפ"ה תלינן במיעוט שיש להן בתולים א"כ כש"כ בספק השקול אם המכה מוציאה דם וודאי דתלינן א"כ מוכח משיטת הר"ח לפי גירסתו דאף בספק מכה מוציאה דם תלינן שלא לטמאותה ואף לגירסת רש"י שם וסייעתו עכ"ז הא לא מוכח משיטתם דפליגי על האי כללא של הר"ח דס"ל להקל במכה שא"י כו', ואפושי פלוגתא לא מפשינן:

ד

והא דמקשה הגמרא בכתובות (דף ל"ו) שם על הא דבוגרות אין טענת בתולים מהא דס"ל לרב בוגרת נותנין לה לילה ראשונה ולא מחלקין כן. י"ל בזה דהא הגמרא מקשו שם על רב דס"ל דנותנין לה לילה ראשונה ולרב לשיטתו שפיר הקשו דבירושלמי נדה

פ"א ופ"ב ה' א' איתא דרב ס"ל בבדקה בעד שאינו בדוק דטמאה נדה יעו"ש. א"כ שפיר מקשינן מהא דס"ל לרב דנותנין לה לילה ראשון דמוכח מזה דכל בוגרת יש לה דם בתולין בוודאי דהא מספיקא לא תלינן לשיטת רב דמחמיר בעד שאינו בדוק משום דדם המקור יש לפנינו בודאי אבל לדידן דקיי"ל כר' יוסי דבנדה (דף י"ד) דמטהר בעד שאינו בדוק דאינה טמאה נדה ע"כ שפיר יש להקל אף במכה שא"י דמוציאה דם ואף דפסקינן בעד שאינו בדוק דטמאה משום כתם עכ"ז שא"ה כמו שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ז יעו"ש. ומזה הוי סייעתא גדולה לשיטת הפוסקים דס"ל להקל אף במכה שאינה ידועה אם מוציאה דם וכמש"כ הרדב"ז לדינא להקל ביש לה ווסת אף במכה שאינה ידוע אם מוציאה דם:

ה

ולפ"ז יש מקום להקל בנ"ד אף שלא נודע לנו אם המכה מוציאה דם מ"מ כיון דיש לה וסת קבוע ועכשיו חדל להיות לה אורח כנשים יש לסמוך בזה להקל ולתלות במכה אף דספק ספיקא ליכא בנ"ד כמבואר בפוסקים דדוקא בהמכה הוא במקור יש בזה ספק מכה וספק צדדין אבל אם המכה הוא בצדדים לא שייך ס"ס הנ"ל מ"מ אף דליכא ס"ס יש להקל ולתלות במכה אף שאינה ידועה אם מוציאה דם כיון דיש לה וסת אכן לפמש"כ החתם סופר ח' יו"ד סי' קמ"ב בכוונת הרשב"א דמיקל לתלות במכה אף שאינה ידועה אם מוציאה דם דזה אינו רק באם שידוע לנו אם המכה הזאת היא מאותן המכות שיש שם דם עכ"פ אך אינו ידוע לנו אם מוציאה דם בשום פעם כלל אבל היכא דאינו ידועה אם יש בה דם א"כ מאן לימא לן שיש שם קיבוץ דם כלל וע"כ יותר לנו לומר שזהו דם המקור שיש שם דם בוודאי וכ"כ החתם סופר בסי' קנ"ג ובכמה תשובות כן. א"כ לפ"ז נסתר ההיתר של מכה שאינו ידוע אם יש בה דם דאפשר לומר דאף הרשב"א מודה בזה להחמיר וכדברי החתם סופר הנ"ל אכן לפי מה שהוכחתי מהא דכתובות (דף ל"ו) דבוגרות נותנין לה לילה ראשונה ולשיטת הר"ח דבוגרות הוי ספק אם יש בה דם כלל וכש"כ לשי' הריטב"א הנ"ל והתם הוי ספק אם יש בה דם כלל ואפ"ה תלינן ומותר לו לבעול באותו הלילה כמה בעילות א"כ מוכח מזה דאף בספק אם יש בה דם כלל ג"כ יותר לתלות במכה כדי שלא נימא דראתה דם נידות משום דלא שכיח דם שלא בעת ווסתה כלל א"כ מוכח מזה דלא כחומרת החתם סופר הנ"ל ולכן שפיר סתם הרמ"א בזה ומה דמקשה החכ"צ מהא דאר"ע בנדה (דף נ"ח) במכה שיכולה להגלע דם ולא כתם כבר כתבתי במק"א לתרץ זה כיון דעיקר טעם דבוגרות נותנין לה לילה ראשונה משום דלא שכיח דם שלא בעת ווסתה כמש"כ המהרש"א והבית שמואל כנ"ל ע"כ י"ל כיון

דר' עקיבא חייש למיעוטא כידוע ע"כ לר"ע יש להחמיר ולא לתלות במכה שא"י אם מוציאה דם אלא משום דם ולא כתם יש להקל בכתמים ומתורץ קושיות החכ"צ:

ו

והנה בספר מעיל צדקה סי' ס"ז כתב לתמוה על הסוברים דביש לה מכה תולה בה. דהא מהגמרא אין הכרח לזה דלא אשכחן בש"ס דאם יש להמכה תולה במכה אלא לרואה מחמת תשמיש דהתם טעמא רבא אית בי' דאין דרך דם המקור לבא מחמת תשמיש כו' אבל היכא דאין אנו דנין עליו אם היא רואה מחמת תשמיש בזה לא נמצא מקור מן הש"ס לדון ולתלות במכה שא"י אם מוציאה דם ואף במכה שמוציאה דם אין תולין אלא בברי לה דהך דם מן המכה שותת ויורד כו' עכ"ל המעיל צדקה וכן כתב כת"ר במכתבו אבל זהו נגד כל הפוסקים האחרונים ובאמת לפי מה שהוכחתי מן הא דכתובות (דף ל"ו) דתלינן בדם בתולים בבוגרות אף דספק יש בה דם ולא מטמאין אותה משום נדה והתם הא אנו דנין עליו אם טמאה נדה ואפ"ה תלינן מספק שמא יש לה דם בתולים ומטהרינן אותה ואף דאיכא התם רוב דאין לבוגרות בתולין כמש"כ הריטב"א כנ"ל כש"כ בספק השקול תלינן לטהרה דאינה טמאה משום נדה ושפיר כתבו הפוסקים שלא לחלק בזה ולכן יש מקום להקל בנ"ד ולטהרה אף במוצאות בבדיקות העד כתמים אדומים:

ז

אך אכתי יש לעיין בנ"ד לפי דהא לא נודע לנו אם יש לה מכה רק מפי רופא א"י והא מבואר בסי' קפ"ז סעי' ח' דאף על רופא כו' יש מסתפקים לומר דלא מהימן כש"כ ברופא א"י כמבואר שם א"כ בנ"ד לא מהימן הרופא לומר דיש לה מכה ואפשר לומר דהא מבואר שם בטור בשם התרומות ובשו"ע דדוקא לאחר שתתחזק לא מהימן אבל מקודם שתתחזק מהימן. ע"כ דוקא התם דהוחזקה לנו ברואה מחמת תשמיש ואף שנתרפאית מהיום הא לא נתרפאית רק מכאן ולהבא ולא למפרע ע"כ כיון דעד עת שנתרפאית היתה בשם רואה מחמת תשמיש והי' עלי' שם איסור ע"כ לא מהימני. אבל בנ"ד שאומר שיש לה מכה א"כ לפי דבריו לא נאסרה מעולם ואינו רק בירור הדבר לכן כיון דלא מקרי איתחזיק איסורא מהימני משום לא מרע אומנתו. ע"כ יש לומר דמהימן אף רופא א"י לומר דיש לה מכה ולא נאסרה מעולם ובאמת מן מש"כ הטור והשו"ע דלא מהימן לאחר שתתחזק ברואה מתשמיש יש להוכיח מזה כסברת הברית אברהם שהובא בספרי ח' יו"ד סי' ה' ענף ד' שכתב דלמא לא מהני הא דאומן לא מרע אומנתו רק היכא דליכא חזקת איסור ולא היכא דיש חזקת איסור:

אכן כבר הבאתי שם ראיות דסמכינן על לא מרע אומנתו אף נגד חזקת איסור וכדמוכח מהא דגיטין (דף ט') דכל השטרות העולים כו' דכשרים משום דסמכינן על לא מרע

נפשי' כמבואר בהראשונים ובח"מ סי' ס"ח ע"כ הדין נותן דסמכינן על אומן לא מרע אומנתו אף נגד חזקת איסור ואפשר לחלק דשא"ה ביו"ד סי' קפ"ז דלא סמכינן עליהם לאחר שתתחזק לרואה מתשמיש משום דבענין רפואה אפשר להו לאשתמוטי ולתלות באיזה טעות דהיה להו מכח הדמיון ושאני היכא דהוי עדות על המציאות והמעשה בענין איך הי' כמו שטרות העולים כו' אבל בנ"ד דמעיד דיש לה מכה בא"מ זה הוי כמו עדות של איזה ענין איך הוא במציאות וודאי מירתת שלא יותפס לשקרן. וזה הוי מילתא דעביד לגלויי בקל ע"כ מהימן אף רופא זה כן יש לדון בכ"ז אכן ראיתי בספר חתם סופר ליו"ד סי' קנ"ג שכתב דאין הרופא נאמן לומר דיש לה מכה כי מניין יודע זה וכי עינו ולבו שם הי' ואין לסמוך על המחאתו ושכלו כו' ע"כ קשה לי לסמוך להקל בנ"ד כי תרתי קולי לא מקילינן קולא א' להקל ולתלות אף במכה שא"י אם מוציאה דם קולא ב' להאמין רופא א"י. ע"כ בהנך תרי קולות אין בכחי להקל נגד החתם סופר ושארי אחרונים ולכן אינני אומר בזה לא איסור ולא היתר:

ח

והנה מבואר בסי' קפ"ז סעי' ז' אם כל זמן שהיא בודקת בכל החורים וסדקים אינה מוצאות כתם כי אם במקום אחד בצדדין יש לתלות שממכה שבאותו צד בא כו' והנו"ב בסי' מ"ד בתשובת הגאון מוהר"י זצ"ל כתב דהמחבר מיירי אף באינו מבורר המכה באותו מקום ואפ"ה טהורה והנו"ב בסי' מ"ו חולק עליו וכתב דהמחבר מיירי ביש לה מכה אך אף דלא נתברר דמוציאה דם אפ"ה מיקל בזה לפי דזהו הוכחה על המכה שמוציאה דם ואף באשה שאין לה ווסת יש להקל עפ"ז ובאמת הדעת נוטה כסברת הגאון מוהר"י זצ"ל דאף בלא נתברר לנו המכה עכ"ז כיון שאינה מוצאת דם רק במקום א' יש להקל משום דזה הוי כמו סי' מקום דהוכחתי בספרי ח' אה"ע סי' ו' ענף א' דסמכינן על סימנין אמצעים באיסורין וראי' לזה מהא דנדה (דף י"ד ע"א) בתוס' ד"ה ולמחר מצאו עליו דם כו' דכתבו שם בגליון התוס' דאין לחוש שמא דם מאכולת דכיון דנמצא על יריכה במקום שנגע בעד מוכחה מילתא דטמאה נדה וכוונתם דלכן טמאה נדה וחייבת קרבן כמו כל טמאה נדה בוודאי ולא חיישינן לחולין בעזרה משום דבגדר סי' מקום נגעו בה דאמרינן דאיך אתרמי דבאותו מקום שנגע העד ביריכה תתמעך המאכולת שם וכמו כל סי' מקום דאמרו דמקרי סי' אמצעי ואף דלא ברירא לן אי סימנים דאורייתא והארכתי מזה בספרי לדון אי צמצום מקום הוי סי' מובהק וע"כ ה"ה הכא כיון שאינה מוצאת דם בשום מקום רק במקום א' בצדדים זהו סי' מקום דמהני באיסורין אף בלא צמצום מקום ממש כמו שהארכתי מזה בספרי שם. כן יש לדון בזה ועכ"ז כיון שמן התה"ד והט"ז שם

נראה דזה לא מהני רק ביש מכה ע"כ וודאי לדינא אין בכחי לחלוק על הנו"ב דדחה דברי הגאון מוהר"י זצ"ל הנ"ל שם. עכ"פ בצירוף מכה אף שאינה ידועה אם מוציאה דם סמכינן בזה להקל ולכן נראה לי בזה דכה"ג מהימן הרופא לומר דיש לה מכה דהא מבואר בתשובת הרדב"ז ח"א סי' ת"י דהיכא דיש רגלים לדבר מהימן הרופא מומחה לומר שנתרפאית יע"ש וכש"כ לומר דיש לה מכה דזהו דבר במציאות וירא לומר בשקר שמא יתבדה ויותפס שקרן ולא מרע אומנתו בזה ובנ"ד שאינה מוצאת הדם רק מהצדדים הוי רגלים לדבר ומהימן וכיון דמהימן לומר דיש לה מכה אף דאינה ידוע אם מוציאה דם מהני בזה כמבואר בתה"ד ובט"ז ובנו"ב בכוונת המחבר הנ"ל ולפ"ז אף להאחרונים דהחמירו במכה שא"י אם מוציאה דם מ"מ בנ"ד יש להקל ע"פ דברי השו"ע בסי' קפ"ז סעי' ז':

ט

ע"כ דעתי נוטה בזה כן דיותר טוב לה שלא תבדוק א"ע כלל ע"י עד ואז אף דתמצא יהי' רק דין כתמים כיון דלא ארגשה ובכתמים תולין בכל גווני ואם תצטרך לבדוק ע"י עד תעשה כן דתראה לבדוק בשארי מקומות שאין שם המכה כפי מאמר הרופא שאומר באיזה צד הוא המכה וכיון שלא תמצא במקום אחר רק באותו מקום שאומר הרופא שיש שם המכה מצדדים. ע"כ זה דומה למש"כ המחבר בסעי' זיי"ן דכיון דאינה מוצאת במקום אחר רק במקום א' כגון מצד ימין או מצד שמאל וכה"ג במקום דאומר הרופא שיש שם המכה כיון דזה הוי הוכחה ורגלים לדבר לכן מהימן הרופא לומר דיש שם מכה וע"כ בזה אף דאינה ידוע אם מוציאה דם יש לתלות ולהקל כיון דהי' לה ווסת וכעת כבר פסק ווסתה וחדל להיות לה אורח כנשים. ע"כ כ"ז דאינה מרגשת פתיחת המקור וכה"ג יש להתירה והנני מצטרף עם כת"ר להקל בזה וידוע מש"כ האחרונים בסי' קצ"ו דבעת שתצטרך לספור ז' נקיים דבעינן ספורים ובדוקים לכל הפחות ביום הראשון וביום השביעי והפסק טהרה. דבזה אין תולין במכה אם תראה דם נדות ותצטרך לספור נקיים:

סימן יח

ב"ה יום א' ג' אלול תרי"א נאווהרדק.

נשאלתי מן שני רבנים גדולים ע"ד אשה שנתגרשה מבעלה משום קטטות שהי' ביניהם וניסת לשני ועכשיו היא רואה מחמת תשמיש שלשה פעמים ואומרת שהיתה בתולה בעת שניסת לשני ויש לה כאב בעת תשמיש אם נאמנת ע"ז או לא:

א

תשובה בקצרה הנה ביו"ד סוף סי' קפ"ז מבואר דבבתולה תולין בדם בתולים ובמרגשת כאב ואין דינה כרואה מ"ת. ע"כ ה"ה בנ"ד כיון דמרגשת כאב ואומרת דהיתה בתולה

בעת שניסת והתורה האמינה מן וספרה לה ומותרת וראיתי בנודע ביהודה במ"ת סי' צ"ב שכתב ג"כ כעין הך עובדא שנאמנת משום דיש לה מיגו דלא היתה אומרת שהיא רואה מחמת תשמיש והפה שאסר כו' אך העובדא דבנו"ב שם מיירי דטוענת האשה שלא הי' לבעלה הראשון גבורות אנשים אבל בנ"ד נראה ממכתבם דאומרת דמחמת קטטות שהיה ביניהם לא נבעלה לו ומשמע ג"כ שהיתה זמן רב תחת בעלה הראשון הנה בזה הדין נותן לכאורה דלא תהי' נאמנת וכמש"כ התוס' בב"ב (דף ה' ע"ב) ד"ה מי אמרינן כו' בסה"ד דיבמה שאמרה לא נבעלתי אינה נאמנת לאחר שלשים יום משום דחזקה דלא מוקי אנפשי' טפי משלשים יום. אף דיש לה מיגו דאינו יכול לבא עלי משום דמיגו במקום חזקה לא מהני ונשארו בקושיא. והובא בש"ך בכללי מיגו וכתב לתרץ קושייתם לפי דאין כל החזקות שוות:

ב

וכן אנכי אמרתי מכבר לתרץ לקושיות התוס' בב"ב שם במה שהקשו בהאיבעיא דהתם אם אמרינן מיגו במקום חזקה דתו"ז או לא דהא בהך דיבמה שאמרה לא נבעלתי מוכח דלא מהימנא במיגו נגד חזקה. והוא דלכאורה קשה לפי מה דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא משום דחזקת ממונא עדיפא מן מעלת מיגו והנה מעלת חזקה דתו"ז עדיפא מן מעלת חזקת ממונא דהא ע"י חזקה דתו"ז מוציאין ממון מן הלוה המוחזק וכיון דחזינן דמעלת מוחזק עדיפא מן מעלת מיגו כש"כ דמעלת חזקה דתו"ז דעדיפא ממעלת מוחזק דתהא עדיפא מן מעלת מיגו וע"כ הסברא נותנת דלא יהי' מהימן במיגו נגד חזקה דתו"ז ותקשה על מה דאיבעיא להו בזה אבל באמת אין זה קשה דהא להלוה דיש לו מיגו נגד החזקה דתו"ז יש לו עוד מעלת חזקת ממונא המסייעו א"כ יש להלוה שני מעלות היינו מעלת המיגו ומעלת המוחזק וע"כ איבעי' להו דאפשר דהנך שני המעלות ביחד עדיפי מן חזקה דתו"ז או לא ולפ"ז יש לתרץ לקושיות התוס' בב"ב (דף ה') הנ"ל בפשיטות דלכן גבי יבמה שאמרה לא נבעלתי אינה נאמנת לאחר שלשים יום אף דיש לה מיגו משום דהא התם לא שייך לדון להך מעלת מוחזק בהממון. ואדרבה הא אי נימא דמהימנא בהמיגו תכוף להיבם לחלוץ ע"כ בזה י"ל דעדיף מעלת החזקה מן מעלת מיגו ומתורץ קושיות התוס' וזולת כ"ז יש לומר בקצרה דכמו דקיי"ל דלא אמרינן מיגו להוציא דה"ה מה"ט לא מהימנא במיגו לכוף להיבם לחלוץ לה ויש להאריך בזה וקצרתי:

ג

נחזור לענינינו דהא חזינן דשיטת התוס' דלא מהימנא במיגו דאינו יכול לבא עלי לפי דהוא נגד החזקה דלא מוקי אנפשי' דזה הוי חזקה אלימתא וכמש"כ הש"ך שם או דבאמת מוכח מזה דבכל החזקות לא מהימן נגדו במיגו [ובספרי נחל יצחק בכללי מיגו

ס"ק ד' הארכתי בדברי הש"ך בכללי מיגו ס"ק י' שהביא לדברי התוס' בב"ב הנ"ל ע"ש].
א"כ לפ"ז הדין נותן בנ"ד דלא תהא נאמנת לומר דהיתה בתולה בעת שניסת לשני דאף דיש לה מיגו מ"מ כיון דאינה נותנת אמתלא גמורה במה דלא נבעלה לו א"כ י"ל דאינה נאמנת אף דיש לה מיגו משום דיש לנו כנגד החזקה דלא מוקי אנפשי' ובעובדא דהנו"ב טענה דלא היה לו גבורת אנשים וע"כ אין זה דומה לנ"ד אך אולי גם בנ"ד שהיה ביניהם קטטות אפשר דלא שייך כ"כ הך חזקה דלא מוקי כו':

ד

והעיקר בזה לפי המבואר בח"מ סי' ע"א סעי' א' בסמ"ע ס"ק ה' ובש"ך ס"ק ד' דחילקו בין מיגו במקום נאמנות דלא מהני לבין מיגו בעיקר הנאמנות דמהני וכ"כ ההפלאה בכתובות (דף י"ט) בתוס' ד"ה אימא כו' דמטעם זה אמרינן ג"כ מיגו בעיקר העדים וכעין דברי התוס' דב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה אין לך בו כו' דהפה שאסר כו' עדיף מן מיגו ע"ש וכ"כ הקצה"ח בסי' צ"ז ס"ק י"א דהיכא דאינו ידוע החזקה דתו"ז אלא ע"פ הודאתו דזה הוי בגדר הפה שאסר כו' דמהני מיגו כזה נגד החזקה משום דהוי מיגו בעיקר החזקה ושאני היכא דהחזקה ידוע כו' וכעין זה כתב הריטב"א לכתובות (דף י"ח) לחלק דהיכא דשייך הפה שאסר ואי בעי שתיק דזה עדיפא מן מיגו ע"ש. והבאתיו בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעי' ד' ענף ב' ע"ש]. ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ח ס"ק ז' מזה וקצרתי:

ולפי זה יש לומר דבנ"ד הוי ג"כ בגדר הפה שאסר כו' דהא היתה יכולה לשתוק ולא לגלות שהיא רואה הדם סמוך להתשעיש והיא רואה מחמת תשמיש ונאמנת שפיר לומר דהיתה בתולה משא"כ בהך דיבמה שאמרה לא נבעלתי דאף דיש לה מיגו דאינו יכול לבא עלי מ"מ הא אין זה בגדר הפה שאסר רק בתורת מיגו כו' ועיין בב"מ (דף ב') בתוס' ד"ה וזה נוטל שכתבו לחלק דשאני מיגו דאי בעי שתיק ע"ש וקצרתי וע"כ היכא דלא נמצא על העד של הבעל נאמנת האשה שלא תהי' דינה כרואה מחמת תשמיש:

ה

אכן בנמצא על העד של הבעל דאז ליכא מיגו דבכה"ג לא מהימנא לומר דהיתה בתולה בעת שניסת לשני כיון דשהתה תחת בעלה לכה"פ שלשים יום וע"ד מה שהי' ביניהם קטטות לא ביארו לי במכתבם עצם ענין סיבת הקטטות שהיה בין הזוג אם הי' זה משום דהי' מאוס בעיניה או משום סכסוך בעניני ממון וכיוצא וע"כ אם נמצא על עד של הבעל קשה להתירה ועכ"ז אפשר לדון להיתירא גם בזה והוא דבאה"ע סוף סי' ס"ח מבואר דבלא נסתרה נאמן הבעל לומר דלא בעל אף אחר זמן שלשים יום וכתב שם ההפלאה דאף בלא ידוע דנסתרה ג"כ מהימן לומר דלא בעל משום דחזקת ממונא מסייע לו לענין להפסיד כתובתה ואף דבנ"ד לא שייך הך חזקת ממונא עכ"ז הא מבואר בכתובות (דף

י"ב) דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי ולהוציא הכתובה מבעלה המוחזק וכדמסקינן שם הטעם לפי דיש לה מעלת ברי ואוקי אחזקת הגוף דהיתה בתולה עד אחר אירוסין דברי ואוקי אחזקה עדיפי מן מעלת מוחזק וכיון דחזינן דמשום סיוע דחזקת ממונא נאמן לומר דלא נסתרה עמו וכמש"כ ההפלאה כנ"ל כש"כ דהיכא דיש מעלת ברי ואוקי אחזקת הגוף ביחד דיש לה דהא אין שום אדם מכחישה דוודאי נאמנת לומר דלא נסתרה עם בעלה הראשון מעולם וע"כ היתה בתולה בעת שניסת לשני. ואין דינה כרואה מחמת תשמיש כלל:

1

ואף דהנהוג הוא דהשושבינים מיחדים להחתן והכלה אחר החופה עכ"ז אפשר לומר אולי היה אז חופת נדה ולא היו יכולים לייחדן וכיוצא וע"כ אין זה מקרי דיש עדים דנסתרה וכיון דאין עדים שנסתרה נאמנת לומר דלא נסתרה וכפי שנתבאר ועיין באה"ע סי' ס"ח סעי' יו"ד וב"ש ס"ק כ"ה ועיין באה"ע סי' קי"ז סעי' יו"ד ובח"מ ס"ק י"ח וביאור הגר"א זצ"ל ס"ק י"ב ובכתובות (דף ט' ע"ב) בתוס' ד"ה מאי לאו דקטען טענת פ"פ כו' וקצרתי ואף אם אומרת דנסתרה ולא נבעלה נאמנת במיגו דלא היתה מודה דנסתרה דהא הוי מיגו בעיקר החזקה דנאמנת וכמש"כ לעיל ועוד יש לומר בנ"ד דאף דנימא דנבעלה מחמת החזקה דלא מוקי אנפשי'. מ"מ אין לברר ע"י זה רק לומר דנבעלה פעם אחת אליו ולא אבדו כל בתולי' ע"י ביאה אחת דהא עד שתחי' המכה תלינן ושיטת השו"ע דכמה פעמים תלינן בדם בתולים עד שתפסוק פעם א' ולא תראה א"כ אף שנבעלה תחת בעלה הראשון עכ"ז י"ל דלא פסקה מלראות וכמש"כ הסדרי טהרה דלעולם אף יותר משנה תלינן לשיטת המחבר בדם בתולים א"כ אף דנימא דאינה נאמנת לומר בתולה הייתי בעת דניסת לשני עכ"ז י"ל דמ"מ לא נבעלה רק פעם א' ולא כלו כל בתולי' דהא מחמת החזקה דלא מוקי אנפשי' אין לנו לברר רק על ביאה אחת. וגם הא הרוב נשים אינן רואות מחמת תשמיש מסייע לה דלא תהיה דינה כרואה מחמת תשמיש. וע"כ הדין ברור דנאמנת אף בנמצא על העד של הבעל ואין אנו צריכים לומר דדוקא משום מיגו נאמנת. רק דנאמנת משום דהתורה הימנה וגם אף דנבעלה כמה פעמים לבעלה הראשון מ"מ יכול להיות דלא חייתה המכה עדיין ותלינן בדם בתולים ודעתי מסכמת להיתירא דאין דינה כרואה מחמת תשמיש ומותרת לבעלה:

סימן יט

אל כבוד הרב הגאון וכו':

מכתבו הגיעני בשאלתו בענין מקוה מכפר א' אשר הם רחוקים מהעיר איזה פרסאות וקשה להם לבוא אל העיר בכל פעם ויש שם פאבריק של טערפעטין וסמוך להפאבריק יש שם באר רחב ממים נובעים אשר יש שם תמיד מ' סאה אף בעת היובש אך בעת שרוצים לחמם את החפירה הנ"ל שופכים מהקעסיל של הפאבריק את הטערפעטין ומחממין שם מים והולך אל החפירה הנ"ל ומפני זה יש תמיד להמים של החפירה הנ"ל ריח טערפעטין והמראה של המים הם געל קצת וביקש כת"ר ממני לחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבו והוא דהא מבואר ביו"ד סי' ר"א סעי' כ"ה דאם הדיח בו כלים ונשתנה מראיתו לא נפסל רק אם נפל להמקוה גוף הדבר המשנה את מראיתו פוסל. והנה במשנה פ"ז דמקוואות משנה ג' תנן הדיח בו סלי זתים וסלי ענבים ושינו מראי' כשר וכן הוא ברמב"ם פ"ז ה' מקוואות ה"ז אכן בטור ושו"ע אמרו סתמא הדיח בו כלים כו'. והב"ח בטור שם כתב דאף כלים שהי' בהם משקה והדיחן שם ונשתנה מראי' לא נפסל ומשמע דאף דנשאר לכלוך של המשקין על הכלים וכמו שכתב הש"ך ביו"ד סי' צ"ה ס"ק א' דכלים שמדיחין אותם מסתמא אינם מקונחים. ומדסתמו הכא משמע דאין לחלק בזה בין משקה המתדבק בדופני הכלי או לא ובכל גווני אמרו דהדיחן הכלים שם דכשר המקוה ורק אם נשארו מן הטערפעטין שם בזה יש להחמיר דמקרי דנשתנה מראהו מן גוף הדבר שנפל בתוכו וזולת זה אין להחמיר בנ"ד כיון דהמקוה הוא מן מים נובעין וכמש"כ כת"ר ומבואר ביו"ד סי' ר"א סעי' כ"ח דמעיין אינו נפסל בשינוי מראה וזהו בשם בעל הנפש להראב"ד והרשב"א בשער המים וכן ראיתי בספר האשכול ה' מקוואות סי' נ"ה ע"ש וע"כ אין לנו לחוש לקושיות המשכנות יעקב ולדברי הראשונים והשו"ע אנו שומעין וע"כ אם ידוע ששפכו את הטערפעטין כולו מן הקעסיל אף שנשאר לכלוך מן הטערפעטין על הקעסיל אין לחוש כלל מכל הלין טעמי ומחמת הריח וודאי אין לנו לחוש וכמבואר בהרמב"ם פ"ז ה' מקוואות ה' א':

ב

ומה שהקשה כת"ר בהאיבעיא דנדרים (דף ל"ה). וקידושין (דף כ"ג) הני כהני שלוחא דידן כו' דה"ל למפשט זה מן המשנה דזבחים (דף מ"ו) דלא מהני מחשבת הבעלים דזה מחשב וזה עובד לא אמרינן דלאו בדידהו תליא דכתיב המקריב אותו לא יחשב והקשה כת"ר דהא היכא דשחטו הכהנים עולה לשם עולה וכן חטאת לשם חטאת והבעלים חשבו שיהי' החטאת לשם שלמים וכן בעולה שיהי' לשם שלמים דיהי' פסול הקרבן אם הוי כהני שלוחא דידן דהא הבעלים מבטלין שליחות הכהנים הנה הפרי מגדים ליו"ד סי' ד' בשפתי דעת ס"ק ג' העיר כזה ולדעתי אין זה קשה דהא מבואר בגיטין

(דף ל"ב ע"א) גבי ביטול שליחות הגט דאם אמר פסול הוא לא אמר כלום משום דהא באמת אינו פסול ואף באמר יהא פסול מבואר באה"ע סי' קמ"א סעי' ס"ד רק בשם יש מי שאומר דבטלו. ובטור שם יש דעה החולקת ע"ז והטעם הוא דכיון דבאמת אין שום פסול על הגט. ע"כ אין ממש בדבריו לבטל למה שעשהו לשליח מקודם וזהו בכלל דגילוי דעתא בגיטין לאו מילתא היא לבטל לדיבורי' הראשון ואף רבא דס"ל גילוי דעתא בגיטין מילתא היא מודה בזה וזהו ברור ופשוט וע"כ ה"ה דקרבן באמת הוא חטאת ואף דהבעלים חושבין ואומרים דיהיה לשם שלמים. עכ"ז כיון דידוע דהקרבן הוא קרבן חטאת ואינו של שלמים ע"כ אין ממש בדבריו לבטל ע"י אמירה גרוע כזה למה שעשה מתחילה לשלוחים את הכהן דמסר לו לשחוט הקרבן ואף הך דיעה דס"ל דיהי' פסול בטלו שא"ה משום דמפרשינן למה דאמר יהא פסול אף דבאמת אין עליו שום פסול משום דכוונתו הי' לבטלו וע"כ ממילא הוא פסול אבל בנ"ד לא שייך לדון כן רק באם העובד עצמו חושב על חטאת דיהיה לשם שלמים אז מקרי שלא לשמו עכ"פ וכדיליף מקראי בריש זבחים אבל לא מהני במחשבתו כזה לבטל לשליחות הכהנים דנעשו מתחילה בעת שמסר להם הקרבן דנתהוו שלוחי דידן וזהו ברור ויש אתי עוד דרכים אחרים בזה רק מפני העדר בריאותי עת לקצר ועיין במקנה לקידושין (דף כ"ג) בתוס' ד"ה דאמר רב הונא כו' ובשו"ת גבעת שאול סי' ק"ט וקצרתי:

סימן כ

בתשובת משכנות יעקב ח' יו"ד סי' מ"ג העלה במקוואות הסמוכים לנהר כל שיש לספק שאין למעיין מקור בפ"ע רק נמשך מהנהר אין להקל בנפלו שם ג' לוגין מים שאובין כמבואר ביו"ד סי' ר"א סעי' מ' משום דאין עלי' שם מעין ופסול לזבין כמבואר בתוספתא פ"א ה' מקוואות וז"ל החופר בצדדים בצד הנהר במקום הביצים ה"ה כמי תמצית החופר בצד המעין כל זמן שהם באים מחמת המעין אע"פ שפוסקין וחוזרים ומושכין ה"ה כמעין פסקו מלהיות מושכין ה"ה כמו תמצית עכ"ל התוספתא והובא בר"ש פ' א' דמקוואות משנה ו' ודוקא כ"ז שמחוברים כשפה"נ למעין שם מעיין עליהם לכל דיני מעין ולא מיפסל בנפלו בו ג' לוגין שאובין כמו דין מעיין אבל בבאים דרך חפירה בקרקע פסק שם מעין שהרי אין חיבורם כשפה"נ רק דרך חלחול הקרקע נקבים דקים לכן שם מקוה עליהם ונידונין כתמצית כו' וע"כ מיפסל בנפלו בו ג' לוגין שאובין ולא נקב הכלי וכ"פ הרמב"ם פ' ט' ה' מקואות ה' ג' ד' וחלק על המהרי"ק והמחבר והרמ"א ע"ש ונשאלתי מכמה רבנים גדולים לחוות דעתי בזה:

ענף א

א

ולענ"ד נראה לומר דאין ראי' מהתוספתא הנ"ל. דהא מבואר ברמב"ם ה' פרה פ' ו' ה' י' דדעת הראב"ד שם דנהרות כשרין לקדש מהם מי חטאת משום דמקרי מים חיים. רק ימים פסולים לטבילת זבים ולקדשו מהן מי חטאת כמבואר בפ"ח דפרה משנה ח' דהלכה כר"י דימים מטהרים בזוחלין ופסולים לזבים ולקדש מהן כו' כמש"כ הרע"ב שם וכמש"כ התוס' בשבת (דף ק"ט) בד"ה ר' יוסי אומר כו' טעמי' דר' יוסי יע"ש. ובתוספתא פ"ח פרה אי' דכל הנהרות פסולין לקדש ועיין בראב"ד שם שכתב דאף דבהתוספתא מבואר דנהרות פסולין לקדש עכ"ז סמכינן על מתניתין דמבואר דנהרות כשרים לקדש יע"ש. ע"כ י"ל דלכן אמרו בתוספתא דחופר בצד הים ובצד הנהר אין שם מעין עליו משום דדברי המשכנות יעקב הנ"ל הם דחוקים בטעמו דהא בחופר בצד המעיין מבואר בתוספתא דכ"ז שהם באים מחמת המעיין אע"פ שפוסקין וחוזרים ומושכין דינו כמעין אלמא דמיירי אף בידוע שאין לחפירה זו מקורו מעצמו רק הוא נמשך מן המעיין שאצלו דינו כמעיין א"כ מה לי בבא ממעיין או נמשך לחפירה מים מן הנהר דהא במעיין ג"כ מיירי התוספתא אף דאין בו כשפה"נ רק דרך הנקבים דומי' דחופר בצד הנהר ע"כ אין טעם לחילוק בין נהר ומעין בזה:

ב

ע"כ נלע"ד הפי' של התוספתא והוא דהתוספ' אזלא לטעמי' דהא התוספתא בפרה פ"ח ס"ל דכל הנהרות פסולים לקדש א"כ ס"ל דנהר אין דינו כמעין משום דחיישי שמא רבו מי גשמים כמש"כ הראב"ד שם. ע"כ שפיר אמרו בתוספתא החופר בצד הים וצד הנהר מקרי מי מקוה משום דחיישי דילמא אין לחפירה זו מקור נובע מעצמו רק כיון דהוא סמוך להנהר וים חיישינן דילמא מי ים ונהר נמשכין לחפירה דרך נקבי הקרקע ע"כ פסולים דהא מי ים בוודאי אין דינו כמעין דהתורה קראן מקוה. רק בזוחלין מטהרין כמש"כ התוס' בשבת (דף ק') דכיון דכל שעה ושעה הולכין ושבין מכאן לכאן דינם כזוחלין אבל באמת דינם כמקוה לפי דהתורה קראן מקוה וכ"כ הר"ש והרע"ב פרה פ"ח מ"ח וה"ה נהר דאין דינו כמעיין לשיטת התוספתא הנ"ל ואפשר דהוא ג"כ מה"ט דר"י דהתורה קראה לימים מקוה וס"ל להתוספתא דה"ט שייך גם בנהרות דאין לחלק בין נהרות לימים וכיון דנהרות אין דינם כמעיין לשיטת התוספתא ויהי' מאיזה טעם שיהי' ע"כ בחפירה בצד הנהר ג"כ חיישינן שמא אינו נובע ממקורו כי אם מן הנהר הוא נמשך וע"כ אין דינו כמעיין כיון דנהר גם כן אין שמו מעיין וכש"כ ים אבל לדידן דקיי"ל דנהרות כשרים למי חטאת וכמש"כ הראב"ד שם להוכיח מן משנה דפרה ויש

שם מעיין על הנהר בעצמו. ע"כ אף אם ניחוש דמי החפירה הוא נמשך מן הנהר ג"כ דינו כמעיין וכמו בחופר בצד המעיין דדינו של החפירה כמעיין אף שידוע שאין לו מקור בעצמו כי אם מן המעיין שאצלו הוא בא דינו כמעיין כמבואר בתוספתא הנ"ל אם כן ה"ה בחופר בצד הנהר ונמשך שם מי הנהר דינו ג"כ כמעיין כמבואר במשנה מקוואות פ"ה משנה ה' דהזוחלין כמעיין ופירש שם הר"מ והר"ש דהזוחלין מן המעיין ונהרות גדולים ונחלים משפטן ומשפט המעיין אחד הוא וכן כתב הרמב"ם בעדיות פ"ז משנה ג' דהזוחלים כמעיין והם המים הנגרים בנחלים ונהרות ע"ש ועיין ביו"ד סי' ר"א סעי' נ' בהג"ה שם שכתב דמקוה הבא מן המעיין דין מעיין עליהם כמש"כ הש"ך שם ס"ק ק"ח כל זמן שלא נפסק א"כ לשיטת הראב"ד הנ"ל אין ראי' מהתוספתא הנ"ל ובשיטת הרמב"ם דפסל נהרות למי חטאת כבר תמה שם הכ"מ דהא בפ"ח דפרה משנה י' מבואר דארבע נהרות דא"י פסולות לקידוש מפני שהם מי ביצים ומי תערובות אבל שאר נהרות משמע דכשר ע"ש:

ג

אך עדיין נשאר לנו ראיות המשכנות יעקב הנ"ל מהרמב"ם שהביא דינו של התוספתא בחופר בצד הנהר וים דדינו כמקוה אך באמת י"ל דלדינא אין לנו הכרח להחמיר בנפלו בו ג' לוגין שאובין משום דהא ביו"ד סימן ר"א סעי' ב' הובא שם מחלוקת הראשונים אם טובלין בנהרות או לא ושיטת הרמב"ם פ"ט מקוואות ה' י"ג דאין לטבול בנהרות משום חשש דרבו מי גשמים והכ"מ כתב שם דאף ביומי תשרי איכא למיחש שירבו נוטפין על זוחלין ואפשר דמה"ט כתב הרמב"ם ה' פרה פ"ו ה' יו"ד דכל הנהרות פסולים לקידוש דזהו משום דחיישינן שמא רבו מי גשמים על הזוחלין ולא ס"ל למימרא דשמואל נהרא מכיפי' מיברך. וע"כ לא חשש הרמב"ם להוכחת הראב"ד שם ממשנה דפרה דהוכיח דנהרות כשרים למי חטאת משום דהרמב"ם ס"ל כאבוה דשמואל דעביד מקוואות לברתי' ביומי ניסן. והר"ן בנדרים (דף מ' ע"ב) כתב שם דזהו פלוגתא דתנאי בבכורות (דף נ"ה) א"כ הך משנה דפרה דהוכיח הראב"ד שם דס"ל דנהרות דינן כמעיין הוא משום דס"ל להך משנה כמאן דס"ל להכשיר אף ברבו נוטפין על זוחלין ודינו כמעיין משום דנהרא מכיפי' מבריך ואין לך כל טפח וטפח יורד מלמעלה שאין תהום עולה לקראתו דלטפח גשמים יש טפחיים של מעיין ע"כ דינו כמעיין וכמש"כ הר"ן בנדרים (דף מ') ע"ש משא"כ להרמב"ם דפסק להחמיר וברבו מי גשמים אין דינו כמעיין א"כ שפיר פסק להחמיר בנהרות למי חטאת משום חשש דרבו מי גשמים:

ד

ולפ"ז שפיר פסק הרמב"ם בחופר בצד הנהר דדינו כמקוה משום דס"ל דנהר אין דינו כמעיין ופסול למי חטאת וכמש"כ הרמב"ם ה' פרה כנ"ל ואף דבהלכות מקוואות פ"ט ה' י"ג כתב בזה"ל לפיכך צריך להקיף מפץ וכיוצא בו באותו הנהר המעורב עד שיקוו המים כו':

דמשמע דרק בנהר המעורב כו' אך בהלכות פרה פ"ו כתב בזה"ל דכל הנהרות פסולות לקידוש הרי דחשש בכל נהרות משום חשש דרבו מי גשמים ועיין בראב"ד בפרה שם שכתב בזה"ל דנהרות לא פסול מפני שאין מתערב בהן מי גשמים מחצה אולי מפני שראה שאין המים מטהרים בזוחלין אלא פרת ביומי תשרי והוא סבר שעל הנהרות שבעולם אמרו כו' ע"ש בראב"ד הרי דס"ל להראב"ד בכוונת הרמב"ם דלכן פסל נהרות לקידוש מפני חשש דרבו מי גשמים משום דאין לומר בכוונת הרמב"ם דלכן פסול נהרות לקידוש לפי דכל הימים דינן כמקוה וכמש"כ לעיל דהא בפ"ו הלכות פרה כתב הרמב"ם שם דרק ים הגדול דינו כמקוה ולא כל הימים (והכ"מ כתב לתמוה מהך דלקמן דכתב דכל הימים דינן כמקוה). ועכ"ז כתב שם דנהרות פסולות לקידוש ע"כ בע"כ טעמו משום חשש דרבו מי גשמים וכמש"כ הראב"ד בשיטת הרמב"ם ובאמת מש"כ הכ"מ שם ה' פרה דלכן פסל הרמב"ם נהרות לקדש משום דחייש שמא נתערבו מים פסולים שם זהו דוחק גדול דהא במשנה פ"ח דפרה מבואר דרק בארבע נהרות דא"י חשו למי הבצים ומי תערובות ולא בשארי נהרות וכמו שהקשה הראב"ד באמת. ע"כ יותר נכון לומר כמש"כ דהרמב"ם ס"ל לדינא כאבוה דשמואל דעביד מקוואות לברתי' ולא ס"ל לדשמואל דאמר נהרא מכיפי' מיברך א"כ חיישינן בנהרות משום חשש דרבו מי גשמים אבל המשנה דפרה ס"ל נהרא מכיפי' מיברך. ע"כ אין לחוש למי גשמים לכן אינו פסול רק ד' נהרות דמונה שם משום מי בצים ומי תערובות ולא משום מי גשמים והוכיח הרמב"ם כן מקושית הר"ש בפרה פ"ח משנה יו"ד דהקשה למה להו להטעם שהם מי בצים תיפוק ליה משום חשש מי גשמים ותירץ הר"ש דלאו דווקא פרת ביומי תשרי לא חייש דה"ה שארי נהרות ביומי תשרי כו' ע"ש ובתוס' בכורות (דף נ"ו) הקשו התוספ' ג"כ כקושיות הר"ש הלז דל"ל לטעמא שהם מי בצים כו' תיפוק לי' מהחשש שמא רבו נוטפין על הזוחלין וה"ל מי גשמים רובא ולא ניחא להו בתי' הר"ש הנ"ל ע"כ הוכיח הרמב"ם מקושיא זו דבאמת המשנה דפרה ס"ל דלא חיישינן למי גשמים משום דנהרא מכיפי' מיברך. אבל אנן לא קיי"ל כן משום דהא ס"ל לרב כאבוה דשמואל וכמבואר בנדרים (דף מ') ובכורות (דף נ"ה) ושבת (דף ס"ה) והלכה כרב באיסורי ואין להקשות

על רב ואבוה דשמואל מן המשנה דפרה הנ"ל דהא כבר כתב הר"ן בנדרים שם דמצינו בזה פלוגתא דתנאי והם ס"ל כחכמים דר"מ ע"ש והא דאמרו בבכורות (דף נ"ה) דמן ר"מ דאמר למה נקרא פרת שמימיו פרין ורבין מסייע לשמואל כו' ולא אמרו דמשנה דפרה פ"ח דלא פסל כ"א ד' נהרות מסייע לדשמואל כמש"כ י"ל כיון דר"מ אמר להדיא דמימיו פרין ורבין דנהרא מכיפי' מיברך ע"כ אמרו דר"מ מסייע לו ביותר כדרך סוגית הש"ס ויש להאריך בכ"ז:

ה

ע"כ הרמב"ם לשיטתו דס"ל דנהרות פסולות לקדש ומשום דחייש שמא רבו מי גשמים וכן בכל הימים פסק בפ"ט למקוואות דפסולים לקדש משום דאין דינם כמעיין וכן כתבו בתוספתא פ"ח לפרה דכל הנהרות פסולות לקידוש ע"כ שפיר כתבו בתוספתא והרמב"ם דחופר בצד הים והנהר דינו של החפירה כמקוה משום דחייש שמא אין להחפירה מקור נובע מעצמו רק שמא מן הנהר הוא נמשך וכיון דדינו של הנהר והים כמקוה ולא כמעיין כנ"ל לשיטתם ע"כ גם החפירה דינו כמקוה אבל לפי מה שהכריע הרמ"א ביו"ד סי' ר"א סעי' ב' דאין למחות ביד הנוהגים להקל לטבול בנהרות משום דיש להם על מה לסמוך דדין הנהרות כמעיין דנהרא מכיפי' מיברך אף ברבו מי גשמים דלטפח של גשמים עולים טפחיים דמעיין וכמש"כ הר"נ בנדרים (דף מ') וכיון דדין הנהרות כמעיין ע"כ גם החפירה בצד הנהר דינו כמעיין דהוי כמו שנמשך מי החפירה מן המעיין דכתבו בתוספתא והרמב"ם דדינו כמעיין א"כ ה"ה בחפירה אצל הנהר דהא נהרות דינם כמעיין לדידן ומקילינן משום זה בחשש זוחלין דהוי חשש דאורייתא כש"כ בחשש ג' לוגין שאובין דהא כל זמן דלא הוי רוב שאובין אין בו כי אם חשש דרבנן ודאי דיש לסמוך על הסוברים וכהכרעת הרמ"א דנהרות דינם כמעיין אף ברבו מי גשמים:

ע"כ אף היכא דיש לחוש שמא מי החפירה נמשכו מן הנהר ג"כ כשר משום דדינו כמו חפירה בצד המעיין ונמשך מן המעיין דמבואר בתוספתא להדיא דדינו כמעיין:

ענף ב

ו

ולכאורה יש מקום לחוש בזה לפי מה שכ' הרמב"ם בפירוש המשניות מקוואות פ"ה מ' ה' ובעדיות פ"ק מ"ג דמה דמבואר במשנה שם זוחלין כמעיין ונוטפים כמקוה היינו באם שאינו יורד המים מן המעיין כי אם טיפין טיפין בהפסק יש לו דין מקוה אא"כ יורד בקילוח בלי הפסק וכן פסק בשו"ע יו"ד סי' ר"א סעי' י"ג:

א"כ ה"ה בחפירה אצל הנהר אף דנמשך מי הנהר לתוכו:

עכ"ז יש לחוש דלמא אינם יורדים לתוכו כ"א טיפין טיפין ולא בקילוח בלא הפסק א"כ אין דינו כמעיין אך באמת אין זה חשש דא"כ קשה אמאי כתבו בתוספתא וברמב"ם דחופר אצל המעיין דינו כמעיין דניחוש ג"כ שמא אינם יורדים המים לתוך החפירה כ"א טיפין טיפין ואז אין דינו כמעיין וע"כ מוכח דדוקא באם שראינו דאין המים יורדין בקילוח כ"א טיפין טיפין אז אין דינו כמעיין משא"כ בחפירה אצל הנהר דיורדים המים דרך נקבי הקרקע כמבואר בחגיגה (דף כ"ב) דארעא חלחולי מחלחלא. א"כ מן הסתם יורדין והולכים המים בקילוח בלי הפסק כ"א בראינו דנפסק קילוח המים משא"כ כל זמן דלא ראינו דנפסק תלינן במצוי דמסתמא יורדים בקילוח בלא הפסק דרך נקבי הקרקע א"כ ה"ה בחפירה אצל הנהר תלינן ג"כ דמסתמא הולכין המים דרך נקבי הקרקע בלא הפסק וזוחלים כמעיין כנ"ל. ע"כ שפיר פסקו להקל ודלא כהמשכנות יעקב ועיין ברמב"ם פ"ט ה' מקוואות ה' י"א וביו"ד סי' ר"א סעי' י"א וסעי' ב' וט"ז ס"ק י"א וברי"נ (דף מ' ומ"א) ובפ"א מקוואות משנה ו' וקצרתי:

ז

ובבכורות (דף נ"ה) אי' אמר ר' יוחנן אין ירדן אלא מבית יריחו ולמטה למאי הילכתא אילימא לנודר כו' אלא למעשר בהמה ופי' רש"י שם והובא בתוס' שם בארוכה דמבית יריחו ולמעלה בטל חשיבותו ולמטה הולך ויוצא בלא תערובות כדאמרו במדרש דהדין ירדן הולך במלחא דימא ולא מתערב כו' ע"ש ויש להקשות לפי מה דכתבתי בשם הראב"ד דכל נהרות כשרים לקדש ולטבילת זב דמקרי מים חיים וכמש"כ לעיל א"כ קשה דהוי מצי למימר דנפ"מ רבתא לטבילת זב ולמי חטאת ולטהרת מצורע דמבית יריחו ולמטה דלא מתערב בימים דינו כמו נהר דכשר לכל הנ"ל ומבית יריחו ולמעלה דבטל בימים אינו כשר לכל הנ"ל וכר' יוסי דס"ל דכל הימים פסולים לזב ולמי חטאת משום דהתורה קרא' מקוה וכדקיי"ל כנ"ל ואף לשיטת הרמב"ם דפסל נהרות. ג"כ קשה דהא כבר כתבנו בשם הראב"ד פ"ו הל' פרה שכתב בכוונת הרמב"ם דלכן פסול נהרות משום חשש דרבו מי גשמים א"כ למאן דס"ל נהרא מכיפי' מיברך אין מקום לחשש זה א"כ י"ל דריו"ח ס"ל ג"כ כשמואל דאמר נהרא מכיפי' מיברך א"כ הוי נפ"מ רבתא לטבילת זב לכל הנ"ל ומאי מקשה הגמ' אבל באמת אין זה קשה כלל דהא מבואר בפרה פ"ח משנה יו"ד דירדן הוא מארבע נהרות דא"י דפסול למי חטאת מפני שהם מי תערובות א"כ אף מבית יריחו ולמטה מיפסל למי חטאת ע"כ לא מצי למימר האי נפ"מ:

ח

אמנם אכתי תקשה לפמש"כ התוס' בבכורות (דף נ"ו) בד"ה אין המים מטהרים בזוחלין כו' דהקשו התוס' שם דלרב ואבוה דשמואל דאמרי אין המים מטהרים בזוחלין אלא

פרת כו' דבמה מטהרין מצורעין ובמה מקדשין מי חטאת בע"פ כו' והלא הי' רחוקים מפרת ומיהו לפי מה שפירש דהנך ד' נהרות מדליין ואין נשארין שם מי גשמים לא קשה מטבילת זבין ומצורעין אבל מקדוש מי חטאת קשה דפסולים למי חטאת כו'. עכ"ל התוס' ועיין בר"ש פרה פ"ח משנה יו"ד מזה הרי דס"ל להתוס' לחלק דדוקא למי חטאת פסולים הנך ד' נהרות אבל לטבילת זב ומצורע כשרים. והטעם הוא דס"ל להתוס' דהא דאמרו במשנה פרה הנ"ל דמי קרמיין ומי פיגה פסולים מפני שהם מי ביצים. ומי ירדן ומי ירמוך פסולים מפני שהם מי תערובות ומי ביצים פירש שם הר"ש דהם מי בצעים ועפר וטיט מעורב בהם וכתיב מים חיים אל כלי והכא איכא חציצה בין מים לכלי:

ומי תערובות דמיפסל ירדן פי' דמים פסולין מתערבין בהם היינו מי פסולים ממי ביצים ע"כ לא שייך חשש זה אלא במי חטאת דכתיב מים חיים אל כלי' אבל טבילת זב וטהרת מצורע דלא כתיב אלא מים חיים סתמא גם ירדן וכל הני ד' נהרות דא"י מקרי מים חיים וכשר לטבילת זב ומצורע. ובב"ב (דף ע"ד) בתוס' ד"ה ארבע נהרות כו' כתבו בשם ר"ת דמפרש ג"כ כפירש הר"ש הנ"ל דמי ביצים היינו עפר מעורב בהם ואין כאן מים חיים אל כלי משום חציצה וכ"כ התוס' בסנהדרין (דף ה' ע"ב) בשם הר"ת. [ועיין בתוס' יו"ט פרה פ"ח משנה י' שהביא לשני פרושים הללו]. ובבכורות בתוס' הנ"ל הקשו התוס' זה בשם ר"ת כמבואר שם ע"כ שפיר כתבו לחלק בין מי חטאת לטבילת זב ומצורע כנ"ל א"כ עדיין תקשה דהוי מצי הגמ' לומר דהוי נפ"מ לטבילת זב ומצורע דהנך ד' נהרות וירדן בכללם כשרים לזב ומצורע משא"כ מבית יריחו ולמעלה דמתערב בימים פסולים לזב ומצורע:

ט

ויש לתרץ דהא באמת מבואר בתוס' בכורות שם (ד' נ"ה) ד"ה אין ירדן כו' דפליגי על פי' רש"י הנ"ל אלא ס"ל לפרש דבאמת יש מקומות מבית יריחו ולמעלה דאין הירדן מתערב בים רק גזה"כ ומקרא קא דריש דאין קרוי ירדן אלא מבית יריחו ולמטה עכ"ל ע"כ לשיטת התוס' לא הוי מצי למימר נפ"מ לטבילת זב ומצורע דהא גם מבית יריחו ולמעלה במקומות דלא מתערב בים ג"כ מבעי להיות כשר לכל הנך ואיך קאמרי אין ירדן אלא מיריחו ולמטה ע"כ הוצרכו לומר נפ"מ אחריתי ולפי רש"י דפירש דמבית יריחו ולמעלה בטל חשיבותו של ירדן בשאר ימים אינו קשה דהוי מצי למימר נפ"מ לטבילת זב ומצורע כנ"ל די"ל דס"ל לרש"י כפי' קמא של התוס' ב"ב (דף ע"ד) ד"ה ד' נהרות כו' שכתבו דמי ביצים היינו שאינם נובעים ומי תערובות שמתערבים באגמים ואין חיותן חיות גמור ולא מקרי מים חיים. א"כ מיפסל גם לטבילת זב וטהרת למצורע הנך ד' נהרות

והירדן בכללם ואף מבית יריחו ולמטה מיפסל לכל הנך א"כ שפיר הוכרחו להדר אחר נפ"מ אחריתי ואינו קשה לכל השיטות הללו כ"ז כתבתי מכבר וכעת ראיתי דזה אינו דהא בסנהדרין (ד' ה' ע"ב) פירש רש"י על מי ביצים דאין כאן מים חיים אל כלי א"כ אכתי תקשה דלמה לא אמרו בגמ' נפ"מ לענין טבילת זב ואפשר לומר דאף דס"ל לרש"י דפסול מי ביצים לא הוי אלא לקדש מי חטאת כפי' רש"י אבל מה דמבואר במשנה פ"ח דפרה דמי ירדן פסול מפני שהם מי תערובות י"ל דיפרש רש"י דזהו לפי דמים פסולים ממים המוכין או מים המכזבים נתערבו בהם א"כ מה"ט מיפסל אף לטבילת זב משום דלא מקרי מים חיים והתוס' בבכורות (ד' נ"ה) ס"ל דמי תערובות הייני מי ביצים נתערבו בהם לכן כשרים לטבילת זב כמ"ש התוס' שם. אבל על שיטת רש"י ליכא לאקשוי' די"ל דיפרש כנ"ל ואתי שפיר אף לשיטת רש"י והא דלא קאמרי שם נפ"מ ועניין מה דמבואר בכריתות (ד' ה') דאין מושחין המלך אלא ע"ג המעיין די"ל דכיון דירדן נפסל לקידוש מה"ט נפסל גבי משיחת המלך לפי דאין שם מעיין עליו גם לזה וזה כמה שנים שרציתי להוכיח מסוגיא זו דבגט ששינה בו שם הנהר דהגט כשר. וכמש"כ הרמ"א באה"ע סי' קכ"ח דאל"כ קשה דמאי מקשה הגמ' למאי נפ"מ הא המ"ל דנפ"מ לגיטי נשים כדמצינו בשבת (ד' ל"ו) ובסוכה (ד' ל"ד) דבבל בורסיף נפ"מ לגיטי נשים ופי' רש"י בחד לישנא דנפ"מ לשינה שם העיר. א"כ הכא ג"כ י"ל דנפ"מ לשינה שם הנהר בגט וכש"כ לשיטת התוס' דיש מקומות דמבית יריחו ולמעלה דאין הירדן מתערב בהם ויכול להיות לפ"ז איזה עיר סמוכה שם להירדן א"כ נפ"מ בזה לגיטי נשים וכעת ראיתי דאין זה ראי' לפי מה דאמרו בבכורות שם אלימא לנודר הלך אחר לשון ב"א וכל היכא דקרו לי' ירדן איתסר לו הרי דאף מבית יריחו ולמעלה מקרי ג"כ בלשון ב"א בשם ירדן. ע"כ אין זה מקרי שינו שם הנהר דהא בגיטי נשים ג"כ אזלינן בתר לשון בני אדם וע"כ נדחה ראי' זו:

ענף ג

י

נחזור לענינינו דלדידן דסמכינן להקל ולטבול בנהרות אף בשעת הגשמים והפשרת שלגים דרבו בוודאי הנוטפין על הזוחלין משום דעיקר גידול הנהר הוא ממקום מקורו וכמש"כ הרמ"א בסי' ר"א סעי' ב' ואף דהוי חשש בדאורייתא כש"כ דיש לסמוך ע"ז ולהקל במקוואות הסמוכים להנהר דדינם כמעיין גבי חשש נפלו בתוכו ג' לוגין שאובין היכא דמקילינן בזה במעין כמבואר בסי' ר"א סעי' מ' בהרמ"א שכתב להקל במעיין בחשש ג' לוגין שאובין היכא דיש טורח גדול בדבר או בדיעבד שלא עשו כן דיש לסמוך אמקילים דסוברין דאין שאיבה פוסלת במעיין כו' עכ"ל הרמ"א שם דכן יש על

מה לסמוך גם במקוואות הסמוכות להנהרות דדינן כמעיין דהיכא דיש טורח גדול או בדיעבד כו' דאין לנו להחמיר בהך דשלשה לוגין דאינן רק מדרבנן וזהו כש"כ מהך דחשש זוחלין דמיקל הרמ"א בסעי' ב' אף דהוי חשש דאורייתא וכש"כ לשיטת הר"ת בבכורות ד' נ"ו דכתב דאף לדברי רב ואבוה דשמואל דאסרו לטבול בנהרות משום חשש דרבו מי גשמים דאין זה רק חשש דרבנן משום דמה"ת אמרינן קמא קמא בטל ע"ש ובדרבנן הא אזלינן בתר המיקל דנהרות דינם כמעיין וע"כ בחפירה נמשכת מן המעיין דינו ג"כ כמעיין:

יא

וכן יש להוכיח לכאורה מהא דיומא (ד' ל"א) דאמרו דטבילת כה"ג בחול הי' ע"ג שער המים וש"מ עין עיטם גבוה מקרקע עזרה כ"ג אמות ופי' רש"י דמשם בא אמת המים לבית הטבילה כו' ומבואר בתוס' ישנים שם דהי' דינו כמעין וכ"כ התוס' בבכורות (ד' נ"ה ע"ב ד"ה שמא ירבה נוטפין כו', ואף דהיתה נמשכת ברחוק ממעין עין עיטם להמקוה של ביהמ"ק מ"מ דינו כמעיין:

אך זה יש לדחות לפמ"ש הגט פשוט בסי' קכ"ח ס"ק נ"ג דהמעיין סמוך למקדש נמשך שרשו מן עין עיטם רחוק מירושלים ערך ג' וד' שעות והומשך המים מזמן מלכי בית דוד ע"י צינור רחב מתחת לארץ עד ירושלים כו' א"כ י"ל דהי' רחב כשפה"נ ע"כ דינו של המקוה כמעיין וכן אית' בירושלמי יומא פ"ג ה' ח' דאמת המים היתה מושכת לו מעיטם והי' רגלו בדרום פתוחין כרימון ועיין שם בשירי קרבן משא"כ אם אין הנקב כשפה"נ עדיין י"ל דע"י נקבי הקרקע דחלחולי מחלחלא אין דינו כמעיין אך באמת אין אנו צריכין בזה להוכחות דהא כן מבואר בתוספתא להדיא דאם נמשך החפירה ממעיין דינו כמעיין וגם המשכנות יעקב מודה בחפירה הנמשכת ממעיין דרך נקבי הקרקע דינו כמעיין אף דאין בנקבי הקרקע כשפה"נ וכמבואר ביו"ד סי' ר"א סעי' נ"ב ברמ"א שם. רק המשכנות יעקב כתב לדון ע"פ תוספתא והרמב"ם לחלק בין נמשך מנהר לנמשך ממעיין. אבל לפמש"כ אין לחלק ביניהם ונדחה יסודו ואף דלשון הרמ"א בסי' ר"א בסעי' ב' דכתב דאין למחות ביד הנוהגים לטבול בנהרות ומשמע דלכתחילה אין לטבול בנהרות אם בא לימלך ז"א אלא בחשש זוחלין דהוי חשש דאורייתא משא"כ בחשש שאובין היכא דהרוב אינן שאובין יש לסמוך גם לכתחילה היכא דקשה לנקות המקוה כמבואר שם בסעי' מ' ברמ"א:

יב

עוד נלע"ד ברור ופשוט דאף לפי חומרת המשכנות יעקב עפ"י התוספתא ג"כ אין מקום להחמיר היכא דהחפירה רחוק ד' אמות מן הנהר ולא חיישינן דשמא מי הנהר נמשכין

שם רק תלינן דמן הסתם יש לו מקור נובע לבדו דהא לשון התוספתא והרמב"ם כן הוא דהחופר בצד הנהר וצד הים ובמקום הביצים הם כמו תמצית וחופר בצד המעיין ה"ה כמעיין הרי דתני בלשון בצד ומצינו בע"ג (דף נ') בהא דתנן שם בצד מרקוליס אסורות אמרו בגמ' שם במקורבות ד"ה דאסורות כי פליגי במרוחקות ופריך והא בצד מרקוליס קתני ומשני מאי בצד בצד ד' אמות דידי' ופי' רש"י במרוחקות היינו בארבע אמות ועיין בתוס' שם. וע"ז מקשה הגמ' והא בצד קתני הרי דלשון בצד פירושו הוא בתוך ארבע אמות אבל ברחוק ד' אמות לא שייך לומר בזה לשון בצד א"כ ה"ה הכא דתני בתוספתא בלשון בצד הים ובצד הנהר ובמקום ביצים כו':

משמע להדיא דרק תוך ד' אמות מן הים והנהר יש לחוש דמי נהרות נמשכים שם אבל ברחוק ד' אמות לא חיישינן לזה ורק במקום הביצים שאני והנה המשכנות יעקב כתב דבמקום נהרות יש לחוש דאין שם מעיין עליו וסתם בזה אבל באמת חזינן דהתוספתא והרמב"ם אמרו במי ביצים נקטו בלשונם במקום ביצים ובנהרות אמרו בצד ולא אמרו החופר במקום נהרות ובמקום הביצים אלא אמרו מקום ביצים וצד נהרות א"כ מוכח דאף במקום נהרות לא חיישינן אף להתוספתא והרמב"ם כי אם בצד נהרות היינו בתוך ד' אמות לנהרות אבל ברחוק ביותר מד"א מהנהר לא חיישינן אלא תלינן דמן הסתם יש לו מעיין בעצמו לכן אם המקוה רחוק ביותר מד"א מהנהר אין מקום להחמיר אף לפי פירוש המשכנות יעקב והתוספתא והרמב"ם ובלא זה כבר נתבאר דאין ראי' מהתוספתא לדינא וכן מהרמב"ם אין ראי' לדידן כפי שכתב הרמ"א בסעי' ב' ע"כ דעתי מסכמת להקל אם המקוה רחוקה ביותר מן ארבע אמות מן הנהר דכמו דהקילו במעיין דנפלו שם ג' לוגין שאובין דאם אפשר לנקותה כו' טוב להחמיר אבל אם יש טורח גדול בדבר או בדיעבד שלא עשו כן יש לסמוך אמקילין דסוברין דאין שאיבה פוסלת במעיין וכמבואר כלשון הזה בסי' ר"א סעי' מ"ם בהגהת הרמ"א דהך קולא יש לנהוג גם במקוואות הסמוכים להנהר ועכ"פ ברחוקה ארבעה אמות מהנהר גם לדברי התוספתא יש להקל כן וכיון דעיקר חשש ג' לוגין שאובין אינו אלא דרבנן יש לנו לסמוך ולהקל ע"פ כל מה שנתבאר בעז"ה:

יג

וחכם א' רצה לומר דכוונת התוספתא דחופר בצד הנהר היינו שהמשיך מים מן הנהר דרך שפת הבור בעת התפשטות הנהר ונשארו בבור אחר שנפסקו מהנהר ע"כ יש להם דין מקוה אבל בנובע דרך נקבי הקרקע וודאי דין מעיין להחפירה עכ"ל וזה גרם לו שלא ראה בתוספתא עצמו וברמב"ם אלא ראה באחרונים שהביאו בקצרה דברי המשכנות

יעקב אבל אילו ראה בתוספתא ובלשון הרמב"ם לא הי' כותב כן. דהא מבואר בתוספתא וברמב"ם דחופר בצד הנהר וצד הים הם כמו תמצית אבל חופר בצד המעיין דין מעיין להחפירה. ואם מיירי בבא דרך שפת הבור ונפסקו א"כ גם בסיפא בבא מהמעיין דרך שפת הבור ונפסקו ג"כ אין דינו כמעיין כמבואר בתוספתא בפירוש ובמשנה פ"ה מקוואות מ"א דאם הופסק מהמעיין אין דינו כמעיין ע"ש וע"כ מוכח דמיירי בבאו דרך נקבי הקרקע ע"כ אין מקום לדברי החכם הנ"ל:

סימן כא

כ"ז כתבתי במה שהשבתי בעז"ה לרב גאון אחד אשר דרש ממני ע"ז. ואחר שהשבתי אליו הקשה לי על מה שהשבתיו וזהו תשובתי שנית:

א

מה שהקשה כת"ר על מה שכתבתי בשם הראב"ד דכתב בכוונת הרמב"ם דפסל נהרות לקידוש דזהו משום חשש מי גשמים ותמה כת"ר הלא מבואר ברמב"ם ה' מקוואות פ"ט ה' י"ג דדוקא ברבו מי גשמים על מי הנהר אין מטהרים בזוחלים אלא באשבורן דמשמע דוקא היכא דרבו מי גשמים בזה נפסלים אבל היכא דמספקא לן אם רבו מי גשמים לא נפסל עכ"ל כת"ר הנה זה הקושי' לא תסוב אלי רק על הראב"ד דכתב כן בכוונת הרמב"ם ובל"ז יש להקשות כן על דברי הכ"מ במקוואות פ"ט ה' י"ג שכתב שם דהרמב"ם ס"ל דאף בימי תשרי איכא למיחש שמא ירבו נוטפים על הזוחלין כו' והובא בביאור הגר"א זצ"ל סי' ר"א ס"ק י"ז הרי דמספיקא ס"ל דהרמב"ם חייש לזה אף היכא דהוי ספק וע"כ מוכח דלאו דוקא הוא בלשון הרמב"ם אלא דאם רבו מי גשמים נפסלים בוודאי וממילא היכא דאינו ידוע ממילא מיפסל מספיקא כמו דפסל סתם נהרות ג"כ למי חטאת וזהו מן טעם הראב"ד הנ"ל וכן מוכח דהא לשון הרמב"ם הנ"ל הובא בשו"ע יו"ד סי' ר"א סעי' ב' שכתב שם המחבר דאם רבו מי גשמים על מי הנהר אינם מטהרין בזוחלין אלא באשבורן משמע דמספיקא לא חייש שמא רבו מי גשמים:

והרמ"א סיים שם על לשון המחבר בזה"ל וכן נכון להורות ולהחמיר כו' אבל יש מתירים כו' וכתב הט"ז שם ס"ק ד' פירושו דיש לחוש להחמיר לטבול בנהרות מטעם שמא ירבו מי גשמים א"כ קשה דאיך סיים על דברי המחבר דכן נכון להחמיר אף מספק שמא ירבו כו' כמש"כ הט"ז כנ"ל במקום דהובא דברי הרמב"ם בלשון המחבר שם וע"כ מוכח דלשון הרמב"ם וה"ה לשון המחבר הוא לאו דווקא:

ב

והעיקר מה שנלענ"ד בכ"ז והוא דבאמת בהר"מ ורש"י והתוס' והרא"ש ושארי ראשונים משמע להדיא דאף מספק שמא רבו הנוטפים ג"כ חיישינן. ושפיר כתבו הט"ז וש"פ

לדינא דאף מספק ג"כ חיישינן. ועיין בבית יוסף סי' ר"א ובשיטת הרמב"ם דלא מחמיר מספיקא נלע"ד טעמו דס"ל כגירסת הש"ס בשבת (ד' ס"ה) דגרסי שם סבר שלא ירבו הנוטפין כו' ולא כגירסת הש"ס בכורות (דף נ"ה) דגרס שם שמא ירבו הנוטפין כו' כאשר יבואר הטעם להלן דמספיקא לא חיישינן והא דחיישו בשבת שם י"ל בזה כמש"כ בספר בעל הנפש להראב"ד בשער המים בשם הספרי דנהר פרת מתמעמי והולך בבבל ועיקר הנהר הנמשך הוא מן מי גשמים הרבין עליו ע"ש בבעל הנפש שכתב עפ"ז דדווקא בנהר פרת אמרו כן א"כ י"ל לפ"ז דהא דשבת הוי כן דווקא בנהר פרת דהוי כמו דידוע דרבו מי גשמים שם אבל מספיקא י"ל כיון דאמרו שלא ירבו הנוטפין כו' דמשמע דלא חיישינן לשמא רבו מי גשמים:

והטעם נ"ל לפי מש"כ הפני יהושע לשבת (דף ס"ה ע"ב) דכתב דהך ברייתא דתורת כהנים דאיירי בפסול שאובים ודריש מן היקישא דמים למקוה ז"א אלא דרבנן להסוברים כן ואסמכתא בעלמא היא. וא"כ ה"ה לענין פסול זוחלין ונוטפין דדריש שם ג"כ אינו אלא דרבנן אבל לפי' ר"ת וסייעתו דהך ברייתא דת"כ פסולא דאורייתא נינהו א"כ ה"ה פסול זוחלין ונוטפין ג"כ הוי מה"ת עכ"ל הפ"י שם וידוע שיטת הרמב"ם פ"ד ה' מקוואות ה"ב דאף כולי שאוב אינו פסול רק מדרבנן והובא בבית יוסף ליו"ד סי' ר"א ובשו"ע שם ובש"ך שם ס"ק קמ"ד ובט"ז שם ס"ק פ"ד:

ג

ולשיטת הרמב"ם וסייעתו אף בספק אי רבו שאוב כשר משום דבספק שאובין אזלינן לקולא וכמש"כ הש"ך שם ס"ק קמ"ד לשיטתייהו ולפ"ז ה"ה בספק נוטפין רבו על הזוחלין ג"כ מבעי להיות כשר דהכל הוא לשיטתם רק מדרבנן דאינו אלא אסמכתא בעלמא כנ"ל. וע"כ אתי שפיר מה דכתב הרמב"ם דדווקא ברבו נוטפין בוודאי אז פוסל אבל לא מספיקא משום דג"ז ה"ל ספק דרבנן להקל כמו ספק מים שאובין אבל לדידן דקיי"ל דרובו שאוב נפסל מה"ת כמבואר בסי' ר"א סעי' ג' ובכל הסי' שם א"כ ה"ה פסול זוחלין ג"כ פסול מה"ת וכמש"כ הרמ"א סי' ר"א סעי' ב' בהג"ה בשם התה"ד והמהרי"ק דפסול זוחלין הוא מה"ת ולפ"ז י"ל דהמחבר דגריר בתר שי' הרמב"ם דכולו שאוב אינו רק דרבנן כמש"כ הפ"י כנ"ל:

וע"כ כתב המחבר כלשון הרמב"ם דדווקא ברובו מי גשמים בוודאי אם נפסלין ולא מספיקא משום דהוי ככל ספק דרבנן לקולא. אבל לשיטת הרמ"א בסעי' ג' דרובו שאוב פסול מה"ת. א"כ ה"ה פסול זוחלין פסול מה"ת שפיר כתבו הפוסקים והט"ז דאף מספק שמא ירבו מי גשמים נפסלין. ולפ"ז מתורץ דברי הראב"ד, שכתב בכוונת הרמב"ם דלכן

נהרות פסולים לקדש מי חטאת משום דיש לחוש אף מספיקא דשמא רבו מי גשמים לפי דבמי חטאת הוי ספק דאורייתא אם רבו מי גשמים ונתבטל המעיין ואין דינו כמעיין וע"כ אזלינן לחומרא אבל גבי פסול זוחלין דאף אם רבו נוטפין על הזוחלין אינו רק פסולי דרבנן לשיטת הרמב"ם וכמש"כ הפ"י ע"כ כתב הרמב"ם בפ"ט ה' מקוואות ה' י"ג דדוקא ברבו מי גשמים על הנוטפין אז נפסלין אבל מספק לא חיישינן לפי דהא הוי ספק בדרבנן דאזלינן לקולא:

ד

וזה מוכרע בל"ז דהא הראב"ד בהשגות ה' פרה פ"ו כתב דלכן לא פסלו שארי נהרות לפי שאין מתערבין בהם מי גשמים מחצה ע"ש ומשמע אילו הי' מתערבין בהם מי גשמים מחצה היו נפסלין ובאמת לקמן ה' מקוואות פ' ט' ה' י"ג כתב שם הכ"מ בשם בעל הנפש להראב"ד שכתב דלענין פסול זוחלין לא מיפסל במחצה על מחצה רק שירבו מי גשמים אז נפסלין אלא למי חטאת מיפסל אף במחצה על מחצה ע"ש בתי' הב' וכן לשון הרמב"ם דדווקא ברבו מי גשמים נפסלין בזוחלין ומשמע דבמחצה על מחצה לא נפסלין וע"כ מוכח דשא"ה בהלכות מקוואות דמיירי בפסול זוחלין דהוי רק מדרבנן ע"כ לא מיפסל עד שיהי' רוב מי גשמים משא"כ בה' פרה דמיירי בפסול מה דלא הוי מעיין. ומה"ת בעינן שם דווקא מעיין ע"כ מיירי שם בפסול דאורייתא לכן מיפסל אף במחצה מי גשמים:

ה

והנה ביו"ד סי' ר"א סעי' ב' בש"ך ס"ק ו' כתב בשם הב"י בשם בעל הנפש להראב"ד דלענין אשבורן אפי' אין הזוחלין רובא רק שהם שוה בשוה כל שאין הנוטפין רובא ה"ה כמעיין כו' וסיים הש"ך וצ"ע לדינא דהא נוטפין מדאורייתא פסולין כו' ועיין בחולין (דף כ"ח וכ"ט) גבי מחצה על מחצה כרוב עכ"ל הש"ך אכן לפמש"כ בשם הפני יהושע דלהסוברין שאוב אינו פסול רק מדרבנן דה"ה פסול זוחלין אינו רק מדרבנן. אתי שפיר מה שכתב הרמב"ם דדוקא רבו מי גשמים על הזוחלין פסולים אבל מחצה על מחצה לא נפסל כיון דאינו רק מדרבנן וראיתי בבית יוסף ליו"ד סי' ר"א שכתב בשם תה"ד והמהרי"ק דפסול נוטפין רבו על הזוחלין הוי פסול מה"ת והביא בשם המרדכי שכתב דאינו אלא דרבנן והדרכי משה שם ס"ק ז' כתב בשם המרדכי בשם ר"י דסובר דפסול זחילה אינו רק דרבנן ע"ש מש"כ שם. וי"ל לפי דברי הפני יהושע הנ"ל דמאן דס"ל דפסול שאיבה אינו רק דרבנן דה"ה פסול זוחלין כנ"ל א"כ י"ל דהר"י אזיל לטעמי' דס"ל דכולי שאוב אינו רק דרבנן כמבואר בכמה דברי התוס' בש"ס והובא בטור יו"ד סי' ר"א ובב"י שם ע"כ שפיר כתב הר"י דפסול זוחלין ג"כ אינו רק פסול דרבנן וכפי דברי הפ"י

הנ"ל ויש לדון הרבה במש"כ הדרכי משה שם דאף פסול זוחלין הוי מה"ת עכ"ז החשש שמא ירבו הנוטפין אינו רק חששא דרבנן וזה אתי שפיר לשיטת הר"ת בבכורות (דף נ"ו) דכתב דאף לדברי רב ואבוה דשמואל דמחמירי משום חשש מי גשמים אין זה רק מדרבנן משום דמה"ת אמרינן קמא קמא בטיל:

ו

ויש להאריך בכ"ז הרבה והוכרחתי לקצר באמצע והעיקר מה שנצרך לענינינו במה שכתבתי בקונטריסי הראשון בטעמי' של הרמב"ם שהביא דברי התוספתא דחופר בצד הנהר והים דינו כמקוה והחופר בצד המעיין דינו כמעיין משום דבנהרות יש לחוש למי גשמים דרבו על הנוטפין וכמש"כ הכ"מ שם דזהו לפי דשם מיירי במה דבעינן מה"ת מעיין ע"כ ממילא חיישינן אף מספיקא דשמא רבו מי גשמים ואינו קשה ע"ז מהא שכתב הרמב"ם ה' מקוואות פ"ט ה' י"ג דדוקא ברבו מי גשמים על מי הנהר אין מטהרין בזוחלין אלא באשבורן דמשמע דוקא היכא דידוע דרבו מי גשמים בזה נפסלים אבל מספיקא שמא רבו מי גשמים לא נפסלים משום דהא בפסול זוחלין לשיטת הרמב"ם אינו רק דרבנן לדברי הפ"י כנ"ל ע"כ מספיקא לא חיישינן משא"כ היכא דבעינן מים חיים ע"כ מספק שמא רבו מי גשמים ואין שם מעיין עליו בזה אזלינן לחומרא כמו כל ספק דאורייתא ע"כ כתב הרמב"ם דחופר בצד הנהר דינו כמקוה משא"כ בחופר בצד המעיין דינו כמעיין אכן לדידן דכתב הרמ"א בסעי' ב' דיש לנו לסמוך ולהקל לטבול בנהרות במקום שאין מקוה ואין למחות ביד הנוהגין להקל ע"כ י"ל דבכה"ג דינו כמעיין ג"כ ואין לפסול אף בנפלו בו ג' לוגין שאובין וכמש"כ בקונטריסי הראשון:

סימן כב

נשאלתי ע"ד מקוה שנמצא מים מבחוץ להמקוה על הארץ שיצאו מן המקוה ויש בזה חשש זוחלין והאריך כת"ר קצת בזה:

א

והנני להשיבו בקצרה כי אין ביכולתי כעת להאריך. והוא כי הרשב"א והובא ביו"ד סי' ר"א סעי' נ"א כתב דדוקא בזחילתו ניכרת פוסל זוחלין והחתם סופר בסי' רי"א כתב להביא ראיות לדבריו. ולדעתי נראה להוכיח כן מן מש"כ הרמב"ם בפ"ט ה' מקוואות והובא ביו"ד שם סעי' ב' בזה"ל דאם רבו גשמים על מי הנהר אינם מטהרים בזוחלין אלא באשבורן לפיכך צריך להקיף מפץ פירוש כעין מחצלת וכיוצא בו באותו הנהר המעורב עד שיקוו המים ויטבול בהם עכ"ל וזה פשוט וידוע דמפץ היינו מחצלת אי אפשר שלא יצאו המים דרך שם לחוץ. א"כ מוכח מן מה שכתבו הרמב"ם והשו"ע בלא

שום חולק כלל דע"י מחיצה מן מחצלת מהני לצאת מן חשש זוחלין הרי דס"ל ג"כ להדיא דאין לחוש לזוחלין אם אין הזחילה ניכרת ואף דאולי יש איזה עצה לעשות ולתקן עובי המחצלת שעושין להפסיק. שלא יהי' חשש זוחלין כלל מ"מ איך סתמו הרמב"ם והשו"ע לכתוב כן בקצרה ולתת מקום שיוכל לטעות בזה"ל שכתבו כן ובפרט למה שדרשתי להיודעים בזה ואמרו לי כי אין מציאות כלל ולומר שיפסיקו במחיצה מן מחצלת שלא יצאו המים דרך המחצלת לחוץ כלל וע"כ מוכח מזה וכשיטת הרשב"א והמחבר בסעי' נ"א דניקב המקוה כו' כשר לפי שאין זחילתן ניכרת:

ב

והנה פשט לשון הרשב"א והשו"ע משמע דהעיקר תלוי אם אין נראה הזחילה למעלה בתוך המקוה שהיא מזחלת דכשירה דכן הוא פשט לשון דאמרו לפי שאין זחילתן ניכרת דמשמעות הפשט הוא דמי שרואה את המקוה למעלה אינו מכיר אם היא מזחלת. וכן מורה הלשון שכתב הר"ש בפ' ה' למקוואות משנה ה' על הא דנוטפים שעשאן זוחלין שכתב הר"ש כגון מקוה שנפרץ על שפתו וכ"כ הרא"ש שם והמרדכי לשבועות שהובא בב"י סי' ר"א וכ"כ הרע"ב במשניות שם ג"כ בזה"ל דמקוה שפרץ על שפתו ומימיו יוצאין וזוחלין וכתבו כולם לשון שנפרץ על שפתו וצריך ביאור מדוע נקטו כולם לכתוב לשון זה ומוכח דכוונתם הוא להורות דפסול זוחלין אינו רק היכא דניכר על שפתו למעלה אבל בנפרץ למטה בתוך המקוה אז אינו ניכר למעלה רק ביוצאין המים דרך נקב גדול דאז ניכר למעלה ממרוצת המים שניכר לכל שהם זוחלין משא"כ בנקב קטן דאז בניקב למעלה אף בנקב קטן מקרי זוחלין משום דניכר לכל זחילתן משא"כ בניקב למטה בנקב קטן דאין ניכר למעלה זחילתן אין זה מקרי זוחלין למיפסל להמקוה ואף דמי שרואה מבחוץ למקוה רואה שמי המקוה זוחלין לחוץ דרך הנקב דמ"מ אין זה פוסל להמקוה כיון דאין זחילתן ניכרת למי שרואה את המקוה למעלה מהמקוה ומש"כ הרשב"א והמחבר להלשון דניקב המקוה ומימיו נוטפים מעט מעט זהו לפי דאם המים יוצאים בקילוח גדול בלא הפסק כלל אז ממילא ניכר גם למעלה מן הילוך המים שנחסרים שלפי ראות עיניו למעלה מכיר ויודע מיד בראייתו מלמעלה על המקוה כי המקוה זוחל לחוץ משא"כ אם הנקב קטן ונוטפים מעט מעט אם אין ניכר למעלה מעל המקוה כי המקוה זוחל לחוץ דע"ז שייך הטעם שכתבו דאין זחילתן ניכרת ועיקר הענין מן פסול זוחלין תלוי רק אם הי' ניכר למעלה זחילתן אבל אם לא הי' ניכר למעלה זחילתן אין דינה כזוחלין וכשירה:

ג

וראיתי כעת בשו"ת מעיל צדקה סי' ל"ט שכתב דאם יוצא הזחילה דרך נקב קטן אין זה זחילה וכשירה ובאמת כדבריו מוכח כן מהך דסעי' ב' דכתבו דסותם הנהר במפץ והוא כעין מחצלת וסתמו בזה דמוכח מזה כדברי המעיל צדקה הנ"ל וכמש"כ לעיל וידעתי מה דיש לדחוק בזה אבל פשטות הענין מורה כדברי המעיל צדקה הנ"ל. דע"כ הי' איזה כוונה במה שכתבו הרמב"ם והמחבר לשון דלפיכך צריך להקיף מפץ וכיוצא בו באותו הנהר המעורב כו' וזהו מן הך דאבוה דשמואל מפצי להו וכפי' הרמב"ם ע"ז דלמה להו למכתב לשון מפץ וכיוצא כו' ובוודאי הלא דבר הוא וע"כ וודאי אתו להורות לנו הך דינא דעיקר חשש זוחלין אינו רק היכא דניכר זחילתן אבל היכא דאינו ניכר הזחילה וכמו במפץ וכיוצא בו בכה"ג אין לחוש לזוחלין. ואשמעינן דין מחודש בזה שכתבו דצריך להקיף מפץ כו'. ובאמת כן משמע מן מה דתנן במשנה פ"ה דמקוואות משנה ה' דסומך במקל וקנה או זב וזבה סותמין ביד כו' וכן שם משנה ו' דגודר כלים כדי שלא יהי' זוחלין ובכל הנך קשה לעשות שלא יזובו המים דרך הכלים ודרך סתימת המקל והקנה והידים וע"כ העיקר הוא דכיון דע"י אלו הסתימות אינו ניכר הזחילה ע"כ אין פוסל זה משום זוחלין וגם יש לצרף ולדון בזה דהא יש שיטת הרבה פוסקים דפסול זוחלין אינו רק מדרבנן. ולכן לדינא הוי ס"ס בדאורייתא וספק א' בדרבנן דמקילינן בכה"ג וע"כ אף דנימא דהך דמעיל צדקה אינו אלא ספק. מ"מ הא הוי ס"ס בדאורייתא וספק אחד בדרבנן דאזלינן לקולא וע"כ לדעתי העיקר הוא דאם ראו בהמקוה למעלה ולא הי' ניכר הזחילה למעלה אז אותן שעברו וטבלו אין צריכין לחזור ולטבול דיש לסמוך בכה"ג על דברי המעיל צדקה וכמו שכתבתי לחזק דבריו. מהיום ולהלן אין לטבול עד שיתקנו המקוה שלא יהי' זוחלין כלל:

סימן כג

מה השבתי לרב גדול א' בדבר הענין מן השו"ב והש"ץ דמחנם שנתן כתב ע"ע באו"ש בעת שנתקבל להם לשו"ב וש"ץ שאם יעקור דירתו מהם למקום אחר יהי' אסור פיו לקולו וידיו לשחיטתו ובאו"ש כו' וכעת נסע למק"א וקיבל שם כתב ואח"ז בא לביתו לקהילתו ונתרצו אנשי קהילתו להרשותו שיתיר נדרן ושבועתו כדין והשו"ב אומר כי הי' שוגג בהוראה זו שהי' סובר לפי דאינם נותנים להמשוררים שלו מה שהבטיחו לו ליתן מזונותיהם וע"כ הי' סובר שמותר לו להתקבל במק"א וכן אומר שלא נתן ת"כ ולא קיבל ע"ז או"ש בפי' וכת"ר נסתפק בכ"ז אם מותרין אנשי קהילתו לקבלו לשו"ב וש"ץ כי חושש בכ"ז והאריך בזה בקונטרסו וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

תשובה בקצרה

א

והוא כי בעיקר הענין נראה לי כי הפירוש לשון דירה ע"פ לשון בני אדם הוא המקום שדר שם עם ב"ב כמבואר ביו"ד סי' רי"ז סעי' ל"ב ברמ"א ועיין מזה ביו"ד סי' רי"ח סעי' ו' מה שהביא שם בשם הרמב"ן. וכן ראיתי בתשובת הרמב"ן המיוחסות בסי' רס"ז ועכ"פ מבואר בהרמ"א בסי' רי"ז הנ"ל דלשון דירה הוא בלשון ב"א המקום שדר שם עם ב"ב וזהו כעין הא דסוכה (דף כ"ח ע"ב) דמה דירה איש ואשתו כו' וכן הוא ל' ב"א האידנא:

ע"כ לא עבר על השבועה והאיסור כלל דהא לשון האיסור הי' שאינו רשאי לעקור דירתו בלתי רשות אנשי עירו א"כ י"ל דכוונתו וכוונת אנשי קהילתו לא הי' רק שאינו רשאי לעקור דירתו היינו הוא ואשתו וב"ב שהם ביחד נקראים בלשון דירה וכן לשון עקירה הוא בכולי ש"ס מקרי בעקירת כולו ואילו בנשאר בפנים מקצתו אין זה מקרי עקירה גבי חיובי שבת כמבואר בשבת (דף צ"א) דאגד כלי שמי' אגד משום דעקירה הוא שיהי' נעקר כולו היכא דדנין על החפץ וכן כל כיוצא בזה בענין לשון עקירה וכן במה דמיירינן בענין הדירה בעינן שיהי' עוקר כל דירתו בשלימות וכן מצינו בפסחים (דף פ' ע"א) דאמרו מאן ציית דעקר סוכו ומשכני'. דלשון עקירה הוא שיהי' עוקר כל אשר לו משם. ויכול להיות דעיקר קפידת אנשי עירו בעת שקבלוהו לש"ץ ושו"ב לא הי' רק שלא יעקור דירתו בשלימות בלתי רשותם. אבל על קבלת הכתב מן עיר אחרת לא הקפידו משום דאז הברירה בידם אם להרשותו או למחות בידו שלא לעקור דירתו עם אשתו מהם ואז יהי' מוכרח להשאר לש"ץ ושו"ב א"כ לפ"ז לא עבר כלל מעולם על השבועה והאיסור ומ"מ אין אני סומך ע"ז לבד להתירו בלא התרת האו"ש מפאת חומר הענין:

ב

וגם הא אומר הש"ץ והשו"ב שהי' סובר דעושה בהיתר מפאת מה שלא ראו אנשי עירו ליתן המזונות מידי יום ביומו להמשוררים שלו ואף דבאמת הדין הוא דכל זמן שלא תבע מהם לא עברו על התקשרותם. וכמו שראיתי בשו"ת עבודת גרשוני סי' ז' כיוצא בו וראייתו מן ב"מ (דף קי"א) ע"ש מ"מ אין זה פשוט כ"כ לכל דהא חזינן דהעבודת הגרשוני מפלפל בזה וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ונחל יצחק בכמה דוכתי דהיכא דלא הוי דבר פשוט כ"כ נאמן לומר דטעה בזה וכעין המבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' ד' בהרמ"א בשם הריב"ש סי' שי"א דהיכא דנוכל לומר שעברו מכח טעות תלינן להכשירו וכעין זה מבואר שם בסעי' י"ב דתולים לומר שהי' טועה וסובר שאין אסור בדרך ההוא ומה דמבואר שם סעי' ה' דאם באו עדים שעבר על שבועתו א"נ לומר שוגג הייתי כבר כתב הסמ"ע שם בס"ק למ"ד לחלק בזה והעיקר הוא דהיכא דיש איזה מקום באיזה

ספק שמא אין בזה איסור כלל אם יש לתלות דלא עבר ע"ז בזדון ומוקמינן לי' על חזקת כשרתו וכמש"כ הריב"ש בסי' שי"ח כנ"ל וכ"כ המהריב"ל בח"א סי' נ"ד ע"פ הא דיבמות (דף קכ"א ע"א) דאמר מטעא טעינא כו' ובשו"ת עבודת הגרשוני סי' ו' וכן יש לי הרבה ראיות לזה. ע"כ ה"ה בנ"ד דאין זה מפורש כ"כ ויש מקום לדון לכאורה דכיון דלא קיימו אנשי עירו לתת המזונות מדי יום ביומו להמשוררים ואף דלא הי' תביעה גמורה ממנו מ"מ אפשר לומר דדיינינן בזה דעברו אנשי עירו על ההתקשרות שהתחייבו לו וע"כ היה מותר לו לפ"ז לצאת מהם ואף דבאמת אין הדין כן וכמש"כ לעיל בשם שו"ת עבודת הגרשוני בסי' זיי"ן מ"מ עדיין י"ל דטעה בזה ובפרט לפי מש"כ לעיל דלשון דירה הוא דירתו עם דירת אשתו וב"ב ולבד דכן הוא העיקר לדינא כמש"כ לעיל גם י"ל דעכ"פ הוא טעה בזה וסבר דמה שנסע הוא לבדו בלא אשתו עמו דלא עבר עדיין על השבועה וע"כ מכל הלין טעמי נאמנין לומר דהיה שוגג:

ג

ומ"מ אין אני רוצה לסמוך על כ"ז רק באופן שיתיר את או"ש והאיסור שלו ומש"כ כת"ר לחוש אם יתיר שבועתו ע"פ חרטתו דצריך להתחרט מעיקרא ובנ"ד יש לחוש דאינו מתחרט מעיקרו דהא אם לא הי' מקבל עליו השבועה לא הי' מקבלים אז אותו לשו"ב וש"ץ הנה בזה יפה כתב כמבואר ביו"ד סי' רכ"ח סעי' ז' דיזהר הנודר כו' וכיוצא בזה שם סעי' ד' דהיכא שהי' לו תועלת בנדר דצריך למצוא לו פתח כו' ומ"מ יש להתיר שבועתו בנ"ד ע"י מה שיש לו פתח לשבועתו במה שעבר ע"ז וכמש"כ הבית יוסף בשם הרמב"ן והובא בחידושי רע"ק ליו"ד סי' רכ"ח ס"ק ד' וכן ראיתי בתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' רנ"ה שכתב דפותחין בהתרת הנדר אם היית יודע שיהי' היצר תקפך כלום היית נודר כו' ע"כ אין לנו להרהר כלל אחר שהסכים הרמב"ן כן לדינא משום דס"ל דזה מקרי הנולד המצוי וכעין הא דברכות (דף כ"ט ע"א) דאף צדיק מעיקרא חיישינן דילמא הדר בי' משום דתנן אל תאמין בעצמך כו' וכש"כ בנ"ד:

ד

ועוד נלע"ד דאם אחר שהתירו לו את שבועתו ע"י חרטתו והפתח הלז דאף באם אומר להם שלא הי' חרטה גמורה אף ע"י הפתח הלז רק שמתנצל ואומר שהי' שוגג וסבר שמותר לו כו' דאף דנימא דאינו נאמן לומר שהי' שוגג ודלא כמש"כ לעיל מ"מ י"ל דנאמן במיגו דלא הי' מודה לומר שלא הי' חרטה גמורה ובסתמא מחזקינן לי' שהי' חרטה גמורה ע"י הפתח הלז משום דע"ז נאמר אם יתן לו את כל הון ביתו כו' כי מי ירצה להיות מקבל עונשו לע"ל עבור חומר חטא שבועת שקר ובאמת בוודאי ניחא לנפשו שלא לקבל עליו השבועה אף שלא הי' מתרצים אנשי עירו לקבלו לשו"ב וש"ץ זולת

קבלתו לאו"ש וע"כ אף שמודה ואומר שלא הי' חרטתו חרטה גמורה ע"י הפתח הלז רק שאומר שהי' שוגג ג"כ נאמן במיגו שהיה שותק וגם אפשר לומר דאף מקודם שיתיר את נדרו ואו"ש שלו ג"כ נאמן לומר שהי' שוגג במיגו דבידו לאתשולי עליו כיון דאנשי עירו מרשים לו להתירו וזה מקרי דבר שבידו כעין הא דשבת (דף מ"ו ע"ב) דאף דלא מזדקק לי' חכם מזדקקי לי' ג' הדיוטות. והסתירה לזה מהא דקידושין (דף ס"ב). כבר העירותי בזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ב' ובספרי נחל יצחק סי' ל"ד סעי' כ"ט ענף ב'. וכן ראיתי בחידושי הרשב"א ליבמות (דף פ"ח ע"א) ע"ש ויש לי להאריך בכ"ז והעיקר הוא בנ"ד לדינא דיזהירו לו הב"ד דיהי' חרטתו ע"י הפתח הלז בחרטה גמורה וכמבואר בסי' רכ"ח סעי' ד' ובסעי' ז' ויתירו לו בב"ד של שלושה אחר שיסכימו אנשי עירו ע"ז ההתרה ואז יהי' מותר לו להיות שו"ב וש"ץ אצלם בלי שום חשש:

סימן כד

א

נשאלתי באחד שנשבע שלא לגלות דבר א' לשום ב"א כלל רק יהי' אצלו בסוד ועכשיו רוצה לגלות זה ונשאלתי איך יעשה בהתרת השבועה דהא קיי"ל צריך לפרט את הנדר והשבועה א"כ מיד שיגלה זה להב"ד הא יעבור מיד על שבועתו מקודם שיתירו לו והעיר כת"ר בזה מן הא דנדרים (דף ס"ה) דנשבע צדקיהו לנבוכדנצר דלא מגלינא והתירו לו שבועתו וכעין זה הוא בסוטה (דף ל"ו) דא"ל אשתבע לי' דלא מגלית כו'. הרי דמצינו דמ"מ יכול לשאול על שבועתו בזה וכן הביא כת"ר לדברי הרשב"א שהביא הבית יוסף ביו"ד סי' רכ"ח במי שנשבע שאם לא יפרענו חמיו קודם הפסח שלא יהי' חג עצרת בעיר שיש להשיאו עצה שישאר בחג השבועות בעיר משום שלום בית. וכשיתירו לו נדרו אח"כ לא ישאר עליו שום עונש כו' וה"ה בנ"ד יפה כתב כת"ר בכ"ז שכן העיר בכזה השער המלך ה' שבועות פ"ו ה' ה' יע"ש וכן ראיתי בשיטה מקובצת לנדרים (דף ס"ה) שם שהעיר בזה ותי' בשם הריטב"א אך עיקר התירוץ של הריטב"א שם זהו לפי שיטת התוס' בערכין (דף כ"ג) דכתבו דאף למ"ד דצריך לפרט הנדר א"צ לומר הסיבה שבגללה נדר אלא שיאמר הלשון שנדר בו והובא במג"א סי' קכ"ח ס"ק נ"ח אכן לפי שיטת הרשב"א והשו"ע ביו"ד סי' רכ"ח סעי' י"ד דצריך לפרט גם הסיבה שבשבילה נדר ליתא לפ"ז תירוץ הריטב"א ולא הי' ניחא להו לומר דבעת צדקי' לא הי' אז התקנה דיפרט הנדר ועיין מזה בפני יהושע לגיטין (דף ל"ה ע"ב) בתוס' ד"ה ליחוש כו' דהעיר ג"כ בהא דצדקיהו והנה הרשב"א כתב בהא דנשבע שאם לא יפרענו חמיו דמשום שלום בית התירו לו לישאר בהעיר בעצרת וישאל אח"כ וה"ה בהא דצדקי' דהוי כמו דבר מצוה

וכמש"כ מזה השעה"מ שם א"כ משמע דהיכא דליכא שלום בית ודבר מצוה אין להתיר ע"י עצה זו:

ב

ולענ"ד נראה דעיקר מילתא דנא תלוי במה שכתבו כמה פוסקים דחיישינן למיתה אף בזמן מועט:

ועיין מזה במג"א סי' תקס"ח ס"ק י"ג והשעה"מ ה' סוכה פ"ד ה' ט"ז האריך בזה ושקיל וטרי הרבה בזה וכן החכם צבי סי' מ"א כתב מזה וע"ש ואי נימא דלא חיישינן למיתה בזמן מועט ע"כ שפיר יש לנו להתיר לו שיגלה סודו לפני הב"ד באופן שיתירו לו השבועה מיד וכשיתירו לו השבועה אז יתברר למפרע דלא עבר מעולם על שבועתו דהא נעקר השבועה למפרע אך להסוברים דחיישינן למיתה אף בזמן מועט שפיר יש לחוש שמא לאחר שיגלה הסוד לפני הב"ד אז ימות מיד מקודם שיתירו לו השבועה א"כ קא עבר על שבועתו בעת שגילה הסוד לפניהם ובעיקר מילתא דנא במה דשקיל וטרי השעה"מ שם בדעת הרמב"ם אי חייש למיתה בזמן מועט נלע"ד להוכיח דהרמב"ם ס"ל דלזמן מועט לא חיישינן למיתה והוא דבאה"ע סי' קמ"ג סעי' ב' בב"ש ס"ק ד' הביא בשם הרמב"ם דס"ל כל שבידה אפי' בקום ועשה לא חיישינן שתעבור ומותרת להנשא כו' א"כ מוכח מהתם דלא חיישינן למיתה דאל"כ אכתי תקשה דניחוש שמא תמות ולא תתקיים התנאי ע"י אונס ועברה למפרע על איסור א"א ואף היכא דלא תתקיים התנאי ע"י אונס אמרינן בכה"ג ג"כ דהגט בטל למפרע משום דאונסא רחמנא חייבי' לא אמרינן וכמבואר בח"מ סי' כ"א בש"ך שם וכדמוכח בגיטין (דף ע"ה) ובאה"ע סי' קמ"ג סעי' ח' גבי ע"מ שתשמשי את אבא וע"מ שתנקי את בני דמת הבן או שמת האב קודם שתינק וקודם שתשמשי אינו גט כו'). ומזה הוא סייעתא לדברי המחנה אפרים בהגהותיו על הרמב"ם ה' מעשר שני פ"ג ה' ח' שהעיר על הכ"מ שם דלא חיישינן שמא ימות לזמן מועט. ולפ"ז י"ל הרבה בדברי הרמב"ם הנ"ל ולפ"ז בהיתר שבועתו בנ"ד כיון דזה מקרי דבר שבידו לאתשולי וכמבואר בשבת (דף מ"ו) וביבמות (דף פ"ח) ולכן כיון דבידו לאתשולי מיד לפני אותן שלשה שנזדקקו להתיר לו וכיון דלא חיישינן למיתה בזמן מועט לפי שיטת רוב הפוסקים כן וכפי הכרעת המג"א בסי' תקס"ח ס"ק י"ג כנ"ל ע"כ שפיר יכול לגלות להם הסוד כיון דהוי דבר שבידו:

ג

אכן לפי קצת פוסקים הסוברים דאף בזמן מועט חיישינן למיתה במקום חשש איסור אין לנו עצה בזה ועיין בנשמת אדם כלל ס"ה מזה ועכ"ז נלע"ד עצה נכונה בזה והוא דמצינו בסנהדרין (דף י"א) מעשה שעיברו את השנה ע"מ שירצה ר"ג כו' וכמו כן י"ל

בהתרת נדרים ושבועות דיכולים הב"ד להתיר לו הנדר והשבועה ע"מ שיגיד להם לאחר שיתירו לו את גוף הנדר והשבועה והסיבה וכו' ואם יגיד להם כ"ז ולא ימחו על התרת הנדר ושבועה אז יהי' הנדר והשבועה מותר מעכשיו א"כ ממילא מקיים תקנת חז"ל דתקנו דצריך לפרט את הנדר משום חשש איסורא כמבואר בגיטין (דף ל"ה) משום דאם יראו דזה הוי מילתא דאיסורא ימחו לו על עצם ההיתר ויהי' בטל ההיתר שלהם והוי כמו דלא התירו לו מעולם ולפ"ז אין לנו לחוש בנ"ד כלל לשמא ימות מיד לאחר שגילה להם הסוד דהא אף שימות מיד הא לא עבר מעולם כלל על שבועתו כיון דקיים התנאי וגילה להם א"כ ניתר השבועה למפרע ומה דיש לחוש עדיין דשמא כשיגלה להב"ד את הסוד יראו שיש בזה מילתא דאיסורא ולא יסכימו על ההתרה אלא ימחו ויהי' נעקר ההתרה למפרע או שמא הוא בכלל מוציא דיבה וכעין הך דפסחים (דף קי"ג) ובח"מ סי' כ"ח סעי' א' וכיון דלפ"ז לא יהי' לו היתר על שבועתו א"כ ממילא עבר על השבועה במה דגילה להם את הסוד גם בזה יש עצה פשוטה דהב"ד יאמרו לו מקודם דיתירו לו שבועתו דאם הוא מילתא דאיסורא דלא יזדקקו לו להתירו רק אם יודע בעצמו דאין בזה שום איסור כלל אז יתירו לו ע"מ שיגיד להם תיכף לאחר שיתירו לו את עצם שבועתו והסיבה שהביאתו לזה וכיון שיודע בעצמו דאין בזה שום איסור כלל וע"פ דין יהי' מועיל ההיתר של הב"ד כי אין בזה שום איסור כלל ע"כ שפיר יכול לגלות להם הסוד לאחר שהתירו לו ע"מ שיגיד להם כו' ולא ימחו ע"ז ההיתר כו' כי בעת שמגלה הסוד אין שום איסור כלל דהא ניתר בזה למפרע ע"י התרת הב"ד וזה ברור דלא מהני התרת הב"ד כ"ז דלא פרט להם הנדר והשבועה רק שיאמרו לו שמתירין לו הנדר אם אין בו חשש מילתא דאיסורא ואם יש בו חשש איסור אינם מתירין לו דזה אינו דמ"מ אינו מקיים ע"י זה לתקנת חכמים דתקנו דצריך לפרט הנדר ואינו נאמן כ"ז דלא פרט להם הנדר בפירוש אך כשמפרט גוף הנדר אז מהימן ע"ז ולא חששו שמא משקר משום דאם ישקר לא יהי' מועיל ההתרה אבל כשמתירין לו הנדר ע"מ שיגיד להם לאחר זה את הנדר והשבועה בפירוש אז מקיים לתקנת חז"ל ומהני התרתן ע"כ שפיר יכול להגיד להם הסוד לאח"ז וניצול ממכשול עון לגמרי:

ד

אך יש לדון בעצה זו בחשש ברירה לפי מה דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה ע"כ כיון דהתירו השבועה ע"מ שיגיד להם לאח"ז גוף השבועה וכ"ז דלא נתקיים התנאי הזה יש לדון בעת שהתירו לו דכיון דלא נתקיים אז התנאי ואינו בידם של הב"ד דכיון דאין ברירה א"כ לא מהני התרתם שהתירו לו מקודם שיקיים התנאי בקום ועשה וכמו כן יש להעיר

בהך דסנהדרין דכיברו השנה ע"מ שירצה ר"ג והא זה הוי כמו ע"מ שירצה אבא דחיישינן בזה לברירה דאין ברירה בדאורי' וכמו הא דגיטין (דף כ"ה) הריני בועליך ע"מ שירצה אבא כו' ור"ג הא ס"ל אין ברירה כמבואר בפסחים (ד' פ"ח ע"ב) שם ועיין בריטב"א בקידושין (ד' כ"ו) ובתוס' שם והדברים ארוכין וכן העיר בזה בחידושי ר' עקיבא איגר זצ"ל לכתובות (דף ג' ע"א) בד"ה כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש דפי' לע"מ שירצה דהתם דזהו ע"מ שלא ימחה דאין בזה חשש אין ברירה וכמש"כ הראשונים גבי ע"מ שלא ימחה אבא והובא בשאגת ארי' סי' צ"ג שהביא שם לדברי הר"ן בשם הרמב"ן ע"ש א"כ הכא דהוי ע"מ שיגיד להם עצמם שבועתו וזהו קום ועשה א"כ שפיר יש לחוש בזה עדיין לחשש שמא אין ברירה:

ה

אך הא שיטת פוסקים דס"ל גבי ע"מ שירצה אבא ואמר הן דאם רצה האב מקודשת דלא דיינינן בזה אין ברירה משום שעומד להתברר אם ירצה או לא ירצה וה"ל כאילו הוברר בשעת בעילה שירצה אבא והובא שיטה זו בהר"נ לגיטין רפ"ג אף דיש חולקים בזה וכן הוא שיטת הישׁ"ש לב"ק פ"ה בפ"ב דגבי ע"מ שירצה אבא לא חיישינן בכזה לאין ברירה וגם הא עיקר מילתא דבדאורייתא אין ברירה זהו רק מספיקא דחיישינן בדאורייתא וכמש"כ הפני יהושע לגיטין (דף כ"ה) ועיין בישׁ"ש לב"ק ע"כ טוב שיעשה כן היינו שיתירו לו ע"מ שיגיד להם תיכף אחר שיתירו לו את עצם השבועה וכשלא ימחו לו אז יהי' מועיל היתר שבועתו לפי דעת הפוסקים דלא חיישינן בזה לחשש ברירה. הן משום דהא ספק לן שמא גם בדאורייתא יש ברירה או שמא הלכה כהסוברים דהיכא דהוא בע"מ בדבר שיתברר בסוף דאמרינן בזה יש ברירה ותיכף כשיגיד להם עצם שבועתו אז יתירו לו מחדש שנית והוי אז בעת שיגיד להם עצם הסוד שלו שני ספיקות היינו ספק ספיקא ספק א' שמא יש ברירה א"כ ניתר שבועתו מכבר ואת"ל אין ברירה אכתי ספק שמא הדין הוא דלא חיישינן למיתה לזמן מועט כפי שיטת רוב הפוסקים דס"ל כן ויש לנו ספק ספיקא מעליא ובפרט דהעיקר הוא כהסוברין דלזמן מועט לא חיישינן למיתה ורק לרווחא דמילתא כתבנו עצה זו וע"כ אף בספק ספיקא גרוע ג"כ יש לנו לסמוך ע"ז וכעין כל מידי דרבנן דסמכינן אף על ס"ס שאינו בדיני כללי הס"ס ומקודם שיגלה הסוד יזהירו לו דאם יודע בעצמו דיש בזה איזה חשש איסורא ומוציא דיבה וכיוצא בזה דבזה לא יסכימו להתירו וימחו ע"ז ההיתר ולפ"ז יהי' נכשל בחומר שבועה במה שגילה הסוד וע"כ יזהר שלא יבא לידי כך ואחר האזהרה של הב"ד יכולין לעשות כן:

סימן כה

ב"ה יום ו' ט' תמוז תר"ט לפ"ק. אל כבוד הרב הג' וכו':

א

אחדשה"ט מכתבו הגיעני במה שדרש ממני ע"ד המבואר ביו"ד סי' רס"ג סעי' ב' וסעי' ג' במתו אחיו מחמת מילה דאין למולו אלא ממתינין לו עד שיגדיל ויתחזק כחו וכן הוא בהרמב"ם פ"א ה' מילה ה' י"ח ודעת כת"ר לפרש כוונתם דעד שיהי' בן שמנה עשר או חמשה עשר שנה אין למולו והאריך בזה וכבר מבואר בנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' קס"ה שכתב דלולי דבריהם הי' אומר שלא למולו כלל אף בעת שיגדל כי סתמא אמרו ביבמות (ד' ס"ד) שלישי לא תמול כו' ואמנם בשבת כו' א' ר"נ פעם א' הלכתי כו' ואמרתי לה המתיני עד שיבלע בו דמו כו' ודלמא שא"ה שראינו כו' ועוד י"ל אולי ר"נ דהתיר למולו אחר שיבלע בו דמו סובר כרשב"ג דבתלת זימני הוי חזקה ולכך לא הקפיד על מיתות הראשונים כי אם להמתין עד שנבלע בו דמו כו' ועיין בתוס' חולין (ד' מ"ז ע"ב ד"ה) שלישי כו' ובמהרש"א שם דר"נ ס"ל דבתרי זימני הוי חזקה:

ב

ולענ"ד נראה כי אופן השני של הנו"ב הזה הוא נסתר לפי המבואר בירושלמי סוף פ"ו דיבמות בזה הלשון א' ר"נ מעשה שהלכתי לקיסרין והיתה שם אשה א' ומלה ראשון ומת שני ומת שלישי ומת רביעי הביאתו לפני נסתכלתי בו ולא ראיתי בו דם ברית א"ל הניחוהו לאחר זמן והניחוהו ומלוהו כו' הרי דלגירסת הירושלמי דמעשה דר' נתן הי' בוולד הרביעי וכבר הוחזקה בשלשה בנים שמתו ואפ"ה התיר למולו לאח"ז וכן הוא במ"ר שיר השירים ז' פסוק ב' כגירסת הירושלמי הרי דלא כדברי הנו"ב דכתב בתירוץ השני דאם נתחזקה בשלשה בנים שמתו אין שום היתר למולו בשום פעם. אלא העיקר כתירוץ הראשון של הנו"ב שם שמחלק בדרך פשוט ע"ש. ובאמת אין זה קשה כלל דשא"ה כיון דהוי הוולד ירוק או אדום א"כ איכא למתלי שלא נבלע בו דמו או שלא נפל בו דמו וכן הי' הסיבה בהילדים הראשונים ע"כ אמרו למולו לאח"ז משא"כ היכא דליכא למתלי בזה עדיין י"ל דאפשר דלא למולו כלל אף לאחר שיגדל וכמו שרצה הנו"ב לומר מתחילה. וזה הוא כוונת הנו"ב בחילוק הראשון שם ובפרט לפי דברי התוס' בחולין (ד' ד') ד"ה שמתו אחיו כו' וקצרתי ועיין בכרתי ופלתי ליו"ד סי' ל"ח בסופו ומסקנת הנו"ב שם דאין לזוז מדברי הרמב"ם והטושו"ע דאחר שיגדל ימולו אותו וזה הוא לאחר ג' שנים ויהא בריא וחזק כדרך כל בני ג' שנים והנה המעדני יו"ט בחולין פ"ג להרא"ש סי' י"ט וס"ק ק' בגירסת הרא"ש והרי"ף רביעי הביאתו לפני שהעיר בסתירת הרי"ף דשבת ובשא"ד ולא הביא לדברי ירושלמי והמדרש הנ"ל:

ג

ונלע"ד להביא ראי' לדברי הרמב"ם והטושו"ע במה שכתבו להמתין עד שיגדל ויתחזק כחו ואם רואין שהוולד הוא חלש אין למולו אחר שיגדל אף דאינו חולה והוא דבפסחים (ד' ק"כ ע"א) דתניא כל ערל לא יאכל בו בו אינו אוכל אבל אוכל במצה ומרור והתוס' שם ד"ה כל בן נכר כו' כתבו דערל היינו שמתו אחיו מחמת מילה וחייב בכל המצות אלא שאינו בפסח כו' ועיין בפסחים (דף כ"ח ע"ב) בתוס' ד"ה כל ערל לא יאכל כו' ובד"ה ערל פי' הקונטרס שמתו אחיו מחמת מילה כו':

וביבמות (דף ע"א ע"א) בתוס' ד"ה בו המרת כו' וכ"כ התוס' בזבחים (דף כ"ב ע"ב) בד"ה ערל דמפרש ר' שלמה בכל מקום שמתו אחיו מחמת מילה ור"ת מפרש דמומר לערלות וקרי לי' לבו לשמים לפי שעושה זה מדאגת צער ובריש הערל פירשתי עכ"ל היינו ביבמות (ד' ע' ע"א) ד"ה ערל כו' וכן כתבו התוס' בחגיגה (דף ד' ע"ב) ד"ה דמרבה הערל כו' דהביאו שם פלוגתת רש"י עם הר"ת בפירוש ערל ע"ש ובוודאי מיירי דהערל הוא גדול בן י"ג שנה דאל"כ איך כתבו דחייב בכל המצות הא קטן פטור מכל המצות מה"ת וקשה הא כיון דהוא בן י"ג שנה א"כ מחוייב הוא למול א"ע הא כיון דהגדיל יותר מן ג' שנה יש למולו אף במתו אחיו מחמת מילה וכמש"כ הנו"ב א"כ לא מקרי ערל שמתו אחיו מחמת מילה דשיטת רש"י והתוס' הוא דהוי בערל דמתו אחיו מחמת מילה וע"כ מקרי לבו לשמים כדאמרו בפסחים (ד' צ"ו) וביבמות (ד' ע"א) ובזבחים (ד' כ"ב) ולא ניחא להו בשיטת הר"ת דמפרש דכיון דעושה זה מדאגת צער דמקרי לבו לשמים א"כ תקשה לשיטת רש"י והתוס' דכיון דהוי בן י"ג שנה ומחוייב למול א"ע א"כ כ"ז דלא מל אינו אנוס להיות דינו כערל דמתו אחיו מחמת מילה. בשלמא לשיטת הר"ת דפירש דמחמת צער ג"כ מקרי לבו לשמים א"ש אבל לרש"י והתוס' קשה כנ"ל:

ד

ובאמת לפי מה דרצה הנו"ב לומר דלולי דברי הרמב"ם והטושו"ע הי' אומר דאף כשיגדל ג"כ אין למולו. הוי אתי שפיר והוי מזה סייעתא לסברת הנו"ב בזה אכן לשיטת הרמב"ם והטושו"ע תקשה אבל לפי דברי כת"ר דהפירוש דעד שיגדל דאמרו הוי עד שיהי' בן שמנה עשר או חמשה עשר שנה הוי א"ש ואינו קשה למה דהקשיתי אכן לפירוש הנו"ב בכוונתם דעד שיגדל הוא בן ג' שנים תקשה ודוחק לומר דמיירי במתו אחיו הגדולים שהיו בני י"ג שנה בעת שנימולו אבל לפי מה דכתב הרמב"ם והטוש"ע דאף כשיגדל אין למולו עד שיתחזק כחו ויהי' בריא ואולם וכדרך כל בני י"ג שנה ולא יהיה חלש בטבעו אתי שפיר די"ל דמיירי דהוי חלש וע"כ אף דהוי בן י"ג שנה וחייב בכל המצות מ"מ הוי אנוס ואינו חייב במילה ע"כ א"ש דהוי אנוס ופטור למול א"ע ודינו ככל אחיו שמתו

מחמת מילה והוי שפיר לבו לשמים ואפשר דמזה הוציאו במה שכתבו דבעינן שיגדל ויתחזק כחו:

ה

וכן מוכח מיבמות (דף ע' ע"א) דתני הערל וכל הטמאין לא יאכלו בתרומה נשיהן ועבדיהן יאכלו בתרומה ופי' רש"י דערל שמתו אחיו מחמת מילה ונשיהן קאי על ערל ג"כ וכ"כ התוס' שם ובוודאי מיירי בבן י"ג שנה דאל"כ לא הוי ממש בנישואיו זולת לשיטת הב"ח המבואר בסי' מ"ג וסי' א' ואין זה רק מדרבנן ועוד דהא קיי"ל קטן אוכל נבילות אין מצווין להפרישו זולת אביו מצווה להפרישו ודוחק לומר דקאי על אביו ופשטי' דלא יאכל בתרומה משמע דמוטל איסור על האוכל עצמו שלא לאכול מצד שמוזהר בעצמו ועיין בקידושין (דף י"ט ע"א) בתוס' ד"ה ומדאורייתא חזיא לי' כו' וב"ש סי' א' ס"ק ד' וקצרתי. וחזינן דאף דהוי בן י"ג שנה מ"מ מקרי אונס במה שאינו נימול כיון דמתו אחיו מחמת מילה וע"כ מוכח דבעינן שיגדל ויתחזק כחו וכנ"ל:

ו

וכן מוכח מן חולין (דף ה') דאמרו לימא מסייע לי' הכל שוחטין אפילו ערל ואפי' ישראל מומר כו' האי ערל ה"ד אלימא שמתו אחיו מחמת מילה האי ישראל מעליא הוא ופי' רש"י דאנוס הוא [ועיין בתוס' חולין שם ד"ה שמתו אחיו כו' וקצרתי]. אלא פשיטא מומר לערלות כו' ובוודאי מיירי שהוא בן י"ג שנה דאל"כ לא שייך לומר עליו שם מומר לערלות דהא קטן לאו בר חיובא הוא רק החיוב על אביו וב"ד למולו ועל הקטן בעצמו לא שייך בשם מומר לערלות וגם הא קטן אינו שוחט לכתחילה אף ביודע לאמן ידיו אם אין אחרים עמ"ג וע"כ מיירי שהוא גדול ואפ"ה קאמרי דמתו אחיו מחמת מילה הוי אונס הרי דאף בהגדיל ג"כ אין למולו וכבר כתבתי דדוחק לומר דמיירי דמתו אחיו הגדולים בני י"ג שנה בעת שנימולו א"כ מוכח כדברי הנו"ב לכאורה וכדברי כת"ר דעד שיגדלו ויהי' בני שמנה עשר או חמשה עשר שנה אין למולו. אכן לפי מש"כ הרמב"ם והמחבר דבעינן עד שיתחזק כחו א"ש כנ"ל דמיירי דהוא חלש בטבעו דאף דאם לא הענין דמתו אחיו מחמת מילה הי' חייב במילה כיון דאינו חולה אך לפי דמתו אחיו מחמת מילה בעינן שיגדל ויתחזק כחו ואינו קשה ומכל הנך הוכיחו הרמב"ם והטושו"ע דבעינן שיתחזק כחו:

לדברי הנו"ב דרצה לומר דלא למולו לעולם אין אנו צריכים לדחוקו כלל בכל הנ"ל ועיין בע"ז (דף כ"ז) וקצרתי ולדינא אין לנו לזוז מדברי הרמב"ם והשו"ע דפסקו דאחר שיגדל ויתחזק כחו יש למולו וכפי פי' הנו"ב דאחר שלשה שנים יש למולו אם הוא בריא וחזק:

ז

וכן יש להוכיח מן יבמות (דף ס"ו ע"א) דאמרו שם והרי ערל וכל הטמאים שאינן אוכלין ומאכילין ומשני התם פומייהו כאיב להו ופי' רש"י מחוסרי תקנתא הם אבל עומדים לתקן ולאכול אבל זו שהיא חללה אין לה תיקון עולמית עכ"ל רש"י והא הך דהערל וכל הטמאים הוא ביבמות (דף ע') ושם פי' רש"י דמיירי בערל שמתו אחיו מחמת מילה וכן הוא בתוס' שם ואי נימא כהנו"ב דמי שמתו אחיו מחמת מילה דאין למולו לעולם א"כ תקשה דגם גבי ערל אין לו תקנה עולמית במתו אחיו מחמת מילה. ומוכח מזה כשיטת הרמב"ם והשו"ע דאחר שיגדל חייב במילה ומצאתי מזה בחדושי הרשב"א ליבמות (דף ע') בריש הפרק שם וקיצר בתירוצו ות"ל כי נתכוונתי בראי' זו לדברי הרשב"א בקושייתו בהא דיבמות (דף ס"ו) הנ"ל וי"ל דגם בתירוצו נתכוון למש"כ אך שקיצר בזה וי"ל דמן הך דיבמות וכפי פירוש רש"י דהך דפומייהו כאיב להו הוא לפי דעומדים לתקן ולאכול וכפי דכתב הרשב"א בשם רש"י כן דמזה הוכיחו כל הפוסקים גבי מתו אחיו מחמת מילה דלאחר שיגדל ויתחזק כחו דיש למולו וזו היא ראיה נכונה ועיין במג"א סי' ל"ט ס"ק ה' דמי שנקטעה ידו השמאלית כשר לכתוב לפי דפומא הוא דכאיב לי' וזהו כעין הך דיבמות (דף ס"ו) הנ"ל אך לפי פירוש רש"י הנ"ל דפירש דהתם הוי משום דעומדים לתקן ולאכול אין ראי' משם וקצרתי). וכן הוכרח לומר בהא דע"ז (דף כ"ז ע"א) דאמרו דבמתו אחיו מחמת מילה ולא מלוהו ואתה את בריתי תשמור איכא וכן בנדרים (דף ל"א) קונם שאני נהנה לערלים מותר בערלי כו' ופי' רש"י כגון שמתו אחיו מחמת מילה. דכ"ז מיירי בהגדילו ולא נתחזק כחם וכמש"כ לעיל דמן כ"ז מוכח דבעינן שיתחזק כחם וכנ"ל:

ח

ומה שהעיר כת"ר בדברי הרמב"ם פ"א ה' מילה ה' ב' דמי שלא מל א"ע אינו חייב כרת עד שימות ועיין בכ"מ שם מה שכתב בשם הרמ"ך והראב"ד בהשגות חולק עליו וס"ל דכל יום עומד באיסור כרת והנני להשיבו ולהודיעו למה שכתבתי מכבר בענין זה והוא דלכאו' יש להוכיח מהא דפסחים (דף ס"ט) דאמרו דערל שלא מל ענוש כרת בשביל שהיה ראוי לתקן מזמן שחיטת הפסח. וקשה הא בלא"ה הוא ענוש כרת בשביל מצוה מילה שביטל:

אכן להרמב"ם ניחא דאילו בשביל מצות מילה שביטל אין ענוש כרת עד אחר שימות ובשביל הפסח חייב כרת מיד אבל לשיטת הראב"ד לכאורה קשה וי"ל דגם להראב"ד א"ש דהא אם ימול באיזה זמן אז מיפטר מן כרת של הימים דעברו עליו עד הנה וכדמוכח מזבחים (דף ק"ו ע"ב) דאמרו הא דתנן פסח ומילה מצות עשה תיתי בק"ו ממותיר מה מותיר שלא ענש הזהיר פסח ומילה שענש אינו דין שהזהיר כו' ממותיר לא אתיא דאיכא

למיפרך מה למותיר שכן אין לו תקנה תאמר פסח יש לו תקנה כו' עכ"ל הגמ' ובמילה ג"כ מוכרח לומר דיש לו תקנה כשימול א"ע אף לאח"ז דאל"כ תקשה עדיין על מילה דתיתי בק"ו וממותיר הרי דגם מילה מקרי יש לו תקנה ואף דהראב"ד ס"ל דבכל יום ויום שביטל מצות מילה הוא בעונש כרת. אפ"ה כשמל א"ע אף לאח"ז פקע ממנו עונש כרת למפרע. ולכן אתי שפיר הא דאמרו גבי פסח דערל שלא מל ענוש כרת בשביל פסח דאילו בשביל מצות מילה אם מתקן א"ע סמוך לחשיכה דלא הי' לו פנאי לשחוט הפסח או לאחר הפסח דאז פקע ממנו עונש כרת בשביל המילה אבל בשביל ביטול הפסח ענוש כרת ואתי שפיר לכל השיטות. וכן הוא בתוס' מכות (דף י"ד ע"א) בד"ה לאפוקי הני כ"ז בסה"ד שכתבו דלעולם כל זמן שלא מל עונש כרת עליו וזה הוא כשיטת הראב"ד ומבואר בתוס' ג"כ דדוקא כ"ז שלא מל הוא בעונש כרת אכן כשימול מיפטר לגמרי מעונש כרת לעולם וכמו שכתבתי וזה הוא פשוט ולפ"ז אין מקום לכל דברי כת"ר שפלפל בענין זה:

ט

וכעת ראיתי דיש מקום לדחות לכל ההוכחות שכתבתי לעיל להוכיח דאף בהגדיל כ"ז דלא נתחזק כחו דלא ימולו וכדברי הרמב"ם והשו"ע. דאפשר לומר דכל הנך מקומות מיירי בנימולו אחיו כשהם גדולים בני י"ג שנה וכעין דברי התוס' בחולין (דף ד' ע"ב) בד"ה שמתו אחיו מחמת מילה כו' שכתבו שנימולו כשהם גדולים ומתו כו' ולפ"ז נדחו כל ההוכחות שכתבתי אך לדינא אין לזוז מן דברי השו"ע והרמב"ם והנימוקי יוסף ביבמות פ' ו' דימתינו לו עד שיגדל ויתחזק כחו אז ימולו וכמו שהוכחתי מן יבמות (דף ס"ו) דבמתו אחיו מחמת מילה דיש למולו כשיגדיל וכמש"כ לעיל והנו"ב כתב דזמן ההמתנה הוא עד שיגדל לשלש שנים דאז ימולו ומן הט"ז ביו"ד סי' רס"ד ס"ק א' נראה דס"ל דשיעור גדלותו למולו במתו אחיו מחמת מילה הוא שיהיה יותר מן ג' שנים דזה לשון הט"ז שם על הא דמבואר בשו"ע שם דערל שמתו אחיו מחמת מילה כשר למול וכתב הט"ז פי' והוא קטן שא"א לו להיות נימול אבל אם אפשר לו להיות נימול עכשיו אע"פ שבקטנותו לא הי' אפשר ודאי אין לו למול אחרים עכ"ל הט"ז ומדבריו נראה דס"ל דהשיעור למולו אחר שיהי' ג' שנים כמש"כ הנו"ב דס"ל דלא למולו אז עד אחר שיגדיל ביותר משום דבפחות מן ג' שנים אי אפשר במציאות דיהיה יכול למול אחרים וע"כ ס"ל דהשיעור הוא ביותר הרבה מן שלשה שנים ולא תלה השיעור בחיזוק כחו רק מחמת קטנותו בשנים וע"כ מדברי הט"ז סייעתא לדברי כת"ר דכתב דעד בן ט"ו שנים או י"ח

שנה אין למולו וגם אפשר דהשיעור הוא עד י"ג שנה אבל ג' שנה ודאי מוכח מן הט"ז דס"ל דאין למולו במתו אחיו מחמת מילה ודלא כהנו"ב:

ו

והנקודות הכסף שם בסי' רס"ד על הט"ז ס"ק א' כתב דבחנם דחק די"ל דגם עכשיו שהוא גדול מתיירא שמא ימות כאחיו וכמש"כ בש"ך סי' ב' ס"ק כ"א עכ"ל וכן הוא בש"ך סי' ב' ס"ק כ"א שכתב ג"כ דגם עכשיו שהוא גדול אינו מניח למול מיראתו כו' וכוונתו די"ל דמיירי שנימולו כשהם גדולים ומתו וכמש"כ התוס' בחולין (דף ד') וכנ"ל אבל בגוף הדין שכתב הט"ז דבקטנים שא"א להם לימול מיירי שם דמוכח דס"ל דהשיעור הוא יותר מן ג' שנה בזה אינו חולק הנקוה"כ רק דיותר טוב לו לפרש דקאי גם בערל גדול אך דמ"מ דינו כערל שמתו אחיו לפי דאחיו נימולו כשהם גדולים ומתו וכן ראיתי בפרישה ליו"ד סי' ס"ד ס"ק ב' שכתב לפרש הך דערל שמתו אחיו כו' ר"ל שעדיין לא נתחזק כל צרכו או ר"ל שאחיו מתו מחמת מילה אף כשהיו גדולים עכ"ל הפרישה ונתכוונתי לדבריו במה שכתבתי לעיל לפרש לכל המקומות דהובא לעיל דמיירי בלא נתחזקו בכחם וכן בנימולו אחיו כשהם גדולים ומתו וכמש"כ לעיל בארוכה וע"כ יש להתיישב בדברי הנו"ב במה שכתב דאחר ג' שנים יש למולו דהא מן דברי הט"ז נראה דלא ס"ל כן ומן הנקה"כ והפרישה אין הכרע דחולקים עליו בזה ועם כל זה כיון דנהגו לפסוק כהנו"ב בזה ע"כ יש לסמוך לדינא על הנו"ב בזה והעיקר הוא דאם הילד בריא וחזק כראוי דיש למולו אם הוא בן ג' שנים ואין לשנות:

סימן כו

בענין טלי גיטך מע"ג קרקע בשחרור.

ענף א

א

בספרי באר יצחק ח' ח"מ סי' א' הבאתי בשם הריטב"א בקידושין (דף כ"ג ע"ב) ד"ה איבעיא להו עבד מהו שיעשה שליח לקבל גיטו כו' דגם גבי גט שחרור לא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע וכמו בגט אשה ע"ש. אכן הנתיבות בסי' קפ"ה ס"ק א' הוכיח דבשחרור מועיל אף טלי גיטך מע"ג קרקע מהא דגיטין (ד' י"א) דאמרו שם גבי תן שחרור זה לעבדי דאינו חוזר ש"מ התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה ומדחי דשא"ה דתנו כאומר זכי דמי והר"נ שם פי' דזהו לפי דעושה השליח לעצמו להיות שליח לקבלה עבור העבד לאחר שמסר לו האדון את השטר שחרור בתורת שליח להולכה לס"ד דהמקשה דלא ידע דתן כזכי דמי והוי כאילו עשהו האדון לשליח להולכה ואח"ז א"ל העבד שיהיה

בשבילו שליח לקבלה דבאשה אינו מועיל זה משום הספק דלא חזרה שליחות אצל הבעל כמבואר בגיטין (דף ס"ג) אבל בעבד נראה דאין שייך זה משום דמועיל בעבד גם טלי גיטך מע"ג קרקע ואף דאיתקש לאשה היינו בגוף כתיבת השטר שיהי' לשמה ובתלוש אבל בנתינת השטר לא מקשינן כו' עכ"ל הנתיבות וכ"כ בספרו תורת גיטין לגיטין (דף ט') בתוס' ד"ה לא יתנו כו', ומה שכתב הנתיבות דפסול לא חזרה שליחות זהו משום דה"ל טלי גיטך מע"ג קרקע ולכן אינו שייך זה רק בגט אשה אבל בממון דאף טלי מע"ג קרקע כשר ע"כ לא בעינן שיהי' חזרה שליחות כו' כן מצאתי בריטב"א גיטין (דף ס"ג) שכתב להדיא כן וז"ל וטעם דלא חזרה שליחות הוי משום דחזרה ה"ל כטלי גיטך מעג"ק וכדפיר' ובגט הוא דבעי כן משום דבעי ונתן בידה אבל במתנה לא איכפת לן. עכ"ל הריטב"א בגיטין שם:

ב

והנה לפמש"כ בשם הריטב"א לקדושין דגם בש"ש פסול טלי גיטך מעג"ק א"כ תקשה לפ"ז לקושית הנתיבות הנ"ל והנלע"ד לתרץ זה משום דבלא"ה יש להוכיח דטלי גיטך מעג"ק כשר בשחרור מהא דב"מ (דף י"ט ע"א) דמבואר שם דאי זכות הוא לעבד שיוצא מת"י רבו לחירות ולאביי דעדיו בחתומיו זכין לי' מהני השטר שחרור אף דנכתב בניסן ולא ניתן עד תשרי וקשה הא בזכוי העדים להש"ש אין בזה נתינה מיד האדון ליד העדים והעדים אחר שחתמו על ש"ש שבידם זוכין עבור העבד א"כ ה"ל טלי גיטך מעג"ק ולכאורה י"ל דאף טלי גיטך מעג"ק פסול בשחרור עכ"ז זה אינו רק להתירו בב"ח משום דקנין איסור של העבד לא פקע כי אם ע"י שחרור כדין אבל קנין ממון שיש להאדון בהעבד אפשר דפקע אף ע"י ש"ש אף היכא דהוי טלי גיטך מעג"ק. וכמו דמצינו בגיטין (דף ל"ט) דקנין ממון של העבד פקע ע"י הפקר וכה"ג וכדמצינו ביו"ד סי' רס"ז בש"ך ס"ק מ"ד שהביא בשם הטור בשם הרמ"ה דחליפין לא מהני אלא לאפקועי שעבודי' אבל לא לאפקועי איסורא עי"ש א"כ י"ל דהא דב"מ (דף י"ט) גבי מצא ש"ש דיחזיר להעבד משום דהא עיקר החשש התם הוא דילמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואזיל עבדא וקנה נכסין מניסן ועד תשרי ואזל הרב וזבנינהו ומפיק לי' לשחרור וקא טריף לקוחות שלא כדין כו' וכיון דעיקר החשש הוי בכתב ש"ש בניסן ולא נתן עד תשרי משום חשש טירפא שלא כדין וכיון דבממון קני' לי' העבד קנין ממון של אדונו אף ע"י טלי גיטך מעג"ק א"כ אין שייך חשש זה התם ע"כ שפיר מחזירין להש"ש במצאו בשוק כן י"ל לכאורה:

ג

אבל לדינא זה ליתא דא"כ תקשה בש"ש היכא דנכתב שלא לשמה או במחובר דקיי"ל דפסול קשה דיקנה א"ע לקנין ממון שלו בתורת שטר דמועיל לקנין שדה אף שלא לשמה

ובאמת משמע דפסול לגמרי ואינו קונה א"ע כלל אף לקנין ממון שלו והאמת ברור הוא דכיון דקיי"ל בח"מ סי' נ"א דעדות שבטל מקצתו בטל כולו וכן קיי"ל בח"מ סי' ק"ץ סעי' ט"ז בקנין שטר דאם נתבטל דבר א' דאין שטר קונה לחצאין א"כ י"ל בש"ש כיון דלשון גט שחרור הוא הרי את בן חורין הרי את לעצמך ובזה הלשון נכלל גם קנין איסור של העבד דהא מתירו בבת ישראל ג"כ היכא דנכתב כד"ת בלשון זה. ע"כ היכא דלא נכתב כד"ת ולא מועיל הש"ש לקנין איסור שלו ונתבטל השטר לחצאין ע"כ ממילא נתבטל השטר כולו אף לקנין ממון שלו ולכן בנכתב שלא לשמה פסול הש"ש לגמרי א"כ ה"ה בהך טלי גיטך מעג"ק כיון דלא מהני ש"ש גבי קנין האיסור שלו ונתבטל משמעות השטר לחצאין ממילא נתבטל הש"ש גם גבי קנין ממון. ואף דפסול טלי גיטך מעג"ק הוא לאחר כתיבת הש"ש מ"מ אין לחלק בסברא קלושה כזה וכמו התם בח"מ סי' ק"צ סעיף ט"ז הנ"ל ג"כ הביטול מקצתו דשם נתהוה אחר כתיבת השטר ואפ"ה אמרו כן. או משום דעדות דבטל מקצתו בטל כולו. ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' שכתבתי דבגוף א' אם בטל מקצתו בוודאי בטל כולו א"כ יש להוכיח לכאורה מהא דב"מ (דף י"ט) דאמרו בש"ש עדיו בחתומיו זכין לי' דמוכח דטלי גיטך מעג"ק כשר בש"ש וכשיטות הנתיבות ומצאתי בקצה"ח סי' ר' ס"ק ה' שהקשה ג"כ על שטר שלא לשמה בש"ש כנ"ל וכן בא"ע סי' ל"ב וסי' קל"ט:

ד

אך אפשר לומר לפמש"כ התוס' בב"מ (דף כ') ד"ה שובר בזמנו טורף כו' דהך עדיו בחתומיו זכין לו גבי ש"ש זהו מדרבנן משום דיש כח ביד החכמים לעקור דבר מה"ת ע"ש א"כ י"ל דאף דמן הדין לא שייך זכיי' בש"ש משום דה"ל טלי גיטך מעג"ק תקנו חז"ל דיועיל משום לא פלוג בין שטרי מכר ומתנה כמש"כ התוס' שם. ועיין במהרש"א שם שכתב דהך תקחז"ל אינו שייך רק לר"א דס"ל עדי מסירה כרתי אבל לר"מ דס"ל עדי חתימה כרתי זוכין לו מה"ת עכ"ל אבל לפמש"כ ה"ל תקחז"ל בש"ש אף לר"מ משום דהוי לי' טלי גיטך מעג"ק ולא מהני מה"ת רק מצד תקחז"ל ולפ"ז אין ראי' מהא דגיטין כהוכחת הנתיבות דאמרו ש"מ התופס לבע"ח קנה משום דאי נימא תופס לבע"ח קנה י"ל דלא שייך בזה טלי גיטך מעג"ק. דהא לאביי דס"ל עדיו בחתומיו זכין ליה א"כ כבר זכו העדים עבורו בעת שחתמו למאן דס"ל זכות הוא לעבד כמבואר בב"מ הנ"ל רק אי' בב"מ (דף י"ג) דלא אמרו עדי' בחתומי' זכין לו אלא במטא לידי' דהעבד ע"כ אי נימא תופס לבע"ח קנה א"כ ה"ל כמו מטא לידי' דהעבד משום דהשליח זכה עבור העבד אבל אי נימא דתופס לבע"ח לא קנה א"כ ה"ל לא מטא לידי' דהעבד דלא יצא עדיין מרשות

האדון דדינו כמו שליח להולכה אבל אי תופס לבע"ח קנה א"כ מטא לידי דהעבד ובקיום התנאי דמטא לידו בוודאי לא בעי בזה נתינה מידו ליד העבד ועי' בקצה"ח סי' קפ"ח וכיון דנתקיים התנאי דמטא לידי' א"כ זכו עבורו למפרע בעת דחתמו לאביי דס"ל עדיו בחתומיו זכין ליה ואף דבעינן דלא יהי' טלי גיטך מעג"ק בש"ש מ"מ גבי עדיו בחתומיו זכין לו אינו מעכב זה משום דתקחז"ל הי' דנימא זכין לי' ויהיה מועיל בש"ש:

ה

ולא מבעיא להפוסקים כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו והובא בח"מ סי' ל"ט ואף להסוברים דלא כאביי מ"מ י"ל דהאי סוגייא דגיטין ס"ל כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו אך עכשיו דאתינן להכי לומר די"ל דהסוגיא אתי כחד מ"ד שלא אליבא דדינא י"ל בקצרה דהאי סוגיא דגיטין והסוגיא דב"מ ס"ל כרב נחמן דאמר בגיטין (דף ס"ג) דאף שליח להולכה יכול להעשות שליח קבלה ואף היכא דלא חזרה שליחות אצל הבעל ג"כ לא מיקרי טלי גיטך מע"ג קרקע אך אכתי יש למידק דאמאי לא אמרו בגיטין (דף י"א) הנ"ל ש"מ דלא בעי חזרה שליחות אצל הבעל ע"כ דוחק לומר כן אבל להסוברים כאביי בוודאי מורווח הסוגיא דס"ל כאביי וכפי הדין דקיי"ל כוותי' וידעתי דיש לומר דדוקא היכא דאם הי' זכיי' גמורה הי' מועיל מן הדין אז י"ל דאף היכא דלא ציוה בפירוש להעדים לזכות עבור העבד דהי' בזה תקנת חז"ל דיזכו בחתימתן כמו זכות גמור באופן המועיל משא"כ היכא דאף אם הי' מצוה בפירוש להעדים לזכות עבור העבד דלא הי' מועיל משום דה"ל טלי גיטך מעג"ק אי נימא דפוסל זה בש"ש ע"כ לא תקנו חז"ל בזה לומר עדיו בחתומיו זכין לו אבל זהו דוחק דכיון דמן הדין ס"ל להתוס' דלא שייך עדיו בחתומיו זכין לו ועכ"ז תקנו חז"ל מאיזה טעם לומר כן וכמש"כ התוס' דמשום לא פלוג תקנו כן אף באיסור א"כ ה"ה אף היכא דיש פסול דטלי גיטך מעג"ק ג"כ תקנו חז"ל כן ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף ג' בד"ה ואין לומר דכמו דתקנו חז"ל להכשיר לפסול דמפי כתבם כו' ועוד דהא מצינו דפסול עדות שבטלה מקצתה כו' עכ"ל ספרי ויש להאריך בזה רק לפי שנראה לי לומר תי' אחר ומורווח בעז"ה לתרץ קושיות הנתיבות הנ"ל ע"כ קצרתי בזה:

ענף ב

ו

והוא דבעיקר קושיות הנתיבות נלע"ד לומר בהקדם מש"כ הפני יהושע בגיטין (דף מ"א ע"ב) על המבואר בגמ' שם מחלוקת בשטר אי משחרר חצי עבד אם מהני השיחרור והקשה הפני יהושע האיך אפשר לשחרר חצי עבדו בשטר מי מקבל השחרור דע"י קבלת עצמו של העבד א"א כיון דחצי גופו קנוי לו א"כ הא אגיד גבי' ולא שייך בזה

גיטו וידו באים כאחת וע"י קבלת אחרים שלא מדעתו א"א דנהי דקיי"ל ע"י אחרים שלא מדעתו היינו כשמשחררו לגמרי דזכות הוא לו משא"כ בחציו ע"כ חוב הוא לו כיון דאסור בשפחה ובבת חורין וכל היכא דאיכא צד חוב לא מצי לשחרר ע"י אחרים כו' עכ"ל הפני יהושע והנה מש"כ דבחצי עבד לא שייך לומר גיטו וידו באין כ"א תמהני עליו הלא מבואר להדיא בתמורה (דף כ"ה ע"ב) דתניא המשחרר חצי עבדו יצא לחירות גיטו וידו באין כאחת עכ"ל הברייתא הרי להדיא דאף בחצי עבד שייך לומר גיטו וידו באין כאחת וכמו דפירש רש"י בתמורה שם דאע"פ דלא שיחררו כולו יש לו יד לקבל גיטו דגיטו וידו באין כאחד עכ"ל רש"י הרי להדיא דאף במשחרר חצי עבד כמו בשותפין דאף לדידן דקיי"ל כרבנן דפליגי על רבי וס"ל דלא מהני שחרור חצי עבד מ"מ בשותף מודו כמבואר בגיטין (דף מ"ב ע"א). א"כ מהני אף בנתנו ליד העבד משום דגם בזה שייך גיטו וידו באין כאחד ומה"ט סתמו הפוסקים ביו"ד סי' רס"ז סעי' סמ"ך וכתבו סתמא בעבד של שותפין דמשחרר א' את חלקו אף בשטר קנה והוא חצי ב"ח ומשמע דאף ע"י קבלת עצמו משתחרר ודלא כהפני יהושע ועיין בגיטין (דף כ"ג ע"ב) תוס' ד"ה ונעשה כמו שהקנה כו':

ז

ובמה דפשיטא לי' להפני יהושע דע"י אחרים היכא דלא ידע העבד מן זכות שחרור חצי עבדות שלו דלא שייך בזה זכות הוא להעבד כיון דנאסר בשפחה ובב"ח:

גם בזה נלע"ד לדון דהא כיון דקיי"ל בחצי עבד וחצי ב"ח דכופין את רבו לשחררו א"כ גם זה מקרי זכות ודייניגן בזה זכין שלא בפניו כיון דבעצם הענין אמרינן זכות הוא לעבד שיוצא מתח"י רבו לחירות לפי דיפטר מן העבדות שלו ואף דבלא נתינת שטר שחרור מהאדון לא יצא לחירות עכ"ז כיון דמחויב רבו לשחרר חציו השני ע"פ דין וביד ב"ד לכופו ע"כ הוי זה זכות וכדמצינו בפסחים (דף פ"ח ע"א) ברש"י ד"ה כמשנה אחרונה שכתב הואיל ובידינו לשחררו הרי הוא כבן חורין ואוכל משל עצמו עכ"ל רש"י וכן בחגיגה (דף ב' ע"א) דפי' רש"י שם בחצי עבד וחצי ב"ח כיון דיש על ב"ד לכוף את אדונו לשחררו הוי כאילו משוחרר כבר וחייב בראי' עכ"ל רש"י בחגיגה (ולכאורה יש להעיר מן דברי התוס' בסוטה (דף כ"ה ע"ב) ד"ה לאו כגבוי דמי שכתבו דהכא כ"ע מודו דאמרינן לאו כגבוי דמי כו' ולאו בידו כדאמרו בקידושין (דף ס"ב) מי יימר דמזדקקין לי' כו' אך יש לחלק דבחצי עבד וחצי ב"ח דמשום מצוה רבה דפ"ו יזדקקו בוודאי לזה וע"כ אמרו כמשוחרר דמי וקצרתי וכן מוכח מהא דב"מ (דף י"ג) דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ומקשו דלמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי כו' ומתרץ רב אסי

בשטרי הקנאה ואביי א' עדיו בחתומיו זכין לי'. הרי דשטר הלואה מקרי זכות אף די"ל דילמא לא ירצה המלוה ליתן מעות הלואה עכ"ז כשנתרצה אח"ז המלוה מקרי זה זכות למפרע וזכה אז. בעת שחתמו העדים. וה"ה בעבד דאם לא יתרצה לזה כשישמע. הא אין מזכין לו בע"כ. ואף דהרב המגיד פ' ד' ה' זכיי' כתב בשם הרמב"ן דבמה שהוא חובה אפילו נתרצה אח"כ לאו כלום הוא והובא בש"ך ח"מ סי' קכ"ג ס"ק ל"ג ע"ש עכ"ז במה דלא הוי חובה עכ"פ דייניין דזה מקרי זכות במה דהברירה ביד המלוה וכן בהך דכותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו ולא חיישינן כו' דזהו ג"כ משום עדיו בחתומיו זכין וכמבואר בסי' רל"ח ועיין בסמ"ע שם ס"ק ב']. והמוכר אם ירצו ליתן המעות יזכו בהקנייי' או בהשיעבוד של הלוה כיון דזה תלוי ברצונם ע"כ מקרי זה זכות ודוקא במזכה גט במקום יבם דיבמות (דף קט"ו) דאיבעי להו אי הוי חובה ולא אמרינן אם תתרצה לאח"ז על הגט דיהי' נחשב לזכות משום דשא"ה אי נימא דרחמא להיבם א"כ הוי הגט חובה לה ע"כ לא מהני הריצוי שלה לאח"ז וכמש"כ הרמב"ן והמ"מ הנ"ל משא"כ במה דלא הוי חוב ברור בזה כיון דמוסר הברירה לו ע"כ מקרי זה זכות ולכן כותבין שטר ללוה או למוכר אע"פ שאין המלוה והלוקח עמו משום עדיו בחתומיו זכין לו:

ח

וי"ל דמזה הסוגיא הוכיח הרמב"ם והשו"ע בח"מ סי' רל"ה סעי' כ"ג המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזכה בהם ללוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה אם רצה הלוקח אין המוכר יכול לחזור בו ומשמע דאף בזבינא דרמי על אפי' הדין כן והמ"מ שם כתב דזה פשוט שהמוכר אינו חוזר ולא הביא ראי' לזה ובאמת מוכח כן מהך דב"מ דאמרו בזה עדיו בחתומיו זכין לו ולא אמרינן שמא לא יתרצה המלוה והלוקח ליתן מעות הלואה או דמי המכירה. ומוכח מזה דכיון דמוסר הברירה ביד הלוקח והמלוה מקרי זה זכות וכמש"כ הנתיבות בסי' קצ"ה ס"ק א' להסביר דברי הרמב"ם והמחבר הנ"ל מה"ט דכיון דמוסר הזכות הברירה לחבירו דייניין זה לזכות כו' עיי"ש. ומהא דב"מ ראי' גמורה לדבריהם ואף לרב אסי דלא ס"ל עדיו בחתומיו זכין לו. טעמו משום דס"ל דכיון דלא אמר בפיו להעדים שיזכו עבורו לכן לא דייניין בזה זכין שלא בפניו אבל היכא דאמר להעדים בפירוש שיזכו עבורו כותבין מיד כמבואר בח"מ סי' ל"ט בש"ך ס"ק ל"ט וכן בשטרי הקנאה דקיבל קנין אף דלא אמר בין ילוה בין לא ילוה וכשיטת הרי"ף שם והובא בש"ך בסי' ל"ט סס"ק ל"ט דמשעת קנין שיעבד נפשי' וזכה אז המלוה אף שלא ידע בעת שכתבו השטר וזהו ראי' לשיטת הרמב"ם והמחבר הנ"ל ואף דהמלוה יצטרך ליתן מעות

מזומן וכן הלוקח לדמי המכירה כפי שווי' וזבינא דרמי על אפי' דג"כ מקרי זה זכות כיון דהברירה בידו כנ"ל ויש להאריך בכ"ז ולא באתי רק במה דנצרך לענינינו:

ט

ומהך דעדיו בחתומיו זכין לו בשט"ח מוכח דאף היכא דלא מצי להשיג לחפצו כי אם ע"י ב"ד והדבר הוא ביד אחרים והוי מחוסר גובייגא אף דעיקר זכותו להשטר הלואה הוא השעבוד הא אם לא ירצה הלוה לשלם יהי' מוכרח לבא לב"ד שיגבהו את נכסי הלוה ואמרו בפסחים (דף קי"ג) כל אגב גבי' בעי וכל אשראי ספק אתי. ועכ"ז דיינינן זה לזכות כשנתרצה המלוה ע"ז לבסוף ולא אמרינן דשמא לא ירצה הלוה לשלם ולא ייצית דינא ולא יהי' הב"ד מזומן וכדמצינו כה"ג בב"ב (דף מ') דכתבינן מודעא על מאן דלא צייית דינא וכמש"כ הרשב"ם שם משום דאמרינן הכא כיון דע"פ דין מצווה הלוה לשלם לו ועל הב"ד החיוב להשתדל שיבא לידי גובייגא ע"כ הוי זה זכות אם נתרצה המלוה ליתן המעות לאח"ז ולכן אמרו עדיו בחתומיו זכין לו בשטר הלואה אף דהוי מחוסר גובייגא ואף דאמרו דשט"ח לא הוי כגבוי וכמש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ה) משום הסברא דשמא לא יזדקקו לו וכמו בקידושין (דף ס"ב) מ"מ הכא גבי עדיו בחתומיו זכין לו נחשב זה לזכות אם נתרצה המלוה ע"ז לבסוף כיון דהי' הברירה מתחילה בידו כנ"ל. ועיין בספרי נחל יצחק סי' י"ב סעי' ח' מה שכתבתי הרבה לדון בשט"ח ברור אי הוי כגבוי ואכמ"ל:

י

ולפ"ז נראה לע"ד לדון בשותף ששחרר לחצי עבדו דאף בשטר ע"י אחרים ג"כ נחשב זה לזכות ומהני השחרור לחצי עבדות משום דהא החיוב מוטל על האדון השני לשחרר לחצי השני ועל הב"ד חייב לכוף לאדונו שיכתוב ש"ש משום מצוה רבה כמבואר ע"כ בוודאי דיינינן זה לזכות ודנין בזה זכין לאדם שלא בפניו משום דסמכינן דבוודאי יקיים האדון המצוה רבה נשחררו וגם הב"ד יזדקקו בוודאי לכפותו וכמו דאמרו בחגיגה (דף ב') ובפסחים (דף פ"ח) גבי קרבן פסח דאוכל משל עצמו משום דדינו כמשוחרר משום דבידינו לכפותו כו' ולא אמרינן דילמא לא יזדקקו הב"ד לכפותו וכמש"כ התוס' בסוטה (דף כ"ה) כנ"ל אלא אמרינן בפשיטות כיון דסופו להשתחרר דינו כמשוחרר מעכשיו וידעתי מה שכתב הטורי אבן בר"ה (דף כ"ט ע"א) ד"ה מי שחציו עבד כו' ובריש חגיגה ויש לפלפל הרבה בדבריו אבל באמת אין נצרך לנו לכתוב יותר בזה דהא עכ"פ דומה זה להא דאמרו דעדיו בחתומיו זכין לו גבי שט"ח אף דהוי מחוסר גובייגא ולאו כגבוי דמי מ"מ מקרי זה זכות אם נתרצה ע"ז בעת שנודע לו זה:

יא

ולכן אף דבהא דכופין את אדונו לכתוב גט שחרור הדין הוא דכותבין לו שטר על חצי דמיו כמבואר:

עכ"ז כיון דבדיני זכיי' קיי"ל דאם לא נתרצה כששמע הזכיי'. יכול לבטל הזכי' ואין מזכין לו בע"כ וכמש"כ בארוכה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ב' ענף ד' וכן קיי"ל ביו"ד סי' רס"ז סעי' מ"ח גבי זכיית ש"ש דאם העבד מוחה נתבטל הזכיי' משום דאין מזכין להעבד בע"כ וכמש"כ התוס' בגיטין (דף י' ע"א) בד"ה בשליחות בע"כ כו' א"כ כיון דהברירה ביד העבד אם יהי' צווח על הזכיי' של ש"ש שלו ממילא יתבטל הזכיי'. ע"כ כיון דהדבר תלוי ברצונו דומה זה לשטר הלואה דכותבין בלא ידיעת המלוה משום דכיון דנתרצה אח"ז הוי זה לזכות אליו אף דיהי' מחוסר גוביינא א"כ ה"ה בזכיית ש"ש כיון דמצינו דאמרו בזה דבידינו לכופו על השחרור דהוי כמשוחרר כנ"ל וודאי דזה מקרי זכות אם יתרצה העבד על הזכיי' לאח"ז ודייניגן בזה זכין לו שלא בפניו:

יב

ובקצרה י"ל כ"ז דכיון דמצינו דאמרו עדיו בחתומיו זכין לו גבי שט"ח אף דבאמת אין שם שום ריוח להמלוה דנותן מעות ההלואה במזומן ואין מקבל מחירו רק ש"ח גבי מחוסר גוביינא דעכ"ז נחשב זה לזכות כשנתרצה ע"ז לאח"ז כיון דלא הוי חובה עכ"פ א"כ כש"כ גבי שחרור חצי עבד דהא זה הוי בעצם הזכות אליו ואף דיהי' עדיין חצי עבד וחצי ב"ח מ"מ אם יתרצה ליתן שט"ח על חצי דמיו יכופו את אדונו לכתוב לו גט שחרור א"כ הוי זה בעצם זכות גמור ביותר מן הך עדיו בחתומיו זכין לו גבי שט"ח וזהו פשוט. ולכל מה שהארכתי בענין זה אין זה רק לרווחא דמילתא ע"כ נראה לי ברור דגם בשחרור חצי עבד יכול לזכות הש"ש ע"י אחרים ודלא כהפ"י:

ענף ג

יג

ויצא לנו מכ"ז דין מחודש דהיכא דמזכה שטר שחרור עבור העבד באופן דיש בו ספיקא דדינא אם מועיל השחרור או לא דנלע"ד דכה"ג מועיל הזכיי' אף שלא בפניו ולא אמרינן כיון דאסור בשפחה ובב"ח משום ספק דאורייתא אם דינו כעבד או כב"ח. א"כ מקרי זה חוב לגבי' אלא מבעי לן למימר כיון דמצד ספק לישא שפחה אינו יכול וכן לישא ב"ח אינו יכול ע"כ מפני תיקון העולם כופין את רבו לשחררו וכיון דאחר הזכיי' יהי' ספק עבד או ב"ח ויהי' מחוייב רבו לשחררו ע"כ דייניגן בזה זכין לו שלא בפניו ובפרט דכה"ג לא יצטרך העבד ליתן דמיו לרבו כמו בחצי עבד וחצי ב"ח דכותבין שטר על חצי דמיו משום דזהו דוקא בחצי עבד דהוי חצי עבד וודאי ע"כ מחוייב לשלם לרבו דמיו משא"כ

בספק עבד או ב"ח כיון דלשחרור קאי ואף אם לא יתן דמיו במזומן ג"כ מחוייב לשחררו אלא כותבין שטר על חצי דמיו ואחר שישחררו הוי העבד מוחזק אז בעצמו וא"צ ליתן המעות משום דהממע"ה. ויכול לומר דילמא ב"ח אני מכבר וא"צ לשלם מעות וזה דומה להא דב"ב (דף כ"ד ע"ב) גבי ספק אילן קדם קוצץ ואינו נותן דמים כיון דלמיקץ קאי אמרינן זיל קוץ ואי משום דמי אייתי ראי' ושקיל. ועיין בח"מ סי' ק"ג סעי' ט' בט"ז שם ובהגהת הט"ז והקצה"ח ע"כ בספק אי מועיל זכיית השחרור או לא כיון דיהי' מחוייב רבו לשחררו הוי זה זכות למידן בזה זכין לו שלא בפניו לא מבעיא לפמש"כ הנתיבות בסי' פ"ח ס"ק ד' דאם נולד ספק בעבד אם יצא לחירות דהוי העבד מוחזק בעצמו ואין לך תפיס יותר ממנו בוודאי הוי זה זכות דהא מיד דנולד הספק בי' פקע שעבוד האדון ממנו ואף לפמש"כ הקצה"ח בסי' פ"ח ס"ק ט' דבספק עבד או ב"ח אין העבד נקרא מוחזק ותפיס כיון דגופו קנוי לבעלים והוי ספק אם תפיסתו תפיסה יעו"ש עכ"ז נראה לי ברור דכופין רבו לכתוב לו גט שחרור כיון דלישא שפחה אינו יכול ולישא ב"ח אינו יכול דבאיסור לא מהני חזקת בעלים הראשונים ומוחזקות לברור הספק וכמבואר ואף דעיקר זכותו לא יהי' אלא אחר הכפיי' דזה ג"כ מקרי זכות וכמו בהך דעדיו בחתומיו זכין לו כשנתרצה ע"ז לבסוף ואמרינן בזה זכין לו שלא בפניו ולא שייך לחלק דשאני בעדיו בחתומיו זכין לו דלוה מקיים במלוה תומת ישרים תנחם כמבואר בב"מ (דף ל"ה) משום דהא זכיות השעבוד של השטר דאמרו עדיו בחתומיו זכין לו זהו רק משום טריפת משועבדי' ובמשועבדי' לא שייך גבייהו לומר תומת כו':

יד

ולכאורה יש להעיר בזה בתוס' גיטין (דף ט') ד"ה שוו למוליך ומביא וא"ת בשלמא באשה הוי משום עיגונא אבל בעבד מה עיגון יש דאי משום דאסור בב"ח ושפחה לא ליתבי' האי שליח לעבד גט זה שהביא ממדינת הים ולא יאסר בשפחה כו'. והקשה הפני יהושע שם דלמ"ד הולך כזכי דמי וזכות הוא לעבד שיוצא לחירות אין מקום לקושייתם כיון דמה"ת כנחקרה עדותן בב"ד א"כ כבר זכה השליח להשחרור עבור העבד א"כ אף דלא ימסור השחרור להעבד כעת ג"כ אסור בשפחה משום זכות דזכה לו בעת קבלת השחרור מהאדון. ותי' הפ"י כיון דמעיקר הדין בגט שלא נתקיים אסור בב"ח תו לא הוי זכות לעבד ומשו"ה לא זכה בו השליח מעיקרא עכ"ל הפ"י וכ"ז הוא לשיטת הפ"י בגיטין (דף מ"א) הנ"ל אבל לפמש"כ דהיכא דאסור בב"ח ושפחה כיון דהדין לכפות לרבו הוי זה זכות ג"כ ולומר בזה זכין שלא בפניו א"כ נשאר קושיות הפ"י הנ"ל על התוס'. אך כבר כתב הפ"י שם דבלא"ה י"ל דהתוס' הקשו כן למ"ד דהולך לאו כזכי אי למ"ד חוב הוא

לעבד שיוצא לחירות. אכן לפמש"כ לעיל דבזכיות העבד יכול העבד למחות כששמע הזכייה ולבטלו דאין מזכין לו בע"כ בלא"ה אין מקום לקושיות הפ"י הנ"ל ושפיר הקשו התוס' דלא ליתבי' השליח להעבד את השחרור ולא יהי' נאסר בשפחה ואי משום הזכיי' הלא יכול למחות ולבטל הזכיי' בעת שיודיעו לו הזכיי' א"כ יתבטל הזכיי' ויהא מותר בשפחה ולפי מה דנתבאר דלא כהפ"י בכ"ז. שפיר הקשה הנתיבות בריש סי' רע"ג ונדחה מש"כ מכבר לתרץ קושייתו. והוא בספר נחל יצחק סי' ס"ו סעי' ט' ע"ש.

טו

ועכשיו דאתינן להכי יש לתרץ קושיות הנתיבות בהא דגיטין (ד' י"א) דאמרו ש"מ התופס לבע"ח קנה והקשה דהא לא חזרה שליחות כו' וה"ל טלי גיטך מע"ג קרקע ולפי כל מה שכתבתי א"ש והוא די"ל דהך סוגיא דגיטין (דף י"א) הנ"ל ס"ל כדקיי"ל לדינא בגיטין (דף ס"ג) דמספקא להו אי אמרינן דבעינן חזרה שליחות אצל הבעל או לא [והנה מאן דס"ל דבעי שיהיה חזרה שליחות אצל הבעל י"ל דטעמו משום דזה הוי כמו טלי גיטך מע"ק:

ומאן דס"ל דלא בעינן טעמו דזה הוי כמו נתינה מידו לידה וכעין סברת התוס' בגיטין (דף ע"ז ע"ב) ד"ה ותיזיל איהי כו' שכתבו דלא הוי כמו טלי גיטך מע"ק כיון דהגט בא מרשותו לרשותה עכ"ל התוס' שם וקצרתי וי"ל דגם התנא במשנה מספקא לי' בהך דינא כדמצינו בב"ב (דף קכ"ז) דאמרו תנא ספוקי מספקא לי' וכהנה בשארי דוכתי מספקא לי' ועיין בגיטין (ד' כ"ד) תוס' ד"ה חצרה כו' וכיון דמספקא לן אי מועיל זכיית השליח עבור העבד והוי ב"ח או לא מהני משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל והוי עבד וכיון דספיקא דאורייתא לחומרא ואסור בשפחה ובבת חורין וכופין לרבו לכתוב לו ג"ש וגם א"צ העבד ליתן דמיו וכמש"כ לעיל:

בוודאי הוי זה זכות דזכין אף שלא בפניו ואף דהדבר תלוי אכתי בדעת האדון עכ"ז מקרי זכות כיון דמחויב האדון בזה ובידינו לכופו וכמו הא דעדיו בחתומיו זכין לו אף דהוי מחוסר גובייא כיון דהבריה הי' בידו כנ"ל ולכן תנן במשנה דאינו חוזר בתן גט שיחרור אף אי נימא דתן לאו כזכי בס"ד דהש"ס וכפי' הר"נ דזהו משום דלא מהני חזרתו כיון דמספקא לן בזה וממילא כופין לרבו לכתוב ג"ש ויהי' ב"ח בוודאי וע"כ מקרי זכות ואין זה דוחק דהא אמרו בגיטין (ד' ס"ג) בזה"ל כי היכי דמספקא להו לדידהו הכי נמי מספקא לן לדידן. ע"כ שפיר י"ל דכיון דמצינו כן בפירוש דאמרו זה על הא דאי בעינן חזרה שליחות כו' דכמו כן י"ל דגם בזמן המשנה הי' מספקא להו ג"כ זה וע"כ שפיר כתבתי ולכן אף לפי פירוש הר"נ בהא דגיטין (ד' י"א) כמו שהובא בנתיבות שם ג"כ אין

מקום להוכחת הנתיבות הנ"ל לפי די"ל דהסוגיא הלז אתי שפיר לדינא כדקיי"ל ולכן עדיין י"ל דכמו דבגט אשה פסול טלי גיטך מעג"ק כמו כן בשחרור דאין גז"ש למחצה וכמש"כ הריטב"א בקידושין (ד' כ"ג):

ענף ד

טז

ובמש"ב לעיל דאף היכא דנאסר בשפחה ובב"ח ג"כ מקרי זכות לעבד כיון דכופין רבו לשחררו ודלא כהפני יהושע בגיטין (ד' מ"א) ראיתי כעת מה דיש להעיר ע"ז מן הר"נ גיטין על משנה דפ"ק (ד' ט') דשוו גיטי נשים לשחרור במוליך ומביא והקשה הר"נ דהא לקמן (ד' י"ט) אית' דבשחרור עבדים ליכא משום עיגון ותי' דבמביא גט ממדינת הים איכא עיגון דפעמים שהאדון שולחו בע"כ של העבד ומשנתנו השליח לידו לישא שפחה אינו יכול לישא בת חורין אינו יכול כו' עכ"ל הר"נ והתוס' בגיטין בסוגיא זו ג"כ הקשו כעין זה ותי' דזה חשיב עיגון מה שאינו מתחייב במצוות אבל אכתי לדברי התוס' תשאר קושיות הר"נ הנ"ל מלקמן (ד' י"ט) וע"כ מחלק הר"נ כנ"ל א"כ לכאורה מוכח מהר"נ כשיטת הפני יהושע דהיכא דנאסר בשפחה ובב"ח לא מקרי זכות ואפשר לחלק דשא"ה כיון דהבעל הוא במדינת הים ואינו בפנינו לכופו ע"כ לא מקרי זה זכות משא"כ היכא דהאדון הוא בפנינו ויש יכולת ביד ב"ד לכופו ע"כ מקרי זכות וכמו דהוכחתי מהא דעדיו בחתומי' זכין לו וכן למאן דאמר דס"ל בב"מ (ד' י"ג) דהא דכותבין ללוה אע"פ שאין מלוה עמו מיירי בשטרי אקנייתא ופי' הרי"ף בשטר שיש בו קנין וכהכרעת הש"ך בסי' ל"ט סוף ס"ק ל"ט ואף לשיטת רש"י בין ילוה בין לא ילוה כתב הנתיבות שם ס"ק י"ד בשם הריב"ש דמ"מ באם אינו לוה לאח"ז לא מועיל השטר רק דנפ"מ דיהי' נאמן המלוה לומר דהלוהו א"כ לדברי הכל מוכח דמקרי זכות אף במה דמחוסר גובייא בב"ד כי כל שעבוד נכסי הוי מחוסר גובייא וצריך לב"ד א"כ אף בקנין שלא בפניו דמועיל לד"ה הוי זה מטעם זכות ואי דיש לחוש בש"ש דלמא ילך האדון למדינת הים ולא יהי' בפני הב"ד לכופו א"כ ה"ה יש לחוש בשט"ח דמקרי זכות דהא לכמה אמוראי דס"ל בכתובות (ד' פ"ח (דלב"ח אין יורדין לנכסיו שלא בפניו א"כ לשיטת הנך אמוראי דס"ל כן יש לחוש דלמא יברח הלוה למדינת הים ולא יהי' יכולים הב"ד לירד לנכסיו המשועבדים לב"ח א"כ אמאי מקרי זכות בכתיבת שט"ח וביש בו קנין לד"ה וע"כ מוכח דלזה לא חיישינן כיון דהוא כעת בפנינו ודוקא בדברי הר"נ דמיירי בשולח גט ממדינת הים דאינו לפנינו שפיר כתב דזה חשיב עיגון. א"כ אין סתירה מן הר"נ לדברי שכתבתי דלא כהפני יהושע. ומן דברי הר"נ הנ"ל יש ללמוד דה"ה בשולח גט לאשתו בע"כ מתגרשת דהא כתב הר"נ

דשולח גט שחרור לעבדו בע"כ משוחרר ג"כ אלמא דזה לא מקרי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ודלא כהנו"ב וכמש"כ מזה בספרי ח' אה"ע סי' י"ד ענף ב' ובדברי הר"נ בגיטין (ד' ט') הנ"ל יש להאריך עוד ובלשונו שם וקצרתי.

יז

והנה הנתיבות שם בסי' קפ"ה כתב דכן מוכח מהתוס' גיטין (ד' י"ג) ד"ה לא יתנו כו' דבשחרור אינו פסול טלי גיטך מעג"ק וראיתי בתוס' ד"ה הנ"ל ולא מצאתי שום משמעות שם רק אפשר דטעות סופר הוא בנתיבות וצ"ל תוס' ד"ה האומר תנו גט כו' שכתבו התוס' דמיירי שאינו מוסרו מיד ליד אלא מראהו לו ומצוה ליתנו ונטלו לאלתר ואפ"ה לא זכה העבד משום דלא אמרינן תן כזכי אלא במוסר השליח מיד ליד כו' עכ"ל התוס' הרי דדוקא משום דלא הוי תן כזכי באינו מוסר מיד ליד אבל אם הוי תן כזכי אף באינו מוסר מיד ליד או באמר בפי' זכי הי' מהני השחרור אף בלא מסר האדון השחרור מידו ליד השליח א"כ מוכח מדברי התוס' דאף טלי גיטך מעג"ק כשר בג"ש וכן ראיתי בתורת גיטין לגיטין (ד' ט') שהוכיח כן מדברי התוס' הללו עיי"ש אבל באמת אין זה ראי' דהא התוס' בגיטין (ד' ע"ז ע"ב) ד"ה ותיזל איהי כו' כתבו דבמה דזוכה האשה בחצירה שהי' מונח שם ברשות הבעל הגט ואח"ז כשזכתה האשה בהחצר לא הוי זה כמו טלי גיטך מעג"ק דכיון דהגט בא מרשות הבעל לרשותה הוי כאילו נתנו לה עכ"ל התוס' ומה"ט גם לעיל מיני' בגיטין (ד' כ"א) א' רבא כתב לה גט ונתנו בחצירו וכתב לה שטר מתנה עלי' קנאתו ומתגרשת בו דלא הוי טלי גיטך מעג"ק ג"כ הוא משום ה"ט דכתבו התוס' הרי דהיכא דבאתה האשה ונוטלת הגט בידה מחצירו דהבעל בוודאי מהני ולא הוי זה טלי גיטך מעג"ק כנ"ל א"כ י"ל דכוונת התוס' במש"כ דמיירי דאינו מוסרו מידו ליד השליח דמיירי בהי' הגט מונח בחצר דהאדון וציווה להשליח ליטלו לידו. דמצד טלי גיטך מעג"ק לא הי' נפסל כיון דנטלו מרשות האדון רק כיון דאינו מוסרו בידי' ממש ליד הזוכה לא הוי בזה תן כזכי אף להסוברים דחצירו משום ידה אתרבאי מ"מ אין זה דומה כ"כ לידו ממש וע"כ לא אמרינן בי' תן כזכי ודוקא במוסר מידו ליד השליח דהוי בעין יפה בזה אמרו תן כזכי דמסתמא נתכוין לזה וכש"כ להסוברים דחצירו משום שליחות אתרבאי. א"כ אין ראי' מדברי התוס' הללו:

יח

ומה שכתב הנתיבות שם דדוקא בכתיבת השטר גבי לשמה ומחובר ילפינן לש"ש מגט אשה בגז"ש לה לה אבל לענין הנתינה לא ילפינן מגט אשה ע"כ כשר טלי גיטך מע"ג קרקע בש"ש לענ"ד נראה דמוכח דאף לענין הנתינה ילפינן מגט אשה דהא בקידושין (דף כ"ג ע"א) אמרו דטעמו דרשב"א דס"ל בשטר שחרור ע"י אחרים ולא ע"י עצמו משום

דגמר לה לה מאשה מה אשה עד שיוציא גט לרשות שאינה שלו אף עבד עד שיוציא גט לרשות שאינו שלו וטעמייהו דרבנן דס"ל בשטר שחרור ע"י עצמו וגיטו וידו באין כאחד פי' רש"י התם דס"ל למילף מאשה באופן אחר דמה אשה מקבלת גיטה אף עבד מקבל גט יעו"ש. אלמא דכ"ע ס"ל למילף אף לענין הנתינה דשטר שחרור בגז"ש לה לה מאשה רק רשב"א יליף בזה האופן ורבנן ילפי באופן אחר אבל כ"ע ילפי גם לדין נתינת ש"ש מגט אשה איך יהי' דהא התם הוי הילפותא בדין נתינה לאיזה רשות:

א"כ ה"ה בדין נתינה דטלי גיטך מעג"ק בעינן למילף בהאי גז"ש ועיין שם בקידושין (דף כ"ג ע"ב) דעבד מהו שיעשה שליח לקבל גיטו כו' ויליף שם לה לה מאשה כו':

יט

וראיתי בנתיבות שם שכתב להסביר דלכן לא ילפינן בדין נתינת ש"ש מגט אשה משום דדוקא בלשמה ומחובר ילפינן בגז"ש משא"כ בדין נתינה דינו כדין קנין שדה עכ"ל ולפ"ז אפשר לומר דאינו קשה עליו מהא דרשב"א דיליף בשטר ע"י אחרים בגז"ש לה לה. דמה אשה עד שיוציא גט לרשות שאינה שלו כו' משום דהא גם בקנין שדה בעינן דיוציא השטר קנין לרשות דאינו שלו ולא אמרינן בקנין שדה מתנה וחצירו באין כאחד וכמש"כ הקצה"ח בסי' ר' ס"ק ה' יע"ש אבל היכא דמהני בקנין שטר מתנה דממון ה"ה דמהני בש"ש כמו טלי גיטך מע"ג קרקע:

כ

אבל אכתי אינו מספיק זה לתרץ קושייתי עליו מהא דקידושין הנ"ל דאכתי תקשה דל"ל לרשב"א למילף מגט אשה דמה אשה עד שיוציא לרשות שאינה שלו כו' הא לענין נתינה דינו כמו דין שטר מתנה דבעינן דיוציא לרשות דאינה שלו א"כ בלאו הגז"ש ילפינן זה מן דין נתינה דממון דאין לחלק בזה בין קולא או חומרא בדין נתינה דיליף משדה ולרבנן דס"ל בשטר שחרור ע"י עצמו פי' רש"י משום דילפי מגט אשה דמה אשה מקבלת גיטה אף עבד נמי ואי נימא דלדיני נתינה לא ילפינן בגז"ש כי אם דינו כמו דין קנין שטר מתנה א"כ מבעי לן לומר דש"ש לא יהיה מהני ע"י עצמו ולא אמרינן בי' גיטו וידו באין כאחד כמו בשטר מתנה כמש"כ הקצה"ח ולא למילף מגט אשה דיהי' מועיל ע"י עצמו דהא בנתינת השטר שחרור לא ילפינן מגט אשה כי אם דינו כמו נתינת שטר מתנה ובנתינת שטר מתנה כתב הקצה"ח שם דבעי שיכניסנו לרשות שאינו של בעלים וכ"ז שלא בא השטר מתנה ליד הזוכה ממש אינו זוכה בהמתנה וכיון דחזינן דרבנן ס"ל דש"ש מועיל בי' נתינה ליד העבד משום דיליף מגט אשה מוכח דגם בנתינה של השטר שחרור ילפינן מן גט אשה ודלא כהנתיבות וכן כתב הרמב"ן ביבמות (דף מ"ה ע"ב) דלכן קיי"ל דעבד

מקבל גיטו משום דיליף לה לה מאשה ע"ש וס"ל להרמב"ן כשיטת רש"י בקידושין (דף כ"ג):

כא

וברשב"א בחידושיו לקדושין (דף כ"ג) בסוגי' זו כתב בד"ה מ"ט דר"ש יליף מאשה כו' ואע"ג דרבנן נמי לה לה מאשה גמרי ס"ל דלאו לכולהו מילי דעבד גמרי לי' אלא לגופו של גט שיהא גיטו של זה כגיטה של אשה כו' עכ"ל הרשב"א א"כ מדברי הרשב"א הנ"ל מבואר כשיטת הנתיבות דרק בכתיבת הש"ש ילפינן ש"ש מגט אשה אבל לא לנתינת ש"ש אבל ממש"כ רש"י שם דרבנן גמרי ג"כ מאשה דמה אשה מקבלת גט אף עבד נמי מוכח דלא ס"ל כהנתיבות ובאמת רש"י כיוון לתרץ קושית הרשב"א דהקשה דהא רבנן ג"כ גמרי לה לה מאשה ומתרץ במתק לשונו דג"כ רבנן גמרי להאי מילתא בגז"ש לה לה מאשה רק דילפי בזה הפירוש דכיון דאשה בעצמה מקבלת גט דה"ה עבד נמי ולא פרכינן ע"ז דמה לאשה דזהו רשותה משא"כ בעבד דהוי רשות רבו משום דהא הוי גז"ש מופנה ואין משיבין ולשיטת הרשב"א בפירושו דרבנן לאו לכולי מילתא גמרי מגט אשה כו' יש להעיר דהא אף דלא ילפי בזה מגט אשה מ"מ הא הסברא נותנת בזה דלא יהי' מועיל נתינת הש"ש היכא דמכניסו לרשות של אדונו וכמש"כ הקצה"ח דבממון בעינן שיהא ברשות שאינו של בעליו א"כ אף דלא גמרי רבנן מגט אשה. ג"כ מבעי להו לומר דלא יהי' מועיל ע"י עצמו מצד הסברא וכמו בשטר מתנה אבל לשיטת רש"י אתי שפיר דס"ל דזהו גופא ילפינן מגט אשה ע"פ הגז"ש. ור' שמעון בר"א ס"ל דיש מקום למילף ביותר מן גט אשה דלא יהי' מועיל נתינת הש"ש ע"י עצמו ולא למילף מגט אשה ועיין ביו"ד סי' רס"ז בט"ז ס"ק י"ח ובשער המלך ה' עבדים פ' ו' ה' ו' [ועיין בגיטין (ד' ל"ט ע"ב) בגמ' דאמר ר' יוחנן מ"ט דרבי גמר לה לה מאשה מה אשה איסורא ולא ממונא אף עבד כו' ורבנן פליגי עליה דרבי שם ובתוס' שם ד"ה מה אשה ויש לחלק וקצרתי]:

ענף ה

כב

והנה הרמב"ם פ"ו ה' עבדים ה' ו' כתב בזה"ל בגט אשה הוא אומר וכתב לה לשמה ובגט שיחרור אומר או חופשה לא ניתן לה עד שיכתוב לשמה. בגט אשה הוא אומר וכתב ונתן מי שאינו מחוסר אלא נתינה יצא הכותב במחובר ואח"כ קצץ שהרי מחוסר קציצה ונתינה ובגט שיחרור אומר ונתן לה לא יהיה מחוסר אלא נתינה ועיין בלח"מ שם דגרס בדברי הרמב"ם הנ"ל בגט שיחרור אומר לא ניתן לה לא יהא מחוסר אלא נתינה ונראה מפירוש הרמב"ם דהא דידעינן פסול שלא לשמה ומחובר בשטר שיחרור זהו משום פשטיה דקרא דכתיב בשטר שיחרור או חופשה לא ניתן לה וכמש"כ הט"ז

ליו"ד סי' רס"ז ס"ק כ' ולא משום גז"ש דלה לה מאשה וכיון דלא יליף הרמב"ם דיני גט שחרור מגז"ש דלה לה א"כ בפסול טלי גיטך מעג"ק דלא כתיב בפירוש בשטר שחרור רק בגט אשה כתיב ונתן בידה. לפי זה מוכח לכאורה מהרמב"ם דטלי גיטך מעג"ק כשר בש"ש אבל באמת עיקר דברי הרמב"ם הם תמוהים כמה שתמה הלח"מ שם דמנא ליה להרמב"ם לחדש מעצמו ילפותא זו שאין לו רמז בש"ס ובאמת י"ל בפשטיות דפסול שלא לשמה ומחובר בש"ש הא על פי גז"ש לה לה מאשה כמש"כ רש"י בגיטין (ד' ט' ע"ב) ד"ה הא איכא מחובר דפסול מחובר יליף בגז"ש דלה לה מאשה ולכן נדחק הלח"מ שם לפרש כוונת הרמב"ם דגם הוא יליף מגז"ש דלה לה כדכתב רש"י אך סיים הלח"מ דאין זה במשמע לשונו ודברי הרמב"ם הנ"ל הובאו במחבר ליו"ד סי' רס"ז סעי' מ"ח ומ"ט: וע"ש בט"ז ס"ק כ"א שנדחק בזה ג"כ:

כג

ונלע"ד לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל דהוכיח הרמב"ם להאי דרשא לפסול מחובר ושלא לשמה בשחרור מהא דגיטין (דף מ"א) דס"ל לרבי במשחרר חצי עבדו בשטר קנה וחכ"א לא קנה וא' רבה מחלוקת בשטר דרבי סבר והפדה לא נפדתה או חופשה לא ניתן לה מקיש שטר לכסף מה כסף בין כולו בין חציו אף שטר נמי כו'. ורבנן גמרי לה לה מאשה אבל בכסף דברי הכל קנה כו' דמר סבר גז"ש עדיפא ומר סבר היקישא עדיפא דכו"ע גז"ש עדיפא ושא"ה דאיכא למיפרך כו' ובתוס' ד"ה מה לאשה כו' כיון דאיכא למיפרך שבקינן לה משום היקישא ויש להקשות לרבי דס"ל דיותר יש למילף מהיקישא שטר לכסף ולא בגז"ש מאשה א"כ מנלן לרבי לפסול שלא לשמה ומחובר בשטר שחרור ובוודאי לכו"ע פסול שלא לשמה ומחובר בשחרור דלא מצינו בזה שום פלוגתא כי אם במשחרר חצי עבד פליגי רבי ורבנן ולא איתמר פלוגתתם בלשמה ובמחובר. ולכן פריך הש"ס לעיל (דף ט') הא איכא לשמה ומחובר. בשלמא לרבה כו' אלא לרבא קשיא כו' א"כ תקשה דמנלן לרבי לפסול שלא לשמה ומחובר בש"ש. הא מסתבר יותר למילף בהיקישא דכסף גבי לשמה כדמצינו כה"ג בקידושין (ד' ט' ע"ב) דאמרו או דילמא הויות להדדי מקשינן מה הוי' דכסף לא בעי לשמה שתהא צורת דינר טבועה לשמה אף הוי' דשטר לא בעינן לשמה כו'. א"כ ה"ה לשיטת רבי דס"ל להיקישא שטר לכסף בחצי עבד אי משתחרר בשטר. ה"ה דיש למילף הך היקישא להכשיר שלא לשמה ומחובר בשטר כמו כסף דמהני אף במחובר ולא לשמה ואפשר לדחוק ולחלק דהיכא דהפסול הוא משום עצם השטר דלא ניכתב כדין בזה לכ"ע ילפינן בגז"ש לה לה מאשה. רק במשחרר חצי עבדו דהשטר בעצמותו נעשה ונכתב כדין רק דהפסול הוי מצד אחר דלא שיחרר רק חצי עבדו

וכיון דהפסול הוא מצד אחר ולא פסול בעצם השטר והוי כמו דבר אחר גרם לו ובזה ס"ל לרבי דהיקישא עדיף אבל באמת זהו דוחק לחלק בזה וגם הא כיון דפסול משחרר חצי עבד בשטר דוקא הוא אבל בכסף כשר לכו"ע ומועיל שחרור חצי עבדו א"כ הוי פסול משחרר חצי עבדו בשטר ג"כ פסול בעצם כתיבת השטר מחמת שלא נכתב שחרור שלם על כל העבד. א"כ דומה זה לפסול שלא לשמה דהוי פסול בעצם כתיבת השטר דלכו"ע ילפינן לפסול מגז"ש לה לה:

כד

ומקושיא זו הוכיח הרמב"ם דבאמת על פסול שלא לשמה ומחובר אין אנו צריכין למילף בגז"ש לה לה מאשה כי יש למילף זה מפשטי' דקרא אחר דידענו לפירוש הפסוק דאו חופשה דקאי על שטר וכמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ט ע"ב) ד"ה מה אשה אסורה כו' וז"ל שטר כתוב בהדי' בקרא או חופשה לא ניתן לה כו' דמקרא מלא דיבר הכתוב עכ"ל התוס' [ועיין בגיטין (דף מ"א) ברש"י ד"ה חופשה לא ניתן כו' וקצרתי וכיון דידעינן דכוונת הפסוק דאו חופשה קאי על שטר ממילא ידעינא דפסול שלא לשמה ומחובר מן פשטי' דקרא דאו חופשה לא ניתן לה דמן לה נפקא לן בפסול שלא לשמה כמש"כ הט"ז בסי' רס"ז ס"ק כ' בכוונת הרמב"ם ומן ניתן לה נפקא לן דפסול מחובר וכמש"כ הרמב"ם ע"כ אף לרבי דס"ל דהיקישא עדיפא. עכ"ז נפקא לן דפסול מחובר ושלא לשמה בשטר שחרור מפשטי' דקרא רק על משחרר חצי עבדו דלא נפקא לן מפשטי' דקרא בזה ס"ל לרבי דהיקישא עדיפא ורבנן ס"ל דגז"ש עדיפא ומזה הוכיח הרמב"ם האי דרשא דכתב הרמב"ם אף דלא נזכר בפי' בש"ס והא דמהדר הרמב"ם על זה ולא כתב בקצרה דילפינן דמחובר ושלא לשמה פסול מגז"ש לה לה מאשה לדידן דקיי"ל כרבנן דפליגי על רבי. י"ל דהרמב"ם לטעמי' אזיל דס"ל דכל גז"ש וכל הנלמד מן י"ג מדות מקרי דברי סופרים וכמבואר באריכות בש"ך ח"מ סי' ל"ג ס"ק א'. ע"כ יותר טוב למנקט לדרש דכתיב בגופי' דזהו מקרי דאורייתא וכיון דס"ל להתוס' דפשטי' דקרא דאו חופשה לא ניתן לה מיירי בשטר שחרור וכנ"ל בשם התוס' ע"כ יותר טוב להביא הדרש דמוכח מן הש"ס דדרשי מן חופשה לא ניתן לה דקאי על ש"ש למיפסל מחובר ושלא לשמה ובמה דמוכח דרבי ס"ל למילף מחובר ושלא לשמה מפשטי' דקרא. בזה אין להרבות במחלוקת בין רבי לרבנן. א"כ מתורץ דברי הרמב"ם על נכון:

כה

ועכשיו דאתינן להכי נדחה מה שכתבתי להוכיח מהרמב"ם להכשיר טלי גיטך מעג"ק בש"ש. די"ל דגם הרמב"ם ס"ל למילף בגז"ש לה לה מאשה ליתן על ש"ש כל הדינים דשטר קידושין כדמוכח ממש"כ לעיל רק יותר טוב לי' למנקט להדרש דכתיב להדיא

בש"ש והא דלא כתב הרמב"ם למיפסל טלי גיטך מעג"ק בש"ש. י"ל דכן דרך הרמב"ם שלא לכתוב מה שלא מבואר בש"ס בפירוש כי אם מה דמוזכר בש"ס בפירוש וכיון דלא איתמר בש"ס להדיא למיפסל טלי גיטך מעג"ק בש"ש ע"כ לא הביא הרמב"ם זה ובאמת לדינא י"ל כיון דקיי"ל למיפסל שטר שחרור במשחרר חצי עבדו וכמו שפסק הרמב"ם פ"ז ה' עבדים ה' ד' ה"ה דיש למילף האי גז"ש על טלי גיטך מעג"ק בש"ש לפסול ואין לחלק בין דיני כתיבת השטר לדיני נתינת הש"ש כמו דהוכחתי מקידושין (דף כ"ג) כנ"ל א"כ נדחה מה דהוכחתי מן שיטת הרמב"ם וע"כ מוכח ממש"כ לעיל דש"ש פסול בטלי גיטך מעג"ק כמו בגט אשה:

כו

והנתיבות בסי' קפ"ה שם הביא בשם הרמב"ם ה' עבדים פ"ו ה"ה להוכיח דטלי גיטך מעג"ק כשר בשחרור דהא כתב הרמב"ם שם בששה דברים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים ובשאר דברים ה"ה ככל השטרות אלמא דבשארי דברים זולת ששה דברים דמנה שם דינם ככל השטרות א"כ ה"ה בטלי גיטך מעג"ק דינו של ש"ש כמו כל שטרות דמועיל בי' טלי גיטך מעג"ק אך גם בזה י"ל דכוונת הרמב"ם שם במש"כ דבשארי דברים שוו לכל השטרות דז"א אלא במה דנתבאר להדיא בגמ' כמו במה דמבואר בגיטין שם (דף ט' ע"ב) דא' רשב"ג דבשחרור וכל השטרות אם יודעין לקרות ולחתום חותמין וכמש"כ הרמב"ם פ' כ"ד ה' מלוה אבל במה דלא נתבאר בגמ' להדיא כמו טלי גיטך מעג"ק בשחרור דלא נתבאר בגמ' דינו. ע"ז לא כיוון הרמב"ם כדרכו שלא להביא מה דאינו מוזכר בגמ' להדיא ובאמת בע"כ מוכח דהאי דכתב הרמב"ם דבא"ד שוו שחרורי עבדים לכל השטרות הוא לאו דוקא דאי נימא דהאי כללא הוא דוקא א"כ תקשה מצינו ברמב"ם דפסק בפ"ז ה' עבדים ה' ד' דהמשחרר חצי עבדו בשטר לא קנה העבד חציו וכרבנן דפליגי ארבי דגיטין (דף מ"א) אלמא דגם בזה שוו שחרורי עבדים לגט אשה כמו דמבואר שם דילפי בגז"ש לה לה מגט אשה ולכאורה קשה דאמאי לא מני התנא בהא דגיטין שם דתני בשלשה דברים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים דה"ל לממני עוד במה דמשחרר חצי עבדו לא מהני ואילו בשאר שטרות מהני אף חצי השדה. ואפשר לומר דהברייתא ס"ל כרבי דס"ל המשחרר חצי עבדו הוי משוחרר ועיין בתוס' גיטין (דף ט' ע"ב) ד"ה בעדי מסירה ור"א היא כו':

כז

ועדיין תקשה לרב יוסף דס"ל בגיטין (דף מ"א) דמחלוקת בכסף אבל בשטר ד"ה לא קנה א"כ לכו"ע שוו שחרורי עבדים בשטר לגיטי נשים ותקשה דה"ל לתנא לממני גם זה ואפשר לומר לפי מה דמסיק הש"ס שם (דף ט') דמלתא דאיתא בקידושין לא קתני

וכיון דהמקדש חצי אשה אינה מקודשת כמבואר בקידושין (דף ז') א"כ ה"ל מילתא דאיתא בקידושין ולכן לא קתני לזה הדין דשחרר חצי עבדו אבל לשיטת הרמב"ם דחשב ששה דברים ששוו גיטי נשים לשחרורי עבדים ומני שם מחובר ולשמה אף דאי בשטר קידושין א"כ קשה דה"ל להרמב"ם למחשב להאי דמשחרר חצי עבדו בשטר דלא קנה ובזה שוו ג"כ לגיטי נשים ואפשר לומר דכיון דאמרו בגיטין (דף מ"ב) דשחרר חציו ומכר חציו או נתן במתנה חציו כיון דקנפק מיני' כולי' ד"ה קנה ופי' רש"י בד"ה והניח חציו דבעיא דניפוק כולי' מיני' כאשה א"כ משכחת לי' בשחרור דיהי' מועיל אף שחרר חציו משא"כ באשה דלא משכחת לעולם דיהי' כשר גט אשה בגירש חציו וע"כ לא חשב להך דשוו גיטי נשים לשחרור בשחרר חציו דהא באמת אינן שווין כ"כ אבל באמת ז"א מספיק לתרץ קושייתי לפי דהא באמת שוו גיטי נשים לשחרור עבדים היכא דגירש ושחרר חציו ושייר לעצמו חצי השני דלא מהני בגט ובשחרור רק בשחרור דמשכחת בי' עבד של שותפין וכן מכר חציו ושחרר חציו דאז נפק מיני' כולו דמהני זה בש"ש משום דבכזה דנפק כולי' אף דדינו כגט ג"כ מהני ובקידושין לא משכחת גווני כזה א"כ לעולם שווין גט לשחרור בזה וע"כ שפיר הקשיתי:

ענף ו

כח

והנראה לי בזה די"ל דלכן לא מני הרמב"ם להך דמשחרר חצי עבדו בשטר משום דכיון דמני התם להאי דכל השטרות בעש"ג כשרים חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים ופי' רש"י בגיטין (דף ט' ע"ב) ד"ה חוץ מגיטי נשים כו' דלאו בני כריתות נינהו ולא שייכי בתורת גיטין וקידושין כו' לכן שחרורי עבדים דבכל פסולי דאורייתא שוה שחרור לגט אשה דגמרי לה לה עכ"ל רש"י. ועיין בתוס' שם ד"ה אע"פ שחותמיהן כו' א"כ לפי' רש"י דהא דמיפסל שחרורי עבדים בעש"ג משום דגמרי בגז"ש לה לה א"כ ממילא ידענא דבכל פסולי הנוהג בגט אשה דילפינן ע"פ גז"ש דלה לה לפסול בשחרור. והא דחשב הרמב"ם לפסול לשמה ומחובר י"ל דשאני זה לפי מש"כ לעיל דהרמב"ם יליף זה מן מה דכתיב בפי' בשחרור ולא מן גז"ש דלה לה:

וזה עדיף משום דגז"ש ס"ל להרמב"ם דמקרי דברי סופרים כנ"ל בארוכה ע"כ מני זה הרמב"ם בפי' כי היכי דלישמעינן דפסול לשמה ומחובר מקרי דאורייתא ממש וכבר הבאתי לעיל בשם הש"ך בח"מ ריש סי' ל"ג דהביא שיטת הרמב"ם שם דדרכו לבאר מה דהוי דאורייתא ומה דלא נפיק פירושו אלא מגז"ש וכל י"ג מדות כמבואר שם בקידושי כסף וכה"ג:

ואף דלא הוי נפ"מ לדינא בינייהו מזה (וי"ל דהרמב"ם הוכיח לדרשתו מן הא דמקשה הגמ' והא איכא לשמה ומחובר ואמאי לא נימא דלכן לא חשב בחשבון הדברים לפסול לשמה ומחובר משום דממילא ידענא זה ממה דתני כבר התם בשחרור העולה בעש"ג פסול והטעם הוא משום גז"ש לה לה ע"כ ממילא ידענא לזה וע"כ מוכח דפסול לשמה ומחובר מוכח מן מה דכתיב בפי' ולא מן גז"ש דזה עדיפא משום דזה מקרי דאורייתא והוי מילתא דכתיבה בפירוש ולא דברי סופרים אך בלא"ה כתבתי לעיל בראיה נכונה בעז"ה להוכיח מן הש"ס להאי דרש דכתב הרמב"ם בפסול מחובר ולשמה בש"ש):

כט

ולכן מונה הרמב"ם לפסול לשמה ומחובר בפירוש משום דאשמעינן דזה הוי מילתא דכתיב בפי' ובזה שוה ממש וביותר לגט אשה דשניהם הוי מילתא דכתיב בפי' משא"כ בשטר בעש"ג אינו שוה ממש דהא בגט הוי דאורייתא ובש"ש לא הוי רק מדברי סופרים כנ"ל ולכן למשחרר חצי עבדו בשטר כיון דלא נפק אלא מגז"ש דלה לה ע"כ לא הוצרך למנותו לפי דממילא ידעינן זה מגז"ש לה לה:

וכיון דחזינן דלא מני הרמב"ם למשחרר חצי עבדו דלא קנה רק כתב סתמא דבשאר דברים דינו ככל השטרות ומשמע דזולת הששה דברים דינו בכולי מילי כשטרות וקשה הא מצינו במשחרר חצי עבדו בשטר דאין דינו בזה ככל השטרות ואיך סתם הרמב"ם לכתוב דדינו בשאר דברים ככל השטרות וזהו בעצם השטר דהא בכסף מהני אף בחציו ע"כ מקרי זה בעיקר השטר. וע"כ מוכח מזה דכוונת הרמב"ם הוא דבמה דיש למדרש בגז"ש לה לה מאשה בפסולי דאורייתא ממילא ידענא דפסול בשחרור כמו שטר שחרור בעש"ג א"כ י"ל דה"ה לענין טלי גיטך מעג"ק כיון דדרשינן גז"ש לה לה ממילא ידעינן דפסול טלי גיטך מעג"ק בש"ש כמו בגט אשה. ויהי' איך שיהי' עכ"פ מוכח דהך כללא שכתב הרמב"ם דבשארי דברים דינו ככל השטרות הוא לאו דוקא ע"כ נסתר ראיות הנתיבות בזה:

ל

וכן מוכרח לפי מה דפסק הרמב"ם פ' ז' ה' עבדים דגט שחרור צריך להיות דבר הכורת בינו לבינה משום דפסק כת"ק דר"ש דגיטין (דף ט' ע"א) בשייר קרקע כ"ש לא יצא ב"ח משום דלאו כרות גיטא הוא א"כ הא דלא מני הרמב"ם לי' בחשבון הדברים דשוו גיטי נשים לשחרורי עבדים מוכח משום דממילא ידענא זה ממה דילפינן גז"ש לה לה מאשה כפי' רש"י בגיטין (דף ט' ע"א) ד"ה התם כו' דהאי דאמרינן שם דלאו כרות גיטא הוא זה ילפינן מגז"ש לה לה יעי"ש. א"כ מוכח מזה ג"כ דהאי כללא שכתב הרמב"ם דבשארי דברים שוה גיטי נשים לשחרורי עבדים. הוא לאו דווקא דאל"כ קשה הא מצינו

בהך מילתא דבעי כרות גיטא דשוה גיטי נשים לשחרורי עבדים משא"כ בשארי שטרות. וע"כ מוכח דהאי כללא של הרמב"ם הוא לאו דוקא. וממילא ה"ה בטלי גיטך מעג"ק דנילף מגט אשה. והא דחשב למחובר ולשמה ולא סמך על האי גז"ש דמוכח מהא דש"ש בעש"ג פסול י"ל דזהו עדיף מן הגז"ש כיון דפסולייהו כתיב בפי' כנ"ל. ובפסול מחובר ושלא לשמה שוה ביותר שחרור לגט אשה דשניהם הוי פסולי דאורייתא משא"כ במה דנפקא לן מן הגז"ש לא שוה ממש לגט אשה דהא בגט אשה מיפסל מדאורייתא ואילו בש"ש דלא נפקא אלא מגז"ש לא מקרי אלא דברי סופרים כנ"ל. וע"כ לא סמך הרמב"ם בזה על האי גז"ש דידעינן ממילא מן שטר בעש"ג משום דהא דגם פסול מחובר ולשמה לא נפקא לן אלא מן גז"ש א"כ לא הוי זה רק מדברי סופרים ע"כ מנה זה בפי' וכתב להך דרשא דמני שם כי היכי דיהי' דאורייתא ממש וס"ל כמש"כ התוס' בגיטין (דף ל"ט) המובא לעיל דפשטי' דקרא דאו חופשה מיירי בש"ש ע"כ נדחה ראיות הנתיבות הנ"ל מהרמב"ם כנ"ל:

לא

וראיתי בט"ז יו"ד סי' רס"ז ס"ק י"ח שכתב דר' מאיר דס"ל בקידושין (דף כ"ג) בשטר ע"י עצמו ולא ע"י אחרים לא ס"ל לדרש דגז"ש לה לה מאשה:

ותמהני עליו דהא מבואר בגיטין (דף ט' ע"א) ברש"י ד"ה התם משום דלאו כרות גיטא הוא כו' וכפי' רש"י אליבי' דר' מאיר דמיירי שם אליבי' דס"ל למדרש להך מילתא בגז"ש לה לה יע"ש אלמא דר"מ ס"ל ג"כ להך דרשא דגז"ש לה לה מאשה ועיקר דברי הט"ז תמוהים בלא"ה כמו דתמה שם בגליון רע"א יע"ש וקצרתי:

ענף ז

לב

ובני המנוח הרב הגדול מהו"ר חיים ארי' זצ"ל אמר מכבר להוכיח מסוגיא דגיטין (דף ט') דתני בשלשה דברים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים ואי נימא דטלי גיטך מעג"ק פסול בשחרור א"כ ה"ל למנות בארבעה דברים היינו בטלי גיטך מעג"ק דשוו תרווייהו לפסול:

וע"כ מוכח דטלי גיטך מעג"ק כשר בשחרור והשבתי לו דכיון דמסקינן התם דלכן לא תני לשמה ומחובר משום דמילתא דאיתא בקידושין לא קתני ע"כ ה"ה בטלי גיטך מעג"ק דזהו פסול בשטר קידושין דאף דמבואר בבית שמואל סי' כ"ז ס"ק ג' בשם הש"ך דטלי קידושין מעג"ק הוי ספק קידושין ע"ש בב"ש ז"א רק בקידושי כסף כדקיי"ל דבכסף אף במחובר לקרקע מקודשת כמש"כ הרשב"א והר"ן ריש קידושין והובא בב"ש ריש סי' כ"ז משום דבקידושי כסף לא מקשינן הוי' ליציאה אבל בקידושי שטר דמקשינן הוי'

ליציאה כמבואר בקידושין (דף ט' ע"ב) גבי לשמה וה"ה במחובר כמבואר באה"ע סי' ל"ב סעי' ד' ברמ"א וכמש"כ הח"מ שם ס"ק ז' והב"ש וכדמוכח בגיטין (דף ט'). א"כ ה"ה בטלי קידושי שטר מעג"ק ג"כ מקשינן הוי' ליציאה ופסול וכיון דזה הוי מילתא דאי' בקידושין לכן לא קתני וכן מוכח לומר במה דלא תני דשוו גיטי נשים לשחרור במשחרר חצי עבדו בשטר וע"כ ג"כ הטעם כמש"כ לעיל דזה הוי מילתא דאי' בקידושין והא דלא קתני דשוו במה דבעי כרות גיטא כמבואר בגיטין (דף ט' ע"א) דשייר קרקע לא יצא לחירות משום דלאו כרות גיטא הוי י"ל דאתי האי סוגיא כר"ש דס"ל שם דשייר קרקע יצא ב"ח ואף דאמרינן שם בסוגיא הנ"ל והא מדקתני סיפא ר"ש א' אף אלו כשרין מכלל דת"ק סבר לא כו' אלמא דלא אתי כר"ש מ"מ י"ל דהאי תנא ס"ל בזה כר"ש כמבואר כה"ג שם בתוס' ד"ה בעדי מסירה כו' דאע"ג דתני כדברי ר"מ כו' למאן דס"ל כר"מ קאמר עכ"ל וה"ה בזה:

לג

ובאמת יש לתמוה מאד על שיטת הסוברים דשטר קידושין כשר במחובר כמבואר פלוגתת הפוסקים בזה באה"ע סי' ל"ב סעי' ד' והובא ברמ"א שם. וקשה עליהם מסוגיא דגיטין הנ"ל דאמרו מילתא דאי' בקידושין לא קתני אלמא דמחובר פסול בשטר קידושין וזהו תמי' רבתא כאשר תמה המהרי"ט בחידושיו על הרי"ף לקדושין בריש קידושין ומחומר הקושיא נלע"ד לומר דטעם הסוברים להכשיר בשטר קידושין אף במחובר ואף דפסול שלא לשמה מבואר בקידושין (דף ט') דילפינן מן היקש הוי' ליציאה דמה יציאה בעי לשמה ה"ה הוי' דשטר בעי לשמה ולא מקשינן הויות להדדי כדפי' רש"י שם. כיון דעיקר מילתא דשטר נפקא לן מן היקש בו ליציאה א"כ מה"ט הוי לן למילף אף על פסול מחובר מהאי היקישא אך לפמש"כ הנתיבות לדון בשחרור דאף דילפינן מן גז"ש לה לה עכ"ז לא ילפינן אלא בפסול דכתיבה אבל בדיני נתינת הש"ש לא ילפינן ומה"ט כתב להכשיר בטלי גיטך מעג"ק בשחרור ה"ה דיש להסביר עפ"ז שיטת הסוברים להקל בשטר מחובר בקידושין. משום דהא דפסול מחובר נכלל שני אופנים פסול א' במה דיקצוץ בין כתיבה לנתינה כמבואר בגיטין (דף כ"א) דכתיב וכתב ונתן יצא זה שמחוסר קציצה בין כתיבה לנתינה ועוד פסול אחד נוהג במחובר היכא שנכתב על עציץ נקוב ויהב לה כולי' עציץ דמה"ת כשר אלא מגזירה שמא יקטום פסול וכדאמר רבא בגיטין (דף כ"ב) ופי' התורת גיטין שם ובאה"ע סי' קכ"ד דדוקא דפוסקת היניקה כולו דנעשה כמטלטלין אז כשר היכא דעושית משיכה או הגבהה אבל בקנין חזקה לא מתגרשת משום דבעי ונתן בידה היינו קנין הניתן מיד ליד כמו משיכה והגבהה ולא בקנין חזקה

ולא כמש"כ הב"ש שם ס"ק י"ב כן הוכיח התו"ג שם מן התוס' דגיטין (דף כ"א ע"ב) ד"ה יצא זה כו' ולפ"ז היכא דנכתב הגט על עלה של עציץ נקוב ויהב לה כולו ואח"ז פוסקת היניקה ועושית קנין משיכה והגבהה כשר הגט מה"ת דזה לא מקרי מחוסר קציצה כמש"כ התוס' שם. אבל ע"י קנין חזקה לא מתגרשת כלל משום דבעי קנין מיד ליד כדכתיב ונתן בידה כמש"כ התורת גיטין שם. א"כ פסול זה אינו מצד עצם הכתיבה דנעשה בפסול דהא אם עושית משיכה כשר הגט אלא הפסול זה הוא מצד דלא הוי הנתינה כדינו דזה לא מקרי ונתן בידה:

לד

א"כ י"ל דהדעה דמכשיר מחובר בשטר קידושין טעמם דס"ל כעין סברת הנתיבות הנ"ל דלא ילפינן בש"ש מגז"ש לה לה כי אם על דיני כתיבת השטר ולא על דיני נתינה. וה"ה במה דילפינן בהיקישא דויצאה והיתה ג"כ לא ילפינן רק על פסול כתיבה כמו בלשמה ולא על פסול מחובר כגון מה דנתבאר דפסולו אינו רק מצד הנתינה דבעי ונתן בידה דיהי' דבר הניתן מיד ליד דע"ז לא ילפינן מן היקישא זו [ועיין בגיטין (דף מ"א) דגז"ש עדיפא מהיקישא ובתוס' שם ד"ה דכו"ע גז"ש עדיפא כו' ובתוס' זבחים (דף מ"ח) ויבמות (דף נ"ט) מזה ע"כ יש להכשיר מחובר כזה היכא דיהב לה כולי מילתי' דמחובר בשטר קידושין ומסתימות דבריהם דמשמע דבכל מחובר מכשירין בקידושין לפי דאפשר לומר דה"ה אף במה דקיימא למיקצץ בין כתיבה לנתינה לידה. ג"כ יש לדון מה"ט להקל בשטר קידושין כיון דעיקר הפסול בגט הוי משום דבעי ונתן תיכף אחר הכתיבה ולא יהי' מחוסר מעשה אחר הכתיבה בין הנתינה א"כ י"ל דפסולו ג"כ הוא משום הנתינה דלא יהי' יכול לעשות אחר הכתיבה. וכיון דפסול מחובר הוא משום דבעי תיכף ונתן בידה אחר הכתיבה ולא יהי' מחוסר מעשה בנתיים ע"כ כיון דלא ילפינן דיני נתינה בהיקישא ע"כ ס"ל להפוסקים הנ"ל להכשיר מחובר לשטר קידושין:

לה

אבל זה אינו רק לשיטת חכמים דפליגי על רשב"א בקידושין (דף כ"ג) וס"ל דשטר שחרור ע"י עצמו ופי' הרשב"א בחי' שם והובא לעיל דס"ל לחכמים דלא ילפי בגז"ש לה לה מאשה כי אם על גופו של גט שחרור דיהי' כגופו של גט אשה ולא על דיני נתינה וה"ה יש לדון לסברא זו על שטר קידושין במחובר מה"ט להכשיר [ומן דברי הרשב"א בחידושיו הנ"ל הוי סייעתא לעיקר דברי הנתיבות הנ"ל] אבל לרשב"א דס"ל שם למילף בגז"ש לה לה מאשה על דיני נתינה ג"כ דמה אשה עד שיוציא לרשות שאינו שלו ה"ה בשחרור א"כ חזינן דס"ל למילף בגז"ש גם על דיני נתינה והמשנה בקידושין שם ס"ל ג"כ כרשב"א כמבואר שם ע"כ י"ל דה"ה הך ברייתא דמני בשלשה דברים שוו

גיטי נשים כו' ולא תני מחובר ולשמה משום דמידי דאיתא בקידושין לא קתני דזהו לפי דס"ל ג"כ כרשב"א בזה כיון דילפינן גם על דיני נתינה בגז"ש דלה לה ע"כ ה"ה דבשטר קידושין ג"כ יש למילף בהיקישא דויצאה והיתה על פסול מחובר בשטר קידושין והוי מילתא דאיתא בקידושין אבל למאי דקיי"ל לדינא כרבנן דרשב"א דש"ש על ידי עצמו משום דס"ל דלא ילפינן בגז"ש רק על דיני כתיבה שיהא גופו של ש"ש כגופו של גט וכמש"כ הרשב"א א"כ ה"ה דמה"ט יש להכשיר מחובר בשטר קידושין כן יש לומר לשיטת הסוברים להכשיר מחובר בשטר קידושין כדי שלא יהי' תמוהין כ"כ:

לו

ובאמת יש לתמוה לפ"ז על שיטת הנתיבות דס"ל להכשיר בש"ש טלי גיטך מעג"ק משום דלא ילפינן לדיני נתינה בגז"ש לה לה לבד ממה שנתבאר לעיל דרש"י בקידושין לא ס"ל כן דלפ"ז תקשה דאמאי אמרו בגיטין (דף ט') ובפוסקים להשוות גיטי נשים לשחרורי עבדים לענין פסול מחובר בשלמא בפסול מחובר היכא דלא יהב לי' כולי מילתא ופסול משום דהוי מחוסר קציצה א"כ י"ל דזה מקרי פסול בעצם כתיבת השטר כיון דמחוסר קציצה ובעינן שיהי' וכתב סמוך לונתן. [ודלא כמש"כ לעיל להכשיר שטר מחובר לקידושין]. ובזה ילפינן בגז"ש לה לה אבל בפסול מחובר היכא דיהב לי' כולי מילתא רק אינו עושה קנין משיכה משום דאינו פוסק היניקה בעציץ נקוב ובקנין חזקה לא מהני חזקה בגט אשה כמש"כ התורת גיטין בעל הנתיבות בעצמו כנ"ל ופסולו הוי מדאורייתא משום דבעי ונתן בידה דיהא דבר הניתן מיד ליד ולא הוי הנתינה כד"ת וכיון דלא גמרינן דיני נתינה בגז"ש א"כ מחובר כזה הוי לי' לאכשורי מה"ת בשחרור ואיך אמרו דשוו גיטי נשים לשחרורי עבדים בפסול מחובר מדמקשי והא איכא מחובר דשוו גיטי נשים לשחרור ומשמע לכולי דיני מחובר דאל"כ מאי פריך הש"ס:

וע"כ מוכח מזה דאף לדיני נתינה גמרינן בגז"ש לה לה וע"כ אף מחובר כזה פסול מה"ת ואף דאין זה פסול בעצם הכתיבה דהא אם עושית משיכה או הגבהה כשר הגט:

אלמא דאין זה פסול בעצם כתיבת השטר רק מצד דיני נתינה דבעי ונתן בידה דיהא דבר הניתן מיד ליד ואפ"ה פסול בש"ש א"כ ה"ה טלי גיטך מעג"ק ג"כ יש למילף לפסול בש"ש כיון דבעי ונתן בידה:

לז

ועפ"ז יש לתרץ ג"כ הוכחת הנתיבות מהרמב"ם דלא קחשב דיני טלי גיטך מעג"ק רק סתם דבשאר דברים שוו לכל השטרות ולעיל דחיתי ראי' זו וכעת נלע"ד לומר עוד בזה די"ל דכיון דכתב הרמב"ם דשוו גיטי נשים לשחרור בפסול מחובר א"כ כיון דידעינן דאף היכא דיהב לי' כולו מילתא כמו עציץ נקוב ג"כ מיפסל מה"ת כמו בגט אשה היכא דלא

עושית רק קנין חזקה כמש"כ התו"ג להוכיח ודלא כהב"ש בס"ק י"ב כנ"ל. וזהו משום דבעי דבר הניתן מיד ליד א"כ ממילא ידעינן על טלי גיטך מעג"ק דפסול בש"ש ולכן לא מנאו הרמב"ם להך דטלי גיטך מעג"ק אף דחשב לשמה ומחובר דהוי גם בקידושין משום דאחר דמנה מחובר ממילא ידענא דבעי בש"ש ג"כ דבר הניתן מיד ליד וכל דיני נתינה כיון דפסול זה הוא מן ונתן לה כנ"ל דמאי שנא ועיין בט"ז יו"ד סי' רס"ז ס"ק כ"א שכתב בכוונת הרמב"ם דיליף בגז"ש לה לה מאשה על פסול מחובר ולא כמש"כ לעיל בשם הלח"מ וכל מה שכתבתי לשיטת התו"ג בסי' קכ"ד כמו כן יש לדון לשיטת הב"ש בסי' קכ"ד ס"ק י"ב שכתב דבעציץ נקוב אם עשתה חזקה מגורשת דהא קנתה בחזקה וניתן מיד ליד ול"ד לשאר מחובר דלא ניתן מיד ליד. רק לשיטת הרשב"א דילפינן מספר כו' א"כ פסול מחובר היכא דלא ניתן מיד ליד זהו פסול משום דלא מקרי נתינה. וכיון דזה פסול גם בש"ש דהא שוו לג"נ א"כ מוכח גם משיטת הב"ש הנ"ל דילפינן על ש"ש בגז"ש לה לה גם על דיני נתינה. ויש מה להאריך בזה רק מאפס הפנאי הוכרחתי לקצר באמצע וידעתי מה דיש לדחוק ולומר דדוקא פסול מחובר דאף דפסולו הוא משום דלא הוי בי' דיני נתינה כדין. עכ"ז כיון דנשתנה גופו דשם מחובר עליו משום זה הוי כמו גופו של גט דזה ילפינן מגז"ש לה לה כמו שהבאתי בשם הרשב"א לקידושין כנ"ל אבל באמת זהו מהדוחק מאוד דמ"ש דכיון דאי נימא דלדיני נתינה דינו כמו בשארי שטרות כמו שכתב הנתיבות בשם הרמב"ם א"כ לפ"ז אין שם פסול על מחובר כנ"ל ובלא"ה כבר הוכחתי לעיל כהריטב"א לפסול טלי גיטך מעג"ק בשחרור:

ענף ח

לח

שוב ראיתי בעיקר ראיות הנתיבות מהרמב"ם פ' ו' ה' עבדים שכתב בששה דברים שוו שחרורי עבדים לגט ובשא"ד שוו לכל השטרות דהוכיח מזה דס"ל להרמב"ם דטלי גיטך מעג"ק כשר בשחרור ולענ"ד אדרבה מוכח מן הרמב"ם שם דס"ל לפסול טלי גיטך מעג"ק בשחרור והוא דהא כתב הרמב"ם פ"ו ה' ח' שם בזה"ל כל הכשר להביא גט אשה כשר להביא גט העבד והובא ביו"ד ה' עבדים סי' רס"ז סעי' נ"ד וכתב הכ"מ שם דזה נלמד מן הא דתני שוו גיטי נשים לשחרורי במוליך ומביא. וכ"כ הבאר הגולה ביו"ד שם א"כ למדנו מדברי הרמב"ם דאותן שאין נוהג בהם דיני שליחות כמו חש"ו וא"י וכה"ג דכיון דפסולים להביא גט אשה ה"ה דפסולים בשחרור. ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ג' ענף א' הבאתי שמה בשם הנתיבות בסי' קפ"ב ס"ק ב' שכתב דאף אותן שאין דין שליחות בהם מ"מ כשרים להיות שלוחים למכור או ליתן מתנה משום דמעשה קוף

בעלמא סגי להו כיון דיודע הדבר לאמיתו שהבעלים רוצים למכור את החפץ ממילא זכה בהו הקונה וכ"כ הנתיבות בסי' רמ"ד והבאתי בספרי שם ראי' לזה מירושלמי סנהדרין יעי"ש א"כ לפ"ז הא דבעינן דיני שליחות בגט הוי הטעם משום דבעי נתינה מידו לידה וטלי גיטך מעג"ק פסול בגט אשה וכן הא דבעי דיני שליחות בקידושין אף בקידושי כסף דמהני טלי קידושך מעג"ק כמבואר באה"ע סי' כ"ז ואפ"ה בעי דיני שליחות. משום דהא דבעי בקדושין אמירת הבעל שיאמר הרי את מקודשת וכיון דאין דיני שליחות עליו ע"כ אינו נעשה שליח לאמירתו והוי קידושין בלא אמירה ועיין באבני מלואים סי' ל"ה ס"ק ט' בסופו יעי"ש ועיין מזה בספר קהלת יעקב מהגאון מליסא על אה"ע סי' למ"ד ס"ק א' בשם המהרי"ל דהוכיח מהא דבעי דיני שליחות בקידושין דע"כ טלי קידושך מעג"ק פסול ומטעם הנ"ל ואי נימא דטלי שחרור כשר מעג"ק ג"כ א"כ קשה למה בעי דיני שליחות בשחרור הא אף ע"י א"י וחש"ו ג"כ כשר ליתן הגט שחרור לו כיון דמועיל בי' אף טלי גיטך מעג"ק ולא בעי נתינה מידו ליד העבד רק גילוי מילתא בעלמא סגי להודיע דרוצה לשחררו כמו במכירה ומתנה שכתב הנתיבות עצמו דמועיל וע"כ מוכח מהרמב"ם דכתב דבעי דוקא דיהא בו דיני שליחות דטלי שחרור מעג"ק פסול בשחרור ע"כ ס"ל לפסול באם אינו נוהג בהשליח דיני שליחות א"כ מוכח אדרבה להיפך מהרמב"ם דס"ל כשיטת הריטב"א דטלי מעג"ק פסול בשחרור ולכן לא מני הרמב"ם והגמ' להך מילתא דשוו גיטי נשים לשחרור עבדים בטלי מעג"ק וכמו דהקשיתי לעיל משום די"ל דזהו נכלל במאי דתני שם דשוו למוליך ומביא ונכלל בזה דמי שאין דינו שליחות נוהג בו פסול לשחרור ג"כ כמו בגט אשה א"כ ממילא ידענא מזה דטלי גיטך מעג"ק פסול אף בשחרור דאל"כ לא שוו במוליך ומביא לגיטי נשים דהא בגיטי נשים פסול להוליך הגט מי שאינו בן שליחות ואילו בשחרור כשר וע"כ ממילא מוכח ממה דתני דשוו במוליך ומביא לגיטי נשים דה"ה טלי מעג"ק פסול בשחרור ג"כ:

לט

ולכאורה רציתי לדחות זה ע"פ מה דמבואר ברמב"ם פ"א ה' גירושין ה' י"א דהמגרש צריך שיאמר ה"ז גיטך ואם לא אמר ה"ז גט פסול. ומבואר בלח"מ שם ובאה"ע ריש סי' קל"ו דמה"ת כשר רק מדרבנן פסול רק שיטת הטור והר"ן שם דמה"ת בטל והובא שם בב"ש ס"ק א' וכיון דאף לשיטת הרמב"ם אם לא אמר ה"ז גיטך פסול מדרבנן ע"כ אפשר דאף דנימא דטלי גיטך מעג"ק כשר בשחרור מ"מ בעי דיני שליחות להוליך שחרור משום דכמו דבעי אמירת המגרש בנתינת הגט ה"ה אפשר דבעי אמירת האדון להעבד בעת שמוסר לו השחרור דיאמר לו בע"פ הרי את ב"ח או הרי את לעצמך והא דלא חשב

ליה הגמ' שוה שחרור לג"נ גם לזה דצריך שיאמר כמו בגט י"ל דכיון דהוי בקידושין לא קתני ובקידושין לכו"ע צריך אמירתו מה"ת כמש"כ הלח"מ והב"ש שם וכיון דעכ"פ מדרבנן בעי אמירה אף להרמב"ם ע"כ פוסל בזה מי שאינו בר שליחות משום דהוי כלא אמר כלל:

מ

ועכ"ז ראיתי דאין בדחיי' זו ממש כלל חדא דהא כיון דחזינן דהתנא כלל זה הדין דבעי דיני שליחות להוליך שחרור במה דתני שוו למוליך ומביא לגיטי נשים כמש"כ הלח"מ והבאר הגולה ובגט מיפסל מה"ת משום דאי לא הוו בי' דיני שליחות הוו כטלי מעג"ק ואילו בשחרור דטלי גיטך מעג"ק כשר א"כ מועיל מן התורה אף ע"י מי שאינו בר שליחות רק מדרבנן מיפסל משום אמירה דאינו רק מדרבנן. א"כ לא שוו לגמרי דבגט פסול מה"ת ובשחרור אינו פסול אלא מדרבנן. ועוד והוא העיקר דהא מבואר בקידושין (דף ו') וברמב"ם פ"א ה"ג ובאה"ע סי' קכ"ו דאם הי' מדבר עמה על עסקי גיטה ונתן בידה ולא אמר כלום ה"ז גט א"כ היכא דהי' מדבר עמה על עסקי הגט באותו מעמד לאשתו ע"י מי שאינו בן שליחות דבגט בטל מה"ת משום דה"ל טלי גיטך מעג"ק וכיון דאמרו דשוו בזה שחרור לגיטי נשים וכל מי שאינו כשר בגט אשה אינו כשר בשחרור א"כ מוכח מכלל הזה דלעולם מי שפסול לשליחות הגט מיפסל לשחרור. א"כ אי נימא דטלי מעג"ק כשר בשחרור א"כ הא משכחת למי שפסול בגט אשה כמו הך גוונא ואפ"ה כשר בשחרור דהא משום אמירתו אינו מעכב כיון דהי' מדבר עמה על עסקי גיטה וע"כ מוכח מהכלל הלז דנקטו דאף טלי מעג"ק פסול בשחרור ועוד נלע"ד דאי נימא כשיטת הנתיבות דלא גמרינן בגז"ש לה לה מאשה רק בכתיבת שטר שחרור ולא בדיני נתינה א"כ ה"ה באמירת הבעל דבעי בגט אשה ג"כ לא גמרינן לשחרור דבעי אמירתו וכש"כ בדין אמירה דאף בגט לא בעי אלא מדרבנן להרמב"ם ע"כ מוכח מהא דהצריכו לשלוח ע"י בר שליחות את ש"ש דע"כ בעי נתינה מידו ליד העבד וכשיטת הריטב"א דטלי גיטך מעג"ק פסול בש"ש:

מא

וזה כמה שנים שאמרתי ע"פ שיטת הנתיבות דטלי גיטך מעג"ק כשר בשחרור לתרץ קושיות רע"א בסי' קצ"ד דאי אמרינן דהיכא דהוי שליח לדבר עבירה השליחות בטל א"כ איך יכול לעשות שליח להוליך שחרור לעבדו כדתנן שוו למוליך ומביא והא המשחר עבדו עובר בעשה יע"ש ולשיטת הנתיבות הלז ניחא דהא כיון דטלי גיטך מעג"ק כשר בש"ש א"כ לא בעי דיני שליחות בש"ש:

וכמש"כ הנתיבות הנ"ל גבי מתנה ומכירה לא בעי דיני שליחות ומכבר הבאתי ראי' לדבריו והוא דאיתא בירושלמי פ"ז דסנהדרין הלכה י' וז"ל טבח ולא מכר חזקיה אמר חייב ר' יוחנן אמר פטור ומבואר התם בסוגיא דפליגי בטביחה ע"י שליח דמאן דפוטר משום דאין שליח לדבר עבירה ומאן דמחייב היינו כש"ס דילן בב"ק (דף ע"א) וכמש"כ הפני משה שם אך בזה שאמרו לא מכר נדחק הפ"מ שם לפרש היינו דבמכירה לא פליגי דע"כ ע"י אחר אלא בטביחה פליגי אם מקשינן טביחה למכירה כמו בש"ס דילן דמה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר ע"ש. ופירושו תמוה מאד דלמה להירושלמי לומר דלא מכר דהא נאמר בתורה ומכרו והא כל מכירה ע"י אחר היא ולכן נראה לי לפרש כוונת הירושלמי הנ"ל דדוקא בטביחה ע"י שליח פליגי אם מועיל שליחות בזה או לא אבל במכירה ע"י שליח כו"ע מודי דמועיל דאף היכא דלא חל השליחות כגון בדבר עבירה כדהתם. אפ"ה חלה המכירה דהא כיון דהבעלים הסכימו על המכירה. לכן חייב ד' וה' וקרינן ביה ומכרו אלא בטבח ע"י שלוחו פליגי. וזהו ברור בכוונת הירושלמי ואפשר דזהו כוונת הגמרא דמה מכירה ע"י אחר דכמו דמכירה ע"י שליח מועיל ה"ה בטביחה ועיין ברש"י כתובות (דף ל"ג) בד"ה מכירה אי אפשר כו' א"כ ה"ה אף בשליח חרש שוטה וקטן ג"כ חלה המכירה וכה"ג איתא במעילה (ד' י"א) ואכמ"ל וזהו ראי' ברורה לדברי הנתיבות הנ"ל א"כ מבואר בירושלמי דמכירה אף היכא דהוי עבירה ג"כ אהנו מעשה השליח וכפי סברת הנתיבות. והנה הנו"ב והובא בקצה"ח סי' קפ"ב ס"ק ב' הקשה בשם הגאון מ' יצחק הלוי ז"ל מן האומר תן שחרור לעבדי והא אין שלד"ע וע"ז תמה הנו"ב הלא הזוכה הוי שליח של העבד כו' והקצה"ח האריך בזה והא דלא הקשו קושיא זו על הא דשוו ג"כ לשחרורי עבדים למוליך ומביא זהו לפי די"ל דכיון דטלי גיטך מעג"ק כשר וכדברי הנתיבות ע"כ לא הקשו קושיא זו רק על הך דתן שחרור זה לעבדי כו' אך לפי מש"כ והבאתי דברי הרמב"ם דבעי דיני שליחות להוליך ש"ש ע"כ שפיר הקשה רע"א זצ"ל ויש לי הרבה גווני לתרץ קושייתו ולהאריך בכ"ז והוכרחתי לקצר:

ענף ט

מב

ובעיקר דברי הריטב"א בקדושין (דף כג) הנ"ל שכתב דטלי גיטך בשיחרור פסול יש לעיין עדיין בראייתי מהריטב"א דז"ל שם על פסקא עבד מהו שיעשה שליח לקבל גיטו לרשב"א וכ' דאף הגיע הגט לידו לא מהני דה"ל טלי גיטך מעל גבי קרקע שהרי שליח זה לא זכה לו שהרי כיון דלא נתן להשליח בתורת זכיי' אלא בתורת שליחות ולא הגיע הגט לידו של עבד לא בתוך ידו של האדון ולא מידו של השליח. עכ"ל הריטב"א א"כ י"ל דכיון

דמיירי הריטב"א לרשב"א א"כ כיון דרשב"א ס"ל שם ע"י אחרים ולא ע"י עצמו טעמו משום דגמר לה לה מאשה עד שיוציא הגט לרשות שאינו שלו כו' אלמא דיליף רשב"א אף על דיני נתינה בג"ש לה לה וכמש"כ לעיל בארוכה ע"כ ס"ל לרשב"א דטלי גיטך מעל ג"ק פסול בשחרור ג"כ ע"פ הך ג"ש אבל לרבנן דלא גמרי שם להך ג"ש וכתב הרשב"א שם והובא לעיל בטעמייהו דס"ל דלא ילפינן הג"ש כי אם על גופו של גט א"כ י"ל דה"ה דטלי מעג"ק בש"ש כיון דלא ילפינן על דיני נתינה וכמש"כ הרשב"א והנתיבות א"כ אין להקשות מהריטב"א הנ"ל על דברי הנתיבות ושיטתו. אך בלא"ה הבנת הריטב"א הנ"ל קשה דכיון דמיירי לרשב"א וכיון דרשב"א ס"ל ע"י אחרים ולא ע"י עצמו משום דבעי שיוציא לש"ש לרשות שאינו שלו א"כ ה"ל לאמר דלכן אף בהגיע הש"ש ליד העבד לא מהני משום דהא לא נפק מרשות האדון וכשיטת רשב"א דלא ע"י עצמו ואפשר דלרוחא דמלתא כתב כן הריטב"א הטעם דה"ל טלי גיטך מעג"ק ואי נימא דס"ל להריטב"א דהך פסול דטלי גיטך מעג"ק אינו רק לרשב"א ולא לרבנן. א"כ לא שייך בזה לומר דנקט הטעם הלז לרווחא דמילתא. וע"כ שפיר כתבתי בספרי ב"י בשם הריטב"א דס"ל דטלי גיטך מעג"ק לא מהני בש"ש ובלא"ה כבר הוכחתי בראיות אחרות דטלי גיטך מעג"ק פסול בש"ש. וכן ראיתי להמקנה בקידושין (דף ס"ג) על תוס' ד"ה כגון שכתב לה כו' שכתב דטלי גיטך מעג"ק לא מהני בש"ש ע"ש:

מג

והנה עיקר דברי הנתיבות בשיטתו דטלי גיטך מעג"ק פסול בש"ש וכן מה שהראיתי להוכיח דלא כדבריו נראה לע"ד דזהו פלוגתת הט"ז והב"ח והוא דביו"ד סי' רס"ז סעי' ע"ו בט"ז ס"ק מ"ד שכתב דהיכא דאמר לאחד זכה בגט שחרור זה לעבדי יצא לחירות דאין צריך בזה שימסור מיד ליד דוקא אך באומר תנו ולא מסרו מיד ליד השליח לא הוה כאומר זכה אבל באומר זכי שאני ואין צריך מסירה מידו ליד הזוכה ואף אם הי' כבר בידו מהני ויוצא לחירות כו' והב"ח ז"ל כתב דאף בזכי צריך מסירה מיד ליד ומשמע כן מדברי הרא"ש ותמה הט"ז עליו דאין שום הוכחה מהרא"ש לזה עי"ש בט"ז וכוונת הט"ז הוא דלכן לא בעינן מסירה מיד האדון ליד הזוכה משום דס"ל דאף טלי גיטך מעג"ק כשר בש"ש וכסברת הנתיבות אבל הב"ח דס"ל דאף בזכי בעינן מסירה מיד האדון ליד הזוכה טעמו משום דאם לא מסרו מיד ליד ה"ל טלי גיטך מעג"ק דזה פסול בש"ש ועיקר ראיות הט"ז כבר כתבתי לעיל בשם התורת גיטין לגיטין (ד' ט') שהוכיח כן מן התוס' גיטין (דף י"ג) בתוס' ד"ה האומר תנו גט כו' וכבר דחיתי לעיל ראי' זו וכמבואר שם בארוכה ותמהני על הנתיבות והתו"ג דלא הביאו לדברי הט"ז הנ"ל אבל הב"ח דכתב

לומר דאף בזכה ש"ש זה בעי שימסרנו מידו ליד הזוכה טעמו משום דגם בש"ש פסול טלי גיטך מעג"ק וע"כ כתב לומר דגם באומר זכה בעינן מסירה מיד ליד. וכבר העליתי להוכיח דגם בש"ש פסול טלי גיטך מעג"ק והעיקר כדברי הב"ח אך הב"ח קיצר בזה מאד וכן בראייתו מן הרא"ש שפיר תמה עליו הט"ז כנ"ל אבל בעיקר סברת הב"ח דעתי מסכמת אליו ומצאתי בקצוה"ח סי' קכ"ה ס"ק ד' שכתב בפשיטות ג"כ דטלי מעג"ק פסול בשחרור דהא איתקש לאשה עי"ש:

מד

ואחר כותבי כ"ז ראיתי בחתם סופר ח' אה"ע סי' פ"ב שכתב ג"כ דטלי גיטך מעג"ק פסול בשחרור וכתב דמ"ש בגירושין דכתיב ונתן ולא שתיטול מעצמה וה"נ בשחרור כתיב או חופשה לא ניתן לה כו' עכ"ל הח"ס:

ולדעתי זה אינו דא"כ גבי מתנות כהונה דכתיב תתן לו גבי ראשית הגז וכן גבי זרוע ולחיים וקיבה כתיב ונתן לכהן וכן כתיב בפ' אמור ונתן לכהן את הקודש ובכל הנך אף טלי מעג"ק יוצא י"ח וכן בצדקה כתיב נתון תתן לו ולא בעינן נתינה מיד ליד ועי' בתוס' גיטין (דף כ') ד"ה דילמא כו'. וע"כ מוכח דשאני גט אשה דכתיב ונתן בידה ע"כ פסול טלי גיטך מעג"ק אבל היכא דלא כתיב רק נתינה בלבד אף בטלי מעג"ק יוצא ובב"מ (דף י"א ע"ב) גבי מתנות כהונה דאמר ר"ג דמקומו מושכר לו ואי נימא דמצות נתינה דמתנות כהונה בעי מיד ליד א"כ איך מהני שם שכירות המקום לצאת ידי נתינה בשלמא לשיטות הש"ס דב"מ דמשום תורת חצר הי' ניחא וכמש"כ התוס' בגיטין (דף ע"ז) גבי תיזיל איהי ותיחוד כו' אבל לשיטות הש"ס בקידושין (דף כ"ו) דבתורת אג"ק הי' תקשה הא לא הוי בזה נתינה מידו לידה רק לשיטות רש"י דריש פ' הזורק גבי תיזיל ותיחוד כו' דכתב דבתורת אג"ק היתה מתגרשת וס"ל לרש"י דע"י אג"ק הוי כמו נתינה מידו לידה אינו ראי' אך לפי מש"כ הר"ן ריש פ' הזורק שם לחלוק על שיטת רש"י משום דהא בעי ונתן בידה ע"כ לא מהני אג"ק בגט עי"ש א"כ שפיר כתבתי ועוד דהא בב"מ (דף י"א) שם מקשו דאמאי לא הקנה ר"ג בחליפין ומסיק דמתנות כהונה נתינה כתיב בהו חליפין דרך מקח וממכר הוא ועיין ברש"י שם. ואי נימא דבעינא נתינה מידו ליד הכהן א"כ אף אם לא הי' בחליפין שם דרך מקח וממכר ג"כ לא מהני בפשיטות משום דע"י חליפין לא הוי נתינה מידו ליד הכהן וברור ופשוט דבמתנות כהונה יצא אף ע"י טלי מעג"ק ועיין בגיטין (דף למד) גבי המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני כו' ובגמ' שם דבמכירי כהונה מיירי כפי' רש"י שם וכן לחד מ"ד דעשו שאינו זוכה כזוכה ועיין ברש"י ובפני יהושע שם והא בזה לא הוי נתינה מידו לידה ואפ"ה יצא ועיין בחולין (דף

קל"א) ההוא ליואה דהוי חטף מתנתא כו' ושם (דף קל"ג) גבי רבי יוסף חטף מתנתא דונתן ולא שיטול מעצמו אבל טלי מעג"ק לא הי' קפידא דהך ולא שיטול מעצמו היינו בלא רשות הבעלים כמבואר שם אבל אם נוטלו מרשות הבעלים לא קפדינן על טלי מעג"ק ובאמת למותר להאריך ע"ז בראיות דבל"ז ברור ופשוט דבמתנות כהונה ובצדקה לא בעינן נתינה מיד ליד ואף דכתיב לשון נתינה בהו עכ"ז כיון דלא כתיב ונתן ביד אינו מעכב אף טלי מעג"ק ודלא כהח"ס:

מה

והנה ראיתי בלח"מ פ' ה' הלכות מכירה ה' ז' שהקשה על מה שכתב הרמב"ם שם גבי חליפין דאם אחז פחות משלש והי' יכול לנתק כל הכלי דמועיל זה גבי חליפין והקשה דגט נמי היכא דהגט בידו ומשיחה בידה והיא יכולה לנתקו ולהביאו אצלה תהא מגורשת דהא חשיב נתינה כיון דיכולה לנתקו ולהביאו אצלה וי"ל דשאני התם דכתיב ונתן בידה משמע דיהא הגט בידה אבל הכא לא כתיב אלא ונתן לרעהו ולא כתיב בידו עכ"ל הלח"מ וסברתו מבואר כן בירושלמי גיטין פ' א' סוף הלכה א' שאמרו שם דבגט אפי' כל הגט בידה וחוט בידו אינו גט דכתיב ונתן בידה כו' עי"ש ובאמת י"ל טעם אחר ולחלוק דשאני בגט כדאמרו בב"מ (דף ז') דשאני גט דבעי כריתות משא"כ בחליפין דבעי נתינה והא איכא עכ"ל הגמרא בב"מ שם ויש להאריך בזה. עכ"פ מצינו בלח"מ שכתב ג"כ לחלק דשאני גט דכתיב ונתן בידה משא"כ בחליפין דלא כתיב כי אם ונתן לרעהו ומן כל זה מוכח דמש"כ רש"י גיטין (דף ע"ח ע"א) ד"ה טלי גיטך מעג"ק לא מהני דבעינן ונתן עכ"ל דרש"י קיצר בזה ועיקר סברתו הוא משום ונתן בידה כמבואר בגמ' שם על הא דשלפתו הא בעי ונתן בידה וליכא ועיין באבני מלואים סי' קל"ט ס"ק י"ג, וקצרתי בכ"ז לפי שלא נצרך זה לענינינו כ"כ והעיקר הוא דטלי גיטך מעג"ק פסול בשחרור משום גז"ש לה לה מאשה וכשיטת רש"י בקידושין (דף כ"ג) דכ"ע ס"ל להך גז"ש ואף שלא בענין כתיבת הש"ש רק בענין נתינתו וכמש"כ לעיל בארוכה:

סימן כז

ב"ה יום ג' ט"ו סיון תר"מ לפ"ק קאוונא.

נשאלתי ע"ד הס"ת שעשה הסופר טעמי נגינות על התיבות ונסתפק כת"ר אם מועיל תיקון בזה והביא כמה תשובות אחרונים בזה והנה אין ת"י תשובות אחרונים הללו:

א

והנני להשיבו דזה לא נמצא מפורש דרק נקודות ופיסוק פסוקים נמצאו שכתבו לפסול כמבואר במסכת סופרים פ"ג ה' וא"ו ובשו"ע יו"ד סי' רע"ד סעי' ז' ובתשובות להרמב"ן סי' רל"ח והנו"ב בסי' ע"ד כתב ג"כ דזה לא נמצא מפורש ועכ"ז דעתו לפסול משום דגם

בהטעמים שייך הסברות שכתבו גבי נקוד שפוסל משום דגם בהטעמים יש הפרש גדול בין כתיב לקרי וכמש"כ המדקדק הגדול ר"ז הענא בשערי תפילה שלו כו' וכ"כ הנו"ב במ"ת סי' קע"ב דאם הסופר עשה הסימנים לטעמי הנגינה בעת הכתיבת ס"ת דנפסל הס"ת אבל אם נכתב הס"ת בהכשר שוב אינו נפסל ודי לפוסלו כל זמן שלא גרר הטעמים מטעם שכתב הרמב"ן כו' עכ"ל ומצאתי בעז"ה בהרדב"ז ח' ג' סי' תרמ"ג שכתב טעם נכון על מה שאין כותבין הטעמים בהס"ת דזהו מפני שיש בהס"ת שתי קריאות רוחניות וגשמיות כו' ומסר הנקודות והטעמים כשאר תורה שבע"פ כו' ולכן לא נכתבו הנקודות והטעמים ליכתב בס"ת כו' ע"ש בהרדב"ז בדבריו היקרים ולפי דברי הרדב"ז אין לחלק בין נקודות לטעמי נגינות וע"כ כמו דבנקודות קיי"ל לדינא דאף בהסירו הניקוד פסול אם הי' כן בשעת כתיבת הס"ת דכמו כן בטעמי נגינות וכמש"כ הנו"ב כן לדינא:

ב

וע"כ בנ"ד דניכר שנעשה כן מתחילת הכתיבת ס"ת וכמש"כ כת"ר דעתי דיצטרכו למחוק כל התיבות שיש עליהם הטעמים ואז תהי' הס"ת כשירה ומה שחשש כת"ר אולי ניחוש שמא כתב הסופר להס"ת בדיו פסולה או לא כתבן לשמן הנה לדעתי אין לחוש לזה משום דע"י מה שעשה טעמי נגינות על התיבות לא מרעינן לחזקת הסופר משום דיש לתלות דעשה כן בשגגה דלאו כ"ע יודעין דין זה דאין לכתוב טעמי הנגינות בהס"ת משום דדברי הנו"ב בסברתו ע"פ המדקדק הגדול כנ"ל אין זה ידוע כ"כ ומכש"כ דברי הרדב"ז הנ"ל ע"כ אין להוציא את הסופר מחזקת כשרותו ואין לפסול להס"ת אם ימחקו התיבות שיש עליהן הטעמים מלמעלה וכעין זה מבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ד גבי פסולי עדות דבדבר שלא פשט איסורו ועבר ע"ז אין לפוסלו לעדות וכיוצא בזה כתב הש"ך בח"מ סי' ש"ו ס"ק יו"ד דבדבר דאין מבואר בהלכות שחיטה י"ל דטעה בזה וכעין זה אי' בגיטין (דף נ"ה ע"א) גבי סופר דאיכא למימר טעי בד"ר ירמי' כמו כן הכא גבי טעמי נגינות כיון דאין זה מבואר כ"כ בשו"ע ובפוסקים שנתפשטו ע"כ י"ל דטעי בזה וע"כ אין להוציא את הסופר מחזקת כשרותו:

ג

והיכא דהוי ספק אם נעשה בעת הכתיבה או אח"כ יש להכשיר להס"ת אם יסירו הטעמים דהא בעיקר הדין דכתבו לפסול הס"ת בהסירו הנקודות אין זה ברור כ"כ וכמש"כ הגט פשוט לאה"ע סי' קכ"ה ס"ק כ"ז בזה"ל דאם ניקד הס"ת ומחק הספר פסול איברא דהדין הוא תמוה דאמאי מיפסל הס"ת כשמחק הנקודה כו' ועיין במקור ברוך סי' ל"ו עכ"ל הג"פ ואין ת"י ספר מקור ברוך וע"כ בספק אם נעשה מקודם או אח"כ יש לנו ספק ספיקא משום דיש להסתפק שמא הדין הוא דאין לפסול הס"ת וספק ב' שמא

נעשה אח"כ וראיתי בחידושי רע"ק ליו"ד סי' רע"ד סעי' ז' שכתב דבספק עיין בתשובת מקור ברוך וכבר כתבתי דאין ת"י ספר הנ"ל. וכש"כ בטעמי נגינות דאינו ברור כ"כ לפסול ע"כ בוודאי יש לנו ספק ספיקא להיתירא אכן אם ניכר שנעשה בעת הכתיבה יש למחוק התיבות שכתוב עליו מלמעלה הטעמים והס"ת תהי' כשירה וקצרתי:

סימן כח

בקונטרס הזה יבואר מה שהשבתי לכמה רבנים שדרשו ממני ע"ד תמונת האותיות של כתב וועליש בס"ת:

ענף א

א

בדבר תמונת כף פשוטה הובא במג"א סי' ל"ב ס"ק כ"ו פלוגתת הפוסקים אם עשאה למעלה כעין ד' ולא עגולה דהרב"י כתב לפסול וכ"כ הגהות מיימוני ור"מ גלאנטי מכשיר ולענ"ד נראה להוכיח דצורת כף פשוטה הוא כעין דלית היינו מרובע למעלה בזויות ולא עגולה בלא זויות. דהא בזבחים (דף ס"א) אי' תנן התם כשעלו בני הגולה הוסיפו עליו ד' אמות מן הדרום וד' אמות מן המערב כמין גמא ופי' רש"י גימל יוונית עשוי' כמין כף פשוטה שלנו. ועיין בברטנורה ובתויו"ט מדות פ"ג עכ"פ לפי' רש"י שהוא צורת כף פשוטה א"כ מוכח דצורת כף פשוטה הוא מרובע למעלה ולא עגולה כעין ריש דהא המזבח הי' מרובע כמבואר בזבחים (דף ס"ב) דקרן וכבש ויסוד וריבוע מעכבין כדכתיב רבוע יהי' המזבח ואי נימא דכף פשוטה הוא כעין צורת ריש א"כ איך אמרו דהי' צורתו כעין פשוטה הא היה חילוק ביניהם דצורת כף פשוטה הוא למעלה כעין עיגול בלא זויות והמזבח הי' ממולא ברבוע ממש וע"כ מוכח מזה דצורת כף פשוטה הוא כעין דלית במרובע. ובאמת צריך להבין לפמש"כ הפוסקים דרגל פשוטה יהי' כפלים כעין הגג של מעלה א"כ התם במזבח הא לא הי' כפלים רק הי' שוה ארכו כרחבו א"כ איך כתבו דהי' כעין כף פשוטה וי"ל דכיון דלא הי' יכול התנא לדמות לאות אחרת ע"כ הוכרחו לדמות לכף פשוטה דהא לצורת דלית לא הי' יכול לדמות משום דבדלית יוצא זויות הגג למעלה לצד ימין כידוע ובמזבח לא הי' כן וכמו כן לצורת ריש לא הי' יכול התנא לדמות משום דהריש הוא עגולה בזויות והמזבח הי' מרובע ע"כ הוכרחו לדמות לצורת כף פשוטה ואף שאינו דומה כ"כ לכף פשוטה דבכף פשוטה הרגל הוא כפלים כהגג ובמזבח לא היה כן. עכ"ז לא דקדקו בזה כ"כ כיון דלא הי' לתנא עצה אחרת במה לדמות ואי נימא דצורת כף פשוטה הוא ג"כ כעין ריש א"כ לא הי' בשני דברים שוה לצורת כף פשוטה היינו במרובע ובהרגל דהי' במזבח שוה להגג א"כ יותר טוב הי' לתנא לדמות

לצורת ריש דלא הי' חלוק צורת הוספת המזבח רק בדבר אחת היינו בהריבוע בקרן זוויות ולמה לתנא לדמות לכף פשוטה דהי' חלוק ממנו בשני דברים והלא צורת ריש הי' ידוע לכל ג"כ כמו כתב יוונית וכמש"כ הכותב בעין יעקב בריש פ"ק דמגילה דכתב אשורית הי' מצוי וניכר לכל והא בסוף פ"ב דסנהדרין (דף כ"א) קאי על הכולל של ישראל כי אצל גדולי ישראל לא ניטל מהם מעולם כתב אשוריות ואח"ז כשעלו מאשור היו משתמשין כולם בכתב אשורית כמבואר בסנהדרין שם רק להדיוטות היינו כותאי הניחו לשון עברית]. ומדלא נקט התנא לסימן כי אם צורת כף פשוטה מוכח דכף הוא מרובע למעלה ויעויין בעירובין (דף נ"ה) ברש"י ד"ה או כעין גאם כו' ופסחים (דף ח') וזבחים (דף נ"ג) וב"ב (דף ס"ב) וסוכה (דף ו' ע"ב) רש"י ד"ה שתים כהלכתן מזרחית וצפונית כמין גא"ם משם אין הכרח לנ"ד דהא התם בכולי דוכתי לא הי' קפידא אם הי' מרובע או כעין עיגול:

אך מהא דזבחים מוכח כמש"כ וזהו מקום סמך לצורת כף פשוטה שכותבין בכתב וועליש שלא כצורת ריש ועיין במנחות (דף ע"ה) בתוס' ד"ה מושחן כמין כי כו' ובהוריות (דף י"ב) מאי כמין כי כמין כף יוני ובכריתות (ד"ה) ואינו ענין כ"ז לנ"ד:

ב

ועכשיו נבאר אודות אות למד כי בספר קהלת יעקב שחיבר הגאון ר' יעקב מקארלין זצ"ל בסוף ספרו בתשובותיו שם ח' או"ח סי' ד' העלה שם דטעות הסופרים הוא במה שכותבין תמונת למ"ד כמו כ"ף כפופה ועליו וי"ו כי מבואר בזוהר חדש שיר השירים שהוא כעין תמונת טית רק שהויו הוא עומד למעלה ובטית הוא עומד בשוה. ע"כ צריך להיות הגג התחתון של למד עב וכפוף לפניו שיהי' דומה לטית יעו"ש ולפ"ז ה"ה בצורת למד של כתב וועליש ג"כ אין לו דמות טית א"כ פסול לפי דברי הקהלת יעקב הנ"ל ובאמת לפי המבואר בשבת (דף ק"ג) בתוס' ד"ה טיתין פיפין בשם ר"ת דצריך לכוף ריש הטית לתוכה דדמי כעין פ' וכן כתבו כל הפוסקים א"כ לפי דברי הגאון הנ"ל הי' נראה דצריך לכוף הגג התחתון של הלמד לתוכה דאל"כ לא דמי לטית ואפשר דכוונת הקהלת יעקב גם לזה. ולפי דבריו צריך לכתוב כה"ג ואם לא כן פסול וכש"כ בכתב וועליש וודאי דאין לו תמונת טית כידוע דיש להחמיר לכאורה:

ג

אמנם יש להוכיח מהש"ס דצורת למד אין לו תמונת טית והוא דביומא (דף ע"ג ע"ב) אי' כיצד נעשית אותיות החושן ריו"ח א' בולטות ריש לקיש א' מצטרפות והא לא כתיב צדיק כו' והא לא כתיב טית כו' ומשמעות הגמ' הוא דמקשה אליבא דכ"ע מדלא קאמרי הניחא למ"ד מצטרפות אבל למ"ד בולטות קשה הא לא כתיב טית כדרך הגמ' בכל מקום

בע"כ מוכח דאליבא דכ"ע מקשה כן. ובירושלמי ביומא ס"פ ז' מבואר בזה"ל אית תנא תני הקול הי' שומע ואית תנא תני הכתב בולט מ"ד הקול הי' שומע ניחא כו' מ"ד הכתב הי' בולט והא לא כתוב חית בשבטים כו' א"כ קאמר בלשון ניחא כנ"ל אבל בש"ס דילן דלא קאמר הניחא למ"ד כנ"ל על פלוגתא דאם בולטות או מצטרפות מוכח דאליבא דכ"ע מקשה ואי נימא דצורת למד הוא כעין טית רק דבטית הויו עומד בשוה ובלמד הויו עומד למעלה א"כ למ"ד מצטרפות אין זה קשה די"ל דכמו דע"פ נס היה יכולים האותיות להצטרף עד שיהי' מכוונים לתיבה אחת והי' זיין ונעין ממקומם כמו כן הי' יכול ע"פ אותו נס לעשות מן למד תמונת טית כי הלמד הוא כעין תמונת טית רק בלמד הויו עומד למעלה א"כ ע"פ נס הי' נעשה כעין טית דהויו הי' עומד בשוה דכמו ע"פ נס הי' זזים ממקומם להצטרף האותיות לתיבה אחת כמו כן הי' זז הלמד מלמטה והויו מלמעלה דנתהפך לעמוד למטה הויו עד שנעשה טית:

ד

והא חזינן להך מ"ד דס"ל מצטרפות אף דע"י זה נתבטל התיבה ממה שהי' כתוב שם כל שבט בפ"ע כמו דכתיב ונשא אהרן את שמות בני ישראל כגון אם יצטרך ריש מן תיבת ראובן א"כ חסר תיבת ראובן כיון דהריש אינו עומד במקומו והא בס"ת דנחסר אות אחת אף דיוכתב שלא במקומו הוא פסול וע"כ מוכח דהאי מ"ד דס"ל מצטרפות לא חש לזה (ואפשר דהמ"ד דס"ל בולטות לא רצה לומר מצטרפות משום האי סברא דיתבטל שמות בני ישראל בעת דיהי' מצטרפות אבל מאן דס"ל מצטרפות לא חש לזה משום דכיון דביטול תיבות מן כל שבט כפי שיצטרך באותו העת לא הי' זה רק באקראי בזמן מועט ע"כ הי' יכול להעשות כן כיון דבעת דבאו לשאול אצלו הי' כתובים השבטים כד"ת]. א"כ כמו דאף דהי' מתבטל איזה תיבה בעת דבא לשאול אצל האורים מחמת הצירוף מ"מ לא חש לזה ה"ה י"ל דאף דהי' מתבטל אותו למד באותו העת עד שנתלבש בצורת טית ג"כ לא הי' חושש לזה [ועיין במהרש"א ביומא שם שכתב דמספר האותיות אחר דמסקי דהי' כתוב שבטי ישורון הי' עולה ע"ב אותיות בשם ע"ב יעו"ש ואפשר דגם בתחילה קודם דמסיק הש"ס כן הי' מכוון מספרו כנגד איזה שם עכ"ז הא האות יהי' ג"כ נקרא אות רק דבתחילה הי' בצורת למ"ד ואח"ז יתהווה בצורת טית ובלא"ה אין לנו עסק בנסתרות א"כ קשה איך פריך הש"ס בפשיטות כנ"ל והא לא כתיב טית דהא להך מ"ד דס"ל מצטרפות והי' זזים ונעים ממקומם א"כ י"ל כנ"ל. אע"כ מוכח מהש"ס דס"ל דלא כהזוהר חדש דהביא הגאון הנ"ל אלא דיש לכתוב תמונת למד כעין שכותבין אנחנו ואין לו תמונת טית ע"כ פריך הש"ס בפשיטות לכ"ע והא לא כתיב טית וידוע

דמשארי אותיות ג"כ לא יכול להיות צורת טית וכש"כ לפי מאי דכתב הריטב"א בעין יעקב ביומא שם דמ"ד בולטות ומצטרפות לא פליגי רק מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ויש להאריך בדברי הריטב"א ואכמ"ל. א"כ לכ"ע הי' זזים ונעים האותיות ממקומם א"כ וודאי דתקשה דמאי מקשה הא לא כתיב טית הא י"ל דהי' עומד הלמד עם הויו באופן שנתהפך למטה בתמונת טית א"כ יש להוכיח מזה דלא יהי' בלמ"ד תמונת טית:

ענף ב

ה

ולכאורה יש להקשות לפ"ז דמאי פריך הגמ' שם והא לא כתיב צדיק הא מבואר בשבת (דף ק"ג) דלא יעשה גימל צדיק ופי' רש"י שם דצורתם שוה שזה למעלה וזה למטה. א"כ י"ל דהגימל הי' נתהפך ע"פ נס ונעשה צדיק אך זה אינו קשה די"ל כיון דלא הי' שם רק גימל אחת א"כ בעת שיעשה הגימל לצדיק אז יתבטל האות גימל א"כ אפשר דיצטרכו באותו העת לישאל גם באותיות המצטרכות לאות גימל וגם לצדיק. ע"כ שפיר מקשה והא לא כתיב צדיק וכמש"כ הריטב"א שם דמה"ט הי' נצרך כל האותיות כתוב שם ומה"ט אינו קשה מאי פריך והא לא כתיב טית הא מבואר בשבת שם במה דאמרו לא יעשה טיתין פיפין ובבית יוסף שם דאית פ"א פשוטה שוה לאות טית רק דטית פניו למעלה ופ"א פניו מן הצד א"כ אפשר דהי' מתהפך הפ"א לצורת טית. משום דהא פ"א כפופה לא הי' שם רק א' בשבט נפתלי א"כ אפשר דהי' מצטרכות לאות פ"א כפופה וגם לאות טית ע"כ שפיר מקשו ובלא"ה אינו קשה זה לפמש"כ הבית יוסף שם דצורת ג' אינו שוה לאות צדיק כפופה רק לצדיק פשוטה וכ"כ הגהות מיימוני ה' תפילין יע"ש [ועיין בחידושי הרמב"ן והר"ן לשבת שם] וגם באות פ"א כתבו שם דאינו דומה לגמרי לאות טית. א"כ שפיר מקשו הגמ' אבל אות למד הלא הי' שם כמה אותיות למדי"ן דהא בשבט לוי ושבט זבולון ושבט נפתלי הי' שם שלשה למדין א"כ אף שנעשה מן אות למד לאות טית ישאר שם שני למדין וחזינן דלא היה כתובים שם רוב אותיות רק אחת לאחת ואפ"ה הי' די ומספיק בזה א"כ שפיר מוכח ממה דמקשו והא לא כתיב טית. דהגמ' ס"ל דצורת למד לא הי' בצורת טית לכן שפיר מקשו בפשיטות והא לא כתיב טית וצדיק פשוטה וכף פשוטה לא הי' כתוב שם ואפשר דהעיקר הוא אותיות כפופין ועיין בשבת (דף ק"ג) מזה:

ו

שוב ראיתי דזהו מוכרח בפשטות הסוגיא לומר כמש"כ דהא באמת תמוה סוגיות הש"ס דילן דמקשו מעיקרא והא לא כתיב צדיק דאמאי לא מקשו והא לא כתיב חית וגם הא לא כתיב קוף כמו דמקשו בירושלמי והתוס' ישינים שם הרגישו בזה וכתבו דהוי מצי

למבעי כן ואפשר דלכן כתב רש"י שם דהא יהי' נצרכים לאות צדיק דהציל תציל ואח"כ באות טית לא כתב רש"י שם במה יהי' נצרכים לאות טית וי"ל דרש"י כיון לזה הקושי' דאמאי לא מקשו והא לא כתיב חית דהא אות חית הלא מוקדם לאות צדיק באלפא ביתא לכן פירש רש"י דלאות צדיק הי' נצרכות ביותר משום הצל תציל ע"כ פריך הש"ס ביותר על אות צדיק אבל באמת כ"ז דוחק דהא חזינן דהירושלמי מקשה באמת והא לא כתיב חית וקוף כנ"ל משום דבתיבה צלח או הרחק נצרכים לחית וקוף:

ז

אכן לפמש"כ אתי שפיר בפשיטות משום דהא ידוע שיטת רש"י במנחות (דף כ"ט) דצורת חית הוא כעין חית של דפוס ולא מן ב' זיינין כשיטת ר"ת שם ועיין במג"א סי' ל"ו דהביא בשם הבית יוסף דכתב בשם מצא כתוב דאם עשה חית כדעת רש"י כשירה א"כ הא ידוע דמן שני וואוין יכול להיות תמונת חית לשיטת רש"י ע"כ לא מקשו והא לא כתיב חית דהא י"ל דלמ"ד מצטרפות ה"ה דהי' מצטרפות שני וואוין ביחד להיות בתמונת חית וכמה וואוין הי' שם בשמות השבטים כידוע וגם מן דלית ואו יכול להיות חית כמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ע"ד ח' יו"ד ע"ש וכמו כן באות קוף י"ל דג"כ הי' ע"י צירוף דהא מבואר בבית יוסף שם ובספר ברוך שאמר דקוף הוא מן אות כף ואות ויו או מן נון פשוטה:

וכמו כן באות למד כתבו דצורתה מן כף ואות ויו ע"כ שפיר הי' יכול להעשות מן אות למ"ד תמונת קוף דהויו שלמעלה מן גגו של למד יהי' נשמט למטה תחת גגו של למד ויהיה תמונת קוף וכמו כן בכתב של וועליש שוה הגג ורגל של הלמד להגג ורגל של הקוף א"כ יהי' ע"י צירוף של הגג ורגל של הלמד בצירוף הויו שלמעלה בתמונת קוף או ואו אחר יהי' עומד תחת גגו של הלמד דהא כמה וואוין הי' שם דהא כתב הברוך שאמר דהקו של הקוף הוא בתמונת ויו (אך הב"י כתב דהוא כתמונת נון) וע"כ בש"ס דילן דקא פריך אליבא דכו"ע אף למ"ד מצטרפות מדלא קאמר הניחא כנ"ל ע"כ לא פריך והא לא כתוב חי"ת וקוף משום דלמ"ד מצטרפות אינו קשה על אות חית וקוף די"ל כנ"ל [והא אינו קשה דהא בחית בעי דחטרי' לגגי' דחית כמבואר במנחות (דף כ"ט):

א"כ אף ע"י צירוף שני וואוין לא יהי' עדיין חטוטרות שלו משום דהא מבואר בב"י סי' ל"ו דזה אינו מעכב רק ספרא דווקני כתבו כן וגם לא מצינו זה כי אם בס"ת ולא בחושן] והרבה ואוי"ן ולמדי"ן הי' שם ע"כ לא פריך בש"ס דילן כי אם על אות צדיק דזה יהי' קושי' על כ"ע אף למ"ד מצטרפות משא"כ הירושלמי דפריך רק על מ"ד בולטות לכן פריך שפיר גם על אות חית וקוף א"כ מדוקדקים בעז"ה דברי הש"ס דילן דלא פריך

רק על אות צדיק וע"כ מוכח לפ"ז מן הש"ס דגם אם נתהווה האות ע"י צירוף ג"כ הי' נעשה ע"פ נס וקושיות הש"ס הוא אליבא דכ"ע א"כ והא לא כתיב טית מוכח דצורת למד אינו בתמונת טית. ובלא"ה כבר כתבתי מן הסברא אף בלא הוכחה דכמו דהיה יכול להעשות תיבה שלימה מן צירוף אותיות כמו כן הי' יכול להעשות אות אחר מן אותו האות ע"י ציור אחר:

ח

ובאמת י"ל דהתו"י דהקשו ביומא דהוי מצי למיבעי והא לא כתיב חית י"ל דאזלי לשיטת ר"ת דס"ל במנחות שם דדוקא ע"י שני זיינין נעשה אות חית ובחושן הא לא הי' רק אות זיין אחת והא דהקשו התוס' דהוי מצי למיפרך על אות קוף י"ל דכוונתם דהוי מצי למיפרך זה על מ"ד בולטות אבל למ"ד מצטרפות שפיר י"ל דאינו קשה זה כמו שנתבאר אכן העיקר לענ"ד דהש"ס מקשה אליבא דכ"ע ע"כ דברי הש"ס מדוקדקים היטיב ואין לדחות את דברי דהא אמרינן בסנהדרין (דף כ"א) דבתחילה ניתנה התורה בכתב עברי א"כ י"ל דהש"ס פריך כ"ז על העת דמקודם שנגלה להם כתב אשורית דז"א דהא כבר כתב הכותב בעין יעקב בריש מגילה דעיקר הכתב של ס"ת בהיכל והלוחות הי' מתחילה הכל בכתב אשורית רק לא נתפרסם כתב זה לכל עד לסוף. ע"כ בוודאי גם כתב החושן הי' גם מתחילה בכתב אשורית יעו"ש ע"כ שפיר כתבתי להוכיח דשפיר נוהגין הסופרים דאין עושין הלמד בתמונת טית וה"ה בכתב וועליש דאין לצורת למד תמונת טית דשפיר עבדי:

ענף ג

ט

ולכאורה יש לדחות ולומר דעל ידי מה דנעשה מן אות למד אות טית נתבטל פתוחי חותם ואין זה מקרי ופתחת עליהם דכתיב אצל האפוד והחושן ועיין בסוטה (דף מ"ח) דמבואר שם דאבני חושן ואפוד מראה להם שמיר מבחוץ ונבקעות מאליהן ואין כותבין בדיו משום שנאמר בהם פתוחי חותם. [ועיין בע"ג (דף כ"ד) בתוס' ד"ה ואבני מילואים כתיב כו' ובירושלמי קידושין פ"א ה"ז במראה הפנים ד"ה ישפה של בנימין כו' ובמל"מ פ"ט ה' כלי המקדש ה"ז מש"כ בשם הרמב"ן על התורה ובט"ז יו"ד סי' רע"א ס"ק ח' מש"כ בענין חקיקה ואכמ"ל ע"כ אם לא הי' אות טית רק דנעשה מן אות למד יש מקום לדון דאין זה מקרי פתוחי חותם ולכן יש לפקפק על מה שהקשיתי דהא מצי להיות טית מן אות למד אבל באמת אין זה דחיי' דהא חזינן דהתורה כתבה ופתחת עליהם שמות בני ישראל וכן כתוב שם פתוחי חותם תפתח על שמות בני ישראל וגם כתוב ונשא אהרן את שמותם כו' וכן בחושן כתיב כמעשה אפוד תעשנו:

א"כ קשה למ"ד דמצטרפות הא נתבטל אז מה דגזרה התורה דשמות בני ישראל תפתח עליהם הא כיון דנחסר כגון ריש מן ראובן ושין מן שמעון וכה"ג א"כ הלא אין כאן שמות בני ישראל והא לא כתוב בתורה פתוחי אותיות רק פתוחי שמות בני ישראל וקפידת התורה הי' דתפתח שמות בני ישראל ונשא אהרן שמותם ובעת דמצטרפות האותיות לא הי' אז פתוחי חותם משמות בני ישראל וכמו כן קשה למ"ד בולטות הא התורה כתבה דיהא פתוחי חותם היינו דהאות יהא נעשה בחקיקה לתוכה ולא בולטות [ועיין בגיטין (דף ך') רישמא מחריץ חריץ או כנופי מיכנף ובציץ דלא הי' כתבו שוקע כו']. א"כ בעת שהי' בולטות לא הי' אז מקרי פתוחי חותם. וע"כ מוכח דכיון דבעת דעשו את החושן קיימו אז פתוחי חותם שמות בני ישראל וגם ונשא אהרן שמותם. ע"כ לא פקע קדושתן מהחשן בעת שבאים לישאל אצלו:

ו

וזהו כעין מה דמבואר באו"ח סי' ש"מ בט"ז ס"ק ב' דכתב דבמה דפותח ספרים בשבת שכתובים עליהם בצידי ראשי חודי הדפים אותיות אין זה מקרי מוחק משום דהא הכתיבה כבר היא קיימת ומחוסר קריבה לאו כמחוסר מעשה דמי כמבואר בשבת (דף ק"ד) ע"ש וכש"כ בנ"ד דהא תיכף אחר שישאלו וישיב להם החושן מיד יחזור לאיתנו הראשון בלא שום מעשה כלל. ע"כ אין זה מיקרי ביטול שמות בני ישראל וכן לפתוחי חותם אף בעת דהיו מצטרפות דאין זה רק סתירת עראי. ולא נתבטיל למ"ד מצטרפות מה דצריך להיות חקוקים שמות בני ישראל. וה"ה דלא נתבטל פתוחי חותם דהצריכה רחמנא למ"ד בולטות כיון דתיכף אח"ז יחזור ממילא לאיתנו הראשון בלא שום מעשה וזהו כעין דאמרו בזבחים (דף ס"א) דאע"פ שנסע אוהל מועד הוא וכ"כ התוס' שם ד"ה אע"פ שנסע כו' דאף בעת שנושאין אותו בכתף מזבח הוא כו' ואף דבעינן מזבח אדמה שיהא מחובר באדמה עכ"ז שם מזבח עליו אף בעת שנושאין אותו ואף למאן דפליג התם היינו משום דהא בלא מעשה לא יחזור האוהל מועד למכונו משא"כ היכא דיחזור ממילא בלא שום עשיות מעשה דוודאי שם פתוחי חותם שמות בני ישראל עליו אף בעת דהיו מצטרפות או בולטות וגם שם האות שהי' עליו מתחילה לא פקע ואבד שמו הראשון כמו שכתב הט"ז הנ"ל באותיות שם. ואף דהתם בזבחים יליף זה מקרא דונסע אוהל מועד הא גם בחושן מוכח זה מגזה"כ דאל"כ קשה הא יתבטל פתוחי חותם שמות בני ישראל בעת דישיב החושן דבר לשואליו וה"ה אף דנעשה מן אות למד לתמונת טית ג"כ לא יתבטל אז הפתוחי חותם דגזרה התורה דתפתח שמות בני ישראל וגם ונשא אהרן את שמותם כיון דיחזיר ממילא מיד לבראשונה וכש"כ מן מש"כ הט"ז דהתם בלא

סגירה לא יחזיר האות לתמונתו ואפ"ה לא מקרי זה סתירה כש"כ בחושן דממילא יחזיר לבראשונה ובפרט דהא הוכחתי כן מן הא דלא פריך הגמ' דלא כתיב חית וקוף כנ"ל וגם הא אף שנעשה מן אות למד אות טית ג"כ פתוחי חותם אז דהא בעת שנעשה הוי"ו למעלה על גגו של למד הי' ע"י פתוחי חותם ואף שנשתנה לתמונה אחרת עכ"ז פתוחי חותם מקרי וכ"ז ברור ופשוט והארכתי בזה להוציא מן איזה לב שירצה לחלוק על דברי:

יא

ועכשיו נבאר אודות תמונת גימ"ל והנו"ן דמבואר בב"י דיהי' כמו זיין ובכתב וועליש הוא בתמונת וי"ו ומעכ"ת כתב בשם הרדב"ז בספרו מגן דוד דכתב דיהי' כמו וי"ו וכן נראה לפע"ד להוכיח ג"כ דהנו"ן הוא בתמונת וא"ו דאי נימא דהוא כמו זיי"ן. א"כ קשה מאי פריך הש"ס ביומא שם והא לא כתיב בחושן צדיק הא כבר כתבתי דהש"ס פריך אליבא דכ"ע אף למ"ד מצטרפות מדלא קאמרי הניחא כו' ומה"ט לא פריך והא לא כתיב חית וקוף כנ"ל ולמ"ד מצטרפות י"ל שפיר דנתהווה צדי"ק ע"י צירוף נו"ן כפופה ובצירוף יו"ד דהא כתבו הב"י והברוך שאמר דצדיק הוא בתמונת נון ויו"ד וידוע דכמה יודי"ן ונוני"ן כפופין הי' בחושן א"כ י"ל דהי' זזים ממקומן אות נו"ן פשוטה ואות יו"ד. וע"י נס היו נוגעות להדדי ונתהווה תמונת צדי"ק ומדפריך הש"ס בפשיטות והא לא כתיב צדי"ק מוכח מזה דס"ל להש"ס דתמונת נו"ן כפופה הוא כעין וי"ו וזה ידוע דאי נימא דצורת נו"ן הוא כמו וי"ו דאז אף אם יגע היו"ד בהנו"ן לא יהי' לו צורת צדי"ק. אלא אם הנו"ן עשוי כמו זיי"ן בעקמומיות מעט אז אם יגע בו היו"ד יהי' להם ביחד תמונת צדי"ק א"כ מוכח מהש"ס דנו"ן הוא כמו וי"ו וכמו שכותבין בכתב וועליש:

יב

וכן מורה פשטות לשון של הר"נ בשבת פ' הבונה וזה לשונו ואמרינן זייני"ן ונוני"ן פי' נו"ן פשוטה ומכאן שצריך להיות הקו הארוך של נו"ן פשוטה באמצע ראשה הגס כצורת זיין ואל יסמוך הקו הארוך בקצה ראשו כעין וי"ו כו' עכ"ל הר"נ מדקאמר הר"נ שצריך להיות הקו של נו"ן פשוטה ולא קאמר סתמא שצריך להיות קו הארוך של נו"ן כמו זיי"ן והי' נכלל בזה הנו"ן פשוטה והכפופה. ומדקדק בלשונו נו"ן פשוטה מורה לשונו הזהב דס"ל דנו"ן כפופה הוא כמו וי"ו רק נו"ן פשוטה הוא כמו זיי"ן. וכמו בכתב וועליש דהנו"ן פשוטה הוא כמו זיי"ן ונו"ן כפופה הוא כמו וי"ו וכמו שהוכחתי מיומא כנ"ל. וגם יש לדון בזה ע"פ מה שבכתיבה תמה נוהגין בצדיק שהיו"ד נוגע בימינו להנו"ן. ובצדי"ק הנדפסים נוגע היו"ד בצדו השמאלי להנו"ן רק מפני חולשתי וטרדתי ראיתי לקצר בזה:

יג

והנה המהרש"א ביומא שם כתב דמספר האותיות בחושן הי' ע"ב נגד שם ע"ב וזהו אחר שמסיק הש"ס שם דהי' נכתב אברהם יצחק יעקב ושבטי ישורן אבל מקודם דאסיק הש"ס בזה לא הי' מספר זה ואפשר לומר דלמא הי' מכוון לכתוב חמשים אותיות נגד איזה שם ע"פ הקבלה א"כ אם הי' מצטרפות אות יו"ד לאות נו"ן שיהי' מצטרף ביחד לאות צדי"ק כמש"כ א"כ הי' נחסר אות אחת ממספר נו"ן אותיות ע"כ לא הי' יכול להצטרף אות יו"ד לנו"ן כן י"ל לכאורה אבל ז"א דהא בסוטה (דף ל"ו) מקשה הש"ס על הא דתניא חמשים אותיות הי' כתובים הני חמשים אותיות נכי חדא הויין ומשני יוסף הוסיפו לו אות אחת כו' והכא בנימין שלם כו' אלמא דהי' ניחא להש"ס שם מתחילה לומר דהי' רק מספר מ"ט אותיות א"כ ה"ה אי נימא דהיו"ד ונו"ן היו מצטרפות ביחד לאות צדי"ק ולא יהי' רק מספר מ"ט אותיות ג"כ אתי שפיר ובלא"ה אין לנו עסק בנסתרות. ע"כ שפיר קמה ראייתי דנו"ן הוא בצורת וא"ו ואז אף אם יגע היו"ד בנו"ן לא יהי' לו צורת צדיק כידוע:

יד

ובאות דלית מבואר בשבת (דף ק"ד) דמ"ט פשוטה כרעי דדלית גבי גימל כו' ופי' רש"י דרגל הדלית משוכה קצת להגימל ומה"ט כתב הב"י וש"פ דרגל הדלית יהי' משוכה בשפוע גבי גימל בסופה והנה בכתב וועליש ראיתי דתמונת הדלית הוא בלא שפוע ניכרת בסופה. ולכאורה יש לתמוה קצת בזה וכעת ראיתי בחדושי הרמב"ן על שבת שם שכתב וזה לשונו ודאמרינן לקמן מ"ט פשוטה כרעי דדלי"ס גבי גימ"ל י"מ דרך כתיבה אשורית המאושר להיות רגלה של דלית נוטה לגבי גימ"ל כזו ולא לגבי עצמה כזו ולא מחוור אלא לא לגבי דלי"ת ולא לגבי הה"א מכרעת אלא זקופה ועומדת ופי' פשוטה כרעה מפני שרגלה כלפי הגימ"ל עכ"ל הרי להדיא דדעת הרמב"ן שיכתבו רגלה של הדלית זקופה בלא שום נטיי' לצד הגימ"ל א"כ סומכין בכתב וועליש על דעת הרמב"ן הרי מצינו בכמה אותיות הנכתבים בכתב וועליש דהראשונים מהדרים דוקא לכתוב בתמונתם. ע"כ יש לנו על מי לסמוך בעז"ה:

טו

והנה הרמב"ן כתב שם בשבת בסופו בזה"ל לפיכך כתבתי דברים הללו שכל הטועה בציור האותיות פסול והפסיל הכל עכ"ל וזהו נגד כל הראשונים שכתבו דשינה צורת אותיות אינו פסול כמו שכתב הרא"ש בתשובה והובא בשלטי גבורים ה' ספר תורה ומה"ט לא הובא הגמ' דשבת (דף ק"ד) בריי"ף וברמב"ם רק שכתבו שלא יכתוב אלפי"ן עייני"ן וטיתי"ן פיפי"ן ונוני"ן זייני"ן כו' והעיקר שלא ישתנה לצורת אות אחרת אבל

כ"ז שלא נשתנה לצורה אחרת אינו פוסל שינה בו וכן נוטה הסברא דהא חכמים ס"ל במגילה (דף ט') דספרים נכתבים בכל לשון ורשב"ג התיר לכתוב יונית ועיין בטורי אבן שם אם זהו מה"ת או רק מדרבנן ובשארי לשונות לדעתי קשה לומר שיהא כתמונת הש"ס בשבת כגון דיהי' השין אחד כרעא וכה"ג ע"כ שפיר פסק הרמ"א באו"ח סי' ל"ו סעי' א' בהג"ה דשינה בכתב צורת האותיות כשר ואפשר לחלק דשאני אשורית בזה כמש"כ המג"א סי' ש"מ ס"ק י' דאשורית כ"ז דלא נגמר זיינן לא נגמרה מלאכתן כן יש לחלק לשיטת הרמב"ן וזה ברור דאף הרמב"ן דהחמיר בשינוי אותיות אין זה כ"א בתמונת האותיות המבואר בש"ס אבל בתמונת אותיות המבואר בב"י ובברוך שאמר ודאי כ"ע מודו דאין לפסול שינוי צורת אותיות. [וכעין זה כתב המג"א בסי' ל"ב ס"ק כ"ו] וכפי שכתב הנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' קע"א ובמ"ק סי' פ' דכתב הנכתבים בכתב וועליש הם בחזקת כשרות אף שלא נכתבו בתמונת הב"י יע"ש. ולכן פסק הרמ"א דשינה בצורת הכתב אינו פסול. וגם הרמב"ן מודה בזה ועיין בחתם סופר ח' יו"ד סי' רס"ט. וכבר בארתי בהוכחות על אות כ"ף פשוטה ועל אות נו"ן כפופה ועל רגל הדלית דלא ניכר בה עקמומיותו כפי הכתב וועליש דיש להם על מה לסמוך וכן בכתב למ"ד שכותבין באופן שאין בו צורת טי"ת דלא כהקהלת יעקב שפיר יש להם על מה לסמוך וממנו נדין על השאר בשינוי כתב וועליש מכתיבה תמה שלנו כי בוודאי יש סמך לדבריהם בכל השינויים מכתיבה תמה שלנו. ע"כ לדעתי אין שום חשש פקפוק כלל על כתב וועליש. והמה מהודרים אף לכתחילה בלא שום חשש כלל:

סימן כט

נשאלתי ע"ד העזים בכורים שנמכרו לא"י ע"י קנין כסף וקנין מסירה ברשות הבעלים ויש מהם שנמכרו בקנין כסף והאנד שלאק וצידד כת"ר להיתירא ע"פ דברי החתם סופר בסי' שי"ח דמסירה מהני אף ברשות מוכר כשמשאיל לו המקום אף דלא קנהו בתורת קנין להמקום שנשאל לו:

א

והנה לדעתי יש להעיר בעיקר דברי החתם סופר הנ"ל מן דברי התוס' בב"ב (דף ע"ה ע"ב) בד"ה ה"ק אי ברשות הבעלים הוא כו' שהקשו על הרשב"ם שפירש דרשות בעלים היינו רשות מוכר דא"כ מ"ט דרבי דקני במסירה והא ברשות מוכר לא קני במסירה כו', ואי נימא דהיכא דמשאיל לו המקום קנה במסירה אף היכא דלא קנהו ע"י קנין חצירו וכמש"כ החתם סופר. א"כ מה הקשו התוס' על הרשב"ם. הא י"ל דרבי מיירי בהשאיל לו המקום לספינה ואז קונה במסירה ורבנן ס"ל דלא ניקנית במסירה וכדמסיק הטעם

שם ומדחזינן דהתוס' דחו לפי' הרשב"ם ע"י זה הקושיא ופירשו בשם הרשב"א בפירוש אחר מוכח דס"ל דמסירה ברשות בעלים לא מהני כלל אף היכא דמשאיל לו המקום לספינתו כ"ז דלא קנהו בתורת קנין למקום השאלה דיהי' לזה דין חצרו וכמו בשוכר את מקומו דשם:

ב

אך אפשר לומר דבאמת זהו טפמא דהרשב"ם דפי' שם דרשות בעלים הוא רשות מוכר. ולא חש לקושיות התוס' משום די"ל דס"ל להרשב"ם לדינא כמש"כ החתם סופר דבהשאיל לו מקום לעמוד שם לדבר הנמכר דקנהו ע"י קנין מסירה. א"כ אדרבה יהי' מזה סייעתא לדברי החתם סופר ומן התוס' אינו הכרח כ"כ משום די"ל דלכן לא היה ניחא להתוס' לפרש כן משום דא"כ ה"ל להתנא לפרש בהדיא למאי דאמר רבי ספינה ניקנית במסירה דזה מיירי בהשאיל לו מקום לזה ולכן לא היה ניחא להתוס' לפרש כן. והא דב"ב (דף פ"ו ע"א) דמוקי התם דא"ל זיל קני אף דסתם התנא בזה התם. יש לחלק מדהתם וקצרתי ועיין בחידושי הרמב"ן לב"ב (דף ע"ו) שם שכתב לשון ומצאתי למקצת ראשונים שכתבו שאין מסירה קונה ברשות מוכר כו'. והרב ר' שמואל ראשונים כו'. ומשמע דזהו רק דעת קצת פוסקים אבל רוב פוסקים ס"ל דמסירה קונה ברשות מוכר וי"ל דזהו ג"כ ע"פ סברת החתם סופר הנ"ל. וע"כ שפיר יש מקום לדברי החתם סופר בזה:

ג

ולכן כיון דיש פוסקים דס"ל דאף בהמה דקה ניקנית במסירה והובא דעתם בחו"מ סי' קצ"ז סעי' א' ולכן אף לדעת הר"ת דס"ל לעמיתך בכסף ולא כו' ג"כ יש לנו קנין המועיל לשיטתו בנ"ד ע"י קנין מסירה דהא שיטת הר"ת שם דבהמה דקה ניקנית ג"כ במסירה וע"כ יש לנו ס"ס דפלוגתא ולהיתירא בנ"ד. כיון דנתבאר דמן התוס' בב"ב הנ"ל אינו הכרח כ"כ דיחלוק על הך דינא דהחתם סופר כנ"ל. ולכן הנני מסכים בזה להיתירא וכמש"כ כת"ר. וגם יש לנו עוד בנ"ד ע"פ דברי הפרישה ביו"ד סי' ש"כ שהביא כת"ר ואין העת גורם להאריך בפרט הזה ואותן העזים שמכרו בקנין כסף ובקנין צושלאק ג"כ יש לדון ס"ס וכמש"כ כת"ר להיתירא. ספק א' שמא כסף מועיל וספק ב' שמא סיטומתא מועיל לקנין גמור וכמש"כ האחרונים:

ד

ומה שדרש כת"ר ממני ע"ד ענין בפרה חולבת שמבואר ביו"ד סי' שט"ז ברמ"א דאין סומכין על מה שהיא חולבת רק בצירוף מסל"ת מתירין ואירע עובדא בקהילתו אשר א' קנה פרה חולבת מן א"י וסיפר לו סוחר אחד שהי' אצל הא"י לקנות לו בהמות ואמרה

לו אשת הא"י אשר הפרה שמכרו לאותו ישראל היא טובה מאד כי חולבת מעגל לעגל ונסתפק כת"ר אם זה מקרי מסל"ת די"ל דאמרה כן כדי שיהיה לה תפארת שלא הטעתה את היהודי והאריך כת"ר בזה הענין הרבה בדברי חכמה בפלפול נאה ובבקיאות כראוי:

ה

והנני להשיבו בקצרה כי לדינא נראה לי דהיכא דלא מוכחא מילתא שאמר כן לאיזה אמתלא רק מספיקא דעלמא לא חיישינן שאמר כן מצד איזה התפארות כמבואר להדיא בתשובת מיימוני סי' ט' להלכות אישות שכתב להדיא כן והובא דבריו בספר מראות הצובאות על אה"ע סי' י"ז סעי' י"ד ס"ק מ"ט. ואף לפי מש"כ המראות הצובאות שם מתחילה דמדברי השו"ע שם והרמב"ם שכתבו דחיישינן שמא נתכוון לדבר אחר משמע דמספיקא ג"כ חיישינן שאמר כן לאיזה אמתלא ע"ש במראות הצובאות. אך בנ"ד נראה להקל לכ"ע דהא אף דנימא דלשיטת הרמב"ם אין זה מקרי מסל"ת מ"מ לשיטת הרמב"ם עצמו בלא"ה מותרת בנ"ד דהא ס"ל דבפרה חולבת מקילינן אף בלא מסל"ת כמבואר ביו"ד סי' שט"ז דסמכינן על רוב דאינן חולבות אא"כ יולדות ואף דהרמ"א החמיר שם כשיטת הסוברים דחיישינן למיעוטא בכה"ג עכ"ז י"ל להקל בנ"ד ולסמוך על דברי המיימוני שכתב דלא חיישינן שאמר כן לאיזה התפארות כו' דלא מוכח כן להדיא מדברי הא"י ויש בזה ס"ס דדינא להקל וקצרתי. וגם הא מסיק המה"ל שם. דגם הרמב"ם ס"ל כהמיימוני בזה ובפרט בנ"ד שאף להפוסקים המחמירים בחולבת אין זה רק מדרבנן משום סמוך מיעוטא כו' ובדרבנן וודאי מהני מסל"ת דלא חיישינן לאיזה אמתלא וכמש"כ המראות הצובאות שם וגם יש לצרף לסניף דעת המבי"ט המובא בקונטרס עגונות סי' רכ"ט דבדרבנן יש לסמוך להקל אף ע"י א"י שלא הי' מסל"ת ע"ש. ואף דלדינא לא קיי"ל כן מ"מ היכא דהוי ספק אם נתכוין לאיזה אמתלאה וודאי דיש להקל כמו בנ"ד וכמו שכתב כת"ר:

ו

אכן בנ"ד שסיים כת"ר כי העיד סוחר א' שאמירת הא"י ע"י מה ששאלו למה הטעתה את הישראל וע"ז הי' תשובתו כן. א"כ לפ"ז אין מקום להקל כלל בנ"ד כי זה לא מקרי מסל"ת כלל וכמו שכתב כת"ר ואם יש בזה גופא הכחשה של העד השני המעיד שאמירת הא"י הי' כן בלא שאלת היהודי ממנו ע"ז כן אז י"ל דה"ל ע"א בהכחשה דלא מהימן וה"ל ספק השקול בדרבנן דמקילינן כיון דמה"ת יצתה מאיסור כיון דהיא חולבת כנ"ל. ואך מדדבנן בעינן מסל"ת א"כ כין דהוי שני עדים המכחישים זא"ז אם היה מסל"ת או לא ה"ל ספק דרבנן ולקולא אבל אם ליכא עד אחר המכחישתו ה"ל עד א' באיסורין ונאמן כיון דחז"ל עשו אותו הענין לספק השקול מצד דאמרו סמוך מיעוטא דחולבת אע"ג דלא

ילדו לחזקה דלא ילדה וה"ל פלגא ופלגא וספק השקול ונאמן ע"א באיסורין כה"ג להעיד דלא הי' מסל"ת כ"ז דליכא ע"א המכחישתו בזה. וע"כ יש להחמיר בנ"ד אם אין מי שיכחישו בזה:

סימן ל

נשאלתי מכמה רבנים אם יכולין לפדות בכור באסטיגנאציעס הנהוגים האידנא אם דינם כמטבע גבי פדיון הבן או כשטרות:

א

תשובה בקצרה הנה בספרי נחל יצחק סי' ס"ו סעי' ל"ח העליתי דהנך בילעטין (הנקראים אסטיגנאציעס) דינם כמטבע לגבי דין שומרים ודין אונאה. ושם בענף ב' הוכחתי כן מהסוגיא דקדושין (דף ה') דאמרו שם מנין דאשה מתקדשת בשטר ודין הוא מה כסף שאין מוציא מכניס שטר שמוציא אינו דין שמכניס מה לכסף שכן פודין בו הקדש ומע"ש תאמר בשטר שאין פודין בו הקדש כו' ופי' רש"י שטר שאין פודין בו כו' ועיי' ברשב"א שם שפי' באופן אחר והקשיתי דהא איכא למיפרך ע"ז דנגמר משטרות דלכל המוציאו דיש לו על אחרים דמצי לקדש ע"י לאשה משום דלא מצי לימחול וכמש"כ הש"ך בריש סי' ק"ץ ולא מצי לפדות בו להקדש ומע"ש משום דאין גופו ממון וכמו דהקשו התוס' שם דנגמר מקרקע ותי' התוס' לא שייך בזה ותירצתי זה היטיב בחידושי ריש סי' ס"ו א"כ לפ"ז יש להוכיח מהאי סוגיא דאסטיגנאציעס מקרי גופו ממון ופודין בהם הקדש. ואין דינם כשטרות דאל"כ הא אכתי איכא למילף דשטר יהי' מכניס בקו"ח מן אסטיגנאציעס דמכניס ומקדשין בו האשה דהא קנתה מה"ת משום דינא דמלכותא ואין מוציאות. וליכא למיפרך שכן פודין בו הקדש דהא אי נימא דמקרי אין גופן ממון ודינם כמו שטרות א"כ אין פודין בהן הקדש וע"כ מוכח דמקרי גופו ממון ופודין בו הקדש ואיכא למיפרך בזה מה להנך שכן פודין בו הקדש וע"כ שפיר דחו בש"ס התם להאי קו"ח והוצרכו למילף קדושי שטר מן ויצאה והיתה ומוכח מסוגיא זו דאסיגנאציעס פודין בהם הקדש דהוי גופן ממון ואין דינה כשטרות כו' והארכתי שם מזה בספרי:

ב

וכיון דנתבאר בע"ה דפודין בהו הקדש א"כ ממילא מוכח דפודין בהן הבכור והוא דהא מבואר במשנה בכורות (דנ"א) אין פודין לא בעבדים ולא בשטרות ולא בקרקעות ולא בהקדשות ומפרש בגמרא שם אימא ולא בהקדשות בכל אלו ואם נימא דגם אסטיגנאציעס דינם כשטרות לענין פדיון בכור א"כ קשה איך מסיק ע"ז ולא בהקדשות

בכל אלו דהא באסיגנאציעס פודין בהו הקדשות כנ"ל וא"כ איך נקט ולא בהקדשות בכל אלו. דהא במה שנקט במתני' שם ולא בשטרות נכלל בזה ג"כ אסיגנאציעס א"נ דדינם כשטרות לגבי פדיון הבן אלא ע"כ מוכח דאסיגנאציעס גם לענין פדיון בכור דינם ככסף ולא כשטרות ופודין בהן הבכור כמו שפודין בהן הקדש. וע"כ שפיר נקטו שם פדיון הבכור ופדיון הקדש בדינא חדא ועוד דהא דאין פודין בכור בשטרות הוא מכלל ופרט וכן בפדיון הקדש מכלל ומפרט ילפינן כמבואר בת"כ פ' בחקתי א"כ אין מקום לחלק כלל פדיון בכור לפדיון הקדש וע"כ דעתי דיכולין לפדות בכור בבולעטין הנקראים אסיגנאציעס הגם שראיתי בס' תשובה מאהבה ביו"ד סי' ל"ה שכתב דבהבאנקצעטיל או באנקנאטטן וכיוצא בהן וכו' דינם כשטרות שאין הבן פדוי וכן נראה מתשו' ח"ס יו"ד סי' קל"ד עי"ש אבל לדעתי העיקר כמו שכתבתי דיכולין לפדות בהן:

סימן לא

ב"ה יום ב' ח' אייר תר"ל לפ"ק.

מה שהשבתי לרב א' שביקש ממני לחוות דעתי במה שכתב רע"א זצ"ל בסוף סי' ט' לדון במי שהולך. מביתו לעסקיו לשוק דכשחוזר לביתו יברך על המזוזה ושקיל וטרי כת"ר בזה:

א

הנני להשיבו כי לדעתי ברור דא"צ לברך והוא דהשיטה מקובצת לב"מ (דף ק"א ע"א) כתב על מה דאמרו מזוזה חובת הדר כו' דאפי' יש לו עשרה בתים שאינו דר בהם דירה קבועה אלא שנכנס פעם אחת בשנה חייבות כולן במזוזה חוץ מבית העצים שהנשים כו' ה"ר יהונתן ז"ל עכ"ל השמ"ק וכה"ג כתב הנימוקי יוסף בהלכות מזוזה בסופו במה דאמרו שם על השוכר להביא מזוזה כו' דאע"ג שאם לא הי' שוכרה הי' חייב המשכיר לעשות מזוזה מידי דהוי אבית התבן ובית העצים כו' עכ"ל א"כ לדבריהם הדין הוא דאף בשעה שיוצא מביתו חייב ג"כ במזוזה כיון שנכנס לפרקים שם ולא פקע ממנו חיוב מצוה זו וכמו בבית התבן דאין נכנס אלא לפרקים וכן באוצרות יין ושמן לפי שהשמש נכנס שם אף דאין זה בקביעות דגם זהו בכלל דירה יחשב ואף לפמש"כ השמ"ק לב"מ שם בשם הרא"ש דמי שיש לו עשרה בתים ואינו דר בהם אינו חייב לקבוע מזוזה כו' היינו היכא דדר בו לפרקים ולא דר בקביעות אבל היכא דאין לו דירה אחרת. רק שיוצא לעסקיו דוודאי מקרי דירתו וחייב במזוזה כיון דהוי ביתו כמש"כ ה"ר יהונתן והנימוקי יוסף שם ואפושי פלוגתא לא מפשינן לכן לא שייך לברך משום דאף בעת שיוצא מביתו לא פקע ממנו המצוה:

ב

ומה שכתב רע"א שם לעיין במג"א סי' כ"א:

לדעתי אינו ראי' משם דבמש"כ המג"א שם דבלילה יש לו מזוזה בפתחו משא"כ במרחץ דמזה יש מקום להוכיח דבעת שאיננו בביתו דפקע ממנו אז חיוב מזוזה בביתו דאל"כ הא גם בעת שהוא במרחץ יש לו מצוה מזוזה בביתו ע"ז יש להשיב דאין זה הוכחה כלל דא"כ תקשה על המג"א דהא אכתי יש לו מצות ס"ת במה שמונחת בביתו אף בעת שהוא במרחץ דהא אף מצות ס"ת שעל היחיד לכתוב כשנאבדה ממנו אחר שכתב לא קיים מצוה זו כמש"כ התורת חיים לסנהדרין (דף כ"א) וכש"כ במצות ס"ת של המלך דיוצאת ונכנסת עמו כמבואר בסנהדרין שם א"כ קשה במה שאמרו שראה דוד עצמו ערום כו' הא אכתי לא היה ערום אז ממצות ס"ת דמקיים ע"י מה דהיא בביתו וכהנה יש עוד לאשכוחי מצות כאלה שנעשו שלא בפניו וע"כ מוכח דמ"מ מקרי ערום בלא מצות סביביו דהא אמרו שם במנחות (והובא במג"א שם חביבין ישראל שסיבבן במצות כו' וכה"ג לא מקרי סיבבן וכמו שהביא זה המג"א שם. א"כ ה"ה אף דעדיין לא פקע ממנו מצות מזוזה וכמש"כ לפי דאכתי מקרי דירתו אף שיוצא לפרקים מביתו מ"מ כיון דאין המצוה מסבבתו לכן ראה לעצמו ערום. ע"כ אין ראיה מהמג"א ולכן העיקר לדינא דאין לברך. וגם הגאון רע"א זצ"ל סיים ע"ז בצ"ע ויש להאריך בכ"ז וקצרתי:

ג

ומש"כ כת"ר בענין דברי הרמב"ם פ' יו"ד ה' תרומות ה' י"א הנני להעתיק מה שכתבתי בזה מכבר וזה לשוני הרמב"ם ה' תרומות פ"י ה' י"א כתב נזיר ששתה יין תרומה משלם הקרן ואינו משלם החומש והוא לפי גירסתו בתוספתא תרומות והטעם כמש"כ הכ"מ דכיון דאסור ביין אף של חולין א"כ לאו דרך שתי' היא והראב"ד השיג עליו. ויש להקשות על הרמב"ם מפסחים (דף כ"ט) דהאוכל חמץ של הקדש דמעל. והא כיון דנתערב בו איסור אחר זולת הקדש א"כ לא יהי' חייב חומש וי"ל דמיירי בשגג בהקדש והזיד בחמץ וכן בהא דפסחים (דף ל"א) דהאוכל תרומת חמץ כו' וי"ל דדוקא בשגג באיסור אחר די"ל דאילו הוי ידע ממנו לא היה אוכל מקרי זה כמו שלא כדרך אכילתן משא"כ בידע ואפ"ה אוכל א"כ אחשבי' ע"כ חייב חומש ואף דרש"י פסחים (דף ל"ב) כתב דמיירי בשגג בשתיהן דאל"כ הא מזיד פוטרתו מתשלומין דהא איחייב לי' כרת הלא התוס' פסחים (דף כ"ט) ד"ה מאן י"א כו' כתבו דבתשלומי תרומה דכפרה הוי אין נפטר משום קלב"מ. וכ"כ התוס' כתובות (דף ל') וי"ל דגם הרמב"ם ס"ל כן ועיין בצל"ח ואור חדש שם אך יש להקשות מכריתות (דף י"ג) דיש אוכל אכילה א' וחייב עליו ד' חטאות ואשם א' טמא שאכל חלב נותר ממוקדשין ביו"כ דחייב וקשה הא כיון דשגג באיסור אחר

זולת הקדש לא יתחייב חומש וקרבן אינו חייב אם ליכא חומש כמבואר בפסחים (דף כ"ט) ובתוס' ד"ה ר' נחוניא כו' ויש ליישב זה ע"פ מש"כ הש"א בסי' ע"ו דבהקדש חייב אף שלא כדרך אכילתן ודלא כהתוס' פסחים (ד' כ"ו). א"כ כיון דעיקר הטעם דהרמב"ם דפוטר בתרומה מחומש אם נתערב איסור אחר משום דהוי שלא כדרך אכילתן. א"כ בקדשים דחייב שלא כדרך אכילתן ע"כ חייב אף אם נתערב איסור אחר ומזה סייעתא להש"א ואתי שפיר כ"ז. כן נראה לענ"ד בזה:

סימן לב

מה שהשבתי במש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ג ענף ד' להוכיח דיאוש נפק מרשות בעלים מיד מהא דהי' מהני יאוש בעבד בימי קדם וע"ז הקשו מנזיר (דף ס"ב) דאמרו בסוגיא לא דכ"ע אית להו דשמואל דהמפקיר עבדו כו' והא התם קאי אליבא דר' יוסי ור' יוסי הא ס"ל בנדרים (דף מ"ג) דהפקר לא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה א"כ לפ"ז הדין נותן דלא יהי' מועיל הפקר בעבד לר' יוסי ע"כ קושייתם:

א

הנה אין זה קשה כלל דהא רק ריו"ח קאמר כן בנדרים שם בטעמא דר' יוסי דאוסר שם אבל רבא הא קאמר שם טעמא אחרינא בדברי ר' יוסי דאוסר דזהו משום גזירה משום מתנת בית חורין אבל בענין ההפקר ס"ל לר' יוסי ג"כ דנפק מרשות בעלים מיד וכפי' הר"נ והרא"ש ופי' רש"י לפירוש קמא ואף לפירוש השני שם ברש"י הא עכ"פ מדרבנן הוי הפקר מיד אליבא דר' יוסי ולכן שפיר הדין נותן לר' יוסי דלא ישתה דכיון דנפיק מרשות בעלים מיד עכ"פ מדרבנן ע"כ הדין נותן דלא ישתה לר' יוסי ג"כ דהא להחמיר בוודאי יכולים חז"ל לתקן וכיון דהוי הפקר עכ"פ מדרבנן ע"כ ממילא דינו כמשוחרר לגמרי לשיטת שמואל:

ע"כ הוכרח הש"ס בנזיר לומר טעם אחר בפלוגתת ר"מ ור"י שם דלא מיירו בהפקר כלל וגם הא בסוף הסוגיא בנדרים שם (דף מ"ה) אמרו אבע"א הא דאפקרי' בבי תרי הא דאפקרי' באפי תלתא ופירשו שם רש"י והר"נ והרא"ש דכיון דהוי הפקר מפורסם מודה ר' יוסי דנפק מרשותו מיד וזהו מה"ת לכל הפירושים דשם. ע"כ בוודאי לפ"ז דמועיל הפקר בפני תלתא או יאוש כיון דמפורסם היאוש גם בעבד אף אליבא דר' יוסי ולדינא הא כתב הרע"ב בנדרים פ' ד' משנה ח' והרמב"ם בפי' המשניות שם בטעמא דר' יוסי דאוסר משום גזירת משום מתנת בני חורין וכמש"כ התוס' יו"ט שם ע"כ אתי שפיר הך סוגיא דנזיר דס"ל ג"כ שם כמאן דס"ל בנדרים דאף לר' יוסי הפקר נפיק מיד כו' וכמש"כ הרע"ב והרמב"ם כנ"ל ועיין בהר"נ לפסחים ר"פ אור לארבעה עשר כו' שכתב בזה"ל

ותו למאן דקאמר בנדרים אליבא דר' יוסי דהפקר כמתנה כו'. ועיין בשמ"ק לנדרים (דף מ"ג) בפירוש הסוגיא דשם ויש לי להאריך הרבה בפשט דברי רש"י בפירוש השני הנ"ל וקצרתי ובאמת לשיטת ריו"ח דלר' יוסי הפקר לא נפיק י"ל דפלוגתת ר"מ ור' יוסי בנזיר הוא דס"ל לכ"ע כשמואל רק ר' יוסי לשיטתו דלא נפק כו'. ע"כ ס"ל ישתה:

ב

ומה דהקשו על מש"כ בספרי נחל יצחק בקונטרסי בתפיסה בדרא דממונא בסי' א' סוף ענף ד' אליבא דריש לקיש דס"ל דחל הקנאה על דבר שלו ואינו ברשותו דה"ה דס"ל דחל הקנאה על איסורי הנאה והקשו דזה סותר למש"כ בספרי שם בסי' ל"ט בקונטרס ראשון בשעבודא דאורייתא בענף ב' דאף ר"ל מודה דהיכא דהוי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין דלא מהני הקנאתו אף אליבא דר"ל ע"כ קושייתם הנה לא ראו בספרי שם בסי' ל"ט ענף ב' בסוף ד"ה ונלע"ד לתרץ ע"פ האמור בב"מ (דף ז') כו' בסוף הדיבור הנ"ל שכתבתי בזה"ל וע"פ כ"ז יש להעיר במש"כ לעיל בסוף סי' א' בתפיסה בדרא דממונא אליבא דר"ל וקצרתי ע"כ לשוני בספרי שם. הרי דגם אנכי הרגשתי בזה בעצמי אך בעיקר הדברים הללו יש לי רוב אריכות דברים ואין העת גורם לי כעת להאריך בהפרט הזה:

ג

ומה דהקשו על מש"כ בקונטרסי בתפיסה בדרא דממונא בסי' א' ענף א' בהכלל דקדושת הגוף חל על דבר דאינו ברשותו לכ"ע והקשו ע"ז מהא דב"ק (דף ס"ח). הנה כמו כן הקשיתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד וכן כתבתי בספרי נחל יצחק שם בענף א' באמצע ד"ה וכן הדעת נוטה דדבר שלו ואינו ברשותו כו' וכתבתי בזה"ל ומה דהקשיתי בספרי שם. מהא דב"ק (דף ס"ח) ראיתי כעת בקצה"ח סי' קי"ז שהקשה כן ותירץ בטוב טעם ע"כ לשוני בספרי שם:

ד

ומה דהקשו על מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט ענף א' להוכיח דלהגזלן עצמו מהני הקנאתו מהא דיבמות (דף צ"ט) הגדילו התערובות משחררין זא"ז וע"ז הקשו דהא י"ל דשא"ה דהוי שיחרור בקדושת הגוף והא העליתי בספרי דחל אף על מה דאינו ברשותו א"כ לפ"ז נסתר ראייתי. הנני לפרש את דברי בספרי והוא דהא עיקר הכלל דקדושת הגוף חל על דבר שלו ואינו ברשותו הוא ממש"כ התוס' בקידושין (דף ס"ג) דלפי מה דמסיק הש"ס בכתובות דקונמות כקדושת הגוף כו' א"כ א"צ לומר כרב הונא ברי' דרב יהושע דמיירי באומרת יקדשו ידי לעושיהן:

דכיון דקונמות חל על דשלב"ל דה"ה דחל על דבר שלו ואינו ברשותו כמו שהארכתי שם בשם ההפלאה והפ"י והקצה"ח וזהו שיטת הרמב"ם וכמש"כ שם בארוכה א"כ לרב

הונא ברי' דרב יהושע דס"ל דאם לא אמרה יקדשו ידי לעושיהן אינו חל הקונם שלה אף דהוי קדושת הגוף א"כ ממילא מוכח דס"ל דלא לחלק בין קדושת הגוף לשארי מילי גבי דשלב"ל וה"ה גבי דבר שאינו ברשותו א"כ אליבא דידי' תקשה מן המשנה דיבמות דהגדילו התערובות משחררין זא"ז כיון דס"ל דגם קדושת הגוף אינו חל על דבר שאינו ברשותו. ולכן שפיר הוכחתי מזה דלהגזלן בעצמו יכול להקנות ועיין בתוס' גיטין (דף מ') וברשב"א שם דהך מילתא דרבא דהקדש וחמץ כו' לאו כ"ע ס"ל כן ועיין בפני יהושע שם וקצרתי:

ה

וכן אף לפי מש"כ בספרי שם דאף הפוסקים דס"ל דצ"ל יקדשו ידי לעושיהן מודו דקדושת הגוף חל על דבר שלו ואינו ברשותו כמש"כ שם מ"מ שפיר כתבתי להוכיח בספרי מן הא דיבמות כו' דהא בספרי שם כתבתי דמש"כ הקצה"ח בסי' קי"ז והפני יהושע לקידושין (דף ס"ג) לפרש כוונת מימרא דרבא דהקדש ושחרור מפקיע משעבוד משום דעיקר מילתא דמלוה טורף ממשעבדי זה הוא משום דהוי כמו דמכר הלוה לדבר דאינו ברשותו א"כ בקדושת הגוף דחל על דבר דאינו ברשותו ממילא דמפקיע מידי שיעבוד וכתבתי שם דכן כתב השמ"ק לכתובות (דף נ"ט ע"ב) בד"ה אלא א' רב אשי כו' דכמו דהקדש מפקיע משעבוד וחל ההקדש אף דהוי דבר שאינו ברשותו מה"ט ה"ה דחל קונמות על דשלב"ל דמ"ש דשלב"ל מן אינו ברשותו הא מידי דמשועבד לאחריני לגבי דידי' ה"ל אינו בעולם כו' עכ"ל השמ"ק א"כ להך שיטה חזינן דס"ל דלא לחלק בין דשלב"ל לדבר דאינו ברשותו דמוכיח הש"ס ממה דחל הקדש להפקיע משעבוד דה"ה דחל מה"ט קונמות על דשלבל"ע דמשמע מזה דלשיטת רב הונא דס"ל דצ"ל יקדשו ידי לעושיהן דס"ל דה"ה דאינו חל הקדש להפקיע מידי שעבוד דהטעם הוא דלהכי מצי טריף הבע"ח אף מהקדש דעיקר הטעם הוא דה"ל מכירת והקדש של הלוה כמו דמכר והקדיש לדבר דאינו ברשותו ואינו חל הקדישו הן על דבר דאינו ברשותו והן על דשלב"ל. ולפי הך שיטה מוכח דס"ל דלא נחלק בין דבר דאינו ברשותו לדשלב"ל ודלא כמש"כ בספרי אליבי' שיטת הסוברין דאף דבעי יקדשו ידי לעושיהן עכ"ז מודו בדבר דאינו ברשותו כיון דהוי דבר שלו דחל ההקדש דהא לפי מש"כ השמ"ק הנ"ל וכן כתב הפ"י בקדושין שם וכבר הקדימו השמ"ק וכן הוא כוונת התוס' בקידושין שם כנ"ל. א"כ מוכח דס"ל שלא לחלק ביניהם דהא ממה דהקדש מפקיע משעבוד באו להוכיח דמה"ט חל קונמות דקדושת הגוף גם על דשלב"ל:

ו

א"כ לפ"ז מוכח דרב הונא ברי' דר"י וכל הסוגיא שם מקודם דמסיק רב אשי כן מוכח דס"ל דאף קדושת הגוף אינו חל על דבר דאינו ברשותו אף דהוי דבר שלו ולכן מקשו הש"ס מקודם שם בפשיטות ומי איכא מידי דהשתא לא חייל כו' ובוודאי אין סברא לומר דהש"ס מקודם וכן רב הונא ברי' דר"י לא הי' ס"ל דקונמות הוי קדושת הגוף משום דפשט הגמ' משמע דזה הי' פשוט להו דקונמות הוי קדושת הגוף אלא דעיקר החידוש הוא מאי דאמר רבא דהקדש ושחרור כו' ועיין בח"מ סי' ע"ח ש"ך ס"ק י"ב מה דאמר על מה דאמרו שאני הכא דכל שפא כו' ולשיטת רש"י בפסחים (דף ל"א) עיקר הטעם מה דמלוה ממשעבדי הוא משום דהוי דבר דאינו ברשותו כנ"ל א"כ ממילא מוכח דרב הונא ברי' דר"י וכן כל הנך אמוראי דשקלו וטרי שם מקודם דמסיק רב אשי לומר ולחלק דשאני קדושת הגוף וכדאמר רבא כו' דמוכח דהי' ס"ל דהקדש אינו מפקיע משעבוד ומצי מלוה טריף מן ההקדש משום דאינו חל ההקדש משום דגם קדושת הגוף אינו חל על דבר דאינו ברשותו ומה"ט ס"ל דבעינן יקדשו ידי לעושיהן משום דלהך שיטה מוכח דס"ל שלא לחלק ביניהם ולא ס"ל למש"כ בספרי לחלק ביניהם. דהא מוכח להך שיטה דאם קונם חל אף דלא אמר יקדשו ידי דזה תלוי אם הקדש הגוף מפקיע משעבוד ואם אינו מפקיע אז בעינן יקדשו ידי כו' ואם מפקיע ממילא פשוט דה"ה דלא בעינן יקדשו ידי משום דלפ"ז חל אף על דשלב"ל א"כ ממילא מוכח לפ"ז דרב הונא ברי' דר"י וכל הנך אמוראי שם הי' ס"ל דלא כרבא דאמר הקדש ושחרור מפקיע משעבוד:

ז

וכן מוכח מן לשון הגמ' ביבמות (דף ס"ו ע"ב) דאמרו רבא לטעמי' דאמר רבא הקדש כו' דמשמע דרק רבא הוא דחידש זה הדין דהקדש מפקיע כו' דלשיטת רש"י בפסחים ולפי מש"כ השמ"ק בכתובות הנ"ל הוי הטעם דלכן הקדש מפקיע משעבוד משום דס"ל דהקדש חל אף על דבר דאינו ברשותו א"כ אי נימא דלכן בהא דיבמות דהגדילו התערובות משחררין זא"ז משום דשחרור הוי כקדושת הגוף דחל אף על דבר דאינו ברשותו א"כ עדיין תקשה על כל הנך אמוראי דפליגי על רבא במה יענו בהמשנה מפורשת ביבמות הנ"ל וכן מוכח בכמה סוגיות דרק רבא הוא דחידש זה הדין דהקדש ושחרור מפקיע משעבוד. ועיין בב"ק (דף צ') ותקשה דמה חידש רבא לזה הדין דהא זה מוכח מן המשנה מפורשת ביבמות דהגדילו התערובות משחררין זא"ז לפי שיטת רש"י והשמ"ק הנ"ל:

ח

ומש"כ התוס' בגיטין (דף מ' ע"ב) בד"ה הקדש כו' בתירוץ השני שם ועי"ל דלא חשיב אלא הנך תלתא שהם משניות כו' באמת אין זה מפורש כ"כ בהמשניות משום דבגיטין שם יש אוקימתא אחריני שם דלפ"ז אין הכרח לדרבא וכן בהא דפסחים (דף ל"א) לפי מה דס"ל לאביי שם רק רבא הוא דמפרש להנך משניות לפי שיטתו דס"ל הקדש כו' א"כ אי נימא דלכן בהגדילו התערובות משחררין זא"ז משום דשאני שחרור דהוי כקדושת הגוף דחל על דבר דאינו ברשותו א"כ תקשה דמה חידוש רבא זה וכן מה יענו החולקים על רבא בזה. וע"כ שפיר הוכחתי בספרי שם מן המשנה דיבמות דלהגזלן בעצמו מהני הקנאת הנגזל וכן אין סברא לומר דהך משנה דיבמות דהגדילו התערובות כו' אתו כצנועין דס"ל דעל דבר שלו ואינו ברשותו חל ההקנאה משום דאין סברא לומר דיפלוגו על הך סתם משנה דיבמות הנך תנאי דפליגי על הנך צנועין ועי' בב"ק (דף ס"ט). וכש"כ לפי מש"כ בספרי סי' ל"ט בקונטרסי בס"ד דאף לר"ל וצנועין אם אינו יכול להוציאו בדיינין מודו דאינו חל הקנאתו א"כ לפ"ז בוודאי א"ש ההוכחה שלי מהא דיבמות דמוכח דע"כ הטעם הוא התם דשאני היכא דהוי ההקנאה להגזלן בעצמו ויש לי אריכות דברים בכ"ז ועת לקצר:

סימן לג

נדרשתי מן רב גדול א' שנשאל מן עיר א' במדינת אמעריקא אשר יש שם כמה בתי רופאים ומצטרכים לגופים מתים לחותכם ונודע כי הוצאו כמה מתים מקבריהם למאות ולאלפים והעשירים שוכרין שומרים על איזה ימים וזהו הוצאה גדולה וגם אין זהו לתועלת לפי דגם אחר שלשה שבועות יכולין לעשות כמעשיהם והנה האינו יהודים קוברין במערות ובכוכין ושואלים אם מותר לבני ישראל ג"כ לעשות כן היינו לעשות בית באדמה מרוצף באבנים וגם לעשות דלת ברזל ולעשות כמו כוכין ולהניח הארון בתוך הכוכין עד ימות הקיץ ואח"ז לקוברם באדמה לפי שבתוך זמן זה יתקלקלו המתים ולא יהיו ראוין למלאכתן בבתי הרופאים וכן בימות הקיץ יחזיקו אותן איזה משך עד שיתקלקלו ולא יהיו ראוין כו' ונשאל כת"ר ע"ז דהא הנותן מת בארון ולא קברו בקרקע עובר עליו משום מלין המת כמבואר ביו"ד סי' שס"ב סעי' א' ושקיל וטרי כת"ר בהסוגיא דב"ב (דף ק') ובשארי סוגיות דיש להוכיח דלא היו נותנין עפר בכוכין והביא לדברי הרמב"ם פ"ד ה' אבל ה' ד' שכתב וחופרין בעפר מערות ועושין כוך כו' ומחזירין העפר והאבנים עליו ויש להם לקבור בארון של עץ כו' עכ"ל הרמב"ם. דמשמע מהרמב"ם דהיו נותנין עפר בהכוכין והאריך כת"ר בדברים נכונים:

א

ולענ"ד נראה בזה לדון ע"פ דברי הטור יו"ד סי' שס"ב שהביא בשם רב נטרונאי שכתב דלא כל הארצות שוות בזה יש מקום שיש שם ברד גדול כמו בא"י [פירושו קור גדול כמש"כ הב"ח שם] מכניסים אותו לכוך ואין נותנים עליו עפר כל עיקר כו' אבל בבבל שאין שם ברד קוברין אותו בארון ונותנים עפר על פניו ועיניו כו' ומכסין פניו בבגדיו ונותנין עפר על בגדיו כו' עכ"ל הטור. ע"כ יש לומר דמה דמשמע באיזה מקום בש"ס דלא היו נותנין עפר בהכוכין דזהו בא"י דשם לא היו נותנין עפר אבל בבבל ושארי מדינות היו מחזירין עפר בהכוכין ובזה מיירי הרמב"ם דכתב דהיו מחזירין עפר בהכוכין. ובנ"ד אין אני יודע אם שולט שם הקרירות רב או לא ובעיקר שאלתו לדעתי שיתנו עפר על פניו. וחרסין על עיניו ופיו ועל בגדיו בכל גופו יפזרו עפר מלמעלה ומלמטה ובתוך הארון דגם בזה יהיו יוצאין ידי נתינת עפר לטובת המת וכמש"כ הש"ך בסי' שס"ב ס"ק א' בשם הדרישה וכמש"כ הפרישה בס"ק ו' דמה שנותנין מקצת עפר על פניו אין זה גנאי ויכסו פניו בבגדיו ועל בגדיו שבכל גופו יפזרו עפר קצתו וכמש"כ הטור בשם רב נטרונאי כנ"ל. ומהראוי להשתדל אחר עפר אה"ק וכמש"כ הש"ך מזה בסי' שס"ג ס"ק כ' ואם לא יוכלו להשיג עפר אה"ק אזי יותר טוב ליתן סיד בארון כנ"ל וכמש"כ הרשב"א והובא ביו"ד סי' שס"ג סעי' ב' בהרמ"א והובא בהרדב"ז ח"א סי' תפ"ד ע"ש דע"י הסיד יתעכל בשרו במהרה:

ב

והנה כת"ר כתב דמן הנכון אשר קרקעות הכוך לא יהי' מרוצף באבנים כי אם קרקע ממש הנה לדעתי יש לדון דגם עצם הכוכין אף שהם מרוצפים באבנים או בלבנים דגם זה מקרי בשם מין עפר וכעין הך דחולין (דף פ"ח) דאבנים שחוקין ולבנה כתושין מקרי מין עפר לגבי כיסוי וכמבואר ביו"ד סוף סי' כ"ח אך התם בעינן שיהי' שחוקין וכתושין אבל גבי מה שמצריכין עפר לגבי המת לא בעינן שיהי' שחוקין וכתושין דהא התם גבי כיסוי גם רגבי אדמה כ"ז שלא נכתשו אין לכסות בהם וכמש"כ התב"ש בסי' כ"ח בסופו ע"ש. ואילו הכא הא חזינן דמה שמניחין את המת על האדמה מלמטה הא אינו נכתוש ונשחוק ומחובר לארץ ומ"מ מקרי עפר לגבי זה וכן הא כתב הדרישה דגם מה שנותנין חרסית על פיו ועיניו דגם זהו מקרי עפר לגבי מה שמצריכין עפר על המת לתועלת המת דכתיב כי עפר אתה ואל עפר תשוב וכמש"כ הטור וכמש"כ הש"ך בשם הדרישה. וכן הא כתב הרמב"ם בפ"ד ה' אבל דמחזירים אבנים עליו הרי דאף במה דנותנים אבנים על המת אף שלא נשחקו דגם כן מקרי מין עפר וסגי בזה וכמו כן י"ל במה דהכוכין עשויים מן אבנים ולבנים דגם זה מקרי מין עפר לגבי המת ומה שהם מחוברין לקרקע

לא איכפית לן דהא כל עפר שתחת המת הם מחוברים לארץ כן נ"ל בזה. ובקצרה כי הנני מסכים לדעת מעכ"ת בזה שישימוהו בארון ולהכניסו בכוך וע"פ האופן שנתבאר ולאח"ז יקברוהו בקרקע ממש דהא בנתנוהו ע"מ לפנותו מותר לפנותו וכמבואר בסי' שס"ג סעי' א' ויש לי אריכות דברים בכ"ז ועת לקצר:

סימן לד [א]

מה שהשבתי לרב גדול א' מן חו"ל ע"ד קהי' אשר הבה"ק שלהם לא יחזיק מקום קבורת המתים רק על ערך משך עשרה שנים וע"כ משתדלים אלופי הקהל דמחנם להשיג מקום לבה"ק אבל אינם משיגים לקנות אחוזת קבר לצמיתות רק ע"פ תנאי מן אדוני המדינה שבאם שלא יקברו מתיהם שם אז גם מתי ישראל אף מן הנקברים לא ישארו שמה רק יצטרכו לפנותן משם למקום אחר וכפי שהאריך כת"ר במכתבו ודעת כת"ר שלא להתיר זה וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

ענף א

א

והנני להשיבו בעז"ה והוא כי לדעתי אין מקום להתיר שיקנו מקום בה"ק על אופני תנאים שלא יהי' בבטח במנוחת שלום שם וכמו דהעיר כת"ר מהא דב"ב (דף קי"ב) דזבן מיזבן לא מצית אמרת דא"כ כמצאס שדה חוזרת ביובל ונמצא צדיק קבור בקבר שאינו שלו וכמש"כ החתם סופר ח' יו"ד סי' של"א מזה ואף דאמרו בגמ' בלשון צדיק קבור כו' עכ"ז הא עלינו החיוב להחזיק לחבירו בשם מעלת צדיק כמו דמצינו באו"ח סי' תקפ"ב סעי' ט' בהג"ה בט"ז ומג"א שם ובפרט בעדה שלימה דהם עדת קדושים אין לנו לעשות מעשה ח"ו דיהי' נגד כבודם ויהי' לגנאי להם ח"ו ועוד דבנ"ד דאחר כלות הזמן יצטרכו לפנותן למקום אחר. וזהו אסור ע"פ דין כמבואר ביו"ד סי' שס"ג דאין מפנין המת והעצמות מקבר לקבר. ואף לפי דברי הנו"ב בהמתים שיקברו סמוך לאותו הזמן וגם עיקר דברי הנו"ב בזה מוקשים וכמו שהקשה עליו בנו הגאון מוהר"ש זצ"ל בספר שיבת ציון סי' ס"ג מהך דיו"ד סי' הנ"ל דמבואר בטור וב"י שם בשם הירושלמי דגם בעצמות אין מפנין מקבר לקבר משום חרדת הדין וע"כ בהא דב"ב דאמרו ונמצא צדיק קבור בקבר שאינו שלו משום דהתם למי שתחזיר השדה ביובל לא יפנהו למקום אחר לכן לא אמרו שם רק לטעם הזה אבל בנ"ד דיש לחוש שיצטרכו לפנותן למקום אחר. ע"כ בוודאי אסור זה מן הדין אף בלא טענה דנמצא צדיק קבור בקבר שאינו שלו כנ"ל:

ב

והנה ראיתי בספר שיבת ציון שם שכתב לתרץ לקושיות הנו"ב שם ממה שהביא הטור בסי' שס"ג שנשאל רבינו האי על מה שמלקטין העצמות ומערבין אותן ומניחין אותם בגומא במערה כו'. וכן למה שהקשה הנו"ב שם מן ב"י שהביא שם דברי הרמב"ן בספר תולדת אדם שכתב דמקום שנהגו לשנותם לאחר עיכול בשר כו' דהוכיח משם הנו"ב דבעצמות לא שייך חרדת הדין וע"ז כתב השיבת ציון דשאני התם דהוי כמו דנתכוהו שם ע"מ לפנותו למקום אחר דמותר כמבואר שם ע"ש בספר שיבת ציון הנה לדעתי אינו ברור לדברי השיבת ציון הנ"ל במה שכתב דכה"ג הוי כמו נתנו שם ע"מ לפנותו. דהא לשון הטור בסי' שס"ג שם בזה"ל אם מתחילה הי' דעתם שלא נתנוהו שם אלא לפי שעה או שנוהגין לקבור במהמורות כו' הרי שלא התיר בנתנו ע"מ לפנותן רק בנתנוהו שם לפי שעה ולכן היכא דנוהגין לקבץ העצמות לאחר שנתעכל הבשר כמו הך דנשאל רבינו האי והך דהרמב"ן בספר תולדות אדם שכתב השיבת ציון דלכן לא אסרו שם משום אין מפנין כו' משום דהוי כמו נתנו שם ע"מ לפנותו דמותר הנה לדעתי זה אינו דהא בעינן דנתנו שם לפי שעה וכמש"כ הטור א"כ היכא דממתינין לאחר כלות הבשר בוודאי על זה לא קרינן לפי שעה ע"כ אין להתיר מטעם זה ואף דהמחבר שם בשו"ע סי' שס"ג סעי' א' כתב בקצרה ואם נתנוהו שם ע"מ לפנותו מותר מ"מ הא הטור כתב להדיא שלא נתנוהו שם אלא לפי שעה דמשמע דזה ההיתר הוא דוקא בנתנוהו לפי שעה ובלא זה לא מקרי זה ע"מ לפנותו והמחבר קיצר בזה:

ג

ועיקר קושיות הנו"ב מן הרמב"ן בספר תולדות האדם. נלע"ד דאינו קשה דהא הטעם שם כמש"כ הביאור הגר"א זצ"ל בסי' שס"ג ס"ק ב' דהיו קוברין במהמורות כו' משום כפרה דניחא לי' וכמש"כ הב"י שם בשם התה"ד שהטעם שהיו קוברים במהמורות בלא ארון כדי שיתעכל הבשר משום דסימן יפה לו שינוחו עצמותיו מן הדין עכ"ל הב"י שם וזהו כמבואר במחבר בסי' שס"ג סעי' ד' מקום שנוהגין לקבור במהמורות בלא ארון כו' א"כ במקום שנהגו כן טעמם דכיון דקוברין אותו מתחילה בשוחות עמוקות בלא ארון דיתעכל הבשר במהרה ואז לאחר דילקטו העצמות משם דלא יהי' שום בשר עליהם ואצלם דינוחו עצמותיו בשלום א"כ זהו לכפרתו וניחא לו זה ע"כ אין ראי' להוכיח משם דבעצמות לא שייך חרדת הדין דיהי' מותר לפנות העצמות מקבר לקבר וכמו שהוכיח מזה הנו"ב:

דבאמת אין זה ראי' לנידן הנ"ל ובנידן ראיות הנו"ב מהא דנשאל ר' האי דמערות שיש בהם כוכין שמכניסין המתים וכן הבה"ק דאחר שנתמלא ואין להם מקום דמלקטין

העצמות למקום א' דהוכיח מזה הנו"ב דבעצמות ליכא איסור לפנותן ובאמת לדינא ז"א כנ"ל:

ד

אך מש"כ השיבת ציון בהיתר דהתם. דזהו לפי דהוי כמו דנתנוהו ע"מ לפנותו כו'. לדעתי זה אינו דהא זה לא מקרי לפי שעה וכמש"כ למעלה ע"כ נלע"ד דלכן לא אסרו התם משום אין מפנין עצמות די"ל דמיירי התם באופן דלא הי' להם קרקע או מקום כוכין בהרחבה רק על אופן דאחר שיתמלא הקברות או הכוכין דיפנו משם העצמות לעת שיתמלאו א"כ בעת שיתמלא הקברות והכוכין ויצטרכו אז לפנות העצמות למקום אחר על מקום בה"ק הא יעשו אז כפי הדין דהא מותר לפנות אף ממכובד לבזוי לתוך שלו כמבואר שם בטור ובשו"ע סי' שס"ג ואף דפירשו שם הט"ז והש"ך והפרישה דלתוך שלו היינו למקום ששוכבים בני משפחתו עכ"ז גם ממקום שאינו שייך לו ולפנותו למקום שלו ג"כ מותר דגם זהו בכלל לתוך שלו וע"כ כיון דמיירי שם רבינו האי דלא הי' להם רשות ויכולת להיות שם קבר עולמית רק קבר לזמן לפי דלולי זה לא יהי' להם מקום לקבור מתיהם כי לא הי' להם קרקע רחבה ע"ז וכיון דלא הי' הרשות להמתים להשאר שמה במקום קבורתם לאחר שיתמלאו הבה"ק. ע"כ מותר אז לפנותן להעצמות לקוברן ביחד במקום אחר בבה"ק שהי' להם במיוחד ע"ז רק דלא הי' נצרך להם קרקע גדולה ע"ז וממילא הוי זה כמו לתוך שלו ממש דמותר לפנותן ולכן אינו קשה ע"ז מהא דאין מפנין עצמות מקבר לקבר דהא אף במקום קבר הראשון הוי כמו מקבר שאינו שלו כיון דלא הי' רשות להניחן שם עולמית והוי מקבר שאינו שלו לקבר שלו ע"כ לא שייך שם סברא זו. ומתורץ קושיות והוכחות הנו"ב הנ"ל:

ה

ולכן בנ"ד דמי יודע אם לעת שיצטרכו לפנות המתים והעצמות מן בה"ק למק"א דיהי' להם אז בה"ק לאחוזת עולם דהא יכול להיות דגם לאותו זמן לא ישיגו מקום לאחוזת עולם רק לקנין לזמן א"כ לא יהי' שייך אז לדון דהוי לתוך שלו דהא גם אז לא יהי' זה מקרי לתוך שלו ממש ומנלן להתיר בכה"ג וגם יכול להיות דיצטרכו לפנות להעצמות גם ממקום בה"ק השני וכל ימות עולם יהי' בחשש פינוי העצמות כמה פעמים ובוודאי זהו לבזיון להמתים. ושייך הנך ב' טעמים בזה היינו חרדת הדין וניוול המתים וכמו הא דב"ב (דף קנ"ד וקנ"ה) ואף לפי דברי השיבת ציון דכתב דנידון כזה מקרי נתנוהו ע"מ לפנות דמותר עכ"ז אינו שייך כן רק היכא דיש להקהילה מקום השייך להם לאחוזת עולם שהיכולת בידם לקבור המתים והעצמות שמה לאחר שיפנו אותן מקבריהן. ע"כ קרינן בזה דהוי זה כמו נתנו ע"מ לפנות דהא יש להם מקום מזומן ומיוחד לפנות העצמות

לשם למנוחת עולם משא"כ היכא דהקהל אין להם בה"ק רק על זמן או על תנאי שאינו בידם ע"כ לא מקרי זה ע"מ לפנות דהא אין להם מקום היכן לפנותן כלל כעת ולכן אין זה דומה לנתנו ע"מ לפנותו ובפרט לפי מה דנתבאר למעלה דהטור כתב להדיא דיהי' נתנו ע"מ לפנותו לפי שעה. ע"כ אין מקום להתיר כלל לקנות מקום לבה"ק על זמן או על תנאי שיהי' תמיד בחשש שיצטרכו ח"ו לפנות להמתים או להעצמות ושייך שפיר בזה הנך ב' טעמים א' משום חרדת הדין ב' משום ניוול וכנ"ל:

ו

ולדעתי ברור דאף דכתב הנו"ב בסי' פ"ט בעובדא דקהל שקנו מקום הקברות למאה וחמשים שנה כו' דנ"ל ברור דוודאי אם הי' להם עצה אחרת לא הי' מתירין להם לקבור המתים על בה"ק שאינו לאחוזת עולם וכפי הטעמים שכתבתי רק בעובדא דהנו"ב הנ"ל י"ל דהי' אז באותו הזמן שקנו להבה"ק על משך זמן מוכרחים לזה. משום דלא הי' להם אז שום עצה אי' לקבור המתים וע"כ הוכרחו לקנות בה"ק אף שאינו רק לזמן מוגבל ואפשר לומר במה שכתב הנו"ב שם בסוף התשובה דמכאן ולהבא כיון דיש בידם לקנות קרקע לחלוטין לא יקברו במקום הזה עכ"ל הנו"ב וי"ל דזה קאי גם על מש"כ הנו"ב שם מקודם אם יהיו בטוחים על אחר כלות הזמן יהי' להם רשיון לפנות העצמות כו' דגם באופן הזה שיש להם בטוחות על אחר כלות הזמן כו' דמ"מ לא יקברו עכשיו במקום הזה כיון דיש בידם לקנות קרקע עולמית עכשיו ואיך שיהי' כוונת הנו"ב הנ"ל נלע"ד ברור לדינא דאין להתיר כלל לקנות בה"ק על זמן מוגבל וכש"כ דאין לקנות על איזה תנאי שאינו בידינו וכל יום ויום אנו בחשש פנוי המתים ח"ו ולכן כיון דיש להם לע"ע מקום לקבור לכל הפחות על משך עשרה שנים ע"כ אין לקבור המתים במקום שאינו לאחוזת עולם ותשועת ד' בקרוב ויהי' ד' בעזרתם ליתן אותם לחן ולחסד בעיני השרים שישיגו מקום בה"ק לאחוזת עולם בעז"ה:

ז

וגם יש עצה בידם לשפוך עפר על הביה"ק הישן ויהי' שיעור ו' טפחים קרקע מפסיק בין קברים התחתונים להעליונים כמבואר בטושו"ע סי' שס"ב ועיין מזה בתשב"ץ ח"ג סי' קי"ט ולדברי השו"ע אנו שומעין דמצריך ו' טפחים:

וכן עושין בכמה קהלות קדושות ששופכין עפר על בה"ק הישן לקבור המתים שמה אם אין להם מקום בה"ק כנכון והגידו לי אשר בק"ק קאליש במדינת פולין שפכו מכבר עפר על הבה"ק הישן רק מקום הקבר של רבינו מגן אברהם זצ"ל. ומקום הקבר של רבינו בעל אלי' רבא זצ"ל הניחו קברי הגאונים הצדיקים נ"ע הללו שלא לשפוך עליהם עפר כדי שיהי' יכולים לילך על קבריהם. וכיון שיש האפשרות עדיין שיהיו המתים

קבורים במקום בה"ק שהיא אחוזת עולם ע"כ אין להתיר לקנות מקום קבורת על זמן או על איזה תנאי:

ובתוך הזמן יהי' ד' בעזרתם שיקנו מקום אחוזת עולם או שיזכינו ה' בקרוב לתחיית המתים ויקויים בנו בלע המות לנצח כו' ונעלה לציון ברננה בבא"ס:

ענף ב

ח

תשובה שני' בענין הזה אחדשה"ט יקרת מכתבו הגיעני בדבר שאלתו אשר הבה"ק הישן אינו מחזיק מקום קבורת המתים ונתנו להם מן הממשלה מקום בה"ק החדש ובאופן כי בעת שיצטרכו לעצם המקום של הבה"ק לצרכי עניינים שמחוייבי' הקהי' לפנות את המתים משם וזה ערך ששה שנים שנדרשתי מן כת"ר בזה והשבתי אז כי מחוייבין ראשי הקהי' ולהשתדל ולקנות מקום לחלוטין ואחוזת עולם על בה"ק החדש וכמש"כ בנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' פ"ט בקצרה בסוף תשובתו בזה"ל דמכאן והלאה כיון שיש בידם לקנות קרקע לחלוטין לא יקברו במקום ההוא עכ"ל הנו"ב שם וכמו שהארכתי אז בתשובתי וכעת נדרשתי מאת כת"ר כאשר יש רבים המונעים מלקבור את המתים על בה"ק החדש ויש הרבה אשר קוברים שם המתים ונסתפק מעכ"ת אם מותר ע"פ דין להתעסק בצרכי המתים שנקברים בבה"ק החדש כמו לטהרם וללוותם וכיוצא. כי יש בזה חשש מסייע ידי עוברי עבירה וביקש כת"ר ממני לחוות דעתי בזה והנני להשיבו ב"ה בקצרה והוא כי לכאורה נראה דאף היכא דלא שייך לפני עור וכמו בנזיר דלא קאי בתרי עברי דנהרא דלא שייך לפני עור דמ"מ אסור לסייע ידי עוברי עבירה וכמש"כ התוס' בשבת (דף ג' ע"א) ד"ה בבא דרישא כו' ובראש"ש שם וביו"ד סי' קנ"א סעי' א' בהג"ה ובש"ך ס"ק ו':

ועיין מזה במג"א סי' שמ"ז ס"ק ד' כן הי' נראה לכאורה:

ט

ועכ"ז נראה לע"ד לדינא דלא שייך בנ"ד לאסור משום מסייע ידי עוברי עבירה דהא עיקר התעסקות בצרכי המת הוא למען כבוד המת. והנה המת עצמו לאו בר עובר עבירה הוא ומה יעשה המת שהוא מוטל כאבן דומם שאין לו הופכים [ועיין באורים ותומים סי' ק"ז סעי' ב' באורים ס"ק י"ג ואין לנו לבזות את המת בשביל קרוביו ובניו שאין מוליכין אותו למקום בה"ק הקנוי לחלוטין וכי נפקוד עון בנים על אבות בתמי' וע"כ אין לנו לאסור בזה משום מסייע ידי עוברי עבירה דבכל המקומות דאסרו משום מסייע ידי עוברי עבירה הוא היכא דמסייע ידי העוברי עבירה עצמם משא"כ הכא דעיקר המעשה הוא בשביל כבוד המתים. והמת עצמו לאו בר עובר עבירה הוא עכשיו. ועלינו מוטל לבקש צדדי דהיתירא בענינים כאלה דיש בזה דרכי שלום וההיפוך הוא חשש מחלוקת

ח"ו ומי יודע שלא תהיה אגודות אגודות ע"י זה וכדמצינו בגיטין (דף ס"א) ובשבועות פ"ה משנה ט' דמשאלת אשה לחברתה החשודה על השביעית נפה וכברה ורחיים ותנור מפני דרכי שלום ומבואר בתוס' שם ובר"ש ובר"מ לשביעית ובתויו"ט שם דתלינן מה"ט אף בדבר שאינו מצוי כי גדול כח דרכי שלום וכמש"כ המג"א בסי' שמ"ז ס"ק ד' בקצרה להך כללא:

ו

וכש"כ בנ"ד דיש לנו סברא מעליא כנ"ל וע"כ וודאי אין לנו להחמיר בכזה משום חשש מסייע ידי עוברי עבירה דיש לנו לצדד ולהקל מפני דרכי שלום רק היכא דידוע לנו כי המת עצמו בעודו שהי' בחיים חיותו הוא הי' מן המעכבים מן השתדלות השגת קניות מקום בה"ק לחלוטין ובאמת הי' ביכלתו לעזור ע"ד קניות הבה"ק הנ"ל רק דלא רצה בזה יש לדון לכאורה דיש בזה חשש כמו מסייע ידי עוברי עבירה אבל באמת זה גם כן אינו דהא עכשיו שמת לאו בר עובר עבירה הוא וגם י"ל כיון דהי' בידו להשתדל בעצמו ולא השתדל א"כ מסתמא אינו חושש בהנך שני טעמים דאמרו על הא דאין מפנין את המת מקבר לקבר אחר משום שני טעמים א' משום ניוול המת ב' משום חרדת הדין וכמש"כ הבית יוסף בסי' שס"ג והובאו בשו"ת שיבת ציון סי' ס"ג א"כ לכאורה י"ל דכיון דלא חשש בעצמו לכל זה דאין לנו לחוש בעבורו אך בזה י"ל דהא מצינו בסנהדרין (דף מ"ו ע"ב) דאי משום בזיונא לאו כל כמיני' דבזיון הוא לקרוביו וה"ה בחשש ניוול המת ובהך איבעיא דסנהדרין שם נקטינן לחומרא וכמבואר ביו"ד סי' שמ"ח:

ועכ"ז נראה דאף באותן שהי' בידם להשתדל ולהשיג מקום בה"ק שיהי' קנוי לחלוטין דמ"מ אנחנו מעצמינו אין לנו לקנוסם בכזה ורק היכא דקנסו בפירוש כזה אז שאני:

וכעין המבואר ביו"ד סי' של"ד סעי' ו' ע"ש ובאה"ע סי' קנ"ד סעי' כ"א בהגהת הרמ"א ע"ש וכיון דעכשיו שמת לאו בר עובר עבירה הוא אין לנו לחוש משום מסייע ידי עוברי עבירה כיון דבעת התעסקות עבורו אין זה מקרי עוברי עבירה:

יא

וכש"כ במי שיש לנו להסתפק דשמא לא הי' ביכלתו בעודו הי' בחיים חיותו להשתדל על קניות בה"ק החדש לחלוטין דמספיקא וודאי אין לנו לחוש משום מסייע ידי עוברי עבירה וכמו דכתבו התוס' בגיטין (דף ס"א) ובר"ש והר"מ ובתויו"ט לשביעית פ"ה משנה ט' דהיכא דהוי ספק איסורא או דהיתירא דאין בכזה לאסור משום מסייע ידי עוברי עבירה ומשום דרכי שלום אף בשביל ספק היתירא בדבר שאינו מצוי ג"כ מותר וה"ה בנ"ד דאם לימא להסתפק דהמת בחיים חיותו אולי לא הי' ביכולתו על ההשתדלות השגת מקום בה"ק שיהי' לאחוזת עולם וכיוצא א"כ אז מקרי דהיתירא דאין בכזה חשש

לאסור משום מסייע ידי ע"ע ויהי' מאיזה טעם שיהי' כיון דאין בזה חשש איסור משום מסייע ידי כו' ומקרי זה היתירא להתעסקות בצרכי המת עכ"פ ע"כ מה"ט ה"ה אף במקום לידת ספק בזה עצמו ואף בחשש רחוק דג"כ אין לנו לחוש משום איסור מסייע כו' ומותר לנו להתעסק בכל צרכי המת ומשום דרכי שלום:

יב

והנה התם בהך דמשאלת לחברתה חשודה על השביעית דמפני דרכי שלום התירו שם. ולא דיינינן לומר דשמא אם היינו מרחיקין את עצמינו מן שאלת כלים להחשודה על השביעית וכיוצא דאז אולי תחזיר מדרכה הרעה אלא אמרו דאין לנו להרחיק עצמינו ממנה כי חז"ל ראו דגדול השלום כיון דיש לנו למתלי אף בצד רחוקה וטעמם דראו דע"י השלום יכול להיות שתחזור מן דרכה ותתן אוזן קשבת לדברינו ולא יהיה אגודות אגודות ח"ו וכדאמרו בחגיגה (דף כ"ב ע"א) כעין זה דכמאן מקבלין האידנא סהדותא כו' דחיישינן לאיבה]. ויהי' מאיזה טעם שיהיה כיון דמצינו משום דרכי שלום ובאיכא למתלי אף בדבר הרחוק אמרו דאין לנו לחוש משום מסייע ידי עוברי עבירה וה"ה בנ"ד כנ"ל והנה רש"י בגיטין (דף ס"ח) פירש על הא דאמרו שם דלא תבור ותטחון דזהו מפני שמסייע ידי עוברי עבירה בשעת העבירה כו' ולפ"ז י"ל דה"ה במה שהוכחנו מהך דמשאלת לחשודה נפה כו' דרק בהתעסקות בטהרת המת וללוותן וכיוצא דאין זה מקרי בשעת העבירה על זה יש למילף משם דמותר היכא דהוי ספק כנ"ל אבל להניח את המת בקבר דזה הוי כמו שעת העבירה עצמה יהי' אסור. אבל באמת הא לשיטת התוס' והר"ש והתויו"ט הנ"ל כפי שנתבאר בשמם אין הכרח לחלק כן. דהא עיקר הטעם דמשאלת לחברתה החשודה כו' הוא לפי שיש לתלות באיזה צד דהיתירא וכפי שהביאו בשם הירושלמי ע"כ י"ל דלכן לא תבור ולא תטחון לפי דשם אין לנו במה לתלות כלל והוי איסור וודאי וגם י"ל דזהו כוונת דברי רש"י במש"כ דשעת העבירה שאני דזהו היכא דאין לנו שום ספק בעצם העבירה והוי עבירה וודאית. ע"כ מקרי זה בשעת העבירה ויש לי עוד להאריך בזה אך מפני חולשתי הוכרחתי לקצר כעת:

יג

קוטב דברי לדינא בנ"ד דאין לנו להחמיר בכ"ז. רק יש לנו לצדד להיתירא והנכון להודיע לכל בפרסום כי עצם בה"ק החדש אין מן הנכון לפי הדין לקבור שם את המתים והחיוב על כל הקהי' להשתדל ולהשיג מקום על בה"ק לחלוטין ורק מה דמתעסקין בצרכי המתים אשר נקברים על בה"ק החדש זהו לפי דמה יעשו המתים והם עצמם לאו בני העבירה הם. ובאמת אין רוח חכמים נוחה מן הבה"ק החדש וכפי הדין באמת ויכול להיות כי מחמת השלום יתקרבו כל הדיעות ויתן ה' בלב כל ראשי ומנהיגי הקהי'

שישתדלו להשיג מקום אחוזת עולם על בה"ק החדש וה' יהיה בעזרם ויתברכו ברוב חיים ושלום נצח כנפשם לטובה:

סימן לד [ב]

נשאלתי מקהילה אחת בחו"ל שנתייסדה זה ערך שבעים שנה ועד עתה היו קוברין מתיהן בעיר אחרת רחוקה כמו שעה אחת ועתה נתרבו התושבים ורוצים לבנות ביה"ק לעצמם:

א

והנה לדעתי הרשות בידם ואין יכולים אנשי הקהילה הסמוכה למחות בידם ע"ז ואדרבה הנכון והיושר לעזור להם דהא יותר טוב כן שלא יצטרכו להוליך המתים למרחוק וכמבואר ביו"ד סי' שס"ג סעי' ב' דהא דאין מוליכין מת שיש בה קברות לעיר אחרת דהטעם הוא משום צער ובזיון המת לטלטלו למרחוק וכמש"כ בתשובת זכרון יוסף דהשיג על טעם הש"ך בס"ק ד' שם שכתב דזהו משום כבוד המתים שמבזה אותם שלא לנוח אצלם את זה והובא בחידושי רע"ק ליו"ד שם ס"ק ב' ובפתחי תשובה שם ס"ק ד' ולא חילקו שם בין רחוק הרבה לרחוק מעט:

ב

ובעיקר טעמו של הש"ך בסי' שס"ג ד' הנ"ל. מצאתי בעז"ה בספר חסידים ס"ק תש"ט שכתב בזה"ל א' קהל א' רצו ללכת למקום אחר בא מת א' בחלום ואמר אל תעזבו אותנו כי יש לנו הנאה כשתלכו לביה"ק כו' עכ"ל ולפי דבריו הקדושים יש לנו טעם נכון על מה דאין מוליכין את המת לעיר אחרת וכעין דברי הש"ך אך בסיגנון אחר דיש להסביר זה ביתר ביאור דכיון דיש הנאה להמתים כשבאים עדה קדושה עם המת לשם וע"כ זהו כעין מה דקיי"ל בהלכות צדקה דעניי עירו קודמין לעניי עיר אחרת וכמבואר ביו"ד סי' רנ"א סעי' ג' ואין לנו עני ביותר כמו המת דע"ז נאמר בכמה ענינים הפסוק לועג לרש וכמבואר בברכות (דף י"ח) ומנחות (דף מ"א) וביו"ד סי' שס"ז סעי' ב' ובאו"ח סי' מ"ה וכמו דבעניים חיים יש משפט קדימה לעניי עירו כמו כן בנפטרים דהם עניים ביותר ע"כ להם היינו לביה"ק דעירו משפט הקדימה ביותר והא דמוליכים המת מח"ל לארץ שא"ה משום וכפר אדמתו כו' ועיין בח"מ סי' קע"ה בסמ"ע ס"ק צ' וקצרתי ועפ"ז מיושב בפשיטות קושיות זכרון יוסף דהקשה דמפני מה דציוה המת להוליכו לעיר אחרת דמוליכין. דז"א קשה דהא כיון דהטעם הוא משום דעניי עירו קודמין א"כ בדיעבד כמו בנודר לצדקה לעניי עיר אחרת בוודאי חייב לקיים מוצא שפתיו וה"ה בזה דכיון דציוה המת בעצמו להוליכו שמה חייבין לקיים כן משום מצוה לקיים דברי המת ויש להאריך

בזה הרבה. ולפ"ז אין הכרח לסברת הזכרון יוסף הנ"ל ועכ"ז זהו סברא מעליא בעצמותה דיותר כבוד להמת כשלא יצטרכו לטלטלו למרחוק וכמש"כ הזכרון יוסף הנ"ל דכמה סיבות יכול להיות בעו"ה כשיצטרכו להוליכו למרחוק וע"כ הנכון והיושר שישתדלו לבנות בה"ק לעצמם:

ג

וגם שייך בכה"ג סברת המגן אברהם באו"ח סי' קנ"ג ס"ק מ"א דבעשיות המצוה כ"א רוצה לזכות ואין מוחין בידם ואף שכתב המג"א שם דבמדינתינו צריך ליתן להחברה כמנהגם זהו הכל בעיר אחת וזהו רק מצד המנהג אבל בעיר אחרת אדרבה המנהג הוא בהרבה עיירות במדינתינו דאף שהוליכו את מתיהם לעיר הסמוכה עכ"ז ברבות הזמן כשיש היכולת בידם בעז"ה לבנות ביה"ק לעצמם אין שום כח למחות בידם ובאמת הדין והיושר עמהם ע"ז וכפי הטעם שכתבתי וה' יהי' בעזרם להוציא לאורה את מחשבתם הרצוי' בזה ומה שכתב כת"ר בשם ספר בנין ציון אין הספר הזה ת"י כעת והמנהג הוא כשקוברים את המת הראשון בבה"ק החדש דמתענים כל אנשי העיר כל היום ההוא ומרבים בצדקות ובתחנונים וכיוצא בזה ויה"ר שיבולע המות לנצח ונזכה לחיי עולם הנצחי בבא"ס ועיין בחתם סופר ליו"ד סי' שכ"ט שהביא לדברי המג"א הנ"ל ויש להאריך ועת לקצר:

סימן לה

שאלה אם כהן מיטמא לשומרת יבם שלו וזה מבואר בסי' שע"ג ליו"ד סעיף ד' בשם הרשב"א ולפי שיש לעיין בזה הרבה ע"כ ראיתי לבאר זה היטב בעז"ה:

ענף א

א

והנה זה לשון המחבר ליו"ד שם דכהן מיטמא לשומרת יבם אפילו אם כתב בכתובתה אי מיתת בלא בני תהדר כתובתך לבי נשא והטעם הוא דהולכין בזה אחר רוב יבמין דעלמא וכמש"כ הרשב"א בתשובה שהובא בבית יוסף שם ומשמעות פשט דברי המחבר הוא דלפי דיש זכות להיבם להיות יורש לכתובתה ע"כ דינו דמיטמא לה ונראה לענ"ד לתמוה בזה מהא דיבמות (דף כ"ט) בעי רבה מאמר לב"ש נשואין עושה כו' א"ל אביי אילימא ליורשה וליטמא לה השתא ארוסה בעלמא תני ר"ח אינו יורשה ואינו מטמא עבד בה מאמר מבעיא כו' אלמא דיבם אינו מטמא לשומרת יבם אף בעבד מאמר וכש"כ בלא מאמר וזהו קושיא חמורה:

ב
ולכאורה י"ל בזה דמקור הך דינא הוא מתשובת ב הרשב"א ח"ג סי' רנ"ב ומתחלה העיר הרשב"א שם מן הא דמצינו דטומאה אינו תלוי בירושה שהרי אינו מטמא לאחותו ארוסה ומפותה ומוכ"ע וארוסה כו' אע"פ שיורשה ולא שרי ליטמא לה משום מת מצוה וכן אשתו פסולה דאינו מטמא ומ"מ יורשה ולסוף הביא הרשב"א שם סוגיות הגמ' דיבמות (דף פ"ט ע"ב) דבאשתו. קטנה יורשה ומטמא לה משום דה"ל כמת מצוה כיון דאב לא ירית לה קרי ולא עני כו' אלמא דטומאה תלוי בירושה דמשום ירושה מקרי מת מצוה ומחלק הרשב"א שם דלא אמרו שם ביבמות כן אלא במי שעשאוהו מדבריהם כבעל ירושה בזה דינו כמ"מ דהקרובים יאמרו דכיון דהבעל אינו יורשה אלא מדבריהם ואין לו זכות מה"ת ע"ז יקפידו הקרובים ולא ירצו להטפל בה. משא"כ בבעל היורש מה"ת וכן קרוב היורש מה"ת בזה לא חשו חז"ל להתיר לטמאות משום דהא קרוביו יטפלו בה ולא יקפידו בזה כיון דזוכה בירושה מה"ת עכ"ל הרשב"א ובאמת התוס' ביבמות (דף פ"ט ע"ב) ד"ה כיון כו' הוכיחו מן הא דאשתו פסולה דיורשה ואינו מטמא לה דטומאה אינו תלוי בירושה (וזהו בתוספתא דיבמות פ"ב דאלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט יורשה ואינו מטמא לה] ושאני הא דיבמות בקטנה דיורשה ומטמא לה משום דזהו לא הוי כמ"מ גמור רק מדרבנן בדבר הדומה כו' אבל הרשב"א חולק על התוס' ומחלק בין ירושה מה"ת לבין ירושה מדרבנן וכ"כ הנימוקי יוסף ביבמות ר"פ האשה שהלך לחלק ג"כ כחילוקו של הרשב"א דדוקא בירושה מדרבנן יקפידו הקרובים והוי כמ"מ משא"כ במה שיורשה מה"ת אין הקרובים מקפידין ומטפלים הם וכל העם בקבורתה עכ"ל הנימוק"י:

ג
ובכתובות דף פ"א) איתא דהיבם חייב בקבורתה הואיל ויורש הכתובה וכמש"כ התוס' שם (דף פ') ד"ה יורשי הבעל כו' ויש לדון גבי טומאה דזה תלוי אי כתובה דאורייתא אזי שפיר שייך לומר דהקרובים יקפידו על מה שיורשה היבם מדרבנן דיקפידו על מה שחז"ל נטלו ממונם דיש להם זכות בהם מה"ת ונתנו להיבם וע"כ אז דינו כמ"מ ומטמא לה היבם משא"כ למ"ד דס"ל כתובה דרבנן לא מצינו דאמרו בזה לקפידת הקרובים לפי דהסברא בזה לומר כיון דעיקר הזכות בזה אינו אלא מדרבנן שפיר יש כח לחז"ל לתקן דהיבם יורשה דהא הם אמרו והם אמרו והוי כמו דאם הממון שייך מה"ת להבעל דבזה לא יקפידו הקרובים וע"כ לא הוי כמ"מ:

וה"ה אף במה דאינו זוכה היבם בירושתו אלא מדרבנן. מ"מ כיון דעיקר הממון המגיע להיבמה אינו אלא מדרבנן. שפיר הסברא נותנת דביד חז"ל למסור הממון למי שירצו

ואין מקום בזה לומר שיקפידו הקרובים כלל דהא עיקר זכותם בזה אינו רק מדרבנן וע"כ אינו רשאי היבם לטמא לה משום דאין דינה כמ"מ דהא לא מצינו ראי' מוכרחת לדון גם בכה"ג דיהי' דינו כמ"מ ובלא ראי' מוכרחת אין לנו לחדש מדעתינו כיון דיש מקום לחלק כן בסברא מעליא וידעתי מה דיש מקום להתעקש ולומר דכיון דכבר זכתה האשה בכתובתה ע"כ אף דאינו אלא מדרבנן מ"מ דינו כדאורייתא בזה וי"ל בזה הפקר כו' הפקר וכל דתקון רבנן כדאורייתא תקנו:

אבל באמת ז"א דהא ידוע מה שכתב ר' ירוחם בקידשה במע"ש דאינו אלא מדרבנן כמבואר באה"ע סי' כ"ח סעי' י"ג בב"ש ס"ק ל"ה וס"ק ו' ומה שביארו זה האחרונים והגט פשוט בסי' ק"כ והמק"ח על ה' פסח סי' תמ"ח ובתשובת ר"ע איגר זצ"ל סי' רכ"ב וכן מצינו דאמרו בכמה דוכתי לחלק דשאני כתובה דאינו רק מדרבנן וקצרתי וע"כ שפיר כתבתי:

ד

ולפ"ז י"ל דאביי דס"ל בכתובות (דף י"ב ע"א) דכל שנהג כמנהג הזה אינו יכול לטעון טענת בתולים אבל בגליל ולא נהג להתייחד יכול לטעון טענת בתולים משום דכתובה דרבנן כמבואר בכתובות (דף ו') בתוס' ד"ה אמר רב נחמן כו' לכן שפיר אזיל אביי לטעמי' ביבמות כ"ט וס"ל דיבם אינו מטמא לשומרת יבם משום דאין דינו כמ"מ דהקרובים לא יקפידו ע"ז דהא עיקר זכותה אינו מעיקרא רק מדרבנן משא"כ להפוסקים כתובה דאורייתא שפיר יש לומר דהיבם מטמא לה דדינו כמ"מ. משום קפידת הקרובים דחז"ל נוטלים הזכות השייך להם מה"ת ונותנים להיבם לכן שפיר פסק הרשב"א דהיבם מטמא אמנם עדיין תקשה לפי מה שכתב הב"ש בסי' ס"ו ס"ק י"ד דלפי מה דקיי"ל דנאמן לומר פ"פ מצאתי דיותר נראה דכתובה דרבנן א"כ תקשה עדיין מהא דיבמות על פסק הרשב"א והשו"ע ביו"ד דפסקו דהיבם מטמא להיבמה וגם הרשב"א בסוף חדושיו לכתובות פסק דכתובה דרבנן לכן הקושי' הנ"ל במקומה עומדת:

ה

לכן נלע"ד לתרץ דברי הרשב"א הנ"ל ע"פ מה שכתב הרשב"א בתשובה הנ"ל דלכן היבם מטמא משום דהא יורש גם הנכסי מלוג שנפלו בעודה תחתיו דבעל ולא אמרו נכסים הנכנסים והיוצאים המה בחזקת יורשי האב כי אם בנפלו בעודה שומרת יבם ע"ש וכן הוא שיטת הרי"ף בר"פ הכותב והכרעת הרשב"א בחידושיו ליבמות (ד' ל"ט) דלרבא דס"ל ביבמות (דף ל"ט) דידו עדיפה מידה א"כ יורש היבם כל נ"מ שנפלו בעודה תחתיו דהבעל. לכן דינו כיורש גמור והוי כמ"מ משום דהקרובים יקפידו ע"ז ולא יטפלו בה משא"כ לאביי דס"ל ביבמות דידו כידה ולכן ביבם ס"ל לבית שמאי דיחלוקו גם בנכסים

שנפלו בעודה תחתיו וגם הקרובים שקלי פלגא כמבואר ביבמות (דף ל"ט) וברש"י ר"פ הכותב אליבא דאביי ע"כ אביי לטעמי' שפיר ס"ל דאין דין היבמה כמ"מ ואין להיבם לטמא לה משום דאין דינו כיורש גמור ואף דהתם קאי לבית שמאי מ"מ הא ב"ש לא קאמרי רק דיחלוקו בנ"מ כמבואר ביבמות (דף ל"ח) ובכתובות (דף פ'). ע"כ אין דינו כמ"מ משא"כ הרשב"א דפסק כרבא דידו עדיפא מידה גם ביבם ונוטל כל נ"מ שנפלו בעודה תחתיו דהבעל לכן שפיר פסק דמטמא היבם דדינו כמ"מ משום קפידת הקרובים דנוטל כל נ"מ שנפלו בעודה תחתיו אבל לפ"ז צ"ע דברי המחבר דפסק באה"ע סי' ק"ס סעי' ז' דיורשי הבעל יורשים חצי נצ"ב וגם על נ"מ שנפלו בעודה תחתיו דהבעל משמעות המחבר שם סעי' ו' וסעי' ז' דאין נוטל היבם כלל והרמ"א שם הביא השיטה דפסקו דהיבם נוטל מחצה נ"מ והשמיטו להדיעה דנוטל כולו וכמש"כ הב"ש בס"ק יו"ד ע"ש ואפ"ה פסק ביו"ד דהיבם מטמא לה דדינו כמ"מ. א"כ לפ"ז תקשה על השו"ע מסוגיות הגמ' דיבמות (דף כ"ט) הנ"ל וגם הוי כש"כ דהא התם קאי על לב"ש דס"ל דיחלוקו נ"מ ואפ"ה ס"ל דאינו מטמא לה כש"כ לדידן דקיי"ל כב"ה דנכסים הנכנסים ויוצאים המה בחזקת יורשי האשה וודאי דלפ"ז מבעי לומר דלא יטמא לה וצע"ג מסתירת הגמ' דיבמות הנ"ל:

ענף ב

1

והנלע"ד לתרץ גם דברי השו"ע ע"פ מש"כ לעיל דקפידת הקרובים לא שייך אלא במה שזוכה האשה מה"ת. והיבם אינו יורש אלא מדרבנן בזה יקפידו הקרובים משא"כ במה דעיקר זכות האשה אינו אלא מדרבנן אין בזה חשש קפידתם משום דהם אמרו והם אמרו א"כ לפ"ז יש לחלוק דאין ראי' מן סוגיא דיבמות הנ"ל לסתור הך פסק דהשו"ע משום די"ל דלמאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא א"כ עיקר זכות מה שיורש היבם אינו רק על מה דתקנו רבנן לזכות האשה דהא התוס' כתובה וחצי נצ"ב דיורש היבם אין עיקר הזכות מה"ת רק מדרבנן דהא מה"ת אין לאלמנה לגבות התוס' כתובה והנצ"ב מן היורשים למ"ד שעבודא לאו דאורייתא (וכש"כ בכתובה למ"ד כתובה דרבנן). ואף למ"ד דס"ל ביבמות (דף ס"ו) דהמכנסת שום לבעלה לא ימכור משום שבח בית אבי' אין זה רק מדרבנן כדאמרו שם דזה מקרי מחוסר גובייגא ומה"ט באיצטלא דמילתא דפרסי אמיתנא קניי' מיתנא כמבואר שם ועוד דהא חזינן שם (דף ס"ו) דקאמר רבה תניא כוותי' דרב יהודא דהדין עמה משום שב"א ותניא כוותי' דר' אמי דהדין עמו ולא חייש לשבח בית אבי' ולא הכריע שם רבה ביניהם כי אם רבא אר"נ הכריע שם דהלכה כרב יהודא

דהדין עמה אבל לרבה דלא הכריע ביניהם כלל א"כ מספיקא יכול הבעל להחזיק גוף הנצ"ב. ולסלק לה בדמי משום דהממע"ה ואין מגיע להאשה כי אם דמי הנצ"ב ולכן למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אינה גובה מן היורשים מה"ת כי אם מדרבנן:

ז

ומצינו בב"ב (דף קע"ה) דרבה ס"ל שעבודא לאו דאורייתא וכן ס"ל לאביי בגיטין (דף נ') בתוס' ד"ה כיון דדינו כו' א"כ שפיר א"ל אביי לרבה ביבמות דהיבם אינו מטמא לה משום דאין שייך בזה קפידת הקרובים דהא מה שנוטל הנצ"ב והתוס' כתובה אין עיקרו רק מדרבנן לטעמייהו דס"ל שעבודא לאו דאורייתא. וגוף הנצ"ב אין שייך לה משום שבח ב"א כמש"כ אליבא דרבה ביבמות (דף ס"ו) וגם למ"ד משום שבח בית אבי'. הא אין זה רק מדרבנן וכנ"ל וכש"כ בכתובה דלא הוי רק מדרבנן גם מהבעל וכיון דעיקר זכות האשה לגבות מן היורשי הבעל אין זה רק מדרבנן לכן שפיר יכולים חז"ל לזכות להיבם ולא יקפידו ע"ז וע"כ אינו דינו כמת מצוה ואינו מטמא לה משא"כ הרשב"א לשיטתו דפסק בקדושין (דף י"ג) בחידושיו דשעבודא דאורייתא וכ"פ הרמב"ם דשעבודא דאורייתא כפי שכתב הש"ך בשמו בריש סי' ל"ט ומה"ט ס"ל להשו"ע בח"מ סי' ק"ד סעי' י"ג דמלוה ע"פ מוקדמת קודם למלוה בשטר מאוחר משום דשעבודא דאורייתא לכן שפיר פסק בשו"ע יו"ד דהיבם מטמא משום דאף דנימא דכתובה דרבנן ובזה לא יקפידו הקרובים אבל מה שיורש היבם התוס' כתובה וחצי נצ"ב דזה הזכות שייך להאשה מה"ת לגבות מן היורשין לכן אף דנימא דמה דקיי"ל הדין עמה ליטול החפצים משום שבח ב"א אין זה רק מדרבנן מ"מ הא גוף החוב מוטל על יורשי הבעל לסלק מה"ת דהא פסקו שעבודא דאורייתא. ע"כ שייך בזה שפיר קפידת הקרובים ולכן מטמא היבם דדינו כמ"מ ואין סתירה מן יבמות לפסק השו"ע הנ"ל:

ח

ולכאורה יש להקשות ע"ז דהא התם ביבמות בעי רבה מאמר לב"ש נשואין עושה כו' וע"ז אמר ליה אביי דאינו מטמא לה וב"ש הא ס"ל ביבמות (דף ל"ח) דהיבם נוטל מחצה נ"מ ונ"מ הא שייך לה מה"ת דהגוף שייך לה ונגבה אף מן יורשים מה"ת. א"כ כמו דלשיטת השו"ע בהיבם נוטל מחצה נצ"ב מטמא לה משום קפידת הקרובים ה"ה דשייך קפידא במה דהיבם נוטל מחצה נ"מ אליבא דב"ש ויש לתרץ זה ע"פ מש"כ התוס' בב"ב (דף מ"ט) בסד"ה וכדרב כהנא כו' דנ"מ לא שכיח וכדאמרו בכתובות (דף נ"ו) ולא לכל יש פירות כו' ע"ש וברשב"א בתשובה סי' רנ"ה הנ"ל כתב דאף היכא דהיבם אינו יורש כלל מחמת שכתב לסלק מנכסי' אפ"ה מטמא לה דלא פלוג משארי יבמין דע"פ רוב המה יורשים ומטמאין לה דדינו כמ"מ משום דהנהוג הוא דהקרובים אינם

מטפלין להתעסק במיתת היבמה א"כ י"ל דז"א שייך אלא אם היבם יורש נצ"ב דזהו שכיחא משא"כ במה שיורש נ"מ דזהו לא שכיחא דיהי' לה נ"מ לכן עבור זה לא יקפידו הקרובים או די"ל דהיכא דליכא נ"מ אז כיון דאינו יורש ממנה זכות השייך לה מה"ת רק נצ"ב דז"א רק מדרבנן למ"ד שעבודא לאו דאורייתא בזה לא יקפידו היורשים כנ"ל ולא לומר בזה אליבא דב"ש כיון דע"פ רוב יורשה א"כ מטמא לה דז"א דהא נ"מ לא שכיחא א"כ כיון דבעי רבה מאמר לב"ש נישואין עושה כו' ואי נימא דמיירי אם יטמא לה א"כ בע"כ מוכח דמיירי בלית לה נ"מ דאל"כ הא מטמא לה אף בלא עבד בה מאמר לב"ש דס"ל דיורש מחצה וע"כ מוכח דרבה מיירי בלית לה נ"מ א"כ אף דע"פ רוב יורש נצ"ב מ"מ הא אין זה זכות מה"ת. ולכן דוקא בעבד מאמר איבעי לי' אם מטמא לה וע"ז א' לי' אביי דזהו כש"כ מן ארוסה דאינו מטמא לה אף דקדושין של ארוסתו עושה פעולה יותר מקדושי מאמר א"כ כש"כ במאמר דבלא מאמר אינו מטמא ע"כ אינו פועל מאמר כלל להיות מטמא לה ושפיר כתבתי לתרץ דברי השו"ע דלא יסתרו מהגמ' הנ"ל.

ענף ג

ט

ועכשיו דאתינן להכי דמוכח מן בעיא דרבה דא' מאמר נישואין עושה או לא דאי נימא דקאי האיבעיא אם מטמא לה היבם דע"כ מיירי בגוונא דאינו מטמא היבם בלא מאמר כנ"ל יש ליישב סתירת הגמ' הנ"ל בפשיטות. והוא די"ל דהא דפסק הרשב"א דהיבם מטמא זה לא שייך רק בנפלה לו מן הנישואין דאז שייך לומר דהואיל ויורש נ"מ לכמה פוסקים או חצי נצ"ב לכ"ע לכן עשאוהו כמ"מ. וזה לא שייך אלא בנפלה לו מן הנישואין דהא בעת נישואין מכנסת לו הנדוניא. משא"כ בנפלה מן אירוסין דהא בעת אירוסין אינה מכנסת לו מעותי' ולא הוי אלא כנכסי מלוג ואז אינו יורשה היבם בוודאי כמבואר ביבמות (דף נ"ח) במימרא דעולא דא' שם דנפלה מן אירוסין גם ב"ש מודו דאינו יורשה כלל משום דזיקת ארוסה אינה אלא ספק ארוסה יעי"ש ולכן שפיר א"ל אביי לרבה דאילימא ליטמא לה קא מיבעי לי אם מועיל המאמר משום דבלא מאמר אינו מטמא לה דקאי בנפלה כשהיא ארוסה דאינו יורשה כלל ואף דהכתובה נשארת להיבם מ"מ י"ל כמש"כ לעיל דבשביל הכתובה לחוד לא שייך לומר דעשאו אותו משום זה כמ"מ דהא כתובה דרבנן והם אמרו כו' כנ"ל ועיקר קפידת הקרובים הוא משום נצ"ב:

וזה לא שייך בנפלה מן אירוסין [וגם אם נפלה מן אירוסין לא ברירא כ"כ אם הכתובה שייך להיבם. די"ל כיון דיבם כמו אחר דמי כמבואר בכתובות (דף פ"א) וחז"ל תקנו דהיבם יורש הכתובה כמבואר ביבמות (דף ל"ח) דתנן כתובה בחזקת יורשי הבעל א"כ

למ"ד דמוקי מתניתין דיבמות שם דזה קאי בנפלה מן הנישואין ע"כ י"ל דגם על הכתובה לא תקנו חז"ל דיהי' יורשה בנפלה מן אירוסין ויש להאריך בזה ע"פ דברי התוס' ביבמות (דף ל"ח ע"א) ד"ה ובית הלל כו' בשם ר"ת. ובכתובות (ד' פ' ע"ב) ד"ה נכסים בחזקתן אבל בנפלה מן נישואין כו' דהיבם יורש חצי נצ"ב לכ"ע שפיר י"ל דמטמא לה משום קפידת הקרובים ודינו כמ"מ א"כ אין כאן סתירה מסוגיא הנ"ל לפסק השו"ע:

ו

אמנם לדינא קשה לסמוך ע"ז משום די"ל דהרשב"א דפסק דהיבם מטמא לה אזיל לטעמי' דפסק בחידושיו ביבמות (דף ל"ח) כשיטת הרי"ף דנכסים שנפלו בעודה תחתיו דהבעל יורש היבם כולו וכן בנצ"ב יורש היבם כולו ע"כ לפ"ז שייך שפיר לומר דעשאוהו כמ"מ משום קפידת הקרובים וכמו בקטנה דמטמא לה דעשאוה כמ"מ דהא היבם יורש כל נכסים שלה. ואף דהנ"מ שנפלו לה בעודה שומרת יבם אינו יורשה מ"מ זה לא שכיח כ"כ ויש שם יורש על היבם כיון דרוב נכסי' יורשה ויקפידו קרוביו וכמש"כ הרשב"א בתשובה דכיון דהיבם יורש כל נ"מ שנפלו תחתיו דהבעל כו' ע"כ מטמא לה משא"כ השו"ע דפסק באה"ע סי' ק"ס דהיבם אינו יורש נ"מ כלל אף בנפלו תחתיו דהבעל אך הרמ"א הביא שם בשם יש אומרים דהיבם יורש מחצה מן נ"מ שנפלו בעודה תחתיו דהבעל וכמש"כ הב"ש שם א"כ מנלן להשו"ע דגם כה"ג שייך קפידת הקרובים דעשאוהו גם בזה כמ"מ דהא לא מצינו זה אלא בקטנה דיורש כל נכסי' וכן בשומרת יבם להרשב"א דיורש כל נכסי' כנ"ל. אבל לפסק השו"ע באה"ע צ"ע מנלן להוציא זה וכיון דמן התורה אינו מטמא לה משום דלא מקריא שארו ומה"ט אינה יורשה מה"ת משום דלא מקריא שארו. ועיקר הסברא אינו רק משום מ"מ א"כ מנלן בכה"ג דעשאוה כמ"מ ולכן דברי המחבר צ"ע:

יא

ובלא"ה הא לשיטת הרמב"ם דפסק ירושת הבעל דרבנן והובא בב"ש ריש סי' צ' ואפ"ה מצינו באשתו פסולה דיורשה ואינו מטמא לה כמש"כ התוס' ביבמות (דף פ"ט ע"ב) ד"ה כיון דלא ירתי לה כו' אלמא דגם היכא דלא ירית אלא מדרבנן ג"כ לא חשו חז"ל לקפידת הקרובים לעשותה כמ"מ אלא בנישואי קטנה דהוי דבר הדומה לנשואה גמורה בזה מצינו דאמרו דיטמא כמש"כ התוס' שם משא"כ בש"י מנלן ע"כ דברי המחבר צ"ע. והרשב"א בתשו' שם דמחלק בין ירותת הבעל דיורשה מה"ת לירושת יבמה דאינו אלא מדרבנן כנ"ל אזיל לטעמי' דפסק ירושת הבעל מה"ת והובא בב"ש ריש סי' צ' ע"ש וגם יש לתמוה על הרמ"א דלא הביא שום דעה חולקת שם ביו"ד דלא יטמא היבם ליבמה דהא לשיטת התוס' ביבמות (דף פ"ט) הנ"ל ולשיטת הרמב"ם דירושת הבעל דרבנן אינו

מטמא דלא שייך חילוק הרשב"א הנ"ל וגם הא התוס' לא ס"ל כלל החילוק של הרשב"א הנ"ל לחלק בין ירושת הבעל מה"ת לירושה דאינו זוכה אלא מדרבנן ועוד כיון דאינו יורש אלא חצי נצ"ב אפשר דבכה"ג גם הרשב"א מודה כנ"ל:

יב

ואפשר לומר לדינא כיון דהרמ"א הביא באה"ע סי' ק"ס סעי' ז' י"א דכל נצ"ב יורש היבם ואין מוציאין מידו א"כ כיון דיורש כל נצ"ב מספיקא דהממע"ה ע"כ שייך בזה שפיר קפידת הקרובים ואף דעל נכסי מלוג לא הביא הרמ"א שם דיעה דס"ל דיורשה כולה רק על מחצה הביא שם. מ"מ כיון דנ"מ לא שכיח כנ"ל שפיר י"ל דמקרי היבם יורש שלה ומטמא שפיר ולכן סתם הרמ"א בזה. אך להך דיעה דס"ל דהיבם אינו יורש כלל את היבמה כי אם האב של הבעל הוא היורש משום דמיד שמתה פקע זיקת היבם. וזהו שיטת מהרי"ק והובא באה"ע סי' ק"ס סעי' ז' בהגהות הרמ"א שם א"כ להך שיטה וודאי דלא מטמא היבם משום דהא אינו יורשה כלל וי"ל כיון דהרמ"א כתב שם דהעיקר דהיבם הוא היורש כמשמעות סוגיות הש"ס בכתובות וירושלמי פ' האשה שנפלו כמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל ס"ק כ"ד ע"כ שפיר סתם הרמ"א ביו"ד דהיבם מטמא:

יג

אכן בזה"ז דחולצין ואין מייבמין דאין היבם יורשה כלל כמש"כ הרמ"א באה"ע סי' ק"ס סעי' הנ"ל בשם המהרי"ק י"ל דאין מטמא לה. אך הב"ש שם ס"ק י"א הביא שיטת הסוברים דאף דמצות חליצה קודם מ"מ ממונא לא מפקינא מיני' ע"ש א"כ כיון דהיבם יורשה אף בזה"ז והקרובים לא יטלו א"כ שייך גם בזה"ז קפידת הקרובים ומטמא לה והוי כמו מ"מ ויהי' מוכח מסתימת הרמ"א ביו"ד דס"ל לדינא דאף בזה"ז יורשה וכפי שיטת הפוסקים דהביא הב"ש שם דס"ל כן אך הרמ"א כתב באה"ע סי' ק"ס סעי' ז' הנ"ל בזה"ל דכל נצ"ב שלה הם בחזקת יורשי הבעל כו' ואין מוציאין מידם אם הם מוחזקים כו' דמשמע דוקא אם הם מוחזקים משום דזה ה"ל ספיקא דפלוגתא דהדין הוא דהממע"ה א"כ ה"ה לשיטת הסוברים דהיבם הוא היורש והוא נקרא בשם יורשי הבעל א"כ אינו זוכה בכל הנצ"ב רק אם הוי מוחזק ואף דלגבי קרובי האשה הוי נצ"ב בשם מחוסר גובייא וכמש"כ לעיל עכ"ז הא גם היבם לא מקרי מוחזק בכולו כ"ז דלא תפסן לידו וכל זמן דלא בא לידו הוי כמו דמונח ברשות אחר ואין היבם וקרובי האשה מקרי מוחזקים א"כ אז י"ל דאין היבם נוטל כולו ע"כ בכה"ג אכתי צ"ע לדינא אם היבם מטמא לה דהא היכא דאין היבם יורש כל הנצ"ב אין זה ברור לדינא דיהי' מטמא היבם לה ואף דמן המחבר דפסק באה"ע סי' ק"ס סעי' ז' דהיבם אינו זוכה רק חצי נצ"ב וזהו לשיטת הסוברים דיורשי הבעל הוא היבם וכפי הכרעת הרמ"א שם]. ואפ"ה פסק ביו"ד דהיבם

מטמא לה. א"כ מוכח דס"ל דכיון דיורש החצי ג"כ הדין הוא דמטמא היבם לה. עכ"ז לדינא צ"ע דהא עיקר המקור הוא מן הרשב"א וכבר נתבאר דמן הרשב"א אינו ראי' דהא הרשב"א ס"ל דיורש כל נ"מ שנפלו בעודה תחתיו דהבעל ומכש"כ לכל נצ"ב א"כ היכא דאינו זוכה בכל הנצ"ב רק בהמחצה (או בשלשה חלקים משום ספיקא דדינא וכמו הך דריש ב"מ בז"א אומר כולו וז"א חציו כו' וכמו הך דאה"ע סי' נ"ג סעי' ג' בהרמ"א ובח"מ שם סוף ס"ק ט' וקצרתי). על זה אין לנו הוכחה דיהי' יכול היבם לטמא לה. כיון דאינו זוכה בכל הנצ"ב כיון דלא הוי מוחזק וע"כ צ"ע בזה בכה"ג:

סימן לו

נשאלתי ע"ד חצר א' אשר זה כמה שנים שנמצא בהקרקע שם גולגולת אחת טמונה שם ולא הוציאוה משם וכעת רוצה כהן א' לקנות הבית אם מותר לכהן ליכנס שמה:

ואח"ז כתבו כי כבר קנה הכהן את החצר והבית והוי כדיעבד ונשאלתי לחוות דעתי בזה ודעת כת"ר דכיון דמוכח דהגולגולת איננה של יהודי לפי דזה זמן קטן שנתיישבו שם כו' ובשנים הקודמים לא היו דרים שם ותלינן דהגולגולת איננה של יהודי דכל דפריש מרובא פריש וכמש"כ הרשב"א והובא בבדק הבית ליו"ד סוף סי' שע"ב ודעת הרמב"ם דאינם מטמאים באהל אך המחבר סיים שם דנכון ליזהר וכן הרמ"א כתב שם דנכון להחמיר וכת"ר כתב להוכיח מן מש"כ התוס' בסנהדרין (ד' י"ב) בשם הירושלמי פ"ק דסנהדרין ה' ב' דחזקי' עיבר השנה מפני הטומאה שמצאו גולגולת א' תחת המזבח היינו גולגולת של ארונה היבוסי ומוכח מזה דמטמא באהל והאריך בזה עכ"ל כת"ר ויפה העיר כת"ר בראייתו מירושלמי וכבר הקדימו בראי' זו המל"מ פ"א ה' בית הבחירה שכתב ראי' זו וכן ראיתי בשו"ת ושב הכהן סי' ע"ה שחלק על המחבר והוכיח מירושלמי כשיטת התוס' ביבמות (דף ס"א) דמטמא באהל:

א

ולענ"ד י"ל דלדינא אין להוכיח מירושלמי לסתור דעת הרמב"ם דהא בירושלמי סוטה פ"ה ה"ב אמרו על הפסוק חגי ב' ואשר יקריבו שם טמא הוא דאמר ר' סימון בר זבדי גולגלתו של ארונה מצאו שם תחת המזבח ובש"ס דילן בפסחים (דף י"ז) אי' א' מר זוטרא ואיתימא רב אשי לדרשא על פסוק ואשר יקריבו שם טמא הוא מתוך שקלקלו מעשיהם מעלה עליהם הכתוב כאילו הקריבו בטומאה וכיון דחזינן דש"ס דילן פירשו להפסוק הזה דלא כפירוש הירושלמי בזה. א"כ מוכח דהש"ס דילן ס"ל להלכה דאינם מטמאים באהל דאין סברא לומר דש"ס דילן חולק וס"ל דלא מצאו גולגולת תחת המזבח דודאי לא יפליגו במציאות ולכן שפיר פסק הרמב"ם דאינם מטמאים באהל:

ב

ועוד נ"ל לומר דאפשר דגם הירושלמי ס"ל דאינם מטמאים באהל רק דמטמא במגע כמבואר ביבמות (דף ס"א) וכמו דפסק הרמב"ם וכוונת הירושלמי הוא דלאו משום טומאת אהל נגעו בה רק משום טומאת מגע דהא בחגיגה בסוף פ"ג אי' דמזבח הזהב ונחושת ר"א מטהר וחכ"א מפני שהם מצופים. ובש"ס דילן שם אי' שני אוקימתות ולחד אוקימתא חכמים ולחד אוקימתא מטמאין אכן בירושלמי סוף חגיגה אי' דאמר ר' הילא טעמא דרבנן דמטמאין דהתורה קראה אותו מטלטל ע"ש. ולכן אפשר לומר דכיון דמצאו הגולגולת תחת המזבח נטמא המזבח במגעו דברבות הימים נתהוה איזה סיבה שנגע הגולגולת במזבח ושיטת הרמב"ם פ"ה ה' טומאת מת דהך חרב ה"ה כחלל לאו דוקא מתכת דה"ה שארי כלים מטמאין טומאת שבעה ואיכא בהו הזאה ולכן אותן דנגעו במזבח נטמאו טומאת ז' ג"כ ולכן י"ל דיכול להיות דמצאו הגולגולת תחת המזבח ממש ואפשר דהא איזה נגיעה משהו של הגולגולת להמזבח ע"י איזה ענין ויכול להיות שהי' נגיעה ע"י איזה שער של הגולגולת להמזבח וכמבואר בנזיר (דף נ"א) וברמב"ם ה' טומאת מת פ"ג ה' י"ג:

ג

וכיון דלשיטת הירושלמי בחגיגה דהמזבח הוי כלי משום דהתורה עשאו כלי מן הדרש דפתח במזבח וסיים בשולחן כו' ממילא מקבל טומאה אף מתחתיתו ומש"כ התוס' יו"ט בפ"ג דחגיגה משנה ח' להקשות. י"ל בזה דהא יש למילף ע"פ הדרש דבירושלמי שם דפתח במזבח וסיים בשולחן כו' ויש להאריך בזה וקצרתי א"כ הירושלמי דסוטה אזיל לטעמי' דס"ל בסוף חגיגה דהמזבח מקבל טומאה אליבא דרבנן והלכתא כוותייהו דהמה הרבים ולכן אמרו בירושלמי בסוטה לפרש להפסוק ואשר יקריבו שם טמא דקאי על טומאת המזבח וממילא נטמאו כל הקרבנות שהקריבו שם וכן אותן שנגעו במזבח [גם אפשר לומר דמיירי זה במזבח הזהב דלפ"ז הי' מתורץ קושיות התוס' יו"ט ע"ז וקצרתי אך דנראה מן משמעות הירושלמי דמצאו הגולגולת תחת מזבח הנחושת ומ"מ א"ש וכמש"כ לעיל וקצרתי אבל ש"ס דילן דס"ל בסוף חגיגה דחכמים מטהרין את המזבח וכמו שפסק הרמב"ם ה' מטמאי משכב ומושב פ' י"א ה' י"א לכן לא אמרו בפסחים שם לפרש להאי ואשר יקריבו שם טמא הוא דקאי על טומאת מזבח דהא המזבח אינו מקבל טומאה:

אלא פירשו דמתוך שקלקלו מעשיהן כו' ולפ"ז אין ראי' מהירושלמי לסתור שיטת הרמב"ם דפסק דאינם מטמאים באהל די"ל דגם הירושלמי ס"ל כן:

ד

והנה בירושלמי דסנהדרין שם דמצאו הגולגולת בימי חזקי' ובסוטה אמרו דמצאו הגולגולת בימי חגי בעת שעלו מהגולה וטיהרו את הבית וסתרי אהדדי. מצאתי כעת בשירי קרבן לסוטה שם שהעיר בזה וקצרתי. והנה לעיל כתבתי דאין סברא לומר דיפלוגו הש"ס דילן עם הירושלמי במציאות אם מצאו הגולגולת תחת המזבח או לא:

הנה לפי מה שכתבתי אחר זה דמצינו דפליגי בירושלמי דסוטה עם הירושלמי דסנהדרין אם הי' זה בימי חזקי' או בימי חגי הנביא ע"כ ממילא נסתרו הדברים במש"כ למעלה וקצרתי:

ה

ובנזיר (דף נ"ד ע"א) אי' וכל הנוגע בעצם כו' או בקבר זה קבר שלפני הדיבור ופי' רש"י דאף דאינן מטמאין באהל עכ"ז מטמא במגע וכל שהיה קודם מתן תורה בין של כו' בין של כו' קרי לי' קבר כו' וכן התוס' בד"ה או בקבר כו' כתבו דהך סוגיא דר"ש היא כו' ע"ש:

א"כ מוכח מסתמא דגמ' דהדין הוא כר"ש דאינם מטמאין באהל וע"כ אין להקשות על הרמב"ם מהירושלמי דהא מן ש"ס דילן מוכח דהלכה כר"ש וכן מוכח מהירושלמי נזיר פ"ז ה' ג' דאו בקבר לרבות אף נגע בקבר אדם הראשון. ומדקאמרי אף נגע בקבר מוכח דס"ל להירושלמי ג"כ דדוקא בנגיעה מטמא אבל באהל אינו מטמא ולא ס"ל כפי' הריב"א שבתוס' שם וכמש"כ הפני משה שם. וע"כ אף דנימא דמהירושלמי דסוטה וסנהדרין יהי' מוכח דס"ל דמטמאים באהל וכמש"כ כת"ר. עכ"ז הא בירושלמי נזיר פ"ז הנ"ל מבואר דס"ל דאינם מטמאים באהל רק במגע. וכן מוכח גם בהש"ס דילן בנזיר כנ"ל ע"כ שפיר פסק הרמב"ם דאינם מטמאים באהל וכן כבר כתב הכ"מ להוכיח כשיטת הרמב"ם בזה מהך דב"מ (דף קי"ד) ולפי מש"כ אין אנו צריכים לזה די"ל דהוכיח כן מהך דנזיר (דף נ"ד) הנ"ל:

ו

והנה בהגהות מיימוני פ"ג ה' אבל כתב בשם היראים דאף במגע אינם מטמאין והמל"מ שם פירש שיטתו על נכון ע"ש ולענ"ד י"ל דמן הך דנזיר (דף נ"ד) יש להוכיח כשיטת היראים דאף במגע אינם מטמאין דהא התוס' שם ד"ה או בקבר כו' הקשו דלרבינא דס"ל ביבמות (דף ס"א) דבמגע מטמאין א"כ ל"ל למילף מהפסוק דאו בקבר זה קבר שלפני הדיבור וסיימו דדוחק לומר דלא כרבינא וי"ל דלהיראים הי' קשה ג"כ קושיות התוס' הזאת:

ולכן הוכיחו מזה דהאי סוגיא לא ס"ל כרבינא ולכן פסקו דאף במגע אינם מטמאין אכן רש"י פי' שם דאתי כמאן דס"ל דבמגע מטמאין ומה דתמהו התוס' י"ל דבאמת מהך דאו בקבר ילפינן דמטמאים במגע וקצרתי עכ"פ מסוגיא זו מוכח כשיטת הרמב"ם דאינם מטמאים באהל ולכאורה יש לעיין על שיטת היראים וסייעתו דס"ל דאף במגע אינם מטמאים דהא בנזיר (דף ד') אמרו דנזיר שמשון מותר ליטמא למתים משום דמצינו בשמשון שנטמא למתים. ואמרו מנלן דאטמי אילימא מהא דכתיב בלחי החמור הכיתי דלמא אשלחינון ברישא כו' אלא גמרא גמירי לה ופי' התוס' דגמרא גמירי דקטלינהו ממש והדר שלחינון ואף למ"ד דאינן מטמאין מ"מ במגע מטמאין עכ"ל ולשיטת היראים דאינן מטמאין במגע תקשה דמנלן דנזיר שמשון מותר ליטמא דהא י"ל דהא שמשון נגע באותן דאינם מטמאין במגע וכיון דס"ל בכולי ש"ס להלכה דנזיר שמשון מותר לטמאות א"כ מוכח דלדינא אמרינן דמטמאין במגע ולפ"ז צ"ע שיטת הסוברין דאף במגע אינם מטמאין וקצרתי כעת:

ז

נחזור לענינינו דנתבאר על נכון שיטת הרמב"ם דס"ל דאינם מטמאין באהל ונדחה ראיות המל"מ ושב הכהן שהוכיחו מירושלמי סנהדרין לסתור דברי הרמב"ם. והנה עיקר הוכחת התוס' ביבמות (דף ס"א) דמטמאים באהל מהך דמדורות כו' טמאין אינו קשה להרמב"ם כמש"כ המל"מ ה' טומאת מת פ' י"א ה"ז דשאני התם דמשום גזירת ארץ העמים נגעו בה והביא לרש"י בפסחים (דף ט') ע"ש במל"מ והנה מן רש"י בנזיר (דף נ"ד) ד"ה או בקבר כו' מוכח דס"ל ג"כ להלכה דאינם מטמאים באהל ע"ש:

ולכן יפה פסק המחבר ביו"ד לדינא כשיטת הרמב"ם. רק לפי דכתבו דנכון ליזהר בזה וכן הרמ"א כתב דנכון להחמיר ולכן אין להקל בנ"ד:

ח

ואפשר לדון להיתירא בנ"ד משום דלא נמצא אלא הגולגולת לבד ובנזיר (דף נ"ב) איבעיא להו בגולגולת לבד בלא שדרה אם מטמא באהל ולא נפשט האיבעיא. ועיין בתוס' יו"ט פ"ז דנזיר ובתו"ח שם והר"ש פ"ב דאהלות משנה ו' פסק דלא איפשיטא הך איבעיא. והרמב"ם פסק דגולגולת לחוד ג"כ מטמא וכתב הכ"מ דס"ל דנפשט האיבעיא א"כ בנ"ד דליכא אלא הגולגולת לבדה. יש לדון ספק ספיקא להיתירא ספק א' שמא הלכה דאינם מטמאים באהל ואת"ל דמטמאים אכתי ספק שמא גולגולת לבדה אינה מטמא אך לכאורה יש לסתור להס"ס הזה דהא כיון דלהרמב"ם הדין הוא דגולגולת מטמא בודאי ע"כ אף דלהר"ש אינו אלא ספק א"כ אין ספק מוציא מידי ודאי וכמו שכתבו כמה פוסקים כעין סברא זו בב"ק (דף כ"ו ודף י"ז) גבי זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו

דלרבה פשיטא לי' דפטור ולרבא מספקא לי' דאין ספיקו של רבא מוציא מידי ודאי של רבה וכמבואר בח"מ סוף סי' שפ"ו ובש"ך ס"ק כ"ז ע"ש ובט"ז או"ח סי' תרמ"ו ס"ק ו' שכתב דכיון דלר"פ פשיטא לי' דאין דיחוי אצל מצות ולר' ירמיה מספקא לי' ע"כ אין ספיקו של ר"י מוציא מידי ודאי דר"פ עכ"ל הט"ז:

ט

ולענ"ד נראה להוכיח דלא דיינינן לומר אין ספיקו מוציא מידי ודאי של אידך מ"ד והוא דאמרו בברכות (דף ל"ו) רבינא אשכחי' למר בר רב אשי דזריק אביונות ואכיל קפריסין א"ל מאי דעתיך כר"ע דמיקל ולעביד כב"ש דמקילי טפי דתנן צלף ב"ש אומרים כלאים בכרם ובה"א כו' ב"ש ספוקי מספקא לי' ועבדי הכא לחומרא כו' מ"מ לב"ש ה"ל ספק ערלה כו' ב"ש במקום ב"ה אינה משנה עכ"ל הגמ' ואי נימא דהיכא דלחד מספקא לי' ולחד פשיטא לי' אמרינן דאין ספיקו של זה מוציא מידי ודאי של חבירו תקשה דמאי פריך הש"ס התם בברכות דהא לב"ש ה"ל ספק ערלה דמותר בח"ל הא י"ל כיון דלב"ה ה"ל ודאי פירי ולב"ש לא ה"ל אלא ספק דאמרינן אין ספיקו של ב"ש מוציא מידי ודאי של ב"ה ודינו כמו ודאי פירי וחייב בערלה אף בח"ל. ומדהקשה הש"ס כן מוכח דלא אמרינן להך כללא אלא כיון דלחד מ"ד מספקא לי' אף דלמ"ד החולק ס"ל כן מן דין ודאי עכ"ז ה"ל לדידן דמספקא לן הלכה כמי מהם דיש לזה כדין ספק השקול וע"כ כיון דספק ערלה בח"ל מותר גם כזה ה"ל ג"כ ככל ספק ערלה בח"ל ומותר ושפיר הקשו בש"ס ומתרצי דב"ש במקום ב"ה אינה משנה וע"כ אין זה ספק כלל:

י

ולכן שפיר פסק הש"ך בח"מ סי' רס"ז ס"ק ב' דכיון דלרב אשי מספקא לי' אי סימנים דאורייתא או דרבנן אף דלרבא פשיטא לי' כו' והארכתי מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף א' ע"ש וע"פ הא דברכות מוכח דלא כהב"ש באה"ע סי' ע"ז ס"ק י"ד גבי מורדת ואומרת מאיס עלי דחייב הבעל בקבורה מן דין ספק ספיקא דדינא שמא הלכה כהרמב"ם דזכתה בודאי בנצ"ב ואת"ל כהסוברים דהסוגיא מיירי במאיס עלי אכתי ספק דילמא זכתה מדינא דהש"ס דהא אכתי מספקא להו אי זכתה או לא עכ"ל הב"ש וס"ל דהיכא דלחד ה"ל ודאי ולאידך מ"ד ה"ל ספק דיש לו דין ספק ספיקא וה"ל כמו ודאי דלפ"ז תקשה דמאי פריך הש"ס בברכות שם דהא י"ל דכיון דלב"ה ח"ל ודאי פירי ולב"ש ה"ל ספק ממילא יש לו דין ודאי פירי משום ס"ס ושאני ס"ס דבזה אף בערלת ח"ל אסרינן ושאני ספק השקול דבזה הלכה דמקילינן בערלת ח"ל ובלא"ה י"ל על דברי הב"ש דהא ס"ס כזה גרע טפי מן ס"ס משם א' דקיי"ל דלא מהני ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' הארכתי בדברי הב"ש הזה וקצרתי ועיין בש"ך ח"מ סי' שפ"ו ס"ק כ"ז וקצרתי

וע"כ שפיר יש לדון בנ"ד ספק ספיקא להיתירא ספק א' שמא הדין הוא דאינם מטמאים באהל ואת"ל דמטמאים אכתי ספק שמא הלכה כהר"ש דגולגולת לחוד ה"ל ספק אם מטמא ובפרט דהא לשיטת הרמב"ם דפסק דגולגולת לחוד מטמא הא לשיטתו יש להקל בנ"ד מצד דס"ל דאינם מטמאין באהל וכן לשיטת רש"י בסוכה (דף ו' ע"א) ד"ה ואינו מטמא באהל כו' דכתב דשדרה או גולגולת כו' הא חזינן שיטת רש"י בנזיר (דף נ"ד) דס"ל דאינם מטמאים באהל ובפרט דנראה מהמחבר והרמ"א דהעיקר לדינא דאינם מטמאים באהל רק מצד דנכון להחמיר אתו עלה. לכן יש לנו לסמוך ע"ז להיתירא אם כבר קנה החצר והבית הזה:

יא

אכן עדיין יש לדון דשמא הי' כזית בשר על הגולגולת דאז אין להקל משום ס"ס בנ"ד דהא אם הי' כזית בשר על הגולגולת וודאי מטמא דלא גרע מכל כזית בשר וראיתי בשו"ת ושב הכהן סי' ע"ה דהוכיח כמו שפסק הרמב"ם דגולגולת לחוד מטמא ודאי מן הירושלמי סוטה וסנהדרין הנ"ל דאמרו דמצאו גולגולת תחת המזבח. אך אפשר לומר דאינו ראי' משם דיכול להיות שהי' כזית בשר בהגולגולת ואף דזה זמן רב ארוך מן ארונה היבוסי מ"מ יכול להיות ע"י איזה ענין שהי' בו כזית בשר עדיין בעת שמצאו להגולגולת. והא דאמרו דמצאו להגולגולת ולא אמרו דמצאו לכזית בשר זהו משום מעשה שהי' כו' וע"כ אין זה ראי' מוכרחת להרמב"ם ואפשר לומר דהרמב"ם סמך על הירושלמי דנזיר פ"ז סוף ה' ב' דאמרו וירדו בשיטת ר"ש דתני בתוספתא אהלות פ"ב השדרה והגולגולת אפילו מפורקין טמא שהקבר מצרפן. ופי' הפני משה דקאי על מתניתין דשדרה וגולגולת דס"ל לירושלמי דאו או קתני אכן דבריו אינם מובנים דהא בתוספתא שהובא בירושלמי שם אי' שדרה וגולגולת א"כ אכתי יש לפרש דלאו או או קתני וכפי צד בעיא דש"ס דילן בנזיר. וע"כ נלע"ד דהירושלמי שם לא גרס שדרה וגולגולת רק שדרה לחוד וכמו שמצאתי בתוספתא דאהלות פ"ב דאמרו שם שדרה לחוד וכן הובא זה בש"ס דילן בנזיר (דף נ"ב) בלשון שדרה לחוד. ע"כ י"ל דהירושלמי הי' גורס כן ויש להאריך בזה עכ"פ מוכח מירושלמי הזה דס"ל דשדרה או גולגולת לחוד מטמא וי"ל דמזה הוציא הרמב"ם כן נחזור לענינינו דאם לא נתברר אם הי' כזית בשר בהגולגולת שנמצא או לא דכ"ז דלא נתברר דעתי מסכמת לאסור ואין רשאים הכהנים ליכנס באותו הבית והחצר שבנ"ד:

סימן לז

נדרשתי מרב גדול א' לחוות דעתי ע"ד העובדא באחד שהשיא בתו לאיש א' ממשפחה חשובה והפריז עליו הוצאות ונדוניא הרבה ועתה ירד מנכסיו והתקשר את בתו הצעירה

הבתולה עם איש אחד ושוב מתה בתו הנשואה והניחה שתי בנות אחת בת י"ב שנים אילמת ואחת בת חמש וחתנו רוצה לקחת את הבתולה המשודכת אחות אשתו ונשאל כת"ר אם יכול האב לבטל קשורי התנאים של בתו הבתולה בלא רצון החתן לפי שהאב בוכה במר נפשו שיגיע לזרים חילו ונכדיו יהי' נתונים לעם אחר וביותר שאחת מהבנות אילמת. והיתומות בוכות במר נפשן איך תהיינה תחת אם אחרת ועוד ענינים הנוגעים עד דכדוכה של נפש הזקן ונפשות היתומות האומללות. ודעת כת"ר לבטל קשורי התנאים בלא קנס ולא לחוש לחרם המדינות לפי שהי' כעין המבואר בנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' קמ"ח ע"ש דלא הי' רק חרם המדינות וזה מה שהשבתי לו בקצרה:

א

הנה הדין דאירע אונס לאבי המשודך מבואר באה"ע סי' נ' סעי' ו' בהג"ה דפטור מן הקנס ומקורו ביו"ד סי' רל"ב סעי' י"ב ומבואר שם שחלה בנו הוא ג"כ בכלל נדרי אונסין והוא בנדרים (ד' כ"ז ומבואר בשו"ת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן סי' רע"ג דגם חלה אחיו ואחותו ג"כ הוא בכלל נדרי אונסין וכן בריטב"א על נדרים שם על הא דחלה בנו דה"ה בני ביתו כו' ומצינו בחו"מ סי' רנ"ז סעי' ב' גבי כתב לבן בנו כאלו כתב לבנו דאמרינן גם בזה דדעתו של אדם קרובה אצלו כמו אצל בנו וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל כמ"ש במ"ר וירא פ' נ"ד על פסוק אם תשקור לי ולניני כו' שעד כאן רחמי האב על בנו כו' ומה שיש להעיר ע"ז מסי' ר"י בפ"ת ס"ק ג' הביא בשם התה"ד דפסק להיפך. ויש ליישב כ"ז ולהאריך אך אין כאן מקומו [ואף אי נימא בזה דהוי ספיקא דדינא מ"מ כיון דלא הוי כאן רק חרם המדינות אינו כדאורייתא וספיקו להקל וכמש"כ הנו"ב מהד"ת ח' יו"ד סי' קמ"ו] ולגבי הקנס הא ספק ממון לקולא:

ב

ובנ"ד כיון דגם חלה אחיו ואחותו מדמינן לחלה בנו כמש"כ הרמב"ן. וא"כ כש"כ בבני בניו וכמבואר במ"ר הנ"ל דעד כאן רחמי כו' וכיון דאמרו בברכות (ד' נ"ו) על קללת שבמשנה תורה בניך ובנותיך נתונים לעם אחר זו אשת האב והנה מצינו ביו"ד סי' שצ"ב סעי' ג' דאם יש לו בנים קטנים ונתרצה לאחות אשתו מותר לכונסה מיד אף בתוך שבעה משום דהיא מרחמת על בני אחותה יותר מאחרת וסברה זו הוזכרה בתוס' כתובות (ד' ד') ד"ה אבל איפכא לא וביבמות (ד' מ"ג) בתוס' ד"ה שאני בין אבילות כו' וכיון דמשום סברה הזאת דמרחמת על בני אחותה יותר מאחרת התירו איסור אבלות משום דנחשב זה להצלת היתומים מהקללה. א"כ בנ"ד הוי זה ג"כ בכלל נדר אונסין דאדעתא דהכא לא הי' מקבל את החרם כיון שנוגע להצלת בנות בתו וכמו חלה אחיו ואחותו הנ"ל ועל פי הא דנדרים דחלה בנו וע"פ דברי הרמב"ן בתשו' המיוחסת והריטב"א הנ"ל יש להעיר

מזה על הא דאה"ע סי' קל"ד סעי' ד' במחלוקת הפוסקים באב על בנו אי מקרי אונס או לא ואכ"מ]:

ג

ויפה כתב מעכ"ת דהרי הא דמגבינן הקנס בשדוכין הוא משום בושת כמבואר באה"ע סי' נ' סעי' ו' ובח"מ סי' ר"ז סעי' ט"ז ובנ"ד הרי ליכא בושת דכ"ע ידעי דהאב מוכרח לבטל השידוך להצלה של היתומים מהקללה ואודות החרם הלא כתב רומעכ"ת דליכא כאן רק חרם המדינות וכעין המבואר בנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' קמ"ח וודאי בכה"ג לא עשו החרם דהא מצינו בבכורות (ד' ל"א) דמשום טובת היתומים אוקמי אדאוריי' וכמש"כ בתשו' חמדת שלמה ח' אה"ע סי' ז'. ועיין בתשו' שבו"י סי' ר"צ וגם התירו רבית דרבנן גבי יתומים וביותר דמצינו דמשום טובת היתומים דמרחמת על בני אחותה יותר מאחרת התירו משום זה דין איסור אבלות הרי דחשיב זה לתקנת יתומים וא"כ וודאי בכה"ג לא תקנו לעולם דיגיע ע"י התקנה שלהם רעה להיתומים אשר בעבורה התירו איסור אבילות וממילא כיון דאבי המשודכת פטור גם היא פטורה לגמרי והטעם פשוט ויש לצרף ג"כ דהא יש דברים כאן הנוגעים עד נפש האב הזקן הנדכאה. וע"כ עם כל הנ"ל ביחד להתיר ולנתק קשורי התנאים ולהשיאה לבעל אחותה הנפטרת ובאופן שיסכים כת"ר לדינא בזה וליתר שאת יכניס כת"ר את עצמו כי החתן יתפייס לזה בלי שום פיוס תשלומי ממון ומן הראוי שהחתן לא יקשה את לבו להתרצות לזה. וד' בטח יזמין לו זיווג טוב כחפץ לבבו:

אבן העזר

סימן א

אל כבוד הרב הגאון וכו': מכתבו הגיעני בשאלתו ע"ד אשה א' שיש לה בעל ועזבה דת כו' והבעל משתדל לגרשה בג"פ כדת והיא אינה מרוצה לקבל גיטה בשום אופן וצווחת שאינה חפיצה בזכות הגט העושים בב"ד ישראל ומבואר ברמ"א סי' א' סעי' יו"ד דבעזבה דת מזכה לה גט ע"י אחר ונושא אחרת כו' אכן בנ"ד דצווחת ואומרת שאינה חפצה כלל בזכות זה של הגט הא אין מזכין בע"כ וכמש"כ השבות יעקב ח"א סי' ק"כ בכעין זה א"כ אין עצה להבעל לזכות לה הגט ולעשות היתר ע"י מאה רבנים זהו דבר הנמנע במדינתם ודרש כת"ר ממני לחוות דעתי בזה:

ענף א

א

תשובה בקצרה והוא כי ראיתי בשבות יעקב שם שכתב דהיכא דאינה מרוצה לקבל גיטה אין לזכות לה הגט כו' וכן מוכח מהא דכתובות ד' י"א הגדילו יכולין למחות דאע"ג דזכין שלא בפניו מ"מ במידי שהוא צווח ומוחה ודאי אין יכולין לזכות לו כו' לכן נכון דילך לביתה ולזרוק הגט לתוך ביתה או חצרה כו' עכ"ל וכעין זה ראיתי בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ע' בד"ה ומה ששאל אם יש לזכות לה רשות ולזרוק לתוכו הגט נלע"ד שאי אפשר כו' דמן הסתם זכות הוא לה אבל אם צווחת שאינה רוצה גט אין מזכין לה בע"כ עכ"ל הנו"ב. ולפי דבריהם יפה כתב כת"ר דאין לזכות לה הגט לפי דלא יהי' שום תועלת מזה כלל אכן לענ"ד יש לדון בדבריהם הרבה והוא דז"ל הרשב"א בחי' לקידושין ד' כ"ג בזכיית שטר שחרור לעבד ע"י אחרים דאין יכול העבד למחות משום דשאני מתנה דלאו זכות גמור הוא מצד עצמו ואדרבה חוב הוא לו משום שונא מתנות יחי' אבל גט שחרור זכות גמור הוא מצד עצמו דמתירו בבת חורין ומכניסו לכלל מצות כישראל זכין לו בע"כ ובטלה דעתו אצל כל אדם והוכיח כן מפ"ק דגיטין ע"ש הרי דס"ל להרשב"א לדינא דבזכות גמור מזכין בעל כרחו ואינו יכול למחות ולבטל להזכיי' וכן נראה מלשון הרשב"ם בב"ב ד' קל"ח ד"ה כאן בצווח מעיקרא שכתב דאין מזכין לו בע"כ משום שונא מתנות יחי'. הרי דזכות גמור מזכין בע"כ וכן מוכח מהר"נ דקידושין בסוגיא דנערה שנתקדשה שלא לדעת אבי' קידושין ד' מ"ה דכתב דיכול האב למחות משום דלא הוי זכות גמור כ"כ שהרי בתו יוצאה מרשותו לכמה דברים ומשמע מדבריו דהיכא דהוי זכות גמור אינו יכול למחות אף שצווח בעת ששמע הזכיי' ומתנה שאני דכתיב שונא מתנות יחי' וכמש"כ הרשב"א והרשב"ם:

ב

ומכבר הבאתי ראי' דזכות גמור שאני בזה מסוטה דף כ"ה דאיבעי' להו עוברת ע"ד ורצה הבעל לקיימה מקיימה או לא ופשטו מהא דב"ד מקנין למי שנתחרש ונשתטה והי' חבוש בבית האסורים כו' סתמא דמלתא כיון דעוברת ע"ד מינח ניחא לי' תו איבעי' להו בעל שמחל על קנויו מחול או לא ופשטו מהא דאלו ב"ד מקנין להם כו' ואי אמרת רצה הבעל למחול מחול מי עבדינן מלתא דאתי בעל ומחול כו' עכ"ל הגמ' ואי נימא דבכל זכות יכול למחות ולבטל את הזכי' א"כ כיון דקודם דמסקי בש"ס שם להתירוץ דסתמא דמלתא אדם מסכים ע"ד הב"ד א"כ אף דנימא דלא מצי למחול קנויו עכ"ז תקשה דהא מה דב"ד מקנין להם הוי זה בתורת זכות ואף דדרשינן לרבות זה מן איש איש אפ"ה אין זה רק מצד זכות וכפירוש רש"י שם דכי חבין לאדם כו' ובד"ה עבדי מילתא כו' וכמש"כ

בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף ה' מזה ע"ש ואי נימא דמצי הבעל למחות ולבטל להקנוי שנעשה בתורת זכות וכמו בכל זכות דאם צווח בעת שנודע לו מהזכיי' דמבטל להזכי' וכמבואר בח"מ סי' רמ"ה ובשא"ד תקשה בפשיטות לכל צדדי האיבעי' להו הנ"ל דכיון דיכול הבעל למחות ולבטל להזכיי' א"כ איך ב"ד מקנין להם והא איכא זילותא דבי דינא וכפי' רש"י שם:

ולמה לא הקשו זה רק אי נימא דאתי הבעל ומחיל וע"כ מוכח דבזכות גמור אינו יכול למחות ולבטל להזכיי'. וי"ל דהתם הוי פסיקא לחז"ל דזה הוי זכות גמור א"כ מוכח מסוגיא דסוטה זו כסברת הרשב"א והרשב"ם והר"נ דמחלקים דזכות גמור שאני:

ג

והא דכתובות דף י"א דאמרו הגדילו יכולין למחות. י"ל דאף שכתבו התוס' בד"ה מטבילין כו' שהוא זכות גמור מ"מ כיון דמצינו שם בגמ' דאמרו דסד"א דבהפקירא ניחא לי' א"כ לא הוי זכות כ"כ ולכן אף אליבא דהאמת מ"מ יכול למחות עכ"פ מחמת זה הסברא דאולי בהפקירא ניחא לי' ואדרבה מסוגיא זו דאמר רב יוסף הגדול יכול למחות מוכח דבזכות גמור אינו יכול למחות דאל"כ קשה מאי אשמועינן רב יוסף הא אמרו בב"ב דף קל"ח ות"ק אף עומד וצווח בלשון בתמי' אלמא דפסיקא להו דבצווח לא קני ויכול למחות על הזכי' ועוד קשה דהא בכתובות שם מקשה רבא על רב יוסף הנ"ל ממשנה דאלו נערות וקשה הא מצינו לרבא גופא דאמר בב"ב שם דבצווח מעיקרא כ"ע לא פליגי כו' אלמא דרבא גופא ס"ל דיכול למחות על הזכות. א"כ מאי מקשה שם לרב יוסף דאי אמרת הגדילו יכולין למחות יהבינן לה קנס כו' הא איהו לנפשי' ה"ל להקשות לשיטתו גופא מהך משנה דאלו נערות הנ"ל. ודוחק לומר דבתר דתירצו לי' הך דאלו נערות שם אמר להך דב"ב אע"כ מוכח דבזכות גמור אין יכול למחות ורבא דמקשה על רב יוסף שם ס"ל דקטן דמטבילין אותו הוי זכות גמור וכמש"כ התוס' התם אך רב יוסף ס"ל דאפ"ה לא הוי זכות גמור כ"כ וע"ז מקשה רבא מאלו נערות ואף די"ל דלמא זה גופא אשמועינן רב יוסף דאף בזכות גמור יכול למחות אפ"ה הא מרבא מוכח דבזכות גמור אין יכול למחות ולכן אין לנו לאפושי פלוגתא כידוע ולכן י"ל דדוקא התם ס"ל לרב יוסף כן משום דהי' פסיקא לי' דלא הי' זכות גמור כ"כ ואפשר דניחא לי' בהפקירא משא"כ היכא דהוי זכות גמור כ"ע מודו לרבא דס"ל דיכול למחות וכמו שהוכחתי מסוטה הנ"ל ואפשר דזה שיטת הרי"ף דלא הביא לרב יוסף כמבואר ברא"ש שם דסמך על הסוגיא דסוטה הנ"ל ולא ס"ל חילוק שכתבתי:

ד

וידעתי כי מהראיות הללו אין מקום להוכיח רק על היכא דבעת הזכיי' לא היו לפנינו מחאה מן הזוכה שאינו רוצה בזה רק לאחר הזכיי' כשנודע לו מהזכיי' צווח ע"ז בזה יש להוכיח שפיר דבזכות גמור לא מהני מחאתו משא"כ היכא דנודע מקודם הזכיי' שאמר שאינו רוצה כלל בענין הזכי' שיזכו לו בזה י"ל דכה"ג גרע טפי ואינן יכולין לזכות לו בע"כ אף בזכות גמור כן הי' מקום לחלק אבל עכ"פ מוכח מן הראיות הללו דיש מקום לחלק בין זכות גמור לזכות שאינו גמור והוי מזה סייעתא לדברי הרשב"א והר"נ והרשב"ם דמחלקים בזה ומן הרשב"א והרשב"ם מוכח להדיא דבזכות גמור מזכין בע"כ אף דאומר בפירוש בעת הזכיי' דאינו רוצה בהזכי' אפ"ה בטלה דעתו כו' ואף דלדינא קיי"ל דיכול העבד למחות ולבטל הזכיי' של השטר שחרור שעל ידי אחרים וכשיטת הראשונים החולקים על הרשב"א. מ"מ י"ל דזהו דוקא בשטר שחרור דזהו לא הוי זכיי' גמורה וכדמצינו לר"מ דס"ל דאין זכות לעבד שיצא מת"י רבו לחירות ובהפקירא ניחא לי' אבל היכא דהוי זכות גמור לא מצינו דפליגי על הרשב"א בזה ולכן י"ל אף שהרשב"א כתב שם עוד שארי טעמים דמפני מה אין יכול העבד למחות ולבטל להזכיי' י"ל דהרשב"א מסתפק שם לומר דשמא לא הוי זכות גמור כ"כ וכמו שכתבתי משא"כ היכא דהוי זכות גמור ודאי אינו יכול למחות כלל ואף בע"כ מזכין לו וכמש"כ הרשב"א והרשב"ם ואין לנו להרבות במחלוקת ביניהם כידוע:

ה

ולפ"ז י"ל בנ"ד דאף דאומרת שאינה רוצית בהגט כלל עכ"ז הא זה מקרי זכות גמור במה דעי"ז לא יהי' דינה כמו א"א החמור רק כפנוי' ומשום סברא דמים גנובים הא קיי"ל דלא אמרינן כן וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל באה"ע סי' א' ס"ק ל"ב ועיין באה"ע סי' מ"ב ב"ש ס"ק כ"א וקצרתי א"כ בכה"ג ודאי מקרי זכות גמור אלי' דהוי לה טובה גדולה ע"י זכוי הגט ואין שום קצת חובה לה ע"י הגט ע"כ שפיר יש תועלת מן הזכוי של הגט אף היכא דצווחת ע"ז וזולת זה יש לומר דאף היכא דלא מהני זכוי הגט עבורה דג"כ יש להתיר להבעל לישא אחרת בכה"ג ע"פ דברי החמדת שלמה בסי' ד' ובשם המהרי"ק שורש קמ"א שכתב דהיכא דנאסרה עליו אין זה בכלל שתי נשים ואין בכה"ג גזירת ר"ג כיון דאינה אשה ראוי' לו בודאי לא גזר בכה"ג ע"ש. ע"כ בודאי בנ"ד דנאסרה עליו מה"ת דאף דנימא דלא מהני זכוי הגט כיון דצווחת דאינה רוצית בהגט דמ"מ אין זכוי הגט לעיכובא רק היכא דאפשר שאני וגם השבות יעקב במה שנתן עצה לזרוק הגט לרשותה י"ל דאין זה לעיכובא רק היכא דאפשר שאני:

ענף ב

ו

והנה בעיקר מילתא דאמרו לזכות הגט בעזבה דת נלע"ד די"ל הטעם בזה עפ"מ דיש לדון בדברי הש"ך ביו"ד סי' קנ"א ס"ק ו' שכתב דבא"י ועוזב דתו אין חיוב להפרישן מאיסור והדגול מרבבה כתב דהא אע"פ שחטא ישראל כו' ע"ש ואפשר לומר בכוונתו דהא עיקר הפרשת חבירו מן האיסור זהו משום מ"ע הוכח תוכיח את עמיתך. ע"כ אינו מצווה עליו להוכיחו ולאפרושי מאיסורא. ויש לדון עפ"ז בכמה דוכתי ואכמ"ל בזה. אך בעיקר דברי הש"ך במה שהחליט דבעוזב דת אין חיוב להפרישו מאיסור יש להעיר דיהי' חייב להפרישו כדי שלא יענשו עבורו משום ערבות דהא כל ישראל ערבין זה בזה וכמבואר בסנהדרין דף כ"ז ושבועות דף ל"ט ואפשר דהש"ך ס"ל דבעוזב דת לא שייך ערבות דאע"פ דאמרו אע"פ שחטא ישראל הוא מ"מ כיון דאינו בן ברית כמבואר בתוס' סנהדרין דף ע"ב ע"ב. וכמש"כ הב"ש באה"ע סי' קמ"א ס"ק מ"ז בשם דברי תוס' הללו דעוזב דת אינו נעשה שליח מה"ט וכ"כ המג"א בסי' קפ"ט ס"ק א' ויש מקום לדון לפ"ז דכיון דלא מקרי בן ברית ודינו כא"י. ע"כ ממילא ה"ה לענין ערבות דלא שייך דין ערבות עבור עוזב דת משום די"ל דלא נתערבו רק עבור בני ברית כדמשמע בפרשה נצבים וכש"כ לשיטת הסוברים גבי חליצה וכדהובא שיטתם באה"ע סי' קנ"ז סעי' ד' ובביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ז' א"כ ה"ה הכא דדרשו כן בסנהדרין ושבועות שם על הפסוק וכשלו איש באחיו דערבין זה בזה א"כ י"ל דעוזב דת אינו בכלל הערבות שנתערבו וע"כ שפיר כתב הש"ך שאינו חייב להפרישו כן י"ל בסברת הש"ך:

ז

אכן לדינא יש מקום לדון דלא כשיטת הש"ך בזה דהא שיטת רוב פוסקים באה"ע סי' קנ"ז גבי חליצה דעוזב דת זוקק לחליצה משום דמקרי אחיו וכן הא הביא הב"ש בסי' קמ"א ס"ק מ"ז לשיטת כמה פוסקים דס"ל דמקרי בן ברית ועיין מזה בגט מקושר בסדר גט ראשון אות ז' מש"כ בזה ובגבעת שאול סי' ע"כ הדעת נותנת דגם בשביל העוזב יהי' ג"כ דין ערבות עבורו ואין לחלק ביניהם ומכבר העירותי בהך דשבת ד' ד' הדביק פת בתנור כו' מתקיף ר"ש וכי אומרים לאדם חטא כדי שיזכה חבריך כו' התירו לו לרדותה כו' וקשה הא כיון דיש על חבירו דין ערבות בשביל החוטא א"כ אין זה מקרי חטא בשביל שיזכה חבריך אלא חטא אתה בשביל שתזכה אתה להציל א"ע מן עונש ערבות בעון החמור ועיין במנחות דף מ"ח ובתוס' ד"ה חטא בשבת בשביל שתזכה בשבת כו' ואפשר דכיון שכתבו התוס' בשבועות דף ל"ט ע"ב בד"ה התם שהיו בידם למחות ולא מיחו כו' דאין עונש זה חמור כל כך וכדמסיק הש"ס התם וקאי שם על הא דאמרו שם

וכשלו איש באחיו שכל ישראל ערבין וכו' וכיון דעונש ערבות אין זה עונש חמור כ"כ ע"כ שפיר אמרו הכא בשבת ד' ד' הנ"ל וכי אומרים חטא בשביל שיזכה חבריך. דלא קרינן בזה חטא בשביל שתזכה אתה דהא אין הזכות בזה רב כ"כ וכדאי שיחטא אף באיסור קל דאין זה מקרי הצלה כ"כ כיון דאין עונשו חמור כ"כ. וגם הא בשביל הערבות נענשין כולם עבור החוטא ואז העונש קל למאוד על א' דהא העונש נחלק על כ"א ואחד וע"כ אין לו לחטא בעצמו אף באיסור קל משום זה דהא העונש בא עליו לעיקר כי הוא עיקר החוטא והעונש של החוטא עצמו אף באיסור קל הוא רב ביותר מן העונש הערבות שמגיע על כל א' וא' מן האחרים שלא חטאו בזה רק משום עונש ערבות נענשין ומתחלק לכולן ובח"מ סי' קל"ב סעי' ג' דיש סוברים דאינו גובה מערב א' רק מחצה מזה ומחצה מזה וכן הוא בסי' ע"ז סעי' ג' רק באין לא' מהם במה לשלם גובה מהשני ועפ"ז כתבתי לדון בסוטה דף ל"ז ע"ב ערבא וערבא דערבא וקצרתי לפי דבלא"ה א"ש]:

ח

וכן יש להעיר במע"ש פ"ה משנה א' דכרם רבעי מציינין כו' בד"א בשביעית אבל בשאר שני שבוע כו' וכן הוא בב"ק דף ס"ט וכן פסק הרמב"ם ה' מע"ש פ' ט' והובא בתוס' יו"ט שם ולכאורה יש לדון דיהי' חייב להפרישו לחבירו מן איסור וכן להקל האיסור במה דאפשר ולהנצל מן עונש הערבות כנ"ל אך באמת אין זה קשה לפי די"ל במה דהחיוב עליו להפריש חבירו מאיסורא לפי דכל ישראל ערבין זל"ז וע"כ מחוייב להפריש לחבירו לפי דזהו הצלת עצמו שלא יענשו בשביל הערבות ואמרו בסוטה בירושלמי פ"ז ה' ה' והובא בתוס' סוטה דף ל"ד בד"ה עודם בירדן כו' בשם הירושלמי אמר ר"ל בירדן קבלו את הנסתרות כו' תדע לך שהוא כן שהרי עכן חטא ורובה של סנהדרין נפלה כו' א"ר לוי ביבנה הותרה הרצועה יצתה ב"ק ואמרה אין לכם עסק בנסתרות עכ"ל ולפ"ז יש להסביר דלכן אמרו במע"ש וב"ק שם דא' רשב"ג בד"א בשביעית אבל בשאר שני שבוע הלעיטהו לרשע ואין עליו חיוב להשתדל ולהפריש את העוברי דרכים מן האיסור לפי דזהו ענין נסתרות דהא אינו יודע מי הם הנוטלים את הפירות וע"כ הוי זה בשם נסתרות. ולאחר שיצתה הב"ק ואמר אין לכם עסק בנסתרות אין עליו עונש כלל ע"ד הערבות והך משנה דמע"ש הי' אחר שיצתה ב"ק הזה. וע"כ אין עליו חיוב להשתדל ולהפרישם מאיסורא והא דבשביעית מציינין שא"ה דאף דלא שייך ערבות כנ"ל מ"מ בעי ציון כמבואר במועד קטן דף ה' הטעם ע"ז אך בשארי ימות השנה דבלא"ה אסור משום גזל דלא שייכי הטעמים דשם ע"כ דיינינן בזה להלעיטהו כו' כיון דלא שייך ערבות בזה:

ט

ובעיקר הענין דאמרו הלעיטהו לרשע כו' גבי כרם רבעי בשאר ימות השנה יהי' מזה סייעתא לדברי הדגול מרבבה ביו"ד סי' קנ"א על הש"ך ס"ק ו' שכתב דברוצה לעבור במזיד על איזה עבירה אין ישראל אחר מחוייב להפרישו כו' ע"ש דלפ"ז א"ש מה דאמרו הלעיטהו כו':

משום דאין עליו חיוב להפרישו בעובר במזיד רק בשביעית דהוי בשוגג בזה חייבין להפרישו ולציין אכן לפי מה שכתבתי לדון ענין ערבות ע"כ הדין נותן דבנגלות יהא חייב להפרישו אף בעובר במזיד כדי שלא יענשו משום ערבות והוי זה בכלל הצלה כנ"ל ודלא כדברי הד"מ בזה והנה בדמאי פ"ג משנה ה' הנותן לפונדקית מעשר את שהוא נותן לה כו' א"ר יוסי אין אנו אחראין לרמאין ופסקו שם דלא כר' יוסי והתוס' יו"ט שם הביא לפי' רש"י בחולין דף ו' בדברי הת"ק דר' יוסי שם דלטובה היא מתכוונת ולפ"ז א"ש דאף ת"ק דר' יוסי ס"ל דאין אנו אחראין לרמאים דהכי אשכחן לרשב"ג בפ"ה מן מע"ש דס"ל הלעיטהו כו' וכן פסק הרמב"ם פ"ט ה' מע"ש והביא להירושלמי דמע"ש ובפרקין דר' יוסי ורשב"ג אמרו דבר א' כו' מסתברא ר' יוסי יודה כו' ורשב"ג לא יודה כו' משמע כדעת התוס' דת"ק ס"ל דאנו אחראין לרמאין כו' עכ"ל התוס' יו"ט וכן ראיתי בחוות יאיר בהשמטות לדף נ"ב שהקשה על הרמב"ם פ"ט דמע"ש שפסק כרשב"ג דאמרינן הלעיטהו כו' ואילו במשנה דמאי פ"ג משנה ה' הנותן לפונדקית כו' דפסק כת"ק דר' יוסי דמעשר את שנותן לה ובאמת י"ל דהרמב"ם יפרש כפי' רש"י דחולין דף ו' או כפי חילוק של הירושלמי וכפי שכתב התוס' יו"ט כנ"ל אכן לפי מה שכתבתי לפרש דשאני הך דכרם רבעי דהוי זה כעין נסתרות א"כ לפ"ז יש לחלק עוד בינייהו דשאני הך דנותן לפונדקית כו' דזה הוי כעין נגלות דהא כיון דחשדינן לה שתחליף ע"כ ס"ל לת"ק דר' יוסי דמקרי נגלות ושייך ע"ז דין ערבות ע"כ מחוייב להשתדל ולעשר כדי להציל מן הערבות משא"כ בהך דכרם רבעי דמקרי נסתרות דהא אינו יודע מי מהאורחים שיטלו את הפירות ולא שייך בכזה דין ערבות ע"כ משום הלעיטהו כו' אמרו דאין עליו חיוב להשתדל להצילן מן האיסור כנ"ל ובמק"א כתבתי לפרש דלא תקשה ע"ז מירושלמי דמאי ומע"ש שהובא בתוס' יו"ט שם כנ"ל והנה בהך מילתא דערבות אמרו בסנהדרין דף כ"ז ושבועות דף ל"ט דזהו ביש בידם למחות וכו' וי"ל דה"ה היכא דיש בידו להשתדל אחר איזה עצה להצילן מן מכשול איסור דג"כ זהו בכלל חיוב הערבות אף היכא דאין בידו למחות בהם שלא יעשו כן אך זהו בנגלות אבל בנסתרות דיצתה ב"ק ואמר ר' לוי ביבנה דהותרה הרצועה ואין לכם עסק בנסתרות כדאמרו בירושלמי סוטה ובתוס' שם

דמשמע דעל נסתרות הותרה לגמרי דין ערבות וע"כ אין בנסתרות שום חיוב כלל אף להדר אחר איזה עצה כדי להפרישן מאיסור וע"כ שפיר כתבתי כן לעיל לחלק בזה בין נגלות לנסתרות:

ענף ג

ו

ובעיקר הדבר שכתבתי לעיל לדון דבעוזב דתו לא שייך ערבות נלע"ד להוכיח דגם בי' שייך ערבות והוא דאי' בסנהדרין דף מ"ד דמעת שעברו הירדן נענשו עבור עכן וכמבואר שם בכולי סוגיא ואמרו שם דעכן עבר על חמשה חומשי תורה ע"ש ומבואר בחולין ד' ה' וכפי שכתב התבואות שור בסי' ב' ס"ק כ"ג ובשמלה חדשה אות ט"ו דמי שעובר על רוב המצות הוא מומר גמור משום דרובו ככולו ע"ש. הרי דאף עבור מומר ג"כ יש דין ערבות דנענשו עבור חטאו ומשמע שם דנענשו בשביל מה שעבר על חמשה חומשי תורה והחרמים דהא אמרו שם חטא ישראל אע"פ שחטא ישראל הוא כו' וגם עברו את בריתי גם לקחו מן החרם גם גנבו גם כחשו גם שמו בכליהם כו' מלמד שעבר עכן על חמשה חומשי תורה שנא' חמשה גם דמשמע מזה דנענשו כל ישראל עבור מה שעבר עכן על כל חמשה חומשי תורה וגם עבור מה שחטא בחרם והא הי' לו דין מומר כיון דעבר על חמשה חומשי תורה והמהרש"א שם פירש דעבר על רובו של תורה ע"ש וכבר נתבאר דבזה הוי הדין דרובו ככולו וכמש"כ התב"ש. ואפ"ה נענשו עבור מה שעבר עכן על החרם ואין סברא לומר דמה שעבר על החרם ושמו בכליהם הי' זה מקודם דעבר על רוב חומשי תורה דאין זה במשמע הכתוב כמבואר שם וי"ל דזהו כוונת המאמר שם דאע"פ שחטא ישראל הוא דהכוונה הוא דאע"פ שחטא עכן מ"מ מקרי בשם ישראל דשייך דין ערבות על כל ישראל שיענשו לפי דגם עברו בריתי גם לקחו מן החרם כו' וגם שמו בכליהם דזהו קאי על כל ישראל ומשום הערבות ומוכח מזה דגם במומר גמור שייך דין עונש ערבות ואין סברא לחלק בזה דשאני היכא דלא נתפרסם חטאו במה שעבר על רוב התורה והמצות. דמה בכך לענין הערבות בעונש דין שמים וקמי שמיא גליא האמת שהוא מומר וע"כ מוכח מזה דגם בעוזב דת שייך דין ערבות דאע"פ שחטא ישראל הוא ולפ"ז הדין נותן דגם בעוזב החיוב להשתדל ולעשות עצות איך להפרישו מאיסור כדי שלא יענשו עבורו ואף דמבואר בסנהדרין דף כ"ז ושבועות דף ל"ט דהך כל ישראל ערבין אינו רק היכא שיש בידו למחות כו' עכ"ז יש לומר דה"ה היכא דיש בידינו לעשות איזה עצה שע"י זה יופרש מהאיסור דודאי החיוב עלינו להשתדל ולעשות כן דגם זה בכלל יש בידינו למחות דמ"ש וז"ל הרא"ש ברכות פ"ג סי' י"ג בסוף הסימן דין

הוא שיפטור אחרים כו' שערב הוא בעבורם ועליו הוא להצילן מן העון וכו' עכ"ל ומשום הסברא הזאת עלינו החיוב להשתדל בעצות כדי להצילן מן העון כדי שלא יענשו אחרים בשבילו ומה דיש להעיר לפי מה דאמרו בסנהדרין דף כ"ז ושבועות דף ל"ט ושבת דף נ"ה דדוקא ביש בידם למחות וכו' אף בנגלות כו' והא ר' יהודא ס"ל בסנהדרין דף מ"ג דנענשו משום ערבות גם על נסתרות מקודם שיצתה הב"ק ביבנה עיי' מזה במהרש"א בחדושי אגדות לסנהדרין דף מ"ג ע"ב שהעיר בזה וכתב דדוחק לומר דההיא סוגיות אתי' כר' נחמי' ולא כר' יהודה ע"ש והדברים ארוכין וקצרתי:

יא

נחזור לענינינו במה דכתבו לזכות גט לעוזבת דת ברוצה לישא אחרת דבאמת י"ל דהעיקר כסברת המהרי"ק דהיכא דנאסרה עליו דאין זה בכלל נושא שתי נשים וע"ז לא גזר ר"ג וכמש"כ החמדת שלמה והא דהצריכו לזכות הגט י"ל דעיקר טעמם הוא דעלינו החיוב להשתדל ולהצילה מן עון החמור בזנות דא"א דכל יום ויום עושית חטא חמור. ולהציל אותו מן עונש הערבות. ואף דיש לדון בזה הלעיטהו לרשע וכמו בהך דב"ק ד' ס"ט. עכ"ז הא נתבאר דיש לחלק דשא"ה דהוי כעין נסתרות דאין ערבות ע"ז מן עת דיצתה הב"ק ביבנה. אבל בהך דעוזבת דת דהוי בשם נגלות ויש ערבות ע"ז ע"כ החיוב להשתדל בעצה ולהצילן מן עונש ערבות במה דאפשר וזהו בכלל דיש בידם למחות כנ"ל מה שא"כ בנסתרות כיון דאמרו בזה דהותרה הרצועה ואין לכם עסק בנסתרות א"כ הותרה לגמרי ואין לנו להדר אחר עצות ע"ז וכמו בהך דכרם רבעי דמע"ש וב"ק הנ"ל דאמרו הלעיטהו לרשע כו' ולפ"ז היכא דאומרת העוזבת דת דאיזה חפיצה בגירושין כלל דאף דנימא דאין מזכין הגט בע"כ וכמש"כ השבות יעקב. דמ"מ יש להתיר להבעל לישא אחרת וכסברת המהרי"ק והח"ש כנ"ל דהך זכוי הגט הוי רק לטובתינו להנצל מן הערבות באם האפשריות לזכות לה הגט אבל היכא דאין האפשריות לעשות הזכוי באופן המועיל אין זה לעיכובא דעכ"ז יכול לישא אשה אחרת:

יב

ולכאורה יש לומר ולדחות לכל מה שכתבתי ע"פ דברי הרא"ש לברכות פ"ג דין י"ג דנשים אינן בכלל הערבות וכיון דנשים לא נתערבו עבור האנשים ה"ה דאנשים לא נתערבו עבור הנשים א"כ ממילא נדחה מש"כ הטעם דמזכין גט לעוזבת משום להצילנו מהערבות. דהא ז"א כיון דלא נתערבו עבור הנשים. משום דהם הוי לגבי זה כעם בפני עצמן ועיין שבת דף ס"ב ואפשר לומר דנהי דנשים אינן בכלל הערבות עבור אנשים משום דהוי כמו עם בפני עצמן גבי זה. עכ"ז נתערב הנשים עבור נשים וכ"א עבור שאר הנשים. ע"כ שפיר יש לדון להך זכוי הגט לעוזבת כדי להציל לכל הנשים שלא יענשו

משום הערבות אך זה דוחק ולכאורה יש להעיר בזה מהך דביצה דף למ"ד דאמרו הני נשי דשקלן חצבייהו כו' ולא אמרינן להו ולא מידי אלא הנח כו' מוטב שיהי' שוגגין כו' הרי דגם בנשים הדין הוא דהחיוב עלינו להשתדל להפרישן מאיסורא אבל באמת אין זה ראי' כלל דשא"ה דמיירי בשוגגין משא"כ בהנידון דמיירינן בעברה במזיד דיש לומר בזה הלעיטהו לרשע וכמו הך דמע"ש פ"ה וב"ק דף ס"ט הנ"ל ואנכי כתבתי לעיל לחלק דשא"ה בכרם רבעי דזה הוי כעין נסתרות דבטל הערבות מנסתרות לאחר דיצתה הב"ק ביבנה א"כ בנגלות דשייך ערבות דעתי בזה דהחיוב עלינו להשתדל להפרישן מאיסור למען הצלתינו מעונש הערבות. לכן עדיין יש לדון דגבי נשים אין עלינו להשתדל בזה לפי דאינם בכלל הערבות לפי דברי הרא"ש בברכות וע"כ ממילא דיינינן בהו להך דהלעיטהו לרשע וכו':

יג

ומה"ט אין להעיר מהך דשו"ע או"ח סי' ש"ו סעי' י"ד מי ששלחו לו כי הוציאו בתו בשבת כו' דשם הא מיירי שהוציאוה באונס וע"כ אין שייך בזה לדון הלעיטהו כו' וכן היכא דשייך לדבר על לבה ולהחזירה כו' שאני בזה דלא שייך התם לומר הלעיטהו כו'. ועיין באו"ח סי' ש"ה בבאר היטב ס"ק ה' מה שהביא בשם נחלת שבעה וקצרתי:

יד

אכן באמת אין מזה שום דחיי' כלל למה שכתבתי משום דבתשובת ר"ע איגר זצ"ל בסי' ז' כתב בכוונת הרא"ש לברכות הנ"ל דרק במה שאין מצווין הנשים בזה לא נכנסו בערבות אבל במה שמצוות הנשים הם ג"כ בכלל הערבות א"כ לפ"ז שפיר כתבתי לדון די"ל במה שהצריכו לזכות גט לעוזבת דזהו העיקר כדי להצילנו מערבות דבזה גם נשים הם בכלל הערבות ובפרט לפי שיטת התוס' בברכות דף כ' ד"ה נשים בברכת המזון כו' בקושייתם כהנים ולוים נמי תיבעי כו' משמע דלא ס"ל לדברי הרא"ש דמחלק דשאני נשים דלא נתערבו אלא כולם נתערבו. ועיין בצל"ח ברכות שם ובקידושין דף ע' בתוס' שם וקצרתי לפי דהעיקר כדברי ר"ע איגר הנ"ל. וע"כ אין מהצורך להאריך בזה יותר:

טו

סיומא דפסקא בקצרה דעתי כן והוא כי זכוי הגט לעוזבת דת אף דאומרת דאינה רוצית כלל בהגט עכ"ז יש לזכות עבורה את הגט לפי דיש לומר דבזכות גמור מהני הזכות אף באומרת שאינה חפיצה בזה וגם נ"ד הוי בשם זכות גמור כמו שנתבאר. וזולת זה הא נתבאר בשם המהרי"ק דהיכא דנאסרה עליו דאין זה בכלל נושא שתי נשים וכמו שכתב החמדת שלמה. וזכוי הגט אינו רק לרווחא דמילתא היכא דאפשר אבל אין זה לעיכובא וגם נתבאר דיש לדון דעיקר מה שמצריכין לזכות הגט לה דזהו רק לטובתינו להצילנו מן

הערבות וע"כ יכול כת"ר לזכות עבורה הגט גם בנ"ד ולהתיר לבעלה לישא אשה אחרת אף בלא היתר מאה רבנים. וה' יהי' בעזרינו להצילנו מן עון ומכשול ושלום על ישראל:

טז

וזה מקרוב נשאלתי מן רב גדול בדבר אשר איש א' מעירו נסע למרחקים לחו"ל ויש לו אשה הדרה בעירו וזינתה ברצון וכפי הגב"ע כד"ת ונאסרה על בעלה והבעל רוצה לישא אשה אחרת במדינתו ואשתו אינה רוצה בשום אופן לקבל גט מבעלה ודרשו ממני לחוות דעתי אם להתיר לו לישא אחרת בלא היתר מאה רבנים ואם ישליש גט או דאין תועלת כלל מן השלשת הגט וזכוי הגט כיון דאין רצונה להגט. גם חשש כת"ר להא דמבואר ביבמות דף ל"ז וביומא דף י"ח ובאה"ע סי' ב' סעי' י"א דלא ישא אשה במדינה זו וילך וישא אשה במדינה אחרת שמא יזדווגו הבנים זל"ז כו' וע"כ כאן דיש לו בנים מכבר מן אשה בעירו וכשישא אשה במדינה אחרת יכול להיות אח נושא אחותו וביקש כת"ר ממני להשיבו איך דעתי בזה:

יז

וזה אשר השבתי לו כי לפי מה שהעליתי בקונטריס להשיג על השבות יעקב שכתב דלא מהני זכוי הגט היכא דאינה חפיצה בהגט והעליתי דיש לדון דכיון דהוי זכות גמור מזכין לה בע"כ וע"כ יש להתירו לישא אחרת במדינתו לאחר שיתרו אותה שתקבל גט ואם לא תתרצה ישליש גט ובתורת זכוי עבורה וכמש"כ בקונטריסי בארוכה ובאמת אף דנימא דלא מהני זכוי הגט כלל היכא האומרת בפירוש דאינה רוצית כלל בהגט מ"מ יש להתירו לישא אחרת אף בלא היתר מאה רבנים וכפי סברת המהרי"ק והח"ש שהובא לעיל דעיקר תקנת ר"ג לא הי' רק באשה המותרת לו אבל בנאסרה עליו אין זה בכלל שתי נשים ואין זה בכלל תקנת ר"ג ומש"כ כת"ר לחוש להך דלא ישא במדינה זו וילך וישא במדינה אחרת. אין לחוש לזה הלא כבר כתב הבית מאיר בסי' ב' סעי' י"א דהך דלא ישא במדינה זו וילך וישא במדינה אחרת היינו בנושא אשה על אשתו ולא במתה או נתגרשה אף דיש לו בנים ממנה במדינה זו דלא גזרו בכזה וה"ה בנ"ד דכיון דמזכה לה גט בתורת זכיי' כנ"ל דינה ככל גרושה דלא אסרו לו לישא אשה במדינה אחרת וגם אף דנימא כהשבות יעקב דלא מהני זכוי הגט כלל עבורה בע"כ שלה. מ"מ כיון דע"פ דין אינו אסור לישא אשה אחרת משום חדר"ג לפי דלא הוי אשה הראויה לו וכסברת המהרי"ק והחמדת שלמה כנ"ל ע"כ מה"ט אין בזה איסור משום דלא ישא במדינה זו וילך וישא כו' דלא אמרו זה רק באשה הראויה לו אבל באשה האסורה עליו אין עליו איסור זה וכעין סברת המהרי"ק הנ"ל ודינו כמו דאין לו אשה דמותר לו לישא אשה במדינה אחרת אף דיש לו בנים במדינה זו וגם י"ל בזה להסברא דכיון דזנות לא שכיח

וכעין דברי התוס' בכתובות דף ב' ע"א ד"ה שאם היה לו כו' בסה"ד בתי' השני דכל זנות לא שכיח. ודלא כדברי התוס' בגיטין דף י"ז ע"ב דדוקא זנות בעדים ובהתראה כו' וכמש"כ התוס' כאן בכתובות בתי' קמא א"כ יש לדון בזה לסברת הבית מאיר בסי' ב' דבמילתא דלא שכיח לא גזרו בזה. וכן הנהוג להתיר בזה ולא לחוש בכה"ג להך דלא ישא במדינה זו כו' וע"כ אין להחמיר בנ"ד כלל:

סימן ב

א

מה שהשבתי לרב גדול א' בענין מה שנהגו להשליש גט בהיתר נשתטית שישא אשה אחרת והמ"ל בפ"ו ה' גירושין דין ג' כתב בשם חכמי קושטאנטינא דאסרו מלסמוך על הגט הזה לכשתשתפה מטעם דכל מידי דלא מצי עביד לא משוי שליח וכן כתב הנו"ב במ"ק סי' ג' שהביא לדברי המל"מ הנ"ל וכת"ר כתב להחמיר בזה עוד מטעם אחר דהוי מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה כמו פסול מחובר. וכש"כ בשוטה דהוי מחוסר מעשה רבתי של שיפוי' כדאי' בגיטין ד' ע' והאריך כת"ר בזה והנני להשיבו דלדעתי ברור ופשוט דאין זה מקרי מחוסר מעשה כיון דאינו מחוסר מעשה בגופו של גט וכמש"כ הר"נ בפ"ב דגיטין במשנה דהאשה כותבת את גיטה כו' ובעינן דוקא דומיא דקציצה דהוי בגופו של גט:

וכן מוכח מהא דיבמות ד' נ"ב דאמרו לאשה דעלמא אינו גט מפני שאין בידו לגרשה ליבמתו מהו כו' והתוס' בנזיר ד' י"ב ד"ה באשה שאין לה בת כו' כתבו בסה"ד להוכיח מהך דיבמות דאף דבידו לבא עלי' בע"כ ולגרשה מ"מ כיון דהשתא מחוסר מעשה אינו יכול לעשות שליח דזהו בכלל מידי דלא מצי עביד לא משווי שליח ועיין בתשובת רע"א זצ"ל סי' קמ"א ויש להאריך הרבה בדברי התוס' הזה ואכ"מ ועיין מזה במל"מ פ' ט' ה' אישות ה' ו':

ב

וחזינן דהתוס' בנזיר כתבו דהך דיבמות מקרי מחוסר מעשה כ"ז דלא בא עלי' וכן הוא מסברא דודאי זהו הוי בשם מחוסר מעשה רבתי ואמרו התם ביבמות ד' נ"ב לאשה דעלמא אינו גט מפני שאין בידו לגרשה וקשה הא אף בלא הטעם דאין בידו כו' יפסול הגט משום מחוסר מעשה הקידושין בין כתיבה לנתינה וכן ביבמתו יהי' פסול בפשיטות משום שמחוסר מעשה הביאה בין כתיבה לנתינה ובמה דאמרו למפסל משום מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה הא בזה אף מידי דהוי בידו ג"כ פסול מחובר דמפסל משום מחוסר קציצה בין כתיבה לנתינה אף דהוי בידו לתלוש כמו דאמרו בקידושין ד' ס"ב

ע"א. דכל שבידו לתלוש לאו כמחוסר מעשה דמי ואפ"ה בפסול מחוסר מעשה הקציצה בין כתיבה לנתינה אמרו דפסול אף דבידו לתלוש וע"כ מוכח דמה דאינו מחוסר מעשה בגופו של גט לא פסלו משום מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה וכן מוכח מן מש"כ התוס' שם ביבמות ד' נ"ב ע"ב ד"ה ולאשה בעלמא אינו גט כו' דכתבו דזהו למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל:

אבל למ"ד אדם מקנה דשלב"ל הוי גט דבידו לגרשה כמו בשחרור דמהני לוקח עבד ע"מ לשחררו וכתב לו לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו כו' וגט אשה וגט שחרור שווים לכל דבר כו' ואי נימא דזה מקרי מחוסר מעשה למפסל משום מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה א"כ קשה דאף למ"ד אדם מקנה דבר שלב"ל יהי' פסול משום מחוסר מעשה הקידושין בין כתיבה לנתינה וכן בלוקח עבד ע"מ לשחררו וכתב לו לכשאקחך כו' יהי' פסול השחרור משום מחוסר מעשה הקני' של העבד בין כתיבה לנתינה והא גם בגט שחרור מיפסל אם הוי מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה כמו דאמרו בגיטין ד' ט' דמיפסל מחובר בשיחרור ג"כ. וע"כ מוכח מזה דמה דלא הוי מחוסר מעשה בגופו של גט לא מיפסל משום מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה ושפיר הא דחזינן דלא חשו האחרונים לחומרא זו:

ג

ויש לי עוד מה להאריך ולהוכיח כן אך באמת אין אנו צריכין לראיות בזה כי ברור ופשוט דמה דלא הוי בגופו של גט אין זה מיפסל משום מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה וכמש"כ הר"נ בלשונו בפ"ב דגיטין כנ"ל וע"כ לא כתבו האחרונים להחמיר מטעם זה רק דהחמירו בזה משום דמה דלא מצי עביד לא מצי משווי שליח וכמש"כ המל"מ והנו"ב ולפ"ז יש לדון לכאורה בזה דיהי' מצי השליח למסור לה הגט כשתשתפה בתורת זכי' דהא אומדנא דמוכחא הוי דוודאי רוצה הבעל שיגרשה השליח בתורת זכי' כדי דלא יהי' נכשל בחדר"ג על שתי נשים וכן דיהי' מיפטר ממזונותי'. וגם הא לא גרע השלשת גט מן גילוי דעתו דמבואר כה"ג באה"ע סי' ל"ה סעי' ד' דאם גילה בדעתו שהוא חפץ באשה פלונית והלך השדכן וקידשה לו דהרי זו מקודשת א"כ כש"כ בנ"ד דהוי לכה"פ גילוי דעתו דרוצה בנתינת הגט לידה וגם הא הוי זכות לגבי' שלא יכשל בחדר"ג ע"כ וודאי יש לדון במה דיתן השליח הגט לה בתורת זכיי' אף דלא הי' מצי עביד אז הבעל וכמש"כ כה"ג הדגול מרבבה ליו"ד סי' ש"ה סעי' י' גבי פדיון הבן דאם עושה שליח לפדות בנו בתוך שלשים יום שיפדנו בזמנו דאף דלא מהני בזה דין שליח משום דלא

מצי עביד השתא מ"מ יכול השליח לפדות בנו לאחר שלשים יום בתורת זכיי' דזכין לו שלא בפניו ע"ש:

הגה"ה

ובעיקר דברי הדגול מרבבה הזאת העירותי מכבר במק"א מהא דקיי"ל דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי וכמש"כ המל"מ בפ"ד ה' אישות דין ז' ובפרק ו' ה' גירושין דין ג' ע"ש וכעין זה מצינו בגיטין ד' כ"ט ע"ב דאמרו שם כיון דבתר תלתין יום מצי מגרש כשליח שניתן לגירושין הוא. והוא הדין בזה כיון דבתר תלתין יומי מצי לפדות ע"כ מצי עביד מקרי והטעם הוא ע"פ סברת המל"מ הנ"ל דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה הוי וע"כ מהני השליחות שיהי' יכול השליח לפדות הבן לאחר ל' יום אף דנעשה לשליח בתוך שלשים יום ודלא כהד"מ בזה והארכתי בזה במק"א ע"כ הג"ה:

ד

אך באמת הנכון עם האחרונים שתמהו על השלשת הגט הנ"ל משום דמידי דלא מצי עביד השתא לא מצי משווי שליח משום דתורת זכיי' לא מהני בזה לפמש"כ התוס' בקידושין ד' כ"ג ע"ב ד"ה מהו שיעשה שליח כו'. בהא דאיבעי' להו אם עבד יכול לעשות שליח לקבל גיטו מיד רבו או לא והא דמבואר במתניתין דשטר ע"י אחרים בתורת זכות יש לחלק דמיגרע גרע היכא שבא בתורת שליחות וא"ל לך וקבל גיטי כו' ע"ש וכוונתם משום דדוקא היכא שלא א"ל שיעשה שליחותו אז שפיר מצי זכי עבורו בתורת זכות אבל היכא שא"ל בפי' שיעשה שליחותו אז הוי כמו קפידא דיהא חל בו דיני שליחות ולכן בא"ל לך וקבל גיטי דאי נימא דלא מצי משווי שליח אז אינו מועיל תורת זכיי' בזה וכה"ג כתבו התוס' בגיטין ד' ס"ו ע"ב ד"ה הא כתב ידן כו' דאף דמכשיר ר"מ במצאו באשפה עכ"ז בעשאום שלוחים לכתוב הגט אינן יכולין לצוות לאחרים לכתוב משום דמילי לא ממסרי לשליח שזה גרע ממצאו באשפה משום דכיון דציוה לכתוב צריכים לעשות ציווי שלו עכ"ל התוס' ועפ"ז מתורץ מה שהקשה הקצה"ח בסי' רמ"ג ס"ק ה' על מש"כ ביו"ד דיכולים להפריש חלה בלא רשות הבעה"ב משום תורת זכיי' דא"כ קשה על מש"כ התוס' בנזיר ד' י"ב לדון בהא דאשה עושית שליח להפריש חלה והא הוי דשלב"ל כיון דעושית שליח מקודם הלישה כו' ואי נימא דלא בעינן דעת הבעה"ב כלל רק בתורת זכות אתו עלה כו' א"כ לא גרע מה שעושית שליח מאילו לא עשתה שליח כלל אע"כ מוכח דלא כסברת התה"ד כו' עכ"ד הקצה"ח:

ה

אכן לפי מש"כ בשם התוס' קידושין ותוס' גיטין הנ' מתורץ קושיות הקצה"ח הנ"ל משום דשאני היכא דעשתה לשליח בפי' אז גרע וע"כ שפיר הקשו התוס' בנזיר על הפרשת

חלה דאיך יכולה לעשות שליח לחברתה מקודם הלישה והא הוי דשלב"ל ודין זכיי' לא שייך בזה כיון שציוותה בתורת שליחות ע"כ מיגרע גרע ועיין במל"מ פ"א ה' שלוחין ה"א ובנתיבות סי' קפ"ב ס"ק י' וקצרתי. וכן מוכרח מן הא דאה"ע סי' ל"ה סעי' ו' דס"ל לחד דיעה דאין שליח עושה שליח בקדושין וקשה דיהא מועיל שליחות השני בתורת זכיי' כמש"כ שם לעיל סעי' ד' דאם גילה בדעתו כו' והלך השדכן וקידשה כו' כנ"ל אכן לפמש"כ א"ש דהיכא דבא בתורת שליחות אז גרע דאם אינו מועיל ע"פ דיני שליחות כן לא מהני בזה ע"פ דין זכיי':

ולפ"ז מוכח דלא כמש"כ הדגול מרבבה דאף דאינו מועיל שליחותו במה שעשה לו לשליח בתוך שלשים יום לפדות בנו דמ"מ מהני בזה בתורת זכיי' דלפמש"כ הא מוכח דהיכא דעשהו לשליח בפירוש אז אינו מועיל בזה דין זכיי' כלל ולפ"ז הנכון עם דברי המגי' במל"מ פ"ו ה"ג שכתב בשם חכמי קונשטאנטינא לאיסור משום מידי דלא מצי עביד לא מצי משווי שליח ובתורת זכיי' לא מהני בזה כיון דעושהו לשליח ע"כ גרע דכיון דלא מהני בזה תורת שליחות ע"כ לא שייך בזה דין זכיי' כלל ועכ"ז י"ל עצה בזה דנכון להתנות בפי' עם הבעל דיאמר בפיו בפירוש דאף דלא שייך בזה דין שליחות מ"מ מגלה דעתו דרוצה דיזכה לו השליח את נתינת הגט לידה לאחר שתשתפה בתורת זכיי' דבזה לא שייך להחמיר ע"פ הסברא שכתבתי דהיכא דאתי עלה בתורת שליחות אז גרע דהוי כמו קפידא דהא חזינן דאומר בפי' דאינו מקפיד בזה ואדרבה רוצה בכך ע"כ שפיר יש לדון בזה דין זכיי' וכל זה אמרתי מכבר:

1

שוב ראיתי דיש להעיר בזה אי נימא דמן דין שליחות לא שייך בזה רק בתורת זכיי' אתינן עלה. דלפ"ז יהי' גט מוקדם כשימסור לה השליח לאחר שתשתפה לאחר זמן דדוקא בגט ע"י שליח לא חשו לגט מוקדם כמבואר בגיטין ד' י"ח. ואף דגם בנ"ד שייך סברת הש"ס בגיטין שם דהנהו קלא איתי לי' מ"מ וודאי לא מחלקינן כן אם לא הוי ע"י דין שליח אך אפשר גם עצה לזה דיכתבו שבוע או שנה דבכה"ג כשר הגט ולשי' רש"י אף לכתחילה כשר לכתוב כן ולשי' הרמב"ם דמשמע דרק בדיעבד כשר אבל לא לכתוב לכתחילה כן וכמש"כ הגט פשוט בסי' קכ"ז ס"ק כ"ג בשם הב"י ע"ש:

עכ"ז י"ל דבנ"ד גם להרמב"ם הי' מותר לכתוב לכתחילה כן. וכעין זה כתב הב"ש בסי' קל"ו ס"ק ז' וע"ש ובמג"א סי' של"ט ס"ק ט' והנה המרכבת המשנה בפ"ו ה' גירושין הביא בשם גדול א' דכתב לדון דין זכיי' גבי השלשת גט בנשתטית ודחה זה המרכבת המשנה משום דלא מצינו דין זכי' רק במזכין חפץ לפלוני אבל להוציא חפץ מרשות

הנותן לא דיינינן לפי דזכין מאדם לא אמרינן עכ"ל בקצרה ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' העליתי בעז"ה להוכיח דגם דין זכי' להוציא החפץ מרשות הנותן ג"כ דיינינן דגם זכין מאדם אמרינן שם בספרי ע"כ שפיר יש לדון דין זכי' בהך דהשלשת גט וכפי שכתבתי להסביר זה בטוב טעם כי המרכבת המשנה קיצר בזה ולפי מה שכתבתי לא מהני הזכי' אם לא יתנה הבעל בפיו בפירוש כן. אלא יתנה הבעל בפירוש בעת השלשת הגט ויאמר דאף דלא יהי' מועיל דין שליחות דמ"מ מסכים הוא על הזכיי' דיזכו עבורו למסור לה הגט כשתשתפה וכנ"ל:

ז

אכן בעיקר מילתא דנא במש"כ לדון דין זכי' בזה דז"א אלא לפי שיטת התו' דס"ל דלכן אם כתב גט לאשה דעלמא פסול משום דמה דלא מצי עביד עכשיו לא מצי עביד שליח אבל לפי דברי הרמב"ם פ"ג ה' גירושין דין ו' שכתב דלכן באמר כתוב גט לכשאשאנה אגרשנה אינו גט מפני שלא היתה בת גירושין אז ונמצאו שנכתב גט זה שלא לשם גירושין עכ"ל ועיין מזה במל"מ פ"ט ה' אישות ה' ו'. ובמל"מ פ"ו ה' גירושין ה' ג'. ולפי טעמו דהרמב"ם הדין נותן גם בכתב גט לאשתו שוטה דאף דנשתפית לאח"ז דפסול הגט דכיון דלא היתה בת גירושין בעת שנכתב ע"כ הוי כמו שנכתב שלא לשם גירושין ולפ"ז לא מהני זכוי של הגט למסור לה הגט בתורת זכות להבעל כשתשתפה כיון דנכתב הגט בעת שהיתה שוטה ואין לנו להכריע נגד דעת הרמב"ם בטעמו:

ח

ולענ"ד יש לדון באשה היודעת לשמור גיטה ואינה יודעת לשמור עצמה דבזה כשר הגט אף. לפי טעם הרמב"ם הזה דהא שיטת הרמב"ם בפ' יו"ד ה' גירושין ה' כ"ג דביודעת לשמור גיטה ואינה יודעת לשמור עצמה דבדיעבד ה"ז מגורשת וכמש"כ הראב"ד שם וגם הרמב"ם ס"ל כן וכמש"כ המ"מ שם וכן פסק המחבר באה"ע סי' קי"ט סעי' ו' ולפ"ז לא שייך בזה סברת הרמב"ם שכתב הטעם דהוי כמו דנכתב שלא לשם גירושין דהא כיון דדיעבד מגורשת א"כ לא שייך למידן בזה להך סברא:

וידעתי למש"כ המל"מ ה' ביאת מקדש פ"ב ה' ו' דבמידי דרבנן אף במה דלא מצי עביד דמצי משוה שליח אך לפי דהמל"מ לא כתב זה בהחלט רק בלשון אפשר ע"כ אין אני רוצה להכניס ולדון ע"פ סברא זו וע"כ אבאר באופן אחר בהך דיודעת לשמור גיטה וא"י לשמור א"ע בענין נתינת הגט לידה מן השליח לכשתשתפה. והוא דיש להוכיח דהיכא דבדיעבד מהני אף אם אסור לכתחילה באיסור תורה דמ"מ מקרי בידו והא אי' ביבמות דף צ"ב ע"ב דהוכיחו מקודם דאין קידושין תופסין ביבמה לשוק מהא דתנן האמ"ל לאחר שיחלוץ לך יבמיך אינה מקודשת ודחי' לי' דמתניתין ר"ע כו'. וקשה דהא י"ל הטעם

דלכן אינה מקודשת משום דכיון דאין בידו לקדשה עכשיו בהיתר דהא לכ"ע הוי יבמה לשוק באיסור לאו גם בקידושין לחודה וכמבואר ביבמות דף מ"ט בתוס' ד"ה אי כרב כו' וע"כ מוכח מזה דאף באיסור מה"ת כיון דאם עבר ועשה מועיל הקידושין ותפסי ע"כ מקרי זה לדבר שבידו ולא מקרי דבר שלא בא לעולם דמבואר בקידושין דף ס"ב דעיקר מילתא דדשלב"ל תלוי במה דהוי דבר שבידו ע"ש וע"כ שפיר הוכיחו בש"ס יבמות שם דלא תפסי קידושין ביבמה לשוק כנ"ל:

ט

וכעין זה אי' בגיטין דף פ"ד ע"א וברש"י שם ד"ה אמר לך רבא כו' דבשר חזיר בידה לקיימו באיסור ומוכח דאף במה דאסור מה"ת מקרי דבר שבידו:

וכש"כ באיסור מדרבנן היכא דמועילים מעשיו דמקרי זה בשם דבר שבידו ועפ"ז כתבתי בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף ה' לתרץ דברי הרמב"ם שפסק גבי הדס בענבי' מרובה מעליו דעבר ומיעטן כשר ולא מחלק בין אשחור מעיו"ט או לא ע"ש והא דכתבו התוס' בזבחים דף ל"ד ע"ב ד"ה כל שבידו כו' דענבים מרובים מעליו אין זה בידו כיון דאין ממעטין ביו"ט כו' והובא בספרי שם יש לחלק וקצרתי ועיין בקידושין דף ס"ד דאמרו שם והרי בידו להשיאה לממזר ופי' רש"י דביד האב להשיאה לו בעבירה כו' ובכל הסוגיא שם והדברים ארוכין ולפ"ז ברור דאיסור דרבנן מקרי ודאי דבר בידו וממילא מקרי בשם מצי עביד אף דאסור לו לעשות מדרבנן דכיון דדיעבד מהני מעשיו. וע"כ מצי עביד שליח באשה היודעת לשמור גיטה וא"י לשמור עצמה למסור לה הגט לכשתשתפה ולשיטת הרמב"ם וסייעתו דבעבר וגירשה מגורשת אף לשיטת התוס' דאתו על הך דיבמות משום מידי דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח. וכש"כ לטעם הרמב"ם בפ"ג ה' גירושין ה' כ"ג דזהו מפני דנכתב הגט שלא לשם גירושין כנ"ל. דהא כיון דביודעת לשמור גיטה כו' אם עבר וגירשה מגורשת לשיטת הרמב"ם עצמו ובוודאי דמקריא בת גירושין ע"כ הגט כשר אף לכתחילה שיתן לה השליח אחר שתשתפה:

י

ואף דיש סוברים גם ביודעת לשמור גיטה כו' דאף בדיעבד אינה מגורשת וכמבואר שיטתם בסי' קי"ט סעי' ו' בהרמ"א שם ואף דלפ"ז יש מקום לדון ולהחמיר דגם בכה"ג מקרי לא מצי עביד דאף דאינו רק מדרבנן מ"מ כיון דגם בדיעבד לא אהנו מעשיו לכן מקרי גם כזה בשם לא מצי עביד ואינו יכול לעשות שליח דהא גם המל"מ בפ"ב ה' ביאת מקדש ה' ו' לא כתב להחליט בזה וכמש"כ לעיל מ"מ הא העליתי לעיל דבתורת זכוי עבור הבעל יכול השליח למסור לה הגט כשתשתפה אך העליתי דצריך הבעל להתנות ע"ז בפירוש שמסכים על הזכוי וכמש"כ לעיל ועיקר מה דיש להחמיר בזה הוא

לפי דברי הרמב"ם בטעמו על הך דיבמות דף נ"ב דלכן אינו גט לפי דהוי כמו דנכתב שלא לשם גירושין ע"כ ביודעת לשמור הגט וא"י לשמור עצמה יכול השליח למסור לה הגט כשתשתפה בתורת זכות עבור הבעל היכא שהתנה הבעל בפירוש שמסכים על הזכוי ואינו מקפיד על השליחות דוקא וכנ"ל ועיקר החומרא מה דיש להחמיר בזה הוא לפי שיטת הרמב"ם בטעמו דנכתב שלא לשם גירושין הא לשיטת הרמב"ם דס"ל דעבר וגירשה מגורשת ביכולה לשמור גיטה א"כ לא שייך להחמיר מטעם זה ע"כ יכול השליח למסור לה הגט כשתשתפה כנ"ל:

יא

ויש לדון דהשליח יכול למסור לה הגט אף בע"כ של האשה לאחר שנשא הבעל בהיתר אשה אחרת דבכה"ג אין בזה חרדר"ג ואף להנו"ב דחידש לדון דאף בזמן הש"ס אינו יכול השליח למסור לה הגט בע"כ של האשה דה"ל כמו תופס לבע"ח במקום דחב לאחרים. לפי דבכה"ג גם הנו"ב מודה דמצי השליח למסור לה בע"כ דכיון שנשא כבר אשה אחרת בהיתר ע"כ בעמוד והוצא קיימא הך איתתא:

וגם הא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ד סוף ענף ה' הוכחתי דלא כהנו"ב וכן מוכח מן הר"ן בפ"ק דגיטין במשנה דזו מן הדרכים ששוו גיטי נשים לשחרורי עבדים כו' גבי עבד שפעמים שהאדון שולח לו בע"כ כו' דמוכח מזה דאין זה בכלל תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכמש"כ הקצה"ח בסי' קפ"ב סוף ס"ק ב' לבאר זה בטוב טעם ע"ש וכן יש להוכיח מן ב"מ דף ק"א ע"ב בעובדא דההוא דזבן ארבא דחמרא כו' אזל קדשה יהבה לי' דוכתא כתב לה גיטא שדר לה אזלא איהי אגרא שקולאי אפיקתי' כו' א' רב הונא ברי' דרב יהושע כאשר עשה כן יעשה לו כו' ולך לא ניחא לי דדמית עלי כי אריא ארבא עכ"ל הגמ' ואי נימא דבעל אינו יכול לעשות שליח לגרש בע"כ וכמש"כ הנו"ב משום דה"ל כמו תופס לבע"ח כו' והא רב הונא ברי' דרב יהושע ס"ל בכתובות דף פ"ד ע"ב דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה כדקיי"ל וכיון דהשליח לא היה יכול למסור לה הגט בע"כ רק מרצונה. ע"כ אין סברא לומר בזה דדמית עלי כארי' ארבא דהא בלא רצונה לא הי' יכול למסור לה הגט ע"י השליח ואי דנתרצית א"כ לא שייך לומר בזה כאשר עשה כו' ויש לומר דלכן שלח לה הגט ע"י שליח משום דהא בלתי רצונה לא יהי' יכול ליתן לה הגט ולכן פשט הסוגיא מורה דאף בע"כ יכול השליח למסור הגט ודוחק לומר דאף בנתרצה לקבל הגט שייך לומר דדמית עלי כי אריא כו' כיון דבדעתו לגרשה אם תתרצה דזהו דוחק. וכן יש לדון בזה לפי מש"כ הנו"ב במ"ת סי' ק"י דארוסה שאני ע"ש. א"כ י"ל דשא"ה בהך דב"מ דהוי בארוסה. וקצרתי לפי דאין זה שייך כ"כ לענינינו:

יב

והנה הנו"ב במ"ק סי' ג' כתב דצריך הבעל ליתן גט חדש להאשה בעת שתשתפה כי אינה רשאה להנשא ע"י סמך גט המושלש רק כן הי' תקנת רגמ"ה שלא להתירו לישא אשה רק ע"י השלשת גט ע"ש ובאמת אינו מובן דאיזה תועלת יש לנו מן הגט המושלש כיון דלדינא אין לסמוך עליו א"כ למה הצריכו להשליש הגט אבל לפי מה שנתבאר דביודעת לשמור גיטה וא"י לשמור א"ע דיכולה להתגרש ע"י הגט המושלש א"כ שפיר מה דהתקינו להשליש הגט בעת ההיתר לפי דרבותינו הגאונים ז"ל השתדלו בעצת מי שנשתטית אשתו שלא יכשל באיסור שתי נשים וכמש"כ הב"ש בסי' א' ס"ק כ"ג דאחר שתתרפא חייב לגרשה מיד כדי שלא יהיה לו שתי נשים. ובכל רגע ורגע מיד שתהי' ראוי' לקבל הגט מוזהר הבעל להשתדל בכל האפשרות לפקח שלא יעמוד אף רגע א' באיסור חר"ג ואם לא הי' משליש הגט מוכן והיה צריך לכתוב גט חדש וצריך הכנה וזמן לזה וגם אולי יארע איזה סיבה שלא יהיה אז ביכולתו לזה וע"כ התקינו שיהיה הגט מוכן ביד השליח למסור לה הגט בעת שתהיה ראוי' ע"פ דין לקבל הגט משום דכ"ז דאינה ראוי' ע"פ דין לקבל הגט אז אין לנו שום עצה והוי אנוס דרחמנא פטרי'. ולא יתמהמה כלל וכל מה דאפשר להשתדל בתקנתו להצילו ממכשול איסור חר"ג עבדינן כל טצדקי דמצינו למיעבד:

ולכן הצריכו שיהי' גט כתוב וחתום ביד השליח שימסור לה מיד שתתרפא וגם בע"כ יכול למסור לה כנ"ל ואף דבאשה שא"י לשמור גיטה נתבאר דאינה ניתרת לשוק ע"י גט המושלש מ"מ לא חילקו בזה בתקנתם להצריך להשליש הגט כיון דיהיה תועלת עכ"פ אם יודעת לשמור גיטה ודעת ר' שמחה דהובא בחלקת מחוקק סי' קי"ט ס"ק י"ג דלענין שמירת גיטה דשוטה לא בעינן דעתא צילתא כולי האי כו' ע"ש ושייך בגזירתם ג"כ לומר לא פלוג וכמו בכל גזירות חז"ל כעין זה כל זה כתבתי להסביר דברי הראשונים במה שהצריכו להשליש גט דיש מזה תועלת לדינא וע"פ תורת זכות שיתנה בפירוש דאף דלא יהיה דין שליחות מ"מ מסכים בדעתו על הזכיי' כנ"ל:

ולמעשה להתירה להנשא לשוק וכן לצאת מחשש חר"ג צריך הבעל לכתוב גט חדש וליתן לידה כשתתרפא וכמש"כ הנו"ב והאחרונים למעשה וגם אין לנו לזוז מן מה שכתבו גדולי הפוסקים להשליש גט ביד השליח ולהתנות עם הבעל שמסכים על הזכי' ויהיה בהסכם מאה רבנים וגם בראוים להוראה סגי וכמש"כ הנו"ב והחתם סופר:

וכעין הא דנדרים דף ח' דאמרו שם דיהי' עשרה דתני הילכתא והכא גזרו דיהיה דוקא מאה והם יהיו שלוחים להתיר לו חר"ג באופן זה:

סימן ג

נשאלתי באחד אשר תיכף אחר החופה נסע אשתו למרחקים לאחי' וזה ערך יותר משנה שלא באתה לבעלה ובעלה נסע אחרי' שמה ולא השיבה לו כלל. ויש גב"ע מע"א שהיא עוברת ע"ד משה ויצתה לתרבות רעה ומורדת על בעלה ובעלה טוען ברי שהיא מורדת עליו בלא טענה והקלא דלא פסיק הוא שיצתה לתרבות רעה ונשאלתי אם יש להתירו לישא אשה אחרת:

ענף א

א

תשובה כי ידוע שי' הב"ש בסי' ט"ו ס"ק כ' דעד אחד אינו נאמן להעיד שמתה אשתו מחמת חזקת איסורא וכ"כ הב"ש בסי' קנ"ח ס"ק א' אכן הנו"ב במ"ת סי' ח' השיג על הב"ש ודעתו להקל ע"י ע"א לפי דחר"ג אין דינו רק כדברי קבלה וספיקו להקל אכן בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' א' העליתי דספק חרם ספיקו להחמיר ודחיתי שם לראיות הנו"ב שם ובח' יו"ד סי' קמ"ו וע"כ אין רצוני להאריך כעת בפרט זה אך בקצרה דידוע מש"כ המהרי"ק והרשב"א והובאו בב"י סי' א' ובדרכי משה ובב"ש שם דאחר אלף החמישי כלה זמן החדר"ג ואינו אלא ספק תקנתא אך הי"ש כתב דלא כלה הזמן אף אחר אלף החמישי ואנכי לעצמי כתבתי בתשובה אחת דיש לדון בזה דכיון דהמחבר והרמ"א הכריעו בפשיטות דלא החרים רק עד אלף החמישי וכיון דהב"י והד"מ בשם הראשונים כתבו כן ע"כ אף דהי"ש חולק בזה. עכ"ז לכה"פ הוי ספיקא דדינא וכן כתב הרדב"ז בח"ב סי' ת"ש להסתפק בזה גופא וכן מצאתי בתשובת מהרשד"ם סי' ע"ח שכתב לדון בספק ספיקא ולצרף זה לספק דלמא כלה הזמן כבר מחדר"ג ע"ש וידוע מש"כ הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס ס"ק ט"ז דהיכא דאיכא ס"ס דמותר מה"ת אלא שאסור מדרבנן ואיכא ספיקא דרבנן שמותר כמו בספק ציר דגים אי יש בהם שמנונית כו':

ב

וכיון דהא דע"א אינו נאמן באיתחזק איסורא הוי זה ספיקא דדינא כמש"כ התוס' בריש גיטין והרשב"א והנימוקי יוסף ביבמות ר"פ האשה רבה וכמש"כ כן הנו"ב במ"ק סי' נ"ד א"כ הוי בנ"ד ספק ספיקא לצאת מחשש תורה ספק א' דלמא הדין הוא דע"א נאמן אף באיתחזיק איסורא ואת"ל דהדין הוא דאינו נאמן מ"מ ספק שמא כלה כבר הזמן דחר"ג וא"ת דלא כלה הזמן מ"מ ספק שמא הלכה כהנו"ב דחרם לא חמור כדאורייתא וספק חרם הוא להקל. א"כ הוי שלשה ספיקות בכ"ז לצאת מחשש תורה ובדרבנן הא מהני ספק א' להקל דלמא הדין הוא דע"א נאמן אף באיתחזיק איסורא ולא שייך לומר בזה

דהוי ס"ס נגד חזקה דידוע דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמי אחזקה דבשביל החזקה לא ישתנה הדין כמש"כ הפוסקים האחרונים ואכמ"ל:

ג

ועוד י"ל דאף להב"ש דהחמיר בזה מ"מ י"ל דמודה בנ"ד להקל ע"פ מה שאומר הבעל ברי לי שהיא מורדת גמורה נגדי וידוע דבמורדת לא תיקן ר"ג לעגנו כמבואר בסי' ע"ז. והנה מבואר בפ' הנזקין ובפ' האומר בתוס' ובראש"ש שם וביו"ד סי' קכ"ז גבי נתנסך יינך דאף דאין עתה בידו מ"מ כיון שהי' בידו למפרע נאמן בזה. ואף בע"ד נאמן באיסורין בכה"ג א"כ ה"ה בנ"ד דהא ידוע דהבעל שאמר גרשתי אשתי נאמן במיגו דבידו לגרשה וכן קיי"ל באומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה וקשה לכאורה לפמש"כ הר"ן סוף נדרים דאשה אינה נאמנת לומר טמאה אני מצד דמשועבדת לבעלה א"כ הא בעל נמי משועבד לה כדאמרו בכתובות ד' ע' כיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר לה ואמאי נאמן לאוסרה וע"כ מוכח דשאני בעל בזה כיון דבידו לגרשה שאני לגבי זה והא דכתובות דף ע' דאמרו כיון דמשועבד לה היכי מצי מדיר כו' ע"כ מוכח לחלק וקצרתי וידוע שיטת הפוסקים בסי' קע"ח דבזה"ז אינו נאמן הבעל לומר דמאמין לדברי העד שזינתה וכן א"נ לומר דמאמינה וזהו שיטת המהרי"ק. וי"א דכופין לו ומשמש עמה בשם מרדכי ועיין בתשובת נו"ב במ"ת סי' י"א דהגאון ר' טבלי ז"ל מליסא כתב דבאומר שראה שזינתה כ"ע מודו דאינו נאמן והנו"ב חולק עליו והביא שם להרמ"א בתשובה דלא ס"ל כן ובתשובת ר"ע איגר סי' פ"ח הביא בשם המרדכי פ' האומר והגהות מיימוני והרשב"א והרמב"ן דס"ל דאף באומר שראה שזינתה אינו נאמן לומר שטמאה היא בתר חדר"ג ע"ש:

ד

ולכאורה יש להעיר דמוכח כהסוברין דבאומר שראה שזינתה נאמן אף בתר חר"ג דהא מבואר בסי' קי"ט באה"ע דאם עבר וגירשה בע"כ דמהני הגט אף בתר חר"ג וכמש"כ הנו"ב במ"ת סי' קכ"ט דבדיעבד הגט כשר ופי' שם למש"כ בתשובת מהר"ם מרוטינבערג בסופו ומהר"ם מינץ וכיון דבדיעבד הגט כשר א"כ אף בזה"ז הא איכא מיגו דבידו לגרשה דאף במקום איסורא אמרינן מיגו דבידו כמבואר בקידושין דף ס"ד דאמרו והרי בידו להשיאה לחלל וממזר דיהיה נאמן האב במיגו דבידו אף דהוי ע"י איסורא ועיין בהר"ן שם וכעין מש"כ התוס' קידושין דף ס"ד ע"ב ד"ה ר' סבר כו' דכיון דדיעבד מהני חשוב שפיר מיגו ע"ש ושם הוא איסור דרבנן. ובאמת מוכח מיבמות דף צ"ב ע"ב דאף מה דבידו לעשות ע"י איסור מה"ת ג"כ מקרי בידו לעשות דהוכיחו שם מהא דהאומר התקדשי לי לאחר שיחלוץ לך אינה מקודשת דקידושין אין תופסין ביבמה הא י"ל דאף אי קידושין תופסין ביבמה מ"מ אינה מקודשת משום דאין בידו לקדשה עכשיו בהיתר דהא לכ"ע

הוי יבמה באיסור לאו גם בקידושין לחודה כמבואר ביבמות ד' מ"ט ע"ב ד"ה אי כרב אי כשמואל כו' ועיקר דשלב"ל תלוי במה דלא הוי בידו כדאמרו בקידושין דף ס"ב דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה. ומוכח מזה דכיון דאי הי' תופסין הקידושין דיעבד אזי מקרי בידו לעשות עכ"פ ולכן מוכח שפיר דכיון דאמרו התקדשי לי לאחר שיחלוץ יבמיך אינה מקודשת דע"כ אין קידושין תופסין ביבמה א"כ מוכח מזה דאף דבר האסור מה"ת מקרי בידו ועיין בשבת דף מ"ג דאי' שם טבל מוכן כו' וביבמות פ"ה ברא"ש סי' ה' ובזבחים דף ל"ד בתוס' שם והדברים ארוכים ואכמ"ל:

ה

וכיון דנתבאר דאף מה דאסור מה"ת מ"מ כיון דדיעבד מהני חשוב שפיר מיגו דבידו כו'.. א"כ לפ"ז מוכח כשיטת הסוברים דבאומר הבעל שראה שזינתה יהי' נאמן לאוסרה עליו ואין אנו יכולין לכפותו לשמש עמה משום דהא אף בזמן הזה דיש חדר"ג שלא לגרש בע"כ מ"מ חשוב זה דבר שבידו לעבור ולגרשה דבדיעבד הי' מהני כמש"כ הנו"ב הנ"ל ואף אם הי' מצטרך ליתן כתובה ג"כ חשוב בידו כעין מש"כ הרא"ש גיטין פ"ה סי' י"ג אך י"ל בשיטת הסוברים דאינו נאמן הבעל לומר שזינתה אשתו דהטעם הוא דאף דאיכא מיגו בידו לגרשה אף בזמן הזה. מ"מ כיון דאם נימא להאמינו ע"י מיגו בידו כנ"ל א"כ תיעקר לגמרי גזירת חר"ג דמה אהני לתקנתו הא עדיין יכול לומר דזינתה ולאוסרה עליו וע"כ וודאי הי' התקנות חר"ג דלא יהיה נאמן לומר טמאה היא ומזה הוכחתי במק"א דחר"ג שלא לגרש בע"כ לא כלה הזמן וכמש"כ הנו"ב ודלא כהב"ש סי' קט"ו ס"ק ז' והג"פ בסי' קי"ט דאל"כ תקשה איך יכולין לעקור ולומר דלא יהי' נאמן לומר דזינתה הא שוויי' אנפשי' חד"א ומצד תקנתא בעלמא ומנהג לא שייך לומר כתירוצם של הר"נ סוף נדרים ומזה מוכח דחר"ג שלא לגרש בע"כ לא כלה הזמן לכ"ע והוי דין חר"ג כדאורייתא משא"כ חר"ג שלא לישא ב' נשים והארכתי מזה במק"א להוכיח מזה דחר"ג שלא לגרש בע"כ חמור ביותר מן חר"ג שלא לישא ב' נשים ואכמ"ל:

ענף ב

ו

ולפ"ז י"ל דהיכא דהבעל אומר דיודע בבירור דאשתו היא מורדת עליו ולדבריו מותר לו לישא אחרת דהא בכזה לא תיקן ר"ג. אך דלא מהימן מצד דהא אינו יכול להפקיע לתקנת ר"ג דהא משועבד לה אבל היכא דהוי רגלים לדבר הא קיי"ל דנאמנת בזה לומר טמאה אני לך. ובנ"ד הא הוי ע"א דמעיד כן וכמבואר בסי' קט"ו ב"ש ס"ק כ"ג וביו"ד וכש"כ בנ"ד דאומדנא דמוכחא לכל דמרדה עליו וזה יותר מן שנה דעזבה לבעלה ונסעה עם אחי' שאינו הולך בדרך הטוב למדינה רחוקה ואין לנו לתלות שהלכה ברשות בעלה

דהא אומדנא דמוכח לכל כי תיכף אחר החופה מקודם היחוד לא ירשה בעלה לילך ממנו למרחקים לאשתו האהובה לו ומחילה היא טענה גרוע כמבואר בח"מ ומכש"כ במחילת עונה דהוי צערא דגופא דאמרו דלא ניתן למחילה. ועיין במל"מ פ"ו ה' אישות דין יו"ד מזה ע"כ וודאי דלא תלינן במחילה א"כ הוי רגלים לדבר טובא דהיא עוברת על דת שהיא במקום ובמדינה של אנשים אינם מהוגנים כידוע לכל ומורדת על בעלה ע"כ וודאי נאמן אף האידנא לאחר חר"ג לומר שאשתו מרדה עליו ועברה ע"ד וכמו שהעיד העד:

ז

ולתלות באיזה אונס הוי מילתא דלא שכיח כידוע בכמה סוגיות דאונסא לא שכיחא וכמש"כ התוס' בכתובות דף ג' ד"ה וסברה דאניס כו' דלא חיישינן לאונס מה"ט. ומבואר בכתובות דף י"ב דאם איכא אוקי אחזקה בצירוף להברי שלו נאמן אף להוציא מחזקת ממון וכש"כ אם רובא מסייע לאמירת ברי שלו דהא רובא עדיף מחזקה וודאי דמהני רוב בצירוף ברי שלו להוציא מחזקת ממונא וכש"כ דמהני זה במקום איסורא [ובלא"ה הא רוב עדיף מן חזקה א"כ הוי כמו דלא אתחזיק איסורא דהא הרוב מבטל לחזקת איסורא ובנ"ד הא לא הי' שכיח לתלות באיזה אונס או בטענת מחילת רשות לה כנ"ל] וכן מבואר בח"מ סי' כ"א דלא מהימן לומר שהי' אנוס כ"ז דלא הביא ראי'. ועיין בשער משפט שם ובסי' רכ"ז סעי' ז' וקצרתי ע"כ וודאי נאמן לומר דמותר לו לישא אחרת כיון דלדבריו דהיא מורדת עליו א"כ לא נתקן בזה חדר"ג כלל מעולם ולא הי' עליו איסור חדר"ג וגם הא הוי בידו לגרשה א"כ הוי בידו להפקיע זכותה ואף דכעת היא מרחוק ממנו ואין יכולת בידו לגרשה בע"כ וכעין מש"כ הגט מקושר בסוף ספרו לדון במי שאמר גרשתי אשתי אם היא במרחק מקום ממנו דאז אין לו מיגו דבידה לגרשה וכן כתב הבית מאיר כה"ג בסי' קי"ט לדון הא דהיא במרחק מבעלה דאז אין יכולת ביד הבעל לגרשה א"כ איך יכול לעשות שליח הא הוי מידי דלא מצי עביד כו' ע"ש. ועכ"ז הא במקום איסור דאינו דבר בערוה הדין הוא דמהימן גם הבע"ד אף במה דאין בידו לעשות עכשיו אלא כיון שהי' בידו מתחילה ג"כ מהימן כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז ובגיטין ברא"ש פ' הנזקין [ועיין בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ח' בד"ה ואמנם כאן כו']. וכל הטעמים דנאמרו בזה שייך ג"כ בהך מילתא ועיין בחוות דעת סי' קכ"ז שכתב הטעם דלכן בדבר שהי' בידו נאמן הע"א באיסורין אף במקום דאיתחזיק איסורא משום דהוי ע"י מה דבידו לעשות כן הוי זה כמו חזקה העשוי להשתנות דלא מקרי חזקה וכמש"כ התוס' בקידושין דף ס"ד כו' ע"ש וכן יתר הטעמים דנאמרו בזה דכיון דהוי בידו הוי כבעלים דנאמן באיסורין:

ח

א"כ כל זה שייך אף בנ"ד להאמינו מה"ט דהא מתחילה בעת דהיתה אשתו עמו ביחד הי' בידו לגרשה:

ע"כ הוי זה כדבר שבידו דנאמן בזה אף באיתחזק איסורא. ודוקא בדבר בערוה אינו נאמן הבעל לומר גרשתי אשתי למפרע כיון דמיגו למפרע לא אמרינן משא"כ היכא דנוגע לאיסורא נאמן אף במה שאינו בידו כעת רק שהי' בידו למפרע וכמש"כ השב שמעתתא שמעתא וא"ו פ"א מזה ע"ש:

ועיין בנתיבות בכללי מיגו מזה ואכמ"ל ע"ש וע"כ נאמן הבעל ע"ע אף דאיתחזק איסורא משום דהוי דבר שהי' בידו מעיקרא בעת שהי' אצלה במדינתה הרחוקה אחר מרידתה ומה"ט אף שי"ל דלא רצה לגרשה דיפסיד לעולם ואולי תחזור ומ"מ מקרי זה דבר בידו עכ"פ דאין זה מן דין מיגו וגם הא הוי רגלים לדבר ואומדנא דמוכחא בזה ע"כ וודאי מותר לו לישא אשה אחרת. ובמק"א ביארתי היטב מה דאמרו יש לי בנים נאמן אף דהבעל רחוק מהאשה ואכמ"ל [והנה להפטר מן חיובי האשה על בעלה במזונות וכיוצא אף דגם בזה"ז שייך לומר בידו לגרשה כנ"ל מ"מ הא כבר כתבו דבזה"ז אף דגירשה בע"כ דלא נפטר מחיובי שלה כמש"כ הנו"ב במ"ת סי' קכ"ט אך כל מש"כ הוא לענין דיהי' נאמן לישא אחרת וכן העירותי במק"א מהך דגיטין דף י"ב דאמרו שביק לי' ועריק ואזיל לעלמא וכמו כן י"ל גבי אשה וביארתי היטב מה דאמרו בכולי הש"ס דבידו לגרשה וקצרתי]:

ט

ועוד דהא ידוע שיטת הרשב"א והובא בפני יהושע לכתובות דף כ"ב דכתב דמעולם לא אמרה תורה דאזלינן בתר חזקה אלא למי שמסופק בדבר משא"כ אם אומר ברי לי נגד החזקה לא שייך גבי' לומר שהוא מוזהר על הספק מחמת החזקה כיון דאומר ברי לי דמותר אני בזה ונאמן על עצמו ובמק"א הארכתי בזה ולפי שיטה זו וודאי דנאמן הבעל ע"ע בנ"ד לומר שאין עליו איסור לישא אחרת. אך היכא שאין לנו הוכחות המסייעים לדברי הבעל אין סברא להאמינו כלל משום דאל"כ תיעקר לעולם התקנה דר"ג דכל אחד יהי' יכול לומר כן אבל בנ"ד דיש לנו רגלים לדבר והוכחות המסייעים לדברי הבעל יש לדון ולצרף סברא זו להיתירא והנה עיקר האיסור שלא לישא שתי נשים הוי רק מצד הבעל שמוזהר מצד התקנה שלא לישא שתי נשים אבל על האשה שנושא אין עליו איסור בעצם ומצד לפ"ע לא שייך כיון דנאמן ע"ע כנ"ל ע"כ לא שייך לדון בזה לאו דלפ"ע דהא לפ"ז אין כאן מכשול כלל וגם יש לצרף בנ"ד מה שהי' להבעל מכתב מה שהשיב לו הגאבד"ק טעלז דאבי האשה אמר לו שהי' לו מכתב מהאשה הנ"ל כי עוד משך שנה

אחת תתעכב שם וזהו שלא ברשות בעלה ע"כ הוי אומדנא דמוכחי דהיא מורדת עליו לכן יש לנו על מה לסמוך ולהתירו לישא אשה אחרת ובכזה לא תיקן ר"ג והעיקר הוא בנ"ד להיתירא דיש לנו לסמוך על הע"א והאומדנות וההוכחות הללו המסייעים לדברי הבעל האומר ברי כנ"ל:

י

וע"ד אם צריך היתר מאה רבנים הנה ראיתי בתשובת שב יעקב סי' מ"ב שכתב בשם השבות יעקב דאשה שזינתה א"צ היתר מאה רבנים דע"ז לא הי' המנהג רק בנשתטית נעשה התקנה דבעינן מאה רבנים וכה"ג כתב החמדת שלמה סי' ד' והטעם כתב בשם המהרי"ק דכיון דאסורה עליו אין זה בכלל ב' נשים ע"ש ובאמת נפ"מ רבתא בין השב יעקב ובין החמדת שלמה דאילו להשב יעקב דס"ל דהיכא דפשעה א"צ מאה רבנים א"כ אף היכא דלא נאסרה עליו מ"מ כיון דזה בא מצד פשיעתה כמו בעוברת על דת או מורדת בזה לא בעי מאה רבנים ובכה"ג לא תיקן ר"ג כמבואר בסי' קט"ו והובא דברי השב יעקב בנו"ב מ"ק סי' א' וכעת אין ספר הנ"ל ת"י ואילו להחמדת שלמה הא טעמו דכיון דנאסרה עליו אין זה אשה הראוי' לו א"כ בעוברת ע"ד היכא דלא נאסרת עליו וכמבואר בסי' קט"ו צריך מאה רבנים וכמבואר להדיא בחמדת שלמה שם:

יא

ולפ"ז בנ"ד דאף לדברי הע"א שהעיד ששחקה מהגט וכה"ג מ"מ היא לא נאסרה משום זה לבעלה אם הי' שני עדים ע"ז וכה"ג אי' בסנהדרין דף ס"א דדיבורא לאו מילתא היא וכעין הא דכתובות דף ע"ב ע"א בתוס' ד"ה אי דידע כו' וכן אמרו בח"מ סי' ל"ד גבי אלך ואמסור דוקא אם אמר כן בפרהסיא כו' די"ל דחזר בו ולא מוציאין משום זה מחזקת כשרותו ועיין באה"ע סי' ז' סעי' י"א דגם בהמירה יש מקילין דלא חיישי שמא זנתה ועיין בח"מ וב"ש שם ובנתייחדה לשם זנות ב"ש שם ס"ק ל"ה דמקילין א"כ אף דהיא עוברת ע"ד בנ"ד דמעיד דנסעה עם אחי' למדינות הרחוקות החשודים. די"ל דלא נאסרה משום זה לבעלה אף לפי דברי העד א"כ טעמו של החמדת שלמה ליתא בנ"ד וע"כ אפשר להצריכו להיתר מאה רבנים לדברי הח"ש:

ענף ג

יב

שוב ראיתי די"ל דבנ"ד אף לדברי הח"ש יש להקל דא"צ מאה רבנים דהא עיקר דברי הח"ש הוא מתשובת מהרי"ק סי' קמ"א שכתב שם סברת הח"ש דלא מקרי שתי נשים אלא כשהראשונה מותרת לו ולא כשאסורה לו כו' ובאמת לכאורה מוכח גם מהמהרי"ק דדוקא כשנאסרה לו אז א"צ מאה רבנים אבל כשלא נאסרה לו בעי להדר אחר היתר ק'

רבנים אכן לאחר העיון בתשובת מהרי"ק שם משמע דבמורדת יש להקל אף בלא מאה רבנים והוא דהא קוטב דברי המהרי"ק שם הוא כן דבמומרת כיון דבכה"ג לא תיקן ר"ג כלל לגזירתו ע"כ א"צ השלשת גט וממילא א"צ היתר מאה רבנים אך במקום שנתפשט המנהג דאף במומרת בעי ק' רבנים ע"כ בעי גט לזכות עבורה כדי להקל האיסור משתי נשים וכללא הוא דאם גזר ר"ג בכזה אז בעינן להדר אחר היתר ק"ר וכן אחר זכוי גט כדי להקל האיסור ואם נימא דלא גזר ר"ג בכזה כלל ולא חלה גזירתו כלל בכזה אז לא בעינן להדר אחר היתר מאה רבנים ואחר זיכוי גט כן הוא קוטב דברי המהרי"ק שם וכ"כ החתם סופר סי' ג' בכוונת המהרי"ק יעו"ש:

יג

הנה המהרי"ק כתב שם בתחילת הסי' בזה"ל דע לך שאין מנהגינו כן להשליש הגט בתורת זכי' דלמה נצרך לעשות כן דאי משום תקנת הגאונים שלא לישא ב' נשים פשיטא שלא הי' כוונתם אלא בנוהגת מנהג ישראל ודת משה ויהודית ולא לזו שהמירה בתורת משה דגדולה מזו כתב ראב"ן ומביאו המרדכי בכתובות פ' אע"פ וז"ל מורדת בבעלה דבדורות הללו שאין נושא ב' נשים דלא משהינן לי' אגיטא ואי משום שיוסרו כל הנשים קנסינין לה ושרינן לי' לישא אחרת והיא תשב ותתעגן ק"ו בזו שהמירה באביו שבשמים ואע"ג שיש קצת לדחות ראי' זו מ"מ הדעת מכרעת והסברא מוכחא שלא תקנו מעולם בכיוצא בזה ועוד דפשיטא דלא מקרי שתי נשים אלא כשראשונה מותרת לו אבל כשהיא אסורה עליו כגון זו שזינתה כו' פשיטא דאין זו אשתו לענין זה כו' עכ"ל המהרי"ק הרי דעיקר סמיכת דבריו הוא על ראייתו מהמרדכי וראב"ן הנ"ל דכתבו גבי מורדת דשרינן לי' לישא אחרת והיא תשב ותתעגן כו':

יד

וכוונתו בראי' זו דהא ע"כ מוכח בדברי המרדכי וראב"ן הנ"ל דבמורדות שרינן לי' לישא אחרת אף בלא השלשת גט כלל מדכתבו והיא תשב ותתעגן ואם הי' צריך להשליש גט א"כ לא תתעגן כלל דהא הגט הוא מושלש ת"י השליח עבורה ובכל עת שתתרצה לקבל הגט הרשות בידה אלמא דלא הצריכו לו להשליש הגט עבורה משום דבמורדת לא תיקן ר"ג כלל גזירתו וע"כ לא הצריכו להדר אחר היתר כלל משום דאם הי' גזירת ר"ג בזה ממילא היו צריכים להדר אחר איזה קולא וצד היתר היינו השלשת הגט כי במורדת כשמתירין לבעלה לישא אשה אחרת אז וודאי זכות הוא לה השלשת הגט כיון דמתירין לו לישא אחרת ובזה"ז שאסור לישא ב' נשים א"כ וודאי הוי חובה מאוד להאשה שתתעגן כל ימי' ולא תוכל להנשא לשום איש כלל כל ימי' עד שיתרצה הבעל ליתן גט ובכה"ג לא שייך טב למיתב טן דו. דהא אינה יכולה להיות תחת הבעל כלל

כיון שנשא כבר אחרת ואין רשאי לדור עם ב' נשים בזה"ז כלל ואין לך חובה יותר מזה ובוודאי הוי זה זכות להשליש גט עבורה כדי שיהי' הזכות בידה בכל עת לקבל הגט וכיון דזה הוי זכות גבה א"כ הוי צד היתר על איסור ב' נשים כמו השלשת גט במומרת דהוי צד היתר מחמת הזכוי וכמש"כ המהרי"ק שם ולכה"פ הוי ספק זכות גבה בהשלשת גט ומבעי לן להדר ולהקל האיסור קצתו ומדלא הצריכו להשליש גט במורדת מוכח מזה דאינם צריכים להדר כלל אחר קולא והיתר במורדת משום דבמורדת לא תיקן ר"ג כלל לגזירתו וממילא א"צ היתר מאה רבנים להיתר בזה כיון דהכל חדא הוא וכמש"כ כנ"ל:

טו

א"כ זה ברור דבמורדת לא תיקן ר"ג כלל לגזירתו וכן אחר י"ב חודש הכריע הרמ"א כן בסי' ע"ז דמתירין לו לישא אחרת וכדברי המרדכי וראב"ן הנ"ל וחזינן דהמהרי"ק עיקר ראייתו על המרדכי וראב"ן הנ"ל להוכיח משם דכמו דבמורדת לא מהדרינן אחר איזה צד קולא על השלשת גט דה"ה במומרת וכתב שיש קצת לדחות ראי' זו וי"ל דכוונתו בזה משום דיש לחלק קצת ע"פ מה דמצינו בסי' קנ"ד סעי' א' דהובא שם פלוגתת ראשונים דחד דעה ס"ל דמומר כופין להוציא וחד דעה ס"ל דאין כופין להוציא משום דגם במומר שייך טב למיתב טן דו ואילו במורד מתשמיש הובא לעיל בסי' ע"ז סעי' א' דכופין אותו להוציא וגם הרמ"א אינו חולק ע"ז אלמא דס"ל להרמ"א דיש מקום לומר דמורד גרוע ממומר גבי זה דהא במומר אינו מורד לגבה עכ"פ ובמורד מתשמיש גרע זכותו משום דמבטל ענין אישות דהוא העיקר. אך החולקין ס"ל דבמומר גרע ממורד כמבואר הכל שם. ועכ"פ מצינו דשיטה חדא ס"ל דמורד גרע גבי זה מן מומר וי"ל דזהו כוונת המהרי"ק במש"כ דיש לדחות ראי' זו קצת. אבל עכ"פ במורדת גם המהרי"ק מודה דמוכח מהמרדכי וראב"ן דלא מהדרינן אחר היתר כלל כי בכה"ג לא גזר ר"ג כלל וקנסינן לה כמש"כ המרדכי וראב"ן כנ"ל וגם הא כתב בלשונו דיש קצת לדחות ראי' זו אלמא דס"ל לאמת דאין ממש בדחיי' זו. אך כיון דכתב דיש קצת לדחות ראי' זו ע"כ כתב המהרי"ק עוד טעם בזה כיון דנאסרה לו אין זה אשה הראוי' לו ולא גזר כה"ג אבל במורדת אף דאין שייך טעם זה אפ"ה מודה המהרי"ק דכה"ג לא גזר ר"ג כלל וכמבואר במרדכי וראב"ן הנ"ל והא אינו חולק על המרדכי בזה אלא משום דיש קצת לדחות ראי' זו כנ"ל:

טז

ע"כ ברור לדינא דמוכח ממהרי"ק דלדינא א"צ מאה רבנים והשלשת גט לזכות לאשה המורדת. וע"כ כיון דכתב החמדת שלמה דבמומרת יש להתיר בלא מאה רבנים ובלא השלשת גט והכל חדא הוא דלא מהדרינן אחר צד היתר כלל כי בלא"ה מותר לו לישא

אחרת כי בכה"ג לא גזר ר"ג כלל ה"ה במורדת ואדרבה י"ל דאף להחתם סופר שכתב דהמנהג הוא שלא להתיר בלא מאה רבנים אף בנאסרה עליו י"ל דטעם המנהג הוא דס"ל כמש"כ המהרי"ק דיש קצת לדחות ראיה זו של המרדכי וראב"ן הנ"ל וכנ"ל אבל במורדת דמבואר בפי' במרדכי בשם הראב"ן כנ"ל ע"כ בזה י"ל דלא נהגו כן. וכ"ז דלא נתברר במדינתינו איך הוא המנהג ע"כ לא מבטלינן משום ספק מנהגא בעלמא להדין הברור וכמבואר בכ"ד ובפרט שהח"ש כתב להקל בפי' ומסתמא לא היה המנהג הנ"ל במדינתו וע"כ יש להקל במורדת ולהתיר אף בלא ק"ר וכש"כ כשהיא עוברת על דת ומורדת ביחד. וכן מצאתי בספר נחלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל בסי' ה' שכתב בפשיטות להתיר בעוברת ע"ד בלא מאה רבנים כלל והסכים כן לדינא ע"כ כיון דלהמהרי"ק מבואר דבמורדת א"צ מאה רבנים עליו סמכינן ובפרט דכן פסקו השב יעקב והנחלת יעקב וכן להח"ש דסמך על המהרי"ק:

וכבר נתבאר דהמהרי"ק מודה במורדת להיתירא ע"כ אם היו ב' עדים בנ"ד היה דעתי מסכמת להתיר בלא מאה רבנים אך כיון דלא נתברר רק עפ"י ע"א ע"כ הבו דלא לוסיף עלה ובעי לכה"פ מאה רבנים שיסכימו להתיר:

יז

ויראו שהבעל ישליש בטחונות כי אולי תבא האשה למדינתינו ותתבע מן הבעל את כתובתה ושארי חיובים תברר כי לא הפסידה כתובתה והחיובים שלה באיזה טענה מעולה דאז יהי' בידם לכופו שיקיים הבעל כפי הד"ת והבטחונות ועל איזה סך כפי שיראו לעין וכפי ראות עיניהם וכן יראו שיהיה הכל ברשיון הממשלה כפי חוקי א' הקיר"ה. וידוע דבמה שנוגע לחיוב כתובה וכיוצא אין ע"א נאמן להפסידה אך לע"ע אנו מיירינן לענין להתירו לישא אשה אחרת דזהו בגדר איסורין דע"א מהימן וכמש"כ לעיל בשם הנו"ב ועיין בנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ח' וקצרתי. ובפרט בנ"ד דיש רגלים לדבר אבל כשתבא האשה לתבוע ממנו אז יקוב הד"ת ביניהם וע"כ ישליש בטחונות כפי שיוכשר בעיניהם וישיגו רשות מן הממשלה וכעין דברי הנו"ב במ"ת סי' ז' וכנ"ל וע"פ מאה רבנים כנ"ל והנני נמנה עמהם להיתירא:

סימן ד

נשאלתי בא' ששהה עם אשתו יותר מעשרה שנים ולא ילדה כלל אם מתירין לו לישא אשה אחרת וגם אומר הבעל שידוע לו בבירור שאשתו יש לה סי' א' מן סי' איילונית המבואר ביבמות דף פ'. והבעל מוחזק לאדם כשר וי"א וגם הראו לפני כתב ע"פ בד"צ דמחנם איך שגמרה האשה הנ"ל עם בעלה זה יותר משתי שנים דאם כשתהיה עם בעלה

עוד שתי שנים ולא תלד כלל אז התחייבה לקבל ג"פ מבעלה או דאז יהיה מותר לו לקחת אשה אחרת בלא מוחה כלל ועכשיו דכלו כבר שתי שנים והיא מתחרטת מכל זה ונשאלתי אם להתיר לו לישא אשה אחרת ע"פ מאה רבנים כד"ת:

ענף א

א

תשובה בעז"ה ובקצרה. והוא כי זה מבואר באה"ע סי' א' סעי' י' בהג"ה ובדרכי משה שם דהרבה ראשונים ס"ל דאף האידנא דיש חדר"ג מ"מ בשהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה יש להתיר לו לישא אחרת והביא כן בשם המרדכי והריטב"א והנ"י והמהר"מ פאדוואה וראיתי בתשובת מהר"ם פאדוואה סי' י"ג שהביא שם בשם הנ"י ליבמות פ"ו על משנה דנשא אשה ושהה עמה כו' שכתב שם מתחילה דלאותן שקיבלו חדר"ג שלא לישא אשה אחרת השתא נמי אינו יכול כו' ובסוף הדיבור שם כתב בזה"ל דאע"פ שהחרים ר"ג ז"ל שלא ישא אשה על אשתו בכי הא לא תיקן רבינו ז"ל, וכ"כ רבני צרפת בתשובת הריטב"א ז"ל עכ"ל א"כ סתרי דבריו מן רישא לסיפא והעלה בתשובת מהר"ם הנ"ל דבעל הנ"י חולק ע"ז אמנם בטלה דעתו נגד הריטב"א ורבני צרפת ותשובת הרשב"א כו' עכ"ל ולענ"ד אין זה קשה כלל דבתחילה מיירי הנ"י בילדה זכרים או נקבות דמדינא דש"ס אין כופין לגרשה ע"כ ס"ל דבזה שייך חדר"ג דאינו רשאי לישא אשה אחרת ובסיפא מיירי באין לו בנים כלל דכופין ע"ז לגרש ע"כ אף בזה"ז דיש חדר"ג מ"מ מותר לו לישא אשה אחרת דבמקום מצוה רבה כזה לא תיקן ר"ג א"כ ג"כ דעת הנ"י עצמו להתיר בזה וזהו ע"פ סברת התוס' דב"ב דף י"ג דפו"ר במקום דיש שבת יצרה דאין לו בנים. כלל דהוי מצוה רבה ע"כ בוודאי לא תיקן ר"ג בכזה לתקנתו. וזה פשוט למעיין בנ"י שם ואין מקום לקושיות המהר"ם הנ"ל:

ב

וכן מצאתי להרדב"ז ח"א סי' קכ"ו שכתב בפשיטות דבשהה עשר שנים ולא ילדה לא החרים ר"ג ז"ל ומותר לו לישא אחרת הרי קמן לכל הנך פוסקים דס"ל דמותר לישא אשה אחרת אף לאחר חדר"ג והד"מ והרמ"א שם כתבו בפי' דהיכא דמן הדין הוא לגרשה יש להתיר לו לישא אשה אחרת אם אינה רוצית לקבל גט. ע"כ אין לנו להחמיר בזה. אך אין להתיר בלא מאה רבנים וכמש"כ הח"מ שם ושארי אחרונים אבל ע"י מאה רבנים אין לנו להחמיר כלל וכן מצאתי להרדב"ז ח"ב סי' ת"ש שכתב כן והביא להנימוקי יוסף הנ"ל ופי' בקצרה כעין מש"כ ע"ש ואפשר לומר עדיין בזה דהא עיקר ההיתר של הדרכי משה והרמ"א שם הוא לפי שהביא שם לדברי הגהות מרדכי דכתובות שכתב דעיקר גזירת ר"ג שלא לישא שתי נשים לא הי' משום דררא דאיסורא רק משום קטטה ואינה

רק תקנה בעלמא ובשל סופרים הלך אחר המיקל כש"כ בתקנה בעלמא כו' וע"כ במקום ספק דפלוגתא אי תיקן ר"ג במקום מצוה יש להקל והב"ש כתב שם בס"ק כ"א הטעם משום דס"ל להבית יוסף והד"מ שם דר"ג לא החרים רק עד סוף אלף החמישי ומכאן ואילך אינו אלא מנהג שנהגו להחמיר וע"כ במקום ספק דפלוגתא מעמידין על דין תורה אבל לפי מה דכתב המהרש"ל בתשובה סי' י"ד והיש"ש יבמות פ"ו דר"ג החרים עד עולם א"כ לפי זה יש להחמיר בספק דפלוגתא דאף דהנו"ב במ"ת סי' ח' וביו"ד סי' קמ"ו העלה דספק חרם ספיקו להקל דלא עדיף מן ספק הלמ"מ דספיקו להקל ע"ש אכן בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' א' העליתי דספק הלמ"מ וספק חרם הוא להחמיר ע"ש א"כ לשיטת היש"ש דר"ג החרים עד עולם. ע"כ כיון דפליגי בי' רבוותא וס"ל להרבה פוסקים דאף במקום מצוה תיקן ר"ג ע"כ מבעי להיות ספיקו להחמיר:

ג

אכן באמת ז"א דהא כיון דהמחבר והרמ"א הכריעו בפשיטות דלא החרים ר"ג רק עד סוף אלף החמישי וכן כתב הב"י בשם הראשונים ע"כ אף דהיש"ש חולק בזה עכ"ז לכה"פ הוי זה גופא ספיקא דדינא וכן כתב הרדב"ז בח"ב סי' ת"ש שמסתפק בזה גופא ע"ש. וידוע מש"כ הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס ס"ק ט"ז דהיכא דאיכא ס"ס דמותר מה"ת אלא שאסור מדרבנן ואיכא ספיקא דרבנן דמותר כמו בספק ציר דגים אי יש בהם שמנונית כו' וה"ה בנ"ד דאף דנימא דהוי ספק השקול בפלוגתת הראשונים אי גזר ר"ג במקום מצוה או לא:

דעכ"ז הא מה"ת יש ס"ס להקל דאין בו איסור מה"ת היינו ספק שמא לא החרים ר"ג רק עד סוף אלף חמישי. ואת"ל דהחרים עד עולם אכתי ספק שמא במקום מצוה לא תיקן. א"כ הוי ס"ס להקל מה"ת וספק א' בדרבנן דספיקו להקל ע"כ שפיר יש לנו לסמוך על דברי הרמ"א להקל בנ"ד וכן מצאתי בתשובת מהרשד"ם ח' אה"ע סי' ע"ח שכתב לדון ע"פ ס"ס באותן המקומות שנולד ספק אם גזר שם ר"ג כן וכתב דהוי ספק א' שמא לא החרים רק עד סוף אלף החמישי ואת"ל דגזר עד עולם אכתי ספק שמא הוא לא מאותן המקומות כו' ע"ש שכתב דאף דהאשכנזים נהגו איסור בכל מקום ובכל זמן מ"מ מידי ספק לא נפקא כו'. ע"כ שפיר יש לדון לס"ס הנ"ל ושפיר כתב הב"ש בס"ק כ"א להקל בזה משום דבמקום ספיקא מעמידין על דין תורה משום דאף דנימא להחמיר מצד ספיקא שמא עדיין לא כלה הזמן דחדר"ג. מ"מ הא איכא ס"ס מה"ת וספק א' בדרבנן דקיי"ל להקל ואף דאין זה בכוונת הב"ש למי שרואה בדבריו מ"מ לדינא נכונים דברי הב"ש וכנ"ל:

ד

ובלא"ה כיון דכללא הוא בידינו שאנו נגררין תמיד אחרי דבריהם הקדושים של רבינו ב"י והרמ"א ומימיהן אנו שותין והם תמיד לנו לעינים וכיון דהם כתבו דר"ג לא החרים רק עד סוף אלף החמישי וגם הרמ"א כתב להדיא בספרו ד"מ ובהגהות רמ"א להקל בזה בוודאי אין לנו להחמיר כלל בזה וגם הא בתשובת מהר"ם מרוטנבארג בסופו גבי התקנות של חדר"ג שלא לישא שתי נשים כתבו שם בזה"ל דאין לישא שתי נשים רק ע"י היתר מאה רבנים כו' וכשיראו טעם מבורר להתיר ע"ש הרי דהתקנה היתה בפי' דאם יראו טעם מבורר להתיר דיתירו. ובנ"ד אין לך טעם מבורר יותר מזה דהא פו"ר הוי מצוה רבה וכופין עבור זה לשחרר עבדו ויעבור האדון על איסור קל בשביל שיקיים העבד מצוה רבה כש"כ דבכה"ג דזה מקרי טעם מבורר וודאי דמתירין ע"י ק' רבנים דבכה"ג לא החמירו וגם מצאתי בעז"ה בתשובת הרדב"ז ח"ב סי' תשל"ד שכתב דשבועה חל לבטל חדר"ג מכש"כ דכיון דשבועה חל על דרבנן וכש"כ דחייל לבטל לתקנתא דר"ג אלמא דס"ל בפשיטות דחדר"ג קיל אף מכל דרבנן. ואף דבח"ב סי' ת"ש מסתפק הרדב"ז גופא אם החרים עד עולם או לא מ"מ ס"ל דזה קילא מדרבנן. ע"כ וודאי לדעתו יש להקל בספק חדר"ג ואף לשי' הר"ן בתשובה סי' ל"ח דמבואר שם דלא כהרדב"ז אלא משמע דס"ל דחדר"ג חמור יותר מן איסור דרבנן ולא חל שבועה ע"ז עכ"ז י"ל דלא כתב הר"ן כן רק גבי תקנת ר"ג שלא לגרש בע"כ אבל בחדר"ג שלא לישא ב' נשים דקילא ביותר כאשר יבואר להלן בזה אף הר"נ מודה להרדב"ז ע"כ אין לנו להחמיר בזה:

ענף ב

ה

אמנם הנו"ב ח' אה"ע במ"ק סי' א' כתב דידוע דהרבה פוסקים ס"ל דלא שייך האי דינא דשהה עשר שנים בחו"ל דעון חו"ל גורם א"כ קשה לעשות מעשה וכמו שהאריך השב יעקב בזה וכ"כ הנו"ב במ"ת ח' אה"ע סי' ק"ב דאם שהה עשר שנים יכול לגרשה בע"כ וקל וחומר שיכול לישא אחרת כו'. אמנם מה שלא אירע בכמה דורות להתיר משום שחשו לדעת קצת פוסקים שאין דין זה נוהג בחו"ל וכמש"כ בנו"ב סי' א' כו' עכ"ל הנו"ב. אמנם לדינא נראה לי כיון דהטושו"ע כתבו בסי' קנ"ד להך דינא דשהה עם אשתו דכופין לגרשה ומשמע דאף בחו"ל ג"כ הדין כן. וכן הוא שיטת רוב פוסקים ודחו להשיטה דס"ל לחלק בין חו"ל לא"י בזה וכמש"כ בארוכה הרא"ש והיש"ש וש"פ והנימוקי יוסף והמרדכי שם וכמש"כ הנו"ב שם דרוב פוסקים רוב בנין ורוב מנין ס"ל דזה נוהג אף בחו"ל ע"כ כיון דכללא הוא בידינו דקיי"ל כהרוב ואחרי רבים להטות באיסורים ואף בד"נ לכן כש"כ במקום מצוה רבה דפו"ר דאף במקום ספק מצוה רבה שרינן לאיסור קל

כמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ג' ע"ש ובוודאי במקום דיש רוב גמור של הפוסקים הנ"ל דמוטל חיוב להשתדל להתיר לו אשה אחרת כדי שיקיים פו"ר:

ו

וכן העלה בתשובת מעיל צדקה סי' ל"ד דהעיקר לדינא כשיטת רוב פוסקים דאף בחו"ל נוהג זה וגם דחה למה שכתב הרמ"א באה"ע סי' א' סעי' ג' בשם הריב"ש דלא נהגו לכוף לגרשה אע"פ שלא קיים פו"ר כו'. אלא ע"פ דין החיוב לכוף למבטלים מצות פו"ר וגם העלה דע"פ דין יש להתיר לו לישא אשה אחרת בשהה עשר שנים. אך אין נוהגין כן מחמת שאנו דרים בין האומות ויש בזה חששות ע"כ לא שמענו שיעשה כזה עכ"ל אלמא דלפמש"כ המעיל צדקה אין ראי' ממה שלא שמענו להתיר לישא אשה אחרת בשהה עשר שנים דאין זה מפני חשש איסור וכמש"כ הנו"ב דבאמת וודאי אין בזה חשש איסור ואדרבה מצווה הבעל להשתדל בכל האפשריות לקיים מצות פו"ר אלא הא דלא שמענו בזה הטעם הוא כמש"כ המעיל צדקה מחמת שאנו דרים בין האומות א"כ היכא שיעשו זה ע"פ רשיון הממשלה וודאי דהחיוב להתיר לו לישא אחרת וכן ראיתי להגר"א זצ"ל בביאורו לאה"ע סי' א' ס"ק י' שהביא שם לדברי המרדכי פ"ו דיבמות שכתב דלא נהגו לכוף בזה ודחה שם כל דבריו. והא דספ"ג דב"ב קאי שם באותן שקיימו פו"ר וכמש"כ התוס' שם וגם דכ"ז הוא בגזירת המלכות דוקא ע"ש בביאור הגר"א זצ"ל:

ז

נחזור לענינינו דדברי הנו"ב הנ"ל שכתב דלכן לא נהגו להתיר לישא אשה אחרת בשהה עשר שנים לפי שחששו לשיטת קצת פוסקים דס"ל דזה אינו נוהג בחו"ל דדבריו צ"ע דהא אזלינן בתר רובא ואף דלא נהגו לכוף בזה כמש"כ הרמ"א בסי' א' והריב"ש והמרדכי הנ"ל. עכ"ז מי שנגע יראת ה' בלבו וירצה לקיים מצות פו"ר בוודאי מצוה לעזור לו וכמש"כ המעיל צדקה כנ"ל ואפשר לומר בסברת הנו"ב הנ"ל ע"פ מש"כ הסדרי טהרה בסי' קפ"ז ס"ק ט"ו דאף דהתוס' כתובות דף ט' כתבו דמיעוטא לא נצטרף לס"ס משום דמיעוטא כמאן דליתא דמי. מ"מ הא התוס' בנדה דף י"ח ד"ה שליא כו' כתבו דאמרינן סמוך מיעוטא לפלגא וה"ה בכל ס"ס דאף דבספק א' הוי מיעוטא עכ"ז כיון דבספק השני ה"ל ספק השקול אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא וה"ל רובא וכ"כ הפנ"י לכתובות דף ט' ובקונטרס אחרון שם על תוס' ד"ה ואבע"א כו' דכמו דס"ל לר"ת בבכורות דף כ' דקיי"ל כרשב"ג דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ולא אמרינן דמיעוט כמאן דליתא דה"ה דאמרינן סמוך מיעוט לפלגא ע"ש:

ח

ולפ"ז י"ל דשפיר כתב הנו"ב דלכן לא נהגו להתיר למי ששהה עשר שנים דחשו למיעוט דס"ל דבחו"ל אינו נוהג זה. והטעם דהא כבר נתבאר דפליגי הראשונים אי שייך חדר"ג במקום מצוה או לא והא דכתב הרמ"א והד"מ להתיר בזה היינו משום דספק פלוגתא בדרבנן להקל וכמש"כ הד"מ והב"ש שם. ע"כ כיון דיש מיעוט פוסקים דס"ל דזה אינו נוהג בחו"ל א"כ אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא היינו לספק פלוגתא דפליגי אי שייך חדר"ג במקום מצוה ג"כ וכיון דס"ל להרבה פוסקים דאף במקום מצוה תיקן ר"ג לגזירתו ע"כ הוי רוב פוסקים דס"ל עכ"פ דאין להתיר לו לישא אחרת וע"כ אף דנימא דחדר"ג לא הוי רק ככל תקנות דרבנן עכ"ז הא ג"כ בדרבנן אמרינן דהיכא דאיכא רוב קיי"ל להחמיר ודוקא בספק השקול אמרינן להקל וכמבואר בעירובין דף ס"ד דאמרו ש"מ הולכין אחר רוב דרכים ועיין במל"מ פ"ד הלכות בכורות דהעלה דאף בס"ס מחמרינן בדרבנן ולכן שפיר כתב הנו"ב דלכן לא נהגו להתיר לישא אחרת משום דאמרינן סמוך מיעוט פוסקים לפלגא והוי רוב להחמיר. כן י"ל בדברי הנו"ב אף דלא משמע מדבריו בסי' ק"ב כן ע"ש:

ט

ומ"מ לדינא גם זה אינו דהא כבר כתבו הש"ך והפר"ח בכללי הס"ס וכן ביו"ד סי' קפ"ז כתבו הפוסקים דלא מצרפינן מיעוט לפלגא לדון בזה מצד ס"ס דזה לא מקרי רובא והא דתוס' נדה דאמרינן סמוך מיעוט לפלגא כבר כתב החוו"ד בכללי הס"ס ס"ק י' דשא"ה דהוי דבר ההווה ורגיל ולא במקרה כו' וכבר הקדימו בתשובת הריב"ש שכתב ג"כ לחלק דשאני דבר ההווה בטבע והובא בסדרי טהרה שם וגם הא ידוע הכרעת הש"ך בח"מ סי' כ"ה ס"ק י"ט דלא מקרי רוב להקל בדאורייי' אם אין הרבים לפנינו היכא דאין מסכימים מטעם אחד. ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ז' וע"כ בנ"ד כיון דע"י הרוב הנ"ל מתבטל ממצוה רבה דפו"ר דהוי מה"ת ע"כ לא סמכינן על הך רוב להקל בזה ובוודאי מחוייב הבעל להשתדל לקיים מצוה מה"ת ומתירין לו לישא אחרת. והך רובא דנתבאר לא הוי מטעם א' דהא שיטת הסוברים דלא להתיר לו חדר"ג אף במקום מצוה לא הוי מטעם א' אם מיעוט דס"ל דזה אינו בחו"ל ע"כ לא נחשב זה לרובא ועיין ביו"ד סוף סי' רמ"ב בחדושי רע"א זצ"ל במש"כ שם לעיין בתשובות אחרונים בהך דאם אין הרוב מסכימים מן טעם א' ואכמ"ל). ואפשר דהנו"ב לטעמי' אזיל דס"ל דרוב אף דאין מסכימים מטעם א' נחשב רוב וכפסק הרמ"א בח"מ ודלא כהש"ך וכמש"כ הנו"ב במ"ת ח' ח"מ סי' ג' ועכ"ז הא חזינן דרמ"א באה"ע סי' א' הכריע להתיר לישא אחרת בשהה עשר שנים ובאה"ע סי' קנ"ד לא חילק כלל בין א"י לחו"ל ואף דס"ל בח"מ דרוב

אף אם אין מסכימים מטעם א' הוי רוב בע"כ מוכח דטעמו דס"ל דהך מיעוט הסוברים דזה אינו נוהג בחו"ל לא מצרפינן ליה לפלגא כנ"ל משום דמיעוט כמאן דליתא דמי וכמש"כ הש"ך בכללי הס"ס הנ"ל וע"כ אנו דגרירין בתר דברי הרמ"א בכל מקום אין לנו לחלק עליו בזה ולהיות בטל ממצות פו"ר דהוי מצוה רבה מה"ת:

ענף ג

ו

ועוד י"ל דבנ"ד אף הנו"ב מודה דמתירין לישא אשה אחרת דהא בנ"ד אומר הבעל דיש לה סי' איילונית ולדבריו דיש לה סי' איילונית וודאי דמחוייב לגרשה בלי קיום פו"ר כמבואר ביבמות דף ס"א דגם ישראל מופקד דלא ישא איילונית וכן מבואר בסוטה דף כ"ד מה"ט דאיילונית אינה שותות משום דמקרי אשה אינה ראויי' לקיימה למי שלא קיים פו"ר ועיין באה"ע סי' כ"ג סעי' ה' ובח"מ ס"ק ד' שם וכן מבואר באה"ע סי' א' אלא דלא נהגו לכוף על זה אף דמדינא ראוי לכוף ע"ז וכמש"כ הרמ"א בסי' א' סעי' ג' בשם הריב"ש מחמת חשש קטטות שיוכל להיות בזה אבל בוודאי הבעל בעצמו ראוי לו להיות חושש לנפשו שלא להכשל ח"ו במצוה רבה מה"ת כמש"כ המעיל צדקה וגם הוא בכפיי' כמבואר בביאור הגר"א זצ"ל סי' א' ס"ק י' הנ"ל. וכן כתבו כמה פוסקים בפרט היכא דליכא גזירת השמד וכמש"כ המעיל צדקה והגר"א שם וע"כ כיון דמן הדין אסור לישא איילונית כנ"ל וכ"כ בביאור הגר"א זצ"ל באה"ע סי' א' ס"ק ט' בשם התוספתא דאסור לישא איילונית ע"כ לדינא חמור זה יותר מן שהה עשר שנים דדוקא התם דניסת לו בהיתר בזה ס"ל להרבה פוסקים דשייך בזה חדר"ג אבל באיילונית דהוי נישואין באיסור י"ל דלכו"ע לא שייך בזה חדר"ג דהא מן הדין לא הי' רשאי לישאנה והוי כמו נושא נשים באיסור אף מדרבנן דכ"ע ס"ל דכופין ע"ז כמבואר בסי' קנ"ד ס"כ ובב"ש שם ס"ק ל"ה ואף דנהגו שלא לכוף בזה כיון דלא נאסרה לו מחמת איסור בעצם מ"מ כיון דלכתחילה הי' עליו איסור שלא לישאנה ע"כ אף עכשיו אם רוצה לתקן האיסור מכאן ולהבא וודאי דאין מוחין בידו ואסור למחות לו אלא אדרבה מצוה לסייע לו במה דאפשר וגם שוגג צריך כפרה בפרט במילתא דאורייתא ועיין בנתיבות סי' רל"ד ואכמ"ל [ועיין בדרוש וחדוש של רע"א זצ"ל בתשובות בסופו בהתשובה אודות אשה שזינתה דכתב שם באמצע התשובה דמה"ט אם כפו הב"ד בזה"ז ליתן גט למי שלא קיים פו"ר לא מקרי מעושה שלא כדין כיון דע"פ דינא דגמ' כופין ע"ש ע"כ וודאי ברור ופשוט דבנישואי איילונית לכ"ע ליכא בזה חדר"ג לפי דאין סברא דחדר"ג ינעול הדלת בפני עושי מצוה ולתקן העבר ופשוט וא"צ להאריך בזה:

יא

ולא שייך לומר בנ"ד דלא נאמין להבעל במה שאומר דהיא איילונית כדמצינו בסי' קע"ח דבזה"ז דאיכא חדר"ג אינו נאמן הבעל לומר דזינתה אשתו דז"א דהא ברגלים לדבר נאמנת אף האשה לומר טמאה אני לך כמבואר בסי' קט"ו וכש"כ בהבעל ובנ"ד הא יש לנו רגלים לדבר דהיא שהתה עשר שנים ולא ילדה וכעין דברי התוס' ביבמות דף ס"ה ד"ה שבינו לבינה כו' ובאה"ע סי' קנ"ד סעי' ו' ובב"ש ע"ש וגם הא זה הוי בגדר מילתא דעביד לגלויי ואחוי דקידושין דף ס"ו שלח ואחוי ובח"מ סי' ל' ש"ך ס"ק י"ג וגם הא יש להבעל כתוב מן הדאקטער דהמניעה אינו ממנו וע"כ אף האידנא נאמן הבעל בזה וכיון דלדבריו אסור לבא עלי' כמבואר בתוספתא דאסור לישא איילונית ובכלל הנ"ל א"כ גם בזה שייך שוויי' נפשי' חד"א וזהו מטעם נאמנות דאדם נאמן ע"ע:

כמו שהעלה הקצה"ח סי' ל"ד ואכמ"ל ע"כ לדבריו מצווה הוא לישא אחרת כשאין אפשריות בידו לגרשה והוא בעמוד ועשה לקיים מצות פו"ר ע"כ בוודאי לדבריו והוא עומד בדבריו עדיין ואינו חוזר בו וודאי יש להתיר לו לישא אחרת ואדרבה מצווים אנחנו לעזור לו במה דאפשר כי הא דלא נהגו לכוף להפרישן כנ"ל היינו כעין הא דח"מ סי' י"ב סעי' א' דנוהגין עכשיו שלא למחות בעוברי עבירה כו':

וכמבואר ביו"ד סי' של"ד בסופו וכן בזה מפני חשש קטטות ואימת המלכות שיכול להיות וכמש"כ הריב"ש והיש"ש והמעיל צדקה כנ"ל אבל אם הבעל עומד ומתחנן להתיר לו ולהפרישו מאיסורא וודאי דהחיוב על ב"ד לעזור לו ולכה"פ להתיר לו לישא אחרת ולא למחות בידו בזה ובזה אין לחלק בין א"י לח"ל לכ"ע ובזה אף החולקים בסי' א' מודים להתירו כנ"ל:

יב

ואף דאומר שיש בה סי' א' מן סימני איילונית המבואר ביבמות ד' פ' ובזה פליגי רבוותא דשיטת הרמב"ם דבעינן דוקא כל סי' איילונית וסריס שאני. אבל הרא"ש והטור והיש"ש ביבמות שם פסקו דאף בסי' א' הוי איילונית וכמו בסריס והובא פלוגתא זו באה"ע סי' קע"ב סעי' ד' מ"מ כיון דכבר נתבאר דאף בספק השקול אם להתיר לו לישא אחרת ג"כ סמכינן להקל וכמש"כ הד"מ והב"ש וכנ"ל בטוב טעם להסביר דבריהם לדינא ע"כ בנ"ד דלדבריו הוי בספק איילונית כי שמא הלכה דאף בסי' א' הוי איילונית ובפרט דרוב פוסקים ס"ל כן ואז מותר לו לישא אחרת ואדרבה מצווה ועומד לישא אחרת מחמת מצוה רבה דפו"ר ע"כ כיון דעיקר איסור חדר"ג הוי כמו ספק תקנה דלהקל כנ"ל לכן מותר לו לישא אחרת ובפרט דיש בזה לומר ולצרף לזה הספק עוד דשמא הלכה כהסוברין דבשהה עשר שנים מתירין לו לישא אחרת ואף דכתבתי לעיל דיש

לצרף המיעוט דס"ל דבח"ל אין כופין להפלגא החולקים וס"ל דחר"ג נוהג אף במקום מצוה וה"ל רובא להחמיר וכמש"כ לעיל לפרש לדברי הנו"ב. עכ"ז הא לפ"ז גם בנ"ד איכא רובא של דבריהם מותר לו לישא אחרת ואדרבה מחויב ועומד בזה דהא לפי שיטת הסוברים דבחד מסי' איילונית הוי איילונית וודאי דמחויב לישא אחרת וניסת לו באיסור ועמוד והוצא קאי לגרשה ואם אין באפשריות לגרשה יתירו לו וישא אחרת כדי שיקיים פו"ר ומצרפינן מיעוטא דס"ל בשהה עשר שנים דמותר לישא אחרת דאף דנימא סמוך מיעוטא לפלגא כנ"ל אפ"ה ה"ל מיעוט דס"ל להתיר בשהה עשר שנים א"כ סמוך מיעוטא לפלגא דס"ל דמשום סי' איילונית יש להתיר לו וה"ל רובא דס"ל להתיר לו לישא אחרת ומחויב בזה למען קיום מצוה רבה דפו"ר ואף ספק איילונית מקרי ניסת באיסור דהא הי' אסור לו לישאנה מחמת חשש ביטול מצוה רבה דאורייתא ובפרט במקום ספק מצוה רבה דפו"ר דהוכחתי בספרי באר יצחק דמותר לו לעבור על איסור קל כדי שיקיים ספק מצוה רבה הנ"ל כנ"ל וע"כ אף לפמש"כ לעיל בכוונת הנו"ב דלכן לא נהגו להתיר לו לישא אחרת משום דאמרינן סמוך מיעוט לפלגא א"כ גם לפ"ז בנ"ד אדרבה מה"ט יש להתיר לו לישא אחרת דה"ל רובא להתירו לישא אשה אחרת כנ"ל ובפרט דרוב פוסקים ס"ל דבסי' א' הוי איילונית כנ"ל וע"כ נ"ד אף הנו"ב מודה דיש להתיר לו לישא אחרת וגם י"ל בקצרה דכיון דהוי ספק איילונית עכ"פ לפי דבריו דנאמן ע"ע כנ"ל א"כ אף דנימא לחוש להמיעוט ולחלק בין א"י לחו"ל עכ"ז הא הוי ספק מיעוט דהא בחשש איילונית אין לחלק בין א"י לחו"ל:

יג

נחזור לענינינו דיש להתיר לו לישא אחרת וכמש"כ הרמ"א והב"ש והמעיל צדקה בשם כמה פוסקים וכמו שכתב הנו"ב במ"ת סי' ק"ב בשם תשובת ב"י בסי' י"ד שהתיר לישא אחרת בשהה עשר שנים והסכימו עמו המבי"ט ושארי גאוני זמנו. והוא שכתב הב"ש בסי' א' ס"ק ז' דבשהה עשר שנים יכול לגרשה בע"כ וכמש"כ עוד הב"ש כן בסוף סי' קנ"ד היינו באם לא ישיג לישא אחרת כ"ז שהראשונה אגודה בי' אבל אם יכול לישא אחרת וודאי דזה עדיף להתירו יותר מלהתיר לגרשה בע"כ וכמש"כ הנו"ב במ"ק סי' א' ובמ"ת סי' ק"ב דחדר"ג שלא לגרש בע"כ חמור יותר מן חדר"ג שלא לישא ב' נשים לפי שחרם ר"ג שלא לישא ב' נשים קבעו זמן עד סוף אלף חמישי ואילו שלא לגרש בע"כ לא מצינו שקבעו בו זמן ואדרבה ראיתי באיזה תשובה מפורש שלא קבעו בו זמן עכ"ל הנו"ב:

ובאמת ראיתי בגט פשוט סי' קי"ט ס"ק כ"ב שכתב להסתפק דגם תקנת ר"ג שלא לגרש בע"כ אולי הוי ג"כ ע"ס אלף חמישי כמו בתקנה שלא ישא ב' נשים כו' וכן הב"ש בסי' קט"ו ס"ק זיין כתב בתקנה שלא יגרש בע"כ די"ל דכבר כלה זמן החרם הרי דאין זה דבר פשוט כ"כ דברי הנו"ב הנ"ל שכתב בפשיטות דלא קבעו זמן בחרם שלא לגרש בע"כ. ואפ"ה י"ל דחרם שלא לגרש בע"כ חמור יותר דהא חרם שלא לישא ב' נשים כתב המחבר והב"י בסי' א' בפשיטות דכלה הזמן עד סוף אלף חמישי ואילו לגרש בע"כ יש להסתפק דלמא לא כלה הזמן דהא הב"ש והג"פ מסתפקים בזה וע"כ יותר טוב לעבור על הספק מן לעבור על הוודאי כידוע וכ"כ הנו"ב במ"ק סימן פ"ד דחר"ג שלא לגרש בע"כ לא כלה הזמן:

ענף ד

יד

ולענ"ד להוכיח דאף דשיטת המחבר והב"י בשם הרשב"א והמהרי"ק והד"מ בסי' א' דר"ג לא החרים רק עד סוף אלף החמישי שלא לישא ב' נשים. מ"מ ס"ל דתקנת ר"ג שלא לגרש בע"כ הוא עד עולם:

וראי' לזה מהא דכתב הרמ"א בסי' קע"ח סעי' ט' דבזה"ז שיש חדר"ג שלא לגרש בע"כ אינו נאמן הבעל לומר שמאמינה או שמאמין לדברי העד וזהו שיטת המהרי"ק וי"א דכופין לו ומשמש עמה בשם מרדכי פ' האומר כו' ועיין בתשובת נו"ב במ"ת סי' י"א דהגאון ר' טבלי ז"ל מליסא פלפל בדברי הרמ"א הנ"ל והעלה דבאומר שראה שזינתה כ"ע מודו דאינו נאמן והנו"ב חולק עליו והביא שם לדברי הרמ"א בתשובה. ובתשובת רע"א סי' פ"ח הביא בשם המרדכי פ' האומר והגהות מיימוני ודעת הרשב"א והרמב"ן דס"ל דאף באומר שראה שזינתה אינו נאמן לומר שטמאה היא בתר חדר"ג ע"ש ואי נימא דר"ג לא החרים שלא לגרש בע"כ רק עד סוף אלף חמישי א"כ קשה על שיטת הסוברים דאף באומר שראה שזינתה אינו נאמן הבעל בזה"ז הא הר"ן בסוף נדרים הקשה בהא דטמאה אני לך דאינה נאמנת והא שוויי' נפשי' חד"א ותירצו משום דמשועבדת לבעלה אי דאפקעינהו לקידושין:

טו

ולפ"ז באומר הבעל שראה שזינתה תקשה אמאי אינו נאמן הא שוויי' נפשי' חד"א אכן אי נימא דחדר"ג הי' עד עולם ע"כ שייך בזה ג"כ לומר דמחמת חדר"ג הא משועבד הבעל לה וגם שייך בזה אפקעינהו רבנן לקידושין מחמת כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש משום דחרם הא עדיפא מדרבנן ודינו כמו הלמ"מ כנ"ל בשם הנו"ב אבל אי נימא דלא החרים רק עד סוף אלף החמישי ורק מצד מנהג בעלמא הוא שנהגו להחמיר ואין אתה

רשאי להתיר בפניהם וכמו הא דנדרים ד' ט"ו ופסחים ד' נ' א"כ תקשה דהא כיון דשווייי' הבעל נפשי' חד"א דאיך יכולים להקל ע"י מנהגא בעלמא שנהגו שלא לגרש בע"כ וזה קילא מדרבנן ולעקור להא דשווייי' נפשי' חד"א דהוי איסור מה"ת כידוע. ובוודאי אין סברא לומר דכיון דנהגו שלא לגרש בע"כ הוי כמו הא דאה"ע סי' א' סעי' ט' דבמקום שנהגו שלא לישא אשה על אשתו אינו רשאי לישא אחרת דהוי כאילו התנה:

דשא"**ה** דהוי כחמר שאינו רשאי לעשות גמל וכמש"כ הנ"י והובא בח"מ שם משא"כ בתנאי שלא לגרש בע"כ וודאי דמקודם חדר"ג דאף בהתנה בעת הנישואין שלא יגרשה בע"כ לא מהני זה וקנין אינו חל על זה דהוי קנין דברים וגם קנין לגרש לא מהני כמבואר בסי' קל"ד וכש"כ קנין שלא לגרש דוודאי לא חל א"כ תקשה כנ"ל:

טז

ובאמת אפשר לומר להסוברים דבאומר הבעל שראה שזינתה נאמן רק במאמין להעד בזה אינו נאמן הבעל י"ל אפשר דטעמם ג"כ משום מש"כ דכיון דכלה החדר"ג א"כ לא מקרי משועבד לה כ"כ וכן אפקעינהו לקידושין לא שייך בזה אלא באומר דמאמין להעד. דבזה י"ל כיון דז"א אלא מצד חיוב לציי"ש כמבואר בטור אה"ע סי' קט"ו ובב"י שם. או משום לזות שפתים כמבואר שם ע"כ הקילו בזה אבל באומר שראה שזינתה אשתו לא שייך כן ועיין בבית מאיר לסי' קט"ו שהביא דברי מהר"י הלוי שכתב דבמאמין להעד אין כופין להוציא ומש"כ שם הב"מ:

ועיין עוד מזה בתשובת בגדי כהונה סי' ג' מזה ובתשובת ברית אברהם סי' פ"ו שהעלה דאף באומר שמאמין להעד ג"כ כופין בדיני אדם ובתשובת ח"ס שהביא להצ"צ דסי' ק"ד דס"ל דאסורה לו ע"פ דין גמור רק דיש חשש גט מעושה והובא הכל בפתחי תשובה סי' קט"ו ס"ק ל"ז ואכמ"ל:

יז

אבל לפי שיטת כמה מהראשונים ובתוכן הרשב"א בתשובה כמובא הכל בתשובת רע"א זצ"ל סי' פ"ח כנ"ל דאף באומר שזינתה אינו נאמן הבעל לאחר חדר"ג והא המהרי"ק בתשובה סי' ק"א כתב בשם הרשב"א דר"ג לא תיקון שלא לישא ב' נשים רק עד סוף אלף חמישי א"כ קשה איך כתב הרשב"א בתשובה דבאומר שראה שזינתה אינו נאמן מצד חדר"ג ולדמות זה לטמאה אני לך דאינה נאמנת וע"כ מוכח מזה דדוקא בחדר"ג שלא לישא ב' נשים ס"ל להרשב"א דכלה זמן החרם משא"כ חדר"ג שלא לגרש בע"כ. החרים עד עולם ואפי' נימא דהרשב"א דהובא במהרי"ק סי' ק"ח הוא רשב"א אחר כמש"כ בחדושי הגהות לאה"ע סי' א ס"ק י"ב דהוא ר"ש בן אברהם ולא ר"ש בן אדרת ע"ש עכ"ז מוכח דס"ל להני ראשונים דר"ג החרים לחרם זה עד עולם וכש"כ להאחרונים

דס"ל דאף באומר שמאמין להעד כופין להוציא וודאי דמוכח כן ממה שכתבו דבאומר דמאמין להעד אינו נאמן בזה"ז. דמוכח מזה דחרם שלא לגרש בע"כ הוא עד עולם ואילו בחדר"ג שלא לישא ב' נשים לא מצינו רק להרש"ל דס"ל דהוי עד עולם ולא לשארי פוסקים וכמש"כ המחבר והב"י והד"מ:

יח

וכן יש להוכיח מן הראשונים הנ"ל דס"ל דאף באומר הבעל שזינתה אינו נאמן בזה"ז דמוכח מזה דאף בעבר וגירשה בע"כ בזה"ז אין הגט כלום ואינה מגורשת כמבואר בהתקנות שהובא בסוף תשובת מהר"ם מרוטינבורג ע"ש והובא בנו"ב מ"ת סי' קכ"ט בשם מהר"ם מינץ ע"ש. דאי נימא דבדיעבד היא מגורשת אף בעבר וגירשה בע"כ תקשה דאמאי באומר שראה שזינתה אינו נאמן לאחר חדר"ג:

הא יש לו מיגו דבידו לגרשה עדיין וכעין מש"כ התוס' בכתובות ד' ס"ג ע"ב ד"ה אבל אמרה מאיס כו' דכתבו דתהא נאמנת לומר טמאה אני לך במיגו דמאיס עלי ע"ש. וכש"כ ע"י מיגו דבידו לגרשה ולעשות מעשה ואף במקום איסורא אמרינן מיגו דבידו כמבואר בקדושין ד' ס"ד דאמרו והרי בידו להשיאה לחלל וממזר דיהא נאמן האב במיגו דבידו אף דהוי ע"י איסור ועיין בהר"ן שם. וכעין מש"כ התוס' קידושין ד' ס"ד ע"ב ד"ה רבי סבר כו' דכיון דדיעבד מהני חשוב שפיר מיגו ע"ש וכן מוכח מן יבמות ד' צ"ב ע"ב דאף מה דבידו ע"י איסור מקרי שפיר בידו כמש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף ה' מזה ע"ש והא דאמרו פ"פ מצאתי נאמן ולא אמרינן דהא משועבד לה כמו בהיא אומרת טמאה אני זהו משום דבידו לגרשה והא דכתובות ד' ע' דכיון דמשועבד לה היכי מצי מדירה שאני התם ואכמ"ל. ע"כ בזה"ז דאין הגט כלום אף בדיעבד ע"כ אינו נאמן לאחר חדר"ג אבל אי נימא דהגט מהני דיעבד תקשה עדיין דהא בידו לגרשה בדיעבד ואינו משועבד לה ואמאי כתבו דאינו נאמן ומוכח מזה דס"ל דאף דיעבד אינה מגורשת בזה"ז בע"כ ויש לי להאריך ואכמ"ל ובמק"א העירותי בהא דבידו לגרשה מהא דגיטין ד' י"ב אי בעי זריק גיטא ערק ואזיל כו' ואכמ"ל:

יט

וגם עפ"ז יש להוכיח דחדרג שלא לגרש בע"כ חמור יותר מן חדר"ג שלא לישא ב' נשים דהא בחדר"ג שלא לישא ב' נשים אם עבר ונשא אשה אחרת חלין הקידושין. כמש"כ המרדכי ריש פ"ג דקידושין ובמהרי"ק סי' פ"ד דאין כח בתקנתא להפקיע הקידושין ועיין בתשב"ץ ח"ב סי' ה' מזה ואילו בחדר"ג שלא לגרש בע"כ אף דיעבד לא מהני. וע"כ מוכח דהחמירו בחרם זה יותר ואפשר לומר דשאני קידושין. דהא קידושין תופסין אף חייבי לאווין מה"ת כדאמרו בתמורה ד' ה' ע"ב דחילולין עושה ואינו עושה ממזרין. א"כ אין

לנו להחמיר בחדר"ג יותר מן הכתובה בתורה אבל בחדר"ג שלא לגרש בע"כ הא מצינו בגירושין דאמרינן אי עביד לא מהני כמש"כ התוס' בתמורה ד' ו' ד"ה והשתא דשנינן כו' דדוקא בנשבע שלא לגרש דבדה האיסור מלבו כו' ויש לעיין במש"כ התוס' בתמורה ד' ה' ד"ה מיתיבי אונס שגירש כו' דאיתקש גירושין למיתה ועיין מזה בקצה"ח סי' ר"ח ובנו"ב מ"ת סי' קכ"ט וקצרתי:

כ

ועוד דהא מבואר בסי' א' דתקנת ר"ג שלא לישא ב' נשים לא פשטה התקנה בכל הארצות ואילו בחדר"ג שלא לגרש בע"כ כתב הר"נ בתשובה סי' ל"ח דפשט איסורו בכל ישראל וכ"כ הרשד"ם בתשובה סי' ע"ח. ע"כ יש להחמיר בחדר"ג שלא לגרש בע"כ ביותר מן תקנה שלא לישא ב' נשים והטעם נראה דהחמירו בה יותר לפי שתקנה שלא לישא ב' נשים הוא משום קטטה תיקן ולא משום דררא דאיסורא וכמש"כ בהג"מ והובא בד"מ וב"ש סי' א' ס"ק כ"א משא"כ תקנה שלא לגרש בע"כ הא הוי בי' דררא דאיסורא דהוי סייג לתורה דהא אינו רשאי לגרש אשתו בלא מצא בה ערות דבר כמבואר בסי' קי"ט וכמש"כ הב"ש בסי' ע"ז ס"ק ו' ובסי' ע"ט ס"ק ד' והתקנה דהוי סייג לתורה חמור יותר מן תקנה שאינה סייג לתורה כמבואר ברמב"ם פ"ב ה' ממרים ה"ג ע"ש וכמבואר בתוס' יו"ט פ"ד סוטה משנה ג' ד"ה איילונית כו' דמה"ט נישואי איילונית חמור ביותר ממעוברת משום דהוי סייג לתורה והוי בכלל ושמרתם עשו משמרת למשמרת כו' ע"ש ומזה הטעם א"ש במה דס"ל להמחבר והב"י וד"מ דקבעו זמן לחדר"ג על שתי נשים ולא בלגרש בע"כ משום דידוע מש"כ הרמב"ם פ"ב ה' ממרים ה"ט והרמב"ן על התורה פ' ואתחנן ד' על לא תוסיפו כו' דמה דגזרו משום סייג לתורה לא הוי משום בל תוסיף דזהו בכלל משמרת למשמרת ע"כ בחדר"ג לגרש בע"כ דהוי סייג לתורה יכולים לגזור עד עולם משא"כ ב' נשים דלא הוי סייג לתורה כנ"ל יש בו חשש בל תוסיף ע"כ לא גזרו רק על זמן ואז אין בו משום בל תוסיף וקצרתי:

ענף ה

כא

נחזור לענינינו דוודאי הנכון עם הנו"ב ושארי אחרונים דס"ל דחדר"ג לא לגרש בע"כ חמור ביותר מן חדר"ג על ב' נשים. ע"כ יש לנו להדר בנ"ד להתירו לישא אחרת ולא נצטרך להדר להתירו לגרש בע"כ. שוב ראיתי בתשובת משכנות יעקב סי' א' שכתב ג"כ הטעם הסוברים דר"ג לא החרים עד עולם כעין הטעם שכתבתי. ובתשובת משכנות יעקב שם צווח ככרוכיא על מורה א' שהתיר למי ששהה עשר שנים לישא אחרת וכתב דהא הרש"ל כתב להחמיר אף במקום מצוה כו' וגם מה שנשענו להקל בזה על הסוברים

שר"ג לא החרים עד עולם הוא הרש"ל וש"פ דס"ל דהחרים עד עולם והאריך בזה ע"ש אכן לפמש"כ דאף דהרש"ל וש"פ ס"ל דהחרים עד עולם עכ"ז הא שאר פוסקים בפרט דהמחבר והב"י והד"מ והב"ש והנו"ב ושארי אחרונים כתבו בפשיטות דלא החרים עד עולם. ע"כ לכל הפחות ספיקא דדינא הוי א"כ הא דבמקום מצוה פליגי בה רבוותא אם תיקן ר"ג או לא דזה דומה להא דספק ציר דגים אם יש שומן וספק נמלחו כנ"ל דכיון דהוי ס"ס לצאת מן חשש דאורייתא וספק א' להקל בדרבנן סמכינן להקל כמבואר ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס א"כ ה"ה בנ"ד כנ"ל בארוכה:

כב

ובמש"כ המשכנות יעקב בשם הרש"ל להחמיר במקום מצוה כבר כתב הצמח צדק בסי' ס"ז דאף הרש"ל דמחמיר היינו בלגרש בע"כ החמיר:

אבל לישא אחרת לא מצינו שהחמיר וה"ט דלגרש בע"כ אפי' כשהיא חלומה איכא למ"ד דמדינא אסורה כו' ע"ש וכה"ג כתב הנו"ב במ"ת סי' ק"ב באמצע התשובה בד"ה ויותר מזה תמוה מ"ש הר"י מינץ כו' באה"ד שם דאף להמהרש"ל בתשובה שהחמיר מאד ג"כ לא מצינו בדבריו איסור נישואי אחרת ולא מיירו שם להתיר לו אשה אחרת כו' ע"ש הרי דכתבו גדולי האחרונים הנ"ל דאין ראי' ממהרש"ל לאסור לישא אחרת אך אף להמשכנות יעקב שהחמיר בזה עכ"ז הא כתב בעצמו שם דעיקר איסורו הי' לפי שהתיר המורה בלא הסכם ק' רבנים. אבל ע"י מאה רבנים הסכים ג"כ להתיר וג"כ כתב שם בהא דהקשו הגדולים איך יגזור הצדיק לדבר מצוה הרי תשובתו בצידו דהא מבואר דנתנו רשות להתיר ע"י מאה רבנים אם יראו טעם מבורר להתיר ואין לך טעם מבורר מזה שהוא דבר מצוה והרשות נתונה להתיר ע"י קיבוץ חכמים ושליחותא דר"ג קא עבדי עכ"ל. ע"כ ע"י הסכם ק' רבנים גם המשכנות יעקב הסכים להתיר וע"כ בנ"ד אם יסכימו מאה רבנים ג"כ המשכנות יעקב מודה להתיר לו והמשכנות יעקב לא הזכיר כלל לחוש לקצת פוסקים דס"ל לחלק בזה בין חו"ל לא"י ע"ש:

כג

ולכאורה יש לצדד היתר בנ"ד עוד ע"פ הכתב שגמר עם אשתו זה ב' שנים העברו שאם לא תלד רשות לו לישא אחרת וכפי שכתב הכנה"ג סי' א' בשם כמה פוסקים דס"ל דרשותה מהני וגם יש לדון בזה אי אפשי בתק"ח כמבואר אבל באמת ז"א דהא מבואר בח"מ וב"ש סי' א' ס"ק כ' דמשום חדר"ג לא מהני ריצוי שלה והא דמצינו בב"ש סי' קט"ו ס"ק ז' שכתב דאם תשבע האשה שאם תעשה עוד מחוייבת לקבל גט ממנו כו' נראה דהשבועה חל דהא חדר"ג הי' לטובתה שאל יגרש אותה בע"כ והיא יכולה למחול מכש"כ בזה"ז די"ל כבר כלה החרם עכ"ל הב"ש י"ל שאני התם דנשבעה האשה ע"ז

אבל אם לא נשבעה אף דקיבלה ק"ס ע"ז לא מהני דהוי זה כקנין דברים ובנתנה לו רשות מחילה על עונה כבר כתב המל"מ פ"ו ה' אישות ה' י' דאם חזרה יכולה לחזור וגם באומרת איני ניזונית כו' ס"ל לכמה פוסקים דיכולה לחזור ושא"ה באיני ניזונית אף להסוברים דאינה יכולה לחזור כמש"כ הח"מ והב"ש בסי' ס"ט ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ב' וע"כ אף להסוברים דרשותה מהני היינו כ"ז שהאשה אינה חוזרת אבל אם חוזרת וודאי מהני חזרתה כ"ז דלא נשבעה ע"ז אך בשבועה שאני דהא מחוייבת לקיים שבועתה. ובנ"ד דלא הי' שבועה ע"כ אין לצרף זה להיתירא:

כד

אך בלא זה כבר נתבאר דאף הנו"ב דמחמיר קצת בזה מ"מ מודה בנ"ד דלדבריו הוי נישואי איסור דאיילונית וכבר כתב התויו"ט בסוטה פ"ד משנה ג' דאיילונית חמירא ביותר ממעוברת ומניקת משום דאיילונית הוי גזירה סייג לתורה משא"כ מעוברת ומניקה כמו שהאריך שם התויו"ט. וכש"כ האידנא דאינו יכול לישא אחרת דוודאי חמירא איסור איילונית ואילו במעוברת ומניקת מצינו בסי' י"ג דמנדין אותו אם נשאה וגם בניסת בשוגג כ"ע ס"ל דמפרישין ויש מהם דס"ל דמגרש אף בשוגג כמבואר שם. כש"כ באיילונית דחמירא וודאי דמוטל חיוב להפרישן ע"י גט:

כיון דהוי איסור עולמית וע"כ אף דהאידנא נהגו שלא לכוף כנ"ל מ"מ וודאי חיוב מוטל על הבעל להשתדל להנצל מן איסור זה וע"כ יש להתיר לו לישא אחרת ולדעתי מהראוי להשתדל שיבדקו נשים את האשה אם יש לה סי' איילונית כיון דנתבאר לצרף להיתירא בנ"ד מחמת סי' איילונית אף ע"י סי' א' וכיון דאיכא לברורי מבררינן הואיל ונפק מפומי' דהנו"ב לחוש לחלק בין א"י לחו"ל וכעין הא דנדה דף מ"ח דכל הנבדקות נבדקות ע"פ נשים ובאה"ע סי' קנ"ה סעי' ט"ו אך אם לא תתרצה האשה להניח לבודקה נאמן האיש בזה כנ"ל וגם הא הוי מילתא דעביד לגלויי בקל וכמו הא דקידושין דף ס"ו שלח ואחוי ובח"מ סי' ל' כנ"ל ע"כ דעתי מסכמת להתיר לו לישא אחרת וע"פ הסכם ק' רבנים כד"ת וע"פ רשיון מהממשלה דאז אין לחוש וכמש"כ המעיל צדקה כנ"ל:

כה

ואח"ז בא הבעל ואמר לי שהיא בחשש שיש להאשה הא דמבואר באה"ע סי' כ"ג סעי' ה' דכשמשמש עמה היא זורה מבחוץ דמבואר שם דאסורה לו וזהו בוודאי מקרי מקום עבירה לכ"ע דבזה לא תיקן ר"ג מהני לכ"ע דבזה לא שייך לחלק בין א"י לחו"ל כנ"ל וכמש"כ ע"כ וודאי יש להתיר לו בנ"ד ובוודאי נאמן בזה ולא שייך בזה הא דמבואר בסי' קע"ח. דאחר תקנת ר"ג אינו נאמן שטמאה היא דהא במקום רגלים לדבר נאמנת לומר טמאה אני כמבואר בסי' קט"ו כש"כ בבעל דאינו רק מצד תקנת ר"ג:

וכיון דשהה עמה עשר שנים ולא ילדה הוי רגלים לדבר. וכמש"כ התוס' ביבמות דף ס"ה ע"א ד"ה שבינו לבינה היא נאמנת כו' ובאה"ע סי' קנ"ד סעי' ו' וב"ש ס"ק י"ב ע"כ נאמן הבעל בזה א"כ לדבריו דמשווי אנפשי' חד"א דאסורה לו וודאי דמתירין לו ע"פ ק' רבנים וע"פ רשיון הממשלה כנ"ל ואח"כ נגמר בדעתי שנאמן ע"ז וא"צ לברורי בפרט דעיקר לדינא הוא דלא כהנו"ב בזה וע"כ יכולין להתיר לו ע"י מאה רבנים ואחר שישיג היתר ע"פ רשיון הממשלה כד"ת כנ"ל:

סימן ה

נשאלתי בא' שנשא אשה ותיכף אחר החתונה ראו שנשתגע האשה הנ"ל הרבה לעין כל בעלי החתונה ובעת החופה והקידושין לא הרגיש בה החתן כלל:

אך בעת היחוד אמר החתן שלא בא עלי' כלל כי בעת היחוד עמה על שארי דברים השיבה לו כהוגן ושארי דברים דיברה בדרך שטות ולמחר אחר החופה והיחוד נסעו כ"א לביתו ונפרדו זה מזה וגם נתברר בגב"ע איך שקודם החופה אירע לה זה שהיא במרה שחורה והיתה עתים חלומה ועתים שוטה. אך הבעל וקרוביו לא ידעו מזה לפי שמשפחת הכלה ואבי' הסתירו את הדבר וגם יש גב"ע איך שבעת החתונה ראו בהאשה סי' העליון המבואר בנדה דף מ"ח במשנה שם דבא העליון כו' ונשאלתי אם יש להתיר להבעל לישא אשה אחרת אף בלא מאה רבנים וע"ז דן מעכת"ר להקל ע"פ ס"ס ספק שמא בעת החופה היתה אז שוטה ולא חלו הקידושין כלל ואת"ל דבעת החופה היתה אז בעת חלומה עכ"ז ספק הוא שמא הוא מן המומין דסתם בני אדם מקפידין עליהם דהא בקידשה וכנסה סתם ונמצאו בה מומין אינה מקודשת רק מספיקא כמבואר בכתובות דף ע"ג ע"ב ובאה"ע סי' ל"ט סעי' ה' א"כ הוי ס"ס מעליא להתיר לו שישא אשה אחרת כה הוא קוטב דברי מעכת"ר:

ענף א

א

תשובה בעז"ה באמת יפה כתב מעכת"ר דדוקא בס"ס יש מקום להתירו מן חרד"ג. כי אף דמבואר באה"ע סי' א' דחדר"ג לא הי' רק עד סוף אלף החמישי והב"ש בס"ק כ"א כתב דבמקום ספיקא יש להקל עכ"ז הא מבואר בתשובת מהרש"ל וביש"ש דר"ג החרים עד עולם וכן כתב בארוכה בתשובת משכנות יעקב וע"כ אם לא הי' רק ספק א' הי' הדין ספיקו להחמיר ואף שהנו"ב במ"ת סי' ח' העלה דאם נולד ספק בחדר"ג הדין הוא דספיקו להקל דלא עדיף מכל הלמ"מ דספיקו להקל עכ"ז הא בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' א' הוכחתי דאף בספק הלמ"מ ספיקו להחמיר ע"ש אבל לענ"ד יש לדון בזה הרבה

דהא בנ"ד דהעידו העדים דהי' בה סימן העליון בעת החופה דאין זה אלא סי' נערות ולא סי' בגרות ואף בראו בה דדין גדולים אין זה סי' בגרות כמבואר בנדה דף מ"ו בתוס' ד"ה איזהו סימני כו' דאיזהו סימני דמתניתין שם אבוחל קאי וכן הוא שיטת הרמב"ם ודלא כפי' רש"י שם. והובא בחלקת מחוקק סי' ל"ז ס"ק ו' והנה הב"י לאה"ע סי' מ"ג הביא דברי הרא"ש בתשובה דכתב דאם נמצאו בו עכשיו סימנים מחזיקין אותו לגדול למפרע דהא קיי"ל כרב דה"ה בוגרת לפנינו:

אבל הר"י דוראן והרשב"א חולקין ע"ז ולא מחזיקין לו בגדול למפרע ע"ש בב"י וטעמם דס"ל דאין להוכיח כן מן הא דקידושין דס"ל לרב ה"ה בוגרת לפנינו די"ל דשא"ה כמש"כ התוס' בקידושין דף ע"ט ע"ב ד"ה מי איכא למימר העמד הגוף על חזקתו כו' שהרי היום עשוי להשתנות כו' ור"י פי' דרגילות הן לבוא בבוקר ואין שייך חזקה דנערות עכ"ל וכבר האריך בזה הנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ד' והביא שם דברי הרמב"ן והרשב"א והר"י דוראן דחולקים על הרא"ש והתוס' ב"ב דף קנ"ו ד"ה בודקין לקידושין כו' ודלא כהמחבר סי' ל"ה דהחליט לדברי הרא"ש הנ"ל וכן האריך בזה בתשובת רע"א זצ"ל סי' ז' ע"ש וכן האריך בזה בספר אגודות אזוב להגאון בעהמ"ח ספר מראות הצובאות בדרוש לבר מצוה והוכיח כן מהרא"ש לפסקיו לקידושין דחזר בו מן מש"כ הרא"ש בתשובה ע"ש וע"כ הוי זה ספיקא דדינא:

ב

ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' א' ענף ו' בד"ה וביותר יש להוכיח דספק הלמ"מ ספיקו להחמיר הוכחתי מהא דנזיר דף ל' דס"ל לרבי דאב מדיר בנו בנזיר עד שיביא ב' שערות ומסיק הש"ס דאי אייתי במיצעי מאי דלרבי ליכא תקנתא עד דיתיב דילי' ויתיב דאבוה: **ופי'** רש"י שם דאי אייתי במיצעי ב' שטרות אחר שהדירו אביו קודם שבא לב"ד ולא ידעינן אי הני ב"ש הוי קודם שהדירו אביו או לא דימנה נזירות אביו מספיקא וגם נזירות שלו:

וכ"כ התוס' שם דאמתני' ליכא למיפרך דוודאי בדקינן במלאות ימי נזרו כו' ואי נימא דספק הלמ"מ הוא להקל א"כ אמאי חייב למנות נזירות אביו מספק הא אף אם האב מדירו אינו אלא הלמ"מ כו' ומוכח מזה דספק הלמ"מ להחמיר ועוד מוכח מזה כשיטת הרמב"ן והרשב"א דס"ל אם שהו לבודקו זמן רב ונמצאו לו ב"ש לאח"ז דלא הוי בחזקת גדול למפרע. דלשיטת הרא"ש דמחזקינן לי' למפרע לגדול א"כ אמאי אי אייתי במיצעי ב' שטרות ולא ידעינן אי אייתי למפרע חייב למנות נזירות אביו הא יש חזקה המבררת לנו שהי' גדול למפרע מחמת חזקה דרבא ובע"כ מוכח דלא מחזקינן לי' בגדול למפרע

ואף דיש חזקה דרבא עכ"ז מוכח דכיון דיש חזקת קטנות הסותרו לא מחזקינן לי' בגדול למפרע ע"ש בספרי הנ"ל ולפ"ז בנ"ד דאף דנמצאו לה סי' נערות בעת החופה עכ"ז כיון דהוי ספיקא דדינא אי מחזקינן לה בגדולה למפרע מעת שהגיעה לי"ב שנים או לא. א"כ עדיין יש להסתפק דלמא היתה אז עדיין ברשות האב בעת החופה ולא יצתה מרשותו ועד העת דנתבררה דיצתה מרשות האב מוקמינן לה בחזקת האב ואם קידשה אבי' מקודשת ועיין בב"ש סי' ל"ז ס"ק ה' שכתב בשם הרשב"ץ שהובא בב"י כו' והב"י בסי' מ"ג כתב דהרשב"א חולק ע"ז עכ"ל הב"ש:

ג

והנה בזה הקונטרס בעת שהשבתי להרב הגאון השואל פלפלתי הרבה בענין היכא דנולד ספק אם יצתה הבת מרשות אבי' או לא דיש לדון בזה כעין חזקת מרא קמא שהי' להאב בזכות בתו מקודם לידת הספק וכמו שכתבתי מכבר בקונטרס א' לדון בעבד עברי דגופו קנוי לאדונו כמבואר בקידושין דף ט"ז. ואם נולד ספק אם יצא הע"ע מרשות האדון או לא דמבעי לן לדון ולהעמידו בחזקת מ"ק של האדון וכמו כן במה דאמרו דמעשה ידי הבת לאבי' דנפקא לן מן כי ימכור בתו לאמה דמה אמה מע"י לרבה אף בת כן וכמבואר בכתובות דף מ"ז. ע"כ גם בנולד ספק על בתו אם יצתה מרשות האב או לא דינה כמו אמה דמקרי האדון בשם מ"ק דאין להוציא מספק מן חזקת מרא קמא כמבואר כזה בכ"ד דמעמידין הספק בחזקת בעלים הראשונים ואף באמה העברי' אמרו דגופה קנוי לאדונה דאל"כ למה לה שטר לימא לה באפי תרי זיל וכמש"כ המקנה לדון בזה בקידושין דף ט"ז בד"ה זאת אומרת ע"ע גופו קנוי כו' והארכתי בזה הרבה:

ד

והנה בקידושין דף מ"ה ע"א דמוכיח הש"ס שם דבקטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' דחיישינן שמא נתרצה מהא דתני דמוכרה אלמנה לכה"ג האי אלמנה ה"ד אילימא דקידשה אבי' מי מצי מזבין לה כו' אלא לאו דקדיש איהי נפשה וקא קרי לה אלמנה וקשה דא"כ איך מצי למוכרה הא כיון דמספקינן בספק נתרצה האב:

א"כ אמאי יכול האב למוכרה כיון דיש לחוש דשמא נתרצה האב או דשמא אמר לה צאי וקבלי קידושיך וכמש"כ הרשב"א שם ואז אין יכול למוכרה דהא אין מוכרה לשפחות אחר אישות ובאמת התוס' שם בד"ה אלא לאו דקידשה כו' העירו בזה וכמש"כ הפני יהושע שם דכוונתם דמה דחשו לשמא נתרצה האב דאין זה רק מדרבנן דהחמירו באיסור אישות והפ"י שם תמה ע"ז ע"ש אכן לפי מה שכתבתי דזכות האב בבתו דהוי כמו כל זכות האדון בע"ע או באמה העברי'. ובספק אם יצתה מרשותו מעמידין ברשות האב דמקרי כעין חזקת מרא קמא ולכן בנולד לנו ספק דשמא נתרצה האב בקידושי' הדין נותן

דמעמידין אותה ברשות אבי' דהוא כעין מ"ק ולא יצתה מעולם מרשות האב וע"כ יכול למוכרה משום דבממון מהני חזקת מ"ק וכמו בכל ספק בממון דמעמידין בחזקת בעלים הראשונים ולא יצא מעולם מרשותו אבל באיסורין בחשש א"א דשמא נתרצה האב בקידושי' לא מהני בזה חזקת מ"ק לברר זה וכמש"כ אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות דחזקת מ"ק לא הוי חזקה המבררת רק דבממון מהני חזקת מ"ק כמו כל חזקת ממונא דלא הוי חזקה המבררת רק דאין לנו כח להוציא מן המוחזק בלא ראי' גמורה וכמש"כ הנתיבות בסי' ל"ד ס"ק ט"ו ע"ש וכמו דמצינו כעין זה בקידושין דף מ"ה ע"ב דמודה רב שאם מתה אינה יורשה דאוקי ממונא בחזקת מרי' והעיקר הוא דכמו דאמרו בע"ע דגופו קנוי לאדונו כמבואר בקידושין דף ט"ז. וה"ה בזכות האב בבתו דהוקש לאמה כנ"ל ובמק"א הארכתי בזה ע"פ דברי התוס' בב"מ דף צ"ט ד"ה דלא קני לי' גופי' דהא דאמרו בקידושין דע"ע גופו קנוי היינו לענין שאין גרעונו מחול בע"פ אלא בשטר וביארתי זה היטב במק"א וקצרתי כאן ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' פ"ו ס"ק ב' ענף ד' שכתבתי שם קצת מעין זה וגם כתבתי אז במה דיש לדון בהך דקידושין דף מ"ה הנ"ל דהא התם האב אומר ברי לי שלא נתרציתי מעולם על הקידושין שלה כו' ודומה להך דכתובות דף י"ב דלכ"ע ברי בצירוף אוקי אחזקה מוציא מהמוחזק וה"ה במה דיש כעין חזקת מ"ק המסייע להברי.. והארכתי בכל זה בעת שהשבתי להרב השואל אכן כיון שכתבתי לעיל לפרש לסוגיות הש"ס דקידושין דף מ"ה ע"פ סברת אחי הקצה"ח דמעלת חזקת מ"ק אין זה חזקה המבררת וע"כ לא מהני זה באיסור אישות לכן לא העתקתי כעת כל מה שכתבתי בענין זה אז בארוכה והנה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח כתבתי להוכיח מן יבמות דף ל"א גבי תרי ותרי כו' דמוכיח הש"ס מהא דבר שטיא כו' דמוכח מזה דחזקת בעלים הראשונים הוי כמו כל חזקות המבררות ודלא כדברי אחי הקצה"ח הנ"ל וקצרתי כאן:

ענף ב

ה

והנה במקור דברי ה"ר דוראן והרשב"א דהובא בב"י לאה"ע סי' מ"ג דמיירי שם בנתקדשה בעצמה לאח' והוי ספק שמא היתה אז קטנה בעת קידושי' ואח"ז נמצאו לה ב"ש דע"ז כתבו ה"ר והרשב"א דלא אמרינן להחזיק על למפרע אלא מספקינן דילמא השתא הוא דאייתי ב"ש וע"כ בפשטה ידה וקיבלה קידושין מאחר צ"ג משניהם ואפשר לומר לכאורה דדוקא התם דיש שני חזקות המבררות לנו דלא היתה אז ממש בקידושי' היינו חזקת פנוי' וחזקת קטנות ע"כ לא מחזקינן לה למפרע בדין גדולה בוודאי אף

דאיכא חזקה דרבא אבל היכא דלא שייך לדון חזקת פנוי' רק חזקת לחוד עדיין י"ל דגם ה"ר דוראן והרשב"א מודו דמחזקינן לה למפרע לגדולה וכמו בנ"ד דמשום זה אמרינן דלא היתה אז בעת הקידושין ברשות אבי' ולא מהני הקידושין מצד אבי'. ועיין במחנה אפרים ה' אישות סי' א'). ואדרבה חזקת פנוי' מסייע לומר דהיתה בגרות בעת הקידושין ולא מהני קידושי אבי' [ועיין בנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' מ"ג מה שהביא בשם הריב"ש דמחלק דשאני ספק במיתה דיש שני חזקות וכעין הך דעירובין דף ל"ז ע"א כו' ומה שדחה הנו"ב שם והארכתי הרבה בעת שכתבתי הקונטרס הזה וכעת קצרתי] אכן מן הב"ש בסי' ל"ז ס"ק ה' משמע דלא מחלקינן כן לשי' הרשב"א וה"ר דוראן הנ"ל וגם בנידון היכא דקידשה אבי' ונמצאו לה אחר זמן סימני נערות דלשי' הרשב"א וסייעתו חיישינן לומר דילמא היתה מעיקרא בעת הקידושין ברשות אבי' ומהני קידושין של האב ולא מחזקינן לה בגדולה למפרע אף בזה וכן מוכח מן הפוסקים והאחרונים דלא מחלקינן כן לשיטת הרשב"א וסייעתו ודלא כמו שעלה על דעתי לחלק כן:

1

וכן מוכח מהך דנזיר דף ל' הנ"ל דאמרו דאי אייתי במיצעי מספקינן דלמא לא אייתי ב"ש עד עכשיו ומספיקא חיישינן שמא חלו נזירות אביו ואף דהא יש לנו לומר אוקי אחזקה דלא חל נזירות דהא מקודם דהדירו אביו לא הי' נזיר וכדמצינו בנזיר דף כ' בשתי כתות מעידות אלו מעידים שנזיר חמש ואלו מעידים שנזיר שתים דהוי נזיר שתים מה"ט וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' א' ענף א' ועיין במחנה אפרים ה' נדרים סי' י"ג וקצרתי וכיון דהוי ספק אי חל כלל נזירות אביו מעיקרא א"כ מבעי לן לאוקמי אחזקת היתר וכמו כל חזקת פנוי' וכה"ג וע"כ מוכח דאף היכא דליכא שני חזקות לברר מ"מ לא מחזקינן לי' בגדול למפרע. ורק כיון דאיכא עכ"פ חזקת קטנות לבד אמרינן מה"ט דחזקה קמייתא עדיפא ומאחרינן ליה לומר השתא הוא דאייתי ב' שערות או משום דכיון דהתורה זיכתה להאב להדיר בנו בנזיר ע"כ בנולד לנו ספק אי יצא מרשות האב לענין זה או לא דאמרינן דמספק אין להוציא מרשות האב דהוחזק ברשותו מקודם והוי כעין חזקת מ"ק דנתבאר מקודם אף דאין לו זכות בבנו רק על להדירו לבנו בנזיר ולא לשארי מילי כמו בבתו ועכ"ז מספקינן להעמיד לבנו ברשות האב לגבי מה דהוחזק ברשות האב א"כ ה"ה היכא דנולד לנו ספק אם היתה ברשות האב בעת הקידושין שקידשה אבי' כמו בנ"ד דספק לנו אם בעת הקידושין שקידשה אבי' היתה נערה או דשמא היתה בוגרת ויצתה כבר מרשות האב דמיבעי לן לחוש שמא לא אייתי סימני נערות עד זמן המאוחר והיא כעת נערה ולא בוגרת משום דמספק אין מוציאין מרשות האב דהוחזקה

ברשותו מקודם ושפיר כתב הב"ש בסי' ל"ז ס"ק ה' דהא דכתב הרשב"ץ שהביא הבית יוסף דאם נראה בה סי' נערות אחר י"ב שנים אמרינן מסתמא הי' בה כעת שהיתה יב"ש וכתב הב"ש ע"ז דהרשב"א ור"י דוראן חולקים ע"ז עכ"ל הב"ש. משום דבאמת להרשב"א וסייעתו יש להסתפק ג"כ בזה והוי ספק מקודשת וזה דומה ממש להא דנזיר הנ"ל דאי אייתי במיצעי מספקינן לחוש שמא חל נזירות אביו דלא הביא אז ב"ש משום דהוחזק לגבי זה הבן ברשות האב. וה"ה וכש"כ בתו ברשות האב דזוכה בה לכמה דברים וכיון דנולד ספק אם יצתה מרשותו מוקמינן לה בחזקתו הראשונה וע"כ נסתר מחמת זה החזקה דרבא. ויותר נכון לומר כמש"כ לעיל הטעם בזה משום חזקת קטנות ולא משום חזקת מ"ק וכפי שביארתי לעיל בארוכה:

ז

ובאמת לכאורה יש לדון דנימא בזה תרתי לריעותא כמו גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר דכל הטהרות הנעשה ע"ג טמאות מחמת תרתי לריעותא ושיטת התוס' והרשב"א דתרתי לריעותא חשוב כוודאי והרמב"ם ס"ל דתרתי לריעותא לא הוי רק לספק כמש"כ בארוכה מזה הש"ש שמעתא ג' פ"א ופ"ב. ואי נימא דתרתי לריעותא הוי וודאי. א"כ ה"ה היכא דנולד לנו ספק אם בעת שקידשה אבי' היתה ברשותו וחלו הקידושין או שמא היתה בגרות ויצתה מרשותו אז דיש בזה חזקה דהשתא דכמו דנמצאו בה עכשיו סי' נערות כמו כן נמצאו בה מקודם ששה חדשים א"כ ממילא היתה בוגרת בעת הקידושין וגם יש חזקת פנוי' המבררת לנו דלא חלו הקידושין של האב וכיון דהוי תרתי לריעותא מבעי לן לומר דלא הוי כלל ספק מקודשת וכעין זה הקשו התוס' בכתובות דף ע"ה ע"ב ד"ה אבל היכא כו' דנימא חזקת פנוי' והרי מום לפניך והוי חדא במקום תרתי אכן באמת מוכח מהא דנזיר הנ"ל דאמרו דאי אייתי במיצעי מספקינן לחוש לנזירות אביו והא התם איכא ג"כ תרתי לריעותא היינו חזקה דהשתא דאייתי כעת ב"ש ומסתמא הביא כן מקודם וגם חזקה דמעיקרא דכמו דלא היה נזיר עד עת דהזירו אביו כמו כן הוא עכשיו אינו נזיר וכמש"כ לעיל ובספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' א' ענף א' כנ"ל. א"כ הוי תרתי לריעותא המבררת לנו דלא חלו עליו נזירות אביו ומדלא אמרינן כן מוכח מזה דלא דיינינן לי' בתרתי לריעותא:

ח

והטעם בזה די"ל דהא כתבו התוס' הנ"ל בכתובות דף ע"ה ע"ב בד"ה אבל היכא כו' בשם הרשב"א דחזקת פנוי' לא חשוב כלל חזקה גבי חזקת הגוף ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח א"כ ה"ה הכא י"ל כטעם הסוברים דלא מחזקינן למפרע דהביא ב"ש מקודם משום דס"ל דחזקת קטנות דמעיקרא חשוב כמו חזקת הגוף וחזקה דמעיקרא

עדיף מחזקה דהשתא ע"כ אמרינן דילמא השתא הוא דאייתי ב"ש וכן משמע הלשון דגמ' בקדושין דף ע"ט ע"ב דאמרו אבל הכא מי איכא למימר העמד הגוף על חזקתו ופי' ברש"י ובתוס' שם משום דהיום הוא עשוי להשתנות או משום דרגילות הן לבא בבקר א"כ משמע דהיכא דלא שייך הטעמים הנ"ל חשיבא זה כעין חזקת הגוף דאמרינן אוקי על חזקת הגוף דהשתא הוא דאייתי סימני בגרות א"כ ה"ה יש לדון לחזקת הגוף הנ"ל ולומר דהשתא הוא דאייתי סימני נערות אך מחמת חזקה דרבא מספקינן לומר דלמא אייתי מקודם והוי שפיר ספק השקול אבל עכ"פ הוי חזקת הגוף דהשתא הוא דאייתי ב"ש וע"כ לא דיינינן בזה תרתי לריעותא ובעיקר מילתא דנא אם שייך חזקת פנוי' בכה"ג יש להעיר מהא דיבמות דף קי"ג באשת חרש דחייב א"ת ולא מוקמינן שם בחזקת פנוי' ועיין מזה בפני יהושע לגיטין דף כ"ח וקצרתי כעת ועפ"ז הארכתי בדברי הבית שמואל בסי' ל"ז ס"ק ד' ובס"ק ה' וקצרתי:

ט

נחזור לענינינו דנתבאר דלדינא היכא דקידשה אבי' ובעת הקידושין נמצאו בה סי' נערות רק דנסתפקנו אם הביאה ב"ש לזמנן או לאח"כ ואם הביאה לזמנן א"כ ממילא היא בעת הקידושין בגרות ולא חל הקידושין של אבי' ואם הביאה לאחר זמן והיתה בעת הקידושין ברשות האב וחלו הקידושין של האב דלדינא כיון, דנתבאר דיש מקום ויסוד גדול לשי' הרשב"א והר"י דוראן הנ"ל ע"כ ממילא הוי חשש קידושין דאורייתא וכמו שציין הב"ש בסי' ל"ז לדברי הב"י בסי' מ"ג בשם הרשב"א הנ"ל. וגם הוכחנו דאף בספק הלמ"מ כמו בהא דנזיר יש להסתפק דילמא לא הי' גדול אז רק אח"ז ומחמרינן משום דגם בספק הלמ"מ מחמירין בספק הזה. א"כ כמו כן בספק חדר"ג דמבואר בנו"ב דאי נימא דהחרים ר"ג עד עולם הוי ספיקו אף דלא רק דברי קבלה מ"מ הוי כמו הלמ"מ אלא דדעתו דכיון דס"ל דבהלמ"מ ספיקו להקל ה"ה בחדר"ג אכן לפי מה שהוכחתי דבספק הלמ"מ מספקינן להחמיר דילמא לא הביא ב"ש בזמנן כנ"ל. א"כ ה"ה בספק חדר"ג לשי' המהרש"ל והיש"ש דהחרים ר"ג עד עולם א"כ מחמרינן לחוש שמא לא הביאה ב"ש בעודה י"ב שנים אלא השתא הוא דאייתי ובעת החופה עדיין לא היתה בוגרת אלא היתה נערה וקיימת ברשות אבי' לקידושין והי' חל קידושי' אף דהיתה שוטה בעת החופה מפאת קדושי אבי':

י

ונקדים הא דמבואר באה"ע סי' ל"ז סעי' ז' בהגהות רמ"א בזה"ל דכדי להוציא נפשו מפלוגתא יחזיק האב בידה כו' או יעמוד אצל בתו כשתקבל דהוי כאילו קיבל הוא בעצמו הקידושין והכי עדיף טפי כו' וזהו בשם התה"ד והאבני מלואים בסי' ל"ז ס"ק

ח' העלה דהא דמהני עומד האב אצל בתו דזהו מהני מן דין ערב דהוי כמו אמר בפי' תן כסף לבתי ע"ש. וזהו נלענ"ד ברור דאף באמר תן מנה לחרש שוטה וקטן ג"כ שייך בי' דין ערבות ודבר זה למדתי מן הא דח"מ סי' קכ"א סעי' א' דאם אמר לו שלח לי ע"י חשו"ק ג"כ נפטר ואצ"ל שלח והפטר וכמש"כ הסמ"ע והש"ך שם ס"ק ד' וכ"כ הטור שם והוכיחו כן מן מש"כ הרמב"ם פ"ב ה' שלוחין דהאומר לחבירו שלחהו לי ביד פ' אפי' הוא קטן נפטר א"כ ה"ה שוטה והובא בב"י שם. ודברי הרמב"ם הנ"ל הובא בח"מ סי' קפ"ח סעי' ג':

והנתיבות בסי' ק"כ ס"ק א' ביאר זה בטוב טעם דלא דמי לזרוק מנה לים דלהרבה ראשונים ס"ל דלא שייך ביה ערבות כמבואר בח"מ סי' ש"פ סעי' א' ובאה"ע סוף סי' ל' ובב"ש שם ס"ק י"ח משום דבזה מקרי בא ליד אדם עכ"פ וע"כ אף דכתב המחבר בסי' ק"כ דזרוק לי חובי כ"ז דלא אמר והפטר לא מיפטר משום דהוי כזרוק לים אבל בתן לחשו"ק מיפטר אף דלא אמר והפטר והאריך שם הנתיבות בזה ודלא כהסמ"ע בסי' ק"כ וכ"כ הנתיבות בסי' קכ"א ס"ק ד'. וכ"כ הנתיבות לקמן סי' ש"מ ס"ק י"א דלפמש"כ השמ"ק לב"מ דף צ"ח דהא דמהני שלח ע"י בני דמהני דזהו מן דין ערב. ע"כ ה"ה בשלח ע"י חש"ו ג"כ מהני מן דין ערבות ע"ש ונכונים דבריו. ויש לי הרבה להאריך בזה ולפלפל עפ"ז בדברי הב"ש סי' ל"ז ס"ק ז' ואכמ"ל:

ענף ג

יא

וכיון דנתבאר דלדינא אף בתן לשוטה ג"כ שייך דין ערבות ע"כ בנ"ד כיון דנסתפקנו לדון שמא לא הביאה ב' שערות לזמן י"ב שנים אלא השתא הוא דאייתי ב"ש א"כ ממילא עדיין עומדת הבת ברשות אבי' בעת הקידושין והא דהאב עומד אצלה בעת הקידושין דמהני זה הוי משום ערבות כנ"ל א"כ זהו שייך אף בשוטה דהא תן לשוטה ג"כ מהני מן דין ערבות א"כ חלין הקידושי כסף מצד קידושי' אביו ולפ"ז נסתר ההיתר של ס"ס בנ"ד. דהא בספק שמא היתה שוטה גמורה בעת הקידושין יש עדיין להסתפק דילמא לא היתה בגרות אז וממילא חלין הקידושין של האב וזה דומה לדברי התוס' כתובות דף ט' ע"ב ד"ה אי למיתב לה כתובה כו'. דכתבו די"ל דלא חשיב ס"ס כה"ג משום דהאי ספיקא שמא באונס הי' לא חשוב ספיקא גמורה למיתב לה כתובה דאימור קודם שנתארסה נאנסה כו' עכ"ל התוס' וה"ה בנ"ד לא מחשב ס"ס מה"ט וע"כ אם נימא כהמהרש"ל סי' י"ד והיש"ש דר"ג החרים עד עולם לכן אין לדון להאי ספק ספיקא כנ"ל לפי דבהך ספק

שמא היתה שוטה יש בזה ס"ס להחמיר ספק שמא לא היתה שוטה וספק שמא לא יצתה מרשות האב:

יב

ולכאורה י"ל בנ"ד דהא מום דשוטה הוי מום דבני אדם מקפידין עליו ע"כ מבטל הקידושין כמבואר בח"מ סי' רל"ב סעי' ו' ובפרט בשוטה דאמרו ע"ז אין דר עם נחש כו' וכמש"כ כת"ר אבל באמת אין לדמות מקח וממכר לקידושין דהא מצינו במכירה דדבר האסור אף מדרבנן מבטל המכירה באם הוא בעיני' ודבר האסור מה"ת אף באינו בעיני' מבטל כמבואר בסי' רל"ד ואילו בקידושין אף בחייבי לאוין שלא הכיר בה לא נתבטלו הקידושין וכמבואר בספרי באר יצחק בארוכה ח' אה"ע סי' ג' וסי' ד' ובחייבי עשה ושניות יש לה כתובה וכמש"כ בארוכה בספרי שם אלמא דאין לדמות אישות למכירה. וכללא אמרו בסתימות גבי מומין דכנסה סתם תצא שלא בכתובה אבל גיטא בעיא ע"כ אין לחלק בין המומין. וכמבואר בכתובות דף ע"ג ע"ב ע"ש וגם משמע דאף באומר ברי לי שלא נתרציתי מעולם על הקידושין אפ"ה צ"ג מצד ספיקא דאורייתא לשי' רבא ועיין ב"ש סי' ל"ז ס"ק ט"ז. ואין מעמידין בספק הזה על חזקת פנוי' וקצרתי וכמו הא דיבמות דף קי"ג ע"ש ושאני איילונית כמש"כ דאין אשה אלא לבנים וגם באיילונית ס"ל לכמה פוסקים דצריכה גט:

יג

אכן אפשר לדון בזה להיתירא דהא באמת דעת המחבר באה"ע סי' א' ובב"י שם בשם כמה פוסקים דס"ל דר"ג לא החרים רק עד סוף אלף החמישי וכן ס"ל להדרכי משה והב"ש שם. ע"כ אף דהיש"ש לא ס"ל כן. מ"מ מידי ספיקא לא נפקא כיון דהרשב"א והמהרי"ק וש"פ לא כתבו כן והובא בכנה"ג סי' א' בארוכה ע"ש. וכן ראיתי להרדב"ז ח"ב סי' ת"ש שמסתפק בזה והנה הש"ך ביו"ד בכללי הספק ספיקא ס"ק ט"ז כתב גבי ציר דגים דאם נולד ספק אם יש בהם שמנונית דכיון דמה"ת הוי ס"ס. ע"כ סמכינן להקל כיון דעל דרבנן יש לדון אף בספק א' לקולא ובנ"ד יש עכ"פ ספק א' בוודאי דהא בקידשה סתם ונמצאו בה מומין ה"ז מקודשת מספק דפסקינן כרבא דהוי ספק קידושין כמבואר בסי' ל"ט וב"ש ס"ק ט"ז והא דסי' קי"ז סעי' י' דבא על אשתו ושהה כמה ימים דחזקה אין שותה בכוס אא"כ בודקו. הא שיטת הרמ"מ דדוקא בא ושהה אבל בלא שהה אף דבא עליה עכ"ז הוי מום ואף דהכ"מ ס"ל דבא או שהה. עכ"ז הא בנ"ד דאומר דלא בא עלי' מהימן כמש"כ הרמ"א והב"ש שם וגם נראה דעיקר לדינא כדברי המ"מ וכמש"כ ההפלאה שם:

יד

ועוד י"ל דנ"ד דהוי בחשש עתים חלים ועתים שוטה לא שייך בזה הטעם דמדבא עלי' ולא בדק כו' דהא בנכפה דהוי מום קבוע לעתים לא שייך זה כמבואר שם וה"ה בנ"ד די"ל דאפשר דבעת היחוד היתה אז חלומה ולא יכול לבודקה ובפרט דאומר ברי לי דלא בא עלי' ע"כ בוודאי לא שייך כן וכן הא דח"מ סי' רל"ב גבי מומי מכירה דאם נשתמש במקח בדבר שהי' יכול להבחינו אמרינן דמחל אבל היכא דלא הי' יכול להבחינו לא דיינינן כן. וה"ה בנ"ד דהוי דבר דלא יכול להבחינו ומכש"כ דאומר דלא בא עלי' ע"כ וודאי הוי ספק השקול אם נתבטלו הקידושין או לא א"כ הוי בנ"ד ס"ס גמור מה"ת היינו ספק שמא הלכה כהסוברים דר"ג לא החרים רק עד סוף אלף חמישי ואת"ל דהחרים לעולם אכתי ספק שמא אינה צריכה גט במום דנשתטית משום דמקפיד עלי' א"כ הוי ס"ס על דאורייתא וספק א' על דרבנן ואזלינן לקולא וע"פ ס"ס שכתבתי יש להעיר על מש"כ המשכנות יעקב בסי' א':

אך נ"ד עדיף טפי דהוי חזקת היתר וחזקת פנוי':

טו

ולכאורה יש לדון בזה דלא שייך בזה לומר ספק דרבנן לקולא כיון דהספק נולד בדאורייתא גבי האשה עצמה אם צריכה גט וכן גבי האיש עצמו אם מותר לישא קרובת אשתו. דבזה הדין הוא דספיקא דאורייתא לחומרא ע"כ ממילא מחמרינן בספק זה אף לגבי ספק דרבנן אם מותר לישא אחרת אכן באמת זה אינו דהא מצינו כה"ג באה"ע סי' ל"ה סעי' י"א באומר לשלוחו צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים שיש להם קרובות והעלה הח"מ והב"ש שם בשם רש"י נזיר דף י"א דלא נאסר רק בערוה ולא בשניות דלא הוי רק ספק דרבנן ודלא כהט"ז שם. אלמא דאף דדנין לספק זה אם נולד בחשש דאורייתא דהדין הוא להחמיר מ"מ גבי דרבנן דנינן להקל וכ"כ המל"מ פ"ז ה"א ה' כ' ופ"ט ה"ו ע"ש והטעם בזה די"ל דהא מצינו להפר"ח יו"ד בכללי ס"ס סוף ס"ק ח' דהוכיח דבשני גופים נפרדים אין להם שייכות כ"א לחבירו כמו בספק תרנגולת נבלה דאף דהתרנגולת אסורה מ"מ הביצה מותרת וכ"כ הש"ש שמעתא ג' פ' י"ח [ויש לעיין מזה ביו"ד סי' פ"ג וא"ש וקצרתי] א"כ ה"ה בנ"ד דאף דבמה דנולד הספק בקידושי האשה דבחשש דאורייתא כמו קרובותי' אסור מספק דאורייתא עכ"ז גבי מה דישא אשה אחרת דאין זה רק ספק דרבנן אזלינן לקולא משום דהוי זה כשני חתיכות וכה"ג כתב בתשובת רע"א זצ"ל בפסקיו סי' ס"ד והביא לדברי המל"מ ה"א הנ"ל ע"ש ועיין במהרשד"ם ח' אה"ע סי' ע"ח שכתב ג"כ לדון ס"ס בחדר"ג להקל ג"כ ע"ש ועל האשה שנושא יש לה שני הספיקות להיתירא מעולם והוי כמו ס"ס בבת אחת:

טז

ובאה"ע סי' קל"ו סעי' ו' ברמ"א דאם שמות המגרשים שוות אע"ג דאין שמות הנשים שוות מ"מ יכתבו סי' במגרש וכתב הב"ש שם ס"ק ה' והא דלא מהני שמות הנשים אף בזה"ז דאיכא חדר"ג מ"מ חיישינן שמא עבר על חדר"ג עכ"ל הב"ש וכבר הבאתי ראי' לזה ממנחות דף ג' ע"א דאמרינן ק"ק הוא ומיעבר עבר ושחט להו בדרום וע"פ מש"כ התוס' שם ד"ה ל"ש כו' בתי' הב' וקצרתי ולפמש"כ דבספק מקודשת אף דצריכה גט מ"מ מותר לו לישא אחרת א"כ בלא"ה י"ל דאף דאין שמות נשים שוות. מ"מ אין זה מקרי מוכח מתוכו עדיין. די"ל דלמא הי' ספק בקדושין של אשה זו והיא צריכה גט: ומ"מ הי' יכול לישא אחרת וע"כ מחוייב לכתוב סי' במגרש:

ומדלא כתב הב"ש כן מוכח דלא כמש"כ אלא כיון דצריכה גט ממילא אסור להבעל לישא אחרת. אכן ז"א ראי' כלל די"ל דספק קידושין לא שכיח האידנא כעין המבואר באה"ע סי' מ"ה ב"ש ס"ק כ"א וקצרתי וע"כ שפיר הוצרכו לטעם אחר וכש"כ לשי' הרדב"ז ח"ב סי' תשל"ד דס"ל דחדר"ג קילא מן איסור דרבנן וודאי יש להקל בנ"ד ודעתי מסכמת כדעת כת"ר להתיר להבעל לישא אחרת אחר שיקיים הבעל כל החיובים שיש להאשה עליו ע"פ דין וכפי שיבורר על נכון לפני כת"ר וגם ישליש גט ובטחונות על גט חדש וכמש"כ הנו"ב בסי' ג' ויעשו זה ע"פ רשיון הממשלה הרוממה וכפי החוק ואז יכולים להתיר לו לישא אחרת אף בלא היתר מאה רבנים וכמש"כ כת"ר ועיין בתשובת מהר"ם מרוטונבורג החדש בסי' ט"ו:

סימן ו

ב"ה יום ד' ט"ז סיון תר"ל לפ"ק. אל כבוד הרב הג' וכו':

מכתבו הגיעני בשאלתו ע"ד האשה ששהתה עם בעלה שנים עשר שנים ולא ילדה ואח"ז יצא עלי' קול שיש לה אהבה לפועל א' וראו העדים איך שהפועל הי' משחק עמה ויש ע"א המעיד על היחוד של הפועל עם האשה הזאת ואח"ז ילדה וולד א' ובעלה אמר שהודית לו כי הוולד אינו ממנו ונתגרשה כבר ואח"ז נשא בעלה אשה אחרת ומת בלא בנים ונשאלתי אם צריכה חליצה דשמא הוולד אינו ממנו רק מן הפועל או דאמרינן דהוולד הוא מבעלה של האשה הראשונה וע"כ א"צ השנייי חליצה וכת"ר כתב להחמיר ע"פ המבואר בסי' ד' סעי' ט"ו א"א שיצאה עלי' קול שהיתה מזנה והכל מרננים אחרי' אין חוששין לבני' שרוב בעילות תולין בבעל אבל בנ"ד ששהתה שנים עשר שנים ולא ילדה לא שייך הרוב בעילות אחר הבעל וכמש"כ הצ"צ בסי' נ"ג והאריך כת"ר בזה ע"פ

דברי התוס' דיבמות דף ל"ז ע"א ד"ה וזו הואיל ולא הוכר כו' שכתבו דבשהו עם בעליהן כמה שנים ולא ילדו לא שייך בזה לדון להא דרוב נשים מתעברות ויולדות כו':

א

והנני להשיבו בקצרה כי מש"כ כת"ר לדמות זה להך דהתוס' ביבמות דף ל"ז ד"ה וזו הואיל כו' אין זה דומה כלל דשאני בהא דרוב מתעברות ויולדות דכיון דשהו עם בעליהן כמה שנים ולא ילדו שפיר כתבו התוס' דלא שייך לדון להך רוב הנ"ל אבל בהך רוב דאמרו דרוב בעילות תולין בהבעל וודאי שייך אף באותן ששהו עם בעליהן ולא ילדו דהא מ"מ רוב בעילות הם של הבעל וזה פשוט:

ואין לבנות יסוד על סברא קלה בלא ראי' ברורה ולדחות למה דאמרו בגמ' בכללא לומר ישא בת דומה ולא חילקו בזה בין שהתה זמן רב עם בעלה ולא ילדה או לא שהתה כו'. והצ"צ לא אמר זה רק במקום סידור תשובה על החטא אבל לדינא אין סברא לומר כלל ולחוש בנ"ד על הוולד שהוא בחשש ממזר. ובדברי הנו"ב במ"ק סי' ס"ט במה שכתב שם יש לדון הרבה וקצרתי ועיקר מילתא דידן בלא"ה נראה לי דזה דומה להא דסי' ו' סעי' ט"ז ביצא עלי' שם מזנה דאין חוששין לה וכמבואר בגיטין דף פ"ט והטעם הוא דפריצותא בעלמא הוא דחזי לה וכפי' רש"י שם פשיחקה בשוק או מיעך כו' והט"ז בסי' ד' ס"ק ז' כתב לפרש דשאני הא דסי' ד' סעי' ט"ו שיצא עלי' קול ורינון של ניאוף ע"כ אסורה האשה עצמה משא"כ בהך דסימן ו' סעי' ט"ז דיצא עלי' קול מחמת שראו ששחק עמה וכפי' רש"י בגיטין ע"כ אף האשה עצמה מותרת לכהן כו' עכ"ל הט"ז ולפ"ז ה"ה בנ"ד דראו העדים שהפועל שחק עמה ע"כ הוציאו עלי' קול שזינתה ולכן אף האשה עצמה אין עלי' חשש איסור זונה לכהן וכש"כ על הוולד דאין עליו חשש איסור ממזר כלל וכן אין שייך בנ"ד הא דסי' ד' סעי' ט"ו דהכל מרננים אחרי' דכתב הב"ש שם בס"ק כ"א דהכל מרננים אחרי' גרע טפי כו' וכ"כ הח"מ סי' ו' ס"ק י"ד דלפי הנראה ממכתב כת"ר נראה דבנ"ד לא היה כן. וע"כ אין שום מקום להחמיר גם על האשה עצמה וכש"כ על הוולד דאין לחוש עליו בחשש ממזר וזה פשוט:

ב

ומש"כ כת"ר לדמות זה להא דסי' ד' סעי' י"ד דבראו דבר מכוער לא אמרינן אישתהי אין זה דומה כלל דשא"ה דהך דתולין באישתהי זהו נגד הרוב משום דלא שכיח זה ע"כ בראו דבר מכוער דיצאתה מחזקת כשרות ע"כ לא תלינן במידי דלא שכיח וכמש"כ הח"מ שם בס"ק י"א והב"ש בס"ק י"ח אבל בנ"ד דיש לנו רוב בעילות דתולין בהבעל אף בזינתה בוודאי א"כ כש"כ בראו בה דבר מכוער וזה פשוט מאד וזולת זה הא כתב בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' צ"ט דבשביל יחוד לא אבדה חזקת כשרותה. רק דכוונת הרמ"א

בסי' ד' סעי' י"ד הנ"ל להכיעור דבסי' י"א ע"ש ומה"ט אין אוסרין על היחוד ולקמן בסי' י"א בב"ש ס"ק ד' כתב על מש"כ הח"מ שם ס"ק ג' להסתפק באם מצאו אותם מנשקים זא"ז ויודעים שלא היה אז טומאה דכתב הב"ש דזה לא מקרי כיעור ולא חיישינן שמא בא עלי' בפעם אחר א"כ ה"ה בנ"ד במה שאומרים העדים שראו אותן משחקין ביחד כיון שאז לא הי' טומאה ע"כ זה לא מקרי כיעור ומה שהעיד ע"א על היחוד בעת שהלכו לסליחות. הא ע"א לא מהימן על הכיעור כמבואר בסי' י"א סעי' א' ברמ"א ובב"ש ס"ק י"ד דאף דמהימן לי' כבי תרי מ"מ מותרת וכ"כ הב"ש בסי' קט"ו ס"ק כ"ה ע"ש א"כ לפ"ז בנ"ד דלא היה כיעור המבואר בסי' י"א ע"כ לא איתרע כלל חזקת כשרותיה ולכן אף דנימא בזה לסברת הצ"צ דכתב דבשהה עשר שנים ולא ילדה לא שייך בזה לתלות בתר רוב בעילות אחר הבעל כיון דאיתרעי הבעילות של הבעל. עכ"ז הא שייך בזה לדון חזקת כשרות כמש"כ התוס' בחולין דף י"א ד"ה כגון שהי' אביו ואמו חבושין כו':

ג

והא מצינו בכתובות דף י"ג בראוה מדברת כו' ומאי מדברת נבעלה וקיי"ל דלדברי המכשיר בה מכשיר אף בבתה משום דחזקת כשרות של האם מהני אף להבת כמש"כ התוס' בכתובות דף כ"ו ע"ב ד"ה אנן אחתינן כו'. והא דכתבו התוס' בכתובות ד' י"ד ע"א ד"ה אלמנת עיסה כו' דבת העיסה אין לה חזקת כשרות כבר פי' זה היטב בדרוש וחדוש של רע"א זצ"ל שם ע"ש אלמא אע"ג דנבעלה בוודאי ועשתה איסור עכ"ז דייניגן להכשירה ולהכשיר הוולד משום חזקת כשרות וכה"ג כתבו התוס' בגיטין ד' י"ז ע"א ד"ה משום בת אחותו כו' דכתבו ועוד אדרבה אוקמה בחזקת כשרות שלא נבעלה כשהיא א"א. אף דגם אי נבעלה בעודה פנויה עשתה איסור עכ"ז דייניגן מחמת החזקת כשרות דלא עשתה איסור חמור א"כ כש"כ בנ"ד דאע"ג דשחקה עם הפועל אף דזהו מילתא דאיסורא מ"מ דייניגן חזקת כשרותה דלא נבעלה להפועל מעולם:

ד

וזהו דומה קצת לכל נשים שבעולם שיולדים בנים לאחר עשרה שנים ששהו עם בעליהן ולא ילדו עד הנה דוודאי כשרים הבנים וח"ו להרהר אחריהם וע"כ אף דנימא לסברת הצ"צ דכיון דשהו עם בעליהן ולא ילדו זמן רב דלא שייך בזה רוב בעילות אחר הבעל עכ"ז מכשירין להוולדות משום חזקת כשרות ויותר מזה כתב בתשובת שיבת ציון סי' ע"ג דאף דאין אשה מתעברת מביאה ראשונה. עכ"ז כשרים הבנים משום דאיכא תרי חזקות היינו חזקת כשרות וחזקת היתר לבעלה ע"ש. וכש"כ בנ"ד דלא שייך בזה לדון הרוב הסותר להכחיש לרוב בעילות אחר הבעל ובאמת האשה עצמה בנ"ד היתה מותרת לבעלה דאף לפי דברי הבעל אשר האשה עצמה הודית לו כי הוולד אינו ממנו עכ"ז

הא קיי"ל דאשה האומרת טמאה אני לך אינה נאמנת אף בהודית דרך תשובה כמבואר בתשובת האחרונים:

ודווקא בידוע שנתייחדה עם א' בזה כתב הב"ש בסי' קט"ו ס"ק כ"ג דנאמנת לומר טמאה אני אבל בע"א מעיד שנתייחדה לא מהני להאמינה ודוקא בע"א מעיד שזינתה מקרי רגלים לדבר להאמינה וגם בעיקר מילתא אי יחוד מקרי רגלים לדבר חלקו האחרונים על הב"ש בזה וע"כ וודאי שייך בנ"ד ג"כ הנך תרתי חזקות כמש"כ השיבת ציון להכשיר את האשה ואת הוולד:

ה

ובאמת בלא"ה נראה לי ברור דאף בשהתה עשר שנים ולא ילדה שייך בזה הך רובא דרוב בעילות אחר הבעל ודוקא רוב מתעברות ויולדות לא שייך בשהה עשר שנים כו' וחייב לגרשה בשהה עשר שנים וכו' כדאמרו ביבמות דף ס"ד דשמא לא זכה להבנות ממנה:

וזהו כעין מש"כ דבשהה עשר שנים איתרע לי' הך רוב נשים מתעברות ויולדות וה"ל ספיקא על להבא אם תוליד שוב או לא וכ"ז בלא ילדה אבל בילדה אף לאחר עשר שנים אז וודאי שייך הרוב בעילות אחר הבעל דמצוי אצלה ביותר. ואף בפרוצה ביותר שי' הרא"ש בב"ב פ' יש נוחלין סי' כ"א דאף בפרוצה ביותר שייך רוב בעילות אחר הבעל אף באומר האב לפסול את הוולד ולשיטת בה"ג והובא בב"ש סי' ד' ס"ק כ"ו והביא כן בשם רוב פוסקים ע"ש ואף דיש חולקים בזה היינו בפרוצה ביותר ויש עדים ע"ז אבל כ"ז דלא נתברר זה אף דנימא דזינתה לפרקים מ"מ וודאי שייך הך רוב בעילות אחר הבעל אף בשהתה עשר שנים ולא ילדה. והא ליכא שום רוב הסותרו לזה וגם הצ"צ כתב שם בסי' נ"ג בזה"ל דבשהתה עשר שנים גרע כח הרוב שתולין רוב בעילות אחר הבעל כו' היינו דגרע בזה אבל מ"מ רובא איכא ואפשר דהוי בזה כמו רוב שאינו גמור דכתבו התוס' בכתובות דף ט' בסוגיא דפ"פ ואף זה מהני אם ליכא מה דסותרו לזה וגם כבר נתבאר דאף דנימא דליכא רוב בעילות אחר הבעל בנ"ד מ"מ כיון דהוי לכה"פ ספק השקול א"כ מהני בזה חזקת כשרות שלה וחזקת היתר לבעלה כמש"כ השיבת ציון כנ"ל וכבר נתבאר דמחמת הקול דהכל מרננים אחרי' דנ"ד אין לחוש כלל דזהו כמו הא דסי' ו' וגיטין דף פ"ט וה"ה בנ"ד דמחמת דראו בה ששחק עמה הפועל יצא הקול:

ו

ועוד נלע"ד דאף דנימא דנ"ד דומה להא דסי' ד' סעי' ט"ו דאם הכל מרננים אחריה יש לחוש לבניה שהם ממזרים אם ליכא רוב בעילות אחר הבעל. מ"מ יש לדון דאין לחוש בזה והוא דהא מצינו בגיטין דף פ"ח ע"ב דאם יצא הקול דזרק לה קידושי' ספק קרוב לה דבכה"ג לא חיישינן לקלא וכן מבואר בסי' מ"ו סעי' ג' דבקידושי ספק קרוב לו או

אם יש להסתפק אם היה בקידושין ש"פ וכה"ג דבכה"ג לא חיישינן לקלא והטעם הוא כיון דע"פ דין תורה לא מהני קלא כלל ומה"ט קיי"ל בח"מ סי' ל"ד דאין אדם נפסל ע"פ קול זולת לעדות אשה וגם זהו רק מדרבנן כמבואר באה"ע בסי' מ"ב בח"מ ס"ק י"ד ובב"ש שם ומה"ט בקלא בתר נישואין לא חיישינן וכ"כ הרא"ש בגיטין פ"ט סי' י"א דמיחש לקלא חששא דרבנן ובשל סופרים הלך אחר המיקל ע"ש וכיון דעיקר מילתא הא דההחמירו בקלא אין זה רק חומרא מדרבנן ע"כ לא החמירו רק היכא דלדברי הקול הוי איסור וודאי אבל היכא דגם לדברי הקול אין זה איסור וודאי רק ספק איסור בזה לא תקנו לחוש להקול וכה"ג כתב הפני יהושע בגיטין ד' פ"ט ע"א בתוס' ד"ה בעולה אין חוששין לה כו' ועיין בב"ש סי' מ"ו ס"ק י"א וס"ק י"ב מזה:

ז

וה"ה בנ"ד אף ביצא קול והכל מרננים אחרי' ג"כ אף אם נימא לסברת כת"ר דלא שייך בזה לומר רוב בעילות אחר הבעל מחמת דשהתה עשר שנים ולא ילדה וכמש"כ הצ"צ משום דהך רוב בעילות של הבעל סותר להך רובא דיש לנו מדלא ילדה עשר שנים שוב אינה יולדת והוי רובא הסותר להרוב השני וכדמצינו בכתובות דף ט"ז ובחולין דף נ"ג בהך דרוב אריות דורסין כו' דאדרבה רוב שוורים מתחככין כו' איכא למימר הכי כו' אוקי מילתא אחזקי' וה"ל ספק כו' עכ"ז הא ה"ל לכה"פ ספק השקול בנ"ד אם הוולד מהבעל משום דרוב בעילות אחר הבעל או שמא הוולד מן הפועל א"כ אף לפי דברי הקול ה"ל ספק בנ"ד. והא היכא דלא הוי איסור וודאי רק ספק איסור לא חיישינן בזה לקול אף מדרבנן ומוקמינן על הדין. ומן הדין הא אזלינן בתר חזקת היתר לבעלה וחזקת כשרות כנ"ל והא דאמרו באה"ע סי' ד' סעי' ט"ו בא"א שיצא עלי' קול והכל מרננים אין חוששין לבני' שרוב בעילות תולים בבעל באמת הוא דאף אם לא הי' לנו רובא לברר ג"כ אין חוששין לבני' משום דהא ה"ל רק ספק איסור ממזר דלא חיישינן לקול בכה"ג כנ"ל והא דנקטו שם הך טעמא זהו להורות לנו דאף אם זינתה בוודאי ג"כ בני' כשרים משום רוב בעילות כו' וכמש"כ הב"ש ס"ק כ"ב והח"מ ס"ק י"ד אבל בקול אף אם לא היה לנו רובא לברר על היתרא רק ה"ל ספק השקול ג"כ אין חוששין בכה"ג לקול אף בהיה עלי' קול של ניאוף וכנ"ל לכן אף לפי סברת הצ"צ ג"כ אין לנו להחמיר בנ"ד:

ח

ובעניין הזה יש להעיר בפסחים ד' פ"ז ע"א דאמרו שם א"ר יוחנן תחלה כו' אמר הקב"ה לך וקח לך אשה זנונים ותוליד לך בנים זנונים כו' שנאמר ויאמר ד' אל הושע קח לך אשת זנונים וילדי זנונים כו' ופי' רש"י שתלד לך בנים זנונים ספק שלך ספק של אחרים וכו' א"ל הקב"ה ומה אתה שאשתך זונה ובניך זנונים ואין אתה יודע אם שלך הן אם של

אחרים הן כו' וקשה הא יש לומר דרוב בעילות של הבעל וה"ל שלו וע"ז י"ל דכיון דהיתה פרוצה ביותר דאז חוששין לבני ע"פ דין ואכתי תקשה בהא דאיבעי' לרב עמרם בסוטה דף כ"ז היתה פרוצה ביותר מהו כו' כי תיבעי לך אליבא דמ"ד אין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילתה מאי כיון דידע בה נטורי מנטר לה או דילמא כו' וקשה דה"ל למיפשט זה מהך דר' יוחנן דפסחים הנ"ל והא ר' יוחנן ס"ל בנדה ד' ל"א ע"ב דאין אשה מתעברת אלא סמוך לטבילה ואפ"ה אמר דה"ל ספק שלו ספק של אחרים ומוכח דבפרוצה ביותר לא דיינינן להך רובא:

ט

וראיתי בחכמת שלמה שם שהעיר בזה ותירץ דשאני בזקן דלא דיינינן להרוב בעילות אחר הבעל וזהו מילתא חדתא שלא העירו מזה בהפוסקים. ובחדושי אגדות של המהרש"א שם העיר מזה בקצרה וז"ל דהושע חשב דבניו הוא כדאמרינן רוב בעילות אחר הבעל וא"ל הקב"ה ובניך זנונים הם ואין אתה יודע אם שלך הן ר"ל שאין אתה יודע בודאי אם שלך הם דיש לחוש למיעוט בעילות מאחרים עכ"ל ולפי דברי המהרש"א בח"א אין מקום להוכיח להחילוק של הח"ש הזה ונ"ל להסביר ביותר לדברי המהרש"א בח"א והוא דהנה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז ענף ד' הבאתי לדברי השמ"ק לב"מ דף ז' שכתב דהא דהולכין בתר הרוב אינו אלא ספק מגזה"כ דגזרה התורה דצד הספק דהרוב נוטה לו כן יקום ועכ"ז אינו אלא ספק כו' ע"ש שהארכתי בזה ולפ"ז שפיר אמרו כאן בפסחים דבניך זנונים ואין אתה יודע בוודאי אם שלך הם או של אחרים וכפי' רש"י ספק שלך ספק של אחרים משום דאף דהרוב מברר לנו לדינא דהם כשרים מ"מ שם ספק עליהם וע"כ אין מקום להוכחות החכמת שלמה לחלק דזקן שאני ולזה אפשר דנתכוין המהרש"א בח"א ואף דנימא דלא נתכוין לזה מ"מ י"ל כן מעצמינו ע"פ דברי השיטה מקובצת הזה וזולת זה יש לומר עוד דכיון דא"ל הקב"ה דבניו יהי' ילדי זנונים ופי' רש"י שיהיה ספק שלך ספק של אחרים א"כ מסתמא הי' באופן דלא הוי מצי הושע למינטרה דהרבה סיבות ושלוחין למקום ובודאי נתקיים דיבורו של השי"ת וע"כ אין מקום לקושיות הח"ש. והארכתי קצת בזה לברר דהנכון עם הפוסקים דאינם מחלקים בין זקן לאינו זקן וכהחילוק של הח"ש וכפי הנראה מן המהרש"א דלא נחת לחלק כסברת הח"ש וע"כ בנ"ד אף אם הי' זקן ג"כ שייך למידק הך רובא דרוב בעילות אחר הבעל:

י

ומה דאמר הבעל בנ"ד דהאם הודית לו שהולד אינו ממנו. הא האשה אינה נאמנת על בנה לפוסלו רק האב אם אומר ברי לי הימני' רחמנא משום יכיר וגם י"ל דאמרה כן משום דעיני' נתנה באחר ע"כ לדעתי האשה אינה צריכה חליצה והולד כשר לבא בקהל:

סימן ז

שאלה בזוג א' שנפל קטטה ומריבה ביניהם זה שנים רבות ונפרדו זה מזו והאשה דרה בפ"ע כמה שנים והבעל הי' דירתו במרחק מקום במדינה אחרת ואחר זמן רב נסעה האשה למקום מגורת הבעל ואחר עבור שנה ילדה האשה בן וטוענת האשה כי ילדתו מבעלה כי הי' עמה בביתה איזה פעמים לפי דברי' והבעל אומר כי הולד אינו ממנו כ"א מאיש אחר ולפי דבריו באומדן דעתו כי הוולד אינו מזרע יהודים ונשאלתי לחוות דעתי אם הולד כשר לבא בקהל או לא:

ענף א

א

תשובה מקור דין זה הוא בשו"ע אה"ע סי' ד' סעי' כ"ט דאב האומר על בנו שאינו בנו נאמן לפוסלו והוא ממזר ודאי כו' ובתשובת מרן הגאון ר' עקיבא איגר זצ"ל סי' קכ"ח בעובדא כזה העלה להיתירא ע"פ שלשה צדדי היתר א' דעת בה"ג דנאמן לומר אינו בני רק ע"י הכרת בכורה שאומר על הקטן שהוא בכורו וממילא הגדול ממזר והובא בב"ב בתוס' דף קכ"ז ד"ה כך נאמן לומר כו' ובראי"ש שם וביבמות ד' מ"ז בתוס' ד"ה והלכתא כו' בשם ר"ת ובחידושי הרמב"ן לב"ב ד' קכ"ז ובהגהות מיימוני פ' ט"ו ה' איסורי ביאה והובא כאן בבית יוסף ב' דעת תוס' ריי"ד דנאמן לומר אינו בני רק היכא דהיא אינה מכחישתו אבל במכחישתו אינו נאמן [והובא בהריטב"א לקידושין פ"ד ד' ע"ח ג' דעת הריא"ז הוא בש"ג ובמכריע סי' ס"ד דנאמן רק באומר שהוא בנו והוא ממזר או ב"ג אבל לומר שאינו בנו והוא ממזר אינו נאמן [והוא בשלטי גבורים לקידושין פ"ד על מתניתין בני זה ממזר כו' שם ד' ע"ח כו'] וסוף דבריו דע"פ ג' צדדי ההיתר משוי לן לספיקא דדינא וא"כ הוי ס"ס ספק כהנך רבוותא ואינו נאמן כלל דאינו בנו וספק שמא מנכרי כו' עכ"ל ר"ע איגר שם:

ב

והנה בעיקר הך דינא אם נאמן האב אם אשתו מכחישתו כבר העיר בזה הש"ך ביו"ד סי' ש"ה סעי' י"ח ס"ק כ"ז וסיים דצ"ע לדינא בזה והשער המלך פ' ט"ו ה' איסורי ביאה ה' י"ז בד"ה ואם הכחישה הארוס כו' הביא לדברי הש"ך הללו וכתב לתמוה עליו דאשתמיט מיניי' שיטת הפוסקים דהביא שם דס"ל דאף במכחישתו נאמן האב זולת התו' ריי"ד בקדושין והעלה דבנידון שלו פטור מפדיון הבן דהא דעת הבה"ג ור"ת דדוקא באיכא הכרת בכור נאמן האב אבל בלאו הכי אינו נאמן וגם דעת ריא"ז בשה"ג דדוקא באומר בני זה וממזר הוא נאמן אבל באומר איני בני אינו נאמן וע"כ מצד כל הנך רבוותא יש להסתפק ומצי למימר קים לי כהנך רבוותא והממע"ה כן נ"ל להלכה כו' עכ"ל השער

המלך הרי דאף דהמחבר בשו"ע סתם לדינא דבכל גווני נאמן האב עכ"ז מצד כל הנך צדדי הספק משווינן זה לספיקא דדינא עכ"פ ומזה סייעתא לדברי הגאון רע"א זצ"ל דמשוינן זה לספיקא דדינא ולצרפו לספק ספיקא ותמהני עליו שלא הביא לדברי הש"ך ביו"ד והשער המלך דיש לצרף זה לדון דין ס"ס וכן נראה לענ"ד לחזק שיטת הסוברים דאינו נאמן האב לומר דאינו בנו והוא דבירושלמי לקידושין פ"ד ה' ז' איתא תמן תנינן האומר בני זה נאמן כו' דלמא על דר' יהודה איתאמרת דר' יודה אומר נאמנין עלי' ר' אבוה בשם ר' יוחנן לתת לו אבל לא ליקח ממנו פירושו דדוקא בלתת לו אם חלק בכורה או שלא ינתן לבנו רק חלק פשוט בזה ס"ל לר' יהודה דנאמן כיון דמעיד על בנו אם הוא בכור או פשוט וה"ה במעיד על בנו שהוא ממזר שנולד מחייבי כריתות אבל באומר אינו בנו ואז לא יהי' לו שום זכות ירושה כלל זה מקרי לוקח ממנו ואינו נאמן כלל אף לר' יהודה ואמרו עוד בירושלמי שם אמר ר' חזקי' עוד היא מתניתא כי את הבכור בן השנואה יכיר הי' מוחזקין בו שהוא בנו ובשעת מיתה אמר אינו בנו איני נאמן כו' וזהו מסייע כשיטת השלטי גבורים דבאומר אינו בני אינו נאמן אף לר' יהודה ואח"ז אמרו שם בירושלמי עוד איתתניי תני על קדמייתא נאמן ר' חזקי' בשם ר' הונא הי' מחזיקין אותו שהוא משפחתו נאמן כו' ופירש הפני משה בד"ה ר' חזקי' דלכן נאמן לומר שלא שחררה ואין זה בנו משום דלא מפיק לי' מחזקתו לגמרי אלא שטעו וקסברי שהוא שחררה כו' וזה דוחק:

ג

ע"כ נ"ל לפרש החילוק הוא דדוקא באומר שהוא בנו משפחתו בזה נאמן משום דאף דגם בכה"ג הוי אינו בנו דהא אינו מתייחס אחריו. עכ"ז כיון דבאמת הוא בנו אף דמצד הדין אינו בנו שהולד אזיל בתרה. ע"כ נאמן לומר שלא שחררה דהא עכ"פ אביו הוא אבל לומר אינו בנו כלל לא הימני' רחמנא אף לר' יהודה ומיירי היכא דאם לא הי' מעיד אביו שלא שחררה הי' נחשב לבנו משום דמיירי ביש שטר שחרור יוצא מת"י השפחה אך דאומר דכתב ליתן ולא נתן לידה רק דבא לידה השטר שחרור שלא מדעתו דאז אם לא הי' אומר אינו בני הי' נחשב ע"פ דין לבנו דהא אינו נאמן לומר על השטר שחרור נפל ממני ומצאתה או אמנה ותנאי וכה"ג:

אך מצד דס"ל לר' יהודה דהתורה האמינו לאב האומר אינו בני ע"כ נאמן גם בכה"ג לומר שלא שחררה ואילו ביש עדים המעידים דשחררה בזה וודאי אינו נאמן האב להכחיש לשני עדים וכמש"כ המשנה למלך ה' נחלות פ"ב ה' י"ד דלא מהימן האב להכחיש העדים ע"ש. ע"כ ההכרח לפרש דמיירי בכה"ג דאין לפנינו עדים המעידים דשחררה

רק ע"י תפיסת השטר שחרור דיוצא ת"י השפחה דאף דאינו נאמן על השפחה עצמה לטעון דלא שחררה אבל על הוולד עצמו נאמן כדס"ל לר' יהודה דנאמן על בנו כו'). ועיין במראה הפנים לב"ב פ"ח ה' ז' במש"כ שם וחזינן דאף להתנא דתני על קדמייתא נאמן דזהו רק באומר שנולד לו משפחה אבל באומר אינו בנו כלל אינו נאמן לר' יהודה א"כ אין כאן שום פלוגתא כלל בירושלמי אליבא דר' יהודה וס"ל בפשיטות לירושלמי שם דגם לר' יהודה אינו נאמן לומר אינו בנו וכיון דאין לנו הוכחה ברורה מן הש"ס דילן דחולק בזה על הירושלמי ע"כ יש לנו לסמוך על הירושלמי דבאומר אינו בני אינו נאמן כלל אף לר' יהודה וע"כ אין להזניח שיטת השלטי גבורים והמכריע ולכל הפחות יש לצרף שיטה זו לדין ספק ספיקא:

ד

וכן מצאתי ראיתי בים של שלמה לקידושין פ"ד דין ט"ו דהעלה לדינא דאין האב נאמן לומר שאינו בנו אף לר"י וכדמשמע לישנא דמתניתין בני זה ממזר הוא ולא קאמרי האומר על בנו שהוא ממזר כו' ויש לנו סיוע גדול מן שיטת הישי"ש דפסק כן לדינא וע"כ לכה"פ יש לנו לדון ע"פ כל זה לדון ספק ספיקא וכמש"כ השער המלך ור"ע איגר אך לא הביאו דברי הירושלמי והישי"ש הנ"ל ודברי השלטי גבורים הנ"ל הובא בקצרה בב"ש סי' ד' ס"ק מ"ה שכתב ועיין בש"ג פ' יו"ד [ועיין בקצה"ח סי' רע"ז ס"ק ב']. וראיתי באבני מלואים סי' ד' ס"ק ך' שהביא ראי' להסוברים דנאמן לומר אינו בנו מהך דיבמות דף מ"ז מעשה בא' שאמר נתגיירתי ביני לב"ע כו' נאמן אתה לפסול עצמך כו' ופריך ומי א' ר"י הכי והתניא יכיר כו' והתם מיירי בבא על ישראלית וא"כ מאי קושיא הא הכא דאומר שאינו בנו כלל דהא הולד כמותה ע"כ שפיר ס"ל לר"י דאינו נאמן ומדלא משני כן מוכח דנאמן לומר אינו בנו עכ"ל האבני מלואים אכן לפי מה שכתבתי לעיל לפרש להירושלמי דקדושין דס"ל דאינו נאמן לומר אינו בנו כלל דמ"מ נאמן לומר דהוא בנו משפחתו שלא שחררה דכיון דהוא בנו רק מצד דאמרה תורה דבנו משפחה הולד כמותה ע"כ בכה"ג נאמן לר' יהודה. ע"כ מה"ט אתי שפיר בפשיטות הך דיבמות בש"ס דילן דאמרו דלר' יהודה יהי' נאמן לומר דבנו הוא מישראלית דבא עלי' מקודם שנתגייר כדין דבכה"ג כיון דהוא בנו רק מצד דאמרה תורה דא"י הבא על הישראלית הוולד מתייחס אחרי' ע"כ מה"ט יהי' נאמן לר' יהודה והקשו שפיר בש"ס ביבמות ומי אמר ר"י הכי כו' והוכרחו לתרץ דלדבריך נכרי אתה ואין עדות כו' ורבינא מתרץ בתירוץ אחר ונדחה ראיות האבני מלואים הזה:

ה

והנה התוס' בכתובות דף י"ד ע"א בד"ה חדא דקא מודה כו' כתבו דהכא לא איירי לאוסרה עליו אלא להכשיר הוולד והשתא הוי ועוד כפשוטו דאפי' לא יודה ולאו דקאמר דלאו מיני' דבהא לא מכשר ר"ג כיון דהוי ברי וברי כדאמר בר"פ ב' אלא כגון דליתא קמן כו' והרא"ש שם בכתובות דין כ"ט כתב ג"כ כדברי התוס' וכתב עוד ע"ז דהא קיי"ל כר' יהודה דאם אמר על א' מבניו שהוא ממזר נאמן כו' ולפ"ז יש להעיר על התוס' דאמאי לא כתבו ג"כ להקשות כן אלא הקשו דהא בזה לא מכשר ר"ג כיון דהוי ברי וברי כו' ואין סברא לומר דרב יוסף הכא בכתובות לא ס"ל כר' יהודה דהא לדינא קי"ל כר' יהודה וכמבואר בסוגיות הש"ס וע"כ נ"ל להוכיח מן שיטת התוס' בכתובות הללו דס"ל ג"כ כשיטת הסוברים דבמכחישתו לא הימני' רחמנא או כהסוברים דבאומר אינו בנו כלל אינו נאמן או כשיטת בה"ג דרק ע"י הכרת בכור קיי"ל כר' יהודה ואף דהתוס' בב"ב דף קכ"ז ובקידושין דף ע"ד וביבמות דף מ"ז משמע להיפך. עכ"ז כאן בכתובות משמע מדברי התוס' הללו דס"ל דלאו בכל גווני נאמן האב וידוע מש"כ הישׁ"ש בהקדמתו לב"ק דאין להקשות דברי התוס' אהדדי ע"ש. והוי מדברי התוס' הללו סייעתא לשיטת הסוברים דלאו בכל גווני מהימן האב ועיין בשלטי הגבורים סוף פ"ק דכתובות על ההוא ארוס וארוסתו כו' ובשער המלך פ' ט"ו ה' איסורי ביאה ה' י"ז ד"ה ואם הכחישה הארוס כו' דהקשה בסתירת השלטי גבורים הנ"ל למש"כ השה"ג בקידושין פ"ד אמתניתין דזה בני ממזר כו' ותירץ זה בטוב טעם ע"ש וקצרתי:

ענף ב

ו

נחזור לענינינו דיש לנו לסמוך על דברי הגאון ר"ע איגר זצ"ל לדון בכה"ג דין ס"ס ספק שמא מבעלה וספק שני שמא מנכרי וכמו שכתבתי בשם הש"ך ביו"ד סי' ש"ה והשער המלך פ' ט"ו ה' א"ב. וע"פ דברי הירושלמי לקידושין פ"ד ועל הספק לדינא שפסק הישׁ"ש לקידושין פ"ד כנ"ל וכמו כן בנ"ד יש לנו ס"ס הזה ספק שמא מבעלה וספק שני שמא מנכרי וע"כ יש לנו להתירו לבא בהקהל אכן אכתי יש להעיר בזה לפי דברי הב"ש בסי' ד' ס"ק נ"ב בשם הטור דאם לא אמרה מנכרי נתעברתי לא אמרינן שמא מנכרי נתעברה אך הרמב"ם ס"ל באמר הבעל על הוולד שאינו ממנו דהוא בחזקת ממזר משום די"ל שמא מנכרי נתעברה כו' עכ"ל והשער המלך פ' ט"ו ה' א"ב ה' י"ז ד"ה עוד יש לדקדק על מש"כ ה"ה כו' הביא לדברי הב"ש הזה והשיג עליו דגם לדעת הרמב"ם אם טוענת ממנו נתעברה התם ודאי לא תלינן לומר שמא נתעברה מנכרי כיון שטוענת בהיפך כו' ע"ש, וכ"כ הב"ש שם ס"ק מ"ד בשם הפרישה דהולד ספק ממזר שמא מנכרי

נתעברה אך כשהיא כאן ואינה אומרת שהוולד מנכרי אז הוא ממזר וודאי ע"ש ועיין שם בב"ש ס"ק מ"ג ולפ"ז בנ"ד ובנידון של תשובת רע"א הנ"ל דכתב לדון ספק ספיקא הזה. אכתי יש להעיר דהא לשיטת הטור לא מספקינן כלל שמא נבעלה לנכרי וגם לדעת הרמב"ם כיון דלא טענה כן רק טוענת ההיפוך א"כ ודאי לא מספקינן לתלות בנכרי ע"כ לכאורה יש לתמוה על הגאון רע"א בזה וממילא נסתר היתר זה גם בנ"ד. עיין בתשובת חמדת שלמה סי' בד"ה אמנם יש לצדד כו' דהביא לדברי הב"ש סי' ד' ס"ק מ"ג בשם מהרי"א דלא תלינן בנכרי והטעם הוא דמחמת שינוי הדתות שבין ישראלים לנכרים אינם מקורבים כ"כ ע"כ לא חיישינן לנכרים ע"ש:

ז

אכן באמת עיקר סברתם שכתבו דהיכא דלא טענה דמנכרי נתעברה לא מספקינן כלל בנכרי מדלא טענה כן יש לתמוה ע"ז מדברי התוס' כתובות דף ט' ד"ה ואי בעית אימא כו' שכתבו בסה"ד דאם איתא דמוכת עץ היא היתה טוענת דאין גנאי בכך כמו בביאת אונס ומדלא טענה אין להסתפק בכך עכ"ל הרי דהיכא דהוי גנאי לה לטעון כך אז אין לנו שום הוכחה לומר מדלא טענה כן. משום דלכן לא טענה כן דמתביישת בזה א"כ כש"כ בנ"ד דאין לנו שום הוכחה לומר מדלא טענה דמנכרי נתעברה כו':

דהא בודאי מתביישת להודות דמנכרי נתעברה וע"כ טוענת דמבעלה נתעברה כדאמרו בכתובות דף ע"ה כולן מזנות ותולות בבעליהן. ע"כ אין לנו שום הוכחה ממה דלא טענה כן ובלא"ה אין סברא כלל לדון ההוכחה מדלא טענה כו'. דהא אין האם נאמנת לפוסלו כמבואר בסי' ד' סעי' כ"ט. וע"כ אין לנו שום ראי' כלל ממה דלא טענה כן דלא יהא עדיף ממה דאומרת האם דבנה ממזר דאינה נאמנת כלל וכעין זה העיר ההפלאה בכתובות שם על דברי התוס' הנ"ל שכתבו דלכן לא מספקינן שמא מוכת עץ משום דאי איתא דמוכת עץ היא היתה טוענת. דלא יהי' זה עדיפא מאלו מודות דאסורה לבעלה הא אינה נאמנת לומר טמאה אני לך ותירץ דהא ביש רגלים לדבר נאמנת ופ"פ הוי כרגלים לדבר ע"ש אבל בנ"ד לא שייך כן ע"כ אין סברא כלל לדון מדלא טענה דמנכרי נתעברה כו' דלא יהי' עדיפא מן היתה מודות בפירוש דהוולד ממזר אינה נאמנת ובפרט דגנאי הוא לה לטעון כן ומה שהכריח להב"ש והשער המלך לומר כן יש לי הרבה דרכים לפרש דאין הכרח להוכחתם כלל וכן מוכח מכתובות דף י"ג ע"ב דאמרו דבחורבא דדברא רוב פסולים אצלה ופי' רש"י דרוב העולם עכו"ם הן כו' הרי דמספקינן ג"כ בנכרים ומצאתי ראיתי בבית מאיר סי' ד' סעי' כ"ז שהשיג על הב"ש בזה ופירש דאין הכרח מן הטור והרמב"ם כלל ולדינא מספקינן דשמא נתעברה מנכרי והנכון עמו וכמו שכתבתי ובאמת

יש לתמוה על דברי רע"א זצ"ל בסי' קכ"ח דכתב לדון ס"ס ספק שמא מבעלה וספק שמא מנכרי. דהא ה"ל להביא עכ"פ לדברי הב"ש והשער המלך דאם היא אינה טוענת דמנכרי נתעברה לא מספקינן כלל דמנכרי נתעברה ועיין בפני יהושע לכתובות דף ט' ובדרוש וחדוש לרע"א שם ד"ה גמ' ל"צ לאשת כהן כו':

ח

שוב ראיתי כי רע"א זצ"ל בסי' ק"ו בד"ה וביותר לדעתי הקלושה כו' הביא לדברי הב"ש הזה והשיג עליו והביא כן בשם המהרי"ט סי' ט"ו וע"כ שפיר יש לנו למנקט לדינא להתירו בקהל ע"פ הך ס"ס וכמש"כ רע"א בסי' קכ"ח ואחר כותבי כל זה ראיתי בתשובת חתם סופר סי' י"ג שהביא ג"כ להך עובדא דבתשובת רע"א סי' קכ"ח והעלה ג"כ להיתירא ע"פ הך ס"ס והביא ג"כ להירושלמי דקדושין ובקצרה וכמו שכתבתי לעיל להוכיח מהירושלמי כהסוברין דלאו בכל גווני נאמן האב ולכן בנ"ד יש לנו לסמוך ולהתירו בקהל משום הך ס"ס ובפרט דבנ"ד הי' רגלים לדבר דנתעברה מנכרי ע"כ גם לדברי הב"ש יש לנו לסמוך ולהסתפק דשמא נתעברה מנכרי והעיקר הוא דלא כדברי הב"ש והשער המלך בזה ועיין בתשובת רע"א סי' רכ"א אות ג' ובסי' רכ"ב אות י"ב ואין העת גורם להאריך בזה:

ט

ועוד יש לדון להיתירא בנ"ד דאף דנימא כהכרעת השו"ע והטור בסי' ד' סעי' כ"ט דנאמן האב לומר דאינו בנו כלל אף שאינו במקום הכרת בכור ואף במכחישתו האם עכ"ז יש לנו להקל מטעם אחר והוא דהא בסי' ו' סעי' י"ח הובא דעת הטור דס"ל דאף בנתעברה בעיר תנשא לכתחילה במקום דאיכא רוב העיר ורוב סיעה כשרים וסתמא שאינו ידוע מי הלך למי תנשא לכתחילה. ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' הבאתי דברי הרשב"א והריטב"א לקדושין דף ע"ג שכתבו דהיכא דהוי ספק אזלא לגבי' יש להקל משום ס"ס ספק דילמא אזלי אינהו לגבה ואת"ל דאזלא איהי לגבייהו אכתי ספק שמא לכשר נבעלה כו' וקרא אתי היכא דה"ל מחצה על מחצה ואף דהוי ס"ס משם א' וגרע מהך דכתובות דף ט' עכ"ז העליתי שם לבאר דזה הוי ס"ס מעליא וכעין דברי התוס' עירובין דף ו' ע"א ובחולין דף כ"ח בשם ה"ר שמעי' לדון ס"ס ספק שמא עומד מרובה ואת"ל דלא נפיש אכתי ספק שמא שוו כי הדדי משום דספק מחצה ספק רוב הו"ל ס"ס מעליא והארכתי שם בזה והבית יוסף באה"ע סי' ו' על דברי הטור דאם אין ידוע מי הלך למי תנשא לכתחילה וע"ז כתב הב"י דהרשב"א חולק על הטור והב"ש שם ס"ק ל"ד כתב דאינו מוכרח דהרשב"א חולק ולפי מש"כ בשם הרשב"א לקידושין מוכרח דהרשב"א ס"ל ג"כ כהטור כיון דספק רוב מותר מדין ס"ס וס"ס הא ה"ל רובא לשיטת הרשב"א

א"כ אף באינו ידוע ג"כ תנשא לכתחילה משום תרי רובא רוב סיעה ורוב העיר דהוי ס"ס וכמו רוב וכן מש"כ הב"י שם דהריטב"א ג"כ חולק על הטור וס"ל כהרמב"ם דאם אינו ידוע לא תנשא לדעתי אינו כן דהא הריטב"א בקידושין כתב ג"כ דספק רוב הוי ס"ס ולכן ברור לדעתי דהרשב"א והריטב"א אינם חולקים על הטור בזה ועיין בספרי באר יצחק שם שהארכתי קצת בזה וכן בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ג' כתבתי מזה והפרישה לאה"ע סוף סי' ו' וכן הישׁ"ש לכתובות סוף פ"א כתבו טעם אחר על דברי הטור הזה משום דמן הסתם הנואף הלך אלי' כו' אכן העיקר כמש"כ ע"פ דברי הרשב"א והריטב"א הללו דלפ"ז א"ש דברי הטור בפשיטות. ואפשר דלזה נתכוין הב"י שם וקיצר בזה ובאמת לדעתי אין מוכרח דהרמב"ם יחלוק ע"ז ואם ניסת לכהן דכתב גם הרמב"ם דלא תצא אם יש שני רובי היינו רוב סיעה ורוב העיר אף שנבעלה בעיר ואינה טוענת ברי וכמש"כ הרמב"ם פ' י"ח ה' א"ב ואין הכרח שם דאם אינו ידוע מי הלך למי דתצא אלא סתם הרמב"ם בזה. וי"ל דמודה להטור דעכ"פ אם ניסת לכהן דלא תצא ואין לנו הכרח מהרמב"ם על דיעבד:

ו

ובפרט לשיטת הרמב"ם דפסק דפיתוי קטנה רצון וע"פ הוכחה של המ"מ מהך דכתובות דף ט' דלא דייניגן ס"ס ספק שמא בקטנותה כו' וכמו שכתבו התוס' שם להוכיח מזה דס"ס משם א' לא מהני וע"כ כתבו בכמה פוסקים דהרמב"ם ס"ל לדון אף ס"ס משם אחד דמהני לכן בוודאי לפי שיטת הרמב"ם הדעת נוטה כדברי הרשב"א והריטב"א הנ"ל שכתבו לדון ס"ס הזה דספק אזלי לגבה וספק ב' שמא לכשר נבעלה ובפרט דכתבתי בספרי לפרש דס"ס זו עדיפא מן ס"ס משם א' וכ"ע מודו דיש לדון ס"ס זו וע"כ אין לנו הכרח מהרמב"ם דיחלוק על דיעבד ואפשר לומר דאם ניסת לכהן דגם הרמב"ם מודה דלא תצא אם יש שני רובי אף דאינו ידוע מי הלך למי:

יא

והנה בנ"ד יש שני רובי המסייעים להכשיר את הוולד דידוע אשר דירת האשה יש שם רוב העיר הם נכרים וכן רוב עוברים ושבים האורחים שם הרוב נכרים ובמקום דאיכא תרי רובי אף דאינה טוענת ברי לשיטת הטור דתנשא לכתחילה לכהן ואף באינו ידוע מי הלך למי. ע"כ בנ"ד אף לשיטת הטור דפסק בסי' ד' דנאמן האב לומר אינו בנו. א"כ לשיטתו אין לדון הס"ס בנ"ד ואין לנו ההיתר של רע"א זצ"ל והחתם סופר הנ"ל עכ"ז יש לנו להתירו בקהל אף לשיטת הטור מטעם אחר לפי מה דנתבאר לעיל בשם הבית מאיר בסי' ד' דאף להטור מספקינן דנבעלה לא"י וכמש"כ רע"א בתשובה סי' ק"ו כנ"ל וכש"כ בנ"ד דיש מכתבי חיבה מהא"י אלי' וכמש"כ לעיל א"כ יש לנו יסוד היתר בנ"ד מטעם

אחר אף זולת הספק ספיקא שכתב רע"א זצ"ל הנ"ל דנראה לי דלשיטת הטור דס"ל דאף באינו ידוע מי הלך למי דתנשא לכתחילה במקום דאיכא רוב העיר ורוב סיעה א"כ ה"ה בנ"ד יש שני רובי כנ"ל וכש"כ בנ"ד דנחשב כדיעבד וכמש"כ רש"י והר"נ לכתובות דף י"ד והמגיד משנה ה' ח"ב פ' י"ח ה' י"ג דהיכא דפוסלו מקהל נחשב כדיעבד ודין הוולד כדין האשה שנשאת והובא בתשובת הרמ"א סי' כ"ג ע"ש וכבר נתבאר דאין הכרח דהרמב"ם יחלוק ע"ז כיון דזה הוי כמו דיעבד דאין לנו להרבות במחלוקת וזהו היתר מורווח לדברי הכל:

ענף ג

יב

ועוד יש לנו יסוד דהיתירא בנ"ד ונקדים לדברי הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ד' בפנוי' דילדה ולא נבדקה ממי נתעברה והולד נתגדל ובין כך מתה האם ושקיל וטרי מה דינו של הולד אם מותר לבוא בקהל כו' והעלה דדוקא היכא דיש לדון על האם עצמה אז יש לדון שמא אזלא איהי לגבייהו וה"ל קבוע וכמעמ"ד אבל היכא דמתה האם ואין דנין עכשיו רק על הוולד בזה אף דנימא דאזלא איהי גבייהו דמ"מ תינוק זה שנמצא בשוק ה"ל פירש וכל דפריש מרובא פריש וע"כ אם רוב מסייע להיתר סמכינן ע"ז להתירו בקהל והאריך בזה. והבית מאיר בסי' ד' הביא לדברי הנו"ב הללו והקשה עליו מדברי התוס' כתובות דף ט"ו ד"ה דילמא כו'. והשב שמעתתא שמעתא ד' פ' י"ז הביא לדברי הנו"ב והבית מאיר הללו ודחה לראיות הבית מאיר מן התוס' הנ"ל בטוב טעם והנה הקהלת יעקב להגאון מליסא בחידושיו לאה"ע סי' ו' סעי' י"ח הביא לדברי הנו"ב הללו והשיג עליו דכיון דבעת שנבעלה נולד אז הספק על האשה ועל העובר שבתוכה לספק קבוע דהעובר ירך אמו כ' ואפילו האשה גרושה מכבר כו' מ"מ יש עלי' להיות ספק אם היא אסורה לכהן גם משום זונה כו' עכ"ל. ובחמדת שלמה סי' א' הביא לדברי הנו"ב הללו והעיר דלפ"ז הולד מגרושה וחללה דאין לדון על האם כלל שלא יהי' הולד הנולד ממנה בכלל שתוקי כיון שאין דנין על האם כו'. אבל הקהלת יעקב מליסא כבר הרגיש בזה כנ"ל ולפ"ז בנ"ד דהאשה היא אשת איש ואין על האשה עצמה שום נפ"מ אם נבעלה לישראל או לנכרי ועיקר הספק הוא רק לגבי הולד אם נבעלה לישראל אז הוולד ממזר ואם נבעלה לא"י הוולד כשר ע"כ אין זה מקרי נולד הספק במקום קבוע דכיון דלהאשה עצמה אין שום הספק נוגע אליה כלל ואז בעת שנבעלה הוי הולד רק בשם עובר בעלמא וגם בשם עובר אינו אז בעת שנבעלה ורק כמיא בעלמא. ואף עובר ממש קודם מ' יום הוי מיא בעלמא כדאמרו ביבמות דף ס"ט ע"ב ובח"מ סי' ר"י בסמ"ע ס"ק וש"ך שם ס"ק ב' ומבואר ביו"ד

סי' ק"י סעי' ג' ובש"ך ס"ק י"ח דלקחו קטן במקום הקביעות דינו כבשר הנמצא דאזלינן בתר רובא וכש"כ בנ"ד דגרע מקטן דהא עובר מקרי דשלב"ל ולכן בעת שנתגדל הוולד אז הוי נולד הספק אצלו אם מותר בקהל או לא והוי אז כפריש ואזלינן בוודאי בתר רובא וכמו בבשר הנמצא:

יג

והא דיו"ד סי' ק"י סעי' ג' ברואה שהא"י לקחו ממקום הקביעות הוי כאילו לקחו משם בידו וכמבואר בתוס' ובפוסקים זהו משום דלמי שראהו לוקח ממקום הקביעות מקרי נולד הספק בקביעות אם מותר לו ליקח ממנו ולאכול או לא אבל בנ"ד לא שייך אז בעת שהעובר במעי אמו לדון אם מותר הוא לבא בקהל או לא דהא אף בקטן שלקח בשר ממקום הקביעות אין דינו כקבוע כש"כ בהעובר ובפרט דבעת הביאה אין עליו אף שם עובר כלל רק מיא בעלמא כנ"ל וגם לא שייך אז להסתפק אם מותר לבוא בקהל דלאו בר ביאה הוא כלל אז ולענין קידושין בלא ביאה לבד מה דקיי"ל קידש ולא בעל אינה לוקה כמש"כ הרמב"ם פ' ט"ו ה' א"ב זולת זה הא לא מהני קידושין בעובר ואף לדעת הרמב"ם אינו רק בהוכר העובר כמבואר באה"ע סי' מ"ם סעי' ח' ועוד דהא לא שייך בקידושי קטן ועובר רק ביש לה אב משא"כ היכא דאין האב לפנינו וע"כ פשוט דאין לדון כלל לידת הספק לאחרים על העובר ומכש"כ בעת שנבעלה כנ"ל וע"כ אין זה דומה כלל להך דתשעה חנויות כו' דמי שראהו לוקח ממקום הקביעות דמקרי נולד הספק במקום הקבוע וכמעמ"ד דשא"ה כנ"ל וכן אין לדמות נ"ד להך דפסחים דף ט' ובתוס' ד"ה היינו תשעה חנויות כו' דתשע צבורין של מצה ואחד של חמץ דהיינו ט' חנויות ובלא ביטל הוי ספיקא דאורייתא למי שראהו שלקח מן הקבוע וכמבואר באו"ח סי' תל"ט ואף קודם הפסח הדין כן אף דאז לא שייך לידת הספק כיון דהי' אז זמן היתר ומשום חובת בדיקת חמץ דזה הוי רק מדרבנן אין שייך לומר ולדון משום זה דיהיה ספיקא דאורייתא דשא"ה דבערב פסח אינו רק מחוסר זמן וזמן ממילא אתי וכמש"כ המל"מ ה' אישות פ"ד ה' ז' וכיוצא בזה כתב הר"ן לנדרים ד' צ'. משא"כ בנ"ד דמקרי דבר שלא בא לעולם כלל אז מקודם שהוכר העובר לדברי הכל וע"כ אין זה דומה להך צבורין חמץ ומצה קודם פסח דהא הצבורין הי' עכ"פ בעולם משא"כ בנ"ד דלא שייך לומר דכיון דנולד הספק במקום הקביעות אז בעת שנבעלה במקום הקבוע כו' דהא לא הי' אז בעולם כלל להוולד עצמו דישנו עכשיו וע"כ ברור ופשוט לענ"ד דכיון דלא היה מעולם לידת הספק על האם עצמו למי נבעלת דאין זה מקרי נולד הספק ולכן הוולד עצמו מקרי פירש ודייניין ביה כל דפריש מרובא פריש ואם יש רוב המכשירו בקהל

סמכינן ע"ז להיתירא וכמו שכתבתי גבי ט' צבורין מצה וא' חמץ כנ"ל יש סעד לדברינו מן מה שכתב המג"א בסי' תמ"ז ס"ק כ"ד גבי חמץ דלא דייניגן בי' נ"ט ב"ר נ"ט דהיתירא משום דחמץ שמו עליו כו' ואף החולקים שם יודו דבנ"ד שאני וכן אין להעיר מהך דכתב הר"נ בתשובה לדון דחמץ קודם פסח הוי היתר בהיתר ומזה באו"ח סי' תמ"ז סעי' ד' ובפר"ח ומקור חיים שם דאין זה דומה כלל למה שכתבנו וכן מש"כ המג"א בסי' תל"ט ס"ק ג' דכיון דלא חל איסור חמץ עד שעה ו' כו' כל זה שאני ופשוט:

יד

ועוד דהא בנ"ד בעת שנבעלה לא ראו אז שום איש את הבעילה כידוע ע"כ לא שייך לדמות זה להך דיו"ד סי' ק"י דמבואר שם דבראה שלקח הקטן מהחנות דמקרי נולד הספק במקום הקבוע כנ"ל דהא בנ"ד לא ראה זה שום אדם ע"כ אין זה דומה כלל לדהתם ומהאשה עצמה כבר נתבאר דלגבי דידה אין שום לידת הספק ממי נבעלה דליכא שום נפ"מ גבה כיון דהיא א"א ולגבי הוולד עצמו לא הי' שום לידת ספק שייך אצלו מעולם רק עכשיו שנולד ונתגדל ואז דינו כפריש דאזלינן בתר רובא ועדיפא זה מהך דנמצא בשר ביד הקטן דמבואר ביו"ד סי' ק"י דהוי כמו פריש ועיין באה"ע סי' ו' סעי' י"ח דכתבו שם ראוה שנבעלה כו' וכן הוא לשון הרמב"ם והטור אך אף אם היה הבעילה בפני אנשים ג"כ נתבאר דזה מקרי דלא נולד הספק אז בעת הבעילה משום דהי' אז כמו דשלב"ל וכמו שנתבאר ולגבי דידה עצמה לא הוי שום נפ"מ בנ"ד כנ"ל [ואין סברא לומר דהא גם לגבי האשה עצמה הוי לידת הספק היכא דהיתה אומרת אינו ידוע למי לענין אם מותרת לקלקל העובר בבטנה בא"א שזינתה דזה אינו דהא כתב בשו"ת שאילת יעבץ בסי' מ"ג דאין לחלק בזה ע"ש ובלא"ה אין סברא כלל לומר כן בנ"ד מכמה טעמים הפשוטים]. ואין לומר דנפ"מ לגבי הך דהוריות דף י"ג דישראל קודם לממזר דהא כ"ז שהוא במעי אמו לא שייך לדון זה כלל ובפרט קודם שהוכר העובר וקודם מ' יום ומכש"כ בעת הבעילה עצמה דאז עיקר מקום לידת הספק ועיין בח"מ סי' תכ"ה סעי' ה' וקצרתי והא שכתב החמדת שלמה להוכיח מהרמב"ם דכתב דאף אם לא נבדקה האם עד שמתה הולד שתוקי כו' י"ל דשא"ה דבעת הבעילה הי' לידת הספק על האם עצמו וע"כ מקרי נולד הספק במקום הקבוע משא"כ בנ"ד דלא היה חל מעולם הספק על האשה עצמה כלל בנ"ד כנ"ל:

טו

והארכתי בזה לפי דראיתי בשב שמעתתא שמעתא ד' פ' י"ח דכתב דדין האם על העובר יש לה דין לוקח על העובר וה"ל כלקחה העובר ממקום קביעות וכיון דהאשה לפנינו אסור לכ"ע כו' ע"ש ועיין בהפלאה לכתובות דף ט"ו גמ' ד"ה לא צריכא כו' ובחמדת

שלמה סי' א' ע"כ הארכתי לבאר דבנ"ד נראה ברור ופשוט דהוי הוולד כמו פריש ואזלינן בי' בתר רוב. ולהיתירא. ויש לנו לסמוך על דברי הנו"ב בכה"ג ואף דהנו"ב העלה בסי' ז' שם דלא סמכינן על חד רובא במקום דלא שייך חזקה בודקת ומזנה כמו שהוכיח זה מן מש"כ הרמב"ם היתה אלמת או חרשת ובשו"ע סי' ו' סעי' י"ח ובאמת ראייתו יש לדחות בפשיטות. אך אף לדבריו הא במקום דאיכא שני רובי ס"ל להכשיר ולא החמירו חז"ל בזה משום מעלת יוחסין. אך דחיישינן שמא אזלא איהי לגבייהו לשיטת הרמב"ם. אבל כמו בנ"ד דאף דאזלא איהי גבייהו אין דינו של הוולד כמו קבוע רק כמו פריש ע"כ אף לשיטת הרמב"ם יש לנו להתיר במקום דיש שני רובי רוב העיר ורוב סיעה אף דאינו ידוע מי הלך למי משום דדין הוולד בנ"ד כמו פריש וסמכינן בוודאי על תרי רובי ואף חשש מדרבנן דמשום מעלת יוחסין ליכא בזה וידוע הסכמת האחרונים דא"י שבא על בת ישראל הוולד כשר וא"צ כו' כלל וכמש"כ החמדת שלמה בסי' ב' ג' והנו"ב מ"ת סי' ק"נ והובא בפ"ת סי' ד' ס"ק א' וידעתי למה שכתב הבית שמואל בסי' ו' ס"ק ל"א דכשיש לישראלים שכונה בפני עצמה ואין דרך הא"י מפסיק אז הוי כעיר בפני עצמה וכאילו לא הי' דרים שם א"י וכמו ביו"ד סי' קכ"ט כו' אך לפי הנראה אין בהעיר שדרה האשה שם לישראלים שכונה בפני עצמה ושלא יהי' דרך הא"י מפסיק שם ויחקור כת"ר ע"ז ויודיעני. ויש לי להאריך עוד בכ"ז ולדינא דעתי מסכמת כי הוולד מותר לבא בקהל בלא פקפוק כלל:

סימן ח

ב"ה חודש שבט תרי"ח לפ"ק

נשאלתי אודות אשה אחת שנתגרשה זה כמה שנים והרתה לזנונים וילדה והאשה היא אילמת שומעת ואינה מדברת ולא נודע ממי נתעברה ובעירה אין שם ממזרים כי אם קרובים גמורים אם יש לחוש לפסול הולד מקהל או לא:

ענף א

א

תשובה בעז"ה והוא כי הנו"ב במ"ק סי' ז' העלה שם להתיר הוולד בפנוי' שזינתה ולא נבדקה עד שמתה משום דהא דבעי תרי רובא הוא דוקא כשבאנו לדון ג"כ על האם דבדידה שייך דלמא אזלא איהי לגבי' ע"כ גם לגבי הוולד בעי תרי רובא. משא"כ היכא שאין צריכין לדון על האם רק על הוולד סגי בחד רובא להכשירו לקהל ודוקא ליחוסי כהונה בעי תרי רובא כמבואר בספ"ק דכתובות ע"ש בנו"ב ולפ"ז בנ"ד דאין נפ"מ כלל נגד האם אם זינתה לפסול לה דהא בלא"ה נאסרה לכהונה משום גרושה ועיקר הספק

הוא רק לגבי הוולד לבד אם נאסר לקהל בזה יש לדון דמקרי פירש וסגי בחד רובא לדברי הנו"ב הנ"ל ועיקר דברי הנו"ב הנ"ל לא נהירא לי דכיון דכבר נאסרה האשה משום קבוע כיון דנולד לה הספק במקום דאיקבע איסורא וממילא נאסרה הזרע שבתוכה דהא עובר ירך אמו א"כ מה בכך דעכשיו מקרי הוולד פריש דהא כבר נאסר בקבוע ודומה לבשר שנאסר משום קבוע אם לקח מהחנויות א' מוכרת נבילה וט' מוכרות בשר כשר ואח"כ נפרש חתיכה קטנה מן הבשר הנ"ל שנולד כבר עלי' הספק במקום הקביעות. בוודאי לא שייך לדון בזה כל דפריש מרובא פריש וכן על ציר היוצא מהבשר הנ"ל כיון דנאסר כבר וה"ה בנ"ד כיון דהאשה נאסרה כבר ממילא אף הוולד היוצא ממנה נאסר ואפשר לומר דשאני עובר דמקרי בכולי ש"ס דבר שלא בא בעולם א"כ עכשיו שנולד שפיר יש לדון דמקרי פריש דלא שייך לומר ע"ז שנאסר כבר, דהא זהו כש"כ ממש"כ הגהות ש"ד והובא בט"ז סי' ק"א ס"ק י"ד ובבינת אדם שער הקבוע סי' י' דמה שנשתנה הדבר כמו שהיה דנין בי' כל דפריש מרובא פריש ע"ש בארוכה וכש"כ בהוולד דמקרי לא הי' בעולם כלל בעת שהיה במעי אמו די"ל דמקרי פירש ולא נאסר רק מצד דנאסר אמו ולכן אם מתה האם שפיר כתב הנו"ב דיש לדון דמקרי פריש ויש להאריך בכ"ז. אך בנ"ד נראה דגם הנו"ב מודה דנאסרת דהא באילמת לא שייך חזקה בודקת ומזנה כמש"כ הנו"ב שם לאיסור באילמת. ועוד דהא יש לדון נפ"מ בנ"ד גם על האם אף בגרושה להיות נאסרת ג"כ משום זונה דהוי איסור מוסיף כמבואר בקידושין דף ע"ז הואיל ושם זנות פוסל בישראל ע"כ גם לדברי הנו"ב נאסר הוולד בנ"ד ואף דבזה"ז אינו נוהג דיני מלקות עכ"ז נפ"מ באיסור זונה גבי קבלת תשובה ואף בלא איסור מוסיף נפ"מ כמש"כ הנו"ב במ"ק ח' או"ח סי' ל"ה בסופו:

ב

וראיתי בחמדת שלמה סי' א' שכתב לדון לדברי הנו"ב להקל בוולד הנולד מגרושה לפי שאין נפ"מ כלל גבי האם ע"ש ולפמש"כ נדחין דבריו:

וגם כתב שם החמדת שלמה דבגרושה לא שייך חזקה בודקת ומזנה וממילא נאסרת אף באומרת ברי ויש לסתור דברי החמדת שלמה בזה מהא דיבמות דף פ"ה ע"ב תוס' ד"ה ולר' מתיא בן חרש כו' שכתבו דגם בגרושה פסול של זנות גנאי הוא לה כמבואר בקידושין דף ע"ז הואיל ושם זנות פוסל בישראל ועוד לא מרגלא לי' משום דאיכא תרי לאוי עכ"ל התוס' הרי להדיא דגם גרושה מקפדת על איסור זנות א"כ שייך גבה ג"כ הך חזקה בודקת ומזנה באומרת ברי אך בנ"ד שאין כאן טענת ברי קשה להקל אף לדברי הנו"ב הנ"ל דהא באילמת לא שייך חזקה בודקת ומזנה כדברי הנו"ב הנ"ל א"כ יש

לחוש שמא נבעלת לקרובים ואף דפסול ממזר לא שייך בנ"ד כיון דלא קביע ממזר בעיר וכמש"כ הב"ש סי' ו' ס"ק ל"א ובסי' ד' ס"ק מ"ג דהיכא דליכא מיעוט פסולים בעיר לא חיישינן עכ"ז הא כתב הבית מאיר דבכלל פסולים גם קרובים בכלל א"כ יש לחוש שמא נבעלת לקרובים א"כ הוולד ממזר:

ג

וראיתי בחמדת שלמה שם בד"ה אך בזה יש לצדד כו' שכתב על דברי התוס' נזיר ד' י"ב דהקשו למה לא נימא דהוי קבוע דאוריי' ותירצו כיון דאין האיסור ניכר וצריך להבין דבריהם כיון דאחות של זו האשה ניכר למה לא הוי קבוע כיון דמקום הספק ניכר וצ"ל דאפ"ה לא הוי קבוע כיון דמצד עצמותה אין שם איסור עלי' כו' ולפ"ז נראה דבשתוקי אין לחוש כי אם למיעוט ממזרים דנקרא עליהם שם פסול מצד עצמותם ושייך לומר דהוי קבמעמ"ד אבל משום מיעוט קרובים נראה דלא מקרי קבוע כיון דאינן פסולים מצד עצמן עכ"ל ולענ"ד דבריו תמוהין דמנזיר אינו ראי' כלל דהא התם הוי ספק בעת שבא על איזה אשה דילמא היא אינה אחות אשתו דלא קידש השליח קרובותי' דאז בעת הביאה שלו לא ניכר לו האיסור כלל איזו היא אחות אשתו ע"כ לא שייך בי' שם קבוע כלל ומה שהי' ניכר להשליח בעת שקידשה זה לא מקרי קבוע כמש"כ החוות דעת סי' ק"י ס"ק ו' דהעיקר תלוי במה דאין אצלו בעת לידת הספק איסור והיתר ידוע במקומו זה לא מקרי קבוע ע"ש משא"כ באשה שזינתה דבעת דנבעלת ניכר אז מי הוא הבועל ע"כ שייך בי' שם קבוע על קרובים כמו על ממזרים וזה פשוט ובפי' מבואר ברש"י קידושין דף ע"ג להיפך דהנה שם בד"ה מיעוט פסולים פי' רש"י כגון ממזרים וקרובים ועיין שם ברש"י ד"ה רוב כשרים אצלה כו' אלמא דגם משום מיעוט קרובים אמרו שם דאם אזלא איהי גבייהו הוי קבוע דכמעמ"ד הרי להדיא דלא כהחמדת שלמה א"כ אין לנו יסוד להקל בנ"ד לכאורה:

ד

ואחרי התבוננתי בענין זה ראיתי לפתוח בהצלה בעז"ה ע"פ הא דקידושין דף פ"א ע"ב א' ר"י א' רב אסי מתיחד אדם עם אחותו ודר עם אמו ועם בתו ופי' רש"י דלא תקיף יצרי' עלייהו דאהנו ביה אנשי כנה"ג דלא מגרי בקרובותי' כמבואר בסנהדרין דף ס"ד ויומא דף ס"ט וערכין ד' ל"ב ועיין בפני יהושע שם שכתב דרש"י קאי ג"כ לפרושי עלה דמתייחד עם אחותו דאל"כ אין טעם להתיר יחוד באחותו ע"ש והרא"ש פסק שם כרב אסי הנ"ל וכ"כ החלקת מחוקק בסי' כ"ב ס"ק א' ע"ש הרי דמצינו באיסור יחוד דלשיטת התוס' הוי זה איסור מה"ת כמש"כ התוס' בסוטה דף ז' ובשבת דף י"ג וכמו דאמרו בע"ז דף ל"ו יחוד דאורייתא ושיטת הרמב"ן ג"כ דיחוד אסור מה"ת ואף דאמרו בלשון רמז ליחוד

מה"ת מ"מ הוי מה"ת ממש ואפ"ה מצינו דהתירו חז"ל יחוד בקרובים משום דלא חיישי בזנות דקרובים. כש"כ בהא דאסרו בשתוקי דאינה רק גזירה דרבנן משום מעלת יוחסין דגזרו דלמא אזלא איהי גבייהו דוודאי י"ל דלא חשו בזה משום מיעוט קרובים ואין לנו להוסיף גזירה מדעתינו במה שלא מצינו לחז"ל בפי' דאסרו ואדרבה לשון המשנה דכתובות ד' י"ג דאמרו ה"ז בחזקת בעולה לנתין וממזר כו' ומשמע דלא חשו לקרובים וגם אמרו שם במשנה דף י"ד אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה ה"ז תנשא לכהונה ואף דקרובים ג"כ משיאין לכהונה מ"מ לא חשו לקרובים. וכיון דמצינו סברא מעליא לחלק בין זנות דקרובים לבין זנות ממזר ונתין גבי איסור יחוד דאורייתא כש"כ באיסור דרבנן בשתוקי דלא גזרינן משום חשש דקרובים ואף לשיטת הרמב"ם והמחבר דס"ל דאסור להתייחד ג"כ עם אחותו משום דלא פסקו כרב אסי וכמש"כ הב"ש סי' כ"ב ס"ק א'. י"ל דדוקא באיסור יחוד דהוי מה"ת שאני ואף לשיטת הרמב"ם דאיסור יחוד אינו אלא מהקבלה ואינו אלא אסמכתא כמש"כ הביאור הגר"א שם ס"ק ד' וכמש"כ הב"י שם. עכ"ז כיון דנסמך על הקרא חמור ביותר והגמ' קרי לי' דאורייתא משא"כ באיסור דרבנן דאין לו רמז מה"ת דאפושי פלוגתא לא מפשינן בין רב אסי לשמואל דפליג שם על רב אסי דמחלק ביניהם:

ה

ועוד י"ל דשאני התם אף לפי פסק הרמב"ם והמחבר דפסקו כשמואל דאסור להתייחד עם אחותו אלא עם אמו בזה פסקו דלא כשמואל משום דהב"ש שם הקשה דלמה לא פסק הרמב"ם כרב אסי להתיר יחוד עם אחותו כיון דהלכה כרב אסי במה דפליג עם שמואל ע"ש ולענ"ד נראה לתרץ זה משום דהא קיי"ל בביצה דף ה' דדבר שבמנין צריך מנין אחר להתירו אף שבטל הטעם. ע"כ כיון דאיסור יחוד אף לדברי הרמב"ם דאינו אלא מפי הקבלה עכ"ז לא גרע מכל דבר שבמנין דאף דבטל הטעם נשאר באיסורו והך דמצינו דלא מגרי יצה"ר בקרובים היה זה בבית שני כמבואר בסנהדרין דף ס"ד וביומא דף ס"ט ואיסור יחוד היה מקודם בנין בית שני וגם יחוד דפנוי' כבר נאסר בב"ד של דוד כמבואר בע"ז דף ל"ו. ואז נאסר יחוד בקרובים דהא אז לא היה מקום לחלק ביניהם. ע"כ אף אח"כ דהשתדלו אנשי כנה"ג דלא מגרי בקרובים ובטל הטעם. עכ"ז צריך מנין אחר להתירו ואסרינן יחוד בקרובים זולת עם אמו ובתו דלא נאסרה מעולם ובאמת תמוה לכאורה סברת רב אסי דמיקל יחוד עם אחותו דהא לא גרע מכל דבר שבמנין וי"ל דלפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט' אות ל"ט דכמה אמוראי לא ס"ל הך דדבר שבמנין כו', א"כ י"ל דרב אסי לא ס"ל ג"כ להך דבר שבמנין כו' אבל לדידן דקיי"ל דבר שבמנין

צריך מנין אחר להתירו אף שבטל הטעם. א"כ לא גרע הך איסור יחוד בקרובים מכל דבר שבמנין דאף שבטל הטעם צריך מנין אחר להתירו. ולכן פסקו כשמואל בזה רק יחוד עם אמו ובתו דלא נאסרו מעולם כמבואר בסתם משנה התירו והטעם בזה כדמצינו בסנהדרין דף ק"ג דאמרו בבא על אמו כלום הנאה יש לך ממקום שיצאת ממנו ע"כ לא נאסרו מעולם ואין זה מקרי דבר שבמנין כלל:

ענף ב

ו

ולפ"ז יש לומר לתרץ מה שנלע"ד להקשות ממש"כ רש"י בקידושין דף ע"ג דמיעוט קרובים ג"כ יש לחוש דהא פי' רש"י שם דמיעוט פסולים קרובים ג"כ בכלל וע"ז אמרו בגמ' שם דמעלה עשו ביוחסין דמשמע דאף דאזלי אינהו גבה דלא נאסר רק מצד גזירת דילמא אזלא איהי גבייהו כמו דכתובות דף ט"ו משום מעלת יוחסין דגם משום מיעוט קרובים ג"כ יש לחוש מדרבנן דאל"כ למה כתב רש"י כלל להך מיעוט קרובים כיון דלא קאי להמסקנא דמעלה עשו ביוחסין אע"כ מוכח דגם להמסקנא שייך לגזור משום מיעוט קרובים אף דליכא רק מעלת יוחסין ואילו בכתובות דאמרו במשנה ה"ז בחזקת בעולה לנתין וממזר דמשמע דאין לחוש לקרובים כנ"ל וכך אמרו שם אם רוב אנשי משיאין לכהונה כנ"ל דמשמע דלא חשו לקרובים דהא קרובים משיאין ג"כ לכהונה א"כ לכאורה תקשה מהמשמעות המשנה הנ"ל על מש"כ רש"י בקידושין לחוש לקרובים:

ז

והנלע"ד בזה דהא מבואר בקידושין דף ס"ט דעשרה יוחסין עלו מבבל כשעלו מהגולה ונאסר אז שתוקי וכדיליף שם בגמ' ד' ע' מקראי דנחמי' ז' פסוק אלה העולים מתל מלח תל חרשא כו' זה שקורא אבא ואמו משתקתו א"כ חזינן דנמנו לאסור שתוקי מקודם דביטלו הכנה"ג להיצה"ר דקרובים דהא הך מילתא דביטלו להיצה"ר דקרובים דרשו זה בסנהדרין דף ס"ד על סמך הפסוק ויזעקו אל ה' דנחמי' ט' ע"כ הדין נותן דנאסר הולד לקהל משום דהוי דבר שבמנין אף דבטל הטעם צריך מנין אחר להתירו כדקיי"ל כן לדינא וכיון דשתוקי נאסר מקודם ע"פ דרש דנחמי' ז' כנ"ל ע"כ אף דאח"ז בטל הטעם דהא ביטלו להיצה"ר דקרובים בעת בית שני כמו דדרשו כן על פסוק דנחמי' ט' כנ"ל עכ"ז כיון דנאסר שתוקי אף מחשש קרובים בעת שעלו מהגולה דהא אז לא ביטלו להיצה"ר ולא הי' אז מקום לחלק בזה ע"כ צריך מנין אחר להתירו ונשאר גם החשש פסול קרובים בהוולד משא"כ לפסול האשה לכהונה דיש לה חזקת כשרות בזה לא מצינו גזירת עזרא. כי אם אח"ז גזרו חז"ל לאסור אף האשה עצמה. וגזירה זו היה אחר שביטלו הכנה"ג ליצה"ר דקרובים ע"כ הדעת נותן דלא תקנו בעת גזירתם להוציא האשה מחזקת

כשרות בשביל חשש דקרובים כיון דיש לדון להסברא דלא מגרי יצה"ר בהו דהיה כן אז בתחילת עיקר גזירתם על האשה עצמה. וכמו דמצינו דהקילו משום סברא זו גם גבי איסור יחוד דהוי מה"ת לכמה פוסקים משא"כ בפסול הוולד דנאסר מקודם הך דכנה"ג דביטלו להיצה"ר. והוי דבר שבמנין כו'. והתם בכתובות דף י"ג דאמרו ה"ז בחזקת בעולה לנתין וממזר ולא אמרו לחשש קרובים וכן אמרו שם דף י"ד אם רוב משיאין לכהונה כו' זהו משום דמיירי מתחילה לענין האשה עצמה ע"ש. ואף דבסיפא שם ד' י"ג אמרו היתה מעוברת דאמר ר' יהושע ה"ז בחזקת מעוברת לנתין וממזר אף דמיירי בהוולד ולא אמר לחשש קרובים ג"כ י"ל דכיון דברישא שם דמיירי לענין האשה עצמה לא אמר שם לחשש קרובים כנ"ל ע"כ אף לאח"ז שם דמיירי בהוולד ג"כ לא תני רק חשש ממזר לבד וכמו הלשון דתנו שם בהרישא וגם י"ל דהיכא דאומרת האשה ברי דלכשר נבעלתי דבזה אף לדברי ר' יהושע דמחמיר מ"מ אף לדידי' לא מצינו דהיה תקנת וגזירת עזרא בזה. ולא הי' בזה לדברי ר' יהושע רק גזירת חז"ל ולאחר הכנה"ג דביטלו להיצה"ר דקרובים ע"כ לא חשו מעולם לחשש קרובים בכה"ג ולא נאסרה האשה מעולם וכן הוולד באומרת ברי לי משום חשש קרובים וע"כ לא נקטו במשנה שם רק חשש דממזר ונתין משא"כ בהוולד היכא דאינה אומרת ברי לי דבזה נאסר מקודם שביטלו להיצה"ר. ע"כ נאסר אף האידנא משום חשש קרובים ג"כ וע"כ שפיר כתב רש"י בקידושין דף ע"ג גבי שתוקי דמשום מיעוט קרובים ג"כ חיישינן:

ח

ולפ"ז יש להחמיר בנ"ד אף מחשש קרובים משום דהוי דבר שנאסר במנין כפי שפי' בכוונת רש"י אכן אחר העיון יש להקל בנ"ד אף לפי' רש"י הנ"ל והוא דבספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ו' כתבתי להוכיח דבמקום עיגון יש להקל אף דבר שבמנין היכא שנתבטל הטעם משום דהאשה מצווה על שבת יצרה ולא שייך לבטל מצוה רבה הלז משום דבר שבמנין היכא שבטל הטעם וכ"כ בספר ברית אברהם ח' אה"ע סי' מ"א והעיר מזה על דברי החמ"מ סי' י"ז ס"ק י"א במש"כ שם לדון דבזה"ז דאין נוהגין ביבום שאני וב"ש שם ס"ק י"ד ע"ש והוכחתי כן שם בספרי מן התוס' גיטין ד' י"ח ע"א ד"ה הנהו קלא אית לי' כו' שהקשו בזה"ז למה כותבין זמן בגט הא האידנא לא שייך שמא יחפה ולא תי' דשאני זה דנאסר משום דבר שבמנין ע"ש בספרי א"כ לפ"ז יש לדון בשתוקי דהא נאסר בקהל ואף שתוקית לא ישא כדקיי"ל הלכה כר"א דאוסר ספיקו בספיקו כמבואר בקדושין ד' ע"ה ע"כ לא שייך לאסור בשתוקי משום דבר שבמנין היכא שבטל הטעם. ומצינו בירושלמי יבמות פ"ח ה' א' ובירושלמי שבת פ' י"ט סוף הלכה ב' דחד

בר נש נעשה כרות שפכה ונתענה רב אדא בר אחווה עלי' שימות אלמא דהיכא דאינו ראוי לבוא בקהל יותר טוב לו שימות לכן לא שייך לאסור לקהל משום דבר במנין היכא שבטל הטעם משום דזה הוי ענין גדול כנ"ל ולכן אין לחוש בפסול קרובים האידנא לאסור בשתוקי כדמצינו לרב אסי דמיקל איסור יחוד באחותו האידנא שביטלו כנה"ג יצה"ר דקרובים כנ"ל:

ט

והא שכתב רש"י בקידושין ד' הנ"ל בשתוקי דאף מיעוט קרובים ג"כ הוי שתוקי אינו ראי' משום דרש"י קאי שם על מתניתין דאלו הן שתוקי כל שמכיר וע"ז א' רבא ד"ת שתוקי כשר כו' ובמשנה הנ"ל שם ד' ס"ט תנן שתוקי וממזר ואסופי כו' כולן מותרין לבא זה בזה א"כ לפי שיטת המשנה הנ"ל לא הוי מקום עיגון בשתוקי דהא יכול לישא שתוקית. ע"כ שייך לאסור שתוקי משום דבר שבמנין משא"כ לדידן דקיי"ל כר"א דאוסר שתוקי בשתוקית א"כ הוי מקום עיגון דיאסר בקהל לכן לא שייך בי' דבר שבמנין כו' משא"כ איסור יחוד נאסר שפיר משום דבר שבמנין אף שבטל הטעם לכן פסקו בזה כשמואל דאוסר יחוד באחותו [ועיין ביבמות ד' ע"ח בתוס' ד"ה מצרי שני כו' שהקשו הא ישא שתוקית ותי' דשתוקית לא שכיחא א"נ דממזרת דלא אפשר אלא באיסור כו' ע"ש]. א"כ חזינן דהתוס' בקושייתם ובתי' הב' הנ"ל ס"ל דיכול לישא שתוקית וזהו מצוי ע"כ שפיר כתבתי בשיטת רש"י הנ"ל על המשנה דיכול לישא שתוקית ואין לומר דהא יכול השתוקי לישא גר וחרורי כדקיי"ל קהל גרים לא אקרי קהל. י"ל דזה אינו עצה לפמש"כ הב"ש סי' ד' ס"ק ל"ה דמכ"מ אסור להרבות ממזרים בישראל וכמש"כ התו' בב"ב ד' י"ב וגיטין ד' מ"א א"כ מוטל איסור על הגר שלא ישא שתוקית שלא ירבה ממזרים דהא יכול לישא כשירה ויש להאריך בזה עוד:

י

והנה הנימוקי יוסף ביבמות ס"פ אלמנה לכה"ג כתב על מימרא דשמואל דא"ל לרב יהודה הלכה כר"ג ואת לא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרין אצלה ופי' הנמוק"י כגון פנוי' ואיכא מיעוט פסולים כגון אחי' ואבי' ושארי קרובי' כו' אלמא דדוקא באומרת ברי מכשרינן דהא ר"ג מיירי באומרת ברי לכשר נבעלתי אבל באינו אומרת ברי חשו אף למיעוט קרובים א"כ לכאורה מוכח מהנימוקי דלא כמש"כ אמנם לפמש"כ לעיל ניחא ואינו ראי' לסתור דברי. משום דהא עיקר ההיתר מה שיש לסמוך בנ"ד להקל הוא ע"פ שיטת רב אסי דא' בקידושין ד' פ"א מתייחד עם אחותו ודר עם אמו אבל לשיטת שמואל דס"ל שם אסור להתייחד אף עם אמו אלמא דשיטתו דאף דביטלו יצה"ר דקרובים מ"מ האיסור במקומו עומד ולא מפלגינן ביניהם לכן לשיטת שמואל יש לחוש באיסור שתוקי

אף משום קרובים. משא"כ לדידן דהרבה פוסקים פסקו כרב אסי שפיר יש לסמוך להקל בנ"ד וכיון דמצינו באיסור יחוד דלכמה פוסקים נאסר מה"ת משום חשש זנות ואפ"ה אח"ז דביטלו יצה"ר דקרובים פקע האיסור הנ"ל כש"כ בנ"ד דאינו אלא חששא דרבנן ואף להפוסקים שם כשמואל לאסור יחוד באחותו י"ל דפסקו לחומרא דהא איסור יחוד נאסר מה"ת לכ"פ. ואף לשיטת הרמב"ם דס"ל דנאסר מן הקבלה י"ל דשאני באיסור יחוד דמחמרינן דהא אף ספק דרבנן אין עושין לכתחילה כמש"כ הט"ז באו"ח סי' תפ"ט ס"ק ה' וגם כיון דיש לו סמך מן הפסוק חמירא כמש"כ לעיל משא"כ באיסור שתוקי דאינו אלא מדרבנן לכ"ע ע"כ ספיקא דרבנן לקולא ובפרט לאוסרו לקהל כנ"ל. לכן יש לנו לסמוך בזה על שיטת רב אסי הנ"ל דמיקל משום טעם דביטלו יצה"ר דקרובים באיסור יחוד אף דנאסר כבר מקודם כנה"ג כנ"ל ובוודאי אין לחלק דשאני יחוד דיש להם חזקת כשרות משא"כ היכא שזינתה לפנינו דמ"ש כיון דחזינן דהתורה אסרה ביחוד משום חשש זנות אף דיש להם חזקת כשרות ונאסר כבר מ"מ כיון דביטלו יצה"ר דקרובים פקע האיסור ה"ה בשתוקי כיון דנתבטל יצה"ר בקרובים פקע החששא מהם:

יא

וגם יש לדון דהיכא דליכא בעיר רק אבי' ובנה בוודאי לא חיישינן בשתוקי כיון דחזינן דגם הרמב"ם והמחבר פסקו בסי' כ"ב דמתייחד עם אמו ובתו ולא חשו לזנות בהו והא שכתב הנמוקי לאסור גם משום אבי' כבר כתבתי דהא מיירי שם אליבא דשמואל דא"ל לרב יהודה ואת לא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרים כו' ושמואל הא ס"ל בקידושין דגם ביחוד עם אמו ובתו נאסר וחיישינן לזנות משום דבעת דגזר דוד על פנוי' גזר אז על יחוד אמו ובתו כמש"כ המקנה שם אליבא דר"מ א"כ מצינו דשמואל ס"ל דכיון דנאסר כבר איסור יחוד עם אמו ובתו מקודם כנה"ג:

ע"כ לא פקע איסורו אף אח"ז דביטלו יצה"ר דקרובים א"כ ה"ה בחשש גזירת שתוקי דכיון דנאסר כבר בעת שעלה עזרא מהגולה עמהם לכן לא פקע איסור אף אח"ז משא"כ לדידן דס"ל מתייחד עם אמו ובתו ולא נאסר מעולם משום דזנות לא שכיחא בהו אף מקודם דביטלו יצה"ר דקרובים ע"כ ה"ה דלא חיישינן בהו בגזירת שתוקי ג"כ משום דלחשש זה לא נאסר מעולם אף בעת הגזירה דגזרו על שתוקי אך כבר כתבתי דנלענ"ד להקל גם בשארי קרובים דלא חיישינן בהו משום גזירת שתוקי:

ענף ג

יב

ונראה לענ"ד להוכיח דלא חיישינן לזנות קרובים:

מהך דקידושין ד' ע"ו דאמרו שם דכותי לא ישא כותית וי"א לפי שאין בקיאין בדקדוקי מצות מאן י"א ר' אליעזר היא כו' ואלא הכא מאי אין בקיאין לפי שאין בקיאין בתורת קידושין וגירושין כו' עכ"ל הגמ' ואי נימא דיש לחוש לזנות קרובים תקשה דמאי פריך הגמ' הכא מאי אין בקיאין איכא הא מצינו עריות דלא כתיבן מפורש בתורה כמו אם חמיו ואם חמותו ובתו מאנוסתו דלא כתיבן ומן גז"ש אתיין וכמבואר בסנהדרין ד' ע"ה ובחגיגה ד' י"א ועיין בטורי אבן שם וגז"ש מקרי לא כתיבא דהא י"ג מדות דר"י קבלה מן הלמ"מ הוא ע"כ כותים דלא חיישי במה דלא כתיבא אף דאחזוקי וכמו ה' שחיטה שהי' דרסה כו' דגם ת"ק דר"א ס"ל דלא כתיבא ואחזוקי דאף דהוי הלמ"מ מ"מ לא סמכינן על כותים וחשודים ע"ז ומצינו בהוריות ד' ד' דהעראה הוי דבר דאין הצדוקים מודין בו כיון דנלמד מהיקש דר' יונה וכמש"כ הרמב"ם ה' פ' יוד ה' ט' ע"ש ע"כ ה"ה יש לחוש הכא אף לת"ק דר"א דשמא נשא הכותי מקרובות דלא כתיבן והוי הוולד ממזר וכמו דמתרץ שם דחיישינן דלמא נשא ערוה דא"א והוולד ממזר כמו כן יש לחוש דילמא נשא קרובות דלא כתיבן דהוולד ממזר ולא הי' צריך לומר מאן י"א ר"א דהא אף לת"ק דר"א יש לחוש כן וע"כ מוכח מסוגיא זו דלזנות ונישואי קרובים לא חיישינן ע"כ לא מתרץ הגמ' דלא בקיאין בדקדוקי איסור קרובים משום דחשש קרובים הוי חשש רחוק כי אם שם לקמי' דאמרו ממזר מאחותו וא"א נתערב בהם. דזהו לפי דהי' כבר מעשה זו וכדקאמר שם מעשה שהי'. אבל לחוש שמא אירע מעשה זו בקרובים וע"י זה נתהווה ממזרות לזה לא חשו מספיקא חז"ל וה"ה בגזירת שתוקי לא חיישינן לזנות דקרובים:

יג

ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' כתבתי בשם הרשב"א והריטב"א לקידושין ד' ע"ג שכתבו דבספק אם אזלי אינהו לגבה אי דאזלא איהי גבייהו דיש לדון ספק ספיקא להיתירא ספק דלמא אזלי אינהו לגבה והוולד כשר כיון דרוב כשרים ואת"ל אזלא איהי גבייהו אכתי ספק דלמא לכשר נבעלה ואף דהוי ס"ס משם אחד ואינו מתהפך עכ"ז הוי ס"ס מעליא כמש"כ בספרי שם להסביר זה ע"ש וכעת מצאתי בחידושי הרמב"ן לקדושין שם שכתב ג"כ כדבריהם ושיטת המ"מ המובא בב"ש סי' ד' ס"ק ל"ט מוכח דס"ל דאם ספק דלמא אזלא איהי גבייהו לא דיינינן ס"ס הנ"ל ובספרי שם כתבתי דזה תלוי בפלוגתת הרמב"ם עם הרשב"א וש"פ ביו"ד סי' ק"י סעי' ח' דהרמב"ם והמחבר ס"ל דדבר חשוב שנתערב בתערובות שני לא מקילינן משום ס"ס ובעי תערובות ג' וטעמו כמש"כ החוות דעת שם דכיון דקבוע כמעמ"ד והוי כחד בחד ואיתחזק איסורא לכן אינו

יכול להצטרף לספק ב' ע"כ אי נימא דאזלא איהי גבייהו שוב אין יכולין להצטרף הספק דלמא לכשר נבעלה משום דכיון דקבוע כמעמ"ד הוי כחד בחד ולא דיינינן ס"ס:
והרשב"א אזיל לטעמי' דס"ל שם דתערובות הב' מותר כשאינו אוכל כולו כאחד ע"כ שפיר דיינינן לס"ס דאף דאזלא איהי גבייהו עכ"ז ספק דלמא לכשר נבעלה ולפ"ז כיון דהכריע הש"ך שם ס"ק נ' דבהפסד מרובה מותר התערובות הב'. ע"כ יש לדון הס"ס הלז א"כ מה"ת יש כאן רוב מעליא בנ"ד ובלא"ה הא ספק ממזר מותר מה"ת ואין בזה רק מעלת יוחסין מדרבנן לכן יש להקל בנ"ד שלא לחוש בקרובים:
וכפי ההיתר שכתבתי בעז"ה:

יד

ועוד יש לדון במה שכתבתי לעיל דלכאורה י"ל דגם בגזירת שתוקי שייך להחמיר משום דהוי דבר שבמנין כו' כיון דנאסר בעת שעלה עזרא מן הגולה מקודם דבטלו היצה"ר מקרובים. די"ל בזה לפי מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ו' ע"פ הכלל של התוס' בעו"ג דף ל"ה ד"ה חדא קתני קיבת שחיטת כו' במים מגולין כיון דבזמן הש"ס אינו נאסר רק היכא דמצוי נחשים לכן מותר האידנא ואין שייך להחמיר בזה משום דבר שבמנין כו' ע"ש בספרי באר יצחק ולפ"ז ה"ה בשתוקי כיון דבקרונות של ציפורי שהי' שם תרי רובא רוב סיעה ורוב העיר לא גזרו לאסור שתוקי הרי דבמקום שיש תרי רובא לא גזרו כלל מעולם. א"כ ה"ה לאחר שביטלו יצה"ר דקרובים והתירו יחוד בקרובים על סמך זה משום דלא שכיח זנות בהו לכן היכא דיש רוב העיר כשרים ובצירוף הרוב דלא שכיח יצה"ר בקרובים כיון דחזינן דהתירו יחוד דאורייתא משום זה א"כ יש לנו תרי רובא להיתירא ובכה"ג לא גזרו מעולם לאסור לשתוקי היכא דיש תרי רובא ולא שייך בזה משום דבר שבמנין כלל והא שכתב רש"י בקדושין דף ע"ג דאף משום מיעוט קרובים שייך גזירת שתוקי י"ל דרש"י כתב כן על המשנה דהתם דתנן עשרה יוחסין עלו מבבל וקחשב שם שתוקי ובעת שעלו מבבל מקודם דביטלו יצה"ר הי' אז נאסר שתוקי. אף בחשש קרובים ולכן פי' רש"י שם גם משום מיעוט קרובים שייך שתוקי דהא קאי שם על משנה הנ"ל משא"כ לאחר שביטלו יצה"ר י"ל דלא שייך שתוקי במיעוט קרובים רק היכא דיש מיעוט ממזרים ונתינים. וכמש"כ לעיל באריכות:

טו

וזה נלענ"ד ברור דאם אין בעיר רק קרוב א' דיש להתיר מטעם אחר והוא דבקדושין דף ע"ג ברש"י ד"ה שמא ישא אחותו מאביו כתב דאחותו מאמו ליכא למיחש כיון דמכירין חמותו שהיא בחזקת כשירה לא מספקינן לה במזנה לומר שהיה בנה והשליכתו עכ"ל. וכבר תמה המהרש"א והמקנה והפ"י שם על דברי רש"י הנ"ל דא"כ גם באחותו מאביו

ליכא למיחש דהא מכירין אותו בחזקת כשר ונדחקו בכוונתו ולענ"ד נראה דברי רש"י הנ"ל פשוטים דהא מצינו בחולין דף י' דסכין אתרעי ובהמה לא איתרעאי ולא מחזקינן הריעותא דסכין לבהמה כיון שלא נמצא בה הריעותא ועפ"ז כתב התב"ש בחולין דף י' להתיר הגבינות אף דמטריפין הבהמה שנמצא בה ריעותא משום דהגבינות שהוחזקו בכשרות לא אסרינן להו משום ריעותא דבהמה אף דהגבינות יוצאין מהבהמה ע"ש:

ולפ"ז יש לדון כן התם דדוקא בהוולד שנמצא בו הריעותא דמושלך בשוק וכן האשה בעצמה דהשליכתו חוצה דנולד בהו הריעותא ע"כ מחזיקינן להו בזנות משא"כ באביו דלא נמצא בו הריעותא ע"כ לא מרעינן חזקת כשרותו של האב בשביל הריעותא הנמצא בהוולד והאשה דהא יכול האב לומר אטו בשביל האשה דהיא שוטה והשליכה בנה חוצה יאבד חזקת כשרותו של האב. ע"כ לא מרעינן כי אם הוולד והאם שבהם נמצא הריעותא וזה כוונת רש"י במש"כ לא מספקינן לה במזנה לומר שהי' בנה והשליכתו דלכאורה יש לדקדק דלמה לי' לומר שהי' בנה והשליכתו ולפמש"כ ניחא דכוונת רש"י הוא לומר דלא מספקינן לה במזנה ע"כ לא מספקינן בדידה כיון דמכירין אנו אותה בחזקת כשרות ואם נאמר דהוולד הוא שלה אז מוציאין אותה מחזקת כשרות משום הריעותא הנולד בה דהשליכה בנה ע"כ לא מספקינן לה במזנה. משא"כ גבי האב שפיר י"ל ולהסתפק דלמא הוא חמיו ונשא אחותו מהאב דהא אף דנימא דהוא אבי האסופי עכ"ז לא מרעינן חזקת כשרותו דהא לא נתהווה בי' שום ריעותא כלל:

וכיון דהאב לא איתרעאי ע"כ אף דנימא דהאסופי הוא בנו מ"מ לא מרעינן חזקת כשרותו דהא איהו לא איתרע ואפשר לומר איזו אמתלא על השלכתו חוצה כנ"ל לכן שפיר יש לומר ולחוש דלמא נשא אחותו מאביו כנלענ"ד ברור בכוונת רש"י ואף דע"כ אשה אחת זינתה מ"מ לא מרעינן אותה אשה שאנו מסתפקין בה כמו דכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ז' בד"ה ובחשש קיום יש עדיין כו' לחלק דבאדם מבורר לא חיישינן לזיוף משא"כ בנמצא בשוק חיישינן לזיוף. ע"פ דברי התוס' בב"מ דף קי"ז וב"ב דף נ"ב ובשבועות דף מ"ו ע"ב דכתבו לחלק דדוקא באדם מבורר לא מחזיקינן בגנב. משא"כ באומר נגנבו ממני לא שייך זה דכמה גנבי איכא בשוקא ע"ש א"כ ה"ה בזה י"ל דדוקא באם אנו מסתפקין בדרך כלל ולא באדם מבורר אז שפיר יש לחוש לזנות בהו משא"כ באדם מבורר לנו שיש לו חזקת כשרות לא מספקינן לתלות בו הזנות. כן הוא הברור בדברי רש"י הנ"ל:

טז

א"כ לפ"ז נלענ"ד לדון דהיכא דליכא בעיר רק קרוב א' דאז יש להתיר משום דדוקא באם יש מיעוט קרובים דאז יש להסתפק על כ"א דלמא הוא שזנה עמה ולא מוציאין אדם מבורר מחזקת כשרותו דהא יש להסתפק על כ"א מהמיעוט שמא זה הוא ע"כ שפיר יש לחוש משא"כ באם אין בעיר רק קרוב אחד ואי נימא דהוא הי' המזנה. א"כ מוציאין אותו מחזקת כשרותו וכיון דמכירין אנו אותו שהוא בחזקת כשרות לכן לא חיישינן בדידי' לומר דעבר על חייבי כריתות [ועיין ב"מ דף כ"ו גבי ראה סלע שנפלה משלשה אי נקיטנא להאי כו' וקצרתי וזהו היתר ברור בעז"ה והא דמבואר בשו"ע סי' ו' סעי' י"ח במחבר בשם הרמב"ם דאף אם לא הי' בעיר אלא א"י אחד או חלל א' ועבד ג"כ חיישינן שמא זינתה עמהם. וכ"כ הב"ש בסי' ד' ס"ק מ"ג דאף לממזר אחד חיישינן ולפי מה שכתבתי יש לדון בזה בשלמא בא"י או עבד א' דלא שייך בהו חזקת כשרות שפיר יש לחוש משא"כ בחלל א' דאף דהוי חלל עכ"ז הא לא איתרע חזקת כשרותו א"כ יש לדון דמחמת חזקת כשרותו לא מספקינן בדידי' דשמא זנה עמה ואפשר לחלק דשאני בפנויה וודאית דהוי איסור קל דהא לכמה פוסקים איסור פנויה אינו אלא מדרבנן וכמו כן איסור ממזר לשיטת הרמב"ם לא נאסר בלא קדושין משא"כ התם בקדושין דף ע"ג בדברי רש"י דשם הנ"ל דאף דמספקינן ג"כ בפנויה כדאמרו התם איכא מיעוט פנויות ומיעוט מחמת רעבון. עכ"ז כיון דנולד ריעותא שם דחשו חז"ל שם לאיסור א"א דהוי איסור חמור בזה שפיר כתב רש"י דלא מספקינן להוציא אותו מחזקת כשרותו דזהו איסור חמור וה"ה בנ"ד בחשש קרובים דהוי איסור חמור שפיר כתבתי דלא חיישינן להוציאו מחזקת כשרותו אך זהו דוחק והעיקר נראה לפענ"ד בזה דהא יש לדקדק שם בלשון המחבר והרמב"ם שכתבו א"י א' או חלל א' ועבד דאמאי לא כתבו או עבד כמו דכתבו מתחלה שם או חלל ומזה נראה לע"ד לומר דבדקדוק כתבו לשון זה לפי דדוקא לא"י א' חשו משא"כ לחלל א' לא חשו להוציאו מחזקת כשרותו כי אם היכא דיש להסתפק בחלל ועבד דאז לא תלינן באדם מבורר בזה שפיר חיישינן משא"כ באדם מבורר שפיר כתבתי. והא שכתב הב"ש דאף לממזר א' ג"כ חיישינן י"ל דמיירי בממזר דאינו מוחזק בכשרות ובטור סוף סי' ו' הגירסא א"י א' או עבד א'. וחלל לא נזכר שם כלל ואפשר דזהו בכוונה מה"ט דהא חלל א' כיון דיש לו חזקת כשרות לא מספקינן בדידי' ודברי הטור המה מדוקדקין:

יז

אך כבר כתבתי דאף אם יש חשש בכמה אנשים רק כיון דאינם אלא מעט נגד הרוב כשרים ג"כ אין לחוש לאסור בפנויה הוולד משום גזירת שתוקי ולכן כיון דהאידנא לא

קביע ממזר בהעיר ועיקר החשש לא הוי רק משום מיעוט קרובים לכן יש לסמוך להקל בנ"ד האידנא בפנוי' ומצאתי בשב שמעתתא שמעתא ד' פ' כ"ב שכתב ג"כ להקל בחשש קרובים אך לא מטעמא דידי רק מטעם אחר יע"ש וכן מצאתי בהפלאה לכתובות דף י"ג בתוס' ד"ה ואין אוסרים כו' שכתב ג"כ דלא חיישינן לקרובים משום דבירושלמי כתובות אי' דלכן חייש ר' יהושע לפסולים משום דזנות רצה אחר הפסולים לכן בקרובים לא חיישינן יעו"ש ע"כ בנ"ד דעתי מסכמת להקל להתיר הוולד לקהל ולא לכהונה מחשש א"י בצירוף היסוד שכתבתי בעז"ה וכפי שיטת האחרונים הללו ולא מטעמייהו:

סימן ט

ב"ה חודש אדר תרכ"א לפ"ק.

שאלה באיש אחד שנולד לו חולי בביצה הימנית ועסק ברפואות ונסע לע"מ ווין וראו הרופאים שם כי אין תרופה למכתו כי הביצה עלתה בה רקבון ונמסה וחתכו הביצה הימנית ושב ורפא לו ונשאלתי אם מותר לו לישא אשה:

ענף א

א

תשובה כי מבואר ברמב"ם והובא בשו"ע סי' ה' סעי' יו"ד בנולד בהם שחין והמסה אותן או כרתן ה"ז כשר לבוא בקהל שכל אלו בידי שמים ורש"י והרא"ש ס"ל דרק ע"י רעמים וברד או ממעי אמו מקרי בידי"ש אבל ע"י חולי חשוב בידי אדם ופסול וכתב הרא"ש דהכי משמע בירושלמי וראיתי להשלטי גבורים בשם הריא"ז דמפרש דהא דאמרו פ"ד בידי"ש כשר דזהו לקוי ממעי אמו אבל ע"י רעמים וברד פסול דהא לא הוי פצוע מעיקרו ע"ש ואפשר לומר דזה תלוי בהך דאמר רבא ביבמות דף ע"ה דלכן פ"ד בידי"ש כשר משום דקרינן פצוע ולא קרינן הפצוע וכמש"כ רש"י שם א"כ ממילא ע"י רעמים וברד דכיון דלא היה פצוע מעיקרו נפסל לבא בקהל דמקרי פצוע אבל להטעם דאמרו במתניתא שם דמה ממזר בידי אדם אף פ"ד בידי אדם. א"כ ע"י רעמים וברד דכיון דלא הי' ע"י אדם כשר לבא בקהל וראיתי בשם גירסת הב"ח דהי' לו גירסא אחריני שם אך מן רש"י שם משמע להדיא כגרסתינו:

ב

וראיתי לגאון א' מגאוני דורנו קשישאי שהקשה מנלן להראשונים לומר דע"י רעמים וברד כשר וכדנקטינן כן לדינא ולענ"ד נראה להוכיח כן מן יבמות דף פ' דאמר רב יוסף היינו דשמענא לאמי דאמר כל שממעי אמו לקוי ולא ידענא מאי היא ופי' רש"י בלישנא אחרינא ה"ג דלא ידענא אהיכא קאי אבל עכשיו ידענא דקאי על סריס חמה דמשנה

עכ"ל ואי נימא דהך פ"ד ביד"ש כשר לא קאי רק על פ"ד ממעי אמו ולא ע"י רעמים וברד א"כ תקשה מנלן לרב יוסף דאמר שאמר כל שממעי אמו לקוי קאי על הך דינא דסריס חמה הא יש לומר אולי קאי אמי על הך דינא דמבואר בברייתא דף ע"ה דפ"ד ביד"ש כשר דאשמעינן אמי דרק אם הי' לקוי ממעי אמו זה מקרי ביד"ש וכשר אבל ע"י רעמים וברד כיון שאינו ממעי אמו פסול כיון דלא הוי הפצוע מעיקרו ומדלא נסתפק רב יוסף לאוקמי הך דאמר אמי כל שממעי אמו לקוי על הך דפ"ד מוכח דלכ"ע הוי ע"י רעמים וברד בכלל ביד"ש דכשר וכשיטת רש"י ורוב פוסקים ודלא כהש"ג ואף להטעם דאמר רבא כן מדלא קרינן הפצוע משום דס"ל דכמו דפ"ד מעיקרא כשר משום דהוי ביד"ש דלא שלטה בי' יד אדם דה"ה ע"י רעמים וברד כשר כיון דהוי ביד"ש ומזה הוכיח רש"י ורוב פוסקים דע"י רעמים וברד ג"כ כשר דילפינן זה מן פ"ד ממעי אמו:

ולכן שפיר כתבו לדינא דע"י רעמים וברד כשר:

ג

וע"י חולי הביאו בשו"ע שיטת הרמב"ם דמכשיר ע"י חולי ושיטת רש"י והרא"ש דפסול וכתב הרא"ש דהכי משמע בירושלמי דליקוי ע"י חולי חשוב בידי אדם. והנה בספרי באר יצחק סי' ד' כתבתי לפרש שיטת הסוברים דע"י חולי חשוב בידי אדם דטעמם עפ"י מש"כ הרמב"ם ה' דיעות ה' ט"ו כ' דרוב חלאים באים ע"י פשיעת האדם ברוב אכילה ותשמיש מה"ט מקרי ע"י חולי ביד"א וכדמצינו בכתובות דף ל' דצינים ופחים בידי אדם נינהו:

ובב"ב דף קמ"ד בחלה בפשיעה דהכל ביד"ש חוץ מצינים פחים וכו' וכן מצאתי כעת בתבואת שור סי' ל"ו ס"ק ע"ה שכתב כעין זה ולולי דברי הראשונים דכתבו להוכיח מן הירושלמי לדינא דע"י חולי הוי ביד"א הי' נ"ל דאין לזה הכרח לפי די"ל דהירושלמי אזיל לטעמי' והוא כי מבואר בב"מ דף ק"ז דרב ס"ל דרוב חלאים באים ע"י עין הרע ושמואל ס"ל ע"י רוח ופי' רש"י דיש לך אדם כי רוח פ' בשעה פ' קשה לו ור' חנינא ס"ל ע"י צינה וחד ס"ל ע"י צואה ופי' רש"י דרוח לאו היינו צינה דאמר ר"ח ובירושלמי שבת פ' י"ד ה' ג' אי' דר"ח ושמואל אמרין צ"ט מתין בצינה וא' מהם מת ביד"ש וסותר הירושלמי בזה לשיטת הש"ס דילן בשיטת שמואל והנה למאן דאמר דרוב חלאים באים ע"י רוח ודאי אין לומר בזה דזה בא ע"י פשיעת האדם דהא אין לך אדם שינצל מן הרוח וביבמות דף קכ א אמרו חיישינן שמא הרוח בלבלתו ולא אשכחו שם אלא בביתא דשישא. וכן למ"ד ע"י עין הרע ג"כ לא מקרי ביד"א דהא כתב שם התו"ח דכל זה הוא הטבע בהתנהגות העולם אלא למ"ד דרוב חולי בא ע"י צינה:

יש לדון דע"י חולי הוי כמו ביד"א כיון דבא ע"י פשיעתו וכמש"כ בספרי באר יצחק והתבואות שור כנ"ל אבל לכל הנך אמוראי ברור דחולי לא מקרי ביד"א וכדאמרו בכתובות שם וב"ב שם דהכל ביד"ש חוץ מצינים פחים וע"י עין הרע ורוח וצינה כ"ז נכלל בהך דהכל ביד"ש חוץ מצינים פחים אלא למ"ד ע"י צינה יש לדון דמקרי ביד"א וכנ"ל:

ד

שוב ראיתי לדון דאף למ"ד ע"י צינה יש לומר דלא מקרי ביד"א דהא חזינן דע"י ברד נקטו לדינא בפשיטות דכשר ומקרי ודאי ביד"ש כנ"ל והא אמרו סתמא ע"י ברד דמשמע אף בפושע והולך בשוק בעת שהיה יורד הברד ונלקה ע"י הברד דג"כ כשר דאל"כ ה"ל לפרש הרי דאף אם בא ע"י פשיעתו ג"כ מקרי ביד"ש כיון דעיקר החולי בא עליו ע"י הטבע דלפי דהולך בשוק ונלקה ממילא ע"י הברד א"כ ה"ה בפושע והולך בעת הקור או החום בחוץ דג"כ מקרי ביד"ש דמה לי אם נלקה ע"י ברד בפשיעותו או דנלקה ע"י הצינה והחום בפשיעתו וע"כ נלע"ד בשיטת הרא"ש דפוסל ע"י חולי דטעמו דס"ל כמש"כ הרמב"ם ה' דיעות פ"ד ה' ט"ו כ' וספר הברית ושארי ספרים דכתבו דרוב חלאים באים ע"י ריבוי מאכלות או ריבוי תשמיש ובזה הוי עיקר הליקוי ע"י מעשה אדם דמזיק א"ע ע"י מעשיו ודומה למש"כ התב"ש בסי' ל"ו גבי צמקה דאם נעשה ע"י תפיסת בן אדם דשיסה בה הכלב וכה"ג הוי כמו ביד"א וכיון דנעשה ע"י תפיסת ב"א א"כ דומה לממזר דמבואר בירושלמי יבמות בסוגיא זו דממזר הוי התחלה ביד"א וגמרו הוי ביד"ש ואזלינן בתר התחלתו. וה"ה בזה ניזל בתר התחלה דבא ע"י מעשה אדם בריבוי מאכלות ותשמיש וכה"ג:

וכעין זה אמרו בסנהדרין דף ע"ח לחלק בין גוסס ביד"ש לגוסס ביד"א דביד"ש לא איתעביד בי' מעשה וביד"א איתעביד בי' מעשה א"כ ע"י צינה הא לא איתעביד בי' עיקר הלקותא ע"י מעשה אדם רק ממילא נלקה ע"י פשיעתו בלא מעשה אדם. לכן לולי דברי הרא"ש הנ"ל יש מקום לדון לדינא דכיון דאמרו בש"ס דילן בב"מ דף ק"ז דחד מ"ד ס"ל דרוב חולי בא ע"י עין הרע וחד ס"ל ע"י רוח וחד ס"ל ע"י צינה או צואה א"כ לכ"ע מיבעי לן לומר דע"י חולי לא חשיב ביד"א משום דהוי כמו ע"י ברד דאף היכא דבא ע"י פשיעתו ג"כ סתמו דמקרי ביד"ש כנ"ל וזה ברור דאזלינן בתר רובא ולא חיישינן למיעוט ועוד דאף דנימא דלמ"ד ע"י צינה דכיון דבא ע"י פשיעתו דמקרי כמו ביד"א עכ"ז הא לרוב אמוראי בב"מ שם ודאי דמקרי חולי כמו ביד"ש וכמש"כ לעיל וקצרתי:

ה

ובירושלמי שבת פ' י"ד ה' ג' אי' דרבנן ס"ל דרוב חלאים באים ע"י פשיעה ופי' שם הקרבן עדה דבא ע"י ריבוי מאכלים ומשגל ופליגי על הנך דס"ל שם ע"י עין הרע וצינה

ושרב ולכן אמרו שם אחרי דהנך אמוראי בלשון ורבנן אמרי בפשיעה ולהנך רבנן י"ל דע"י חולי מקרי ביד"א ופסול משום דבא ההתחלה ע"י מעשה אדם ודומה לממזר כנ"ל ולפ"ז יש לומר דהירושלמי ביבמות דפוסל פ"ד ע"י חולי אזיל לטעמי' דהביא להנך רבנן בשבת דהא כיון דאמרו שם בלשון רבנן אמרי הוי הם הרבים. דהא רב ושמואל ור"ח דשם הא פליגי כ"א על טעמו של חבירו ואין דנין בכה"ג בשם רבים כמבואר בח"מ סי' כ"ה וש"ך ס"ק י"ט ולכן אמרו בירושלמי יבמות דע"י חולי חשוב ביד"א ופסול ולדינא כיון דלא הובא להנך רבנן בב"מ בש"ס דילן יש לנו לומר לדינא דפ"ד ע"י חולי כשר משום דהנך דאמרו בב"מ בש"ס דילן בסיבת החולי ע"פ רוב דזה הוי כמו ברד דמקרי ביד"ש אף דבא ע"י פשיעתו מ"מ עיקר התחלת לקותא נעשה ביד"ש וכשר כן הי' נלע"ד לדון לולי דברי הראשונים ולולי דברי הרמב"ם בהלכות דיעות הנ"ל והרמב"ם עצמו דמכשיר ע"י חולי אף דס"ל בהלכות דיעות דרוב חלאים באים ע"י פשיעתו ברוב מאכל וכו' מ"מ ס"ל דזה אינו רק גרמא בעלמא ולא קרינן בזה מעשה ידי אדם ולא ס"ל כמש"כ לעיל ועיין בתבואת שור סי' ל"ו ס"ק ע"ה שכתב ג"כ בטעמו של הרמב"ם דס"ל דבעינן דומיא דממזר דע"י מעשה כו'. וכן ראיתי כעת בתשובת חמדת שלמה סי' מ"ה שהביא לדברי הרמב"ם ה' דיעות הנ"ל ע"ז ע"ש. וכן ראיתי כעת בבית מאיר סי' ה' ע"ש אך שקיצרו למאוד בזה:

1

אכן הרא"ש הכריע דע"י חולי חשוב ביד"א ופסול וטעמו די"ל דס"ל כהנך רבנן דרוב חולי בא ע"י פשיעה ומעשה אדם וכהנך רבנן דירושלמי שבת הנ"ל וכמו שכתב הרמב"ם ה' דיעות ומירושלמי שבת הנ"ל מוכח כמש"כ הרמב"ם ה' דיעות ומבואר בדברי הפוסקים היינו הישש"ש והקרבן נתנאל והפני משה ושארי אחרונים דאי נימא דע"י חולי פסול דה"ה אם נולד בו שחין פסול וע"כ צ"ע בנ"ד ואף לשיטת ר"ת דמכשיר בנכרת ביצה אחת ואף דנימא דה"ה בשלימין וכמש"כ הישש"ש מ"מ הא מבואר בטור דדוקא בנכרתה שלימה אבל אם נפצעה ואח"כ ניטלה פסולה אף להר"ת ובפרט בנ"ד דהיא של ימין ומוכרחים אנו לפרש למאי דאמרו בירושלמי בשלימין היינו שהיתה שלימה וכמש"כ הישש"ש והתוס' יבמות דף ע"ה א"כ בנפצעה ואח"כ ניטלה פסול וע"כ בנ"ד דעלתה בו רקבון ונמסה מקודם דנחתכה גרע טפי אף לשיטת הר"ת ואין לנו להקל רק לשיטת הרמב"ם דמכשיר ע"י חולי וידוע מה שכתב הישש"ש ביבמות דף ע"ה דאף היכא דהגמר הוי בידי אדם מ"מ כיון שמתחילה שלט בו החולי דמחמת זה הוכרח לכורתו דה"ל כמו ביד"ש וכשר וכמש"כ לפרש עי"ז למה דאמרו בירושלמי מי שעלתה בו חטטין

וכו' ופירש כן הישׁ"ש שם לדברי הרמב"ם שכתב או שנולד בהם שחין והמסה אותן או שכרחן ה"ז כשר דהכוונה או שכרתן דאף בכרתן בידי אדם מ"מ כשר ואף דנימא דפליגי בזה תנאי בירושלמי שם אם מקרי כה"ג ביד"ש או בידי אדם מ"מ יש להקל כיון דאמרו שם בירושלמי כולה דרבנן הרי שעלה בו חטטין וכו' דמשמע דדוקא לרבנן אמרו כן אבל לר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן ב"ב מכשיר בזה. א"כ לשיטת הסוברים להקל ע"י חולי משום דס"ל כר' ישמעאל ששמע כן מפי חכמים בכרם ביבנה וכמש"כ הפוסקים ע"כ שפיר יש להקל בכה"ג אף בנכרת לבסוף ע"י אדם וכמש"כ הישׁ"ש ורק בנפצע ביד"א ונכרתה אח"כ פסול משא"כ בנפצע ביד"ש וה"ה ע"י חולי לשיטת הסוברים דהוי כמו ביד"ש:

ז

וע"כ בנ"ד שנתקלקל הביצה מתחילה ע"י חולי יש לנו להקל לשיטת הסוברים להכשיר ע"י חולי אף בכרתן אח"כ וכמש"כ הישׁ"ש וכ"כ החתם סופר בסי' י"ז דאם נתמסמס הביצה חשוב כמו שאינו וע"כ אף בחתכן הרופא יש להקל להסוברים להכשיר ע"י חולי ע"ש וכעין זה אי' ביו"ד סי' מ"ח סעי' ה' דנתמסמס חשוב כניטל וכדאמרו בחולין דף נ"ג ועיין בבית מאיר מזה אכן להרא"ש וסייעתו דכתבו להחמיר ע"י חולי אין לנו להקל בנ"ד ועכ"ז יש לדון להיתירא לפי הכרעת הב"ח לדינא דע"י חולי הוי ביד"ש והובא בב"ש סי' ה' ס"ק י"ב וכן משמע דעת הב"ש שם וכ"כ הישׁ"ש להקל ע"י חולי וכן מצאתי בהגהות תוס' י"ט שנדפסו בחמש שיטות להרשב"א סוף מסכת קידושין שכתב דלדינא יש להקל ע"י חולי וכן דעת הפר"ח ליו"ד סי' ל"ו וכן ראיתי בתשובת הגאון מהו חיים זצ"ל מוואלאזין שהכריע להקל דע"י חולי הוי כמו ביד"ש וכן פסק בתשובת משכנות יעקב סי' ג':

ענף ב

ח

ועוד נלע"ד לדון יסוד להיתירא אף לשיטת הרא"ש. והוא כי ראיתי בלבוש אה"ע סי' ה' סעי' ב' שכתב בזה הלשון וכל זה אם נעשה בידי אדם או ע"י קוץ אבל בנולד כך ממעי אמו או ע"י רעמים וברד וכיוצא בה כגון שנולד בהם שחין והמסן או הסריחו ונימוקו ה"ז כשר לבא בקהל שכל אלו הוי ביד"ש ואם בא ע"י חולי שחלה בגופו ובטלו ממנו אברים אלו י"א דהוי כמו ביד"ש וכשר וי"א דהוי כמו ביד"א ופסול עכ"ל הלבוש והורה לנו רבינו הלבוש דרך אחרת בזה דאף לשיטת הרא"ש דפוסל ע"י חולי מ"מ זה אינו אלא בנולד החולי בגופו ואח"ז בטלו ממנו אברי הזרע ע"י חולי אבל בנימוקו או נימסו ע"י הולדת שחין באברי הזרע גם הרא"ש מודה דכשר וזהו שלא כשיטת האחרונים

דלא חילקו בזה לשיטת הרא"ש הנ"ל אכן לכאורה דברי הלבוש תמוהים מאוד דהא עיקר הוכחת הרא"ש דפוסל ע"י חולי הוא מירושלמי ובירושלמי הא מיירי בנולדו בו חטטין ופוסל א"כ מוכח מהרא"ש דגם בנולדו בו חטטין על אברי הזרע פסול ושפיר סתמו האחרונים דלא חלקו בזה לשיטת הרא"ש הנ"ל א"כ דברי הלבוש תמוהין וגם גוף החילוק בין נעשה ע"י חולי גופו ובין אם נולד שחין על אברי הזרע ג"כ תמוה לכאורה:

ט

אמנם לאחר העיון הנכון עם הלבוש לפי דבאמת יש לתמוה על הרא"ש דהוכיח מהירושלמי דע"י חולי פסול דהא באמת מוכח ומבואר בירושלמי דע"י חולי כשר כמש"כ הפני משה שם דהא דאמרו בירושלמי דע"י חטטין פסול קאי שם אליבא דרבנן. ור' ישמעאל פליג שם עלייהו ואיפסיקא הלכתא שם כר' ישמעאל א"כ הרי להדיא דאף ע"י חולי כשר ועוד יש להקשות על שיטת הרא"ש דפסול ע"י חולי וכתב התב"ש בסי' ל"ו ס"ק ע"ה לחד טעמא לפרש כוונתו לפי דבא ע"י פשיעת האדם כנ"ל דנלע"ד להקשות ע"ז מהא דאמרו דע"י ברד כ"ע מודו דכשר:

ומשמע דאף בנלקה ע"י פשיעה ג"כ כשר וכמש"כ לעיל א"כ תקשה מ"ש חולי וכ"ז הכריח להלבוש לחלק כנ"ל והוא די"ל דכוונת הרא"ש דפוסל ע"י חולי הוא עפ"י סברת התב"ש שם שכתב עוד לבאר סברת הפוסלים ע"י חולי די"ל כיון דנסתרס ע"י חולי שבגופו ה"ל ע"י האדם שהרי ע"י גוף האדם באה לו עכ"ל התב"ש ויש להסביר זה ביתר ביאור דנחזי אנן אם נסתרסו אברי הזרע מחמת שנגע בהם איש אחד שיש לו חולי המדבק ומחמת זה נמוקו אברי הזרע דנראה דזה פסול משום דזה מקרי ע"י אדם דהא זה באה ע"י תפיסת יד האדם וגם גבי צמקה כתב התב"ש בסי' ל"ו בס"ק ע"ז דאף בנעשה ע"י גרמא בעלמא דשיסה בה כלב או שיסה בקנה שריפה המשמיע קול אף דלא הוי אלא גרמא בעלמא לנזקין מ"מ גבי צמקה טריפה דהא נעשה עכ"פ ע"י תפיסת האדם. א"כ ה"ה בחלה גופו וע"י החולי בגופו נתקלקל אברי הזרע הוי כמו דגוף האדם הזיק לו ודומה לאם בא אחר:

או אותו האיש וקלקל בידים את אברי הזרע ובאמת עיקר החולי אשר בא עליו י"ל דהוי כמו בידש"ש רק אחר שהגיע לגופו החולי ומתוך זה הגיע הלקותא לאברי הזרע הוי כמו דנלקה ע"י אדם ופסול:

י

וזהו כוונת הרא"ש שכתב דאם אירע לו חולי ונסתרס עי"ז פסול אבל בנולד באברי הזרע שחין ונימוסו גם הרא"ש מודה דכשר דהא עיקר הלקותא הגיע להם ע"י שמים והוי כמו דנתקלקלו ע"י רעמים וברד וה"ה ע"י שחין דהא ע"י הטבע בא עליו בידש"ש ואין

לחלק בין פושע וכמו בברד דלא מחלקינן כנ"ל וכן יש לדון בברד דדוקא בנתקלקלו אברי הזרע ע"י הברד בזה כתבו דכשר אבל באם חלה גופו ע"י ברד או באונס אחר ומתוך זה הגיע אח"כ הלקותא לאברי הזרע ג"כ יש לדון דפסול לשיטת הרא"ש ולפ"ז אין אנו צריכין לחלק בין הגיע החולי ע"י פשיעתו או ע"י אונס כמו דסתם הרא"ש בזה. רק העיקר תלוי בין אם נתקלקלו אברי הזרע מתחילה ע"י שחין או דנתקלקלו ע"י חולי בגופו כנ"ל וי"ל דכן הוא כוונת המחבר בשו"ע במש"כ מתחילה או שחלה מחמת גופו ובטלו ממנו אברים אלו או שנולד בהם שחין והמסה אותן או כרתן ה"ז כשר לבא שכל אלו ביד"ש להרמב"ם. אבל לרש"י והרא"ש לא מקרי ביד"ש אלא ע"י רעמים וברד וממעי אמו אבל ע"י חולי חשוב ביד"א ופסול עכ"ל ולא סיים ע"י חולי או שחין דמשמע דעיקר פלוגתת הרא"ש אינו רק בנעשה ע"י חולי ולא בנלקה ע"י שחין דבזה מודה הרא"ש דכשר ולא הוצרך המחבר להזכירו משום דזה ידענא מן נעשה ע"י ברד דמודה הרא"ש דכשר דמה לי בנלקה ע"י ברד או ע"י טבע השחין אשר נולד עליהן ומורה לשון המחבר ג"כ כדברי הלבוש ולכן הרא"ש והטור לא הוזכרו לפסול בלקתה ע"י שחין אלא כתבו לפסול דנעשה ע"י חולי וכוונתם כמש"כ דנלק' ע"י חולי שבגופו דנולד מתחילה ואח"ז הגיע הלקותא להאברים:

יא

ולפ"ז מדוקדק היטב דברי הרא"ש במש"כ באם אירע לו חולי ונסתרס פסול וכן משמע בירושלמי דליקו שע"י חולי חשוב ביד"א עכ"ל הרא"ש כוונתו כמש"כ בארוכה דקאי אם אירע לו חולי ונסתרס עי"ז. משום דבאמת הירושלמי מיירי בנולד בו חטטין והמסן דלרבנן פסול ור' ישמעאל פליג עלייהו ומכשיר כמש"כ הפ"מ ואיפסק הלכתא שם כר' ישמעאל דמכשיר אך כוונת הרא"ש בהוכחתו מירושלמי הוא כמו שיבואר והוא דיש לדקדק על הרא"ש דכיון דמייתי ראי' מן הירושלמי דפוסל והירושלמי הא מיירי בנולדו בו חטטין א"כ אמאי לא הזכיר הרא"ש כלל הך דין דאם נולד בו חטטין. אלא כתב בלשון אם אירע לו חולי כנ"ל ולכן הדבר ברור לדעתי דגם הרא"ש ס"ל כדברי הפ"מ דלדינא מודה הירושלמי דנולדו בו חטטין כשר כיון דפסקו שם הלכה כר' ישמעאל אלא מדלא נקט הירושלמי שם לפרש להך ביד"ש דפליגי רבנן ור' ישמעאל אלא בנולדו לו חטטין: **ואמאי** לא אמרו בירושלמי דזה מיירי בנלקה ע"י חולי והיה נכלל בזה שחין וחולי והוי בזה רבותא יתירא לאשמעינן כח דהיתירא למאי דפסקו שם הלכה כר' ישמעאל כדמצינו בכולי ש"ס כח דהיתירא עדיף ובאמת בנעשה ע"י חולי שאירע לו בגופו הוי בזה רבותא יתירא להכשיר לפי החילוק שנתבאר:

ומדלא נקטו בירושלמי בקצרה דמיירי בנעשה ע"י חולי וכמש"כ הרא"ש בקצרה דנעשה ע"י חולי מוכח מזה דגם הירושלמי ס"ל דאם נעשה ע"י חולי של גופו גם ר' ישמעאל דפליג על רבנן מודה וס"ל דפסול ורק בנעשה ע"י חטטין ס"ל לר' ישמעאל דכשר ולכן לא כתב הרא"ש דכן מבואר בירושלמי אלא כתב דמשמע בירושלמי משום דלהבנת המפרשים דהרא"ש לא נחת למה דפליג ר' ישמעאל על רבנן א"כ הא מבואר להדיא בירושלמי דס"ל לפסול אבל לפמש"כ דעיקר הוכחתו הוא מדלא נקטו בירושלמי בנעשה ע"י חולי אלא נקטו ע"י חטטין וע"ז שייך לשון דהכי משמע דאין זה אלא משמעות בעלמא א"כ שיטת הלבוש הנ"ל המה קילורין לעיינין לבאר דברי הרא"ש הנ"ל:

יב

ולפ"ז מתורץ מה שהקשו בסתירת דברי רש"י שכתב בדף כ' ולא מחמת חולי נסתרס. וכ"כ בסוגיא זו ע"א סריס חמה מחמת חולי כו' די"ל דהוכחת הרא"ש מדלא נקט רש"י ע"י חולי דזה הוי ביד"ש מוכח דס"ל לרש"י דאם אירע לו הלקותא באברי הזרע מחמת חולי שבגופו אשר אירע לו מתחילה מיפסיל אלא באם אירע להאברי הזרע החולי מיד בבת אחת בעת שאירע לו החולי בגופו מבעי להיות כשר וה"ה בלקה מחמת שחין ולא הוצרך רש"י להזכיר בנלקה מחמת שחין כשר משום דזהו ידענא מן ברד שכתב רש"י דאין לחלק ביניהם וכיון דאיכא גווני בחולי דיפסול לכן לא כתב רש"י זה דבזה הוי מבעי להאריך ולכן לא הזכירו רש"י כלל וכתב בקצרה ע"י ברד ורעמים וממעי אמו. א"כ רש"י לעיל דף כ' ובדף ע"ה ע"א מיירי בהנך גווני דהחולי הגיע מיד להאברי הזרע ולא ע"י חולי גופו וכן מש"כ הרא"ש פ' הערל סי' ב' על הא דבמקומה מבשלה כו' דע"י חולי ולקוי בא כו' מיירי ג"כ בנחלה גופו וע"י החולי לקוי אברי הזרע:

יג

ולפמש"**כ** מתורץ מה דהקשיתי בספרי באר יצחק סי' ד' על הסוברין לפסול ע"י חולי דהוי ביד"א מהא דסנהדרין דף ע"ח דאי' שם הכהו עשרה ב"א בזה אחר זה כו' א' רבא הכל מודים בהורג הטריפה שפטור:

בגוסס ביד"ש חייב לא נחלקו אלא בגוסס ביד"א כו' ופי' רש"י והרמב"ם בגוסס ביד"א זה שקרוב למות מחמת המכות ובגוסס ביד"ש פי' הרמב"ם פ"ב ה' רוצח דזהו שהי' חולי וגוסס ביד"ש הוי עיקר ע"י חולי ולא מצינו שם פי' אחר דיפליג עליהם אלא דבידי חולי מקרי ביד"ש אכן לפמש"כ בביאור הלבוש ניחא די"ל דבאמת עיקר החולי אשר בא על האדם מקרי ביד"ש אלא במה שמגיע אח"ז הלקותא לאברי הזרע זהו מקרי ביד"א דע"י גוף האדם באה לו וכמו שכתב התבואות שור א"כ בנ"ד דנולד החולי בהביצה ועלתה בו רקבון ונמסה כו' דבזה גם הרא"ש מודה דכשר ואף דמן האחרונים לא נראה כן עכ"ז

לפי מה שפירשתי בעז"ה דברי הרא"ש לשיטת הלבוש הנ"ל יש לנו יסוד גדול להקל בזה בעז"ה:

יד

ולכאורה יש לדון עוד היתר בנ"ד ע"פ דעת הר"ת שהכשיר בנכרת רק ביצה א' ולסמוך על הישי"ש דהעלה דאף בנכרת של ימין ג"כ יש להקל אכן באמת ליתא להיתירא דנא דהא הישי"ש מפרש למאי דאמרו בירושלמי בשלימין דהיינו שהיתה שלימה אבל בנפצע מקודם אף דניטלה אח"כ פסול וכמש"כ התוס' והרא"ש והטור. ע"כ לא רציתי לדון להיתר זו דהא בנ"ד ג"כ נפסל מקודם בעת שנימסה הביצה ונולד בו הרקבון ע"כ העיקר לדון בנ"ד להיתירא רק ע"פ מש"כ מתחילה:

טו

ועוד דאף דנימא דהוי ספק פ"ד הא ידוע מש"כ האחרונים דספק פ"ד מותר לבוא בקהל ומה דהקשה הנו"ב ע"ז במ"ק סי' ו' מהירושלמי הנה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ד' ענף א' כתבתי לתרץ קושית הנו"ב ע"ש וקשה עלי לאכפולי הדברים וראיתי בדרוש וחידוש של הגאון ר' עקיבא איגר זצ"ל בהשו"ת בסוף ספרו שכתב להעיר דבספק בדין אין להתיר בפ"ד ורק ספק במציאות ובמעשה בזה יש מקום להתיר בפ"ד ולא בספיקא דדינא ע"ש ולענ"ד נראה להוכיח דלא כדבריו מן בכורות דף נ"ח א' רבא לדברי בן עזאי נולדו לו חמשה באב וה' באלול וחמשה בתשרי כונסן לדיר להתעשר ונוטל כו' והשאר פטורין כו' עשירי ודאי אמר רחמנא ולא ספק וכו' הרי דלבן עזאי דמספקא לי' אם הלכה כר"מ או כר"ש דזהו בכלל עשירי ודאי ולא ספק. ה"ה בפ"ד דגם ספיקא דדינא נתמעט ודלא כדברי הגאון רע"א זצ"ל וקצרתי בכ"ז והנני מסכים לדעת כת"ר להיתירא דמותר לו לישא אשה ע"פ הטעמים שנתבארו בעז"ה:

סימן י

נשאלתי ע"ד איש א' דמחמת חולי נפצעה לו ביצה הימנית ונעשה גדול כמו ככר וחתכו לו הרופאים את הביצה ונסתפקו אם מותר לו לדור עם אשתו או לא:

א

תשובה בקצרה כי דעת הר"ת להכשיר אף בנכרת לו ביצה אחת אך הטור כתב דדוקא אם הנשארת הוא של ימין אבל הישי"ש הוכיח דלשיטת הר"ת אין לחלק בין של ימין בין של שמאל דבכל גווני כשר בנכרת א' מהם וכן ראיתי בתשובת הגאון מוהר"ח זצ"ל מוואלאזין שכתב לסמוך על דעת הרש"ל הנ"ל והוכיח כן בשם בעה"ת דלר"ת אין לחלק ביניהם. אך יש בזה פלוגתא דרבוותא דלשיטת הרמב"ם והרא"ש דמחמיר בנכרת א' מהם בידי אדם ע"כ אין מקום להקל לשיטתו בנ"ד:

עכ"ז יש לצרף עוד ספק בנ"ד לפי מש"כ הישׁ"ש לפרש למה דאמרו בירושלמי מי שעלתה חטטין מי מחכך בה או מסיית וה"ה בידי אדם כמו שהוא בידי שמים. דאף דהגמר הוא ביד"א מ"מ כיון שמתחילה שלט ביה החולי עד שמחמת זה הוכרח לכורתו הו"ל כמו ביד"ש וכשר. ופירש כן לדברי הרמב"ם שכתב או שנולד בהן שחין והמסה אותו או שכרתו ה"ז כשר דהכוונה או שכרתו דאף אם כרתו בידי אדם מ"מ כשר ואף דנימא דפליגי בזה תנאי בירושלמי אם מקרי כה"ג ביד"ש או ביד"א מ"מ יש לפסוק להקל כיון דאמרו שם בירושלמי כולה דרבנן הרי שעלה חטטין כו' דמשמע דדוקא לרבנן אמרו כן אבל לר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן ב"ב מכשיר בזה. א"כ להסוברים כר' ישמעאל משום ששמע מפי חכמים בכרם ביבנה כמש"כ הראשונים שם א"כ שפיר יש לפסוק להקל בזה כר' ישמעאל והדברים ארוכים ויש לנו לדון ספק ספיקא בזה להתירא ספק א' שמא הלכה כר"ת ובפרט דהב"ח כתב דהסומך על הר"ת וסייעתו אין למחות בידו ועכ"פ יש לנו לצרפו לספיקא דדינא ואת"ל כהחולקים על הר"ת ומפרשים דר' ישמעאל מיירי ביד"ש דווקא אכתי יש לדון לספק שמא היכא דהותחל ע"י חולי אף דאח"כ שלט בו ידי אדם מ"מ נקרא בידי שמים וכשר דהא עכ"פ יש לדון בזה לספיקא דדינא א"כ ה"ל ספק ספיקא להקל:

ב

אך אכתי יש לפקפק בנ"ד ולומר דאף לשיטת הר"ת דהתיר בנכרת ביצה אחת מ"מ הא מבואר בטור דדווקא בנכרתה שלמה אבל נפצע ואח"כ ניטלה פסולה אף להר"ת ובפרט לפי מה דנתבאר בשם הישׁ"ש דמפרש להירושלמי דבשלמין היינו שהיתה שלמה ולא של ימין א"כ בנ"ד דהיתה נפוחה וגדולה כמו ככר י"ל דמקרי כמו נפצעה דפסולה אף בנכרתה אח"ז ועכ"ז גם בזה יש לדון להקל לפי הכרעת הב"ח להלכה דע"י חולי הוי ביד"ש וכשר וכן כתב הישׁ"ש להקל ע"י חולי:

וכן מצאתי בהגהות תוס' יו"ט אשר נדפסו בחמש שיטות להרשב"א סוף מסכת קדושין שכתב דלדינא יש להקל ע"י חולי וכן דעת הפר"ח ליו"ד סי' ל"ו וכן משמע בדעת הב"ש סי' ה' ס"ק י"ב וכן ראיתי בתשובת הגאון מו"ה חיים זצ"ל מוואלאזין שהכריע להקל דע"י חולי הוי כמו ביד"ש וכן בתשובת משכנות יעקב סי' ג' ובפרט לפי מה שכתבתי בקונטרס אחד לבאר בארוכה עפ"י דברי הלבוש מילתא חדתא שלא העירו האחרונים דדווקא באם אירע לו החולי בגופו ועי"ז נתקלקל ביציו או הגיד בזה יש מקום להחמיר ולומר דזה הוי כמו בידי אדם אבל היכא דהקלקול בא מיד בהתחלה לאברי הזרע ע"י איזה חולי בכה"ג גם הרא"ש מודה דכשר דזה מקרי ביד"ש:

והארכתי בעז"ה לבאר כ"ז בטוב טעם במק"א וקשה עלי מלאכת הכתיבה להעתיק כעת ע"כ בנ"ד שנתקלקלה הביצה ע"י חולי דהותחל בהביצה בכה"ג י"ל דגם הרא"ש מכשיר וע"כ שפיר מקרי בנ"ד ביד"ש ולכן אם נכרת הביצה אח"ז שפיר יש לנו להקל לשיטת הר"ת משום דדווקא בנפצע בידי אדם כיון שנפסל בזה כתבו דלא מהני מה שנכרת משום דאין פסול חוזר להכשירו משא"כ בכה"ג דמקרי כמו ביד"ש א"כ לא נפסל מעולם וע"כ שפיר יש לדון להספק ספיקא שכתבתי להתירא וכש"כ לפי מה שהעלה הגאון ר"ח זצ"ל מוואלאזין בשו"ת בשם בעה"ת דלשיטת הר"ת מקילינן אף בנפצע ביצה אחת וא"כ הרי הוא כשר מעיקרא:

ג

וגם יש לצרף לספיקא בנ"ד מה שכתב הבית מאיר להסתפק דאם נחלה עד שמוכרח להנטל ביד"א כדי שלא יחלה יותר עד שמכח זה עומד ליקצץ וניטל ביד"א דיש לדמות זה למאי דקיי"ל כר"ש דכל העומד ליגזוז כגזוז דמי וחשוב בידי שמים וכשר והחתם סופר סי' י"ז כתב סברא דאם כבר נתמסמס הביצה ונתבטל ע"י חולי והי' כלא היה ועומד להתבטל ולהתמסמס מאליו והרופא מיהר לעשותו בהא לית דין ולית דין דשרי להסוברים דע"י חולי מקרי ביד"ש וכדברי יש"ש בפשיטות כו' וכן משמע בפשיטות מדברי כל הגדולים כו' אלא דהם חשו להסוברים דחולי חשוב ביד"א כו' עכ"ל החתם סופר א"כ לפי מה שכתבתי לעיל דהכרעת הפוסקים הנ"ל להקל ע"י חולי ע"כ שפיר יש לנו לסמוך על סברת החתם סופר הנ"ל להקל בנ"ד. וכעין זה אי' ביו"ד סי' מ"ח סעי' ה' דנתמסמס חשוב כניטל וכמבואר בחולין דף נ"ב וה"ה בנ"ד דנעשה כמו בשר מת ולא הרגיש שום כאב בעת שחתכו הביצה כמו שאמר לי בעצמו וע"כ בוודאי חשוב כמו נתמסמס דחשוב כבר כמו ניטל אף מקודם שחתכו הביצה והוי לי' שפיר כמו עובדא דהחתם סופר דיש לדון לסברתו הנ"ל ועוד דאף אם לא הוי כ"ז רק לספק אחד ג"כ יש לדון להתירו לדור עם אשתו עפ"י מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ד' ענף א' לדון דספק פצוע דכא מותר לבא בקהל ומה שהקשה הנו"ב במ"ק סי' ו' ע"ז מירושלמי פ' הערל כו' תרצתי את זה שם בעז"ה בטוב טעם ע"ש. ע"כ הוי זה היתר נכון בנ"ד ובפרט דנשואה לו האשה מכבר כמו בנ"ד וראיתי בדרוש וחידוש של הגאון רע"א זצ"ל בהשו"ת בסוף הספר שכתב להעיר דספיקא דדינא אינו בכלל הספק דאף דנימא דספק פ"ד מותר בקהל מ"מ י"ל דספק בדין שאני ע"ש ולענ"ד נראה להוכיח דלא כדבריו אלא היכא דמיעטה התורה להספק דה"ה גם ספיקא דדינא או ספיקא דפלוגתא נתמעט דהא איתא בבכורות דף נ"ח אמר רבא לדברי בן עזאי נולדו לו בחמשה באב וה' באלול

וחמשה בתשרי כונסן לדיר להתעשר ונוטל כו' והשאר פטורין כו' עשירי וודאי אמר רחמנא ולא ספק הרי להדיא דכיון דמיעטה התורה לעשירי ספק דה"ה ספיקא דדינא לבן עזאי דמספקא לי' אם הלכה כר"מ או כר"ש נתמעט וה"ה במה דממעטינן לספק פצוע דכא דגם ספק בדין נתמעט ויש לי להאריך בזה אך מפני חולשתי וטרדתי קצרתי:

ד

ולדינא בנ"ד נראה להתירו ולא להפרישו מאשתו וכפי שנתבאר ויש לנו לסמוך על דברי תשובת הגאון מרן מוה' חיים זצ"ל מוואלאזין שכתב להיתירא בעובדא כזה ונ"ד עדיף מדהתם דהא שם כתוב שנעשה כן לפי שנפל בדרך הליכתו לארץ ומחמת זה הוכה בביציו עד שהותחל להתנפח הביצה ימנית כו' ובנ"ד לא נעשה זה הסיבה מחמת ההכאה וכן ראיתי בספר ישועות יעקב ח' אה"ע סי' ה' ס"ק ג' שכתב ג"כ להקל בעובדא כזו דיש לסמוך על דעת המתירים בביצה א' ובצירוף דעת המהרש"ל דבדרך שהרופאים עושים כ"ע מודים ע"ש ובענין כזה מהראוי להקל ולא להחמיר ומצינו בירושלמי יבמות פ"ח ה' א' שאמרו רב אדא בר אחווא איתיליד לי' חד בר כי מסמס בי' מות כו' רבנן דקיסרין אמרין נעשה פצוע דכא ונתענה עליו שימות עכ"ל הרי מבואר דהיכא דאינו ראוי לבא בקהל טוב לו יותר שימות ועד היכן הדברים מגיעין וע"כ אין לנו לבקש חומרות בזה רק להדר ולהקל ויש לנו על מי לסמוך ולהיתירא:

סימן יא

נשאלתי באחד שיש לו מיום לידתו חולי שקראפיל פעם באבר א' פעם בחבירו ועתה זה כשמנה שנים נולד לו נקב מפולש בביצה ימנית שקורין פיסטיל והנקב הולך וגדול בכל עת עד שגזרו הרופאים לחתוך הביצה הנ"ל ונשאלתי אם מותר לבא בקהל ד':

ענף א

א

תשובה בעז"ה ומתחילה נבאר אם כ"ז שלא חתכו הביצה ימנית אם כשר בקהל וידוע פלוגתת ראשונים באה"ע סי' ה' סעי' י"א ע"י חולי אי חשיב ביד"ש או ביד"א ושיטת הרא"ש ביבמות דע"י חולי חשוב ביד"א והוכיח כן מדברי רש"י יבמות דף ע"ה ד"ה ביד"ש כשר שכתב ע"י רעמים וברד או לקוי ממעי אמו ומדלא כתב ע"י חולי מוכח דס"ל לרש"י דע"י חולי חשוב ביד"א:

ב

ולענ"ד י"ל דאין הכרע מפי' רש"י משום דעיקר הך מילתא י"ל דזה תלוי בהמבואר בסוגיא שם דרבא יליף דלכן ביד"ש כשר מדכתיב פצוע ולא הפצוע. ובמתניתא תנא

נאמר לא יבא פ"ד ולא יבא ממזר מה ממזר ביד"א אף פ"ד ביד"א ולכאורה קשה בטעמ' דרבא דא"כ אמאי ע"י רעמים וברד כשר הא לא הוי פ"ד מעיקרו עכ"פ:

וי"ל דהא דאמרו סתמא ביד"ש כשר דפשטות הלשון משמע דכולל גם ע"י רעמים וברד כפי' רש"י וש"פ דס"ל דאזלינן בתר טעמא כיון דחזינן דאם נולד כן ממעי אמו כשר אלמא דביד"ש גזרה התורה דכשר א"כ ה"ה מה"ט גם ע"י רעם וברד כשר כיון דהוי ביד"ש ובאמת מצאתי להש"ג בשם הריא"ז ביבמות ר"פ הערל דמפרש להא דאמרו פ"ד ביד"ש כשר דזהו לקוי ממעי אמו ולא היתה לו שעת הכושר כו':

אבל אם לא נולד כך ממעי אמו אע"פ שלקה אחר מכן ביד"ש ה"ה פסול ולפי דבריו אף ע"י רעמים וברד פסול כיון דלא הוי פצוע מעיקרו וס"ל כהך ילפותא דדרש רבא:

משום דלהך ילפותא דהברייתא דמה ממזר ביד"א כו' א"כ אף בכה"ג הא לא הוי ביד"א אבל רש"י לא ס"ל כן:

ג

ונלע"ד להוכיח כשיטת רש"י דע"י רעמים וברד כשר אף להדרש של רבא דביבמות דף פ' ע"א אי' אמר רב יוסף היינו דשמענא לאמי דא' כל שממעי אמו לקוי ולא ידענא מאי היא ופי' רש"י דלא ידענא אהיכא קאי אבל עכשיו ידענא דסריס חמה מפרש ואזיל עכ"ל רש"י ואי רעמים וברד א"כ תקשה מנלן לרב יוסף דהא דאמר אמי כל שממעי אמו לקוי קאי על הך דינא דסריס חמה הא י"ל דלמא קאי על הך דינא דמבואר ביבמות דף פ"ה בברייתא שם דפ"ד ביד"ש כשר דזהו כל שממעי אמו לקוי אז הוי פ"ד ביד"ש וכשר אבל לא ע"י רעמים וברד וס"ל לאמי כהך ילפותא דס"ל רבא מדלא כתיב הפצוע אע"כ מוכח דאף לרבא ג"כ מתכשר ע"י רעמים וברד ומזה הוכיח רש"י דע"י רעמים וברד לכ"ע כשר משום דיליף זה מפ"ד ממעי אמו כן נ"ל בכ"ז:

ד

ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ד' כתבתי לפרש שיטת הסוברים דע"י חולי הוי ביד"א דטעמם ע"פ מש"כ הרמב"ם ה' דיעות פ"ד ה' כ' דרוב חלאים באים ע"י פשיעת האדם בתשמיש וברוב אכילה וכ"כ שם ה' י"ט:

א"כ מה"ט מקרי חולי בשם ביד"א וכדמצינו בכתובות דף נ' דצינים ופחים בידי אדם נינהו וכן מצאתי כעת בתבואות שור סי' ל"ו ס"ק מ"ה שכתב כה"ג וכ"כ הבית מאיר סי' ה' סעי' י' ולפ"ז י"ל דס"ל דע"י חולי אינו דומה להפצוע מעיקרו דנולד ממעי אמו משום דיש לחלק דשאני פצוע ממעי אמו דאין בזה שום פשיעת אדם. משא"כ ע"י חולי כיון דבא ע"י פשיעתו א"כ אינו דומה להפצוע מעיקרו ומבעי להיות פסול אבל למאי דמסקינן שם דבמתניתא תנא נאמר לא יבא פ"ד ונאמר לא יבא ממזר מה ממזר ביד"א כו':

לפ"ז י"ל דבעי דומיא דממזר דהוי ע"י מעשה אדם ממש ולא ע"י גרמא בלבד א"כ אף ע"י חולי כשר דאף דבא ע"י פשיעתו מ"מ הא אינו בא ע"י מעשהו ממש ולכן רש"י דפי' המימרא דאמר שמואל ביד"ש כשר הוכרח לפרש ע"י רעמים וברד וממעי אמו ולא פי' ע"י חולי משום דאי נימא דשמואל קאי ג"כ ע"י חולי א"כ לא אתי שפיר מה דפי' רבא ע"ז למילף זה מדלא כתיב הפצוע דהא ע"י חולי אינו דומה לפצוע ממעי אמו כנ"ל:

ה

אבל לפי ילפותא דהברייתא הקישו לממזר י"ל דגם רש"י מודה דע"י חולי כשר כיון דלא הוי דומיא דממזר דהוי ע"י מעשה אדם. ובזה מתורץ מה דהקשו האחרונים ממש"כ רש"י ביבמות דף כ' דע"י חולי כשר. משום דמסתמא הלכה כהברייתא נגד רבא וכמבואר בכמה דוכתי דאמרו דיכול להיות דהאמורא לא ידע מהברייתא וכמש"כ הרא"ש פ"ג דברכות סי' ל"ה. ולכן פסק הרמב"ם דע"י חולי כשר דהא המ"מ פ' ט"ז ה' איסורי ביאה לא הביא רק הדרש דהברייתא דיליף מממזר ולכן לא הביא המ"מ רק הדרש דמה ממזר כו' ולא להדרש של רבא כדי דיהא אתי שפיר מה דפסק הרמב"ם דע"י חולי כשר וכן הירושלמי לפי מה דפי' הפני משה דס"ל דע"י חולי כשר ודלא כמש"כ הרא"ש בכוונת הירושלמי י"ל דזהו משום דהירושלמי אזיל לטעמי' דלא הביא רק הדרש של הברייתא להקישו לממזר כמבואר בירושלמי ע"ש. ע"כ אין הכרע מרש"י דיסבור דע"י חולי פסול ואפשר לומר דלכן לא פי' רבא כהדרש של הברייתא משום די"ל דזה תלוי בהפלוגתא הידוע אי דנין אפשר משאי אפשר דאי נימא אין דנין אפשר משאי אפשר א"כ ליכא למילף מממזר דהא י"ל שאני ממזר דא"א אלא ביד"א ומצינו במכות דף ה' דס"ל לרבא דלכן אין משלשין במכות משום דבעי כאשר זמם וליכא ולא ס"ל להדרש דדרש אביי שם להגז"ש דרשע רשע משום די"ל דס"ל כקושיות התוס' ביבמות דף מ"ו דהקשו ע"ז הא אין דנין אפשר משאי אפשר ועיין בכתובות דף ל"ה תוס' ד"ה רבא א' אתיא מכה מכה ובתוס' מנחות דף פ"ב ד"ה והשתא נמי כו' ובכורות דף נ"ו תוס' ד"ה ומה בנך אינו בלקוח כו' ונדה דף ל"ו והברייתא דיליף מהיקישא דממזר י"ל דס"ל כמ"ד דדנין אפשר משא"א:

ו

וזה כמה שנים שהקשה ממני הרב הגאון הג' המנוח מו"ה יהודה ליב זצ"ל אב"ד דק' דענעבורג. בקונטרסו ששלח אלי אז והקשה על שיטת הסוברים להכשיר ע"י חולי מהא דיבמות ד' ע"ט דהקשו שם בגמ' אמאי ס"ל לר"ע דסריס אדם חולץ והא ס"ל לר"ע דחייבי לאווין כחייבי כריתות כו', וקשה הא יש לאוקמי בנעשה פ"ד ע"י חולי דכשר כו' עכ"ל ויש להמתיק דבריו לפי מה דמבואר בירושלמי יבמות דהובא בכל הפוסקים דהי' בו

חטטין והרי הוא בידי אדם כמו שהוא ביד"ש עכ"ל א"כ אף ע"י חולי מקרי סריס אדם משום דנעשה ע"י פשיעת האדם וכשר לשי' הפוסקים כן ובפשטות י"ל בזה כיון דלדינא ס"ל דכשר א"כ חזינן דמקרי ביד"ש ולא מקרי סריס אדם ושפיר הקשו בש"ס התם כנ"ל ובדרך פלפול י"ל בזה לפי מה דילפי מברייתא דפ"ד ביד"ש כשר הוא מהיקישא דממזר א"כ לר"ע דס"ל אין דנין אפשר משאי אפשר כמבואר ביבמות ד' מ"ו ומנחות ד' פ"ב א"כ לר"ע אליבא, דהך ברייתא דלא ס"ל לילפותא דרבא דיליף מדלא כתיב הפצוע. לא ידעינן כלל דביד"ש כשר ולכן שפיר מקשה הגמ' שם אליבא דר"ע ולא מוקי בנעשה ע"י חולי דכשר דהא לר"ע שם אף ע"י שמים ליכא ילפותא להכשיר כ"ז דרך פלפול אבל העיקר כמש"כ בתחילה בדרך פשוט דז"א קשה:

ז

ועיין בסוטה ד' כ"ו תוס' ד"ה אשת סריס כו' שכתבו דהך סריס אדם דתניא בברייתא והובא ביבמות ד' כ' וד' ע"ט מיירי בשתה כוס עקרין ומותר בקהל א"כ לפ"ז תקשה מאי הקשו הש"ס לר"ע הא י"ל דהך סריס אדם דמשנה מיירי בשתה כוס עקרין ומותר בקהל וגם זה הקשה הגאון נ"ע הנ"ל וע"כ מוכרח לומר דס"ל להתוס' דסתם סריס אדם הוי פ"ד וכרות שפכה דפסול בקהל וכמש"כ התוס' יו"ט שם פ' ד' משנה ד' אלא בברייתא שם כיון דתני כבר פ"ד וכ"ש א"כ ל"ל למתני אח"ז סריס אדם. לכן פי' התוס' דזה קאי על מי ששתה כוס עקרין אבל היכא דליכא יתורא וודאי קאי על מי דהוא פסול בקהל וכמש"כ התויו"ט בסוטה דסתם סריס אדם הוי באופן דפסול בקהל ועיין מזה בספרי באר יצחק סי' ד' ענף ב' בסופו ואכמ"ל נחזור לענינינו די"ל דמשיטת רש"י אינו ראי' לפסול ע"י חולי לדינא:

ח

והרא"ש כתב שם דמירושלמי מוכח דחולי הוי ביד"א ובאמת יש לתמוה על הרא"ש בזה דהא מוכח בירושלמי דע"י חולי כשר וכמש"כ הפני משה שם דהא דאמרו בירושלמי דע"י חטטין פסול קאי שם אליבא דרבנן. אבל ר' ישמעאל פליג שם עלייהו ואיפסיקא הלכתא שם כר' ישמעאל א"כ הרי להדיא דשיטת הירושלמי דע"י חולי כשר. ואפשר דכוונת הרא"ש להוכיח מירושלמי דקרי לחולי בשם ביד"א ורבנן ס"ל דפסול ואף דירושלמי פסק הלכה כר"י. עכ"ז הא הרא"ש שם ביבמות מתחילה כתב בשיטת הרי"ף דס"ל דפליגי והלכה כרבנן דהוי רבים והש"ס דילן לא ס"ל דהלכה כר' ישמעאל כמו דא' בירושלמי א"כ שפיר כתב הרא"ש להוכיח לפי מש"כ הירושלמי דפליגי היכא דהוי ע"י חולי א"כ ממילא לפי ש"ס דילן דסתם בזה מוכח דהלכה כרבנן דהוי הרבים ופסול

ע"י חולי אבל גם זה דוחק לפי הנראה בפסקי הרא"ש ובמק"א ביארתי בעז"ה על נכון כוונת הרא"ש הנ"ל בארוכה ואכמ"ל:

ט

ולולי דברי הראשונים בזה דהוכיחו מירושלמי דס"ל דע"י חולי הוי כמו ביד"א הי' נלענ"ד לומר דהירושלמי אזיל לשיטתי' והוא כי מבואר בב"מ דף ק"ז דרב ס"ל דרוב חלאים באים ע"י עין הרע ושמואל ס"ל ע"י רוח ור"ח ס"ל ע"י צינה ור"י ב"ח אמר זו צואה ר"א אמר זו מרה ופי' רש"י דרוח לאו היינו צינה ובירושלמי שבת פ' י"ד ה' ג' אי' דר"ח ושמואל אמרין צ"ט מתים בצינה וא' מהם ביד"ש וסותר הירושלמי בזה להש"ס דילן ונחזי אנן דלמ"ד רוב חולי בא ע"י רוח וודאי אין לומר בזה דזה בא ע"י פשיעת האדם דהא אין לך אדם שינצל מהרוח וביבמות דף קכ"א אמרו חיישינן שמא הרוח בלבלתו ולא אשכחו אלא בביתא דשישא וכן למ"ד ע"י עין הרע ג"כ לא מקרי ביד"א דהא כתב התו"ח שם בב"מ דכ"ז הוא דרך הטבע בהתנהגות העולם ע"ש אלא למ"ד רוב חולי בא ע"י צינה יש לדון דע"י חולי הוי כמו ביד"א כיון שבא ע"י פשיעתו וכמש"כ בספרי:

וכמש"כ התב"ש דלכן פסלו ע"י חולי משום דבא ע"י פשיעתו כמו בכתובות וב"ב דהכל ביד"ש חוץ מצינים פחים אבל לכל הנך אמוראי ברור דחולי לא מקרי ביד"א דהכל ביד"ש חוץ כו' א"כ עין הרע ורוח וצואה ומרה כ"ז נכלל בכלל הכל ביד"ש. אלא למ"ד ע"י צינה יש לדון דהוי ע"י אדם וכמש"כ בתב"ש בסי' ל"ו ס"ק מ"ה כנ"ל וגם למ"ד ע"י צינה יש מקום לדון ולחלק דזה לא מקרי ע"י אדם וכמו ברעם וברד כיון דלא בא ע"י מעשה האדם רק ממילא וכמש"כ במק"א בארוכה לבאר זה החילוק היטב דלמ"ד ע"י צינה אין בי' מעשה האדם רק ממילא נלקה ע"י פשיעתו בלא מעשהו כלל וע"כ אין זה דומה לממזר וקצרתי כעת בזה:

י

לכן לולי דברי הרא"ש יש לדון דכיון דאמרו בש"ס דילן לשיטת רוב אמוראי דחד ס"ל דרוב חולי בא ע"י עין הרע ולחד מ"ד ע"י רוח ולחד מ"ד ע"י צואה ומרה:

ולדידהו ודאי מקרי כל חולי בשם ביד"ש ולא ביד"א דהא בתר רוב אזלינן בכל דוכתי [ובפרט לפי מה דנתבאר דיש מקום לדון דגם למ"ד ע"י צינה אין זה מקרי ביד"א ודלא כסברת התב"ש ובירושלמי שבת פ' י"ד ה' ג' איתא דרבנן ס"ל דרוב חולי בא ע"י פשיעה ופי' שם הקרבן עדה דבא ע"י ריבוי מאכלים ומשקה ומשגל ופליגי על הנך דס"ל שם ע"י עין הרע וצינה ושרב. ולהנך רבנן יש לדון דע"י חולי מיקרי ביד"א ופסול משום דבא ע"י מעשה אדם ודומה לממזר. ולפ"ז י"ל דהירושלמי דפוסל ביבמות בפ"ד ע"י חולי ומקרי ביד"א אזיל לטעמו דהביא בשבת להך רבנן הנ"ל וכיון דאמרו שם בלשון רבנן אמרי

הוי המה הרבים ועיין בח"מ סי' כ"ה סעי' ב' ובש"ך ס"ק י"ט ועיין בירושלמי סנהדרין פ"א ה"ב גבי עיבור שנה דחד אמר לעבר מטעם זה כו' והובא בספרי ב"י ח' או"ח סי' ז' ע"ש ולכן פסקו בירושלמי יבמות דע"י חולי ג"כ חשוב ביד"א ופסול ובאמת כיון דלא הובא בש"ס דילן להנך רבנן שפיר י"ל דע"י חולי ג"כ כשר כיון דלרוב אמוראי בש"ס דילן סיבת רוב החולי הבאים הם שלא בפשיעת ומעשה האדם. כן הי' מקום לדון לולי דברי הראשונים ולולי דברי הרמב"ם ה' דיעות:

יא

וידעתי מה דיש להעיר במש"כ דלרוב אמוראי בש"ס דילן כו' דהא אינן מסכימים מטעם א' וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' כ"ה ס"ק י"ט כעין זה ע"ש וביו"ד סי' רמ"ב אך הא כתבתי לעיל דיש לדון דגם למ"ד מפני צינה יש לומר דהוי כמו ביד"ש ודלא כסברת התב"ש ועוד דהא שיטת הרמ"א בח"מ שם דאף באין מסכימים מטעם א' ג"כ נחשבין לרוב ובתשובת שער אפרים סי' ס"ח העלה כהרמ"א והובא בחי' רע"א ליו"ד סי' רמ"ב וכן נראה מדברי הירושלמי בסנהדרין פ"א ה"ב שהבאתי לעיל ועיין בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ז' מזה ועוד דהא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ד' ענף א' דספק פ"ד מותר בקהל ע"ש ומדאורייתא ודאי מותר אך מדרבנן יש מקום לומר דיהי' אסור [וקצרתי בזה כעת]. והא מבואר בש"ך ח"מ סי' כ"ה ס"ק י"ט וביו"ד סי' רמ"ב דדוקא בדאורייתא י"ל דלא נחשב לרובא אבל בדרבנן שפיר נחשב לרובא וגם יש לחלק דשאני מילי דאגדתא ומה דמבואר בירושלמי שבת פ' י"ד ה' ג' דרבנן ס"ל ע"י פשיעה ודאי דינם כמו רבים נגד האמוראי דנזכרו שם דהם חולקים ע"ז וכמש"כ לעיל ועוד דהא כיון דהנך אמוראי דשם אינן מטעם א' ע"כ ודאי דאזלינן בתר רבנן דבאו כולם מטעם א' דהרוב הבאים מטעם א' מכריעין לסתור להרוב דאינן באים מטעם א' דהא יש להו חשיבות ביותר עכ"פ וקצרתי בכ"ז:

ענף ב

יב

אמנם שיטת הרא"ש דהכריע לדינא דע"י חולי חשוב ביד"א טעמו י"ל דס"ל כהנך רבנן דירושלמי דרוב חולי בא ע"י מעשה אדם וכהנך רבנן דירושלמי שבת הנ"ל וכמו שפסק הרמב"ם ה' דיעות ובספר הברית והבית מאיר בסי' ה' דכתב דלכן פסול ע"י חולי משום דבאים ע"י ריבוי מאכל ומשקה ומשגל ע"ש ומן ירושלמי שבת הנ"ל מוכח כמש"כ הרמב"ם ה' דיעות א"כ הוי דומיא דממזר לשיטת הרא"ש אבל הרמב"ם דפסק דע"י חולי כשר טעמו משום דהא לא הוי ע"י מעשיו ממש רק ע"י גרמא דילי' א"כ לא הוי דומיא דממזר וכן מוכח בסנהדרין דף ע"ח דאי' שם הכהו עשרה ב"א בזא"ז כו' אמר רבא הכל מודים בהורג הטריפה פטור בגוסס ביד"ש חייב לא נחלקו אלא בגוסס ביד"א ופי' רש"י

והרמב"ם בגוסס ביד"א זה שקרוב למות מחמת המכות ובגוסס ביד"ש פי' הרמב"ם ה' רוצח דזהו שהי' חולי וגוסס ביד"ש הוי העיקר ע"י חולי ולא מצינו שם פי' אחר דיפליג עליהם אלמא דע"י חולי זהו מקרי ביד"ש ונכלל בלשון ביד"ש ודוחק לחלק דשם הוכרח לפרש כך וכאן יפרשו בלשון זה בפי' אחר ובאמת עיקר ראיות הרא"ש מירושלמי אף לולי שכתבתי כבר כתבו הפוסקים להשיג על ראי' זו:

יג

אך בנ"ד אף לשיטת הרא"ש ורש"י יודו דזה מקרי ביד"ש דהא עיקר סברת הרא"ש בע"כ טעמו משום דבא ע"י פשיעתו ע"כ מקרי ביד"א. א"כ בנ"ד דנולד לו מעת לידתו חולי שקראפיל ועי"ז נעשה אח"ז נקב שקורין פיסטיל בביצה ימנית א"כ הא לא פשע כלל ודומה זה לאם נעשה פ"ד ע"י רעמים וברד דשי' רש"י והמחבר כולם דזה דומה לפ"ד מעיקרו וכשר ולא כהש"ג כנ"ל א"כ כיון דלא פשע כלל בזה כ"ע יודו דהוי כמו ביד"ש וכשר וכן ראיתי להבית מאיר דכתב דאם נעשה ע"י חולי שלא פשע בו כ"ע יודו דכשר א"כ בנ"ד כ"ז שלא חתכוהו לביצה שלו בוודאי כשר לכ"ע ובפרט דרוב פוסקים הכריעו להלכה דע"י חולי כשר וכמש"כ המחבר זה לדיעה ראשונה סתמא והב"ח והיש"ש הכריעו להקל בנעשה ע"י חולי וכן מצאתי בהגהות תוס' יו"ט אשר נדפסו בחמש שיטות לרשב"א אחר מסכת קידושין שכתב שם לדינא דכיון דהתוס' והרמב"ם כתבו להקל ע"י חולי הכי נקטינן וכן הכריע הפר"ח ליו"ד סי' ל"ו גבי צמקה הריאה דהעיקר כהרמב"ם דע"י חולי מקרי ביד"ש וכן הבאתי בספרי באר יצחק סי' ד' בשם החינוך דדעתו כן. בפרט דנתבאר דמן שיטת רש"י לא מוכח כנ"ל וכן מן הירושלמי אף לפי פי' הרא"ש בדברי הירושלמי ג"כ אינו ראי' כנ"ל ובפרט דלא נעשה ע"י פשיעה ע"כ כ"ז שלא חתכוהו וודאי כשר בנ"ד:

יד

ועכשיו נבאר מה דיש לדון מה דינו לאחר שיחתכו כל הביצה והוא דלשי' התוס' כשר אף בביצה ימנית ובדעת הרא"ש לא מצינו הכרעה ברורה לדינא אם דעתו כהאלפס או כר"ת דמכשיר ומש"כ הרא"ש בשם ר"ת דוקא בשל שמאלית כבר כתבו הישי"ש והב"ח כשי' התוס' דזהו לחומרא בעלמא וכ"כ בסמ"ג ושיטת הישי"ש כעדותו של ר"ת דהרופאים יודעים לאמן ידיהם ע"ש וכ"כ הב"ח לדינא דהסומך על ר"ת ור"ש והר"י והראב"ד ושארי אחרונים שהביאו דבריהם להיתר אין למחות על ידו והנ"י כתב שהרא"ש תופס' שי' ר"ת מיהו בפסקי הרא"ש לא הכריע עכ"ל הב"ח א"כ לשיטת הפוסקים הנ"ל בוודאי כשר בנ"ד. ואף לפמש"כ בשם ר"ת דדוקא כשהיתה שלימה כשניטלה אבל אם נפצעה ואח"כ ניטלה פסול משום דפסול אינו חוזר להכשירו:

היינו דוקא היכא דנפסל אבל בנ"ד דנתבאר דלכ"ע כשר ולא נפסל מעולם בוודאי כשר לשי' ר"ת אבל שי' הרמב"ם והאלפסי והנ"י והרמב"ן ורשב"א וריטב"א דס"ל דוקא בחסרה ביד"ש כשר אבל ביד"א הוא פסול וכמו שפסק המחבר בשו"ע סי' ה' סעי' ז' א"כ לפ"ז בנ"ד הוא פסול לאחר שיחתכוהו:

טו

אך גם לשיטתם יש לדון להקל בנ"ד דהא לשון הרמב"ם והמחבר דאם נולד בהם שחין והמסה אותן או כרתן ה"ז כשר כו'. ופי' הישׁ"ש ביבמות פ"ח סי' ט' דאו כרתן הכוונה דאף אם כרתן אדם ג"כ כשר כיון דהוכרח לכורתן ע"י סיבת החולי שנולד בהם דינו כמו ביד"ש וכשר ואף שנוכל לפרש דברי הרמב"ם במש"כ או כרתן דהשחין כרת אותן אבל אין הלשון משמע כן כו' אבל מה שפירשתי הוא הנכון דאפי' כורת מחמת קלקולן שנמוסו ונימוחו כבר הוא כשר כו' עכ"ל הישׁ"ש וטעמו בזה דהא בעינן דומיא דממזר ומה ממזר התחלתו ביד"א וגמרו ביד"א אף פ"ד כן אבל היכא דהתחלתו הוא ביד"ש וגמרו ביד"א כשר דהא אין זה דומה לממזר א"כ בנ"ד לפ"ז שהוכרח לכורתו מחמת הפיססול שנולד בו שלא ע"י פשיעה. וכל יום ויום הולך וגדול הנקב ואם לא יחתכוהו יהי' נימוס כל הביצה בוודאי כשר והנה הבית מאיר כתב להסתפק אם נפסל ביד"ש עד שנחלה ומוכרח לינטל ביד"א כדי שלא יחלה יותר עד שמכח זה עומד ליקצוץ וניטל ביד"א אפשר לדמותו למה דקיי"ל כר"ש דכל העומד ליגזז כגזוז דמי כו' עכ"ל הב"מ:

והחתם סופר סי' י"ז כתב בזה"ל דאם כבר נסמסמס הביצה ונתבטל ע"י החולי ועומד להתבטל ולהסמסמס מאליו והרופאים מיהרו לעשותו בהא לית דין ולית דין דשרי להסוברים דע"י חולי מקרי ביד"ש כו' ואין זה ענין למסרס אחר מסרס כו' עכ"ל ולא הביאו ראי' לזה רק כתבו כן מסברא דנפשי':

טז

ולענ"ד ראי' לזה מהא דקידושין דף כ"ד ע"ב דת"ר הכהו על עינו וכהתה על שינו ונדדה אם יכול להשתמש בהן עכשיו לא יצא לחירות וא"ל יצא לחירות תניא אידך הרי שהיתה עינו כהוי' וסמאה שינו נדודה והפילה אם יכול להשתמש בהן כבר יוצא לחירות כו' א"ר ששת הרי שהיתה עינו סמוי' וחטטה עבד יוצא לחירות מ"ט מחוסר אבר הוא ותנא תונא כו' ותמה הרשב"א בחידושיו שם דא"כ הי' שינו נדודה נמי כשאין יכול להשתמש כבר והפילה אמאי אינו יוצא לחירות דהא שן נמי אבר הוא כו' וצ"ע עכ"ל הרשב"א וכן הקשה המהרש"א וראיתי להפני יהושע שם שנדחק ליישב זה וכתב דשאני עין בזה וזהו ג"כ הוא מצד דישלחנו רבויא הוא ע"ש בפני יהושע אבל לי נראה בפשיטות דכוונת הגמ' הוא דשאני שינו נדודה דכיון דאינו יכול להשתמש בו א"כ הוי כמו דניטל

כבר ועומד להנטל כנטול דמי וכסברת הבית מאיר הנ"ל גבי פ"ד דעומד לקצוץ ולחתוך כקצוץ וכחתוך דמי ושאני גבי עין סמוי' דכ"ז שלא חטטה אינו עומד להנטל וע"כ שוב כשחטטה שוויי' מחוסר אבר. אבל בשינו נדודה דכיון דהוא נידוד ממקומו א"כ ממילא עומד להנטל וכבר הוא מחוסר אבר אף כ"ז שלא הפילה ממש ע"כ הוי האבר כמאן דליתי' כלל ואינו פועל בו אף שהפילו ממש כ"ז הוא פשוט בכוונת הגמ' א"כ חזינן דהיכא דהאבר אינו משמש תשמישו הנברא בשבילו. וגם עומד להנטל א"כ הוי כמו דליתי' כלל ואינו פועל בו שוב מה שנעשה בו לאח"ז א"כ ה"ה בנ"ד היכא דהביצה עומד להינטל ממילא ע"י מה שיהי' נימוס והולך אף בלא חיתוך הרופאים א"כ הוי כמו דליתי' כלל כבר ואינו פועל בו שוב מה שיחתכוהו. וגם הא אחר דניקב ע"י חולי אינו יכול להשתמש ע"י מקרי. דהא אף בניקב הביצה ע"י שמים ג"כ נראה דאינו מוליד דהא לשי' הסוברין דניטלה הביצה ע"י אדם פסול בע"כ מוכרח לומר דהא דהירושלמי מיקל בניטלה ביצה אחת דזהו ע"י שמים וכמש"כ הראשונים והא מבואר בירושלמי שם דאינו מוליד רק דכשר משום דהוי ע"י שמים וגזרה התורה דכשר:

יז

וכן הסברא נוטה דאי נימא דביד"ש הוא מוליד א"כ ל"ל למילף מקראי דפ"ד ביד"ש כשר הא ממילא ידענו זה דכיון דמוליד מסתמא הוא בהכשירו כדהקשו ביבמות דף ע"ה וניקב לא מוליד כו' ואין סברא לומר דהקרא משמיענו זה גופא דביד"ש מוליד דז"א סברא כלל וגם ניקב הוא בכלל פ"ד כמש"כ הב"ש סי' ה' ס"ק ג' ומש"כ הב"ש שם דניקב יש לו רפואה חלק עליו הנו"ב מ"ק ס' ו' דניקב הביצה שלו אין לו רפואה כלל וביבמות ד' נ"ו אמרו דפ"ד שקידש מקרי משתמרת לביאה פסולה מוכח קצת דאין לו רפואה וקצרתי בכ"ז וכיון דהא דביד"ש כשר אין זה אלא מצד גזה"כ כנ"ל א"כ מנלן לחלק בזה בין ניקב ביד"א לניקב ביד"ש כנ"ל ויש לפלפל בכ"ז הרבה א"כ בנ"ד דנולד פיסטיל בביצה ימנית ובכל יום ויום הולך הנקב וגדול עד שגזרו הרופאים שאין לו שום עצה ורפואה עד שיחתכוהו כולו. א"כ בוודאי אם לא יחתכו ג"כ עומד להנטל ע"י מה שיהי' נימוס והולך כולו ובוודאי מקרי אינו יכול להשתמש תשמישו על מה שהוטבע בטבע הבריאה דהביצים הם אברי הזרע דהא הוא מקולקל כבר ואינו מוליד רק דהתורה גזרה דביד"ש הוא כשר כ"ז דלא חתכוהו [וידעתי מה דיש לדחוק ולחלק בזה אבל האמת יורה דרכו וגם הוא עומד להנטל ממילא ע"י מה שיהי' נימוס והולך א"כ הוי כמו דליתי' א"כ אף במה שחתכוהו אינו פועל לפסול כלל דהא הוי כמאן דליתי' כלל כבר ואין סברא לחלק דשאני גבי שן עבדו דהוי קנס דהא חזינן דהיכא דשווי' מחוסר אבר יוצא לחירות

רק ביכול להשתמש תשמישו אינו יוצא לחירות משום דהא לא הוי כנחתך דהא עדיין משמש תשמישו ועכ"ז בשינו נדודה ואינו יכול להשתמש תשמישו והפילו אינו יוצא לחירות משום דלא קרינן בי' שוויי' מחוסר אבר דהא כבר הוא מחוסר אבר כדמוכח פשט הש"ס [וזהו כמבואר התם תלש בזקינו ודלדול בו עצם יוצא לחירות משום דסופו ליבש וליפול כפי' רש"י שם א"כ ה"ה בנ"ד דכיון דהוא כשר האידנא אינו חוזר ונפסל ע"י חתוכו כיון דהוי כמו דליתי' כלל ואינו מעלה ומוריד בו שוב חתוכו. וזהו סעד נכון לסברת הבית מאיר והחתם סופר. ועפ"ז יש להקל בנ"ד וכמש"כ היש"ש להקל בזה ויש לנו עמוד לסמוך עליו בעז"ה וגם הא כתב החתם סופר בשם הסמ"ג להקל היכא שכרתו הביצה להצילו מחוליו. ויש לפלפל בדבריו וקצרתי ועיין בחי' הרשב"א לקידושין ד' כ"ד ע"ב בהך דיבשה גפה דשם וקצרתי:

יח

ואף אם נימא להסתפק עדיין בזה. עכ"ז הא לכל הפחות הוי זה ספק. א"כ יש לנו בנ"ד ספק ספיקא ספק שמא הלכה כהסוברין דאף ניטל ביצה ימנית ביד"א ג"כ כשר ואת"ל כהסוברין לפסול אכתי ספק שמא הלכה כסברת הבית מאיר וכמו דפסק היש"ש דאם מחמת החולי הוכרחו לכורתו דינו כמו ביד"ש וכשר וכדס"ל להסמ"ג כן ובס"ס דדינא ופלוגתא כבר סמכו הפוסקים להקל אף באיסור א"א ובמק"א הארכתי בזה הפרט ועוד דהא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ד' ענף א' העליתי ב"ה דהעיקר הוא דספק פ"ד כשר וכמו בממזר דאמרו דממזר ספק יבא וכן בספק פ"ד וגם הא אמרו ביבמות דף ע"ה תנא נאמר לא יבא פ"ד ונאמר לא יבא ממזר מה להלן כו' אף כאן כו'. וכמו כן איבעי לן למיגמר גם לגבי זה ולא שייך בפ"ד למיגזר משום מעלת יוחסין כמו דגזרו בממזר והא דהקשה הנו"ב במ"ק סי' ו' מהירושלמי דיבמות פ' הערל דספיקן בוודאי אסור קאי גם על פסול דפ"ד כבר תרצתי זה בספרי שם די"ל דירושלמי אזיל לטעמי' בקידושין פ"ד דלית לי' הך דרשא דממזר ודאי ולא ממזר ספק אבל לשיטת הש"ס דילן דאמרינן ממזר ודאי ולא ממזר ספק ממילא ה"ה ספק פ"ד ג"כ כשר לגמרי והארכתי שם בספרי ע"ש:

ענף ג

יט

וראיתי בדרוש וחדוש של רע"א זצ"ל בתשובותיו דף ו' שכתב דבספיקא דדינא אינו בכלל זה דלהתורה ליכא ספיקא דדינא ומיני' לא מיירי קרא ע"ש שכתב כן גבי פלוגתת רשב"א עם התוס' ולע"ד נראה להוכיח להיפך מהא דבכורות דף נ"ח דאמר רבא לדברי בן עזאי דמספקא לי' אם הלכה כר' מאיר או כר"ש נולדו לו חמשה באב וחמשה באלול וה' בתשרי פטורין מאי אמרת ליצרפו לגורן אחר עשירי וודאי אמר רחמנא ולא עשירי

ספק פשיטא כו' אלמא דמספיקא דדינא נתמעט ג"כ מן עשירי וודאי ולא עשירי ספק וכמו דספיקא דדינא לבן עזאי אם הלכה כר' מאיר או כר"ש נתמעט מן עשירי וודאי ולא עשירי ספק ה"ה במה שנולד לנו ספק אם הלכה כהרמב"ם דפוסל בניטל הביצה ע"י אדם או הלכה כהתוס' והר"ת המכשירים דוודאי ממעטינן זה מהא דפ"ד וודאי ולא פ"ד ספק ונתבאר דלא כהגאון רע"א בזה וראיתי בחמדת שלמה ח' אה"ע סי' מ"ה שכתב בשם ישועות יעקב די"ל דלא הוצרכה לומר מעלה עשו ביוחסין בספק ממזר רק בשתוקי דאיכא רוב להתיר דאם אזיל לגבה אמרו כל דפריש מרובא פריש אבל בספק השקול י"ל עדיין דאסור כמו כל הספיקות מדרבנן עכ"ל. ולענ"ד נראה להוכיח להיפך מב"מ דף ו' בקפץ א' מהמנויין לתוכן דפטור משום עשירי וודאי ולא עשירי ספק והא התם איכא אדרבה רוב המחייבו במעשר כמו דהקשו התוס' שם דנכבשינהו דניידי כו' וידוע בזה תי' השטה מקובצת לב"מ והובא בספרי ח' יו"ד סי' ט"ז ענף ד' דכל רובא נתמעט מן הא דלא עשירי ספק והארכתי שם בזה אלמא דאף דאיכא רוב לחייבו אפ"ה לא אמרו דיחוייב במעשר בהמה מדרבנן. וכן בהא דבכורות דף נ"ח הנ"ל ולא אמרו דיחוייב במעשר בהמה מדרבנן וכן פסק הרמב"ם ה' בכורות פ"ו ה' ט"ז דכל בהמה שהוא ספק אם הוא מעשר וכן בטלאים ונתערב בהם יתום או לקוח וכיוצא כולם פטורים משום עשירי ודאי ולא עשירי ספק וכמש"כ הלח"מ שם. ולא אמרינן לחייבו מדרבנן ככל ספיקא דאורייתא לחומרא והא גם במצות עשה אמרו דספיקא לחומרא ומעשר בהמה מנו זה למצות עשה כמו כל מצות עשה כמבואר ברמב"ם וספר החינוך ושארי תרי"ג מצות [ובאמת צ"ע קצת בדברי רש"י בכורות ד' נ"ז ע"ב ד"ה שלש גורנות כו' ואכמ"ל]:

כ

וכן אם נתערב יתום ולקוח בטלאים ועבר ועישר ג"כ משמע דאין חל עליו קדושת מעשר כלל משום ספק עשירי ואין זה דומה להא דאמרו עשירי ואחד עשר מעורבין בבכורות דף ס' וקידושין ד' נ"א דהתם הוי חיוב מעשר בוודאי ועיין בכורות דף נ"ג ותוס' ד"ה אלא כו' ויומא דף ס"ו ושבת ד' נ"ד בתוס' שם וקצרתי] אלמא דהיכא דהתורה גזרה למעט בפירוש להספק. לא גזרו עליו חז"ל כלל וכעין סברת הט"ז ביו"ד סי' קי"ז ואו"ח סי' תקפ"ח וכמש"כ הפני יהושע בקידושין ד' ע"ג דלכן אמרו שם להחמיר בספק ממזר משום מעלת יוחסין ולא משום ספק וכמו כל הספיקות דאסרו חז"ל לשיטת הרמב"ם משום דבמפורש בתורה להיתר לא אסרו חז"ל ע"כ בספק פ"ד דלא שייך בי' לומר מעלה עשו ביוחסין לא גזרו בי' חז"ל ודלא כהישועות יעקב והחמדת שלמה בזה ולפ"ז יש לנו יסוד גדול להקל בעז"ה בכל ספק פלוגתא בפסול דפצוע דכה. ואפשר לחלק קצת דשאני

ספק ממזר דאין זה כתוב מפורש בתורה כ"כ וכמש"כ התוס' בקידושין ד' ע"ג ד"ה וחד למשרי שתוקי כו' דזהו משום דמקיש ממזר לקהל כו' א"כ י"ל דדוקא עשירי ספק דכתוב מפורש בתורה עשירי וודאי ולא עשירי ספק ע"כ לא החמירו בזה חז"ל משא"כ בממזר ספק דלא כתוב מפורש בתורה ועיין בפי' רש"י בקידושין שם ובפני יהושע וקצרתי אבל באמת אין סברא לחלק בזה וכדחזינן להפני יהושע בקידושין דף ע"ג דכתב דהא דלא ספק ממזר מקרי ג"כ כתוב מפורש בתורה ע"ש:

כא

ובירושלמי שבת פ' ר"א דמילה סוף הלכה ב' ויבמות פ"ח ה' א' איתא רב אדא בר אהבה אתיליד לי' חד בר נש מימסמס בה ומית אמר רבי אבין נעשה כרות שפכה ונתענה עליו שימות רבנן דקסרין אמרין נעשה פצוע דכה ונתענה עליו שימות ופי' הפני משה דלכן נתענה עליו לפי דאינו ראוי בקהל הרי דמצוה להתענות עליו שימות דכיון דנפסל בקהל דיותר טוב לו המות מהחיים ע"כ מצוה רבתא להשתדל להיתירא בענינים כאלו לבל יודחו מקהל ד' כי זהו ענין פקוח נפשות ואפשר להסביר בכוונה אחרת להך דירושלמי דהתענו עליו שימות והוא דמצינו ביבמות ד' ע"ח ע"ב דממזר דלא ידיע לא חיי והטעם דשמא ישא כשירה רק בידיע חיי וכן אי' בירושלמי יבמות פ' ח' ה' ג' דממזר שאינו מפורסם לא חיי ועיין באה"ע סי' ב' בב"ש ס"ק י"ח. א"כ אפשר דה"ה הכא גבי פ"ד וכרות שפכה ג"כ יש לחוש למכשול שמא ישא כשירה ויוכשלו בביאת איסור בכל ביאה וביאה לכל ימי חייהם. ואף דאינו דומה כ"כ לממזר דיתרבו חלילה ממזרים בישראל. מ"מ י"ל דחשו גם לזה שכתבתי ואף דרב אדא ור' אבין ורבנן דקסרין ידעו דהוא פ"ד וכרות שפכה עכ"ז חשו דשמא יושכח לאח"ז משום דיש לחלק דשאני ממזר דאית לי' קלא וכמבואר בכתובות דף י"ד ובשא"ד משא"כ פ"ד דלית לי' קלא כ"כ וע"כ חשו לתקלה דשמא יושכח וישא כשירה ויהי' בעילת איסור בכל יום ויום וע"כ התענה עליו שימות כדי להנצל מחשש תקלה ועדיין יש להקשות דהא פסול פ"ד וכ' הוי דבר הניכר א"כ הא איהו בעצמו יוודע לו זה הפסול ואיך ישא כשירה ובוודאי אין סברא לומר דיעבור בזדון ובשאט נפש על מה דפשוט דקיי"ל דספיקא דאוריי' לחומרא. וכן בהך דהוי כ"ש דיש להסתפק אם זהו ביד"א או ביד"ש א"כ ספיקו לחומרא וכשישאל ע"ז להחכם ממילא ינצל מחשש תקלה ויש לדחוק בזה אבל העיקר הוא דלפי מה שכתבתי דספק פ"ד וכ"ש כשר ע"כ שפיר יש לחוש דשמא אף כשיתוודע לו לכשיגדל וישכח מה שעשה לו המוהל לכ"ש ופ"ד בידי אדם ויהי' לו ספק דשמא נעשה פ"ד וכ"ש ביד"ש א"כ ממילא יהי' מותר בקהל א"כ יהי' עי"ז חשש תקלה כיון דבאמת נודע להם בעת המילה

שנעשה אז פ"ד וכ"ש והוי ביד"א ע"כ התענו עליו שימות כדי להנצל מחשש תקלה. ולפ"ז יהי' מוכח מהירושלמי דספק פ"ד כשר וכמש"כ לעיל לפי ש"ס דילן. כן יש מקום לדון בכוונת הירושלמי אמנם העיקר פשטות כוונת הירושלמי הוא דלפי דיותר טוב לו המות מהחיים אם יובדל מקהל ד' ע"כ התענו עליו שימות וכמש"כ לעיל וע"כ מהראוי להשתדל בהיתירא בענינים כאלה:

כב

ובקדושין דף כ"ה אמרו עבד שסרסו רבו בביצים מהו ופשטו מהא דתני בכולם עבד יוצא לחירות רבי אומר אף הסירוס כו' והקשה המקנה שם הא קיי"ל דאינו לוקה ומשלם והמסרס הא לוקה ותי' דלא מיירי בסירסו רק בצינן אותו ע"ש אבל זה לא נהירא לי דא"כ הא לא הוי זה מום בגלוי ובמה דעבד יוצא לחירות בעי דיהי' המומין בגלוי רק דבסירסו איבעי' לי' אי זהו כמום בגלוי או לא וקאמרי שם כתנאי ומעוך וכתות כו' כולן בביצים כו' והא התם בעי ג"כ מום בגלוי וע"כ מיירי בסירסו ממש. דאי בצינן אותו הא זה לא הוי מום בגלוי ועדיין תקשה קושיות המקנה ולקמן יבואר דזה אינו דחיי' כלל). רק יש לומר דבאמת אינו קשה כלל קושיות המקנה הנ"ל משום דהא כתב רש"י בב"מ דף צ"א גבי קלב"מ דאי תפיס לא מפקינן וגם מבואר בהרא"ש סוף פ"א דב"ק גבי ר"ג וטבי עבדו דהעבד דהוי כמו תפוס בעצמו דהא גופו אצלו הוא וכ"כ הר"נ בפ"ק דקידושין גבי הא דעבד יוצא בראשי אברים דאע"ג דזהו קנסא ובעי ב"ד מומחין. עכ"ז הא אף בזה"ז קיי"ל דאי תפס לא מפקינן והעבד ה"ה תפוס בעצמו ולא יהבינן לו רשותא לאשתעבודי ומשמתינן לי' עד דכתב גיטא דחירותא עכ"ל והובא בב"י ליו"ד סי' רס"ז:

א"כ מה"ט לא שייך גבי מסרס עבדו לדון קלב"מ דהא הוי תופסו בעצמו כנ"ל ולפ"ז י"ל דבאמת למכתב גיטא דחירותא אין אנו יכולין לכופו ומשום דלישא שפחה כו' ולישא ב"ח אינו יכול כו' לא שייך בזה דהא כיון דנסתרס אינו ראוי לישא אשה ועיין בתוס' גיטין דף ל"ט ד"ה אותו העבד אין לו תקנה כו' מש"כ בשם פי' רש"י ושי' התוס' שם ועיין במל"מ פ"ב ה' קרבן פסח ועיין בכורות דף ל"ט תוס' ד"ה כולן בגיד כו' דלאו בארצכם לא תעשו לכ"ע הוי אף בביצים ועיין בביאור הגר"א ז"ל לאה"ע סי' ה' ס"ק כ"ג וקצרתי אמנם לפמש"כ התומים בסי' כ"ח ס"ק ד' דהתוס' והרשב"א לא ס"ל להכלל של רש"י אלא ס"ל דאף בקלב"מ לא מהני תפיסה ע"ש ובקצה"ח ונתיבות שם וכ"כ המחנה אפרים ה' מלוה ולוה דיני רבית סי' ט"ו ע"ש א"כ לשיטתם דס"ל דלא מהני תפיסה בקלב"מ תקשה קושיות המקנה הנ"ל:

כג

ואין לומר דהא קיי"ל חייבי מלקות שוגגין וה"ה בזה"ז דמשלם דז"א דהא עדיין תקשה לריש לקיש דס"ל בכתובות ד' ל"ה דחייבי מלקות שוגגין אינו משלם דאף דנימא דמיירי בלא התרו בי' ג"כ ה"ל להפטר מממון ואין לומר דלר"ל נימא דרבי דס"ל דיוצא לחירות ע"י סירוס דס"ל כר"מ דלוקה ומשלם דגם זה אינו דהא בכתובות דף ל"ה איתא דלריש לקיש דא' בפי' רבתה תורה חייבי מלקות כחייבי מיתות דמאן תנא דפליג עלי' דר' נחוניא אי ר"מ אי ר' יצחק ולא אמרו אי רבי דהא לפי שיטת ר"ל יהי' מוכח מן רבי דסירוס הנ"ל דס"ל כר"מ ג"כ דלוקה ומשלם וכן בהא דכתובות ד' ל"ג דא' ר"ל הא מני ר"מ דא' לוקה ומשלם כו' ומקשי אי הכי אף בתו נמי וכי תימא ר"מ לוקה ומשלם אית לי' מת ומשלם לית לי' והתניא כו' והוכרח לתרץ זה הא הוי מצי לאוקמי הא מני רבי הוא דס"ל לוקה ומשלם ובמת משלם לא מצינו דס"ל לרבי דמת ומשלם וע"כ מוכח דגם לר"ל אינו מוכח מן רבי דיסבור לוקה ומשלם וכמש"כ התוס' בכתובות דף ל"ב ד"ה דאין לוקה ומשלם כו' בסה"ד דאמאי לא מוקי לה כר"ע דלדידי' לא שמעינן לי' מת ומשלם אלא משמע דאין שום תנא סובר לוקה ומשלם אלא לר"מ לחודי' עכ"ל, התוס' כמו כן נוכיח מזה דגם רבי לא ס"ל לוקה ומשלם רק לר"מ כנ"ל א"כ תקשה קושיות המקנה הנ"ל דאמאי יוצא העבד לחירות בסירסו הא אינו לוקה ומשלם. ואף בחובל בחבירו דמשמע מהרמב"ם ושו"ע דאף בחובל ביו"ט משלם ואין לוקה העיר בזה המקנה שם ובכתובות דף ל"ב דזה גופא אינו ברור כ"כ ובמק"א הארכתי בזה לעצמי ואכמ"ל ותקשה קושיות המקנה הנ"ל אמנם לשי' הר"ת והתוס' דס"ל דניטלה ביצה א' מוליד אף בניטלה ביד"א. שפיר מתורץ בפשטות קושיות המקנה הנ"ל די"ל דהא דסירסו בביצים דיוצא לחירות לרבי מאיר בסירס לא' מביציו. והא דקאמרו סירסו בביצים מהו י"ל דקאי על א' מביציו. וכמו הא דאמרו שם דיוצא בראשי אצבעות ידים ורגלים וראשי אזנים וראשי דדים כו' דהכוונה על א' מראשי אצבעות וראשי אזנים וראשי דדים הנ"ל כמבואר ביו"ד סי' רס"ז סעי' כ"ז וכן אמרו שם בקידושין גבי מעוך וכתות כו' בביצים והא אף בביצה א' קיי"ל דהוי מום כמבואר בבכורות דף מ'. וע"כ מוכח דלאו דוקא בביצים אלא ה"ה ביצה א' ונקטו כן בלשונם דעל ביצים דעלמא קאי. וניטל ביצה א' מוליד ע"כ אינו בלאו דבארצכם לא תעשו כיון דמוליד ולכן שפיר ס"ל לרבי דיוצא לחירות:

ענף ד

כד

וי"ל דמזה הסוגיא הוכיח הר"ת והר"י בתוס' יבמות דף ע"ה דס"ל דניטל ביצה א' מוליד ואף דמהירושלמי יבמות מוכח דס"ל בניטל ביצה א' אינו מוליד:

עכ"ז סמכו א"ע על סוגיות ש"ס דילן דס"ל דמוליד לפי מה דהוכחתי וע"כ אין בהך דסרסו בביצים איסור דמסרס ואף דמוליד ואינו בטל עי"ז מן תכלית בריאתו ג"כ יוצא לחירות וכדמצינו בקידושין דף כ"ד דבמומין בגלוי אע"ג דליכא ביטול מלאכתו ג"כ יוצא לחירות כמו בהך דדילדל בו עצם מזקינו וכיוצא דיוצא לחירות ולכן י"ל דהתוס' ביבמות דס"ל דניטל ביצה א' מוליד אזלי לטעמייהו דס"ל בכל קלב"מ לא מהני תפיסה וכמש"כ התומים בסי' כ"ח ס"ק ד' בכוונת התוס' בסנהדרין דף ע"ב ד"ה לא קבלינהו כו' א"כ לפ"ז מוכח מהך דקידושין הנ"ל דניטל ביצה א' מוליד והרמב"ם דפסק דניטל ביצה א' ביד"א אינו מוליד י"ל דאינו קשה עליו מהך דקידושין לפי די"ל דס"ל כשיטת רש"י בב"מ דבקלב"מ מהני תפיסה והעבד הא הוי תפוס בעצמו או די"ל דהרמב"ם אזיל לטעמי' דפסק בפ"ד ה' חובל דבחובל ביוה"כ אף במזיד ג"כ משלם ואינו לוקה והובא בח"מ סי' תכ"ד סעי' ב' משום דרבתה תורה לתשלומין וה"ה אף היכא דאיכא לאו אחר זולת לאו דחובל וע"כ מה"ט אף בחובל בעבדו ג"כ יוצא לחירות אף דאיכא עוד לאוי דסירוס אבל לשיטת החולק על הרמב"ם בזה וכמש"כ בספר תרומת הכרי בסי' תכ"ד וכמש"כ במק"א לדון הרבה בזה. ע"כ שפיר י"ל דהתוס' הוכיחו מהסוגיא דקידושין הזה דניטל ביצה א' ג"כ מוליד. והא דעבד יוצא בראשי אברים ומנה שם ראש הגוי' כמבואר בקידושין דף כ"ה וביו"ד סי' רס"ז סעי' כ"ז אינו קשה כקושיות המקנה הנ"ל דהא משכחת לי' אם נשתייר כחוט השערה דכשר כמבואר ביבמות דף ע' ובאה"ע סי' ה' וכפי' רש"י שם שאין גיד אלא מעטרה ואילך וסירוס אינו אלא בגיד ובביצים כמבואר באה"ע סי' ה' סעי' י"א ע"ש:

כה

שוב ראיתי לדחות למה שכתבתי לעיל ליישב קושיות המקנה בהך דיוצא לחירות ע"י סירוס ביצים דהא אינו לוקה ומשלם ותרצתי דהא העבד תפוס בעצמו ובקלב"מ ידוע שי' רש"י דמהני תפיסה וכעת ראיתי דזה אינו לפי מש"כ התוס' בכתובות דף ל"ג ד"ה לאו משום דלא מיחייב כו' דבקנס היכא דהוי קלב"מ לא מחייב לצאת ידי שמים ע"ש וכן הוא בירושלמי ספ"ג דכתובות דבקנס לא מחוייב לצי"ש במודה בקנס דאין קנסות אלא בב"ד ובעדים ע"ש א"כ לפ"ז גם לשי' רש"י הנ"ל הדין נותן דבמה דעבד יוצא לחירות ע"י ראשי אברים כמו בסירוס דכיון דהוי קלב"מ ע"כ הא בקנס אינו מחוייב לצי"ש ולכן לא מהני תפיסה:

דהא דמהני תפיסה בקלב"מ זהו משום דמוטל עליו חיוב לצי"ש וכדפי' רש"י בב"מ שם גבי אתנן אסרה תורה כו' דזהו משום דמחוייב לצי"ש ודוקא בהא דעבד יוצא בראשי

אברים בזה"ז אף דאין דנין האידנא דיני קנסות עכ"ז כיון דע"י ב"ד סמוכין הי' יוצא לחירות ע"כ גם בזה"ז מהני תפיסתו אבל במה דאף ע"י ב"ד סמוכין אינו יוצא לחירות משום דהוי קלב"מ ואינו מחוייב לציי"ש לא מהני תפיסתו אף לשי' רש"י. ועיין בשער המלך ה' עבדים פ' ה' ה' ז' ובהשמטות שם ויש להאריך בדבריו וקצרתי ולפ"ז תקשה קושיות המקנה על הא דעבד יוצא לחירות ע"י סירוס דביצים כו':

כו

ומש"כ המקנה שם להעיר בזה ע"פ דברי הרמב"ם ה' חובל והטושו"ע בח"מ סי' תכ"ד דחובל ביוה"כ משלם ואינו לוקה משום דרבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין דה"ה אף היכא דאיכא לאוי אחריני וה"ה בהך דסירוס יש לדון בזה הרבה והוא דבמק"א הארכתי בביאור דברי הרמב"ם ע"פ מה דאמרו בכתובות דף ל"ב דמספקא להש"ס אי ממונא חמיר או מלקות חמיר דאי נימא ממונא חמיר א"כ אין סברא לומר דהיכא דיש לאוי אחריני זולת לאו דחובל דיהי' נידון בהקל דאטו איתגורי איתגר כו' והארכתי בזה במק"א ועיין מזה בהפלאה לכתובות דף ל"ב בגמ' בד"ה ואי ממונא לקולא כו' ולדינא נלע"ד לדון בזה לפי מה דס"ל לר' יוחנן דבכל מקום מלקי לקי ממונא לא משלם וכן ס"ל לריש לקיש אלא דמשני הא מני ר"מ היא דאמר לוקה ומשלם אבל לדינא ס"ל כרבנן דלוקה ואינו משלם ומוסיף עוד דאף בחייבי מלקות שוגגין ס"ל דפטור א"כ תקשה לדידהו דאי נימא ממונא לחומרא א"כ אטו אתגור אתגר דנידון בקל. וכקושיות התוס' בכתובות דף ל"ב ד"ה ואי ממונא קולא כו' שהקשו וא"ת אתגורי אתגר כו' וכן כתב המהרש"א בתוס' ד"ה הנ"ל שכן יש להקשות אליבא דריו"ח וע"ש ומה דתי' התוס' שם דשא"ה דחס רחמנא אממונא דנחבל זה אינו מספיק רק אי נימא בכל דוכתי ממונא משלם מלקא לא לקי כעולא אבל לריו"ח ור"ל דס"ל לוקה ואינו משלם תקשה כן אי נימא ממונא לחומרא דאטו אתגורי אתגרי וכמו שכתבו התוס' והמהרש"א רק אי נימא ממונא לקולא אתי שפיר מה דלוקה ואינו משלם משום דהא נידן בחמורה כמבואר בסנהדרין דף פ"א דפשיטא אלא איתגורי איתגר אבל אי נימא ממונא לחומרא תקשה אטו אתגורי איתגר וכמש"כ התוס' עוד בסנהדרין דף פ"א ד"ה איתגורי איתגר כו' ובכתובות דף ל"ז ע"ב בד"ה וחדא במיתה ומלקות כו' ואף דנימא דלריו"ח ור"ל גם לדידהו מספקא להו בזה גופא אי ממונא לקולא או ממונא לחומרא עכ"ז הא כתב ההפלאה שם לשי' הרמב"ם דס"ל להסתפק בזה גופא דמה"ט ס"ל משלם ואינו לוקה משום דמספיקא אינו לוקה רק משלם בחובל ביוה"כ כן מה"ט ה"ל לריו"ח ור"ל לומר כן בכל מלקות וממון וע"כ מוכח מזה דס"ל לריו"ח ור"ל דלדינא הוי ממונא לקולא רק חובל שאני דחס רחמנא

אממונא דנחבל וכיון דלדינא פסקו כולם כריו"ח ור"ל ודלא כעולא א"כ תקשה מנלן להרמב"ם והשו"ע לומר בחובל ביוה"כ דמשלם ואינו לוקה הא יש למיפרך מה לחובל שכן הותר מכללו בב"ד וכקושיות הש"ס בכתובות שם ומנלן להרמב"ם והשו"ע לומר בחובל ביוה"כ. והא דשבועות דף ל"ז יש לחלק וקצרתי:

כז

והנלע"ד בעיקר דברי הרמב"ם והשו"ע דכתבו דחובל ביו"ט ויוה"כ משלם כו' משום דכיון דרבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין לפי דחס רחמנא אממון דנחבל אף דממונא לקולא וכמש"כ התוס' שם. א"כ ה"ה אף היכא דאיכא עוד לאו אחר וכמו דמצינו בתוס' יבמות דף ג' בד"ה לא תעשה כו' שכתבו דכיון דעשה דוחה ל"ת וילפינן מכלאים בציצית דדחי לאיסור א"כ ה"ה דדחי לתרי איסורי דעשה דחי לי' [ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' כ"ט מה שהעירותי שם מסוגיא דנזיר דף מ"ח דלר' ישמעאל מה לי לאו מה לי תרי לאוי ור"ע מחלק שם בזה ומה שהובא שם בשם ספר הכריתות ואכמ"ל] ומה דהקשה שם הגמ' בכתובות דמה לחובל בחבירו שכן הותר מכללו בב"ד. עכ"ז י"ל דהא גם בלאו דחובל ביו"ט ויוה"כ מצינו דהותרה מכללו בעבודת ציבור א"כ גם ללאו דיוה"כ מצינו דהותר מכללו במק"א וכש"כ ללאו דיו"ט דהותרה באוכל נפש וכש"כ לשי' רש"י ביצה דף י"ב דאמרינן מתוך שהותרה כו' אף שלא לצורך כלל] ואף דמצינו במנחות דף כ"ה גבי הא ונשא אהרן עון הקדשים דזהו עון טומאה שהותרה מכללו בציבור והקשו אימא עון שמאל שהותר מכללו ביוה"כ ואמרו דאמר קרא עון עון שהי' לו ודחיתיו לאפוקי יוה"כ דהכשירו בשמאל ופי' רש"י דהכשר מצותו בכך ואין בה שום עון ונשא אהרן עון הקדשים משמע שיש בו עון כו' עכ"ל רש"י א"כ לכאורה י"ל לפ"ז דה"ה הכא לא שייך לומר דג"כ יוה"כ מקרי הותר מכללו בעבודת ציבור מכללו בב"ד דאי נימא דהא דהותר חובל ביוה"כ לא מקרי הותר מכללו משום דשא"ה דמצותו בכך א"כ תקשה דאיך פרכי מה לחובל שהותר מכללו בב"ד דהא גם היכא דב"ד מלקין למי שמחוייב מלקות ג"כ זהו מצותו בכך דהא הב"ד מצווים במצות עשה להלקות למי שמחוייב מלקות כמבואר ברמב"ם ה' סנהדרין פ' ט"ז ה' א' דמצות עשה על ב"ד להלקות למי שמחוייב מלקות כשם שמצוה להמית לחייב מיתה כו' אלמא דאף דחובל דהותר בב"ד אין זה רשות אלא מצותו בכך ואפ"ה פרכי זה לפירכא דמה לחובל שהותר מכללו ומחלקינן בינו לשארי לאוין דלא משכחנא שום מצוה בהם דהותרו א"כ ה"ה לחובל דכיון דהותר בעבודת ציבור ביוה"כ ג"כ דינו כמו כל חובל בחבירו דמצינו דכיון דהותר מכללו הקילה התורה דמשלם ולא לוקה. דה"ה היכא דנתוסף לאו דיוה"כ ג"כ:

כח

ואין לומר דשאני לאו חובל בחבירו דאף דהותר בב"ד ומצווים בזה עכ"ז הא אם לא יחטא האיש לא ילקוהו א"כ לא מקרי זה מצותו בכך דהא זהו בא ע"י פשיעת וחטא האיש דאם חטא במזיד אז מצוה על הב"ד להלקותו וע"כ אפשר דכה"ג לא מקרי מצותו בכך משא"כ חובל דהותר ביוה"כ בציבור מצותו בכך ולא בא ע"י שום חטא דגם זהו אינו דהא מצינו במנחות דף ו' גבי מה דרצו למילף לטריפה דתהא מותרת לגבוה במה הצד מחלב ודם ומליקה שאסורין להדיוט ומותר לגבוה ודחו דמה להנך שכן מצותן בכך והא מצינו בחטאת העוף דבא ג"כ על הזדון כמבואר בשבועות דף ל' דחייב על זדון השבועה קרבן עולה ויורד ובכריתות דף י' וברמב"ם פ' י' ה' שגגות ואפ"ה אמרו מה למליקה דמצותו בכך אלמא דאף היכא דהוא בא ע"י חטא במזיד ואילו לא חטא לא הי' בא כלל החטאת העוף ואפ"ה מקרי זה מצותו בכך משום דעכשיו דחטא מצוה על הכהן למלוק ולהקריבו ולאכול לבשר חטאת העוף ואינו באפשרי להכהן לשנות כלל א"כ ה"ה במה דב"ד מלקין למי שמחויב מלקות בימים הקדמונים דאף דבא ע"י איזה חטא מ"מ עכשיו דחטא מצוה על הב"ד להלקותו במצות עשה ומקרי מצותו בכך כמו במליקת חטאת העוף דמקרי מצותו בכך. ועיין בתוס' מנחות דף מ"ה ד"ה הואיל ואשתרי מליקה כו']. ואפ"ה פרכי מה לחובל שהותר מכללו בב"ד משום דאף דזהו מצותו בכך אפ"ה נחשב זה לפירכא נגד שארי לאוין דלא מצינו בהם כלל דהותרו לאיזה מצוה דנימא מצותו בכך:

ושם במנחות דף ו' דאמרו דמליקה מקרי מצותו בכך ובסוף הסוגיא שם אמרו דמליקה דחטאת העוף לכהנים מקרי הותר מכללו אלא דאתו עלה דכהנים משולחן גבוה קא זכי וקצרתי. ועפ"ז הארכתי בחידושי לחולין דף ק"כ דאמרו נבלה נמי אשתראי מליקה דחטאת העוף לכהנים כו' ודקא קשיא לך כהנים כהנים משולחן גבוה קא זכי וקצרתי:

כט

וכיון דמצינו דאף בחובל אמרו לפירכא מה לחובל שהותר מכללו בב"ד דחשבי זה לפירכא נגד שארי מילי אף דמקרי ג"כ מצותו בכך א"כ ה"ה חובל ביוה"כ מקרי ג"כ הותר מכללו אף דמצותו בכך והא דמנחות דף כ"ה דאמרו דאין לומר עון שמאל שהותר מכללו ביוה"כ משום דהכשר מצותו בכך שא"ה דזה לא מקרי עון שהי' בו ודחיתיו כמבואר שם בגמ' וברש"י דאמר קרא ונשא אהרן עון הקדשים דלא שייך בזה לומר עון הקדשים וגם הא התם גופא מבואר דרב אשי דהוי בתראה לא רצה לומר לסברת אביי דאמר להאי סברא דלאפוקי יוה"כ דהכשירו בכך אלא תירץ רב אשי שם דעון הקדשים ולא עון המקדישים כו' א"כ חזינן דרב אשי לא רצה לחלק בסברא דשאני היכא דהכשירו

בכך וכוותי' קיי"ל דהוא בתראה א"כ בוודאי לא שייך לחלק בזה אליבי' דרב אשי וגם לאביי הא שא"ה דלא מקרי זה עון הקדשים כנ"ל אבל בשארי מילי וודאי פרכי מה להך שהותר מכללו אף דמקרי מצותו בכך וכן מצינו במנחות דף ו' דאמר רב אחא לרב אשי טריפה שהותרה מכללה מאי היא אילימא מליקה דעולת העוף לגבוה בעל מום נמי כו'. הרי דאף דזה מקרי מצותו בכך כדאמרו שם מקודם ובפרט בעולה ואפ"ה קרי לי' דהותרה מכללה ועיין שם דגם לרב אשי אמרו כן מקודם שם ועיין בתוס' מנחות דף כ"ה ד"ה ואימא עון בעל מום שהותר מכללו בעופות כו' ולאביי ניחא כו' אבל לרב אשי קשיא וכו' וקצרתי:

ל

ולפ"ז י"ל דמה"ט פסק הרמב"ם דחובל ביוה"כ משלם ואינו לוקה וכמו דחובל בחבירו אף דאיכא לאו דלא יוסיף משום דליכא למיפרך מה לחובל דהותר מכללו בב"ד. דהא גם לאו דיו"כ מקרי הותר מכללו בעבודת ציבור ואף דמצותו בכך הא גם חובל דהותר בב"ד מקרי מצותו בכך ומצינו בהו דהקילה התורה בחובל דמשלם ואינו לוקה וחס רחמנא אממונא דנחבל כמש"כ התוס' בכתובות דף ל"ב שם. אף דלא נדחה לאו זה רק היכא דמצותו בכך. א"כ ה"ה חובל ביו"כ ומה לי חד לאו או תרי לאווי כמש"כ לעיל כן י"ל בסברת הרמב"ם והשו"ע ולכן פסקו שפיר דחובל ביו"כ משלם ואינו לוקה ולפמש"כ אתי שפיר מה דאמרו בכתובות דף ל"ב שם דבהתרו בו לוקה ואינו משלם קנס ובושת ופגם דנערה ולשי' הרמב"ם תקשה אמאי לא נימא כיון דבפירוש ריבתה תורה לתשלומין בחובל בחבירו אף דאיכא שארי לאוי א"כ נימא כן בבושת ופגם דנערה וסבור הייתי לומר דהרמב"ם יהי' ס"ל דהאי בושת ופגם דנערה לאו דררא דחובל הוא וכמו שמצאתי בספר תרומת הכרי סוף ספרו סי' תכ"ד שכתב כן והעיר מן התוס' כתובות דף ל"ב פלוגתת הר"ת וריב"ש ור"י אבל לפמש"כ אתי שפיר בפשיטות:

משום די"ל דדוקא לאו דחובל דהותר מכללו בב"ד מצינו כן:

וה"ה לכל לאו דהותר מכללו באיזה מקום כנ"ל אבל לאוי דאחרים דלא מצינו בהו דהותרו מכללו גם הרמב"ם מודה דאף בחובל אמרינן לוקה ואינו משלם כדקיי"ל דלא כעולא:

לא

ולכאורה יש מקום לדון לשיטת הרמב"ם דחובל בשבת חייב משום מפרק כמש"כ בהלכות שבת פ"ח ה"ז א"כ הא בשוחט לא שייך חיוב מפרק וכמש"כ הפני יהושע בכתובות דף ז' וביצה דף י"ב לתמוה על הרמב"ם מהא דכתובות דאמרו מתוך שהותרה חבורה לצורך כו' א"כ אפשר דלשיטת הרמב"ם לא שייך לדון דחובל הותרה מכללו

בעבודת ציבור ביוה"כ דהא שאני שוחט מן חובל אבל באמת זה אינו לפי מש"כ ההפלאה לכתובות דף ז' שם דלא כהפני יהושע שם ונכונים דברי ההפלאה דהא כתב הרמב"ם שם דחובל בחבירו חייב מפני שעשה נחת רוח ליצרו וה"ל כמתקן אע"פ שא"צ לדם כו'. הרי דחובל באדם חייב אע"פ שא"צ לדם והא דכתב לעיל דחובל בבהמה אינו חייב אלא בצריך לדם זהו משום דאל"כ ה"ל מקלקל וכמו דהאריך שם ההפלאה בזה ועוד דהא דוקא בשחיטת חולין חיוב שוחט שלא משום מפרק דהא א"צ לדם אבל שחיטת קדשים דצריך לדמו לזרוק ודאי גם משום מפרק חייב וכמש"כ הפני יהושע בביצה. ע"כ שפיר כתבתי כן בשיטת הרמב"ם בחובל ביו"כ דמשלם כנ"ל:

לב

ולפי מה דנתבאר בעז"ה דדוקא בחובל ביוה"כ דמצינו דהותרה במק"א כמש"כ בזה יש לנו למילף שפיר מכל חובל דאף דאיכא לאו דלא יוסיף דמ"מ ריבתה תורה לתשלומין ולא מחלקינן בין לאו א' לתרי לאוי אבל לאו דלא מצינו בי' דהותרה מכללו כמו בושת ופגם בנערה האסורה מן איזה לאו וכן בלאו דסירוס דלא הותרה מכללו כלל בזה לא מצינו למילף מן חובל בחבירו דיש למיפרך מה לחובל שהותרה מכללו וכקושיות הגמ' בכתובות דף ל"ב ולדידן דקיי"ל בכל מקום כר' יוחנן דלוקה ואינו משלם מוקמינן אדינא גם בזה כיון דאיכא למיפרך כן ולריש לקיש אף בחיובי מלקות שוגגין הדין דפטור לשלם בכזה וע"כ שפיר תשאר קושיות המקנה על הא דסירסו בביצים דהדין נותן דלא יהי' יוצא לחירות משום דהוי קלב"מ אף בשוגג אליבא דריש לקיש ובחידושי הארכתי עוד לדון בזה דאף דמצינו גבי חובל ביוה"כ דילפינן מן כל חובל דממונא משלם מלקא לא לקי די"ל דלא אמרו כן אלא בממונא דמגיע ממנו ע"פ דין ושייך בזה סברת התוס' בכתובות דף ל"ב דחס רחמנא אממונא דנחבל וכמש"כ ההפלאה לכתובות דף ל"ב בגמ' ד"ה ואי ממונא לקולא כו' דלאו דוקא בממון של נחבל דה"ה בכל ממון כו' [ובמק"א כתבתי דדוקא בנזקי הגוף י"ל כן והארכתי בזה וקצרתי אבל בקנס כיון דע"פ דין אין מגיע ממנו ע"כ לא שייך בזה לומר דחס רחמנא עליו:

לג

וכיוצא בזה אמרו בב"ק דף ט"ו דלמ"ד פלגא נזקא קנסא לא שייך למתני הניזק והמזיק בתשלומין דהשתא דלאו דידי' שקיל בתשלומין איתי' בתמי' כו' וכן הוא בכתובות דף מ"א ואפשר לומר בזה לפי מה דכתבו התוס' בב"ק שם ד"ה לא נצרכה אלא לפחת נבילה דכיון דזכי' לי' רחמנא חצי נזק חשבינן לי' דאי' בתשלומין כו' וע"כ י"ל כאן ג"כ הך סברא דכיון דזיכתה לו התורה את הקנס כו' אבל זה אינו ברור בסברא וזולת זה י"ל דכמו דממונא מקנסא לא ילפינן כדאמרו בכתובות דף מ"ו ובקידושין דף ג' וכיוצא

בזה במכות ד' ד' וכמו כן אין למילף קנס מממון בפרט דיש לחלק בסברא דלא שייך בקנס לומר דחס רחמנא כו' ואף דמצינו בכתובות דף ל"ב דמשמע שם דאף גבי קנס יליף עולא מן חובל עכ"ז י"ל דז"א רק לשיטת עולא דס"ל למילף מן חובל לכולי מילי דבקלב"מ בממון ומלקות אבל לדידן דקיי"ל כריו"ח ור"ל דבכל התורה הדין הוא דלוקה ואינו משלם רק בחובל בלבד גזרה התורה דממון משלם מלקא לא לקי די"ל דזהו לפי דהוי ממון וחס רחמנא כו' ומנלן לחדש כן בקנס כיון דע"פ דין אין מגיע לו ומוקמינן אדינא דלוקה ואינו משלם בכל התורה כן י"ל בסברא ובמק"א הארכתי בזה הרבה:

לד

ולפי כ"ז הדין נותן בסירסו לעבדו בביציו דלא יהי' יוצא לחירות לפי דשייך בזה קלב"מ כיון דלאו דסירוס לא הותר מכללו בשום מקום כלל וגם הא הוי קנסא כנ"ל ובודאי שייך איסור סירוס גם בעבד דלא גרע מבהמה דשייך בי' איסור סירוס רק בנקבות לא שייך זה וכמבואר באה"ע סי' ה' סעי' י"א והוא בת"כ והובא בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק כ"ה ועיין בח"מ שם ס"ק ו' וב"ש ס"ק י"ד:

ותקשה עדיין קושיות המקנה הנ"ל ולעיל הבאתי למה שכתב המקנה לתרץ די"ל דמיירי בהושיבו במים ובשלג עד שביטל ממנו איברי תשמיש דאינו לוקה כו' וכתבתי לעיל לדחות לתירוצו דהא בעינן דיהי' מום בגלוי וכעת ראיתי דשפיר כתב המקנה דהא מבואר בסוגיא דקידושין שם דאף דלא חיסרו אבר רק דביטלו ממלאכתו שהי' משתמש בו כמו הכהו על עינו וכהתה על שינו ונדדה דאף דלא חיסרו האבר רק דביטלו ממלאכתו שהי' משתמש בו דיוצא לחירות רק בעינן דהאבר יהי' בגלוי א"כ ה"ה בביטלו ממנו אברי תשמישו כיון דהך מ"ד ס"ל דביצים הוי בגלוי ובאבר הגלוי סגי בבטלו ממלאכתו וע"כ שפיר כתב המקנה לדינא להך מ"ד ועיין בכ"מ שם ויש להאריך בדברי הכ"מ:

לה

אך תירוצו של המקנה על קושייתו בזה לא נהירא לי דהא אמרו שם עבד שסירסו בביצים מהו כו' וכן על הא דרבי אמר אף הסירוס אמרו סירוס דמאי אילימא סירוס דגיד היינו גוויי' אלא סירוס דביצים ולפי דברי המקנה דמיירי בציננו עד שביטל ממנו אברי תשמישו וכמש"כ הרמב"ם והשו"ע בסי' ה' סעי' י"ג א"כ מפני מה נקטו בגמ' סירוס בביצים הא גם גיד הוא בכלל אברי הזרע וכמבואר ברמב"ם ה' ביאת מקדש פ"ח ה' י"ב. א"כ מפני מה נקטו בביצים וגם הא כיון דגיד הוי מום בגלוי א"כ מפני מה איבעי' להו כלל בסירסו בביצים אי הוי מום בגלוי או לא הא כיון דביטל ממנו אברי תשמישו והגיד ג"כ בכלל א"כ ממילא הוי מום באבר הגלוי דהא גיד הוי לכ"ע אבר הגלוי:

ובוודאי פשט כל הסוגיא מורה דחתך הביצים ודלא כהמקנה:

וע"כ כיון דעיקר המעשה נעשו בהביצים ע"כ איבעי' להו אם הוי זה מום בגלוי או לא ועיין בהרא"ש שם:

לו

וכן אין לתרץ לקושיות המקנה ע"פ הא דמבואר באה"ע סי' ה' סעי' בשסה בו הכלב עד שעשאו כרות שפכה דאינו לוקה ונימא דהך דסרסו להעבד בביצים מיירי בכה"ג דז"א לפי המבואר בב"ק דף כ"ג וסנהדרין דף ע"ו דשסה בו הכלב מיפטר ממיתה ונזקין משום דהוי גרמא וכפי' רש"י בב"ק שם א"כ מה"ט אינו יוצא לחירות בכה"ג כיון דהוי רק גרמא ומה"ט יש לדון במש"כ המקנה לתרץ דהך סוגיא מיירי בהושיבו במים ושלג דכתב הרמב"ם דאינו לוקה דהא מה דאינו לוקה בזה הטעם הוא משום דמצינו בסנהדרין דף ע"ו בכבשו לתוך המים והאור ואינו יכול לעלות משם דחייב משום דכתיב או באיבה לרבות את המצמצם כמבואר בסנהדרין דף ע"ו:

והיכא דליכא ילפותא לא אמרינן כן מסברא וכ"כ בביאור הגר"א זצ"ל באה"ע סי' ה' ס"ק כ"ט דלכן בהושיבו במים ובשלג אינו לוקה דזהו מדמצרכינן שם או לרבות המצמצם עכ"ל והנה גבי נזקין פליגי רב אחא ורבינא שם בסנהדרין אם מצמצם חייב והרמב"ם ה' חובל פ' ו' ה' י"ב כתב דמצמצם חייב בנזקין וכתב המ"מ שם דמצמצם לא גרע מן דינא דגרמי וכתב כן בשם הרמב"ן והר' מאיר והובא בבאר הגולה לח"מ סי' שפ"ג ע"ש:

לז

א"כ לפ"ז י"ל דמה דקיי"ל דמצמצם חייב בנזקין דזה אינו רק בממונא אבל בקנסא י"ל דאין לחייבו במצמצם וע"כ במה דעבד יוצא לחירות בראשי אברים דז"א אלא קנסא די"ל דאף ע"י דינא דגרמי אין לחייבו בקנסא. וכעין מה דמצינו בטור ח"מ סי' ש"ח בשם הרמ"ה דדינא דגרמי דחייב אינו רק בנזק ולא בארבעה דברים והובא בקצה"ח סי' של"ב ע"ש וכיון דמצינו דד"ג אינו חייב רק במה דמצינו בי' בפירוש כמו נזק אבל לא על ד' דברים ואף דהוי ממונא כש"כ בחיוב קנסא וודאי לא מחייבינן על דד"ג:

וקנסא מקרי לית בי' חסרון כיס ועיין בב"ק דף פ"ד ע"ב והא דאמרו בקידושין דף כ"ד דהכהו נגד עינו כו' ונגד אזנו ואינו שומע אין עבד יוצא לחירות משום דכיון דבר דעת הוא איהו מבעית נפשי' כדתניא המבעית את חבירו פטור מדיני אדם כו' היינו משום דאם לא הי' אמרינן הסברא דאיהו מבעית נפשי' הי' דינו כמו מזיק ממש ולא דד"ג:

משום דקלא מילתא היא כמבואר בסוגיא שם ופשוט] וכש"כ לשיטת הש"ך בח"מ סי' שפ"ו דדיני דגרמי הוי רק מדרבנן בוודאי לא מצי לחייבו קנס ע"י דד"ג דהוי רק מדרבנן ולפ"ז מה שכתב המקנה לתרץ דמיירי בהושיבו במים ובשלג דיוצא לחירות עי"ז אין זה ברור לדינא ויש להאריך בכ"ז הרבה:

הגה"ה
הנה לעיל הבאתי למש"כ התוס' בכתובות דף ל"ב ד"ה דאין לוקה ומשלם כו' דאין שום תנא ס"ל לוקה ומשלם אלא ר"מ לחודי' וכן מוכח מב"ק דף ע"א דהקשו אי ר"מ הא אית לי' מת ומשלם כו' והא דיש להקשות לפ"ז ממש"כ התוס' בב"ק דף צ"א בד"ה החובל בעצמו כו' דאחרים שקצצו נטיעותיו חייבין צריך לאוקמי כר"מ כו' א"נ בלא אתרו בי' עכ"ל א"כ לריש לקיש צ"ל כתירוץ קמא בהתוס' דאתי כר"מ ותקשה לפ"ז על ר"ל דבכתובות דף צ"ג הקשו אליבי' דאי ר"מ הא אית לי' מת ומשלם כו' דאמאי לא אמרו הא מני ר"ע וכן אמרו שם דף ל"ה מאן תנא דפליג עלי' דר' נחוניא אי ר"מ אי ר' יצחק ואמאי לא אמרו אי ר"ע. משום די"ל דהא דב"ק דף צ' דאמר ר"ע למי שפרע ראש האשה בשוק דלא אמרת כלום החובל בעצמו כו' והקוצץ נטיעותיו כו' די"ל דהך סיפא דהקוצץ כו' זהו דברי התנא דמתניתין ולא מן סיומא דר"ע ובגמ' שם דף צ"א ציינו הקוצץ נטיעותיו וכן גרסי בירושלמי שם ע"ש ולא והקוצץ בוא"ו כגירסת המשנה שם וי"ל דר"ל יסבור ג"כ כגירסת הגמ' בזה ואתי שפיר כל זה וקצרתי עד כאן הגה"ה:

לח
נחזור לענינינו דכיון דנתבאר דמה שהקשה המקנה בהך דסירוס בביצים של עבדו דתקשה לר"ל דהא הוי קלב"מ ואין סברא לומר דרבי יסבור לוקה ומשלם דהא כתבו התוס' בכתובות דף ל"ב הנ"ל דאין שום תנא ס"ל לוקה ומשלם אלא ר"מ לחודי' וכמש"כ לעיל להוכיח כן. ומה דתירץ המקנה נתבאר דזה ליתא לדינא וכנ"ל ע"כ שפיר יש יסוד מזה לשיטת הר"ת דניטל ביצה א' ביד"א מוליד:
וע"כ אין זה בכלל אסור להפסיד אברי הזרע כו' שכתב הרמב"ם פ' ט"ז ה' איסורי ביאה דהא אינו מפסידם כיון דמוליד ואין לומר ולאוקמי להך דקידושין דמיירי בניטל כבר מהעבד ביצה א' וסירסו האדון בביצה השני' דזה אינו לפי מה דקיי"ל דבמסרס אחר מסרס שהוא חייב כמבואר בשבת דף קי"א ובאה"ע סי' ה' סעי' י"א. א"כ עדיין תקשה קושיות המקנה וע"כ לא תירץ המקנה כן אכן לשיטת הר"ת והתוס' אתי שפיר ואין מקום לקושיות המקנה לפי שיטתם ולכן יש מהך דקידושין סעד גדול לשיטת הר"ת וסייעתו דניטל ביצה א' מוליד ולא מיפסל בקהל ובחידושי הארכתי לפלפל הרבה בכל זה וכאן קצרתי לפי דתקצר היריעה מהכיל:
סיומא דפסקא דדעתי מסכמת להיתירא בנ"ד ומותר בקהל ד' וכדעת מעכ"ת שהכריע להיתירא:

סימן יב

ב"ה יום ב' כ"ח ניסן תרמ"ה לפ"ק

נשאלתי ע"ד איש א' שנפל בקטנותו על יתדות ונדחק בביציו והרגיש אז כאב בביציו ולאחר שנים אחדות נחלה עי"ז בחולי גדול ונסע לקיעוו וחתכו הרופאים ממנו ביצה השמאלית והיתה נפוחה גדולה ונקובה בכמה מקומות והביצה הימנית נשארה שלמה בלי שום פגע ומן העת הזאת הוא בריא ושלם כאחד אנשים הבריאים וכאיש כן גבורתו כמו קודם חליו ודרש כת"ר אם יש להתיר לו לישא אשה ודעת כת"ר להיתירא:

א

הנני להשיבו בקצרה כבר העלו האחרונים דהעיקר לדינא כהרמב"ם דע"י חולי הוי ביד"ש וכשר. וזה ברור דאם נפסל ביד"ש ע"ד שנחלה וההכרח הביאו להנטל הביצה כדי להושיעו מחליו דזה חשוב ביד"ש וכשר וכמש"כ האחרונים ועיין בתשובת חתם סופר סי' י"ז וסי' י"ט ע"ש ואכמ"ל אך בנ"ד יש להסתפק דשמא נעשה עיקר חליו ע"י מה שנפל מכבר על היתדות ויכול להיות דאף אם הי' עושה רפואה מיד דנפל ג"כ לא הי' מועיל א"כ הוי כמו הכהו קוץ דהוי בידי אדם ופסול או אפשר דיכול להיות דבהכאה גופא לא הי' נעשים הנקבים ורק באשר לא הי' זהיר והי' הולך תמיד בחוץ וע"י צינים ופחים ואוירא דעלמא נחלה לזמן רב מעת נפילתו וא"כ הוי זה ביד"ש:

ב

וראי' לזה דיש להסתפק בכה"ג מהא דיבמות ד' פ' דפריך הש"ס וליחוש שמא הבריא בינתיים כו' ומסיק הש"ס דלחד אבר חיישינן להבריא בנתיים אף דתחילתו לקוי וסופו לקוי לכולי גופא לא חיישינן להבריא בנתיים. הרי דלחד אבר מספקינן שמא הבריא בנתיים. ע"כ שפיר יש להסתפק בנ"ד דשמא אם הי' זהיר ולולי הצינים ופחים הי' נתרפא א"כ לפ"ז עיקר חליו הוי ביד"ש א"כ יש לנו בנ"ד ספק אם הוי ביד"ש או בידי אדם. אך היכא דלא פסק ממנו הכאב בביצה בנתיים קשה לדון כן אבל אם פסק הכאב בנתיים שפיר יש לדון כן ויכול להיות כי מחמת שאירע זה, בקטנותו לא יוכלו למיקם עלה דמילתא דנא וע"כ שפיר יש לדון להסתפק לשמא הבריא בנתיים וכמו בהך דיבמות הנ"ל:

ג

ועוד ספק להיתירא יש לדון בנ"ד דאף דבנפצעה הביצה וניטלה אח"כ דעת הרא"ש ביבמות פ"ז סי' ב' להחמיר ופירש כן בכוונת הירושלמי דאמרו ובלבד שלימין כו' ע"ש וכן כתב הרמ"א בסי' ה' סעי' ז' מ"מ מידי ספק לא יצאנו דשמא הלכה כשיטת התוס' ביבמות ד' ע"ה בד"ה שאין לו אלא ביצה א' כו' דאם ניטל השמאלית ונשארה הימנית

שלמה בלא פגע דאף דהשמאלית היתה מקודם נפצעת ע"י אדם דכשר דכן נראה כוונת פשט דברי התוס'. וביותר נראה כן מן לשון פסקי התוס' שם שכתבו נכרת ביצה א' מוליד וכשר אם השניי' שלמה כו' ע"ש ומשמע דהעיקר הוי אם השניי' שלמה דאותה הנשארת תהי' שלמה אבל אותה שניטלה לא איכפת לן דאף דהיתה נפצעת וניטלה ג"כ כשר וכן נראה מן ההגהות מיימוני ה' א"ב פ' ט"ז דמביא שם לדברי התוס' וכתוב שם בזה"ל שניטלה האחת והאחרת שלמה כשר דמזה נראה להדיא דכוונת התוס' הוא דהעיקר הוא דאותה שנשארת תהי' שלמה אבל אותה שניטלה אף דלא היתה שלמה ג"כ כשר כיון דניטלה אח"כ ולשון הירושלמי דקאמרי ובלבד שלימין י"ל דקאי על ביצים דעלמא ובפרט היכא דהנשארת היא של ימין א"כ יש להסתפק דשמא כוונת הירושלמי הוא כפי' הר"י בתוס' שם ופי' השני בראש שם דהך שלימין הם שתי תיבות של ימין א"כ לפ"ז אין הכרח לדון ולהחמיר להצריך דתהי' שלמה בעת שניטלה דעיקר החומרא הוא משום לשון הירושלמי דבלבד שלימין ע"ש:

ד

וע"כ אף דמצינו דהחמירו בנפצעה וניטלה אח"כ מ"מ מידי ספק לא יצאנו כפי שנתבאר בשם התוס' והפסקי תוס' ולכן יש לנו ספק ספיקא ספק א' שמא הבריא בנתיים ועיקר החולי הוי ביד"ש ואף דניטלה אח"כ ביד"א מ"מ מקרי ביד"ש וכמבואר בהפוסקים. ואת"ל דלא הבריא בנתיים א"כ עיקר החולי הוי ביד"א מ"מ ספק שני שמא הלכה כהתוס' דאף דנפצעה דמ"מ בניטלה אח"כ חוזר להכשירו א"כ יש לנו ספק ספיקא מעליא וגם יש לדון בנ"ד ולאוקמי גברא על חזקת היתר ואף במקום ריעותא דעת הש"ך ביו"ד סי' נו"ן לאוקמי אחזקת היתר במקום הפ"מ וכש"כ במקום עיגון דהאיש בנ"ד וכבר הכרעתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ד' ענף ב' דספק פ"ד כשר לבא בקהל ואף בספק בדין אמרינן כן והבאתי ראי' לזה מבכורות ד' נ"ח גבי עשירי ודאי ולא עשירי ספק דמבואר שם דגם בספק בדינא אמרינן דלא עשירי ספק וראיתי בשער המלך ה' גרושין פ"ג ה"ד שכתב לחלק דהא דעשירי ודאי ולא עשירי ספק הוא רק בספק במעשה אבל לא בספיקא דדינא ע"ש וכן ראיתי בתשובת ר"ע איגר ד' ז' שכתב ג"כ לחלק גבי פ"ד דספק דדינא לא הוי בכלל ספק פ"ד ע"ש ותמהני דהרי להדיא מבואר בבכורות דגם בספק בדינא אמרינן עשירי ודאי ולא עשירי ספק כנ"ל והנה הב"ש בסי' קל"א סוף ס"ק ד' כתב דמש"ה האחים שחלקו פטורים ממעשר משום דעשירי ודאי ולא עשירי ספק וזהו משום דס"ל ג"כ דגם בספק בדינא אמרינן דלא עשירי ספק ועיין בתשובת ח"ס סי' מ"ה ובתשובת חוט השני ומשכנות יעקב סי' ג' ואין העת גורם לכתוב יותר. ודעתי

מסכמת לדעת כת"ר להתיר להאיש לישא אשה כשרה וכפי הטעמים שכתבתי בקצרה וד' יצילנו משגיאות ויהי' בעזרינו כו':

סימן יג

נשאלתי מרב גדול א' מחו"ל ע"ד בתולה שנתארסה בקישורי התנאים עם כהן וידוע שם כי הבתולה הרתה כבר שהודה אז אותו האיש שהגידה הבתולה עליו כי ממנו נתעברה ונסתפק כת"ר אם מותרת להנשא לכהן וביקש ממני להגיד חוות דעתי:

א

והנני להשיבו כי מן הב"ש בסי' ו' ס"ק ל"א שכתב בזה"ל דכשידוע דזינתה עם כשר אלא דיש חשש שמא זינתה עם אחרים ואיכא חד רוב כשרים מותרת לכהן כו' עכ"ל הב"ש א"כ משמע מהב"ש דעכ"פ חד רובא בעינן בזה אכן הנו"ב במ"ת סי' כ"ח הביא בשם דבריו בהגליון שכתב דרק לענין בתה דלית לה חזקת כשרות כתב כן הב"ש אבל לעצמה מותרת אף היכא דליכא אף חד רובא ע"ש ולענ"ד נראה להוכיח כן דהיא מותרת לכהן היכא דהבועל מודה והוא דהא אמרו בכתובות דף י"ג ע"א ראוה מדברת עם אחד ואמרו לה מה טיבו של איש זה איש פ' וכהן הוא ר"ג ור"א אומרים נאמנת ור"י אומר לא מפי' אנו חיין אלא ה"ז בחזקת בעולה לנתין עד שתביא ראי' לדברי':

היתה מעוברת כו' ר"י אומר לא מפי' אנו חיין אלא ה"ז בחזקת מעוברת כו' עד שתביא ראי' לדברי'. והא לר"ג אין לנו לחוש כלל דהא לר"ג נאמנת אף ברוב פסולין משום דסמכינן על ברי שלה ובצירוף חזקת היתר שלה רק לכתחילה כ"ז דלא נישאת מחמרינן וכדאמרו בכתובות דף י"ד דאת לא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרים אצלה וכמבואר באה"ע סי' ו' סעי' י"ז וסעי' י"ח והא ר' יהושע דמחמיר בזה אמר להדיא דכשתביא ראי' לדברי' דאומרת דאיש פ' כהן הוא דמותרת לכהן אף לכתחילה דאם תברר דאיש פ' הי' כשר דמותרת להנשא הרי דמבואר להדיא דאם ידוע דנבעלה לכשר דלא חיישינן שמא זינתה עם אחר דהא פשט לשון המשנה הוא דאם מביאה ראי' לדברי' דאומרת לפנינו דאיש פ' כשר הוא דעפ"ז מותרת לכהן אף לכתחילה ולא חיישינן שמא זינתה עם אחר וזולת זה הא כיון דע"פ דין לא חיישינן באיסור דרבנן שמא זינתה עם אחר וכמבואר בסי' ד' סעי' כ"ו וב"ש ס"ק מ' ובסי' קנ"ו ב"ש ס"ק ט"ו ע"ש וגם הא מצינו בסי' י"ג ב"ש ס"ק ו' דבאיסור מעוברת חבירו לא חיישינן שמא זינתה עם אחר ע"ש והא שם הדין הוא גבי איסור מעוברת חבירו דאם ניסת תצא ואפ"ה אם שניהם מודים לא חיישינן כש"כ בנ"ד דהדין הוא דבניסת לא תצא וודאי דמהימן הבועל ע"ז אף לכתחילה:

ב

ובקצרה הוא דפשוט וברור דהך איסור הוא קיל דהא בדיעבד בכל גווני לא תצא ע"כ באיסור דרבנן הזה דהוא קיל וודאי יש לנו לסמוך על שיטת רוב הפוסקים דבדרבנן לא חיישינן שמא זינתה מאחר ובפרט דכן מוכח פשט המשנה כנאמר לעיל וע"כ היכא דלא דיימא מעלמא כמו בנ"ד לא חיישינן שמא זינתה מאחר ואחר כותבי כ"ז ראיתי בהפלאה לכתובות דף י"ד על תוס' ישינים ד"ה ההוא כו' שכתב כן בעז"ה וכן ראיתי להקהלת יעקב של הגאון מליסא זצ"ל לאה"ע סי' ו' סעי' י"ז שכ"כ להיתירא וגם כתב דיש בזה ג"כ ס"ס להיתירא ע"ש וכן יש לדון בזה בהא דכתובות דף י"ד דאמרו למאי ניחוש חדא דהא קא מודה כו' ועיין בתוס' שם ד"ה ההיא אנוס כו' וקצרתי מחמת רוב חלישותי וע"כ דעתי מסכמת כי מותרת היא להנשא לכהן כיון דאינה מופקרת ויש בזה שעת הדחק וכמש"כ כת"ר וע"כ מותרת להנשא אליו בנ"ד בלא חשש:

סימן יד

ע"ד מה שדרש כת"ר ממני לחוות דעתי בנידון משודך כהן אשר משודכתו הבתולה היא מעוברת זה כששה חדשים והיא משודכת אליו זה כשתי שנים והוא דר בבית אבי המשודכת מעת קישורי התנאים ואוכל וישן שם בחדר א' עם המשודכת והיא אומרת אשר מעולם לא ידעה איש וגם עודנה היום היא בתולה רק מעוברת היא מאשר החתן הי' ישן עמה במטה אחת בכל לילה ועשה עמה כל מעשה חדודין כאיש את אשתו אבל לא בעל אותה מעולם כדרך כל הארץ רק תמיד יצא ממנו ש"ז בשכבו עליה גם הרופא אשר בדק אותה אמר ג"כ כי עודנה בתולה ונכונה היא לישבע שבועה חמורה אשר מעולם לא שכבה עם איש אחר זולת החתן הזה וכן אומרים אבי' ואמה אשר דברי' כנים ואמתים. וכן החתן עצמו מודה לדברי' ואינו חושדה על זנות מן אחרים לפי דכמעט לא זזה ידו מתוך ידה והחתן הוא כהן ונשאלתי אם מותר החתן הכהן לישא אותה:

ענף א

וכת"ר האריך בדברים נכונים בחריפותו ובקיאותו בסברות נכונות והעלה להיתירא וביקש ממני להזדקק לזה כי זהו עת הדחק למאוד אם יתבטל השידוך וכפי שכתב כת"ר וכאשר אנכי כעת בקרית חוצות לשאוף אויר הצח ואין בכחי לבוא בארוכה מחמת חולשתי ע"כ הנני לבא רק בקצרה:

א

והוא דהא בנ"ד במקום שכונת דירתם יש שם רוב ישראלים הדרים שמה בקביעות ורוב ישראלים אורחים הבאים בשכונה של דירתם א"כ יש שם שני רובא וכבר הכריע הבית שמואל בסוף סי' ו' והבית מאיר להקל ולסמוך על דעת הטור דבתרי רובא יש להתירה

לכהן אף באינה טוענת ברי ואף בסתמא שאין ידוע מי הלך למי ג"כ תנשא לכתחילה ואין ת"י כעת ספר בית מאיר לעיין בו והנה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' כתבתי בשם הריטב"א והרשב"א לקידושין דף ע"ג דבספק אזלא איהי גבייהו יש ספק ספיקא להיתירא וכן כתב הרמב"ן בחי' לקידושין שם ועיקר קרא אתי היכא דה"ל מחצה על מחצה ע"ש ושיטת המ"מ המובא בב"ש סי' ד' ס"ק ל"ט מוכח דס"ל בספק אזלא איהי גבייהו דלא דיינינן ס"ס הנ"ל:

וכתבתי שם דזה תלוי בפלוגתת הרמב"ם עם הרשב"א וסייעתו שהובאו ביו"ד סי' ק"י סעי' ח' דהרמב"ם והמחבר ס"ל דדבר חשוב שנתערב בתערובות ב' לא מקילינן משום דין ס"ס אלא בעינן תערובות ג' וטעמו כמש"כ החוות דעת שם דכיון דקבוע כמעמ"ד והוי כחד בחד דאיתחזק ואיקבע איסורא ע"כ לא מצרפינן זה לדון לספק ב' ולכן אי נימא דאזלא איהי גבייהו שוב אין יכולים לצרף הספק שמא לכשר נבעלה דכיון דקבוע כמעמ"ד הוי כחד בחד לא דיינינן ס"ס והרשב"א אזיל לטעמי' דס"ל שם דתערובות השני מותר כשאינו אוכלו כולו כאחד ע"כ שפיר דיינינן לס"ס דאף דנימא דאזלא איהי גבייהו עכ"ז ספק שמא נבעלה לכשר ולפ"ז לדינא דהכריע הש"ך ביו"ד שם ס"ק נ' דבהפסד מרובה מותר תערובות ב'. ע"כ שפיר יש לדון ס"ס להיתירא ובעת הדחק קיי"ל להקל בתערובות השני וה"ה בנ"ד כנ"ל ויש לנו תרי רובא היינו רוב סיעה ורוב העיר ע"י הך ס"ס דהוי כמו רוב:

ב

והנה לפי מש"כ כת"ר נראה דאם לא נחוש דנבעלה לאבי' ואחי' הדרים שמה עמה ביחד אז יש שם במקום דירתם רוב כשרים מן הדרים שמה והנה כת"ר כתב לדון בטעם נכון דאין לחוש לפסול אבי' אך הנ"י ליבמות דעתו דגם אבי' ואחי' נחשבו בתוך הפסולין אכן לדעתי נראה דאבי' ואחי' אין לחוש דנבעלה להם וכעין זה ראיתי בשב שמעתתא שמעתא ד' דף כ"ב וכ"ג. וכן מצאתי בהפלאה לכתובות דף י"ג בתוס' ד"ה ואין אוסרים כו' שכתב ג"כ דלא חיישינן לקרובים דהא בירושלמי כתובות אמרו דלכן חייש ר' יהושע לפסולים משום דהזנות רצה אחר הפסולים ע"כ בקרובים לא חיישינן ולענ"ד נראה טעם אחר בזה ומחמת חולשת עיני ע"כ קשה עלי מלאכת הכתיבה כעת ובמק"א ביארתי זה בעז"ה היטב וכיון דעיקר החומרא דאנו מחמירין לאסור האשה והוולד זהו רק מדרבנן משום דהא מדאורייתא אין לנו לחוש אף היכא דלא הי' לנו רוב מבורר משום דיש לנו לסמוך על חזקת כשרות ולדברי המכשיר בה מכשיר בבתה כדקיי"ל דחזקת האם מועלת לבתה וכמבואר בכתובות דף י"ג ע"ב וגם יש סברת חזקה בודקת ומזנה ועיקר

החומרא הוי רק מדרבנן וכמש"כ התוס' כתובות דף י"ד ע"ב ד"ה כמאן. ע"כ בדרבנן יש לנו לסמוך על ההפלאה והש"ש ועל הסברא שיש לי בזה כפי שכתבתי במק"א בטוב טעם ב"ה שלא לחוש לקרובים כלל ומה שיש להעיר ע"ז מן הנ"י ליבמות ס"פ אלמנה לכה"ג יש לי מה לדון דלא יסתרו דבריו לדינא למה שכתבתי ומה שנראה מן הש"ש שם דבאזלא איהי גבייהו יש לחוש אף לפסול קרובים הנה לדעתי אינו כן דכיון דאף דאזלא איהי גבייהו אינו רק מדרבנן וכמש"כ למעלה מזה משום דהא יש לה חזקת כשרות וחזקה בודקת ומזנה כנ"ל ועיקר החשש אינו רק מדרבנן ע"כ בדרבנן יש לסמוך על מה שכתבתי ולהקל דלא חיישינן לפסול קרובים א"כ ממילא יש לנו תרי רובא בנ"ד היינו רוב הדיורים באותו השכונה ורוב אורחים דהם כשרים ויש לנו להקל בתרי רובי וכמש"כ הבית מאיר והחתם סופר להקל בתרי רובי וכן דעת השב שמעתתא שמעתא כ"ג להקל בתרי רובי בפרט בנ"ד דטוענת ברי דלא נבעלה לשום בן אדם:

ג

ואף דהמל"מ פ' ט"ו ה' אישות ה' ד' ופ' י"ז ה' איסורי ביאה העלה דלא תלינן שמא באמבטי עיברה אמנם הח"מ בס"ק ח' וב"ש ס"ק י' באה"ע סי' א':

והט"ז יו"ד סי' קצ"ה נראה דס"ל דיש באפשרות שתתעבר מן הש"ז היוצא מן האדם אף בלא ביאה וכן האריך הגאון ר' חי"ד אזולאי בפרט הזה בברכי יוסף סי' י"ג ובספרו יעיר אוזן אות א' סי' צ"ג דהעלה דבתולה יכולה להתעבר ומביא תשובת התשב"ץ ח"ב סי' רס"ג דכתב בפשיטות שיכול להיות דבר זה לעולם ומביא שם בשם רופאים מומחים שהחליטו ג"כ דבר זה וכן דיבר בזה הגאון יעב"ץ בספרו אגרת בקורת שמסביר דבר זה ע"פ חכמת הטבע [וכ"כ האבן עזרא פ' חיי שרה על הפסוק בתולה ואיש לא ידעה שיכולה אשה להיות הרה אף אם היא בתולה וכן מצאתי כעת בספר תשובת הגאונים סי' כ"ה בשם רב האי גאון דהביא הך דחגיגה דף י"ד דיכולה אשה להתעבר ע"י שכבת זרע של אחר דנכנסת לתוך גופה כיון דהי' מעיקרא יורה כחץ ע"ש וכעת ראיתי בספר מעשה טובי' ח"ג פ' ב' שכתב כמה מעשיות כזה:

ד

ועוד דהא בנ"ד נבדקה ע"פ בדיקת הרופא ואמר כי היא עדיין בתולה וידוע דבדרבנן ודאי סמכינן על דברי הרופא ואף שכתב החלקת מחוקק בסי' ס"ח ס"ק ג' דאין אנו בקיאין לבדוק אם היא בתולה מ"מ מידי ספק השקול לא יצאנו וכמו בכל מקום שאמרו דאין אנו בקיאין בבדיקה וממילא היא נאמנת משום מעלת ברי שלה ובצירוף אוקי אחזקת בתולה דגם היום היא בתולה ומבואר בכתובות דף י"ב דהברי בצירוף אוקי אחזקת בתולה מוציאין ע"י זה ממונא מהמוחזק ומה"ט אף דנימא בנ"ד דהך דנתעברה מן ש"ז

בלא ביאה גמורה דזהו לא שכיחא מ"מ הא כיון דיש כח להוציא ממון מהמוחזק ע"י ברי ואוקי אחזקת בתולה מכש"כ דיש כח לסתור ע"י זה למעלות הרוב דמנגדתו דהא חזקת ממונא עדיפא מן רובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב וכיון דנאמנת להוציא ממון ע"י ברי ואוקי אחזקה כש"כ דנאמנת באיסורין אף דהוי נגד הרוב:

ה

ומה"ט כתב הרא"ש בשם ר' יונה בכתובות דף ט' דבאומרת נאנסתי נאמנת להכשירה לכהונה וכמבואר באה"ע סי' ס"ח סעי' ז' דרוב פוסקים ס"ל כן. וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ט"ו ובנו"ב ואף להחולקים שם י"ל דמודו בנ"ד להקל דהא שם ליכא חזקת הגוף דבתולה רק חזקת כשרות בעלמא משא"כ בנ"ד דגם היום היא בתולה לפי דברי' ולא איתרע מעולם החזקת הגוף שלה לפי דברי'. וידוע כי חזקת הגוף הוי חזקה אלימתא ביותר מכל החזקות וכמש"כ התוס' בכתובות דף ע"ה ע"ב סוף ד"ה אבל היכא דליכא חזקה כו' ובפני יהושע שם בסוגיא דמומין ובפרט היכא דלפי דברי' לא אתרעי גם כהיום להחזקת הגוף שלה. ומה"ט יש לדון דאף לפי תי' ראשון דכתובות דף י"ב דאמרו לחלק דשאני היכא דאיכא מיגו [אך בתי' השני שם אמרו דשא"ה דאוקי אחזקה כו']. דזהו לפי דהתם איתרעי עכשיו החזקת בתולה שלה דלא נמצאו לה בתולים משא"כ היכא דאומרת ברי לי דהנני גם היום בתולה ולדברי' לא איתרעי כלל להחזקת הגוף שלה דבזה לא מצינו שום חולק וי"ל דבכזה כ"ע מודו להיתירא:

ענף ב

ו

וע"כ יש לדון דאף דקיי"ל דלכתחילה אין להתירה לכהונה ע"י אמירת ברי שלה וכדאמר בכתובות דף י"ד ואת לא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרים כו' וכמבואר בסוף סי' ו' מ"מ בנ"ד דיש לנו מעלת חזקת הגוף דהיא בתולה גם כהיום לפי דברי' דלא איתרעי מעולם להחזקת גוף שלה דבזה לא מצינו דהחמירו בכזה על לכתחילה ומה"ט סתמו בחגיגה דף י"ד ואמרו דבתולה שעיברה דמותרת לכה"ג דלפי' רש"י בלישנא קמא והובא בתוס' שם דמשמע דס"ל דאף לכתחילה נאמנת ומה שהקשו התוס' שם מהך דכתובות וכתבו לחלק כבר תמה ע"ז הטורי אבן שם ובאמת פשטות הענין שם דקאי כר"ג דהא קיי"ל כוותי' ואפשר לומר דלכן לא הביא הרמב"ם לדינא להך דבן זומא דחגיגה דס"ל דכיון דקיי"ל לדינא דלכתחילה אסורה לכהונה ומה דאמר בן זומא בחגיגה דאף לכתחילה מותרת לכהונה זהו משום דבן זומא ס"ל כר"ג דאף לכתחילה מותרת לכהונה. ולכן לדינא דקיי"ל דלא תעביד עובדא לכתחילה כו' ע"כ לא הביא הרמב"ם להך דבן

זומא דדרכו להביא לשון הגמ' כפי דאמרו כן בגמ' וע"כ יש לומר דגם הרמב"ם ס"ל דיכול להיות להתעבר באמבטי אך אין זה רק על דיעבד:

והא דאמרו בחגיגה שם דשמואל לא שכיחי אף דר"ג ס"ל להכשיר אף ברוב פסולים משום דמעלת ברי ואוקי אחזקת כשרות עדיפא מרובא י"ל דכוונת הגמ' דשמואל לא שכיח כלל ובכה"ג מודה ר"ג דלהחמיר:

ז

ואפשר דעפ"ז יש ליישב דברי התוס' שם במה דאמרו להקשות דהא ר' יהושע אמר לא מפי' אנו חיין כו' והכא משמע דקבעיא אליבא דכ"ע ושמא כאן שאף היא בכלל האיסור כו' והנה מה דהקשה הטורי אבן מהך דיבמות דף פ"ד דכל היכא דהוא מוזהר היא מוזהרת כו' תרצתי זה במק"א אבל עיקר דבריהם מוקשה דמנלן להתוס' דהך איבעיא אתי ככ"ע וה"ל להתוס' לומר דס"ל כר"ג וכמש"כ הטורי אבן והנלע"ד דהתוס' הכריחו לומר דהך סוגיא דחגיגה רצו לאשכוחי היתירא גם אליבא דר' יהושע משום דלר"ג דס"ל להכשיר אף ברוב פסולים א"כ איך אמרו שם בחגיגה דשמואל לא שכיח דהא לר"ג מהני מעלת ברי בצירוף אוקי אחזקה אף נגד הרוב א"כ מה"ט ה"ה אף דשמואל לא שכיח מ"מ הא ברי שלה ואוקי אחזקה עדיפא מן מעלת רובא והי' דוחק להתוס' לומר דשמואל לא שכיח כלל וע"כ הכריחו מזה לומר דהך סוגיא דחגיגה אתי אף לר' יהושע ושקלי וטרי בסוגיא שם לאשכוחי היתירא אף לר' יהושע וזהו שכתבו דהכא משמע דקבעיא אליבא דכ"ע. דרוצה לאשכוחי היתר אליבא דכ"ע וע"ז הקשו דהא ר"י ס"ל דאינה נאמנת כלל אף במקום דליכא רובא הסותר וע"ז תירצו דשאני כאן דאף היא בכלל האיסור כו' דמה"ט ס"ל לר' יהושע כאן דנאמנת היכא דליכא רובא הסותר אך בדשמואל דלא שכיח ס"ל לר' יהושע דאינה נאמנת אף דהיא בכלל האיסור אלא משום באמבטי עיברה תלינן משום דס"ל להש"ס דזהו שכיח או די"ל דמצרפינן תרי מיעוטי היינו מיעוט דשמואל כו' ומיעוט דאמבטי והוי כפלגא ופלגא וכעין הך דקידושין דף ע"ג ע"ש וכמש"כ הר"נ בפ"ג דחולין בהסוגיא דף ס"ג לתרץ קושיות התוס' שם ע"פ סברא דמצרפינן תרי מיעוטי היינו מיעוט טריפות למיעוט טמאים ועיין ברכות דף נ"ג וקצרתי כן יש להסביר לדברי התוס' דחגיגה שלא יהיו מוקשים ומה שכתבו לחלק דשאני הכא דאף היא בכלל האיסור כו' והטורי אבן תמה ע"ז הנה בקצרה י"ל בכוונתם דקאי בשיטת הר' אלעזר דהובא בתוס' נדרים דף צ' ע"ב ואף דהתוס' שם הקשו עליו מהך דיבמות הנ"ל מ"מ יש ליישב זה ואכמ"ל בזה:

ח

נחזור לענינינו דאף דנימא דמן הך דחגיגה אין להוכיח לדינא לפי מה דקיי"ל דלכתחילה לא סמכינן על ברי ואוקי אחזקה היכא דליכא רובא המסייעו. מ"מ לולי דברי התוס' דחגיגה הנ"ל אנו לעצמינו נוכל לומר ולחלק דהך דחגיגה וכן כיוצא בזה דזהו עדיפא משום דיש בזה מעלת אוקי אחזקת הגוף דבתולה דיש לה עדיין לפנינו כיון דלפי דברי' לא איתרע כלל הך אוקי אחזקה דלדברי' היא בתולה כעת ובאמת עפ"ז מתורץ קושיות התוס' דחגיגה שם דכיון דלדברי' היא בתולה עדיין ע"כ עדיפא זה מהך דכתובות דף י"ג היתה מעוברת מה טיבו כו' והתוס' שם לא נחתו לחלק כן ומ"מ יש לדון מסברא כן ובפרט דנבדקה ע"פ הרופא ואומר שהיא בתולה דאף דנימא דאין אנו בקיאין לבדיקת בתולה וכמש"כ החלקת מחוקק בסי' ס"ח כנ"ל מ"מ מידי ספיקא לא יצאנו וכמו כל מקום דאמרו אין אנו בקיאין בבדיקה וע"כ יש לצרף זה לעוד ספק ולדון דין ס"ס זולת מעלת תרי רובא דהי' בשכונתה רובא כשרים מן הדרים שם ורוב אורחים ובצירוף מעלת ברי שלה ויש לנו ס"ס ספק א' שמא לא נבעלה לשום בן אדם כלל רק מן הש"ז שהי' שוכב עלי' וכמש"כ כת"ר במכתבו מן הודעות הבתולה והחתן ע"ז ואת"ל דלא בא זה מן שכבת זרעו של החתן אכתי ספק שמא לכשר נבעלה ויש להאריך בכ"ז עוד אך אין אנו צריכין דהא בנ"ד יש לנו גם תרי רובא לסייע להיתירא דנבעלה לכשר כנ"ל א"כ יש לנו מעלת ברי ותרי רובא וספק ספיקא הכל ביחד דבכזה לא מצינו לשום פוסק דיחמיר בזה וע"כ יש לנו היתר מורווח בפשיטות בנ"ד בפרט דהחתן אינו חושדה כלל על זנות ויש לנו עוד מה לצדד לחזק ההיתר בנ"ד ע"פ מעלת שני חזקות דהובא באה"ע בבאר היטב סי' ו' בס"ק ל"א בשם משפטי שמואל דסמכינן גם על שני חזקות להיתירא ובנ"ד יש לנו חזקת הגוף דבתולה דיש לה עדיין כנ"ל וחזקת היתר לכהונה וכדאמרו בכתובות דף י"ג דאיהי אית לה חזקה דכשרות:

ט

וגם יש לדון בנ"ד לסברת רש"י בכתובות ד' ט' ע"ב דביהודה לא מהימן דשמא בעל בימי אירוסין ושכח וכש"כ בנ"ד דהי' עמה במטה אחת זה כמה חדשים די"ל דלא מוקי אנפשי' וכמש"כ כת"ר סברא זו להסביר בטוב טעם דאף שהביא הב"ש בסי' קס"ז ס"ק ו' בשם המגיד דאם גירש ואח"כ שהה עמה אף לאחר ל' יום אמרינן מסתמא לא בעל אותה כיון דאיכא איסורא א"כ ה"ה בנ"ד הא יש להחתן חזקת כשרות דמבררת דלא עשה איסור ולבעול אותה אבל הב"ח בטור שם כתב להדיא דאף במקום איסורא אמרינן חזקה זאת וכן נראה מהתוס' כתובות ד' ט' ע"ב ד"ה מאי לאו כו' ועוד דבנ"ד לא שייך לדון כן לכ"ע כיון דאין להם חזקת כשרות דהא בלא"ה הי' ביאות שלא כדרכה באיסור

נדה אצלם בודאי ועיקר הטעם דבמקום איסורא לא דיינינן כן זהו משום חזקת כשרות כו' והביא כת"ר דברי הפ"י לגיטין בסוגיא דיחדה כו' ודברי הרדב"ז שהובא במל"מ ה"ג פ"י דין י"ח ובאה"ע סי' קמ"ט בבאר היטב ס"ק א'. ובפתחי תשובה ס"ק ב' והאריך כת"ר בטוב טעם בכל זה. ובקצרה העיקר הוא לסמוך בהיתירא דיש לנו תרי רובא להיתירא ובצירוף הך דאמבטי ומעלת ברי שלה דיש לנו להתירה להנשא לחתנה הכהן וכמש"כ כת"ר בסברות נכונות להתירה:

י

ונשובה לעיין ע"ד איסור מעוברת חבירו שיש בנ"ד. וגם בזה יש לנו להקל ולסמוך על הך סוגיא דחגיגה דבאמבטי עיברה ואין לנו לדחות סוגיא מפורשת ואף דהרמב"ם לא הביאו הך דחגיגה לדינא מ"מ הא כבר כתבתי לעיל בטעמם דס"ל דהך סוגיא דחגיגה ס"ל כר"ג דאף לכתחילה נאמנת וע"כ לדינא דקיי"ל דלא עבדינן עובדא כר"ג עד דאיכא רוב כשרים אצלה ע"כ אינה נאמנת לומר דבאמבטי עיברה ולהנשא לכה"ג משום דלכתחילה אין לסמוך על דברי' היכא דליכא רובא המסייע לה וע"כ אין ראי' מהרמב"ם לסתור לדינא להך דחגיגה ומן הטוש"ע והפוסקים אינו ראי' כלל במה שלא הביאו להך דחגיגה דהא כיון דנאמרה בגמ' לענין בתולה לכה"ג ע"כ לא הביאו זה לדינא לפי דהא דיני כה"ג לא שייך האידנא]. ולכן באיסור מעוברת חבירו יש לנו לסמוך להיתירא ע"פ מעלת ברי שלה בצירוף אוקי אחזקת הגוף דבתולה דכיון דסומכין על דברי' ונאמנת לומר נאנסתי תחתיך ומוציאה ממונא דכתובה מהבעל ע"פ סברא זו כמבואר בכתובות ד' י"ב ע"ב כש"כ דנאמנת מה"ט לענין איסור דמעוברת חבירו:

יא

ורק לענין מעלת יוחסין אמרו דלא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרים אבל היכא דאינו נוגע האיסור למעלת יוחסין וכמו בנ"ד דיש לנו תרי רובא להיתירא בענין חשש פסולי כהונה כנ"ל ורק לענין איסור מעוברת חבירו אנו מיירינן כעת ע"כ כיון דאין האיסור דמעוברת חבירו נוגע למעלת יוחסין כלל אין לנו להחמיר ומוקמינן אדינא דנאמנת מצד מעלת ברי וחזקת גוף דבתולה דלפי דברי' לא איתרעי מעולם החזקת הגוף שלה דזה עדיפא מן רובא וע"כ אף דרוב נשים לא נתעברות בלא ביאה גמורה. מ"מ כיון דמיעוט המצוי איכא עכ"פ וכמבואר בסוגיא מפורשת דחגיגה דנאמנת לומר כן ולהנשא לכה"ג ויש פוסקים דס"ל כן לדינא כנ"ל ע"כ אין לנו להחמיר באיסור דרבנן דמעוברת חבירו וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' בשם התוס' יו"ט דסוטה פ' ד' משנה ג' ע"ש:

יב

בפרט בנ"ד דנבדקה ע"פ הרופא ואומר דהיא בתולה דאף דאין אנו בקיאין כ"כ בזה וכמש"כ לעיל בשם הח"מ סי' ס"ח מ"מ רובא לא שייך בזה כיון דיצאתה מחזקת הרוב דהא רוב נשים בעולות אם נבדקות ע"פ הרופא נמצאות בעולות בפ"פ ובנ"ד אינו כן ע"כ דומה זה לדברי התבואות שור בסי' כ"ט גבי מים בראש דכתב דלא דיינינן בזה להרוב בהמות כשירות דכיון דיצתה מן הרוב במה שנמצאו מים בראש כו' ע"ש ועיין בחוות דעת שם. ולפענ"ד נראה להביא ראי' לדברי התב"ש מהך דבכורות ד' מ"ב דאמרו גבי הא דפריך ליחוש שמא נהפכה זכרותו כמאן כר"מ כו' אפילו תימא רבנן דכיון דאשתני אשתני כו' הרי דכיון דנשתנה במקצת דיצתה מחזקת הרוב דלא דיינינן בכה"ג להרוב כלל וקצרתי וידוע דברי הנו"ב במ"ת סי' ל"ג ובסי' ל"ט והחתם סופר והובא בפ"ת ס"ק י"ח דגם על ספק בנו חייס ע"ש ובפרט דנ"ד דמי למה דאמרינן בכ"ד רוב בעילות אחר הבעל והוי ש"ז של החתן שלה רוב ומצוי אצלה כיון דהי' שוכב עמה במטה א' זה ערך שני שנים וע"כ כיון דטוענת ברי דהיא בתולה עדיין ונתעברה מן ש"ז שלו תלינן בתר המצוי והרוב דהוי מן החתן שלה וע"כ אין זה בכלל מעוברת חבירו וגם יש לצרף לזה לסניף הך דעה דס"ל להקל במזנה כמבואר באה"ע סי' י"ג סעי' י"א ע"כ יש לנו להתירה להנשא להחתן שלה אף בעודה מעוברת. וכדעת כת"ר:

סימן טו

כבוד הרב הנ' וכו'

מכתבו הגיעני ע"ד עובדא בישא בעו"ה שאירע בקהילתו, והוא כי א"י א' אנס את בתולה המשודכת ונתעברה ממנו ועדיין היא מעוברת והמשודך רוצה לישאנה באופן שלא יצטרך להמתין משך כ"ד חודש ואם יצטרך להמתין כ"ד חודש מעת לידתה לא ישאנה ויתבטל השידוך ח"ו ויש בזה ח"ו חשש רב להנערה ופגם משפחתה הרמה. וביקש ממני כת"ר שאזדקק לענין השאלה הזאת:

א

והנני להשיבו כי בנודע ביהודה מ"ת סי' ל"ח העלה להתיר למעוברת מן א"י להנשא אף בתוך ימי עיבורה משום דלשון הגמ' דלא ישא מעוברת חבירו ומינקת חבירו משמע דחבירו דוקא ולא א"י כו' והנה בתשובת רע"א זצ"ל סי' צ"ה כתב בשם חכם א' שרצה לומר כן. ודחה זה ע"פ הא דשבת ד' ק"נ דמוקי הך דלא יאמר לחבירו בא"י וכן התוס' שם ד"ה אומר אדם לחבירו דל"ש א"י ול"ש ישראל כו' יע"ש ורע"א שם לא הביא לדברי הנו"ב הנ"ל שכתב כן בפשיטות ובאמת לפי דברי התוס' בשבת הנ"ל והתוס' עירובין ד' ל"ב ע"א ד"ה האומר לחבירו כו' והתוס' סוכה ד' ל"ט ע"א ד"ה הלוקח לולב כו' משמע

לכאורה כדברי רע"א דלשון חבירו קאי גם על א"י ודלא כהנו"ב. אכן מצינו להגהת אשרי ביצה פ"ג סי' ט' שכתב על הא דאמרו שם לא יאמר לחבירו כו' אבל אומר לו כו' דה"מ ישראל לישראל אבל ישראל לא"י אסור כו'. וכ"כ הגהת אשרי לע"ז ד' ו' עלה דאומר לחבירו בשבת הנראה שתעמוד עמי לערב לעשות מלאכה דלא לא"י והובא שיטת הגהת אשרי זו בשו"ע או"ח סי' ת"ק סעי' א' בשם יש אומרים ועיין במג"א שם ס"ק ג' הרי דמצינו דיעה דהובא בשו"ע הנ"ל דס"ל דחבירו לא מצי קאי על א"י וכעין שיטת רש"י בסוכה ד' ל"ט דחבירו לא מצי קאי על עם הארץ וכש"כ על א"י ומה שהקשה שם התוס' על שיטת רש"י כבר תירץ זה הכפות תמרים בטוב טעם ועיין בחידושי החתם סופר על סוכה שם א"כ מצינו שיטת הגהת אשרי בשני המקומות הללו ושיטת רש"י בסוכה דס"ל דלשון חבירו משמע למעוטי א"י דאינו נכלל בלשון חבירו א"כ לדבריהם שפיר כתב הנו"ב לחדש הך דינא דה"ה הכא דאמרו מעוברת ומינקת חבירו דמשמע דרק בחבירו תקנו כן אבל במעוברת מן א"י לא תקנו כן ואף דלפי שיטת התוס' אינו כן מ"מ יש הכא בנ"ד ספק ספיקא להיתירא היינו ספק א' שמא הלכה כשיטת הר"ש וסייעתו דבגרושה לא תקנו להך תקנתא משום דאינה משועבדת להניק א"כ ה"ה בזונה כיון דאינה משועבדת להניק לבנה וכמש"כ הנו"ב שם בסי' ל"ח וודאי אין עלי' איסור להנשא ואף את"ל דהלכה כהחולקים על שיטת הר"ש ואוסרים אף בגרושה וממילא ה"ה בזונה עכ"ז אכתי ספק שמא הלכה כשיטת רש"י והגהת אשרי דאין א"י נכלל בלשון חבירו א"כ ה"ה הכא לא תקנו להך תקנתא במעוברת מן א"י ויש לנו ספק ספיקא מעליא להיתירא ואף ספק ספיקא דפלוגתא הוא ספק ספיקא מעליא לסמוך ע"ז להיתירא כידוע:

ב

ועוד נלענ"ד לדון דאף לשיטת התוס' דס"ל דגם א"י נכלל בלשון חבירו עכ"ז י"ל דבנ"ד אף התו' מודו והוא דהנה התוס' יו"ט פ"ד דדמאי משנה ב' כתב דהא דקרי לי' חבירו משום דגייס בי' כו' והתם דמיירי במזמינו לאכול אצלו שייך לומר כן דמשום דגייס בי' ע"כ מזמינו לאכול ושייך ע"ז לשון חבירו וכן בהך דאומר אדם לחבירו לשכור לו פועלים ומוקי לה בחבר א"י זהו ג"כ משום דאי לאו דגייסי אהדדי לא הי' אומר לו לשכור לו פועלים. וכן בהך דסוכה ד' ל"ט הלוקח לולב מחבירו דנותן לו אתרוג במתנה דאי לאו דגייס עמו לא הי' נותן לו אתרוג במתנה. וכן בהך דעירובין ד' ל"ב דאומר לחבירו צא ולקוט לך תאנים מתאנתי כו' וכעין דברי החתם סופר בחידושיו לסוכה ד' ל"ט שם אבל הכא במה דאמרו לא ישא מעוברת חבירו ומינקת חבירו לא שייך בזה לומר דלשון חבירו דאמרו הכא הוא משום דהדרך הוא כן דבשביל דגייסי אהדדי כו' דהא במה

דנושא מעוברת ומינקת חבירו אין זה שייכות כלל דגייסי אהדדי. דהא הדרך הוא לישא אשה אף דלא הי' גייס עם בעלה בחיותו וע"כ שפיר יש להוכיח מזה דלכן תני שני פעמים חבירו א' גבי מעוברת וא' גבי מינקת ולא תני מעוברת ומינקת חבירו אלא אמרו חבירו אצל מעוברת לבד. ועוד חבירו אצל מינקת דזהו להורות דדוקא בחבירו ישראל תקנו להך תקנתא אבל במעוברת מן א"י וכן במינקת לולד מן א"י לא תקנו כן וע"כ אין להזניח לדברי הנו"ב הנ"ל. ועכ"ז בעודה מעוברת אין דעתי מסכמת להקל דעדיין יש להחמיר בזה לשיטת הרמב"ם דהביא הטעם משום דחסא. ועיין באה"ע סי' י"ג בב"ש ס"ק כ' ובשו"ת שבות יעקב ח"ג סי' ק"ח וידעתי מה דכתב הנו"ב בסי' ל"ח שהרגיש בזה. ועכ"ז אין דעתי מסכמת להתירה להנשא בעודה מעוברת. רק לאחר שתלד ולא תתחיל להניק את הוולד רק ליתנו למינקת והמינקת תשבע שלא תחזור בה אז דעתי מסכמת שתוכל להנשא להמשודך שלה וכן ראיתי בספר קהלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל שכתב להיתירא במזנה באינה מתחלת להניק וליתן למינקת באם שתובע המינקת יע"ש:

ג

ומה שהחמיר הכנסת יחזקאל ליתן דוקא למינקת פנוי' ולא לנשואה כבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף י' דאין לחוש לחומרא זו אך במינקת נשואה ישבע בעלה מתחילה ע"ד רבים שלא יפר לה ואח"ז תשבע המינקת שלא תחזור מההנקה ומסמוס ביצים וחלב להוולד וכעין דברי ר' ע"א זצ"ל בסי' צ"ה ע"ש ואם באפשרי שישליש הבעל במזומן מעות מה שיצטרך ליתן שכר המינקת מה טוב אכן אם אין זה באפשרי לכל הפחות יראו שיתחייב הבעל ע"פ כתב המועיל לפי נימוסי המדינה שיהי' מחוייב לשלם שכר עבור המינקת כל משך כ"ד חודש וכן יכתבו כתב התחייבות של המינקת על חיוב הנקתה כל כ"ד חודש הכל בכתב המועיל ע"פ נימוסי המדינה ואז יהי' מועיל מה שתשבע המינקת שלא תחזור בה ואם יש לה בעל ישבע הבעל מתחילה שלא יפר לה כנ"ל ואז תהי' מותרת להנשא להמשודך תיכף לאחר לידתה ולא תתחיל להניקו רק למסור להמינקת אחר שיתחייב המשודך בכתב המועיל על חיוב תשלומי שכר המינקת כל משך כ"ד חודש ואחר כל זה אז דעתי מסכמת להתיר להמשודכת להנשא להמשודך בלא חשש איסור כלל:

סימן טז

נשאלתי ע"ד אשה גרושה שניסת לבעל אחר שלשה חדשים ונמצאת מעוברת אם יגרשה השני או דיהי' סגי בהפרשה ואיך יהי' זמן ההפרשה אם יכול להיות עמה אחר שתלד או אינו יכול להיות עמה עד אחר זמן הנקת הוולד ושקיל וטרי כת"ר בזה הרבה:

א

הנני להשיבו כי דעתי כאשר הבעל הי' שוגג בעת שכנסה ולא ידע דהיא מעוברת וכמש"כ כת"ר. א"כ יש לסמוך על הב"ש בסי' י"ג ס"ק ל"ד דבשוגג א"צ לגרשה וכן מבואר בתה"ד בשם אור זרוע ואף דהמשנה למלך פ' י"א ה' גירושין ה' כ"ח כתב להוכיח מן הרא"ש ס"פ אע"פ דגם בשוגג צריך לגרשה. עכ"ז יש לסמוך על הב"ש בזה ויש לפלפל בדבר המל"מ הרבה ומש"כ כת"ר דהא האשה היא מזידה. זה אינו ברור כ"כ ועוד דהא אף היכא דהיא מזידה מ"מ הא מוכח בתה"ד סי' רי"ז והובא בב"ש שם ס"ק ט"ז דשוגג מקרי מה דלא ידע הבעל דמת בעלה תוך ג' חדשים אף דהאשה פשעה מ"מ כיון דהבעל ה"ל שוגג אין אוסרין עליו אשתו דאין לנו יכולת להפסיד זכות השעבוד שיש להבעל על אשתו ומקריא שדה של הבעל ומש"כ כת"ר להעיר דהא אמרו חז"ל בלשון דלא ישא מעוברת כו' דמשמע דעיקר האיסור בזה אינו רק על הבעל אין לזה הכרח דהא בכתובות דף סמך אמרו דלא תנשא ע"ש ועיין בנו"ב במ"ק סי' י"ז שהעיר בזה:

ב

ובעיקר מילתא דנא ידוע שיטת הר"ש הזקן דגרושה מעוברת מותרת להנשא וכמש"כ הרא"ש ביבמות פ"ד סי' כ"ו ובנימוקי יוסף ביבמות דלשיטתו גם גרושה מעוברת מותרת להנשא משום דלמסקנא עיקר הטעם מה דאסרו מעוברת משום דלמניקה קיימא וגרושה דאינה משועבדת להניק לא אסרו. א"כ לשיטתו ודאי דמותרת בנ"ד דהיא גרושה אכן יש לדון אף לשיטת הר"ש דהא כתב הצ"צ בסי' נ"ה דדוקא היכא דיש האב לפנינו אז התיר הר"ש הזקן וע"כ במזנה דליכא אב לפנינו גם הר"ש לא התיר ע"ש א"כ בנ"ד יש לומר דלא מהימנא לתבוע מזונות הילד מבעלה הראשון דהא רוב נשים עוברה ניכר לשליש ימי' וזו מדלא הוכר עוברה כו' וכמבואר ביבמות דף ל"ז א"כ יש לפנינו רוב המברר דזינתה אחר הגירושין משום דאם הי' מבעלה הראשון הי' ניכר העובר בשלשה חדשים הראשונים מצד הרוב דניכר לשליש כו' א"כ לא תוכל לתובעו כלל ע"פ דין ואפשר לדון לפי מש"כ הרא"ש בכתובות פ"א סי' י"ח ובשם ר' יונה דבטוענת ברי ובצירוף חזקת כשרות דמוציאה מחזקת ממונא ואף דאיכא רוב לנגד ומה"ט באומרת משארסתני נאנסתי נאמנת אע"ג דאיכא רוב ברצון וגם חזקת ממונא ועיין באה"ע סי' ס"ח וקצרתי:

ג

א"כ לפ"ז ה"ה בנ"ד דאומרת ברי דהוולד הוא מבעלה הראשון ובצירוף חזקת כשרות שלה דיכולה לתבוע מזונות עבור הוולד מבעלה הראשון משום דחזקת כשרות שלה מבררת דלא זינתה ואף דעכשיו דניסת לבעלה השני בעודה מעוברת איתרע חזקת כשרותה מ"מ הא זה אינו איסור חמור כמו איסור זנות וכמבואר באה"ע סי' כ"ו דאיסור

זנות בפנוי' הוי מה"ת וכדמצינו כעין זה בגיטין דף י"ז בתוס' ד"ה משום בת אחותו כו' דכתבו דאוקמה אחזקת כשרות דלא נבעלה כשהיא א"א ע"ש אף דאיתרע חזקת כשרותה כיון דעכ"פ זינתה עכשיו מ"מ כיון דאיסור א"א חמור ביותר דייניין בכה"ג לחזקת כשרות וה"ה בנ"ד כעין זה ועוד דהא עד העת דניסת לא איתרע חזקת כשרותה. וחזקה דמעיקרא עדיפא וכמבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ג דאם אין יודעים אם עבר מקודם או לא מוקמינן לי' אחזקת כשרות דמעיקרא וכן הוא ביו"ד סי' א' גבי שוחט ע"ש וזולת זה יש עוד לדחות להסברא שכתבתי לדון דאיתרע עכשיו כשרותה וקצרתי. א"כ לפי כל זה הי' מקום לדון דתהי' תוכל לתבוע מבעלה הראשון חיוב מזונות עבור הוולד:

ד

אך לדינא קשה להוציא המזונות עבור הוולד מבעלה הראשון דאף דאומרת ברי דהוולד הוא ממנו מ"מ אין זה נחשב לברי וכמש"כ התוס' בכתובות דף ע"ו בד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' דברי שלה לא מהני לגבי האב דהוי כמנה לאחר בידך דב"ב דף קל"ה ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד דהא הוולד עצמו אינו יכול לטעון ברי והברי של אמו לא מהני לגבי הוולד וע"כ אינה יכולה לתבוע עבור מזונות הוולד מבעלה הראשון אכן אין אנו צריכים לזה כלל לפי מה דכתב ר"ע איגר זצ"ל בתשובה סי' צ"ה בד"ה ואף די"ל דזיל בתר איפכא כו' דרובא דרבוותא ס"ל בשיטת הר"ש הזקן דאף היכא דליכא אב ג"כ גרושה מניקה מותרת להנשא ע"ש. א"כ לשיטת הר"ש יש להקל בנ"ד אף דנימא דלא תוכל לתבוע ממנו [ועיין באה"ע סי' ד' בב"ש ס"ק מ"א ובריב"ש המובא שם וקצרתי וראיתי במשכנות יעקב סי' ה' דמיקל אף לכתחילה לסמוך על הר"ש בגרושה ולא התחילה להניק. וכתב שם דגם שיטת רש"י בכתובות דף סמ"ך דכתב שם רק במת ואלמנות דמוכח דס"ל כהר"ש תמהני עליו דהא מבואר בסוטה דף כ"ד ברש"י ד"ה מעוברת חבירו כו' דגם בגרושה אסורה ע"ש ובמק"א הארכתי בזה ואחר זמן רב הגיע לידי ספר נחלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל וראיתי בתשובותיו סי' ז' דכתב להקל בגרושה ולא התחילה להניק ע"ש]:

ה

וכיון דחזינן דרבים מקילים לכתחילה לסמוך על שיטת הר"ש ע"כ ברור דבדיעבד אם כנסה דאין להוציאה ולא לאוסרה עליו וכמבואר כה"ג ביבמות דף כ"ד דבספק חלוצה לא גזרו רבנן לאפוקי מספק וכן מבואר באה"ע סי' ו' סעי' א' א"כ כש"כ איסור מעוברת ומינקת חבירו דיש לי ראי' להוכיח דהך איסור דמעוברת ומינקת קילא מכל איסורי דרבנן וכמש"כ התוס' יו"ט בסוטה פ"ד משנה ג' בד"ה איילונית כו' ובשם הרמב"ם ע"ש וכמו שכתבתי בספרי באר יצחק סי' א' ויזכני ד' להוציאו לאורה כי בעת כותבי זה לא הדפסתיו עדיין וע"כ בכנסה כמו בנ"ד אין לאוסרה עליו לכן יש להקל אם יתנו הוולד

למינקת ותשבע המינקת דהא רבים סוברים דבנשבעה המינקת מהני ולא תצא. וכמבואר באה"ע סי' י"ג סעי' י"א ברמ"א שם בשם יש אומרים ע"ש:

ו

ובמק"א כתבתי להקשות על הך דיעה דס"ל דבנשבעה המינקת וכנס דלא תצא דהא אי' בסוטה דף כ"ד דבנשא מעוברת ומינקת חבירו ס"ל לחכמים דשותה משום דמקרי אשה הראוי' לו דיכול להפרישה ולהחזירה לאח"ז הא בלא"ה י"ל דמקרי אשה הראוי' לו משום דיכול ליתן הוולד למינקת ותשבע המינקת דאז לא תצא ובלא"ה יש להקשות על כמה אמוראי דרצו למיעבד עובדא להתיר בנתנה בנה למינקת כמבואר בכתובות דף סמ"ך. דהא יש להוכיח מהך משנה דסוטה דלא מהני נתנה בנה למינקת דאם הי' מותרת בנתנה בנה למינקת א"כ בלא"ה מקריא אשה הראוי' לו ע"י נתינתו למינקת וע"כ מוכח מהך משנה דסוטה דהיכא דנשא באיסור כ"ע מודו דאסורה אף בנתנה בנה למינקת וגם נשבעה:

ז

ויש לדחות משום די"ל דזה לא הוי בידו כ"כ שישיג מינקת דיכול להיות דלא ישיג מינקת ובפרט דתשבע זה לא הוי בידו וכמש"כ התוס' כעין זה בכתובות דף כ"ב ד"ה מנין לאב שנאמן כו' דכתבו דאין בידו כ"כ דשמא לא ימצא מי שיקדשה. וכעין זה במינקת דיכול להיות דלא ישיג וע"כ לא מקרי זה בידו וע"כ הוכרחו לומר הטעם דמקרי ראוי' לו דיכול להפרישה ולהחזירה לאח"ז וע"פ זה יש ליישב קושיות התוס' יו"ט בסוטה שם דהקשה דאמאי לא ס"ל לרבנן התם כסברת ר"א דשם דאמר דיכול לישא אשה אחרת כו' ולפי מש"כ אתי שפיר דס"ל לרבנן דזה לא הוי בידו כ"כ דשמא לא ימצא למי שישאנה ודוקא יכול להחזירה לאח"ז אמרינן משום דזה הוי בידו וביד אשתו ולא צריכין לזולתן. ואף דעכשיו לא יוכל להחזירה עכ"ז הא מחוסר זמן לא הוי כמחוסר מעשה וכמש"כ המשנה למלך בפ"ד ה' אישות וע"כ נדחה ראייתי מהך דסוטה ושפיר יש לצרף להיתירא להך דיעה דס"ל בנשבעה המינקת דבכנסה לא יוציאה:

ח

אך באלמנה חלילה לצרף דיעה זו לדון להיתירא אבל בגרושה מינקת ובכנסה כמו בנ"ד שפיר יש להקל דלא יוציאה ותהי' מותרת לו לאחר שתלד ויתנו הוולד למינקת ותשבע שלא תחזור כל ימי הנקתו וגם הבעל יתן בטחונות על תשלומי שכר המינקת או שישבע הבעל ג"כ ואז יש להתירה לו לאחר שתלד וגם יש לדון בנ"ד דהא ניסת לו בהיתר לאחר ג' חדשים ודרכי' דרכי נועם ומה ה"ל למיעבד והי' לי עוד מה להאריך ולדון עוד אך לפי שהשליח נחוץ לדרכו ע"כ יספיק הקיצור:

סימן יז

נשאלתי בגרושה מעוברת וילדה וולד לאחר הגירושין וקבלה ע"ע התחייבות להניק את הוולד. ואם תצטרך לשכור לו מינקת מחוייבת לשכור לו מינקת ולא התחילה להניק כלל. והיא צעירה לימים ויש לחוש לתקלה חלילה וכמו שכתבו בארוכה ונשאלתי אם מותרת להנשא בתו"ז כד"ח:

ענף א

א

תשובה בעז"ה בתחלה נבאר מה דפליגי הר"ש הזקן עם הר"ת דס"ל להר"ש דגרושה מותרת להנשא הואיל ולא משעבדא להניק כמבואר בכתובות דף נ"ט נתגרשה אינו כופה כמבואר כ"ז בתוס' יבמות דף מ"ב וכתובות דף ס' והרא"ש ביבמות פ"ד סי' כ"ז ובכתובות פ"ה ברא"ש סי' ך' כתב טעם אחר בסברת הר"ש דלכן גרושה מותרת משום דאין עליה להניק בנה הואיל ובעלה קיים כו' אבל כשמת בעלה כו' כיון שאין לו אב עשו חכמים תקנה שתניק האם עכ"ל ועיין בצ"צ סי' נ"ה מש"כ בכוונת הרא"ש שכתב עשו חכמים תקנה כו' וכ"כ המרדכי בכתובות פ"ד הטעם דנתגרשה אינה כופה כו' לכן גרושה מותרת כו' והנימוקי יוסף בפ"ד ליבמות כתב בכוונת הר"ש דלכן גרושה מותרת משום דכיון דאב קיים תתבע לבעל דלא כסיפא למיתבע לבעל ואיהו חייס על ברי' ודוקא בליתבעי' ליורשים אמרו אשה בושה לבא לב"ד כו' וכן מורה לשון הר"נ בכתובות ע"ש. והשיטה מקובצת לכתובות דף נ"ט כתב בשם כמה ראשונים בשיטת הר"ש דלכן גרושה מותרת משום דהואיל והאב קיים הרי הוא נזהר בו לתקנתו כמו באשה תחת בעלה כו' וכ"כ הריטב"א בחידושיו לכתובות שם וכ"כ הרשב"א בתשובה והובא בב"י סי' י"ג וכ"כ המ"מ בה' גירושין פ' י"א ה' כ"ה ע"ש:

ב

ואי נימא דשיטת הר"ש דלכן גרושה מותרת משום דהואיל והאב קיים יהי' נזהר בתקנת בנו א"כ ה"ה בנ"ד שייך ה"ט ועיין בב"ש סי' י"ג ס"ק ל"ז שהביא בשם הפוסקים דשאני גרושה דאביו חי אבל להטעם שכתבו דלא משעבדא להניק א"כ אפשר דנ"ד דהתחייבה א"ע להניקו ולשכור לו מינקת אפשר דגם הר"ש מודה דמיתסרא כיון דמשעבדא להניק מחמת התחייבות שלה. אבל באמת ברור ופשוט דמטעם זה לא מקרי משועבדת להניק דאל"כ תקשה בכל אשה מינקת שקבלה וולד אחר בהתחייבות ע"ע להניקו משך שתי שנים תהי' אסורה להנשא לאחר מחמת איסור מינקת ובאמת זה וודאי אינו כדמצינו בכתובות דף ס' דת"ר מינקת שמת בעלה בתוך כ"ד חודש כו' דלא הי' הגזירה רק על מינקת שמת בעלה וכמש"כ הבאר היטב בסי' י"ג ס"ק י"ח בשם מקור ברוך דלא הי'

התקנה רק על אמו משום דדוקא היכא דמוטל עליה חיוב מצד תקחז"ל או במכירה מצד הדין בזה אסרו חז"ל משא"כ היכא דאין עליה חיוב מצד תקחז"ל רק מה שהתחייבה ברצונה הטוב זה לא נכלל בשם מינקת חבירו להיות נאסרת בכלל גזירה דמינקת ובמכירה ג"כ ס"ל להרבה פוסקים דאין עלי' איסור כמבואר בהגהות אשרי לכתובות פ"ה להרא"ש סי' ך' ובלשון הר"ש הזקן שהובא בר"נ כתובות מקודם דמסיק בשם הרשב"א לחלק בין מכירה כו' משמע דהר"ש ס"ל שלא לחלק בין מכירה כו' משום דאף מכירה מותרת להנשא משום דכיון דאין עלי' שיעבוד מצד עצם השעבוד רק מצד סכנתא ע"כ אין זה דומה לאלמנת חבירו שחייבת להניק בנה מצד השעבוד שחל עלי' וכמש"כ הג"א שם. ועיין בב"ש סי' י"ג ס"ק ל"ח מזה. וה"ה י"ל בגרושה שהתחייבה א"ע להניקו דכיון דבלא חיובא לא היינו כופין לה להניק רק מצד התחייבות שלה א"כ ממילא אינה דומה לאלמנה דמחוייבת ממילא מחמת תקחז"ל ולכן לא שייך לגזור אטו אלמנה וכמש"כ המהרש"א בכתובות שם לגזירה הנ"ל א"כ ה"ה גרושה מינקת כיון דמצד הדין אינה משועבדת להניקו אלא מפאת דקיבלה ע"ע התחייבות להניקו דינה כמו כל מינקת דעלמא דהתחייבה להניק וולד אחר כד"ח דוודאי לא נאסרה להנשא כיון דאינה מחוייבת מצד תקחז"ל אלא מצד חיוב שהתחייבה א"ע מרצונה. ופשוט הוא משום דדינה כמו כל אשה בע"ז דיכולה להנשא:

אף דאם ניסת ה"ל בעל כלוקח ויהי' נפסדין בעלי מלוה ע"פ מ"מ אין לאסור הנישואין מחמת זה והא דאמרו בכתובות דף צ"ה גבי נכסי לך ואחריך לפלוני ועמדה וניסת כו' דמי קאמר תינשא נישאת קאמר זהו במקום דאמרו איזהו רשע ערום כו' וגם הא שם אם ניסת לא מפרישין האשה מבעלה ולא יוציאנה בגט כמו בעבר ונשא מעוברת ומינקת חבירו משום דשאני בע"ח דעלמא וה"ה במניקה לוולד אחר ואף דנימא דכל אשה בע"ח אינה רשאה להנשא לכתחילה מחמת פסידות המלווים עכ"ז היכא דהבעל הנושאה מתחייב שלא יהי' פסידא להבע"ח אין בזה איסור כלל ובוודאי מותרת להנשא אף לכתחילה וממילא ה"ה בגרושה שעיקר החיוב הוי ע"ע מרצונה ולא מכח תנאי ב"ד. א"כ אינה דומה לאלמנה:

ג

ועוד דהא אף דנתחייבה להניקו מ"מ לא מקריא משועבדה להניקו דהא פועל חוזר בחצי היום וכמש"כ הרשב"א בתשובה והובא במחנה אפרים ה' שכירות פועלים סי' ז' דמי ששכר מינקת להניק בנו. יכולה לחזור תו"ז וכיון דיכולה לחזור מצד התחייבות שלה ואף דבר האבד לא שייך בזה דהא דבר האבוד הוי היכא דהי' מצוי פועלים אחרים בעת

ששכרה ועכשיו אינו מוצא פועלים אחרים זהו מקרי דבר האבוד אבל בנ"ד לא שייך כן דהא בעת דהתחייבה ע"ז היתה אז מעוברת ולא היתה נצרכת לשכור מינקת ובעת דנולד הוולד היתה חוזרת בה וגם בשכר הא משיגין כעת גם מינקת אחרת. ע"כ לא מקריא זה לדבר האבוד ופשוט א"כ כיון דשיטת הר"ש דלכן גרושה לא נאסרה משום דכיון דנתגרשה אינה כופה ודוקא באלמנה דאמרו כופה ומניקתו כמבואר בכתובות דף נ"ט ובאה"ע ריש סי' פ"ב בזה אסרו וכיון דפועל חוזר בו וודאי לא מקרי זה בשם משועבד להניק כיון דחוזר בו לכתחילה ואין כופין אותו לעשות א"כ דינו כמו כל גרושה דכיון דנתגרשה אינו כופה ס"ל להר"ש דנא נאסרה בכל גזירת מינקת:

ולא שייך לדון בזה למה דאמרו בב"מ דף י' וב"ק דף קט"ז דשאני פועל דכל כמה דלא הדר בי' ידו כיד בעה"ב כו' משום דהא כתוב בכתב התחייבות שלה דאם לא תרצה להניקו תשכור מינקת לו א"כ בוודאי לא שייך עלי' שם פועל וממילא אין עליה שם מינקת חבירו ג"כ כנ"ל:

ד

ועיין באה"ע סי' פ' סעי' ט"ו דכל אשה המחוייבת לעשות כופין אותה לעשות ע"י כו' לכ"ע וי"א דכופין אותה בשוטים וה"ה באלמנה ליורשים אבל בפועל דחוזר בו ואף אם אין לו לשלם אין כופין כמבואר בסי' שנ"ג בח"מ ואף ברוצה להשכיר א"ע במק"א וחוזר בו מחמת יוקר ס"ל לכמה פוסקים דחוזר בו כמבואר שיטת הסוברים הנ"ל בריטב"א לב"מ ר"פ האומנים והובא במח"א ה' שכירות פועלים סי' ז' וכמש"כ החוות יאיר סי' ק"ג:

ובמק"א הארכתי בכ"ז וע"כ אין שם מינקת עלי' אף בנ"ד כיון דיכולה לחזור בו לכתחילה וגם בכה"ג אף דנתחייבה א"ע בקנין חליפין מ"מ דינה דיכולה לחזור וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' של"ג ס"ק י"ד להשיג על הריטב"א וע"כ כיון דאינו כופה אותה וודאי דלא נכללת בגזירת מינקת וכמו כל גרושה וכנ"ל:

ה

ומחמת דנתחייבה לשכור מינקת להוולד וודאי אין לאסור מטעם זה. דהא מטעם זה אין נקראת מינקת חבירו רק דינה כמו כל בע"ח ועיין בספרי בחר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף י' שהבאתי בשם התוספתא נדה דכל אשה חייבת בטיפול בנה כד"ח ואפ"ה בצמקו דדי' בחיי' בעלה מותרת להנשא ולא אמרינן דהא לא יהי' למי שיטפל בהוולד משום דלא אסרו בכלל הגזירה רק לשם מינקת ע"ש ועוד דהא מצינו בב"ש ס"ק ל"ז שהביא בשם אמונת שמואל דאלמנה עשירה מותרת להנשא משום דלא משעבדה להניק והב"ש חלק עליו דשאני אלמנה דאין לו אב:

משא"כ גרושה דאביו חי ועוד דשאני אלמנה דלפעמים חייבת כו' ע"ש ומשמע דלולי הטעמים הללו הי' מסכימים לדברי א"ש וקשה הא אלמנה עשירה היכא דאין להוולד שום ירושה כלל דמחוייבת האם ליתן להוולד בתורת צדקה כמבואר ביו"ד סי' רנ"א סעי' ג' וכמש"כ כה"ג הבית מאיר בסי' פ"ב סעי' ה' על קושיות הח"מ שם ס"ק ו' ובאמת על דין הנקתה בתורת צדקה יש לעיין מן הש"ך ח"מ סי' רמ"ב ס"ק א'. מה שהביא בשם המהרי"ק סי' קל"ג דבטרחא דגופא לא שייך כן ע"ש והדברים ארוכין ואכמ"ל אבל ממונה וודאי חל עלי' לכופה בתורת צדקה לשכור לוולד שלה מינקת א"כ קשה לפ"ז איך כתבו דמינקת עשירה מותרת להנשא מצד דלא משעבדה ומשמע אף היכא דהיתום הוא עני ואין לו ירושה והחולקים האוסרים זהו מטעם אחר כנ"ל. והא כיון דמשועבדת בתורת צדקה וכופין ע"ז כדקיי"ל ביו"ד סי' רמ"ח סעי' א' ובש"ך שם ס"ק ג' א"כ מקריא עדיין מינקת חבירו ותהא אסורה להנשא וע"כ מוכח כיון דאין עלי' חיוב הנקה רק חיוב ממון על צרכי הנקה לא מקריא בשם מינקת להיות נאסרת בכלל הגזירה דאיסור מינקת כיון דאין עלי' חיוב הנקה בעצם וגם כיון דאין עלי' חיוב הנקה מצד תקחז"ל רק מצד חיוב צדקה. ע"כ לא נאסרה בכלל גזירת מינקת. וה"ה בנ"ד כיון דאין עלי' חיוב כפיי' על הנקה בעצם כנ"ל רק על חיוב ממון א"כ ממילא לא נקראת מינקת חבירו להיות נאסרת בכלל גזירת חז"ל וע"כ לשיטת ר"ש הזקן לא נאסרה אף בנ"ד:

ענף ב

ו

אכן מה דיש להעיר בזה עפ"י מש"כ הנימוקי יוסף בשם הר"ש בטעמא דהך מילתא דגרושה מותרת להנשא משום דתתבע להבעל ולא כסיפא למיתבע כנ"ל א"כ בנ"ד דהחיוב מוטל עלי' כפי שהתחייבה ע"ז מרצונה א"כ אפשר דלא שייך בזה הך טעמא דהיתירא הנ"ל אבל באמת גם זה אינו דזה ברור דאם תהי' ידה משגת לשכור מינקת ממעותי' וודאי אין לנו לאוסרה דהא חזינן דבאיסור מינקת אף היכא דע"י נישואין תיעכר חלבה מ"מ אם יהי' מקום מוצא לשכור להוולד מינקת לא אסרוה. כדחזינן בש"ס יבמות דפריך וליתבעי' ליורשים ומה"ט באשה תחת בעלה לא חשו כמבואר התם. ומה"ט התיר הר"ש בגרושה משום דלא כסיפא למיתבע כנ"ל. א"כ כיון דעיקר ההיתר בעת שמתירין לה להנשא משום דסמכינן עליה דאם תיעכר חלבה תשכור לו מינקת אם יהי' לה ממון ומזהירין אותה דתזהר לקיים ולשכור לו מינקת דאל"כ תעבור על איסור מינקת חבירו וניסת באיסורא וע"כ וודאי לא חיישינן שמא תעבור על התנאי וכמבואר כה"ג באה"ע סי' קמ"ג סעי' א' בב"ש ס"ק ד' דשיטת הרמב"ם דתנאי שבידה מותרת להנשא

ולא חיישינן שתעבור על קיום התנאי ואף בתנאי דקום ועשה לא חיישינן שתעבור ואף לשיטת הסוברים שם דבתנאי דקום ועשה חיישינן שתעבור אף דהוי בידה. עכ"ז י"ל דשא"ה באיסור דאורייתא משא"כ באיסור דרבנן די"ל דכ"ע מודו דלא חיישינן וסמכינן דתקיים התנאי וכה"ג ראיתי ביו"ד סי' רי"ג סעי' ג' דקונם עיני בשינה היום אם אישן למחר לא יישן היום שמא יישן למחר וכתב רע"א וצ"ל בחידושיו דמשמע דוקא בקונם עיני אבל בקונם שלא אישן כיון דהוי דבר שאין בו ממש והוי נדר רק מדרבנן לא חיישינן שיעבור על התנאי ע"ש ומה דיש להעיר מהא דנדרים דאף בשב וא"ת אמרינן דבתנאה לא מיזדהר ובגיטין אמרינן דבתנאי דבידה מותרת להנשא כבר הקשה זה הרשב"א בגיטין דף פ"ג ותירץ שם דשאני באיסור א"א דמיזדהרא טפי ועיין בט"ז יו"ד סי' ר"כ ס"ק י"ט]. א"כ בנ"ד דהא דמתירין לה איסור מינקת היינו בשביל מה דסמכינן דתקיים כל ההתחייבות שלה שהתחייבה לשכור לו מינקת אם יהי' ידה משגת לזה א"כ הא הוי זה כדבר שבידה ובאיסור דרבנן לכ"ע לא חיישינן שתעבור כנ"ל:

ז

ולא אמרינן דהא ביד הבעל הנושאה אינו בידו דהא זה תלוי ביד האשה וגבי קיום האשה להתחייבות שלה אין זה בידו דז"א דהא מצינו בתנאי שמתנה עמה על הגט במה שבידה ושב ואל תעשה או בתנאי בקום ועשה ובידו לדעת הרמב"ם מותרת להנשא כנ"ל ולא אמרינן דאיך ישאנה האחר הא לגבי דהנושאה אין זה דבר בידו לקיום התנאי שמוטל על האשה וע"כ מוכח דכיון דהוי ביד האשה הניסת לו ממילא יכול לסמוך עלי' איש הנושאה וה"ה בנ"ד:

ולא מצינו חשש דשמא תחזור רק בנתנה בנה למינקת דזה לא הוי דבר שבידה רק תלוי בדעת המינקת וזה מקרי אינה בידה בזה מצינו דחשו חז"ל משא"כ במה דהוי בידה לא חיישינן כנ"ל ועיקר מה דיש לחוש בנ"ד הוא משום דאם לא תתנה עמו שיהי' ע"מ שאין לו רשות בממונה ויהי' זכותו כלוקח על נכסי אשתו ומטלטלי לא גבינן אף במלוה בשטר לשיטת כמה פוסקים כמבואר באה"ע סי' צ"א בב"ש ס"ק י"ד ובח"מ סי' קי"ב ואכמ"ל ואף דלזה אין לחוש באמת דהא מיד בעת שניסת לו תוכל להתנות כן. מ"מ יש לחוש דלמא תפסיד כל אשר לה וכמש"כ התוס' גיטין ד' פ"ב ד"ה שר"א מתיר כו' בשם הרב ר' אלחנן בתנאי דה"ז גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז דלאחר לא תנשא עד שתתן מחשש שתפסיד כל אשר לה כו' וה"ה בנ"ד אך גם בזה אין לחוש דממנ"פ אם תשיג ידה לשכור מינקת לא חיישינן לחזרה כיון דהוי בידה כנ"ל [ועוד דהא כיון דכתב הרא"ש ביבמות פ"ד סי' כ"ו עיקר הטעם דהחמירו בגרושה לפי שרוב נשים חסות על בניהם

ומניקתו כו' א"כ בוודאי מצד כש"כ דסמכינן בזה במה דהוי בידה דוודאי אם יהי' בידה לשכור לו מינקת תשכור לו כפי התחייבות שלה]:

ח

ואף דנחלק דשאני בקונם על תנאי דאם לא תקיים התנאי הלא עשתה איסור מכבר משא"כ בנ"ד דאף דכתבתי לעיל דמזהירין אותה דאם לא תשלם שכר המינקת תעבור למפרע במה דניסת לבעל על איסור מינקת לא תנשא לפי דבאמת מוטל גם על האשה איסור זה. וידעתי למש"כ הנו"ב בזה ואכ"מ עכ"ז אינו ברור כ"כ לומר דאם לא תשלם שכר הנקה תעביר למפרע על איסור מינקת. מ"מ י"ל בקצרה כן דכיון שהתחייבה א"ע לשלם שכר הנקת הוולד א"כ מחוייבת לשלם ואם לא תקיים כן ממילא תהי' בכלל לוה רשע כו' [וידעתי לדברי הש"ך ח"מ סי' ל"ז ס"ק י"א. אבל התומים שם ס"ק ה' חולק על הש"ך ובמק"א הארכתי בזה ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ק"ח ס"ק ב']. וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ד' דחזקת כשרות מהני אף בחשש דלהבא ואף בקום ועשה ע"ש וע"כ בוודאי יש לנו לסמוך על חזקת כשרותה דתקיים כפי התחייבות שלה ולא תהי' לוה רשע דזה שייך בכל מיני התחייבות שבעולם וכמש"כ בספרי נחל יצחק שם ובפרט באם לבנה דהא רוב נשים חסות על בניהם אף בלא התחייבות וכמש"כ הרא"ש ביבמות פ"ד כנ"ל וש"פ ומכש"כ בהתחייבה ע"ז:

ט

ועיקר החשש הוא שמא לא תשיג ידה לשכור לו מינקת א"כ גם בזה שייך סברת הנ"י והר"נ שכתבו דבגרושה תתבע מהבעל הגרוש על הוצאות הוולד דלא כסיפא למיתבעי' דהא אם יהי' בידה לשכור לא חיישינן כנ"ל. ואם לא יהי' בידה א"כ ממילא תוכל לתבוע ממנו כיון דעצם החיוב מוטל על האב לזון בנו עד ששה שנים ונחתינן לנכסיו אף ביש להוולד ממון כמבואר באה"ע סי' ע"א ומה דפטרה הגרושה לבעלה בעת הגט מן הצטרכות הוולד ז"א מועיל כלל דאיך תוכל לפוטרו מן חיוב שאינו שלה דהא החיוב הוא שייך להוולד ועיין באה"ע סי' קי"ב סעי' א' דאפי' מחלה אמם כתובתה יש להבת מזונות ואם מחלה בפי' למזונות הבנות עיין שם בחלקת מחוקק ובב"ש אבל ז"א רק בחיוב מזונות הבנות דמצד תנאי כתובה אתי עלה משא"כ בחיוב בניו הקטנים דהוטל על האב זהו חיוב בפ"ע כמ"ש הב"ש בסי' ע"א ס"ק א' ודלא כהר"נ ע"ש וודאי אינה יכולה לפוטרו מן חיוב הנקת הוולד שמוטל עליו ודומה להא דסי' קי"ד סעי' ג' דאם האם פטרה מלזונו אין הפטור כלום א"כ גם בזה שייך סברת הנ"י הנ"ל דתתבע מהבעל ובוודאי תוכל לתובעו אם אין לה דאז החיוב על הבעל אבי הוולד לשכור לו מינקת א"כ ג"כ לפי טעם של הנ"י יש להתיר לשי' הר"ש בנ"ד ג"כ ובפרט כי רוב הפוסקים

כתבו בטעם של הר"ש להתיר גרושה לפי דלא משעבדא להניק ונתגרשה אינו כופה וזה הטעם שייך בפשיטות בנ"ד כנ"ל:

ענף ג

י

וגם בעיקר מש"כ הנימוקי והר"נ בטעם הר"ש דלכן גרושה מותרת להנשא משום דתתבע מהבעל כו' יש לדון טובא לפמש"כ הר"נ בס"פ אע"פ דהא דהאב זן קטני קטנים זהו דוקא בשאמן קיימת ומן דין מזונות אמם נגעו בה והיכא דמיפטר ממזונות אמם אזי פטור ממזונות בניו הקטנים כו' והובא בחלקת מחוקק סי' ע"א ס"ק א' ואף שהב"ש שם ס"ק א' כתב בפשיטות דלא כהר"נ עכ"ז המל"מ בפ' י"ב ה' י"ד כתב שם המגיה דמדברי הרמב"ם משמע דס"ל כהר"ן דמזונות בניו מן דין מזונות אמם נגעו בה. דאל"כ למאי הילכתא אקשינהו לומר כשם שאדם חייב במזונות אשתו כך הוא חייב במזונות בניו ובנותיו כו' עכ"ל ולפ"ז יש להעיר במש"כ הנ"י ומשמעות הר"נ ג"כ בכוונת הר"ש דמתיר משום דתתבע מהבעל הא באמת לא תוכל לתבוע מהבעל שיתן על שכירות המינקת כיון דגירשה ומיפטר ממזונות האם א"כ ממילא מיפטר ממזונות בניו וכמש"כ הר"נ דבאין אמם קיימת אין חייב במזונותיהם כנ"ל ובאמת עפ"ז יש לתרץ מה שהקשו הראשונים ובשמ"ק לכתובות על שיטת הסוברים לאסור בגרושה מינקת דא"כ מאי קאמר הש"ס ביבמות דף מ"ב דליתבעי' ליורשים דמפני מה קאמרי בפשיטות ליתבעי' ליורשים הא משכחת בגרושה דלא שייך תביעת יורשים אלא תביעת הבעל שגירשה ומזה הוכיחו דדוקא באלמנה אסרו ולא בגרושה אבל לפמש"כ בשם הר"ן אתי שפיר בפשיטות משום דבגרושה לא שייך לומר ליתבעי להבעל כיון דמיפטר ממזונות בניו כיון דגירשה כנ"ל אלא באלמנה דעל בנותיו חייבים היורשים מצד מזונות הבנות ובבנים זכרים שייך תביעת היורשים משום חלק ירושתם וע"כ אתי שפיר כ"ז]. א"כ לשיטת הר"נ והרמב"ם כפי שכתב המגי"ה במל"מ כנ"ל לא אתי שפיר טעם הנימוקי והר"נ בשיטת הר"ש כנ"ל:

יא

ועוד יש לדון לפמש"כ הראשונים להוכיח דגרושה מותרת להנשא משום דהא תניא בכתובות דף ס' דמינקת שמת בעלה כו' אלמא דדוקא במת בעלה אסרו ולא בגרושה וכ"כ השמ"ק בכתובות שם הוכחה הנ"ל ולטעם הנ"י והר"נ בשיטת הר"ש דלכן גרושה מותרת להנשא משום דתתבע מהבעל א"כ לפ"ז ממילא מוכח מהברייתא דתניא מינקת שמת בעלה דמשמע גרושה מותרת כהוכחתם הנ"ל דהאב מחויב לזון בניו הקטנים עד ששה שנים ונחתינן לנכסיו דאל"כ אמאי גרושה מותרת להנשא לשיטת הר"ש הנ"ל א"כ לפ"ז תקשה בהא דכתובות דף ס"ה ע"ב דדרש עולא כו' דזן קטני קטנים כו' ממאי

מדקתני היתה מניקה כו' ודלמא משום דחולה כו'. ודילמא הא קמ"ל כו' אלמא דהגמ' מהדר להוכיח בראי' להך דינא דא' עולא וקשה דאמאי לא הוכיחו מברייתא הנ"ל דלמה תני שמת בעלה ולא אמרו בקצרה מינקת חבירו דמוכח מזה דלכן גרושה מותרת משום דתתבעי' לו לפי דחייב לזון קטני קטנים כנ"ל ואף דזהו ברייתא מ"מ כיון דנדחית ראייתם מהמשנה הנ"ל להוכיח כן מהברייתא הנ"ל ודוחק לומר דלא ידעו אז מהברייתא הנ"ל ומכ"ז מוכח דעיקר טעם הר"ש דהתיר גרושה אינו מצד חיוב המוטל על האב ותתבע ממנו אלא העיקר הטעם הוא לפי דבגרושה דלא משעבדא ונתגרשה אינו כופה ע"כ לא נאסרה בכלל הגזירה דאיסור מינקת וי"ל דהר"נ והנימוקי דכתבו כן בטעם הר"ש הזקן אין זה לעיכובא רק לרווחא דמילתא וכמו שמבואר בנ"י דכתב מתחלה הטעם דתתבע להבעל כו' ובסוף כתב הטעם בלשון ועוד דהא אמרינן נתגרשה אינו כופה. א"כ י"ל דזהו עיקר טעמו וידעתי די"ל דמש"כ הר"נ בס"פ ה' כתובות על מה שחידש שם דמן דין מזונות אמם נגעו בה דלא ראיתי להראשונים ז"ל שאמרו כן עכ"ל ע"ש די"ל דכוונתו לשיטת הר"ש הזקן הנ"ל לפמש"כ הר"נ בכוונתו הטעם משום דתתבע מהבעל כנ"ל דמשמע ממנו דגם בגרושה דמיפטר ממזונות האם. עכ"ז חייב במזונות הבנים ועכ"ז שפיר כתבתי איך סתם הר"נ ולא הזכירו בפי' דהר"ש ס"ל דמזונות קטני קטנים אינו מן דין מזונות האם. בע"כ מוכח כמש"כ דלאו דוקא נקטו לזה הטעם:

יב

ולכאורה י"ל דאף לפמש"כ הר"נ דהא דחייב במזונות הבנים דזהו מן דין מזונות אמם דזהו רק בקטני קטנים אבל במה דמבואר בכתובות דף מ"ט דבאושא התקינו שיהא זן בניו הקטנים ואם לא רצה מכלימין אותו כו' דהא זהו וודאי לא מן דין מזונות אמם נגעו בה וא"צ ראי' לזה א"כ י"ל דכוונת הר"ש הזקן במש"כ דתוכל לתבוע מהבעל היינו מצד הך תקנתא ולא מן החיוב שמחויב לזון קטני קטנים אבל ז"א דוודאי לא סמכינן על זה ולהתירה להנשא דעיקר סמיכת הפוסקים דכתבו דהיכא דאיכא למיתבע וודאי תתבע אותו לדין על מזונות הוולד זהו מהא דיבמות דף מ"ב דאמרו דליתבעי' ליורשים כמבואר בראשונים ואי נימא דכוונתם להחיוב דתק"א הנ"ל:

הא יש לחלק בפשיטות דשאני מה דאמרו דליתבעי' ליורשים דזהו תביעה ע"פ דין ובכפי' משא"כ בתביעתה להבעל שגירשה אין זה חיוב בכפיי' רק בהכלמה. א"כ מי יימר דיתבייש וירצה ליתן מזונות ואיך סמכינן ע"ז וע"כ מוכח דכוונתו ג"כ לתביעה דיחוייב ע"פ דין ובכפיי', א"כ שפיר כתבתי דזה הטעם לא הוי לעיכובא ובפרט דנתבאר

דגם בנ"ד שייך ג"כ הטעם דהנימוקי הנ"ל שכתב דתתבענו. ע"כ ברור לדעתי דלשיטת הר"ש וסייעתו וודאי מודה ג"כ בנ"ד דמותרת להנשא:

יג

והנה בשיטת הרמב"ם פ' י"א ה' גירושין ה' כ"ה כתב המ"מ שם דמן הרמב"ם משמע דס"ל שלא לחלק בין גרושה לאלמנה וכ"כ הב"י באה"ע סי' י"ג והובא בבאר הגולה סי' י"ג סעי' י"א ס"ק ד' ע"ש אבל בשמ"ק לכתובות דף נ"ט ע"ב ד"ה נתגרשה אינו כופה כו' שהביא שם שי' הר"ש דגרושה מותרת משום דכיון דהבעל קיים הרי הוא, נזהר בו מסיים שם דכן נראה מדברי הרמב"ם ע"ש. אלמא דס"ל בשי' הרמב"ם דס"ל ג"כ כהר"ש הנ"ל ואפשר דטעמו דהשמ"ק דהוכיח כן מהרמב"ם משום דהי' קשה לי' במש"כ הרמב"ם שם דגזרו חכמים שלא ישא מעוברת חבירו ומינקת חבירו משום שמא יזיק להוולד בשעת תשמיש כו' ומניקה שמא יתעכר החלב כו' ובשיטת הרמב"ם כבר דשו בי' רבים וגם אנכי אמרתי כמה דרכים בכוונתם אבל אין העת גורם להאריך והעיקר הפשוט בכוונתו כמש"כ הלח"מ שם דהי' להרמב"ם גירסא אחרת בגמ' ועכ"ז קשה דלמה להרמב"ם לכתוב הטעם דמשום דחסא כיון דמסיק הטעם דאיסור מינקת משום דיתעכר החלב א"כ מה"ט יהי' נאסר ג"כ במעוברת דהא למניקה קיימא ואף דנימא דלא גרס לזה בש"ס מ"מ הא הסברא נותנת כן דמעוברת שייך ג"כ ה"ט מצד הסברא וע"כ הוכיחו מהרמב"ם דס"ל דגרושה מותרת כהר"ש הזקן והוי נפ"מ מן הטעם שכתב הרמב"ם במעוברת להורות דאף בגרושה מעוברת דלא שייך לאסור משום איסור מינקת עכ"ז אסורה משום דחסא ויש לדחות זה ההוכחה משום די"ל דנפ"מ מן טעם הרמב"ם הנ"ל להיכא דצמקו דדי' ופסק חלבה דמטעם מינקת לא נאסרה כמבואר בסי' י"ג דפסק חלבה בחיי בעלה מותרת אבל מטעם דמשום דחסא נאסרת אף בכה"ג אך גם ההכרח שכתבו דמשמע מהרמב"ם דלא מחלקינן בין גרושה לאלמנה לענ"ד אין זה הכרח דהא מן מה דסתם הרמב"ם ולא מחלק בפי' בין אלמנה לגרושה אין זה הוכחה דהא הרמב"ם דרכו להביא רק כלשון הגמ' ובגמ' דאמרו לא ישא אדם מינקת חבירו סתמא. עכ"ז ס"ל להר"ש דגרושה מותרת משום דלא נקראת מינקת חבירו כיון דנתגרשה אינו כופה כמבואר כ"ז בלשון התוס' והרא"ש וש"פ א"כ ה"ה י"ל בלשון הרמב"ם דכיון דכתב כבר דנתגרשה אינו כופה ע"כ אינה נכללת בלשונו מינקת חבירו ואין הכרח מלשון הרמב"ם אך הב"ש ס"ק כ' כתב הכרח אחר להוכיח מהרמב"ם דס"ל לאסור גרושה וכ"כ הישו"ש אך גם זה אינו הכרח וכיון דמצינו להשמ"ק דהביא בשם ראשונים דס"ל בשם הרמב"ם דס"ל ג"כ כהר"ש יש לנו מזה יסוד גדול להקל בנ"ד ובפרט לפי המבואר במל"מ בשם המגי"ה. והובא לעיל דהרמב"ם ס"ל

דמזונות הבנים קטנים מן דין מזונות אמם נגעו בה והיכא דא"צ ליתן מזונות להאם אז מיפטר גם ממזונות הבנים קטנים א"כ בוודאי אין לומר בשיטת הרמב"ם כסברת הנ"י בשיטת הר"ש כנ"ל:

וע"כ מוכח לפי דברי השמ"ק דס"ל להרמב"ם כהר"ש דטעמו משום דכיון דהאב קיים ה"ה נזהר בו לטובת הוולד א"כ ה"ה שייך ה"ט בנ"ד בפשיטות דאף דפטרתו מ"מ יהי' חושש לטובת הוולד כנ"ל וכן להטעם שגרושה לא משתעבדת מצד התקנה דג"כ מותרת בנ"ד ובלא"ה כתבתי לעיל דגם בנ"ד שייך דתתבענו כנ"ל ובוודאי אין לומר דזהו טעות סופר בשמ"ק וצ"ל הרמב"ן דהא וודאי מוכח דהרמב"ן ס"ל דגרושה אסורה מדהקשה בחידושיו ליבמות דף מ"ב על מה דשקיל וטרי הש"ס לאסור ג' חדשים דהבחנה והקשה דלמה לא אמרו הטעם משום ספק מעוברת ונאסרת משום גזירת מעוברת למניקה קיימא כו' ואי נימא דדוקא אלמנה נאסרת ולא גרושה א"כ מה הקשה הא י"ל דנפ"מ לגרושה דלא נאסרת משום גזירה דמינקת ומשום טעמא דהבחנה נאסרת ובמשנה יבמות דף מ"א תנן דלא תנשא בג' חדשים הן גרושות והן אלמנות וע"כ מוכח דס"ל להרמב"ן דאף גרושה נאסרת והקשה שפיר ועדיין יש לדון דהא נפ"מ באשה דצמקו דדי' אך ז"א וקצרתי] ובלא"ה אין לנו לעשות ט"ס:

ובאמת ראיתי בכמה פוסקים דכתבו דקשה להקל בגרושה משום דהרמב"ם ס"ל ג"כ להחמיר אבל כיון דמצינו בשמ"ק דכתב בשם הרמב"ם להיפך ע"כ אין לנו להחמיר מטעם זה וזהו יסוד גדול להיתירא:

ענף ד

יד

ובשיטת רש"י ראיתי להמשכנות יעקב סי' ה' שכתב להקל בגרושה מינקת ובפרט היכא דלא התחילה להניק וגם כתב דשי' רש"י בכתובות דף ס' דבנתנה בנה למינקת כתב רש"י שם זו שמת בעלה כו' וכ"כ שם בהנהו דבי ר"ג כו' אלמנות שהי' בהן כו' ועוד שם לקמן כתב שלא חילקו חכמים במינקת שמת בעלה כו' אלמא דדוקא באלמנה ס"ל לרש"י דנאסרת ולא בגרושה ע"ש וכן מצאתי בספר תפארת למשה בסוף הספר בתשובה א' שכתב להוכיח ג"כ מרש"י הנ"ל דס"ל דבגרושה לא נאסרת [והא דמבואר בברייתא שם דת"ר מינקת שמת בעלה כבר כתבו הראשונים שם והשמ"ק שם דנקט כן לרבותא דאף במת בעלה דהיתה משועבדת מ"מ ס"ל לחד תנא דסגי י"ח חודש ולא יותר ותמהני עליהם איך נעלם מהם דברי רש"י בסוטה דף כ"ד ע"א במשנה שם דמעוברת חבירו. ומינקת חבירו לא שותות כו' דברי ר"מ כו' ופי' רש"י שם בד"ה מעוברת חבירו כו' שמת

והניחה מעוברת ומניקה או שגירשה והיא מעוברת או מניקה ואסרוה חכמים לינשא כו' עכ"ל רש"י. אלמא להדיא דגם בגרושה ס"ל לרש"י דנאסרת:

טו

ובדרך פלפול נ"ל בזה דהא לשיטת הר"ש דאלמנה לא נאסרת רק היכא דמשעבדא וכמש"כ האמונת שמואל דלשי' הר"ש ה"ה בעשירה אלמנה מותרת משום דאזלינן בתר טעמא כיון דלא משעבדא והובא בב"ש סי' י"ג ס"ק ל"ז. ולפ"ז ה"ה באלמנה שבעלה לא הניח אחריות נכסים ומכש"כ בלא הניח נכסים כלל וודאי כיון דאינה ניזונת ואף מטלטלין לא גבינן למזון האשה כמבואר בכתובות דף נ"א דהלכתא למקרקעי ולא מטלטלין בין לכתובה בין למזונות כו' וכיון דאינה נזונת א"כ לא משעבדא להניק ע"כ ממילא לא נאסרת לשיטת הר"ש הנ"ל א"כ לפמש"כ במק"א לדון דלא גזרינן רוב אטו מיעוטא וכמש"כ כעין זה הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' י"ד בד"ה ולכן קשה הדבר כו' ע"ש וכה"ג כתב הנחלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל בתשובותיו שם סי' ז' דלא גזרינן מה דשכיח ביותר אטו מה דלא שכיח כ"כ ע"ש והמהרש"א בכתובות דף ס' על תוס' ד"ה והלכתא מת מותר כו' כתב שם בטעמא דר"ת דאסר גרושה משום דגזרינן אטו אלמנה ע"ש ואי נימא דלא אסרו באלמנה רק היכא דהניח אחריות נכסים א"כ לפ"ז ה"ל איסור באלמנה בשם מיעוטא דהא כמה אנשים דלא מניחין אחריות נכסים ובצירוף אנשים דאין מניחים כלל א"כ ה"ל בשם אלמנות רובא דלא נאסרו בכלל גזירה הנ"ל וע"כ אין שייך לאסור בגרושה אטו אלמנה וזהו לדידן אבל לר"מ דס"ל מטלטלי משתעבדי לכתובה ושיטת הר"נ בנדרים ד' ס"ה דאף מטלטלי דיתמי משתעבדי לכתובה לר"מ ודלא כשי' התוס' דס"ל דדוקא מיני' משתעבדי לר"מ א"כ לר"מ דאף בלא הניח אחריות נכסים ס"ל דמשתעבדי רק בלא הניח כלל אינה משתעבדת. א"כ יש לנו רובא אלמנות דמשתעבדות משום דבלא הניח ירושה כלל זהו מילתא דלא שכיח ועיין מזה בתוס' יו"ט סוטה פ"ד מ' ג' א"כ לר"מ שפיר איכא למיגזר גרושה אטו אלמנה משום דאלמנה ע"פ רוב נאסרת ושם בסוטה אליבא דר"מ כתב כן רש"י דס"ל דלא שותות כו' ע"כ אין זה סתירה כ"כ. כ"ז אמרתי בימי ילדותי:

טז

וכעת נלע"ד לומר באופן אחר במש"כ רש"י בכתובות דמיירי במת בעלה וכמש"כ המשכנות והתפארת למשה די"ל דזהו דהי' קשה לרש"י על תנא דברייתא דמתיר נתנה בנה למינקת הא אף דלא גזר בגזירה דהבחנה לגזור בנתינה. מ"מ מן הדין יש לאסור מחשש דשמא תחזור כיון דע"פ דין יכולה המינקת לחזור כמו כל פועל חוזר בחצי היום וכמש"כ הרשב"א בתשובה והובא במח"א ה' שכירות פועלים סי' ז' וכמו בהא דקידושין

מ"ה בנתקדשה לדעת אביה וניסת שלא לדעת אבי' דס"ל לרב אסי דאינה אוכלת בתרומה שמא יבוא אביה וימחה. וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ה' וכמש"כ שם מצאתי בעז"ה במרדכי ליבמות פ"ד שכתב דהא דאמרו נתנה בנה למינקת כו' מיירי באופן דליכא למיחש לחזרה דאל"כ לא הי' צריך ראי' מהא דרדופה ע"ש ובספרי שם בד"ה ועוד נלע"ד לומר דבאלמנה שמשועבדת להניק ומחמת קבלת המינקת האחרת לידה התרנו לאם הולד להנשא ומחמת סמיכתה על המינקת פסקה מלהניק א"כ זה דומה להי' שם פועלים אחרים [היינו מניקות] בעת שנשכרה המינקת דהוי כדבר האבוד וע"כ אין לנו לחוש כלל לשמא תחזור כיון דאסורה לחזור ואין לנו דבר האבד יותר מזה דהא הפסידה להוולד זכותו ושעבודו שהי' לו על אמו מצד תקחז"ל. וע"כ מן הדין לא חיישינן לחזרת המינקת כיון דאסורה לחזור רק מצד גזירה דהבחנה חששו לגזור מ"מ שמא תחזור ולא ציית הדין ולא יהי' ב"ד מזומן וכן הא דאמרו שם שאני בי ר"ג דלא הדרי בהו וודאי אין סברא דבי ר"ג יאיימו על אנשים אף היכא דמן הדין יכולה לחזור ויעשו שלא כד"ת אך לפמש"כ אתי שפיר כיון דהוי כמו דבר האבד דע"פ דין א"י לחזור רק דחשו חז"ל שמא לא תציית הדין אבל בבי ר"ג דבידם לכוף להעמיד הד"ת על תלה ע"כ לא חיישינן לחזרה כ"ז כתבתי בספרי שם:

יז

ולפ"ז הוצרך רש"י לפרש דמיירי במת בעלה דאל"כ מפני מה סמכינן בנתנה בנה למינקת להתירה להנשא והא יש לחוש לחזרת פועל כנ"ל ובגרושה הא לא שייך לומר דהוי דבר האבד כנ"ל דהא לא היה להוולד שום שעבוד על אמו הגרושה להניקה ואי דהוי מצי רש"י לפרש דהי' אז מינקת אחרות הא זהו אריכת הלשון:

וע"כ פי' רש"י דמיירי במת בעלה וכן בהא דר"ג וכן לקמי' שם דגזרו במת בעלה בין מניקתו כו' דהא קאי הכל על נתנה בנה למינקת דלולי הגזרה לא הי' אוסרים בנתנה בנה למינקת ע"כ הוצרך רש"י לפרש דמיירי הכל במת בעלה. וע"כ אין ראי' מרש"י כלל ועפ"ז נדחה הוכחות הגאונים הנ"ל משום דגם שי' רש"י בכתובות כר"ת דגרושה אסורה וכמש"כ להדיא בסוטה ואין כאן סתירה מדברי רש"י להדדי כנ"ל:

יח

ועוד נלע"ד לומר בכוונת רש"י דכתובות דף ס' הנ"ל דכתב כמה פעמים בסוגיא שם דמיירי במת בעלה דלא יסתרו לדברי רש"י בסוטה משום דהא שיטת רש"י בס"פ אע"פ דהא דזן קטני קטנים דזהו משום מזונות אמם נגעו בה כמש"כ רש"י שם בס"פ. דכשם שהבעל זן אותה כך זן אותו עמה עכ"ל רש"י וע"כ כתב הר"נ שם להוכיח מזה דהיכא דמיפטר ממזונות האם אז אינו חייב במזונות הבן ולפ"ז יש להעיר בהא דנתנה את בנה

למינקת דהתנא דברייתא מתירה להנשא ולולי הגזירה דהבחנה היתה מותרת להנשא לכ"ע. דקשה הא יש לחוש שמא לא ישולם שכר הנקה להמינקת וממילא לא תניק וע"כ אף דנימא דהחשש שמא תחזור בה משום דפועל חוזר הוי זה חשש רחוק וכמש"כ בספרי באר יצחק שם. עכ"ז יש לחוש שמא לא ישולם לה שכרה דתחזור אז בוודאי ודוחק לומר דמיירי בשלמו לה השכירות מקודם ואף דנימא דהאם של הוולד דשכרה להמינקת מסתמא התחייבה אז לשלם מכיסה שכר הנקתה. עכ"ז קשה דהא כיון דבעל כלוקח הוא ופטור לשלם אף מה שלוותה וכמבואר בח"מ סי' קי"ב ובאה"ע סי' צ"א. א"כ לא יהי' לה במה לשלם שכר הנקה ודוחק לומר דמיירי דבעל הנושאה מתחייב על שכר הנקה לשלם ואי דנימא דבעת דנתנה בנה למינקת הי' הסמיכה לתבוע מבעל הגרוש. הא שיטת רש"י דבגרושה מיפטר האב ממזונות הולד א"כ לא יהיה להמינקת מקום לתבוע שכירותה ואז יכולה לחזור ע"פ דין א"כ ה"ל לאסור בנתנה בנה למינקת ע"פ דין וכבר כתבתי לעיל דאף דהאב חייב לזון בניו מצד תקנות אושא הא אין זה בכפיי' רק דמכלימין לו ואין לסמוך ע"ז כנ"ל בארוכה:

יט

אך אי נימא דהסוגיא מיירי באלמנה א"כ שפיר אתי משום דתוכל המינקת לתבוע להיורשים שכרה דהא אם הוי הוולד נקבה החיוב מוטל על היורשים לזונה כמו כל מזונות הבת ואי הוי הוולד זכר א"כ ממילא יש לו ירושה כמו דאמרו ביבמות ולתבעינה ליורשים כו' והא דאמרו שם אשה בושה לבא לב"ד הא פי' רש"י שם דבשביל בנה בושה לתבוע משא"כ המינקות האחרת לא תהיה בושה לתבוע. כיון דאינו בנה וכמש"כ מזה בספרי ח' אה"ע סי' א' ענף י' בסופו והעירותי שם מהא דקידושין ד' מ"ז ובתוס' ב"ב ד' קמ"ז ד"ה המוכר שט"ח ע"ש משא"כ בגרושה כיון דהבעל מיפטר מן מזונות הנקת בניו כשי' רש"י הנ"ל. ע"כ לא מהני נתנה בנה למינקת לכ"ע כיון דאין מקום להמינקת ממי לתבוע שכרה משום דלמא לא ישולם לה שכירותה. וע"כ נקט רש"י שם דכולי סוגיא מיירי במת בעלה דאז יש לה ממי לתבוע שכרה ולכן מצד הדין היתה מותרת רק מחמת חומרא דגזירה נאסרת וכמו בגזירה דהבחנה. כנלע"ד. ולפ"ז לא סתרי דברי רש"י להדדי ויש להאריך עוד ברש"י שם בסוטה ד' כ"ד וקצרתי ונתבאר שלשה אופנים אופן א' דיש לדון דלדינא ס"ל לרש"י להתיר בגרושה ושני אופנים די"ל דגם לשי' רש"י בכתובות הדין הוא לאסור בגרושה:

כ

אך דאף דנימא דלשי' רש"י הדין הוא לאסור בגרושה מינקת וכן לפמש"כ הפוסקים בשיטת הרמב"ם דס"ל לאסור בגרושה עכ"ז י"ל דמה דאסרו בגרושה אזלי לטעמייהו

משום דהא נתבאר דרש"י ס"ל דמזונות בניו עד שש זהו מן דין מזונות אמם נגעו בה והיכא דמיפטר מן מזונות האם ממילא מיפטר ממזונות בניו וכן נתבאר לעיל בשם המגי"ה בשי' הרמב"ם דס"ל כן. וגם הא נתבאר לעיל בשם הנימוקי והר"נ בשי' הר"ש דלכן התיר בגרושה משום דתתבע מהאב וכיון דרש"י והרמב"ם ס"ל דבגירש אשתו מיפטר ממזונות בניו ע"כ שפיר כתבו להחמיר בגרושה מינקת משום דלא שייך לומר דתתבענו. משא"כ לדידן דקיי"ל בשו"ע סי' ע"א דלא כהר"נ בזה וכמש"כ הב"ש שם אלא אף באין חייב מזונות להאם עכ"ז מחויב מזונות לבניו א"כ כיון דע"פ דין תוכל הגרושה לתבוע להבעל שגירשה שיתן על הוצאות הוולד דהא בכל בתי דינים שלנו פוסקין כן. לכן שפיר י"ל לדינא דגם הרמב"ם ורש"י יודו דגרושה מינקת מותרת להנשא:

ענף ה

כא

וראיתי בספר קהלת יעקב להגאון רי"ט אלגאזי במענה לשון ח' ג' לשון בני אדם אות ע' ס"ק רי"ט שכתב דמה דאמרו חז"ל כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים ופועל חוזר בו היינו דוקא בגברי דחייבים במ"ע אבל אין נשים בכלל זה כיון דפטירי ממ"ע חוות יאיר סי' ק"ג וקיצר בטעמו. אך ראיתי זה בספר חו"י שם ולא כתב זה רק בלשון לכאורה וגם כתב זה ע"פ הכלל דבני ישראל ולא בנות ישראל ודחה זה ע"פ מש"כ התוס' והמג"א סי' י"א ס"ק ב' והסביר זה בסברתו ע"ש. אך גוף הענין שחידש לא נהירא לי דהא מבואר בתשובת הרשב"א והובא במח"א כמבואר לעיל דאף מינקת יכולה לחזור כפועל. וכן מבואר בח"מ סי' של"ג גבי משרתת כו' וכן מוכח ממה דאמרו בקידושין ד' ט"ו דמוכר עצמו אינו נרצע מדכתיב אזנו במרצע ולא אזנו של מוכר עצמו כו' ואידך ההוא מיבעי לי' ולא אזנה ואידך נפקא לי' העבד ולא אמה כו' ואי נימא דלי בני ישראל עבדים לא שייך בנשים א"כ מאי מקשה ואידך מנלן דאשה אינה נרצעת. הא י"ל דס"ל כהך תנא דקידושין ד' כ"ב דדרש דלכן נרצע לפי דאוזן ששמע על הר סיני לי בני ישראל עבדים כו'. וכן דרש שם ר"ש ב"ר דבשעה שפסחתי על המזוזות כו' ואמרתי כי לי בני ישראל עבדים כו' לכן הוי טעם פשוט דאשה אינה נרצעת לפי דאינה בכלל זה דלי בני ישראל עבדים משום דבנים ולא בנות כנ"ל ולא צריך קרא להא דאינה נרצעת וע"כ מוכח מזה דלא שנא בזה בין גברי לנשים ושפיר כתבתי לעיל דיש לדון במינקת לדין פועל חוזר בו כו' אך י"ל בזה דאין דנין ע"פ דברי אגדה]:

כב

ואף דבאשה דלא מוכרות א"ע אלא עפ"י אביה מ"מ הי' מקום לומר באשה דנרצעת משום דגם בזה שייך לומר והלך זה וקנה אדון לעצמו כו' ע"פ מש"כ המקנה בקידושין

ד' כ"ב דהא דאמרו הואיל וקנה אדון לעצמו. הכוונה דעכשיו דרוצה בעבדות מקרי קונה אדון לעצמו ע"ש. ואף דאשה אינה מוכרת א"ע מ"מ הוי אמינא דהיכא דנמכרת כבר עפ"י אבי' ואומרת שאינה רוצית לצאת דאינה יוצאות רק נרצעת ע"כ בעינן ילפותא דקרא דאינה נרצעת. ועיין במקנה ד' ט"ו שכתב שם דהוי אמינא באשה דאף דלא שייך בה אהבתי את אשתי כו' מ"מ נרצעת משום דכתיב לאמתך תעשה כן כמבואר בקידושין ד' י"ז ע"ש. ע"כ אפשר לדחות קצת עפ"ז לעיקר הוכחתי הנ"ל ועיין בסוטה ד' כ"ט בתוס' שם ובמל"מ פ"ג ה' עבדים ה' י"ג ובירושלמי קידושין פ"א סוף ה' ב' ובמראה הפנים שם ד"ה והלך זה וקנה אדון כו' מה שהביא בשם המכילתא כו' ועיין בקידושין ד' י"ד ע"ב תוס' ד"ה ולא אזנו כו' שכתבו דאי לאו אזנו דכתיב אהבתי את אשתי עכ"ז הוי ילפינן מגז"ש שכיר כו' ע"ש. ולפ"ז ה"ה באשה דכתיב ואף לאמתך תעשה כן הי' מקום לומר דנרצעת ג"כ משום הך לאמתך כו'. רק עכשיו דכתיב אזנו ולא אזנה אמרינן דאף לאמתך תעשה כן לא קאי רק על הענקה כמבואר בקידושין ד' י"ז וברש"י שם ד' ט"ו ונדחה ראייתי מהגמ' הנ"ל. וקצרתי בכ"ז משום דהא מן הרשב"א ובח"מ סי' של"ג מוכח בפשיטות דלא כהקהלת:

כג

ועוד נלע"ד בנ"ד דאף דהתחייבה להניק את הוולד מ"מ יש לדון להיתירא מטעם אחר. דהא ההתחייבת של האשה על הנקת הוולד והצטרכותו הי' זה בעוד שהיתה מעוברת והא קיי"ל המזכה לעובר לא קנה. ואף דבנו קנה הא ס"ל לכמה פוסקים דזהו דוקא בשכ"מ ולא בבריא וכמבואר בח"מ סי' ר"י להסוברים דגם בבריא קנה עכ"ז הא העלה הש"ך בח"מ סי' ר"י דלפי מה דפסק הרי"ף דירושה הבא מאלי' ג"כ לא קני והקשו עליו מהא דבבנו המזכה לעובר קנה ותירץ הש"ך דמן דין קני ע"מ להקנות קאתי עלה דע"י מי שמזכין על ידו יקנהו להעובר כשיוולד ועיין בנתיבות שם ולפ"ז יש לדון בעיקר התחייבות שהתחייבה הגרושה להניק את הוולד ולזונו בעוד שהיתה מעוברת דע"פ דין אין ממש בכ"ז לפי דהוי מזכה לעובר לא קנה לשי' הסוברים דדוקא בשכ"מ ולא בבריא ובנ"ד הא הוי בבריא. ואף דנימא דההתחייבות הי' לבעלה הגרוש וכיון דהמתחייב הוא בעולם. אף ההתחייבות הוי על מידי דלא בא לעולם מ"מ קנה ולא גרע מן הא דח"מ סי' ס' בכל התחייבות על דשלב"ל ועיין בכתובות ד' מ"ב בתוס' ד"ה ר"ש כו' עכ"ז הא עיקר הגזירה הי' על מינקת שהי' להילד דין השתעבדות על האם להניקו מצד דמשועבדת להוולד. דהא הוולד הוא יורש לאבי' ומעשה ידיו ליורשין א"כ משועבדת להוולד בעצמה ואף היכא דהוולד נקבה ואינו יורש לאביו מ"מ כשכל יורשיו המה נקבות שייך גם בזה

לומר דמשועבדת להוולד מצד דיורש לעזבון אביו וכיון דהאם ניזונית מן ממון האב ע"כ הוי השעבוד להוולד בעצם והיכא דהוי יורשים זכרים והוולד היא בת אף דהתם אינה משועבדת להוולד בעצם רק להיורשים עכ"ז בזה גזרו בלא פלוג בין אלמנות וכמש"כ כה"ג הב"ש בסי' י"ג ס"ק ל"ז דאף הר"ש הזקן דהתיר בגרושה ולא גזר בגרושה אטו אלמנה מ"מ באלמנה גופא גזרינן הא אטו הא ע"ש משא"כ במה דהתחייבה א"ע להניקו ולהחזיקו בזה לא זכהו העובר בעצמו אף לכיוולד רק מצד דהתחייבה לבעלה הגרוש להניק לבנו. וכמו כן בקני ע"מ להקנות לפי דברי הש"ך הנ"ל דעיקרו הוי משום קני ע"מ להקנות דצריך להקנות את החיוב של האם להוולד כשיוולד. א"כ לע"ע כ"ז דלא הקנה את החיוב של האם להוולד לא מקרי משועבדת להוולד להניקו דהא בעינן בזה דרכי הקנאה להחוב שיש לו איך שיקניהו להוולד ויש בזה פרטי דינים הרבה וכפי הנראה לא הי' עדיין הדרכי הקנאה מזה ולא מצינו דגזרו כעין זה ולאסור לשי' הר"ש דמחלק בין גרושה לאלמנה:

כד

והנה מבואר בירושלמי סוטה והובא בתוס' סוטה דף כ"ו דמינקת אסורה להנשא משום בשדי יתומים לא תבא ועיין במשכנות יעקב ובבית מאיר מזה. ולשיטת הר"ש דמחלק דדוקא אלמנה מינקת אסורה כו' א"כ י"ל דדוקא באלמנה מינקת דמשועבדת ליתומים בעצמם זה מקרי בשדי יתומים כו' משא"כ בגרושה שהתחייבה להניקו זה לא מקרי בשדי יתומים משום דהא לא זכו בעצמם בהחיוב של אמם כיון דהי' אז בשם עובר בעת שהתחייבה ולא זכו אז בהתחייבות ואף דאם אחר שנולד הקנה האב זכות ההתחייבות של הגרושה להוולד בתורת קנין ע"פ דרכי הקנאה. מ"מ כיון דקודם דהקנהו לא קנה מעולם. ע"כ לא שייך לומר בזה הסברא במה דאסרו במעוברת משום דסתם מעוברת למניקה קיימא דהתם ממילא למינקת קיימא בתורת שעבוד להבן בעצם בלא שום מעשה הקנאה משא"כ הכא דאינו עומד ההתחייבות להקנאה וכ"ז דלא הקנהו לא קנה והוי מחוסר מעשה דהקנאה וכיון דקודם דהקנהו ההתחייבות להוולד לא זכה הוולד להתחייבות א"כ היתה אז בהיתירא להנשא דהא לא היתה אז משועבדת להוולד ובפרט בנ"ד בעת שגירשה היתה מעוברת ולא הי' אז בר קנין כלל כיון דהי' אז עובר במעי אמו ולא הי' מהני בו שום הקנאה בעולם ע"כ לא הי' חל אז עלי' שום איסור מינקת כיון דלא משתעבדא להוולד אז בעצם וכיון דשיטת הר"ש הזקן דלא אסרו רק באלמנה דמשתעבדא ולא בגרושה. א"כ י"ל דה"ה בגרושה כה"ג אף דהתחייבה ע"ז כיון דאינה

דומה לאלמנה כנ"ל לכן לא מצינו לאסור מעצמינו לשיטת הר"ש כיון דלא מצינו בכה"ג בש"ס ואדרבה הסברא נותנת להיתירא:

כה

ועוד והוא עיקר גדול לנו מה שראיתי בח"מ בבאר היטב סי' ר"י ס"ק ה' שכתב בשם המבי"ט דהא דאמרו המזכה לבנו העובר קנה לפי דדעתו קרובה אצל בנו לא אמרו זה אלא באב אבל לא באם. וכן ראיתי להקהלת יעקב רי"ט אלגאזי בחלק מידות חכמים אות ד' בשם כמה פוסקים דס"ל דדוקא באב אמרו דעתו של אדם קרובו אצל בנו אבל לא באם ולכן בנ"ד דהי' ההתחייבות של האם לבנה העובר א"כ לא זכה מעולם ההתחייבות של אמו ולא משתעבדת להניקו ולכן לשיטת הר"ש דהתיר בגרושה משום דלא משתעבדת דגם בנ"ד שייך ה"ט ולדון בזה מצד אומדנת הבעל דלא גירשה רק ע"ת שתניקה לבנו לא שייך לדידן דקיי"ל כהחולקים על מהר"ם לובלין בתשובה סי' קכ"ב דכתב הב"ש סי' קמ"ה ס"ק ט"ז דכל חכמי הדור חולקים עליו ע"ש וכמש"כ הבינת אדם בשער בית הנשים סי' ל"ב ע"ש כיון דמבטלין לכל התנאים בעת הגט ע"כ אין לנו לחוש להאומדנא ע"ש ובפרט בנ"ד דזה לא הוי אומדנא ברורה כ"כ ע"כ ברור ופשוט דהגט כשר בפשיטות ואין לנו לחוש כלל ונתבאר דלדינא י"ל דההתחייבות של האם להניק את וולדה אין בו ממש ע"פ דין כיון דהי' אז עובר א"כ גם בזה אמרינן לשי' הר"ש להתיר בגרושה משום דלא משתעבדא דה"ה בנ"ד בגרושה דלא משתעבדא ע"פ דין כנ"ל:

כו

כ"ז כתבתי לרווחא דמילתא אבל באמת אין אנו נצרכין לזה דהא כבר נתבאר דאף דההתחייבה להניקו מ"מ מותרת הגרושה להנשא לשי' הר"ש כיון דאינה מחוייבת מצד תקחז"ל ודינה בזה כמו כל מינקת דעלמא:

דוודאי מותרת להנשא אף דקיבלה וולד אחר להניק וכמש"כ הבאר היטב בסי' י"ג ס"ק י"ח בשם מקור ברוך שכתב דמינקת שאינה אמו וודאי יכולה להנשא משום דהא אינה מחוייבת מצד תקחז"ל ע"ש וה"ה בנ"ד אף דהיא אמו מ"מ כיון דאינה מחוייבת מצד תקחז"ל. רק במה דההתחייבה א"ע ע"כ אין לחלק בזה לשי' הר"ש כלל משום דגם בכה"ג מותרת לשיטת הר"ש ומה דיש לחוש עדיין לפמש"כ הנ"י וש"פ בטעמא דהר"ש דהתיר בגרושה משום דתתבע להבעל הגרוש ועיין בב"ש סי' י"ג ס"ק ל"ז שהזכיר הטעם זה דשאני גרושה דאבי' חי כמש"כ הפוסקים עכ"ל הב"ש ולפ"ז ודאי מותרת להנשא בנ"ד כנ"ל] א"כ בנ"ד דההתחייבה א"ע להניקו לא תוכל לתבוע מהבעל עכ"ז הא העליתי לעיל להוכיח דהך טעמא לאו עיקר הוא דעיקר הטעם של הר"ש הוא להתיר בגרושה משום דלא משתעבדא מצד תקחז"ל ועוד העליתי לעיל דגם היכא דההתחייבה להניקו ג"כ תוכל

לתבוע להבעל הגרוש אם לא יהי' לה במה לשלם שכר הנקה וכשיהי' לה במה לשלם וודאי לא חיישינן כמו שביארתי לעיל בארוכה:

כז

ונתבאר בעז"ה דלשיטת הר"ש יש להקל גם בנ"ד וכבר כתבו האחרונים דבמקום הדחק יש להקל היינו בספר נחלת יעקב להגאון מליסא בתשובה סי'. ז' ובמשכנות יעקב. וכן הברית אברהם בסי' כ' דהעיקר לדינא דבגרושה ולא התחילה להניק מותרת להנשא וכן הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' י"ז כתב דמלשון השו"ע בסעי' י"ד משמע דבלא התחילה להניק ובגרושה דעתו להקל ואף אם יהי' ספיקא דדינא בזה הא ספיקא דרבנן להקל ומה שראיתי בתשובות כמה אחרונים דכתבו דאיסור מינקת חמור יותר מכל איסורי דרבנן ולכן לא אזלינן להקל בספק איסור זה. ועיין בתשובת ב"י ח' אה"ע סי' ב' ובתשובה ושב הכהן סי' ל"ה ובהשמטות שם] לדעתי לא כן הוא דדוקא במה שמצינו לחז"ל שהחמירו בפירוש למינקת מחמרינן אבל במה שלא מצינו לא מחמרינן מספיקא משום דגוף איסור מינקת אף במה דאסרו הוא קיל מכל איסורי דרבנן וכמש"כ הרמב"ם ה' סוטה פ"ב ה"ט בעבר ונשא מעוברת ומינקת חבירו הרי זה שותה שאין כאן עבירה עכ"ל וזהו מוכרח מהא דסוטה דף כ"ד דחכמים ס"ל דמינקת חבירו ה"ז שותה. וקשה הא אין האיש מנוקה מעון ושיטת הרמב"ם דאף ביאה אסורה מדברי סופרים מקרי אינו מנוקה מעון ואין המים בודקין אשתו וכדאי' בנדה דף י"ב. דאמר רבא דאף באינו מקיים דברי חכמים מקרי רשע וכמו כן אי' ביבמות דף כ' אע"כ מוכח דאיסור מינקת חבירו קיל יותר מכל איסורי דרבנן ולכן כתב הרמב"ם דאף עבירה לא מקרי וכמש"כ התויו"ט שם לפרש דלא מקרי איסור מינקת אלא תקנה ולא עבירה והרמב"ם שם מיירי אף בעבר במזיד. ועי' בתויו"ט סוטה פ"ד משנה ג' ותמיהני על האחרונים שלא העירו מזה כלל:

כח

ולכן יש לסמוך על האחרונים דהסכימו להקל בגרושה שלא התחילה להניק במקום הדחק:

ובנ"ד הוי מקום הדחק כמש"כ מעכ"ת דהיא צעירה לימים ויש לחוש שמא תצא חלילה כו' ע"כ דעתי מסכמת לדעתם דמותרת להנשא באופן דאבי האשה שהוא עשיר יתחייב לשלם מכיסו שכר הנקתו וגם הבעל הנושאה יתחייב ע"ז בבטוחות ביותר על הנקה והצרכה של הוולד וכפי ראות עיניהם בזה. אז הנני מצטרף עמהם להתירה להנשא ובאתי עה"ח יום ג' חודש טבת תר"ך לפ"ק בק' נאווהרדק:

סימן יח

כבוד הרב הגאון וכו'

מכתבו קבלתי בשאלתו בגרושה שיש לה בן שצריך להנקה אם מותרת הגרושה להנשא אחר שלשה חדשים מעת לידתה וכפי שכתב הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סימן י"ז הטעם בזה:

א

והנני להשיבו כי יש לנו לסמוך על הנו"ב בגרושה שלא התחילה להניק כי כן ראיתי בספר נחלת יעקב להגאון מליסא בתשובה סי' ז' שמתיר בגרושה שלא התחילה להניק וכ"כ הברית אברהם בסי' ך'. וכ"כ המשכנות יעקב ואף שבמש"כ המשכנות יעקב להוכיח מרש"י כתובות דס"ל דגרושה מותרת בזה יש להעיר עליו מרש"י סוטה דף כ"ד דמוכח להיפך וכדברי המשכנות יעקב הנ"ל בראייתו מן רש"י כתובות הנ"ל כן כתב בתפארת למשה בתשובה סוף ספרו אכן יש לי לומר דאף דבאמת מוכח מרש"י סוטה דאף גרושה מינקת אסורה. עכ"ז י"ל לדינא אין ראי' מן רש"י. משום די"ל דרש"י לשיטתו דכתב בסוף פ"ה דכתובות דהא דזן קטני קטנים זהו משום מזונות אמם נגעו בה וע"כ היכא דמיפטר ממזונות אמו הדין הוא דמיפטר ממזונות הוולד וכמש"כ הר"נ בס"פ ה' דכתובות ומבואר בנ"י ובהר"נ בפ"ד דיבמות ובכתובות בשיטת הר"ש דלכן התיר בגרושה משום דתתבע מהאב ולא תכסוף למיתבעי'. ע"כ לשיטת רש"י דבגרושה דפטור ממזונות האם דפטור גם מן שכר הנקת הוולד ע"כ ס"ל לרש"י לאסור בגרושה מינקת משום דלשיטתו לא שייך סברת הר"נ והנ"י אליבא דהר"ש הזקן דתתבע מהבעל כנ"ל דהא לדידי' לא שייך כן אבל לדינא דקיי"ל באה"ע סי' ע"א דלא כשיטת רש"י בזה אלא אף היכא דהבעל פטור ממזונות האם עכ"ז חייב לזון בניו הקטנים וכמש"כ הב"ש שם. ע"כ עדיין י"ל כשיטת הר"ש דגרושה מינקת מותרת להנשא משום סברת הר"נ והנ"י דתתבע מהבעל אף דגירשה דלא מיכספה למיתבע מיני' כיון דמחוייב ע"פ דין לשיטת כל הפוסקים דחולקים על הר"נ ורש"י בזה וידעתי מה די"ל בכ"ז עדיין דהא היכא דאמיד מחוייב בתורת צדקה לזון בנו לכ"ע אך מצד זה יש לחלק] וקצרתי:

ב

והנה הב"י בסי' י"ג כתב דמן הרמב"ם פ' י"א ה"ג נראה דאינו מחלק בין גרושה לאלמנה וכ"כ המ"מ שם וכ"כ הר"נ לכתובות פ"ה בשם הרמב"ם וכ"כ הבאר הגולה לאה"ע סי' י"ג סעי' י"א ס"ק ד' ומה"ט ראיתי בתשובות אחרונים שכתבו דכיון דהרמב"ם החמיר ע"כ אין לנו להקל אכן הריטב"א לכתובות דף נ"ט ע"ב ד"ה נתגרשה אינו כופה כו' כתב דדעת ר' שמשון דגרושה מותרת וכן נראה לי מדברי הרמב"ם ז"ל כו' עכ"ל וכ"כ השיטה מקובצת שם א"כ חזינן דס"ל בדעת הרמב"ם דס"ל כשיטת הר"ש הזקן דגרושה מותרת ואין סברא לומר דזהו טעות סופר דצ"ל הרמב"ן דזה אינו מכמה טעמים ויש לי להאריך

עוד בכוונתם דמאיזה מקום הוציאו כן בדעת הרמב"ם ואין רצוני להאריך כעת. ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ו' וענף י' וקצרתי:

ג

והעיקר כי יכולין לסמוך על דברי הנו"ב והנחלת יעקב והברית אברהם דדעתם להתיר בגרושה שלא התחילה להניק וכפי הפרטים המבואר בנו"ב במ"ק סי' י"ז ולכן הנני מסכים לדעת כת"ר להתירה לאחר ג"ח מן עת לידתה וע"פ האופנים שכתב כת"ר ובאופן שלא קיבלה עלי' מעולם החיוב להניקו אלא עיקר החיוב חל על הבעל שגירשה אז יש להתיר וכנ"ל:

סימן יט

נשאלתי מרב גאון א' ע"ד עגונא אשר ע"א העיד בשם אנ"ח יהודי דאמר לו דנהרג במלחמה האנ"ח חבירו שהי' עומד אצלו במערכת המלחמה וגם באה ידיעה מן שרי הצבא להודיע לאשתו שנהרג בעלה במלחמה ושקיל וטרי כת"ר והעלה דמותרת להנשא וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבו בקצרה כי דעתי מסכמת להקל בזה ע"פ מה שהעליתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' דיש לסמוך על עדות ערכאות בהיתר עגונא מן כש"כ דע"א ע"ש וחזינן דעדותם עדיפי מן ע"א עכ"פ וכמש"כ בספרי שם להוכיח כן. והנה בשני עדים מעידים דנהרג במלחמה קיי"ל להקל וכמבואר בסי' י"ז סעי' נון וכן אם ע"א אומר בשם שני עדים הוי כאלו הי' בפנינו השני עדים ולא חיישינן לבדדמי וכמש"כ הב"ש בס"ק קנ"ג בשם המהר"ם והצ"צ סי' פ"ח והטעם הוא דכיון דע"א נאמן בעגונא היכא דלא שייך בדדמי ע"כ לפי דבריו דמעיד דשמע כן מן שני עדים ונאמן ע"ז וכיון דבשני עדים לא שייך בדדמי ע"כ מהני עדות הע"א כן הוא קוטב דברי הצ"צ שם:

ב

וה"ה בנ"ד דכיון דיש לפנינו עדות ע"פ שרי הצבא דנהרג בעלה במלחמה ולא יכתבו שנהרג פלוני במלחמה רק לאחר החקירה היטב ע"ז משום דאם לא יעיינו היטב אז יכול להיות שלא נהרג רק נפל שדוד בידי האויב שכנגדם ואח"ז כשיהי' שלום ביניהם אז יחזרו כ"א את האנ"ח שנתפסו בידם ואז יוודע שהוא חי ויותפסו בשקרנים כי הם כתבו שנהרג ויהי' להם לחרפה ובוז וכיוצא ע"כ בוודאי דייקו היטב אח"ז והוי כמו ראש ב"ד וסופר שלו דבגיטין דף י"ט וח"מ סי' מ"ה דסמכינן על הסופר דכיון דאית לי' אימתא נאמן וה"ה הכא דהאנ"ח הממונים להשגיח ולהעיד מי הוא הנהרג בהמלחמה דיש להם אימתא דהמושלים הממונים ע"ז ונאמנים ולכה"פ דינם כמו ע"א וכמש"כ בספרי שם

א"כ יש לפנינו שני עדים היינו מה שמעיד הע"א ששמע מן אנ"ח א' שאמר שנהרג בעלה בהמלחמה שהי' עומד אצלו דזה נחשב עכ"פ לע"א וכעין דברי הב"ש בשם המהר"ם והצ"צ כנ"ל וכן מה שמעידים בשם שרי הצבא הוי זה לכה"פ כמו ע"א א"כ יש לנו דין שני עדים דקיי"ל דלא חיישינן בהו לבדדמי וכפי הנראה מן מכתב כת"ר דמה דכתבו בשם שרי הצבא הי' הידיעה להם שלא מן פי האנ"ח שהעיד העד השני מפיו רק יש להם ממונים אחרים ע"ז ולכן יש לנו יסוד נכון להתירה מכבלי העיגון בעז"ה:

ג

וגם יש לנו לדון דשאני בנ"ד דהעד האנ"ח דהעיד הע"א מפיו הי' עומד בעצמו אצלו במערכת המלחמה כפי שאמר דלא שייך בזה סברת התוס' ביבמות דף קי"ד ע"ב בד"ה זימנין דמחו לי' כו' דירא לעמוד עד שימות כו' דהא בנ"ד הי' מוכרח האנ"ח לעמוד שם בקשרי המלחמה כידוע וכמש"כ במק"א להעיר בזה ולכן לדינא הנני מסכים להיתירא וכדעת כת"ר ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה:

סימן כ

שאלה ע"ד עגונא א' שבעלה ר' שמואל ב"ר משה עפשטיין אשר נאבד האיש הנ"ל בחודש מ"ח העבר מהמקום אשר הי' יושב שם להתרפאות מחוליו אשר הי' יוצא מדעתו ר"ל והי' איזה זמן אצל הטאטער במלון הנקרא סאריק טאטאר ואח"כ נאבד מהם וחפשוהו שם בהנהר ההולך סביב המקום ההוא הנקרא נהר ביאלע-וואקא ולא נמצא עד כה וקודם חג שבועות העבר יצא הקול בק' ווילנא כי נמצא האיש הנ"ל כעת סמוך להמלון הנ"ל בהנהר הנ"ל וקרוב לאותו דרך שראו אותו הולך ותועה אז שם ומיד בדקוהו אותו וראוהו כי הי' לבוש בכל בגדיו ובתוכן ארבע כנפות עם ציצית וגם מצאו אצלו ביכעל אחד עם הרבה מכתבים מונחים בו וגם מצאו אצלו מפתח קטן של תיבתו עם טבעת קטנה מברזל שהי' המפתח תלוי על הטבעת הזאת וגם מכתבים הרבה אשר כתבו אליו מיודעיו וקרוביו על שם האיש הנ"ל שמואל עפשטיין וגם מכתב מאשתו ובכת"י ממש וגם מכתב מגיסו וגם וויזיט קארט שלו על שמו בכתב אשכנזי ועוד בהפנקס שלו נרשם בכת"י ממש איזה חשבונות שהי' לו בביתו וגם מה שרשם בכת"י איזה אותיות בכתב ערבי ובגופו לא נמצא איזה סי' כי כבר נשחת כל תואר פניו ואיש א' ממכיריו אמר כי ע"פ קומתו ובנין גופו נראה אליו בלא ספק שהוא ר' שמואל הנאבד וגם בעת קבורתו מצאו על הכתונת שלו והמכנסים רשום שמו שמואל עפשטיין והשערות של הראש הי' שחורות גם מצאו סביב טיבורו הרבה שערות שהיו מקיפות שם סביב כמו

שהי' להאיש הנאבד. וגם נמצא סביב צוארו הקמיע אשר נתן לו הטאטער לרפאותו מחוליו ועל הקמיע הי' כתוב שמו ושם אמו שמואל בן חי' שינא:
ונשאלתי אם להתירה מכבלי העיגון:

ענף א

א

תשובה בעז"ה ובקצרה כי ידוע שיטת הרבה פוסקים דס"ל דבהרבה בגדים לא חיישינן לשאלה ומכש"כ בהכרת הציצית כידוע והמכתבים שלו וכהנה והמפתח אך מה דיש לחוש בנ"ד לפי דהי' שוטה. וידוע מש"כ הנו"ב במ"ק סי' נ"א באמצע התשובה בד"ה וכבר הארכתי בתשובה הקודמת להוכיח דעת מהר"ל מפראג כו' דבשוטה לא שייך לסמוך על הכרת הבגדים דהא יש לחוש לאבידה מדעתו ואיזהו שוטה המאבד כו' וע"כ קשה לסמוך בנ"ד על הכרת בגדיו וחפציו ולומר אולי לא הי' בשם שוטה המאבד כו' זהו לא ברירא כ"כ:

ב

וע"כ נלענ"ד לדון מטעם אחר והוא דהא נמצאו בגופו סימנים גרועים היינו שערות שחורות וקומתו כפי שהי' בחייו וטב"ע דגופו וגם שערות מוקפות סביב לטבורו דאף דכל א' בפ"ע הוי סי' גרוע עכ"ז יש לדון דלכה"פ כל הנך ביחד הוי סי' אמצעי והנה הפמ"א ח"ג סי' ב' כתב לדון דשני סי' גרועים ביחד הוי סי' אמצעי. ונלע"ד להוכיח כדברי הפמ"א הנ"ל מן התוס' ב"מ ד' כ"ה ד"ה ש"מ כו' דהקשו דאמאי לא הוכיחו מלעיל דף כ"ד דתני מצא מחרוזות ובדי מחטין כו' דשנים שנים חייב להכריז דאלמא דמנין הוי סימן כו' א"נ דמצי למדחי דמנין ומחרוזא הוי סימן עכ"ל ע"ש הרי להדיא דס"ל דאף דנימא דמנין לא הוי אף ס"א מדלא מחזירין אבידה עפ"ז. מ"מ סי' מנין בצירוף חרוזא דלא הוי כל אחד רק סי' גרוע:

דבהצטרפם שניהם ביחד המה חשובים לסי' אמצעי א"כ מוכח מתי' הב' של התוס' הנ"ל כשיטת הפמ"א ואף לתי' הא' של התוס' שם אינו מוכח דיפלונו על כל זה משום די"ל דלכן התוס' בתירוץ הא' לא ניחו להו בסברא זו משום דס"ל בתי' הא' דחרוזא לא הוי אף סי' גרוע כלל וכמש"כ כה"ג הנו"ב בסי' נ"א דארוך וגוץ סתמא לא הוי אף בגדר סי' גרוע כלל רק ארוך וגוץ הרבה וכ"כ התה"ד בכתביו בסי' קס"א אבל לעולם י"ל דגם לתי' הא' יודו לעיקר הכלל של תי' הב' דמצרפינן סי' גרועים ביחד להיות חשוב ס"א עכ"פ ועוד י"ל דלכן התוס' בתי' קמא לא ניחו להו בסברא זו משום דהא אי' שם דף כ"ד ע"א דבדי מחטין שנים חייב להכריז א"כ תקשה דאכתי הוי מצי להוכיח דמנין הוי סימן ובדי מחטין אף סי' גרוע לא הוי דהא דרך המחטין להניח בבדים וזהו העיקר

דאילו לפי תירץ הא' שכתבתי דס"ל לתי' הא' של התוס' דחרוזא לא הוי אף סי' גרוע יש לפקפק בזה מהא דחולין דף צ"ה דבשר בחרוזין הוי סי' לגבי בשר שנתעלם והקילו אצל בשר שנתעלם ועיין בב"מ דף כ"ג ע"ב תוס' ד"ה מחרוזות של דגים והארכתי בזה הרבה בסוגיא דב"מ דף כ"ד הנ"ל ואכמ"ל עכ"פ זהו העיקר דאפושי פלוגתא לא מפשינן ע"כ י"ל דבעיקר הכלל של התוס' בתי' הב' דמצרפינן שני סי' גרועים דגם תי' קמא מודה לזה וע"כ אין להזניח סברת הפמ"א הנ"ל זה הקונטרס כתבתי מקודם שדפסתי בעז"ה ספרי נחל יצחק כי בספרי נחל יצחק ח"א סי' ס"ה סעי' י' הארכתי הרבה בזה ב"ה:

ג

ובנ"ד וודאי דנחשב כל א' בפ"ע עכ"פ לסי' גרוע דהא ידוע מש"כ הפוסקים לדון ע"פ טב"ע דגופו לשי' הר"ת אף בלא פניו וע"כ לכה"פ לכ"ע נחשב זה לסי' גרוע ועוד מה שנמצאו שערות מוקפים סמוך לטבורו דיש לדון בזה דהוי סי' אמצעי ולכה"פ הוי זה בשם סי' גרוע דהא זהו לא שכיח כ"כ ובצירוף גם מה שהשערות הי' שחורות. ע"כ לפי מה דנתבאר בעז"ה דיש יסוד גדול כהפמ"א מן התוס' הנ"ל. לכן בנ"ד כל הסימנים הללו נחשבים כולם ביחד לסי' אמצעי וע"כ לא מבעיא לשי' החכם צבי דס"ל דבס"א דגופו לא חיישינן לשאלה משום דהוי שאלה דיחיד. ואף דשאלה הוי חשש דשכיח לשאולי להנך דס"ל לחוש לשאלה. ועכ"ז במקום שאלה דיחיד ס"ל דלא חיישינן משום דאיך יזדמן שיקרה שישאל ממנו אותו האיש שיש לו ס"א כמותו וע"כ ה"ה בנ"ד דאף דנימא כיון דהי' שוטה הוי מידי דשכיח שיפשיט א"ע ערום מכל בגדיו. דמ"מ איך יזדמן שימצא אותו האיש דיש לו ס"א כמותו לכל הבגדים שלו וחפציו וילביש את עצמו בהם א"כ לשי' החכם צבי וודאי יש להקל בנ"ד. ואף להחולקים על החכ"צ בזה עכ"ז הא העלה הנו"ב שם בסי' נ"א דאם יש ס"א בגופו לא חיישינן אף בשוטה להחשש דנאבד ממנו משום דהא יש בזה חזקה דמה שת"י הוא שלו ואם נימא דמצאן א"כ הא בשוטה דלא הוי הפקירו הפקר א"כ הא יש לפנינו החזקה דמה דת"י הוי שלו דמזה מוכח דהוי שלו והא דחיישינן לשאלה זהו משום חזקת א"א. ע"כ אם הוי ס"א דאיתרע לי' חזקת איסור אז ממילא סמכינן על חזקה דח"י הוא שלו ולכן מהני ס"א בהכרת הבגדים אף בשוטה כ"ז העלה הנו"ב בקצרה שם:

ד

ולכן בנ"ד דנתבאר דהעיקר כהפמ"א דמצרפינן שני סי' גרועים להיות חשוב לס"א ע"כ סמכינן ע"ז לצרפו למה דהכירו כל בגדיו וחפציו וכש"כ לפמש"כ במק"א ליישב קושיות האחרונים על החכ"צ הנ"ל וכן יש להוכיח כהפמ"א הנ"ל מהא דכתב המהר"ם אלשקר סי' ס"ז בשם הרמב"ם דכתב דמצרפינן סימנין גרועין להדדי ע"ש:

אכן מן תשובת הרא"ש כלל נ"א סי' א' שכתב ונידון מה שהעידו שהי' בינוני. פניו אדומים עיניו שחורים דזה הוי סי' גרועים. ואף אי נימא סי' דאורייתא מ"מ לא מצטרפי הנך סי' גרועים ולא הוי בגדר סי' אמצעי ע"ש וכ"כ המשאת בנימן בסי' ס"ג. הרי דס"ל דלא כהפמ"א בכ"ז. לכן אף דנתבאר דדברי הפמ"א יש לו מקום מן התוס' בב"מ הנ"ל. אכן לשי' הרא"ש ננעלו דלתי ההיתר בנ"ד:

ענף ב

ה

ומ"מ אפשר לדון דבנ"ד אפשר לומר דמה דנמצאו שערות מוקפין סמוך לטבורו דאפשר דזהו כמו ס"א אך זה אינו ברור כ"כ והעיקר מה דיש לדון להיתירא בנ"ד אף לשי' הרא"ש מטעם אחר בפשיטות. והוא דהא בנ"ד דנמצא הקמיע קשור בצוארו ונתברר דבקמיע הי' כתוב שמו ושם אמו ובזה כתוב בתשו' מהרי"ט ח"א סי' קל"ט דבנמצא קמיע אצלו לא חיישינן לשאלה משום דלא מהני לי' לאידך מידי כיון שהיא כתובה על שמו של זה והיכא דמזכיר שמו ושם אמו אינו מועיל אלא לשם האיש ההוא כו' ומדקדקין לכתוב שם אמו לפי שהיא וודאית טפי מהאב וכיצד יועיל לאחרים הילכך ליתא בשאלה עכ"ל המהרי"ט והובא בקצרה בבאר היטב ס"ק ע"א א"כ לא מבעיא אם נימא דאם נכתב שם האיש ואמו דזה לא יועיל לאיש אחר כלל אף דיהי' שמו ושם אמו ג"כ כשם האותו האיש שנכתב בהקמיע וכדמשמע בהמהרי"ט א"כ לפ"ז וודאי דיש להתיר בנ"ד דנמצא הקמיע אצלו והי' כתוב בו שמו ושם אמו וכמש"כ המהרי"ט:

ו

ואף דנימא דיכול להיות דטבע הקמיע יכול להיות מועיל לאיש ששמו ושם אמו היא ככתובה בהקמיע:

א"כ לפ"ז יש עדיין לחוש שמא נאבד ממנו הקמיע כדרך השוטים לאבד מה דיש לו ומצאו משוגע אחר ששמו ושם אמו כשמו ושם אמו אך גם לזה אין לחוש דהא מבואר שיטת הרא"ש בכלל נ"א והמהרי"ק והובא בסי' י"ז סעי' י"ח דסמכינן להקל על שמו ושם אביו אף דלא הזכירו שם עירו. א"כ לפ"ז כיון דעיקר החשש הוא דשמא איתרמי איש ששמו ושם אמו בשם הכתובה בהקמיע. ע"כ הא לא חיישינן לזה:

וכיון דלדינא העלה הב"ש בשם מהרשד"ם שם ס"ק ס' דלהלכה סמכינן על שמו ושם אביו אף בלא שם עירו וגם לפי מה דכתב הח"מ שם ס"ק ל"ח והובא בב"ש ס"ק מ' דדוקא כשיש רגלים לדבר דזהו כגון דידוע דפלוני הלך לאותו מקום וזה מת סמוך לעיר זו דבזה סמכינן להקל א"כ ה"ה בנ"ד דידוע דהלך על אותו הדרך וגם יש רגלים לדבר בצירוף אומדנות רבות ע"כ וודאי סמכינן להקל על שמו ושם אמו דיש בנ"ד כפי דברי

המהרי"ט א"כ נתבאר דאף דנימא דלא כהפמ"א אלא כשיטת הרא"ש דס"ל דלא מצרפינן סי' גרועים להיות חשוב לס"א עכ"ז יש לשיטתו היתר מרווח ביותר בנ"ד. וע"כ י"ל דבנ"ד לכ"ע מותרת כי יש יסוד גדול להקל בנ"ד:

ז

ועוד יש לדון בנ"ד כיון דסגולת הקמיע הלזו הוא לרפאות מן הדעת שהיה לו בראשו והנה מצינו בקידושין ד' ע"ט ע"ב דאמרו דכ"ע בחזקת בריאים קיימא מאן דקא מפיק נפשי' מחזקה עליו להביא ראי' ע"כ בנ"ד כיון דכ"ע בחזקת פקחים קיימי ומאן דקא מפיק נפשי' בלא ראי' לא חיישינן והא זה ברור דאם א' הזיק לחבירו ומת דוודאי אינם נאמנים היורשים לומר שהי' שוטה ושוטה שהזיק פטור ובוודאי עליהם להביא ראי' ומוציאין מן היורשים כ"ז דלא הביאו ראי' דבעת שהי' שוטה הזיקו וכעין הא דכתובות דף כ' גבי בר שטיא וע"כ הטעם הוא דאף דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מהמוחזק עכ"ז לחוש שמא הי' שוטה זהו מיעוט דמיעוטא דלא חיישינן לזה ולכן בב"ב ד' קנ"ה ע"ב בההוא פחות מבן עשרים דזבין נכסי' דאמרו לו קרוביו זיל אכול תמרי שדי קשייתא כו' בזה הי' מקום לבטל המכירה אבל כ"ז דלא נתברר לא חיישינן שמא הי' שוטה והא בסי' מובהק אין מוציאין ממון כמש"כ התוס' בחולין דף צ"ו ע"א ועיין מזה בספרי באר יצחק סי' ו' ואפ"ה בחשש שהי' שוטה לא חיישינן כ"ז שלא נתברר אלמא דזהו עדיף מן סי' מובהק א"כ כיון דסמכינן על סי' מובהק להתיר א"א כש"כ דסמכינן להתיר א"א על הסברא דלא חיישינן שמא אתרמי משוגע אחר דהי' לו ג"כ טירוף הדעת כמו אותו האיש שאנו דנין עליו ולבש אותה הקמיע לפי שהיה שמו ושם אמו ג"כ כפי שכתובה בהקמיע:

דלזה לא חיישינן כ"ז דלא נתברר ועדיף זה מן סי' מובהק דלא חיישינן לזה כלל [ועפ"ז יש לעיין בתשובת גאוני בתראי סי']:

ח

ועוד דהא החמדת שלמה סי' ל"ו כתב דאם נתברר איכות החולה איך הוא דזה הוי כעין סי' אמצעי ע"ש ועיין בק"ע סי' קי"ח בשם תשו' בית יוסף דסי' חולה לא הוי סי' כלל [ואין כעת תשובת ב"י ת"י לעיין בו] אך י"ל דשאני התם דלא הזכירו איכות החולי בפרטות. ע"כ לא הוי סי' כלל אבל היכא שהזכירו איכות החולי בפרטות. בזה שפיר י"ל דהנכון עם החמדת שלמה דזהו חשוב לסי' אמצעי וכן הדעת והסברא נוטה דהא מבואר בסי' י"ז סעי' כ"ד ברמ"א שם דרושם בגוף או באחד מאבריו הוי סי' מובהק והב"ש כתב שם דזהו דוקא בצמצם המקום ע"ש והמ"ב בסי' ס"ג כתב דרושם אף דלא צמצם המקום הוי סי' אמצעי וכן מבואר בתשובת גאוני בתראי סי' כ"ה. ואדרבה צידד להקל דרושם יהי'

סי' מובהק באם הרושם הוא גדול. אבל עכ"פ זה ברור בוודאי דרושם הוי סי' אמצעי אף בלא צמצום המקום א"כ לפ"ז ה"ה בסי' חולי בפרטות זה לא גרע מן רושם מבחוץ דזהו הוי ס"א לכה"פ:

א"כ כש"כ חולי בפרטות דזה הוי כמו רושם דמה לי אם הרושם הוא מבחוץ או דהוי הרושם מבפנים א"כ ה"ה בנ"ד בלבול המוח שלו דהוי זה כש"כ מן רושם מבחוץ דוודאי הוי זה ס"א דלא גרע מרושם וכמש"כ החמדת שלמה בסי' חולה כנ"ל ע"כ בנ"ד דידוע מהקמיע שהיה תלוי על צוארו שהי' לו בלבול בהמוח שלו א"כ מה לי אם הרושם מבחוץ על ראשו ומה לי אם הרושם בפנים המוח דזהו בלבול מוחו ועכ"פ ידעינן איכות החולי שלו והוי ס"א:

ט

א"כ לא מבעיא אי נימא כהחכ"צ דשאלה דיחיד לא חיישינן אף דנימא דחיישינן לשאלה דהוי מידי דשכיח לשאולי עכ"ז לשאלה דיחיד לא חיישינן א"כ ה"ה בנ"ד דהוי לכה"פ ס"א כנ"ל וודאי דלא חיישינן ואף אי נימא דלא כהחכ"צ עכ"ז הא כתב הנו"ב בסי' נ"א דיש להתיר על סי' אמצעי בהכרת הבגדים אף בשוטה כנ"ל אך באמת עיקר דברי הנו"ב שם במש"כ להקשות דמפני מה חיישינן לשאלה דאמאי לא נימא חזקה מה שת"י הוא שלו ומזה הוכיח דינו הנ"ל וכ"כ בסי' ל"ז. ובסי' מ"ג אבל באמת עדיין לא הספיק בתירוצו ליישב זה הקושיא דמה דתירץ דלכן לא סמכינן על חזקה מה דת"י הוא שלו משום דיש נגדו חזקת א"א דעדיין יש להקשות דהא חזינן דחזקה מה שת"י הוא שלו עדיפא מחזקת א"א דהא נגד חזקת א"א מהני מיגו כמבואר בכמה דוכתי ואילו נגד חזקה מה דת"י הוא שלו לא מהני מיגו כמבואר בח"מ סי' צ"ט בש"ך שם:. וע"כ מוכרח לומר דלא אמרינן החזקה דמה דת"י הוא שלו רק היכא דשייך לומר הסברא דכיון דהוא מוחזק בהחפץ ע"כ אין להוציא ממנו ורשות הנתבע הוי כרשות התובעים ממנו:

אבל היכא דלא שייך לומר הסברא דהוי מוחזק אז לא אמרינן הך כללא דחזקה מה דת"י הוא שלו וראי' לזה דהא הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ג כתב בשם הראשונים דס"ל דנאמן לומר דידי חטפי במיגו וכ"כ הש"ך בסי' צ' ס"ק ד' דגזלן נאמן לומר דידי נטלתי במיגו דהחזרתי וקשה דהא הש"ך העלה בסי' צ"ט דאינו נאמן לומר של אחרים הוא במיגו משום דהוי מיגו במקום חזקה כו' וע"כ מוכח דעיקר ההסבר דאמרו להחזקה דמה דת"י הוא שלו דלא מהימן במיגו נגדו דזהו משום דהוי מוחזק בהחפץ ומה דהוי הלוה מוחזק בהחפץ זהו חשוב כמו בע"ח שלו תפוסים בהחפץ ומה"ט צריך שבועה כמש"כ הש"ך בסי' צ"ט ס"ק י"ג. והאו"ת שם סוף ס"ק ד' דהוי כמו דמוציא ממשועבדים

וכמו דמוציא מחזקת המלווים. והוי זה כמו מיגו להוציא דלא אמרינן. דע"י המיגו רוצה להוציא מחזקת הבע"ח. ע"כ לא אמרינן מיגו בזה אבל היכא דהגזלן הוי מוחזק וודאי דנאמן לומר שלי הוא במיגו אף דהוי נגד חזקה דת"י הוא שלו ומה"ט באומר על השטר דת"י דהוא אמנה נאמן במיגו דלהד"ם כמש"כ הש"ך בסי' מ"ז ס"ק ו' ובסי' צ"ט ס"ק ו' לחלק דשאני תפיסת גוף החפץ:

משא"כ בתפס שט"ח דלא הוי כתפס הממון ע"ש והטעם הוא הכל כמש"כ דשאני היכא דהוי תפיס גוף הממון זהו הוי כמו מיגו להוציא מחזקת הבע"ח דלא אמרינן אבל בתפס שט"ח דלא הוי תפוס בהממון דהא שט"ח העומד לגבות לא הוי כגבוי ע"כ לא מהני בזה חזקה מה דת"י הוא שלו:

ו

ולכן א"ש מה דמהימן הגזלן לומר דידי חטפי במיגו כמו בהא דנסכא דר' אבא דהא כיון דהוי הגזלן עכשיו מוחזק ע"כ מהימן במיגו להחזיק גוף החפץ ת"י אבל גבי הא דסי' צ"ט דרוצה הלוה להוציא מחזקת הבע"ח דהא נכסיו הם עומדים בחזקת הבע"ח ע"כ שפיר אמרו דאינו נאמן במיגו להוציא מחזקתם וזהו מוכרח ולפ"ז אתי שפיר קושיות הנו"ב הנ"ל במה דהקשה במה דחיישינן לשאלה דהא יש לנו חזקה דמה דהי' ת"י בעת שלבשן מחיים דהי' שלו:

דלפמש"כ אין זה קשה דהא עיקר מעלת הך חזקה הנ"ל הוא משום מעלות מוחזקת וחזקת ממונא ואין מוציאין ע"י המיגו מן חזקת ממונא והנה הנתיבות בסי' ל"ד ס"ק ט' כתב דחזקת ממונא לא הוי חזקה המבררת רק אין לנו כח להוציא החפץ מן המוחזק וכ"כ הקצה"ח בקונטרס התפיסה ע"ש. ע"כ לא שייך הך חזקה זו רק במה דאנו דנין על החפץ להוציאו מחזקת התופסו ואזלינן בתר המוחזק אבל מ"מ לא הוי זה חזקה המבררת לברר לנו הספק שנולד לנו על האשה אם היא אסורה באיסור א"א או לא דהא זה לא הוי המבררת על ענין אחר רק על החפץ עצמו אמרינן הממע"ה:

יא

וכן כתבתי לדון מה"ט בקונטרס עגונות אשר לי על מש"כ הח"מ בסי' י"ז ס"ק מ"ב דלאו דוקא לשאלה חיישינן אלא גם למכירה חיישינן והקשיתי דהא מוכח בכ"ד דחזקת מרא קמא הוי חזקה אלימתא אבל האמת הוא הכל ע"פ סברא הנ"ל דחזקת מ"ק הוי בגדר חזקת ממונא כמש"כ בקונטרס הספיקות של הקצה"ח בכלל א' ס"ק ה' ובכלל ו' ס"ק י"א וע"כ אף דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא עכ"ז עיקר תוקפה של מעלת חזקת מ"ק הוא משום מעלת חזקת ממונא כנ"ל וע"כ לא מהני מעלת חזקת מ"ק לברר למה שנולד לנו ספק בענין איסור דא"א ועוד יש לדון בכ"ז ע"פ הא דמצינו באה"ע סי' ל"ה ב"ש ס"ק

ל' בשם הרמב"ן דחזקת קרובות לא מהני לזו ע"ש וכה"ג כתבו התוס' בכתובות ד' ע"ו ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' דחזקת אשה לא מהני לגבי האב וכה"ג כתבו הפוסקים ביו"ד סי' ק"י בחצי חתיכה דפריש מקודם שנודע התערובות דהחצי השנית ממנה אחר דנולד תערובת אסורה משום דאף דאידך חציו מכשירין משום כל דפריש מרובא כו' עכ"ז אין מוכיחין מזה על הב' אלמא דמצינו דחזקה והרוב לא מהני לברר רק במה דהוי בי' החזקה והרוב אבל לא להוכיח ממנו במה דאין בו החזקה והרוב א"כ ה"ה בהך חזקת מ"ק והחזקה דמה דת"י הם שלו זה לא מהני לברר רק על החפץ דיש בו הנך חזקות אבל לא מהני זה להוכיח ממנו על ענינים אחרים כנ"ל וכן י"ל בטעם הדבר דחשו לשאלה ולא אמרו בי' חזקה דכאן נמצא כאן הי' משום דלפמש"כ א"ש הכל על נכון ובקונטרס עגונה אחת הארכתי בכ"ז הרבה ולכן מתורץ על נכון קושיות הנו"ב הנ"ל ולפ"ז נסתר ההיתר של הנו"ב שכתב להתיר ע"י סי' אמצעי ובהכרת הבגדים וכנ"ל:

ענף ג

יב

ועכ"ז י"ל בפשיטות ולהיתירא לפי מה דנתבאר דשני סי' גרועים מצרפינן להיות ס"א כמש"כ הפמ"א דיש יסוד לזה מהתוס' ב"מ הנ"ל א"כ בנ"ד דהוי סי' גרועים הרבה היינו דאי ניחוש שמא אתרמי משוגע אחר והלביש את הקמיע זו לפי דהי' שמו ושם אמו כשם האיש שאנו דנין עליו א"כ הא שמו ושם אמו אף לפי הסוברים דחיישינן לשני יוב"ש כ"ז דלא הזכירו שם עירו מ"מ מכלל סי' גרוע לא נפק וגם עוד סי' גרוע מן מה שנמצאו שערות מוקפין סביב לטבורו והיו שחורות שערותיו וגם סי' טב"ע דגופו בקומתו א"כ כל אלו סימנים גרועים מצרפינן והוי כ"ז ביחד לכה"פ ס"א ועוד סי' אמצעי דבלבול מוחו כנ"ל דמה לי רושם בגופו או רושם בתוך ראשו דהוי כ"ז כמו שני ס"א. דידוע כמה שיטות הפוסקים דס"ל דע"י שני סי' אמצעים מצרפינן דהוי כמו סי' מובהק ויש לי הרבה הוכחות דמצרפינן שני ס"א להיות סי' מובהק ומן התוס' ב"מ הנ"ל דכתבו דמצרפינן שני סי' גרועין להיות ס"א אלמא אף מה דלא מועיל נפרד עכ"ז מועיל להיות מחובר א"כ ה"ה שני ס"א מצרפינן להיות ס"מ ע"כ יש לסמוך בכ"ז להקל בנ"ד. והא שכתב הרמ"א בסי' י"ז סעי' כ"ד דאפילו ק' סימנים שאינם מובהקים אינם כלום הכוונה הוא בסי' גרועים לא מהני להיות סי' מובהק אבל סי' אמצעים מצרפינן ביחד להיות נחשב סי' מובהק וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ע"ג בשם המ"ב והט"ז:

יג

ועוד נלע"ד לדון ולהיתירא בנ"ד ע"פ הא דיבמות ד' קכ"ב ע"א דמעשה בקולר של בני אדם שמתו והשיאו נשותיהן ושוב מעשה בששים ב"א שהי' מהלכין לכרכום ביתר ומתו

והשיאו נשותיהם ופי' רש"י קולר חבורה והיבא באה"ע סי' י"ז סעי' י"ז בח"מ ס"ק ל"ז וכתב דס"ל לרש"י דמנין בלחוד הוי סי' וקשה דאמאי מהני סי' מנין הא סימן מנין לא הוי סי' מובהק אלא סי' אמצעי כמש"כ הב"ש בס"ק נ"ה והט"ז וכן מוכח בכמה דוכתי ודחו למש"כ המ"ב דמנין הוי סי' מובהק והנלע"ד דעיקר הטעם דסמכו על ס"א בזה והוא דהא הובא בק"ע סי' רכ"א בשם המבי"ט דכתב דאם נאבד יהודי בדרך שהלך ואח"כ נמצא שם הרוג דמה"ת תלינן שזהו שנאבד ודוקא בנטבע במשאל"ס איכא למימר הים פלטו לאי רחוק וע"כ מהני בזה סי' מנין ע"ש. וכה"ג כתב הנו"ב במ"ק סי' מ"ו לדון במי שנטבע בנהר ונמצא מת שם די"ל בזה קבר שאבד קבר שנמצא וכמש"כ השב יעקב. ודוקא בנפל לים חיישינן משום דאנן סהדי דכמה ספינות נטבעו בים והוי כמו דידוע שיש שם אנשים אחרים אבל מי שנפל לנהר שאין ספינות שכיחי בו אמרינן בזה דזהו שנאבד זהו שנמצא ומש"כ הנו"ב שם בזה השיג ע"ז השיבת ציון בסי' ע"ט וכ"כ הקהלת יעקב בתשובותיו בסי' ז' ובסי' ח':

ולפ"ז א"ש מה דסמכו ביבמות בהנך עובדי להתיר ע"י סי' מנין אף דזה לא הוי ס"מ משום דהא מה"ת אמרינן זהו שנאבד זהו שנמצא הן מחמת סברת המבי"ט והן מחמת סברת הש"י והנו"ב והקהלת יעקב הנ"ל אך אסורה מדרבנן. ובדרבנן הא סמכינן על ס"א ויהי' מזה סייעתא לסברתם:

יד

והרמב"ם פ' י"ג ה' ג' כ"ו והובא במחבר סעיף י"ג כתבו בזה"ל דאם יצאו עשרה ב"א ממקום למקום והם אסורים בקולר או נושאים גמלים כו' ואמר שעשרה אנשים שיצאו ממקום פ' והם נושאים כך וכך מתו משיאין נשותיהם עכ"ל א"כ חזינן דס"ל להרמב"ם דע"י סי' מנין לחוד אין מתירין רק ע"י סי' מנין בצירוף מקום היציאה ומקום הליכה וגם הם נושאים כך וכך אזי מתירין [ועיין בח"מ שם ס"ק ל"ז ובב"ש ס"ק נ"ה מזה וקשה הא סי' מקום היציאה ומקום הליכה הוי סי' גרועים כידוע וגם הסי' דנושאים כך וכך ג"כ הוי סי' גרוע א"כ איך סמכינן ע"ז לצירוף. וע"כ מוכח מזה דס"ל להרמב"ם דסי' גרועים מהני להצטרף להיות ס"א וכמש"כ הפמ"א כנ"ל וע"כ סי' מקום יציאה וסי' מקום הליכה ביחד הוי סי' גרוע משום דסי' מקום יציאה לחוד לא הוי אף סי' גרוע וכעין מש"כ הנו"ב על סי' ארוך וגוץ דאם לא הי' ארוך וגוץ הרבה זהו לא נחשב אף לסי' גרוע וכ"כ התה"ד ע"כ י"ל דה"ה בסי' מקום היציאה לחוד דזה לא נחשב אף לסי' גרוע כלל. רק מקום היציאה בצירוף מקום הליכה ביחד זה הוי סי' גרוע עכ"פ וכן הסי' דנושאים גמלים או דנושאים כך וכך זה ג"כ הוי סי' גרוע וע"כ שני סי' גרועים ביחד מצרפינן והוי כמו ס"א

ולכן התירו בהנך עובדי משום דסי' מנין דהי' שם דהוי ס"א וכן עוד שני סי' גרועים הנ"ל ביחד דנחשב לס"א א"כ הוי שני ס"א וס"ל להרמב"ם והמחבר דמצרפינן שני ס"א ביחד והוי זה כמו ס"מ וכדס"ל להרבה פוסקים כן וכנ"ל וע"כ שפיר סמכו להתיר ע"ז ועיין בק"ע ס"ק רע"ג מזה ובעובדא דיבמות שם בששים ב"א שהיו מהלכין לכרכום ביתר דמשמע דסמכו על סי' מנין לחוד אף בלא צירוף הסי' דנושאים כך וכך י"ל דס"ל להרמב"ם דשא"ה דכיון דהי' זה בעת המצור של ביתר. א"כ הוי זה כשעת החירום דזהו כמו הא דאין שיירות מצויות דסמכינן על ס"א לחוד בזה כיון דידוע דהלך במקום הזה וכמו בשני יוב"ש דלא הוחזקו ואין שיירות מצויות כמבואר בגיטין ד' כ"ז. וב"מ ד' י"ח דלכ"ע מתירין:

טו

א"כ מוכח מן הרמב"ם דס"ל דמצרפינן שני סי' גרועים להיות נחשב לסי' אמצעי ויהי' ממנו סייעתא למש"כ הפמ"א הנ"ל דמצרפינן סי' גרועים כנ"ל וכן מצאתי בתשובת מהר"ם מלובלין סי' נ"ז בסופו דכתב לצרף סי' גרועים היינו געלין בארט אונ איין שטופליק פנים ע"ש ולפ"ז י"ל דמה דכתב המהר"ם אלשקר בסי' ס"ז בשם הרמב"ם להתיר באיש א' שהי' מעיר מנית זפתא ושמו כלף והי' בינוני בקומה וזקינו שחור דהעלה דסמכינן על שמו ושם עירו בצירוף אלו שני סי' גרועים וזה הובא לעיל וי"ל דהרמב"ם לטעמי' דס"ל הכא בעובדא דיבמות הנ"ל דעיקר ההיתר הי' לפי דמצרפינן שני סי' גרועים להיות כמו ס"א כנ"ל ע"כ שפיר כתב להקל בשמו ושם עירו בצירוף ב' סי' גרועים ומשמע דהתיר זה בלא חיפוש בהעיר ועיין מזה בסי' י"ז סעי' י"ט שהוא מהתוספתא ועיין בב"ב ד' קע"ב ע"א ברשב"ם ד"ה יכתבו סימן כ"ו שהוא גוף כו' שהוא ארוך כו' אך שא"ה ופשוט לכל הרואה שם וקצרתי משום דטעמו דכיון דמוכח לשיטתו דמצרפינן שני סי' גרועים להיות ס"א כמו מקום יציאה ומקום הליכה להיות כמו ס"א וע"כ ה"ה בנ"ד בכלף ובשם עירו שהי' לו שני סי' גרועים דהוי זה כמו ס"א א"כ הא כתב הנו"ב במ"ת סי' נ"ה דסמכינן להקל בשמו ושם עירו בצירוף סי' אמצעי דס"א עדיף מן שם אביו ע"ש ואף בלא חיפוש העיר כנ"ל וע"כ שפיר כתב הרמב"ם בתשובה להקל בזה ע"פ שיטתו בפסקיו וזהו סייעתא רבתי להסוברים דמצרפינן שני סי' גרועים להיות סי' אמצעי וכן לצרף שני ס"א להיות סי' מובהק:

טז

ולפי כל הנך שיטות יש לנו יסוד גדול להקל בנ"ד. דלשי' רש"י דמוכח דס"ל דאם נמצא בדרך שהלך סמכינן על ס"א משום דעכ"פ מה"ת תלינן דזהו שנאבד זהו שנמצא רק

מדרבנן יש להחמיר בזה ע"כ מועיל בזה ס"א. א"כ ה"ה בנ"ד דידוע דהלך באותו הדרך סמוך למלון הנ"ל:

והנהר שנמצא בו הוא נהר קטן ולא שייך בי' לומר דכמה נטבעים איכא בים כמש"כ האחרונים הנ"ל או לסברת המבי"ט הנ"ל ע"כ מה"ת תלינן דזהו שנאבד שם זהו שנמצא כעת ולכן מהני בזה ס"א דסי' חולה מן בלבול מוחו כנ"ל דוודאי מי שאין לו מיחוש הנ"ל לא ילבוש להקמיע עליו כיון דעיקר סגולת הקמיע הוא למיחוש טירוף הדעת ר"ל:

וגם י"ל דהסי' דנ"ד חשוב לכה"פ כמו סי' מנין דהא מספר כל סי' שלו שנמצאו בכמות ואיכות:

יז

ואף לשי' הרמב"ם דנתבאר דס"ל דבעינן עוד שני סי' גרועים בזה א"כ הא בנ"ד דיש כמה סי' גרועים וקרובים להיות חשובים ס"א כמו דנתבאר ע"כ לכ"ע יש לנו היתר ברור ואף לפי שיטת הסוברים דבשמו ושם אביו לא סמכינן להקל בלא שם עירו עכ"ז יש לנו היתירא דנא המורווח בעז"ה לכ"ע וגם יש לדון דאף המחמירים בשמו ושם אביו עכ"ז בצירוף ס"א מודו להקל:

וכעין מש"כ הנו"ב בסי' נ"ה במ"ת כעין זה להקל בשמו ושם עירו בצירוף ס"א כנ"ל אך בזה הפרט יש לדון הרבה אך אין אנו צריכים לזה וכש"כ לפי הכרעת המהרשד"ם דלהלכה סמכינן להקל על שמו ושם אביו לחוד וכמש"כ הב"ש ס"ק ס' ובשם הח"מ בידוע דהלך לאותו המקום ומת סמוך לעיר זו וכמש"כ הרמ"א בסעיף י"ח להקל בשמו ושם אביו לחוד במקום אומדנות כו' א"כ בנ"ד שיש לנו הרבה אומדנות וצירוף הכרת הרבה בגדיו וחפציו דאף דנימא להחזיקו בחשש שוטה המאבד כו' עכ"ז הא אומדנא מיהא הוי לצרפו לשארי אומדנות דיש לנו בנ"ד וזה ברור דמי שאין שמו ושם אמו כפי שכתובה בהקמיע לא ילבשנו לרפואה וכמש"כ המהרי"ט כנ"ל ע"כ כיון דנמצא סמוך להדרך שהלך לכן יש לנו להקל ולהתיר להאשה בפשיטות לכ"ע וגם יש בזה קורבה דמוכחא דבארתי זה במקום אחר הרבה דיש לצרפו להיתירא:

יח

ונתבאר בקונטרס הזה כמה ענינים להיתירא בעיגונא דאיתתא אשר כל היתר והיתר בפני עצמו יש לסמוך ע"ז וכתבתים בקונטרס הזה שיהיה לתועלת ולהתלמד על מק"א אף שלא יהיה כל הנך ביחד וכפי ראות עיניו של הרב המורה ותן לחכם ויחכם כו':

סימן כא

ב"ה יום ב' אייר תרכ"ב לפ"ק.

שאלה בעגונא א' מכמה שנים שבעלה נטבע בנהר בנסיעתו על העגלה דרך שמה וכפי המבואר בהגב"ע ושהו עליו שיעור שתצא נפשו וגם כתוב בהגב"ע כי ראו העדים שבעת שהתחיל לטבוע ראו אשר הסוס הכה להנטבע בבהילתו ובחמתו ברגליו הראשונים בהפאטקעווס שלו במכות נוראות על ראשו של הנטבע ואח"ז הפילו לעמקי מצולה ומאז והלאה זה יותר משנה שנאבד זכרו ולא נמצא כלל ונשאלתי אם יש מקום להתירה מכבלי העיגון:

ענף א

א

תשובה והוא כי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח כתבתי להקל בנטבע א' שהי' בו דין נפולה והארכתי שמה בזה אך זהו בנפולה דיש בו חשש לכמה אברים הפנימים משא"כ בנ"ד שאין בו חשש כי אם על הראש לבד ובאמת מבואר ביו"ד סי' נ"ח סעיף ב' דאם נפל דבר קשה על בהמה אם הוא דבר שיש לחוש בבהמה דינה כדין נפולה א"כ כש"כ בהכאת הסוס בחמתו במכות נוראות דזה גרוע מאילו נפל דבר קשה על הבהמה דלא בא ההכאה בכוונה והכלל דהי' הכאת הסוס בכוונה להורגו:

וידוע מאמר חז"ל דהסוס הורג בעליו במלחמה וכיון דהי' הסוס בסכנת מות ונתכוון להציל א"ע עי"ז בוודאי גרע זה מנפל דבר קשה על אבר אחד דמבואר שם דדינו כדין נפולה. והנה בר"ן בחולין דף נ"א מבואר שם בבהמה שהכו אותה על השדרה דחיישינן שמא נפסק החוט וכתב הר"ן שם דצריכה שהיי' ובדיקה כדין נפולה וכל מה דאתמר התם דחוששין דינה כדין נפולה גמורה עכ"ל הר"ן והובא בקצרה בט"ז סי' ל"ב ס"ק ד' וכיון דכתב הר"ן דאף היכא דליכא למיחש כ"א לאבר א' דינו כדין נפולה ובנפולה העליתי שמה בספרי דכ"ז דלא נבדקה היא בחזקת מרוסקת ע"פ רוב:

והא דאמרו לשון חוששין אין זה דקדוק כמו שהארכתי שמה א"כ ה"ה בנ"ד דחששא הוא דלמא נתרסק ראשו מחמת הכאת הסוס על ראשו ומבואר ביו"ד סי' נ"ח סעיף ג' דשיטת הרמב"ם והמחבר הוא בנפולה דצריך לבדקה מקדקוד הראש עד ירך. א"כ גם קדקוד הראש הוא בכלל חשש בדוקה. וכיון דבלא נבדק הראש הוא בחשש נפולה ודינו כמו כל נפולה דהוא בוודאי טריפה דהוא בחזקת שנתרסקו אבריו עפ"י הרוב וה"ה היכא דאיכא למיחש באבר אחד בחשש ריסוק דינו ג"כ כמו נפולה גמורה דהוא בחזקת טריפה ודאית עפ"י רוב א"כ כבר העליתי שמה דעפ"י תרי רובא לא מחמרינן בא"א ומתירין אותה ה"ה בנ"ד בפרט דעפ"י חו"ד אמרו לי דבמכת הסוס בפאטקעווע שלו מיקרי הכאה כדי להמית. ובפרט דהיו מכות נוראות וכמה פעמים וזהו כעין אגרוף

מיוחד שמסור לעדה ולעדים דמבואר בב"ק דף צ' ועיין ברמב"ם פ"ג ה' רוצח דאם נגפו בראשו והמיתו דמשערינן כח המכה כו' וכש"כ בכח הסוס המכה בחמתו כמה פעמים שהיו מכות נוראות לפי דברי העדים:

ב

ובספרי שמה בענף ו' העליתי דאף לשיטת הפוסקים דאין מדמין טריפות בהמה לטריפות אדם. כמוזכר שיטה זו בתוס' בכמה סוגיות ובחדושי הרשב' ביבמות דף ק"ך כתב בשם הרמב"ן בזה"ל דבטריפות מן הארכובה ולמעלה כיון דסי' טריפה הוא אע"ג דכל טריפות שמנו חכמים בבהמה אין כנגדן באדם כיון דארכובה בזה ובזה נשנית הוא סי' טריפה באדם כו' עכ"ל ועיין בתב"ש סי' ל"ב ופר"ח סי' ל"ג שפלפלו בענין זה הרבה עי"ש ומה"ט כתב הרשב"א לגיטין דף ע' ע"ב דכתב דטריפות נחבסה הגולגולת וניקב קרום המוח ליתי' באדם יעו"ש ועכ"ז בטריפות דריסוק אברים בזה אף באדם ג"כ מיטרף כמו בבהמה והוכחתי זה שם מהא דריסוק אברים מבואר ברש"י בביצה דף ל"ד דקים להו לחז"ל דאינו חי מעל"ע אבל שארי מיני טריפות חי כל יב"ח וכ"כ הר"ן בסוגיא דנפולה בחולין א"כ כש"כ הוא מן טריפות דמן ארכובה ולמעלה דזהו מיטרף אף באדם ויכול לחיות עד יב"ח כמו שהארכתי הרבה שם א"כ כש"כ ריסוק אברים דאינו חי מעל"ע דוודאי מיטרף אף באדם ושיטת הרמב"ם הובא שם בב"י לטור יו"ד סי' נ"ח ובפרמ"ג ליו"ד סי' נ"ח בט"ז ס"ק ג' וס"ל להרמב"ם דגם חשש טריפות ריסוק אברים יכול לחיות יותר מן מעל"ע רק דאחר מעל"ע דווקא מועיל בדיקה ולא מקודם משום דאמרינן דלא מינכר עדיין בתוך מעל"ע ואחר מעל"ע איגלי בהתייהו וכ"כ הרשב"א כפי שהובאו שם כ"ז א"כ לשיטת הרמב"ם והרשב"א נסתר ראייתי דהוכחתי דטריפות דריסוק אברים שייך אף באדם ויש עדיין לומר דגם בזה אין מדמין טריפות אדם לבהמה:

ג

ושיטת הרמב"ם נלענ"ד לומר דס"ל ג"כ כשיטת הסוברים דאין מדמין טריפות אדם לטריפות דבהמה דבפרק יו"ד הל' אסורי ביאה ה' י"א כתב נברא ושט שלו אטום או שהי' חסר מטבורו ולמטה אין אמו טמאה לידה והוא בנדה דף כ"ג ופסק הרמב"ם כר' יוחנן דקאמר כן משום ר"י בן יהושע והכ"מ הקשה שם דהא בגמרא שם אמרו דמ"ד דס"ל עד מקום טבורו הוא משום דס"ל טריפה חי' וגם ס"ל ניטל ירך וחלל שלה ניכר אינו נבלה א"כ לשיטת הרמב"ם דפסק דטריפה אינה חי' וגם ס"ל דניטל ירך הוי נבלה א"כ אף באינו חסר עד טבורו רק מן הארכובה ולמעלה ה"ל למיפסק דאמו טהורה יעו"ש ומגודל התמי' של הכ"מ הנ"ל נלענ"ד להוכיח דהרמב"ם ס"ל כשיטת הרשב"א והרמב"ן דס"ל דאין מדמין טריפות אדם לטריפות בהמה. ע"כ אף דמן ארכובה למטה הוי בשם

טריפה וקיי"ל טריפה אינה חי' עכ"ז באדם אינו טריפה בזה או דטריפות כזה באדם חי יב"ח והא דביבמות דף קכ"א דמן הארכובה ולמעלה תינשא שא"ה דמיא מרזי מכה כמבואר שם דף ק"כ וכמש"כ בספרי שם בד"ה ולשיטת ר"ת יש לתרץ כו' וע"כ אף בושט דווקא בושט אטום פסק הרמב"ם דטהורה לידה אבל בושט נקוב משמע דטמאה לידה. אף דפסק הרמב"ם ידוע דנקובת הושט ה"ל נבלה וכמבואר ביו"ד סי' ל"ג עכ"ז בע"כ מוכח דס"ל דשאני באדם דבדידי' איכא למימר דנקובת הוושט לא ה"ל טריפה או דאיכא למימר דטריפת כזה באדם חי יב"ח ועיין בפר"ח סי' ל"א והובא בספרי שם דכתב דאף ר"ת מודה דמה דהוי טריפות באדם אינו חי יב"ח וגם אנכי הוכחתי כן שמה. עכ"ז י"ל דבזה אינו טריפה באדם כלל כ"א בבהמה והוכיח הרמב"ם כן מן קושיית התוס' בנדה דף ך"ג ע"ב בד"ה ושטו נקוב:

דהקשו על מה דקאמר הש"ס שם לרבא בושטו נקוב אמו טמאה משום דטריפה חי' ובפ"ק דבכורות אמר רבא דטריפה אינו חי' ולשטת הסוברים לחלק בין טריפות אדם לטריפות דבהמה יש לחלק דדוקא בטריפות בהמה ס"ל דטריפה אינו חי' משא"כ בטריפות דאדם י"ל דחי' וכמש"כ הכ"מ בפ' י"ג הל' גירושין הל' ט"ז ודלא כהפר"ח ועיין מזה בספרי תחלת ענף ו':

ד

ולפ"ז יש עדיין לדון לשיטת הרמב"ם והרשב"א הנ"ל דאף בטריפות דריסוק אברים לא מיטרפא באדם בזה כיון דאין מדמין אותם להדדי ואף שלשיטת הר"ן דס"ל דריסוק אברים אינו חי מעל"ע מוכח כמש"כ בספרי דגם בזה מיטרף באדם ג"כ וה"ה בריסוק אבר אחד אינו חי מעל"ע דהא מה"ט בעי שהייי' ובדיקה לשיטת רש"י והר"ן כנ"ל עכ"ז יש להחמיר עדיין בנ"ד דהא מבואר בסוגיא דנפולה בחולין שיטת הר"נ דס"ל בנפולה דא"צ לבדוק הקדקוד והמוח דהם אינם בכלל החלל וא"צ בדיקה והובא שיטתו בב"י ובט"ז ס"ק ה' שם ובפר"ח יעו"ש רק שיטת הרמב"ם וכפסק המחבר שמה דאף הקדקוד הוא בכלל הבדיקה דאף בהו חיישינן לרסוקת אבר כמו בנ"ד ולהרמב"ם הא נסתר הוכחתי הנ"ל דהא ס"ל דיכול לחיות יותר מן מעל"ע ונסתר הראי' דמן הארכובה כו':

ה

ועכ"ז יש לומר דמוכח דלכ"ע מוכרחין אנו לומר דבחשש ריסוק שוה טריפת אדם לטריפה דבהמה כמו שהוכחתי שמה בספרי מן קושיות הגמ' בב"ק דף נ"א על ר"נ דס"ל יש חבט בפחות מעשרה מהא דמעקה ומן בית הסקילה וכמו דהקשו התוס' שם בד"ה נעביד פחותה מעשרה וכו' וע"כ מוכח מהתם דבחשש ריסוק לכ"ע שוה אדם לבהמה ואף להסוברים לחלק בין טריפות אדם לבהמה וכמו דס"ל להרמב"ם כנ"ל ולהר"ת

דמחלק ביניהם וכמש"כ התוס' שם ובשא"ד לפי דמוכח מהך דב"ק דריסוק גרע ביותר מן טריפות דעלמא והא חזינן בשיטת הרמב"ם המובא ביו"ד סי' נ"ח סעי' ג' שכתב דאף אבר שאם ניטל כולו כשר עכ"ז באם נתרסק טריפה וכמש"כ הרמב"ם והובא בב"י שם שריסוקו מכאיבו יותר מנטילתו. הרי דריסוק גרע מן ניטל וחסר ומצינו דגם באדם שייך טריפות בראשו כמו הך דאהלות פ"ב משנה ג' בגולגולת שחסרו דכדי שינטל מן החי וימות ובחולין דף מ"ב ודף נ"ז באחד שנפחתה גולגלתו דכיון שעברו עליו ימי צינה מת ועיין במנחות דף ל"ז ובתוס' ד"ה שומע אני א"כ כש"כ בריסוק בראשו. והעיקר כיון דמצינו בב"ק דף נ"א הנ"ל דחשש ריסוק הוי אף באדם דמיטרף בי' א"כ ה"ה בחשש ריסוק בראשו. ואין לחלק דשא"ה בב"ק דהוי חשש ריסוק בכל האברים משא"כ בחשש ריסוק באבר אחד דהא כיון דכתב הר"ן בפ"ג דחולק בהכו על השדרה דדינו כנפולה גמורה לשהיי' ובדיקה דבכל מה דאמרו שם דחוששין דינו כנפולה גמורה וכמש"כ הט"ז בשם הר"נ ביו"ד סי' ל"ב ס"ק ד' א"כ חזינן דלא מחלקינן ביניהם וזולת זה אין סברא לחלק בזה ועיין בפר"ח סי' ל"ב ס"ק ח' שהשיג על המהר"ם מלובלין בסי' צ"ד ובתב"ש שם ס"ק ו' וקצרתי] ולכן כיון דפסק המחבר ביו"ד סי' נ"ח דאף קדקוד והמוח הוא בכלל הבדיקה דצריך לבדוק א"כ יכולין לסמוך בנ"ד על המחבר בזה ובמשאל"ס דעיקרו רק חשש דרבנן ובדרבנן אזלינן בתר המיקל ועיין בפר"ח ליו"ד סי' נ"ח מזה ובפרט בנ"ד שהכה הסוס בהפאטקעווען על ראשו במכות נוראות די"ל דכ"ע מודו בזה דשייך ריסוק בראשו:

ענף ב

ו

ובעיקר הך מילתא בנ"ד יש עדיין לעיין לפמש"כ בספרי באר יצחק סי' י"ח דלכן דעתי מסכמת להקל במשאל"ס ובנפולה ביחד משום דבתרי רובא יש להקל וכמש"כ שם והא דאמרו ביבמות דף קכ"א דל"ש איש אחר ול"ש צורבא מרבנן אף דשייך למימר אם אי' דסליק קלא אית לי' עכ"ז מחמרינן משום דהתם נולד הרוב אחד מקודם והרוב הב' דצורבא מרבנן אם אי' דסליק קלא אית לי' זה לא נתברר כי אם לאח"ז דחזינן דלא יצא הקול ובזה צריך שהות להמתין עד שיבורר שהי' שהות שיצא הקול ממנו אי' הוא וכיון דלא נשמע הקול ממנו אז הרוב שני מברר לנו שלא ניצול מן המים א"כ השני רובי לא באין בבת אחת. ועפ"ז ניחא הא דלקמן דף קכ"א ע"ב בטבע חסא דאמר רב אשי ש"מ במשאל"ס אם ניסת לא תצא וקשה הא רב אשי גופא מקיל בכל צורבא מרבנן אף לכתחילה במשאל"ס כמבואר שם ע"א משום דאם איתי' דסליק קלא אית לי' דלא מצינו

דרב אשי הדר בי' אכן לפי מש"כ ניחא דרב אשי דמיקל בצורבא דרבנן לכתחילה א"כ הא צריך שהות בזה לחקור אם נפק הקול והתם בהך דחסא לל"ק דשם ביבמות י"ל דהי' העובדא דאינסבא בתוך זמן דלא הי' עדיין שהות להיות נפק קלא דסליק ע"כ הוכרח רב אשי לומר הטעם דבמשאל"ס ניסת לא תצא וע"כ שפיר העליתי בספרי שם להקל היכא דהשני רובי נודעו ביחד דיש לסמוך ע"ז משום תק"ע:

ז

והנה בהעובדא דנ"ד דהגב"ע נודע להאשה בתוך משך שנה לאחר שנטבע יש עדיין לפקפק דהא בזה לא נודעו השני רובי ביחד אך לשיטת הר"נ דס"ל דריסוק אבר אינו חי מעל"ע ע"כ לאחר מעל"ע לאחר שנטבע נודעו הך שני רובי בהדדי היינו הרוב נטבעין דאינן נמלטים ורוב השני דהוא בחזקת שנתרסק ראשו עפ"י רוב וכמו בכל נפולה משא"כ לשיטת הרמב"ם דריסוק אבר יכול לחיות מעל"ע ויותר עד יב"ת א"כ לא נולדו שני רובא להדדי לכן עדיין יש להחמיר לשיטת הרמב"ם וכיון דעיקר היסוד להקל בנ"ד הוא לשיטת הרמב"ם דס"ל דצריך לבדוק מקדקוד והמוח כנ"ל ולהרמב"ם הא לא נולדו ונודעו שני רובי ביחד א"כ עדיין לכאורה יש מקום להחמיר:

ח

ועכ"**ז** ראיתי דלשיטת הרמב"ם ג"כ יש להקל והוא דהא שיטת הרמב"ם בפ' י"ג ה' גירושין ה' ט"ז בזה"ל במי שנטבע והעלו ממנו אבר שא"א שינטל מן החי ויחיה ה"ז מעידין עליו שמת והשמיט הרמב"ם והטור מה שמבואר בירושלמי על מתניתין דמן ארכובה ולמעלה משיאין אשתו דנותנין לו שהות כדי טריפה היינו יב"ח וכמו דפסק המחבר בסעי' ל"ב הרי דס"ל להרמב"ם והטור דהא דתנן מן הארכובה ולמעלה משיאין אשתו דמיד מתירין אותה:

וכמש"**כ** הישׁ"ש ביבמות פ' האשה בתרא סי' ז' בזה"ל דהא מן הארכובה ולמעלה תנשא אשתו דשיערו חכמים שימות מהר ובפרט ע"י מים דמרזו מכה והובא במראות הצובאות סעי' ל"ב ס"ק קכ"ד והב"ש שם ס"ק צ"ז כתב דקים לחז"ל דטריפות דמן הארכובה ולמעלה א"א שיחי' האדם יב"ח:

א"**כ** משמע מדבריו דדוקא בטריפות דמן הארכובה ולמעלה. וכמש"כ התוס' בבכורות דף ג' והובא בספרי שם אבל ברמב"ם והטור לא הוזכר לשון דמן הארכובה רק כתבו סתמא דאם ניטל ממנו אבר שא"א שינטל מן החי ויחיה משמע דבכל מידי דמיטרף בי' האדם דבזה אם נטבע מתירין מיד ולא בעי יב"ח משום דמיא מרזו מכה היינו להמכה דמיטרף בי' ושיערו חז"ל שימות מהר והך סברא דמיא דמרזו מכה מבואר ביבמות דף

ק"כ ע"ב. א"כ כש"כ בחשש ריסוק דהא חזינן דזה גרוע יותר מכל מיני טריפות דהא אף מידי דאם ניטל כשר מ"מ אם נתרסק טריפה כמבואר ביו"ד סי' נ"ח:

כש"כ במה דניטל וניקב טריפה דוודאי בנתרסק גרע ביותר. א"כ כיון דחשש ריסוק גרוע מכל מיני טריפות דניטל או חסר ע"כ בוודאי כמו דחזינן דמיא מרזו מכה דניטל האבר ומת מהר כש"כ בנתרסק בעודו במים דוודאי מיא מרזו מכה ומת מהר דכיון דלולא המים ג"כ הי' מיטרף ע"כ במים מת מהר דמרזו מכה לכן בנתרסק בעודו במים אמרו דמיא מרזו מכה ומת מיד א"כ נולדו שני רובי בבת אחת ויש לנו לסמוך ע"ז להיתירא:

ט

והא דפסק הרמב"ם והטור ושארי פוסקים דלא כהירושלמי דכתב דלא תנשא עד י"ב חודש וכמש"כ הישׁ"ש נלענ"ד דהישׁ"ש לשיטתו כאשר אבאר ע"כ מוכח דהא דהתירו מן הארכובה ולמעלה דאין זה בגדר טריפה רק בגדר מיתה והרשב"א והרמב"ן דפסקו כהירושלמי דמשום טריפה אתו עלה ע"כ לא התירו רק לאחר י"ב חודש ג"כ אזלי לטעמייהו דהנה השׁ"ך ביו"ד סי' נ"ז ס"ק מ"ח הביא שיטת הישׁ"ש דכתב דהא דטריפה אינה חי' היינו ע"פ רוב אבל מיעוטא חיין והרשב"א כתב דא"א לשום טריפה לחיות בשום אופן רק ע"פ נס. ועי' בפר"ח שם בסי' נ"ז ובכרתי ופלתי בסי' נ"ז ס"ק יו"ד דמוכח מדבריהם דהקשו על הישׁ"ש מן תוס' חולין דף י"א ד"ה אתיא כו' דס"ל דהך רוב טריפות אינן חיין לפי דברי הישׁ"ש הוי זה כעין כל רובא. אך הפרמ"ג שם בסי' נ"ז ובסי' ל' כתב דרק מיעוטא דמיעוטא חיין משום דזה אינו מיעוט המצוי ובאמת כן נראה מדברי השׁ"ך שם שכתב בשם הישׁ"ש דמיעוט דמיעוטא חיין אבל הפר"ח והכרו"פ לא נחתו לחלק כן בכוונת הישׁ"ש:

י

והנה בספרי באר יצחק סי' י"ח כתבתי להוכיח מהא דיבמות דף קכ"א דל"ש בין צורבא מרבנן ואינש דעלמא דאין מתירין משום דאף על תרי רובי אין סומכין להיתירא היכא דלא נולדו בבת אחת א"כ לפ"ז תקשה אמאי סמכו להקל במן הארכובה ולמעלה דהא אין זה בירור גמור כי אם מצד רוב דרוב טריפות אינן חיין יב"ח ורוב ראשון דרוב הנטבעים אינן נמלטים כבר נדחה בעת ששהו עליו עד שתצא נפשו ופסקו חז"ל דלא לסמוך ע"ז א"כ אף דנולד לאחר י"ב חודש עוד רוב שני עכ"ז הא לא סמכינן בזה ג"כ משום חומרא דא"א לפי מאי דקיי"ל דלא כרב אשי שם אך לפי דברי הפרמ"ג ומשמעות לשון הישׁ"ש שהובא בשׁ"ך יו"ד סי' נ"ז הנ"ל דרק מיעוט דמיעוטא חיין יש לחלק בין הך רוב ובין הך רוב דצורבא מרבנן כו' אכן לפי דברי הפר"ח והכרו"פ הנ"ל דלא נחתי לחלק בזה תקשה כן ומזה הוכיח הרמב"ם והטור וכפי שכתב הישׁ"ש בכוונתם דאף

בתוך י"ב חודש סמכו להקל במן הארכובה ולמעלה משום דמיא מרזו מכה דלא מקרי זה בגדר טריפה רק בשם מיתה דמיד שתצא נפשו שיערו חז"ל דימות מיד וזהו לא בגדר רובא רק בגדר בירור בוודאי דמת מיד ומזה הוכיחו כן והירושלמי דלא סמך להקל רק לאחר י"ב חודש. י"ל דס"ל כרב אשי דמיקל בתרי רובא אף שלא נולדו בב"א ע"כ אף דלא ס"ל לחלק דשאני היכא דמיא מרזו מכה עכ"ז מקילינן שם לאחר יב"ח. משום דהך מן הארכובה ולמעלה תנשא דבמשנה יבמות דף קכ"א ע"א קאי שם היכא ששהו עד שתצא נפשו דהי' שם תרי רובא ובפרט לפמש"כ בשו"ת משכנות יעקב סי' ח' בשם הירושלמי דס"ל דבמשאל"ס אף היכא דלא שהו כדי שת"נ ג"כ אם ניסת לא תצא א"כ יש שם לעולם תרי רובי במן הארכובה ולמעלה אבל לדידן דקיי"ל דלא כרב אשי שפיר הוכיחו הרמב"ם והטור והיש"ש דמן הארכובה ולמעלה אין זה בגדר טריפה כ"א בגדר מיתה ע"כ לא בעינן בזה יב"ח רק היכא שא"א שינטל מן החי ויחי' ה"ז מעידין עליו שמת משום דמיא מרזו מכה והרשב"א דפסק כהירושלמי דבעי יב"ח י"ל דאזיל לטעמי' דפסק דהא דטריפה אינה חי' דזהו בגדר בירור בוודאי משום דאף מיעוטא דחיין ליכא ע"כ שפיר סמכו להקל במן הארכובה ולמעלה לאחר יב"ח:

יא

והנה הפר"ח סי' ל"א ס"ק ז' כתב להוכיח מהרמב"ם פ' י"ג הלכות גירושין דס"ל אדם טריפה אינו חי יב"ח ולפמ"ש אינו מוכרח דשא"ה דמיא מרזו מכה וכמו דאמרו סברא זו ביבמות דף ק"כ ע"ב וכמש"כ הישש"ש כנ"ל וכדמוכח להנך דס"ל בנדה דף כ"ג גבי אדם דבחסר מן הארכובה ולמעלה אמו טמאה לידה משום דס"ל דטריפה חי' וע"כ הא דמתניתין דיבמות דף קכ"א דמן הארכובה ולמעלה תנשא אשתו ובלא שום חולק שם אף דיכול לחיות י"ב חודש וע"כ מוכח דשאני התם דמיא מרזו מכה ואין זה בגדר טריפה רק בגדר כעין מיתה ולכן לא הזכיר הרמב"ם שם דליבעי יב"ח רק שיערו חז"ל דמיד תצא נפשו וימות ומן כ"ז הוכיח הרמב"ם דלא כהירושלמי דס"ל דבעי שיעור יב"ח משום דמש"ס דילן מוכח דשאני זה מן כל טריפה לפי דמיא מרזו מכה ואילו מצד טריפה הא פסק הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה דבילדה ולד דנחסר מן ארכובה ולמעלה אמו טמאה לידה משום דמן הארכובה ולמעלה יכול אדם לחיות ולפ"ז מוכח דשאני הכא ביבמות לפי דמיא מרזו מכה דאין זה מטעם דמיטרף בכך דהא בשם טריפה מצינו דיכול האדם לחיות אף ביב"ח ויותר ומוכח דס"ל להש"ס דילן דאין זה בגדר טריפה רק בגדר מיתה וכמש"כ בספרי שם:

יב

ונתבאר דלשיטת הרמב"ם דס"ל דבמידי דמיטרף בי' האדם דבנטבע אמרינן מיא מרזו מכה ומעידין עליו מיד א"כ יש לנו בנ"ד תרי רובי היינו רוב נטבעין אינן נמלטים ורוב שני דהוא בחזקת הרוב דנתרסק ראשו וכמו בכל נפולה דביארתי בספרי שם דיש בי' הרוב הזה וכיון דהרוב מברר דנתרסק ראשו א"כ ממילא קרינן בזה דנודעו הנך תרי רובי ביחד להאשה משום דגם הרוב שני מברר לנו דמת מיד לשיטת הרמב"ם והטור והיש"ש ואף לפי מה דפסק המחבר באה"ע סי' י"ז סעיף ל"ב במן הארכובה ולמעלה דדוקא לאחר יב"ח. עכ"ז י"ל דפסק כן מצד ספיקא לחומרא אבל באמת הוי זה ספיקא דדינא אם הלכה כהסוברים דוקא לאחר יב"ח או כשיטת הרמב"ם וסייעתו דמעידין עליו מיד דתנשא. והנה ביו"ד סי' נ"ח בבית יוסף שם הביא לשיטת הר"נ בחולין דכתב דבריסוק אינה יכולה לחיות מעל"ע וכן הביא שם לשי' הרמב"ם דס"ל דגם בריסוק יכולה לחיות מעל"ע וכן הפמ"ג שם בסי' נ"ח הביא לשיטת הר"ן והרא"ה ולשיטת הרמב"ם הנ"ל א"כ יש לנו ספק ספיקא דדינא דמבררת לנו דיש לנו בנ"ד תרי רובי היינו ספק אחד שמא הלכה כשיטת הר"ן והרא"ה דס"ל דבריסוק אבר אינה יכולה לחיות מעל"ע ואם תמצא לומר דהלכה כשי' הרמב"ם דס"ל דבריסוק יכולה לחיות מעל"ע הא הרמב"ם וסייעתו ס"ל דבמידי דמיטרף בי' אם נטבע במים מעידין עליו לאלתר א"כ לשני צדדי הספק הנ"ל עפ"י ס"ס נתברר לנו דיש לנו תרי רובא הנולדים בב"א ונודעה להאשה בב"א להיתירא וכבר ידוע דסמכינן בהיתר עגונא עפ"י ס"ס דדינא ובפרט בנ"ד במשאל"ס ולכן בנ"ד דהיה הכאת הסוס במכות גדולות על הראש ובהפאדקיוועס שברגליו ובחמתו בבהילות כפי המבואר בהגב"ע וכעת ראיתי בהגב"ע שכתוב שם שהסוס בעת שבא במים עמד על רגליו האחרונים והכה אותו בהשתי הרגלים שלפניו ולפי השערת העדים הי' שהסוס הרגו ולכן עכ"פ יש לנו בוודאי תרי רובי שיש לסמוך ע"ז להיתירא:

ענף ג

יג

והנה בחולין ד' מ"ה ע"ב איתא נתמסמס המוח פסול נתמזמז כשר כו' איני והא לוי הוי יתיב חזייא להההוא גברא דטריי' לראשו אמר נתמזמז מוחי' דדין לאו דלא חיי לא לומר שאינו מוליד ופי' הערוך אשר הובא שם בצדו בגמ' דטריי' לראשו דנפל למרחץ והכה ראשו בכותל או בקרקע ונתנדנד מוחו הרי דמסקנת הגמ' דלא מיטרף שם אף שהכה במוחו על הארץ או בכותל בשלמא דין נפולה י"ל דלא הי' בי' משום דהי' חבט פחות מעשרה אבל במה שהכה את מוחו וראשו קשה אמאי לא חיישי לריסוק המוח והראש לפי שיטת הרמב"ם והמחבר דאף הקדקוד בכלל חשש ריסוק ודוחק לומר דכיון

דמבואר ביו"ד סי' נ"ח דמשערין לפי כובד המכה והאבן אם יש בו כדי להמית ושם לא הי' שיעור מכה דמטרף בי' משום ריסוק דא"כ איך אמרו שם דנתמזמז מוחו דדין ואפשר דהיו בקיאים בזה להכיר כזה דאל"כ אמאי לא חשש דלמא נתמסמס מוחו ולכאורה הי' מקום להוכיח מזה הסוגיא כשיטת הר"ן וסייעתו דאף בבהמה לא חיישי לקדקוד והמוח כי אם לכל החלל זולת הקדקוד משום שהוא קשה כמו גבי סימנים כו' והוזכר זה בט"ז סי' נ"ח ס"ק ה' אכן שיטת הרמב"ם והמחבר דאף הקדקוד וה"ה המוח כמש"כ הפר"ח והכ"מ שם ובכלל חשש ריסוק הם ג"כ. א"כ יש להעיר דלמה לא חיישי התם בהאי גברא שמא נתרסק ראשו ולפי דברי הפר"ח שם ס"ק ו' בשם הכ"מ תמוהין הם דברי הט"ז ביו"ד סי' נ"ח ס"ק ה' דעירב הך דיעה על המחבר שם וקצרתי ואפשר לומר דהעובדא בהאי גברא דחולין הי' דהלך מיד אחר דטריי' לראשו ומבואר בחולין ד' נ"א וביו"ד סי' נ"ח דהלכה א"צ בדיקה משום דאם אי' דנתרסק לא הי' יכול לילך וכמש"כ הר"נ בחולין בסוגיא דנפולה דבהכה ואית בה קיטרי חיישינן דבהלכה כשרה וא"צ בדיקה ואיכא מ"ד דאף בהלכה בכה"ג בעיא בדיקה בחוט השדרה עכ"ל הר"נ והדגול מרבבה בסי' ל"ב הכריע כשיטת הר"נ דבהלכה א"צ בדיקה אף היכא דאין החשש ריסוק רק בחד אבר וכדמוכח מן הראי' שהביא הד"מ שם מזבחים ד' ע"ד:

יד

א"כ לפ"ז י"ל דכיון דהלך מיד אחר דטריי' לרישי' ע"כ לא חשו בי' לחשש ריסוק ואף לשיטת איכא מ"ד דס"ל דאף בהלכה צריכה בדיקה כיון דהוי רק בחד אבר י"ל דז"א רק חשש מדרבנן ולא משום חשש ריסוק רק מחשש שמא נפסק או ניקב אותו אבר ואף ז"א רק מדרבנן וכמש"כ בשאגת ארי' בסי' ס"ד דכתב כעין זה בהא דשהתה מעל"ע דהבדיקה אינו רק מדרבנן והובא בספרי סי' י"ח ענף א' אך אין אנו צריכים לזה כיון דעיקר דברינו כעת הוא לשיטת הרמב"ם דכתב דהקדקוד והמוח בכלל חשש ריסוק. א"כ י"ל בקצרה דס"ל כהך שיטה דס"ל דאף בחשש אבר א' מהני הלכה וכמו שהכריע הד"מ כנ"ל. ע"כ י"ל דהתם הלך וכנ"ל ובסוטה ד' מ"ח ע"א שהיו חובטין אותו במקלות ואמרו עד מתי אתם מאכילין טריפות כו' שמא ניקב קרום של מוח וי"ל דה"ה חשש ריסוק והא דאמרו שמא דהי' מספקא להו אי הי' הכאה גמורה או לא ועיין בגיטין ד' מ' בתוס' ד"ה חיישינן שמא כו' דהוי ודאי כמו חיישינן שמא במי מילין כתבו וכמש"כ לעיל כזה:

טו

ומכבר הבאתי ראי' להכלל שכתבתי דהיכא דיש תרי רובי לא החמירו אף בחשש א"א. מהא דגיטין דף כ"ט על מתניתין דהיוצא ליהרג בל"ב דרב יוסף דבישראל כיון דנפק דינו כו' בתר גמ"ד לא חזו לי' זכותא ופי' רש"י דלא שכיח הילכך לא מספקינן בהכי:

והתוס' שם ד"ה אבל בב"ד כו' דאע"ג דמבואר בסנהדרין דאחד רוכב על הסוס מצאו לו זכות כו' מ"מ לא שכיח עכ"ל הרי דאף דהחמירו לחוש למיעוטא במשאל"ס משום חומרא דא"א מ"מ הכא הקילו לסמוך על הרוב והנה לפי שיטת התוס' ביבמות דף ל"ו דבמשאל"ס הוי מיעוט המצוי יש לחלק דשאני הכא ביוצא ליהרג דהך חשש שמא מצאו לו זכות הוי זה מיעוט שאינו מצוי אכן לפי שיטת התוס' בבכורות דף כ' דבמשאל"ס הוי מיעוט שאינו מצוי ואפ"ה החמירו רבנן בע"כ מוכח מזה דלאו בכל רובי החמירו חז"ל רק היכא דמצינו בפירוש דהחמירו החמירו ושיטת הרמב"ם בספ"ו ה"ג והובא ברשב"א לגיטין שם בסוגיא זו ובאה"ע סוף סי' קמ"א בב"ש ס"ק ק"ט כהך לישנא בתרא דרב יוסף דלקולא ותנשא דסמכינן על הך רובא ואף להפוסקים כל"ק דרב יוסף דשם י"ל דס"ל דזהו מיעוט המצוי ועיין בביאור הגר"א זצ"ל בסי' י"ז ס"ק קי"ז על המחבר שם סעי' ל"ו דכתב דגם דעת הרי"ף לפסוק כלישנא בתרא וכן הרש"ל פסק כלישנא בתרא ע"ש ועיין בב"ש שם ס"ק ק"ח וקצרתי ומזה הוי סייעתא דהיכא דהוי תרי רובי דבזה הוי מיעוט דמיעוטא וגם היכא דהוי רובא דלא מצינו בש"ס דהחמירו בי' חז"ל דבכה"ג אין להחמיר אף בחשש א"א ובפרט במשאל"ס כמו בנ"ד דהרוב שני הוא לפי דהרוב בנפולה הוי רובא דנתרסקו אבריו וה"ה בחד אבר וכמו שנתבאר לעיל ובפרט בנ"ד דהעידו דהי' הכאת הסוס במכות נוראות דודאי יש לדון הרוב דודאי נתרסקו ראשו והמוח ע"פ חזקת הרוב ובהך גוונא דהוי תרי רובי הנך ביחד דלא מצינו דהחמירו חז"ל בכזה דאנן מעצמינו אין לנו להחמיר ויש לנו לסמוך במשאל"ס דספיקו להקל בכמה דוכתי דה"ה בזה דיש לנו לסמוך על לישנא בתרא דרב יוסף הנ"ל ובפרט די"ל דגם ל"ק דרב יוסף מודה בזה וקצרתי:

ענף ד

טז

ועפ"ז אפשר ליישב סתירת הרא"ש דביבמות פ"ד סי' ה' כתב דלכן גבי משאל"ס וגוסס חיישי למיעוט משום דהוי מיעוט המצוי ואילו ביבמות פ' ט"ז סי' א' ובבכורות פ"ג סי' ב' כתב הרא"ש להקשות לפי המבואר שם דאמרינן לדינא סמוך מיעוטא לחזקה א"כ אמאי במשאל"ס בדיעבד לא תצא ותי' דבמשאל"ס הוי מיעוט שאינו מצוי. א"כ סתרי דברי הרא"ש להדדי ולפמש"כ ניחא משום דהא מן לישנא בתרא דרב יוסף בגיטין דף כ"ט הנ"ל מוכח דס"ל דבמיעוט שאינו מצוי משיאין אשתו א"כ אכתי תקשה לפי דברי רב יוסף בלישנא בתרא מהא דמשאל"ס וגוסס. ע"כ הוכרח הרא"ש לפרש ביבמות פ"ד דשאני במשאל"ס וגוסס דהוי מיעוט המצוי א"כ אתי שפיר לכ"ע אבל הכא ביבמות

פ' ט"ז ובבכורות שם דמקשה לדינא דמבואר שם דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה א"כ תקשה דאמאי קיי"ל דבמשאל"ס אם ניסת לא תצא וע"ז הוכרח לתרץ דבמשאל"ס הוי מיעוט שאינו מצוי ואפ"ה החמירו חז"ל לכתחילה באיסור א"א והא דגיטין דף כ"ח ביוצא ליהרג הא פסק הרא"ש לדינא שם כלישנא קמא דרב יוסף דאין משיאין אשתו בב"ד של ישראל ע"כ שפיר י"ל לדינא דאף היכא דהוי מיעוט שאינו מצוי החמירו חז"ל וללישנא בתרא דרב יוסף דס"ל דהיכא דהוי מיעוט שאינו מצוי משיאין אשתו כדקאמרו שם לסיועי לי' מהא דתני כו' וע"כ מוכח אליבי' דמשאל"ס הוי מיעוט המצוי לא תקשה עליו דאמאי הקילו בדיעבד בניסת במשאל"ס ולא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה די"ל דבאמת אף בניסת ס"ל לרב יוסף דתצא משום סמוך מיעוט לחזקה וע"כ אינו קשה לשיטת רב יוסף ולדידן דקיי"ל כרב אשי דאמר דמשאל"ס בדיעבד לא מפקינן כמבואר ביבמות דף קכ"א. שפיר תי' הרא"ש דבמשאל"ס הוי מיעוט שאינו מצוי ואפ"ה החמירו לכתחילה כיון דלא פסק הרא"ש כל"ב דרב יוסף דגיטין וא"ש דלא סתרי דברי הרא"ש להדדי וכמו כן נוכל לומר בדברי התוס' ביבמות דף ל"ו ועו"ג דף מ'. דלא סתרו לדברי התוס' בבכורות דף כ' ג"כ על הדרך שכתבתי לתרץ סתירת הרא"ש זולת מה שידוע כי אין להקשות בסתירת התוס' להדדי וכמש"כ הישי"ש בהקדמתו לב"ק:

יז

ולשיטת הרמב"ם והרי"ף וסייעתם דנתבאר לעיל בשם הגר"א זצ"ל דס"ל כהך לישנא בתרא כרב יוסף לא תקשה דנימא סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר אף בדיעבד אם ניסת במשאל"ס. די"ל דס"ל כחד תירוצא דמתרץ המרדכי בריש פ' בתרא דיבמות דלכן אם ניסת לא תצא ולא אמרו סמוך כו' משום דבעגונא הקילו או דזה הוי מיעוט שאינו מצוי עי"ש במרדכי א"כ י"ל להרמב"ם והרי"ף דיסברו כתי' קמא של המרדכי הנ"ל אך מן הרמב"ם הלכות נחלות פ"ז ה"ב והובא בח"מ סי' רפ"ד סעי' ד' דכתבו שם שלא החמירו במשלא"ס וכדומה רק מפני איסור כרת כו' משמע דס"ל דלא הוי רק מיעוט דמיעוטא הניצולים ודלא כמש"כ וע"כ העיקר כמש"כ לעיל דמזה יהי' מוכח דלא בכל מקום החמירו חז"ל רק היכא דמצינו בפירוש שאני ולכן פסק רב יוסף בל"ב בגיטין דלא חיישינן שם שמא מצאו לו זכות משום דלאו בכל דוכתא החמירו חז"ל ומזה סייעתא למש"כ לעיל דלאו בכל דוכתא החמירו חז"ל וע"כ בנ"ד דיש לנו תרי רובי שנודעו בב"א להאשה יש לסמוך להיתירא:

יח

והנה עיקר מילתא דבעינן שיהי' התרי רובי נודעים בב"א הוא מן הא דיבמות דף קכ"א דאף בצורבא מרבנן החמירו אף דשם הוי תרי רובי בע"כ מוכח דשאני התם דלא נולדו

בב"א וכמש"כ לעיל וכעת ראיתי בתה"ד בפסקיו סי' קל"ט שכתב דמה דאמרו שם ל"ש בין צורבא מרבנן לאינש דעלמא דזהו מטעם לא פלוג דראו חז"ל שלא לחלק בין איש לאיש עי"ש א"כ לפ"ז נדחה ההוכחה משם ועדיין י"ל דבתרי רובא אף דנולדו שלא בב"א ג"כ מהני אך מדברי התוס' ביבמות דף קכ"א בד"ה ולא היא כו' משמע דלא כהתה"ד בזה ובכוונת התוס' הנ"ל כתבתי מזה בספרי באר יצחק סי' י"ח ובעיקר הך מילתא בתרי רובי היכא דלא נולדו בב"א יש להביא ראי' לזה דלא מהני מהא דיבמות דף ק"כ ע"ב דמקשה הגמ' ומי מצית לאוקמי כרשב"א דאמר על המגוייד דאין מעידין מפני שיכול לכוות ולחיות והא קתני סיפא כו' מן הארכובה ולמעלה תנשא ומשני שאני מיא דמרזו מכה ולכאורה קשה דהא מצי הש"ס לומר דהא דס"ל לרשב"א דאין מעידין על המגוייד מפני שיכול לחיות היינו דס"ל לרשב"א דאף דאיכא רובא דאינן חיים רק כיון דאיכא מיעוטא שיכול לכוות ולחיות דחשו חז"ל למיעוטא משום חומר ערוה וע"כ התם בנטבע בים ואמרו חכמים דמן הארכובה ולמעלה תנשא משום דהי' שם תרי רובא:

היינו. רוב א' דרוב הנטבעים אינן ניצולים ומיירי דשהו שם עד שת"נ כמבואר שם במתניתין במעשה בסומא כו' ושהו כדי שת"נ כו' וכש"כ להסוברים בכל משאל"ס דאף דלא שהא כדי שת"נ ג"כ איכא רובא א"כ בתרי רובא לא החמירו ומדהקשה הש"ס כן והוצרכו לתרץ דשאני מיא דמרזו מכה מוכח דס"ל להש"ס דהיכא דלא נולדו התרי רובא בב"א דזה לא מהני. והנה התם רוב נטבעין דאינן נמלטים זה נודע מיד. והרוב השני נודע ונולד רק לאחר יב"ח דהא אף בין הארכובה ולמעלה יכול לחיות עד יב"ח כמו כל טריפות דהא עדיין לא ידעו מן הסברא דמיא מרזו מכה א"כ רוב השני לא נתברר לנו רק אחר יב"ח. א"כ היכא דתרי רובי לא נולדו בב"א זה לא מהני לכן שפיר הקשה הש"ס והוצרכו לתרץ שאני מיא דמרזו מכה:

ויהי' מוכח מזה כמש"כ לעיל דהיכא דהתרי רובא לא נולדו בב"א דלא מהני להיתירא רק היכא דנולדו ונודעו בב"א אז יש לנו יסוד לסמוך להיתירא:

יט

ואחר כותבי ראיתי בתשובת הריב"ש סי' שע"ט וסי' ש"פ שהעיר כזה להוכיח מהך דיבמות דף ק"כ דמקשה הש"ס ומי מצי מוקמת כרשב"א והא קתני סיפא מן ארכובה ולמעלה תנשא כו' דמוכח מזה דחשש מגוייד הוא מה"ת דאי נימא דהוי חשש מדרבנן א"כ במגוייד שנפל למשאל"ס לא מחמרינן אף מדרבנן משום דתרי חומרי לא מחמרינן ע"ש ולפ"ז נדחה הוכחתי הנ"ל ועדיין י"ל דתרי רובי אף דלא נולדו בב"א ג"כ מהני ולדברי התה"ד דכתב לחלק דלכן החמירו גם בצורבא מרבנן במשאל"ס דמשום שלא

לחלק בגזירת חז"ל אתו עלה וכמש"כ לעיל והנה סברת הריב"ש דלא מחמרינן תרי חומרא מדרבנן שייך גם בנ"ד במשאל"ס דאינו אלא מדרבנן דהיכא דיש עוד רוב שני דלא מחמרינן תרי חומרי מדרבנן:

סיומא דפסקא כי דעתי מסכמת להיתירא וכמש"כ כת"ר ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה:

סימן כב

נשאלתי מכמה רבנים ע"ד ספינה אחת על הים באמעריקא שהיה בה כמה אנשים ונפל בה דליקה גדולה ובזמן מועט אחר זה נטבעה הספינה ושהו עליהם שיעור שתצא נפשם ולא ניצול אף אחד מהם הכל כמבואר בהגב"ע כד"ת ולפי הגדת היודעים והמומחים הי' קשה להנצל מן השריפה רק ע"י מציאות רחוקה לצאת מן הספינה לתוך הים. ועל הספינה היו שם כמה יהודים ויש להם נשים ונשאלתי אם יש מקום להתירן מכבלי העיגון. והנה בהשאלה הי' כתוב הכל בארוכה באר הטיב בהגב"ע:

אך שנאבד ממני הגב"ע וע"כ כתבתי זה בקצרה:

תשובה בעז"ה הנה כת"ר כתבו דיש מקום להקל בזה עפ"י מה ששמעו בשמי אשר יש מקום להתיר ולסמוך על תרי רובא אף בחשש איסור א"א ואף דהחמירו במים שאין להם סוף מ"מ היכא דיש עוד רובא להיתירא בזה לא החמירו חז"ל וביקשו ממני לבאר זה בארוכה:

ענף א

א

והנני להעתיק בקצרה למה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח והארכתי שם לדון דהיכא דהוי תרי רובא דבזה יש להקל אף לכתחילה גם בחומר איסור א"א. אף דהחמירו בזה במשאל"ס והוכחתי כן מהא דיבמות דף קכ"א דאמרו שם מחילה של דגים לא שכיחא וע"כ הטעם הוא משום דאף דחששו למיעוטא במשאל"ס עכ"ז במקום דהוי תרי רובא לא החמירו וביארתי שם בספרי דיש שם תרי רובא וכמו שהארכתי שם בזה בענף י' והא דאמרו ביבמות דף קכ"א דמסיק הגמ' ל"ש צורבא מדרבנן כו' אע"ג דאי סליק קלא איתי לי' וכמש"כ התוס' שם מ"מ חיישינן א"כ מוכח מזה דאף בתרי רובא החמירו שא"ה דהא התם לא נולדו הנך תרי רובא ביחד דהא גבי צורבא מרבנן אף דהוי רובא דאם איתא דסליק קלא איתי לי' זה אינו מוכיח לנו שמת רק על זמן רב אחר שנטבע דבתוך זמן מועט אינו מוכיח לנו כלל די"ל שמא יצא בתוך שיעור שתצא נפשו. והא דליכא קלא היינו משום דלא הי' לנו פנאי כ"כ בזמן הקצר הזה לדעת ע"פ הקול איה מקומו והנה ביו"ד סי' ק"י אמרינן דאם ספק הראשון נודע לנו מתחילה ואח"ז נולד ספק

ב' לא מצרפינן לי' לדון משום דבעת דנודע לנו הספק ראשון ולא הי' אז רק הספק הזה היינו מחמירין והי' דינו אז דאסור:

ואף דז"א רק מספק עכ"ז הוי כמו דנפסק הדין. לכן לא מצי להצטרף ספק א' לספק ב'. וה"ה י"ל בתרי רובא דאם אינם באים לברר בבת אחת רק בזה אחר זה כמו בהך דרוב נטבעים אינן נמלטין דזה מברר מיד שמת ורוב השני דאם איתא דסליק קלא אית לי' אינו מברר רק בתר זמן רב וכיון דבעת שנולד לנו הספק מיד אחר שיעור שתצא נפשו לא הי' מועיל לנו הרוב לברר שמת והוי כנפסק הדין דאותו הרוב נטבעים אינן נמלטים לא מהני ולכן אף דאח"כ הוי עוד רוב לפנינו עכ"ז לא מצינן לצרפו משום דהוי כמו דנפסק דינו דאותו רוב א' נתבטל כבר ואף דבדיעבד אם ניסת לא תצא עכ"ז כיון דלכתחילה אסורה הוי כמו דנפסק דינו וכעין זה מצינו בגיטין דף ב' ע"ב גבי הא דאי' התם אבל הכא דאתחזיק איסורא הוי דבר שבערוה כו' ואף לר"מ דחייש למיעוטא כו' וקשה לפי שיטת הסוברים דבדבר שבערוה היכא דלא איתחזיק איסורא מהימן ע"א ודוקא באיתחזיק איסורא לא מהימן ע"א א"כ מאי מקשה הגמ' לר"מ דחייש למיעוטא והוכרח לתרץ דסתם ספרי דדיינא גמירי הא בלא"ה אין קושיא כלל משום דהא לר"מ דחייש למיעוטא אינו רק מדרבנן דמה"ת רוב עדיף מחזקה א"כ אף לר"מ דחייש למיעוטא עכ"ז אינו רק ספק השקול עכ"פ משום דנגד החזקה יש לנו רוב המנגדו והוי כמו דלא איתחזיק איסורא ובערוה היכא דלא איתחזיק איסורא הא מהימן ע"א כנ"ל ובע"כ מוכח דכיון דתקנו חז"ל לחוש למיעוטא הוי כמו דלא הי' כאן לפנינו מעולם שום רוב רק פלגא ופלגא וממילא נשארה חזקת איסור דא"א דהא ליכא לפנינו שום דבר המנגדה. משום דהא נתבטל הרוב מחמת גזירת חז"ל דחשו למיעוטא ומקשה הש"ס שפיר לפ"ז דהא אין אחד מהימן בדבר שבערוה היכא דאיתחזיק איסורא:

ב

ולפ"ז שפיר יש לדון היכא שרוב אחד נולד לפנינו מקודם דלא מצו להצטרף לרוב ב' שבא לאח"ז משום דמתחילה בעת שנולד הספק קודם שבא הרוב הב' הוי כנפסק הדין אז דאסורה ונתבטל אז הרוב הנ"ל ונשארה חזקת איסור א"א בתקפה. ולכן בעת שבא הרוב הב' הוי כרוב אחד דלא מהני מצד גזירת חז"ל נגד חזקת א"א הנשארת לנו כנ"ל משא"כ היכא שבעת שנולד הספק להאשה הי' מיד לפנינו תרי רובא ביחד לברר דמת דבכה"ג סמכינן להיתירא אף במקום חשש איסור א"א דבכה"ג לא חשו חז"ל לחוש למיעוטא וכמו שהארכתי בספרי שם וגם יש לחלק דשאני בהך רובא דצורבא מרבנן דאם איתא דסליק קלא אית לי' דאף דיש שם גם הרוב דנטבעים אינן נמלטים. מ"מ הא

הנך תרי רובא מבררים רק על ענין א' דנטבע ולא ניצול מהמים משא"כ היכא דכל רוב מברר על ענין אחר. וכמו בנ"ד דרוב א' מברר דנשרף ורוב ב' מברר דנטבע ולא ניצול מהמים דבכה"ג סמכינן על הנך תרי רובא ולהיתירא. וכעין דאמרו גבי ס"ס דמשם א' לא הוי ס"ס והיכא דהוי על שני ענינים אז דיינינן ס"ס אך אין אנו צריכים לזה דבל"ז הא העליתי בספרי שם לחלק בין הך דצורבא מרבנן כו' דשא"ה דאינן באים כאחת הנך תרי רובא כמש"כ לעיל:

ג

וכעת ראיתי בשער המלך ה' יו"ט פ"א ה' כ' שכתב על מה שכתב הרע"ב בריש פ"א דמאי הקלין שבדמאי כו' פטורים לפי שיש בהו תרי ספיקי כו' וכ"כ הר"מ שם בפי' המשניות ומוכח דס"ל דסמכינן על ס"ס בדמאי:

ואף דהחמירו חז"ל לחוש למיעוטא גבי דמאי ולא סמכינן על רוב ע"ה מעשרין דמוכח מזה דכי החמירו חז"ל בחד רובא אבל בתרי רובא לא החמירו וכדאמרינן גבי יוחסין בספ"ק דכתובות עכ"ל השער המלך והנה עיקר ראיתו מהך דספ"ק דכתובות גבי יוחסין אין זה ראי' מוכרחת דשא"ה דגזרו רוב סיעה אטו רוב העיר גבי יוחסין עכ"פ חזינן דמוכח מן הקלין שבדמאי הנ"ל דאף דהחמירו חז"ל לחוש למיעוטא גבי דמאי דמ"מ היכא דיש תרי רובא לא החמירו וכמש"כ השער המלך ביאור דברי הראשונים הללו וה"ה י"ל כן במה דמצינו דהחמירו חז"ל במקום חומר א"א לחוש למיעוטא:

דמ"מ בתרי רובא אין לנו להחמיר כ"ז דלא מצינו כן בפירוש והבו דלא לוסיף עלה ובפרט לפי מה שכתבתי בספרי להוכיח דסמכינן על תרי רובא להיתירא אף במקום חשש א"א וכן יש להעיר בהך דהקלין שבדמאי הנ"ל לפי המבואר בירושלמי דמאי פ"א ה' א' דלכן פטורין לפי שרוב מינין הללו באין מן ההפקר ואף דהחמירו חז"ל לחוש למיעוט גבי דמאי מ"מ היכא דיש תרי רובא שאני ובאמת צ"ע דלמה להר"מ והרע"ב שם לומר דמשום תרי ספיקי הקילו הא בל"ז יש לנו רובא הזה וכן ראיתי בגליון הש"ס בירושלמי שם שהעיר בזה ולא הביא לדברי השער המלך הזה. שהביא לדברי הכ"מ פ' י"א דמעשר שכתב דלא מהני ספק ספיקא בדמאי כמו דחזינן דחשו למיעוטא ולא סמכו על רוב ע"ה מעשרין והעלה לחלק דתרי רובא שאני כנ"ל:

ד

אכן מצינו בירושלמי בדמאי פ' ד' ה' א' דאמרו על משנה דהלוקח פירות ממי שאינו נאמן על המעשרות ושכח לעשרן שואלו בשבת ואוכל על פיו חשיכה מוצאי שבת לא יאכל עד שיעשר ואמרו בירושלמי שם משום אימת שבת עליו ומקשו ואם אימת שבת עליו מפני מה חשיכה מוצאי שבת לא יאכל עד שיעשר ומתרצו מפני אחר שאין אימת

שבת עליו ופירש הפני משה שם דבשבת עצמו לא גזרו והלכו בהם אחר הרוב שיש להם אימת שבת רק במוצאי שבת חשו למיעוט דאין עליהם אימת שבת. ועיין בכתובות דף נ"ה ע"ב בתוס' ד"ה ובתרומת מעשר כו' וקצרתי. הרי להדיא דס"ל להירושלמי דכיון דגזרו חז"ל בדמאי דלא ניזול בתר רובא דה"ה תרי רובא ג"כ לא מהני:

דהא התם הוי שני רובא רוב א' דרוב ע"ה מעשרין הן. רוב ב' דרוב ע"ה יש עליהם אימת שבת ואפ"ה אמרו דכיון דגזרו חז"ל דלא למיזל בתר חד רובא דממילא ה"ה גם תרי רובא לא מהני. א"כ לכאורה מוכח דלא נחלק בין חד רובא לתרי רובא ודלא כמש"כ אמנם לפי מה שכתבתי לחלק בין היכא דנולדו השני ספיקות ביחד או לא כו' כנ"ל לפ"ז שפיר יש לחלק דאין סתירה כלל מירושלמי הזה לכל מה שכתבתי וכן מש"כ השער המלך והוא דהא התם גבי הלוקח פירות ממי שאינו נאמן על המעשרות דמיד שקנה הפירות בע"ש נולד אז ספק שמא עישרן או לא ואז לא הוי רק חד רובא וכיון דגזרו חז"ל דחד רובא לא מהני בדמאי ע"כ הוי כמו דליתנהו בעולם כלל הך רובא ולכן אף כשבא שבת ויש אז עוד רוב דרוב ע"ה יש עליהם אימת שבת דלא מהני הך רוב להצטרף כיון דלא נולדו שני הרוב להדדי אצל הקונה אבל בהא דהקלין שבדמאי דבעת שקנאן הקונה חל אז הנך שני רובא בהדדי אצל הקונה דעישרן המוכר או באו מהפקר ע"כ שפיר יש לחלק בין חד רוב לתרי רובא ואינו קשה מהירושלמי הנ"ל על השער המלך ועל כל מש"כ:

ה

ולכאורה יש להעיר לפי מה דאמרו בירושלמי דמאי פ' א' ריש ה' א' הקלין שבדמאי דאמר ר' יוחנן דאף וודאי פטורין לפי שרוב מינין הללו באין מן ההפקר כמבואר שם וכן פסק הרמב"ם פ' י"ג ה' מעשר ה' א' וסותר את פירושו בפי' המשנה. הרי דמבואר דאף חד רובא מהני במעשר ואף דמצינו דחז"ל גזרו דלא לסמוך על הך דרוב ע"ה מעשרין הן וע"כ מוכח דאין זה כלל גמור בכל דוכתי רק היכא דמצינו דגזרו חז"ל בפירוש ומזה נראה דלא כמש"כ הכ"מ פ' י"א ה' מעשר כו' שהובא לעיל אמנם לפמש"כ השער המלך שם לחלק עוד דדוקא בפירות שהן מחוייבין ודאי במעשר אלא דנפל ספק אם עישרום או לא בהא הוא דחששו למיעוטא כיון שהם מחוייבים וודאי במעשר ואהוא דכתב מרן הכ"מ דכיון דחששו למיעוטא בפירות שהן מחוייבים וודאי במעשר ה"נ חששו לס"ס משא"כ בההיא דהקלין שבדמאי דהספק הוא אעיקרא דמילתא אם חל עלייהו חיוב מעשר או לא כו' בהא אזלו חכמים להקל כו' עכ"ל. ועיין בבכורות דף כ' בתוס' ד"ה ואיבעית אימא כו' בסה"ד וקצרתי לפ"ז יש לחלק דשאני בהך דהקלין שבדמאי דסמכו אף על חד רובא. להיתירא לפי דהתם הרוב מברר דלא היה מעולם עליהם חזקת חיוב

כלל וכנ"ל וקצרתי לפי שאין זה שייך לענינינו כ"כ ועכ"פ נתבאר דמצינו דחילקו חז"ל בין חד רובא לתרי רובא וכמש"כ השער המלך:

ענף ב

1

ועוד כתבתי בספרי באר יצחק בסי' י"ח ענף חית דיש לדון דדוקא במה שמצינו דגזרו חז"ל בפירוש שלא לסמוך על הרוב בזה מחמירינן לחוש למיעוטא אבל היכא דלא מצינו כן בפירוש אין לנו להחמיר מדעתינו לחוש למיעוטא אלא סמכינן על הרוב ולהיתירא כי מוקמינן על דבר תורה דסמכינן על רובא אף במקום ערוה היינו ברוב גמור והמיעוט הוא מיעוט שאינו מצוי דלא שייך בזה לדון סמוך מיעוטא לחזקה כו']. וכעת ראיתי להוכיח כן מן הא דגיטין ד' כ"ט ע"א בתוס' ד"ה אבל בב"ד של ישראל בימי קדם דכתבו דאע"ג דאמר בסנהדרין כו'. מצאו לו זכות הי' מניף בסודרין מ"מ לא שכיח עכ"ל התוס' וכ"כ רש"י שם בד"ה תו לא חזי זכותא וכן פסק הרמב"ם בפ' ו' ה' גירושין והובא באה"ע סי' קמ"א בב"ש ס"ק ק"ט דפסק כלישנא בתרא דרב יוסף בגיטין שם ומה שכתב החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק ס"ו דרק לענין גט ותרומה אמרו לחלק כן אבל להשיא את אשתו אין מתירין דחה זה הב"ש שם ס"ק ק"ח והבאר הטיב בסי' י"ז ס"ק קי"ג ע"ש ולכאורה קשה דמפני מה סמכן להתיר את אשתו ביוצא ליהרג בדיני ישראל בזמן הקדם ולא חשו שמא מצאו לו איזה זכות דאף דזהו לא שכיח מ"מ הא חזינן דאף במידי דהוי מילתא דלא שכיחא ג"כ חשו במקום חומר א"א כמו במים שאין להם סוף וכהנה אך לפמש"כ התוס' ביבמות ד' ל"ו ד"ה הא לא שהא כו' דבמשאל"ס הוי מיעוט המצוי. ע"כ י"ל דדוקא במקום מיעוט המצוי בזה החמירו חז"ל במקום חומר א"א אבל בהך דיוצא ליהרג דהחשש שמא מצאו לו זכות זה הוי מידי דלא שכיח כלל והוי מיעוט דמיעוטא ע"כ לא החמירו חז"ל בזה גם י"ל דזה הוי כמו טענת טעיתי דהוי טענה גרוע כמבואר בכ"ד ע"כ מקרי זה דיהי' בטעות מה שאמרו דזה הוי ג"כ מידי דלא שכיח כלל מה"ט אבל לפמש"כ התוס' בבכורות ד' כ' ע"ב דבמשאל"ס הוי מיעוט שאינו מצוי וכן הוא שיטת התוספות בקידושין ד' נ' ע"ש וכ"כ המרדכי סוף יבמות ע"ש בספרי באר יצחק סי' י"ח ענף י' א"כ כיון דמצינן דאף במקום מיעוט שאינו מצוי מצינו דהחמירו חז"ל במקום ערוה א"כ תקשה דאמאי ס"ל להך לישנא בתרא דרב יוסף בגיטין שם דביוצא ליהרג בב"ד של ישראל בימי קדם מתירין אשתו וכתבו התוס' הטעם דלא חיישינן שמא מצאו לו זכות משום דזה לא שכיח הא הוה לן למיחש אף למיעוט דמיעוטא שמא מצאו לו זכות:

ז

וע"כ מוכח מזה כמו שכתבתי בספרי שם דלאו בכל מקום אמרינן דהחמירו חז"ל לחוש למיעוטא אלא דוקא היכא דמצינו בפירוש דהחמירו חז"ל בזה מחמירינן אבל אין למדין מזה על מקום אחר וע"כ שפיר יש לנו לדון היכא דיש לנו איזה רוב מה דלא מצינו בש"ס דהחמירו חז"ל בזה אין לנו להחמיר מדעתינו אף במקום חשש א"א אך באופן שיהי' המיעוט בגדר מיעוט שאינו מצוי וממילא היכי דיש לנו תרי רובי דאז הוי המיעוט בגדר מיעוט שאינו מצוי אין לנו להחמיר מדעתינו אך לעיל כתבתי מטעם תרי רובא. וכעת עיקר הטעם הוא כיון דהוי מיעוט דמיעוטא אין לנו להחמיר מדעתינו ולשיטת הרי"ף וש"פ דס"ל דאין חילוק בין יוצא ליהרג בב"ד של ישראל בימי קדם כו' ובכולהו מחמירין כמבואר בסי' י"ז סעי' ל"ו בח"מ וב"ש שם וכמוש"כ הב"ש סי' קמ"א טעמם דס"ל דכיון דמצינו במשנה גיטין ד' כ"ח דאף בזה חשו למיעוט א"כ הי' תקנת חז"ל בזה ג"כ לחוש למיעוט וכמו דמצינו במשאל"ס. אבל במה דלא מצינו בפירוש כן אין לנו להחמיר מדעתינו וכמו שכתבתי בספרי שם והנה מהא דמצינו ביבמות ד' ק"כ וב"מ ד' כ"ז דבכיס וארנקי דלא שכיח לאשאולי סמכינן להיתירא אינו ראי' למש"כ משום די"ל דשא"ה כיון דהוה דבר המפורש בתורה דחמור ועדי אוכף מחזירין משום דלא שכיח לשאול על כן לא החמירו חז"ל בזה וכמוש"כ הט"ז כעין זה ביו"ד סי' קי"ז ובאו"ח סי' תקפ"ח ס"ק ה' ובפ"י לב"מ שם וכן במה דסמכינן על סימנים אם הוי מה"ת הכל הוא מה"ט וגם יש לחלק דשאני התם דנמצא מת לפנינו וקצרתי אבל מה דהוכחתי מן לישנא בתרא דרב יוסף בגיטין ד' כ"ט הנ"ל וכמו שפסק הרמב"ם אף דזה לא כתוב בפירוש בתורה וגם הא לא נמצא שום מת לפנינו ועכ"ז סמכו להקל מזה שפיר מוכח כמו שכתבתי דלאו בכל גוני החמירו חז"ל אלא היכא דאמרו אמרו ואין למדין ממנו על מקום אחר:

ח

ולפ"ז יש לחלק בפשיטות מטעם אחר דלכן החמירו חז"ל בהך דצורבא מרבנן ביבמות ד' קכ"א אף דיש שם תרי רובא וכמש"כ התוס' שם ד"ה ולא היא כו'. ושא"ה די"ל דס"ל להש"ס דכיון דסתמו ואמרו דמשאל"ס אשתו אסורה דמשמע דאף בצורבא דרבנן ג"כ הדין כן הרי דלא חילקו חז"ל בזה דהחמירו בזה אף דהוי שם מיעוט דמיעוטא א"כ שאני התם דחזינן דהחמירו בפירוש בזה. ולכן לפ"ז אין אנו צריכים לחלק בין היכא דנודע רוב אחד מקודם להיכא דנודעו שני הרוב ביחד דבלא"ה אתי שפיר:

ט

והנה בספרי באר יצחק סי' י"ח ענף יו"ד כתבתי לבאר דברי התוס' ביבמות דף קכ"א בד"ה ולא היא כו' שכתבו דאע"ג דרובייהו צורבא מרבנן אי סליק קלא אית לי' מ"מ לא חיישינן לאותו רוב ולא תנשא כמו גבי גוססין דאין מעידין עליהם אף על פי שרובם מתים עכ"ל והקשיתי דלמה להתוס' להביא ממרחק מגוססין ומדוע לא הוכיחו מהא דמשאל"ס דחיישי למיעוט וכתבתי לתרץ זה שם. וכעת ראיתי דיש לפרש כוונת התוס' כן משום דהי' קשה להתוס' דאמאי מחמרינן לחוש גם בצורבא מרבנן בחומרא דמשאל"ס הא יש בזה תרי רובא והיכא דהוי תרי רובא מקרי המיעוט בשם מיעוט שאינו מצוי דהא חזינן ברוב וחזקה אמרו ביבמות דף קי"ט דמקרי המיעוט בשם מיעוט דמיעוטא א"כ כש"כ רוב דעדיף מחזקה ודאי דמקרי המיעוט מחמת תרי רובא בשם מיעוט דמיעוטא א"כ מנ"ל להחמיר גם בזה וכעת י"ל דהתוס' לא רצו לחלק דשאני היכא דנודע רוב אחד מקודם ודלא כמש"כ לעיל לחלק בזה] והא דמים שאל"ס דהחמירו י"ל דזה הוי מיעוט המצוי וכמו שכתבו התוס' ביבמות דף ל"ו והמרדכי סוף יבמות בתירוץ הראשון שם ובע"ג דף מ' תוס' ד"ה כל וכו' דמים שאל"ס הוי מיעוט המצוי א"כ לא מצינו רק במיעוט המצוי דהחמירו חז"ל אבל מנ"ל להחמיר גם בהנך תרי רובא דצורבא מדרבנן הא הוי מיעוט דמיעוטא וע"כ הוכרחו התוס' להוכיח מהך דגוססין דאין מעידין עליו ושיטת התוס' דזהו משנה דתנן אין מעידין על הגוסס כמו שכתבו התוס' ביבמות דף ק"כ ע"ב ד"ה למימרא דמגוייד חיי כו':

י

ונקדים למש"כ השו"ך ביו"ד סי' נ"ז ס"ק מ"ח בשם המהרש"ל דהא דטריפה אינה חי' זהו רובא דרובא אבל מיעוטא דמיעוטא חי' אע"ג דטריפה היא כו' ע"ש ויש להביא ראי' לדבריו מהא דסנהדרין דף ע"ח דאמרו שם בגוסס בידי אדם מר מדמי לי' לטריפה כו' ומאן דמדמי לי' לגוסס בידי שמים מ"ט לא מדמי לי' לטריפה כו'. הא בגוסס מצינו דאמרו רוב גוססין למיתה כמבואר בגיטין דף כ"ח ובשבועות דף ל"ג ובקדושין דף ע"א ע"ב א"כ אי נימא כשיטת החולקין על היש"ש דס"ל דאין שום טריפה חי' כלל א"כ לפ"ז תקשה איך מדמין גוסס לטריפה הא יש לחלק דשאני טריפה דליכא גם מיעוטא משא"כ בגוסס דיש עכ"פ מיעוט ומוכח מזה דגם בטריפה יש מיעוט חי':

וע"כ דמי שפיר גוסס לטריפה ואפשר לומר דס"ל דכיון דליכא רק מיעוטא דמיעוטא גם בגוססין כפי שיבואר ע"כ דימו זה שפיר לטריפה אף דהתם ליכא מיעוט כלל אך בשיטת התוס' י"ל דלא ס"ל כן ולפ"ז יהי' מהך דסנהדרין הנ"ל סייעתא לשיטת היש"ש אכן אין אנו צריכין לזה דבלא זה יש הוכחות אחריני להיש"ש וכמבואר שם:

יא

ועיקר כוונתינו הוא להוכיח דגם בגוסס דאמרו רוב גוססין למיתה דזה הוי רוב אלים והמיעוט הוא בשם מיעוט דמיעוטא וס"ל להתוס' ביבמות דף קכ"א הנ"ל כן דלא כמש"כ התוס' ביבמות דף ל"ו ובעו"ג דף מ' הנ"ל דכתבו שם דגם בגוסס הוי מיעוט המצוי אלא ס"ל כאן דבגוסס הוי מיעוט חיים בשם מיעוט דמיעוטא וי"ל דהוכיחו כן ממאי דאמרו בסנהדרין הנ' בגוסס בידי אדם מר מדמי לי' לטריפה ומר מדמי לי' לגוסס בידי שמים מאן דמדמי' לטריפה מ"ט לא מדמי' לגוסס בידי"ש כו' ומאן דמדמי לגוסס בידי"ש מ"ט לא מדמי' לטריפה כו' מזה הוכיחו התוס' ביבמות ד' קכ"א הנ"ל דגם בגוסס הוי המיעוט חיים בשם מיעוט דמיעוטא כמו בטריפה דמיעוט דמיעוטא חיים כמש"כ הישׁ"ש דאי נימא דבגוסס הוי מיעוט המצוי דחיין כמש"כ התוס' ביבמות ד' ל"ו א"כ תקשה במאי דאמרו בגוסס בידי אדם מר מדמי לטריפה הא יש לחלק בפשיטות דשאני גוסס דהוי מיעוט המצוי דחיין משא"כ טריפה דלא הוי רק מיעוט דמיעוטא דחיי ומוכח מהגמ' הנ"ל דגם בגוסס בידי אדם הוי המיעוט חיים בשם מיעוט דמיעוטא:

יב

וכן מוכח משם דגם בגוסס בידי"ש המיעוט חיים הוי בגדר מיעוט דמיעוטא מהא דאמרו שם מאן דמדמי לי' לטריפה מ"ט לא מדמי לגוסס בידי"ש כו' הא יש לחלק בפשיטות דמשום הכי לא מדמי לגוסס בידי"ש דהא כבר נתבאר להוכיח דגוסס בידי אדם הוי המיעוט חיים בגדר מיעוט דמיעוטא וא"כ לא מצי לדמות גוסס בידי אדם לגוסס בידי"ש דהא בגוסס בידי"ש הוי המיעוט חיים מיעוט המצוי משא"כ בגוסס בידי אדם דהוי בגדר מיעוט דמיעוטא כנ"ל ולכן דימה זה לטריפה דשם ג"כ הוי המיעוט מיעוט שאינו מצוי ומאי מקשה הגמ' וע"כ מוכח מזה דגם בגוסס בידי"ש הוי המיעוט חיים בשם מיעוט דמיעוטא וע"כ מקשה שפיר מ"ט לא מדמי גוסס בידי אדם לגוסס בידי"ש לפי דבזה שווין הן להדדי דבכל מיני גוסס הן בידי אדם והן בידי"ש הוי המיעוט חיים מיעוט דמיעוטא וכמו בטריפה. מזה הוכיחו התוס' ביבמות ד' קכ"א דגוסס דאמרו רוב גוססין למיתה דהמיעוט חיים הוי מיעוט שאינו מצוי וכמו בהך דטריפה אינו חי' והא דסנהדרין ד' ע"ח רבא קאמר שם להך דמר מדמי לטריפה וכו' ועיין בתוס' שם ד"ה ההורג את הטריפה כו' שכתבו בסה"ד דהתם בתמורה גרסינן רבה אבל רבא אית לי' טריפה אינה חי' וכמבואר בבכורות ד' ג' וכ"כ התוס' בנדה ד' כ"ג וקצרתי]. ועיין ביבמות ד' ק"כ בתוס' ד"ה למימרא דמגוייד חיי כו' וי"ל בגוסס שהוא מגוייד כיון שהוא גוסס בידי"א לא חיי כו' ועוד אומר ר"י כו' וקצרתי והפמ"ג ביו"ד סי' למ"ד ס"ק ה' כתב דהתוס' בחולין ד' י"א ד"ה אתיא מן פרה מצי ס"ל כשיטת הישׁ"ש דמיעוט טריפות חיים רק דהוי מיעוט דמיעוטא וכמש"כ:

יג

ולשיטת התוס' ביבמות ד' ל"ו דס"ל דגוסס הוי מיעוט המצוי דחיי אינו קשה עליהם מהך דסנהדרין ד' ע"ח הנ"ל די"ל דס"ל דכיון דאזלינן. מה"ת בתר רוב. ע"כ אין סברא לחלק בין גוסס לטריפה במה שבגוסס הוי מיעוט המצוי ובטריפה הוי מיעוט שאינו מצוי דהא מה"ת בכולהו רובא הוי המיעוט כמו דליתנהו:

אכן בשיטת התוס' דיבמות ד' קכ"א הנ"ל שפיר י"ל דס"ל להוכיח כן משום דאי נימא כן א"כ הא עכ"פ אין זה דומה לטריפה ואיך אמרו בפשיטות דמדמי לטריפה וכו' ולכן שפיר י"ל כמש"כ בכוונתם וגם ידעתי מה דיש מקום לומר דלפי מה דאמרו שם במסקנא דטריפה מחתכי סימנים הא לא מחתכי סימנים דלפ"ז י"ל דמה"ט הוי בטריפה המיעוט חיים בשם מיעוט דמיעוטא משא"כ גוסס דלא מחתכי ע"כ הוי המיעוט מיעוט המצוי אבל באמת זהו דוחק ע"כ שפיר י"ל כן בכוונת התוס' ובקצרה הוא כן דעיקר כוונת התוס' ביבמות ד' קכ"א הנ"ל לאחר שכתבו דבצורבא מרבנן הוי רוב דאם איתא דסליק קלא אית לי' א"כ יש בזה שני רובא ואפ"ה אסרו חז"ל דחשו למיעוטא אף דבזה הוי מיעוטא דמיעוטא א"כ לא הוי מצי לאוכוחי כן מהך דמשאל"ס לפי די"ל דבזה הוי מיעוט המצוי ע"כ הוכרחו להוכיח כן דמצינו כה"ג בהא דאין מעידין על הגוסס אף דנתבאר דהי' להם הוכחה מסנהדרין ד' ע"ח דרוב גוססין הוי רוב אלים:

והמיעוט חיים הוי מעוט דמיעוטא ואפ"ה חזינן דחשו חז"ל בזה דלפעמים מצינו דחשו חז"ל אף למיעוט שאינו מצוי לכן שפיר כתבו התוס' לראי' מהך דגוסס כו':

ענף ג

יד

נחזור לענינינו דנתבאר דמוכח מהך דגיטין דף כ"ט הנ"ל דמבואר שם דלאו בכל רובא החמירו חז"ל בחשש א"א רק היכא דמצינו דהחמירו בפירוש שאני כמו בהך דגוססין לפ"מ שנתבאר לעיל בכוונת התוס' דיבמות דף קכ"א הנ"ל וכן במה דקיי"ל דל"ש אינש דעלמא ול"ש צורבא מרבנן דהחמירו במשאל"ס בזה אף דהוי מיעוט דמיעוטא:

ולא נחלק דשאני בנודעו שני הרובי ביחד כו' וכמש"כ לעיל. אלא הטעם התם די"ל דס"ל להש"ס דכיון דאמרו סתמא משאל"ס אסורה משמע דגם בצורבא מרבנן הדין כן ולפ"ז יש מקום לומר היכא דיש שני רובי אף דנודע הרוב הא' מקודם שנודע הרוב השני דג"כ יש להקל כיון דהוי רוב דלא הוזכר בש"ס דהחמירו בו ודלא כמו שכתבתי לעיל לחלק דבעינן דווקא נודעו שני הרובי ביחד וכעין זה יש להוכיח מן הא דאה"ע סי' י"ז סל"ב דמהארכובה ולמעלה משיאין אשתו לאחר י"ב חודש דטריפה אינה חיה וכמבואר ביבמות דף ק"כ ע"ב ובתו' סד"ה למימרא דמגויד חיי כו' ולשיטת הש"ש דהובא בש"ך

יו"ד סי' נ"ז ס"ק מ"ח דהא דטריפה אינה חי' יב"ח ז"ה משום רובא דרובא אבל מיעוט דמיעוטא חיי וכמו שכתבתי לעיל בשמו והנה שיטת התוס' בבכורות דף כ' ד"ה חלב פוטר כו' דבמשאל"ס הוי מיעוט שאינו מצוי ואפ"ה חששו חז"ל להחמיר מדרבנן משום חשש א"א:

ואילו הכא אמרו להקל דמן הארכובה ולמעלה תנשא משום הסברא דטריפה אינה חי' יב"ח ולא חששו למיעוט שאינו מצוי ולא העירו שום אחד מהפוסקים להחמיר בזה לשיטת הי"ש ומשמע שם דאף בלא שהו עליו שיעור שתצא נפשו דג"כ סמכו להיתירא ע"ז הסברא לבד ולא החמירו חז"ל בזה לחוש למיעוטא ומוכח מזה דלאו בכל דוכתא החמירו בזה. וע"כ אין לנו להחמיר מדעתינו כ"ז דלא מצינו בפירוש דהחמירו חז"ל בזה ואחת משתי אלה מוכח מהנ"ל שנתבאר בע"ה. דלפי שיטת התוס' ביבמות דף ל"ו ועו"ג דף מ' דמים שאל"ס הוי מיעוט המצוי. א"כ י"ל בכל הנך דהוי מיעוט שאינו מצוי ולכן לא החמירו בזה חז"ל או דמוכח מהנך ראיות דלאו בכל רובא החמירו חז"ל רק היכא דמצינו בפירוש שאני א"כ היכא דיש לנו תרי רובי דבזה הוי המיעוט כמו מיעוט דמיעוטא. וכיון דלא מצינו רוב כזה בש"ס שהחמירו חז"ל בזה כה"ג הדין נותן שלא להחמיר מדעתינו ומוקמינן על ד"ת:

טו

ומכבר אמרתי בזה והוא דהנה שיטת הרמב"ם בפ' י"ג הלכות גירושין ה' ט"ז בזה"ל במי שנטבע והעלו ממנו אבר שא"א שינטל מן החי ויחי' ה"ז מעידין עליו שמת וכן כתב הטור שם והשמיט הרמב"ם והטור מה שיבואר בירושלמי על מתניתין דמן ארכובה ולמעלה דמשיאין אשתו דנותנין לו שהות כדי טריפה היינו י"ב חודש וכמו דפסק המחבר בסי' ל"ב אלמא דס"ל להרמב"ם והטור דהא דתנן מן הארכובה ולמעלה משיאין אשתו דמיד מתירין אותה. וכמש"כ הי"ש ביבמות פ' האשה בתרא סי' ז' בזה"ל דהא מן הארכובה ולמעלה תנשא אשתו דשיערו חכמים שימות מהר ובפרט ע"י מים דמרזו מכה דסברא זו אי' ביבמות דף ק"כ ושא"ד. והב"ש שם ס"ק צ"ז כתב דקים לחז"ל דטריפות דמן הארכובה ולמעלה א"א שיחי' האדם יב"ח:

א"כ משמע מדבריו דדוקא בטריפות דמן הארכובה ולמעלה וכמש"כ התוס' בכורות דף ג' והובא בספרי באר יצחק סי' י"ח אבל ברמב"ם והטור לא הוזכר לשון דמן הארכובה רק כתבו סתמא דאם ניטל ממנו אבר שא"א שינטל מן החי ויחיה משמע דבכל מידי דמיטרף בי' האדם דבזה אם נטבע מתירין מיד ולא בעי יב"ח משום דמיא מרזו מכה היינו להמכה דמיטרף בי' ושיערו חז"ל שימות מהר:

טז

ובאמת צריך ביאור במה דפסק הרמב"ם והטור ושארי פוסקים דלא כהירושלמי דכתב דלא תנשא עד יב"ח וכמש"כ הישׁ"ש נלע"ד לומר דהישׁ"ש לשיטתו כאשר אבאר ע"כ מוכרח דהא דהתירו דמן הארכובה ולמעלה דאין זה בגדר טריפה רק משום מיתה והרשב"א והרמב"ן דהובא שם בב"י דפסקו כהירושלמי דמשום טריפה אתו עלה ואין מתירין עד יב"ח וג"כ אזלו לטעמייהו דהנה בשׁ"ך יו"ד סי' נ"ז ס"ק מ"ח הביא שיטת הרשב"א דכתב דא"א לשום טריפה לחיות יותר מי"ב חודש בשום אופן רק עפ"י נס וגם הביא השיטות הישׁ"ש דהא דטריפה אינה חיה היינו רק עפ"י רוב אבל מיעוטא דמיעוטא חי' והפר"ח שם הקשה על הישׁ"ש מן תוס' חולין דף י"א ד"ה אתיא כו' וכן הכרו"פ שם העיר בזה. אך הפרמ"ג שם ובסי' למ"ד כתב דרק מיעוט דמיעוטא חיין ולא הוי מיעוט המצוי ומן הכרו"פ והפר"ח משמע דלא ס"ל כן בכוונת הישׁ"ש ולפי מש"כ בספרי באר יצחק, סי' י"ח להוכיח מהא דאמרו ביבמות דף קכ"א דל"ש צורבא מדרבנן ואינש דעלמא דאין מתירין משום דאף על תרי רובא אין מתירין היכא דלא נודעו בבת אחת וכמו שהארכתי שם. א"כ לפ"ז תקשה אמאי סמכו להקל במן הארכובה ולמעלה הא אין זה בירור גמור כי אם מצד רוב דרוב טריפות אינן חיין יב"ח ואף דשהו עליו עד שתצא נפשו עכ"ז הא רוב א' כבר נדחה בעת ששהו עליו עד שת"נ ופסקו חז"ל דלא לסמוך ע"ז א"כ אף דנולד לאחר יב"ח עוד רוב עכ"ז הא לא סמכינן בזה ג"כ משום חומרא דא"א לפי מה דקיי"ל דלא כרב אשי שם וכש"כ היכא דלא שהו עליו עד שת"נ דלא הוי רק חד רובא ודאי לא מהני משום חומרא דא"א ואף לפי מה דמשמע מהש"ך ביו"ד שם וכפי שכתב הפרמ"ג בכוונת הישׁ"ש דלא הוי רק מיעוט דמיעוטא חיים:

מ"מ הא החמירו באיסור א"א אף במיעוט שאינו מצוי ומזה הוכיח הרמב"ם והטור וכפי שכתב הישׁ"ש בכוונתם דאף בתוך י"ב חודש מקילינן בזה משום דמיא מרזו מכה ולא מקרי זה בגדר טריפה רק בשם מיתה דשיערו חכמים דבשיעור שת"נ ימות מיד והא דירושלמי דאתו עלה משום טריפה ולא מתירין רק לאחר יב"ח זהו משום דהירושלמי ס"ל כשיטת רב אשי דביבמות דף קכ"א דבתרי רובא מתירין אף שלא נודעו בב"א ע"כ אין לנו הכרח להוכיח לסברת הישׁ"ש דמיא מרזו מכה והוי בגדר מיתה כנ"ל משום די"ל דרק משום טריפה אתו עלה ובאמת אין להתיר רק לאחר יב"ח ואין לנו להקל ולהתירה מיד כיון דאין לזה הכרח. אבל לדינא דקיי"ל דלא כרב אשי יש לנו הכרח דעיקר ההיתר הוא בהך דמהארכובה ולמעלה דזהו משום דשיערו דימות מהר ע"כ לא בעינן יב"ח. ולשיטת ירושלמי י"ל דגם בלא שהו עליו עד שת"נ דג"כ מתירין לאחר יב"ח

משום טריפה אינה חי' אי נימא דלא הוי רק מיעוט דמיעוטא דחיים כנ"ל וי"ל כיון דהירושלמי ס"ל כרב אשי ולרב אשי דס"ל להתיר בשני רובי דמה"ט ס"ל דגם היכא דלא הוי רק מיעוט דמיעוטא דמתירין אף בחשש א"א וקצרתי והרשב"א דפסק כהירושלמי דמתירין לאחר יב"ח זהו משום דאזיל לטעמי' דכתב דהא דטריפה אינו חי' זהו בגדר בירור ודאי ואף מיעוט חיים ליכא ע"כ שפיר סמכו להיתירא בהך דמן ארכובה ולמעלה גבי היתר עגונא והרשב"א והיש"ש לשיטתייהו אזלי והארכתי בזה הרבה וכעת קצרתי:

יז

ולפ"ז נדחה ראייתי מהך דמן הארכובה ולמעלה כו' די"ל דהא לשיטת היש"ש דמיעוט טריפות חיים:

א"**כ** הא לשיטתו מתירין בהך דמן ארכובה כו' זהו משום דמיא מרזו מכה ושיערו חכמים שימות מיד ולשיטת הרשב"א וסייעתו דפסקו כהירושלמי דמתירין לאחר יב"ח דווקא הא שיטתו דטריפה אינה חיה כלל וע"כ נדחה ראייתי זאת אכן כבר כתבתי להוכיח כן מהך דגיטין דף כ"ט וכן יש להוכיח מהא דכתובות דף ג' ע"א בתוס' ד"ה וסברה דאניס כו' שכתבו דמן הדין לית לן למיחש דילמא אניס הוא דרובן לא אניס כו' הרי דאזלינן בתר רוב דאונסא לא שכיחי ודייניין דהגט כשר אף דיש לנו חזקת א"א הרי דלאו בכל דוכתא החמירו חז"ל וידעתי דמה דיש לחלק בין מיתה לגט דבמיתה יש לנו תרי חזקות היינו חזקת חי של הנידון וחזקת א"א משא"כ בגט דליכא רק חדא חזקת דא"א לבד וכמש"כ הריב"ש סי' תע"ט והובא בנו"ב במ"ק סי' מ"ג אבל הנו"ב דחה שם לסברא זו והעלה דאין לחלק בזה גט למיתה הרי דמצינו דאף מדרבנן מקילינן אף בחשש איסור דא"א היכא דאיכא רובא וכן יש להעיר לכאורה מהא דב"מ דף י"ח וגיטין דף כ"ז דאמרו לחלק בין שיירות מצויות לאין שיירות מצויות אך יש לחלק לפמש"כ התוס' בב"מ דף כ' ד"ה איסורא מממונא כו' דחשש ב' יוב"ש אין רק מדרבנן ומזה בירושלמי יבמות פ' ט"ז ובגיטין פ' ג' וקצרתי] ומהא דגיטין דף י"ט ע"ב אין זה שייכות לענינינו:

יח

וכן מוכח ממה דמצינו להפוסקים בק"ע דכתבו להקל בהתרת עגונא ע"פ ספק ספיקא וכמש"כ הכרו"פ בכללי ספק ספיקא ואף במקום חזקת איסור א"א ועיין בגט פשוט סי' קכ"ט סעי' קטן י"ב ועיין בפתחי תשובה סי' י"ז ס"ק ע"א ומה שהביא בשם ק"ע בכמה סימנים מזה:

ובאמת הטעם הוא משום דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א וכמש"כ התוס' בכתובות דף כ"ב וב"ב דף ל"ב ועיין מזה בנו"ב במ"ק סי' מ"ג וקצרתי ועכ"פ במקום ספיקא דדינא שפיר יש לדון בוודאי היתר ס"ס דהא לא שייך בזה לומר דהוי ס"ס במקום חזקה

וכמש"כ הפוסקים דבמקום ספיקא דדינא לא שייך החזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין ועיין בתשו' רע"א זצ"ל סי' ל"ז ובמל"מ ה' טומאת צרעת פ' ב' ה' א' ובפרמ"ג בכ"ד ולכאורה קשה איך סמכו להקל ע"פ ס"ס הא ס"ס הוא מן דין רוב וכמש"כ הרשב"א וכיון דחזינן דהחמירו חז"ל לחוש למיעוטא במשאל"ס א"כ אמאי מהני ס"ס וכה"ג כתב הכ"מ ה' מעשר פ' י"א ה' י"ג דלא מהני ספק ספיקא בדמאי כיון דהחמירו חז"ל לחוש למיעוטא בהו ה"ה דמחמירין בס"ס וע"כ מוכח דדוקא היכא דמצינו דהחמירו חז"ל בפירוש שאני אבל אין למדין מזה על מק"א ע"כ שפיר סמכו הפוסקים להקל בעגונא עפ"י היתר ס"ס כיון דלא מצינו בפירוש דהחמירו חז"ל בזה והא דכתב הכ"מ כן בהלכות מעשר פ' י"א הנ"ל גבי דמאי. שא"ה דהא מצינו במשנה בדמאי פ"ג מ' ד' דהמוליך חטים לטחון כו' לטוחן א"י דמאי דמזה יליף הרמב"ם למה שכתב שם בפרק י"א ה' י"ג והטעם הוא כמש"כ הכ"מ שם דלא מהני ספק ספיקא בדמאי כיון דלא מהני רובא שם אבל במה דלא מצינו בפירוש כן אין אנו מחמירין מעצמינו ומוכח מזה דמצינו דלאו בכל רוב החמירו חז"ל והפני יהושע בק"א לכתובות פ"א אות מ"ו העיר קצת מזה במה דדיינינן ס"ס בהיתר עגונות וכתב לפקפק מה"ט על הפוסקים אכן לפי מה שכתבתי להוכיח דלאו בכל דוכתי החמירו חז"ל רק היכא דמצינו בפירוש אינו קשה לקושיות הפני יהושע וכעין זה מוכרח לומר לפי המבואר בירושלמי פ"א דמאי ה' א' גבי הקלין שבדמאי דאף ודאי פטורין וכדאריו"ח שם וכמו שפסק הרמב"ם כן דהטעם הוא דסמכו על הרוב אף דהחמירו חז"ל בדמאי לחוש למיעוט ומוכח ג"כ דלאו בכל רובי החמירו וכמש"כ לעיל אך יש לחלק דשאני ברוב המברר דלא הי' עליהם מעולם חיוב כלל ושאני בדמאי וכמש"כ לעיל כעין זה בשם השער המלך פ"א ה' יו"ט סוף ה' כ' וכמש"כ לעיל בשמו וידעתי למש"כ התוס' בבכורות דף כ' ע"א ד"ה ואבע"א כו' בסה"ד דדילמא כר' אושעיא שהכניסה במוץ כו' ועכ"ז שפיר כתב השעה"מ וקצרתי כי אכמ"ל:

יט

ולפי מה שנתבאר דהיכא דיש תרי רובא דבזה לא החמירו חז"ל והנה לפי מש"כ לעיל לחלק דהיכא דלא נודעו תרי רובי בבת אחת דבזה י"ל דהחמירו חז"ל כמו בהך דצורבא מדרבנן ביבמות דף קכ"א. אבל היכא דנודעו התרי רובי בב"א דבזה לא החמירו חז"ל וכן לפמש"כ לעיל די"ל דהיכא דיש רוב מה דלא מצינו דהחמירו חז"ל בי' דאנן מעצמינו אין לנו להחמיר מדעתינו וכמו שהארכתי לעיל א"כ בנ"ד לפי מש"כ מעכ"ת דיש בנ"ד תרי רובי דנודעו בב"א להאשה וגם הא רוב השני דלפי מה שנכתב בג"ע לא היו יכולים להמלט מהשריפה כי אם ע"י מילתא דלא שכיח כלל והרוב השני הנ"ל לא הוזכר כמותו

בהש"ס והארכתי בזה עפ"י המבואר באה"ע סי' י"ז סעיף למ"ד בנפל לתוך כבשן האש כו' ובמה שכתב הח"מ שם ס"ק נ"ז בנפל לתוך מדורה כו' אך אין אנו צריכין לזה לפי המבואר בהגב"ע כנ"ל וכן העיקר נ"ל דהיכא דנודע התרי רובא ביחד דאף דברוב אחד מהם לבדו החמירו חז"ל עכ"ז בנודע התרי רובא ביחד אין לנו להחמיר ע"כ בנ"ד דעתי מסכמת להיתירא כיון דנודע התרי רובא ביחד:

ענף ד

כ

וכן נשאלתי מקרוב מק' לונדון ע"ד שני עגונות שבעליהן נסעו מלונדון לאפריקא בקיץ תרמ"א ואח"ז נודע להן כי הספינה שהיו שם בעליהן של העגונות הנ"ל נטבעה הספינה ושהו עליהן שיעור שת"נ וכפי המבואר בהגב"ע והיו לבעליהן שלום עם נשותיהן א"כ יש לנו חומרת חז"ל מה דהחמירו במים שאין להם סוף והיה לי הרבה צדדים להיתירא וצד אחד להיתירא כתבתי עפ"י מש"כ בספרי באר יצחק סי' י"ח וכמש"כ לעיל דהיכא דיש תרי רובא דנודעו בב"א להאשה דבכה"ג לא מחמרינן ולפ"ז יש לדון מילתא חדתא בעיגונא דאיתתא ובחומרת משאל"ס והוא דהחתם סופר בסי' נ"ח ובסי' ס"ה כתב דיש לדון דעתה נשתנה הזמן מבזמן שהי' בזמן הש"ס דבזה"ז קביעי בי דואר בכל המדינות וטעלעגראפין וע"כ אילו הי' הנטבע עולה מן הים אף אם הי' בקצה ארץ הי' מודיע לביתו ע"י אגרת או ע"י הכותבי עתים ועדיף ביותר ממה דרב אשי בעי למימר בצורבא מרבנן וגברא רבא להתיר משום דקלא אית לי' כו':

וכעין זה מבואר בתה"ד סי' קל"ט ובק"ע סי' רכ"א [ועיין בכתובות דף כ"ב ע"ב ברש"י ד"ה באומרת ברי לי כו' וקצרתי ולפי דברי החתם סופר הנ"ל יש לנו בכל הנטבעים במשאל"ס בזמן הזה תרי רובא המבררים לנו דהאיש שאנו דנין עליו דנטבע ולא ניצול. א' דהא הנטבעים בים ושהו עליו שיעור שת"נ יש לנו רוב דאינם ניצולים ובוודאי מת: **ורוב** שני המברר לנו דלא ניצול משום דאם אי' דסליק קלא אית לי' והי' מודיע לביתו ע"י מכתב וטע"ג כנ"ל:

כא

א"כ לכאורה הי' מקום להקל בזה"ז בכל משאל"ס. אך באמת אין לנו להקל בזה אף בזמה"ז עפ"י מש"כ לעיל ובספרי באר יצחק שם דלכן החמירו בהש"ס גבי צורבא מרבנן משום דלא נולדו השני רובי ביחד וה"ה בכל הנטבעין אף בזמן הזה דיש לנו עוד רובא וכסברת החתם סופר דמ"מ הא רוב הנטבעין מתים נולד מיד בעת דנטבע. והבירור ע"י הרוב השני בא לנו לאחר זמן דהיה שיעור וזמן שיגיע לנו איזה ידיעה ממנו ממקומו אי' הוא לאחר שניצול מן המים וע"כ החמירו חז"ל בזה. כיון דלא נודעו שני רובי ביחד כנ"ל

א"כ ממילא יש לנו לדון דהיכא דבעת דנודע להאשה בבירור עפ"י גב"ע דהספינה שהי' בעליהן שם דאותו הספינה נטבעה ושהו עליהן שיעור שת"נ דאז נודע להנשים הרוב הזה ובאותו הזמן דנודע להן זה היה אז זמן רב לאחר שנטבעו והי' אז זמן הראוי שהי' יכול להגיע להן ידיעה ע"י מכתב מבעליהן והן ע"י כותבי העתים והטעלעגראמין א"כ בכה"ג קרינן דנודעו להנשים העגונות שני רובי ביחד דבזה לא החמירו חז"ל בחומרא דמשאל"ס וכמש"כ לעיל ואף שהוא מילתא חדתא ולא הוזכר בשום פוסק כזה עכ"ז יש סמך גדול לצרף זה להיתירא וכמו שראיתי בתשובת מהר"ם פדוואה סי' ל"ו שכתב בזה"ל חזינא קמאי דקמאי שבקשו עלילות להקל במשאל"ס רק שנמצאו קצת ראיות לעלילותם וכו' עכ"ל ולכן שפיר יש לנו לדון הך מלתא חדתא שכתבתי דהיכא דבעת דנודע להאשה הי' אז הנך שני רובי ביחד דיש לזה מקור מהש"ס וכמש"כ בספרי ולעיל דבכה"ג אין לנו להחמיר במשאל"ס:

כב

ואף דנימא דכיון, דסתמו הפוסקים בזה ואמרו דמשאל"ס אשתו אסורה דמשמע מזה דאף היכא דבעת דנודע להאשה הי' אז הנך תרי רובי ביחד דג"כ אסרוה מ"מ יש לדון דזהו מטעמא דס"ל להפוסקים דכיון דסתמו בהש"ס ולא חילקו דמשמע דגם בצורבא מרבנן אף היכא דנודע להאשה זמן רב אחר הטביעה דאז אף דהוי שני רובא ביחד מ"מ אסרוה וזהו מטעם שכתבתי לעיל דהיכא דנראה לחז"ל לאסור אז אסור אבל אנן מעצמינו אין לנו לאסור היכא שנמצא רוב מה שלא הוזכר בש"ס דאין לנו לאסור מדעתינו ובזה אמרינן הבו דלא לוסיף עלה וכמו שהוכחתי לעיל מהא דגיטין דף כ"ט וכתובות דף ג' ועוד ראיות דלאו בכל רובא החמירו חז"ל ואחת משתי אלה מוכח מן כל הראיות שנתבאר לעיל והוא דלפי שיטת התוס' ביבמות ד' ל"ו וע"ג ד' מ' דהא דמשאל"ס אסור זהו משום דהוי מיעוט המצוי ע"כ מוכח מזה דהיכא דהוי מיעוט שאינו מצוי לא החמירו חז"ל בזה או משום דמוכח מהתם דלאו בכל רובא החמירו רק היכא דמצינו בפירוש שאני:

כג

והנה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ה' הוכחתי דטענת חזרה מדעתו הראשונה הוי חשש רחוק. ואף היכא דיכול עפ"י דין לחזור מן הבטחתו דמ"מ אין לחוש לשמא חזר מן הבטחתו ומוציאין ממון מהמוחזק ע"י הך סברא דחשש שמא חזר בו הוי טענה גרוע ואינו נאמן אף דאומר ברי לי דחזרתי מן הבטחתי. וכן כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ע"ח סעי' ב' ענף ה' דחזרה מן הבטחתו הוי חשש רחוק למאוד ומוציאין ממון ע"י זה הסברא ועדיף מרובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב דמעלת חזקת ממונא עדיף

מרובא ואילו בזה הסברא דאין לחוש לשמא חזר מן הבטחתו עי"ז מוציאין ממון מן המוחזק וכמש"כ בספרי שם בארוכה ע"כ היכא דיש לדון סברא זו זה עדיפא אף מן רוב גמור ולכן בנ"ד דבעליהן כתבו לנשותיהם ובניהם מן קייפסאן בהבטחה נאמנה ובאה"ר ובכלות הנפש שתיכף כשיגיעו לפארט עלייזעבעט יכתבו כ"א אגרת לאשתו בארוכה וע"כ זהו הוכחה רבתא דלא ניצולו מן הים דאם אי' דניצולים בודאי היו מקיימין הבטחתן הנאמנה ולא היו חוזרין מהבטחתם. ומלבד דזהו בכלל מחוסר אמנה ושארית ישראל כו'. אין זה דרך הנימוס עפ"י חוקי דרך ארץ והנהוג ע"פ הטבע להיות בוגדים בנשותיהן ובניהם ולהיות חוזרין מהבטחתם. ולכן כיון שנתבאר דהיכא דיש הוכחה רבתא דמתו ולא ניצולו דהיכא דלא נתבאר מן הש"ס דהחמירו בכזה אין לנו להחמיר מדעתינו ומעצמינו ויש לסמוך ע"ז להקל רק ההוכחה כעין הך דאמר רב אשי דבצורבא מדרבנן אם אי' דסליק קלא אית לי' בזה מצינו דהחמירו חז"ל אבל ההוכחה דיש לנו מן הבטחתם דהבסיחו לנשיהם זה מקרוב בדרך הילוכם טל הספינה שיכתבו אגרת להם מיד כשיבואו לפארט עלייזעבעט. בזה ההוכחה לא מצינו בהש"ס דהחמירו בזה ג"כ ע"כ יש לנו לסמוך ע"ז ההוכחה דהא נתבאר דחזרה הוי חשש רחוק ואין בזה מיעוט המצוי משום דאם הי' בזה מיעוט המצוי א"כ לא הי' מוציאין ממון על סמך הסברא דחזרה הוי חשש רחוק דהא אין הולכין בממון אחר הרוב:

כד

ועוד דהא ע"י הך סברא דחזרה הוי חשש רחוק וגם ע"פ הרוב דיש לנו לפנינו הרוב הנטבעים דאינן ניצולים דבזה הוי המיעוט נחשב למיעוט שאינו מצוי ע"י הנך תרתי היינו הרוב הנטבעים הנ"ל כיון דשהה עליהם שיעור שת"נ וגם הך דחזרה מדעתו הראשונה הוי חשש רחוק וכיון דלא מצינו להדיא דהחמירו חז"ל בכה"ג אין לנו מדעתינו להחמיר ואין לומר דשמא הי' איזה אונס לבעליהן שלא היו יכולים לכתוב לנשיהם ובניהם דז"א דהא כתבו התוס' בכתובות ד' ג' בד"ה וסברה כו' דרובן לא אניס כו' והובא לעיל וע"פ סמך הרוב הנ"ל סמכו שם בכתובות להקל אף בחשש איסור א"א וכנ"ל ונ"ד עדיפא מן כל היכא דנפרדו בעליהן בשלום בעת נסיעתן דהא בנ"ד הי' הבטחתם מהם לבניהם ולנשיהם בדרך נסיעתן על הספינה הזאת זה מקרוב בזמן מועט ובהבטחה נאמנה ולכן כיון דלא נודעו טביעת הספינה הזאת רק בזמן רב לאחר שנטבעה וקרינן בזה דנודעו הנך תרי רובי ביחד להנשים וכמש"כ לעיל וגם מהסברא דערך שבוע א' מקודם שנטבעה הספינה כתבו מכתב לנשיהם ובניהם כנ"ל דיש לסמוך ע"ז להקל ולא להחמיר בכזה לחומרת משאל"ס כיון דשהו עליהם שיעור שת"נ כדמצינו דהקילו בזה

וכמש"כ לעיל בשם תשובת מהר"ם פאדוואה סי' ל"ו שכתב בזה"ל חזינן דקמאי דקמאי שבקשו עלילות להקל במשאל"ס רק כשימצאו קצת ראיות לעלילותם כו' דע"כ יש לנו לסמוך על מה שהראיתי לחזק הנך תרי רובי דנודעו ביחד ועוד דחזרה מדעתו הראשונה הוי חשש רחוק דע"י צירוף כל הנ"ל יש לסמוך להקל. ועפ"ז חזקתי במ"א דברי הט"ז והב"ש בסי' י"ז ס"ק צ"ה במה שהתירו באחד שהלך על הגליד כו' די"ל בזה ג"כ הטעם דלא מצינו כה"ג דהחמירו חז"ל בזה וקצרתי:

כה

ולכאורה יש להעיר דלפי מש"כ לעיל תקשה דמאי מקשה הש"ס ביבמות ד' קט"ו ע"א ותסברא משאל"ס הוא ואשתו אסורה ושם הא היה עובדא בשני ת"ח שהיו באים על הספינה א"כ אף בזמן הש"ס הי' שם הרוב דאם איתא דסליק צורבא מרבנן קלא אית לי' והא הוה מצי לאוקמי דמיירי שם בנודע להאשה סיבת הטביעה לאחר זמן רב דהי' שהות לשמוע הקול משם ואז חלו הנך תרי רובי ביחד דבכה"ג יש להתיר במשאל"ס כנ"ל באמת בלא"ה הא משכחת הרבה גווני דהוה מצי הש"ס לתרוצי בזה וכגון מה דכתב הקהלת יעקב סי' ט' בשם הפנים מאירות להקל בנטבע שהתחיל לבעבע בגרונו תוך המים וכהנה רבות וע"כ אין זה הוכחה לסתור לכל מש"כ ויש לנו לצרף למה שראיתי בתשובת שבות יעקב ח' ג' סי' ק"י שכתב להקל ולהלכה ולא למעשה במשאל"ס בעגונות רכות בשנים ורדופות להנשא ואין במציאות להשיג עדות אחרים המועילים דבזה אף לכתחילה הוי כמו דניסת בדיעבד דלא החמירו חז"ל בכזה ונ"ד הוי העגונות רכות בשנים וטפלי תלוי' בהם ורדופות להנשא ואף דהשבות יעקב לא סמך ע"ז למעשה עכ"ז יש לצרף לאיזה צירוף סברתו למה שכתבתי לדון להיתירא ע"פ הסברות דנתבארו בעז"ה. ובצירוף שיטת הר"א מוורדן שהובא במרדכי להקל במשאל"ס לאחר שנה שנאבד זכרו וכש"כ בנ"ד שזה כמה שנים שנאבדו זכרון בעליהן. ע"כ דעתי מסכמת להיתירא וכפי דעת כת"ר ובצירוף עוד דעת רב גדול אחד מפורסם. ובאעה"ח יום ג' סיון תרל"ו לפ"ק.

סימן כג

ב"ה יום ד' כ"ח תמוז תר"מ פה בירשטאן.

נשאלתי ע"ד איש אחד מן עיר דווין שהי' לו אח שנלקח מעיר אחרת לצבא בעת שהי' חוק פאימנעס:

ונתקבל לצבא בעיר קאברין ולפי הגדת בני העיר היה בעת ההיא שנלקח לצבא בערך ט"ו שנים וגדול הקומה ושמו היה נחמי' שלאמאוויטש. ואחר איזה שנים נשא זה הנשאר בפה אשה אחת ג"כ מעיר דווין ובליל היחוד למחרתו נודע להכלה כי יש לו חולי נופל

רח"ל ובעת היחוד בא עליו החולי והעידו רבים כי גם מקודם הי' חולה. ובעוד איזה ימים נסעו לעיר אחרת סמוכה להתגרש ובבואם הלכו לצדיק מפורסם א' ואמר לה שלא להתגרש כי ישוב לאיתנו והאמינו ונסעו לביתם והי' קירוב ביניהם איזו שבועות ערך חמשה או ששה ובא עליו החולי בלילה א' ולמחרתו שחל"ח. והאשה יושבת עגונא זה ט"ו שנה והן עתה באה האשה ובידה תכריך כתבים ובהכתבים נזכר שהי' קירוב איזו שבועות והיא אמרה שלא נבעלה לו אח"כ יען כי היתה מתפחדת ממנו להיות ביחד אמנם בהכתבים שבידה מהרבנים הגאונים שהיו אז נראה מדבריהם שלא אמרה להם אז כן יען כי בדבריהם משמע שנבעלה לו אח"כ רק נושאים ונותנים דסמכה על הבטחת הצדיק:

והרב הגאון מקאברין זצ"ל טרח הרבה למצא את היבם ולא מצאו רק בתוך הכתבים נמצא כעת גב"ע א' מישראל אשר הי' ג"כ בצבא מעיד אשר בעודו באפסקאוו הי' שם א' שמו נחמי' שלאמאוויטש והיה כבן עשר שנים והמיר דתו שם:

והן עתה איזו שבועות בא לק"ק בריסק א' שהיה, ג"כ מאנשי הצבא ומעיד שגם הוא נתקבל בעיר קאברין והלכו הרבה ביחד משם לכמה עיירות עד שבאו לפ"ב ובתוכם הי' א' עלם כבן ט"ו ונקרא אבראמאוויטש ובבואם לפ"ב נחלה ומת שם והוא בעצמו ועוד יהודים אחרים קברוהו. וקודם מיתתו שאלו לו על ביתו ואמר להם שהוא מעיר דווין ולאביו יש לו בית על הזאמד ויש לו בביתם אח חולה וכל הסימנים הללו הוא ממש בהיבם הזה הנאבד בלא שינוי רק שמשנה שמו והנה חקרו בקאברין בהקניגעס במשך השנים הללו שנלקחו ולפי הנראה לא נמצא שם בהקניגעס א' שנלקח בשם אבראמאוויטש ונשאלתי לחוות דעתי ע"ד היתר עגונא זאת:

תשובה בעז"ה בקצרה

ענף א

א

והוא כי הנני כעת בכפר בירשטאן בעסק רפואתי ב"ה ואין שם אף ש"ס ושו"ע כלל ועכ"ז הנני לחוות דעתי בזה והוא כי אין דעתי מסכמת לדון בהיתירא משום מום ח"נ שנודע לה שהיה מקודם ולבטל עי"ז הקידושין דזהו דבר קשה מאוד לדון כן באשה דאמרו בה טב למיתב טן דו ויעוין במהרי"ט ח"א סי' קי"ג מזה ובתשב"ץ. וגם הא משכחת רפואה בזה ואין רצוני להזדקק בהיתר הזה. ויעוין מזה בסי' קנ"ד סעי' ה' ובחתם סופר סי' קט"ז והדברים ארוכין:

ב

ומה שיש לדון בהגב"ע שמעיד שהמיר דתו ג"כ קשה להתירה דהא מבואר בסי' קנ"ז דאם היה מומר בפס בעת שנשאת לאחיו יש מי שמתיר ואין לסמוך עליו וגם יש לדון דאין ע"א נאמן להעיד שהמיר דתו דדוקא בע"א במיתת היבם נקטינן להקל משום דהוי עביד לגלויי משא"כ בהמרת הדת דאין זה עביד לגלויי כ"כ וגם הא יש חזקת כשרות הסותרו וחזקת כשרות הוי חזקה אלימתא כמבואר בכמה דוכתי וגם הא מעיד שהיה בן עשר שנים אז והנה כל בני העיר אומרים כי היה אז בן ט"ו שנים וע"כ אין לנו תועלת כלל מהגב"ע הזאת:

ג

והעיקר מה שיש לנו לדון בהיתירא ע"פ הגב"ע שכעת אשר א' מעיד שאיש א' אנ"ח היה נקרא אבראמאוויטש ובבואם לפ"ב נחלה ומת שם ושאלו לו על ביתו והעיד כנ"ל הנה ממה שאמר להם קודם מיתתו נראה ברור שזהו האיש שאנו דנין עליו כי לא נמצא בעיר דווין איש אחר שיהיה לו בית על הזאמד שהיה לו בן חולה בח"נ ויהי' לו עוד בן שנלקח לצבא ולא יהיה לו ידיעה ממנו זולת אותו האיש שנודע לנו שהוא בעיר דווין שהוא אבי האיש שאנו דנין עליו. ע"כ לפי דברי הע"א הזה הוי כמעיד בפירוש שהיבם מת וידוע דנקטינן להקל דע"א נאמן במיתת היבם וכמבואר בב"ש סי' קנ"ח דבעת הדחק ועיגון מקילינן בזה ולכן אף דנימא דכל אלו הסימנים הוי כעין סימנים גרועים מ"מ הא כיון דלא נמצא בעיר דווין עוד א' שנסתפק בו ע"כ הוי זה כמעיד בפירוש שאותו היבם מת:

וכעין זה הוא ברשב"ם דף קע"ב ע"א דאם היו משולשים וכתבו סי' דכתב הרשב"ם שם דסי' ארוך או גוץ הוי סי' גבי חשש שני יוב"ש וכ"ז פשוט:

אבל דא עקא במה שאומר שהי' נקרא אבראמאוויטש:

ובאמת היה שמו שלאמאוויטש א"כ מוכח מזה דאין זה האיש שאנו דנין עליו והעד משקר בעדותו או האותו איש הנפטר שיקר בדבריו שאמר קודם מיתתו שהוא מעיר דווין ואביו יש לו בית שם על הזאמד ואחיו חולה כו':

דהא איש שיקרא בשם אבראמאוויטש עם כל הסימנים הללו לא הלך לצבא משם בעת הזאת ולכן קשה לנו להתירה ע"פ עדות הגב"ע הזאת:

ד

ואתחיל בעז"ה לדון בהיתר העגונה הזאת דהר"ן בתשובה סי' ל"ג כתב להיתירא באחד ששינה שמו דכיון דהעדות מספיק מצד עצמו אלא שיצא לו ריעותא מסימן אחר שנראה ממנו שאינו הוא ואותו סי' עשוי להשתנות אין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין אותו בשינוי שהוא עשוי להשתנות ויש ראי' לזה מב"ב פ"ט במעשה דבני ברק כו'

עכ"ל אך מדברי הר"ן הנ"ל קשה לבא להיתירא בנ"ד דשם בעובדא דהר"ן מבואר שהועד בפניהם שכשיצא מעירו אמר שירחיק נדוד וישנה שמו כדי שתהי' אשתו עגונא:

וע"כ מקרי זה בשם שעשוי להשתנות משא"כ בנ"ד והנה בתשובת משאת בנימין סי' ק"ט כתב כעין זה וז"ל ואע"ג דחזינן בה תיהא קצת שהעידו הגוים שהנהרגים שניהם הי' להם מו"מ עם הדוכס ושניהם נשבו ונפדו וזה שקר גמור שהבן לא היה לו עסק מעולם עם הדוכס כו' נראה דאין לנו לתלות זה לעדות שקר אלא לטעות ולבדדמי כמילתא דלא רמיא עלי' דאינשי שהגוים לא דקדקו כ"כ כו' או אפשר שהגוים הגידו האמת והעד טעה בדבריהם דבכה"ג עבידי אינשי דטעו וכל מילי דעבידי דטעו תלינן בטעות ולא בשקרא וכדאשכחן ע"א אומר בדיוטא העליונה כו' וה"נ אמרינן ע"א א' ב' בחודש כו' וכה"ג אשכחן טובא בתלמודא דכל היכא דאיכא למתלי בטעות תלינן בטעותא ולא בשקרא ועוד י"ל דאף דמחזקינן להו בשקרא כו' עכ"ל המ"ב הרי דס"ל להמ"ב למתלי דהעד טעה בדבריהם אף דהתם לא שייך סברת הר"ן הנ"ל ודברי הר"ן והמ"ב הנ"ל הובאו בתשובת חתם סופר סי' ע"א ובתשובת הגאון מוהרי"מ מבריסק סי' י"ט ונתכוונו שם לדבר אחד בראי' לזה מר"ה יעו"ש:

ה

וכמו כן יש לדון בנ"ד דהא כיון דהגיד להם הנפטר שהוא מעיר דווין וכל הסימנים הללו ולא נמצא שם אחר להסתפק בו ע"כ וודאי זה הוא האיש שאנו דנין עליו וכמבואר בסוף יבמות ביוחנן בן יונתן ארי' דמכפר שיחיא כו' דהשיא ר"ע אשתו ואף בפעם אחד שאמר להם כך כו' וכמש"כ המהרי"ק בתשובה סי' קע"ה. ובפרט בעת מיתתו יש להאמינו ביותר כדמצינו בתוס' יבמות ד' קט"ו ד"ה או דלמא כו' דבשעת מיתה יש להאמין יותר ועי' ביבמות דף קכ"ב ובסי' י"ז סעי' כ"ג ובשא"ד ויש להאריך עפ"ז בדברי המהרי"ק ואכ"מ כן אין לנו לחוש לעיר דווין אחרת בנ"ד דהא מעיד שהלכו ביחד מן עיר קאברין וכו' ובלא"ה לא שייך לחוש לזה אך העומד נגדינו מה שאמר הע"א שהי' נקרא אבראמאוויטש ובאמת הי' נקרא שלאמאוויטש אכן לפי דברי המ"ב יש לדון גם כאן דיכול להיות דהעד טעה ונתחלף לו שם שלאמאוויטש בשם אבראמאוויטש וכמש"כ המ"ב דתלינן דהעד טעה בדברי הגוים ואף דיש מקום לחלק דנ"ד גרע דהוי בשמו משא"כ התם הוי הטעות בהעסק שלו עם הדוכס. עכ"ז נבאר ב"ה דגם בנ"ד יש לנו למתלי בטעות ובמילתא דלא רמיא עלי' כ"כ והוא:

ו

דנקדים דברי התוס' ישנים בכריתות דף י"ב ע"ב א' אבייי כו' דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות מכאן אמר רבי וכן דן הלכה למעשה דעדים ששמעו הדבר מפי בעלי מעשה אך

לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לשם עדות אין בעדותן כלום אם באים אח"ז להעיד בפני ב"ד עכ"ל התו"י וכ"כ בפסקי תוס' שם ובספרי נחל יצחק סי' ל"ו סעי' א' ענף א' הארכתי בזה הרבה והקשיתי ע"ז מר"ה דף כ"ד ומצאתי כן בטורי אבן לר"ה שם שהקשה כן על הסוגיא דכריתות הנ"ל והתו"י ובחידושי לח"מ שם ענף ב' כתבתי בעיקר הענין הזה דיש לדון לדינא ולחלק בין ע"א לשני עדים לפי סברת הנתיבות בסי' ל"א והפני יהושע בגיטין דף ב' בתוס' ד"ה הוי דבר דבערוה כו' דלכן ע"א אינו נאמן משום דחיישינן דיאמר בדדמי וכן הוא בתשובת מיימוני לספר משפטים סי' מ"ד כו' ואף היכא דמועיל עדות ע"א מ"מ אם לא נתכוין לעדות יש לחוש ביותר בע"א דיאמר בדדמי משא"כ בשני עדים דלא חיישינן כלל לבדדמי כדמצינו כעין זה בראש"ש ליבמות פ' ט"ו סי' ג' ובב"ש סי' י"ז ס"ק קנ"ג ע"כ אתי שפיר הא דר"ה דף כ"ד הנ"ל לפי דהתם מיירי בשנים ומהני עדותן של שנים אף בלא נתכוונו לעדות ואינו קשה מהך דר"ה על הך סוגיא דכריתות דף י"ב דהתם בכריתות מיירי בע"א:

אך התו"י בעצמו ס"ל כן אף בשני עדים ואינו מחלק בין ע"א לשני עדים אך לולא דברי התו"י הנ"ל הייתי מחלק כן בין ע"א לשני עדים. עוד יש מקום לחלק דשאני בענין קרבן שבועה לחייבו דבזה בעינן נתכוין להעיד וקצרתי:

ז

ובספרי נחל יצחק שם ענף ד' כתבתי בכוונת התו"י הנ"ל דס"ל לחלק דדוקא בבאו אחר זמן להעיד בזה י"ל דבלא נתכוונו להעיד לא מהני עדותן דיש לחוש שמא שכחו הענין ואומרים בדדמי בהיפך ולכן כתבו התו"י שם בלשונם דאין בעדותן כלום אם באים אחר זמן להעיד בפני ב"ד אבל בבאו להעיד בזמן קרוב מראייתם לא חיישינן שישכחו הענין ויעידו להיפך וכעין דברי הר"ן בשבועות פ"ז על משנה שכנגדו חשוד על השבועה לחלק בין זמן קרוב לזמן רחוק גבי ענין דיאמר שכחתי וכמש"כ הש"ך בסי' צ"ב ס"ק א' ובסי' ל"ד ס"ק ח' משא"כ בנתכוונו לעדות אז אף בסהדותא דששים שנה אמרו בכתובות דף כ' דכיון דרמיא עלי' אף טובא נמי ויעוין בפי' רש"י שם ובח"מ סי' כ"ח סעי' י"ג ובית יוסף שם וכעת ראיתי דכעין זה מחלק הט"ז ביו"ד סוף סי' ק"צ סעי' נ"ב גבי אומרת ברי לי שלא באתי למקום שנמצא הדם כו' דבזמן קצר שפיר יודעת כו' אבל בזמן רב אחר שכיבתן גם החיצונה טמאה מטעם דאמרינן מילתא דלא רמיא עלי' דאמר ולאו אדעתי' וכמבואר בח"מ סי' ע"ט סעי' י"א וע"ש בנקודות הכסף ובאחרונים שם וביו"ד ריש סי' צ"ד ובנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' ט"ז וכעת כי אנכי בברישטאן ואין לי הספרים הללו:

ח

ובספרי שם הבאתי להך דשבועות דף מ"א דא"ל פרעתיך בפני פלוני ופלוני אתו פו"פ וא"ל להד"ם ומסקי עלה ג"כ דמילתא דלא רמי' עלי' לאו אדעתי' ופי' רש"י וש"פ דקאי על הלוה אכן הרמב"ם ה' טוען פ"ו ה"ד כתב מנה הלויתיך א"ל והלא פרעתיך בפני פו"פ ובאו עדים ואמרו להד"ם לא הוחזק כפרן שאין העדים זוכרין אלא דבר שהם עדים בו כו' ופי הכ"מ דכיון דלא ייחדן לעדים ע"כ י"ל אף בעדים מילתא דלא רמיא כו' ואינם זוכרין וכ"כ הלח"מ שם ה"ה. והובא כ"ז בח"מ סי' ע' סעי' ב' ובש"ך ס"ק ו' שהאריך בזה והעלה דלדינא הלכה כשיטת הרמב"ם וסייעתו דמפרשי להך מילתא דלא רמיא עלי' כו' קאי שם על העדים ולכן בלא הזמינן להעיד י"ל אף בשני עדים דאינן זוכרין א"כ מוכח מהתם דה"ה בכל עדות דלא נתכוונו להעיד בשעת ראיי' דדיינינן בזה דהוי מילתא דלא רמיא ולא דייקי כ"כ. ומשמע התם דאף דהעדים מעידים דיודעים בבירור שלא פרעו בפניהם דאמרינן בזה ג"כ מילתא דלא רמיא ואינן זוכרים וכעין סוגיא דכריתות הנ"ל ותקשה מן דברי הרמב"ם ה' טוען הנ"ל על מש"כ הרמב"ם פ"ה ה"ע ה"ה והובא בח"מ סי' ל"ו סעי' א' דאף בלא נתכוין בעת ראי' להעיד ג"כ מהני עדותן וכתבתי בספרי שם לחלק דדוקא היכא דמעידין על ענין הנעשה בפניהם דאף דלא כוונו אז להעיד מ"מ מהני עדותן כיון דמעידין דכוונו אז לראות היטב את הענין המעשה שנעשה בפניהם משא"כ במעידים דלא נעשה בפניהם הענין שאומר הנטען. בזה דיינינן דהוי מילתא דלא רמיא ואינן נאמנים משום די"ל דנשכח מהם הענין כו' ובספרי שם העירותי מהא דח"מ סי' כ"ט סעי' ג' ובסי' למ"ד סעי' ד' ומהא דע"י הזמה שאומרים עמנו הייתם יעו"ש וכן יש לדון בכוונת התו"י דשם דכתב בעדים ששמעו מן בעלי מעשה כו' משום די"ל דבעדותן על ראיות המעשה בעצמן שאני ועפ"ז יש לתרץ להרבה קושיות שיש על התו"י ואכמ"ל:

ט

א"כ בע"א לאחר זמן רב ואינו מעיד על מעשה דנעשה בפניו י"ל דלדינא נקטינן בזה כשיטת התוס' ישינים דאינו נאמן כיון דלא נתכוין בעת ראי' להיות עד ע"ז והוי זה בכלל כל מילתא דלא רמיא וחיישינן דנשכח ממנו ומעיד עכשיו להיפוך דבכה"ג לא מצינו בכה"ג חולק על שיטת התו"י והא דח"מ סי' כ"ח סעי' י"ג דמבואר שם דכ"ז שזוכר האדם יכול להעיד כו' [ועיין בסמ"ע ובבית יוסף ובפי' רש"י לכתובות דף ך'] י"ל דמיירי בנתכוין להיות עד אף דלא הזמינו הבע"ד להיות עד. או די"ל בע"א דמיירי במעיד על איזה מעשה דנעשה בפניו ומעיד דכיוון היטב לראות ענין המעשה כנ"ל ובסוגיא דכתובות דף ך' שם גבי תלוליות הוי ג"כ כמו נתכוין להעיד על מקום טומאה אי' הוא וראיתי בפתחי תשובה לאה"ע סי' מ"ב ס"ק י"א שהביא בשם החתם סופר שמחלק ג"כ

לדינא בלא נתכוונו להעיד דאם באו זמן רב אח"כ להעיד בדבר ההוא אין מקבלין עדותן כו' ואין ת"י כעת ספר הח"ס וכבר כתבתי לעיל אשר כעין זה כתב הט"ז ביו"ד סוף סי' ק"צ לחלק כן גבי מילתא דלא רמיא עלי' ובאמת כיון דלא מצינו בכה"ג חולק על הך דינא של התו"י ע"כ וודאי יש לנו למנקט כן לדינא בזה:

ו

הן אמת דבהיתר עגונא יש לסמוך על עדות ע"א אף דלא נתכוין להיות עד דהא לא גרע מנכרי מסל"ת וכן בהכרת שם המגרש או שם הלוה כמבואר בח"מ סי' מ"ט סעי' ב' ובאה"ע סי' ק"ך סעי' ג' ובסי' קנ"ז סעי' ב' דבכל אלו אף אם לא הי' נתכוין להיות עד ע"ז ג"כ מועיל עדותו לכ"ע אך התם שאני דהא לא בעינן בי' דיהא על המעיד דין תורת עדות דהא אף אשה וקרוב נאמנין בזה משום דזהו רק בגדר גילוי מילתא בעלמא וע"כ אף דבלא נתכוין להעיד דשייך בזה לומר דהוי מילתא דלא רמיא מ"מ מועיל בזה כיון דא"צ רק גילוי מילתא בעלמא וכמו דאיתא ביבמות דף ל"ט ועי' ביבמות דף ק"ו ע"א תוס' ד"ה ורבא דידי' כו' בסה"ד אבל היכא דבעינן דין תורת עדות אז שפיר דייניגן בלא נתכוין להיות עד ובע"א ולאחר זמן רב ואינו מעיד על מעשה הנעשה בפנינו דבכה"ג אין דין תורת עדות כלל על הע"א ויש לדון בי' כל מלתא דלא רמיא עלי' כו' ומילתא דכדי לא דכירי אינשי כמבואר בסנהדרין דף כ"ט ובח"מ סי' פ"א ופי' רש"י דברים של חנם דהא בכה"ג כ"כ הוי בעת ראי' ושמיעה כמו דברים של חנם והיכא דיש לנו עדים הסותרים זה את זה בעדותן רק ע"א הי' נתכוין להעיד והשני לא הי' נתכוון להעיד ואינו מעיד על איזה מעשה וכנ"ל. נראה ברור דיש לנו להאמין להעד דנתכוון להעיד משום דאין כח להעד דלא הי' מתכוון להעיד לסתור אותו העד דמתכוין להעיד משום די"ל מלתא דלא רמיא כו' ואיני נאמן בתורת עדות כלל משום דחיישינן שנשכח ממנו כל הענין כיון שהוא זמן רב אחרי העדות שהוא מעיד עכשיו וזהו כש"כ מהא דח"מ סי' כ"ט דמתרצינן העדים שלא יהי' מכחישין זא"ז ובסי' למד שם אף באופן רחוק קצת וכמש"כ הנו"ב הנ"ל וכש"כ בנידון כזה דאין עליו דין תורת כלל והא דעדי הזמה דפסלינן להעדים כתבתי מזה בספרי שם וספר שער משפט אין ת"י כעת לעיין בו מזה:

ענף ב

יא

ונשובה עכשיו לנ"ד במה שאמר העד כי הי' נקרא בשם אבראמאוויטש דהא בעת שהי' נקרא בשם כזה לפי דבריו הא לא נתכוין אז להיות עד ע"ז לאח"ז והוי זה אז בגדר מילתא דלא רמיא עלי' ומילתא דכדי דלא דכירי אינשי ועיין ביו"ד סי' צ"ד גבי הגדתו על תחיבת הכף עד כמה תחבו ובפתחי תשובה ס"ק א' מה שהביא בשם הנו"ב והחולקין וכן בנ"ד

דהא לא הי' לו אז שום ענין דיעלה על דעתו להיות זוכר ויודע היטב איך הוא שמו של אותו האיש שאנו דנין עליו עכשיו ובודאי לא נתכוין אז להיות עד ע"ז לאחר זמן וגם הא אז לא הי' לו מזה שום נפ"מ לאיזה ענין ע"כ הוי זה בגדר מילי דכדי דכללא הוא בכזה דלא דכירי אינשי וכדאמרו בסנהדרין דף כ"ט כעין זה וכבר נתבאר דלדינא יש לנו לסמוך על דברי התוס' ישנים דכריתות בכה"ג היינו בע"א היכא דאינו מעיד על איזה מעשה דנעשה בפניו וגם הוא לאחר זמן רב דיש לנו כל הנך סברות ביחד בנ"ד ובפרט כמו בנ"ד דהוא ביותר מן שלשים שנה מן עת ההיא עד היום ע"כ ודאי אין על דברי העד בזה דין תורת עדות כלל ואינו נאמן בזה משום דהוי מילי דכדי ומילתא דלא רמיא עלי' וכן בנ"ד הא אינו מעיד על איזה מעשה הנעשה בפניו דהא לא הוי שום מעשה כלל בהענין דמספר לנו מזה ובפרט זה משך זמן רב למאוד ולכן יש לנו למיתלי דנשכח ממנו שמו ונתחלף לו שם שלאמאוויטש על שם אבראמאוויטש ובפרט דרוב שמו בהאותיות האחרונים שווין המה וידעתי מה שיש לחלק קצת במה שהובא לעיל בשם הרמב"ם פ"ו ה' טוען ה"ד שהובא בח"מ סי' ע' סעי' ב' דשא"ה דהעדים אומרים שלא הי' אז שום מעשה כלל משא"כ בנ"ד דאומר שהי' נקרא בשם אבראמאוויטש. אך באמת שפיר כתבתי דהא במה שמעיד על שמו אין זה מקרי מעשה ואין לנו להרבות במחלוקת על התו"י וקצרתי]:

יב

והנה במה דמעיד דקודם מיתתו שאלו לו על ביתו ואמר להם שהוא מעיר דווין ולאביו יש לו בית על האזאמד ויש לו בביתם אח חולה וכל הסימנים הללו ועל אלו הדברים נתכווין אז להיות עד א"כ אף במשך זמן רב למאד ג"כ מהני עדותו ויש עליו דין תורת עדות ממש וגם בסהדותא על ששים שנה מסקינן בכתובות דף ך' דכיון דרמי עלי' אף טובא נמי ופי' רש"י שם שעשאוהו עד בדבר כו' הא בנ"ד הוי כמו שעשאן לעדים ע"ז שיודיעו ממיתתו לאביו בעיר דווין וזה מועיל אף ביותר מן ששים שנה ומכש"כ דהא נ"ד הוי פחות מן ששים שנה דזה מועיל אף היכא דלא עשאוהו לעד ע"ז וכמבואר בסוגיא דכתובות שם וגם הא בח"מ סי' כ"ח סעי' י"ג מבואר דאף בלא נעשה מהבע"ד להיות עד מועיל עדותו לעולם כיון דנתכוין מעצמו להיות עד ע"ז וכמש"כ לעיל וע"כ בוודאי יש לנו לסמוך על עדותו בזה בפרט בזמן פחות מן ששים שנה כמו בנ"ד ואין לסתור עדותו ע"י מה שאמר כי שמו הי' אבראמאוויטש דהא בהגדת שמו לא נתכוון מעולם להיות עד והנפסר לא הזכיר כלל משמו להם קודם מיתתו כי באמת הי' מספיק אמירתו במה שהגיד להם אז קודם פטירתו דיהי' יודעים מקומו אי' הוא כדי שיהי' היכולת

בידם להודיע כ"ז לאביו בעיר דווין ועיקר ידיעת שמו להם מכבר הי' בעת שהי' אז מילי דלא רמיא עלייהו ומילי דכדי ע"כ שייך בזה ג"כ לומר שבשתא כיון דעל על דלישנא נקט ואתאי ובעצם שמו איך הוא נקרא באמת לא נתכוון מעולם להיות עד ע"ז. ואין לנו לסתור עדותו שהעיד עכשיו לפנינו במה שנתכוין להיות עד ע"י מה שהעיד עוד במה שלא נתכוין מעולם להיות עד דהא זהו עדיף מן הנידון המשאת בנימין בסי' ק"ט דהעידו שם דמשמע מן הגוים שנהרגו אב ובנו מעיר פלונית ושהיו נושאים ונותנים עם הדוכס ונשבו ונפדו ובאמת הבן לא נשבה ונפדה מעולם ולא הי' לו מעולם שום עסק עם הדוכס והעלה די"ל דהעד טעה בדבריהם כו' יעו"ש ובאמת הא אכתי יש לחוש דכמו דטעה העד בדברי הגוים במה שאמר כן כ"כ אפשר דטעה ביתר דבריהם הנוגעים בעיקר ההיתר העגונא ועכ"ז דעתו של המ"ב דבמה דאין צורך כ"כ תלינן דטעה ומקילינן ומכש"כ בנ"ד דיש לנו להקל בפשיטות דהא במה שנתכוון להיות עד ודאי לא חיישינן דטעה ובמה שלא נתכוון להיות עד מעולם י"ל דטעה משום דהוי מלתא דלא רמיא כו':

יג

וכן יש לדון ה"ט ג"כ אף דנימא דלא כמו שכתבתי. ולדינא נקטינן אף בכה"ג היכא דיש לנו כל המעלות הללו דלא כהתו"י. משום דנימא דגם בזה חולקין על התו"י הנ"ל דנאמן העד לעולם אף דלא נתכוון מעולם אף בזמן רחוק ולא על מעשה שנעשה בפניו דגם בזה נאמן. מ"מ בנ"ד שפיר יש לנו לסמוך ולהקל משום דהדין נותן דלכ"ע אין לסתור עדותו במה שנתכוין להיות עד ע"י מה שהעיד עוד במה שלא נתכוין מעולם להיות עד דהא מה שנתכוין להיות עד לכ"ע עדיף מן מה שמעיד על דבר שלא נתכוין להיות עד ועפ"ז מתרצינן דבריהם ולקיים העדות שמעיד על מה שנתכוין להיות עד וכמבואר בחו"מ סי' כ"ט ובסי' ל' דקי"ל דמתרצינן דבריהם בכל מאי דאפשר למתלי. וכמש"כ המ"ב שם ויעוין בחו"מ סי' כ"ג סעי' א' דשני דיינין נאמנין לעולם אפילו יש שני עדים המכחישין אותם משום דמתרצינן ותלינן דטעו בשמועתן וקצרתי וכיוצא בזה מבואר בחו"מ סי' מ"ב סעי' ה' דמתרצינן דברי השטר במה דסותרים זה את זה אף ע"י פי' דוחק וכמש"כ הסמ"ע שם ובדברי הש"ך שם כתבתי לדון ע"ז במקום אחר] ובפרט בנ"ד די"ל דלא נצרך לנו כ"כ לבא להך דמתרצינן דבריהם משום דהא נתבאר בלא"ה מה שיש לדון להיתירא כיון דאין שם תורת עדות כלל על עדותו במה שאומר איך הי' נקרא בשמו וכמו דנתבאר על פי דברי התו"י הנ"ל וכפי מה שבארנו בנ"ד לא מצינו על התו"י חולק בזה וע"כ מכל הטעמים הללו אין לסתור למה שהעיד על דבר שנתכוונין להיות עד ע"י מה שהעיד בדבר שלא נתכוון להיות עד וכמו שנתבאר כ"ז בטוב טעם בעז"ה:

ענף ג

יד

ועכשיו נשובה לדון בעיקר הכלל של הר"ן בתשובה סי' ל"ג דכל שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שיצא לו ריעותא מסי' אחר שנראה ממנו שאינו הוא ואותו סי' עשוי להשתנות דאין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין אותו בסי' שעשוי להשתנות והביא ראי' לזה מב"ב דף קנ"ה גבי סי' העשוי להשתנות לאח"מ ומוציאין ממון עי"ז. כש"כ בערוה שהיא קלה כו' והאריך בזה הח"ס סי' ע"א וכן הובא זה באבני מלואים בתשובה בסוף ח"א. והנה בעיקר ראייתו מהך דב"ב יש לדון טובא לולי דבריו הקדושים ולענ"ד נראה להוכיח כעין זה מכתובות דף כ"ד דאמרו מהו להעלות משטרות ליוחסין כו' דכתיב בי' אני פלוני כהן לויתי מנה מפלוני וחתימי סהדי כו' רב הונא ורב חסדא ח"א מעלין וח"א אין מעלין ומבואר בתוס' גיטין דף פ' ובהרא"ש דבהך דכתובות כשר השטר אף דכתבו כהן על אינו כהן ונתברר שאינו כהן ובח"מ סי' מ"ט סעי' ז' בהרמ"א שם הביא שיטת הרשב"א דס"ל דהך סוגיא מיירי בכתב כהן על אינו כהן שהוא בלשון הבע"ד שכתב אני פלוני כהן לויתי מנה מפלוני אבל בלשון העדים אמרינן אכולי מילתא קמסהדי ושיטת הרמב"ם דאף בלשון העדים ג"כ מספקינן בהכי וע"ש בש"ך ס"ק ט"ו בארוכה דיש לו שיטה אחרת בכ"ז ובאה"ע סי' ג' סעי' ב' בב"ש ס"ק ח' ובתומים שם ס"ק י"ז מזה והדברים ארוכים ואכמ"ל:

טו

עכ"פ למדנו מלשון הגמ' דכתובות הנ"ל דאף היכא דכתוב בלשון הבע"ד אני פב"פ הכהן לויתי מנה דאפי' נתברר דהוא אינו כהן מ"מ השטר כשר כמו דמבואר בתוס' גיטין דף פ' ובר"ן שם ושיטת התוס' בגיטין ובכתובות שם דלא כהש"ך בסי' מ"ט דכתב דאף דלאו אכולי מילתא קמסהדי בתורת בירור הדבר אבל בחזקת כהן הוי כמש"כ הש"ך שם והב"ש באה"ע סי' ג' אלא ס"ל דאף דלא הוי בשום חזקת כהן מעולם אפ"ה משמעות הסוגיא דהשטר כשר והוכיחו מזה דשינה בדבר שא"צ לכתוב דהגט כשר:

טז

וכן הקשו התוס' בכתובות שם מהא דב"ב דאם הי' משולשין יכתבו כהן משום דלא ס"ל לסברת הש"ך הנ"ל ומבואר בסי' מ"ט ברמ"א ובטור שם פלוגתא אם צריך לכתוב שם העיר של הלוה בשטר משום דבלא כתב שם העיר יש לחוש ליוב"ש אחר ויכול לטעון לאו אנא לויתי כמבואר שם בתומים ס"ק י"א ושיטת הרמב"ן דלא יכול לטעון כן והובא שם בב"י ובש"ך ובתומים אבל בכתבו שם העיר לכ"ע אינו יכול לטעון כך ולכאורה קשה דאמאי כשר השטר בכתבו כהן על אינו כהן ומשמע דאף בטוען לאו

אנא לויתי ג"כ אינו נאמן. הא כיון דאיירי הסוגיא שם בכתוב בי' אני פב"פ לויתי מנה מפלוני כמבואר התם להדיא רק דס"ל דה"ה בכתוב בלשון עדים ג"כ אמרינן דלאו אכולי מילתא מסהדי א"כ בשלמא בכתוב בלשון עדים י"ל דאף דאין חותמין כו' אא"כ קראוהו כמו שהקשה הש"ך בסי' מ"ט מ"מ ס"ל להתוס' דכיון דאין עיקר השטר תלוי בזה י"ל דטעו העדים בזה והוי זה כמו מילתא דלא רמיא עלייהו בעת שחתמו בהשטר אבל היכא דכתוב בלשון הבע"ד אני פ' הכהן לויתי מנה דהא הבע"ד בעצמו יודע אם הוא כהן או לא ועכ"ז כתב אני כהן כו' א"כ לא שייך לומר דטעה. ומשמע דאף היכא דידוע בבירור דהבע"ד בעצמו כתב כן בכתב ידו כדמשמע בפשטיות הלשון דבגמ' שם. א"כ כיון דהבע"ד בעצמו אמר כן מקודם חתימת העדים ובתכ"ד של הודאתו דמודה ע"ע באודיתא דלוה מעות מן פ' ודאי נאמן לפרש דבריו דהלוה הוא כהן א"כ מוכח מתוך השטר דיוב"ש שלפנינו לא לוה המעות אחר הוא דאיתרמי דשמו ג"כ יוב"ש והוא כהן דהא על יוב"ש שלפנינו הנידון אי להסתפקן בו כיון דהוא אינו כהן וכשטר נכתב יוב"ש הכהן ומוכח מזה דיוב"ש מן עיר אחרת לוה המעות ואף היכא דנכתב שם העיר בהשטר ג"כ ניחוש לשני שוירי כיון דמוכח מן השטר דהלוה הי' יוב"ש הכהן ואותו שאנו דנין עליו אינו כהן א"כ נראה דהיוב"ש שלפנינו לא לוה אלא אחר הי' הלוה. דאף דבנכתב שם העיר לא חיישינן לשני שוירי כמבואר בסי' מ"ט בח"מ הנ"ל עכ"ז הא כיון דכתב אני כהן כו' זה הוי כמו דנכתב להדיא בהשטר דלאו איהו לוה רק יוב"ש כהן מעיר אחרת לוה המעות ולכל הפחות הא הוי ריעותא גדולה בהשטר שנכתב כהן כיון דהוא אינו כהן והדין נותן דיהי' נאמן כשיטעון כן ובאמת משמע דלא מצי למיטען כלל על השטר ואין נאמן כלל לטעון דאין אני הלוה אלא אחר הוא וקשה דאמאי לא יהי' נאמן בטענתו כן דהא מוכח וכתוב דהשטר לא נכתב עליו כיון דהוא אינו כהן:

יז

ואף דנימא דאולי עשה הלוה כן בערמה כדי שלא יגבו ממנו וכמו דכתב הרמ"א בח"מ סי' מ"ט סעי' ז' ע"ש מ"מ הא נאמן ע"ז כיון דנכתב כן בתכ"ד של הודאתו ומקודם חת"י העדים ובמקום ריעותא גדולה כזו אין להוציא ממון מהמוחזק וגם הדין נותן דאף כשיהי' מודה דהשטר נכתב עליו דמ"מ לא יהי' לו דין שטר לגבות ממשעבדי דהא במקום דחב לאחרים אינו נאמן בהודאתו משום חשש קנוניא ובפרט במקום ריעותא גדולה כזו וכמבואר בכמה דוכתי וגם הא לא הוי השטר מוכח מתוכו דהא שיטת התוס' בגיטין ד' כ"ד וב"מ ד' י"ח דלר"מ דס"ל ע"ח כרתי בעינן שיהי' מוכח מתוכו ועיין מזה בר"נ בגיטין שם ובח"מ סי' מ"ט סעי' ז' ובתומים שם והנה מבואר בגיטין ד' פ"ו דרב הונא

אמר בשם רב דאין הלכה כר"א בשטרות. ובשבת ד' קכ"ח ובתוס' ב"ב ד' קנ"ג ד"ה שלחו לי' כו' דרב הונא עביד בכל מילי כרב ע"ש ורב חסדא אמר ג"כ בגיטין שם דאין הלכה כר"א בשטרות א"כ ס"ל לרב הונא ור"ח דבשטרות הלכה כר"מ דע"ח כרתי וממילא בעינן שיהי' השטר מוכח מתוכו לשיטת התוס' וסייעתם א"כ בכתב כהן על אינו כהן הלא נתבטל המוכח מתוכו מן השטר הזה ואדרבה מוכח להיפך דהשטר לא נכתב על יוב"ש זה דלפנינו ובלתי הודאתו הא אינו מוכח מן השטר עצמו דאיהו הלוה. ואפ"ה משמע מן הסוגיא דכתובות שם דהשטר כשר וגם גובה ממשעבדי ושם בסוגיא דמעלין משטרות ליוחסין קאי ומירי שם רב הונא ורב חסדא אף דס"ל לר"ה ור"ח דבעינן מוכח מתוכו בשטרות:

יח

וגם לשיטת הר"נ והרא"ש דס"ל דלא בעינן מוכח מתוכו והובא שיטתם בתומים סי' מ"ט ס"ק י"א בסופו וע"ש מ"מ קשה הא כיון דכתבו התוס' והפוסקים בגיטין ד' פ' להוכיח מסוגיא דכתובות דמעלין משטרות כו' הנ"ל דשינה בדבר שא"צ לכתוב כשר ומשמע דהשטר כשר ואינו נאמן הבע"ד לטעון דאין אני הלוה אלא השטר נכתב על יוב"ש מעיר אחרת דהא אף דלא חיישינן לשני יוב"ש ולשני עיירות כ"ז דלא הוחזקו כמבואר מ"מ הא כיון דנכתב בהשטר דיוב"ש הכהן לוה המעות והוא אינו כהן א"כ ממילא הוי כמו דנכתב מפורש בהשטר דהלוה הי' יוב"ש הכהן מן עיר אחרת ולא זהו שאנו דנין עליו ואפ"ה השטר כשר ואינו נאמן לטעון כן ואם הי' נאמן בטענתו כן א"כ לא שייך לומר דהשטר כשר ובאמת משמע דגובה גם ממשעבדי בשטר כזה דאל"כ לא שייך למסתם ולומר דהשטר כשר ובחשש גביות ממשעבדי אף במודה ג"כ יש לחוש לקנוניא ובפרט במקום ריעותא גדולה כזו דנכתב הכהן והוא אינו כהן וכנ"ל:

יט

וכן יש להעיר בהא דגיטין ד' פ' הנ"ל דכתבו התוס' והרא"ש והר"ן וש"פ דשינה מקום הלידה הגט כשר והוכיחו כן מהך דכתובות הנ"ל ובגט בעינן דיהי' מוכח מתוכו לשיטת התוס' וסייעתם וכן ספר כריתות דיהי' ספירות דברים כתב בהגט בעינן לכ"ע וכמ"ש הר"ן בפ"ב דגיטין. וכן קיי"ל באה"ע סי' קכ"ח דשינה מקום לידה כשר הגט. והא הגט הוא לשון הבעל והוא בעצמו אומר אני פב"פ שנולדתי במקום פ' בשקר והוא בעצמו יודע מקום הלידה שלו ומשמע דאף שכתב הבעל בעצמו להגט בשינוי מקום לידתו דג"כ כשר הגט ועי' בסי' קכ"ג. ועכ"ז מכשרינן וכמבואר בבית יוסף אהע"ז סי' קכ"ח בשם הרשב"א בתשובה שכתב בזה"ל דנולדתי במקום פ' בשקר ואפ"ה הכשירו וה"ה

במקום עמידת הבעל דאם שינו דג"כ מבואר שם דכשר וקשה כנ"ל דהא נתבטל עי"ז הספירות דברים והמוכח מתוכו:

ענף ד

כ

ומכל זה יש להוכיח להך כללא שכתב הר"ן בתשובה סי' ל"ג דכיון שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שיצא לו ריעותא מצד אחר שנראה ממנו שאינו הוא דאין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין אותו בשינוי שהוא עשוי להשתנות וראי' לזה מב"ב ד' קנ"ה כו' ע"ש בהר"ן. וכמו כן הכא בכתובות כיון שנכתב השטר על יוב"ש מן עיר פ' והדין הוא דלא חיישינן לשני יוב"ש ולשני עיירות שוות ואינו נאמן לטעון לאו אנא כנ"ל ע"כ אף דיש ריעותא בהשטר דנכתב כהן והוא אינו כהן. עכ"ז מתרצינן במשמעות רחוקה. כדי שלא נסתור הכלל דקי"ל לדינא דלא חיישינן לשני יוב"ש ולשני שוירי ולא חילקו גם בכה"ג אף דיש לנו ריעותא והוכחה מן השטר עצמו דלא זהו שאנו דנין עליו עכ"ז מכשרינן השטר ומתרצינן ותלינן באיזה אמתלאה אף ע"י משמעות רחוק ומוציא ממון ממנו אף דאמר הלוה ברי להכחיש להיפוך אלא תלינן מדעתינו ואמרינן דעשה הלוה זה לאיזה כוונה דרצה להיות מוחזק בשם כהן כדי ליטול מתנות כהונה וכה"ג או אף היכא דאין לומר ולחושדו בזה עכ"ז אמרינן אולי הי' לו כוונה אחרת באיזה טעם בעולם במה שכתב כהן ע"ע א"כ כש"כ היכא דאין לנו טענת ברי נגדינו להכחיש דוודאי תלינן באיזה אמתלאה בעולם כיון דנראה מתוך הענין כי זהו האיש שאנו דנין עליו ואף דיש לנו איזה ריעותא מצד אחר עכ"ז מתרצינן אף ע"י משמעות רחוק וכעין סברת המ"ב בסי' ק"ט הנ"ל והחתם סופר פקפק על דברי המ"ב בזה:

כא

אכן לפי מה שנתבאר יש להוכיח מהך דכתובות דגם בכה"ג תלינן דזהו האיש שאנו דנין עליו ומפרשינן אף ע"י דבר רחוק ומתרצינן אף דהלוה טוען להכחיש את הענין של השטר כנ"ל ומקרי השטר בשם מוכח מתוכו וכן מכשרינן מה"ט את הגט גם בשינו מקום לידתו. וע"כ ה"ה בנ"ד כיון דמתוך דברי העד נראה דזהו האיש שאנו דנין עליו וע"כ אף דאמר בשמו דהי' נקרא בשם אבראמאוויטש ובאמת זה האיש דנראה דזהו האיש שאנו דנין עליו הי' נקרא בשם שלאמאוויטש. דתלינן דטעה ונשכח ממנו במשך כמה שנים ונתחלף לו בשם אבראמאוויטש וכמו דכתב המ"ב דתלינן בטעות ולדעתי נראה דהאמתלא דתלינן בטעות בענין מילתא דלא רמיא עלי' ולאו אדעתי' וכמו בנ"ד דזהו יותר שכיחא מן האמתלא דתלינן במה שכתב בעצמו עליו כהן על אינו כהן בהשטר מקודם חת"י העדים ובכת"ד של ההודאה והנה בעדים דכתבו כהן על אינו כהן דלאו

אכולי מילתא קא מסהדי הטעם הוא דתלינן דטעו ולא נתנו על לב לדקדק בזה לפי דזהו אינו מן הנצרך כ"כ להשטר וטעו בעת שחתמו אבל בבע"ד עצמו שכתב כהן על אינו כהן בע"כ הטעם הוא כמו שנתבאר בעז"ה וזהו יסוד גדול וסייעתא לדברי הר"נ והמ"ב:

כב

והנה מן הר"נ משמע דרק בדבר העשוי להשתנות תלינן וכפי ראייתו שהוכיח כן מהך דב"ב ד' קנ"ה. אכן לפי מה שכתבתי להוכיח כן מכתובות ד' כ"ד מוכח לפ"ז דגם על משמעות רחוקה מתרצינן כדי דלא נסתור למה דמוכח מתוך השטר זולת הריעותא וממילא הוי כמו שטר בלא ריעותא כי מסלקינן הריעותא לגמרי ונידון דידן וכן נידון הר"נ והמ"ב הוי כש"כ מן הך דכתובות דהא בהך דכתובות טוען הלוה ברי להכחישו וגם הא בהך דכתובות אף דלא נימא לתרץ זה ע"י האמתלא דתלינן מ"מ לא נסתור את השטר לגמרי דהא רק מספקינן שמא נכתב השטר על יוב"ש מן עיר אחרת משא"כ בנ"ד דאם לא נתלה דטעה א"כ נחזיק את העד למשקר דהא בעיר דווין לא הי' שום אנ"ח אחר דיהי' לו כל הסימנים אשר אביו הוא על הזאמד ואחיו חולה כו' דיהא נקרא האנ"ח בשם אבראמאוויטש:

וגם הא אין לנו שום ברי שיכחיש זה ע"כ ודאי יש לנו לסמוך על דברי המ"ב ולומר דטעה כיון דהוי מילתא דלא רמיא עלי' וכנ"ל בארוכה וע"פ כל זה כתבתי בקונטרס אחד במק"א לדון הרבה בגט שכתבו כהן על אינו כהן והארכתי בדברי הנו"ב ותשובת רע"א זצ"ל מזה ואכ"מ:

כג

והא דלא כתב הר"ן בתשובה סי' ל"ג להוכחה הנ"ל מהך דכתובות נלע"ד דהר"ן לטעמי' אזיל דפב"ב דכתובות בר"ן שם מסיק בשם הרמב"ן דכתב דשאני בהך דכתובות דהוי בחזקת כהן לכה"פ וכשיטת הש"ך בחו"מ סי' מ"ט והביא שם שיטת הר"ן הנ"ל וכן הובא דברי הר"ן והש"ך הנ"ל באה"ע סי' ג' בב"ש ס"ק ז' ע"ש א"כ לפי הך שיטה אין מקום כלל למה שהוכחתי מהך דכתובות הנ"ל וע"כ לא הביא הר"ן בתשובה להוכחה הנ"ל אכן לפי שיטת התוס' והרשב"א דלא ס"ל כן והוכיחו מזה לדינא בגיטין ד' פ' להכשיר הגט בשינוי מקום לידתו וכן פסקינן באה"ע סי' קכ"ח וגם הר"ן גופי' פסק כן בגיטין ד' פ' הרי דתפסו כולם דעיקר הך סוגיא דכתובות ד' כ"ד הנ"ל מיירי אף דלא הוי בחזקת כהן כלל ולכן למדו מזה להכשיר בשינו מקום לידתו בהגט ע"כ יש לנו לסמוך לדינא על הך דכתובות דמוכח משם כפי עיקר הכלל של הר"ן בתשובה דכיון שהשטר מספיק בעצמו מצד הדין אלא שנמצא בו איזה ריעותא שנראה מזה שאינו הוא דאין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין ומתרצינן מעצמינו באיזה אמתלא בעולם כדי שלא נסתר

את השטר או את העדות ואף ע"י משמעות רחוק וכדברי המ"ב והחתם סופר בתשובה דמתרצינן דבריו כו' כמו שנתבאר דהא התם הוי שינוי שאינו עשוי להשתנות כ"כ ומ"מ מתרצינן כו' ובפרט דיש לומר דנ"ד מקרי דבר העשוי להשתנות מצד דהא הוי מילתא דלא רמיא עלי' ולא נתכוין בעת ראי' להיות עד וכמו שנתבאר לעיל דהא בשעת שמיעת העד על שמו איך הי' נקרא לא נתכוין אז מעולם להיות עד ע"ז לאח"ז ועדיף זה מעובדא של המ"ב דהא בעובדא של המ"ב נתכוין העד להעיד בעת ששמע מן הגוים איך שהאב ובנו נהרגו והי' להם עסק עם הדוכס כו' ומסיק המ"ב ע"ז דהוי זה מילתא דלא רמיא כו' וכמו א' אומר ג' בחודש כו' דטעו ותלינן בטעות ולא בשיקרא כו' ופלגינן דיבורא כו' עכ"ל ובנ"ד דלא נתכוין להיות עד ע"ז מעולם א"כ אף דנימא דהחולקים על התוס' ישנים בכריתות דחולקים גם בכה"ג שכתבתי לעיל לדון דכ"ע מודו בכה"ג להתו"י אלא ס"ל דבכל גווני נאמנים להעיד אף דלא נתכוונו להעיד דעכ"ז במקום אמתלא יש לנו להעיד למנקט לכ"ע לסברת התו"י דכיון דלא נתכוין להיות עד יכול להיות דשכיח דיטעה בזה וכיון שהעדות מספיק ונראה ממנו שזה הוא שאנו דנין עליו רק דנולד ריעותא מצד עדותו על מה שלא נתכוין להעיד דאין סותרין מזה לעדותו שהעיד על מה דנתכוין להעיד ותלינן דנשכח ממנו וטעה דנתחלף לו שם שלאמאוויטש על אבראמאוויטש:

ומקרי זה בשם שינוי שעשוי להשתנות ואף להר"ן בתשובה דנקט בשם שינוי שעשוי להשתנות דגם נ"ד הוי שינוי שעשוי להשתנות במשך הזמן רב בכמה שנים שעברו מאז עד היום דזהו דבר המצוי כן למטעי בכזה:

ענף ה

כד

והנה לכאורה יש לדון בהראי' שכתבתי מהך דכתובות דהא איסורא מממונא לא ילפינן כמבואר בב"מ דף כ' ובתוס' שם אבל באמת זה אינו דהא חזינן בתשובת הר"ן סי' ל"ג דיליף כעין זה מהך דפרק מי שמת דאמרו גבי ממונא דסימנים עשוין להשתנות לאח"מ דלמד מזה דה"ה בהיתר עגונא כנ"ל הרי דאינו מחלק בזה בין איסורא לממונא משום דבנידן כזה אין לחלק בין ממונא לאיסורא כיון דעצם עדותו מועיל להתיר בעריות רק דנולד לנו ריעותא מצד אחר בזה שפיר ילפינן מממונא דתלינן לתרץ דלא יהא סתירה מזה למה דהי' מוכח מתוך עיקר העדות אם לא היה הסתירה כלל ומסלקינן להריעותא והוי כמאן דליתא להריעותא כלל מעולם ומתירין להאשה כו' וכן י"ל במה שהוכחתי מהך דכתובות אף דמיירי התם בממונא ושפיר הוכחתי ועוד דהא התוס' בגיטין דף פ' וכל הראשונים שם כתבו להוכיח מהך דכתובות דשינה בדבר שא"צ לכתוב דהגט

כשר ולא חילקו בין ממונא לאיסורא דבגט יש להחמיר ביותר משום לעז וכמש"כ התוס' בב"מ דף כ' דבאיסורא החמירו ביותר משום חשש לעז וע"כ מוכח דבכה"ג לא שייך לחלק בין ממונא לאיסורא:

כה

ועוד דהא נ"ד דמיירינן באיסור יבמה לשוק בזה י"ל דקילא דהא התוס' בב"מ דף כ' ד"ה איסורא מממונא כו' כתבו דבא"א החמירו דמשאל"ס לא תנשא לכתחילה ועוד כו' והנה ביבמות דף ל"ו ע"ב תוס' ד"ה הא לא שהא ספיקא הוי כו' כתבו דמשום ערוה החמירו במשאל"ס ומשמע דיבמה לשוק לא מקרי דבר שבערוה ולא החמירו בכזה ועיין בחמדת שלמה סי' ט"ו שכתב לדון ביבמה לשוק אי הוי דבר שבערוה ואכמ"ל וכעין זה אי' בח"מ סי' רפ"ד דמשום איסור כרת החמירו גבי משאל"ס. וכן הוא בהרמב"ם. א"כ בחשש איסור יבמה לשוק דליכא בי' כרת שפיר ילפינן בזה מממונא אכן זה נסתר מהך דב"מ דף כ' הנ"ל דהא אמרו שם היכי פשיט מר איסורא מממונא וא"ל שטרי חליצה ומיאונין תנן ומייתי ראי' מזה שם עלי' דההוא גיטא דאשתכח ב"ד דרב הונא כו' הרי מבואר להדיא שלא לחלק בין איסור א"א ובין איסור יבמה לשוק וכמו דמבואר בב"ב ד' קל"ה ע"א דאמרו אם הקלנו בשבוי' נקל בא"א וכפירוש הרשב"ם שם. אף דהתם מיירי בחשש איסור יבמה לשוק ועיין בהגהת הב"ח שם מצידו ובחי' הרמב"ן ושמ"ק שם ובתוס' קידושין דף י"ב ובכתובות דף כ"ג. ובתשובת רע"א זצ"ל סי' ק"ד ובגליון המשניות לגיטין פ"ג משנה ג' אות כ"ו ולכן גם בחשש איסור יבמה לשוק יש לדון ג"כ דגם בזה שייך לדון להך כללא דאיסורא מממונא לא ילפינן ועיין ביבמות דף צ"ד דלאיסור כרת התרת לאיסור לאו לא כש"כ וקצרתין. אכן העיקר כמו שכתבתי לעיל להוכיח מן דברי הר"נ בתשובה הנ"ל וכן מן התוס' והראשונים דגיטין דף פ' הנ"ל דבכה"ג אין לחלק בין איסורא לממונא וכמו שנתבאר לעיל ולכן שפיר כתבתי להוכיח ביסוד דהיתירא בנ"ד מן הך דכתובות דף כ"ד הנ"ל:

כו

והנה מתחילה היה בדעתי לדון בנ"ד דאפשר לנו למתלי אולי האיש האחר שנלקח לאנ"ח היה כינוי משפחה שלו בשם אבראמאוויטש וע"כ נקרא גם האנ"ח זה שנלקח עבורו ג"כ בשם אבראמאוויטש וכפי שהי' הדרך והנהוג בעת חוק הפאימניעס וכיוצא או אולי יכול להיות כי המיר דתו ובעת המרתו קראו לו אז בשם אבראמאוויטש כי כן דרכן, אך ראיתי כי אין אפשר לדון כן בנ"ד מחמת כמה טעמים ולכן העיקר בפשטות הענין לענ"ד לדון ולמתלי כ"ז בטעות העד כי נחלף לו שם שלאמאוויטש בשם אבראמאוויטש כיון דעברו יותר מן שלשים שנה מאז עד היום וגם רובא דשמא מן האותיות האחרונים

שווין המה. ובב"ב ד' קס"ו ע"ב אמרו להך רוב דשמא על ענין אחר ע"ש וראיתי בתשובת בית אפרים על אה"ע סוף סי' ז' שהביא ג"כ לדברי תשובת משאת בנימין סי' ק"ט הנ"ל: **ובנ"ד** דהוא יותר משלשים שנה ודאי דזה מקרי עבידי למטעי ולמתלי זה בטעות כיון דלא נתכוין להיות עד ע"ז לאח"ז לכן יש לנו לסמוך ע"ז ולהתירה מכבלי העיגון וגם יש מקום לצרף לסניף קצת מה דיש מקום לדון בעיקר הקידושין שלה בנ"ד דהוי כמו מום ומקח טעות בעיקר הקידושין אף דקשה לסמוך ע"ז מ"מ לסניף קצת יש לצרפו:

כז

ולכאורה היה מקום לדון עפ"ז דין ספק ספיקא היינו ספק א' בעיקר הקידושין ונישואין שלה וספק שני מה שיש לדון ע"פ היתר הגב"ע הנ"ל והי' לי מקום לדון בארוכה בכ"ז אך אין רצוני בזה מטעם דהא בעינן גבי דין ספק ספיקא דיהי' חלין ביחד וכמבואר ביו"ד סי' ק"י סעי' ט' ובמג"א סי' תל"ט ס"ק ג' וכן מוכח ביבמות דף קי"ג גבי אשת חרש דאי אמרת עתים חלים ועתים שוטה קידושי מצי מקדש גירושי לא מצי מגרש ולא דייניגן התם ספק ספיקא ספק א' שמא הי' בעת הקידושין בעתים שוטה ואת"ל דהי' אז חלים אכתי ספק שמא עכשיו בעת הגירושין הוא בעתים חלים. וע"כ מוכח מזה דכיון דהספיקות לא נולדו ביחד אלא הספק הראשון היה בעת הקידושין והספק השני הי' לאח"ז בעת הגירושין דלא מהני ס"ס כזה וכן העיר שם בדרוש וחידוש של רע"א זצ"ל ליבמות שם ע"כ אין לדון גם בנ"ד ספק ספיקא הזה. דהא הספק הראשון הי' בעת הקידושין ונשואין שלה והספק השני נולד אחר זמן ע"כ לא רציתי להאריך ולדון ע"פ ספק ספיקא הזה. וגם הי' בדעתי לדון ספק ספיקא ע"פ מה דיש להעיר במומר יבם דפליגי הראשונים אם הי' מומר בעת הנשואין אם זוקק ליבום או לא אך בנ"ד הא נתבאר לעיל דאין להאמין להעד הראשון שאמר שהמיר דתו וגם הא מן הגב"ע השני דמעיד דיהודים קברוהו א"כ מוכח מזה דלא היה מומר דאם הי' מומר לא הי' מניחין ליהודים לטפל בקבורתו כידוע וע"כ חדלתי מן היתר זה וכעת ראיתי באה"ע סי' מ"ז בבאר הטיב ס"ק ג' שכתב בשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה ואח"כ באו שנים ואומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה מותרת מטעם ס"ס עיין כנה"ג עכ"ל אכן לפי מש"כ יש לדון בזה דהא לא הוי שני הספיקות בבת אחת ואכמ"ל וכן ראיתי כזה בהרשד"ם וקצרתי:

כח

והעיקר כפי יסוד דהיתירא שהעליתי מקודם ב"ה דמה שהעיד שהי' נקרא בשם אבראמאוויטש זהו בגדר מילתא דלא רמי' כו' ומילי דכדי כו' ויש לנו למיתלי דטעה ונתחלף לי' שם שלאמאוויטש על שם אבראמאוויטש כיון דאז לא נתכוין להיות עד ע"ז לאח"ז ובפרט דזהו יותר מן שלשים שנים עד כעת וידעתי מה דיש לדון ולחלק דדוקא

בעד המעיד על איזה מעשה או על מה ששמע מאחרים. בזה מצינו דיש לדון דהוי מילתא דלא רמיא עלי' וכו' וכמו הנידון של התו"י בכריתות דכתב כן בעדים ששמעו מן בע"ד וכו' יעו"ש אבל בנ"ד דאמר דהוא בעצמו קרא לו בשם אבראמאוויטש אפשר דבכה"ג לא תלינן לומר דזהו מילתא דלא רמיא עלי' וכעין זה מחלק הנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' ט"ז וכתב דבדבר שאדם עושה בעצמו לא שייך לומר כן והובא בפ"ת ליו"ד סי' צ"ד ס"ק א' אבל באמת אין לחלק בזה כמבואר שם באחרונים גבי תחיבת כף וכעין זה בט"ז יו"ד סי' ק"צ סעי' נ"ב והביא שם להך דח"מ סי' ע"ט סעי' י"א ובשבועות דף ל"ד דלא עברתי בצד עמוד פ' ובאו עדים שעבר בצידו דאמרינן דהוי מילתא דלא רמיא כו' וכן באומרת זמן רב אחר שכיבתן שלא באתי למקום שנמצא הדם דיש לומר דבאת כו' ומילתא דלא רמיא עלי' כו' ונשכח ממנה ועיין בנקודת הכסף שם. הרי דאף במה שעשה בעצמו מצינו דכיון דהוי מילתא דלא רמיא אמרינן דנשכח כו' ובפרט דאין זה מעשה רק דיבור דיש לחלק בזה וקצרתי ובב"ב דף ל"ט אמרו לי' לא מפקינן שותא רב הונא ברי' דר"י אמר מילתא דלא רמיא כו'. הרי דאף במה דאמרו בעצמם כן מ"מ דיינינן בזה דהוי מילתא דלא רמיא וכו' אך מהך דב"ב אינו ראי' דהא הרשב"ם פי' שם בזה"ל כלומר אינו נותן אל לבו שקבל הדבר לכסותו כו' וע"כ אינו ראי' מהתם לנ"ד]:

כט

אך בנ"ד אין אנו צריכים לכל זה דהא לא אמר העד שהי' קורא לו בעצמו בשם אבראמאוויטש רק העיד שהי' נקרא בשם אבראמאוויטש א"כ יכול להיות גם בנ"ד ששמע מן אחרים שהיו קורין לו בשם אבראמאוויטש או מן האנ"ח האדונים של הנפטר שהיו קורין לו בשם זה כפי עדותו ובאמת מוכח מן הגב"ע הזה שלא הי' מקורב כ"כ עם הנפטר וראי' לזה דהא העיד כי קודם מיתתו שאלו לו על ביתו מה יצוה קודם מותו להודיעם. ומשמע דמקודם מיתתו לא ידעו כלל ממנו ומנין הוא ואי' מקומו ע"כ יש לנו למתלי ולתרץ דברי עדותו דלא יהיו סותרים דבריו אהדדי:

והוא דהעד בעצמו לא היה מקורב עם הנפטר שאנו דנין עליו ומה שמעיד שהי' נקרא בשם אבראמאוויטש הוא ע"פ מה ששמע מן אנ"ח אחרים שקראו לו כן ולכן יש לנו לדון דזהו כעין כל מילתא דלא רמיא עלי' וכמו הך דסנהדרין דף כ"ט דאף דהודה בעצמו מתחילה מ"מ אמרו בזה דזהו מילתא דכדי דלא דכירי אינשי וכנ"ל וה"ה בנ"ד כיון דחזינן דלא הי' מקורב עמו כ"כ הוי זה בכלל דברים של חינם ודברים של מה בכך דלא דכירי אינשי ולכן אף דיגיד כעת העד בתורת עדות שנית דהי' מקורב עמו והי' קורא לו הרבה פעמים בשם אבראמאוויטש וזוכר זאת בבירור:

עכ"ז דייניגן בכה"ג דאינו חוזר ומגיד לסתור עדותו הראשונה:
כיון דבעדותו הראשונה יש לנו לפרש ולמתלי כנ"ל דלא יסתור דברי עצמו. ע"כ זהו בכלל כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד:

ענף ו

ל

והנה המשאת בנימין בסי' ק"ט כתב להוכיח דתלינן בטעות מהא דע"א אומר בדיוטא עליונה וא' אומר בדיוטא תחתונה כו' וכן בע"א אומר ב' בחודש וע"א א' בג' בחודש דאמרינן דטעו בעבורא דירחא כו' והנה מע"א אומר ב' בחודש כו' אינו הוכחה אלימתא כ"כ דשא"ה דרובא דאינשי טעו בעבורא דירחא כמבואר בסנהדרין דף ס"ט. וכן מן ע"א אומר בדיוטא עליונה כו' אינו מוכח מהתם רק בדבר שאין צורך ואין מזה שום נפ"מ לגוף העדות כלל וביותר יש להוכיח כן מן ע"א אומר מאתים וא' אומר מנה או דע"א אומר דמי יין וע"א אומר דמי שמן דמצרפין עדותן כמבואר בח"מ סי' למ"ד משום דעבידי למטעי וכמש"כ התוס' בב"ב דף מ"א ע"ב ד"ה אתא לקמי' דרב יהודה כו' הרי דמצינו דגם בענין שנוגע לגוף העדות מ"מ מתרצינן כדי שלא יסתרו להדדי ותלינן דטעו א"כ כש"כ בנ"ד דלא נתכוין מעולם להיות עד ע"ז לאח"ז ובוודאי יש לנו למתלי דטעה ונשכח ממנו כדי שיתקיים עדותו במה שמעיד על מה שנתכוין להיות עד ובפרט דבאמת רובא דהאותיות של שלאמאוויטש ואבראמאוויטש שווין המה באותיות האחרונים רק בשני אותיות הראשונים של שלאמאוויטש נתחלף לו בזה שכיח הטעות כי אינם רחוקים כ"כ שני שמות הללו וכיוצא בזה מצינו בגיטין ד' ס"ג ע"ב ההיא דהוי קרי לה נפאתה אזל סהדי וכתבו תפאתה משום דטעו בשמה והתם בוודאי אמר להם הבעל שיכתבו לשם אשתו נפאתה והעדים טעו בשמועתן וסברו דתפאתה שמה. וחזינן דכה"ג הוי דבר המצוי לטעות והתם הי' הטעות באות הראשונה של התיבה וכעין זה מצינו בנדרים דף ב' ובנזיר דף ב' גבי כינויי נזירות כנזירות דנזיר נזיק נזיח פזיח ה"ז נזיר ופי' הר"נ שם דזהו לשון שנשתבש בו. והובא בתוס' יו"ט לנדרים פ"א משנה ב' ובנזיר פ"א משנה א' בשם לשון הרמב"ם שהעלגים כו' היו משבשין לשון נזיר על צד שינוי לשונם ואח"כ נעתק זה אל ההמון ונפסד הלשון לפי דיבורם עד שהיו אומרים בשביל נזיר נזיק נזיח פזיח עכ"ל וכן הוא בפי' המשניות להרמב"ם. הרי מצינו כי בהמשך הזמן נשתבש הלשון מן נזיר לפזיח אף שאין להם השתוות כלל רק באות ז' שבאמצע התיבה כמו כן יש לנו למתלי בנ"ד דמחמת המשך זה זמן רב וברבות השנים ערך יותר מן שלשים שנה נשתבש

השומע וטעה מן שם שלאמאוויטש לשם אבראמאוויטש. בפרט דרוב האותיות מן שמו שווין המה:

לא

וכעין זה מצינו בעירובין דף נ"ג ע"ב בני גליל דלא דייקי לישנא מאי היא דההוא בר גלילאה דאמר להו אמר למאן אמר למאן א"ל שוטה חמר למירכב או חמר למישתי עמר למילבש או אימר לאתכסאה. ופי' רש"י דלא היה ניכר אם עמר אם חמר אם אימר הרי מצינו דיש לחול הטעות להשומע בין חמר לעמר או אימר ועיין בח"א שם וכעין זה מצינו בעירובין דף ע"ה ע"ב דאמר רב יוסף רבים ברבי אחלף לי' וכמו כן בנ"ד ברבות השנים מצי לחול טעות להעד השומע מן שלאמאוויטש לאבראמאוויטש כיון דברוב אותיות שווין המה ועיין בחגיגה דף ט"ו גבי הא דא"ל ולרשע כו' אשתמע כמה דאמר ולחלישא כו' ובקידושין ד' כ"ה ע"א וקצרתי ומן כל הלין טעמים נ"ל לפענ"ד דאף אם הי' מתכוין בנ"ד להיות עד על שמו בעת ראי' ושמיעתו דיש לנו ג"כ לדון להיתירא ולמתלי לתרוצי דברי העד דלא יסתרו דברי העד להדדי די"ל דטעה בשני אותיות הראשונים וכמו בע"א אמר מאתים ואחד אומר מנה ובדמי יין ודמי שמן דמתרצינן דבריהם דלא יסתרו אהדדי ותלינן דטעה אף דהוי זה בעיקר הענין מן עדותו. וה"ה במה דסתרי דברי העד בעצמו אהדדי וכמש"כ המ"ב:

ובפרט לפי מה שנתבאר דמצינו כעין זה בש"ס. והנה לעיל כתבתי דלכאורה יש לחלק בנ"ד במה שהעיד על שם הנפטר ובין נידן המ"ב דכתב דתלינן דטעה במה שאומר כי הי' לאב ובנו עסק עם הדוכס כו' דשא"ה דאין זה עיקר מן העדות דאין זה שייכות כ"כ להענין דהתם משא"כ בנ"ד במה שהעיד על שמו אכן באמת מוכח מהך דמנה ומאתים ודמי יין ושמן אף בזה הוי עיקר הענין לעדותן. עכ"ז היכא דסתרי אהדדי מתרצינן דטעה ועיין בב"ב דף נ"ו בתוס' ד"ה אלא מעתה אחד אומר אכלה שלישית כו' וכמו כן היכא דסתרי דברי העד בעצמו דבריו להדדי דמתרצינן אף ע"י פי' דוחק וכמש"כ הסמ"ע כעין זה בסי' מ"ב סעי' ה' והעיקר כשיטת הסמ"ע דשם ואכ"מ להאריך בדברי הש"ך דשם ועיין בגיטין דף פ"ח ע"א וברש"י דבור המתחיל הרי את מלמטה כו' שכתב דבתכ"ד ליכא למימר דמימלך. וה"ה בנ"ד דבתכ"ד לא יסתור דבריו:

לב

וגם הא נ"ד לא הוי פירוש דוחק דהא במשך שלשים שנה מצוי לטעות בין שלאמאוויטש לאבראמאוויטש וכנ"ל וזהו יותר מצוי לטעות בכזה מן מה דאמרו לתלות בטעות העדים במנה ומאתים ובדמי יין ושמן כנ"ל ובדמי יין ושמן הא אף בנתכוונו להעיד בעת ראייתן וגם ייחדן לעדים. ג"כ תלינן בטעות ועיין ברש"י לסנהדרין ד' ל"א ע"א ד"ה לדמי זה

אומר בפני הודה לו דמי יין וזה אומר בפני הודה דמי שמן ע"ש והודאה הא הוי ייחדן להיות עדים וכמבואר בסנהדרין דף כ"ט ע"א וברש"י ד"ה בפנינו משמע שעשאנו עדים עכ"ל וכן הוא בח"מ סי' פ"א דהודאה הוא דא"ל אתם עדיי או בהודאה גמורה דהוי כמו אתם עדיי ואפ"ה אמרינן דטעו בדמי יין ושמן משום דמתרצינן דברי עדותן דלא יסתרו אהדדי ותלינן דטעו בעת שמיעתן שהודה לו על דמי שמן ודמי יין וכן במעידים דראו ההלוואה של מנה ומאתים דתלינן דטעו בעת ראייתן אף בנתכוונו להעיד מדסתמו בזה וגם הא מוכח כן מהך דהודה על דמי יין ושמן כנ"ל א"כ כש"כ בנ"ד דלא נתכוין להיות עד בעת ששמע קריאת שמו של האותו האיש שאנו דנין עליו דודאי תלינן דטעה בעת שמיעתו ובפרט זה משך שלשים שנה ודייניין כן בכדי שלא נסתור מן דבר אחד בקריאת שמו למה שהעיד על הרבה סימנים שאמר להם הנפטר מקודם מיתתו שהוא מעיר דווין ולאביו יש לו בית על הזאמד ויש לו בביתו אח חולה דיותר יש לנו למתלי הטעות במה שלא נתכוין להיות עד ע"ז לאח"ז בכדי שנקיים כל דברי עדותו על הרבה סימנים ושהי' נתכוין להעיד על כל הסימנים הללו שאמר להם קודם מיתתו דהוי כמו ייחדן לעדים ע"ז כנ"ל דאם לא תלינן בטעות בשמיעתו יתבטל כל דברי עדותו לגמרי:

לג

וכבר כתבתי לעיל דאף בהיה מעיד שהוא בעצמו קרא לו בשם אבראמאוויטש דג"כ אין לחלק בזה ובפרט דיש לפרש דברי עדותו דהעיד דזה היה במה שנקרא בשם זה בפי אחרים וטעה העד בשמיעתו וכמו הך דמי יין ודמי שמן דתלינן דטעה בשמיעתו להודאת הבע"ד כנ"ל וכן כתבתי לעיל דאף אם יבא העד הזה היום ויעיד להכחיש כל זה דהדין נותן דאינו נאמן להיות חוזר ומגיד ואין זה נקרא פירוש לדברי העד [ועיין בח"מ סי' כ"ט ובסנהדרין ד' מ"ד ע"ב אלא סותר לדברי עדותו שהגיד בראשונה כיון דע"י זה יסתור כל דברי עדותו לגמרי. דהא בשם אבראמאוויטש ומן עיר דווין ויהיה לאביו בית שם על הזאמד ויהיה לו בן חולה כו' דזהו דבר שלא הי' כלל ביחד בכל הסימנים הללו ואין לנו סתירה יותר מזה. וע"כ אינו נאמן העד אף אם יגיד שנית כהיום לשנות ולסתור דבריו הראשונים:

לד

היוצא לנו לדינא בנ"ד דיש לנו יסודות נכונות להיתירא ב"ה היינו ע"פ דברי התוס' ישנים בכריתות דף י"ב דאם לא נתכוין להעיד אין ממש בעדותן ובנ"ד דהוי ע"א וגם הא אינו מעיד על איזה מעשה שהיה בפניו רק על הדיבור איך היה נקרא בשמו ולא נתכוין אז להיות עד ע"ז לאח"ז וזה יותר מן שלשים שנה מאז עד היום כיון דהיכא דיש בהצטרפות כל הענינים הללו ביחד לא מצינו חולק בפירוש על התוס' ישנים בזה וגם

אף דנימא דאף בכה"ג חולקים על התו"י אלא בכל גווני מהני עדותן וכדסתמו בח"מ סי' כ"ח סעי' י"ג ובסי' ל"ו סעי' א' [ובאמת אינו ראי' מהתם וכמש"כ לעיל וספר חתם סופר אינו ת"י בפה בירשטאן כעת. אך ראיתי בפ"ת ח"מ סי' ל"ו ס"ק ג' ובאה"ע סי' מ"ב בפ"ת ס"ק י"א שהביא בשם חתם סופר מזה עכ"ז הא לכל הפחות יש לנו למתלי במה שמעיד על מה דלא נתכוין להיות עד דטעה בזה דהוי זה כאמתלא המועיל ובכדי לקיים כל עיקר עדותו ולא יובטלו. דהא במה שמעיד שהיה שמו בשם אבראמאוויטש ויש לו אב בעיר דווין ויש לו בית שם על הזאמד ואחיו חולה וכל הסימנים כו' דכל דברי העדות הללו אינו יכול להיות ביחד וע"כ מוכח דטעה באיזה דבר מן עדותו וע"כ יש לנו למתלי הטעות במה שלא היה מתכוין אז בעת שמיעתו שיהי' עד ע"ז לאח"ז וזהו באחד מן עדותו שהעיד על שמיעתו שהיה נקרא בשם אבראמאוויטש בכדי שיקויים כל הנך דברים הרבה מן עדותו שהי' מתכוין להעיד ע"ז וזהו על כל הנך סימנים הללו ביחד דיש בהם דברים ועניינים רבות ולכל הפחות יש לנו לסמוך על סברת ודברי התוס' ישנים שיהי' זה לאמתלא המועיל לכ"ע:

לה

וגם נתבאר לעיל דיש לדון דאף אם הי' מתכוין להעיד על קריאת שמו לאח"ז דגם בזה יש למתלי דטעה בשמיעתו לקריאת שמו וכמו בהודה על דמי יין ושמן לפני העד דתלינן דהעד טעה במה שמעיד על הודאת הבע"ד לפניו וכיוצא בזה וגם הא בנ"ד דלא היה מקורב העד עם הנפטר כ"כ דהא קודם מיתתו שאלו לו על ביתו מאין הוא והשיב להם כי הוא מן עיר דווין וכל הסימנים הללו ובפרט דברובא דשמי' שווין המה שם אבראמאוויטש לשם שלאמאוויטש. ובמשך זמן רב כזה הוי זה דבר המצוי לטעות בין שם שלאמאוויטש לשם אבראמאוויטש וכמו שנתבאר לעיל דמצינו כיוצא כאלה ולכן כיון דעיקר העדות מספיק להיתירא מצד עצמו ע"כ אף שיש בי' ריעותא בדבר אחד מן כל הענינים שמעיד דהדין הוא דאין סותרין עי"ז לדברי עיקר עדותו אלא תלינן בדבר העשוי להשתנות וכדברי הר"נ והמשאת בנימין דהא גם נ"ד הוי דבר העשוי להשתנות דזהו ג"כ דבר המצוי לטעות במשך שלשים שנה בשם שלאמאוויטש דנתחלף לו שם זה על שם אבראמאוויטש כיון דרובא דשמי' שווין המה כנ"ל בארוכה וע"כ יש לנו לדון ביותר דטעה בשני אותיות הראשונים של שמו ולקיים כל ענין דברי עדותו במה שמעיד על כל הענין בארוכה וכפי המבואר בהגב"ע מן העד הזה:

ויש לי עוד מה דיש לדון בכ"ז עוד אך מחמת חולשתי וגם מחמת מניעת הספרים להשיגם פה בירשטאן ע"כ כאן שבתה קולמסי וסיומא דפיסקא כי דעתי מסכמת

להיתירא והנני נמנה עם כת"ר להתירה מכבלי העיגון ומותרת להנשא. כה דברי ידידו דו"ש הבא על החתום יום ב' ד' מנחם אב שנת תר"מ לפ"ק פה בירשטאן:

סימן כד

ב"ה יום א' ח' אלול תרכ"ט לפ"ק.

נשאלתי לחוות דעתי בענין א' וכי הוא זה איש א' נשא אשה ולא רצתה להיות עמו מפני שאינו ראוי לאשה והשיגה ממנו ג"פ ואח"כ נשא שנייי שלא ידעה מעסק ביש של הראשונה ועלתה לה כמו שעלתה לראשונה ואח"כ נשא שלישית היא העלובה הנוכחית והיא אומרת שלא ידעה רק מאחת הראשונות ששמעה שנתגרשה ממנו משום חסרון בנים. וגם שבלא"ה לא היתה טובה בעיניו ונגמר ביניהם קודם החופה שיתן לה כתב שבאם לא יהי' לה ולד ממנו עד משך ששה שנים יתן לה ג"פ וע"י איזה דחויים היתה החופה קודם הכתיבה הנ"ל ואח"כ למחר או ביום השני קודם יחוד שלהם לא רצתה להיות עמו בלא הכתב וכתב לה אז כתב הנ"ל ונתן לה ואח"כ כשנתיחדה עמו ומצאתו בלתי ראוי כלל לאשה טענה וקבלה עליו שיתן לה גט והוא טען שהיא מחויבת להיות עמו עד כלות הששה שנים והיתה יושבת בביתו ומתפרנסת ממנו בהלבשה והנעלה ומזונות היא ובתה קטנה פעם במריבה אודות הג"פ פעם שלא במריבה לעתים רחוקים היתה טובלת וג"פ לא יכלה להשיג ממנו עם כל ההשתדלות ותהי עמו על דרך הנ"ל עד קרוב לששה שנים ומת בלא נתינת ג"פ להאשה והאיש הזה הי' לו אח שנשלח טל קאטערזנע לסיביר אחר אשר ספג מכות פלעטנעת נאמנות ע"פ המשפט אשר נחרץ עליו והניח בנים ואשה בלתי מגורשת כי לא רצה לגרשה כדי שתלך עמו והוא נשתלח עשרים שנה קודם הנשואין של האשה הנ"ל עם אחי הנשתלח הנ"ל בעוד לא נתרפא מהכאותיו ולא הי' מאתו שום ידיעה לב"ב מאז נפרד מהם ובעת שנשתלח הי' בן ערך שלשים וחמשה שנים והאשה העגונה הנ"ל אומרת והדברים מוכיחים שכן הוא האמת שהיא לא ידעה מהאח ההוא עד משך ארבעה שנים אחר נישואין אשר אז נודעה מזה ע"י איזה סיבה מגילגולי דברים ולא יכלה להשיג ממנו ג"פ כנ"ל במותו הי' ערך בן מ"ג שנה ואחר מותו בדקוהו ונמצאו לו שערות בבית השחי קצרות ומפוזרות גם למטה נמצאו לו שערות מפוזרות וקצרות אברו וכיסו הי' כשל תינוק בן שמונת ימים ויש שאמרו כבן ערך חצי שנה ולכל היותר כתינוק בן שלשה שנים והאשה אומרת שבשום פעם לא הרגישה כניסת האבר לתחילת בית החיצון שהיא לפנים מן השפתית כי השפיות פשוט שאינם בכלל בית החיצון לענין הראה ואינה יודעת כלום אם הי' מתקשה או לא ובשום פעם לא הזריע כלום והי' לו סימני סריס בזקן לא הי' לו אף שער א' קולו הי' לקוי

ובלתי ניכר בין איש לאשה גם נשמע לדבר מבורר אשר ראוהו רוחץ בימות הגשמים לא הי' בשרו מעלה הבל וגם נשמע שראוהו מטיל מים ואינו עושה כיפה האשה העלובה הנ"ל היא ילדה עדנה ומצוה גדולה להזדקק לה ולחפש אחר צדדי ההיתר מכבלי העיגון אם מותרת עפ"י ד"ת זהו תורף השאלה שנדרשתי לחוות דעתי בזה:

ענף א

א

תשובה כי לכאורה יש לדון בזה צד היתר מצד דהא אם לא הביא ב' שערות בזקן קי"ל דמהני סי' א' להחזיקו בסריס חמה כמבואר ביבמות דף פ' ובטושו"ע סי' קע"ב. א"כ בנ"ד דאין לו שום שער בזקן וגם קולו לקוי ואינו ניכר בין איש לאשה י"ל דהוי ס"ח ופטורה מחליצה אבל דא עקא דהא מבואר ביבמות שם ובנדה דף מ"ז דדוקא בלא הביא ב' שערות בגופו אז יש לו דין סריס ע"פ הסימנים שנתנו חז"ל אבל בהביא ב"ש אין לו דין סריס וכמש"כ הרמב"ם פ"ב ה"א ובתוס' והרא"ש שם:. ובטושו"ע שם סעי' ה' [ומש"כ בטור שם בזה"ל או שלא נתמלא זקנו אפי' הביא ב"ש בערוה ואין לו שערות בזקן כו' חשוב סריס זהו טעות סופר כמש"כ הב"ח יע"ש א"כ לפ"ז בנ"ד דיש לו ב"ש בבית השחי ובמקום הערוה ע"כ אין לו דין סריס כלל ועוד דהא מבואר ביבמות דף פ' ע"א דבעינן מנא ידעינן שהוא לקוי ממעי אמו ומוקי לה אביי דמיירי בראוהו מטיל מים ואינו עושה כיפה וכן פסק הרי"ף והרא"ש וברמ"א סי' קע"ב סעי' א' בשם הריב"ש והובא בב"י שם דבעינן דווקא ראו מיד שנולד שהטיל מים ואינו עושה כיפה א"כ בנ"ד שלא נתברר שהי' לקוי ממעי אמו ע"כ אין לו דין סריס וודאי:

ב

והנה לדון היתר בנ"ד עפ"י מש"כ החוות יאיר בתשובה סי' רכ"א ג"כ קשה לסמוך ע"ז למעשה כמש"כ שם החוות יאיר בעצמו שאין זה רק להלכה אבל לא למעשה וכן בתשובת שבות יעקב סי' ק"א השיג על החוות יאיר בזה יעי"ש וכבר הקדימם בזה התשב"ץ ח"א ד' ד' דהשיג על הסוברים לצדד להיתירא מצד דאינו יכול לבעול ואף גיטא לא בעי דהוי כתנאי מפורש כו' והשיג ע"ז התשב"ץ עיין שם וכן בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ד' ענף ג' הבאתי דברי התשב"ץ הנ"ל וחזקתי דבריו יעיי"ש וכן בספר בשמים ראש סי' ש"מ נשאר בספק בזה וסיים ואין ולאו ורפיא בידי:

גם כתב להסתפק שם אם שניהם רוצים בהקדושין אף ביודעים מן מום זה אם יש ממש בהקידושין או לא יעו"ש ובכסא דהרסנא סוף סי' ש"מ יעו"ש ובאמת זה נסתר מן התוס' נדה דף כ"ג ד"ה לאתסורי באחותה כו' ומן הראשונים והשו"ע בסי' מ"ד ובסי' קנ"ד ובב"י

שם והתוס' יבמות דף ס"ה ע"ב ד"ה כי הא וודאי כפינן כו' וקצרתי]. ע"כ אין שום מקום לסמוך ע"ז לצדד להיתירא:

ובספק סריס דנ"ד יש שני ספיקות להחמיר א' דלמא הביא ב"ש קודם ך' ועוד ספק שמא לא הי' לקוי ממעי אמו ע"כ ננעלו דלתי ההיתר בעיני בזה כעת. ורציתי לפרוש מזה ולא להכניס א"ע כלל בכ"ז ובענין החמור הלזה אכן מחמת בכייתה וצעקתה הבאה אלי נכמרו רחמי על האשה העלובה וראיתי לצדד להיתירא כפי מה שהורוני מן השמים:

ג

וזהו כי מתחלה נראה לברר אם יש לו דין סריס לכל הפחות לאחר שהגדיל ואח"ז נבאר מה דיש לדון במה דבעינן לקוי ממעי אמו והוא כי מבואר בגמ' דדוקא אם הביא ב"ש קודם עשרים אז אין לו דין סריס אבל בהביא ב"ש אחר עשרים אז יש לו דין ס"ח וידוע שיטת הרא"ש דהובא בח"מ סי' ל"ה דאם שהו לבודקו זמן רב ונמצאו לו ב"ש אח"ז דהוי בחזקת גדול למפרע משעה שהגיע לי"ג שנה והרמב"ן והרשב"א חולקים ע"ז והובא באה"ע בבית יוסף סי' מ"ג ובאה"ע סי' ל"ז בח"מ ס"ק ה' ובב"ש ס"ק ה' מזה וכבר האריכו בזה הנו"ב בתשובה ובספר אגודת אזוב מהגאון בעהמ"ח ספר מראות הצובאות ושארי אחרונים בתשובות ואנכי לעצמי הוכחת כבר כשיטת הרמב"ן דס"ל דלא מחזקינן לי' בגדול למפרע מהא דנזיר דף למ"ד דס"ל לרבי דאב מדיר בנו בנזיר עד שיבא ב"ש ומסיק הש"ס שם דאי אייתי במיצעי דלרבי ליכא תקנתא עד דיתיב דילי' ויתיב דאבוה ופי' רש"י שם והתוס' ד"ה ה"נ אי אייתי כו' בשם רבינו חננאל דאי אייתי במצעי ב' שערות היינו אחר דהדירו אביו קודם שבא לב"ד ולא ידעינן אי הני ב"ש הוי קודם שהדירו אביו או לא הוי בו עד השתא דימנה נזירות אביו ונזירות שלו מספיקא ולשיטת הרא"ש וסייעתו והשו"ע דס"ל דמחזקינן לי' בגדול למפרע א"כ אמאי אם אייתי במיצעי ב' שערות ולא ידעינן אי אייתי למפרע דחייב למנות נזירות אביו הא יש חזקה המבררת לנו שהי' גדול למפרע משום חזקה דרבא ובע"כ מוכח מן סוגיא זו דלא מחזקינן לי' בגדול למפרע אף דיש חזקה דרבא משום דיש חזקת קטנות הסותרתו ומוכח מזה כשיטת הרמב"ן והרשב"א ובמק"א הארכתי בזה ואכמ"ל:

ד

אך בנ"ד שנמצאו לו סימני סריס וגם הא השערות הם קצרות ומפוזרות שלא כדרך כל האנשים א"כ הוי ריעותא לפנינו ועיקר הטעם דמחזקינן לי' בגדול למפרע הוי משום חזקה דהשתא וחזקה דרבא אבל בנ"ד דאתרע לי' החזקה דהשתא משום דאם הי' לו ב"ש בעת שנעשה בן י"ג שנה הי' להם להיות גדולים כדרך כל השערות באיש גדול ומן מה שהם קצרות ומפוזרות מוכח מזה דלא התחילו לגדל עד אחר זמן ומקרוב התחילו לגדל

וגם יכול להיות שהתחילו לצמוח אחר שנעשה בן ל"ו שנה וגם הא יש לו סימני סריס א"כ לא שייך בו חזקה דרבא כ"כ ע"כ לכל הפחות אתרע לי' חזקה דהשתא המבררת עכשיו לפנינו על למפרע לשיטת הרא"ש והתוס' והשו"ע משום דבנ"ד דלא נמצאו לו שערות ארוכות כראוי וגם הם מפוזרות א"כ איתרע לי' החזקה דהשתא עכשיו לפנינו ואין כח בחזקה דאתרע לברר על למפרע כמבואר כה"ג בכל חזקות דאתרעי דלאו שמייהו חזקה בחזקה דמעיקרא וה"ה בחזקה דהשתא:

וגם חזקה דרבא דהוי מצד רובא כידוע ע"פ דברי התוס' נדה דף מ"ה ד"ה ר' יוחנן ור"ל כו'. דהא אתרע לי' הך רובא בנ"ד דנמצאו לו סימני סריס וכמ"ש הריב"ש בתשובה סי' תע"ד כה"ג ע"פ ראייתו מכתובות רפ"ב ברוב נשים בתולות נישאות כו' דהואיל ואין לה קול איתרע לי' הך רובא יע"ש וה"ה בנ"ד בהך רובא דמביאין ב"ש לזמנן כמ"ש התוס' נדה הנ"ל דכיון דיצא מן רובא דעלמא במה שיש לו סימני סריס. ע"כ אין לדון בנ"ד הך רובא ושפיר יש להסתפק בנ"ד אי אייתי למפרע הך שערות או לאו וכו"ע מודו בנ"ד דהוי ספק בזה ולא שייך להחזיק על למפרע דהביא ב"ש לזמנן. וכש"כ בנ"ד דהשערות הם קצרות ומפוזרות כנ"ל. א"כ נתבאר דבנ"ד הוי לכה"פ ספק השקול אם אייתי מקודם ב"ש או שמא לאחר עשרים ואז יש לו דין סריס והוי שפיר ספק השקול בזה בנ"ד:

ה

ועכשיו נבאר מהו הדין אם הביא ב"ש קודם עשרים ובאמת לפי משמעות הסוגיא והראשונים משמע דבהביא ב"ש קודם עשרים אין לו דין סריס כלל אכן מדברי התוס' למדנו דין מחודש בזה והוא כי זהו לשון התוס' יבמות דף פ' ע"ב ד"ה דהביא שתי שערות כו' וא"ת והא לעיל אמרינן בן עשרים ולא הביא שערות יביאו כו' הא הביא שערות קודם עשרים לא חשיב ודאי סריס אע"פ שיש בו סימני סריס כו' עכ"ל התוס' הרי דהתוס' דייקו בלשונם וכתבו דבהביא ב"ש קודם עשרים לא חשיב ודאי סריס דמשמע דספק סריס הוי אף בהביא ב"ש קודם ך' דמ"מ כיון דאיתרע לי' במה דהביא סימני סריס ע"כ אף דהביא ב"ש מ"מ מספקינן לי' שמא הוא סריס ויש להסביר דבריהם ביתר ביאור ע"פ המבואר בנדה דף מ"ה ע"א דאם הביא ב"ש קודם י"ב שנה ועודן בו לאחר י"ג שנה הוי שומא ומ"מ בלא ראו בו השערות קודם הפרק מחמת שלא נבדק ולאחר שהגיע לכלל פרק מצאו בו ב' שערות אז לא חיישינן שמא באו מלפני הפרק משום דאמרינן מסתמא באו כדרכן וכהרגליות שלהן דע"פ רוב הן באים לאחר הפרק וכמבואר כ"ז בנדה דף מ"ח ע"ב בתוס' והרא"ש שם ובאה"ע סי' קנ"ה סעיף י"ד. ע"כ י"ל בהביא סימני סריס אף דהביא ב"ש קודם עשרים מ"מ יש להסתפק שמא הביא ב"ש קודם הפרק והוי שומא

בעלמא דבזה לא אמרינן דמסתמא באו בזמנן לאחר הפרק דהא אתרע לי' במה דנמצאו בו סימני סריס ע"כ יצא מכלל הרוב דעלמא וכנ"ל בשם הריב"ש ע"כ שפיר מספקינן שמא באו ב"ש קודם הפרק ואז הוי שומא בעלמא ויש לו דין סריס. ע"כ אף בהביא ב"ש קודם עשרים. מ"מ כיון דהביא סימני סריס הוי ספק סריס ויותר נראה וכ"ה העיקר בכוונתם דאף דהביא ב"ש לאחר הפרק הוי ג"כ ספק סריס כיון דאתרעי:

ו

ולמדנו מדבריהם דאף דהביא ב"ש קודם עשרים ולאחר הפרק של י"ג שנה מ"מ אם יש לו סימני סריס הוי ספק סריס וי"ל דגם הטור והרמב"ם והרמ"א וש"פ דכתבו דהביא ב"ש בשאר הגוף אינו סריס ומוציאין אותו מחזקת סריס י"ל דכוונתם דמוציאין אותו מחזקת סריס ודאי דלא הוי סריס ודאי אבל אכתי הוי ספק סריס דודאי לא יפלגו על התוס' ואין לנו להרבות במחלוקת ולכן בנ"ד כיון דאין לו שערות בזקנו כלל ויש לו סימני סריס זולת זה. ע"כ אף אם ידענו דהביא ב"ש קודם עשרים הוי אכתי ספק סריס כיון דלא הביא ב"ש בזקנו וגם יש לו סי' א' משארי סימני סריס ועיין בטור והרמ"א דכתבו דאם לא הביא ב"ש בזקנו כו' הוי סריס ולשון הרמב"ם פ"ב הי"א מה' אישות שכתב הגיע לזמן הזה ולא הביא ב"ש למטה ולא הביא ב"ש בזקן אם נראה בו א' מסימני סריס ה"ה סריס כו' י"ל דכוונתו דאז הוא סריס ודאי אבל ספק סריס הוי אף בהביא ב"ש למטה כמש"כ התוס' [ובודאי אין סברא לומר דדוקא בהביא כל סימני סריס בזה כתבו התוס' דהוי ספק אף דהביא ב"ש קודם עשרים אבל לא בסי' א' דמ"ש דהא בלא הביא ב"ש בזקנו ויש לו עוד סי' אחד מן סימני סריס דינו כסריס גמור א"כ בע"כ אין לחלק בזה]:

ז

והנה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף טי"ת הבאתי למש"כ בקונטרס עגונות סי' ל"א בשם הרב בן לב דבעד מפי עד תלינן להקל שזה שהגיד לו נתברר לו שהי' תוך ג' ימים והוי ספק ספיקא שמא העד הראשון נתברר לו כן, ואף אם ת"ל דלא נתברר לו אכתי ספק שמא האמת הוא דמת תוך ג' ימים והובא זה במל"מ פי"ג ה' גירושין הכ"א ע"ש ולכאורה יש לתמוה ע"ז דהא הוי ס"ס משם אחד וגם גרע מכל ס"ס מש"א כידוע וכן ראיתי בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ט דתמה על המהריב"ל ע"ש אכן הבאתי ראיה לזה מן מש"כ הרשב"א והריטב"א לקדושין דף ע"ג בהא דאמר רבא ד"ת שתוקי כשר משום ממזר ודאי ולא ממזר ספק כו' והקשו דל"ל למילף מקראי הא בלא"ה מותרת משום ס"ס והו"ל כמו רובא] ספק דלמא אזלי אנהו לגבה ואת"ל דאזלא איהי גבייהו אכתי ספק שמא לכשר נבעלה כו' וקשה על מה דהקשו כן הראשונים ז"ל הנ"ל הא הו"ל ס"ס משם אחד וגרע מיני' וכמש"כ הפני יהושע שם וע"כ מוכח מזה דזה הו"ל כעין ס"ס דספק על

ואת"ל על שמא לא דרס וכה"ג משום דספק הוא דלמא אין כאן ספק מיחוש כלל וקרוב להתיר יותר מספק שני ואת"ל דיש כאן מקום ספק לפנינו אכתי ספק באמת דלמא אין כאן איסור כלל וה"ה בנידון הרשב"א והריטב"א הנ"ל כו' יע"ש בספרי וכן מצינו בב"ש סי' ע"ז ס"ק י"ז גבי מורדת מאיס עלי דחייב הבעל בקבורה מדין ס"ס. ספק שמא הלכה כהרמב"ם דזכתה בודאי בנצ"ב ואת"ל כהחולקים דהסוגיא קאי במאיס עלי אכתי ספק דלמא זכתה מדינא דש"ס ע"ש בב"ש ואע"ג דה"ל ס"ס משם א' ע"כ מוכח דס"ל להב"ש ג"כ דהיכא דמסופקין אנחנו שמא הוא באופן שאין שום לידת ספק בפנינו כלל ועוד ספק ב' דאף אם תמ"ל דיש ספק השקול לפנינו אכתי יש להסתפק שמא האמת הוא כו' א"כ הוי זה ס"ס מעליא וכ"כ התוס' בעירובין דף ו' ע"ב בשם הר"ר שמעי' דה"ל ס"ס שמא עומד מרובה כו' יע"ש. ועפ"ז אתי שפיר דברי הריב"ל הנ"ל במש"כ לדון כעין ס"ס הנ"ל במה שנסתפקנו בעד א' שמא נתברר לו דמת תוך ג' ימים ואת"ל דלא נתברר לו אכתי ספק שמא האמת הוא דמת תוך ג' ימים הכוונה הוא שמא אין כאן ספק כלל:

דדלמא הוא באופן שאין שום לידת ספק כלל ואת"ל דהוא באופן דיש בו לידת ספק אכתי ספק הוא שמא הוא באופן דמותרת לינשא וכה"ג והוי רוב צדדים להיתירא עכ"פ וגם הא לכמה פוסקים מצינו דס"ל להקל בס"ס משם אחד וכמו שהארכתי שם בספרי מזה ומן מש"כ הוי סייעתא לשיטת הפוסקים הנ"ל ואכמ"ל ועיין בט"ז יו"ד סי' ט"ו סק"ד. וכעין זה כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ג' ע"ש וכעין זה כתב הלח"מ בהרמב"ם ה' סוכה פ"ה ה"ד לדון ס"ס כעין זה אך אפשר דכתב כן לשיטת הרמב"ם ושיטת הרמב"ם ידוע דס"ל ס"ס מש"א]:

ענף ב

ח

ולפי כל זה יש לנו לדון בנ"ד דאין לו זקן וגם יש לו סימן אחד מן סימני סריס או שנים ושלשה סימנים דאף דיש לו ב"ש. מ"מ הוי דין סריס ודאי ע"פ דין ס"ס והוא דהא מתחילה יש לנו להסתפק דלמא לא הביא השערות עד לאחר עשרים ואם היה האמת באופן זה דלא הביא השערות עד לאחר עשרים אז אין שום לידת ספק כלל לפנינו והוא ודאי סריס ואת"ל להסתפק דלמא הביא השערות קודם עשרים ואז יש מקום לידת ספק לפנינו אכתי נשאר לנו ספק א' דלמא אף דהביא ב"ש קודם עשרים אכתי הוי ספק סריס כמש"כ התוס' כנ"ל א"כ הוי ספק ספיקא מעליא לדון דהוי סריס ודאי:

ט

וסייעתא לדברינו הוא מן מש"כ הטור בסי' קע"ב וזה לשונו ואלו הן סימני סריס שערו לקוי כו' או שלא נתמלא זקנו אפי' הביא ב"ש בערוה ואין לו שערות בזקנו כלל אפי' אין

בו אלא סי' א' מאלו הסימנים חשוב סריס אבל אם יש לו ב"ש בזקנו לא חשיב סריס עד שיהי' לו כל הסימנים כו' אע"פ שאם יש לו ב"ש במקום אחר מוציאין אותו מחזקת סריס כו' עכ"ל ותמוה דברי הטור בזה שכתב דאף הביא ב"ש בערוה ואין לו שערות בזקנו כלל כו' חשוב סריס דהא מבואר להדיא ביבמות דף פ' ובס"פ יוצא דופן במשנה דאם הביא ב"ש אין לו דין סריס כלל וכמש"כ הטור שם אח"ז כנ"ל א"כ איך כתב בפשיטות כן ומשמע ממנו דס"ל דכה"ג הוי ג"כ סריס ודאי כיון דאין לו שערות בזקנו כלל ודברי הטור תמוהים מאד אבל לפי מש"כ אתי שפיר די"ל דכוונת הטור הוא להורות לכל מה שנתבאר לעיל דאף דהביא ב"ש בערוה עכ"ז אם אין לו ב"ש בזקנו בסי' א' מסימני סריס ה"ז סריס ודאי משום ס"ס הנ"ל וקאי על היכא דלא נתברר מתי הביא ב"ש במקום ערוה אם קודם עשרים או לאחר עשרים וכעין מש"כ:

ו

וכעת אתא לידי טור עם הב"ח וראיתי שכתב דהוא ט"ס בטור וכן צ"ל או שלא נתמלא זקנו אפי' הביא ב"ש בזקנו ואם אין לו ב"ש בזקנו כלל אפי' אין בו אלא סי' א' מאלו כו' ולפ"ז נדחה הוכחתי מן הטור. אבל עדיין מוקשה לשון הטור במש"כ או שלא נתמלא זקנו אפילו הביא ב"ש כו' דהא אם הביא ב"ש בזקנו לא מהני סי' א' עד שיהי' בו כולן א"כ לא משכחת לעולם הך דינא דאו שלא נתמלא זקנו דהא ל' שלא נתמלא זקנו משמע דיש לו שערות אך דלא נתמלא זקנו ע"כ גם זה צריך תיקון בלשון הטור. וראיתי בלבוש על אה"ע סי' קע"ב סעי' ה' שכ' בזה"ל ואלו הן סימני סריס כו' או שאין לו שערות בזקנו העליון ואפי' הביא ב"ש בערוה אם אין לו שערות בזקנו כלל אפילו אין בו אלא סי' א' מסי' סריס חשוב סריס אבל אם יש לו ב"ש בזקנו לא חשיב סריס עד שיהי' לו כל הסי' כו' עכ"ל הלבוש ונ"ל שזהו כלשון הטור ממש ובאמת כך צ"ל כתוב בלשון הטור או שאין לו שערות בזקנו כו' עכ"פ כתב ג"כ הלבוש כלשון הטור כפי גרסת הטור עם הב"י ולא כגרסת הב"ח אך באמת תמוה מאוד לשון הלבוש ג"כ במש"כ דאפי' הביא ב"ש בערוה אם אין לו שערות בזקנו כלל אז חשוב סריס דהא מבואר להדיא בגמרא ובהראשונים דאם הביא ב"ש בערוה לא חשיב סריס אכן לפמש"כ א"ש דברי הלבוש וגרסת הטור שלפנינו דמיירי בנמצאו לו ב"ש בערוה:

אך דלא נתברר מתי הביא הב' שערות וכמו בנ"ד ע"ז קאמרי דהוי סריס משום הך ס"ס הנ"ל [אבל כשהוא בן כ' ולא הביא ב"ש בודאי עד לאחר עשרים מסיק הך דין לקמן בלבוש סעי' ו' וכן בטור שם אח"ז יעו"ש] ספק שמא הביא ב"ש לאחר ך' והוי סריס כמש"כ הטור והלבוש שם אח"ז ואת"ל קודם אכתי ספק סריס הוי כמש"כ בשם התוס'.

ואין צריכין להגיה בלשון הטור והלבוש ובודאי אין לומר דכוונת הטור והלבוש הוא דמיירי בהביא ב"ש במקום ערוה לאחר כ' בודאי דהא זה הדין כתבו לקמן שם אח"ז:
וע"כ מוכח דכוונתם לענין כמו בנ"ד דנסתפקו מתי הביא הב' שערות אם לאחר כ' או מקודם כ' כנ"ל אך דחזינן בו עכשיו לאחר עשרים דיש לו ב' שערות ולא ידעינן אם הביא לאחר עשרים או מקודם כנ"ל:

יא

אך אף אם נימא כגירסת הב"ח בהטור עכ"ז נכון לדינא מצד עצמו לכל מש"כ לדון ע"פ דין ס"ס וכפי היסודות שנתבארו בע"ה ועי' בב"ש סי' קע"ב ס"ק ז':
ונתבאר לנו בנ"ד דיש לו דין סריס גמור בודאי ועכשיו נבאר מה דיש לדון במה דאמרו ביבמות דף פ' דבעי שיהי' לקוי ממעי אמו ואמרו מנא ידעינן ונתנו סי' ע"ז דבעי שיהי' מטיל מים ואינו עושה כיפה מעת הולדו וכן פסק הרי"ף והרא"ש והרמ"א בסי' קע"ב סעי' א' דאם לא ראו בו משעה שנולד א' מסי' סריס יש לחוש שנתקלקל אחר לידתו וצריכה חליצה. וזהו בשם הריב"ש בסי' תע"ד והובא בב"י לאה"ע שם א"כ בנ"ד שלא נבדק מעת לידתו אכתי יש להסתפק דאף לפי מה שנתבאר בע"ה דעכשיו הוא ודאי סריס אכתי יש להסתפק דלמא לא הוי סריס מעת הולדו. וצריכה חליצה:

יב

ובגוף הדין דכתב הריב"ש בתשובה שם דהובא בב"י שם דאם לא נבדק אם הוא לקוי ממעי אמו דהוי ספק סריס דכיון שנולד בו סי' סריס:
אפשר וקרוב הוא שלקוי הוא ממעי אמו וכי אמרינן מנא ידעינן היינו לשווי' סריס ודאי אבל אכתי הוי ספק סריס וכ"כ הרא"ש כו' עכ"ל הריב"ש ובאמת יש לדון בזה לפי מה דמבואר ביו"ד סי' פ"א בהגבינות מן בהמה שנטרפה לאחר שחיטה דאף ביצתה זמן רב מחיים מחזקת כשרות. אפ"ה מכשרינן להגבינות והחלב משום חזקה דמעיקרא אף דלא נתבררה בשעתה מ"מ הוי חזקה מעליא משום דלא ס"ל כסברת הרשב"א והר"ן כמבואר שם בהרמ"א ובש"ך ס"ק ד' א"כ לפ"ז יש לדון כן בנ"ד. דכיון דהוי בו חזקה משום הרוב דאינם סריסים והוי חזקה מחמת הרוב ע"כ יש לנו לאחר להחזקה דהשתא ולומר השתא הוא דאייתי סימני סריס ולא הוי ספק סריס כלל והא שכתבו התוס' ביבמות דף פ' ע"ב בד"ה עד שיהא בכולן כו' דהא דבעינן סי' סריס משעה שנולד היינו ליחשב סריס ודאי אבל ספק סריס הוי כו' אין זה רק לר"מ דחייש למיעוטא א"כ לא שייך אליבי' לדון לחזקה מחמת הרוב אבל לדידן דלא חיישי למיעוט:

שפיר יש לדון מחמת חזקה משום הרוב דהשתא הוא דאתרע ונולדו בו סי' סריס לאחר זמן והוי בודאי אינו סריס ממעי אמו וכמש"כ בדרוש וחדוש של ר' עקיבא איגר זצ"ל ביבמות שם בתוס' ד"ה עד שיהא בכולן כו' יעו"ש:

יג

ולפ"ז יש להעיר בדברי הרמ"א שכתב בפשיטות דאם לא ראו בו סי' סריס מעת שנולד דהוי ספק סריס ובאמת י"ל לפי הכרעת הרמ"א ביו"ד סי' פ"א דאף ביצתה זמן רב מחיים מחזקתה אפ"ה דיינינן לי' להגבינות בחזקת כשרות וכן מורה שי' הרא"ש בחולין דף י"א וכמבואר בש"ך יו"ד סי' פ"א ס"ק ד' בשיטת הרא"ש ע"ש:

א"כ לפ"ז יש להעיר במש"כ הרמ"א דאם לא ראו בו סי' סריס מעת שנולד הוי ספק סריס וכ"כ הריב"ש בשם הרא"ש והובא בב"י וקשה דאמאי לא נימא בזה חזקה מחמת הרוב כמו בגבינות והוי וודאי אינו סריס. ויש לחלק לפמש"כ התבואות שור בחולין דף יו"ד דלכן בהגבינות מכשרינן אף שנטרפה הבהמה משום דהא בהמה איתרעי אבל הגבינות שהוחזקו בכשרות לא איתרעי חזקה דידהו שרו כו' יעו"ש:

ע"כ יש לחלק בפשיטות דדוקא בהגבינות אף שיצתה זמן רב מחזקתה מכשרינן משא"כ הכא בספק סריס דנולד בגופו הריעותא וע"כ לא מהני הך חזקה דמחמת הרוב לברר ע"ז כיון דאיתרעי עכשיו לפנינו וע"כ הוי ספק סריס ויהי' איך שיהי' הא מבואר להדיא בריב"ש וברא"ש וברמ"א דכתבו דאם לא ראו בו סי' סריס מעת שנולד דהוי ספק סריס:

ענף ג (א)

יד

ועתה נשוב לבאר מה דיש לדון בעיקר הך מילתא דאמרו דבעי שיהי' ידוע בו סי' סריס מעת הלידה דהא ברמב"ם פ' ו' ה' יבום ה' ח' לא הובא הך דינא דאמרו בגמ' מנא ידעינן ומוקי לי' אביי ביש לו סי' דאינו עושה כיפה מעת הוולדו. א"כ תקשה דאמאי לא הזכיר זה הרמב"ם שם. ואין סברא לומר דכיון דכתב שם דלכן אשת סריס חמה פטורה מהחליצה לפי ששמם מחוי הואיל ואינם יכולים לילד מתחילת בריאתן כו' וכה"ג כתב הרמב"ם שם ה' ב' ע"כ לא הוצרך לברר זה דז"א סברא דהא חזינן בש"ס שם ד' פ' דאמר ר' יוחנן ה"ד ס"ה ואריו"ח כל שלא ראה שעה א' בכשרותו וכן במשנה שם כה"ג ואמרו ע"ז מנא ידעינן וא' אביי כל המטיל מים וכו' א"כ הו"ל להרמב"ם להביא למה דאמרו בגמ' בפירוש דמסתמא לא סמכינן דהוי ס"ח ממעי אמו רק דבעינן שיהי' מבורר בו סי' סריס מעת הלידה ותקשה דה"ל להרמב"ם להביא זה ג"כ ועיין בפי' המשניות להרמב"ם שם ואף שכתב שם דס"ח הוא משעת יציאתו לעולם יצא סריס עכ"ז לא כתב שם ג"כ בפירוש דבעינן דיהי' ידוע זה הסימן מעת הוולדו א"כ יש להעיר במה שלא כתב וביאר

הרמב"ם זה בפירוש ובוודאי הי' להרמב"ם איזה טעם במה שלא הביא להמבואר בגיטין בפירוש וכמש"כ הרי"ף והרא"ש:

טו

והנלע"ד בזה כי ראיתי בישו"ש על יבמות פ"ח סי' למ"ד שכ' לדון דבר מחודש דלדידן דקיי"ל דסגי בסי' א' מן סי' סריס לא בעינן שיהי' ידוע שהוא לקוי ממעי אמו והסוגיא דיבמות ד' פ' דאמרו דבעינן שיהי' לקוי ממעי אמו קאי אליבא דר"ה דס"ל דבעינן כל סי' סריס יעו"ש וכיון דראיתי בישו"ש דכ' לדון בדבר מחודש הנ"ל ע"כ ראיתי לבאר כזה ביתר ביאור והוא כי באמת יש לדון לפ"מ דקיי"ל דחזקה דהשתא במקום דליכא חזקה דמעיקרא הוי חזקה מעליא כמבואר בכמה דוכתי ובתשובות מהרי"ט חלק ח"מ סי' ח' והובא בקצה"ח סי' קי"ב ס"ק ו' ע"פ סוגיא דב"ב ד' קנ"ג יעו"ש. ומש"כ הקצוה"ח שם יש להאריך בדבריו ואכמ"ל בזה ובתשובת ר"ע איגר זצ"ל סי' זיי"ן בד"ה ומדי עיוני בענין הנ"ל כו' כתב דשורש פלוגתייהו דרב ושמואל דקדושין ד' ע"ט אי אמרינן ה"ה בוגרת לפנינו או לא דפליגי אי חזקה דהשתא במקום דליכא חזקה דמעיקרא אי הוי חזקה מעליא אי לא וכפי דקיי"ל כרב דה"ה בוגרת לפנינו ע"כ ס"ל לדינא דחזקה דהשתא הו"ל חזקה מעליא. שמואל דס"ל חיישינן לקידושי ב' ס"ל דהחזקה דהשתא לא מהני יעו"ש ובימי טל ילדותי פלפלתי הרבה בזה. ואמרתי די"ל דעיקר דבר זה תלוי במה דמבואר בחולין ד' יו"ד ע"ב דר' שמואל בר נחמני א"ר יונתן ס"ל למילף מקרא ויצא הכהן כו' דאזלינן בתר חזקה ורב אחא בר יעקב פריך לה ואביי תירץ לו ומחזק דברי רשב"ג בשם ר"י דיליף מקראי הנ"ל:

ורבא דחה לדברי אביי ומסייע לרב אחא בר יעקב וכתבו התוס' בחולין שם ד' י"א ד"ה מנא הך מלתא כו' דלרב אחא בר יעקב פריך דלא קים לי' חזקה דמעיקרא אלא מהלכה למ"מ כמש"כ המהרש"א שם וי"ל דלמאן דאית לי' למילף חזקה מקראי ויצא הכהן לית לן למילף רק על חזקה דמעיקרא אבל מנלן מהתם על חזקה דהשתא ועיין בתוס' חולין שם ד"ה ודלמא אדנפיק ואתי בציר כו' ובנדה ד' ב' בתוס' שם וכן לאביי דס"ל שם לחזק כמ"ד דיליף לחזקה מקראי ויצא הכהן לית לי' דרשא על חזקה דהשתא אבל לרב אחא בר יעקב ולרבא דמחזק דבריו דס"ל דלית לן למילף מן ויצא הכהן כו' אלא מן הללמ"מ י"ל דהוה קים להו למילף גם לחזקה דהשתא מן הללמ"מ וכיון דהלכתא כרבא בכ"מ. ע"כ קיי"ל דמהני חזקה דהשתא וכדס"ל לרב דה"ה בוגרת לפנינו והארכתי הרבה בזה מכבר כד הוינא טליא:

טז

והנה כיון דקיי"ל לדינא דחזקה דהשתא במקום דליכא חזקה דמעיקרא ה"ל חזקה מעליא. ע"כ יש לדון בנ"ד בספק אי נעשה סריס מעת הולדו או לא דיש לומר חזקה דהשתא דאייתי מעת שנולד אלא דיש לנו ע"ז סברא המנגדת לזה ע"פ מש"כ הפוסקים גבי גבינות בחולין ד' י"א דדייניגן לחזקה הבאה מחמת הרוב וכמש"כ הרא"ש שם ודלא כמש"כ התוס' שם וכמבואר ביו"ד סי' פ"א וכנ"ל א"כ ה"ה בנ"ד יש לנו חזקה מחמת הרוב דאינם סריסים וכמש"כ רע"א זצ"ל בדרוש וחידוש ליבמות ד' פ':

יז

ולענ"ד נראה להוכיח דלא מהני הך חזקה מחמת הרוב להיות חשוב כמו חזקה דמעיקרא מהא דנדה ד' י"ב ע"ב באשה שאין לה ווסת דיוציא ואין לה כתובה וכן מבואר באה"ע סי' קי"ז סעיף א' באשה הרואה מחמת תשמיש דאין לה כתובה וכן פסק הרמב"ם כמבואר שם וקשה לפי המבואר בכתובות ס"פ המדיר דדייניגן בנשא אשה ונמצאו בה מומין וכן בהמחליף פרה בחמור ומת החמור. וכן בלוקח בהמה ונטרפה דבכל אלו דייניגן דעל הבעל והלוקח להביא ראי' משום דמחמת חזקת הגוף דייניגן דכאן נמצא ברשותו ואין מחזיקין מרשות לרשות ולפ"ז קשה הכא באשה שאין לה ווסת וכן ברואה מחמת תשמיש דאמאי לא נימא דנעשה ברשות הבעל מחמת חזקה דמעיקרא משום הרוב דהא רוב נשים אינן רואות מחמת תשמיש ויש לה חזקת הגוף מחמת הרוב לברר דהשתא ברשות הבעל אתרע וממילא יש לה כתובה וכן באשה שאין לה ווסת דבנדה שם דאמרו דאסורה לשמש ואין לה כתובה דמשמע דאף דלא נתברר שמקודם הנשואין לא הי' לה ווסת וא"כ יתלו שברשות הבעל נולד לה מום זה משום דהא יש בזה חזקה מחמת הרוב נשים דמסתמא יש להן ווסת. דאל"כ יהי' אסור לשמש באשה שלא נתברר שיש לה ווסת, ואף אם נדחוק בזה עכ"ז תקשה בהא דרואה מחמת תשמיש כנ"ל:

יח

והנלענ"ד ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ה' ענף א' ד"ה וכן מוכח מהא דכתובות ד' ע"ו ע"ב כו' מדמקשה הש"ס ממחט שנמצאת כו' ואמאי ספיקא ברשות טבח כו' וקשה הא יש לחלק שאני במומין דהוי חזקה דנתבררה משא"כ גבי מחט כו' ובע"כ מוכח מזה כסברת התבו"ש דמחט שנמצא חשוב חזקה שנתבררה יע"ש בספרי ולפ"ז יש לדון דהך כללא דאמרו דעל הלוקח והבעל להביא ראיה אין זה רק בחזקה שנתבררה בשעתה משא"כ באשה הרואה מחמת תשמיש דלא נתבררה החזקה שלה מעולם אף דהוי חזקה הבאה מחמת הרוב וכמו בהגבינות כנ"ל עכ"ז מוכח מזה דלא דייניגן להך חזקה כלל:

ונתבאר להוכיח מהא דרואה מחמת תשמיש מבעילה ראשונה דאין לה כתובה ולא אמרינן בזה הך כללא דכל הנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה משום דהדין הוא דלא שייך הך כללא אלא בחזקה שנתבררה ועיין ברמב"ם פ' כ' מה' מכירה ה' ט"ו שהביא להך דינא דס"פ המדיר בזה"ל מחט שנמצא כו' לא הוגלד פי המכה על הטבח להביא ראיה כו' שכ' ג"כ כהלשון דאמרו בגמ' שם ע"כ לא מצינו להך כללא אלא בחזקה שנתבררה כמש"כ דבמחט הנמצא ה"ל חזקה שנתבררה:

יט

אכן לפי המבואר בלשון הטור והשו"ע בח"מ סי' רל"ב סעי' י"א שכתבו בזה"ל המוכר בהמה ונמצאת טריפה כו' והוגלד פי המכה כו' על הלוקח להביא ראיה יעו"ש. ולא הזכירו שם בלשון מחט שנמצא א"כ מוכח מזה דס"ל דאף דהוי טריפה שלא ע"י מחט א"כ הא הוי חזקה שלא נתבררה מ"מ דיינינן להכלל דכל הנולד ספק ברשותו כו' וע"כ טעמם משום דשייך בזה חזקה מחמת הרוב כמו בגבינות. ואף דביו"ד סי' פ"א ס"ל להמחבר והטור שם וכמש"כ שם הש"ך בס"ק ד' דאם יצתה מחזקתה זמן מה מחיים לא דיינינן להחזקה מחמת הרוב עכ"ז יש לחלק דשאני התם דע"י מה דיצתה מחיים זמן מה אתרעי לפנינו משא"כ הכא דיש לומר כל הנולד ספק ברשותו כו' א"כ כיון דעיקר הטעם הוא משום דאין מחזיקין מרשות לרשות כמש"כ במק"א לבאר זה. ואכמ"ל ע"כ הוי כמו דאין כאן שום ריעותא לפנינו כלל. אכן אכתי תקשה על זה מהא דרואה מחמת תשמיש ומהא דאשה שאין לה ווסת דספ"ק דנדה דאמאי לא אמרינן התם להך כללא דכל הנולד ספק ברשותו כו' דהא התם שייך ג"כ חזקה מחמת הרוב ובאמת לפי דברי הטוש"ע דח"מ סי' רל"ב דלא הזכירו מחט שנמצא רק המחבר בסי' רכ"ד בח"מ כ' להך דין בלשון מחט שנמצא כו' אבל בסי' רל"ב כתבו סתם נקב שנמצא כו' והוגלד פי המכה כו' א"כ מוכרחין אנו לדחוק ולחלק בסברות דחוקות ביניהם וכן מצאתי כעת בספר הפלאה לכתובות בק"א על אה"ע סי' קי"ז שנדחק לחלק ביניהם וכן בספר בית מאיר שם אכן לפי מש"כ הרמב"ם בלשון מחט שנמצא וכמבואר בגמ' [ואנו דיינינן כעת לתרץ דברי הרמב"ם דלא הביא להך דאביי ביבמות ד' פ' הנ"ל] אין לנו לדחוק ולחלק רק העיקר בזה דתלוי בחזקה שנתבררה. ולכן ברואה מחמת תשמיש דאין לה חזקה שנתבררה בשעתה רק מחמת הרוב ע"כ אין לה כתובה. א"כ לענ"ד מוכח מזה דחזקה שלא נתבררה רק דהויא חזקה מחמת הרוב ובפרט ביצתה זמן מה מחזקתה דאז לא שייך להך חזקה זו כלל וי"ל דשאני הגבינות ע"פ סברת התב"ש בחולין ד' יו"ד דבהמה איתרעו והגבינות לא איתרעי כנ"ל:

כ

וידעתי מה דיש לדון בכ"ז ע"פ דברי הקצה"ח בסי' רכ"ד דהך כללא דאמרו דכל הנולד ספק ברשותו כו' ומוציאין ממון עי"ז דזהו דוקא בחזקת הגוף דהוי חזקה אלימתא ביותר מכל החזקות והוכיח כן מן התוספתא ע"ש א"כ לדברי הקצה"ח י"ל דמה"ט לא אלים גם לחזקה מחמת הרוב ולדון בזה להך כללא דכל הנולד ספק ברשותו ולהוציא ממון מהמוחזק משום דשאני היכא דיש מעלת מוחזקות על הממון ובזה דייניגן הממע"ה אבל הנתיבות השיג עליו שם אך דלא זכינו לראות למש"כ הנתיבות שם בארוכה רק בקצרה ואנכי בקונטרס א' ביארתי בעז"ה דהעיקר כהנתיבות דלא בעינן בזה דוקא לחזקת הגוף אלא בכל החזקות דמעיקרא דייניגן להך כללא דכל הנולד ספק ברשותו ממון ע"י זה ואף דאוקי אחזקה וכן רובא לא מהני להוציא ממון מ"מ שאני התם בהך כללא דכל הנולד ספק ברשותו כו' וכמו דביארתי זה היטב בעז"ה בקונטרסי. ע"כ שפיר כתבתי כאן ולתרץ ע"י זה לשיטת הרמב"ם וכפי שיבואר וכעת ראיתי בפני יהושע לכתובות ד' ע"ו ע"ב בד"ה מיתיבי מחט שנמצאת כו' שכתב לחלק דבטריפות דע"י מחט או קוץ הוי חזקה שנתבררה משא"כ טריפות דאתי מעלמא ע"ש. ויש לפלפל הרבה בדבריו:

ענף ג (ב)

כא

ונתבאר להוכיח דביצתה זמן רב מחזקתה מחיים לא דייניגן בזה לומר אוקי אחזקה משום דחזקה מחמת הרוב לא נחשב לחזקה כלל כיון דאיתרעי עכשיו לפנינו ושאני גבינות דלא איתרעי וכמש"כ התב"ש בחולין ד' י' כנ"ל. לכן שפיר יש לדון בספק סריס ממעי אמו כמו בנ"ד דלא שייך בזה לדון להך חזקה מחמת הרוב לפי דהעיקר כהסוברים דאם יצתה זמן מה מחזקתה דלא הוי דינו כמו חזקה דמעיקרא כיון דלא נתברר החזקה דמעיקרא בשעתא. ולכן כיון דקיי"ל דאם לא הוי חזקה דמעיקרא אז אזלינן בתר חזקה דהשתא ע"כ בנ"ד דיש לנו חזקה דהשתא לברר דכן הי' מקודם וע"כ הוי סריס וודאי והא דאמרו בגמ' מנא ידעינן ואמר אביי שאינו עושה כיפה כו' י"ל דהש"ס מקשה למ"ד דס"ל דלא מהני כלל חזקה דהשתא וכמש"כ רע"א וצ"ל דפליגי בזה גופא רב ושמואל אי מהני חזקה דהשתא או דלא מהני כלל כנ"ל ובפרט לפי מה שכתבתי בימי טל ילדותי דאביי ס"ל בחולין דף יו"ד למילף חזקה מקראי ויצא הכהן כו' א"כ לדידי' אין לנו ראי' על חזקה דהשתא כלל וכמש"כ לעיל [והא דב"ב ד' קנ"ג ע"ב אין זה ענין לנ"ד] ע"כ י"ל דהך מנא ידעינן דפריך הש"ס שם אמר זה אביי ג"כ וכמש"כ הריטב"א ביבמות שם עלה דאמרו בגמ' שם ה"ד ס"ח דלעיל מינה שם וכמו שכתבו התוס' רפ"ב בב"מ ובכ"ד כעין זה. ע"כ אביי דלא ס"ל לחזקה דהשתא כלל ע"כ הוכרח לאוקמי דראוהו אינו עושה

כיפה מעת שנולד אבל לדידן דקיי"ל דה"ה בוגרת לפנינו ואזלינן בתר חזקה דהשתא כנ"ל שפיר י"ל לדינא דאף דלא ראו סי' סריס מעת שנולד עכ"ז הוי סריס וודאי ע"פ חזקה דהשתא וע"כ אתי שפיר מה דלא הביא הרמב"ם להך דין דאמר אביי אלא כתב ס"ח פוטר מחליצה לפי שלא היתה לו שעת הכושר משום דמחמת חזקה דהשתא הוי ס"ח בוודאי כיון דהשתא נמצאו בו סי' סריס וא"ש דברי הרמב"ם הנ"ל בעז"ה הן לפי טעמא דידי והן לפי סברת הישי"ש:

כב

ועכשיו נלע"ד לבאר בקצרה במה שחזינן דהמחבר בשו"ע בסי' קע"ב לא הביא כלל להך דינא דבעי בס"ח סי' סריס מעת שנולד רק הרמ"א הזכיר זה שם די"ל באמת דאף דהבית הביא שם לדברי הריב"ש ולדברי הגמ' דיבמות דף פ' מימרא דאביי הנ"ל:

עכ"ז י"ל דהמחבר בשו"ע דלא הזכיר מזה ס"ל כשיטת הרמב"ם דלא הביא זה וס"ל ג"כ דהש"ס קאי למאן דלית לי' חזקה דהשתא כלל ומצינו בכמה דוכתי דדרך הש"ס להקשות בסתמא וכוונתם על חד מ"ד וכמש"כ בחו"מ ריש סי' מ"ב ובשאגת ארי' בכ"ד. אבל לדידן דאית לן חזקה דהשתא שפיר י"ל דכיון דשיטת המחבר ביו"ד סי' פ"א דביצתה מחזקתה מחיים אין לדון לחזקה מחמת הרוב וכש"כ לפמש"כ התב"ש לחלק דשא"ה בגבינות דבהמה איתרעי והגבינות לא איתרעי ע"כ שפיר י"ל דלא מהני כלל הך חזקה מחמת הרוב היכא שאנו דנין על הגוף דאיתרע עכשיו לפנינו וממילא יש לנו חזקה דהשתא המבררת לנו דהוי ס"ח מעת שנולד והרמ"א דכתב דבעי שיהא סי' סריס מעת הלידה אזיל לטעמי' דס"ל ביו"ד סי' פ"א דאף ביצתה זמן רב מחזקתה מחיים מהני החזקה מחמת הרוב ע"כ ה"ה בנ"ד הוי ספק סריס עכ"פ ויש להאריך בכ"ז וכן יש לדון עפ"ז בדברי הטור רק הוכרחתי לקצר:

כג

ונתבאר לנו בעז"ה דמן הרמב"ם מוכח דס"ל דאף דלא נתברר בו סי' סריס מעת הלידה ג"כ הוי ס"ח לפטור מחליצה וכפי שביארתי שיטתו בטוב טעם בעז"ה וגם הישי"ש כתב כן מטעם אחר וכן מורה שיטת המחבר דגריר תמיד בתר שי' הרמב"ם וע"כ לא הביא כלל לשיטת הרמב"ם אף בדרך רמיזה לכן יש לנו יסוד גדול להקל באם נולדו בו סי' סריס חמה אף דלא נתברר שהי' בו מעת שנולד דעכ"ז דינו כדין סריס וודאי ואף דזה שכתבתי אינו מספיק לחלוק על כמה ראשונים דס"ל לדינא דבעינן סי' ס"ח מעת הלידה עכ"ז הא הוי עכ"פ ספיקא דדינא בזה א"כ יש לדמות זה למש"כ לעיל בשם ספרי באר יצחק דאם הוא באופן דלדעת כמה פוסקים הוי הדין ברור בוודאי ולשיטת כמה פוסקים הוי ספיקא דדינא דיש לדון בזה ס"ס וכמו שהארכתי שם ולעיל וה"ה בזה דהא יש ספק

א' דלמא הלכה כהסוברים דהדין הוא דהוי ס"ח וודאי ואז אין בזה שום חשש כלל דודאי פטורה מחליצה ואת"ל כהסוברין כפשטות המבואר בגמ' דכ"ז שלא נתברר סי' סריס מעת הלידה אינו פוטר מחליצה עכ"ז הא אינו רק ספק סריס וה"ל ספק וודאי ספק מחצה כנ"ל ע"כ שפיר ה"ל ס"ס מעליא דיש לו דין ס"ח וודאי להיות פטורה מחליצה ואין להעיר בכ"ז מהא דאיתא ביבמות דף פ' שם א"ר יוסף היינו דשמענא לאמי שאמר כל שממעי אמו לקוי כו' דזה אינו קשה כלל די"ל דכוונת אמי הוא דבעינן דיהא באופן דיכולין לתלות דהוי כן במעי אמו וכיון דנתבאר דסמכינן על חזקה דהשתא דמבררת על למפרע דהוי כן ס"ח ממעי אמו שפיר מקרי בזה כל שממעי אמו לקוי כו' דמן הסתם הוא כך ולאפוקי באם נתברר שלא הי' לקוי ממעי אמו והי' לו שעת הכושר בוודאי וכן י"ל בשיטת הטור דכתב בקצרה בזה"ל ודווקא ס"ח שלקה ממעי אמו אבל סריס אדם שהי' לו שעת הכושר כו' די"ל דכיון דלא כתב הטור בפי' דבעינן שיהי' לו סי' ס"ח מעת שנולד כמבואר בגמ' בפירוש ע"כ אפשר וקרוב ביותר דשיטת הטור ג"כ כמו שכתבתי לבאר שיטת הרמב"ם]:

כד

והיוצא לנו מכל מה דנתבאר דיש לנו יסוד ע"פ דין ס"ס דעכשיו הוי כוודאי סריס ולסוף נתבאר בעז"ה לברר דיש לנו דין ס"ס לדון דהוי כן בסימנים הללו ממעי אמו א"כ ממילא יש לו דין סריס חמה דפטורה מחליצה ולכאורה אפשר לפקפק ע"ז דהא הא דמהני ס"ס זהו מטעם דרוב צדדים להתיר כמבואר בהפוסקים. א"כ בכל השני ספק ספיקות הללו דיש בכל ס"ס מיעוט צדדים להחמיר א"כ יש לנו אפשר לדון לצרף השני מיעוטים מן השני ס"ס הללו ונדון להחמיר לכאורה אבל באמת זה אינו דהא מבואר בתוס' כתובות דף ט' דלא אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא משום דמיעוטא כמאן דליתא דמי והא שכתבו התוס' בנדה דף י"ח דאמרינן סמוך מיעוטא לפלגא כבר כתב הסדרי טהרה ביו"ד סי' קפ"ז בשם הריב"ש לחלק ביניהם וכמש"כ החוות דעת בכללי הס"ס וכמש"כ הש"ך ביו"ד בכללי הס"ס דמיעוט שכנגד הרוב אין לצרפו לס"ס כלל כו' ע"כ ה"ה לצרף שני מיעוטים ג"כ הדין נותן דלא מצרפינן מיעוטא כלל להדדי משום דמיעוט כמאן דלתנייהו דמי וכן מבואר בכמה דוכתי דלא מצרפינן מיעוטא כלל ועי' בתוס' ב"ב דף צ"ג ע"א ד"ה איכא למימר מקמא אתא כו' וסמוך מיעוט מפילות למיעוט כו' והוי לי' מחצה על מחצה כו' אך שאני התם דהוי שם הכל מן שם אחד מצד דמפילות:

כה

וידעתי מה שיש להעיר בזה מן דברי הר"ן לחולין דף ס"ג פ"ג דת"ר לוקחין ביצים ואין חוששין משום נבלות כו' ופרכינן דלמא דעוף טמא נינהו:

והקשו התוס' דהא טהורים מרובין וכו' ותירץ הר"ן דזהו משום דסמכינן מיעוט טמאין עם טריפות והוי לי' רובא א"נ מחצה על מחצה כו' והובא בכרתי ופלתי סי' ט"ז. אבל הא שיטת התוס' שם בחולין לא ס"ל לסברת הר"ן הנ"ל בזה. וכן לכאורה יש להעיר מן ברכות דף נ"ג דאמרו שם מיעוט לכשפים ומיעוט לגמר הכלים אשתכח רובא כו' ועי' בתבואת שור סי' ס"ג ובחוות דעת שם ויש לחלק ומחמת האריכות קצרתי:

כו

ואף אם נימא דהדין הוא דמצרפינן שני מיעוטים להיות כמו פלגא עכ"ז לא שייך להחמיר מטעם זה בנ"ד לפי דהא יש בנ"ד לדון עוד על פי סברת המיעוט ולהקל מטעם אחר משום דהא יש להסתפק בנ"ד דשמא מת היבם כבר דהא קיבל עליו מכות נאמנות פלעטנעס ושלחוהו חולה לקאטערזנע לסיביר א"כ יש לדון ולהסתפק בנ"ד דשמא מת היבם כבר וכעת הוא בערך ששים וששה שנים:

ואף דמבואר בגיטין דף כ"ח דדווקא בהגיע לגבורות בן פ' שנה חיישינן למיתה ובלא הגיע לגבורות הוא בחזקת קיים ועי' באה"ע סי' קמ"א סעי' ס"ח עכ"ז הא מבואר בתוס' שם ד"ה והניחו זקן או חולה כו' בתירץ ב' דבשבויות חיישינן טפי למיתה וכ"כ התוס' בב"מ דף ל"ט ד"ה דילמא שכיבא סבתא כו' בתי' הב' דבנשבו חיישינן טפי דילמא מתו לפי שעשו לה יסורין וה"ה בנ"ד ואף לתי' קמא בתוס' שם. עכ"ז הא יש לנו מיעוט דמתים קודם זמן ומה"ט חשו התם לענין יתמי שמא מת כמבואר שם. ע"כ אם תרצה לצרף בנ"ד שני מיעוטים מן השני ספק ספיקות דיש לנו להחמיר מטעם זה. זה אינו דהא זולת השני ספק ספיקות הללו יש לנו עוד מקום להקל מטעם המיעוט דשמא מת כבר וא"כ יש לנו מיעוט להקל נגד מיעוט אחד משני הספק ספיקות וא"כ לא נשאר לנו להחמיר רק מצד מיעוט אחד ובמיעוט אחד בוודאי לאו כלום הוא ע"כ הוי לנו ספק ספיקא מעליא ואין לנו לחוש להמיעוטי וכש"כ דנלע"ד להוכיח מכמה דוכתי דלא מצרפינן שני מיעוטי להדדי כלל אך דקשה עלי לבוא כעת בארוכה בפרט זה א"כ נתבאר לנו בעז"ה יסוד גדול מה שיש להקל בנ"ד ע"פ דין ס"ס הללו:

ענף ד

כז

אך העומד נגד כל היסוד הזה מן מה דמבואר בהרמ"א בסי' קע"ב סעי' ו' בשם הריב"ש דאין לנו עכשיו לדון דין סריס משום דחיישינן שמא נשרו או שמא הי' לו גומות ואין אנו בקיאין כו' ואף בנולדו לו סי' ס"ח מעת הוולדו עכ"ז חיישינן שמא נשרו שני שערות וכמש"כ הב"ש שם והנה לפי מה שכתבתי דאף דנמצאו בו ב"ש לאחר עשרים דמ"מ יש לדון דין ספק ספיקא דע"פ זה נתבאר דדינו כמו ס"ח ממש ופטורה מחליצה דלפ"ז

קשה דמפני מה חיישינן שמא הי' לו ב"ש ונשרו או חשש גומות ואין אנו בקיאין והא יש בזה דין ס"ס. ואף דהך ספק שמא לא הי' לו שערות לא מצרפינן לס"ס משום דה"ל ספק חסרון ידיעה וכמש"כ הב"ש בסי' קנ"ה ס"ק ל"ד גבי מיאון אבל אכתי תקשה דהא אף דאייתי ב"ש מ"מ יש לדון להספק ספיקא שכתבתי לעיל לומר ספק א' שמא לאחר עשרים ואת"ל קודם עשרים אכתי ה"ל ספק סריס כנ"ל:

כח

ואפשר לומר דס"ל להריב"ש והרמ"א דכיון דחיישינן שמא הביא ב"ש וזהו ספק חסרון ידיעה דלמא יש בו גומות ואין בקיאין ואם נימא דהי' בו ב"ש אז אין להסתפק כלל דלמא הביא לאחר עשרים משום דס"ל כשיטת הרא"ש שכ' המחבר בח"מ סי' ל"ה דמחזיקין מחמת חזקה דהשתא דאייתי למפרע ואף דיש ריעותא לפנינו דאייתי סי' סריס. עכ"ז ס"ל כיון דבהשערות עצמן לא הוי ריעותא. ע"כ שפיר י"ל מחמת חזקה דהשתא דאייתי למפרע בזמנן קודם עשרים וע"כ אין לצרף זה הספק לס"ס כלל אבל בנ"ד דנמצאו בו שערות קצרות ומפוזרות דהוי ריעותא בעצם הב"ש דמוכח מהם דגדלו לאחר עשרים וביותר נראה שגדלו כעת ולאחר ל"ה שנים וכמש"כ לעיל בארוכה וכיון דאיתרע לי' החזקה דהשתא לפנינו ע"כ שפיר יש להסתפק ולדון הספק ספיקא שכתבתי וכעין זה קצת כתב הנו"ב סי' צ"ג גבי גומות ואין כעת במקומי מחוץ לעירי ספר נו"ב והובא בקצרה בפתחי תשובה לאה"ע סי' קנ"ה ס"ק ח' ע"ש וע"כ יש לומר דאין לסתור לכל היסוד שכתבתי משום דאין סתירה מן הרמ"א לדברי:

כט

ועוד יש לומר לפמש"כ הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס ס"ק ל"ו דנעל דרכי הס"ס לפנינו והביא כן בשם המרדכי פ' החולץ דהוכיח מן הא דמצינו בבכורות ס"פ אלו מומין גבי יבום בטומטום דהוי ספק זכר ספק נקיבה ואת"ל זכר שמא ימצא סריס ועכ"ז אינה פטורה מחליצה:

ועוד ראיות כהנה והוכיחו מזה דאין לנו לבדות ס"ס להקל:

ובאמת כה"ג כתבו התוס' בנדה דף ל"ג ע"ב ד"ה ורמינהו כו' דפעמים נראה להם להחמיר אפי' בס"ס כו' עכ"ל:

ומטעם זה י"ל דלכן לא הי' ניחא להריב"ש והרמ"א לדון דין ס"ס להקל בספק שמא הביא ב"ש ונשרו משום דס"ל כהוכחת המרדכי הנ"ל מהא דבכורות דמצינו גבי יבום גופא דהחמירו גבי טומטום דצריכה חליצה אף דהוי שם ס"ס ומוכח מזה עכ"פ דהחמירו חז"ל גבי חשש חליצה אף דהוי ס"ס אם לא היכא דאמרו בפירוש שם לדון דין ס"ס וע"כ חשו בספק שמא נשרו ב"ש משום דאין בקיאין כנ"ל:

ל

אבל באמת כבר כ' המהרי"ט בחלק יו"ד והובא בפרמ"ג שם דכתב דאין ראי' מהא דבכורות בטומטום דשא"ה דהא מן דין ס"ס אתה יכול להתירה ליבם ויכול לבא מזה לידי קולא דמתחילה תנשא לשוק ואח"כ להיבם והוי ס"ס הסותר ספק א' ובכה"ג לא דיינינן לס"ס דגזרו רבנן בזה אבל היכא דלא שייך כן אז שפיר דיינינן לס"ס:

ע"כ שפיר יש להקל בנ"ד ע"פ דין ס"ס וכדמצינו לכמה פוסקים דהקילו בחשש א"א ע"פ דין ס"ס אף דחיישינן למיעוטא בזה כמו במים שאין להם סוף וכה"ג כש"כ בחשש יבמה לשוק דקילא דהא אין בו כרת וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ה' יעו"ש ע"כ אין להחמיר בנ"ד דהוי מקום עיגון גדול וגם הא זה לשון המרדכי כפי שהובא בש"ך שם בכללי הס"ס הנ"ל דאין לעשות מעשה לכתחילה להתיר כו' א"כ אם הוי במקום עיגון דאז הוי כדיעבד כמבואר בכמה תשובות ולכן יש לנו יסוד גדול להקל בנ"ד ע"פ ס"ס לדונו כדין סריס חמה גמור ופטורה מן החליצה. כיון דהוי במקום עיגון בנ"ד:

לא

ועוד דאף אם נימא דאין דינו כסריס חמה גמור:

עכ"ז הוי עכ"פ ספק ס"ח ע"פ כל הנ"ל ולפ"ז יש לדון בנ"ד עוד ע"פ מה שכתב החוות יאיר בסי' רכ"א לדון במי שאינו יכול לבעול ונשא אשה די"ל דנתבטלו הקדושין משום אומדנא והא שכ' הרמב"ם והובא בטור אה"ע ובשו"ע סי' מ"ד דסריס שקידש הוי קדושין מיירי בידעה כו' ובספר בשמים ראש כ' להסתפק בזה די"ל אומדנא דאדעתא דהכי לא מקדשה נפשה שלא יהי' לה כלל חיבת ביאה ומספר כתובה נלמד ומיעל לוותייכי וכתב שם בתשובה די"ל דאף אם שניהם רוצים בהקדושין יש לדון דאין חלין הקדושין ונשאר בצ"ע וכן התשב"ץ בח"א סי' א' דף ד' הקדימם להעיר בזה בשם חכמי אשכנז וסתר זה גם מטעמים אחרים וכן בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ד' ענף ג' הבאתי דברי התשב"ץ הנ"ל והוכחתי כן מן התוס' יבמות דף ס"ה ע"ב דכתבו דבמודה דאינו יכול לבעול צריכה גט ולא אמרינן דיהי' נאמן במגו דבידו לגרשה כמו בבעל שאמר גרשתי ויש לי בנים:

כמש"כ שם בארוכה אך אפשר לומר דהתם מיירי באינה רוצית לבטל הקידושין כדי שתוכל לתבוע כתובה מהבעל ולא יהי' מקח טעות אבל לעולם י"ל אם רוצית לבטל הקידושין בטענת אומדנא דיכולה לבטל הקידושין למפרע אך השבות יעקב בסי' ק"א השיג על החוות יאיר והעלה דאין לבטל הקידושין בזה משום דאף באינו יכול לבעול ג"כ שייך לומר טן דו כו'. ואתתא בכל דהו ניחא לה והאריך בזה ויש להאריך בכ"ז ע"פ מש"כ הרמב"ם והראב"ד פ"ד ה"א ה' י"א גבי טומטום]:

ובמרדכי פ' החולץ הביא בשם הגאונים ביבמה שנפלה לפני יבם מומר דפטורה מחליצה כו'. ונראה להר"ם להביא ראיה לדבריהם מהא דב"ק דף ק"י יבמה שנפלה לפני מוכה שחין צריכה חליצה משום אנן סהדי כו' טב למיתב טן דו א"כ לגבי מומר דליכא למימר טן דו ואתתא בכ"ד ניחא לה דאנן סהדי דלא ניחא לה להתייבם לו כי יעבירנה על דת לבא עלי' כ"ז שהיא נדה ודאי אנן סהדי דלא ניחא לה א"כ נפקא לה בלא חליצה אם אין יבם אלא הוא כו' ע"ש והב"י בסי' קנ"ז הביא זה והחולקים ע"ז וגם הביא למש"כ התוס' בב"ק שם דהתם מן האירוסין מיירי אבל מהנשואין לא אמרינן לאומדנא זו והובא כ"ז בביאור הגר"א זצ"ל סי' קנ"ז ס"ק ז':

לב

ובאמת כן יש לדון לפמש"כ התוס' דדווקא מן האירוסין אמרו זה ולא מן הנשואין א"כ בנ"ד דהי' כבר נישואין אין לדון כלל אומדנא זו אכן בספרי שם כתבתי דאם אינו יכול לבעול אף דנימא דלא נתבטלו הקדושין מ"מ לא נעשית נשואה דהא שיטת הרמב"ם דבעו חופה ראויה לביאה ובזה לא הוי חופה ראויה לביאה:

ע"כ לא נעשית נשואה וכעת ראיתי להבשמים ראש בסי' ש"מ שכ' בסוף הסי' דזה ודאי דדין נשואה אין בזה לכו"ע אף להחולקים על הרמב"ם בחופת נדה מודו כאן יע"ש ולפ"ז י"ל בנ"ד דלא נעשית נשואה לכו"ע מחמת דאינו ראוי לבעול. ע"כ דינה כארוסה דשייך אומדנא דב"ק הנ"ל ואף דיש לה טובה במה שנתן לה מזונות וכן הא כתב לה כתובה:

ואף דקיי"ל כסברא הראשונה דהובא באה"ע סי' נ"ה סעי' ו' דארוסה אין לה כתובה אלא בכתב לה. עכ"ז הא בנ"ד דכתב לה כתובה ודאי דיש לה אף דאין דינה כנשואה א"כ לכאורה י"ל דזה מקרי טובה דכה"ג לא שייך אומדנא דב"ק הנ"ל כמש"כ התוס' הנ"ל:

לג

אכן באמת מוכח לומר דכה"ג לא מקרי טובה דיתבטל משום זה האומדנא הנ"ל דהא לכאורה צריך ביאור במש"כ התוס' בב"ק שם דמן האירוסין מיירי דמקידושין אין לה שום טובה הא גם מקדושין יש לה טובה דהא אם נתבטלו הקדושין ה"ז מחזרת מעות קדושין להבעל כמבואר בכתובות דף ע"ו ובאה"ע סי' נו"ן סעי' א' דאם הי' קדושי טעות חוזרים המעות. א"כ יש לה טובה במה דנתקיימו הקדושין וע"כ מוכח דכוונת התוס' הוא דדווקא בטובה שמגיע לה מענין אישות כמו ביאה ותנאי כתובה שחייבוהו חז"ל מחמת האישות זה מקרי טובה לענין זה אבל במה דיש לה כתובה מחמת דכתב לה מעצמו וגם נתן לה מזונות זה הוי כמו הקדושין דאף דקבלה מעות קדושין ומשמע דאף דקבלה מעות הרבה בקדושין כדסתמו ואם נתבטלו הקדושין תהיה צריכה להחזיר ע"פ אומדנא זו ומצינו ביבמות דף קי"ג גבי פיקח שנשא חרשת אף כתב לה כתובה מאה

מנה קיימת מפני שרצה ליזון בנכסיו כו' וכן אי' שם הטעם גבי ההוא חרש כו' אילו רצה שפחה לשמשו מי לא זבנינן לי' וכן מבואר באה"ע סי' ס"ח ס"ט ע"כ ה"ה בנ"ד דאף דנתבטלו הקדושין מ"מ לא אבדה מחמת דהא נתרצה וכתב לה כתובה אף דבאמת אינו מן הדין ליתן לה כתובה דהא דינה כארוסה בנ"ד כנ"ל. אפ"ה כתב לה ונתרצה ליתן לה כתובה משום דקונה שפחה לשמשו על משך ששה שנים כנ"ל. וכמו בחרש וחרשת אף דאין חלין הקדושין מ"מ יש לה כתובה וכן י"ל על דבר המזונות שנתן לה מרצונו הטוב: **ועוד** דהא אף דנימא דאין לה כתובה אם יתבטלו הקדושין משום האומדנא עכ"ז הא גם בקדושין תהיה צריכה להחזיר כסף הקדושין כנ"ל ועכ"ז הא בקדושין אמרינן להאומדנא ודווקא אם הי' מחוייב הכתובה ומזונות ותנאי כתובה משום חיוב חז"ל בזה שפיר י"ל דאין דנין לאומדנא זו משום דחפיצה בהקידושין כדי לזכות בכל חייבי אישות שחייבוהו חז"ל אבל בנ"ד דדינה כארוסה ואין לה זכות מן חיובי אישות עליו אלא מצד דנתן לה מרצונו הטוב ע"כ אף דנימא דהמעות חוזרין בכל מה שלקחה מבעלה הן בהמזונות והן מהכתובה. עכ"ז הא זהו דומה לכסף קידושין ואפ"ה דיינינן לאומדנא זו כיון דאין לה עליו שום חיוב מן חיובי אישות שחייבו חז"ל:

לד

אך לכאורה אפשר דשייך לדון דהא הו' החזקת טובה גם ע"י הקדושין משום הנאת הקירוב בשר שהיה בין האשה ובעלה אף שאינו יכול לבעול ואף דדינה כארוסה וארוסה אסורה לבעלה כנדה כמבואר בסי' נ"ה ועיין ב"ש שם ס"ק א' עכ"ז הדין נותן דאף במי שאינו יכול לבעול כלל דמ"מ לא נאסרו בקירוב בשר א"כ עדיין שייך לומר לפמש"כ התוס' בב"ק דלא דיינינן להאומדנא דאמרו שם רק מן הארוסין לפי דמקדושין אין לה שום טובה אבל בנ"ד שהי' לה טובה מן קירוב בשר שהיה ביניהם כנ"ל וע"כ לשיטת התוס' לא שייך בנ"ד אומדנא הנ"ל מ"מ הא לשיטת הר"מ במרדכי פ' החולץ דהעלה להקל ביבמה שנפלה לפני יבם מומר דפטורה מהחליצה משום דלא שייך בי' טב למיתב טן דו וס"ל דאף מן הנשואין שייך אומדנא זו ודלא כהתוס' וס"ל לפרש להך טן דו דאמרו בב"ק שם דכוונתם על היבם ועיין מזה בחתם סופר ח' ב' מן אה"ע סי' ע"ד וכתב כן בשיטת התוס' ג"כ:

ענף ה

לה

ולכאורה יש להעיר לשיטת הסוברים לפרש להך טן דו בב"ק דף קי"א דקאי על היבם: **דתקשה** ע"ז מהא דיבמות דף קי"ח ע"ב דבעא רבא מר"נ המזכה גט במקום יבם כו' דרחמא לי' או דסניא לי' וא"ל תנינא וחוששין לדבריו ואח"ז איבעי' להו המזכה גט

במקום קטטה וא"ל טב למיתב טן דו ומעיקרא דמזכה גט במקום יבם לא אמרו שם להך טב למיתב טן דו א"כ משמע מזה דהך טן דו לא שייך גבי יבם ולכן במזכה גט במקום יבם הוי זה ספיקא דדינא כמבואר באה"ע סוף סי' קמ"ה ואילו במזכה גט במקום קטטה ס"ל להמחבר ושארי פוסקים דהוי ודאי אינה מגורשת משום דאמרינן טן דו כמבואר בסי' ק"מ סעי' ה' אך שהביאו שם בשם יש מי שאומר דהוי ספק מגורשת א"כ מוכח מזה דלא שייך לדון טב למיתב טן דו גבי יבם ואפשר לומר דבאמת הא דאמרו לדון טב למיתב טן דו גבי יבם דבאמת זהו תליא לפי הך איבעיא דיבמות הנ"ל דאי שייך לומר גבי יבם דרחמא לי' א"כ ממילא שייך לדון טן דו גם גבי יבם ואזלינן לחומרא ולכן אמרו בב"ק שם דיבמה שנפלה לפני מוכה שחין דאינה יוצאה בלא חליצה משום דלמא הלכה דאמרינן דרחמא לי' א"כ ממילא שייך טן דו גבי יבם ויש להאריך בזה:

לו

נחזור לענינינו במה שהבאתי לעיל לשיטת הר"מ במרדכי פ' החולץ והגאונים דיבמה שנפלה לפני מומר דיוצאה בלא חליצה ושאני מוכה שחין משום דשייך בי' טן דו משא"כ ביבם מומר דלא שייך בי' טן דו כלל וגרע ממוכה שחין דיכולה לדור עמו בעדים וכמש"כ החתם סופר סי' ע"ד וע"כ אף בנפלה לפניו גם מן הנישואין דיינינן לאומדנא זו דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה כיון דלא ידעה דיש לו אח מומר ולשיטתם ה"ה בנ"ד דלא ידעה בעת הנישואין והקידושין דיש לבעלה אח כזה והבעל הוא ספק ס"ח דאף אם ירצה היבם לכונסה אין הב"ד מניחין לו משום דהוי ספק איסור אשת אח שלא במקום מצוה ודאי לא שייך בזה לומר טן דו. דהא לא תנשא ותתייבם להיבם לעולם א"כ הוי זה כמו מומר ודוקא מוכה שחין שייך טן דו משום שתדור עמו בעדים וכמש"כ החתם סופר שם דהא עכ"פ כבר היא כנוסה לו משא"כ היכא דהבעל הוא בספק סריס דכיון דהב"ד מוחין לו שלא לכונסה ויהי' מאיזה טעם שיהי' א"כ ממילא הוי כמו איסור ודאי ומום גמור וכדמצינו בח"מ סי' רל"ב וסי' ש"ו וביו"ד סי' קי"ט גבי ספק טריפה דכיון דפרשי אינשי אין לך מום גדול מזה ע"כ ודאי לא שייך בנ"ד למימר טן דו וכיון דלא ידעה מזה ע"כ לשיטת הר"מ והגאונים הללו יש להקל בנ"ד מטעם אומדנא זו דב"ק הנ"ל ואף מן הנישואין ס"ל להר"מ וסייעתו לדון להאומדנא זו ע"כ יש לדון מצד ספיקא דדינא דשמא הלכה כשיטת הר"מ דס"ל לדון לאומדנא זו דלפ"ז יש להקל בנ"ד ולפוטרה מן חליצה ויש לנו ספק ספיקא להיתירא ספק ס"ח וספק שמא הלכה כהר"מ ושיטת הר"מ הובא בסי' קנ"ז ביסוד גדול להקל ובשם דיעה ראשונה ביבם מומר דאם לא ידעה מן היבם מומר ונישאת בלא חליצה דלא תצא ועיין שם בבית יוסף ובמרדכי דאף דכתבו שם טעם

אחר בזה מ"מ כתבו ג"כ להך טעם דהר"מ הנ"ל והוי שפיר ספיקא דדינא שמא הלכה כר"מ ולצרפו לס"ס:

לז

ולכן בנ"ד דהיבם אסור לייבמה לפי שבעלה הוא בספק סריס והב"ד אין מניחין לו לייבמה והאשה דבנ"ד שלא ידעה שיש לו אח ולא נודע לה עד אחר הנישואין בערך ארבעה שנים ע"כ הוי שפיר מקח טעות ודווקא במוכה שחין דיינינן טב למיתב טן דו וכמש"כ הח"ס בסי' ע"ד דיש מקום לומר דיבעול בעילה ראשונה ואח"ז ידורו בעדים וכמש"כ בשם הרשב"א משא"כ בנ"ד ולפ"ז יש לכאורה לדון באלו היבמות דהדין הוא דחולצת ולא מיבמות דהיכא דלא ידעה בעת הנשואין שיש לו אח דיש לדון דהוי מקח טעות בעיקר הקידושין והנישואין מצד סברת הר"מ הנ"ל ע"פ הך אומדנא דבק"מ. אך בזה יש לדון הרבה לפי בנ"ד נראה דגרע ממומר משום דבמומר יש בידו לחלוץ לה אם ירצה ועיין בנו"ב מ"ת סי' קס"ב משא"כ בנ"ד דאף אם ירצה היבם השבוי לחלוץ לה אין זה בידו ובלתי אפשר כידוע דאף אם היו יודעין אי' מקומו ג"כ הוא בלתי אפשר להשיג ממנו חליצה בשבוי קשה כמותו אשר הוא בסיביר כידוע בענינים כאלה ובפרט שאין ידוע מקומו כלל וכש"כ ביבום דזה בוודאי בבלתי אפשר בנ"ד זולת ספק איסור אשת אח מחמת ספק ס"ח וודאי שלא שייך לומר גבי יבם כזה טן דו דהעיקר הוא מחמת יבום לשיטת הר"מ הנ"ל וגם יש לי עוד לדון דאף לשיטת רש"י והתוס' דבק"מ הנ"ל יש מקום להקל בנ"ד וקצרתי ונתבאר דיש לנו ספק ספיקא מעליא להקל בנ"ד דשמא הוי ס"ח ואת"ל כו' אכתי ספק שמא הלכה כהר"מ ואין לומר דהא את"ל דלא הוי ס"ח א"כ לא שייך אומדנא דב"ק הנ"ל בנ"ד דזה אינו דהא עכ"פ כיון דהב"ד מוחין לו שלא ליבמה יהי' מאיזה טעם שיהי' א"כ ממילא לא שייך כאן טן דו ושפיר יש לדון להך אומדנא דב"ק וכשיטת הר"מ והב"ד יהי' מוחין משום דהא הוי עכ"פ ספק ס"ח לנו וכש"כ בנ"ד דאף חליצה הוי דבר בלתי אפשר כלל. ולכן לשיטת הר"מ יש להקל בנ"ד בפשיטות ויש לנו שפיר ס"ס מעליא:

ענף ו

לח

ועכשיו נבאר מה דיש לדון עוד בנ"ד מחמת המום שהיה לבעלה דאינו יכול לבעול כלל כפי הנראה במכתב כת"ר דדבר זה הי' ידוע בבירור מחמת הודאת הבעל בעצמו והי' כמה הוכחות לזה הנה כבר כתבו חכמי אשכנז והובא בתשב"ץ ח"א דף ד' דשיטתם לבטל ע"י זה הקדושין וכן כתב החוות יאיר בסי' רכ"א להלכה ולא למעשה והתשב"ץ דדחה זה לא דחה כ"כ בפשיטות אלא דנראה דהוא מסתפק בהך מילתא וכמש"כ

הבשמים ראש בסי' ש"מ. ובאמת לפי דעתי נראה דזה הוי מום גמור לבטל ע"י זה להקידושין דהא הבית יוסף באה"ע סי' קנ"ד הביא בשם הרשב"א דכתב בהך מום דאינו יכול לבעול כלל דהכל יודעין כלה למה נכנסת לחופה וע"ד כן ניסת לו ולכן שומעין לה וכופין להוציא וכ"כ התוס' ביבמות דף ס"ה ע"ב במום זה דמחוייב להוציאה וליתן לה כתובה. וכ"כ בשו"ע סי' קנ"ד סעי' ז' וב"ש ס"ק י"ח דאף בלא טענת חוטרא לידה הדין כן א"כ חזינן דזה הוי מום גמור משום דהרוב מקפידין ע"ז. לפי דאם הי' מקום לומר ולהסתפק דשמא הי' רצונה והסכמתה שלא להקפיד ע"ז כ"כ וכן דעת הרבה נשים שלא להקפיד ע"ז המום כ"כ א"כ איך יש לנו יכולת לכופו שיגרשה וע"כ מוכח דלא הוי שום ספק כלל בזה ובוודאי לא נתרצית ע"ז כלל מעולם ודינו כמו כל מומין דדינו דתלוי בהסכם בני המדינה כמבואר כה"ג בח"מ סי' רל"ב סעי' ו' וכש"כ במום כזה דבנ"ד וע"כ כופין לו במום כזה שיגרשה וממילא הדין נותן דהיכא דלא ידעה בעת הקידושין והנישואין שיש לו מום זה דודאי הקידושין בטלין עי"ז המום וכמו כל מום במכירה וכמו דאמרו בכתובות ד' ע"ג ע"ב כעין זה גבי מומי אשה דמ"ש כתובה דלא בעיא כו' אי הכי גט נמי לא תיבעי כו' ועיין באה"ע סי' ל"ט וב"ש ס"ק ט"ז במש"כ שם בפלוגתת רבה ור"ח עם רבא:

לט

ואין לומר דשאני אשה משום טן דו דא"כ לא יחוייב הבעל לגרשה וליתן לה כתובה דהא הוי ספק דשמא נתרצית על מום זה משום טן דו וע"כ מוכח דלא הוי שום ספק ריצוי בזה ועיין באה"ע סי' קנ"ד סעי' א' וברמ"א שם בשם הטור והרמ"ה וב"ש ס"ק ב' וקצרתי] ומום זה הוי קפידא גמורה בודאי לכל ולכה"פ לרוב נשים וע"כ כופין לו לגרשה ולתת כתובה ע"כ ממילא נחשב זה למום ולבטל עי"ז להקידושין. והא דמבואר גבי מום דאינו יכול לבעול דכתבו התוס' ביבמות ובאה"ע שם דצריכה גט ויתן הכתובה. י"ל דשם מיירי היכא דנולד המום בו לאחר הנישואין וגם מספיקא היכא דיש להסתפק שמא נולד בו המום לאחר הנישואין ג"כ צריכה גט משום דספיקא לחומרא. ועוד י"ל במה דצריכה גט בהך מום דאינו יכול לבעול דזהו רק מדרבנן וכעין הך דכתובות דף ע"ג ע"ב דאמר רבה ור"ח דצריכה גט מדבריהם ויש להסביר זה ביתר ביאור:

דהא אף דהוי אומדנא דהכל יודעים כלה למה נכנסה לחופה כו' מ"מ הא אין זה רק מצד הרוב מעליא. דמהני אף בממון כידוע אבל באיסור א"א הא החמירו וחששו אף למיעוט שאינו מצוי כמו במשאל"ס אף דיורדין לנחלה. כמבואר בח"מ סי' רפ"ד וגם הא אף היכא דלא הוי חזקת איסור ג"כ חשו למיעוטא כמו ברובא מסבלי והדר מקדשי.

וכמבואר בקדושין דף נ' ובאה"ע סי' מ"ה וכמש"כ הרא"ש והובא בב"ש שם ס"ק ב' וע' שם בסברת הר"נ שהובא שם וקצרתי]. ע"כ י"ל דה"ה בנ"ד בהמום דאינו יכול לבעול דצריכה גט מדבריהם משום חשש שמא היתה מרוצת אף אם היתה מסיק אדעתה מן מום זה וחשו למיעוטא בזה:

ומהאי טעמא חייב לתת לה כתובה וכמו בכל קדושין ונישואין מדרבנן דחייב לתת לה הכתובה אבל מן התורה הדעת נותנת דנתבטלו הקדושין דהא איכא רובא בזה דלא נתרצית מעולם על זה המום דהכל יודעים כלה כו' ואפשר דזהו שיטת סברת האומרים דבאיילונית שלא הכיר בה צריכה גט מדרבנן וע' באה"ע סי' מ"ד ס' ד' וב"ש ס"ק ז' מ"ש בשם הנ"י בשם ר"ת וע' בנ"י בריש יבמות שכ' טעם אחר בזה:

מ

והא דכתב הרמב"ם בפ' ד' מן הל' אישות דסריס חמה שקידש הוי קדושין גמורים י"ל דמיירי בידעה במום זה או דגם ס"ח מקרי בר שכיבה דמה"ט אשת סריס שותה כמבואר בסוטה דף כ"ד ובד' כ"ו והא בעינן קדמה שכיבת בעל לבועל ויש להאריך בזה בפי' המשניות להרמב"ם שם ובפ' א' מה' איסורי ביאה ה' י"א ועי' במל"מ פ' ב' ה' סוטה וקצרתי והא דמשמע בטור סי' מ"ד דאף בלא ידעה שהוא ס"ח ג"כ הוי קדושין. ג"כ אתי שפיר לפ"מ שכתבתי דס"ח מקרי בר שכיבה גם י"ל דבאמת אין זה רק מדרבנן דהא הטור לא כתב שם בל' ה"ז קדושין גמורים כמבואר בהרמב"ם שלנו וכן המחבר בסי' מ"ד שם לא הביא ללשון הרמב"ם דכ' דהוי קדושין גמורים אלא כתבו סתמא דס"ח שקידש וכן איילונית הוי קדושין. וי"ל דכוונתם דהוי קדושין מדרבנן וכמו שכ' הנ"י בריש יבמות בשם הר"ת דבאיילונית הוי קדושין מדרבנן וכמו בכתובות דף ע"ג כעין זה דאמרו צריכה גט מדבריהם אבל קדושין דאורייתא הדעת נותנת דנתבטלו הקדושין:

מא

ובאמת הא דמצינו בש"ס בכמה דוכתי דאמרו להסברא טב למיתב טן דו. לא מצינו רק בהנך דאינו מן הכופין להוציא כמו ביבמות דף קי"ח גבי המזכה גט במקום קטטה דאמרו זה וכן בכתובות ד' ע"ה גבי הבעל שהלך אצל חכם והתירו אצל רופא ורפאו דמקודשת הא התם לא הוי מן הכופין להוציא והא דב"ק דף ק"י גבי יבמה שנפלה לפני מוכה שחין כו' הא התם לשיטת רש"י והחולקים על הר"מ טעמם כמש"כ שם דמינח ניחא לראשון שהוא שלם על ספק זה שאם ימות תזקק לאחיו ע"ש א"כ ודאי אין ראי' מהתם לנ"ד שהבעל בעצמו הוא מן המומין דכופין להוציא ולשיטת הר"מ דבמרדכי פ' החולץ הנ"ל ג"כ י"ל דטעמא הוא שכיון דניחא לה כעת מהקדושין לבעלה ע"כ דיינינן טן דו גם גבי יבם מוכה שחין. ולשיטת הר"מ הא כבר נתבאר היתר בנ"ד מצד דהוי כמו יבם

מומר כנ"ל) והא דקדושין דף ז' ודף מ"א ודאי אינו ענין לנ"ד דהא התם לא מיירי במומין כלל. והא דכתב הגהות אשר"י דכתובות פ' ז' סי' י"ז גבי מום נכפה באיש דאמרינן דבכל דהו ניחא לה וכן כ' המרדכי פ' המדיר והובא באהע"ז סי' קנ"ד וברמ"א סי' ה' וס"ס קי"ז הא התם להסוברים כן א"כ הא לא הוי מן הכופין להוציא וכמבואר שיטתם שם אבל היכא דהוי מן הכופין להוציא. וכמו בנ"ד בהמום דאינו יכול לבעול כלל הדין נותן דכיון דהדין הוא דכופין להוציא משום דהכל יודעים כלה כו' ע"כ כיון דלא ידעה ממילא הוי מק"ט לענין עצם הקדושין ובפרט דלא נבעלה מעולם כמו בנ"ד ולא נעשית נשואה כלל מעולם. וכמש"כ לעיל בשם ספרי באר יצחק ובשם בשמים ראש. וע"פ זה נדחה ראיית השבות יעקב ע"ש:

מב

ומתוך מכתבם ניכר שהי' מבורר זה דהי' לו מום זה דאינו יכול לבעול כלל מעולם משום דהודה הבעל ע"ז בעצמו וגם אף אם לא הי' מודה מ"מ כיון שטענה עליו כן בב"ד כמה פעמים א"כ הא נאמנת מצד חזקה דאין אשה מעיזה וכמבואר בסי' קנ"ד ס' ז':

ואף בזה"ז הא דעת הב"ח דבדיעבד סמכינן על החזקה דאין אשה מעיזה אף בזה"ז כמבואר בסי' י"ז ס"ב בח"מ ס"ק ד' ובב"ש ס"ק ד' וכמו שהכריע כן הרדב"ז ח"ג סי' ת"ז:

ובפרט היכא שיש אמתלאות והוכחות שאומרת אמת דנאמנת אף בזה"ז כמש"כ המהרי"ק והובא ברמ"א סי' קנ"ד ס' ז'. ובנ"ד הא יש הרבה אומדנות והוכחות ע"ז כמבואר בל' השאלה וזה גרע ממום איילונית דבאשה דהא אף הסוברים שם דבאיילונית הוי קדושין הא טעמם כמש"כ הנו"ב במהד"ת סי' ע"ח דטעם הרמב"ם הוא מדלא חקר על הדבר ודאי סבר וקבל ע"ש אבל בנ"ד בהמום דאינו יכול לבעול לא שייך סברא זו. וע"כ הדין נותן לדון דהוי מק"ט בעיקר הקדושין בנ"ד:

מג

ועדיין העומד לנגדי הוא ממש"כ הרשב"א והנ"י ביבמות ס"פ ט"ו במזכה גט לאשתו אף אשת מוכה שחין שאין חוששין להגט ומתייבמת. וכ"ה בירושלמי פ"ק דגיטין הגע עצמך שהיתה אשת מוכה שאין וכו' והובא בתוס' גיטין דף י"א ד"ה בגיטי נשים כו':

וכן הובא זה בשם דיעה קמייתא באהע"ז סי' ק"מ ס' ה' והטעם הוא משום דטב למיתב טן דו כו' הרי דאף במום דכופין להוציא ג"כ אמרו טן דו כו' ולא חששו אף להחמיר ביבום ואמרו מתייבמת משום דהוי ודאי א"א אך גם מזה לא הוי סתירה לכל מה שכתבתי משום די"ל דמיירי התם בידעה דהוא מוכה שחין ונתרצית ואדרבא מהתם מוכח כמו שכתבתי להקל בנ"ד. דהא אמרו שם בלשון המזכה גט אף במוכה שחין או במקום קטטה ותובעת הגט כמבואר שם בנ"י והשו"ע והב"י בסי' ק"ח ס"ה ומדלא

אמרו לרבותא בזה"ל אף במוכה שחין ובמקום קטטה דאפ"ה מתייבמת ואין חוששין להגט כלל אלא כתבו בל' או דווקא מזה משמע דאשת מוכה שחין מיירי באין ביניהם קטטה ואין תובעת הגט. וכיון דנתרצתה בזה ע"כ לא מקרי זה זכות לגבה ושייך בזה טב למיתב טן דו כו' אבל בנ"ד דלא ידעה מן המום דאינו יכול לבעול ותיכף לאחר הנשואין תבעה ממנו בב"ד לגרשה בכל פעם אך דלא עלתה בידה. ע"כ הדין נותן דכיון דהוי מום דהוא מן הכופין להוציא הדעת נותנת דבכה"ג לא שייך טן דו. והדין הוא דאין להחמיר בזה מן התורה. וכן בירושלמי דגיטין פ"ק אמרו להך דאשת מוכה שחין דלא הוי זכות ובירושלמי דגיטין פ' התקבל אמרו הגע עצמך שהיתה צווחת להתגרש כו' ומזה הוכיחו הראשונים לכל מש"כ כנ"ל. וכמבואר בסי' ק"מ א"כ הם שני ענינים מחולקים ולכן נקטו בל' או כו' וע"כ הדין נותן בנ"ד דאין בזה קדושין מה"ת אלא דחשו בזה מדבריהם מפני חומר ערוה והא דאמרו דכופין לגרשה בהך מום דאינו יכול לבעול ולא חשו מפני חשש גט מעושה שלא כדין לפמש"כ לעיל הטעם דצריכה גט מדרבנן משום דחשו למיעוט דשמא נתרצית זה אינו קשה דהא עיקר הטעם בגט מעושה כדין דכשר ז"ה משום מצוה לשמוע דברי חכמים כמבואר בב"ב דף מ"ח. א"כ האי טעמא שייך גם בזה כיון דחז"ל צוו לו לגרשה א"כ גם בזה שייך הך טעמא וכן מוכח בכמה דוכתי וקצרתי:

ענף ז

מד

ע"כ לדעתי העיקר לדינא גבי מום דאינו יכול לבעול כמו בנ"ד. דמה"ת אינה צריכה גט ולכה"פ ספיקא הוי וכמש"כ החוות יאיר והבשמים ראש וכן מורה לשון התשב"ץ דהוי ספיקא דדינא ודלא כהשבות יעקב ואפשר לומר דגם להשבות יעקב הוי עכ"פ ספיקא דדינא אך דלא רצה להקל בלא גט וע"כ בנ"ד לכה"פ חשוב הך ספק לצרפו ולדון ס"ס והוי בנ"ד שלשה ספיקות דאף דנימא דלא הוי ס"ח בודאי ודלא כמש"כ לעיל עכ"ז הא הוי עכ"פ ספק ס"ח:

א"כ הוי ספק א' אם הוי ס"ח ופטורה מחליצה ואת"ל כו' אכתי ספק שמא הלכה כהר"מ דביבמות פ' החולץ ביבמה שנפלה לפני יבם מומר דפטורה מחליצה דשייך בזה אומדנא דב"ק הנ"ל כיון דלא שייך בזה דין יבום כלל כמו בנ"ד דהא מספק אסורה לו כיון דלא יניחו לו לייבם עכ"פ כנ"ל ואת"ל כהחולקים על הר"מ אכתי ספק שמא הלכה דבמום דהי' לבעלה דאינו יכול לבעול כלל דהדין הוא דאינה מקודשת כיון דתבעה תמיד ממנו בב"ד לגרשה. ויש לנו שלשה ספיקות להתירה ואף דנימא לדחוק דאין לדמות נ"ד להך

דיבם מומר ונחלק בדוחק עכ"ז יש לנו שני ספיקות להיתירא ספק ס"ח וספק בעיקר הקדושין:

מה ואין להעיר בנ"ד מהא דהעלית בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ג' דבחייבי לאוין שלא הכיר בה. דצריכה גט. והרי דאף דהוי מן הכופין להוציא אפ"ה לא הוי מק"ט וצריכה גט שאני התם דהא יש לה תוספת אף בלא הכיר בה משום דזה לא הוי מום כמ"ש הר"ן שם והא דכופין להוציא שם הטעם הוא משום דהוי מלתא דאיסורא והב"ד כופין על זה ואין זה ענין לדמות לנ"ד וע"כ היכא דהוי מן מומין דכופין להוציא שפיר י"ל דא"צ גט מן התורה וכנ"ל והוי כעין ציר דגים ביו"ד סי' ק"י. דאף דמדרבנן כתבתי דצריכה גט מ"מ הא בדרבנן מהני ספק אחד להקל:

ומן התורה הא יש לנו הרבה ספיקות וגם הא יש לנו בנ"ד בדרבנן ג"כ שני ספיקות וקצרתי וכן אין להעיר בכל מה שכ' לעיל לדון דכיון דאסורה לו מספק דשמא הי' בעלה ס"ח:

ע"כ לא שייך גבי יבם טן דו כו'. דהא במקום איסור חייבי לאוין שלא הכיר בה לא הוי מק"ט וכמש"כ בספרי כנ"ל:

דזה אינו דומה כלל דשאני היכא דכבר נשאה וצריכין לזה ב"ד שיכופו אותו לגרשה כמבואר בפ' המגרש משום דאמרינן בזה מי יימר דמזדקקי לי' וכמבואר בקדושין דף ס"ב ובתוס' סוטה דף כ"ה. משא"כ היכא דלא נשאה עדיין כמו במקום יבם שפיר הדעת נותנת דלא שייך טן דו דהא כו"ע יהיו מוחים להם שלא יעשו איסור וע' בנתיבות סי' ג' ס"ק א' בסופו משום דא"צ ב"ד לזה וכו"ע יכולים להפרישם מאיסורא והדיוטות הוי בידו ולא דיינינן בזה מי יימר דמזדקקי לי':

כמבואר בשבת דף מ"ו ע"ב וכמש"כ החתם סופר אה"ע ח' ב' בסי' ע"ד להעיר דביבם מוכה שחין לא שייך טן דו:

משום דהא לא יניחו לו לייבמה ותירץ דאפשר לומר דביאה ראשונה יניחו לו ואח"ז ידורו בעדים וכמש"כ לעיל בשמו וכיון דעדיין לא ייבמה ודאי לא שייך טן דו בזה וכמש"כ הר"מ שהובא במרדכי הנ"ל דבמומר דיינינן דאנן סהדי דלא ניחא לה להתייבם לו כי יעבירנה על דת לבא עלי' בנדתה וכו'. הרי דמשום טענת ביאת איסור במקום יבום מקודם שייבמה דיינינן דהוי מק"ט ויש לי עוד ראיות לזה אך באמת אין אנו צריכים לזה כלל בנ"ד דהא בלא"ה אינו ביכולת היבם לייבמה ולחלוץ לה בנ"ד דהא נשלח לארץ גזירה ולסיביר קשה וכפי המבואר במכתבם. ומקודם נישואין שלה ולא ידעה כלל ממנו

וזה גרע מן יבם מומר דהא שם יש בידו וכו' וכמש"כ הנו"ב במ"ת סי' קס"ב כעין סברא זו על ענין אחר ע"ש:
ודאי דשייך בנ"ד להך סברת הר"מ הנ"ל:

מו
וכבר נתבאר דבטענתה עליו שאינו יכול לבעול כלל הדין נותן דנאמנת כיון דטענה כן בפניו בפני ב"ד וחזקה אין אשה מעיזה כו' ואף בזמן הזה היכא דיש אומדנות והוכחות נאמנת כמבואר בסי' קנ"ד ובנ"ד הא יש הרבה הוכחות ורגלים לדבר שיש בו סימני סריס וקטנות האבר ובפרט שגירש כמה נשים והוי יש רגלים לדבר ונאמנת בכ"ז ובפרט דהא לדברי' דאומרת שאינו יכול לבעול ונתבטלו הקידושין מעיקרא א"כ לא הי' כאן חזקת איסור א"א מעולם כלל לפי דברי' דהא היכא דלא איתחזיק איסור דא"א הדין הוא לכמה פוסקים דלא בעינן עדים בזה וכש"כ כיון דמיירינן באיסור יבמה לשוק דזה לא הוי דבר שבערוה כדמוכח מתוס' יבמות דף ל"ו ע"ב ד"ה הא לא שהא ספיקא הוי כו' דהתם משום ערוה החמירו כו' ע"כ לשון התוס' משמע מזה דיבמה לשוק לא מקרי ערוה וע"כ הדין נותן דנאמנת ע"ז וגם הא כתבו דהי' הודאת הבעל בעצמו ע"ז:

מז
וכן במה שאומרת שלא ידעה מן היבם השבוי ג"כ יש להאמינה כפי שכתבו בהגב"ע שהדברים מוכיחין שכן הוא האמת שהיא לא ידעה מן האח ההוא עד אחר ארבעה שנים ע"י איזה סיבה מגלגולי דברים ובלא"ה הדין נותן דנאמנת בזה לפי דעיקר ההיתר במה שלא ידעה מן היבם הוא לשיטת הר"מ שבמרדכי דכתב דבמקום יבם מומר אנן סהדי דלא נתרצית מעולם ולא שייך גבי יבם מומר טן דו כו'. א"כ אי נימא דידעה ונתרצית הא הוי זה כמו טענת מחילה דמבואר בכמה דוכתי דמחילה הוי טענה גרועה ואינו נאמן בטענת מחילה אלא במיגו דפרעתי וכה"ג כתב הריטב"א לכתובות דף ע"ה במוכר חפץ לחבירו מידי דאית בי' מום אם הוי במקום דאפשר לראותן ומתחזי לא מצי טעין מק"ט דאמרינן ראה ונתפייס ואי הוי המום במקום דזמנין מתחזי וזימנין לא מתחזי מצי טעין מק"ט דתלינן דלמא לא חזי לי' דכיון דהמום ומק"ט בפנינו ויש ספק אי ראה ונתפייס ע"ז להביא ראי' שנתפייס עכ"ל הריטב"א וכה"ג מבואר בח"מ סי' שע"ג סי' ג' בטען המוכר שהלוקח ידע שהיא גזולה והלוקח טען שלא ידע על המוכר להביא ראי' והכל הוא מטעם הנ"ל לפי דכ"ז דאין לנו הוכחה ברורה שנתרצה אמרינן לחזקה דלא נתרצה ואין אדם מתפייס במומין והכל הוא משום דמחילה הוי טענה גרוע וכעין זה כתב הקצה"ח בסי' רכ"ז ס"ק ו' והנתיבות שם ס"ק ו' ומן הריטב"א הנ"ל סייעתא לדבריהם ולכן בנ"ד דאמרו בזה אומדנא דאנן סהדי דלא נתרצית בזה ע"כ נאמנת לומר דלא נתרצית מעולם ע"ז:

וכמו ביבם מומר דמשווינן למום ולדון בזה דהוי מק"ט ונאמנת לומר דלא ידעה ממנו וכדמוכח לשיטת הר"מ הנ"ל ובפרט לפי מה שכתבו דהדברים מוכיחים שלא ידעה מזה בעת הנשואין וע"כ שפיר יש להקל בנ"ד לשיטת הר"מ ולצרפו לס"ס כנ"ל:

מח

ולכן אף לפי מה דמשמע מהריב"ש והרמ"א בסי' קע"ב דס"ל דבנמצאו ב"ש לא הוי סריס וודאי ולא ס"ל להס"ס שכתבתי לעיל לדון דיש לנו ס"ס לברר דהוא ס"ח די"ל דטעמם דס"ל דהס"ס שכתבתי לעיל הוי כעין ס"ס משם אחד דלא מהני אבל היכא דיש ס"ס מעליא גם אינהו מודו דדייניגן להקל וכדמצינו בכמה פוסקים דהקילו בתשובותיהם להקל באיסור א"א ע"פ ס"ס וכש"כ באיסור יבמה לשוק דיש להקל ע"פ ס"ס דהא לפי מה שכתבתי במק"א דבחשש יבמה לשוק יש להקל אף במים שאל"ס וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ע"פ המבואר בח"מ סי' רפ"ד בשם הרמב"ם שכתב שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת כו' א"כ ביבמה לשוק דליכא בו כרת שפיר יש לסמוך על ס"ס דהוי כמו רובא ובנ"ד הא יש לנו שלשה ספיקות ספק א' שמא הי' בעלה ס"ח וספק ב' שמא הלכה כהחוות יאיר וסייעתו דאם נמצא בו מום דאינו יכול לבעול דנתבטל הקדושין מעיקרא וכמו שכתבתי לחזק שיטתם בטוב טעם בעז"ה וספק שלישי שמא הלכה כהר"מ דהיכא דאינה יכולה להתייבם לו וכן אינו בידו לחלוץ לה כלל כמו בנ"ד דכיון דלא שייך בזה טן דו גבי יבם בנ"ד דהוי מק"ט כיון דלא ידעה מזה בעת הנשואין ופטורה מחליצה א"כ יש לנו שלשה ספיקות להקל ובוודאי יש לנו שני ספיקות בבירור וכיון דהוי לן ס"ס מעליא יש לנו לסמוך ע"ז ולהקל בנ"ד גם יש להאריך בזה ע"פ דברי הרמ"א ביו"ד סי' קפ"ז שכתב להקל גבי אשה הרואה מחמת תשמיש ויש לה מכה ע"פ דין ס"ס ספק צדדים ספק מכה אף דדם צדדים הוי מיעוט עכ"ז סבירא לי' דאמרינן סמוך מיעוטא לפלגא ודלא כשיטת התוס' בכתובות דף ט' וכמבואר באחרונים שם. אך אין אנו צריכים לזה בנ"ד דהא יש לנו ס"ס מעליא ע"כ קצרתי בזה. ונתבאר בעז"ה דיש לנו יסוד גדול להקל ויש לנו לסמוך ע"ז להיתירא:

מט

ובני הרב הגאון כו' מו"ה צבי שיחי' העיר במש"כ לדון ס"ס ספק ס"ח ממעי אמו וספק בעיקר הקידושין משום פלוגתא דרבוותא היינו חכמי אשכנז דס"ל דבאינו יכול לבעול נתבטלו הקדושין כמש"כ התשב"ץ בשמם וכמש"כ החוות יאיר והתשב"ץ גופא לא ברירא לי' לחלוק עליהם בדין ברור כנ"ל והקשה לי מהא דמבואר ביו"ד סי' ק"י ס"ט גבי ס"ס דבעינן שיהיו חלין ב' הספיקות ביחד. אבל בנולד ספק א' מקודם ספק השני דזה לא הוי ס"ס מעליא וכ"כ המגן אברהם בסי' תל"ט ס"ק ג' דאם נולד ספק א' ואח"כ

נולד ספק ב' לא מהני יעו"ש א"כ ה"ה בנ"ד כיון דבעת הקדושין נולד הספק אם דינה כא"א או לא וכן בעת שנודע שיש לו מום שאינו יכול לבעול נולד הספק אם היא כא"א אם לא ואח"כ דמת הבעל נולד הספק גבי איסור יבמה לשוק על האשה אם היא זקוקה לחליצה או לא א"כ לא נולדו ב' הספיקות ביחד והאריך בזה והשבתי לו כי לא מיבעיא לשיטת הגהת מרדכי פ' החולץ גבי יבם כו' דפסק נישואין מפילין והובא בשו"ע סי' קנ"ז ובביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ז' וע' ב"ש שם ס"ק ג' ודאי ניחא מש"כ לדון ס"ס הנ"ל ואף לפי שיטת רוב פוסקים דס"ל מיתה מפלת. ג"כ אתי שפיר לכל מש"כ דהא בבכורות ד' מ"ב גבי אשת טומטום חולצת הקשה המרדכי פ' החולץ בשם ר"ב דאמאי לא דיינינן ס"ס ספק שמא נקיבה ואת"ל זכר שמא הוא סריס ופטורה מחליצה וכן המהרי"ט כ' לדון דין ס"ס הנ"ל. אלא דאתי עלה משום דהוי ס"ס הסותר כנ"ל וקשה הא מספק שמא הטומטום נקיבה חל מיד בעת הקדושין וספק ב' שמא הוא סריס הוא עכשיו לאחר שמת בעלה הטומטום וע"כ מוכח דגם זה הוי ס"ס מעליא דהא באמת נולדו שני הספיקות ביחד [ולא העירו שם אם קושייתם תליא אי נימא נישואין מפילים דווקא] בעת הקדושין אם ימות בעלה דתהי' מותרת לשוק משום דהוי בזה שני ספיקות הנולדו אז. ספק א' אם יש ממש בהקדושין. וספק שני שמא הוי ס"ח ממעי אמו דאז תהי' מותרת לשוק בלא חליצה וכמו דאי' ביבמות ד' ל' דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת כו' אם ימות בעלה כו' ודוקא בהא דסי' ק"י גבי ספק בגוף וספק בתערובות דמקודם התערובות לא הי' רק ספק א' לפנינו:

וכן בהא דאו"ח הנ"ל גבי ספק חמץ וספק שמא אכלתי'. דספק השני נולד לאחר זמן אבל בנ"ד ודאי הוה ס"ס מעליא הנולד בעת הקדושין דאם ימות בעלה דעומדת להיות מותרת לשוק ע"פ ס"ס הנולד אז ביחד ושפיר כתבתי. ומכש"כ לפ"מ שנתבאר עוד ספק שמא כהר"מ גבי יבם עוזב דת דהוי שפיר ס"ס מעליא בעצם הקדושין:

נ

וזו"ז יש לדון דספיקא דדינא שאני וכפי שהעיר בזה הפמ"ג סי' ק"י בדיני ס"ס ס"ק א' וע' בש"ך יו"ד סי' כ"ג ס"ק י"ח וסי' נ"ז ס"ק נ"א והדברים ארוכים וגם יש לדון ע"פ מש"כ המנחת יעקב בתורת חטאת כלל מ"ה ס"ק כ"ז דבספק הרגיל שפיר מצרפינן הספיקות. אף דלא נולדו ביחד ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד דהא הוי ספיקות הרגילים ומסייעים להיתירא וכפי מש"כ לעיל דיותר נוטה לבטל הקדושין מה"ת בספק קדושין אם יש לו מום דאינו יכול לבעול:

דאל"כ איך פסקו בשו"ע סי' קנ"ד ס' ז' בטענת אינו יכול לבעול דכופין אותו להוציא אף בלא טענת חוטרא לידה וכמש"כ הב"ש ס"ק י"ח [ועיין בפתחי תשובה שם ס"ק ט"ו מה שהביא בשם ס' גבורת אנשים אבל אנו אין לנו אלא ד' השו"ע והב"ש וקצרתי ומוכח מזה דהך מום דאינו יכול לבעול הוי מום גמור מדחזינן דכופין אותו כו' [וכן אם נימא להסתפק היכא דהי' לו מום דאינו יכול לבעול מקודם הקדושין דיש מקום לומר שמא אם היתה יודעת מזה בעת הקידושין היתה מתרצית להתקדש לו א"כ אמאי כופין אותו לגרשה וע' בשו"ע סי' קנ"ד ס' א' במה שפסקו שם כשיטת הטור בשם הרמ"ה. דהיכא דידעה מהמום דאין כופין להוציא כו' וע' בב"ש שם ס"ק ב']. וכמש"כ לעיל בארוכה מזה ומוכח מזה דאם הי' לו מום דאינו יכול לבעול מקודם הקידושין והיא לא ידעה מזה דנתבטלו הקדושין מעיקרא דיש לנו אומדנא ברורה מצד אנן סהדי דהכל יודעים כלה כו' וכמש"כ לעיל דודאי לא נתרצית בזה מעולם ואף אם נימא לדחוק בזה הא עכ"פ הוי יותר נוטה הסברא לדון דנתבטלו הקדושין מעיקרא:

וכן ספק השני שמא הוא ס"ח הוי ספק הרגיל דהא הסברא יותר נוטה לדון שהוא ס"ח הפוטר מחליצה דהא כתבתי לעיל בארוכה דלפענ"ד נראה דיש מקום לדון ע"פ דין ס"ס גמור לברר שהוא סריס חמה. ולכה"פ מקרי ע"י כל מה שכתבתי לומר דהוי ספק הרגיל דהוא ס"ח ובמקום דרגילים להיתר יותר כבר כתבתי בשם המנחת יעקב דס"ל דבכה"ג מצרפינן השני ספיקות אף דלא נולדו ביחד לכן שפיר כתבתי להקל ע"פ היסוד של הרבה ספיקות הללו:

נא

גם יש לדון עוד בנ"ד ע"פ מה דיש לומר עוד ספק בנ"ד דשמא לא נמצאו גומות להשערות וכמבואר בסי' קנ"ה ס' ט"ז ובפרט בנ"ד דיש ריעותא דסי' סריס והשערות היו קצרות ומפוזרות בנ"ד ויש להאריך במה דמבואר באהע"ז סי' קס"ט ס' י"א ובדברי הט"ז סי' קנ"ה ס"ק ט' בשם הב"ח אך לא רציתי להכניס כעת עצמי בפרט הזה כי די לפנינו במה שנתבאר הרבה יסודות חזקות להקל בנ"ד בע"ה והבוחר יבחר ולכה"פ כולם ביחד יכולים להצטרף להיתירא להאשה העלובה הזאת:

סיומא דפיסקא דעתי מסכמת להיתירא והנני מצטרף לדעת כמה רבנים גדולים שכתבו בהסכמתם להיתירא ומותרת האשה העלובה הזאת להנשא:

סימן כה

נשאלתי ע"ד עגונא כי זה שנה שנאבד זכרו של בעלה והגב"ע ששלחו אלי הגיע לידי ובתוכן א"י מסל"ת שאמר כי ראה אותו מכבר צף על הנהר דעניפער מת והי' מכירו

היטב ובצירוף כמה סימנים גרועים עליו ועל בגדיו ושקלו וטרו בזה ודעתם להתירה וביקשו ממני להזדקק לזה:

א

והנני להשיבם בקצרה והוא דיש לסמוך על הסוברים דידע הטביעה לא הוי כראה. והעיקר דהא ע"פ סימנים אף שאינם מובהקים בצירוף טב"ע דגופו סמכינן דלא חיישינן אז לחשש בדדמי וכמש"כ הב"ש בס"ק פ"ז וכמש"כ התוס' ביבמות דף קט"ו ע"ב ד"ה וקאמרי סימנים כו' בתירוץ השני שם וכן הדין נותן לפי מש"כ הב"ש בס"ק קמ"ג דעיקר חשש בדדמי אינו רק מדרבנן וכמש"כ המראות הצובאות בס"ק קל"ב א"כ הא שיטת כמה פוסקים דבדרבנן סמכינן על סי' אמצעי וכן כתבתי מזה בארוכה בקונטרס א', וע"כ היכא דהוי חשש בדדמי דאינו רק מדרבנן אז סמכינן על סי' אמצעי בוודאי וכדברי הב"ש והתוס' יבמות דף קט"ו הנ"ל בתי' השני ומצד דלא אמר וקברתיו הא כבר הכריע הב"ש בס"ק נ"ד דלא בעינן ובפרט היכא דמכירו היטב כמבואר שם וברמ"א:

ב

וכבר כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעיף יו"ד לבאר בארוכה דהרבה סימנים גרועים מצטרפי להיות נחשב לסימן אמצעי וביארתי זה שם בארוכה בעזה"י. וזהו כלל ויסוד גדול ב"ה לתקנת עגונות יע"ש וע"כ בנ"ד דאמר הא"י במסל"ת הרבה סימנים גרועים על גופו ובגדיו וחשש שאלה ליכא בהרבה בגדים כידוע וע"כ נחשבים סימנים גרועים דבנ"ד מן גופו ובגדיו לסי' אמצעי וע"כ אף בראה הטביעה יש לסמוך על זה ולהתירה מכש"כ דבנ"ד לא ראה הטביעה ובידע הטביעה העיקר כהסוברים דלא הוי כראה וכפי שנראה מדברי הרא"ש ביבמות פ' ט"ו סי' ג' ובקרבן נתנאל שם ס"ק יו"ד ובשם הצ"צ שהובא שם ובצירוף סימנים דנ"ד ובצירוף כמה אומדנות דבנ"ד:

על כל אלה דעתי מסכמת לסמוך ולהקל בנ"ד ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה אותה להנשא וכמו שכתב כת"ר דעתו להיתירא:

סימן כו

נשאלתי ע"ד עגונא אשר איש א' נטבע ובעת שהעלוהו מן המים הכירוהו היטב שני עדים אך דספק להו אם ראוהו בתוך שעה שהעלוהו מן המים או דאישתהו יותר משעה והיה כל גופו שלם וכן פרצוף הפנים שלו:

וביקש ממני לעיין בשריותא דהך איתתא והאריך כת"ר בזה:

א

תשובה בעז"ה בקצרה הנה מצד חשש בדדמי כבר החליטו הפוסקים לדינא דבשני עדים לא חיישינן שיעידו שניהם בדדמי אף ראו הטביעה וכש"כ בנ"ד דלא ראו הטביעה רק

ידעו מהטביעה וכמה פוסקים מחלקים דאם לא ראה רק ידע מהטביעה דבזה אין לחוש לבדדמי וכן כתב הקרבן נתנאל ליבמות פ' ט"ו אות י' בשם הצ"צ דשמע הטביעה לא הוי כראה והעיקר במה דיש לחוש בנ"ד הוא מצד מה דבעינן חזיי' בשעתי' כמבואר ביבמות דף קכ"א ובשו"ע סי' י"ז סעיף כ"ו וע"ז כתב כת"ר דיש לדון להיתירא ע"פ דברי באר היטב ס"ק צ"ג בשם הכנה"ג בספק אם ראוהו לאלתר ובגופו שלם דיש ס"ס להיתירא כו'. וע"ז הקשה כת"ר דהא ה"ל ס"ס במקום חזקה דלא מהני:

והנני להשיבו כי כבר כתב כן הב"ש בסי' י"ז ס"ק פ"ד דאם הוא שלם ויש ספק אם אשתהי דמתירין ע"פ דין ס"ס ומה דהקשה כת"ר דהא ה"ל ס"ס נגד חזקת א"א ולא מהני וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' ק"י ס"ק ט"ו והש"ך בכללי ס"ס ושארי אחרונים וכ"כ הפני יהושע סוף פ"ק דכתובות לדינא. ולכאורה יפה הקשה כת"ר דאין לומר בזה לסברת התוס' בכתובות ד' כ"ב ובב"ב ד' ל"ב דחזקה דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א דהא במים כמלחמה דמי לא אמרו דדייקא כו' וכמבואר ביבמות ד' קט"ו:

ב

אבל באמת אין זה קשה דהא שאני ספיקא דדינא או ספק בפלוגתא דרבוותא וכמש"כ האחרונים בטעמם דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין וכמש"כ המל"מ פ"ב ה"א ה' טומאת צרעת והתב"ש סי' כ"ט ואף בספק א' במקרה וספק שני בהדין איך פסקינן דגם בזה דייניגן ס"ס אף היכא דהוי נגד החזקה ע"ש בפרמ"ג ורע"א זצ"ל בתשובה סי' ל"ז הביא לדברי הפרמ"ג וכתב לדון בדבריו:

עכ"ז העיקר לדעתי כדברי הפרמ"ג בזה לפי דהא יש פוסקים דס"ל לדינא דס"ס נגד חזקה ג"כ מהני וכמש"כ הפר"ח. והכרו"פ, וע"כ אף דהרבה פוסקים חולקים וס"ל דס"ס נגד חזקה לא מהני עכ"ז היכא דחד ספק הוא בדינא אז י"ל דכ"ע מודו דסמכינן על ס"ס אף דספק שני הוא בהמעשה ויש לנו לסמוך על דברי הפרמ"ג בזה ולכן בנ"ד דספק א' דשמא הלכה כשיטת הר"ת והרא"ש והטור דאם כל גופו שלם דסמכינן להתיר אף באשתהי ע"כ הוי ס"ס מעליא ולדינא ויהי' מזה ראי' לסברת הפרמ"ג:

ג

אך לדעתי יש להקשות על דבריהם שכתבו לדון דין ס"ס ספק שמא לא אשתהי וספק שני שמא הלכה כשיטת הר"ת כו' דהא שם באה"ע סי' י"ז סעי' כ"ו בהרמ"א דספק נשתהה או לא אזלינן לחומרא והטעם הוא כמש"כ הח"מ בס"ק נ"א בשם תשובת הר"ן דאף למאן דס"ל להקל בספק ג' ימים דכאן דאין שיעורו אלא שעה א' אזלינן לחומרא שיותר מצוי ששהה יותר משעה א' א"כ הא קיי"ל בכללי ס"ס דאם הוי יותר מצוי לאיסור יותר מלהיתר דבכה"ג לא מצרפינן לי' לס"ס א"כ ה"ה כאן הדין נותן שלא לצרפו להך

ספק שמא לא נשתהה להספק השני כיון דיותר מצוי ששהה יותר משעה א' וקשה על דבריהם איך כתבו בפשיטות להקל ע"י הך ס"ס ואפשר לומר בזה לפמש"כ התוס' בכתובות ד' ט' ד"ה ואבע"א באשת ישראל כו' דרוב רצון אינו רוב גמור וע"כ מצרפינן לי' לספק ספיקא ע"ש:

וע"כ י"ל דה"ה הך רוב שכתב הר"נ דיותר מצוי ששהה יותר מן שעה א' דזה אינו רוב גמור ע"כ שפיר מצרפינן לי' זה הספק לספק ספיקא וע"כ אתי שפיר למה שכתבו להך ס"ס וביותר י"ל בפשיטות בזה ע"פ מה שכתב בקונטרס עגונות בס"ק שע"ח בשם תשובת מהרי"ט שכתב דבהועלה מן המים וא"י אם שהה ונראה שאין בו שינוי של נפיחה דתלינן דהשתא הוא דסליק דאי אישתהי מתפח הוי תפח הרי דס"ל להמהרי"ט דיש ג"כ סברא למעליותא להיתירא ולמתלי דלא אישתהי יותר משעה משום דאי מישתהי הוי תפח וע"כ לולי הסברא שכתב הר"נ דיותר מצוי ששהה יותר משעה. הי' לנו לומר דוודאי הי' בתוך שעה אך מחמת הסברא דיש לנו לדון דיותר מצוי ששהה יותר משעה א"כ יש לנו רובא לנגד הך רובא והוי ממילא ספק השקול ולהחמיר אך היכא דיש לנו ס"ס שפיר סמכו להקל וע"כ אין לנו להחמיר בנ"ד ובפרט בשני עדים דיש מקום לומר דאף באשתהי לדון להיתירא וכמו שנסתפק בזה הב"ש בס"ק צ' וכן ראיתי בכנה"ג שהביא כן בשם תשובה א' להקל בזה. ע"כ בנ"ד דיש לנו ס"ס ודאי דיש לנו להתירה וגם עיקר החומרא באשתהי אין זה רק מדרבנן וכמש"כ האחרונים וכן החליט רע"א זצ"ל בתשובה סי' ק"ז באמצע התשובה שם ובד"ה זולת דיש לדון כיון דקיי"ל דבספק ג' ימים מעידין כו' דהוי רק מדרבנן וה"נ באשתהי כו' עכ"ל ע"כ וודאי דיש לנו לסמוך על הספק ספיקא הזה ויש לי עוד מה להאריך רק מחמת חולשתי וטרדותי העצומות אקצר ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה:

סימן כז

נשאלתי ע"ד עגונה א' שזה כמה ערך שלשה עשר שנים שהלך בעלה למרחוק ונאבד זכרו וכעת בא עד אחד והעיד ששמע מן אבי הבעל שאמר לו שבנו מת והתירו הב"ד להאשה להנשא כדין עד מפי עד דנאמן ולפי שחששו הב"ד שמא יבא העד הראשון להכחישו ע"כ שאלו ממני איך יהי' הדין להלכה למעשה אם יהי' נאמן הראשון להכחיש להשני או לא. כי הקהלת יעקב להגאון מליסא בסי' י"ז סעי' ח' העלה להלכה דאחר שהתירוה אין הראשון נאמן להכחישו והחלקת מחוקק סי' י"ז ס"ק י"ז כתב דאף לאחר שהתירוה נאמן הראשון להכחישו ונסתפקו בזה ודרשו ממני להזדקק לזה הענין ולחוות דעתי בזה:

ענף א

א

וזה הי' תשובתי להרבנים השואלים ולהיתירא בקצרה. והוא ע"פ דברי השארית יוסף שהובא בב"ש ס"ק כ"ג ובק"ע סי' ש"ה דעד כשר המעיד מפי עד פסול דאף אם יכחישו יש להאמין יותר להעד הכשר כו' וה"ה בנ"ד דהעד הראשון הוא אבי הבעל ויש לו דין קרוב דלדבריו אם יעיד להכחיש להעד הכשר א"כ ממילא האשה היא כלתו לפי דבריו א"כ יש לדון בזה לסברת התוס' כתובות דף כ"ה ע"ב ד"ה הרי שאמר בני זה כו' דלדבריו קרוב הוא כו'. וקרוב הא מן עדים הפסולים אף שנאמנים על עדות אשה מ"מ אין עליו שם עד כשר וכמש"כ כמה פוסקים לחלק בזה בין שם עד כשר לעדות קרוב ואשה וכיוצא כמבואר כ"ז בהריב"ש סי' קנ"ה ובתשב"ץ סי' פ"ב ובנוב"י סי' ל"ג ובברית אברהם סי' כ"א דחילקו דשאני עד כשר דאף מן התורה הוא נאמן אבל עד פסול כגון עבד ואשה או קרוב אינן נאמנים אלא מדרבנן יעו"ש הרי דעד קרוב יש עליו שם עד פסול:

ע"כ לדברי השארית יוסף דהדין הוא דעד פסול אינו נאמן להכחיש להעד הכשר א"כ אין לחלק בין עבד ושפחה ואשה לקרוב כיון דנקטו לכללא דעד כשר המעיד בשם עד פסול אין העד פסול נאמן להכחיש להעד הכשר א"כ ה"ה בנ"ד דיש על הראשון שם פסול דלדבריו קרוב הוא ואין עדות לקרוב מה"ת ע"כ אינו יכול להכחיש להעד כשר השני ובהשמטות לתשובת רע"א סי' קי"ג מחלק בין עבד ושפחה לאשה אך אין דבריו מוכרחים ואף לדבריו הא סיים בצ"ע וה"ל עכ"פ ספיקא דדינא ע"כ יש לדון בנ"ד ספק ספיקא להקל ספק א' שמא הלכה כהקהלת יעקב דאחר שהתירוה אינו נאמן ואת"ל דלא כהקהלת יעקב אכתי יש להסתפק שמא הלכה כהשארית יוסף דאין הפסול נאמן להכחיש להכשר כ"ז הוא קוטב תשובתי שכתבתי ע"ז מתחילה:

ב

ואחר כ"ז ראיתי בחתם סופר סי' ע"ה שכתב דבעבד ושפחה יש חשש משקר משום אשר פיהם כו'. וזהו ג"כ כמש"כ רע"א בהשמטות לחלק ביניהם ולפ"ז יש לדון לכאורה דאינו ראי' לנ"ד מן הך עובדא דהשארית יוסף דהובא בב"ש דהתם מיירי בשם עבד ושפחה דהם פסולים משום חשש משקר משא"כ בעדות קרוב דלא מיפסל משום חשש משקר רק מצד גזה"כ כמבואר בב"ב דף קנ"ט ע"כ אפשר דגם השארית יוסף מודה דהקרוב נאמן להכחיש להשני ובפרט היכא דאין מעיד לזכות קרובו דאין בזה חשש משקר. ועיין בח"מ סי' ל"ה ש"ך ס"ק י"א בשם מהרש"ל:

ג

ועכ"ז שפיר כתבתי להוכיח מן דברי הב"ש שהביא לדברי השארית יוסף הנ"ל גבי פסול עבד ושפחה דהא שיטת הב"ש בסי' י"ז ס"ק יו"ד דהא דהכשירו חז"ל בעדות אשה לעבד ושפחה דמיירי בידוע שהוא כשר וחולק על הח"מ שם וכיון דשיטת הב"ש דעבד ושפחה דנאמנים בעדות אשה מיירי בידוע שהוא כשר ומוחזק בכשרות א"כ לא שייך בהו לומר אשר פיהם ד"ש. והא דפסולים לעדות לכה"ת זהו מצד גזה"כ דאשה פסולה להעיד וכמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' ל"ה ענף זיי"ן בשם טורי אבן לר"ה דף כ"ב ע"ש א"כ חזינן דס"ל להב"ש דאף פסולי עדות דלא מפסלי משום חשש משקר עכ"ז דינם דאינם נאמנים להכחיש להעד השני דהוא כשר לעדות כיון דיש עליו עכ"פ שם עד כשר מה"ת לעדות וה"ה בנ"ד כיון דעד הראשון יש עליו שם עד פסול מה"ת לפי שלדבריו קרוב הוא כו' ע"כ אינו נאמן להכחיש להעד השני דיש עליו דין עד כשר מה"ת. ולכן שפיר כתבתי ובפרט כי בק"ע סי' ש"ה דהובא בשם השארית יוסף בזה"ל דעד כשר לעד פסול אף אם יכחישנו העד הפסול להעד הכשר כו' יש להאמין לעד הכשר ולא לעד הפסול עכ"ל הרי דכתבו בקצרה בלשון עד פסול ולא נקטו עבד ושפחה. ע"כ זה הלשון מורה כמש"כ דמי שיש עליו שם עד פסול הדין הוא דאינו נאמן להכחיש להעד הכשר א"כ ה"ה בנ"ד ועוד י"ל דאף לשיטת החלקת מחוקק ס"ק ט' שכתב דאף דאינו מוחזק העבד בכשרות ג"כ נאמן העבד בעדות אשה. אפ"ה א"ש מה שכתבתי דהא כיון דהכשירו עדות עבד בע"כ מוכח כמש"כ המראות הצובאות ס"ק י"ג דהטעם הוא דאזלינן בתר דאורייתא דמה"ת הוא בחזקת כשרות א"כ ממנ"פ אי נימא דהעבד הוא בחזקת בעל עבירה א"כ לא מהני עד השני כלל דהא עיקר עדותו הוא מה ששמע מן פי העבד. וע"כ הטעם דסמכינן עליו משום דהעבד הוא בחזקת כשר בעדות אשה מה"ת ומוקמינן בזה על דאוריתא משום עיגונא א"כ ממילא לא קרינן עליו שם פסול מה"ת רק מצד גזה"כ כיון דאזלינן בזה בתר דאורייתא ולכן אתי שפיר מה שכתבתי בשם השארית יוסף אף לשיטת הח"מ גבי עבד בס"ק ט' אך לא לפי שיטת הח"מ בס"ק י"ז שנסתפק בזה רק לפי שיטת השארית יוסף שהובא בהב"ש דאינו נאמן להכחיש את העד כשר:

ענף ב

ד

ולאחר כל זה. כשהי' כת"ר בפה וסיפר לי כי העד שהעיד לפניהם הוא עד השלישי שהעיד ששמע מן עד כשר ששמע מן אבי הבעל שאמר לו כי בנו מת אז התבוננתי היטב אחר כל זה וראיתי כי לפ"ז אין היסוד ההיתר שלי ע"פ דברי השארית יוסף עולה יפה והוא דיש לחלק דדוקא בנידן השארית יוסף דעד כשר מעיד ששמע כן מפי עד פסול

בזה כתב דנאמן העד הכשר לפי דיש נאמנות לעד הכשר ביותר ובעדותו שמעיד הכשר ששמע כן מן העד הפסול אף דאינו יודע בעצמו רק מפי עד ומה"ת לא מהני עד מפי עד חוץ לב"ד כ"ז דלא נתקבל עדותו בב"ד. א"כ לכאורה יש על העד הכשר ג"כ שם פסול לעדות מה"ת. ועכ"ז כתב שפיר דיש עליו שם עד כשר משום די"ל כיון דלפי העד הכשר מה"ת שמכחיש להעד הפסול ומעיד ששמע מפיו שפלוני מת א"כ לפי עדותו של הכשר ה"ל כמו אומר ברי לי שהאשה מותרת להנשא כיון שכבר תקנו חז"ל דעד מפי עד נאמן בעדות אשה ע"כ לפי דבריו דמעיד ששמע כן מפי עד הראשון א"כ נאמן השני דיש עליו שם עד כשר כיון שמכחיש להעד הראשון ולפי דבריו הדין ברור דמותרת להנשא:

משא"כ בנידון דידן דהעד השלישי מעיד ששמע מן עד השני ששמע מן העד הראשון שבעלה מת ע"כ לאחר שבא הראשון להכחישו שלא אמר כן מעולם א"כ גם לפי עדות של השלישי ששמע כן מן השני אינו יכול להכחיש להעד הראשון דהא גם הוא אינו יודע האמת אם אמר כן הראשון לפני עד השני. א"כ בעיקר עדותו אין עליו שם עד כשר מן התורה רק דין עד פסול מה"ת דהא מה"ת אינו נאמן עד מפי עד רק מדרבנן וכמו דהעד הראשון יש עליו שם פסול מצד קרוב או אשה ה"ה דעד השני מיפסל מה"ת לפי שלא הגיד עדותו בב"ד ועיקר הכחשת העדים דהוי הכחשה להדדי שניהם יש עליהם שם פסולים מן התורה ולפי עד השלישי אף לפי דבריו אינו יכול להעיד בבירור שמותרת האשה להנשא דהא אינו יודע השלישי עם מי הוא האמת ובקצרה הוא כן דכמו דיש על העד הראשון שם עד פסול מה"ת רק דנאמן מדרבנן לפי שהוא קרוב. ה"ה יש על עדותו של השלישי שם עדות פסול מה"ת כיון ששמע כן מן השני חוץ לב"ד דהא עד מפי עד אין לו נאמנות ביותר מן עד קרוב ודוחק לחלק דשאני היכא דהוי פסול הגוף עליו דע"י סברא קלושה כזה לא נוכל לסמוך בהיתר עגונא ח"ו ולכן כיון דלא הוי ברי בהכחשת עד השלישי להראשון. ע"כ מנלן להקל בכה"ג אף לדברי השארית יוסף כיון די"ל דנ"ד לא קרינן בי' שם עד כשר המעיד בשם פסול כיון דהכשר אינו יודע בברי בהספק שאנו דנין עליו אם הגיד כן הראשון או לא רק ע"י עד השני שיש עליו שם פסול ע"י מה שאמר כן חוץ לב"ד שלא בתורת עדות וכיון דאף עיקר דברי השארית יוסף אין להם יסוד גמור כ"כ ע"כ כיון שיש לחלק ג"כ בין נידן השארית יוסף לנ"ד ע"כ קשה לבנות יסוד ההיתר ע"פ השארית יוסף הנ"ל. וגוף ספר שארית יוסף אינו ת"י:

ה

וגם בעיקר החילוק שכתבתי לעיל לחלק דקרוב גרע מן עד מפי עד לפי שיש על הקרוב פסול הגוף יש לסתור זה בראי' מוכחת דהא באה"ע סי' ז' סעי' ב' במש"כ הרמ"א דאף

עד מפי עד נאמן בעדות שבוי' דכתב הב"ש שם ס"ק ה' דלחד דיעה אינו נאמן עד מפי עד בעדות שבוי' ע"ש אף דקרוב נאמן בעדות שבוי' לכ"ע הרי דמצינו דעד מפי עד גרע מן קרוב אף דיש על הקרוב פסול הגוף:

ובתשובת רע"א סי' צ"ב האריך הרבה בענין זה דאם עד מפי עד גרע מן קרוב ואשה או לא וכן החמדת שלמה האריך בזה בסי' ט"ו ולענ"ד נראה להוכיח מירושלמי סוטה פ"א ה"א דאמרו שם דקרוב נאמן להשקותה אליבא דר"א ואח"ז אמרו עד מפי עד מהו שישקה מה בינו לבין הקרוב ומשני קרוב אע"פ שאינו כשר עכשיו כשר הוא לאח"ז עד מפי עד אינו כשר לא עכשיו ולא לאחר זמן עכ"ל הירושלמי:

ו

עכ"פ חזינן מפורש בירושלמי דעד מפי עד גרע מן קרוב ולקמן בירושלמי פ' ששי ה' א' בסופו אי' שם בזה"ל ואין בהן דשמע וידע ממאן שמע כעד מפי עד הוא כו' ופי' שם הפני משה דה"ל עדות מעליא דהא קיי"ל דע"א נאמן ועבד ושפחה נאמנין דעד מפי עד נאמן ופשיטא דתצא עכ"ל א"כ לפ"ז מוכח דס"ל להירושלמי שם דעד מפי עד שוה לקרוב ואשה ודלא כמו שאמרו לעיל אכן לפירוש הקרבן העדה שם דכוונת הירושלמי הוא דתפשוט מהכא למה דאיבעי לן לעיל ע"כ אין הכרח מזה לומר דהירושלמי חזר בי':

ז

ואפשר לומר דהך מילתא אם עמפ"ע גרע מן קרוב או אשה או דשוה להם דזה תלוי בפלוגתא דאמוראי בבכורות דף ל"ו ושבת דף קמ"ה אם עד מפי עד כשר לעדות בכור וי"ל דהירושלמי ס"ל כהמ"ד דעמפ"ע אינו נאמן בעדות בכור אכן לדידן דקיי"ל דנאמן משום דבכל עדות שהאשה כשרה עמפ"ע נאמן כמבואר שם בגמ' ע"כ שפיר י"ל לדינא דעמפ"ע דינו כמו אשה וקרוב. עכ"פ חזינן מפורש בירושלמי דיש מקום לומר דעמפיע גרע מן קרוב ואשה. והי' להפוסקים הנ"ל להזכיר זה לכה"פ ולדינא קיי"ל כמש"כ הב"ש בסי' י"ז ס"ק קי"ט דעד מפי עד שוה לאשה וכיוצא בו בעדות עגונא וי"ל דטעמא הוא דאף דמצינו בכל מה דהובא לעיל דיש לדון דעמפ"ע גרע מן אשה עכ"ז י"ל דלאחר שתיקנו חז"ל דעמפ"ע נאמן בעגונא דדין עמפ"ע שוה לקרוב ואשה דהם בכלל הפסולים דהאמינו חז"ל בעגונא.. ודברי הב"ש הלז הובא בט"ב במ"ק סי' מ"א ד"ה ואומר אני כו' ע"ש ויש להאריך בכ"ז:

ח

נחזור לענינינו דיש לחלק נ"ד מן הך דהשארית יוסף כנ"ל ומה שכתב הב"ש בס"ק כ"ג בשם השארית יוסף בלשון דאינו יכול הפסול להכחישה ומשמע דס"ל כן בהאשה עצמה אומרת ששמעה כן מפי עד הפסול אף דאשה אינה בר עדות מה"ת. עכ"ז י"ל דשאני

האשה עצמה לפי דהא מצינו דיש מעלה יתירה להאשה עצמה מן עד כשר אחד דהנה מבואר בירושלמי יבמות פ' ט"ו ה"א דאף למשנה ראשונה דאין ע"א מתירה עכ"ז האשה עצמה האומרת מת בעלי נאמנת משום דאינה חשודה לקלקל א"ע כו' ע"ש וכן מוכח בש"ס דילן ביבמות דף קכ"ב ע"א דמקשה הגמ' וסבר ר"ע ע"פ אשה לא והתני' כו' ולא פריך ממה דאמר ר"ע לעיל דף קי"ח במשנה דצרתה אסורה אבל היא מותרת. ומוכח דס"ל להש"ס דכ"ע מודו דאשה עצמה יש לה נאמנות ביותר מן ע"א ולא יפלוגו על ב"ש וב"ה דס"ל דנאמנת אשה לומר מת בעלי כמבואר ביבמות דף קט"ז וקצרתי בכ"ז. ע"כ יש מעלה עדיפותא להאשה עצמה ביותר מן ע"א כשר. ולפ"ז יש לדון הרבה במה שכתב המחבר בסי' י"ז סעי' ל"ח בשם הנימוקי יוסף דאם אמרה מת בעלי והתירוה להנשא ואח"כ בא עד כשר ואמר לא מת דלא תצא מהיתירה וחלקו ע"ז הרמב"ן והרשב"א כמש"כ שם הח"מ ס"ק ע"ה וכן הרמב"ם דהובא שם בשו"ע ס"ל דאשה עצמה גרוע מן עד כשר ולפי מש"כ מסתברים דברי הנמוקי יוסף דשם וקצרתי עכ"פ כיון דעיקר דברי השארית יוסף אין להם יסוד כ"כ וגם לפי המובא תק"ע בלשון דאין עד פסול יכול להכחיש לעד הכשר דיש לחלק בפשיטות כנ"ל וע"כ קשה לבנות יסוד דהיתירה ע"פ דברי השארית יוסף ולכן נסתר ההיתר הזה כעת:

ט

וכן יש לדון ע"פ מש"כ בעיקר דברי הקהלת יעקב שכתב דהיכא דהתירוה להנשא ע"פ עד מפי עד:

ואח"ז בא הראשון אינו נאמן להכחישו דכיון דה"ל חזקת היתר אין ע"א נאמן במקום חזקה דיש לפקפק ע"ז לדינא דהא בסי' י"ז סעי' ל"ח הובא פלוגתת הרמב"ם עם הרמב"ן והרשב"א והנ"י דהרמב"ם ס"ל דאשה אומרת מת ואח"כ בא עד כשר ואמר לא מת אפילו ניסת תצא והרמב"ן והרשב"א והנ"י ס"ל דאחר שהתירוה להנשא לא תצא ע"פ ע"א כשר: **וסברת** הרמב"ם הוא דנגד עד כשר לא מהני מה דהתירוה מתחילה ע"פ עדות הפסול א"כ לפ"ז ה"ה עד מפי עד דאין עליו שם עד כשר מה"ת רק מדרבנן הדין נותן דאף לאחר שהתירוה ע"פ עמפ"ע דאין זה כלום גבי עד כשר הבא לאח"ז להכחישו דאף דנימא דעמפ"ע דינו כמו אשה וקרוב כמש"כ לעיל בשם הב"ש סי' י"ז ס"ק קי"ט עכ"ז אין שם עד כשר עליו ואין לחלק דשא"ה דבא הכשר ומעיד דלא מת משא"כ הכא דמעיד רק להכחישו שלא אמר לו מעולם שפלוני מת. דזה אינו חילוק נכון בסברא דמ"ש כיון דכל זמן דלא בא השני להעיד ששמע מן הראשון פ' מת א"כ ממילא אין לפנינו שום לידת הספק שמת ומוקמינן לי' בחזקת חי רק ע"י עדותו שמעיד כי שמע מהראשון שמת אז

מחזקינן לי' בחזקת מת ע"כ עכשיו שהדין נותן דהעד הכשר נאמן להכחישו שלא אמר לו מעולם כן א"כ ממילא לא מת כי אין שום לידת הספק כלל לומר שמת ולכן שפיר הקשה הפתחי תשובה בס"ק מ"ד על הקהלת יעקב במש"כ לדון כן אם האשה עצמה אמרה בשם עד כשר כו' ולפי מש"כ גם בעד המעיד בשם אחר היינו השני בשם הראשון ג"כ יש לדון בדברי הקהלת יעקב לשיטת הרמב"ם רק לשיטת הרמב"ן והרשב"א והנ"י דס"ל דאף נגד עד כשר מה"ת מהני מעלת התירוה ע"פ עד פסול ג"כ ע"כ ה"ה בעדות עד מפי עד. וכיון דהמחבר בשו"ע כתב בדיעה הראשונה שם כשיטת הרמב"ם רק על שיטת הרמב"ן וסייעתו כתב בלשון יש אומרים ע"כ נראה דס"ל לדינא כשיטת הרמב"ם ע"כ לכאורה נראה לדינא דלא כהקהלת יעקב:

ו

ואפשר לומר דסברת הקהלת יעקב הוא דכיון דהעד השני מעיד ששמע כן מן העד הראשון א"כ לפי דבריו אומר ברי לי כי האשה מותרת להנשא לאחר דתקנו חז"ל דעמפ"ע נאמן ע"כ מקרי הך עדות השני בשם עד כשר כיון דמכחיש להראשון ואומר ששמע ממנו שפלוני מת לכן דינו כמו כל עד כשר דאחר שהתירוה אינו נאמן להכחישו דכללא הוא דמעלת התירוה ע"פ עד כשר מהני דאינו יכול השני אף עד כשר להכחישו ע"כ יפה כתב הקהלת יעקב:

וסברת החלקת מחוקק ס"ק י"ז דאף לאחר שהתירוה ע"פ עדות השני הראשון נאמן להכחישו אף דשיטת הרמב"ן עצמו דאם התירוה ע"פ פסולי עדות ג"כ הדין הוא דאינו נאמן העד כשר להכחישו עכ"ז עמפ"ע גרע לפי שעיקר עדות השני הוא ע"פ עדות הראשון ע"כ נאמן להכחישו ולכן ס"ל להחלקת מחוקק דהרמב"ן ס"ל דאף לאחר שהתירוה נאמן הראשון להכחישו ולפי כל זה יש לדון היכא דבא עד שלישי לפנינו ואומר ששמע כן מפי עד שני שאמר לו ששמע מפי עד ראשון כי פ' מת. די"ל דלפי מה שכתבתי להסביר דברי הקהלת יעקב דסברתו הוא דהך עד מפי עד שמעיד לפנינו ששמע מן הראשון פלוני מת דיש לו דין עד כשר המעיד לפנינו כיון דלפי דבריו שיודע בבירור שפלוני אמר לו שמת:

א"כ לפי דבריו הדין ברור כי מותרת האשה להנשא. ע"כ י"ל דבעד שלישי אף לדברי הקהלת יעקב בזה אסורה להנשא לאחר שבא הראשון להכחיש כיון דהשלישי אינו יודע האמת עם מי הוא דהא אינו מעיד רק ששמע כן מן השני א"כ אינו יכול להכחיש להראשון לומר לו שקר העדת ע"כ עיקר עדות השלישי לא קרינן עליו בשם עד כשר רק יש עליו שם עד פסול כיון דעיקר עדותו הוא ע"פ עמפ"ע ודינו ככל פסולי עדות דאף

לאחר שהתירו על פיהם יש בזה פלוגתת ראשונים דס"ל דלא מהני מעלת התירוה לענין אם יבא הכשר להכחישו ע"כ ה"ה בנ"ד ה"ל לכאורה ספיקא דדינא אף אם ננקוט לדינא כדברי הקהלת יעקב דחולק על הח"מ:

יא

אכן י"ל דבנ"ד דהעד הראשון הוא עד פסול ג"כ כיון דלדבריו קרוב הוא כו' ע"כ שפיר יש לדון להיתירא לפי דברי הקהלת יעקב דאחר שהתירוה אינו נאמן הראשון להכחישו דדוקא אם בא עד כשר להכחישו בזה ס"ל להרמב"ם דלא מהני מעלת התירוה ע"פ עד פסול להאמינו נגד עד כשר אבל נגד עד פסול מהני מעלת התירוה ע"פ עד פסול וה"ה אם התירוה ע"פ עד מפי עד וכמש"כ לעיל בשם הב"ש ס"ק קי"ט דלדינא שקולים הם אשה ועמפ"ע וכמו שהסכים לזה הנוב"י וכמש"כ לעיל והטעם הוא ע"פ מה שהסברתי לעיל דכיון דתקנו חז"ל להאמין לעמפ"ע בעדות עגונא ע"כ ממילא הם שקולים ומתורץ עפ"ז מה שהקשיתי לעיל מירושלמי סוטה פ"א ה"א ולכן יש עדיין לדון להיתירא בנ"ד לפי דברי הקהלת יעקב אך מה אעשה דהא החלקת מחוקק ס"ל דלא מהני מעלת התירוה בכה"ג ע"כ אין לנו יסוד ברור להקל בנ"ד ומה שהוכיח הקהלת יעקב מן שבועות דף נ"ב אין זה ראי' מוכרחת לפי מש"כ הרא"ש שם סי' י"ז דהטעם הוא כיון דבשעה שהשביעתו לא היתה צריכה לעדותו לא מחייב:

וכ"כ הר"ן שם דלכן פטור משום דאיהי גרמה לנפשה שהביאתו לב"ד כו' וכ"כ הרשב"א בחי' לשבועות שם ע"כ קשה להכריע לדינא כפי דברי הקהלת יעקב כיון דראייתו אינו מוכרח. ועל דברי השארית יוסף כבר נתבאר דיש לחלק נ"ד לנידן השארית יוסף ומנלן דאף בנידן דידן מיקל השארית יוסף ובפרט דעיקר דברי השארית יוסף אין לזה יסוד כ"כ ע"כ לפי דעתי נסתר ההיתר הראשון שלי:

ענף ג

יב

וברבות הימים נזדמן שבא לפה אבי הבעל שהוא עד הראשון ושלחתי אחריו ובא אצלי וחקרתי ממנו ע"ז והגיד לפנינו בתו"ע איך שלא אמר מעולם לפני שום איש שבנו מת רק אמר כי לפי השערת דעתו שזה זמן כביר שלא שמע ממנו נראה לו כי בנו מת ובתוך הדברים סיפר לי כי לאחר שני שנים מעת שהלך בנו מן בית חותנו ע"י ריבות וקטטות שגרם לו חותנו הוא אבי האשה הי' לו ידיעה ממנו ממדינת בריטאניה איך שהי' שם בבית השו"ב שהחזיקו אצלו בביתו ואח"ז יצא מדעתו ר"ל ונאבד זכרו ולא שמע ממנו כלל כ"ז הוא קוטב הגב"ע של אבי הבעל וכשמעי זה נבהלתי מאד לפי שביארתי כי עיקר ההיתר הראשון שלי נסתר לפי דעתי א"כ מה נעשה בהיתר העגונא הילדה כי אז

ננעלו דלתי ההיתר ממני ונזכרתי אשר אמרו לי בע"פ כי יש עוד עד א' שאמר לעד אחר איך שהוא ג"כ שמע מן אבי הבעל שבנו מת והשתדלתי אז אחר הגב"ע לעיין בהדבר שנית ויצא ממני ע"פ קוטב שני העדים האחרונים איך שכ"א שמע מן ע"א שכ"א אמר איך שהוא שמע בפ"ע מן אבי הבעל שאמר לכ"א שבנו מת ויצא אז אח"ז ממני בהיתירא ועשיתי ע"ז קונטרס מיוחד בעז"ה בארוכה בחידושים נכונים אח"ז נודע לי כי אין כאן בנ"ד עד שני רק ע"א הוא עד השלישי שאמר ששמע מן השני שאמר ששמע מן אבי הבעל כי בנו מת א"כ עכשיו שבא והכחישו לא הי' לי אז שום עצה להיתירא והי' לי מזה רוב ע"נ שהי' יגיעתי לריק ומחמת רוב טרדתי העצומה וחלישותי לא הי' אז ביכולתי לעיין פעם שלישית בענין הלז עד כעת שהתחלתי פעם שלישית בעז"ה לעיין בזה וזה אשר יצא ממני בעז"ה ותפלתי לד' כי יאיר עיני בתוה"ק להצילני משגיאות ולהורות לפני הדרך הנכון להאיר עיני בתוה"ק ואתהלך ברחבה בדרך האמת לאמיתה של תורה ב"ה:

יג

תשובה שלישית בעז"ה ומתחילה נבאר מה דיש לדון בדברי הרמב"ן דכתב דהראשון נאמן להכחיש להעד השני והבית יוסף בתשובה הובא בק"ע סי' ק"ס כתב בעד מפי עד והעד הראשון מכחישו שלא אמר לפניו כן מעולם דהשני נאמן משום דהראשון אינו נאמן להעיד על עצמו לא הגדתי וכיון דהעיד השני הוי כמו אלו שנים מעידין על העד הראשון כו' ובתשובת רע"א בפסקיו סי' קי"ג ובש"ש שמעתא ז' פ"ג ובחתם סופר סי' ע"ה והמראות הצובאות ס"ק ע"ז תמהו כולם על הבית יוסף איך פסק לדינא נגד פסקו בשו"ע כהרמב"ן והחתם סופר שם כתב לתרץ קושיות הח"מ ס"ק י"ז משום דלולי דברי הרמב"ן הי' הדין נותן דהשני נאמן משום דהראשון הוא כמעיד ע"ע כו' וכעין זה הסביר השב שמעתא שם בסופו ליישב קושיות הח"מ הנ"ל דאי לאו שהראשון נאמן יותר הי' השני נאמן יותר כו' ע"ש:

והביא שם בשם הש"ג פ' שבועת העדות שכתב ג"כ דהשני נאמן יותר ובעיקר הסבר דבריהם יש לי להאריך הרבה ב"ה אך לא באתי להעיר ולהאריך בסברות רק מה שנוגע העיקר ע"פ יסודות מן גמ' ופוסקים ולדינא בנ"ד בעז"ה:

יד

ולענ"ד נראה להוכיח דשיטת רש"י והתוס' ג"כ כשיטת הש"ג והבית יוסף דבכל עמפ"ע השני נאמן אף דבא הראשון להכחישו דזה לשון רש"י בסנהדרין דף ל' ע"ב ד"ה בעדות בכור כו' ואית דאמרי בעדות בכור להעיד שהתירו חכם ולאו מילתא היא דהא חד נאמן ואפילו כהן שהוא בעליו נאמן כו' והתוס' שם בד"ה בעדות בכור כו' כתבו לפרש ששמעו מאביו זה אחר זה איש פ' בכור הוא ודלא כפי' הקונטרס דפי' לענין מום הראוי לבוא

בידי אדם שנחשדו הכהנים כו' דא"כ ל"ל ב' עדים כו' עכ"ל וזה אינו קשה כ"כ על רש"י די"ל דהך דתני רב אידי בר אבין כו' מודים חכמים בעדות בכור כו' דס"ל כר' יהושע בן קפיסאי דס"ל בבכורות דף ל"ה ע"ב בכור בי כהן צריך שנים מן השוק להעיד עליו וכעין הא דאמרו שם כמאן אזלא הא דאמר רב חסדא א' רב קטינא ספק בכור צריך שנים מן השוק להעיד כמאן כר' יהושע בן קפיסאי וחזינן דהתוס' ורש"י לא ניחא להו לפרש כשיטת אית דאמרי בעדות בכור להעיד שהתירו חכם וכפי קושיות רש"י עליהם ובאמת יש לפרש על נכון לפירוש אית דאמרי הנ"ל ע"פ מש"כ הרמב"ן בהא דכתובות דף ע"ב ע"א פ' כהן תיקן את הכרי הזה כו' פ' חכם טיהר לי את הדם ואזל שיילי' ואשתכח שיקרא דפירשו דכיון דהכהן או החכם מכחיש אותה אינה נאמנת ומזה הוכיחו כן בכל עד מפי עד א"כ כמו כן י"ל הכא לפרש דבאמת בעלי' נאמנים לומר הראיתי בכור זה לחכם ובעל מום הוא אך כל זה היכא דלא הכחישו החכם אבל בהכחישו החכם אז נאמן החכם לומר דלא התירו מעולם. אבל אם יש שני עדים מעידים ששמעו מפי החכם שאמר להם שהתיר את בכור הזה הדין הוא דהם נאמנים ולא החכם וכמש"כ החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק י"ז והב"ש שם ס"ק כ"ג:

א"כ שפיר יש לפרש הך דמודים חכמים בעדות בכור היינו בעד אחד מעיד ששמע אחר זה מן החכם שאמר לו שהתיר את הבכור הזה ועד ב' מעיד ג"כ ששמע אחר זה מן החכם שאמר לו שהתירו אז מצרפין הנך שני עדים אף דהוי עדות מיוחדת ונאמנים להכחיש להחכם א"כ אתי שפיר שיטת אית דאמרי ומדחזינן דרש"י לא ניחא לי' לפרש כשיטתם. וכן התוס' לא ניחא להו לפרש כשיטתם ופירשו באופן אחר:

מוכח דס"ל לרש"י והתוס' דלא כהרמב"ן אלא כשיטת הש"ג והבית יוסף בתשובה דס"ל דהשני נאמן ולא הראשון. ע"כ שפיר לא ניחא להו כשיטת אית דאמרי משום דל"ל ב' עדים הא אף בעליו נאמנים לומר שהתירו חכם ואף היכא דמכחישו העד הראשון ג"כ השני או הבע"ד נאמן ולפ"ז יש הוכחה מן רש"י והתוס' לשיטת הש"ג והבית יוסף בתשובה וע"כ אין להזניח שיטת החולקים על הרמב"ן דס"ל דהשני נאמן ולא הראשון ועיין במראות הצובאות ס"ק ע"ז בשם הבית יוסף בתשובה ובשם ר' ירוחם דשקלו וטרו בכוונת רש"י דשבועות אי ס"ל כהרמב"ן או לא ולפמש"כ מוכח דרש"י ס"ל דלא כהרמב"ן:

טו

ועכשיו נשובה לעיין בעיקר דברי הקהלת יעקב דס"ל דלאחר שהתירוה אינו נאמן הראשון אף להרמב"ן והוא דהא מבואר באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ט דהנישאת ע"פ ע"א שלא

בהוראת ב"ד דס"ל להר"נ דלא תצא אף בא ע"א אח"ז והכחישו. והחלקת מחוקק שם ס"ק ע"ז כתב בשם הר"נ בתשובה דטעמו דכיון שנעשה מעשה ע"פ העד אף בלא הוראת ב"ד הוי זה כשנים דאמרינן גם בכה"ג הכלל דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה כשנים ודברי השני ה"ה כאחד כו' ע"ש. הרי דס"ל להר"נ דהיכא דכבר נעשה מעשה ע"פ העד אף בלא הוראת חכם דינו כשנים והוי כמו דהתירוה ב"ד א"כ הא עיקר הוכחת הרמב"ן וסייעתו דהראשון נאמן להכחיש להשני הוא מן הא דפלוני חכם טיהר לי הדם ושמשתו נדה דהכחישה החכם אח"ז וכמבואר בכתובות דף ע"ב ובאה"ע סי' קט"ו סעי' א' ושם הא כבר נעשה המעשה ששימש עמה ע"י דיבורה שאמרה לו פ' טיהר לי הדם. ואי נימא כהקהלת יעקב דהיכא שהתירוה ע"פ אז אינו נאמן הראשון להכחישו א"כ כמו כן מבעי להיות אף היכא דכבר נעשה מעשה על פיו דזה הוי כמו התירוה דאינו נאמן הראשון וכמש"כ הר"נ והח"מ ומוכח מזה דה"ה התירוה ע"פ השני ג"כ נאמן הראשון להכחישו וכמש"כ הח"מ ודלא כהקהלת יעקב:

ואין סברא לחלק בין מעשה הנשואין להמעשה דשימש עמה בפלוני חכם טיהר לי כו'. דמה נפ"מ ביניהם ובסברות קלושות אין דרכי לדון ולבאר ביטול זה הסברא הקלושה:

טז

ואפשר לומר דעיקר שיטה דנאמן הראשון להכחישו הוא נובע מן הרמב"ן והוא מבואר בסי' י"ז סעי' ל"ט בב"ש ס"ק קכ"ג שכתב בשם הרמב"ן והריב"ש דס"ל דדוקא היתר ב"ד אבל נישאת בלא התרת ב"ד לא מהני מה דנשאת ע"פ הראשון וכ"כ הב"ש שם בשם המהרשד"ם א"כ לפי שיטת הרמב"ן עצמו שפיר י"ל כמש"כ הקהלת יעקב דאם התירוה אינו נאמן הראשון להכחישו. ושאני התם בשמשתו נדה ע"י מה דאמרה לו פ' חכם טיהר לי הדם דזה הוי בלא הוראה רק מעשה בלבד ע"כ נאמן הראשון להכחישו לשיטת הרמב"ן אך עדיין זה אינו מספיק לתרץ למה שהקשיתי על הקהלת יעקב דהא מן שיטת הר"נ בתשובה דס"ל דנישאת אף בלא הוראה דינו כמו דנישאת ע"פ הוראת חכם א"כ לפ"ז שפיר יש להוכיח עדיין דלא כהקהלת יעקב דהא מן הר"נ בכתובות פ"ז בסוגיא דפלוני חכם טיהר לי כו' משמע ג"כ דס"ל כהרמב"ן וסייעתו דהראשון נאמן להכחישו וכן מוכח ביותר מן הר"נ לשבועות פ"ד בסוגי' דהכל מודים בעד מיתה שפטור כו' דהביא שם בפשיטות להרמב"ן דעמפ"ע הראשון נאמן ולראי' דכתובות ד' ע"ב דמוכח משם דהראשון נאמן להכחיש השני ע"ש. א"כ עדיין תקשה על הקהלת יעקב ע"פ הכלל של הר"נ עצמו בתשובה כנ"ל:

יז

אך אפשר לחלק דשאני היכא דנעשה המעשה ע"פ הגדת הבע"ד עצמו וכמו כן בהתירוה ע"פ הבע"ד עצמו דבזה לא אמרינן הכלל דכ"מ שהאמינתו תורה ה"ה כשנים. דדוקא במי שאינו בע"ד המעיד כן בשם האחר גבי' אמרינן דאחר שהתירוה ע"פ ה"ה כשנים ואין הראשון נאמן משא"כ בבע"ד עצמו וראי' לזה מן הא דסי' י"ז סעי' ל"ח דשיטת הרמב"ן והרשב"א שם דאם התירוה ע"פ אשה אחרת שאמרה מת והתירוה ואח"כ בא עד כשר ואמר לא מת לא תצא מהיתירא ומבואר ברשב"א ליבמות דף קי"ז דהרמב"ן מודה להרמב"ם בהיא עצמה אמרה מת בעלי והתירוה דאם בא ע"א ומכחישה דתצא אך בהתירוה ע"פ אשה אחרת אז לא תצא אף דעד כשר בא אח"ז להכחישה וכ"כ הנימוקי יוסף ליבמות פ' ט"ו על המשנה עד אומר מת ועד אומר לא מת כו' בשם הרשב"א דכתב כן בשם הרמב"ן ע"ש והובא בחלקת מחוקק סי' י"ז ס"ק ע"ה ובב"ש ס"ק קכ"א הרי דאמרינן דאף לשיטת הרמב"ן והרשב"א דס"ל גם בהתירוה ע"פ אשה להך כללא דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה כשנים דעכ"ז בהאשה עצמה לא דיינינן כן ונאמן העד להכחישה. א"כ ממילא אתי שפיר בפשיטות למה דאמרו פ' חכם טיהר לי הדם דאזל שיילי' ואשתכח שיקרא דהראשון נאמן אף לאחר שנעשה המעשה ע"פ הגדת האשה עצמה משום דשאני הגדת אשה עצמה דהיא הבע"ד דבזה לא אמרו להכלל דכ"מ שהאמינה תורה כו' וע"כ שפיר י"ל לדינא כמש"כ הקהלת יעקב דאחר שהתירוה שאני דאין הראשון נאמן וה"ה היכא דכבר נעשה המעשה ע"פ העד אף בלא הוראת חכם דלשיטת הר"נ בתשובה הוי זה כמו התירוה אך העיקר תלוי דוקא בנעשה המעשה ע"פ אחר שאינו בע"ד ונוגע בזה אמרו דנחשב כשנים והעד המכחישו לאח"ז ה"ה כע"א אבל אם נעשה המעשה או ההיתר ע"פ הבע"ד דהוי נוגע בעדות אז לא אמרו להכלל דכ"מ שהאמינה תורה כו' דהא אין עליו שם עד רק שם בע"ד. אך במה שכתב הקהלת יעקב לדון לדבריו אף באשה עצמה אמרה ששמעה מן עד שבעלה מת ובא הע"א להכחישה דמסיק הקהלת יעקב גם בזה דלאחר שהתירוה לא תצא מהיתירא הנה בזה לא ננקוט כוותי' אך בע"א אחר שאמר ששמע כן מן ע"א אחר בזה יש ליישב דבריו לדינא ואינו סתירה לזה ע"פ מה דהקשיתי. משום דיש לחלק כנ"ל:

ענף ד

יח

אך עדיין יש להעיר בכ"ז ע"פ מש"כ הנימוקי יוסף ביבמות פ' ט"ו בתחילת דבריו שם דאין חילוק בין אשה אחרת לאשה עצמה והובא בחלקת מחוקק סי' י"ז ס"ק ע"ה א"כ עדיין תקשה על הקהלת יעקב כנ"ל ואפשר לומר דהנמוקי יוסף יהי' ס"ל בהא דכתובות

ד' ע"ב בפלוני חכם טיהר לי כו' כשיטת הירושלמי שם דכולהן בעדים ולא כהרמב"ן דיליף משם לכל עד מפי עד דהראשון נאמן אך זה דוחק ויותר אפשר לומר דהנימוקי יוסף ס"ל כשיטת הרמב"ן והריב"ש דס"ל דדוקא בהתירוה אז אמרו בהראשון דנחשב כשנים ולא בנישאת בלא הוראה וכמש"כ הב"ש בשמם בס"ק קכ"ג ע"כ אין הכרח לדחות ע"פ שיטת הנ"י לדברי הקהלת יעקב. והעיקר מה די"ל דלשיטת הנ"י בלא"ה אין הכרח כלל להקשות על הקהלת יעקב דהא שיטת הנ"י ביבמות ר"פ האשה רבה בשם הריטב"א שכתב בשם רבו דדוקא בעדות דבר שבערוה דבעינן ב' האמינו לזה שאמר מת כשנים אבל באיסור דסגי בחד כיון שלא האמינוהו אלא כחד כי אתי אחרינא ומכחישו הוי כהכחשה חד גבי חד והובא ביו"ד ש"ך סי' קכ"ז ס"ק י"ד ובט"ז ליו"ד סי' א' ס"ק כ"ג בשם הרש"ל שפסק לדינא כדברי הריטב"א וכ"כ הב"ח שכן פסק בבן לב עכ"ל הט"ז שם. א"כ לפ"ז אתי שפיר בפשיטות הא דפלוני חכם טיהר לי הדם ואזל שיילי' ואשתכח שיקרא דנאמן הראשון אף דכבר נעשה מעשה על פי האשה משום הא לשיטת הנ"י הדין הוא דבאיסורין אינו נחשב כשנים המעיד בראשונה אף דהתירוה ע"פ וה"ה היכא דנעשה המעשה משום דהתם הוי מילתא דאיסורא משא"כ בדבר ערוה דהימנוהו כתרי לומר מת בזה שפיר י"ל כמש"כ הקהלת יעקב דאם התירוהו ע"פ עד השני וה"ה היכא דנעשה המעשה ע"פ להר"נ בתשובה דאין הראשון נאמן וכן י"ל לשיטת הישי"ש ביבמות פ' ט"ו סי' י"ז שהובא במראות הצובאות סי' י"ז ס"ק קנ"ג שפסק ג"כ דאם נשאת ע"פ אשה עצמה ואח"כ בא עד כשר להכחישה דלא תצא הרי דס"ל להישי"ש דגם הגדת אשה הבע"ד ג"כ נחשבת כשנים אפ"ה יש לומר גם לשיטתו כדברי הקהלת יעקב דאחר שהתירוה ע"פ עמפ"ע לא מהימן הראשון להכחישו אף שהשני מעיד מפיו משום דהישי"ש אזיל לשיטתו דפסק כהנ"י דבאיסורין לא דיינינן להך כללא דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה כשנים וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' א' בשם הישי"ש פ"ק דחולין כנ"ל ע"כ אתי שפיר הא דפלוני חכם טיהר לי הדם דנאמן החכם אף שכבר נעשה המעשה וכשיטת הרמב"ן וסייעתו ולכן אינו קשה כלל מן הנ"י והישי"ש על הקהלת יעקב כל מה שהקשיתי משום דלשיטתייהו אינו קשה כלל ועיין בכרו"פ יו"ד סי' ל"ט ס"ק ז' שכתב להוכיח דהרמב"ם ס"ל ג"כ כשיטת הריטב"א הנ"ל וכן כתב באו"ת בסי' מ"ו ס"ק מ"ה דרבינו מתתי' שם ס"ל ג"כ כהריטב"א הנ"ל והדברים ארוכין לדון בכ"ז אך אכמ"ל:

יט

אכן לפי מה שכתבתי תקשה על עיקר הוכחות הרמב"ן וסייעתו מן הא דפלוני חכם טיהר לי הדם כו' דהוכיחו מזה דהעד הראשון נאמן ביותר הא י"ל לפי מה דנתבאר לעיל

דבאשה עצמה לא שייך לדון בה הך כללא דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה כשנים מן אחת משני הטעמים הן מהטעם דהאשה עצמה גריע בהך מילתא לפי דאין עלי' שם עד כלל רק בשם בע"ד או מהטעם שכתבתי ע"פ סברת הריטב"א וסייעתו דבאיסורין לא אמרינן להך כללא דכ"מ שהאמינה תורה כו' א"כ לפי זה תקשה דמנלן להרמב"ן להוכיח להך דין שהוכיח בכל עמפ"ע דהראשון נאמן ביותר הא י"ל דאין הראשון נאמן ביותר רק דהוי ספק השקול וכמו כל שני עדים המכחישים אהדדי דהוי ספק השקול אם באו בבת אחת או במקום דלא אמרינן הכלל דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה כשנים כמו לשיטת הריטב"א וכה"ג כנ"ל ולכן הי' אסור להבעל לשמש עמה משום ספיקא ע"כ יוצאת שלא בכתובה:

כ

אך באמת אין זה קשה כלל דאי נימא דלא הוי רק ספיקא דאיסורא ע"י מה דשיילי' ואשתכח שיקרא א"כ לא הוי לו יכולת להפסיד כתובתה בלא בירור גמור. דהא לא נקראת בשם עוברת ע"ד משה כיון דאומרת ברי לי שהחכם טיהר את הדם. וע"כ שפיר הוכיחו מזה דהראשון נאמן ביותר ולא הוי ספק השקול רק הראשון נאמן ולא השני וא"ש הכל וכעין זה מוזכר סברא זו ברא"ש לכתובות פ"ז סי' ט' דכתב דאיך יפקיעו ממונא ע"פ ע"א ע"ש אך הרמב"ן ס"ל כיון דכל עיקר עדותו של השני הוא ע"פ עד הראשון ע"כ נאמן גם להפסיד כתובתה כיון דנאמן בוודאי לענין איסורא וכ"ז פשוט ואף בלא מש"כ לעיל ג"כ מוכרח לומר כן וקצרתי ולפ"ז יש להסביר ביותר לדברי הקהלת יעקב משום די"ל דוקא היכא דלולי המעלה דהעד השני בא מכח פיו העד הראשון הי' ספק השקול אז ע"י המעלה דהראשון יש לו לפי שהשני בא מכח פיו של עדות הראשון. בזה אמרו דהראשון נאמן ביותר ודייניגן בתורת וודאי כפי עד הראשון אבל היכא שהתירוה כבר ע"פ השני דלא הוי לנו שום ספק השקול רק דהוי בתורת וודאי כפי עד השני אז אין הראשון נאמן להכחישו וכמש"כ הקהלת יעקב ומסתברים דבריו:

כא

וע"פ מה שכ' יש להעיר בדברי הט"ז ליו"ד סי' קפ"ה ס"ק ג' שכתב בזה"ל על מה דכתב הרמ"א שם אמרה פ' חכם טיהר לי הכתם והחכם אומר שהיא משקרת החכם נאמן וטמאה היא וע"ז כתב הט"ז דוקא החכם עצמו שהיא סומכת עליו כו' משא"כ בע"א מעיד שהחכם אסר לה אינו נאמן דהא אמרינן כ"מ שהאמינה תורה ע"א ה"ה כשנים וה"נ אין אותו העד נאמן להכחישה שהיא כשנים ותו דגם לענין זנות אין ע"א נאמן לאוסרה וה"ה כאן נ"ל עכ"ל הט"ז ויש להקשות עליו מן הא דאה"ע סי' י"ז סעי' ל"ח דיעה ראשונה בסתם דאשה אומרת מת ועד כשר מעיד אח"כ דלא מת אם נשאת תצא וי"א דאם התירוה לא תצא א"כ הא חזינן דדעת המחבר נוטה כדיעה הראשונה דבאשה

לא אמרינן הכלל דכ"מ שהאמינה תורה כו' וגם הא כתבו שם הח"מ והב"ש דאף לדעת הרמב"ן והרשב"א דס"ל שם דגם באשה דייניין להכלל הלז מ"מ באשה הבע"ד עצמה לא דייניין כן וכנ"ל א"כ תקשה איך כתב הט"ז הכא בפשיטות דגם בנדה היכא דאמרה פ' חכם טיהר לי הדם ועד אחר מכחישה דדייניין בזה הך כלל דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה כשנים. דהא באשה עצמה לא דייניין כן:

כב

ויש ליישב ולחלק דשאני באשה אומרת מת בעלה דאין עלי' שם עד כלל אף דמבואר בירושלמי יבמות פ' ט"ו ה"א דאף למשנה ראשונה דאין ע"א מתירה עכ"ז האשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי משום שאינה חשודה לקלקל א"ע וחזינן דהאשה עצמה יש לה נאמנות ביותר מן ע"א כשר מ"מ הך כללא דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה כשנים י"ל דבזה גרע אשה עצמה מן עד כשר דשאני עד אחד דנאמן מצד עצמו ע"כ אמרו בי' דכ"מ שהאמינתו תורה לע"א כו' לפי דיש עליו שם עד משא"כ באשה עצמה דלא מהימנא מצד עדותה רק משום דאינה חשודה לקלקל א"ע ויש שם דייקא כו' רבתא ע"כ לא דייניין שם להכלל הלז משא"כ בנדה דהתורה הימנה לאשה מצד וספרה לה ע"כ נאמנת מצד עדותה דהתורה הימנה לכן שפיר יש לדון גם בזה להא דכ"מ שהאמינה תורה כו' וכן יש לחלק לשיטת הרמב"ם והמחבר דס"ל דאשה אחרת שאמרה מת והתירוה ואח"ז בא עד כשר להכחישה דלא דייניין שם להכלל דכ"מ שהאמינה תורה כו' משום דגבי עגונא יש עדיפות לעד כשר מן עדות אשה דהא עד כשר נאמן מה"ת משא"כ אשה וכמבואר בנו"ב ובריב"ש והתשב"ץ ע"כ חילקו שם בין עד כשר לאשה משא"כ הכא גבי נדות דהתורה הימנה גם לאשה מצד וספרה לה ע"כ אין לחלק בין עדות כשר לעדות אשה בזה ולכן שפיר כתב הט"ז:

כג

ועדיין יש להעיר על הט"ז הנ"ל דהא ביו"ד סי' א' בט"ז ס"ק כ"ג הביא שם לשיטת הריטב"א דס"ל דבאיסורין לא אמרינן הך דכ"מ שהאמינה תורה ה"ה כשנים ואמאי כתב הט"ז הכא בפשיטות לדון ג"כ באיסורין להך כללא דכ"מ שהאמינה תורה כו' וכן משמע בט"ז ליו"ד סי' ל"ט ס"ק כ"ב דס"ל כשיטת המהרי"ק דגם באיסורין דייניין כלל הלז אך משם אין ראי' דשא"ה דלחומרא אזלינן שם בסי' ל"ט ואפשר דהט"ז ביו"ד סי' קפ"ה דכתב לדון שם להך דכ"מ שהאמינה תורה כו' אף דמירי באיסורין משום דכתב כן לשיטת המהרי"ק וסייעתו דס"ל גם באיסורין לדון הך כללא ובאמת לשיטת הריטב"א וסייעתו דהביא בסי' א' ליו"ד בט"ז דבאיסורין לא דייניין כן י"ל דהט"ז סמך שם בסי' קפ"ה על הטעם השני שכתב שם הט"ז עוד בלשונו ותו דגם לענין זנות אין ע"א נאמן

לאוסרה וה"ה כאן עכ"ל הט"ז בסי' קפ"ה וע"כ י"ל דהט"ז נסתפק בדין זה אם כהריטב"א או כהמהרי"ק וקצרתי בכ"ז ויהי' איך שיהי' דעכ"פ מוכח מן הט"ז ליו"ד סי' קפ"ה דכתב דגם בעדות נאמנות האשה עצמה על נדות דשייך בה ג"כ הכלל דכ"מ שהאמינה תורה כו'. והט"ז מיירי שם היכא שהתירו ע"פ עדותה דאם לא כן לא שייך לדון בזה הכלל דכ"מ שהאמינה תורה כו'. אך דזה דוחק לומר בנדות דמיירי התם בהתירו לה כו' ויותר נראה לומר בזה כמש"כ הש"ך ליו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ד לחלק דדוקא גבי עדות אשה בעינן התירוה משא"כ באיסורין תלוי רק אם בא מתחילה להעיד כו' ועיין בחוות דעת ליו"ד סי' קכ"ז שם ובש"ך ח"מ סי' פ"ז ס"ק ט"ו וקצרתי אך מן לשון הט"ז יו"ד סי' ל"ט ס"ק כ"ב משמע דס"ל דגם באיסורין בעינן נפסק הדין וכמו בעדות אשה דבעינן דוקא התירוה ע"ש ועיין בש"ך יו"ד סי' ל"ט ס"ק מ"א ובפרמ"ג שם. והב"ש בסי' קע"ח ס"ק י"א כתב כדברי הש"ך יו"ד סי' קכ"ז והביא שם להש"ך הנ"ל:

כד

א"כ לשיטת הט"ז דגם באשה עצמה שייך בה הכלל דכ"מ שהאמינה תורה כו' על נאמנות בנדות ועכ"ז חזינן דהחכם נאמן להכחישה הרי מוכח דלא כהקהלת יעקב דכתב דאחר שהתירוה ע"פ השני דאז דין עד השני כשנים דאינו נאמן הראשון להכחישו דהא חזינן דס"ל להט"ז גם היכא דדינה כשנים ואין נאמן העד להכחישה אפ"ה נאמן החכם להכחישה ואף דנימא דהט"ז מיירי היכא דלא נעשה המעשה וגם לא נפסק הדין ע"פ וכנ"ל מ"מ כיון דלשיטת הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז דבאיסורין לא בעינן נפסק הדין משום דבאיסורין דינו כשנים אף קודם דנפסק הדין ע"פ:

א"כ ממילא דינו באיסורין אף היכא דלא נפסק הדין כמו בעדות אשה היכא דנפסק הדין ע"פ ואין שום סברא לחלק ביניהם א"כ מוכח מן הט"ז דס"ל כהחלקת מחוקק ודלא כהקהלת יעקב אך לשיטות הש"ך דס"ל דבאיסורין לא בעינן נפסק הדין ודינו כשנים ועכ"ז אמרו דהחכם יכול להכחישה אינו מוכח דיחלוק על דינו של הקהלת יעקב משום דיש לחלק כמש"כ לעיל דשאני אשה עצמה וכמש"כ לעיל ודלא כהט"ז משום דלא נחלק בין נאמנות האשה עצמה על נדות לנאמנות האשה דמת בעלה אבל להט"ז מוכח דיהי' ס"ל כהח"מ ודלא כהקהלת יעקב אך עכ"ז לדינא י"ל עדיין כשיטת הקהלת יעקב וכמש"כ ליישב דבריו ולפי מה שיבואר לקמן בעז"ה דעיקר הך דינא של הקהלת יעקב תלוי בפלוגתת הריטב"א עם המהרי"ק י"ל דלהט"ז הוי נ"ד ספיקא דדינא אם כהח"מ או כהקהלת יעקב וכנ"ל ושמור דבר זה כי זהו יצרך לענינינו כפי שיבואר בעז"ה]:

ענף ה

כה

והנה מן הרא"ש גיטין פ"ה סי' ח' אות ו' משמע דלא כהקהלת יעקב דז"ל הרא"ש שם האומר טבל הלה מתוקן אמרו לו האיך ואמר אמרתי לפלוני לתקנו והלכו ושאלוהו ואמר לא תקנתיו ה"ה בחזקת טבל ואע"ג דכ"מ שהאמינה תורה ע"א ה"ה כשנים מ"מ כיון שהוא מודה שלא אמר אלא לאחר לתקנו והלה אמר לא תקנתיו ה"ה בחזקת טבל עכ"ל הרא"ש והקרבן נתנאל שם ס"ק כ"ד כתב בזה"ל אבל כשאותו פ' אינו לפנינו וע"א אומר שאותו פ' לא תיקן אינו נאמן דעד הראשון נאמן כשנים וכ"כ הט"ז ביו"ד סי' קפ"ה עכ"ל הקרבן נתנאל וכ"כ המרדכי ליבמות פ' האשה רבה בביאור י"ד חילוק וא"ו והש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ד הביא לדברי הרא"ש והמרדכי הנ"ל והוכיח מדבריהם דס"ל דגם באיסורין אמרו דע"א הראשון ה"ה כשנים וכמהרי"ק ע"ש והרא"ש והמרדכי מיירו בהתירו ע"פ העד השני או י"ל דס"ל כמש"כ הש"ך שם ביו"ד לחלק דבאיסורין לא בעינן נפסק הדין ודוקא בעדות אשה דנאמנות ע"א אינו רק מדרבנן ע"כ בעינן התירוה משא"כ באיסורין דנאמן מן התורה ע"כ מיד שהעיד דינו כשנים וכעין סברא זו ראיתי במרדכי יבמות פ' יו"ד ועיקר הסברא הלזו כתבו התוס' ביבמות דף קי"ז ע"ב ד"ה הא לא נשאת כו' ובכתובות דף כ"ב ע"ב ד"ה כגון שניסת כו' בסה"ד שם. עכ"פ חזינן דס"ל להרא"ש והמרדכי דגם היכא דהדין הוא דהראשון נאמן כשנים מ"מ נאמן הראשון להכחישו ואחר אינו נאמן להכחישו וכמש"כ הקרבן נתנאל והביא לדברי הט"ז יו"ד סי' קפ"ה הנ"ל א"כ מוכח מזה דלא כהקהלת יעקב וכבר כתבתי לעיל דאין סברא לחלק כלל בין התירוה ובין מה דאמרו דבאיסורין אף דלא נפסק הדין נאמן הראשון כשנים באיסורין. ואחר כותבי כל זה ראיתי במראות הצובאות ס"ק ל"א שהוכיח מדברי הרא"ש הנ"ל כדברי הח"מ דאף בהתירוה ע"פ השני נאמן הראשון להכחישו וגם ראיתי במראות הצובאות שם שסותר לגמרי דברי השארית יוסף וכתב עליו דלא ידעתי מנלן להשארית יוסף זה ע"ש א"כ לפ"ז נסתר כל היסודות דהיתירא שבנ"ד:

כו

והנלע"ד לומר דבאמת עיקר הך דינא אם יכול הראשון להכחיש להשני לאחר שהתירוה ע"פ השני דזה תלוי בפלוגתת הנך ראשונים דפליגי אם גם באיסורין אמרינן דעד הראשון חשוב כשנים או לא דלשיטת המהרי"ק דגם באיסורין הדין הוא דהעד שהעיד בראשונה נחשב כשנים אז ממילא מוכח דגם היכא דהתירוה ע"פ השני בעדות אשה דנאמן הראשון להכחישו דהא עיקר המקור לזה הוא מן פ' חכם טיהר לי הדם כו' דילפי מזה לכל עמפ"ע שקיבל הרמב"ן מרבותיו דהראשון נאמן להכחישו וכמש"כ הרא"ש

לשבועות פ"ד סי' י"ז והבית יוסף ליו"ד סי' קפ"ה והובא בב"ש סי' קט"ו ס"ק ד' שכתבו דהרא"ש ס"ל לדינא כהרמב"ן כיון שקיבל כן מרבותיו אף שהביא הרא"ש בכתובות פ"ז סי' ט' לשיטת הירושלמי מ"מ לענין דינא פסק כהרמב"ן א"כ בכל עד מפי עד באיסורין העד שהגיד בראשונה נאמן כשנים ואפ"ה כתבו דנאמן הראשון להכחישו א"כ מוכח דס"ל לרבותיו של הרמב"ן דבכל גווני אף לאחר שהתירוה נאמן הראשון להכחישו ולכן כתב הרא"ש והרמב"ן כן. אבל לשיטת הריטב"א וסייעתו דס"ל דבאיסורין לא דיינינן דעד הראשון נאמן כשנים ע"כ אין לנו לחדש ולומר דאף לאחר שהתירוה יהי' נאמן הראשון להכחישו כי בלא הוכחה להיפך הדעת נותנת כהקהלת יעקב דלאחר שהתירוה דה"ל כשנים לא יהי' נאמן הראשון להכחישו דהא הראשון אינו רק כאחד והא בלא"ה יש חולקים על עיקר דין של הרמב"ן וכדאמרו בירושלמי כתובות פ"ז דכולהן בעדים ע"כ אפושי פלוגתא לא מפשינן וי"ל דהא דפלוני חכם טיהר לי דנאמן היינו משום דבאיסורין לא הי' דינה כשנים להריטב"א וכבר כתבתי לעיל בשם הכרו"פ יו"ד סי' ל"ט ס"ק ז' שכתב להוכיח דהרמב"ם ס"ל ג"כ כשיטת הריטב"א וסייעתו וכ"כ באו"ת בסי' מ"ו ס"ק מ"ה דרבינו מתתי' שם ס"ל ג"כ כהריטב"א ע"כ יש מקום לדברי הקהלת יעקב:

כז

וי"ל דזהו כוונת השארית יוסף דהובא בק"ע סי' ש"ה שכתב דמסתברא דעד כשר מפי עד פסול שיש להאמין ביותר לעד הכשר כו' דטעמו ג"כ הוא דכ"ז דאין לנו הוכחה להיפך אין לנו להרבות במחלוקת ואף שכתבתי לעיל דבנ"ד נסתר ההיתר שכתבתי מתחילה לדון ע"פ השארית יוסף לפי דבנ"ד הוא עד שלישי א"כ גם הוא מקרי בשם עד פסול כיון דאינו יודע להכחיש את הראשון ע"פ ברי שלו דהא אינו יודע האמת עם מי הוא מן הכחשת העדים הראשון להשני עכ"ז נלע"ד להוכיח מן שיטת השארית יוסף דיהי' ס"ל לדינא ג"כ לאחר שהתירוה אין נאמן הראשון להכחישו. והוא דכבר כתבתי לעיל דלדברי השארית יוסף דהובא בב"ש ס"ק כ"ג בלשון אם אמרה בשם עבד ושפחה כו' דה"ה כשר המעיד בשם אשה וקרוב ג"כ יש להאמין ביותר לעד הכשר ולאו דוקא עבד ושפחה ודלא כמש"כ בהשמטות לתשובות רע"א סי' קי"ג וכמש"כ לעיל בארוכה ועיקר הטעם של השארית יוסף דס"ל דיש מעלה יתירה להכשר שמעיד בשם פסול כגון עבד או אשה וקרוב נלע"ד דזה תלוי בפלוגתת הרמב"ם עם הרמב"ן והרשב"א דהובא לקמן סעי' ל"ח דהרמב"ם ס"ל דאשה שאמרה מת ואח"כ בא עד כשר ואמר לא מת דאף לאחר שהתירוה תצא משום דס"ל דהורע כח הפסול לגבי הכשר וכמש"כ התוס' יו"ט ליבמות פ' ט"ו משנה ה' בטעמו משום דאלת"ה ליתני רבותא עד אומר מת ואשה אומרת לא

מת דזהו דעת הרמב"ם אבל בירושלמי אמרו תני דבי רבי כן ויש פוסקים כוותי' עכ"ל התוס' יו"ט:

כח

אכן שיטת הרמב"ן והרשב"א והנ"י דאף דהתירוה ע"פ אשה לא תצא מהיתירה אף דבא עד כשר להכחישה והוכיחו כן מירושלמי יבמות פ' ט"ו ה' ו' דאמרו דכ"מ שהכשירו עדות אשה כאיש האיש מכחיש האשה והאשה מכחשת את האיש כו' וכן הוא בירושלמי סוטה פ"ו ה"ד ופ"ט ה"ז וכמש"כ הרשב"א לחי' ביבמות דף קי"ז ובנ"י ליבמות פ' ט"ו והובא כ"ז בביאור הגר"א צ"ל לסי' י"ז ס"ק קכ"ז ע"ש א"כ לשיטת הרמב"ם וסייעתו דס"ל דיש מעלה יתירה להכשר נגד הפסול ע"כ יש לדון מה"ט אם כשר מעיד בשם הפסול דכיון דלעד הכשר יש נאמנות ביותר ע"כ מסתבר לומר דמה"ט עמפ"ע הכשר בשם הפסול לא יהי' הפסול נאמן להכחישו דבכה"ג י"ל דמודו לשיטת החולקים על הרמב"ן דס"ל דאין הראשון נאמן ודוקא בשניהם שקולים בזה ס"ל להרמב"ן דהראשון נאמן אבל לשיטת הרמב"ן והרשב"א והנ"י דפסקו כשיטת הירושלמי דכ"מ שהכשירו עדות אשה האשה מכחשת האיש והך ירושלמי הובא בתוס' יבמות דף קי"ח ד"ה אשה אומרת מת כו' ובסוטה דף ל"א בתוס' שם א"כ אין שום מעלה יתירה לאיש נגד אשה משום דלא הורע כח הפסול כלל נגד הכשר. ע"כ לפ"ז הדין נותן דה"ה בעמפ"ע אם כשר מעיד בשם פסול דיהי' נאמן הפסול להכחיש להכשר:

דגם בעמפ"ע שייך הכלל דהירושלמי דכ"מ שהכשירו אשה האשה מכחשת האיש כו' דכמו בעד כשר מעיד בשם כשר דנאמן הראשון להכחיש להשני דה"ה מה"ט יהי' נאמן הפסול להכחיש לעד הכשר דכללא הוא דבמה שהכשירו אשה דינה כאיש ולא הורע כוחה כלל ולפ"ז י"ל דעיקר הך דין של השארית יוסף תלוי בפלוגתת ראשונים הנ"ל:

כט

ולפ"ז אפשר לומר דהחלקת מחוקק דכתב בס"ק י"ז להסתפק אם כשר מעיד בשם פסול כו' אפשר שבזה לא קיבל הרמב"ן שהראשון נאמן עכ"ל הח"מ שם דזהו לפי דהח"מ כתב כן לשיטת הרמב"ן כנ"ל והא שיטת הרמב"ן דפסולי עדות לא הורע כחן גבי עד כשר כנ"ל ע"כ נסתפק בזה אבל כיון דלדינא כתב הרח"ש והמהרשד"ם והובא במראות הצובאות סעי' ל"ח ס"ק קנ"ב דפסקו כשיטת הרמב"ם והמחבר דהביא דיעה ראשונה בסתם וכן פסק הנו"ב במ"ק סי' מ"א בד"ה ואומר אני כו' דעד כשר האומר מת אין פסול נאמן להכחישו ע"ש א"כ לפ"ז שפיר פסק השארית יוסף וכן הסכים הב"ש לדבריו לפי דכיון דלדינא יש מעלה יתירה לעד כשר נגד עד הפסול ע"כ ממילא יש לדון דאין הפסול נאמן להכחיש השני שהוא עד כשר דאף דבעד הראשון הכשר נאמן להכחיש

השני עכ"ז בעד פסול הראשון אין לו כח לגרועי לעד הכשר אף שהוא שני ומעיד מפיו של עד פסול הראשון משום דמנלן דבכה"ג לשיטתם יהי' חולק הרמב"ן על הסוברים דאינו נאמן הראשון להכחיש להשני וכמש"כ דבלא סברא מוכרחת אין לנו להרבות במחלוקת ביניהם:

ל

ולפ"ז נראה לענ"ד לדון דמן דברי השארית יוסף והסכמת הב"ש שהסכים לדברי השארית יוסף. יהי' מוכח דס"ל כהקהלת יעקב דאם התירוה ע"פ השני א"נ הראשון להכחישו והוא דהא מעלת התירוה מתחילה ע"פ ע"א יש לו עדיפות יתירה ממעלת איש נגד אשה וכה"ג דהא במעלת התירוה כ"ע מודו בלא שום חולק בהכחשת העדים זא"ז היכא דלא הוי עמפ"ע דהדין הוא דהעד שהתירוה מתחילה ע"פ נאמן ביותר מן העד הבא אחריו להכחישו ואילו במעלת כשר נגד פסול יש בו מחלוקת היינו ירושלמי נגד ש"ס דילן והנך פוסקים ראשונים ע"כ הדין נותן לשיטת השארית יוסף והב"ש דס"ל דבמקום מעלת כשר ופסול בעמפ"ע דהכשר השני נאמן ביותר מן הראשון הבא אח"כ להכחישו א"כ כש"כ דהיכא דהתירוה ע"פ השני מעמפ"ע דנאמן ביותר מן עד הראשון הבא אח"כ להכחישו וכעין ראי' זו מצינו בתה"ד בפסקיו סוף סי' קל"ט שכתב ראי' כעין זה דמתכוין להעיד עדיף מן משאל"ס דהא איכא למ"ד דמתכוין להעיד שרינן ע"ש וכן נלע"ד הוכחה כעין זה בעירובין דף י"א ע"א דאמרו שם בגמ' מה ליותר מעשר האוסר במבוי שכן לא התרת בו אצל פסי ביראות לר"מ תאמר בפרוץ מרובה שכן התרת אצל ביראות לדברי הכל הרי דמצינו דמה דשרי לכ"ע בלא פלוגתא כלל יש לו עדיפות ומעלה יתירה מן מה דלא שרינן לכ"ע דיש בו פלוגתא אף דלא נקטינן כהחולק לדינא ולכן להחלקת מחוקק שכתב להסתפק בס"ק י"ז היכא דהכשר מעיד בשם הפסול אם יכול הראשון להכחישו ומשמע דאף בלא התירוה יש סברא לומר דאין הפסול נאמן. א"כ כש"כ דהיכא דהתירוה ע"פ השני לא יהי' נאמן הראשון אף הכשר הבא אח"כ להכחישו ולא ה' להח"מ לפסוק ולהכריע דאף לאחר שהתירוה יהי' נאמן הראשון וכבר כתבתי לעיל דאין סברא לחלק בין שפחה לאשה בזה ולכן מוכח מן השארית יוסף והב"ש דהביאו לדינא דהדין הוא כסברת הקהלת יעקב דאחר שהתירוה לא יהי' נאמן הראשון הבא אח"כ להכחיש השני:

ענף ו

לא

ולכאורה י"ל דלהפוסקים דס"ל גבי פ' חכם טיהר לי כו' דהחכם נאמן להפסיד כתובתה דגם גבי ממון נאמן הראשון א"כ חזינן דיש להראשון נאמנות יתירה דהא אין ע"א קם לממון וכמש"כ הרא"ש בכתובות דף ע"ב א"כ כש"כ דיהא נאמן הראשון אף לאחר

שהתירוה. רק לפי הכרעת השו"ע בסי' קט"ו סעי' א' דדוקא בהוכחשה בעדים כו' וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ד' בשם הבית יוסף ליו"ד סי' קפ"ה וראיתי בפלפולא חריפתא לשבועות פ"ד ברא"ש סי' י"ז ס"ק כ"א שהקשה בסתירת הרא"ש דשם מן הרא"ש לכתובות הנ"ל וכתב דהבית יוסף לא העיר כלום ובאמת הא הבית יוסף ליו"ד סי' קפ"ה העיר בזה כמש"כ הב"ש בשמו ולפי הכרעת השו"ע דאין החכם נאמן להפסיד הכתובה שפיר יש מקום לדברי הקהלת יעקב דאחר שהתירוה שאני כי בלא הוכחה אין לנו לומר דיהי' להראשון נאמנות אף אחר שהתירוה וכנ"ל ובאה"ע סי' קט"ו סעי' א' ב"ש ס"ק ד' כתב דמן הרמב"ם משמע דס"ל כהרמב"ן כו' וזה לשון הרמב"ם ה"א פ' כ"ד ה' י"א גבי עוברת ע"ד איך יודע זה כגון שאמרה פ' כהן תיקן לי או פ' חכם טיהר לי כו' ושאלו ואמר להד"ם כו' הרי דכתב כמשמעות גמ' דילן ולא כדקאמר בירושלמי דכולהן בעדים ומה שהקשה הרא"ש איך מפקיעין ממון ע"פ ע"א י"ל דסבירא לי' להרמב"ם והרמב"ן דכיון דבאיסורין נאמן הראשון ביותר ונתברר לנו זה בוודאי איסור. ע"כ ממילא אבדה כתובה כיון דנתברר לנו דעברה על איסור בוודאי ומה"ט נדחה מש"כ מתחילה לדון להסוברים דע"י עדות החכם איבדה כתובתה דמזה מוכח דלא כהקהלת יעקב דיש לחלק דשאני התם כיון דהחכם נאמן לאיסורין ע"כ ממילא אבדה הכתובה משא"כ היכא דהתירוה ע"פ השני עדיין י"ל דאין הראשון נאמן לאוסרה וכ"ז פשוט ועיין בקצה"ח סי' כ"ג ס"ק א' ונתיבות שם ס"ק א':

לב

ובעיקר דברי הב"ש שכתב להוכיח מן הרמב"ם דס"ל כהרמב"ן נלע"ד לומר מילתא חדתא בעז"ה דאין הכרח זה ברור משום די"ל דהרמב"ם דכתב דהחכם נאמן לאוסרה הוא מטעם אחר דהא נתבאר לעיל דשיטת הרמב"ם הוא בעדות אשה דעד כשר נאמן להכחיש לעד פסול כמו אשה וכיוצא בו ולא חש להמבואר בירושלמי יבמות פ' ט"ו ה' ו' דכ"מ שהכשירו עדות אשה כאיש האשה מכחשת את האיש ומקשו דניתני עד אומר מת ואשה אומרת לא מת ומשני תני דבית רבי כן עכ"ל ירושלמי משום דהרמב"ם ס"ל כיון דבש"ס דילן לא הזכירו להגירסא דגרסי אשה אומרת לא מת ועד אומר מת וכקושיות הירושלמי ע"כ ס"ל להרמב"ם וסייעתו דהאיש נאמן ביותר מן האשה ועיין בהרמב"ם ה' גירושין פ' י"ב ה' כ"א בהרב המגיד שם והנה לפי שיטת הסוברים בכוונת הרמב"ם דעד כשר מה"ת בעדות עגונא אתי שפיר בפשיטות מה דס"ל להרמב"ם דאיש נאמן ביותר מן אשה משום דהא כתבו דאשה וכיוצא אינן נאמנים רק מדרבנן בעדות אשה שמת בעלה אך אף לשיטת הריב"ש בסי' קנ"ה וסי' קפ"א דס"ל בשיטת הרמב"ם דגם עד כשר

אינו נאמן מה"ת בעדות אשה שמת בעלה רק מדרבנן א"ש משום דמוכרחים אנו לומר דטעמו הוא דאף דנאמנות האיש והאשה בעדות עגונא הם הכל מדרבנן ושקולים הם בזה. עכ"ז יש להאמין ביותר לעדות איש מן עדות אשה ולפ"ז יש לדון דה"ה מה"ט נאמן החכם להכחיש את האשה גבי פ' טיהר לי הדם משום דאע"ג דהאשה נאמנת ג"כ על נדות מה"ת מ"מ יש להאמין ביותר להאיש. וכמו בעדות עגונא לשיטת הריב"ש בכוונת הרמב"ם דעדות איש ואשה שניהם שקולים הם דאינן נאמנים רק מדרבנן ועכ"ז חזינן שיטת הרמב"ם דהאיש נאמן ביותר מן עדות האשה דכללא הוא דבכל עדות הדין הוא שהאיש נאמן ביותר משום דיש עליו שם עד כשר לעדות וכיון דהחכם נאמן ביותר מן האשה על נדותה לאוסרה ע"כ ממילא איבדה כתובתה כיון דלגבי עצם האיסור נאמן החכם לאוסרה הוי זה כמו דנתברר לנו דמשקרת ועשתה שלא כהוגן דשמשתו נדה לכן נקראת עוברת ע"ד ואין סברא לחלק כלל בין עדות עגונא דהאיש והאשה שניהם הם אינן נאמנים רק מדרבנן לעדות איסורין דשניהם נאמנים מה"ת דז"א כיון דעכ"פ שקולים הם ואפ"ה האמינו להאיש ביותר א"כ הוא הדין גם באיסורין דייניהן כן וגם הא כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון וע"כ אין סברא כלל לחלק ביניהם:

לג

והירושלמי כתובות פ"ז ה' ו' דאמרו דכולהון בעדים אזיל לטעמי' דהא שיטת הירושלמי ביבמות ובסוטה הוא דכ"מ שהכשירו עדות אשה האשה מכחשת האיש כו' וזה הוא כללא בידינו ע"כ ה"ה הכא גבי פ' חכם טיהר לי הדם הדין נותן לפי הכלל הלז דיכולה האשה להכחיש את האיש ולא נתברר איסורה דהא אומרת ברי לי כי לא עשיתי שלא כהוגן ע"כ אין להפסיד כתובתה רק ע"י עדים לכן הוכרחו בירושלמי לומר דכולהון בעדים ועיין בירושלמי סוטה פ' ו' ה' ד' דאמרו שם להך כללא ומקשו דניתני ע"א אומר נטמאת כו' תני דבית רבי כן ובסוטה פ"ט ה"ז גבי ע"א אומר ראיתי ההורג כו'. וראיתי בתוס' יו"ט לסוטה פ"ו משנה ד' שכתב להדיא התם גבי עד אומר נטמאת כו' דהביא להירושלמי דשם הנ"ל וסיים דהרמב"ם אינו סובר כהירושלמי להלכה אלא דוקא תנן תרי פסולי דאי חד כשר וחד פסול כי היכא דהורע כח שני פסולים לגבי עד כשר ה"נ ע"א פסול לגבי עד כשר עכ"ל התוס' יו"ט הרי להדיא כמש"כ לעיל בשיטת הרמב"ם דאף היכא דהאיש והאשה נאמנים מה"ת ג"כ יש להאיש נאמנות בנותר מן האשה וזהו ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ה סעי' ה' ענף ד' בד"ה אך קשה במה דיליף עבד כו' דכתבתי שם בשם הירושלמי סוטה פ"ו ה"ב דהא דעבד ואשה נאמנים גבי טומאת

סוטה דזהו מה"ת ודלא כהמראות הצובאות ע"ש. ולכן י"ל דהש"ס דילן אזיל לשיטתו בש"ס דילן והירושלמי אזיל לשיטתו בירושלמי:

לד

ולכן אין ראי' מן הרמב"ם להוכיח דס"ל כהרמב"ן משום די"ל דטעם הרמב"ם הוא דלכן החכם נאמן להכחיש את האשה משום דאזיל לטעמי' דס"ל גבי עדות אשה דהאיש יש לו נאמנות ביותר מן אשה וע"כ מהימן החכם לעשות אותה עוברת ע"ד ולהפסיד כתובתה כיון דמהימן בוודאי על עצם האיסור והרמב"ן דהוכיח מן הך דפלוני חכם טיהר לי הדם כו' דכמו כן בכל עמפ"ע נאמן הראשון להכחישו י"ל דזהו ג"כ משום דאזיל הרמב"ן לשיטתו דהא שיטת הרמב"ן וסייעתו הוא דאם אשה אומרת מת ועד כשר מכחישה דשקולים הם נאמנות שניהם וע"כ אם התירוה ע"פ האשה אינו נאמן הכשר להכחישה דזהו ע"פ שיטת הירושלמי דכ"מ שהכשירו עדות אשה האשה כאיש כו' וכמבואר שיטת הרמב"ן בזה בהרשב"א ליבמות דף קי"ז וביבמות בנמוקי יוסף שם ובשו"ע אה"ע סעי' ל"ח ובביאור הגר"א שם. ע"כ שפיר הוכיח הרמב"ן מן הא דפלוני חכם טיהר לי כו' דה"ה בכל עמפ"ע הראשון נאמן ביותר משום דעיקר הטעם דהחכם נאמן להכחישה הוא לפי דהאשה אומרת זה מפיו ע"כ ס"ל להש"ס דנאמן ביותר אבל הרמב"ם אזיל לטעמי' ולכן אין כאן ראי' דהרמב"ם יהי' ס"ל כשיטת הרמב"ן בכל עמפ"ע:

לה

ולפ"ז י"ל דלאו דוקא אם החכם הכחישה דה"ה אם אחר הכחישה ואומר שהחכם לא טיהר לה את הדם דג"כ נאמן העד הכשר להכחישה והא דנקטו בגמ' ובפוסקים בלשון פ' חכם טיהר לי הדם ואזל שיילי' ואשתכח שיקרא דמשמע דוקא החכם יש לומר דלרבותא אמרו זה דהא חזינן שיטת הבית יוסף בתשובה שהובא בק"ע סי' ק"ס דכתב בכל עד מפי עד דאין הראשון נאמן להכחישו משום דהוי כמעיד על עצמו ע"כ נאמן השני ועפ"ז כתב החתם סופר בסי' ע"ה לתרץ קושיות הח"מ ס"ק י"ז ע"ש וכעין זה כתב השב שמעתתא בשמעתא ז' פ"ג ג"כ לתרץ קושיות הח"מ הנ"ל ע"ש וכן נראה לענ"ד דלזה נתכוין הרא"ש בשבועות פ"ד סי' י"ז שכתב בהא דהכל מודים בעד מיתה דפטור דאמר לדידה כו' ולא שתהא נאמנת מכאן ולהבא כיון שכפר כו' דוודאי הוא נאמן יותר מן הבא בטענתו וכ"כ הרמב"ן דכל עמפ"ע אם הראשון כפר אין השני האומר בשמו נאמן כו' עכ"ל הרא"ש. ומשמע מדבריו דאילו לא היה הראשון נאמן ביותר משום שהשני בא בטענתו היתה מותרת האשה להנשא ע"פ אמירתה ששמעה מפלוני שמת בעלה אף שעד כשר מכחישה. וקשה הא אף בלא דברי הרמב"ן הדין הוא דאם אשה אומרת מת ועד כשר מכחישה דס"ל להרא"ש דאף אחר שהתירוה ע"פ האשה נאמן עד

כשר להכחישה וכמש"כ המראות הצובאות בסי' י"ז סעי' ל"ח בשם המהרשד"ם סי' נ"ט שכתב דהרא"ש ס"ל כדעת הרמב"ם דעד כשר נאמן להכחישה אף אחר שהתירוה ע"פ האשה עצמה או אשה אחרת ע"ש אכן לפי דברי הבית יוסף הנ"ל אתי שפיר דברי הרא"ש בשבועות משום דבלא דברי הרמב"ן הי' הדין נותן דהיכא דהאשה אמרה בשם העד דמת בעלה דאחר שהגידה כן לפני הב"ד לא יהי' נאמן הראשון להכחישה דה"ל כמעיד ע"ע או כסברת הש"ש כנ"ל דכיון שנאמנת האשה לומר כן בשם האחר שא"ל כן שייך גם בזה לומר דכיון שהגידה האשה בשם הראשון אז ה"ל הראשון כעין חוזר ומגיד וכמש"כ השב שמעתתא בהסבר זה. לכן כתב הרא"ש לדברי הרמב"ן דהראשון נאמן ביותר לפי שהשני בא בטענתו וכיון דנתבאר דיש מקום לומר עכ"פ דיהיה השני נאמן ביותר והראשון המכחישה יהי' גרוע מן עד אחר כשר המכחישה ע"כ היה מקום לומר דהאשה שאמרה פ' חכם טיהר לי הדם תהיה נאמנת ביותר מן החכם וכדס"ל להבית יוסף בתשובה ע"כ נקטו בגמ' לרבותא דאף בכה"ג אמרינן דהעד הראשון נאמן ביותר וממילא כש"כ בעד אחר המכחישה דנאמן וכדין כשר ופסול דנאמן העד הכשר לשיטת הרמב"ם ולשיטת ש"ס דילן לפי שיטת הרמב"ם כנ"ל א"כ לפי כל זה אין מקום להוכיח דהרמב"ם יהי' ס"ל כשיטת הרמב"ן. ובעז"ה זה הענין הוא דבר נחמד ונדחה הוכחת הב"ש:

לו

ולפ"ז י"ל דבנ"ד יש להקל לשיטת הרמב"ם בפשיטות דהא בנ"ד הראשון יש עליו שם פסול לפי שהוא קרוב לפי דבריו ואינו נאמן להכחיש את העד השלישי אף לפי מ"ש לעיל דהעד השלישי אין עליו שם עד כשר דהא אינו יודע באמת להכחיש את הראשון רק ע"פ דברי העד השני שהגיד לו חוץ לב"ד ויש עליו שם עד פסול דהא עמפ"ע אינו נאמן מן התורה רק מדרבנן וככל הפסולים:

עכ"ז הא כבר כתבתי בשם הב"ש ס"ק קי"ט והנו"ב במ"ק סי' מ"א דעמפ"ע שוה לאשה וכל הפסולים ואף שכתבתי לעיל להעיר ע"פ הירושלמי סוטה פ"א ה"א דיש סברא לומר דעמפ"ע גרע מן קרוב וכן ס"ל לכמה פוסקים באה"ע סי' ז' גבי שבוי' וכנ"ל עכ"ז י"ל דשאני עדות עגונא דכיון שהקילו חז"ל כזה ותקנו דעמפ"ע נאמן בעגונא ע"כ ממילא דינו בעדות עגונא כמו כל פסולי עדות דהאמינו חז"ל בעגונא. ובזה לכ"ע יש לדון הך כללא דאמרו בירושלמי יבמות פ' ט"ו ה"ו הנ"ל דכ"מ שהכשירו עדות אשה דין האשה כאיש וע"כ ה"ה בכה"ג יש לומר בפשיטות דכ"מ שהכשירו עדות עמפ"ע דינו ככל הפסולים ואף לשיטת הרמב"ם שכתבנו דלא ס"ל לדינא כשיטת הירושלמי

י"ל דזהו דוקא אשה נגד איש דהוי פסול נגד כשר משא"כ פסול נגד פסול אין סברא לחלק ביניהם כיון שכבר הכשירו חכמים בעדות עגונא לעמפיע ג"כ ע"כ דינו ממילא ככל הפסולים אף לשיטת הרמב"ם. ולכן בנ"ד י"ל דמותרת להנשא לשיטת הרמב"ם ואין לנו להרבות במחלוקת להך דינא דעמפ"ע בין הירושלמי לש"ס דילן דפליגי בעד כשר ופסול המכחישים זא"ז כנ"ל ולכן כיון דשקולים הם עדות עמפ"ע וקרוב וכיוצא בעדות עגונא ע"כ לאחר שהתירוה ע"פ עדות עמפ"ע מותרת להנשא אף דבא הקרוב אח"כ להכחישו כן יש לדון בנ"ד לשיטת הרמב"ם לפי מה דביארנו דאין הכרח מדברי הרמב"ם לומר דס"ל כשיטת הרמב"ן:

ענף ז

לז

אחר כל זה האיר ד' את עיני ומצאתי השייך לענינינו בספר אור זרוע הגדול ואעתיק לשונו הזהב המאיר לעינינו וזה לשונו בחלק א' סי' תר"צ מעשה בלאה שבאה לפני ב"ד ואמרה ראובן א"ל שמת בעלה ושלחו ב"ד אחריו וכחש ואמר לא ידעתי וגם לא אמרתי לה והיא אומרת באמת אמר לי לשם עדות ולא לשם השטאה וכתב מורי רבינו אבי העזרי אע"פ שאינו מודה עתה אומר אני דהיא נאמנת כדאמרינן ביבמות ובכתובות ובסוטה עד אומר מת ועד אומר לא מת וכו' ועד מפי עד כשר בעדות אשה והאשה עצמה נאמנת ואין לחלק ההכחשות וראי' ברורה מדאמרינן פ' שבועות העדות אר"פ הכל מודים בעד מיתה שהוא פטור דא"ל לדידה ולא דא"ל בב"ד דתנן האשה שאמרה מת בעלי תנשא כו' פי' אין הפסד כפירות ממון של הכתובה בכפירות עדותו שהיא נאמנת עדיין להעיד שא"ל שמת כו' וע"כ השביעתו בב"ד ולא א"ל לב"ד שכחש בדבר ואפ"ה איהי מהימנא לומר דא"ל שמת דאי לא מהימנא איכא כפירת ממון בשבועתו כו' וגרסינן בפ"ב דכתובות כו' אבל ההיא דשבועות נ"ל ראי' וצ"ע לעשות מעשה עכ"ל. ושלח דברים למורי הר' שמחה והשיב לו דדמי להההיא דפרק המדיר משמשתו נדה אע"ג דהתורה האמינתה וספרה לה מלמד שסופרת לעצמה וכשאומרת איש פ' טיהר לי את הדם היא נאמנת וכי אזיל ושיילי' ואשתכח שיקרא הוא נאמן ולא היא וכן גבי מאכילתו שאינו מעושר ומה שהביא מורי מפרק שבועת העדות הכל מודים בעד מיתה שהוא פטור דא"ל לדידה ולא אמר לי' לב"ד אני סבור שפירושו הוא א"ל בינו לבינה דמת בעלה אע"פ כן לא היתה צריכה להשביעו בב"ד שהרי היא נאמנת בלא העד לינשא וליטול כתובה ומה שמשביעתו בלא צורך אין כאן כפירת ממון דבשעת שבועה היה כפירת דברים בעלמא ואילו השביע עידי ממון במקום שהלוה מודה והי' מזומן לפרוע ונשבעין

שאין לו עדות וכי היו חייבין אין לך מודה בעיקר יותר מזה עכ"ל רבינו שמחה זצ"ל עכ"ל האור זרוע והעתקתי כל דברי האור זרוע כי אינו בנמצא כ"כ ספר היקר הזה:

לח

וכוונת דברי רבינו העזרי הוא על השאלה דהיה שם באשה הבאה לב"ד ואמרה ראובן א"ל שמת בעלי ושלחו ב"ד אחריו וכיחש ואמר דלא אמרתי לה כו' דדעתו דהיא נאמנת וראייתו מיבמות ד' קי"ז ע"ב. וכתובות דף כ"ב דעד אומר מת ועד אומר לא מת דאם התירוה להנשא לא תצא מהיתירה הראשון ולפ"ז מוכח דהעובדא של האור זרוע היה שם היתר ב"ד בעת דבאה האשה לב"ד לומר בשם ראובן דא"ל דמת בעלה ואח"כ שלחו ב"ד אחריו וכיחש כו' [והי' כעין עובדא דנ"ד דאף דהתירוה מתחילה מ"מ היו מסתפקים אח"ז בזה וחשו שמא הדין דאף לאחר שהתירוה נאמן הראשון להכחישה וע"כ שלחו אחריו לידע ממנו האמת ואחר ששמעו ממנו שמכחישה אז השתדלו לשאול זה מן רבינו העזרי ורבינו שמחה וזהו הכל כמו בנ"ד שנסתפקנו אחר שהתירוה מתחילה והשתדלנו לחקור מן הראשון ואחר שבא לנו והכחיש ראינו להשתדל ע"ד ההיתר בהשתדלות רב בעז"ה משום דאם נימא דלא הי' שם התירוה מתחילה תקשה דאיך מדמה רבינו העזרי הך עובדא דילי' להא דיבמות וכתובות בעד אומר מת כו' דהא התם מיירי להדי' דדוקא אם התירוה להנשא אז לא תצא מהיתירה הראשון אבל אם לא התירוה מקודם לא תנשא וע"כ מוכח דעיקר טעמו של ר' העזרי הוא לפי דהיה שם ג"כ היתר ב"ד מקודם ולכן מדמה שפיר להך דעד אומר מת וע"א אומר לא מת דאם התירוה לא תצא מהיתירה וה"ה באשה אומרת מן פי ע"א דא"ל דמת דס"ל דגם בזה מהני מה דהתירוה מקודם אבל אם לא התירוה מקודם מודה ר' העזרי ג"כ דלא תנשא משום דלא ס"ל לסברת הבית יוסף בתשובה שהובא בק"ע סי' קנ"ט וסי' ק"ס דכתב דהעד הראשון ה"ל כמעיד על עצמו ואינו נאמן. דאי נימא בטעמו של ר' העזרי משום סברת הבית יוסף א"כ איך מדמה ר' העזרי שם להך דיבמות וכתובות דהא התם מבואר דעיקר ההיתר שם הוא משום דהתירוה מקודם ולכן ברור ופשוט דסברת ר' העזרי הוא דס"ל דכמו דמהני התירוה להנשא בעד אומר מת ועד אומר לא מת דה"ה באשה מפי עד דאם התירוה מקודם ע"פ הגדת האשה דאינו נאמן העד להכחישה לאח"ז ומביא ראי' לזה משבועות דף ל"ב כו' וזהו הכל כמש"כ הקהלת יעקב לבאר לדברי הש"ג בפ' ט"ו דיבמות שהביא ראי' זו וביאר הקהלת יעקב שם טעמו דכיון דמהני התירוה א"כ הי' לה לילך תיכף לב"ד והיו מתירין אותה דאז אינו נאמן העד להכחישה כו' וחזינן דהקהלת יעקב נתכוין לדברי ר'

העזרי שהקדימו בכ"ז וס"ל לר' העזרי לדינא כמו שפסק הקהלת יעקב דאחר שהתירוה אינו נאמן הראשון להכחישה:

לט

אך הר' שמחה חולק ע"ז וס"ל דאף אחר שהתירוה מקודם ג"כ נאמן העד להכחישה וראייתו מן הך דפרק המדיר איש פ' טיהר לי את הדם דנאמנת וכי אזיל שיילי' ואשתכח שיקרא הוא נאמן ולא היא וקרינן משמשתו נדה אע"ג דהתורה האמינה וספרה לה שסופרת לעצמה וכן גבי מאכילתו שאינו מעושר וכוונת ה"ר שמחה בהך ראי' להוכיח משם דאף לאחר שהתירוה נאמן הראשון להכחישה משום די"ל דס"ל להה"ר שמחה כשיטת המהרי"ק וסייעתו דגם באיסורין דייניגן להכלל דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה כשנים וגם ס"ל כשיטת הר"נ דהובא באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ט דאם ניסת ע"פ ע"א שלא בהוראת ב"ד לא תצא משום דהיכא דנעשה מעשה ע"פ דינו כמו התירוה. א"כ ה"ה התם גבי משמשתו נדה דנעשה מעשה ע"פ ואפ"ה נאמן החכם להכחישה לכן הוכיח שפיר מזה דה"ה בעדות ענונא אף לאחר שהתירוה נאמן העד להכחישה וכש"כ לשיטת הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז ס"ק י"ד דדוקא גבי עדות אשה בעינן התירוה משא"כ באיסורין העיקר תלוי רק אם בא מתחילה ולכן שפיר הוכיח ר' שמחה מן הך דכתובות דאף לאחר שהתירוה נאמן הראשון להכחישה ומה שהביא ר' העזרי ראי' מן הא דשבועות דחה ה"ר שמחה ע"פ הסברא דהתם לא היתה צריכה להשביעו שהרי היא נאמנת בלא העד כו' וזהו כעין מה שכתב הרא"ש בשבועות פ"ד סי' י"ז והר"נ לשבועות פ"ד שם והרשב"א בחי' לשבועות שם דהתם היא גרמה לנפשה שהשביעתו בב"ד כו':

מ

ונתבאר בעז"ה על נכון דברי הר' עזרי ודברי ה"ר שמחה וכל עיקר פלוגתת החלקת מחוקק והקהלת יעקב אם לאחר שהתירוה נאמן הראשון להכחיש או דאינו נאמן דזהו פלוגתת הראשונים ר' העזרי עם ר' שמחה דר' אבי העזרי ס"ל דאחר שהתירוה אינו נאמן הראשון להכחיש וכהקהלת יעקב וה"ר שמחה ס"ל דאף אחר שהתירוה נאמן הראשון להכחיש וכשיטת החלקת מחוקק. וכל דברי הקהלת יעקב בראייתו משבועות וכן כל מה שכ' לעיל מה דיש לדון בראייתו הכל הם נאמרים בספר אור זרוע וכן מש"כ לעיל לדון דבאיסורין דהיא נאמנת מה"ת מצד וספרה לה ואחר שנעשה המעשה ע"פ דינה כמו התירוה וכמו שהארכתי לעיל הכל הם נרמזים בקצרה בדברי ה"ר שמחה כנ"ל ות"ל על כל זה המציאה היקרה שהאיר ד' את עיני למצוא עיקר דין זה בדברי אור זרוע הגדול בפלוגתת ה"ר העזרי עם ה"ר שמחה וזה ברור ע"פ דברי האור זרוע כי מה שהחליט החלקת מחוקק בפשיטות דהדין הוא דאף לאחר שהתירוה אינו נאמן השני רק הראשון

נאמן להכחיש וכן הכריע המראות הצובאות בס"ק ל"א אכן לפי המבואר פלוגתת ה"ר העזרי עם ה"ר שמחה בעיקר הך דינא א"כ נתבאר לנו דזהו ספיקא דפלוגתת בין גדולי הראשונים הנ"ל א"כ נ"ד הוי עכ"פ ספיקא דדינא ומי יבא להכריע בין גדולי הפוסקים הנ"ל:

מא

ועכ"ז יש לדון בנ"ד להקל אף לה"ר שמחה משום די"ל דאף דס"ל לה"ר שמחה דהראשון נאמן אף לאחר שהתירוה ע"פ השני דזהו דוקא אם ההיתר הי' ע"י אמירת האשה עצמה דבזה ס"ל דהעד נאמן להכחישה אבל אם ההיתר דהתירוה מקודם הי' ע"י אחר כגון ע"פ אשה וקרוב או ע"י עמפ"ע דבכה"ג י"ל דמודה ה"ר שמחה לה"ר העזרי דאינו נאמן הראשון וכדמצינו חילוק זה באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ח ובחלקת מחוקק ס"ק ע"ה בשם הרמב"ן והרשב"א דמחלקים בין האשה עצמה לאשה אחרת וכמש"כ לעיל להסביר החילוק ביניהם ואין לנו להרבות במחלוקת בין ר' אבי העזרי לר' שמחה אך אם האשה עצמה אומרת בשם עד אחר דא"ל דמת בעלה בזה שפיר מוכח מן ר' שמחה דס"ל דנאמן להכחישה אף לאחר שהתירוה ודלא כדברי הקהלת יעקב אבל אם אחר שאינו בע"ד אומר כן בשם הראשון בזה י"ל דאפושי פלוגתא לא מפשינן ביניהם וכ"ע מודו דדיינינן בכה"ג להך כלל דכ"מ שהאמינה תורה לע"א כו' כיון דלא הוי בע"ד ויש עליו שם עד עכ"פ:

וכן מה דמסיים ר' אבי העזרי דצ"ע לעשות מעשה י"ל ג"כ דזהו דוקא באם האשה עצמה אומרת כן בשם העד אבל אם אשה אחרת אומרת כן י"ל דלא החמיר לעשות מעשה. וע"כ י"ל דבעיקר הכלל שכתב הרמב"ן דבכל עמפ"ע דהראשון נאמן לפי שהראשון בא מכח פיו די"ל דה"ר שמחה לא ס"ל כלל הלז אכן באמת יש לסתור זה דאי נימא דה"ר שמחה לא אתי על הא דכתובות בפלוני חכם טיהר לי הדם כו' משום סברת הרמב"ן עדיין תקשה דאמאי אמרו התם דהפסידה כתובתה ע"פ מה דהחכם מכחישה הא עדיין הוי ספק השקול למי להאמין או להחכם או להאשה עצמה וכיון דהיא אומרת ברי כי החכם טיהר לה הדם כו' א"כ אין להפסיד כתובתה וכמש"כ לעיל בכוונת הוכחת הרמב"ן שהוכיח מהתם דהחכם נאמן ביותר ואין להאריך כעת יותר:

מב

אכן יש לומר על נכון בפשיטות בזה לפי מש"כ לעיל בשיטת הרמב"ם במש"כ הב"ש לדון דהרמב"ם ס"ל כשיטת הרמב"ן גבי פ' חכם טיהר לי הדם כו' דלכן הראשון נאמן לפי שהשני בא מכח עד הראשון. אלא י"ל דטעמו דכיון דהראשון הי' עד כשר והשני הוא פסול להעיד מה"ת ע"כ הכשר נאמן אף לאחר שהתירוה וכמש"כ לעיל בארוכה

כמו כן י"ל הכא בטעמו של ה"ר שמחה דלכן החמיר בעובדא דילי' באשה שאמרה כן בשם עד כשר ובא העד הכשר והכחישה דנאמן הכשר להכחישה לפי דהעד הכשר נאמן ביותר מן האשה עצמה וה"ה באשה אחרת שאינה בע"ד שאמרה כן בשם עד כשר ובא הכשר והכחישה דנאמן הכשר ביותר אף לאחר שהתירוה כבר משום דס"ל לה"ר שמחה כמש"כ לעיל בארוכה לשיטת הרמב"ם בביאור נכון בעז"ה וע"כ אין להכפיל הדברים שנית א"כ לפ"ז בנ"ד דאף דהשלישי המעיד לפנינו בשם השני שא"ל בשם הראשון יש עליו שם עד פסול כנ"ל עכ"ז כיון שהעד הראשון יש עליו ג"כ שם עד פסול מחמת שהוא קרוב לפי דבריו כו' ע"כ י"ל דמודה ה"ר שמחה לה"ר העזרי דאחר שהתירוה אינו נאמן הראשון להכחישה ועבדינן למעשה ג"כ להקל בכה"ג ולפ"ז יהי' מן דברי רבינו האור זרוע יסוד גדול להקל בנ"ד משום דאין לנו להרבות במחלוקת בין ר' העזרי לר' שמחה ואפושי פלוגתא לא מפשינן כדקיי"ל כן בכמה דוכתי ומן דברי האור זרוע יהי' אורה לנו למען תקנת בנות ישראל להצילם מכבלי העיגון בעז"ה:

ענף ח

מג

ועכשיו נשובה למה שכתבתי לעיל לבאר בארוכה דעיקר הך דין פלוגתת הח"מ והקהלת יעקב דזה הוי ספיקא דפלוגתא התלוי בפלוגתת המהרי"ק וסייעתו עם הריטב"א וסייעתו והוי עכ"פ ספיקא דדינא אם ס"ל להרמב"ם דאחר שהתירוה ג"כ נאמן הראשון להכחישו או לא א"כ עכ"פ הוי ספיקא דדינא בנ"ד אף בלא דברי האור זרוע ולפ"ז יש לדון ספק ספיקא להתירא והוא דהא חזינן דלדינא לא הי' ברירא להבית יוסף למיפסק בשו"ע כהרמב"ן דהא בסי' קט"ו באה"ע סעי' א' כתב המחבר דדוקא כשהוכחשה בעדים וזהו דלא כהרמב"ן וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ד' בשם הבית יוסף דמחלק בין ממון לאיסור וכ"כ הט"ז ביו"ד סי' קפ"ה ואי נימא דהיה ברירא להבית יוסף בשו"ע להלכה כשיטת הרמב"ן א"כ ממילא אף בממון הדין הוא לשיטת הרמב"ן דהחכם נאמן להפסיד כתובתה כמו דפירש להסוגיא דכתובות דף ע"ב דאזל שיילי' ואשתכח שיקרא כו' והא שם מיירי ג"כ בענין ממון להפסיד כתובתה וע"כ מוכח דלאו ברירא היה להבית יוסף בשו"ע לפסוק כשיטת הרמב"ן אך לענין איסור חשש לשיטת הרמב"ן וביותר מוכח כן ממה שכתב הרמ"א בתשובה סי' ס"ו דבאיסור דרבנן י"ל לדינא דהשני נאמן משום דהא נתבאר בדברי הר"נ דיש חולקים על הרמב"ן וכ"כ בתשובת מהרי"ל וכ"כ הגהות אלפסי דיש חולקים וס"ל דהשני נאמן וע"כ באיסור דרבנן הולכים להקל וכש"כ בחמאה של א"י כו' עכ"ל הרמ"א:

מד

והנה הב"ש באה"ע סי' קט"ו ס"ק ד' הביא לדברי הרמ"א הנ"ל וכתב דלאו בכל איסור דרבנן קאמר אלא באיסור חמאה שקל יותר כמש"כ בתשובה שם לכן בכתם אע"פ שהוא מדרבנן יכול החכם להכחישה עכ"ל הב"ש ובקרבן נתנאל על הרא"ש לכתובות פ"ז אות י"ב הביא לדברי הרמ"א בתשובה הנ"ל וכתב עליו דלדבריו הא דקאמר הכא פ' טיהר לי את הכתם לאו דוקא אלא דם על עד הבדוק עכ"ל והא דיו"ד סי' קפ"ה סעי' ג' בהגהת רמ"א אמרה פ' חכם טיהר לי את הכתם והחכם מכחישה החכם נאמן י"ל לפי דברי הקרבן נתנאל דלאו דוקא כתם אלא דם כנ"ל ובאמת למי שרואה בגוף תשובת הרמ"א. יראה דהעיקר כדברי הקרבן נתנאל דאף בכל איסורין מדרבנן מיקל הרמ"א ולאו דוקא בחמאה כמש"כ הב"ש. דהא כתב הרמ"א שם דבאיסור דרבנן הולכים להקל רק דסיים דכש"כ בחמאה לפי דמיירי שם בעובדא דחמאה:. א"כ חזינן דס"ל להרמ"א דהך דינא של הרמב"ן דבכל עמפ"ע הראשון נאמן דזהו רק מצד ספיקא דפלוגתא דמחמרינן בשל תורה אבל בדרבנן מקילינן כמו כל ספיקא דפלוגתא בדרבנן דמקילינן. ובפרט לפי מש"כ לעיל להוכיח מן שיטת רש"י והתוס' בסנהדרין דף ל' ע"ב דמוכח דס"ל כהחולקים על הרמב"ן דהשני נאמן ביותר וכמש"כ הבית יוסף בתשובה והובא בק"ע סי' ק"ס דפסק לדינא בעמפ"ע דאחר שהגיד השני אין הראשון נאמן להכחישו משום דאינו נאמן הראשון להעיד על עצמו הרי דהיקל הבית יוסף בתשובה לדון כהחולקים על הרמב"ן דאין הראשון נאמן ואף דחלקו על הבית יוסף עכ"ז י"ל דהא דמחמרינן זהו רק מצד ספיקא אבל זה אינו מצד וודאי רק בתורת ספק וכה"ג כתב הש"ך בח"מ סי' פ"ז ס"ק למ"ד ועיין בתשובת רע"א זצ"ל בהשמטות לסי' ל"ח שכתב שם כעין זה בענין אחר וכיון דהא נתבאר דיש הרבה חולקים על הרמב"ן ע"כ ה"ל זה גופא ספיקא דפלוגתא וגם בעיקר דברי הרא"ש לדינא העיר החלקת מחוקק בסי' קט"ו ס"ק ד' בסתירת דברי הרא"ש אהדדי וכן הקשה הפלפולא חריפתא לשבועות ברא"ש פ"ד באות כ"א דצ"ע דהרא"ש בהמדיר לא פסק כך והבית יוסף לא העיר כלום עכ"ל ובאמת הבית יוסף העיר בזה וכמש"כ הב"ש שם בשמו אבל בעיקר קושיות הח"מ והפלפולא חריפתא דהעירו בסתירת הרא"ש אהדדי י"ל דלא ניחא להו לתרץ כמ"ש הבית יוסף והב"ש שם משום דבאמת דוחק לחלק בכוונת הרא"ש בין ממונא לאיסורא והדברים ארוכין. אך מה לנו להאריך דהא נתבאר בשם הרמ"א בתשובה וכפי מש"כ הקרבן נתנאל בכוונתו דס"ל דבדרבנן מקילינן משום דזה הוי ספיקא דפלוגתא וכן ראיתי בעזרת נשים ס"ק ס"ו שכתב דבדרבנן יש לדון בכה"ג להקל ע"ש:

מה
וי"ל דהב"ש דמשמע ממנו דעיקר דינו של הרמ"א אין זה רק בחמאה אבל בשארי איסורין מדרבנן מחמרינן וס"ל להב"ש דהך דינא של הרמב"ן הוי כן להלכה בתורת וודאי ולא בתורת ספק והך דברי הב"ש הובא בסדרי טהרה ליו"ד סי' קפ"ה ס"ק ב' ועיין בתורת השלמים ליו"ד סי' קפ"ה ס"ק ח' ולפי מה שכתב הקרבן נתנאל בכוונת הרמ"א אין מקום לקושייתו ע"ש דיש לומר דהב"ש דכתב כן הוא לפי דאזיל לשיטתו שכתב בסי' קט"ו ס"ק ד' שם דהרמב"ם ס"ל כהרמב"ן אבל לפי מש"כ לעיל בארוכה דאינו מוכח דהרמב"ם ס"ל כהרמב"ן ע"כ שפיר י"ל דעיקר דינו של הרמב"ן אינו רק כמו כל ספיקא דפלוגתא ואף דפסקו כהרמב"ן בשו"ע אין זה רק מצד ספיקא וע"כ אם יש עוד ספק להקל שפיר יש לנו לדון ספק ספיקא להיתירא:

ולכן בנ"ד דהתירוה כבר ע"פ עד השלישי שהעיד ששמע מן עד השני שא"ל ששמע מן אבי הבעל שא"ל שבנו מת והתירוה ע"פ דין ואף שהמשאת בנימן בתשובה סי' ק"ה כתב להחמיר דצריך לומר הראשון שיודע בוודאי שמת כו' אך כבר השיג עליו הט"ז סי' י"ז ס"ק ח' בזה וכתב דאין להשגיח בסברתו וכמו שהאריך בזה בתשובת מוהרי"מ מבריסק סי' כ"ג ויש לי להאריך בזה אך יראתי מפני האריכות וע"כ לדינא יפה עשו הב"ד שהתירוה אז וע"כ אף שעכשיו בא השלישי והכחישו עכ"ז יש להקל לפי דיש לדון ספק ספיקא דפלוגתא היינו ספק ראשון שמא הלכה כהחולקים על הרמב"ן וס"ל דהשני נאמן לעולם אף דלא התירוה ע"פ כיון שהגיד השני או השלישי אז אינו נאמן הראשון להכחישו ע"פ סברת הבית יוסף בתשובה או כפי ההסבר של השב שמעתתא הנ"ל ואת"ל כהרמב"ן אכתי ספק שמא לאחר שהתירוה מודה הרמב"ן דאינו נאמן הראשון. וכמו דבארנו בעז"ה לעיל דזה הוי ג"כ ספיקא דפלוגתא דתלוי בפלוגתת המהרי"ק וסייעתו עם הריטב"א וסייעתו וה"ל ספיקא מעלי' כמו דנתבאר משום דלהריטב"א הא דפלוני חכם טיהר לי דנאמן זהו משום דלא הי' דין האשה כשנים באיסורין א"כ יש לנו ספק ספיקא דפלוגתא מעליא דאינו מן שם א' דהא יש נפ"מ הרבה בין שני המתירין:

וידוע ע"פ כללי הפוסקים דע"י ספק ספיקא דפלוגתא מתירין לכמה עגונות ואף דהוא נגד חזקה דא"א הא כבר כתבו האחרונים דבמקום ספק ספיקא דפלוגתא לא דיינינן למה דהוי נגד חזקה משום דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין ע"כ הוי בנ"ד ס"ס מעליא וכן לפי מש"כ לעיל בשם האור זרוע דבהתירוה פליגי בי' ה"ר העזרי עם ה"ר שמחה א"כ נחלקו בזה אבות העולם וא"כ הוי ספק ספיקא מעליא כנ"ל ספק א' שמא הלכה כהחולקים על הרמב"ן דהשני נאמן לעולם אף בלא התירוה ואת"ל כהרמב"ן אכתי ספק

שמא בהתירוה הלכה כה"ר העזרי דמותרת להנשא לאחר שהתירוה מכבר מקודם עדות הראשון כנ"ל:

ענף ט

מו

וכ"ז הוא לפי מש"כ דלהחולקים על הרמב"ן הדין הוא דהשני נאמן ולא הראשון אכן לפי משמעות הח"מ ס"ק י"ז דלהחולקים על הרמב"ן הוי זה גופא ספק למי להאמין להשני או להראשון א"כ לפ"ז נסתר הספק ספיקא הנ"ל דהא אף אי נימא דהלכה כהחולקים על הרמב"ן אכתי הוי ספק. אלא דע"י מה שהתירוה מתחילה הוי זה היתר ברור להחולקים על הרמב"ן א"כ לכאורה ליכא למידן להספק ספיקא הנ"ל דהא הוי ספק ספיקא משם א' כיון דאף להחולקים על הרמב"ן אין להחמיר רק ע"י מה דהתירוה ולכל הדיעות הוי ההיתר רק ע"י מה דהתירוה מתחילה ע"כ נסתר לפ"ז הס"ס הלז:

מז

אכן באמת הא כבר כתבתי דלהחולקים על הרמב"ן יש כמה פוסקים דס"ל דהשני נאמן לעולם אף דלא התירוה וכמש"כ לעיל בארוכה ע"כ לפ"ז הוי בוודאי ספק ספיקא מעליא ועוד יש לדון בזה לפי מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ג' לבאר דמועיל ספק ספיקא אשר לשיטה אחת מבורר הדין להיתירא באין מקום ספק כלל ולהדיעה השני' החולקת יש מקום לידת הספק דגם בכה"ג הוי ספק ספיקא מעליא משום דבתחילה אנו דנין שמא אין כאן לא יסור כלל כו' וכעין דברי הרשב"א והריטב"א בקידושין דף ע"ג דכתבו לדון ספק ספיקא ספק שמא רוב ושמא פלגא דאכתי הוי ספק כו' ע"ש וכמש"כ בספרי שם ע"פ דברי הב"ש לאה"ע סי' ע"ז ס"ק י"ז ע"ש. וכן כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' כזה ע"ש לכן לפ"ז בנ"ד יש ס"ס מעליא אף אי נימא דלשיטת החולקים על הרמב"ן הדין הוא גם לשיטתם דכל זמן דלא התירוה ע"פ השני הוי זה לספיקא למי מהעדים להאמין אם להראשון או להשני [ועיין באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ז וקצרתי כעת]. אך בהתירוה ע"פ השני אז הדין ברור באין מקום ספק כלל דמותרת להנשא אף עכשיו דבא הראשון ומכחישו כיון דהדין הוא לשיטת החולקים על הרמב"ן ע"פ שיטת הירושלמי דכתובות פ"ז דכולהון בעדים ע"כ שפיר יש לדון היכא דהתירוה ע"פ השני דהוי ס"ס מעליא ספק שמא הלכה כשיטתם א"כ אז בהתירוה אין בזה שום מקום ספק כלל דמותרת בוודאי ואת"ל כהרמב"ן דס"ל דיש נאמנות ביותר להעד הראשון אכתי יש לנו ספיקא דדינא גם אליבי' השיטת הרמב"ן דשמא היכא דהתירוה אז מודה הרמב"ן דמותרת וכסברת הקהלת יעקב א"כ הוי זה ג"כ ספק ספיקא מעליא דספק א' שמא הדין הוא דאין בזה שום מקום לידת הספק כלל ואת"ל כו' אכתי גם לשיטתו שמא

דמודה דמותרת בכה"ג והוי כמו הא דכתבתי בספרי כנ"ל לדמות ס"ס דכה"ג לספק שמא לא על הדורס ואת"ל על שמא לא דרס וכמש"כ החוות דעת וכפי שכתבתי הכל בספרי שם ויש לי עוד להאריך בביאור זה הענין אך ההכרח לקצר כעת בפרט הזה:

מח

א"כ נתבאר בעז"ה דגם אי נימא דלהחולקים על הרמב"ן הוי אכתי מקום ספק כ"ז דלא התירוה ע"פ השני דעכ"ז היכא דהתירוה ע"פ השני יש לנו ספק ספיקא מעליא ובפרט לפי מה דנתבאר לעיל בשם הבית יוסף בתשובה וע"פ דברי הרמ"א בתשובה דלהחולקים על הרמב"ן הדין הוא דהשני נאמן ביותר לאחר שהעיד מקודם שבא עד הראשון להכחישו לאח"ז וכמו שכתבתי לעיל להוכיח כן מן דברי הרא"ש לשבועות פ"ד סי' י"ז במה שכתב הרא"ש שם ולא שתהא נאמנת מכאן ולהבא כו' דוודאי הוא נאמן ביותר מן הבא בטענתו וכ"כ הרמב"ן ז"ל שקבל דכל עמפ"ע כו' עכ"ל הרא"ש דמשמע דלולי סברת הרמב"ן שהראשון נאמן ביותר לפי דהשני בא בטענתו הי' הדין נותן לומר דהשני שהגיד כבר נאמן ביותר מן עד הראשון הבא לאח"ז להכחישו וכמש"כ לעיל הכל בארוכה ובפרט לפי מה דהוכחתי מן רש"י והתוס' בסנהדרין דף ל'. ע"כ בוודאי הוי לנו ספק ספיקא מעליא להיתירא בנ"ד:

מט

ולשיטת הב"ש בסי' קט"ו ס"ק ד' דהחליט הדין דאף בדרבנן הדין הוא דנאמן הראשון ביותר רק בחמאה הקיל הרמ"א כנ"ל א"כ לפי דבריו מוכח דס"ל להלכה ברורה למיפסק כהרמב"ן ולא כהחולקים עליו א"כ לפי דברי הב"ש נסתר הספק ספיקא בנ"ד הנ"ל אך י"ל דהב"ש דכתב כן הוא לפי מה דמסיק שם דגם הרמב"ם ס"ל כהרמב"ן ואף בממון נאמן הראשון אבל לפי מה דהעליתי לעיל בעז"ה דמן הרמב"ם אינו מוכח דיהי' ס"ל כהרמב"ן ע"כ שפיר יש לדון לספק ספיקא הנ"ל ועוד הא כבר כתבתי לעיל דלשיטת הב"ש עצמו יש בוודאי היתר מורווח בנ"ד בעז"ה מטעם אחר והוא דהא העליתי לעיל דלפי שיטת השארית יוסף להקל בכשר מפי פסול דאין הפסול נאמן להכחישו דלפ"ז כש"כ דהדין נותן דלאחר שהתירוה ע"פ השני דאז אין הראשון הבא אח"כ נאמן להכחישו אף היכא דהוי כשר מפי כשר או פסול מפי פסול וכמש"כ לעיל בארוכה לבאר זה בטוב טעם בעזה"ש א"כ כיון דהב"ש פסק להלכה בסי' י"ז ס"ק כ"ג כהשארית יוסף ע"כ אף בנ"ד דכתבתי דזה מקרי פסול בשם פסול משום דהעד השלישי אינו יודע בברי להכחיש את הראשון על הספק שאנו דנין עליו אם אמר כן להשני או לא והוי דינו של העד השלישי רק כמו כל פסולי עדות דעיקר הגדתו הוא רק מה ששמע מהשני חוץ לב"ד וכנ"ל ועכ"ז כיון דהתירוה כבר ע"פ השלישי דבזה לשיטת השארית יוסף הדין

נותן דמותרת להנשא ולכן לפי הסכמת הב"ש להשארית יוסף לדינא וכמש"כ בק"ע סי' ש"ה. ע"כ לשיטת הב"ש מותרת האשה להנשא בנ"ד אף דלא הוי הספק ספיקא הנ"ל לשיטת הב"ש:

נ

אך לפי מה שנתבאר בעז"ה בשיטת הרמ"א בתשובה דס"ל כמש"כ הקרבן נתנאל בכוונתו ודלא כהב"ש בכוונת הרמ"א ע"כ בוודאי יש לנו ספק ספיקא מעליא להיתירא בנ"ד אף בלא דברי השארית יוסף הנ"ל וגם הא העליתי לעיל להוכיח מן האור זרוע בפלוגתת ה"ר העזרי וה"ר שמחה דאפושי פלוגתא לא מפשינן ביניהם די"ל דבנ"ד אף לה"ר שמחה מותרת ע"כ יש לנו יסוד גדול עפ"ז להקל בנ"ד וכש"כ לפי הספק ספיקא דנתבאר בעז"ה דיש בנ"ד ספק ספיקא מעליא להיתירא ונתבאר בעז"ה היתר מורווח בנ"ד ע"פ כל הטעמים והיסודות הנכונות והראויות ת"ל הכל בדרך האמת לאמיתה של תורה:

נא

ובנ"ד הא כתבתי לעיל די"ל דהרמב"ם מודה דאין הראשון נאמן להכחישו דהא דס"ל בפלוני חכם טיהר לי דנאמן החכם להכחישה להפסיד כתובתה הא נתבאר לעיל די"ל דזהו מטעם דס"ל להרמב"ם לשיטתו דהאיש יש לו נאמנות ביותר מן האשה דהורע כח האשה נגד האיש וכמש"כ לעיל בארוכה א"כ בנ"ד דשקולים המה הראשון והשלישי דהם הכל פסולים לעדות מן התורה כנ"ל ע"כ י"ל דמודה הרמב"ם דלאחר שהתירוה ע"פ השלישי אינו נאמן הראשון להכחישו א"כ לפי מה דהביא המחבר בסי' י"ז סעיף ל"ח לדעת הרמב"ם בשם דיעה ראשונה בסתם ושיטת הרמב"ן והרשב"א החולקים ע"ז הביא אותם בשם יש אומרים א"כ נראה דס"ל להשו"ע לעיקר כשיטת הרמב"ם דאיש יש לו נאמנות ביותר מן האשה א"כ ממילא לדינא אינו ראי' מן הא דפלוני חכם טיהר לי כו' דנאמן החכם להכחישה די"ל דבכל עמפ"ע לאחר שהתירוה אין לנו ראי' שיהי' נאמן הראשון להכחישו ושא"ה דיש לנו מעלת איש נגדה דהיא אשה וזהו יסוד גדול בעז"ה בנ"ד להיתירא לשיטת הרמב"ם וסייעתו הנ"ל דהם מוכרעים לדינא ביותר לפי משמעות השו"ע כנ"ל וע"פ מה שנתבאר בעז"ה יש לדון הרבה בדברי בעל עזרת נשים בס"ק ס"ו ע"ש וקצרתי לפי שתקצר היריעה מהכיל ותן לחכם ויחכם:

ענף י

נב

ועוד נלענ"ד לדון מילתא חדתא בתקנת עגונות דעפ"ז יהי' לנו עוד יסוד גדול בעז"ה להיתירא בנ"ד. ונקדים במה שכתב הב"ש בסי' י"ז ס"ק מ"ז על מה שכתב הרמ"א

שם דכ"מ דאיכא פלוגתא בדינין אלו אזלינן לחומרא ומיירי שם בנולד ספיקא דדינא בענין עדות מסל"ת אם זה מקרי מסל"ת או לא וע"ז כתב הב"ש שם בשם כמה פוסקים דכתבו דבמקום פלוגתא אזלינן לקולא וכ"כ הט"ז ובאמת הוא תמוה דהא קיי"ל בכל ספיקא דאורייתא אזלינן לחומרא ובפרט היכא דאיתחזק איסור א"א ואף אי נימא כמ"ש האחרונים דבספיקא דדינא לא אמרינן אוקי אחזקה או דנימא כסברת התוס' בכתובות דף כ"ב ע"ב ד"ה הבא עליו כו' וביבמות דף פ"ח ע"ב וב"ב דף ל"ב דחזקה דייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א ואף באומרת האשה שמא משמע מן התוס' דס"ל דדייניגן להך חזקה דדייקא כו'. ועיין בפני יהושע לכתובות שם. עכ"ז תקשה הא גם בספק השקול היכא דאין שם חזקת איסור ג"כ אזלינן לחומרא ובפרט בעיקר עדות מסל"ת דאינו רק מדרבנן דבספיקו מוקמינן על דאורייתא כידוע וע"כ מאוד תמוהים דברי הפוסקים שהקילו בספק פלוגתא במסל"ת ובאמת כדבריהם כן מצאתי בהגהות מרדכי ליבמות פ' האשה רבה שהביא פלוגתת הירושלמי מצא כתוב מת פ' אם משיאין אשתו או לא וכתב ע"ז ונראה הלכה כדברי המיקל בעדות אשה כו' ומשמע מלשון המרדכי דס"ל בספיקא דפלוגתא בעדות אשה דאזלינן לקולא וראיתי במראות הצובאות ס"ק נ"ה דהביאו ונדחק בכוונתו וכעין זה כתב המבי"ט המובא בק"ע סי' רכ"ו בשם ר' יואל אביו של ראבי' שכתב דמשיאין ע"פ קול הברה דפלוגתא בהתרה יש לילך אחר המיקל וכ"כ המהר"ם אלשקר בסי' קי"ג בשם הרא"ש שהביא דברי ר' יואל הנ"ל לדינא עי"ש הרי דס"ל להנך ראשונים דפלוגתא בעדות אשה הולכים להקל והוי מזה סיוע לדברי הפוסקים שהביא הב"ש אבל הדבר צריך טעם. ועיין בעזרת נשים סוף ס"ק כ"ח מזה:

נג

והנלע"ד בזה להסביר דברי הראשונים הנ"ל שלא יהי' מוקשה והוא ע"פ מה שידוע בעיקר דין נאמנות ע"א בעדות אשה דס"ל להרבה פוסקים דנאמן מן התורה ועדות הפסולים כמו קרוב ואשה ועמפ"ע ומסל"ת דזה אינו רק מדרבנן וכמו שכתבו מזה הריב"ש סי' קנ"ה וסי' קפ"א והנו"ב סי' ל"ג וכבר הקדימו התשב"ץ ח"א מן סי' פ"ב עד סי' פ"ה וכמש"כ הברית אברהם סי' כ"א. ושיטת רש"י בשבת דף קמ"ה דהא דנאמן עמפ"ע בעדות אשה זהו משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו לקידושי מיני' והברית אברהם כתב שם דרש"י קאי על עמפ"ע וכסברת התשב"ץ וכן ראיתי בשיטה מקובצת לכתובות דף ג' ע"א ד"ה כל המקדש כו' באה"ד שהביא בשם הרשב"א שכתב דהא דנאמן ע"א בעדות אשה זהו משום תק"ע כו' ואפילו בא"י מסל"ת ועיקר טעמא דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו כו' וכן פי' רש"י בשבת פ' חביות

גבי אין עמפ"ע כשר אלא בעדות אשה בלבד ואע"ג דכי אתי בעל תצא מזה כו' עכ"ל הרשב"א הרי דהרשב"א הסכים לשיטת רש"י ומתרץ בקצרה לקושיות הנימוקי יוסף בר"פ האשה רבה במה דהקשה על הטעם הלז דאמאי אם בא בעלה תצא כו' משום די"ל דלא אפקעינהו רבנן לקידושי כו' רק כ"ז דלא יבורר ההיפך אבל אם נתברר לפנינו שבעלה חי ע"ז האופן לא אפקיטינהו לקדושי כו', וכן ראיתי בתשובת מהרי"ק סי' ל"ב שהביא להטעם דלכן נאמן ע"א בעגונא משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש וכמש"כ הרשב"א או כמש"כ התוס' ביבמות פ' האשה רבה ד' פ"ח ד"ה מתוך חומר שהחמרת כו' ע"ש ולדברי המהרי"ק הנ"ל רמז הב"ש בסי' י"ז ס"ק י' ועיין בבית מאיר שם ובפתיחה למה"צ. וכן כתב בתשובות המיוחסות להרמב"ן סי' קמ"ב דנאמנות ע"א בעגונא הוא משום דאפקעינהו רבנן לקידושי מיני' כו' ע"ש ולפי שיטת כל הפוסקים הנ"ל הא דעמפ"ע נאמן בעדות אשה אף דלא שייך בי' לדון הטעם דמילתא דעביד לגלוי' כו' וכמש"כ התשב"ץ והנו"ב דעיקר הטעם הוא משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש כו' וגם בעדות ע"א כשר נראה דס"ל ג"כ להטעם הלז כפי שיטתם. עכ"פ בעמפ"ע וא"י מסל"ת בזה נראה יותר לדון כשיטתם דמשום דכל דמקדש כו' ועיין בשב שמעתתא שמעתא ז' פ"א ופ"ב ועיין בעזרת נשים ס"ק כ"ד מזה:

נד

ולפ"ז יש לדון אם נולד איזה ספק בעדות מסל"ת אם זה נקרא מסל"ת או לא. דבזה יצאנו מן חשש איסור תורה דהא אי נימא דדינו כמו מסל"ת א"כ ממילא אין כאן קידושין כלל מעולם כיון דהוי כאילו התנה בפירוש בעת הקידושין שמקדשה ע"מ שלא יהי' לאח"ז עדות מסל"ת שמת ואם יהי' עדות מסל"ת לאח"ז אז יהי' נעקרין הקידושין למפרע כי אדעתא דהכי לא קידשה מעולם וע"כ בספק כזה הדין נותן לאוקמי בחזקת פנוי' וכמו כל ספק בעיקר הקידושין דמוקמינן בחזקת פנוי' וכדאמרו בכתובות ד' כ"ג ע"א ובתוס' ד"ה תרווייהו בפנוי' כו' ע"ש ובתוס' שם ד"ה מ"ש רישא כו' ובאה"ע סי' מ"ז סעי' ג' ובב"ש שם ס"ק ה' ושיטת הר"נ שם ובפני יהושע לקידושין ד' ע"ט בתוס' ד"ה קידשה אביו כו' דאמרינן העמד אשה בחזקת פנוי' כו' דחזקה לחוד לא מהני כדאשכחן כמה ספק קידושין דהחמירו חכמים אף במקום חזקה כו' עכ"ל הפ"י אבל מן חשש תורה יצאנו בוודאי אם יש חזקת פנוי' ואף היכא דנולד הספק בהקידושין למפרע לאחר דהוחזקה כבר למקודשת ג"כ מצינו דאמרו בזה דאוקי בחזקת פנוי' וכמש"כ התוס' בכתובות ד' ע"ה ע"ב ד"ה אבל היכא דליכא חזקה כו' דאף דלא נודעו המומין רק לזמן

רב לאחר הקידושין והוחזקה כבר לא"א אפ"ה כשנולד ספק לנו שמא הי' המומין מקודם הקידושין דדייניגן לחזקת פנוי' רק דשם יש חזקת הגוף המנגדתו שאני:

נה

ונבאר זה ביתר ביאור ע"פ מה דנקדים לדברי המל"מ פ' ט"ו מטוען והנתיבות בכללי תפיסה ס"ק כ"ב דהביאו בשם הרשב"א במי שמכר שדה לחבירו ובאו שני כתי עדים והכחישו זא"ז אם הי' תנאי בעת המכירה או לא ופסק הרשב"א דמספק תנאי אין מוציאין מהלוקח אף שיש להמוכר חזקת בעלים הראשונים עכ"ז בספק אם הי' תנאי לא מהני חזקת מרא קמא והיכא דיש עדים דהי' תנאי רק דנולד ספק אם נתקיים התנאי בזה הדין הוא כמבואר בח"מ סי' רמ"א סעי' י' דמוקמינן על החזקה דלא נתקיים התנאי בקום ועשה וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק כ"ג דמוקמינן על חזקה דלא נעשה הענין בקום ועשה ומה"ט אף בנולד ספיקא דפלוגתא אם דייניגן שנתקיים התנאי או לא דמוקמינן על חזקה דלא נעשה הדבר המחודש זהו קוטב דברי הנתיבות בכללי תפיסה ס"ק כ"ב והטעם הוא משום דכל האומר דבר מחודש עליו להביא ראי' ועיין מזה בקונטרס הספיקות של הקצה"ח בכלל ז' אות ח' ט' י' ולענ"ד נראה לדון בכ"ז דהנה עיקר הטעם של הסמ"ע שכתב לבאר בהחילוק שכתבו לחלק בין תנאי בקום ועשה לשב ואל תעשה משום אוקי אחזקה דלא נעשה דבר המחודש אף שכן הכריע הקצה"ח בסי' רמ"א ס"ק ח' עכ"ז לענ"ד לא נהירא דהא קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב וכש"כ דלא מהני אוקי אחזקה להוציא מהמוחזק דהא רובא וחזקה רובא עדיף וכה"ג אי' בכתובות ד' ט"ז ע"א דבברי וברי לא אמר ר"ג אף דיש שם אוקי אחזקת בתולה והא דסוף המדיר גבי מומין היכא דנמצא ברשות הבעל הטעם הוא כמש"כ התוס' שם דשאני חזקת הגוף דהוי חזקה אלימתא כיון דלא איתרעי משום דאמרינן כאן נמצא כו' ועיין בפני יהושע שם ולכן אין סברא לומר דטעם החילוק בין תנאי דקום ועשה כו' המבואר בסי' רמ"א ובסי' מ"ו ש"ך ס"ק ק"ז ובאה"ע סי' ל"ח סעי' ל"ט דהוא משום דאמרינן אוקי אחזקה ומה שהוכיח הקצה"ח בסי' רמ"א שם מן התוס' גיטין ר"פ השולח גבי נזיר ששתה יין כו' אינו ראי' דהא התם מיירי באיסורין דסמכינן על אוקי החזקה משא"כ היכא דמוציאין ממון עי"ז מהמוחזק. וע"כ עיקר הטעם מה שכתבו לחלק בין תנאי בקום ועשה לשוא"ת הוא כמש"כ המל"מ עצמו שם בפ' ט"ו מטוען משום דכיון שהי' התנאי בקום ועשה הי' לו לקיים התנאי בעדים וכמו דאמרינן כזה גבי הא דאיסי בן יהודה בב"מ ד' פ"ג דבמקום שיש ראי' יביא ראי' ויפטר וכן בתנאי שהוא בשוא"ת כתב המהרי"ט טעם אחר והוא בקצה"ח סי' רמ"א ס"ק ח' דזהו משום דמסתמא הי' כוונת המוכר שעליו לברר דהלוקח

עבר על התנאי שהי' בשוא"ת דאל"כ תתבטל לעולם המתנה דאטו סהדי בכפי תלוי לי' ע"ש. א"כ לפ"ז הדין נותן דהיכא דידוע שהי' תנאי בהדבר רק דנולד ספיקא דדינא אם נתקיים התנאי או לא דכיון דבזה לא שייך הטעמים של המהרי"ט וכן הטעם על תנאי בקום ועשה דהי' לברר בעדים כ"ז לא שייך לדון כן היכא שנעשה הדבר המחודש לפנינו רק דנולד הספק בהדין וכיון דלא שייכים הטעמים הנ"ל בספיקא דדינא ע"כ הדין נותן דאין לנו כח להוציא ממון מהמוחזק. והיכא דנולד ספק אם הי' תנאי כלל בזה פשוט הטעם כיון דקיימ"ל דתנאי הוא טענה גרוע ע"כ מספיקא אין לנו לחוש שמא הי' תנאי ועיין באה"ע סוף סי' ל"ח:

נו

וכן יש לדון אף היכא דלא הוי מוחזק ממש לפנינו רק חזקת מרא קמא וע"י מה דנימא בספק הנולד לנו בקיום התנאי באיזה דין דדייניגן אוקי אחזקה דלא נעשה המעשה של קיום התנאי דעי"ז יוציאו את הקרקע או החפץ מן חזקת מרא קמא דבזה ג"כ יש לדון להסברא שכתבתי לעיל דכמו דאין כח בהרוב להוציא מן חזקת מ"ק דכש"כ דאין כח ע"פ אוקי אחזקה להוציא מן חזקת מ"ק ואף דהקצה"ח בסי' ר"פ ס"ק ב' כתב דבמקום חזקת מ"ק מהני רוב להוציא ממנו וכ"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ו' ס"ק י"א וכ"כ השב שמעתתא שמעתא ד' פ' כ"ד אכן לענ"ד נראה להוכיח דלא כדבריו משום דמוכת מן הרא"ש לקידושין פ"ב סי' ח' דאף היכא דלא הוי מוחזק ממש רק כעין חזקת מ"ק ג"כ לא מהני רובא דהא כתב הרא"ש שם גבי מה דאמרו שם מודה רב שאם מתה אינה יורשה כו' לדון שם להך מילתא דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"ש הרי דס"ל להרא"ש דאף היכא דלא הוי מוחזק ממש רק כעין חזקת מ"ק דג"כ אין הולכין שם אחר הרוב וזהו ראי' אלימתא ועיין מזה בטורי אבן למגילה באבני מלואים ד' ג' ע"ב ד"ה נידן ככפר כו' וקצרתי וכן כתבתי בספרי נחל יצחק סי' נ"ט ס"ק ב' להוכיח דחזקת מ"ק דומה לחזקת ממונא וכ"כ שם להוכיח כן הרמב"ן לב"ב ד' ל"ד ע"ש [ולפי דעיקר מילתא דנ"ד הוא לפי דברי הרמב"ן המחמיר בכל עמפ"ע אם בא הראשון והכחישו ע"כ הבאתי לדברי הרמב"ן דב"ב הנ"ל ולפ"ז נתבאר לנו בעז"ה דין מחודש דמי שמכר שדה לחבירו או חפץ היכא דאין הלוקח מוחזק] על תנאי הידוע בשב ואל תעשה ונולד ספק בדין אם נתקיים התנאי או לא דכה"ג נותנין החפץ לבעל חזקת מ"ק דאף שיש לנו חזקה דלא נתקיים התנאי ומי שאומר דבר מחודש עליו להביא ראי' וכמש"כ המל"מ והנתיבות עכ"ז נותנין לבעל חזקת מ"ק כיון דנתבאר דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא ביותר ובפרט היכא שנולד לנו כעת דבר המחודש רק דהספק הוא בהדין דכה"ג דייניגן דאין להוציא

מן בעל חזקת מ"ק ובעיקר ראיות הקצה"ח בסי' רמ"א הנ"ל מן תוס' גיטין ד' ל"ג הנ"ל. יש לחלק דשא"ה דלא נולד שום ספק ריעותא כלל משא"כ כמו בנ"ד דנולד הספק ולקמן בענף י"ב יבואר זה בארוכה:

ענף יא

נז

ועכשיו דאתינן להכי נלע"ד לבאר בעז"ה בטוב טעם לשיטת הפוסקים דאם נולד איזה ספיקא דפלוגתא בעדות אשה במסל"ת אם נקרא מסל"ת או לא דבכה"ג שפיר יש להסביר דברי הט"ז וסייעתו על נכון דהקילו בזה שלא יהי' מוקשים והוא די"ל דקיימו בשיטת הפוסקים דהא דנאמן מסל"ת ועמפ"ע וכיוצא זהו משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש כו' והי' כמו תנאי בעת הקידושין דמקדשה ע"מ שלא יבוא עדות מסל"ת לאח"ז להעיד שמת ובאם שיבא להעיד לא יהי' חלין הקידושין כלל למפרע:

ע"כ עכשיו דנולד הספק במה שבא הא"י במסל"ת שמת אם זה דינו כמו מסל"ת או לא יש לנו לדון אוקי אחזקת פנוי' דדינו כמו מסל"ת ונתבטלו הקידושין למפרע ואין לומר דהא יש לנו חזקה להיפך לומר דאוקי אחזקה דלא נתקיים התנאי וכמש"כ המל"מ והנתיבות הנ"ל. דהא נתבאר לעיל דבמקום חזקת מ"ק כיון דהוי חזקה אלימתא ביותר ודינו כמו חזקת ממונא ע"כ אין להוציא מבעל חזקת מ"ק ולכן היכא דנולד לנו איזה מעשה התנאי אף דמספקא לנו בהדין דינתן לבעל חזקת מ"ק כמו כן יש לדון בהא דעדות מסל"ת דנולד הספק לנו והוא דהנה כבר כתבתי בספר באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח להוכיח דלא כהקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' אות ה' שכתב דחזקת מרא קמא לא הוי בגדר חזקה המבררת רק כעין חזקת ממונא ממש ע"ש ואנכי הוכחתי בעז"ה בספרי שם דחזקת מרא קמא הוא בגדר חזקה המבררת ע"ש ולכן מבעי להיות מועיל כח חזקת מ"ק אף באיסורין לברר הדבר וכיון שביארנו לעיל דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא ביותר מכל החזקות זולת מן חזקת הגוף כמו בהא דס"פ המדיר א"כ הטעם הוא דכח הבירור שיש בחזקת מ"ק הוא אלימא ביותר מן כל אוקי אחזקה ודומה ממש חזקת מ"ק בכחה לענין בירור הענין כמו חזקת ממונא וכמש"כ לעיל לענין רובא המנגדתו:

נח

וכבר כתבתי מכמה שנים בקונטרס אחד לברר דמעלת חזקת פנוי' באשה היכא דאנו דנין לספק נתקדשה דיש לה מעלת חזקת מ"ק כעין מוכר ולוקח דדנין על קרקע וחפץ הנמכר דיש על הקרקע והחפץ סברת אוקי אחזקת מ"ק דלא יצתה מרשות הראשון כמו כן יש לדון בספק קידושין דהא אמרו בהלשון דאשה ניקנית לבעלה ואשה היא קנינו של האיש ומה"ט אמרו דאם נולדו מומין אחר הקידושין דנסתפחה שדהו וכמש"כ

התוס' בכתובות דף ב' ע"ב ד"ה מצי אמרה כו' דהאשה היא שדה של הבעל וגם תעיין מש"כ הרא"ש לכתובות פ"ז סי' ט"ו בסופו דמן הדין כשנתארסה מיד היא ברשות הבעל לענין מומין כו' כאילו נכנסה ברשות הבעל כו' אבל בוגרת כיון שיצתה מרשות אביו כו' עכ"ל הרא"ש א"כ כל אשה בעת שמתקדשת יוצאת מרשות עצמה ונכנסה לרשות הבעל ע"כ שפיר יש לדון בספק נתקדשה דיש לנו חזקת פנוי' דהוי כעין חזקת מ"ק דנשארת ברשותה הראשונה ולא נכנסה ברשות האחר וגם הא ילפינן דבר דבר מממון בקידושין דף ס"ה דאין לנו כח להוציא מחזקת פנוי' רק מה דמוציא מחזקת ממון וכיון דנתבאר דכח חזקת מ"ק הוא חזקה המבררת ביותר והוי חזקה אלימתא ביותר מן רובא ואוקי אחזקה ע"כ הדין נותן באם ידוע שהי' תנאי בהקידושין ואח"כ נולד לנו איזה ענין במעשה התנאי שלפנינו דמספקא לנו הדין אם דייניגן לנתקיים התנאי או לא דהדין נותן דמוקמינן על חזקת פנוי' דהיא בגדר חזקת מ"ק דהוי חזקה המבררת ביותר ודנינן לברר ע"י כח מעלת חזקת מ"ק דלא נתקדשה ונתקיים התנאי וה"ה בעדות מסל"ת בפלוגתת הפוסקים אם דינו כמו מסל"ת או לא דדייניגן ע"י חזקת פנוי' דנתבאר דהוי חזקה אלימתא דמבררת לנו דלא נתקדשה משום דדינו כמו מסל"ת א"כ ממילא לא נתקדשה מעולם ע"ד כן כיון דהוי כמו דקידשה בוודאי על תנאי באם שיהי' עדות מסל"ת דלא יהי' חלין הקידושין כלל מעולם. וזהו חזקה המכרעת ביותר מן מה דיש לדון בזה אוקי אחזקה דלא נתקיים התנאי של עדות מסל"ת וכפי דברי הנתיבות דהא נתבאר דיש לדון בסברא נכונה דלא כהנתיבות:

נט

והנה חזקת חי של הבעל בלא"ה לא שייך לדון בנידון הלז דהא עיקר עדות מסל"ת דמהני הוא מטעם דאפקעינהו לקידושי מיני' כ"ז דלא יבורר ההיפך לפנינו ולכן אף דמה"ת לא מהימן עכ"ז מצד דכל דמקדש באדעתא דרבנן כו' אמרו דע"פ עדות מסל"ת מותרת להנשא ולכן שפיר יש לדון כנ"ל וכש"כ לפמש"כ לעיל דיש לדון חזקה דייקא ומינסבא דמרע לחזקת א"א א"כ בלא"ה לא שייך לדון בזה לחזקת חי וקצרתי ולעיקר דברינו שכתבנו דחזקת פנוי' היא כעין חזקת מ"ק יש סיוע לזה ממה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ו סעי' א' ענף ב' בשם הרשב"א והכנה"ג דמיגו לא מהני להוציא מחזקת א"א משום דזכות הבעל באשתו ה"ה כחזקת מ"ק ע"ש וה"ה בחזקת פנוי' דמ"ש ואין לסתור להכלל שכתבתי דחזקת פנוי' דינו ככל חזקת מ"ק דהוי חזקה אלימתא דלא מהני רובא נגדו כנ"ל דהא בסנהדרין דף ס"ט דאמרו בבת שלשה שנים דמתקדשת בביאה ואימא איילונית היא אלא לאו דאמרינן זיל בתר רובא כו' והא לפי מש"כ לא מהני רובא להוציא

אותה מחזקת פנוי' כמו במקום חזקת מ"ק דלא מהני רובא נגדו דזה אינו סתירה כלל לפי מש"כ התוס' בסנהדרין דף ג' ע"ב ד"ה דיני ממונות כו' דהנך רובא דסנהדרין דף ס"ט הם רובות חשיבי ביותר ומהני אף בדיני ממונות ע"ש וקצרתי ועיין בחוות דעת ליו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס בסוף ס"ק כ"ז שכתב דלא מהני ס"ס להוציא מחזקת א"א וכן רוב דהא ס"ס כמו רובא:

וה"ה דלא מהני מיגו להוציא מן חזקת א"א וכ"כ התו"ג לגיטין דף ס"ד ע"ש הטעם וה"ה בחזקת פנוי' שייך הטעם שלו ועי"ש:

ס

ולכן א"ש להסביר דברי הפוסקים דבספק פלוגתא בעדות מסל"ת דיצאנו מחשש דאורייתא עכ"פ. ואין לומר דאיך יכול להיות דבעדות עד כשר שיהי' נולד איזה ספק בי' דנחמיר ואילו בספק מסל"ת נידן להקל ולא יהי' הטפל חמור מן העיקר דזה אינו דניזל בתר טעמא כיון דחזינן דבעדות מסל"ת וכיוצא דהימנוהו הוא רק מהטעם דכל דמקדש כו' ואפקעינהו לקידושי' מיני' למפרע ואילו בעד כשר אף דיש לו כח ביותר מן מסל"ת וכיוצא עכ"ז לא אפקעינהו לקידושי' וכן בשני עדים על מיתתו ע"כ אין לסתור לעיקר היסוד שכתבתי משום דחזינן דכן הי' דעת חז"ל בזה משום דכל דמקדש כו' ולפ"ז ה"ה בעדות ע"א כשר לפי הסוברים דאינו נאמן מה"ת רק מצד דכל דמקדש כו' דג"כ יש לדון אם נולד איזה ספיקא דפלוגתא אם מועיל עדותו או לא דג"כ יש להקל ע"פ מה שנתבאר ולפ"ז יש לבאר על נכון דברי המרדכי דכתב להקל בעדות בכתב בעגונא משום דיש לילך אחר המיקל בעדות אשה. וכן לדבר המבי"ט בשם ר' יואל אביו של ראבי' דמשיאין ע"פ קול הברה משום דפלוגתא בהתרה יש לילך אחר המיקל דטעמם ג"כ הוא כפי מה דנתבאר כיון דידוע לנו דהי' תנאי בעת הקידושין שמקדשה ע"מ שלא יהי' אף עדים פסולים להעיד על מיתתו ובאם שיבואו עדים פסולים להעיד על מיתתו לא יהי' חלין הקידושין כלל למפרע וע"כ עכשיו שנולד לנו ספק אם גם עדות בכתב או קול הברה הם בכלל הפסולים דהאמינו חז"ל או לא הוי זה כמו דידוע לנו דהי' תנאי בוודאי בעת הקידושין משום דכל דמקדש כו' ועיקר הספק הוא לנו בפירוש התנאי ע"כ דיינינן בכה"ג לחזקת פנוי' המבררת לנו להיתירא וא"ש דבריהם דלא יהי' מוקשים:

סא

אך במה שכתבנו לתרץ שיטת הסוברים דבספק פלוגתא בעדות מסל"ת יש להקל זה אתי שפיר ביותר מן מש"כ לתרץ לדברי המרדכי ור' יואל הנ"ל דהא בספק פלוגתא אם זה מקרי מסל"ת או לא זה הספק אינו בעיקר התנאי דהא ידוע לנו דהי' בוודאי תנאי דאם יהי' עדות מסל"ת לא יהי' חלין הקידושין כלל רק דנולד הספק פלוגתא אם מקרי

מסל"ת או לא ע"כ שפיר יש להקל ע"י חזקת פנוי' כנ"ל משא"כ בנידון המרדכי ור' יואל בנידון עדות בכתב וקול הברה דמספקא לן אם האמינו חז"ל להם ותקנו דע"פ עדותן תהי' מותרת האשה או דלא תיקנו כן א"כ הוי זה כמו ספק בעיקר התנאי דבכה"ג כבר ידוע מש"כ המל"מ בשם הרשב"א פ' ט"ו מטוען כנ"ל לחלק בין ספק בעיקר התנאי ובין ספק בפירוש התנאי אך במה שכתב הנתיבות לחלק בספיקא דדינא שנולד לפנינו ג"כ במה שהוא בקום ועשה ומה שהוא בשוא"ת זה נתבאר דלדעתי אין לחלק כן] ועכ"ז שפיר כתבתי לתרץ גם לדברי המרדכי ור' יואל די"ל דגם זהו הוי כמו דידוע לנו דהי' תנאי בוודאי רק דהספק הוא בפי' התנאי דהא ידוע לנו דהאמינו להפסולים משום דכל דמקדש כו' והוי כמו דהתנה בפירוש כן וע"כ כיון דנולד לנו ספק אם גם עדות בכתב וקול הברה הם בכלל התנאי הלז או לא. דזה ג"כ דומה להיכא דהי' תנאי ידוע רק דנולד הספק בפירוש התנאי ע"י איזה ספק כנ"ל:

סב

וראיתי במראות הצובאות ס"ק נ"ו שהקשה על שיטת הפוסקים להקל בספק עדות אשה במסל"ת דהא חזינן גבי סימנים דמספקא לן אי סימנים מה"ת כו' וכן כל כיוצא בזה ופסקו דאזלינן לחומרא עכ"ל המראות הצובאות הנה לפי מש"כ ב"ה אין זה קשה כלל דהא שאני נידן הספק בעדות מסל"ת לפי מה שנתבאר דהם קיימו בשיטת הסוברים דהא דמתירין ע"פ פסולי עדות זהו משום דאפקעינהו לקידושי' מיני' ושייך בי' לדון לחזקת פנוי' כנ"ל משא"כ בכל הנך דנקט המראות הצובאות שם להקשות עליהם דלא אתו עלה מטעם דכל דמקדש אדעתא דרבנן כו'. ויש להסביר לכ"ז בכוונת הגמ' בבכורות דף מ"ו ע"ב דכי אקילו רבנן בסופה בתחילתה לא אקילו די"ל דכוונת הגמ' הוא ג"כ עפ"ז דהתם אפקעינהו לקידושי' מיני' וכמש"כ השמ"ק לכתובות דף ג' ע"א ד"ה כל דמקדש כו' לבאר דדוקא בעדות תקנו כן משום דאפקעינהו רבנן ולא בשארי ענינים כו'. וכן כתב הרמב"ן בתשובות המיוחסות סי' קמ"ב ע"ש וקצרתי אך במה שנראה מדברי הט"ז ס"ק ט"ו ומשמע דאף בשארי ספיקות בעניני עגונא ס"ל דמקילין בזה שפיר הקשה המראות הצובאות כנ"ל אבל במה שכתבתי לתרץ לדינא בפרט אחד במה דס"ל להקל בספק עדות מסל"ת וכן לדברי המרדכי ור' יואל הנ"ל בזה שפיר כתבתי דאינו קשה כלל עליהם וזהו הנצרך לענינינו:

ענף יב

סג

וכן מן הא דשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת דלא תנשא. אינו קשה על כל מה שכתבנו. משום דהתם לא אתו עלה מטעם דאפקעינהו רבנן כו' וכן מן הא דאשה אומרת

מת ואשה אומרת לא מת ובכל פסולי עדות המכחישין זה את זה דמבואר ביבמות דף קי"ז ובאה"ע סי' י"ז סעי' ל"ז וסעי' מ"ב ובכל הפוסקים דלא תנשא ואם ניסת תצא דלכאורה יש לסתור עפ"ז לדינא לעיקר היסוד שכתבתי להקל בספק עדות מסל"ת משום חזקת פנוי' א"כ גם התם גבי פסולי עדות דהטעם הוא דמשום דכל דמקדש אדעתא דרבנן כו' א"כ גם התם ה"ל להעמיד על חזקת פנוי' ולהקל עכ"פ דאם ניסת לא תצא דלכאורה יש לסתור עפ"ז לכל מה שכתבנו אמנם באמת אין זה סתירה כלל די"ל דהיכא דעד אחד מכחיש לחבירו אין זה מקרי לידת הספק כלל כיון דהנך שני עדים מכחיש כ"א לחבירו הוי זה כמאן דליתנייהו כלל וכמבואר שיטת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש שהובאו באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ז בבא ע"א והעיד שמת ובא השני והכחישו דאם נשאת לעד שהעיד שמת ובאומרת ברי לי דס"ל להרמב"ם דלא תצא אבל הרמב"ן והרשב"א והרא"ש ס"ל דתצא וכמש"כ הב"ש בס"ק קי"ג בשמם וטעמם דכיון דע"א מכחיש לחבירו הוי זה כמאן דליתנייהו כלל להנך שני העדים מעולם וממילא קיימא בחזקת א"א וודאי משום דהוי כמו דלא נולד לנו שום ספק כלל בזה וע"כ לא שייך לדון בכה"ג אוקי אחזקת פנוי' ע"פ ההיתר דאפקעינהו רבנן לקידושי מיני' כלל אבל בנולד לנו ספיקא דפלוגתא בעדות אשה בזה שפיר יש לנו לדון להכלל שכתבנו להקל משום חזקת פנוי' כנ"ל. משום דבספיקא דפלוגתא לא שייך לומר דהוי כמאן דליתנייהו וכמש"כ זה הסברא המל"מ פ' ט"ו ה' טוען ע"ש ואף דלשיטת הרמב"ם דס"ל גם גבי ב' עדים המכחישים זא"ז דמקרי לידת הספק דהא פסק דאם ניסת לא תצא:

עכ"ז הא אנן מיירינן לשיטת הסוברים להקל בספק פלוגתא בעדות אשה ולתרץ שיטתם. א"כ י"ל דיהי' ס"ל כשיטת הרמב"ן והרשב"א והרא"ש הנ"ל ולפי מה דנתבאר דיהי' ס"ל כשיטת הרמב"ן והרשב"א וסייעתם דהא דהקילו חז"ל לסמוך על פסולי עדות וגם ע"פ ע"א כשר לשיטתם] הוא הכל משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן ואפקעינהו רבנן כו' ע"כ י"ל דס"ל גם במה דס"ל להרמב"ן והרשב"א דע"י הכחשת שני עדים זא"ז אין זה מקרי לידת הספק כלל דהוי כמאן דליתנייהו כלל דגם הם ס"ל כן וע"כ שפיר יש להסביר דבריהם היטב ע"פ מה דנתבאר ובפרט כי עיקר יגיעתינו בכל הקונטרס הזה הוא הכל לפי שיטת הרמב"ן דמחמיר בעמפ"ע דהראשון נאמן ביותר להכחיש את השני ע"כ כיון דנתבאר בעז"ה מה שיש לדון יסוד גדול למען תק"ע וכפי אשר יבואר להלן כ"ז השייך לנ"ד ע"כ שפיר כתבנו כל היסוד הלז דהוא ע"פ שיטת הרמב"ן דס"ל דהא דע"א ופסולי עדות נאמנין דזהו רק משום דכל דמקדש כו' וגם ס"ל דע"י ב' עדים המכחישים זא"ז אין בזה שום מקום ספק כלל. וגם לפי מה דס"ל להרמב"ן בחי' לב"ב דף ל"ד דחזקת מ"ק

דומה לחזקת ממונא הכל כנ"ל ויש לדון הרבה עוד בדברי הרמב"ם פ' י"ג ה' גירושין ה' כ"ט במה שאמר אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים בעדות אשה או עבד או מסל"ת כו' לפיכך הקילו חכמים והאמינו כו' דנראה ממנו דלא נחת להטעם דאפקעינהו כו' רק כיון דעיקר כל מה שנתבאר הוא לשיטת הראשונים דנתבאר דס"ל להקל בספק בעדות אשה א"כ י"ל דס"ל דלא כהרמב"ם בזה וע"כ אתי שפיר כל מה שכתבנו בעז"ה:

סד

והנה לעיל בענף יו"ד כתבתי לדון ולהעיר במש"כ הקצה"ח בסי' רמ"א להוכיח מן התוס' גיטין דף ל"ג ד"ה ואפקעינהו רבנן כו' דכתבו דאזלינן בתר אוקי אחזקה שלא ישאל על נזירותו וכתבתי דשאני התם דהוי ענין איסורין ולכן מהני התם אוקי אחזקה והנה לפ"ז אכתי יש מקום לכאורה לסתור לעיקר הכלל שכתבתי לדון דהיכא שנולד ספק אם אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' או לא דבזה יש לנו חזקת פנוי' דהוי כמו חזקת מרא קמא המבררת לנו דנעשה איזה ענין בקום ועשה כו' ויש להקשות ע"ז מן התוס' גיטין דף ל"ג הנ"ל שכתבו שם במה שהקשו שם דהיכי מחייבינן מיתה א"א שזינתה והא הוי התראת ספק שמא ישלח גט ויבטלנו ותירצו דאזלינן בתר רובא כו' ועוד דמוקמינן אחזקה שהיא עכשיו נשואה כו' עכ"ל הרי דסמכינן על אוקי אחזקה לומר שלא נעשה ענין בקום ועשה אף דיש לנו לומר אוקי אחזקת פנוי' כו' א"כ לכאורה יש לסתור ע"פ דברי התוס' הלז לכל מש"כ:

סה

אבל באמת אין זה סתירה כלל די"ל דכוונת התוס' הוא במש"כ דאזלינן בתר רובא כו' ועוד דאוקמי בחזקת נשואה כו' דהנך שני תירוצים הם באמת תירוץ א' וכעין זה כתב הפני יהושע לגיטין דף י"ז ע"א ד"ה משום בת אחותו כו' במש"כ התוס' שם ועוד דאדרבה מוקמינן בחזקת כשרה כו' דזהו נסמך על לעיל מיני' בדבריהם והם רק תירוץ אחד ע"ש וכמו כן יש לפרש לדברי התוס' כאן דהנך שני סברות דכתבו דזהו משום רובא ועוד דאוקי אחזקה דכוונתם הוא דע"י צירוף הרוב להחזקה זה מהני לומר דלא מקרי התראת ספק אבל אם הי' רק רוב לחוד או חזקה לחוד בזה לא יצאנו עדיין מן חשש התראת ספק דהא לפי מש"כ בקונטרסי הלז לדון דחזקת מ"ק עדיפא מן רוב וכמש"כ להוכיח מן הרא"ש לקידושין פ"ב סי' ח' דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מן חזקת מ"ק א"כ הכא דיש לנו לומר דעל ידי חזקת פנוי' דהוי כמו חזקת מ"ק דיש לומר דזהו עדיפא ממעלות הרוב ע"כ הוצרכו לומר הכא דיש לנו מעלת רובא וחזקה ביחד דשניהם ביחד ע"י צירוף עדיפי מן חזקת מ"ק דהא גם במקום חזקת ממונא אזלינן בתר רוב וחזקה ביחד וכמש"כ הבעל המאור ריש פ"ב דכתובות וכמ"ש בספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי'

י"ד ענף ב' וענף ג' להוכיח דשיטת התוס' בב"ק דף ל"ט דרוב וחזקה ביחד מוציא ממון מן המוחזק ע"ש ע"כ הכא דיש רוב וחזקה ביחד זהו עדיפא מן חזקת פנוי' אף דהוי כמו חזקת מ"ק. וראיות התוס' בגיטין דף ל"ג שם דזה מקרי חזקה ממה שהוכיחו מן נזיר ששתה יין כו' דלא מקרי התראת ספק משום דדייניין זה לחזקה התם דהוי ענין איסורין ושאני התם וע"כ אין מזה סתירה כלל לדברינו:

סו

והעיקר מה שנלע"ד לומר בדברי הנתיבות בכללי תפיסה הנ"ל שכתב במה שנולד הספק ע"י ספיקא דדינא אם זה מקרי קיום התנאי בקום ועשה או לא דכתב לדמות זה להא דח"מ סי' רמ"א בקיום התנאי דקום ועשה דאינו נאמן לומר דקיים התנאי דקום ועשה משום דמוקמינן על חזקה דלא נעשה דבר המחודש כו':

הנה באמת יש לחלק בזה בפשיטות דשאני היכא דאין שום מקום לידת הספק לפנינו כלל אז שפיר מוקמינן על חזקה דלא נעשה מעשה של דבר המחודש וכמש"כ הסמ"ע בסי' רמ"א לבאר בסברא זו שם משום דכיון דלא נולד לנו שום ספק כלל ע"כ שפיר מוקמינן בכה"ג על החזקה לומר דלא נעשה שום מעשה כלל ועי"ז הסברא מוציאין ממון מהמוחזק משא"כ היכא דנולד לנו איזה ספק לפנינו ע"י ספיקא דפלוגתא אם זה מקרי קיים התנאי דקום ועשה או לא בזה שפיר יש לנו לומר דכיון דיש לנו חזקת מ"ק דהוי חזקה אלימתא כעין חזקת ממונא דבכה"ג לא מהני לומר דאוקמינן על חזקה דלא נעשה דבר המחודש של קום ועשה. כיון דחזינן עכשיו דנעשה עכ"פ איזה ענין של דבר המחודש ויש לפנינו מקום לידת הספק ע"י פלוגתא דרבוותא ע"כ שפיר יש לומר כמש"כ דבנ"ד דיש מקום לידת הספק אם זה מקרי עמפ"ע או לא כיון דהעיד העמפ"ע לפנינו ויש בזה פלוגתא דרבוותא כנ"ל ע"כ יש לנו חזקת פנוי' דהוי כמו מעלת חזקת מ"ק דזהו עדיפא מן חזקה דלא נעשה דבר המחודש וכנ"ל בארוכה. וכעין זה הסברא ראיתי בשב שמעתתא שמעתא ב' פ"ד שכתב דלכן אמרו גבי מומין דס"פ המדיר דכאן נמצא כו' ואין מחזיקין מרשות לרשות לחוש שמא הי' המומין דנכנסה לרשות הבעל דכיון דתלינן דנעשה זה ברשות הבעל ע"כ הוי זה כמו דלא הוי שום לידת הספק בפנינו כלל וע"כ אף דאין מוציאין ממון ע"י חזקה לחודה עכ"ז היכא דלא הוי שום לידת הספק כלל בזה לא מספקינן כלל ע"ש בש"ש. וכיוצא בזה כתב הפרמ"ג ליו"ד סי' כ"ה ס"ק ב' בשפתי דעת דלא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה היכא דלא הוי לידת הספק בפנינו ע"ש והדברים ארוכין ואכמ"ל ע"כ שפיר כתבו התוס' בגיטין דף ל"ג לדון דכיון דהוי רוב או חזקה דסמכינן ע"ז לומר דהוי התראת וודאי דכל זמן דאין לנו שום לידת הספק לא

מספקינן לחוש שמא יהי' איזה ענין דיתבטלו הנישואין למפרע אף דיש לנו חזקת פנוי' אבל בנ"ד דיש לפנינו לידת הספק ויש בזה פלוגתא דרבוותא ע"כ לא דיינינן בזה לומר חזקה דלא נעשה דבר המחודש בקום ועשה כיון דיש לנו חזקת פנוי' דהוי כמו חזקת מ"ק וע"כ שפיר כתבתי לתרץ שיטת הט"ז וסייעתו דס"ל להקל בפלוגתא במסל"ת ע"פ ה"ט וכתבתי לעיל לחלק דשאני בעד אומר מת ועד אומר לא מת דאמרינן שם אוקי חד לגבי חד והוי כמו דליתנהו א"כ אין שום לידת הספק כלל לפנינו וע"כ החמירו התם משא"כ היכא דיש לפנינו ספיקא דדינא וכמו בנ"ד או בנידן הט"ז הנ"ל שפיר כתבתי דיש מקום להקל בטוב טעם בעז"ה ואין שום סתירה מן התוס' גיטין דף ל"ג הנ"ל על כל מה שכתבתי וע"פ שני האופנים הללו והבוחר יבחר:

סז

ולכאורה יש לסתור לכל היסוד שכתבתי מן הא דכתובות דף ג' ע"א תוס' ד"ה איכא דאמרי א' רבא וכן לענין גיטין כו' דכתבו התוס' להוכיח דהלכה כל"ק דרבא דאין אונס בגיטין מהא דגיטין דף ל"ד וכ"כ הרא"ש שם להוכיח בהוכחות דהלכה כל"ק וכ"כ האלפסי ספ"ג דגיטין ולפי מש"כ לדון היכא דהוי ספק אם אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' דהדין הוא למפסק דהלכה דמוקמינן בחזקת פנוי' א"כ ה"ל לכל הנך ראשונים לומר התם בפשיטות דכיון דהוי ספק שמא הלכה כל"ק דרבא דאין אונס בגיטין משום דכל מאן דמקדש אדעתא דרבנן כו' א"כ יש לנו לפסוק כן משום דאוקי אחזקת פנוי' אך מזה אינו סתירה לדברינו דהא כבר כתבנו לעיל בשם הרשב"א דהובא במל"מ פ' ט"ו מטוען הנ"ל דהיכא דמספקא לנו אם הי' תנאי מעיקרו דבזה יש לנו לדון בפשיטות דכל האומר דבר מחודש עליו להביא ראי'. ע"כ החילוק פשוט לחלק דהתם בריש כתובות דמסופקים אנחנו אם הלכה כל"ק דאפקעינהו לקידושי מיני' או לא ממילא מוקמינן דלא הוי תנאי הזה כלל מעולם:

ע"כ הוכרח התוס' וכל הפוסקים להוכיח דהלכה כל"ק דרבא בשארי הוכחות משא"כ בהא דספק פלוגתא במסל"ת דהא זה ידוע לנו דהוא כמו דהי' התנאי בהדבר דע"י עדות מסל"ת לא יהי' חלין הקידושין כלל רק דהספק נולד לנו בפירוש התנאי ע"כ שפיר כתבנו ועיין בט"ז או"ח סי' תל"ט ס"ק ג' וקצרתי:

ענף יג

סח

ולכאורה יש להעיר בכל מה שכתבנו להיתירא ע"פ חזקת פנוי' וע"פ הא דכל דמקדש אדעתא דרבנן ואפקעינהו לקידושי מיני' דהא מבואר ברשב"א לחי' בכתובות דף ג' דבמה דאמרינן בכ"ד דאפקעינהו לקידושי מיני' דעכ"ז הוי קידושין מדרבנן דנאסרים

בקרובים וכיוצא כו' וכ"כ בשמ"ק שם בשם הרמב"ן. א"כ אכתי יש בנידון שכתבנו חזקת א"א דרבנן אך זה אינו קשה דהא כבר כתבנו בשם התוס' כתובות דף כ"ב וב"ב דף ל"ב דכתבו דחזקה דייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א וגם באומרת שמא מוכח שם דשייך סברא זו ואף להרשב"א בחי' לקידושין דף ס"ו והר"נ לכתובות שם דלא ניחא להו לומר לסברת התוס' הנ"ל י"ל דזהו משום דמיירי התם בסוגי' דכתובות גם בשנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה כו' א"כ התם לא שייך כ"כ חזקה דדייקא כו' וכמו שהעירו מזה התוס' בב"ב דף ל"ב ע"ש לכן אי נימא דמן חשש דאורייתא יצאנו ע"פ הסברא שכתבנו דדיינינן בזה חזקת פנוי'. ע"כ אף דנשארת לנו עדיין חזקת א"א מדרבנן מ"מ זה לא איכפת לנו כ"כ דהא נגד חזקת איסור דרבנן הלז יש כנגדו חזקה דדייקא ומינסבא דסותרו ונשאר לספק השקול מדרבנן דאזלינן לקולא ויש לי רוב אריכות דברים אך ההכרח לקצר בזה הפרט וגם י"ל דאי נימא דעיקר החשש אינו רק מדרבנן ע"כ וודאי יש לסמוך ולהקל בספק פלוגתא בדרבנן:

סט

אך בעיקר היסוד שכתבתי לתרץ דברי הפוסקים הנ"ל ע"פ סברת אוקי אחזקת פנוי' יש לנו להעיר ע"ז דהלא ידוע מה שכתבו האחרונים דאין לדון אוקי אחזקה במקום ספיקא דדינא וכמש"כ המל"מ ה' טומאת צרעת פ"ב ה"א והפרמ"ג בפתיחה לה' שחיטה בשורש ד' בשם הכנה"ג ובשפתי דעת ליו"ד סי' י"ח ס"ק א' וסי' כ"ג ס"ק ח' ובפרמ"ג ליו"ד בפתיחה לה' טריפות ובתבואת שור סי' כ"ט והובא מזה בתשובת רע"א סי' ל"ז ובקונטרס הספיקות של הקצה"ח בכלל ד' ס"ק ה' והדברים ארוכין ואכ"מ ולפ"ז יש לסתור לכל היסוד שכתבנו להקל ע"פ חזקת פנוי' במקום ספיקא דפלוגתא בעדות מסל"ת ועכ"ז שפיר כתבתי לתרץ שיטות הראשונים הנ"ל ולומר דס"ל לדון בכה"ג לחזקת פנוי' אף במקום ספיקא דפלוגתא משום דראיתי להפר"ח ליו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק א' בד"ה וא"ת והא אמרינן בפ' בהמה המקשה כו' דהביא לדברי הר"נ בפ"ק דקדושין גבי נתן הוא ואמרה היא כו' דכתב לדון שם לדון חזקת פנוי' במה דאיבעיא להו שם גבי קידושין ומה דהקשה הר"נ שם ע"ז תירץ זה הפר"ח שם ומסיק לדינא הפר"ח דבספק קידושין יש לצדד להקל טפי מן ספק גירושין דהא בספק קידושין אית לה חזקת פנוי' ובספק גירושין אדרבה אית לה חזקת א"א ודלא כהריב"ל. וגם כתב הפר"ח שם מתחילה דמה"ת אין כאן בית מיחוש בספק קידושין לכו"ע ואפילו בספיקא דדינא כו' עכ"ל הפר"ח וכ"כ הפר"ח שם בקיצור דיני ס"ס אות י' בזה"ל ספיקא דדינא ובעיא דלא מיפשטא מה"ת ספק גמור הוי ואוקמינן לה אחזקתה בין לענין איסור בין לענין ממון

עכ"ל הפר"ח וכ"כ המשאת בנימן בסי' נ' שלא לחלק בזה בין ספק במעשה ובין ספיקא דדינא והובא בתשו' רע"א שם בסי' ל"ז והעלה שם רע"א בד"ה באופן דביסוד הזה אם בספיקא דדינא אזלינן בתר חזקה הוי פלוגתא דרבוותא דמדברי הר"נ בפ"ק דקידושין שהעלה דבנתן הוא ואמרה היא אוקמה אחזקת פנוי' וכן מדברי התוס' ב"ב דף ל"ב דכתבו דדוחק לחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דתרי ותרי נראה דס"ל דגם בספיקא דדינא אזלינן בתר חזקה כו' עכ"ל הרי דמצינו שיטת כמה פוסקים דס"ל דגם בספיקא דדינא אזלינן בתר חזקה:

ע

ובעיקר דברי רע"א הנ"ל מש"כ להוכיח מן התוס' דב"ב הנ"ל דס"ל דגם בספיקא דדינא מוקמינן על חזקה לענ"ד יש לדון בראי' זו לפי מש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' אות ה' דחזקת מ"ק אין זה בגדר חזקה המבררת אלא כעין חזקת ממונא כו'. א"כ לפ"ז יש לחלק דאף דנימא דאוקי אחזקה לא מהני בספיקא דדינא דהטעם הוא כמש"כ דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין דז"א דלא שייך רק בחזקה המבררת אבל בחזקת מ"ק דאינו בגדר חזקה המבררת רק מעין חזקת ממונא ע"כ גם בספיקא דדינא מוקמינן על חזקת מ"ק משום דאין לנו כח להוציא בלא ראי' מן בעל חזקת מ"ק ולפ"ז אינו ברור ראיות רע"א מן התוס' ב"ב וכן יש לדון עפ"ז בדברי המל"מ פ' ט"ו מטוען והנתיבות בכללי תפיסה שהובא לעיל דכתבו לדון היכא דהיה תנאי ידוע בעת מכירת השדה ואח"כ נולד ספיקא דדינא אם נתקיים התנאי דכתב לדון דמוקמינן על חזקה דלא נתקיים התנאי אכן לפי מש"כ כעת יש לפקפק בדבריו משום די"ל דכיון דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקה המבררת ע"כ לא שייך לדון בכה"ג לאוקמי על חזקה דלא נתקיים התנאי דקום ועשה דהא בספיקא דדינא לא מהני חזקה לברר אך חזקת מ"ק שיש להמוכר מהני גם בכה"ג משום דכיון דהוי ספיקא דדינא ולא מהני חזקה דלא נתקיים התנאי לברר ע"כ ממילא אין להוציא מן חזקת מ"ק דהוי מוחזק לפי סברת הקצוה"ח הנ"ל אכן לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח להוכיח מן יבמות דף ל"א דאף חזקת מ"ק הוא בגדר חזקה המבררת. ע"כ אין לדחות עפ"ז לדברי המל"מ והנתיבות אך לפי מש"כ לעיל לפקפק בעיקר דברי המל"מ והנתיבות הנ"ל מטעם אחר משום דמעלת חזקת מ"ק אלימא ביותר מן שארי אוקי אחזקה ע"כ שפיר כתבתי לדון להיתירא כנ"ל ולכן שפיר כתב רע"א להוכיח מן התוס' ב"ב לסייע להסוברים דגם בספיקא דדינא אזלינן בתר חזקה משום דגם חזקת מ"ק הוי בגדר חזקה המבררת וכיון דס"ל להתוס' דבספיקא דדינא מהני חזקת מ"ק א"כ ה"ה שארי חזקה ואכמ"ל ביותר:

עא

ולכן שפיר כתבתי לתרץ שיטת הסוברים דבספיקא דדינא בעדות אשה בעגונא מקילינן משום די"ל דס"ל כשיטת הסוברים דגם בספיקא דדינא אזלינן בתר אוקי אחזקה וע"כ שפיר יש להקל ע"פ היסוד שכתבתי לדון בכה"ג חזקת פנוי' ואף לפי מה דמסיק הר"נ גבי האיבעיא דנתן הוא ואמרה היא דאף דנימא דמוקמינן על חזקת פנוי' דזהו מה"ת אבל מדרבנן חיישינן וכמש"כ מעין זה הפרמ"ג בפתיחה לה' טריפות עכ"ז י"ל דבעגונא דיש לנו חזקה דדייקא ומינסבא וכמש"כ התוס' בכתובות דף כ"ב והנימוקי יוסף ר"פ האשה רבה בשם הריטב"א דלכן הימנוהו לע"א בעגונא משום דיש בזה חזקה דייקא ומינסבא כו'. וכעין זה כתב השמ"ק ב"מ דף כ"ז גבי סימנים בשם הראב"ד דסמכינן על דייקא ומינסבא ע"ש ומוכח דס"ל דאף באומרת שמא ג"כ שייך לדון לחזקה דייקא ומינסבא. ודלא כהפני יהושע לכתובות ד' כ"ב ע"ב בתוס' ד"ה הבא עלי' בא"ת קאי כו' ע"ש. לכן י"ל דס"ל להני פוסקים דמקילים בעדות אשה בספק מסל"ת וכיוצא דטעמם משום דכיון דיצאנו מן חשש תורה עכ"פ משום חזקת פנוי' ע"כ אף דלא יצאנו עפ"ז מן חשש איסור דרבנן עכ"ז בזה מהני הך סברא דחזקה דייקא ומינסבא כו' אך לענין חשש דאורייתא לא מהני זה הסברא וכמש"כ לעיל ע"כ הוכרחנו לברר הך סברא דאוקי אחזקת פנוי' וכנ"ל וגם כיון דיצאנו מחשש דאורייתא עכ"פ ע"כ ממילא שפיר י"ל דלכן הקילו בספק פלוגתא בדרבנן בעיגונא וקצרתי:

עב

ונתבאר בעז"ה בטוב טעם במה דכתבו להקל בספק פלוגתא במסל"ת שכתב הט"ז וסייעתו להיתירא אך בספק המעשה אם הי' מסל"ת היכא דלא הוי ספיקא דפלוגתא בזה שפיר כתב הט"ז סעי' ט"ו להחמיר משום דשא"ה דכיון דלא הוי מקום לידת הספק שאני דמהיכי תיתי נימא דהיה מסל"ת ועיין בסעי' ט"ז ברמ"א רק במקום לידת הספק ע"י ספיקא דפלוגתא שאני. וכן במה דמשמע מן הט"ז שם דאף בשארי ענינים בספק התרת עיגונא דס"ל להקל בזה לא שייך היסוד שכתבתי. רק עיקר כל הדברים שכתבתי הוא אלא להסביר דבריהם במה דכתבו להקל בספק מסל"ת וכיוצא דזהו הנצרך לענינינו ולפי מש"כ בהסבר דבריהם ע"כ יש לדון בהנך איבעיות דלא איפשיטא כמו ע"א במלחמה וקטטה וכיוצא בו דכתב הב"ש בס"ק מ"ו להעיר בהנך איבעיות דלא איפשיטא ע"ש א"כ לפי מש"כ יש להקל בהו אך יש לחלק לפי שיטת הפוסקים דס"ל דע"א כשר דנאמן בעדות אשה הוא מה"ת ע"כ לא שייך לדון בי' כלל לכל מש"כ ושאני מסל"ת וכיוצא דאתו עליה לכמה פוסקים משום כל דמקדש כו' ויש להאריך עוד בכ"ז אך ההכרח לקצר וכן יש לדון עפ"ז במש"כ הכ"מ ה' גירושין פ' י"ב ה' ט"ז גבי חמותה לאחר מכאן די"ל

בזה ספיקא דרבנן לקולא ובב"ש סי' י"ז ס"ק ט"ו ולפי מש"כ יש להסביר זה ביתר ביאור בעז"ה והוכרחתי לקצר:

ענף יד

עג

ואחר שנתבאר בעז"ה כי דברי המקילים בספק פלוגתא בעדות אשה במסל"ת וכיוצא יש להם טעם. ע"כ נשובה לבאר בעז"ה ע"י זה לנ"ד והוא דהא עיקר הספק בנ"ד הוא שמא האמת עם העד השלישי כפי העדות שלו ששמע מן השני שא"ל כי שמע מן אבי הבעל שא"ל כי בנו מת והזהירו כי בל יגיד זה לשום בן אדם וזהו משנאתו לאבי האשה כידוע זה]. א"כ לפי העדות הנ"ל מותרת האשה להנשא ולא שייך לחוש כלל שמא אמר אבי הבעל כן ע"פ אומדנא דא"כ ל"ל להזהירו שבל יגיד אך באמת אין אנו נצרכים לזה כלל דאף אם לא אמר לו שבל יגיד ג"כ מהני עדותו כפי שכתב הט"ז בסי' י"ז ס"ק ח' שהשיג על המשאת בנימן וכנ"ל דלא חיישינן שמא אמר זה ע"פ אומדן דעתו אף אם אמר סתמא שמת בנו והנכון לדינא כדברי הט"ז ועיין בעזרת נשים ס"ק כ"ו ובס"ק נ"ה מזה א"כ לפי עדות השלישי אין לנו חשש כלל ומותרת האשה להנשא ע"פ מה דתקנו חז"ל להאמין עמפ"ע בעגונא:

ועתה שבא אבי הבעל אח"כ להכחישו שלא אמר סתמא דבנו מת רק אמר בזה"ל כי לפי אומדן דעתו שלא שמע ממנו זה זמן כביר נראה לו שמת ועכשיו עיקר מקום לידת הספק בנ"ד ע"י מה דנתבאר כי זהו פלוגתת ר' העזרי ור' שמחה אם לאחר שהתירוה נאמן הראשון להכחישו או לא וכן לפי מה שנתבאר דזה תלוי בפלוגתת הריטב"א והמהרי"ק כפי שנתבאר בארוכה ע"כ הוי נ"ד פלוגתת הראשונים ולפי מה שכתבנו דיש מקום לשיטת הראשונים דס"ל בספק פלוגתא בעדות מסל"ת כיון דעיקר ההיתר ע"פ מסל"ת הוא משום דכל דמקדש כו' א"כ ה"ה בעדות עמפ"ע כיון דהטעם דכתבו להאמין לע"א משום דהוי מילתא דעביד לגלויי זה לא שייך בעמפ"ע כמו שכתבו האחרונים וע"כ בעמפ"ע מסתבר הטעם שכתבו כמה פוסקים דעיקרו הוא משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן כו' ולא ניחא להו בשיטת התוס' יבמות ד' פ"ח ושיטת הנימוקי יוסף ר"פ האשה רבה א"כ עכשיו שנולד לפנינו הדבר המחודש מכבר דיש לפנינו עמפ"ע שמת א"כ לפי עדותו אינן חלין הקידושין שלו מעולם לפי דהוי כמו שהי' תנאי הלז בפירוש הידוע לנו והוי כאומר לא נתקדשה והעד הראשון המכחישו שלא אמר כן הוי זה כמו ע"א אמר נתקדשה וע"א אמר לא נתקדשה מעולם דמוקמינן בחזקת פנוי' וכמבואר בכתובות

כ"ג ובתוס' שם ובאה"ע סי' מ"ז סעי' ג' ועיין בב"ש שם ס"ק ה' וס"ק ו' ועכ"פ מן איסור דאורייתא יצאנו ע"פ מה שיש לדון בכה"ג חזקת פנוי' וכמש"כ לעיל בארוכה בעז"ה:

עד

ובנ"ד עדיף ביותר לעיקר היסוד דהיתירא הנ"ל דהא לעיל כתבתי מה דיש לפקפק ע"ז לפי שיטת כמה אחרונים דבספיקא דדינא לא מהני חזקה לברר הדין אכן בנ"ד דעיקר הספק לנו בהמעשה איך הי' דאם האמת שאבי הבעל אמר כן לעד השני א"כ הא ע"י עדות עמפ"ע מפקיעין הקידושין למפרע משום דכל דמקדש כו' והוי כמו דהי' תנאי הלז בפירוש כנ"ל אך לפי דהכחיש שלא אמר כן מעולם ע"כ לפי דבריו אין כאן הפקעת קידושין כלל מעולם וכיון דעיקר הספק הוא בהמעשה איך הי' ומקום לידת הספק הוא ע"פ ספיקא דפלוגתא שיש לנו דלמי מהם להאמין דבכה"ג יש לנו לומר דמהני ביותר חזקת פנוי' אף אם נימא דבכל ספיקא דדינא לא מהני החזקה לברר משום דבנ"ד החזקת פנוי' מבררת לנו גוף המעשה איך הי' ונקדים מש"כ רע"א בתשובה סי' ל"ז להוכיח בשם התוס' ב"ב ד' ל"ב ד"ה והילכתא כו' דכתבו דדוחק לחלק בין ספיקא דדינא לספיקא דתרי ותרי דבשניהם ה"ל למפסק דניזל בתר. חזקת מ"ק. דמזה מוכיח רע"א זצ"ל דסבירא לי' להתוס' דגם בספיקא דדינא אזלינן בתר חזקה כמש"כ לעיל בארוכה מזה ובאמת אין זה ראי' מוכרחת דיש לחלק דשא"ה דעיקר הספק התם אם קנה הלוקח את השדה או לא ועיקר התחלת הספק הוא איך הי' המעשה אך מקום לידת הספק הוא אם הלכה דנאמן הלוקח במיגו שטרא מעלי' כו' ע"כ בכה"ג מהני חזקת מ"ק לברר איך הי' המעשה דהחזקת מ"ק מבררת לנו דלא מכרו לעולם אבל היכא דעיקר התחלת הספק הוא רק איך הדין בכה"ג בזה שפיר י"ל דגם התוס' ב"ב ס"ל כשיטת רוב פוסקים דס"ל דאין כח בהחזקה לברר לנו את הדין ויהי' מהתוס' ב"ב הלז סייעתא לדברינו דהיכא דעיקר הספק הוא בהמעשה איך הי' דבכה"ג יש לנו לדון דהחזקה מבררת המעשה איך הי' וסמכינן בכה"ג על החזקה ואף דמן האחרונים לא נראה כן עכ"ז לענ"ד יש לדון כן דהא חזינן שיטת כמה פוסקים דס"ל דאף בספיקא דדינא ממש מהני החזקה מה"ת כמו שכתב הר"ן והפר"ח כנ"ל וע"כ י"ל דאין לנו להרבות במחלוקת דבנידן כזה דעיקר הספק הוא בהמעשה איך הי' דבזה מסתבר לומר לשיטת כ"ע דמודו דסמכינן כה"ג על החזקה וכעין סברא זו יש לעיין מזה במל"מ פ"ז ה' שכירות ה' ב' והובא בקצוה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' אות ב' וכן במל"מ פ' ט"ו מטוען וקצרתי:

עה

ולכאורה יש לסתור זה מן התוס' חולין ד' פ"ו ע"א ד"ה מ"ט דר' מאיר כו' דכתבו די"ל דמספקא לרבנן אי רוב מעשיהם מקולקלים או רוב מעשיהם מתוקנים והשתא לא מהניא

חזקה מידי עכ"ל. ולכאורה י"ל דכוונתם דלכן לא מהני התם החזקה משום דהוי זה כמו כל ספיקא דדינא ויהי' מזה סיוע לשיטת הסוברים דבספיקא דדינא לא מהני חזקה וגם מוכח מזה דס"ל להתוס' דאף היכא דעיקר הספק הוא בהמעשה איך הי' מ"מ כיון דהספק הוא מחמת ספיקא דדינא וגם בכה"ג לא מוקמינן על החזקה ויהי' מזה סתירה לדברינו אך באמת אין מזה סתירה לדברינו דהא אי נימא כן בכוונת התוס' דחולין יהי' מזה סתירה לדברי התוס' בב"ב דס"ל התם דגם בספיקא דדינא מוקמינן על החזקה וכמש"כ רע"א זצ"ל בכוונתם ואף דידוע דאין להקשות כ"כ בסתירת דברי התוס' אהדדי עכ"ז היכא דאפשר לתרוצי מתרצינן ולכן נראה לענ"ד דכוונת התוס' בחולין דכתבו דכיון דמספקא להו אי רוב מעשיהם מתוקנים או רוב מעשיהם מקולקלים דזה הספק מקרי ספק חסרון ידיעה כיון דהוא ספק במציאות איך הוא הרוב מן חש"ו ע"כ בכה"ג אין להעמיד על החזקה. וכמו שראיתי בפר"ח בכלל ס"ס ס"ק א' שכתב דלכן י"ל דלא מהני חזקה בספיקא דדינא לפי דהוא ספק חסרון ידיעה ע"ש וע"כ אף די"ל דספק פלוגתת ראשונים לא. מקרי חסרון ידיעה עכ"ז היכא דעיקר הספק הוא בהמציאות בכה"ג י"ל דס"ל להתוס' חולין דזה מקרי חסרון ידיעה וע"כ לא מהני בזה החזקה והחילוק ברור ופשוט לחלק ביניהם ועיין מזה בט"ז יו"ד סי' צ"ח ס"ק ו' ובב"ש סי' י"ז ס"ק מ"ו ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף י"ב וקצרתי:

עו

ולכן שפיר כתבנו דבנ"ד דעיקר הספק הוא איך הי' המעשה די"ל דבכה"ג מסתבר כשיטת הסוברים דמוקמינן זה על חזקת פנוי' וי"ל דאף לפי מש"כ לעיל בשם הר"נ בפ"ק דקידושין גבי נתן הוא ואמרה היא דמדרבנן בוודאי מחמרינן שם דלא להעמיד על החזקה ספיקא דדינא די"ל היכא דעיקר הספק הוא איך היה המעשה דבזה מוקמינן על החזקה אף מדרבנן ואף דבתרי ותרי אמרינן דהוי ספיקא דרבנן אף היכא דאיכא חזקה עכ"ז י"ל ספיקא דדינא שאני ויש חילוק פשוט בסברא לחלק ביניהם וגם אין למידין תקנה מן תקנה ומספיקא בלא ראי' מוכרחת אין לנו להחמיר מדרבנן במה דלא מצינו כן להדי' ובפרט לפי מה שנתבאר לעיל דבמקום חשש דרבנן יש לנו לסמוך על חזקה דייקא ומינסבא כו' כנ"ל בארוכה וגם מצינו דחזקה דייקא ומינסבא סותר להחזקה דלא נעשה דבר המחודש כמו התם בכתובות דף כ"ב וב"ב ד' ל"ב גבי שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה דאף דיש לנו חזקה דלא נעשה מעשה הגירושין עכ"ז משום החזקה דדייקא ומינסבא כו' כתבו התוס' שם דנעשה עי"ז ספק השקול כמבואר שם וע"כ שפיר י"ל דבנ"ד ע"י הך חזקה דדייקא ומינסבא כו' מזה מוכיחין אנחנו דהאמת הוא כפי העד

השלישי ובאמת הי' כן הגדת הראשון והשני וכפי עדות השלישי ואף דבדאורייתא לא מהני זה כנ"ל עכ"ז כיון דיצאנו מן חשש דאורייתא ע"פ החזקת פנוי' כנ"ל ע"כ ע"י צירוף לסלק החשש מדרבנן בזה יכולין לסמוך על החזקה דדייקא ומינסבא כו'.

עז

ובנ"ד יש לבאר ביתר ביאור דאף, להנתיבות דס"ל דבספק אם נתקיים התנאי אף בספיקא דדינא אמרינן אוקי אחזקה דלא נתקיים התנאי וכמו שהי' עד עת של מעשה התנאי משום דגם בזה קרינן להכלל דכל האומר דבר המחודש עליו הראי' וכמו שכתב הנתיבות בכלל תפיסה ס"ק כ"ב עכ"ז י"ל דשאני נ"ד דהא בנ"ד גם השלישי מודה שאמר לו שבנו מת רק שאומר שבפירוש אמר לו אז כי ע"פ השערה ואומדן דעתו נ"ל שבנו מת. א"כ גם בזה יש למידן חזקה דלא נעשה היינו דלא אמר להוספה שאמר שהוסיף אז בעת אמירתו להשני שע"פ השערת דעתו נ"ל שבנו מת והוי זה כמו כל תנאי בקום ועשה דמוקמינן על חזקה דלא נעשה וה"ה היכא דהתנאי הוא באם שיאמר כן וכמו בעל מנת שאדבר להשלטון דגם בזה שייך הכלל דאה"ע סי' ל"ח סעי' ל"ט דתנאי שהוא בקום ועשה דדיינינן לומר אוקי אחזקה דלא נתקיים התנאי כו' וכמו דמצינו באה"ע סי' ל"ח סעי' י' דע"מ שיאמר הן מקרי תנאי בקום ועשה בב"ש שם ס"ק כ' עי"ש ע"כ ה"ה במה דנסתפקנו אם אמר להוספת הדברים שע"פ השערת דעתו נראה לו כו' או דלא אמר להוספת הדברים בארוכה רק אמר בקצרה כי בנו מת מוקמינן לחזקה דלא אמר להוספה הלז וממילא מוקמינן לחזקת פנוי' דכיון שאמר סתמא שבנו מת א"כ יש בנ"ד עדות עמפ"ע דבזה הפקיעו הקידושין למפרע כ"ז דאינו מבורר לפלוני שהוא חי ובקצרה הוא כן דהא לא שייך בנ"ד לומר אוקי אחזקה דלא נעשה דבר המחודש של קיום התנאי ונאמר עי"ז החזקה דאמר העד הראשון הוספת הדברים דלפי השערת דעתו נ"ל כו' ואדרבה יש לנו לומר דלא אמר להוספת דברים הללו דגם בזה קרינן דלא נעשה דבר המחודש היינו דלא אמר להוספת הדברים וממילא קיימא בחזקת פנוי' כיון דיש לפנינו עמפ"ע שאמר לפנינו כבר לכן בנ"ד אף לפי הכלל של הנתיבות הנ"ל יש לדון להיתירא ע"פ היסוד דהיתירא הנ"ל כנלענ"ד:

ענף טו

עח

שוב ראיתי דיש בזה לפקפק עדיין דאם נימא דאם אמר העד הראשון דלא אמר מעולם לפני שום איש שבנו מת דאז לא הי' שום היתר בנ"ד לפי דברי המל"מ והנתיבות הנ"ל אלא עיקר ההיתר הוא לפי שמודה דאמר דבנו מת בהוספת הדברים דלפי השערת דעתו נראה כן א"כ ממילא יש לו מיגו דאי בעי אמר דלא הגיד מעולם כלל שום דבר דבנו מת

ויהא נאמן הראשון במיגו וכמו דכתב הבית מאיר בסי' י"ז סעי' ח' להעיר דיהי' נאמן הראשון להכחישו במיגו דאי בעי אמר שקר הגדתי לך כיון דהי' חוץ לב"ד ותירץ דאינו נאמן במיגו דהי' משים עצמו רשע כו' ע"ש אבל במיגו דהי' מכחישו לגמרי בוודאי יש להאמינו במיגו ולכן נסתר מה שרציתי לדון כעת ההיתר הלז אף לפי דברי הנתיבות:

עט

ע"כ העיקר יסוד דהיתר דלא תסוב כהוגן לפי מש"כ לעיל דלא כהנתיבות משום דחזקת פנוי' דומה לחזקת מ"ק דהוי חזקה אלימתא דלא מהני אף רובא כנגדו וחזקת מ"ק הוי בגדר חזקה המבררת כמו שכתבתי לעיל בארוכה בעז"ה ובנ"ד עולה ההיתר ביותר לפי דהוי עיקר הספק בהמעשה איך הי' כנ"ל וגם עוד טעם דבנ"ד יש לסמוך על היתר דנא ביותר מן מש"כ לעיל בענין עדות מסל"ת בספיקא דפלוגתא כיון דעיקר יסוד היתירא דנא הוא רק על פי שיטת הסוברים דהא דהתירו חז"ל על פי פסולי העדות בעגונא זהו מטעם דכל דמקדש אדעתא דרבנן כו' דהא לאו כולי עלמא סבירא לי' כך א"כ בנ"ד דעיקר מה שיש להחמיר בנ"ד הוא רק ע"פ שיטת הרמב"ן דמחמיר בכל עד מפי עד דס"ל דהראשון נאמן להכחישו וכנ"ל ע"כ שפיר יש לנו על נכון יסוד ההיתר הלז דהא שיטת הרמב"ן הוא דמה דנאמנים בעדות אשה הטעם הוא משום דאפקעינהו לקידושין מיני' כמש"כ הרמב"ן בתשובה סי' קמ"ב כנ"ל ע"כ עולה על נכון לשיטתו ההיתר הלז לפי דאף לשיטת הרמב"ן דמחמיר בכל עמפ"ע עכ"ז לשיטתו יש לנו היתר אחר ע"פ היסוד הנ"ל וגם הא כתבנו לעיל דלדברי הרמב"ן בחידושיו לב"ב דף ל"ד כפי שכתב שם מוכח דס"ל דחזקת מ"ק היא בכחה כמו חזקת ממונא לענין דלא מהני ברי של הבע"ד נגדו וממילא ה"ה רובא וכן אוקי אחזקה דלא מהני בזה. והכל כמש"כ לעיל בארוכה וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח דחזקת מ"ק היא בכחה מצד חזקה המבררת:

פ

ועוד יש לדון ולסתור למה שכתבתי לעיל לומר דיהא נאמן במיגו כנ"ל דהא כתבתי בספרי נחל יצחק סי' ל"ז סעי' ד' ענף ב' בשם כמה פוסקים דס"ל דהיכא דאינו מהימן בתורת עדות דלא מהימן אף במיגו כיון דלא הוי בעל דבר ע"ש והוא עיקר גדול השייך לענינינו ב"ה ועיין ביו"ד סי' קכ"ז בש"ך ס"ק ג' ובפתח הבית סי' יו"ד ענף ח' שכתב ג"כ זו הסברא לחלק דמי שאינו בע"ד לא מהימן במיגו וקצרתי:

פא

ועוד יש מעלה יתירה בנ"ד דהא לעיל כתבנו מה דיש מקום להחמיר עדיין אף דאיכא חזקת פנוי' דהא מבואר באה"ע סי' מ"ז דלפעמים מחמרינן אף היכא דאיכא חזקת פנוי' וכן כתבנו לעיל בשם הפני יהושע לכתובות דף כ"ג ובקידושין דף ע"ט וכן כתב הפר"ח

בכללי הספק ספיקא והפרמ"ג בהפתיחה לה' טריפות דלכתחילה יש להחמיר ולא לסמוך על החזקה לכתחילה כמו שכתבתי לעיל בארוכה דיש לומר דכל זה הוא בלא התירוה אבל היכא דהתירוה ע"פ דין אז בעת ההיתר של הב"ד ע"כ דייניין בכה"ג דדינא כמו דניסת דלא תצא כמבואר בכתובות דף כ"ב ובאה"ע סי' מ"ז ע"כ ה"ה בהתירוה דאמרינן בכמה דוכתי דהתירוה הוי כמו ניסת דלא תצא מהיתירא וה"ה יש לדון הכא לענין דיהי' מהני חזקת פנוי' כנ"ל בפשיטות לענין דלא תצא מהיתירא בנ"ד:

פב

היוצא לנו בקצרה מכל מה דנתבאר דאף אם נימא בנ"ד אין כאן רק ספק אחד בספיקא דפלוגתא ג"כ יש יסוד גדול להיתירא לפי שיטת כמה ראשונים הט"ז וסייעתו דנתבאר דס"ל להקל בספק פלוגתא בעדות אשה בעגונא. ובעז"ה נתבאר בטוב טעם עיקר דבריהם בנידן עדות מסל"ת וכיוצא וכש"כ בנ"ד דיש מעלות יתירות הרבה דהיא שייך ביותר עיקר יסוד דהיתירא דנא ע"כ יש לנו על מה לסמוך בעז"ה ולהיתירא והעיקר הוא מה דנתבאר לעיל בעז"ה כי יש לנו בנ"ד ס"ס מעליא בפלוגתא ולהיתירא ואף לפי מש"כ רע"א זצ"ל בתשובה סי' ל"ז בשם מהריב"ל סי' ח' ח"א דכתב להחמיר דגם בספק ספיקא דפלוגתא יש להחמיר היכא דיש חזקת א"א ע"ש. עכ"ז בנ"ד לפי מה דנתבאר דיש מקום לדון בנ"ד חזקת פנוי' ע"פ שיטת הרמב"ן דעיקר נאמנות ע"א הוא משום דאפקעינהו לקידושי כו' וכש"כ בעמפ"ע א"כ לא שייך בנ"ד לומר כ"כ דהוי ס"ס נגד חזקה דא"א וע"כ יש לנו לדון בפשיטות ובהרווחה בעז"ה להיתר דספק ספיקא דפלוגתא הנ"ל וגם יש לנו לדון בנ"ד ממה נפשך דעל כל האופנים יש לנו ההיתר בפשיטות בנ"ד דאם נימא כשיטת הסוברים דגם בספיקא דפלוגתא יש לנו לדון לאוקי אחזקה ונסתר לפ"ז היתר הס"ס הלז א"כ לפ"ז יהי' לנו היתר מורווח מטעם חזקת פנוי' המבררת לנו על ספיקא דפלוגתא משום הפקעת הקידושין כנ"ל ואם נימא דבמקום ספיקא דפלוגתא לא מהני חזקת פנוי'. אז יהי' לנו היתר מורווח האחר הנ"ל בנ"ד ע"פ ס"ס דפלוגתא דנתבאר כנ"ל דהוי ספק ספיקא מעליא ובפרט בנ"ד די"ל דהוי כמו כל ספק בהמעשה איך הי' דמהני בזה חזקת פנוי' לברר עיקר המעשה כנ"ל:

פג

וכ"ז הוא לשיטת הרמ"א בתשובה סי' ס"ו דס"ל דעיקר פלוגתת הרמב"ן עם החולקים עליו נחשב זה לספק אחד וכמש"כ לעיל בשם הקרבן נתנאל בכוונתו לכתובות פ"ז אות י"ב. ולשיטת הב"ש בסי' קט"ו ס"ק ד' דמשמע דס"ל דאין זה נחשב לספק כלל א"כ לא שייך אליבי' לדון להיתר ס"ס הלז. עכ"ז הא כתבנו דלשיטת הב"ש יש להתיר בנ"ד בפשיטות מצד מה דהתירוה מתחילה ע"פ דברי הב"ש בסי' י"ז ס"ק כ"ג דהסכים לדברי

השארית יוסף ואף דנתבאר דבנ"ד אין לסמוך ולהיתירא ע"פ דברי השארית יוסף עכ"ז בהתירוה יש לדון דהוא כ"ש מן הא דכתב השארית יוסף להקל בעד כשר מפי עד פסול הכל כנ"ל בארוכה ובפרט דנתבאר דהעיקר הוא בכוונת הרמ"א בתשובה דלא כהב"ש בסי' קט"ו ס"ק ד' הנ"ל והעיקר הוא כמש"כ הקרבן נתנאל כנ"ל ובאמת הא יש הרבה חולקים על הרמב"ן כמו שנתבאר לעיל הכל בעז"ה ע"כ יש לנו ס"ס מעליא להיתירא ועוד דנתבאר דמן דברי האור זרוע בפלוגתת רבינו העזרי עם ר' שמחה יש יסוד גדול להיתירא בנ"ד כנ"ל בארוכה ועוד נתבאר דיש לצרף שיטת הט"ז הראשונים דמצינו דס"ל להקל ע"פ ספק א' ג"כ בעדות עגונא וע"כ אף למה שכ' לעיל דע"פ הט"ז ביו"ד יש להחמיר בנ"ד עכ"ז הוי לשיטתו היתר הנ"ל דהא כתבתי לעיל דהט"ז נסתפק אם כריטב"א או כמהרי"ק על כל הטעמים הנ"ל יש לנו יסוד גדול להיתירא בעז"ה בהרווחה בפשיטות דיש לנו על מה לסמוך בעז"ה ולהיתירא:

פד

גם יש לנו לדון הרבה ע"פ מה שהעד הראשון העיד שלא בפני האשה דהא אין מקבלין שלא בפני הבע"ד לחובתה וגם אם קבלו בדיעבד לשיטת הרבה פוסקים לא מהני ואף דלא הי' אז בעת עדותו בב"ד להאשה שמה ג"כ לא מהני זה באיסורין לאוסרה ודוקא בממונות מהני כה"ג כמבואר בח"מ סי' כ"ח מצד הפקר ב"ד כו' והדברים ארוכין להכניס א"ע בפרט הזה וגם יש לדון בעיקר עדותו של אבי הבעל דאמר דיצא בנו מדעתו שני שנים אחר שנסע בנו למרחקים א"כ איך אמר דלפי השערתו דלא שמע ממנו נראה לו שמת דהא כיון דיצא מדעתו ר"ל אין לך אומדנא זה כלל אך כ"ז הם סברות בעלמא ואין לבנות היתירא על זה כלל ולפי יסודות ההיתר דנתבאר אף אם יבא אבי הבעל להעיד ולהכחיש לעדות של העד השלישי בפני האשה עצמה ג"כ אינו נאמן להכחישו והדין הוא דלא תצא מהיתירא ומותרת האשה להנשא אף לכתחילה ובכל הפרטים שנתבארו בעז"ה יש לי רוב לפלפל בכ"ז אך קצרתי וע"ז תן לחכם ויחכם כו':

ענף טז

פה

ועדיין יש לנו מה לדבר בנ"ד והוא כי בעיקר דברי הקהלת יעקב שהחליט דאחר שהתירוה ע"פ השני שוב אינו נאמן הראשון להכחישו ומותרת להנשא. יש לנו להעיר עליו מהא דמבואר בסי' י"ז סעי' ל"ז בבא ע"א כשר והעיד שמת בעלה והיתירוה ואח"כ בא ע"א והכחישו דלא תצא מהיתירה וכתב הרמ"א שם מיהו משום לזות שפתים לא תנשא ועיין בב"ש שם ס"ק ק"י שכתב בשיטת הרמב"ם דלא חיישינן ללזות שפתים וכפי אוקימתא דרבא בכתובות ד' כ"ב וכמש"כ הכ"מ והבדק הבית והובא בביאור הגר"א

זצ"ל שם ס"ק קי"ח ובפני יהושע לכתובות שם אכן לדינא דפסק הרמ"א דמשום לזות שפתים לא תנשא אף אחר שהתירוה ע"פ עד כשר כיון שבא אח"ז עד כשר להכחישו א"כ כש"כ אם העד השני מעיד מפי עד הראשון והתירוה ואח"כ בא עד הראשון והכחישו כש"כ דיש בזה לזות שפתים ותמיהני על הקהלת יעקב בזה איך סתם. ואין לחלק דשאני היכא דמכחישו ואומר דלא מת משא"כ היכא דאינו מכחישו רק במה שאומר השני מפיו דמ"ש הא כיון דאם לא אמר שמת לא הי' לנו שום מקום לידת הספק שפלוני מת רק עיקר הדבר הוא מפני אמירת השני בשם הראשון ועכשיו שבא הראשון והכחישו שלא אמר לו מעולם א"כ אין כאן שום לידת ספק כלל והוא בחזקת חי ויש בזה חשש לזות שפתים כמו הא דכתובות וסי' י"ז הנ"ל ואין לחלק בזה כלל וע"כ דברי הקהלת יעקב תמוהים:

פו

ואפשר לומר דכיון דהקהלת יעקב הוכיח עיקר דין שלו הנ"ל מן הא דשבועות דף ל"ב דאמר לדידה ולא אמר לב"ד דפטור מקרבן שבועה לפי דהיתה יכולה לילך לב"ד והי' מתירין לה והיתה נוטלת הכתובה וכדבריו שם. ומזה הוכיח הקהלת יעקב דבזה לא חיישינן משום לזות שפתים דאל"כ תקשה אמאי פטור באמר לדידה הא כיון לכתחילה לא תנשא משום לזות שפתים א"כ ממילא אינה גובה הכתובה וכדמצינו כה"ג פלוגתת הפוסקים גבי משאל"ס באה"ע סי' י"ז סעיף ל"ה ובב"ש ס"ק ק"ז. וע"כ מוכח דבעמפ"ע היכא דאינו נאמן הראשון להכחיש להשני אז לא הוי לזות שפתים כלל וכעין סברת הבית יוסף בתשובה דזה מקרי מעיד ע"ע ואינו נאמן וגם כיון דכבר התירוה ע"פ השני ה"ל הראשון כמו שהגיד כבר דאינו חוזר ומגיד וכנ"ל בארוכה ואף דכ"ז דלא התירוה לא אמרינן לסברת הבית יוסף שבתשובה כנ"ל עכ"ז לאחר שהתירוה אז שפיר יש לדון להסברא זו דלא ניחוש משום לזות שפתים וכה"ג כן י"ל בשיטת הקהלת יעקב אבל לפי מש"כ לעיל דהראי' שלו משבועות אינה מוכרחת ע"פ דברי הרא"ש והר"נ והרשב"א בחי' שם א"כ ממילא אין לחלק כן כיון דחזינן דנאמנות העד הראשון נגד השני המעיד מפיו יש לו נאמנות ביותר מן ע"א נגד ע"א המכחישו כידוע שיטת הרמב"ן א"כ ממילא יש לנו כש"כ דכמו דע"א נגד ע"א המכחישו יש בו לזות שפתים אף אחר שהתירוה א"כ כש"כ בעמפ"ע דאף לאחר שהתירוה ע"פ השני יש לזות שפתים לאחר שבא הראשון להכחישו וגם עיקר הסברא שכתבתי דאם הי' בי' לזות שפתים לא היתה גובה הכתובה משום דלא קרינן בי' כשתנשא לאחר זה אינו דכיון דליכא איסור מן הדין רק משום לזות שפתים קרינן בי' שפיר כשתנשא לאחר והא דלא כתב ה"ר העזרי באור זרוע בהעובדא

דילי' דיש בזה לזות שפתים י"ל דס"ל באמת כשיטת הרמב"ם דלא חיישינן לזה וכס"ל כן בשיטת רבא ע"כ י"ל דהי' ס"ל להר' העזרי דר' פפא בשבועות דף ל"ב דאמר שם דא"ל לדידה כו' דהוכיח משם האור זרוע כמו ראיות הקהלת יעקב הנ"ל. די"ל דס"ל לר"פ כמו שיטת רבא בכתובות דף כ"ב ע"כ אינו ראי' כלל מן ה"ר העזרי לדינא לכן לדינא כפי דכתב הרמ"א לחוש משום לזות שפתים עדיין יש לחוש בנ"ד ג"כ משום לזות שפתים:

פז

אמנם בנ"ד דהעד הוא עד פסול משום פסול קורבא י"ל דבכה"ג אין לחוש אף משום לזות שפתים דהנה ראיתי בספר בית יעקב על כתובות להגאון מליסא בכתובות ד' כ"ב ע"ב על תוס' ד"ה משום דרב אסי כו' לתרץ קושיות התוס' שם מיבמות דף קי"ז ומחלק דדוקא בבא עד כשר להכחישו לומר לא מת בזה חשו משום לזות שפתים כיון דאז לא מהימניא האשה עצמה כו' משא"כ בפסולי עדות דהיא נאמנת להכחיש את העד האומר לא מת אז ליכא לזות שפתים דהעולם יאמרו חזקה אשה דייקא ומינסבא ומסתמא נתוודע לה ג"כ שמת כו' עכ"ל. וי"ל דגם התוס' דהקשו ולא נחתי לתרץ כסברת הבית יעקב משום דהי' קשה להו דהא התם ביבמות בעת שהקשו בגמ' טעמא דנישאת הא לא ניסת לא תנשא כו' עדיין לא ידעו ממה דמוקי שם לקמן דמתניתין מיירי בפסולי עדות ועוד י"ל דאף לפי מה דמוקי שם לקמן דמיירי בפסולי עדות י"ל דכוונת הגמ' דמיירי בפסולי עדות ג"כ דהא מתניתין סתמא אמרו וקאי על עדות כשרים וגם על פסולי עדות א"כ מה מקשה הגמ' טעמא דנישאת כו' הא י"ל דמתניתין קאי בכל גווני ואף בכשרים לעדות וע"כ אמרו נישאת דאז בכל גווני לא תצא אף בעד כשר המכחישו ולכן אין ראי' מן התוס' דלא יהי' ס"ל להחילוק של הבית יעקב:

פח

וכן י"ל דזהו כוונת המהר"ם לובלין בתשובה סי' קל"ד במש"כ שם גבי עדות מסל"ת שכתב מתחילה דמראין הדברים ששונאים אפיקו לקלא כדי שלא תנשא לאיש כו' ועוד אפילו הי' עדותו אמת שהנכרי הגיד שהוא חי כו' ואפילו נחוש לחומרא רחוקה כו' דכל אותן הדברים באו מאין יהודי אחד כו' מ"מ אין לחוש לזה מאחר שהוכחנו דבכל עדות שבב"ד האחרון אין להסתפק לשום עדות כי אם לאין יהודי אחד א"כ לא עדיף מע"א אמר מת כו' והתירוה דלא תצא מהיתירה ומותרת לינשא ואע"ג שכתבו הפוסקים לחוש משום לזות שפתים כו' מ"מ פשיטא ופשיטא דאפילו לזות שפתים ליכא עכ"ל ופשט לשון המהר"ם לובלין נראה דאף לפי מש"כ דיש לחוש שמא כל, אותן הדברים באו רק מן א"י אחד ולא נימא דאויבים אפקוה לקלא רק האמת הוא כן א"כ הוי שני עדות מסל"ת המכחישין זא"ז וליכא רוב דיעות דמ"מ מותרת וליכא לזות שפתים לאחר

שהתירוה מתחילה ע"פ עדות מסל"ת א"כ מדבריו מוכח כעין חילוק הבית יעקב דבבא פסול להכחיש לאחר דהתירוה דליכא בזה חשש לזות שפתים ובאמת יש להסביר בפשיטות לחלק בין עד כשר ובין פסול לעדות די"ל דוקא בבא עד כשר להכחישו בזה אמרו לחוש משום לזות שפתים דיוציאו לעז עי"ז משא"כ בבא פסול בזה לא יוציאו לעז דאף דגם היתר הראשון הי' ג"כ מתחילה ע"י עד פסול מ"מ כיון דההיתר הי' כבר עכ"פ ע"כ לא יהי' בזה לעז במה שבא הפסול להכחישו. ומנלן דאף בפסול לעדות אמרו לחוש לחשש לזות שפתים כיון דחזינן דהרמב"ם לא ס"ל כלל הך חששא וגם עיקר חשש לזות שפתים אינו רק מדת חסידות וכמש"כ הרא"ש ביבמות פ' ט"ו סי' ט' והקרבן נתנאל שם ס"ק כ"ד והב"ש בס"ק ק"י וכן ראיתי בשמ"ק לכתובות דף כ"ב ע"ב שכתב דאין זה רק עצה טובה לחוש ללזות שפתים ע"ש ע"כ אף ע"י סברא קלושה ג"כ יש לחלק או כסברת הבית יעקב או כפי מש"כ בפשיטות דבפסול לא מצינו לחוש ללזות שפתים ומן המהר"ם לובלין הוי סיוע לדברי הבית יעקב והנה ראיתי בק"ע סי' שכ"ז דהביא בקצרה לתשובת מהר"ם לובלין בזה"ל דכיון שהתירוה כבר ונראין הדברים שהעדות השני אויבים דאפקי' לקלא פשיטא ופשיטא דאף לזות שפתים ליכא עכ"ל ומשמע דמפרשים דכוונת המהר"ם לובלין הוא דלכן אין לחוש לזות שפתים משום דנראין הדברים דאויבים אפקוה לקלא ובאמת לענ"ד מוכח פשט דברי המהר"ם לובלין לכל הרואה שם כנ"ל דכוונתו הוא כמש"כ:

פט

ובעיקר הדברים מה שאמרו לחוש משום לזות שפתים נלע"ד להעיר מילתא חדתא והוא דהא דעת כמה פוסקים דאשה מצווה על שבת יצרה ומה"ט ס"ת להשיאה כמש"כ המג"א סי' קנ"ג ס"ק ט' בשם הר"מ אלשקר וכ"כ הב"ש באה"ע סי' א' ס"ק ב' ובשם הרד"ך א"כ תקשה לפי מה דנתבאר דהך חשש לזות שפתים אינו רק מדת חסידות ועצה טובה ולא מן הדין דא"כ איך אמרו דמן מדת חסידות לא תקיים למצוה דשבת יצרה דהוי מצוה אלימתא דמוכרין ס"ת עבור זה לשיטתם ועיין בע"ז דף י"ג תוס' ד"ה ללמוד תורה כו' בשלמא במה דמצינו דחז"ל החמירו משום חומר עריות דלא תנשא לכתחילה י"ל בזה דהא יכולת בידם לעקור בשב ואל תעשה משום סייג וגדר ועיין ברבינו יונה ריש ברכות אבל במה דלא תקנו חז"ל שיהי' מן הדין כן רק אמרו דעצה טובה ומידת חסידות וכמש"כ הרא"ש והשמ"ק כנ"ל בזה קשה דאיך יכולין אנחנו להפטר ממצות דלא תהו ולשבת יצרה בשביל מדת חסידות וע"כ מוכח דלפי הסוברים דהאשה מצווה על שבת יצרה דס"ל דהא דחשו משום לזות שפתים מיירי ביש לה בנים דקיימה מצוה דשבת.

ועיין באה"ע סי' א' סעי' ח' בפלוגתת הפוסקים שמה ובב"ש ס"ק ט"ו ובמגילה דף כ"ז וב"ב דף י"ג וחגיגה דף ב' וגיטין דף מ"א בתוס' ד"ה לא תהו בראה כו' וקצרתי]. אבל באין לה בנים דמצווה לקיים מצוה דלא תהו בראה בזה לא שייך לחוש ממידת חסידות ללזות שפתים ולא שייך לומר בזה דהא על האיש דישא אותה יש חשש לזות שפתים דהא אפשר לו באחרת דהא כיון דעל ידי מה שישאנה תוכל לקיים מצוה דשבת יצרה א"כ ממילא גם על האיש דישאנה מצוה לעשות כן ולזכות אותה דאל"כ תתבטל ממצוה זו ולא שייך לדון בזה ולומר דהא לא אמרינן חטא כדי שיזכה חבירך דהא אין זה חטא כלל רק מדת חסידות כנ"ל וכן אמרו דמוכרין ס"ת להשיא יתומות דמשמע אף לאחר אמרו כן כדי לזכותה שתקיים מצות שבת יצרה. ע"כ ברור ופשוט מכל הלין טעמי דבנ"ד אין לנו לחוש כלל אף משום לזות שפתים ועיין במהרי"ק סי' ל"ב במה שכתב המהרי"ק שם להעיר במה שכתב שם מתחילה להאמין השוחט שאמר דשחט כהוגן משום דכ"מ שהאמינה תורה לע"א ה"ה כשנים ואין דבריו של המכחישו רק כע"א והקשה דניחוש ללזות שפתים וכתב לחלק שם וקצרתי:

צ

ויש לי עוד אריכות דברים בכל הפרטים הנאמרים אך לא רציתי לצאת חוץ מגדרי ולא באתי אלא במה שנוגע לדינא ובאמת בכל מה דנתבאר בעז"ה אף דלכאורה נראה שהארכתי אך באמת לא יצאתי מחוץ לענינינו הנוגע לעיקרו הלכה זו ולא העמסתי לפלפל בפלפולים אחרים אף שיש לי רוב לפלפל בכמה סוגיות ע"י מה דנתבאר עכ"ז ראיתי לקצר רק לכתוב יסודות נכונות המוכרחות בעיקר היתירא דנא והאמת הוא כי כל המבואר בהקונטרס הלז מראשיתו עד סופו הם הכל מוכרחים לדינא ות"ל כי עזרני ד' עד הלום להורות לפנינו הדרך הנכון להוציא ענין העגונא להיתירא ע"פ היתר מורווח ביסודות נכונות לאמיתה של תורה בעז"ה אך מחמת חומר הענין אין אני מסכים להיתירא עד שיסכימו כת"ר ויצרפו לזה עוד שני רבנים גאונים ובאופן שיעיינו היטב בכל הקונטרס שלי מראשיתו ועד סופו ויראו בעינא פקיחא כל חלקי הסותר והבונה שהעליתי בעז"ה ולא בדרך העשרה בעלמא רק בעיון היטב אז אם יסכימו להיתירא הן מטעמים שלי והן מטעמים אחרים לפי ראות עיניהם אז הנני מסכים ונמנה עמהם להיתירא ובאם לאו אינני מסכים למעשה להיתירא ולא יוכבד עליהם המעמסה הזאת כי הלא ידוע לכל רוב חולשתי וטרדתי העצומה מאד ובפרט בעת הזאת וביחוד מלאכת הכתיבה והסידור של הקונטרס הגדול הזה ועכ"ז ראיתי להזדקק ולעבוד העבודה רבה דנא למען תקנת העלובתא דנא כי מצוה רבה היא מאד וכמאמרם כי כל המתיר עגונא

א' כאילו בונה חורבה א' מחורבות ירושלים וע"כ בוודאי יראו להכניס א"ע ולעיין בכל הקונטרס הלז ואם יסכימו אז להיתירא אז הנני נמנה להיתירא ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה בהרווחה בעז"ה:

ענף יז

צא

והנה אחר ששלחתי קונטרסי הזה להרבנים הג' השואלים הגיעני מכתבם שהודיעוני כי עיקר ההיתר של הב"ד להאשה העגונא מקודם הי' זה שלא בפני האשה וכתבו בשם רב גדול א' לפקפק בעיקר היסוד דהתירוה שבנ"ד דיש לדון דכיון דהי' ההיתר שלא בפני האשה ע"כ אין זה מקרי התירוה ויסודו ע"פ דברי החלקת מחוקק ס"ק ע"ז דהביא בשם הבית יוסף בשם תשובת הרמב"ן בלשון דכל שלא עמדה בפני הב"ד אין בדברי העד כלום כו' ואף שיש לדמות זה להא דמבואר בח"מ סי' י"ג וסי' י"ח דפוסקין ד"מ שלא בפני הבע"ד מ"מ זה אינו רק בגמר דין א"כ כל זמן דלא באתה בעצמה לפני הב"ד י"ל דלא מהני מה דהתירוה שלא בפני' כן הוא קוטב דבריהם במכתבם האחרון:

צב

ובאמת לא אכחד כי אנכי לא ידעתי מזה כלל ומעולם לא עלה על לבי לחוש לזה כי הי' בדעתי אשר מסתמא היתה האשה בעצמה אז לפני הב"ד בעת שהתירוה וכפי פשטות מכתבם וע"כ לא עלה על דעתי להסתפק ולדון בזה ולפלא בעיני על מה שלא הודיעו לי מזה מתחילה במכתביהם הרבים ששלחו אלי והנני להשיבם מה שנלע"ד לדון בזה הפרט והנה דברי הבית יוסף והח"מ הללו הם מן תשובות הרמב"ן וכן ראיתי בתשובות הרשב"א המיוחסות להרמב"ן בסי' קי"ט שכתב כלשון הזה והובא בישו"ש ליבמות פ' ט"ו סוף סי' ט"ו שכתב בשם הרמב"ן שכתב בזה"ל דלא תנשא אלא ברשות ב"ד וכל שלא עמדה בפני ב"ד אין דברי העד כלום וכו' עכ"ל הישו"ש ומכל זה נראה לכאורה דלא דיינינן הך דין דהתירוה רק אם עמדה אז בפני ב"ד אבל אם התירוה שלא בפני האשה לא מהני זה:

צג

אכן לענ"ד נראה דאף היכא דנזדקקו הב"ד להתירה ע"פ עדות ע"א דגם זה מקרי בשם התירוה אף דהי' שלא בפני האשה ולענין דאם בא עד שני להכחישו דלא יהא מהימן דאם נימא דבעינן דוקא התירוה בפני האשה א"כ לפ"ז יהי' הדין נותן באשה קטנה שנתקדשה וניסת ע"פ קידושין מה"ת ואנו מזדקקין להתירה ע"פ עדות ע"א והתירוה דאם יבא אח"ז עד שני להכחישו דיהי' מהימן השני להחמיר משום דבכה"ג לא נחשב זה להתירוה כיון דבעינן דוקא בפני האשה א"כ בקטנות דאמרינן בכ"מ דדין הקטן הוא

כמו שלא בפניו כמבואר בב"ק דף קי"ב גבי קטנים וכי מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ופי' רש"י והאי קטן כמאן דליתא דמי וכן דיינינן לכלל הלז בכמה דוכתי. ובקצה"ח סי' קכ"ו ס"ק י"ד הביא בשם הכנה"ג שכתב דאם המקבל קטן אין דין מעמ"ג דקטן כשלא בפניו דמי ועיין בקצה"ח סי' רל"ה ס"ק ג' וקצרתי א"כ לפ"ז נראה לדון בנשים קטנות היכא דנשאו ע"פ קידושין דאורייתא ועכשיו אנו רוצין להתירן ע"פ עדות ע"א דלא יהי' שייך בהו כלל הך מילתא דהתירוה מקודם דיבא עד שני להכחישו כיון דדין הקטן הוי כמו שלא בפניו והא לא מהני למעלות התירוה שלא בפני האשה ובוודאי אין סברא לומר ולחלק דבקטנות ישתנה הך דינא דא"כ ה"ל להפוסקים לכתוב כן בפירוש ולחלק דשאני קטנות בזה וכן משמע ביבמות דף קי"ז ע"ב דמקשו בגמ' טעמא דנישאת הא לא נישאת לא תנשא והאמר עולא כו' ולא אמרו דמשום נשים קטנות נקטו נישאת כו' דיהי' מהני אף בנשים קטנות ויש להאריך בזה אך אין אנו צריכים לזה דהא מן סתימות הפוסקים והראשונים משמע דלא מחלקינן בזה בין קטנות כו':

צד

וכן לשיטת הרמ"א בסי' י"ז סעי' ל"ט דסבירא לי' בכל אשה הנשאת ע"פ ע"א צריכה רשות ב"ד. ואי נימא דבעינן דוקא בפני' א"כ ישתנה הדין בנשים קטנות שלא יהי' מותרות ע"פ ע"א כיון דדינן כמו שלא בפני' וכן יש להסביר ביותר דהא קטן אוכל נבילות קיימ"ל דאין ב"ד מצווין להפרישו א"כ לא שייך בקטנות לומר מותרות אתן להנשא כיון דלאו בני מצות ננהו ולא שייך גביי' איסור והיתר כלל רק עיקר מה דדיינינן בהו אם מותרות להנשא לפי דיצאו מן איסור א"א. זהו רק לענין אם מותר האיש לישא אותן. א"כ לפ"ז נצטרך להדר להיתירן ע"פ ע"א בב"ד לפני אותו האיש שירצה לישא אותה דאז דווקא שייך לומר דמותר אתה לישא אותה וכמו בריש הוריות דאמרו מותרין אתם לעשות בלשון נוכחי:

צה

ובאמת הסברא נותנת דאף שלא בפני האשה ג"כ שייך לדון דנחשב היתר ב"ד להיות דינו כמו כל התירוה דאם יבא אח"ז העד השני להכחישו דלא יהי' נאמן דהא עיקר הטעם דאחר שהתירוה ע"פ עד הראשון א"נ העד השני להכחישו הוא כמש"כ רש"י ביבמות דף קי"ז ע"ב דאחשביני' כתרי ולעיל ביבמות דף פ"ח כתב רש"י הטעם דכיון שהתירוה לינשא הוי בחזקת היתר והובא דברי רש"י זו בקהלת יעקב סי' י"ז סעי' ח'. א"כ עיקר הטעם הוא דזה מקרי יצא בהיתר והוחזקה לנו בחזקת היתר א"כ זה הטעם שייך ג"כ אף שלא בפני האשה דדיינינן עלי' דהוחזקה לנו בהיתר וזה לשון הר"ן בחי' לב"מ דף ב' ע"ב דלכן אמרו בהתירוה ע"פ ע"א דאינו נאמן השני להכחישו לפי דזכתה בעצמה כו'

וכ"כ הנימוקי יוסף בריש ב"מ בשם הר"נ וכיון דזה הוי זכות ע"כ אמרינן בזה זכין לאדם שלא בפניו ומה שכתב הרמב"ן הנ"ל דכל שלא עמדה לפני הב"ד לאו כלום הוא היינו דהיכא דלא באתה לב"ד לבקשם שיתירוה אז אין יכולת ביד הב"ד להזדקק להתירה דהא אפשר דהיא אינה רוצית כלל בזה א"כ מאן שווינהו ב"ד ע"ז והעיקר הטעם דע"א נאמן בהתרת עגונא הוא דמשום עגונא אקילו בה רבנן כמבואר ביבמות דף פ"ח א"כ זה אינו שייך אלא היכא דהאשה מהדרת בעצמה להתיר אותה מכבלי העיגון ע"כ היכא דלא הי' ידיעה לנו אז בעת ההיתר שהאשה רוצית בזה אין כאן היתר ב"ד משום דזה לא מהני דאפשר דאינה מרוצית בזה כלל אבל היכא דידעינן דהאשה מהדרת שיתירו לה מכבלי העיגון וכמו בנ"ד אז בודאי מצוה על כל ב"ד להזדקק ולהתירה כיון דזהו בגדר זכות דזכין שלא בפניו וע"כ שפיר עבדו דהתירוה אף שלא בפני' דזהו טובתה דאולי בתוך כך יבא ע"א להכחישו דלא יהי' מהימן משום דזכתה בעצמה ואחשביני' כתרי והוחזקה לנו בהיתר דאינו נאמן ע"א נגד חזקה והוי כמו כל היכא דדיינינן להסברא דיצא בהיתר דלא מצינו דיהי' כן דוקא בפני הבע"ד:

צו

ולכן אתי שפיר בנשים קטנות המזדקקים הב"ד להתירן ע"פ עדות ע"א שמת בעלה דאף דדינן כמו שלא בפני' מ"מ מקרי זכות היכא דידוע להב"ד דטובת הנשים הוא להתירן מהעיגון וזכין לקטן ג"כ וזהו זכות גמור ועיין בתוס' כתובות דף י"א ע"א וע"כ אתי שפיר אף להסוברין בנשים העגונות דצריכין היתר ב"ד דכבר כתבנו דלהקטנות לא שייך עלייהו דין איסור והיתר דהא קטן אוכל נבילות אין מצווין להפרישו ועיקר ההיתר בהו על האנשים הרוצים לישא אותן והלא לא הצריכו שיהי' שם האנשים הרוצים לישא אותה בעת ההיתר של הב"ד משום דבאמת אף על אותן האנשים שאינן שם בעת ההיתר ג"כ שייך עלייהו ההיתר משום דלא בעינן בזה בפניו ואף דלשיטת הרוב פוסקים דס"ל דלא בעינן בעגונא היתר ב"ד כלל נדחה זה ההוכחה מ"מ הא אי נימא דבעינן דווקא בפני האשה וקטן הוי כמו שלא בפניו א"כ יהי' דין חלוק בקטנה דהיכא דהתירוה ע"פ עד הראשון ואח"ז בא עד שני להכחישו דישתנה הדין ולא יהי' מועיל בזה מה שהתירוה ונחלק דשאני גדולה בזה אבל באמת אין סברא לחלק בין קטנה לגדולה דהנה עיקר הך דין אם נאמן ע"א בקטנה אף דלא שייך בזה דייקא ומינסבא. העלה הנו"ב במ"ק סי' כ"ז דנאמן ע"א אף בקטנה. והבית מאיר בסי' ט"ו כתב לפסוק כן לדינא משום דחלילה להעלות על הדעת לחלק דשאני קטנה בזה שהרי לא מצינו בשום מקום לחלק כו' עי"ש:

צז

וידעתי מה שהעיר החמדת שלמה בסי' מ"ב אבל העיקר כהנו"ב והבית מאיר וכן הכריע בספר ברית אברהם סי' מ"ו אות ב' עי"ש ולכאורה יש להעיר בזה בהא דיבמות דף קט"ז ע"ב אמרו לר' יהודה לדבריך פקחת תנשא שוטה לא תנשא אלא אחת זו ואחת זו תנשא הרי דגם בשוטה דייניין כן אף דלא שייך בה דייקא כו' אך זה אינו ראי' כלל דהש"ס לא מיירי שם בשוטה גמורה דהא בשוטה לא שייך לשון תנשא דהא לא תקנו רבנן נישואין בשוטה כמבואר ביבמות דף קי"ב ובאה"ע סי' מ"ד ובסי' ס"ז ועיין בס' יד המלך פ' י"ג ה' גירושין ה"א מזה וקצרתי ובאמת הא מבואר להדיא באה"ע סי' י"ז סעי' מ"ג דמיירי ביודעת בטיב נישואין כו' ועיין בח"מ שם ובבאר היטב ס"ק קל"א ובתוס' יו"ט ואכמ"ל בפרט הזה:

ענף יח

צח

נחזור לענינינו דהעיקר כדברי הבית מאיר שכתב בסי' ט"ו סעי' כ"ח דאין לחלק בין קטנה לגדולה כלל וחלילה להעלות על הדעת כן שהרי לא מצינו בשום מקום לחלק כו' ע"ש א"כ ממילא כמו דבגדולה דייניין דאם התירוהו ע"פ עד הראשון אינו נאמן השני להכחישו כמבואר ביבמות דף קי"ז ע"ב במשנה ובגמרא דה"ה בקטנה דגם בזה אין לחלק א"כ חזינן דאף דקטנה הוי הדין כמו שלא בפניו בכל מילי ואפ"ה מהני מעלת התירוה בזה דה"ה בגדולה אף היכא דהי' שלא בפניו כיון דידוע אז לכל דזהו טובתה וזכותה להתירה מן העיגון דהא היתה משתדלת ע"ז הרבה וזה הוי זכות גמור וזכין שלא בפניו:

ולכן אף דבדיני ממונות העלה הש"ך בסי' י"ג דדוקא גמר הדין פוסקין שלא בפניו ולא היכא דלא טענו בפניהם זהו דווקא בדין דהוי חובה להבע"ד אבל בהתרת העגונא דהוי זכותה היכא דידוע דמשתדלת אח"ז בוודאי הוי זה זכותה וזכין שלא בפני' אף דלא היתה מעולם בפני אותו הב"ד דנזדקקו לטובתה להתירה וכש"כ לשיטת הב"ח דהובא בש"ך שם דבדיעבד מהני פסק דין בדיני ממונות שלא בפני הבע"ד דוודאי מהני בנ"ד בדיעבד מה דהתירוה שלא בפניו ואין סברא לחלק דשאני קטנה דאי אפשר בענין אחר משא"כ בגדולה דהי' באפשרי שתבא בעצמה לפני הב"ד דזה אינו דאי נימא דאף בדיעבד לא מהני מה דהתירוה שלא בפני האשה א"כ לפ"ז לא יהי' מהני אף בקטנה דהוי כלא אפשר. דהא היכא דדיעבד לא מהני אז גם היכא דלא אפשר ג"כ לא יהי' מועיל דהא עיקר מעלת לא אפשר הוא משום דבמקום דלא אפשר כדיעבד דמי כמבואר ואחר כותבי כל זה ראיתי בקצה"ח סי' י"ג שכתב להכריע כהב"ח דבדיעבד מהני אף שלא בפני הבע"ד

והוכיח כן ממה דפוסקין בדיני ממונות אף על הקטנים דהא קטן הוי כמו שלא בפניו ע"ש וזהו כעין מה שכתבתי להיכירו דמהני היתר עגונא שלא בפני' מן קטנה הניתרת ע"פ ע"א דהא הוי כמו שלא בפני' כנ"ל:

צט

ועוד יש לדון בנ"ד דהא מבואר בהרמב"ם ה' שגגות פ' י"ב ה' ב' שכתב בזה"ל ויאמרו לעם מותרים אתם לעשות וכן אלו ששמעו מפי ב"ד אם אמרו לאחרים מותרין אתם לעשות כו' א"כ לפ"ז היכא דהי' קרובי האשה בעת ההיתר ואמרו להאשה בשם הבי"ד דמותרת להנשא וודאי דזה הוי כמו בפני' וכפי הנראה ממכתבם נראה דהי' שם קרובי האשה בעת התירוה הב"ד א"כ זה מועיל כמו בפני' וזה הוא עיקר גדול בענינינו אך אף היכא דלא הי' שם קרובי האשה ג"כ מועיל מה דהתירוה אף שלא בפני' משום דשאני היכא דהוי זכות לה דהשתדלה ע"ז זמן רב וכמש"כ הר"ן בריש ב"מ והנ"י שם דלכן מהני מה דהתירוה משום דזכתה בעצמה כנ"ל וה"ט שייך אף שלא בפני' ג"כ:

ויש לדון בדברי הרשב"ם בב"ב דף ק"ל ע"ב בד"ה עד שיאמרו לו הלכה למעשה בסה"ד בזה"ל עד שיאמרו הלכה למעשה כן הלכה לך ועשה כן א"נ שיאמרו לו הלכה כו' ובהוריות דף ב' ע"א ובתוס' שם ד"ה הכא מסקינן כו' ובכל הסוגי' שם וקצרתי ולפי כל הנ"ל א"כ בנידון העגונא דנ"ד דידוע לכל כי זה זמן רב אשר האשה ואבי' משתדלים להשיג היתר באיזה עצה להנצל מכבלי העיגון אשר נהעגנה מכמה שנים ע"כ בוודאי הוי זכותה וטובתה במה שהשתדלו הב"ד להתירה מיד לאחר שקיבלו העדות וחששו שמא יבא בתוך כך להכחישו ע"כ ראו להתירה מיד ולכן אף דהוי שלא בפני' ג"כ נחשב זה להתירוה דנאמן הראשון כשנים:

ק

וע"ד מה שכתב רב גדול א' להעיר בנ"ד דכיון שהי' ההיתר של הב"ד ע"מ שיסכים רב גדול א' לדעתם ע"כ אין זה נחשב להתירוה הנה באמת גם אנכי לעצמי העירותי בזה וכן העיר כזה בספר ברית אברהם בסי' צ"ט ס"ק ב' דהיכא דהי' ההיתר ע"מ שיסכים רב גדול א' דאין זה נחשב להיתר וכמבואר בריש הוריות ע"ש ועיין מזה בפתחי תשובה לסי' י"ז ס"ק ק"מ אבל באמת בנ"ד שפיר מקרי זה בשם התירוה דהא הב"ד דהתירוה התנו בפירוש אז דמתירין אותה ע"מ שאסכים אנכי ג"כ להיתירא ואנכי הסכמתי אז להיתירא בלא שום הצטרפות עוד לרב גדול אחר:

רק כתבתי כי דעתי מסכמת לדעתם א"כ נגמר אז מיד ההיתר בפשיטות ויפה כתב כת"ר לדמות זה להא דע"מ שירצה נשיא כמבואר בסנהדרין דף י"א ואף דאחר שבא העד בפני להכחישו ראיתי אז להסתפק בזה ולכן ראיתי לעסוק שנית בדבר הלכה זו ומן חומר

הענין העליתי להיתירא שנית ע"מ שיצטרפו עוד שני רבנים גדולים עכ"ז הא זה דומה להא דאה"ע סי' ל"ח סעי' יו"ד בתנאי ע"מ שיאמר הן דאם אמר הן כבר נתקיים התנאי ושוב א"י למחות כמש"כ הב"ש שם ס"ק ך'. ע"כ מיד דהי' אז הסכמתי להיתירא מכבר א"כ ממילא אז הי' נחשב זה להיתירא רק דעיקר שקלא וטריא שלי הי' לאח"ז אם מהני בזה מעלת התירוה. וע"כ מיד שהסכמתי אז מתחילה להיתר של הב"ד א"כ נגמרה כבר הוראתם ומקרי שפיר דהי' לה רשות ב"ד. ובאמת כמו כן בהא דריש הוריות דאמרו שם דבעינן דיאמרו מותרים אתם לעשות נראה לי דה"ה אם אמרו מותרים אתם בתנאי אם יהי' כך ולבסוף נעשה התנאי כציווים דגם זה מקרי הוראה שם לחייב ב"ד בקרבן פר העלם דבר ולפטור העם מקרבן ושאני הך נידון דכתב הברית אברהם הנ"ל דשם לא נגמרה עדיין הוראת הגאון דלא הסכים עד שיסכים עוד רב א' ועדיין לא נתקיים תנאי זה אבל בנ"ד שפיר נתקיים תנאי של הב"ד דהטילו בעת ההיתר וקרינן בי' שפיר התירוה ב"ד דיש לה רשות ב"ד לאחר הסכמתי מתחילה:

קא

ועוד דהא עיקר החשש של הב"ד דהתירוה הי' מפאת שמא יבא אבי הבעל להכחישו אבל כ"ז שלא בא בוודאי היתה מותרת להנשא דהא כיון דאין העד הראשון בעירה אינה מחוייבת להמתין עד שידרשו ממנו וכן הב"ד אינם מחוייבים לדרוש ולחקור אחר העד הראשון כמבואר בסי' י"ז סעי' ח' ובהפוסקים. א"כ עיקר ההיתר של הב"ד נגמרה אז בעת שהתירו לה הב"ד דזהו הי' בלא תנאי. רק דעשו לרווחא דמילתא לחוש פן יבא ויכחישו: **ע"ז** אמרו דהם מתירין וסומכין על הסוברין דאחר שהתירוה לא יהי' נאמן הראשון להכחישו וזהו בתנאי אם יהי' הסכמתי לזה אבל עיקר ההיתר ורשות ב"ד להנשא נגמר אז מיד דהא הי' לה רשות ב"ד להנשא מיד בעת ההיתר רק הב"ד חששו שמא יבא אבי הבעל להכחישו ויוכל להיות ח"ו דתצטרך להיות תצא מבעלה דתנשא לו. ע"כ מהדרים לרווחא דמילתא לצרף להם דעת רב א' להסכים לדעתם דלא יהי' ממש בהערעור של אבי הבעל אם יבא לערער ולהכחיש ע"כ מקרי זה שפיר בשם התירוה וכן מוכח מן האור זרוע הגדול ח"א סי' תר"צ שהביאותיו כבר בקונטרסי הגדול דמוכח שם דמה דהתירו לה הב"ד ע"פ אמירת האשה מקודם דזה נחשב להתירוה ואף דאח"ז שלחו הב"ד לחקור מן העד הראשון עכ"ז מקרי זה בשם התירוה כמבואר שם וכמש"כ בשמם לעיל בלשון האור זרוע בקונטרסי באריכות הרי להדי' דאף דהב"ד היו מהדרים לרווחא דמילתא לצאת מכל החששות שיוכל להיות עכ"ז נחשב זה להתירוה ומדמה שם באור זרוע להא דיבמות דף קי"ז עד אמר מת דקאי שם רק בהתירוה כו' א"כ ה"ה בנ"ד כיון דבעת

שנזדקקו הב"ד להיתירא לא הי' אז אבי הבעל להכחישו לכן מקרי זה שפיר התירוה ורשות ב"ד להנשא אף דהיו מהדרים לצאת מן החששות שיוכל להיות. ויספיק הקיצור בזה הפרט:

קב

ולכן היסוד דהיתירא דכתבנו בנ"ד דהוא משום דהתירוה זהו יסוד נכון ועכ"ז משום חומר הענין יכתבו אלי עוד הפעם לבאר איך הי' התנהגות הב"ד בעת שהתירוה מתחילה ואם הי' שם קרובי האשה בעת שהתירוה ואם אמרו להקרובים שיודיעו זאת להאשה עצמה כי יצתה בהיתר ויראו להודיעני באר היטב איך הי' מתחילה בעת שהתירוה ואיך הי' בבוא מכתבי הראשון לרומעכ"ת ואז אדע מה להשיבם בביאור היטב ואם שיוכשר הענין דהי' זה במעלת התירוה אז הנני מסכים להיתירא ע"פ היסודות שנתבאר לעיל בארוכה וכפי דעת מעכ"ת ובאופן דוקא שיצטרפו לזה עוד שני רבנים גאונים מפורסמים שיסכימו להיתירא אז הנני נמנה עמהם להיתירא וד' יהי' בעזרינו להציל העגונא עלובתא דנא מכבלי העגון כי כבר חשו חז"ל על תק"ע ומצוה רבה להשתדל ע"ז:

ממני ידידם העמוס ברוב תלאות וטרדות שונות ודו"ש והכותב והחותם ביום ב' ז' אייר תרל"ו קאוונא:

סימן כח

נשאלתי ע"ד עגונא שנתעגנה מבעלה זה זמן רב ולא נודע לה מקומו וכהיום נשלח לעיר מגורי בעלה את הפאס שלו וכתבו ממקום רחוק כי מת שם ומצאו אצלו את הפאס הנשלח ובתוך הסימנין של הפרימעטעס שלו הי' סימן קרחה בראשו ועוד כמה סימנים גרועין. וכן בעלה הי' לו כל הסימנים גרועין והסימן קרחה בראשו ונשאלתי אם יש להתירה מכבלי העיגון:

א

תשובה בקצרה כי ידוע דברי האחרונים דהפאס נקרא מידי דלא שכיח לשאולי וכמש"כ הנו"ב במ"ת סי' מ"ו ורוב פוסקים ס"ל דבמידי דלא שכיח לשאולי לא חיישינן לשאלה וכ"כ השיטה מקובצת בב"מ דף כ"ז ע"ב בשם הרשב"א דכתב בזה"ל מהא דאמרינן כיס וארנקי וטבעת לא מושלי שמעינן דמעידין עלייהו אפי' למ"ד סימנין לאו דאורייתא ולא חיישינן לשאלה כלל בכל כי הא כו' וה"ה לעדי מיתה הרשב"א עכ"ל השמ"ק הרי להדיא דהרשב"א ס"ל דאף למ"ד סי' דרבנן מ"מ מהני מידי דלא שכיח דמושלי וכן מוכח מן התוס' יבמות דף ק"כ ע"א ד"ה אמר רבא כו' לשני תירוצי בתראי של התוס' שם ע"ש וזהו דלא כהבית דכתב להחמיר בזה וכן הכריע הב"ש לדינא אך בנ"ד יש להקל אף לשיטת הב"י לפי מה דהוכחתי במק"א דאף לפי מה שהחמיר הבית יוסף במידי דלא

שכיח דמושלי אין זה רק מדרבנן כמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ל"ז ובמ"ת סי' מ"ו ע"כ אם יש סימן אמצעי בגופו אז אף להבית יוסף יש להקל ולומר דהא בדרבנן מהני ס"א. ועוד דהא כבר כתבתי בספרי באר יצחק סי' וא"ו דהא דנסתפקכו דלמא סי' דרבנן זהו לפי דיש לנו לומר דפריש מן רובא דעלמא. ע"כ היכא דיש לנו רוב אחר הסותר להך רובא דעלמא מבעי לן לסמוך על סי' אמצעי אף למ"ד דהוי מדרבנן א"כ בנ"ד דהוי מידי דלא שכיח דמושלי דלכה"פ יש בו רוב הסותר להך רובא דעלמא לפי דהך רוב דלא שכיח דמושלי מבררת לנו דזהו של אותו האיש שאנו דנין עליו. והוי ספק השקול ע"י הנך רובי הסותרים זא"ז ע"כ היכא דיש ס"א ממילא סמכינן עליו לכ"ע. והארכתי בזה בחידושיי במה שהקשו בש"ס על הא דמצאו קשור בכיס כו' ניחוש לשאלה. ובמה שהקשה הב"ש מלקמן סי' קל"ב וכן הארכתי בדברי הב"י הנ"ל עפ"י שיטת החכ"צ דאם יש ס"א בגופו אז אף הב"י מודה דלא חיישינן לשאלה דיחיד במידי דלא שכיח דמושלי. וביארתי דאם יש ס"א בגופו דזה מוכח אף להב"י דלא חיישינן לשאלה במידי דלא שכיח דמושלי. ולכן א"ש מה דמחזירין חמור בעידי אוכף אף למ"ד סי' דרבנן. משום דמיירי היכא דיש ס"א בחמור דאז הוי שאלה דיחיד ולא חיישינן בזה לכ"ע במידי דלא שכיח דמושלי ואכמ"ל בכ"ז:

ב

ונקדים לדברי המשאת בנימין סי' ס"ג שכתב דחיסור או יתר אבר סי' מובהק וחשוב הוא דמדאורייתא הוא מום גמור לכל דבר שבעולם כו' עכ"ל ונראה דס"ל דמה דנחשב למום דזה הוי סימן מובהק בהיתר עגונא ויש להעיר ע"ז מהא דיבמות דף ק"כ וב"מ דף כ"ז דארוך וגוץ לא הוי רק סי' גרוע והנו"ב במ"ק סי' נ"א כתב דזהו ארוך וגוץ ביותר דאילו ארוך וגוץ דעלמא בזה לא הי' צריך התנא לומר לפי דאין זה נחשב לסימן כלל עכ"ל הנו"ב וכבר הקדימו התה"ד בסי' קס"א בזה ובבכורות דף מ"ה ע"ב איתא דקפח היינו גבוה הוי מום הפוסל בכהנים הרי דאף מה דהוי מום הפוסל בכהנים מ"מ לא הוי סי' אמצעי רק סי' גרוע ויש לומר דמזה אינו ראי' לפי מה דאמרו בגמ' שם דהש"ס מקשו והא הקב"ה משתבח בבעלי קומה ומתרץ באריכא שמוטה סגיא ופי' רש"י דארוך ודק שאינו עב לפי אורכו כו' וצ"ע על הרמב"ם פ"ח ה' ביאת המקדש ה' י"ד שכתב סתמא הארוך ביותר כו' נחשב למום ולא הביא למה דמבואר להדיא בגמ' דדוקא בדק שאינו עב לפי ארכו. והנה בפי' המשניות להרמב"ם פ"ז דבכורות על משנה דהקפח הוי מום כתב בזה"ל וקפח הוא הארוך הרבה עד שמואסים בני אדם ארכו וי"ל דכוונתו הוא ג"כ אם הוא דק שאינו עב לפי ארכו ומתוך כך מואסים בו בני אדם:

אבל הרמב"ם בהיד החזקה לא כתב כלל מזה רק בקצרה הארוך ביותר וקשה כנ"ל ואפשר דזהו כוונתו במש"כ הרמב"ם שם במה שסיים עד שיהי' מופלגין משאר העם. וי"ל דבמה שאינו עב לפי ארכו בזה הוי מופלג משאר העם וקיצר הרמב"ם בזה. וגם י"ל דנתכוין הרמב"ם לזה במש"כ הארוך ביותר דלכן הוי ארוך ביותר לפי שאינו עב לפי ארכו וכנראה כן מן דברי הכ"מ שם ע"ש. ולכן אין הכרח מזה לסתור לדברי המשאת בנימין בהכלל שלו. וי"ל באמת דהיכא דהוא גבוה ודק שאינו עב לפי ארכו דנחשב זה לסימן אמצעי לכל הפחות:

ג

אכן עדיין תקשה במה דאמרו בבכורות שם דהננס והוא הקצר ביותר וכמש"כ הרמב"ם שם ה' ביאת המקדש פ"ח ה' י"ד דזהו מום הפוסל בכהנים והא כתב התרומת הדשן בסי' קס"א בזה"ל דמה דאמרו בגמ' דארוך וגוץ לא הוי סי' כלל דלא איצטריך לאשמועינן רק אם הוי מופלג קצת באריכות ואפ"ה לא מהני לפי דרגילות הוא בהרבה ב"א שהם ארוכין וגוצין מבינוני ולכך אפילו אם הוא קצת בהפלגה לא מהני עכ"ל התה"ד וכ"כ הנו"ב במ"ק בסי' נ"א דאף ארוך ביותר וגוץ ביותר לא הוי סימן כלל ולכן אף דנתבאר דבקפח דהוא ארוך ביותר אין זה קשה כלל אכן עדיין תקשה מן סימן ננס על מה דמבואר דסי' גוץ ביותר לא הוי סימן כלל ודוחק לומר דכוונת הנו"ב הוא רק במה דנחשב למום מצד עצם המום ובין מה שאינו נחשב למום רק מצד שאינו שוה בזרעו של אהרן כדאמרו בבכורות דף מ"ג דזה דוחק אך באמת אין זה קשה כלל דהא התה"ד כתב בלשונו דאם הוא קצת בהפלגה לא מהני ומשמע דאם סי' גוץ וארוך הוא בהפלגה הרבה נחשב לסימן מעליא בהיתר ענונא. ע"כ י"ל דהך הננס שנחשב למום שכתב הרמב"ם ה' ביאת מקדש שם הארוך ביותר והקצר ביותר עד שיהיו מופלגין משאר העם דכיון דהם מופלגין הרבה דהא לא כתב מופלגין קצת כמש"כ התה"ד רק סתמא ע"כ י"ל כנ"ל ובמופלגין הרבה נחשב לסימן מובהק וכש"כ לסי' אמצעי ועוד דהא הנו"ב במ"ת סי' ס' העלה שם דבארוך וגוץ קצת בהפלגה הוי סימן אמצעי ע"כ בודאי אין לסתור לדברי המשאת בנימן. ועדיין יש לומר כדבריו דמה דנחשב למום דהוי לכה"פ סימן אמצעי אכן לפי מש"כ לעיל דבבכורות מיירי בארוך וגוץ בהפלגה הרבה יש לומר כדברי המ"ב דמה דהוי מום דהוי סימן מובהק ואין סתירה עליו מהך דבכורות:

ד

שוב ראיתי בשו"ת ברית אברהם סי' כ"ד דהביא לדברי המשאת בנימן הללו והקשה עליו מהך דארוך וגוץ דלא נחשב לסימן כלל ואילו גבי מומי כהנים נחשבו למומין כו' אכן לפי מה שכתבתי אין ראי' מוכרחת מהך דבכורות לנידון זה וע"כ עדיין י"ל כדברי

המ"ב דמה דנחשב למום בכהנים דהוי סימן מובהק ולכל הפחות לסימן אמצעי וגם ראיתי בברית אברהם שם שכתב בשם התה"ד בפסקיו בסי' קס"א שהכריח דארוך וגוץ דהוי סי' גרוע מיירי במופלג באריכות דאל"כ פשיטא וע"ז מוכיח מן הרמב"ם פ' ה' ביאת מקדש ה' י"ד דכתב ארוך וקצר ביותר שיהיו מופלגים משארי העם הוא בכלל מומי הכהנים דמה דהוי מום בכהנים דמ"מ אינם סימנים כלל בהיתר עגונא. ותמיהני עליו דהא התה"ד כתב שני פעמים שם בלשון דארוך וגוץ דהוי רק סי' גרוע מיירי במופלג קצת באריכות כו' וקצת בהפלגה כו' א"כ משמע להדיא מן התה"ד דאם הוי ארוך וגוץ בהפלגה מרובה דזה הוי ס"מ ולכה"פ ס"א א"כ ממילא אין לסתור לזה מן הרמב"ם הזה די"ל כמש"כ לעיל והברית אברהם השמיט לדברי התה"ד שכתב בלשון קצת בהפלגה וע"כ הקשה כן אכן באמת אין מזה סתירה לדברי המ"ב ומה שהקשה הברית אברהם שם מן שומא קטנה שאין בה שער דלא הוי מום בכהנים ומ"מ פלפלו בגמ' אם שומא הוי ס"מ ז"א ראי' דהא המ"ב כתב דמה דהוי מום בכהנים הוי ס"מ אבל מה דאינו מום בכהנים יש מהם דהוי ס"מ או לא וע"כ אין הכרח מזה לסתור לדברי המ"ב כפי דנראה מדבריו וכמש"כ הברית אברהם ללמוד מדברי המ"ב דס"ל כן:

ה

ונשובה לנ"ד דיש סימן קרחה בראשו והנה משמע בנו"ב במ"ת סי' ס"א בסופו בד"ה והרושם שעל הכתונת קשה כו' שכתב בזה"ל והסימנים שבגופו הקרחה שבראשו זה שכיח מאד בהרבה ב"א והצפורן הנשחת כיון שכוונו האצבע שהוא סמוך לאגודל וביד שמאל אולי מקרי סימן כו' ועכ"פ סי' אמצעי מקרי בפרט בצירוף הקרחה שבראשו והשבר שבמתניו כו' עכ"ל הנו"ב ונראה מדבריו דסי' קרחה בראשו לא הוי סימן אמצעי רק סי' גרוע ולענ"ד נראה לדון דסי' קרחה היכא דהוי מום הפוסל בכהנים כמבואר בבכורות דף מ"ג וברמב"ם פ"ח ה' ביאת מקדש ה' א' דבכה"ג נחשב לכה"פ לסימן אמצעי לפי מה דמשמע מדברי המ"ב וכמו שכתב הברית אברהם דיש ללמוד מדברי המ"ב דמה דהוי מום דהוי ס"מ וע"כ לכה"פ הוי זה סימן אמצעי ולפ"ז בסימן קרחה שהי' השער שלו מקיף כל הראש סביב מלפניו ומאחריו ואין שם שער באמצע דהוי מום ופוסל בכהנים וכיוצא בזה וכפי שכתב הרמב"ם בפ"ח ה' ביאת מקדש ה' א' די"ל דזה הוי לכה"פ סימן אמצעי והיכא דמספיק לנו גם ס"א דאם הקרחה הוא בכה"ג דנחשב למום הדעת נותנת דבכה"ג הוי זה לס"א המועיל בהיתר עגונא כמו בנ"ד ולפי שלא כתבו אלי איך הי' הקרחה בראשו ע"כ הנני להודיעם דאם הי' הקרחה בכה"ג דנחשב למום ודאי דיש לנו לסמוך להיתירא. אך אף אם לא הי' הקרחה באופן דיהי' מום ג"כ לאחר

זמן יש לנו להקל ע"פ מש"כ כעת שנדפס בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' יו"ד ענף ז' דמצרפינן כמה סי' גרועים להיתר הפאס הנמצא אצלו ויש לי עוד אריכות דברים בזה ועת לקצר ובאעה"ח יום ג' אייר תרכ"א לפ"ק נאווהרדק:

תשובה הזאת השבתי מקודם שזיכה ד' אותי בספרי נחל יצחק ומה שהובא לעיל למש"כ בספרי נחל יצחק זה הוא על מה שנדפס כעת ב"ה בארוכה מזה הענין בספרי נחל יצחק וע"כ קצרתי כעת בזה הפרט:

סימן כט

נשאלתי בעגונא א' מק' לונא אשר בעלה הי' חולה מסוכן במחלת הסוחאטא ר"ל ונסע לפרייסין לבקש רפואתו ובמשך שלשה שנים אחרי נסיעתו לפרייסין נסעה אשתו שמה לבקשו וחקרה אצל הממונה על הקברות דק"ב על בעלה שהי' בשם קלמן פונטיל והי' חייט והשיב לה הממונה כי נמצא בפנקסו כתוב אשר קלמן פונקיל שנאיידער מת ונקבר שם בק"ב והראה לה את קברו והי' בעת 1866 למספרם ובשנה זו בא לשם כ"ז הגידה האשה העגונא ולפי דעתה הממונה הוא אינו יהודי ולא ברור לה. כ"ז כתוב בהג"ע של העגונא. עוד גב"ע מה ששמעו מן האיזבארשציק דק' קאמינקע הסמוכה להוראדנא לפי שבעל האשה העגונא הי' נכתב בעיר זו ומקודם נסיעתו לפרייסין לקח פאס משם אצלו ואמר כי ידוע לו שמת בעלה של האשה זו כי הי' אצלו מכתב שמת רק שהי' טעות בהפריזוויזקע שלו ובגב"ע אחרת של האיזבארשציק נכתב בזה"ל שהי' לו מכתב שמת בעלה והי' טעות בהמכתב ואינו יודע העד אם אמר לו האיזבארשציק שהי' טעות בשם אביו או בשם הכינוי שלו וזה זוכר כי בשמו בעצמו לא הי' טעות כלל וגם אמר לו האיזבארשציק שהי' כתוב בהמכתב שנשאר איזה חפץ מהנפטר והאיזבארשציק הנ"ל מת כבר אך יש שני עדים מיוחדים שהעידו כנ"ל ע"פ שני סגנונות הללו וכן המכתב הנ"ל לא נמצא כעת ונראה כי הטעות הי' מן פונטיל לפונקול כי בק"ב אין מדקדקים כ"כ בהבק"ח ובהקברות דשם בזה ועבידי למטעי בזה:

והרופא מומחה דקאמינקע העיד כי בעלה של האשה הי' אצלו מקודם נסיעתו לשם והי' חולה מסוכן מחלת הסוחאטא ר"ל ולפי אומדנא שלו לא הי' באפשירי לחיות יותר מן ב' או ג' שנים ורובא דרובא מתים מחולי זה. כ"ז העיד הרופא ע"פ גב"ע והרבנים הסמוכים חקרו בעיר קאמינקע אם יש עוד א' כתוב במספר הנפשות שלהם בשם כזה והמספר הנפשות דשם היא מעט ואחר החקירה לא נמצא שם כתוב עוד א' כשמו ושם הכינוי שלו שיהי' נאבד מאתם וכן נתבאר בגב"ע כי קודם נסיעתו לביתו הבטיח לאשתו לחזור

אליה בקרוב ומן אז עד היום אינה יודעת ממנו כלל והיא עדיין ילדה בשנים והיא שכולה וגלמודה מכמה שנים ד' ירחם על ימי נעוריה ונשאלתי בזה לחוות דעתי הקלושה:

ענף א

א

תשובה והוא כי לכאורה ננעלו דלתי ההיתר בעגונא דנא כי ע"פ הגדת האשה מה ששמעה מן הממונה על הקברות בק"ב אחר שחקרה ממנו אין בזה כח להתירה דהא אמרה כי נראה לה שהוא אינו יהודי א"כ הא לא הי' עדותו במסל"ת רק בתשובה על שאלתה ממנו וגם הי' תשובתו שנקבר שם איש ששמו קלמן פונקיל שנאיידער ובאמת הי' שמו קלמן פונטיל חייט ע"כ אין כח ע"פ גב"ע של הגדת האשה בזה להיתירה וכן ע"פ גב"ע של מה ששמעו מהאיזבארשציק שאינו ידוע אם הי' המכתב שנשלח לו מכתב מן יהודי או מן אינו יהודי וגם אם הי' מקויים כי גוף המכתב הלז אינו לפנינו כעת וגם האיזבארשציק כבר נפטר והלך לעולמו וכן אמר האיזבארשציק שהי' טעות בהמכתב ואינו יודע אם הי' הטעות בשם הכינוי או בשם אביו וכמה עקולי ופשורי יש בכ"ז ע"כ ננעלו דלתי ההיתר לכאורה בזה:

ב

ועכ"ז אפתח בהצלה בעז"ה והוא כי כבר העליתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ה' ענף ד' להוכיח דע"פ סברא אומן לא מרע אומנתו סמכינן להקל אף היכא דאיכא חזקת איסור נגדינו ואף דבספר ברית אברהם ח' יו"ד סי' כ"ב אות ה' כתב דאפשר לחלק דשאני היכא דאיכא חזקת איסור ע"ש עכ"ז העליתי בספרי שם להוכיח דאף במקום חזקת איסור סמכינן להקל עפ"ז ע"ש. ולכאורה יש לסתור זה לפי שיטת הסוברים ביו"ד סי' צ"ח דס"ל דטעימת קפילא דמהני הוא אומן ומסל"ת שניהם ביחד דוקא כמבואר בטור יו"ד שם פלוגתת הראשונים בזה הרי דס"ל דלא סמכינן על סברא דאומן לא מרע אומנתו רק באופן דהוי מסל"ת [ואף דהתם אין לפנינו חזקת איסור רק בשם איקבע איסורא אפשר לדינו כיון דידוע לנו דהי' עכ"פ שם תערובות לפנינו וגם זה אינו ברור כ"כ ועיין בפרי מגדים שער התערובות פ"א בד"ה והנה מצאתי מקום א' אשר לכאורה כו' ומה שהביא שם בשם תשובת הרשב"א סי' רע"ב ורע"ג כו' ע"ש. ועיין ביו"ד סי' קכ"ז סעי' ג' ובט"ז ס"ק ו' ובנקה"כ שם וקצרתי]:

ג

ויש לחלק דשאני היכא דאינו מעיד על מה שראה בעיניו רק על מה שנראה לו כן לפי השערת דעתו וכמש"כ הפנים מאירות ח"א סי' י"ב סברא זו גבי עדות הרופאים ע"ש וכן כתב הברית אברהם שם סוף סי' כ"ב אות ח' דזה מקרי עדות ידיעה שלא בראי' ולפ"ז

י"ל דה"ט שייך גם בעדות קפילא על הרגשת הטעם דיכול להיות דאינו נרגש כ"כ הטעם בחוש רק להמבין בזה וע"כ ס"ל דלא שייך בזה לדון בקפילא דאומן לא מרע אומנתו דמירתת שלא יפסיד אומנתו וכמש"כ התוס' בחולין דף צ"ח ע"א ד"ה סמכינן אקפילא כו' וע"כ ס"ל להנך פוסקים דזה לא שייך רק היכא דמעיד על מה שראה בעיניו וכעין הא דמנחות דף מ"ג דאם יתוודע האמת יותפס בשקרו אבל הכא בטעימתו יהי' יכול לאשתמוטי ולומר דאנכי לא הרגשתי הטעם כ"כ ע"כ ס"ל דבעי קפילא ומסל"ת. ולכן אין לסתור עפ"ז לכל מש"כ בספרי שם וכש"כ לפי הסכמת הבית יוסף ליו"ד שם דהעיקר כהסוברים דסמכינן אקפילא אף דלא הוי מסל"ת אף דמהתם אינו ראי' להיכא דיש לנו חזקת איסור אכן בספרי העליתי להוכיח שם דאף נגד חזקת איסור סמכינן על הך סברא ואף להמגן אברהם בסי' כ' ס"ק א' דכתב דדוקא גבי טלית מקילינן כו' מ"מ זה אינו רק במה דלא הוי קפידא באומנתו לאינו יהודי. אבל במה דהוי קפידא באומנתו אף לאינו יהודי גם המג"א מודה דסמכינן ע"ז וכמש"כ בספרי שם. ואח"ז ראיתי בתשובת מים חיים ח' יו"ד סי' ג' וסי' ה' שהעיר בקושיא זו על הפרמ"ג בסי' מ"ו ומחלק בחילוק נכון בין נידון הפרמ"ג להך דסי' צ"ח:

ד

וכעין זה כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ד' לבאר דיש לנו להתיר העגונא ע"פ מה שנמצא בעלה מוכתב בספרי מתים של טעם הממשלה וכמו דכתב הרמ"א בח"מ סי' ס"ח סעי' א' דספר שכותבין בו הערכאות הוי כשטר שלהם וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק ו' דגם בזה שייך לא מרעי נפשייהו כו' וכמו בראש ב"ד וסופר שלו דגיטין דף י"ט דמחמת אימתא דרבו עליו ועביד לגלוי' נאמן ביחידי כו' וכמו שהארכתי שם בזה הרבה. ולפ"ז ברור הוא בנ"ד דאם האיש שאנו דנין עליו אי' הוא. דנמצא כתוב בהפנקס שיש ת"י הממונה על הקברות דהוא מת כבר דוודאי סמכינן ע"ז להתירה דהא שייך בזה ג"כ לדון דאומן לא מרע אומנתו דהא הוא ממונה ע"ז מהח"ק דק"ב וע"ז נוטל שכרו וכפי הנשמע כי בק"ב משגיחים ע"ז בעינא פקיחא ואם ישנה הממונה מזה יעבירו אותו לגמרי ולכן דומה זה ג"כ להא דראש ב"ד וסופר שלו כנ"ל ושייך גם בזה לומר דלא מרע נפשי' לכתוב שקר וכמש"כ שם בשם הרא"ש גיטין ולכן אם נמצא כתוב בשמות הנפטרים הכתובים בפנקס שת"י הממונה על הקברות יש לנו יסוד ברור לסמוך ע"ז ולהתירה מכבלי העיגון משום דלא מרע אומנתו ולא מרע נפשי' לכתוב שקר אף דהוא בלא חתימה כיון דכל מעשיהם בענין הזה נרשמים ונכתבים בהפינקס המיוחד לזה וזהו

עיקר אומנתו שיטול שכר בעבור זה ועיין בח"מ סי' צ"א סעי' ה' ובש"ך ס"ק כ"ה ובנ"ד עדיף טפי כפי הטעם שנתבאר:

ה

ועיין בספרי באר יצחק שם בד"ה אך לכאורה יש להוכיח מגיטין דף כ"ח כו' דבעדות בע"פ דוקא מצינו די"ל דמרע נפשי' משום דזהו לא הוי אומנתו ואמרינן דמרע נפשי' אבל במה שנכתוב בהפנקס המיוחד לזה בודאי שייך גם בזה לומר דלא מרעי נפשי' ומכש"כ אם יש מצבה על קברו ונכתב שם שמו של האיש שאנו דנין עליו בוודאי יש לנו יסוד להקל עפ"ז אך אף אם לא העמידו שם מצבה על קברו אך דנמצא כתוב שמו בשמות הנפטרים:

ג"כ יש לנו יסוד להקל עפ"ז ואף דיש לנו חזקת איסור א"א של האשה שאנו דנין עליו מ"מ הא נתבאר דהסברא דאומן לא מרע אומנתו הוא לנו יסוד לסמוך ע"ז אף במקום דיש לנו חזקה כנגדו וכמש"כ בספרי באר יצחק שם וגם לפי מש"כ המג"א בסי' כ' ס"ק א' דגבי טלית מקילינן משום צירוף דאין דרך לעשות בגד כו' א"כ ה"ה בנ"ד דיש לנו הרבה אומדנות כפי שיבואר לקמן דיש לצרוף מכש"כ בנ"ד וקצרתי וגם הא היכא דהוי קפידא לכל גם המג"א בסי' כ' מודה וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ה' ובפרט דיש לומר דחזקה דדייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א כמש"כ התוס' בכמה דוכתי ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' בד"ה ולפי מה שנתבאר כו' א"כ הוי ספק השקול דבוודאי סמכינן להתיר ע"פ הכלל דאומן לא מרע אומנתו כו':

ענף ב

ו

אבל דא עקא דהא כל זה לא שייך רק אם ראינו כתוב כן בשמות הנפטרים הכתובים בהפינקס המיוחד לזה שת"י הממונה כפי הנהוג בהקהילות הגדולות:

אכן בנ"ד אשר הממונה ע"ז אמר בע"פ לפני האשה ששם בעלה הוא נכתב בשמות הנפטרים שבפינקס שת"י א"כ אפשר לומר דבמה שאומר בע"פ לא שייך לדון בזה להכלל דלא מרע אומנתו דהא זהו לא הוי אומנתו כ"כ לומר כן בע"פ:

א"כ לכאורה נסתר ההיתר הלז בנ"ד כל זמן שלא ראינו כתוב כן בהפינקס המיוחד לזה וכמש"כ לעיל להוכיח מגיטין דף כ"ח דבעדות בע"פ שאני וגרע משטרי ערכאות:

ז

ועכ"ז יש לנו גם בזה יסוד להיתירא והוא כי ביו"ד סי' פ"ו סעי' א' כתב הרמ"א דאף בא"י כשאומר מעוף פ' הוא סומכים עליו והטעם הוא משום דהוי עביד לגלויי ולא משקר. הרי דסמכינן אף בא"י על דבריו היכא דהוי עביד לגלויי ושאני עדות מיתה

משום דזה לא הוי עביד לגלויי כ"כ כפי המבואר בספרי הפוסקים. א"כ לפ"ז ה"ה בנ"ד דמעיד הממונה דבעלה מת כפי הנמצא כתוב בהפינקס וזה הוי עביד לגלויי מיד דהא כשתחקור לראות את הפנקס ולא ימצא כתוב שם יהי' נתפס לשקרן מיד ע"כ ממילא הוי דינו ככל מידי דעביד לגלויי דסמכינן אף על א"י משום דמירתת לשקר אך זה אינו ברור כ"כ משום דהא מבואר ביבמות דף מ"ז וביו"ד סי' רס"ח סעי' יו"ד דמי שבא ואמר [בעת שהי' מותר להתגייר]. נתגיירתי בב"ד של פלוני אינו נאמן ואף דהוי עביד לגלויי אפ"ה אינו נאמן עכ"פ מוכח מהך דיבמות ויו"ד דאף במידי דעביד לגלויי א"נ א"י אף במידי דעביד לגלויי ואי דנימא דשא"ה דהוי מילתא דיש לנו חזקת איסור וכסברת הנו"ב בזה א"כ ה"ה אף בנ"ד דאתחזק איסורא דא"א יש לנו לדון דלא יהי' מהימן הממונה על הקברות במה שאומר בע"פ כי שם כשם בעלה ראוהו אותו נכתב בהפנקס שת"י כיון דלא ראתה האשה בעצמה כתוב כן שם וכן לא נמצא איזה עד ובירור ע"ז ע"כ אף שאומר כן הממונה א"י יש עדיין לומר דכיון דעל אמירתו בע"פ אינו ברור לדון בזה להכלל דלא מרע אומנתו ע"כ ממילא אין לו נאמנות אף במידי דעביד לגלויי ע"ז דלא הוי מסל"ת:

ח

ואף דיש לחלק דשאני נ"ד דיש לנו חזקה דייקא ומינסבא דמרע לחזקת א"א א"כ יש לחלק דשאני בהא דיבמות דא"נ לומר נתגיירתי בב"ד פ' משום דהוי התם איתחזק איסורא וכסברת הנו"ב הנ"ל משא"כ היכא דלא הוי חזקת איסור דיש לנו חזקה אחרת המנגדתו יש לנו לומר ולסמוך על הכלל דעביד לגלויי לא משקר אף בא"י. וכמו שהוכחתי מן יו"ד סי' פ"ו דנאמן א"י לומר מן עוף פ' הוא דהטעם הוא משום דהוי מילתא דעביד לגלויי וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' ב' ס"ק ז' דמה"ט נאמן אף א"י לומר על הבשר שבידו דמומחה פ' שחט לו והביא ראי' לזה מהא דסי' פ"ו הנ"ל וכ"כ הט"ז ביו"ד סי' קי"ט ס"ק י"ח מהך דסי' פ"ו דסומכין על עדות א"י אף באיסור דאורייתא היכא דעביד לגלויי וכ"כ הש"ך שם סוף ס"ק ל"ז להקשות מהא דסי' פ"ו דסמכינן על אמירת א"י כשאומר מעוף פ' טהור אך הש"ך כתב לחלק דשאני התם בסי' פ"ו שהוא עצמו מוכר לו ע"כ סמכינן עלי' ולפ"ז יש לדון דהיכא דלא שייך כן אינו מהימן א"י אף דהוא עביד לגלויי וכוונת הש"ך במה שמחלק דשא"ה דהוא עצמו מוכר לו נראה לי לפרש כוונתו דלכן נאמן שם משום דהוא בעצמו מוכרו א"כ שייך בזה לדון להסברא דלא מרע אומנתו וכמו דאמרו במנחות דף מ"ג דלכן מן התגר כשירה משום דלא מרע נפשו מה"ט א"כ היכא דלא שייך לדון להסברא דלא מרע אומנתו ס"ל להש"ך דלא סמכינן על אמירת א"י אף במה דהוי עביד לגלויי וכן משמע מן הש"ך ביו"ד סי' צ"ח ס"ק ב' בסופו שכתב

דאף דמסל"ת אינו נאמן בדאורייתא עכ"ז התם סמכינן אמסל"ת אף דלא הוי קפילא משום דאיכא למיקם עלה דמילתא להטעימו לקפילא והביא חילוק הזה בשם הריב"ש ע"ש וכ"כ הפר"ח ליו"ד סי' צ"ח ס"ק ב' לתרץ דלכן סמכינן התם על מסל"ת משום דהוי מילתא דעביד לגלויי מיד ועדיפא מעדות אשה דהתם לא יתברר מיד ואף לאח"ז אפשר דלא יתברר שהבעל הלך לו לאיים הרחוקים משא"כ הכא שמיד שטועמין אותו מתברר מיד אם משקר או לא וכל כה"ג סמכינן על א"י מסל"ת אף בדאורייתא עכ"ל הפר"ח וזהו כעין סברת הש"ך שם הנ"ל הרי להדי' דאף במילתא דעביד לגלויי מיד אין לו נאמנות לא"י בדאורייתא אם לא הוי מסל"ת. וכן ראיתי בהריב"ש עצמו סי' תל"ג שכתב החילוק הנ"ל וכמש"כ הש"ך בשמו:

ט

ולפי מש"כ לעיל לחלק להסוברים דלא סמכינן שם אקפילא משום דלא שייך התם לדון להכלל דאומן לא מרע אומנתו לפי דלא יהי' מרע לאומנתו כ"כ בזה משום דמה דתלוי בהשערת דעתו ע"פ הבחנתו להטעם אינו מסתפי כ"כ דהוי מידי דמצי לאשתמוטי נפשי' וכמש"כ לעיל ע"כ יש לחלק כמו כן הכא דעדיין י"ל דהיכא דהוי עביד לגלויי במה שאמר לפנינו על מה שראה אם אמת הגיד או לא בזה י"ל דשפיר סמכינן על אמירת א"י וכמו בהא דסי' פ"ו באומר משל עוף פ' טהור הוא דמירתת לשקר בכזה משא"כ במה שאומר א"י שהוא מרגיש בה הטעם או לא דאף שיוברר לפנינו ע"י טעימת קפילא מ"מ יהי' לו התנצלות לתרץ דלפי השערתו לא הרגיש הטעם ע"כ אין דינו כמו כל מידי דעביד לגלויי רק דמקרי עביד לגלויי קצת ולכן דווקא ע"י צירוף מסל"ת סמכינן עליו אבל היכא דהוי עביד לגלויי גמור שיוברר שאמר שקר גמור באופן שלא יהי' לו התנצלות כלל בזה מהימן אף א"י בלא מסל"ת אף בדאורייתא וכדמוכח מהא דסי' פ"ו מהרמ"א שם דמשמע שם דאף דלא הוי מסל"ת מהימן:

י

אכן מן דברי הש"ך והפר"ח הנ"ל לא משמע כן ובפרט לפי דברי הש"ך בסי' קי"ט סוף ס"ק ל"ז שמחלק דשאני בהא דסי' פ"ו כו' כנ"ל. א"כ מוכח דס"ל דזולת זה אינו נאמן א"י אף דהוי עביד לגלויי ולא איתחזק איסורא. וזולת זה הנה בעיקר ראיות הט"ז והש"ך והפר"ח הנ"ל מן הא דסי' פ"ו דא"י נאמן לומר מעוף פ' טהור משום דהוי עביד לגלויי וכן ראיתי בביאור הגר"א זצ"ל ליו"ד סי' קי"ט ס"ק ל"ט דהביא ג"כ ראי' זו מהא דסי' פ"ו דנאמן א"י משום דעביד לגלויי ע"ש הנה התב"ש ליו"ד סי' ב' ס"ק ט"ו שכתב לדחות ראיות הט"ז מהא דסי' פ"ו וציין לעיין למש"כ בתב"ש בסי' פ"ו דשא"ה דאיכא צירוף סימנים עכ"ל והובא בפרמ"ג ליו"ד סי' ב' במשבצות ס"ק ז' ע"ש א"כ לפ"ז נסתר ראיות

הט"ז והש"ך והפר"ח הנ"ל ע"פ דברי התב"ש הלז משום די"ל דשא"ה דאיכא סימנים ולכן י"ל דהיכא דליכא צירוף סימנים לא סמכינן על א"י אף במילתא דעביד לגלויי בדאורייתא:

ענף ג

יא

ובעיקר דברי התב"ש נלע"ד להעיר עליו מהא דחולין דף ס"ד דקאמרי בגמ' על מה דאמרו שם לעיל מיני' באומר של עוף פ' טהור דמקשו ולבדוק בסימנים כו' ומשני בטרופות הרי דאף היכא דליכא צירוף סימנים כלל כיון דמיירי בטרופות ומ"מ אמרו דלוקחין מהם באומר של עוף פ' טהור משום דהוי מילתא דעביד לגלויי ומירתת לשקר ואף בטרופות יוכל להתברר שקרו אם ידמו אותן להדדי כן מוכח שם בפשט הסוגיא ופי' רש"י שם ועיין במהר"ם שי"ף שם. עכ"פ מוכח בסוגיא זו דאף היכא דליכא צירוף סימנים דביצים ג"כ סמכינן היכא דהוי מילתא דעביד לגלויי א"כ קשה מסוגיא זו על התב"ש אבל באמת מוכח מן דברי רש"י שם כמש"כ התב"ש כי זה לשון רש"י שם בד"ה אבל ראש אחד כד כו' סייעתא הוו הנך סימנים לא"י לדבריו ואי אמר לך של עוף פ' טהור סמוך עלי' כו' הרי להדיא דרש"י כתב דלכן סומכין על דבריו משום דהנך סימנים הוו סייעתא לדבריו וכן משמע מן פשט הלשון דאמרו בגמ' שם במסקנא ה"ק ב' ראשי' כדין כו' רישי' חד חד רישי' חד כד וחלבון מבחוץ ואמר לך של עוף פ' וטהור הוא סמוך עליהם בסתמא לא תסמוך עליהם כו' ולשון סמוך עליהם וכן לא תסמוך עליהם משמע דמחמת אמירתו דאמר מעוף פ' טהור הוא ע"כ סמכינן על הסימנים ע"י צירוף לאמירתו דאל"כ לא שייך לשון עליהם אלא ה"ל לומר סמוך עליו היינו על אמירתו ולכן מן לשון עליהם משמע דלשון רבים קאי על הסימנים דהם שני סימנים או על הסימנים בצירוף אמירתו ביחד א"כ מוכח מן פשט הגמ' במסקנא ומן דברי רש"י דדוקא ע"י צירוף סימנים סמכינן על דבריו היכא דשייך עביד לגלויי אבל היכא דליכא סברא זו אז לא סמכינן על דבריו אף דהוי עביד לגלויי ומוכח מזה כמש"כ התב"ש. והא דאמרו מעיקרא שם דמיירי בטרופות יש לומר דהי' סבירא לי' אז מעיקרא דסימנים דאורייתא וע"כ מיירי בטרופות. א"כ מוכח לפ"ז לומר דאף היכא דליכא צירוף סימנים ג"כ סמכינן על דבריו היכא דהוי עביד לגלויי אבל לפי המסקנא מוכח לומר דס"ל דדוקא ע"י צירוף סימנים סמכינן כו' או די"ל דעדיפא מיני' מקשי שם מעיקרא לפי האוקימתא בטרופות דכה"ג מי זבנינן מינייהו והא תניא כו' לפי דיותר טוב לו להקשות מן תוספתא מפורשת ובאמת הי' יכול להקשות דכיון דנימא דמיירי בטרופות א"כ לא יהי' יכולין לסמוך על דבריו

אף דהוי עביד לגלויי כיון דליכא צירוף סימנים ולכן העיקר בזה כמש"כ התב"ש ודלא כהט"ז והש"ך והפר"ח בזה:

יב

וכן נלע"ד להוכיח מן שו"ע יו"ד סי' רצ"ד סעי' כ"ח דא"י שהי' מוכר פירות ואמר של ערלה של נטע רבעי א"נ אפילו אמר מן פ' לקחתים עכ"ל הרי דאף דהוי מילתא דעביד לגלויי אינו נאמן אף להחמיר וידעתי מה די"ל דשא"ה דאזלינן בתר רובא דהם לאו דערלה [ועיין בהרדב"ז ח"א סי' תק"פ שכתב לבאר דרוב פירות הם לאו דערלה]. וע"כ כיון דהוי לנו רוב המנגדתו לכן לא סמכינן על דבריו אף במידי דעביד לגלויי ואף שכתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז דע"א נאמן נגד הרוב מ"מ י"ל דז"א רק בעד כשר אבל בעד פסול אף דהוי עביד לגלויי לא מהימן נגד הרוב והדברים ארוכין אך כיון דכבר הוכחתי מן הא דחולין מן פשט הסוגיא ומדברי רש"י הנ"ל דדוקא ע"י צירוף סימנים סמכינן אבל אם לא הי' זה לא מהני אף דהוי מידי דעביד לגלויי לכן נסתר יסוד ההיתר בנ"ד כל זמן שלא ראינו בגוף הפנקס שהוא כתוב בין שמות הנפטרים ואף שאמר לה שהוא נכתב שם והוי עביד לגלויי מ"מ הא לא מהני זה אף במידי דלא איתחזק איסורא כמו בהך דחולין הנ"ל וע"כ אף דנימא לדון בנ"ד לחזקה דייקא ומינסבא דמרע לחזקת א"א וה"ל ספק השקול מ"מ אינו נאמן לומר דנמצא כתוב בשמות הנפטרים דאף דה"ל מילתא דעביד לגלויי מ"מ אינו נאמן כ"ז דלא הוי מסל"ת:

יג

שוב ראיתי דשפיר כתבתי לדון יסוד להיתירא בנ"ד ע"פ מה דהוי עביד לגלויי והוא דהא הט"ז ליו"ד סי' קי"ט ס"ק י"ח השיג על הרמ"א שם והעלה דאף חשוד על איסור דאורייתא נאמן לומר ממומחה פ' לקחתי וכמש"כ הרשב"א והובא לעיל סי' ב' סעי' ד' כו', ואף דבמה דהביא ראי' שם מן הא דסי' פ"ו דאף א"י נאמן דבזה כתבתי לעיל לדחות זה ע"פ דברי התב"ש ובאמת לפי דברי הט"ז הנ"ל דס"ל דאף א"י נאמן לומר ממומחה פ' לקחתי הבשר א"כ חזינן דס"ל, דאף במידי דאתחזק איסורא ג"כ נאמן א"י במידי דעביד לגלויי דהא בהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת ויהי' קשה עליו מהא דיבמות דף מ"ז דלא מהימן לומר נתגיירתי בב"ד פ' וכמש"כ לעיל וע"כ מוכרח לחלק בזה כמו שיבואר לקמן וכעת קצרתי בזה והעיקר לענינינו כי הט"ז הוכיח לנכון ע"פ שארי ראיות דאף חשוד נאמן אף במידי דאורייתא אם הוי עביד לגלויי וכן הכריע הפר"ח לדינא בסי' קי"ט ס"ק ל"ד כהט"ז ודלא כהש"ך שם ע"ש וכן לתי' האמצעי בש"ך שם ס"ק ל"ז דאף בדאורייתא מהימן בזה ועיין בחוות דעת שם וקצרתי ואף לפי מש"כ להוכיח דא"י אינו נאמן לפי דבזה יש לחלק בין חשוד לא"י כמו שנראה מן דברי הפוסקים שם וביו"ד סי' ב' מ"מ

כיון דחזינן דחשוד בדאורייתא אינו נאמן על מידי דאורייתא אף דהוי במסל"ת כמבואר בש"ס ופוסקים בכ"ד ובעביד לגלויי נאמן אף במידי דאורייתא אף דהוא חשוד כנ"ל א"כ חזינן דמעלת עביד לגלויי עדיפא ממעלות מסל"ת. לכן כיון דתקנו לגבי עיגונא להאמין לא"י ופסול בעדות מיתה במסל"ת כמבואר בסי' י"ז סעי' ג' ואף בעד מסל"ת מן פי מסל"ת ג"כ מהימן כמבואר באה"ע סי' י"ז סעי' ט"ז ואף דלא שייך התם לומר ולדון להכלל דהוי עביד לגלויי אפ"ה תקנו להאמין לו בעגונא א"כ כש"כ דהיכא דהוי עביד לגלויי אף דלא הוי במסל"ת דיהי' נאמן א"י בעדות עגונא:

ענף ד

יד

ועתה נשובה לעיין בנ"ד לפי מה דנתבאר דמהימן הממונה לומר דשם זה הוא כתוב בשמות הנפטרים הכתובים בפנקס שת"י ועדיין יש לעיין בעיקר עדותו אם יש ממש עפ"ז להתירה מכבלי העיגון והוא כי הממונה אמר אשר שם האיש קלמן פונקיל שנאיידער נמצא כתוב שם שמת. ובאמת הי' שם הכינוי שלו בשם פונטיל. הנה כזה מבואר בתשובת הר"נ סי' ל"ג ובתשובת מ"ב והביא אותם החתם סופר סי' ע"א ודעתם דתלינן בזה דעבידי למטעי וכן הארכתי בזה בקונטרס א' מכבר והעליתי דהיכא דיש לנו יסוד להיתירא אם לא נצטרף לאותו הדיבור דשינה העד מכפי שהי' באמת שם האיש שאנו דנין עליו אז אמרינן דעבידי למטעי בכזה א"כ בנ"ד אם יהי' ממש בעדותו להתירה אף בלא תיבת פונקיל אז יש לנו להקל בנ"ד אבל אם לא יהי' לנו יסוד דהיתירא בל"ז אין לנו להקל ולכן נראה לעיין בהנצרך לעניניו והוא כי מבואר בסי' י"ז סעי' י"ח דבעינן בהיתר עגונא שמו ושם אביו ושם עירו ואם לא הזכיר שם עירו העלה החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק ל"ח והב"ש ס"ק מ' דמקילינן אם יש רגלים לדבר דידוע דפלוני הלך לאותו מקום וזה מת סמוך לאותו העיר וגם הביא בשם מהרשד"ם להלכה סמכינן על שמו ושם אביו אפילו לא הזכיר שם עירו ובנ"ד דלא הזכיר שם אביו רק שמו קלמן והי' חייט ושמו בלבד לא מהני כ"ז דלא הזכיר שם עירו:

ואילו הי' מזכיר שם עירו הי' מועיל ע"פ חיפוש באותו העיר כמבואר שם סעי' י"ט דמחפשין באותו העיר ע"ש ואם יבורר דהממונה אמר להאשה בזה"ל כי מצא כתוב בהפינקס שמו ושם עירו אז שפיר יש להתירה לאחר החיפוש כנ"ל ונאמן על כ"ז משום דעביד לגלוי' כנ"ל אכן לע"ע לא נתברר בהגב"ע מן שם עירו בהגדת הממונה:

טו

אך בנ"ד הזכיר שם קלמן חייט ואם אומנות נחשב לסימן אמצעי הבאתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' יו"ד ענף ח' בשם תשובת גאוני בתראי סי' כ"ה דאומנתו הוי סי'

חשוב והעיר מזה בהא דיבמות דף קכ"א ווי לי' לפרשא זריזא דפומבדיתא דהתיר רב יוסף מטעם מלאכתו דהי' פרשא זריזא וכן משמע בעובדא דמהר"ם אלשיך שאמר שהי' בנו צורף מותרת משמע דמכח מלאכתו הוי סי' מובהק וכן הביא שם בשם הרמב"ם בתשובה שהתיר ע"י הזכרת שמו והי' עושה מלאכתו כו' ולא הוחזק אחר שמו חיים במלאכה הזאת שהיא מותרת כו' ע"ש בשו"ת גאוני בתראי ואף דנימא דסימן מלאכתו לא הוי סי' מובהק מ"מ לכה"פ הוי סי' אמצעי א"כ הא בנ"ד הזכיר שמו קלמן ואף דבעינן שם אביו ג"כ עכ"ז הא כתב הנו"ב במ"ת סי' נ"ה דס"א עדיף מן שם אביו. וע"כ אי נימא דסי' אומנתו מה שהי' חייט נחשב לס"א א"כ הוי עכ"פ כמו שמו ושם אביו דלהלכה סמכינן ע"ז להתיר אף דלא הזכיר שם עירו ואף דהח"מ בס"ק ל"ח והב"ש בשם הח"מ בס"ק סמ"ך כתבו דדוקא כשידוע דפלוני הלך לאותו מקום בזה סמכינן להקל וכמש"כ הרמ"א שם דבמקום שיש אומדנות והוכחות שזה הוא יש להקל ולסמוך אמאן דאמר דלא בעינן שיזכיר שם עירו הא גם בנ"ד ידוע להם דבעלה הלך לפרייסין לבקש רפואתו ואף דלא ציינו שם העיר ק"ב הלא ידוע לכל כי החולים הנוסעים ממדינתינו לפרייסין הם נוסעים מתחילה לק"ב לבקש רפואתם וע"כ כשנמצא מת בק"ב שייך גם בנ"ד לסמוך ולהקל על שמו ושם סימן מלאכתו כנ"ל:

טז

אכן בעיקר הדבר אם סימן אומנתו נחשב לסימן אמצעי אין זה ברור כ"כ ועיין בחמדת שלמה סי' כ"ז והנה בספרי נחל יצחק שם כתבתי דהעיקר דזה תלוי אם האומנות הוא מידי דלא שכיח והיכא דהוי אומנות דשכיחי לא הוי נחשב לסימן ע"ש והא דיבמות דף קכ"א דהתיר רב יוסף לפרשא זריזא בפומבדיתא י"ל דזה הוי מידי דלא שכיח כמש"כ רש"י שם דגבור חיל הי' או י"ל בזה כעין מש"כ הרשב"ם בב"ב דף קע"ב עלה דשני יוב"ש אם הי' משולשין יכתבו סי' ארוך או גוץ כו' דאף דארוך וגוץ לא הוי סי' כמבואר ביבמות דף ק"ך מ"מ כיון שזהו סימן להכיר איזהו יוב"ש הי' וע"כ כיון דיוב"ש השני אינו ארוך או גוץ רק זהו שאנו דנין עליו לכן הוי זה סי' מעליא וה"ה י"ל התם דלא הי' פרשא זריזא בפומבדיתא זולתו ע"כ שפיר סמך רב יוסף ע"ז להתיר אשתו אבל היכא דלא שייך כן י"ל דסי' אומנות לא נחשב לסי' כלל ובפרט בסי' חייט דזהו אומנות דשכיח ע"כ קשה לדון דיהי' נחשב זה לס"א ונסתר ההיתר הלז:

יז

והנה בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' יו"ד ענף ו' בד"ה ועוד דהא בקונטרס עגונות כו' כתבתי בשם ק"ע לסי' י"ז בס"ק קי"ח דמה שהזכירו שהי' חולה אין זה סימן כלל והעליתי שם דזהו אם לא ביארו את החולי בפרטות אבל אם ביארו איכות החולי י"ל דזה הוי

סימן אמצעי וכמו ברושם בגופו דאף דלא צמצמו מקומו אי' הוא דהוי ס"א ומה לי רושם בגופו מבחוץ דלא ציינו באיזה אבר מ"מ הוי ס"א ה"ה רושם טיב החולי בפנים דהוי ס"א ע"ש בספרי. א"כ ה"ה בנ"ד דידוע דהי' חולה מסוכן על חולי סוחאטע ר"ל כמו שהגיד הרופא מומחה לכן אם אמר הממונה על הקברות להאשה דהאיש קלמן חייט הי' חולה על חולאת סוחאטע ומזה המחלה מת שם האיש הלז א"כ יש לדון דזה נחשב לסימן אמצעי ויועיל זה להצטרף לשמו דיהי' חשוב כמו שמו ושם אביו כמש"כ בשם הנו"ב לעיל וגם י"ל לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' יו"ד להוכיח דשני סימנים גרועים מצטרפים להיות נחשב לסי' אמצעי והארכתי שם הרבה בזה ע"ש. לכן יש לדון בנ"ד אם אמר הממונה הנ"ל להאשה כי הנפטר קלמן חייט הי' חולי בחולי הסוחאטע דאף דנימא דגם פרט החולי לא נחשב לס"א ג"כ דמ"מ הוי סי' גרוע לכה"פ וכן סי' אומנתו דהי' חייט הוי ג"כ לכה"פ סימן גרוע א"כ יש בנ"ד שני סימנים גרועים היינו סי' אומנתו וסי' החולי סוחאטע דהם מצטרפים להיות חשוב לסי' אמצעי ולכן יש לנו יסוד דהיתירא להתירה ע"פ שמו קלמן והסי' אמצעי הלז דכבר כתבתי בשם הנו"ב לכללא דס"א עדיף מן שם אביו והוי כשמו ושם אביו דמקילינן בנמצא מת בהעיר דידוע לנו דבעלה הלך לאותו העיר וכמש"כ בשם הח"מ והב"ש וכמש"כ הרמ"א דבמקום אומדנות יש להקל ולסמוך אמ"ד דלא בעינן שיזכיר שם עירו ע"כ יש לנו מקום להקל בנ"ד עפ"ז אך בעינן שיאמר לה כי ראה כתוב בהפינקס שמת האיש קלמן חייט במחלת הסוחאטע דשייך גם בזה לומר דנאמן על כל זה משום מילתא דעביד לגלוי' דמירתת שמא תחקור לראות כ"ז בהפנקס:

יח

וכ"ז אם יבורר שהממונה על הקברות אמר להאשה כי הנפטר היה חולה במחלת הסוחאטא אז יש מקום להתירה ע"פ היסוד שנתבאר בעז"ה אבל אם לא יבורר כן א"כ אז נפל היסוד הלז בבירא וכמו שנתבאר. וכן אם יבורר שהממונה אמר לה כי הנפטר היה מעיר קאמינקא אז יש לנו ג"כ יסוד להתירה ע"פ חיפוש באותו העיר וכמש"כ למעלה דכיון דלא נמצא איש אחר ששמו קלמן חייט יהי' נאבד מהם ע"כ יש לנו יסוד להקל כנ"ל:

אכן אם לא יבורר כ"ז אין לנו מקום להתירה ע"פ דברי הממונה על הקברות הנ"ל ובפרט לפי מה דנודעתי כי יש עוד עיר שנקראת קאמינקא במחוז קיעוו. א"כ שמא היה הנפטר מעיר קאמינקא דמחוז קיעוו כיון דהוחזקו שני עיירות בשם זה לכן יחקרו גם אח"ז מן העיר קאמינקא השני' אם אינם יודעים שם מן האיש קלמן חייט שנאבד אצלם באותו

העת ואחרי שיבורר כ"ז אז יש מקום להתירה ע"פ דברי הממונה אם אמר לה שהיה הנפטר קלמן חייט מן עיר קאמינקא וכנ"ל וכן אם יבורר שהנפטר הלז הי' חולה במחלת הסוחאטא ג"כ יש לנו מקום להתירה ואם לא יבורר כן אין לנו יסוד לסמוך להתירה ע"פ דברי הממונה הנ"ל:

ענף ה

יט

ועתה נשובה לחקור מה שיש לעיין בשריותא דאיתתא דנא ע"פ עדות האיזבארשציק היינו מה שהעידו שני עדים מיוחדים מה ששמעו מפי האיסבארשציק שאמר להם כי נתן לו פאס מקודם נסיעתו לפרייסין ואמר להם אשר הי' לו מכתב שמת בעלה והי' איזה טעות שם ואינו יודע אם היה טעות בשם אביו או בהכינוי שלו וגם הי' כתוב בהמכתב שנשאר איזה חפץ ממנו ואמר שמתחרט שלא הראה את המכתב לפני אנשים זהו קוטב הגב"ע. ועתה מת האיסבארשציק ונאבד המכתב הנה לפי עדות הלז בשם האיסבארשציק יש בו עדות המועיל להתירה דהא כיון שכתבו להאיסבארשציק שמת האיש שהיה נקרא קלמן ובשם אביו או בשם הכינוי שלו כי הטעות הי' רק באחד מהם א"כ זה הוי כמו דהזכירו שם עירו וכמש"כ הט"ז בסי' י"ז סעי' י"ח ס"ק כ"ג דאם אמרו לו כשתלך למקום פ' אמור להם שמת יצחק בן מיכאל ה"ל זה כמו שהזכירו שם עירו וכן הביא בשם המהרי"ק שורש קע"ז כו' וכ"כ הב"ש שם ס"ק נ"ז א"כ ה"ה בנ"ד דכיון דנשלח המכתב הלז להאיזבארשציק דקאמינקא שבמחוז הוראדנא מסתמא ידעו במקום שמת האיש קלמן דהוא מן עיר קאמינקא דמחוז הוראדנא וידעו זה ע"פ מה שראו כתוב כן בהפאס שלקח משם מקודם נסיעתו. א"כ ה"ל זה כמו דהזכירו שם עירו ולכן כיון דלא נאבד אצלם איש אחר דשמו קלמן אחר החיפוש:

וגם הא כתב הט"ז באה"ע סי' י"ז ס"ק כ"ה דאם הוזכר שמו לבד א"צ לחיפוש כלל אלא כל שלא הוחזק באותו עיר עוד אחר בשם זה ואינו כאן סגי כיון שהמקום שהי' שם הוא ידוע שיצא משם עכ"ל הט"ז וכש"כ בנ"ד שכתבו שחיפשו היטב ולא נאבד משם אחר בשם כזה ע"כ יש מקום עפ"ז להתירה וע"ד הכינוי אם נחשב כשם אביו עיין במהרי"ט סי' למ"ד דס"ל דמהני כמו שם אביו ועיין בתשובת הרא"ש כלל מ"א ובשו"ת גאוני בתראי סוף סי' כ"ה ובנו"ב במ"ק סוף סי' מ"ב וגם דהא חיפשו שם ולא נמצא עוד אחר בשם קלמן ובשם הכינוי כזה:

כ

אבל דא עקא כי לא נכתב בהגב"ע אם היה כתב ישראל כתוב בהמכתב הלז או אפשר שהי' נכתב בכתב אינו יהודי ומבואר בסי' י"ז סעי' י"א במחבר דלהרמב"ם צריך שיודעו

שהוא כתב ישראל וסיים הרמ"א דכן ראוי להחמיר וכן כתב החלקת מחוקק שם בס"ק כ"א בסוף התשובה דבמקום עיגון כתב שנמצא כתוב בכתב ישראל ולא שכיחי כותים שיודעים לכתוב בכתב ישראל שחזקה שישראל כתבו לא חיישינן לפסול רק תלינן ברוב ישראל הכשרים לעדות זו כמו דלא חיישינן בבת קול עכ"ל וכן כתב הב"ש שם בס"ק כ"ט בשם הח"מ דכתב הבא ממרחקים בכתב ישראל מקילינן במקום עיגון אף שאינו מקויים ותלינן ברוב ישראל הכשרים לעדות ולכן בנ"ד אם יבורר שאמר כי הי' המכתב בכתב ישראל אף שלא נתקיים מ"מ יש להקל במקום עיגון וכמו שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ז' להוכיח כן מריש גיטין דרבנן לא אצרכוה קיום משום עגונא ואף בנמצא בשוק ג"כ אמרינן דמה"ת הוי כנחקרה עדותן בב"ד וכמו שהארכתי בספרי שם ע"ש. וכבר כתב הקצה"ח בסי' מ"ו ס"ק ה' להוכיח דגם כת"י הלוה א"צ קיום מה"ת ודלא כהש"ך ע"ש וכן כתב הקצה"ח שם בס"ק ד' להוכיח מן התוס' בכתובות דף צ"ב דאף בנמצא בשוק ג"כ לא חיישינן לזיוף ע"ש אך כ"ז אם המכתב היה נכתב בכתב ישראל אבל אם לא יבורר זה א"כ יש לחוש שמא כתבו אינו יהודי ולא מהני כתבו וכמש"כ הרמב"ם וכפי הכרעת הרמ"א והח"מ והב"ש דבעינן שיהי' בכתב ישראל א"כ בנ"ד דלא נתבאר אם הי' המכתב בכתב ישראל ע"כ יש להחמיר בנ"ד וכבר כתב בספר עזרת נשים לסי' י"ז סעי' י"א ס"ק ע"ה דבעינן דוקא שיהי' ידוע שהוא כתב ישראל וכפי פשט דברי הרמב"ם דנודע שהוא כתב ישראל א"כ בנ"ד שלא נתבאר בהגב"ע אם הי' המכתב כתב ישראל וננעלו דלתי ההיתר בנ"ד מה שהי' לנו מקום לדון להיתירא ע"פ דברי האיזבארשציק כי עדיין אין לנו תועלת מזה:

כא

ובסי' סע' יו"ד שמעו קול איש פ' מת כו' משיאין אשתו וכמבואר ביבמות דף קכ"ב ולא חיישינן שמא א"י הוא כבר העיר בזה הריב"ש להוכיח דמסל"ת אף בלא קישור דברים ג"כ הוי מסל"ת והובא בב"ש סי' י"ז ס"ק י"ג ובס"ק ל"ח. והב"ח בטור אה"ע על ענין הלז כתב דלכן לא הקשו בש"ס שם דלמא א"י הוא משום דלפי המסקנא דבשעת הסכנה כותבין אע"פ שאין מכירין תו ליכא לאקשויי דילמא א"י הי' וכ"כ המל"מ בפרק י"ג ה"ג דין י"א בשם המהרלנ"ח ועיין מזה במראות הצובאות סעי' יו"ד ס"ק ל"ד והדברים ארוכין ועיין בב"ש ס"ק ל"ח מה שהביא בשם הב"ח. והב"ח כתב שם דלכן לא שמא הי' א"י משום דהך עובדא דיבמות דף קכ"א הי' שהקול הי' מדבר בלשון הקודש כו' ע"ש וכיון שהקול הי' מדבר בלשון הקודש ע"כ לא חשו שמא הי' א"י וכן לא חיישינן שמא הי' פסול משום דרוב ישראל הם כשרים לעדות ומה"ט כתב הרמ"א בסי' י"ז סעי'

ה' דאם אמר סתם ששמע לא חיישינן שמא פסול הי' אבל הכא גבי מצאו כתוב דכתב הרמב"ם והרמ"א דבעינן שיהי' נודע שהוא כתב ישראל משום דלא מהני מסל"ת מפי כתבו וכמש"כ המ"מ וכ"ז דלא נתברר שהוא כתב ישראל חיישינן שמא כתבו א"י א"כ נסתר ההיתר הלז שע"פ דברי האיזבארשציק בנ"ד:

כב

ולפי מה שכ' הבית מאיר על מש"כ המ"מ בכוונת הרמב"ם דבעינן ונודע שהוא כתב ישראל משום דלא מהני מסל"ת בכתב וכתב ע"ז הבית מאיר די"ל כוונה אחרת דהרמב"ם הא ס"ל דבעינן קישור דברים גבי מסל"ת כמו דמשמע מלשונו והובא בשו"ע סעי' י"ד א"כ במה שמצאו כתוב פ' מת אינו בזה קישור דברים וכן כתב הטעם הלז בביאור הגר"א זצ"ל בסעי' י"א בס"ק מ"ז:

ועיין בביאור הגר"א בס"ק נ"ד א"כ לפ"ז הי' מקום להקל בנ"ד לפי מה שכתבו בהגב"ע של הגדת האיזבארשציק דאמר דהי' נכתב בהמכתב שהנפטר הניח איזה חפץ. א"כ י"ל דזה נחשב לקישור דברים והי' מועיל אף אם הי' המכתב מן א"י משום דגם זה מקרי מסל"ת כן הי' מקום לומר. אבל באמת זה אינו לפי מש"כ התוס' ביבמות ד' קכ"ב ע"ב ד"ה פונדקית כו' דמה שהוציאה מקלו ותרמילו היתה יכולה לעשות כן לעדות כו' עכ"ל וע"כ לא דיינינן למה שהראתה להם מקלו ותרמילו בשם מסל"ת וה"ה בנ"ד מה שנכתב בהמכתב דהניח איזה חפץ אין זה מקרי קישור דברים דהא עיקר הטעם של הסוברים להצריך קישור דברים הוא בשביל דיהי' לנו הוכחה דלא נתכוין לעדות וכמש"כ המראות הצובאות סעי' י"ד בס"ק מ"ז לדעת הרמב"ם והטור ולשארי הפוסקים ע"ש. א"כ כיון די"ל דמה שכתב בהמכתב דהניח הנפטר איזה חפץ דהי' כוונתו בזה גופא בשביל עדותו וכמש"כ התוס' כנ"ל ע"כ לא דיינינן זה לקישור דברים ויש להאריך בזה עוד אך באמת לפי מה דהכריעו הפוסקים להקל במקום עיגון דסומכין להקל במסל"ת אף בלא קישור דברים כמש"כ הב"ח והב"ש בס"ק ל"ח וכדעת רוב הפוסקים. א"כ לפ"ז הי' מקום להקל אף אם הי' המכתב בכתב שאינו של ישראל לפי הטעם של הבית מאיר בדעת הרמב"ם דמשום שלא הי' שם קישור דברים הצריכו שיהי' הכתב ישראל. וכן במה שלא נכתב בהמכתב דקברתיו אין לנו להחמיר אף דנימא דכתבו א"י דהא הכריעו האחרונים לדינא דא"צ לומר קברתיו וכמש"כ הב"ש סוף ס"ק נ"ד וגם הא הובא שם בב"ש שיטת הריטב"א דאם הא"י מכניס א"ע להכריז פלוני מת אצ"ל קברתיו א"כ ה"ה הכא דהכניס א"ע לכתוב ולשלוח המכתב לקאמינקא ע"כ אצ"ל קברתיו וכן בהזכירו שם המת ומכירו ע"ש וקצרתי:

כג

אכן באמת העיקר בטעמו של הרמב"ם דהצריך שיהי' נודע שהוא כתב ישראל הוא כמש"כ העזרת נשים בהסבר דברי הרב המ"מ דמסל"ת ע"פ כתב לא מהני הוא משום דבכותב לישראל יש לחוש אולי ע"י שאלה של הישראל כתב כן או מדכותב לישראל איכא למימר דבוודאי להגיד לשם עדות מתכוין דאל"כ מה לו עם הישראל ומה"ט אם כתב לא"י כו' יש להקל והובא דברי הע"נ הנ"ל בספר קהלת יעקב להגאון מליסא בסי' י"ז סעי' י"א א"כ לפ"ז יש לנו להחמיר בנ"ד כ"ז דלא יתברר שהיה המכתב נכתב בכתב ישראל דזה הטעם להחמיר שייך ג"כ בנ"ד. לא שייך לדון בנ"ד להא דיבמות ד' קכ"ב בפונדקית דנתנו. לה דין מסל"ת לפי דהוציאה מקלו ותרמילו והראתה להן את קברו דע"י רגלים לדבר עשאוה כמסל"ת אף דהי' ע"י שאלה אי' חברינו וכעין מש"כ המהר"ם לובלין בתשובה סי' ק"י ובסי' ק"ל ועיין בצ"צ סי' מ"ב דזה אינו דהא שא"ה דהכירו מקלו ותרמילו משא"כ בנ"ד דאף דנכתב בהמכתב דהנפטר הניח איזה חפץ אבל לא חקרו להכיר את החפץ אם הוא של הנפטר הלז או לא וע"כ אין זה דומה כלל להא דיבמות וכן מה שאמר הממונה על הקברות להאשה דהאיש קלמן פונקיל חייט נקבר בק"ב והראה לה את קברו אין זה דומה להא דיבמות שם דהראתה להם את קברו דנתנו ע"ז שם דין רגלים לדבר דשא"ה דהפונדקית אמרה להם כן על האיש שהי' ידוע להם ואליו משא"כ בנ"ד דהממונה לא אמר רק שמו קלמן פונקיל חייט ובאמת הי' שמו קלמן פונטיל חייט ואף דעבידי למטעי בכזה כמו שכתבתי לעיל מ"מ הא נתבאר לעיל דנ"ד הוי כמו דלא הזכיר רק שמו קלמן חייט דע"ז אין לבנות יסוד להיתירא כלל משום דכמה קלמן חייט איכא א"כ לא הוי שום הוכחה ורגלים לדבר ממה דהראה הממונה לאשתו את קברו ולכן אין כל זה נחשב לקרותן בשם רגלים לדבר וגם שם ביבמות הי' עיקר ההיתר לפי דבכיא מעיקרא וכמש"כ התוס' ועיין במהרי"ק שורש קכ"א ובתה"ד סי' קל"ט וקצרתי לפי דאינו שייכות לדברינו כ"כ וע"כ אין לנו כעת יסוד דהיתירא בנ"ד ע"פ דברי האיזבארשציק כ"ז דלא יתברר לנו שהיה המכתב נכתב בכתב ישראל:

ענף ו

כד

שוב ראיתי דיש לנו עדיין מקום יסוד דהיתירא בנ"ד ע"פ מש"כ הרמ"א בסי' י"ז סעי' ט"ו ואם שאלו הישראל והא"י הגיד שמת והגיד אומדנות המוכיחות אע"פ שאינו מקרי מסל"ת ואסורה לינשא מ"מ אם עברה ונישאת כו' לא תצא אם יש ראיות ואומדנות שמת פסקי מהרי"א סי' קל"ט עכ"ל הרמ"א והח"מ שם ס"ק ל"ג כתב דלאו דוקא הגיד ה"ה אם יש בלא"ה ראיות ואומדנות שמת ואפילו אין כאן עדות כלל כל שהתירה חכם

ונשאת ע"פ ואיכא אומדנא דמוכח דדומה למשאל"ס כו' עכ"ל וכ"כ הב"ש שם בס"ק נו"ן וסיימו דלמעשה צריך להתיישב בזה. ועיקר הדברים הללו הוא בתה"ד סי' קל"ט שהתיר שם בדיעבד אם ניסת ע"פ חכם אף דהגדת הנכרי הי' ע"י שאלת הישראל לפי שהי' שם אומדנות המוכיחות שמת דהי' קלא דלא פסיק שמת וזה כמה שנים שנשתקע שמו ואבד זכרו ואנו מפוזרים ומפורדים בכל מקום ואם הי' חי בהרחק שלשה מאות פרסאות הי' נודע ונשמע לנו כו' וכה"ג מקרי רובא דשכיח וכמו משאל"ס כו' ודייקא ומינסבא מרע לי' לחזקת א"א וע"כ סמכינן על כ"ז להתירה בדיעבד וכמו במשאל"ס זהו קוטב דברי התה"ד שם והנה הרדב"ז ח"א סי' תקכ"ו כתב לסתור כל דברי התה"ד הנ"ל. אבל המראות הצובאות סעי' ט"ו בס"ק נ"ח כתב לחזק דברי התה"ד דבאומדנות המוכיחות טובא חשוב כמו רוב גמור דיצאנו מידי איסור תורה ואין בזה אלא איסור דרבנן:

כה

והנה בעיקר כל הדברים הללו יש לי להאריך אך אין העת גורם כעת להאריך בזה ולא באתי רק בקצרה והוא לפי מה דנתבאר בשם התה"ד והרמ"א א"כ חזינן דנקטינן להלכה כן. א"כ בנ"ד יש הרבה אומדנות המוכיחין דמת האיש שאנו דנין עליו ואלו הן א מה שאמר הממונה על הקברות בק"ב כי נמצא כתוב בפנקסו אשר מת שם האיש קלמן פונקלי חייט ואף דעל זה לא נוכל לסמוך להתירה אבל עכ"פ חשוב זה לאומדנא גדולה דמת האיש קלמן פונטיל חייט כי תיבת פונטיל נתחלף לשם כינוי פונקיל דעבידי למטעי בכזה וכמו שכתבתי כעין זה בארוכה בקונטרס א'. ב כי הרופא מומחה דקאמינקא הגיד בתו"ע אשר לפי האומדנא שלו לא היה יכול האיש שאנו דנין עליו לחיות יותר מן ג' שנים כי רובא דרובא מתים ע"י המחלה שהיה לו ומצינו בכמה דוכתי אשר סמכינן על הרופא אף בדאורייתא וכמבואר ביו"ד סי' קפ"ז סעי' ח' אף להקל ע"פ אומדן דעתו ובפרט היכא דיש רגלים לדבר דסמכינן בוודאי על הרופא וכמש"כ הרדב"ז ח"א סי' ת"י ובנ"ד דיש רגלים לדבר זולת עדותו של הרופא ישראל ע"כ מצרפינן כל זה לאומדנא דמת האיש שאנו דנין עליו דהא אמר בתו"ע על אומדנא שלו דרובא דרובא מתים במי שיש לו המחלה הזאת ויצאנו עפ"ז מן דאורייתא אף דח"ו לסמוך ע"ז ולהתירה לינשא מ"מ מחשש תורה יצאנו עפ"ז ועוד דהא שייך בנ"ד האומדנא שכתב התה"ד שם דהאידנא שאנו פזורים ומפורדים ואילו היה חי הי' נשמע מקומו איה הוא וזה כמה שנים שנשתקע שמו ואבד זכרו וזהו רובא דשכיח וחזקה דייקא ומינסבא מרע לי' לחזקה דא"א הכל כמש"כ התה"ד ובפרט בעתים הללו דקביע בי דואר וטעלעגראמען בכל המדינות וכמש"כ החתם סופר בסי' נ"ח ובסי' ס"ה ע"ש:

כו

ועוד אומדנא דיש בנ"ד דאמרה האשה דהבטיח לה קודם נסיעתו שבקרוב יחזור אלי' א"כ שייך בנ"ד לומר דאילו הי' חי הי' שב לביתו ולקיים הבטחתו כיון דנפרד ממנה בשלום ולא ע"י קטטה וכעין מש"כ רש"י בכתובות דף כ"ב ע"ב בד"ה באומרת ברי לי כו' אילו הי' קיים הי' בא. ואף לפי דברי הר"נ בכתובות שם דחולק על דברי רש"י בזה מ"מ נחשב זאת עכ"פ לאומדנא לצרפו לשארי אומדנות וכעין זה כתב המבי"ט והובא בק"ע לסי' י"ז ס"ק רכ"א דמדאורייתא תלינן שזהו הנאבד דאם איתא שהנאבד הי' ניצול הי' נודע מקומו איה הוא ע"ש וזהו ג"כ כעין מש"כ בשם רש"י ע"כ חשוב זה ג"כ לצירוף שארי אומדנות:

וכיון דהסכמת התה"ד והרמ"א ושארי אחרונים הוא דאם יש הרבה אומדנות דאז מצרפינן זה למה שהגיד הא"י אפילו ע"י שאלה דהוא מת דאע"פ שאינו מקרי מסל"ת מ"מ ע"י צירוף כל זה ביחד דייניין דיצאה מן איסור דאורייתא אלא דמחמרינן לכתחילה דזה דומה למשאל"ס ואם ניסת לא תצא וכ"כ בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ס"ה וגם הא כתב הח"מ והב"ש שם דאפילו בלא הגדה כלל היכא דאיכא אומדנות הרבה י"ל דדומה למשאל"ס רק דסיימו דלמעשה צריך להתיישב בזה והיינו היכא דלא הי' שם שום הגדה כלל אבל היכא דהי' שם הגדת הא"י אף שהי' ע"י שאלה בזה אין שום ספק כלל וכמש"כ הרמ"א והתה"ד שם כן בפשיטות להקל בדיעבד אם נישאת ולא הביאו שם שום חולק ע"ז כלל ולפ"ז בנ"ד דיש לנו כל האומדנות הנ"ל דזהו עדיפא ביותר מן האומדנות המבואר בתה"ד א"כ אף דנימא להסתפק שמא הי' המכתב בכתב שאינו של ישראל מ"מ יצאנו מן חשש איסור תורה דהא עיקר הטעם דלא מהני כתב שאינו בכתב ישראל הוא מטעם דאינו דינו כמו מסל"ת וכמש"כ בספר עזרת נשים דיש לחוש שמא הי' כן ע"י שאלת הישראל או דנתכוין להעיד דאל"כ למה לי' להכניס א"ע ולכתוב ולשלוח מכתב למרחוק כנ"ל:

כז

ועכ"פ עיקר הטעם הוא דבכתב לא מקרי מסל"ת. א"כ הא נתבאר דהיכא דיש הרבה אומדנות המוכיחות והגדת הא"י אף ע"י שאלה דאף דלא מקרי מסל"ת דמ"מ ע"י צירוף כל האומדנות להגדת הא"י בלא מסל"ת יצאנו מן איסור תורה בנ"ד דדינו כמו כל רובא ואין לנו להחמיר רק מדרבנן כמו בכל רובא ומשאל"ס דהא גם התה"ד לא היקל רק בדיעבד אם נישאת ע"פ חכם ולכן אינו ראי' מן המהר"ם לובלין בסי' ק"י לומר דפליג על התה"ד במש"כ שם דהיכא דיש לנו מסל"ת קצת דיש לנו לצרף שארי הוכחות וראיות על מיתתו להתירה כמו שצירפו הוצאת מקלו ותרמילו ובכיי' דפונדקית יבמות ע"ש.

דמשמע דס"ל דאף דיש לנו אומדנות מ"מ בעינן שיהי' מסל"ת קצת ואילו התה"ד התיר אף שהגדת הא"י הי' בלא מסל"ת כלל רק ע"י שאלה גמורה אם הי' אומדנות משום דהתה"ד דכתב כן בעובדא דילי' דנישאת ועי"ז יצאנו מן איסור תורה וממילא דינו כמו משאל"ס דניסת לא תצא משא"כ המהר"ם לובלין דמצריך שיהי' מסל"ת קצתו כדי שתהי' מותרת לינשא לכתחילה וכמו בעובדא דפונדקית בסוף יבמות דבכייא מעיקרא כו' ועיין בט"ז ליו"ד סי' שט"ז ס"ק ד':

ענף ז

כח

וכיון דחזינן דהיכא דאיכא אומדנות הרבה יצאנו מן דאורייתא ואינה אסורה אלא מדרבנן ע"כ ממילא יש לנו להתירה בנ"ד אף מדרבנן והוא. כי הט"ז באה"ע סי' י"ז סעי' ט"ו בס"ק ט"ו כתב דהיכא שיש ספק אם הוא מסל"ת או שאמר הא"י כן ע"י שאלה דהיכא שיש לנו אומדנות המוכיחים וכמבואר בתה"ד סי' קל"ט דמותר בדיעבד ע"כ במקום דמספקא לנו שמא הי' מסל"ת גמור אז מתירין לכתחילה ג"כ ואזלינן לקולא בזה ע"ש בט"ז והובא דברי הט"ז הנ"ל בב"ש שם ס"ק מ"ט וטעמו פשוט דכיון דעיקר האיסור בזה אינו רק מדרבנן משום דמה"ת הא סמכינן על אומדנות המוכיחות דהוי רובא וכמו במשאל"ס. וע"כ בדרבנן הא קי"ל דספיקא דרבנן אזלינן לקולא וה"ה בהך ספק אם הי' מסל"ת גמור או לא דה"ל כמו כל ספק דרבנן דמקילינן. ולא שייך בזה לומר להחמיר משום חזקת איסורא דא"א דאף בספיקא דרבנן באיתחזק איסורא מחמרינן. דז"א דהא כתב התה"ד שם לומר דחזקה דדייקא ומינסבא מרעא לי' לחזקת א"א ועיין מזה בנו"ב סי' מ"ג שכתב מה"ט להקל בהיתר עגונא ע"פ ספק ספיקא ע"ש ועוד דהא כיון דס"ל דמה"ת יצאנו מן חשש דאורייתא לפי דהוי כמו רוב מעליא א"כ ממילא נסתלק לנו הך חזקת א"א דהא מה"ת רובא עדיפא מחזקה וע"כ ממילא הוי דינו כמו היכא דליכא חזקת איסור דאם נולד ספק בדרבנן דיינינן דספק דרבנן להקל כן הוא כוונת הט"ז ופשוט:

כט

וכן יש לדון בכה"ג לדון ספק ספיקא לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ל"ח ענף ג' דהיכא דיש ספק ספיקא דהספק הראשון הוא שמא וודאי היתר והספק השני הוא שמא הוי ספק איסור וכמו שכתב הרשב"א והריטב"א בקידושין דף ע"ג לדון כן בספק רוב וספק פלגא דה"ל ס"ס מעליא והארכתי שם בזה דאין זה דומה למה דקי"ל דס"ס משם א' לא מהני וכן כתבתי מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ט' ע"ש א"כ ה"ה בנידן הט"ז היכא דה"ל ספק אם הי' מסל"ת גמור או לא דכיון דיש לנו אומדנות המוכיחות דיצאנו מדאורייתא ולא מחמרינן אלא מדרבנן דעשאוה כמו ספק איסור א"כ יש לנו ספק ספיקא

מעליא ספק ראשון אין כאן שום ספק איסור כלל דשמא ה"ל מסל"ת גמור דאז יש לנו היתר גמור כיון דקיי"ל דסומכין על מסל"ת להקל ואת"ל דלא הוי מסל"ת אכתי לא ה"ל רק ספק איסור כיון דיש לנו עכ"פ רובא דמה"ת מועיל זה ע"כ ה"ל ס"ס מעליא ויהי' איך שיהי' עכ"פ חזינן דס"ל להט"ז והב"ש דבמקום דיש לנו אומדנות המוכיחות דאז אם הוי ספק שמא ה"ל מסל"ת גמור דמתירין אף לכתחילה וכפי הטעם שנתבאר. א"כ ה"ה בנ"ד דהעידו בשם האיזבארשציק דאמר לפניהם דהי' לו מכתב שמת האיש קלמן פונקיל חייט. וכבר נתבאר בזה ברור אם הי' המכתב כתוב בכתב ישראל דהי' לנו יסוד דהיתירא להתירה במקום עיגון אף דלא ידעינן אם הי' מקוים אלא דמספקא לנו שמא הי' כתוב בכתב שאינו של ישראל דכיון דיש לנו הרבה אומדנות המוכיחות ביותר הרבה מן האומדנות המבואר בהתה"ד. א"כ יצאנו מדאורייתא בוודאי וע"כ במה דמספקא לנו שמא הי' המכתב בכתב ישראל או לא ה"ל ספיקא דרבנן דלקולא וכמש"כ הט"ז במה דמספקא אם הי' מסל"ת או לא דמקילינן. וה"ה בנ"ד דמ"ש:

ואין סברא לחלק דשאני בספק מסל"ת דאם הי' מסל"ת גמור א"כ הא זה מועיל בפשיטות:

משא"כ בנ"ד במה דמספקא לנו שמא הי' כתב ישראל דהא אף שהי' בכתב ישראל לא מקילינן רק במקום עיגון כיון שהי' אינו מקוים וכמש"כ הח"מ דזה אינו כיון דעכ"פ בנ"ד דהוא מקום עיגון היה לנו הדין בברור דאם הי' בכתב ישראל דמתירין אותה ע"כ ממילא הוא כמו הך נידון דהט"ז ואין שום מקום לחלק ביניהם ועי' בט"ז ליו"ד סי' צ"א ס"ק י"ב אבל אינו שייכות לענינינו דהא עכ"פ ה"ל בנ"ד ספיקא דרבנן ועי' באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ד וקצרתי:

ל

וכן יש לנו לדון בנ"ד להספק ספיקא שכתבתי לומר בדברי הט"ז הנ"ל דה"ל ספק וודאי דאין בו חשש איסור כלל ואת"ל דה"ל ספק אכתי ה"ל ספק איסור ודומה למש"כ הרשב"א והריטב"א בספק רוב ספק פלגא וה"ה בנ"ד כיון דיש הרבה אומדנות המוכיחות ה"ל ג"כ הך ספק ספיקא ובדרבנן דבוודאי סמכינן על ס"ס כזה ועוד יש לנו לדון לפי פשטות לשון המחבר באה"ע סי' י"ז סעי' י"א דכתב מצאו כתוב פב"פ מת תנשא אשתו ואפילו אינו מקוים ולהרמב"ם צריך שידעו שהוא כתב ישראל הג"ה וכן ראוי להחמיר כו' עכ"ל ומשמע מן פשט לשונם דלהדיעה הראשונה הדין הוא דאף אם הוא בכתב א"י ג"כ מתירין את אשתו וכמש"כ הבדק הבית בבית יוסף שהובא בח"מ ס"ק כ"א:

וכן הסברא נותנת דלא ניחוש שמא הי' כן ע"פ שאלת הישראל וכמש"כ הב"ש בשם הט"ז בס"ק נ"א דאף בישראל האומר בשם א"י אף דאינו אומר שהי' במסל"ת ולא הי' עפ"י שאלתו ג"כ לא מחמרינן ע"ש ועיין בב"ש ס"ק מ' מש"כ דלעולם לא חיישינן לשום חשש כל שאינו רגלים לדבר רק דשיטת הרמב"ם הוא דבכתב חיישינן שמא הי' זה ע"פ שאלת ישראל או שהי' מכוין להעיד מדטרח לכתוב וכמש"כ בספר עזרת נשים כנ"ל אך בשיטת הדיעה הראשונה נראה דס"ל דאין לחלק בין בע"פ לבכתב כמו דנראה מלשונם ועיין בב"ש ס"ק מ"ח שכתב ג"כ דל"ח כו' ולכן יש לצרף זה גופא לספיקא וגם אף דנימא דהדיעה הראשונה דמשמע דלא ס"ל למה שהצריך הרמב"ם דידעו שהוא כתב ישראל היינו דפליגי היכא דלא נודע אם הוא כתב ישראל וס"ל דכיון דלא נודע א"כ לא חיישינן שמא הי' זה הכתב מן הגדת הא"י וכמו דכתב המל"מ בשם המהרלנ"ח דלהמסקנא דבשעת הסכנה דכותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין לא חיישינן שמא הי' א"י וכמש"כ לעיל וכמש"כ הח"מ בתשובה בסי' י"ז ס"ק כ"א דלא חיישינן באם הי' הכתב אינו מקויים דשמא כתבו איזה פסול משום דהא בשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין ע"ש א"כ כמו כן י"ל בטעם הדיעה הראשונה דס"ל מה"ט אף בלא נודע אם הי' כתב ישראל או לא דלא חיישינן מספיקא שמא הי' א"י ומה"ט בשמעו קול שאומר פ' מת לא חיישינן שמא הי' א"י כנ"ל ויהי' איך שיהי' כיון דס"ל להדיעה הראשונה דאף בלא נודע שמא כתבו א"י לא חיישינן א"כ זה גופא יש לצרף לספיקא ואף דכתב הרמ"א דכן ראוי להחמיר היינו היכא דלא הוי לנו אומדנות המוכיחות דה"ל ספק בדאורייתא משא"כ בנ"ד דיש לנו הרבה אומדנות דלא ה"ל רק איסור דרבנן ע"כ ממילא ה"ל כמו כל ספיקא דדינא בדרבנן דאזלינן לקולא:

לא

ובפרט דיש עוד מקום לומר דעיקר חומרת הרמב"ם דמצריך שיהי' כתב ישראל זהו משום דאזיל לטעמי' דמצריך במסל"ת שיהי' קישור דברים כמש"כ הבית מאיר וכן ראיתי בביאור הגר"א צ"ל בס"ק מ"ז שהזכיר זה בקצרה ואי נימא כן א"כ אינו מוכרח לומר למש"כ המ"מ בכוונתו וכמש"כ הב"י בבדק הבית דאין לזה טעם וכמש"כ הח"מ בס"ק כ"א. וע"כ י"ל דלפי מה דנקטינן לדינא להקל דלא בעינן קישור דברים וכמש"כ הב"ח והב"ש בסעי' י"ד ס"ק ל"ח ע"כ יש מקום להקל אף אם הי' כתב א"י ע"כ יש לצרף גם את זה גופא לספיקא דדינא אם הלכה כהמ"מ דמחמיר בכתב א"י או לא ויש לנו הרבה ספק ספיקא בנ"ד ואף דנימא דה"ל כמו ס"ס משם א' עכ"ז הא בחשש דרבנן יש מקום לדון לספק ספיקא אף דה"ל ס"ס משם א' ועיין בפרי מגדים ליו"ד סי' ק"י בדיני

ספק ספיקא ס"ק י"א למש"כ בשם הרא"ה ז"ל וכש"כ לפי מש"כ לעיל לדמות כ"ז למש"כ הרשב"א והריטב"א בהא דקידושין ד' ע"ג בספק רוב וספק פלגא וכפי שכתבתי בספרי באר יצחק וספרי נחל יצחק דאין זה נקרא ס"ס משם א' ולכה"פ ה"ל ספיקא בדרבנן דסגי גם ספק א' למיזל עפ"ז לקולא ע"כ יש לנו מקום להקל בנ"ד אף אם לא יבורר אם הי' כתוב המכתב בכתב ישראל או לא דה"ל ככל ספק דרבנן דלקולא:

ענף ח

לב

והנה לעיל כתבתי לדון ע"ד הגב"ע מן האשה עצמה מה שאמרה מפי הממונה על הק' דק"ב שמצא כתוב בפנקסו אשר האיש קלמן פונקל חייט מת ונקבר שם ואמר לה כן ע"י שאלתה ואף דכה"ג לא הוי מסל"ת מ"מ כתבתי לדון ההיתר עפ"ז משום דמילתא דעביד לגלויי דנאמן אף א"י וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' ב' ס"ק ז' לדון כן בעוזב דת ובא"י האומר על בשר הנמצא בידו דמומחה פ' שחט לו כו' וכמו בביצים בסי' פ"ו והתב"ש דחי לזה משום דשא"ה דסימנים מסייעים לי' כו' וכן הוכחתי לעיל מדברי רש"י לחולין ד' ס"ד וכעת ראיתי דבנ"ד שפיר יש להוכיח מן הא דנאמן א"י לומר מעוף פ' הוא דאי נימא דשא"ה דסימנים של הביצים מסייעין לו הא קיי"ל דסימני ביצים לאו דאורייתא ומדאורייתא לא סמכינן על הסימנים ואפ"ה דיינינן דע"י צירוף של הסימנים מהימנינן להא"י האומר מעוף פ' טהור הוא משום דעביד לגלויי כש"כ בנ"ד דאף זולת העדות של הממונה על הקברות יש לנו הרבה אומדנות המוכיחות כל הנך דנתבארו ולצירוף המכתב שהם זולת הגדת הממונה ויש לנו לדון דיצתה מדאורייתא מאיסורא אף זולת הגדת הממונה וכיון דלא מחמרינן אלא מדרבנן ע"כ בוודאי אם הי' ממש ע"פ הגדת הממונה שיהי' מועיל להתירה בוודאי מהימנינן לי' משום דעביד לגלויי לראות בפנקסו וכמש"כ לעיל וע"י צירוף לכל הנך אומדנות המוכיחות דהם עדיפי מן הצירוף דסימנים בהביצים כנ"ל דהא הסימני ביצים אינם מועילים מדאורייתא ואילו הנך אומדנות מועילות מדאורייתא והוי כש"כ מדהתם בביצים:

לג

וכן אין מקום לחלק דשאני בהא דחולין בהנך ביצים דהתם לא איתחזק איסורא משא"כ בנ"ד דאיתחזק איסורא דא"א דהא ביארתי לעיל דזולת הסברא דכתבתי לעיל דחזקה דייקא ומינסבא מרע לחזקת א"א דיש לדון בזה עוד דכיון דיש לנו הנך אומדנות המוכיחות דחשוב כמו רובא א"כ ממילא נסתלק החזקת א"א וה"ל כמו דאין כאן החזקת א"א דרוב עדיף מחזקה ע"כ ממילא יש לדון בזה דיהי' נאמן משום מילתא דעביד לגלוי'

וכמו בביצים וכש"כ מדהתם דהא התם ה"ל ספיקא דאורייתא והכא בנ"ד לא הוי רק איסור מדרבנן כנ"ל:

לד

ולעיל הבאתי דלשיטת הט"ז ביו"ד סי' ב' ס"ק ז' דס"ל דאף על הבשר נאמן הא"י לומר ממומחה פ' דמוכח דס"ל דאף במקום דאתחזק איסורא נאמן הא"י במקום דה"ל מילתא דעבידא לגלויי דהא בהבשר שת"י הא"י יש לדון עליו חזקת איסור וכמש"כ התוס' בנדה דף י"ח ע"א בד"ה אחר הרוב כו' דעל הבשר הנמצא יש חזקת איסור ע"ש והקשיתי ע"ז מן הא דיבמות דף מ"ז דאם אמר נתגיירתי בב"ד של פלוני אינו נאמן [ובמדינות דמותרין להתגייר משא"כ במדינתינו אף דה"ל מילתא דעביד לגלויי דמוכח מדהתם דנגד חזקה לא מהימן אף היכא דה"ל עביד לגלויי והי' לי הרבה אופנים לחלק ביניהם אבל האמת יורה דרכוכי יש לחלק ביניהם בפשיטות ע"פ הא דאיתא בגיטין דף פ"ה ע"א גירות לא שכיחא מיתה שכיחא א"כ חזינן דענין גירות לא שכיחא א"כ יש לנו חזקת איסור דהא אסור לבא בקהל מקודם שנתגייר שהי' מוחזק בערבי מקודם לכן וכמש"כ הנו"ב במ"ק באה"ע סי' ל"ח והובא לעיל וגם יש לנו רוב המנגדתו במה שאומר שנתגייר דהא גירות לא שכיחא א"כ הא רוב ובצירוף חזקה אלים מאד דהא ע"פ רוב וחזקה כבר בארתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ז' ובספרי נחל יצחק סי' מ"ג סעי' י"ד לחזק שיטת הבעל המאור ברפ"ב דכתובות דרוב וחזקה מוציא ממון מן המוחזק ע"ש א"כ הדעת נותנת דאף במילתא דעביד לגלויי לא יהי' מהימן אף ע"א כשר לסתור את הרוב והחזקה דהא לענין הוצאות ממונא מן המוחזק אינו נאמן ע"א אף במילתא דעביד לגלויי כמבואר בח"מ סי' למ"ד סעי' י"ג בהרמ"א ועיין בקצה"ח סי' ל"ט ס"ק א' מש"כ בשם הריב"ש דהעלה דבממון אף בעביד לגלויי א"נ ע"א לעולם וכיון דלהוציא ממון א"נ ע"א כשר אף במה דעביד לגלויי כש"כ דא"נ ע"א במקום דסותר להרוב והחזקה דמנגדתו משום דה"ל המיעוט בשם מיעוט דמיעוטא כמבואר ביבמות דף קי"ט היכא דיש רוב וחזקה ע"ש ויהי' איזה טעם שיהי' דכיון דחזינן דרוב וחזקה אלים טובא להוציא ממוחזק א"כ הדין נותן דאין ע"א כשר ג"כ נאמן אף במה דעביד לגלויי וכש"כ עד א"י ולכן אינו קשה מהא דיבמות על דברי הט"ז דעדיין י"ל דהיכא דליכא רובא רק חזקה בלבד דנאמן הא"י לומר במה דעביד לגלויי כמו דכתב דנאמן הא"י לומר על הבשר שבידו דמן מומחה פ' קנה וכן הוכחתי לעיל מן יו"ד סי' רצ"ד דאף נגד רובא אינו נאמן הא"י אף במילתא דעביד לגלויי וכש"כ ברוב ובצירוף חזקה דאינו נאמן משא"כ היכא דליכא רק חזקה בלבד שפיר י"ל כהט"ז:

לה

וכ"ז לשיטת הט"ז דלפי זה וודאי נאמן הממונה על הקברות בנ"ד אף דאיתחזק איסורא דא"א. אך בעיקר ראיות הט"ז בהנידן דבשר הנמצא ביד הא"י דהביא ראי' מן סי' פ"ו דנאמן על הביצים לומר מעוף פ' טהור. יש לחלק דשאני הך דסי' פ"ו בהביצים דלא איתחזק איסורא משא"כ הכא בהבשר דאיתחזק איסורא וכעין דברי הנו"ב בסי' כ"ח שמחלק כמו כן גבי ע"א כשר וזולת זה הא כבר הוכחתי לעיל דהעיקר כמש"כ התב"ש לחלק דשא"ה דסימנים מסייעים לו אבל בנ"ד דהאומדנות מוכיחות דהוא מת דעי"ז יצאנו מן חשש דאורייתא דזה עדיף מן סיועי דהסימני ביצים כנ"ל בוודאי הדין הוא דנאמן הא"י לומר כן כיון דעביד לגלויי כיון דנסתלקה החזקת א"א ואינה אסורה אלא מספיקא ומדרבנן א"כ הוי זה כש"כ מהא דיו"ד סי' פ"ו דנאמן הממונה בזה:

ענף ט

לו

ועוד ראיתי כעת לדון לפי מה דכתב הש"ך ביו"ד סי' צ"ח ס"ק ב' לחלק דלכן נאמן מסל"ת שם לומר אם יש בו טעם איסור אף דטעם כעיקר דאורייתא משום דהוי עביד לגלויי מיד וכ"כ הפר"ח שם ומבואר בדברי רש"י והרא"ש לחולין דף צ"ז דהך מסל"ת דהתם הוא שנותנין לו לטעום ולא יודיעוהו שצריכין לו לדבר איסור והיתר והבית יוסף ליו"ד סי' צ"ח כתב דבדברי הרא"ש אין הכרע לומר דיהי' מצריך שיהי' קפילא ג"כ די"ל בדבריו דסגי במסל"ת בלבד ע"ש והחתם סופר ח' יו"ד סי' קע"ה כתב לפרש דהך מסל"ת דיו"ד סי' צ"ח לא הוי כמסל"ת דעדות אשה דהתם אין מדברין עמו כלל דאל"כ אין דינו כמסל"ת משא"כ הכא ביו"ד מטעימים לו רק שאין מודיעים אותו שנצטרך הדבר לענין איסור והיתר ע"ש ועיין בחוות יאיר סי' ל"ז שהוכיח מזה דה"ה בשארי איסורים והובא בפ"ת יו"ד סי' שט"ז. א"כ חזינן הכא ביו"ד דאף בדאורייתא נאמן הא"י במסל"ת קצת אף שהי' ע"פ שאלת הישראל. ממנו שיגיד איך הוא הטעם וסמכינן עליו כ"ז שאינו יודע אם צריך זה לדבר איסור והיתר והטעם דנאמן משום דה"ל מילתא דעביד לגלויי כמש"כ הש"ך והפר"ח א"כ ה"ה בנ"ד דעיקר מה שיש להחמיר באמירת הממונה על הק' הוא לפי שהגיד כן ע"י שאלת האשה ולא הוי מסל"ת. א"כ כיון דחזינן דאף מסל"ת שאינו יודע אם נצרכים אנו לזה לענין איסור והיתר אף שהגיד כן ע"י שאלתינו שאנו נותנין לו להטעימו ונאמן אף בספק בדאורייתא משום דעביד לגלויי מיד כנ"ל ע"כ ה"ה בנ"ד כיון דהחסרון הוא בעדות הממונה במה שהי' ע"י שאלת האשה אי' הוא האיש אבל הא לא אמרה אליו כי צריכה היא להיתר זה כדי שתוכל להנשא א"כ עדיין מקרי מסל"ת קצת וע"כ ממילא נאמן הא"י בזה כיון דהוי עביד לגלויי מיד ע"י ביקור הפינקס שלו כנ"ל

וכבר נתבאר דלא שייך בנ"ד לומר דאתחזק איסורא דא"א ע"פ הטעמים שנתבארו לעיל ע"כ יש לנו יסוד נכון עפ"ז להאמין להממונה אף דנימא שהי' א"י ואף דאיתא בירושלמי ליבמות פ' ט"ז ה' ה' איזו היא מתכוין. ריו"ח א' כל שמזכירין לו אשה רשב"ל א' כל ששואלין אותו כו' ועי' בקרבן העדה שם ועי' ביבמות דף קכ"א ע"ב וקצרתי א"כ חזינן דאם מזכירין לו אשה גרע א"כ בנ"ד דשאלה אותו האשה עצמה הדין נותן לכאורה דאין דינו כמסל"ת מהני טעמי מ"מ הא אף דשאלה אותו האשה עצמה עכ"ז הא לא אמרה לו שצריכה זה למען שתוכל להנשא ע"פ ע"כ שפיר זה דומה להא דיו"ד סי' צ"ח הנ"ל דמקרי מסל"ת אף שנותנין לו להטעימו כ"ז שלא הודיעו לו שנצרך הענין הזה למען איסור והיתר ומהימן כיון דעביד לגלוי' ובצירוף דהוי מסל"ת קצת וה"ה בנ"ד כן י"ל בכ"ז [ובפרט כי לא נודע להאשה בבירור אם הממונה הוא א"י או כו' אך כיון דאמרה האשה כי נראה לה שהוא א"י ע"כ לא רציתי לצרף זה לספיקא אכן נתבאר ע"פ טעמים נכונים דאף שהי' א"י ג"כ נאמן הממונה:

לז

וגם יש לדון עוד ע"פ שיטת הרמב"ם דס"ל דא"צ לא קפילא ולא מסל"ת כלל שם בהא דיו"ד סי' צ"ח ועיין בבית יוסף שם והביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ה' כתב בשיטת הרמב"ם דלכן מהימן א"י התם אף דאינו קפילא ולא מסל"ת משום דהוי מילתא דעביד לגלויי ואינו דומה לביצים דסובר דוקא בישראל משום דלא עביד לגלויי כמו כאן כו' ע"ש ועיין ביו"ד סי' פ"ו ש"ך ס"ק ב' וחזינן דס"ל להרמב"ם דהיכא דהוי עביד לגלויי מיד נאמן הא"י אף דלא הוי מסל"ת כלל. א"כ גם זה יש לצרף לנ"ד להיתירא ויש לי עוד להאריך בכ"ז אכן כיון שנתבאר לנו הרבה יסודות נכונות בל"ז דבנ"ד מהימן הממונה במה שאמר לכן ראיתי לקצר בזה וכ"ז אם הי' אומר הממונה להאשה שם עירו של בעלה או שאמר לה כי הנפטר קלמן פונקל חייט שמת ונקבר היה חולה על מחלת הסוחאטע וכמש"כ לעיל בארוכה אבל אם לא אמר כ"ז רק אמר שמו קלמן פונקלי חייט מת זה בלבד אין בזה לנו מקום להתירה אף אם נאמין להממונה. ולכן עיקר היסוד דהיתירא בנ"ד ע"פ דברי האיזבארשציק שאמר שהי' לו מכתב שמת האיש קלמן חייט וגם שם אביו ושם הכינוי שלו אך אינו זוכר אם הי' הטעות בשם הכינוי או בשם אביו דנתבאר לעיל דיש לנו מקום לסמוך ע"ז להיתירא במקום עיגון גדול כמו בנ"ד ובפרט דנראה מלשונו של האיזבארשציק שהי' המכתב של ישראל דהא אמר בזה"ל דיודע דמת בעלה כי הי' לו מכתב שמת. א"כ משמע שהי' נכתב בכתב ישראל דאל"כ איך הי' אומר בפשיטות דיודע דמת בעלה. אך זה אינו ראי' כ"כ לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' י"ז

סעי' י"ב דדוקא בדבר דליכא פלוגתא כלל בזה לא אמרינן דטעי אינש אבל במה דאיכא פלוגתא י"ל דטעי אינשי לומר דהדין הוא כהדיעה החולקת. אף דלא קיי"ל כן לדינא וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק כ"ב כעין זה וכן כתבתי בספרי הנ"ל בסי' מ"ב סעי' ט'. א"כ ה"ה הכא לפי מש"כ לעיל דלהדיעה ראשונה בסי' י"ז סעי' י"א דס"ל דאף בלא נודע שהוא כתב ישראל משיאין את אשתו ולא חיישינן שמא א"י כתבו או דס"ל דאף אם כתבו א"י ג"כ כ"ז דלא אמר כן להעיד דינו כמו מסל"ת וכמש"כ לעיל ע"כ עדיין י"ל דטעה בזה וסבר דהדין כן ע"כ אין זה הוכחה גמורה כ"כ:

לח

ומ"מ יותר נראה מן לשון הגדת האיזבארשציק דהי' נכתב בכתב ישראל מדאמר כן בפשיטות. וגם משמע מדבריו דהי' ניכר לו המכתב דאל"כ לא הוי אמר כן בפשיטות וגם מדאמר שמתחרט על מה שלא הראה את המכתב לאנשים דיותר נראה שהי' בכתב ישראל דאל"כ איך אמר כן בפשיטות דבעיר קטנה מי הוא היודע לקרות כ"כ את המכתב אם לא הי' בכתב ישראל. א"כ הוי ספק הנוטה ביותר שהי' בכתב ישראל ודומה למש"כ התוס' בפסחים דף ט' בד"ה ואת"ל הוה כו' דהספק הרגיל ביותר שאני ומה"ט כתבו התוס' שם בד"ה כדי שתהא בהמתו אוכלת כו' בתי' קמא בשם הר"י דאם בטלו מקילינן בספיקו אף דהי' מתחילה חיוב בדיקה עליו ע"ש והכל הוא מטעמא דהספק הרגיל שאני ועיין בחולין דף מ"ג ע"ב בתוס' ד"ה קסבר עולא כו' והדברים ארוכין ואכמ"ל א"כ ה"ה בנ"ד דכיון דנוטה יותר דהיה המכתב בכתב ישראל והיה ניכר לו החתימה של המכתב או דהי' מקוים לו הכתב מדאמר בפשיטות דיודע דמת בעלה ע"פ המכתב שהי' לו ע"ז ובספק הרגיל י"ל דמוציא מידי וודאי איסור בדרבנן כמש"כ התוס' בפסחים בתירוץ קמא הנ"ל ובנ"ד הא כבר נתבאר דאין מקום להחמיר רק מדרבנן וכמש"כ לעיל דאף אם הי' בכתב א"י ג"כ אינה אסורה רק מדרבנן. ע"כ בוודאי בהספק שמא הי' כתב ישראל והי' מקויים כפי שנוטה ביותר משמעת לשונו ע"כ יש לנו מקום להקל עפ"ז ולהתירה לכתחילה להנשא במקום עיגון גדול כמו בנ"ד:

לט

ואחר כותבי כ"ז ראיתי בפתחי תשובה לאה"ע סי' י"ז ס"ק כ"ג שכתב בקצרה ועיין בנ"צ מה שכתב לעיין אם העיד הא"י בלא מסל"ת רק אמר בשם פלוני שאמר לו שמת דרב גדול א' אמר דנאמן והביא ראיה בקצרה מהא דיו"ד סי' פ"ו וסיים דכתב שם דקשה עלינו לקבל חידוש זה כו' ע"ש אכן כבר העליתי בטוב טעם בעז"ה מה שיש לדון בזה הפרט ויש לי עוד מה להאריך. אך עת לקצר כי הנצרך לענינינו העליתי על נכון בעז"ה:

מ

סיומא דפסקא הוא כן אם הממונה על הקברות בק"ב אמר להאשה כי האיש קלמן פונקל חייט דמת ונקבר שם בק"ב הוא מן עיר קאמינקא שבמחוז הוראדנא אז יש לנו יסוד נכון להתירה לפי שבדקו באותו העיר שלא נאבד מן העיר הלז איש אחר שהי' שמו קלמן חייט וכמש"כ לעיל בארוכה דאף דהי' הממונה א"י מ"מ נאמן משום דכיון דאמר לה כי נמצא שם האיש הלז כתוב מת בשמו ושם עירו בין שמות הנפטרים הכתובים בהפינקס שתח"י הממונה המיוחד לזה וכפי הנהוג בכל קהילות גדולות שיש להם פנקס המיוחד לזה ולכתוב מי שמת שם מיד שנפטר שמו ושם עירו וזהו מטעם דמילתא דעביד לגלויי דנאמן בעדות אשה א"י שלא במסל"ת מה"ט וכפי שנתבאר לעיל בארוכה והכא הוי ג"כ עביד לגלויי דהא מיסתפי לומר שקר שמא תחקור האשה מיד לראות בגוף הפנקס ע"כ אף שלא ראתה האשה עצמה כתוב כן בהפנקס מ"מ נאמן הממונה א"י לומר שראה כן כתוב על שמו ושם עירו וכמש"כ לעיל בארוכה לבאר כ"ז בטוב טעם בעז"ה וכן אף אם תגיד האשה שלא אמר לה הממונה שם עירו רק תאמר שאמר לה הממונה כי האיש הלז הי' חולה במחלת הסוחאטע לפי שראה גם זה כתוב בהפינקס. אם אמר לה כן ג"כ יש לנו מקום להתירה ע"פ מש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' יו"ד דשני סימנים גרועים מצטרפים להיות נחשב לסימן אמצעי א"כ ה"ה הכא הנך שני סימנים היינו סימן החולי שלו בפרטות וסימן אומנתו שהיה חייט מצטרפים לסימן אמצעי וכבר כתב הנו"ב במ"ת סי' נ"ה דס"א עדיף מן שם אביו א"כ הוי לן שמו ושם אביו דאף דלא הגיד שם אביו מ"מ הא הנך שני סימנים חשובים כסימן אמצעי דהוי כשם אביו דיש לנו מקום להתירה כיון דידוע דהלך לפרייסין לבקש רפואתו ורוב הנוסעים שם הם באים לק"ב מתחילה וכמש"כ הח"מ בס"ק ל"ח והב"ש ס"ק סמ"ך וכמש"כ לעיל בארוכה אכן אם לא אמר הממונה להאשה שם המחלה שלו אין לנו מקום להתירה ע"פ דברי הממונה אם לא אמר שם עירו או אף דאמר לה כי ראה כן כתוב בהפינקס ג"כ אין להתירה משום דא"נ ומה שכתבתי להצריך שיאמר שם העיר קאמינקא במחוז הוראדנא דוקא זהו לפי דנודעתי כי גם במחוז וואלין ובמחוז גאליציע יש עיר שנקראת ג"כ בשם קאמינקא. וצריכים לכתוב שמה ולחקור ע"ז:

מא

כ"ז כתבתי מה שיש לדון ע"פ עדות הממונה ואם לא ימצאו מזור ותרופה להאשה העלובתא להתירה ע"פ דברי הממונה לפי שלא יבורר כל הפרטים הנ"ל מ"מ יש לנו מקום להתירה ע"פ דברי האיזבארשציק שאמר שהי' לו מכתב שמת האיש קלמן חייט והיה טעות בהמכתב ואינו זוכר אם הי' הטעות בשם הכינוי או בשם אביו ועפי"ז יש

לנו יסוד נכון להתירה כיון שנשלח המכתב הלז ליד האיזבארשציק דקאמינקא שבמחוז הוראדנא ה"ל זה כמו שם עירו וכמש"כ הט"ז בסי' י"ז ס"ק כ"ג והב"ש ס"ק נ"ז ולא מיבעיא אם יבורר שהי' המכתב נכתב בכתב ישראל ואף אם לא יבורר כן ויש לנו להסתפק שמא הי' נכתב בכתב א"י מ"מ יש לנו מקום להתירה דכיון דיש לנו הרבה אומדנות המוכיחות דמת בעלה כמו שנתבאר לעיל בארוכה א"כ יצאנו מדאורייתא וכמש"כ התה"ד בסי' קל"ט והרמ"א בסוף סעי' ט"ו וע"כ במה דמספקא לנו שמא הי' כתב ישראל א"כ זה דומה למש"כ הב"ש בשם הט"ז בס"ק מ"ט דבספק אם הי' מסל"ת כיון דיש לנו אומדנות המוכיחות דינו ככל ספק דרבנן לקולא ומתירין אף לכתחילה במקום עיגון גדול וכמש"כ לעיל לבאר כל זה בטוב טעם בעז"ה ובפרט כי משמעות לשון של דברי האיזבארשציק משמע ביותר שהי' המכתב בכתב ישראל והי' כתב מקויים וכפי שכתבתי לעיל בארוכה ע"פ דברי הגב"ע מן האיזבארשציק. ועיקר דברי הם בנוים ע"פ דברי הר"נ בתשובה והמ"ב והחתם סופר בסי' ע"א וכמו שהארכתי בקונטרס א' לבאר דהיכא דיש תועלת ע"פ עדותו להתירה אז אף אם נמצא בדבריו איזה טעות תלינן דטעי דעבידי למטעי כזה ומקודם יראו כת"ר לשלוח לק"ב לחקור שם היטב ולראות המצבות של הבה"ק ולדרוש ולעיין בהפנקס של הבה"ק דק"ב אולי יבורר על נכון ביותר ואם לא יבורר כל זה עכ"ז יכולין להתירה כי דעתי מסכמת להיתירא וכמש"כ כת"ר ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה:

סימן ל

נשאלתי אודות אשה אחת שהוחזקה בנשואה מכמה שנים ובאתה לפני הרב והבד"ל דשם ואומרת שנתגרשה מזמן כביר מבעלה וכיון דע"פ דין אינה נאמנת בזה"ז וגם בזמן הש"ס באומרת שלא בפניו אינה נאמנת כמבואר הכל בסי' י"ז וב"ש ס"ק ד' וסי' קנ"ב. ע"כ אינם יכולים להתיר לה עפ"ז. ואף דיש ע"א המעיד כן מ"מ הא בעינן ב' עדים דוקא ונשארת עגונה זמן הרבה ושוב כעת באתה האשה ואומרת דמת בעלה וכן בא ע"א להעיד שיודע שמת בעלה בתורת עד מפי עד זה ערך שני שנים:

ויש ע"א המעיד ששמע מבעלה שאמר שיש לו אח בפולין וע"א מכחישו ואומר אדרבה ששמע מבעלה המנוח שהי' מתאונן איך שאין לו שום אח ונשאלתי אם להתירה:

א

תשובה בקצרה כי לכאורה יש לחוש כיון דע"פ דין אינה נאמנת לומר גרשתני שלא בפניו וכש"כ בזה"ז א"כ הוחזקה בשקרנית. ע"כ לא תהי' נאמנת לומר מת בעלי כמבואר ביבמות דף קט"ז ובאה"ע סי' י"ז סעי' מ"ח בקטטה בינו לבינה אינה נאמנת. ואין לומר

דיש סניף להקל בנ"ד מטעם ע"א בקטטה דס"ל להרמב"ם דניסת לא תצא. עכ"ז הא זהו דוקא בניסת ועוד דדוקא בע"א שמעיד שיודע בעצמו שמת. ע"כ שייך אז לומר דהוי מילתא דעביד לגלויי כו' משא"כ בנ"ד דהוי עמפ"ע דלא שייך בזה דה"ל מילתא דעביד לגלויי כו' כידוע רק עיקר ההיתר בזה משום דייקא כו' ע"כ אין מזה שום קולא:

ב

אכן באמת הב"ש בסי' י"ז ס"ק ק"מ כתב דדוקא הכחישוה אבל אם אין עדים דמכחישים אותה במה שאמרה גרשתני אינה מוחזקת למשקרת כשאומרת מת בעלה אף בזה"ז דא"נ לומר גרשתני ובאמת אנכי לעצמי כתבתי במק"א דאף בזה"ז שייך חזקה אין אשה מעיזה בדיעבד אם ניסת. ולא כדברי הח"מ והב"ש בריש סי' י"ז יע"ש:

אכן הב"ש דס"ל להחמיר אף בדיעבד בזה"ז וכמש"כ בריש סי' י"ז ס"ק ד' בשם ב"ה דהאידנא דהמנהג פשוט דגונזין הגט וודאי אינה נאמנת לומר גרשתני דמשמע דאף ניסת תצא מה"ט וזהו זולת הסברא דכתב הרמ"א דנפישי חוצפא האידנא ואפ"ה כתב הב"ש בפשיטות דנאמנת לומר מת בעלה אף שאמרה גרשתני ולא אמרינן כיון דהוחזקה שקרנית לומר גרשתני מצד דאין אנו מאמינים לה דה"ה לא תהי' נאמנת לומר מת בעלי וע"כ מוכח דס"ל להב"ש דכ"ז דלא הוחזקה בעדים לשקרנית לא נקראת בשם משקרת והא דאין מאמינים לה על גרשתני זהו מצד דכ"ז דאין לה בירור הדברים אין לה כח להוציא א"ע מחזקת א"א אבל בירור הדבר אין לפנינו:

ג

ובאמת כן מוכח מיבמות דף קט"ז דמוקי לי' הש"ס התם באומרת גרשתני והוחזקה שקרנית ע"י עדים וקשה הא ה"מ לאוקמי באמרה גרשתני שלא בפניו דמעיזה וא"נ ואף למאן דאית לי' דרב המנונא אף שלא בפניו כמבואר בכתובות דף כ"ג זהו דוקא גבי ניסת ואח"כ באו עדים כו' וכמש"כ התוס' בגיטין דף פ"ט ד"ה ואידך כי איתמר דרב המנונא כו' ועיין בתוס' יבמות ד' קט"ז ע"ב ד"ה באותה שעה ואכמ"ל או דה"מ לאוקמי בתובעת כתובתה דמעיזה ואינה נאמנת אף להנשא לחד דעה המובא בסי' י"ז סעי' ב' וכן יש הרבה גוונ' דא"נ לומר גרשתני וכמבואר בגיטין דף ס"ד ובסי' י"ז ב"ש ס"ק ו' דהיכא דמסייע לה ע"א מעיזה. א"כ ה"מ הש"ס לאוקמי בחדא מהנך גוונ' ובאמת הירושלמי ביבמות פ' ט"ו ה' א' אמר עלה דאיזה הוא קטטה ר' בא בשם ר"ח באמרה כו' קידשתני וגרשתני אלא שלא נתתה לי כתובתי ה"ז קטטה ע"ש אלמא דס"ל להירושלמי בפשיטות דבקאמרה גרשתני כיון דא"נ לומר גרשתני מחמת דתובעת כתובתה ממילא הוחזקה לשקרנית ואינה נאמנת לומר מת בעלי עכ"ז הא הש"ס דילן לא מוקי לי' כן ומהדר לאוקמי באופן דהוחזקה שקרנית בעדים דוקא א"כ הלכתא כש"ס דילן כידוע.

וגם יש חד מ"ד שם בירושלמי דבתובעת להתגרש מקרי ג"כ קטטה ובש"ס דילן הקשו ע"ז בפשיטות כולהן נמי אמרו הכי א"כ מזה דמהדר ש"ס דילן לאוקמי דוקא דהוחזקה שקרנית בעדים מוכח מזה כמש"כ הב"ש הנ"ל:

ד

וכן מצאתי בתשובת רע"א זצ"ל סי' ק"ל שכתב דחידוש דינו של הב"ש הנ"ל הוא אף לדינא דגמ' באמרה שלא בפני' גירשה יע"ש. שוב מצאתי בתשובת מהרי"ק. שורש ע"ב שכתב כן דמה שאין אנו מאמינים אותה במקום דליכא חזקה דרב המנונא זהו מצד דאינה יכולה להוציא א"ע מחזקת א"א אבל לא נקראת שקרנית משום זה והובא דברי המהרי"ק במראות הצובאות לסי' י"ז ס"ק קע"א יע"ש וכעין זה מצינו בח"מ סי' ע"ט גבי הוחזק כפרן לממון זה דאינו נאמן לעולם ע"ז הממון דאם נתחייב על ממון זה מצד דהוי משואיל"מ כגון ע"י ע"א דמ"מ לא מקרי הוחזק כפרן על אח"ז ונאמן לומר פרעתי אח"ז כמש"כ הש"ך בסי' ע"ט ס"ק י"ט יע"ש וביותר מצינו כן בסי' ע"ח סעי' א' גבי תוך זמנו דאם הוחזק כפרן מחמת דבאו עדים דהוי חוב תו"ז דמ"מ נאמן לומר פרעתי אחר דיצא מן ב"ד שאמרו לו שאין נאמן לומר פרעתי תו"ז ודוקא קודם שיצא מב"ד א"נ לומר פרעתי תו"ז ודוקא קודם שיצא מב"ד א"נ לומר פרעתי משום מי יימר דמחייבי לי' רבנן וכמש"כ הנתיבות בסי' ע"ח ס"ק ב' להשיג על הקצה"ח שם דהא בכל פסק דין שחייבוהו לשלם מפני שאינו נאמן בדבריו ואפ"ה נאמן לומר פרעתי על פסק דין וע"כ מוכח דכיון דמצינו האי הוחזק כפרן בב"מ דף י"ז דאמרו כן גבי עדים מעידים שהוא חייב והוחזק כפרן ע"י עדים דוקא ע"כ אם הוחזק כפרן ע"י חזקה תו"ז וכה"ג לא נעשה כפרן כ"ז דלא נתברר בבירור גמור ע"י עדים דוקא. ה"ה בהך מילתא דהוחזקה שקרנית דאינה נאמנת לומר מת בעלי דמהדרי בש"ס לאוקמי דהוחזקה כפרן ע"י עדים דוקא לכן בעינן דוקא עדים וכ"ז דלא באו עדים דאינה נאמנת לומר גרשתני מ"מ לא נקראת בשם משקרת. וי"ל דגם זהו בגדר הוחזק כפרן דממון דא"נ וה"ה באשה מה"ט ויש לדון עפ"ז בשני הטעמים דבש"ס מפני שמשקרת או משום דאמרה בדדמי וקצרתי:

ה

ומה דהקשה בתשובת רע"א שם על הב"ש דהא הש"ס מקשה ולהימני' מדרב המנונא משמע דלולי דרב המנונא הוי א"ש אין זה הכרח די"ל דהש"ס עדיפא לי' פריך על מה דקאמר לעיל מיני' באומרת לבעלה גרשתני דמשמע מזה דמיירי באומרת בפני' וע"ז מקשה דליהמני' דזהו יותר קשה ואילו היה מקשה לי' דהא עפ"ז לא הוחזקה כפרן בעדים אפשר היה יכול לומר לו טעם אחר ולחלק וגם הא מתחילה לא ידעו הטעם רק לבסוף הקשה הש"ס מ"ט דקטטה כו' ע"כ מקשה בפשיטות ביותר ולהימני מדרב

המנונא כו' אבל התרצן מדמוקי לי' דוקא בהוחזקה שקרנית ע"י עדים דוקא מוכח דס"ל להש"ס דילן דכ"ז דלא נתברר שמשקרת אף דלא נאמנת לומר גרשתני מ"מ נאמנת לומר מת בעלי וזה פשוט:

ו

וראיתי במראות הצובאות בסי' י"ז סעי' מ"ח שכתב להעיר על המהרי"ק הנ"ל ע"פ מש"כ התוס' והרשב"ם בב"ב דף קל"ד דלכן קיי"ל דאין הבעל נאמן לומר גרשתי משום דאם איתא דגירשה קלא איתי לי' א"כ מחמת זה הוי כנתברר שקרה והאריך בזה א"כ עפ"ז יש עדיין להחמיר בנ"ד. ועדיין אפשר לומר כיון דיש ע"א דמעיד דנתגרשה הוי זה כמו קלא אבל זה אינו כמבואר בב"ב דף ל"ב וכתובות דף כ"ו דקול עדיף מעד א' ועוד הא אי' בכתובות דף ט"ז ע"ב דמקשה הש"ס אי כל הנשאת בתולה יש לה קול כי אתי עדים מאי הוי ופי' רש"י דכיון דחזקה דיש לה קול הרבה היו יודעין א"כ בנ"ד דליכא קלא הוי זה כנתברר שקרה כ"ז דלא הוי ב' עדים המעידים שנתגרשה:

ז

ומ"מ יש להקל בנ"ד מחמת דזה ערך ששה עשר שנים דנתגרשה אין ראי' ממה דליכא קלא די"ל דנשכח הדבר לאורך הזמן ובפרט דנשרפו הפנקסאות שהיו רשום שם הגיטין. וגם הא לפי מה דכתבתי לעיל בשם הנתיבות דאף בתו"ז לא נעשה הוחזק כפרן דאין זה דומה לעדים והנכון עם הנתיבות ה"ה בזה וקצרתי ועוד דהא שיטת הרמב"ם בפ' י"ב ה' גירושין והובא באה"ע ריש סי' קנ"ב דלכן בעל שאמר גרשתי אינו נאמן משום דשמא בגט פסול גירש וביאר הב"ש שם טעמו דמתרץ עפ"ז לקושיות התוס' דאמאי לא מהימן במיגו דמגרשה ולא ס"ל לסברת התוס' והרשב"ם דחשבו להא דאי גירשה קלא איתי לי' ובאמת כן מוכח מהא דכתובות דף כ"ב ע"ב אמר רבא לעולם תרי ותרי וראה ר' יוחנן דבריו של ר' מנחם בר' יוסי בגירושין ולא ראה במיתה מ"ט מיתה אינה יכולה מכחישתו גירושין יכולה מכחישתו ולדברי התוס' והרשב"ם הא ה"מ הש"ס לחלק דשאני גירושין דאם אי' דגירשה קלא איתי לי' וכן יש להעיר בסוף נדרים דמחלק הש"ס שם בין טמאה אני לך ובין גרשתני ולא מחלק כסברת התוס' והרשב"ם וע"כ י"ל דמזה הוכיח הרמב"ם לחדש סברא אחרת דאמאי לא אמרינן דיהא נאמן במיגו דמגרשה:

ח

אכן יש לדחות דהא בכתובות שם קאי אליבא דר' יוחנן ומצינו בב"ב דף קל"ד דר' יוחנן ס"ל בעל שאמר גרשתי אשתי נאמן א"כ לטעמי' ליכא לחלק בזה וכן בסוף נדרים הא רבא שקיל וטרי שם ומצינו בב"ב דף קל"ה לגי' הש"ס דילן דא' רבא למאי ניחוש לה הא אמר ר' יוחנן בעל שאמר גרשתי נאמן רק לבסוף אמר לי' חוש לה מצד חומרא וע"כ

נדחה ראייתו הנ"ל. אכן אין לנו להאריך יותר בכ"ז כיון דהב"ש ס"ל דאף האידנא דאינה נאמנת לומר גרשתני זולת הטעם דחצופות כתב לעיל עוד טעם בשם בית הילל דכיון דהמנהג לגנוז הגיטין ע"כ אינה נאמנת אלמא דאף היכא דאיכא סברא והוכחה דלא נתגרשה מ"מ נאמנת לומר מת בעלי וכ"כ המהרי"ק ע"כ אין לנו לחלוק עליהם מסברא וכמש"כ לעיל לכן לדינא אני מסכים דבנ"ד נאמנת לומר מת בעלי וה"ה עד מפי עד נאמן בזה ובפרט בנ"ד דאומרת דזה כמה שנים שנתגרשה וגם נשרפו הגיטין ע"כ אין שום ריעותא ממה דליכא קלא ולא נמצאו הגיטין. ע"כ נאמנת האשה וכן העד מפי עד להעיד דמת בעלה:

ט

ואין לנו לחוש ג"כ למה שאמר ע"א ששמע מפי הבעל שהי' לו אח בפולין דהא מבואר בקידושין דף ס"ד דבעל שאומר יש לי אחים אינו נאמן וכן מבואר באה"ע סי' קנ"ז סעי' ו' דאפילו בא אחד ואמר אני אחיו א"נ ואפי' עד אחד מעיד שהוא אחיו א"נ ומה שהב"ש הוכיח שם מרש"י והר"נ לקידושין דבע"א יש להחמיר כבר כתב הבית מאיר שם להשיג על הב"ש בזה וכ"כ החמדת שלמה בסי' י"ב וכן כל המפרשים סתרו ראיות הב"ש הנ"ל מרש"י והר"נ וכתבו כולם דכוונת רש"י הוא אם יבא אחיו ויברר בעדים שהוא אחיו ובלא"ה י"ל דהא מש"כ רש"י בקידושין דף ס"ד דאי אתי אח ואמר אחוה דמיתנא אנא נאמן הא קאי שם לאביי ולאביי הא מצינו בקידושין דף ס"ו דס"ל באשתו זינתה בע"א ושותק ד"א דנאמן אף דהוי ע"א בערוה ע"כ שפיר כתב רש"י אליבא דאביי כן אבל לא לדינא למאי דקיי"ל כרבא התם:

י

אך בפשוטו העיקר הוא דדוקא באמר אני אחיו דהוי עביד לגלויי דיוכל להתברר שאינו אחיו ע"כ ס"ל לרש"י דנאמן וכן מש"כ הב"ש דע"א המעיד נאמן קאי על מש"כ המחבר דע"א מעיד דזהו אחיו ומציין מי הוא אחיו דזהו עביד לגלויי אבל באומר יש לי אח ואינו מציין באיזה מקום וודאי גם רש"י מודה דהבעל אינו נאמן כמבואר במשנה מפורשת וזה פשוט ובפרט בנ"ד דע"א מעיד ששמע מפי הבעל שאמר שהי' לו אח בפולין. א"כ הא ידוע מש"כ הפוסקים גבי עד מפי עד דזהו לא הוי מילתא דעביד לגלויי דיכול לומר דפלוני אמר השקר לו כיון שאינו מעיד שראה בעצמו. וע"כ כתבו בעד מפי עד במיתה דז"א רק מדרבנן ועיין בנו"ב סי' כ"ז וכ"ט וסי' ל"ג ובתשב"ץ ובשארי אחרונים מזה. ע"כ בנ"ד דרק ע"א מעיד ששמע מהבעל שאמר שהי' לו אח וודאי בזה גם הב"ש מודה להקל כיון דזה לא הוי עביד לגלויי כלל וכש"כ בנ"ד דהא יש ע"א המכחישו בשם הבעל דאומר דא"ל הבעל שאין לו שום אח כלל והוי זה כמו בע"א אומר נתקדשה וע"א אומר

לא נתקדשה דס"ל להמחבר באה"ע סי' מ"ז סעי' ג' דתנשא לכתחילה ובנ"ד אף המ"מ והרמב"ן שהובא שם בב"ש מודה וגם י"ל דלמא הי' כוונתו דהי' לו אח מן אם ולא מן אב וכמבואר בסוטה דף י"א סוף ע"ב דעהניאל בן קנז אחי כלב ואמרו דהי' אח מאמו ע"כ ברור דגם הב"ש מודה בנ"ד להקל ובפרט דכל האחרונים השיגו על הב"ש וכן הנו"ב בכמה תשובות וקצרתי:

סיומא דפסקא כי דעתי מסכמת להתירה ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה:

סימן לא

ב"ה יום ה' ט"ז טבת תרמ"ו קאוונא.

נשאלתי ע"ד עגונא א' מלונדון שזה כמה שנים שנאבד בעלה וכעת אחר שדרשה בבית הפאליצייא דלונדון השיבו לה כי נמצא כתוב שם אשר זה ערך זמן רב שנמצא איש מת נטבע בהנהר הסמוך ללונדון ובתמונת הפאטאגרפיי שישנו שם כי מן חוקי המדינה דשם הוא כי יש שם ממונים מיוחדים מן הפאליצייא לבקש ולחפש בהנהרות והימים אחר איזה נטבעים והממונים מסרו מכבר לבית הפאליצייא שמצאו מת נטבע בהנהר וכפי תמונת הפאטאגרפיי של הנטבע הזה וכבר קברוהו ומצאו אצלו טבעת וארנקי והמפתח הכל כתוב שם ע"פ הגדת הממונים האינם יהודים שהגידו כן לפני ראשי הפאליצייא וגם מן חוקי המדינה דשם ליקח הפאטאגרפיי של כל הנטבעים הנמצאים דע"י זה יתוודע למכיריו מי הוא והאשה העגונא אומרת שהיא מכרת היטב בהתמונה שהוא בעלה שנאבד וגם הראתה האשה שיש בידה פאטאגרפיי שנעשה בעודו בחיים ונראה שדומין:

והפאטאגרפיי שלקחו במותו לקחו קודם קבורתו אחר ג' ימים שהוציאו את המת מן המים והאשה אומרת שמכרת היטב את הטבעת והארנקי והמפתח שהוא מן ביתו המיוחד לשמירת ביתו והי' דרכו בעת שהלך מן ביתו הי' נועל את ביתו בהמפתח והניחו אצלו ובמקום שהלך הי' המפתח אצלו וכת"ר האריך בדברים נכונים והעלה להיתירא וביקש ממני להזדקק ולחוות דעתי בזה:

א

תשובה בקצרה והוא כי במה שיש לעיין בנ"ד מה שהשיבו לה מן הפאליצייא כן אחר שדרשה האשה מהם א"כ לא היו במסל"ת ועכ"ז יש להקל ע"פ מה שהעליתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' ענף ד' לבאר דסומכין על דברי ערכאות משום דלא מרעי נפשייהו לחתום שיקרא כמבואר בגיטין דף ט' דמוציאין ממון ע"י זה וכש"כ דסמכינן ע"ז בהיתר עגונא וכפי שהארכתי שם וע"כ ה"ה בנ"ד שנמצא כתוב בהפאליצייא תמונת

הפאטאגרפיי של המת וגם מצאו אצלו הטבעת והארנקי והמפתח שהראו לה. ודאי נאמנים הם ע"ז והנה בספרי שם כתבתי דיש להוכיח מן גיטין דף כ"ח גבי שמע מן קונסרמסים פ' מת אין משיאין אשתו דמוכח משם דאף ערכאות לא מהימנו בהיתר עגונא אם לא היו מסל"ת כדין והטעם הוא לפי מש"כ הרא"ש בגיטין דף י"א בסוף הסוגיא דכל השטרות העולה כו' דדוקא לחתום שקר לא מרעי נפשייהו אבל לעדות בע"פ מרעי נפשייהו ע"ש. א"כ בנ"ד דעיקר מה דנכתב כן בהפאליצייא הוא לפי הגדת המשמשין הממונים המחפשים על הנהרות והימים א"כ יכול להיות שהגידו כן אז בשקר אך כבר העליתי בספרי שם דכיון דהם ממונין ע"ז מן המושלים וזהו אומנותן ע"כ הוי זה בכלל אומן לא מרעי נפשיי' וכמו שהוכחתי שם ודוקא בהך דגיטין דף כ"ח הנ"ל דלא מהימן לומר פ' מת משום דאין זה אומנתו ואינו נוטל שכר ע"ז. משא"כ בנ"ד דזהו אומנותן ונוטלין שכר על זה ואם יבורר איזה שקר בדבריהם יחוייבו עונש בדיניהם ע"כ לא חיישינן לאיזה שקר בזה וגם העליתי בספרי שם ח' יו"ד סי' ה' ענף ד' דסמכינן על לא מרע אומנתו אף נגד חזקת איסור ע"ש:

ב

ובאמת אין אנו צריכין לכל זה דהא בעת שהגידו אז האינם יהודים לפני שרי המושלים דמצאו איש מת כזה עם החפצים הללו היו אז במסיח לפי תומו ולא ע"פ שאלת האשה א"כ הא מסל"ת מהימן בעגונא והמושלים נאמנים במה שכתבו כן ע"פ הגדת הממונים מהם ע"ז ואף דשיטת הרמב"ם דמסל"ת מן כתב לא מהני כמבואר בסי' י"ז סעי' י"א מ"מ הא נתבאר דעדות ערכאות בכתב מהני משום דלא מרעי נפשייהו לכתוב שקר כנ"ל וע"כ נאמנים הם בדבריהם על זה:

ג

ועתה נשובה לעיין בדבר הפאטאגרפיי אם יש ממש לסמוך ע"ז בהיתר עגונא והנה כת"ר העיר מן ר"ה דף כ"ד דמות צורת לבנה הי' לר"ג ואומר הכזה ראית כו' ומשם אינו ראי' דהא שם הי' עיקר הבדיקה להעדים אם הי' הלבנה לפני החמה או לאחר החמה לצפונה או לדרומה כמה הי' רחב ולאן הי' נוטה וכו' וכמבואר שם דף כ"ג ואם דבריהם מכוונים ע"כ אין להוכיח משם להיכא דהננו דנין על עצם התמונה והמראה וכן מהא דר"ה דף כ"ד ע"א דראינו בעששית אין מעידין שא"ה דהא כתיב כזה ראה וקדש וע"כ בעינן דוקא בראיית החודש דיראו את עצם הלבנה ולא ע"י דמיון וכיוצא ועוד יש לחלק משם לנ"ד בכמה גווני:

ד

ולענ"ד נראה יסוד להיתירא ע"פ תמונת הבילד. מן נדה דף ך' ע"ב דתניא נאמנת אשה לומר כזה ראיתי ואבדתיו ואם דם זה טהור סמכינן על הדמיון שלה לטהרה לבעלה וכן איבעי' להו התם כזה טיהר איש פלוני חכם מהו כו' שא"ה דליתא לקמה ופי' רש"י אבל הכא דאיתי' קמן ניחזי אנן ופירש הסדרי טהרה בסי' קפ"ח סעי' ב' בס"ק ג' דהא דאין סומכין עליו כשאומרת חכם פ' טיהר לי כיוצא בזה משום דכיון דאיתא קמן ואפשר לברורי ע"כ בעינן לברורי והט"ז בסי' קפ"ח ס"ק ד' כתב דלכן אין סומכין עליו כשאומרת כזה טיהר לי פ' חכם לפי שיש ריעותא לפנינו דגם לנו יש ספק עכ"ל והוא מן דברי הרשב"א שהובא בבית יוסף ובס"ט שם הרי דמצינו דהיכא דליכא לברורי והיכא דלא שייך להסברא דהא החכם עצמו מסופק דבזה נאמנת ואין מחזיקין אותה דטועה בדמיונות וכמש"כ הרשב"א והובא בבית יוסף ליו"ד סי' קפ"ח והצמח צדק סי' פ"ו כתב להוכיח משם דהאשה נאמנת לעצמה וכן לחברתה להכיר בדמים לדמות זה לזה עכ"ל הצ"צ והובא בסדרי טהרה סי' קפ"ח בס"ק ג' שם ע"ש וקצרתי:

ה

והא רוב דמים הם טמאים וכמש"כ הסדרי טהרה בסי' קפ"ח ס"ק ח' בשם הראב"ד דרוב דמים הם מראה טמא ע"ש והא מצינו דהרבה חשו ולא ראו שום מראה דמים משום דחשו למיעוט בקיאות אף בזמן האמוראים וכמש"כ הרא"ש בסוף פ"ב דנדה. וכן מה"ט האידנא החמירו לטמאות כל מראה דמים רק ירוק ולבן משום דאין אנו בקיאים לישען על חכמתינו ולהפריד בין דם לדם וכמבואר ברא"ש ספ"ב דנדה ובטושו"ע ליו"ד סי' קפ"ח ואילו הכא גבי נאמנת האשה לומר כזה ראיתי ואבדתיו דהוא מן הברייתא דנדה שם משמע דאף בכל מראות טהורות דהיו מטהרין בזמן התנאים דגם בכל זה נאמנת האשה לומר כזה ראיתי כו' ומטהרינן ע"י מה דסמכינן על אמירתה לדמות את מראה הדם שעולה על זכרונה לדמות להדם טהור שלפנינו ואף דזהו נגד הרוב דהא רוב דם הוא טמא וכמש"כ בשיטת הראב"ד:

ו

והא חזינן דחשו האידנא והחמירו לטמאות אף במראות הטהורות שהי' בזמן התנאים והאמוראים לפי שבדורות הללו אין בקי לראות בדמים לישען על חכמתו וכו' וכמש"כ הרא"ש ספ"ב דנדה והטושו"ע בסי' קפ"ח לפי שנתמעט הבקיאות ולא טיהרו אלא מראה ירוק ולבן ועכ"ז חזינן דאף בזמן התנאים דטיהרו כל מראות הטהורות דאף אשה נאמנת לומר כזה ראיתי ואבדתיו. ובכל המראות הטהורות אמרו כן ולא חילקו ביניהם ולא

חיישינן שמא טעתה בזכרון הדמיון של המראה הראשונה שעולה על זכרונה לדמות להמראה דם שלפנינו אף שהצריכו בזה בקיאות רבות:

ומה גם שזהו נגד הרוב דרוב מראה דמים הם מראה טמא כנ"ל בשיטת הראב"ד וגם הא מראה דם שעולה על זכרונה זה ודאי מקרי לא שבעתן העין כל כך. ועיין בב"מ דף כ"ג ובמראות הצובאות סי' י"ז ס"ק פ"ה ואכמ"ל וגם הא מצינו דהחמירו חז"ל ואמרו דאין רואין מראות דם בלילה כמבואר במגילה דף י"ד וכעין זה אי' בנדה דף ך' ע"ב דאין בודקין מראות דם אלא בין חמה לצל וכמבואר בהרמב"ם פ' ה' ה' איסורי ביאה [וזה הי' בזמן שטיהרו לכל מראות טהורות וקצרתי]. ואפ"ה סמכינן על מה שאומרת כמראה הזה ראיתי ואבדתיו אף בזמן שהיו מטהרים כל מראות הטהורות וכמש"כ לעיל:

ז

ובקצרה דהא חזינן דסמכינן להקל אף במה שאין לפנינו כעת רק דאומרת דמעלה על זכרונה לדמות הך מראה הדם שמראתה כהיום לפנינו לאותו מראה הדם שעולה על זכרונה ונאמנת לטהרה לבעלה ולא חיישינן דשמא נתהווה איזה טעות קצת בכח הדמיון של הרעיון שלה. ואף דהרבה חשו חז"ל במראות הדם בעניני הבקיאות של המראות וכמו שכתבתי א"כ כש"כ דיש לנו לסמוך בהתרת עגונא על מה שאומרת האשה ובפרט בנ"ד דהרבה עדים מעידין אשר תמונת הפאטאגרפיי' הזאת דומה ממש לתמונת הפרצוף פנים וכו' של אותו האיש שאנו דנין עליו דהא בטביעת עין של המת בהכרתו לא החמירו בכל הנך חששות דהחמירו במראות הדם. ואף בהכרתו בלילה וכיוצא סמכינן ג"כ בהכרתו בטב"ע וכמבואר ביבמות דף קכ"ב דמעידין לאור הנר ולאור הלבנה ובשו"ע סי' י"ז סעי' כ"ב הרי דבטב"ע של פרצוף פניו לא חשו כמו דחשו במראות דמים. וגם הא בטב"ע שיש להאשה בפניו של בעלה הא הוי שבעתן העין ביותר מן מראה הדם נדה שאומרת כי נאבד ממנה:

[**ועיין** בנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ל"ט ובנו"ב במ"ת סי' ס"ב וקצרתי] וע"כ היכא דמכירין היטב בטב"ע של תמונת הפאטאגרפיי' שנמצא אצל המת ואומרים כי ברור להם כי זהו ממש תמונת הבעל של האשה שאנו דנין עליו וכפי זכרונם היטב על רעיונם את תמונת הבעל שהכירו אותו היטב בעודו בחייו דיש לסמוך על יסוד דהיתירא דנא וע"פ הך דנדה דסמכו על כזה במראה דם של נדות כנ"ל כן יש לדון בזה:

ח

וביותר בנ"ד דיש ת"י האשה גם תמונת הפאטאגראפי שנעשה בחיי הבעל והאשה והעדים אומרים כי תמונת השני פאטאגראפוס דומין ממש להדדי בלי שום שינוי כלל נראה דע"ז בוודאי יש לסמוך להיתירא כיון דהם שניהם לפנינו ודומין להדדי וכמו

דמצינו בכעין זה בח"מ בסי' ס"ט ס"ק י"ב גבי קיום שטרות ע"י דמיון דמדמין אותן לשטרות המקוימין כבר דזהו קיום גמור ומהני אף במה דצריך קיום מן התורה ומוציאין ממון מהמוחזק על סמך הדמיון הזה ועיין בקצה"ח סי' מ"ו ס"ק ח' והעיקר כהש"ך ואין כאן מקומו וכיון דמוציאין ממון עפ"ז מן המוחזק אף במה דבעינן קיום מן התורה מוכח דהך כח הדמיון עדיף מרובא דברובא אין מוציאין ממון כו' ע"כ אין לנו להחמיר בכזה אף בחשש אשת איש. רק מה דמצינו דההחמירו חז"ל בפירוש שם וכמש"כ שם בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח ענף ח':

[**ועי'** בחולין דף נו"ן בהא דמקיפין בבני מעים אך אין ראי' משם כלל וקצרתי] ולכן יש לנו על מה לסמוך להיתירא על מה שדומין התמונות להדדי אך דא עקא בנ"ד דהא קיי"ל דאין מעידין עליו אלא עד ג' ימים ובנטבע במים בעינן שיראוהו מיד כשהעלוהו מן המים כמבואר ביבמות דף קכ"א ובאה"ע סי' י"ז סעי' כ"ו א"כ בנ"ד שקבלו את תמונת פניו ממנו זמן רב לאחר שהעלוהו מן המים א"כ הא בכה"ג קיי"ל דאין מעידין עליו א"כ הא נפל האי היתירא דנ"ד בבירא:

ט

ועכ"ז יש לנו לדון היתר ע"פ מה דקיי"ל לדינא דמה דההחמירו בהכרת המת לאחר ג' ימים וכן בנטבע דאשתהי דזהו רק מדרבנן וכמו דהביא בתשובת ר' עקיבא איגר זצ"ל בסי' ק"ז בשם עצי ארזים דברי תשובת הר"ן עיי"ש. א"כ ממילא יש לנו יסוד דהיתירא בנ"ד על מה דמצאו אצל הנפטר את הטבעת והארנקי והמפתח. ואף דחיישינן לשאלה לשיטת כמה פוסקים היינו בחשש דאורייתא אבל בדרבנן יש לנו לסמוך על הסוברים דס"ל דלא חיישינן לשאלה וכפי האיבעית אימא כליו בחיוורי וסומקי וכמבואר בתשובת האחרונים וכמש"כ במק"א מזה ובפרט במפתח של ביתו דעיקר שמירת ביתו הוא ע"י הך המפתח וכמש"כ כת"ר דזה הוי מידי דלא שכיח לשאולי וכמש"כ בתשובת ב"ח הישינות סי' פ"ח וגם הא כתבו כמה פוסקים דאם הכירו כמה חפצים דבזה לא חיישינן לשאלה משום דזה הוי מידי דלא שכיח לשאולי. ומה שהחמיר הבית יוסף לחוש לשאלה אף במידי דלא שכיח לשאולי אי נימא סימנין דרבנן וכפי שהובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ס"ט לענ"ד אין לחוש לזה דהנה ראיתי בשיטה מקובצת לב"מ דף כ"ז דכתב בשם הרשב"א דאף למ"ד סימנים דרבנן מ"מ סמכינן על הכרת חפצים היכא דהוי מידי דלא שכיח לשאולי ע"ש ולדברו הראשונים אנו שומעין:

י

ועוד יש לדון להיתירא דהנה הנו"ב במ"ק סי' ל"ב בד"ה עוד נ"ל דאפי' אם הי' בודאי אחר ג"י מ"מ בצירוף ס"א או בצירוף הבגדים אפשר להתיר וראי' גדולה יש לי מן המשנה

ביבמות דף ק"ך וכו' שוב מצאתי הוכחה זו בספר עבודת הגרשוני וכו' עכ"ל ולענ"ד נראה יסוד סיוע לזה מן הרמב"ם פ"ג ה' גירושין ה' ט' שכתב המביא גט ואבד ממנו ומצאו כו' או שמצאו בכלי שהניחו בו ויש לו טביעות עין בארכו ורחבו של גט שהי' כרוך ה"ה בחזקתו ותתגרש בו עכ"ל ויש להאריך בכוונת הרמב"ם הזה:

ובקצרה דעתי הוא בכוונתו במה שהצריך הכרת הכלי וגם טב"ע של הגט וכפי שהובא שיטתו באה"ע סי' קל"ב ובב"ש ס"ק ט"ו דשיטת הרמב"ם דע"י טב"ע של הגט לחודי' לא מחזירין רק ע"י צירוף להכרת הכלי שהניחו בו. דבאמת יש להוכיח מזה דשיטת הרמב"ם דחיישינן לשאלה וכפי שכתב הבית יוסף באה"ע סי' י"ז בשיטת הרמב"ם דחייש לשאלה והובא בש"ך ח"מ סי' ס"ה ס"ק ך"ו דחולק על הבית יוסף בזה. אך מן הרמב"ם הנ"ל מוכח כהבית יוסף דהרמב"ם ס"ל דחיישינן לשאלה וס"ל דעל טב"ע דגט לחודי' אין לסמוך וי"ל דטעמו ע"פ סברת התוס' דב"מ דף כ"ד ד"ה ומודה ר"ש וכו' דגט הוי לא שבעתו העין וכיון דהוי טב"ע גרוע ע"כ לא סמכינן על טב"ע דהגט לחודי' רק ע"י צירוף להכרת הכלי שהניחו בו ואף דעל הכרת הכלי לא סמכינן דחייש לשאלה עכ"ז על טב"ע גרוע והכרת הכלי שהי' מונח בו הגט ביחד דמצרפינן אותם לסמוך עליהם להיתירא ואין הפנאי גורם לעיין ולפלפל בדברי המפרשים של הרמב"ם הנ"ל ובדברי הפוסקים האחרונים מזה ולפי דעתי יש לחזק ע"פ דברי הרמב"ם הנ"ל למה שכתבו האחרונים לסמוך בהיתר עגונא ע"פ טב"ע גרוע בהגוף לצירוף הכרת הבגדים ביחד ולפ"ז ה"ה בנ"ד דאף דהוי טב"ע גרוע בגוף המת. עכ"ז ע"י צירוף להכרת החפצים שנמצאו אצלו דיש לסמוך ע"ז להיתירא ובפרט בנ"ד דנמצאו הרבה חפצים דכתבו הפוסקים דזהו מידי דלא שכיח לשאולי ואף דהטבעת שבנ"ד הוא בלא חותם דזה מקרי מידי דשכיח לשאולי וכמש"כ הנו"ב במ"ת סי' נ"א וכן הא כתב הב"ח הישנות בסי' פ"ח דמה דאמרו בהש"ס דהוי מידי דלא שכיח לשאולי דאפשר דבזה"ז נשתנה אורחייהו כו' מ"מ הא בהמפתח שבנ"ד יש לסמוך על מה שכתב הב"ח שם דמפתח הוי מידי דלא שכיח לשאולי וכמש"כ לעיל ועל כל אלו ביחד יש לסמוך ולהתירה מכבלי העיגון:

יא

והנה כת"ר כתב לצרף להיתירא בנ"ד לדברי החכם צבי בסי' קל"ד דכתב דמי שיש לו ס"א בגופו דסמכינן על הכרת הבגדים משום דהוי שאלה דיחיד דלא חיישינן וה"ה בנ"ד דהוי כעין שאלה דיחיד דאיך יתרמי דישאיל החפצים למי שישתנה גופו ופניו ויהי' כעין גופו ופניו של הנפטר שאנו דנין עליו והנני להודיעו למה שכתבתי מכבר בזה בזה"ל ובעיקר קושיות האחרונים על סברת הח"צ דכתב להקל ולחלק בין שאלה

דיחיד לשאלה דרבים דהא קיי"ל כרבה דב"ב דף קע"ב דע"כ ס"ל דאין לחלק בזה דאל"כ מנלן לי' להוכיח מהא דשיוב"ש כו' נלע"ד לומר דהנכון הוא כסברת החכ"צ דאיך יתרמי שישאיל חפצו למי שיש לו ס"א כמותו ובאמת צריך להבין סברת רבה דמוכיח מהא דשני יוב"ש הא סברא טובא ומעלייתא איכא לחלק ביניהם כמו דמחלק שם אביי באמת דשאני נפילה דיחיד כו':

והנ"ל דסברת רבה הוא כן דס"ל דגם בשני יוב"ש דהוחזקו י"ל דמקרי כמו נפילה דרבים. דהא כיון דשכיח למצא לאבידות ומי שימצא את השטר ורואה שכתוב בשטר שחייב מנה ליוב"ש השני וכיון דהוחזקו ב' יוב"ש ויודע שהשטר יש בו שווי קצת ליוב"ש השני וע"כ חיישינן לקנוניא שהמוצא השטר ימסור השטר ליוב"ש השני ובשביל זה ישיג איזה הנאה ממנו משא"כ בנידון החכ"צ בשאלה דיחיד דכיון דלא שייך בי' לומר דיגיע לו איזה הנאה ממה שישאיל דוקא החפץ למי שיש לו ס"א כמותו והוי כמו מידי דממילא ואמרינן שפיר בזה דאיך יתרמי שישאיל החפץ למי שיש לו ס"א כמותו. ואביי ס"ל דהך שני יוב"ש מקרי נפילה דיחיד דלא ס"ל חילוק הנ"ל. עד כאן לשוני מה שכתבתי מכבר בקונטרס עגונה א' שהי' לי מכבר אך בעיקר דברי כת"ר שדימה זה לנידון החכ"צ לענ"ד אין דמיונו עולה יפה דהא בנ"ד מקרי ג"כ שאלה דרבים דיש לחוש שהשאיל לאיזה איש בעולם ואחר מיתתו נשתנה צורתו לאחר שהעלוהו מן המים באישתה. אך בנ"ד נתבאר ב"ה יסודות להיתירא בל"ז ויושיב כת"ר ב"ד שלשה ויתירוה:

סימן לב

נשאלתי ע"ד העגונא אשר בעלה ר' יואל יאזפסאן נאבד ואח"כ נשלח מאיזה פאלייצייע לפאלייצייע דמחנם אשר נמצא איש אחד נהרג על אותו הדרך העולה ממיפליס לייעליס, וועטעפיל [אשר ידוע כי הלך האיש הנ"ל על אותו הדרך לשלם שם שכירת הפועלים] ומצאו באמתחתו מחזור וביכעל אשר הי' כתוב בהביכעל שהי' משלם מעות לאיזה אנשים וחתמו איזה אנשים על הקבלות בחת"י וכן מצאו מכתב שם והיו כתוב שם יואל יאזפסאהן. והמחזור הכירה אשתו ועוד אנשים ונראה מתוך מכתבם אשר גם הביכעל הכירו בטביעת עין ונשאלתי אם יש להתירה מכבלי העיגון:

א

והנני להשיב בקצרה והוא כי לכאורה יש להחמיר אף דהכירו המחזור מ"מ הא שיטת כמה פוסקים דחיישינן לשאלה א"כ לפ"ז אין לנו לסמוך להיתירא על הכרת המחזור וכן מצד הסימנים על גופו ג"כ לא מהני דהוי סימנים גרועים אכן אם הכירה האשה את הביכעל שנמצא אצלו משום זה יש לנו להתירה דבזה אין שייך חשש שאלה דהא אין

צורך מזה לאיש אחר ע"כ יש לנו יסוד נכון להתירה על סמך הכרת הביכעל ועוד דהא יש סוברים דרק בשני חפצים חיישינן לשאלה ולא בשלשה חפצים. א"כ הא בנ"ד דהכירו גם המכתב שנכתב לר' יואל יאזפסאהן א"כ יש שלשה חפצים היינו המחזור והמכתב והביכעל ובכה"ג לא חיישינן לשאלה אך בזה יש עדיין לפקפק דהא עיקר דבר זה הוא מן המהרי"ט והובא בקונטרוס עגונות סי' שפ"ב הוא משום דלא שכיח דישאול מלבושיו שעליו וישאר ערטילאי כמבואר שם להדיא א"כ בנ"ד לא שייך טעם זה ע"כ נסתר היתר זה אבל האמת ברור ופשוט דאין לנו לחוש לשאלה כלל דהא בהכרת הביכעל לא שייך חשש שאלה כלל וכמו שכתבתי לעיל ע"כ יש לנו להתירה עפ"ז:

ב

אך עדיין יש לנו להחמיר לפי מש"כ הבית שמואל בסי' י"ז סוף ס"ק ס"ט דכ"ז איירי בנמצא בבגדיו שלבוש ארנקי או נמצא בידו טבעת אבל אם נמצא ארנקי סמוך לו לא מהני כו' ואין לדמות דינים אלו להא דב"מ בנמצא פירות סמוך לכלי עכ"ל וטעמו משום דיש לחלק דדוקא באבידה סמכינן על סי' דנמצא סמוך לכלי משום דאין זהו רק בגדר סי' אמצעי דמהני באבידה אבל בהיתר עגונא דבעינן דוקא סי' מובהק י"ל דלא סמכינן ע"ז משום דאין זה בגדר סי' מובהק כן הוא כוונת הב"ש ולפ"ז בנ"ד דלא נתבאר בהכתב של הפאליצייע אם מצאו הביכעל בתוך בגדיו שהי' לבוש בהם או נמצא באמתחתו שנמצא סמוך לו ולא הי' האמתחת קשור בו א"כ לפ"ז יש לכאורה להחמיר בנ"ד אכן לפי דברי המבי"ט המובא בקונטרוס עגונות סי' רכ"א שכתב אם נאבד יהודי בדרך שהלך ממקום פלוני למקום אחר ואח"כ באותו דרך נמצא הרוג מדאורייתא תלינן שזה הוא הנאבד כו' ע"ש:

א"כ בנ"ד דנמצא נהרג באותו דרך שהלך ע"כ יצאנו מחשש דאורייתא ואין לנו לחוש רק מדרבנן וכבר כתבתי במק"א לבאר דבדרבנן יש לנו לסמוך על סי' אמצעי דכמו דמהני באבידה כן מהני בהיתר עגונא ע"כ בנ"ד אף דלא הי' הביכעל עליו ובמלבושיו שהי' לבוש בהם רק באמתחתו שנמצא סמוך לו דג"כ יש לנו לסמוך להתירה דכיון דמהני סי' פירות לכלי להחזיר האבידה עפ"ז כמו כן יש לנו לסמוך ולהתירה כיון דעיקר החשש בנ"ד אינו אלא מדרבנן כנ"ל:

ג

ועוד דהא בתשובת צמח צדק סי' ק"ו המובא בקונטרס עגונות סי' תכ"ז מבואר דס"ל דאף דנמצא אצל ההרוג ג"כ סמכינן להיתירא ע"ש ומשמע דס"ל דאף בנמצא סמוך לו מהני בהיתר עגונא וגם אף אם לא חקרו היטב ע"ז מהעד אם מצאו להסידור אצל ההרוג או לאו תלינן דמסתמא מצאו אצל ההרוג וכמש"כ שם והובא במראות הצובאות סי' כ"ד

ס"ק צ"ב ע"ש. הרי דס"ל דלא חיישינן שמא מצאו את הסידור רחוק קצת מן ההרוג אלא תלינן דמסתמא מצאו אצלו או בסמוך לו ע"כ ה"ה בנ"ד אף דלא נתברר היטב בכתב של הפאליצייע איך הי' נמצא המחזור והביכעל אם עליו ואם בסמוך או בריחוק מקום דעכ"ז תלינן דמסתמא מצאו כן בסמוך לו סיומא דפסקא אם האשה או אחר הכירו את הביכעל של ר' יואל יאזפסאהן שהי' שלו דיש להתיר את האשה מכבלי העיגון ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה. או אם יודעים כי כל הנכתב בהביכעל היינו קבלת המעות של כל א' הנכתב שם וכפי מספר המעות של כל הקבלות הי' כן בהעסקים של ר' יואל יאזפסאהן ג"כ הוי כמו דהכירוהו הביכעל ויכולים להתירה כנ"ל וכבר העליתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' דעל דבריהם בכתביהם שבערכאות כחוק יכולין לסמוך בהיתר עגונא וע"כ אין לנו לחוש ולהחמיר כלל בנ"ד:

סימן לג

ב"ה יום ג' י"ז אלול תרכ"ט לפ"ק

נשאלתי נידון עגונא שהגיד א"י במסל"ת וקטנה שהגיעה לכלל דעת כי בעלה הי' בבית בעת שהבית הותחל לשרוף והקיצו אותו משינתו ולא רצה לצאת מהבית וחזר והלך לישון ואחר שנשרף כל הבית הזה נמצאו שם עצמות אדם ונדרשתי לחוות דעתי ע"ד העגונא זו:

א

תשובה בקצרה כי לדעתי יש לסמוך על תשובת הב"ח בסי' נ"ה דאם נמצא עצמות אמרינן דהוא אותו האיש שאנו דנין עליו וכפי שהובא דברי הב"ח הללו בב"ש ס"ק צ"א ואף להב"ש שחולק על הב"ח שם יש לומר דשאני התם דלא שייך שם לומר כאן נמצא כאן הי' דהא אם נימא כאן נמצא כאן הי' יש לומר דהי' כאן זמן רב קודם שנפל זה לכבשן כו' משא"כ בנ"ד דהא בבית בוודאי לא הי' שם עצמות אדם וכמש"כ הנו"ב במ"ק סי' מ"ו ע"כ שפיר יש לדון בנ"ד כאן נמצא כאן הי' דזה הוי חזקה אלימתא וכדמצינו לשיטת הרמב"ן והרשב"א שהובא באה"ע סי' י"ז בב"ש ס"ק נ"ו דבנמצא הגט במקום הכתיבה אמרינן כאן נמצא כאן הי' ודייניין להיתירא משום דס"ל דחזקה דכאן נמצא כו' עדיף מן רוב וע"כ אף די"ל התם דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש ואין זהו הגט שאנו דנין עליו מ"מ סמכינן על הסברא דכאן נמצא כו' דמברר לנו דגט זה הוא של אותו האיש שאנו דנין עליו וסמכינן להתיר לאשתו ע"י זה וכן מצינו בח"מ סי' סמ"ך ובסי' קי"א דהרבה ראשונים ס"ל דחזקה דכאן נמצא כו' מהני להוציא מן חזקת ממון וכן מצינו בכתובות דף ק"י במוציא שט"ח על חבירו אם כתוב בבבל מגבהו ממעות בבל כו' לא הי'

כתוב בשטר שם מקום והוציאו בבבל מגביהו ממעות בבל כו' והובא בח"מ סי' מ"ב סעי' י"ד והטעם הוא דאמרינן דכאן הי' דר מעיקרא בעת שנכתב השטר וכמש"כ הר"נ שם לדעת הרמב"ם והובא בבאה"ג שם הרי דחזקה דכאן נמצא הוי חזקה אלימתא להוציא מן המוחזק וכש"כ דעדיפא מן רובא דהא חזקת ממונא עדיפא מן רובא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב:

ב

והא דמצינו דחיישינן לשאלה לשיטת הרבה פוסקים ולא אמרינן לסברת כאן נמצא כו' ולא יצתה מרשותו לעולם הטעם בזה כמש"כ הרמב"ן ביבמות דף קט"ו דלכן חיישינן שמא פינן משום דרגילות לפנותן וה"ה בחשש שאלה דרגילות להשאיל וכמש"כ רש"י ביבמות דף ק"כ ד"ה מנחשי אינשי כו' דדרך לשאול מלבושים כו' ומן טעם זה כתבתי במק"א לדון דבמידי דלא שכיח לשאולי יש לנו גם מעלת הסברא דכאן נמצא כו' דהוי סיוע גדול להיתירא. ובאמת יש מקום לומר לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א הנ"ל דס"ל לפרש בסוגיא דיצחק ר"ג מקרטובא דיבמות ד' קט"ו דלכן לא חייש רבא התם ליצחק אחר דזהו משום החזקה דכאן נמצא כו' משום דהוי חזקה אלימתא ועדיפא מן חזקת א"א ורובא דעלמא דיש לומר בהא דיבמות דף קט"ו ע"א דס"ל לרבא להיתירא גבי עובדא דההוא גברא כו' איתלי נורא בי גנני כו' אתו חזו גברא חריכא דשדי ופסתא דידא כו' דאמר רבא ועוד גברא חרוכא דשדא ופסתא כו'. די"ל דטעמו דרבא זהו משום דאזיל לטעמו דס"ל דע"י סברת החזקה דכאן נמצא כו' סמכינן להיתירא וע"כ גם שם בעובדא זו יש להתיר משום כאן נמצא כו' כנ"ל:

ג

וגם י"ל דזהו סברת רבא דס"ל בב"מ דף כ"ב דמקום הוי סימן דטעמו בזה ג"כ משום דשייך בזה סברת חזקה דכאן נמצא כאן הי' מעיקרא על אותו המקום שהונח מתחילה ובאמת למאן דס"ל דמקום לא הוי סימן אף בצמצום המקום וכמבואר בב"מ דף כ"ג דאמרו א"ד א' רב מרי מ"ט אמרו רבנן מקום לא הוי סימן כו' ופי' רש"י דנפ"מ אפי' כיון ואמר מקום מושבה מסויים לא הוי סימן [ועפ"ז הקשיתי במק"א על הט"ז דכתב דסי' מקום בצמצום הוי סימן מובהק משום דבזה כ"ע מודו דהוי סימן והקשיתי מהך דב"מ עליו והארכתי בזה ואכמ"ל]. דמוכח דלא ס"ל להחזקה דכאן נמצא כו' משום דאי נימא לחזקה דכאן נמצא כו' א"כ מבעי להיות סי' מקום לסימן לפי דהחזקה דכאן נמצא מבררת לנו דלא ניטלה בנתיים מן המקום שהניחו בתחילה ובמק"א כתבתי טעם אחר לבאר טעמו של המ"ד דס"ל מקום לא הוי סימן ואכמ"ל בכ"ז ובקצרה הוא בנ"ד לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א הנ"ל דס"ל דע"י חזקה דכאן נמצא כו' סמכינן להיתירא גבי

חשש איסור א"א אף במקום דאיתחזק איסורא דלפ"ז ה"ה בנ"ד דיש לנו חזקה דכאן נמצא כו' דמבררת לנו דזהו האיש שאנו דנין עליו ע"כ יש לנו לסמוך על שיטת הב"ח דהובא בב"ש ס"ק צ"א ולהיתירא ואף לשיטת הרא"ש לגיטין פ"ג סי' ג' דמפרש לכוונת האלפסי באופן אחר ודלא כשיטת הרמב"ן והרשב"א הללו אין הכרח דיהי' חולקים על הכלל דחזקה כאן נמצא כו' ויש להאריך בזה:

ד

אך באמת יש לנו היתר אחר לשיטת הרא"ש שם. והוא דהנה בסי' י"ז סעי' י"ח וב"ש ס"ק נ"ו דכתב הב"ש בשם הרי"ף והרא"ש והטור דס"ל דאפילו הוחזקו אם לא שכיח שיירות יש להקל אם ידוע דאותו יוב"ש הלך בדרך הזה כ"ז דלא נודע דיוב"ש אחר הלך בדרך זו וכמש"כ הרא"ש והפסקי הרא"ש בגיטין פ"ג סי' ג' דדוקא בהוחזקו וגם שכיח שיירות מחמרינן אבל בחדא לטיבותא מקילינן. ולפ"ז ה"ה בנ"ד דיש לנו מסל"ת וקטנה שהגיעה לכלל דעת דמגידים שהי' בעלה ישן בהבית בעת שהותחל לשרוף ואף שהקיצו אותו משינתו לא רצה לצאת החוצה רק חזר לישון דזה הוי ודאי כמו מעלת אין שיירות מצויות דהא לא שכיח איש כזה דיראה דהותחל הבית לשרוף ולא יצא החוצה ואיש אחר לא היה שם דזה עדיף מן מעלת אין שיירות מצויות וי"ל דבכה"ג לכ"ע מקילינן וע"כ אף להחולקים וס"ל דבחדא לטיבותא מחמרינן כל זמן דליכא תרתי לטיבותא היינו לא הוחזקו ולא שכיחי שיירות דמ"מ בכה"ג מודו להיתירא ואפושי פלוגתא לא מפשינן והב"ש שם הביא בשם הפרישה והב"ח במה שפירשו לדברי הטור והראשונים במה שכתבו להקל בלא שכיח שיירות אף דהוחזקו ע"ש אבל לדעתי אין זה מוכרח כ"כ כי יש מקום לפרש דבריהם כפי פשטות לשונם דכיון דלא שכיח שיירות וידוע דיוב"ש דנ"ד הלך לאותו מקום ע"כ לא חיישינן לשמא הלך יוב"ש האחר לשם. ועיין בגיטין דף כ"ז ע"א בתוס' ד"ה כאן במקום שאין שיירות מצויות כו':

ה

ויש להסביר זה ביתר ביאור דהא באמת יש בזה ובנ"ד מעלת קורבא ואף דרוב וקרוב הלך אחר הרוב עכ"ז בזה ובנ"ד עדיפא מעלה זו מרובא כיון דהוי מצוי במקומו ממש וכמש"כ הסמ"ע כזה בח"מ סי' רנ"ט וכ"כ הרשב"א והר"נ והובאו בתבואות שור סי' ס"ג ובשם הש"ך ביו"ד סי' קכ"ט ס"ק כ"ז וס"ק מ"ם דנמצא בתוך הכרם עדיף טפי ממעלת קורבא. א"כ ה"ה בנ"ד דנמצאו העצמות אדם בתוך הבית שהי' דר שם והי' שם בעת שהותחל לשרוף עדיפא זה טפי מרובא דעלמא ואף לדברי הפר"ח שחולק בזה והובא בתב"ש שם. מ"מ י"ל בזה כיון דבעת השריפה שהותחל הבית לשרוף והסכנה העצומה אינו מצוי כלל שיהי' שם איזה איש שילך להבית הזה מן הרובא דעלמא רק זה האיש

שאנו דנין עליו נשאר שם ע"פ שינוי הטבע שהקיצו אותו משינתו ולא יצא החוצה רק חזר ושכב לישון שם ואף דזהו מיעוט שאינו מצוי עכ"ז הא חזינן דשינה את דרך הטבע א"כ הך רוב גמור דאינו מצוי כלל שילך להבית שהותחל לשרוף איזה איש מן רוב דעלמא דזהו סותר למה שהי' לנו לדון לכאורה דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש וכיון דהרוב סותר לאידך רובא דעלמא ע"כ ממילא נשאר לנו לכל הפחות מעלת קורבא דמוכחא המוכיח לנו דזהו האיש הקבוע שאנו דנין עליו דהוי מצוי וקבוע בביתו ועדיף ממעלת קורבא ובאמת העיקר כשיטת הפוסקים דכיון דנמצא במקומו דזה עדיף מן הרוב ודלא. כשיטת הפר"ח הנ"ל וכש"כ בסיוע הך רובא דאינו מצוי כלל שיבא איזה איש להבית בעת שנשרפת:

ו

ומכבר העירותי במה שכתב החמדת שלמה בסי' מ"ג להסתפק אם הא דאזלינן בתר קרוב דאף במקום דאיכא חזקה הסותרו ג"כ אזלינן בתר קרוב משום דקרוב עדיפא מן חזקה או דחזקה עדיפה מן קרוב ונשאר בצ"ע ע"ש ואנכי הוכחתי כבר דקרוב עדיפא מחזקה מהא דשקלים פ"ז מ"א מעות שנמצאו קרוב לחולין חולין קרוב למע"ש מע"ש מחצה למחצה מע"ש זה הכלל הולכין אחר הקרוב להקל מחצה למחצה להחמיר וחזינן דקרוב למע"ש הוי מע"ש וודאי ונפ"מ אי אכלו בטומאה ובאנינות דלוקה וקשה דהא יש להמעות חזקת חולין דמעיקרא דהמעות הי' חולין מקודם שנתחללו על המע"ש ויש לנו חזקה המבררת לנו להיפך נגד הקרוב ואף כה"ג י"ל אוקי אחזקה ראשונה וכמש"כ התוס' בנדה ד' י"ח ע"א ד"ה אחר הרוב כו' דגבי ט' חנויות דכולן מוכרות בשר שחוטה ואחת מוכרות נבלה דהלך אחר הרוב דיש התם חזקת איסור על החתיכה דאנו דנין ואפ"ה הולכין אחר הרוב והתם הא יש ג"כ בשר כשר אפ"ה דיינינן על החתיכה שנולד הספק לומר אוקי אחזקה דמעיקרא וכמו בשני שבילין דאף בבת אחת טהורין מה"ת כמש"כ התוס' בפסחים דף יו"ד א"כ תקשה כיון דשייך כה"ג אוקי אחזקה דא"כ אמאי הוי מע"ש ודאי וע"כ מוכח מזה דקרוב עדיפא מן חזקה דמעיקרא:

ז

וכן מוכח מש"כ הפוסקים ביו"ד סי' ס"ג דבשר הנמצא קרוב לבית ישראל דמותר והא יש בזה חזקת אינה זבוחה על החתיכת בשר שאנו דנין אפ"ה סמכינן להקל על הקרוב אלמא דקרוב עדיפא מן חזקה דמעיקרא:

ח

ובאמת יש להוכיח כן מהא דמבואר בקרא דהעיר הקרובה מביאה ע"ע והטעם מבואר בב"ב דף כ"ג דלכן עיר הקרובה מביאה ע"ע משום דהקרוב מבררת לנו דהי' הרוצח

מן עיר הקרובה והנה היכא דמכירין אנחנו לכל אנשי העיר הקרובה דיש להם חזקת כשרות קשה דאמאי מביאה ע"ע הא לפי מה דמבואר בתוס' ב"ב דף נ"ב וב"מ ושבועות דף מ"ו דהא דאתחזיקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן אין זה רק אם אנו דנין על אנשים הידועים לנו אבל באותן שאין מבוררין לפנינו אמרינן הרבה גנבים יש בעולם וכן כתבתי במק"א גבי הא דאמרינן דלא חשידי לזייף השטר דז"א רק בבע"ד לפנינו אבל בנמצא שטר בשוק אמרינן הרבה זייפנים איכא בעולם א"כ לפ"ז אם יש להעיר הקרובה חזקת כשרות כגון דאנו מכירין את כולם לא יביאו ע"ע משום דהא חזקת כשרות דיש על כל או"א עדיפא מן קרוב והחזקה מבררת לנו דהרוצח אינו מהעיר הקרובה אלא איזה איש שאינו ידוע לנו דפריש מעלמא ולא שייך בזה אוקי אחזקת כשרות דהא כמה רוצחים יש בעולם וכנ"ל וגם הא בשני שבילין מוקמינן על החזקה אף דממילא סותר להחזקה ב' הרי דמוכח דקרוב עדיפא מן אוקי אחזקה אף בחזקת כשרות דהוי חזקה אלימתא וכש"כ משארי חזקות כמש"כ במק"א ולכן א"ש הא דהעיר הקרובה מביאה ע"ע משום דקרוב מברר לנו דהרוצח הוא מעיר הקרובה אף דזהו מנגד לחזקת כשרות:

ולכן הש"ס בחולין דף יו"ד דשקלי וטרי מנלן דאזלינן בתר חזקה ולא ילפינן מן קרוב דכתיב בקראי משום דקרוב עדיפא. והא דלא יליף לרוב מן קרוב העיר בזה החמדת שלמה בהקדמת ספרו ובחידושי במק"א תרצתי זה היטב ואכמ"ל ועפ"ז יש ליישב דברי הרמב"ם פ"ו ה' מע"ש ה' י"א וה' י"ב וכבר העיר הצל"ח בפסחים דף ז' ע"א וקצרתי:

ט

ומה"ט כתבתי בחידושי בב"ב דף כ"ד דיש מקום לומר דהא דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב דזהו רק מה"ת אבל מדרבנן י"ל כמו דאמרינן מדרבנן סמוך מיעוט לחזקה וכמבואר ביבמות דף קי"ט ברי"ף וברמב"ם וברא"ש שם ובבכורות דף כ' ע"ב ד"ה חלב פוטר כו' וביו"ד סי' שט"ז כש"כ דאמרינן מדרבנן סמוך מיעוטא לקורבא להחמיר ותרצתי היטב כל המקומות דיש להוכיח להיפך וכן תרצתי עפ"ז להרמב"ם פ"ט ה' רוצח דלא הביא להא דב"ב דף כ"ג דמוקי ביושבת בין ההרים:

דתמהו בזה המפרשים וידעתי מה די"ל בזה הא דאין דנין דברי סופרים מן ד"ס ועיין בב"ק ד' פ' ע"ב תוס' ד"ה אומר כו' ועושה כו' וקצרתי:

י

וע"פ כ"ז העליתי תקנה גדולה בתקנת עגונות דהיכא דנמצא מת סמוך וקרוב למקום שנאבד משם והוא באופן דליכא בי' לדון כל דפריש מרובא דעלמא פריש כגון שנמצא בו סימן אמצעי שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' דבכה"ג ליכא בזה רובא דעלמא דאף אי סימנין דרבנן מ"מ לא הוי רק ספק השקול משום דרוב אין להם ס"א

כמותו כמו שהארכתי שם ואף דאכתי איכא חזקת א"א עכ"ז הא לפי מה דנתבאר דקרוב עדיף מן חזקה ע"כ מהני זה להקל בנ"ד וכבר כתב הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ג דחזקת א"א וחזקת חי לא נחשב רק לחד חזקה ע"ש וכן היכא דהוי ספק רוב דעלמא ג"כ יש לדון דמהני קורבא כמש"כ התורת גיטין סי' קל"ב סעי' ד' להוכיח דרוב שאינו ידוע אינו מגרע הקורבא. וגם הארכתי לבאר די"ל דאף דרבנן החמירו לחוש למיעוט ולא לסמוך על הרוב לבד מה די"ל דאין דנין תקנת חז"ל מהדדי י"ל עוד דהא במה דאמרו בב"מ דף כ"ז אי סימנין דאורייתא מהדרינן גט אשה בסימנין דכתב הפני יהושע להעיר דאמאי לא מחמרינן מדרבנן כמו במשאל"ס אך הטעם הוא דכיון דכתוב מפורש בתורה לא החמירו חז"ל בזה וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' קי"ז:

ושאני רוב דלא מפורש בתורה כ"כ משום דאחרי רבים כו' י"ל דזהו רק ברוב דאיתא קמן כמבואר בחולין דף י"א:

א"כ בקרוב דמפורש בתורה ומוכח משם דאף במקום חזקה סמכינן על קרוב ע"כ אין לנו להחמיר אף בערוה. ויש להאריך בזה עוד. כ"ז כתבתי במק"א:

יא

ולפ"ז כש"כ בנ"ד דיש לנו מעלת דנמצא בביתו דלפי הכרעת הפוסקים בח"מ סי' רנ"ט וביו"ד סי' ס"ג ובסי' קכ"ט הללו דכיון דהוא מקומו ממש ולא הוי פריש ממק"א דזה עדיפא מן הרוב דעלמא דהוי פריש ממק"א למקום דנמצא א"כ מעלה זו עדיפא ממעלת קורבא דבזה ודאי יש לנו לסמוך ולהקל עי"ז בהיתר עגונא ובפרט בנ"ד דיש לנו גם רוב המסייע להיתר דהא לא שכיח כלל דיבא איזה איש מבחוץ לתוך הבית בעת שנשרפה וזה עדיפא מן אין שיירות מצויות דבש"ס וע"כ אין לנו להחמיר בנ"ד כיון דיש לנו מעלת דנמצא בביתו והרוב מעליא הזה ביחד דעל זה יכולין לסמוך להיתירא בהיתר עגונות וכמש"כ במעלת קרוב לעיל וכש"כ בכה"ג וכמו דכתבו הרמב"ן והרשב"א להקל ע"י סברת כאן נמצא כאן הי' בהך דיבמות דף קט"ו גבי יצחק ר"ג מקרטובא וכמש"כ לעיל בשמם. ובאמת הך סברא דח"מ סי' רנ"ט ויו"ד סי' ס"ג וסי' קכ"ט הנ"ל זהו הכל ג"כ משום סברא דכאן נמצא כאן הי' והם הכל ע"פ הסברא דכאן נמצא כו' ומתאימות להדדי:

יב

ועוד יש לנו סמך גדול להיתירא ע"פ דברי החכם צבי דכתב דסימן אמצעי ובאין שיירות מצויות דיש לנו להתירה דהוי כמו שני יוב"ש דלא הוחזקו ובאין שיירות מצויות דכ"ע מודו להיתירא והובא דבריו בתשובת חמדת שלמה ובש"ש שמעתתא פרק ואין ת"י כעת במקום כותבי זה אלו הספרים ובאמת דברי החכ"צ הם דברי טעם וע"כ בנ"ד הא יש סימן מקום דמעידים דהי' בעלה בהבית בעת שהותחל הבית לשרוף וגם בוודאי דמקרי

כזה בשם אין שיירות מצויות כלל דמי יבא להבית במקום סכנה עצומה כזה ועדיף ביותר מהך דאין שיירות מצויות דבש"ס ע"כ יש לנו גם סמך היתר של החכ"צ דבסי' מקום דהוי סימן אמצעי ואין שיירות מצויות דסמכינן ע"ז להיתירא. לפי דברי החכ"צ דס"א ואין שיירות מצויות הוי כשני יוב"ש דלא הוחזקו ואין שיירות מצויות דמותרת:

יג

ואפשר לומר דזהו טעמא דרבא ביבמות ד' קט"ו דאמר ועוד גברא חרוכא דשדי ופסתא דידא דשדיא כו' דטעמו הוי נמי משום הך סברא דהוי סי' מקום דרבא לשיטתו דס"ל בב"מ דף כ"ב דמקום הוי ס"א ובצירוף אין שיירות מצויות ביחד כנ"ל [ולעיל כתבתי די"ל דרבא דקאמר ועוד גברא חרוכא דשדי כו' אזיל לטעמי' בהך דיצחק ר"ג כו' לשיטת הרמב"ן והרשב"א דזהו משום כאן נמצא כו']. וע"פ סברת החכ"צ דאף למאן דחייש לשני יוב"ש דלא הוחזקו עכ"ז בצירוף לאין שיירות מצויות דיש לנו תרתי לטיבותא סמכינן להיתירא דלפ"ז ה"ה בסימן אמצעי ואין שיירות מצויות דיש לנו להקל וטעמא דרב חייא בר אבין דיבמות דפליג על רבא שם י"ל דזהו משום דס"ל מקום לא הוי סימן וגם ס"ל כסברת אביי דביבמות ד' קט"ו ע"ב גבי הך יצחק ר"ג מקרטובא כו' דס"ל דחיישינן ולא ס"ל להסברא דכאן נמצא כו' לפי דברי הרמב"ן והרשב"א בפירושם להסוגיא זו כנ"ל:

יד

ואף לשיטת הרי"ף והרא"ש ביבמות שם דפסקו כרב חייא בר אבין י"ל דטעמייהו דס"ל כפירוש רש"י ביבמות שם דהפס יד היה ניכר שאינו מן גברא חרוכא לפי דגברא חרוכא הי' בשתי ידים א"כ ע"כ הפס יד הוא מן איש אחר דבא שם וע"כ כיון שלא נמצא מהשני רק הפס יד ניכר שברח ונשאר הפס יד וא"כ י"ל שהבעל ברח והשני שבא להצילו נשרף וע"כ ס"ל לרחב"א להחמיר וכ"כ הב"ש בסי' י"ז ס"ק ק"ס בשם רבינו ירוחם דהך סוגיא מיירי דהפס יד ניכר שאין זה מן איש הנשרף ע"ש וס"ל לרחב"א דאפשר להיות דאף דפסתא דידע שדיא עכ"ז יכול להיות דהגוף ניצול כו' ויש לחוש לזה:

וע"כ אינו סתירה לכל מה שנתבאר דיכול להיות דגם הרי"ף והרא"ש ס"ל כפי שנתבאר ובפרט לפי' הרמב"ן והרשב"א בהך דיבמות דף קט"ו בהא דיצחק ר"ג כו' דלכן פסק הרי"ף שם הלכה כרבא משום דיש לדון התם להחזקה דכאן נמצא כו'. הרי דס"ל בכוונת הרי"ף דס"ל ג"כ לדינא לסברת כאן נמצא כו' להתיר עי"ז בחשש איסור א"א וע"כ מוכח דבמה דפסק הרי"ף כרחב"א אין מזה סתירה לפי די"ל כמו שכתבתי כנ"ל ויש להאריך עוד ומחמת חולשתי וטרדתי הוכרחתי לקצר:

טו

וכעת ראיתי בספר קהלת יעקב מהגאון דק' ליסא זצ"ל על אה"ע סי' י"ז סעי' י"ח דהעלה שם דאם ידעינן דהלך למקום סכנה כגון שהיה בבית שנשרף ולא היה שם אחר ונמצא שם מת דתלינן דזהו שראוהו באותו המקום כו' דהוי זה כהוחזקו ואין שיירות מצויות כו' ע"ש:

וזהו ג"כ כעין מש"כ בעז"ה וע"כ דעתי מסכמת להתירה מכבלי העיגון ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה:

סימן לד

בעז"ה יום ו' עש"ק ר"ח סיון תרכ"ח קאוונא. רוב שוי"ר אל כבוד יד"נ הרב הגאון המפורסם כו' בקש"ת מו"ה מארים נ"י אבד"ק יאקובשטאט יע"א:

אחדשה"ט יקרת מכתבו הגיעני ע"ד העגונה הזקוקה לחליצה ולא נודע מקום היבם אי' הוא:

ודן כת"ר צד היתר משום שבעלה הי' לו חולי נכפה ר"ל ולא נודע לה זה בעת הקידושין ואחרי שניסת לו נודע לה ופירשה אז ממנו ודן כת"ר שיש לומר כיון דבקידשה סתם וכנסה סתם הוי קידושי ספק כמבואר בכתובות ד' ע"ג. א"כ י"ל סמוך מיעוטא דמת היבם לפלגא דלמא לא נתקדשה והוי רובא. כ"ז הוא קוטב דברי כת"ר בקצרה וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבו בקצרה כי לדעתי אינו כן והוא דהא קיי"ל ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס בש"ך ס"ק ל"ג דלא הוי ס"ס אלא היכא דאיסור והיתר שוים וכ"כ התוס' בכתובות דף ט' בסוגיא דפ"פ וכבר העיר בזה הריב"ש בתשובה סי' שע"א והובא בשב שמעתתא שמעתא א' פ' י"ח שכתב לחלק במה דמצינו בש"ס בכ"ד דאמרינן סמוך מיעוטא למחצה נקבות וה"ל זכרים מיעוטא דלא אמרינן כן אלא במה דהוא בטבעו של עולם כו' אבל במה שאינו בטבעו של עולם אלא דאפשר זה כמו זה. אז בעינן שיהי' שני הספיקות שוין ושקולין והובא דברי הריב"ש בסדרי טהרה ליו"ד סי' קפ"ז וכ"כ החוות דעת בכללי ס"ס בס"ק י' והדברים ארוכין ועת לקצר:

ב

ועוד דהא אף היכא דהוי שני הספיקות שקולים עכ"ז הא לא מהני רק היכא דנולדו שני הספיקות ביחד כמבואר ביו"ד סי' ק"י ועיין במגן אברהם סי' תל"ט ס"ק ג' שכתב ג"כ כן וכמבואר בהגהות רמ"א ליו"ד סי' ק"י סעי' ט' ע"ש וכן יש להוכיח מן יבמות ד' קי"ג ע"ב באשת חרש דאי אמרת עתים חלים עתים שוטה קדושי מצי מקדש גרושי לא מצי

מגרש וקשה הא יש בזה ס"ס ספק א' דילמא בעת הקידושין הי' שוטה ולא חלו קדושיו כלל ואת"ל דהי' אז פקח עכ"ז ספק שמא עכשיו בעת הגירושין הוא פקח וע"כ מוכח מזה דכיון דלא נולדו שני הספיקות ביחד לא הוי ס"ס כלל וכן ראיתי בדרוש וחידוש של רע"א זצ"ל לחי' ליבמות שם א"כ בנ"ד כיון דבעת דהיה בעלה חי נולד אז ספק שמא נתבטלו קידושיו או לא א"כ אף דעכשיו יהיה עוד ספק השקול עכ"ז הא לא מצרפינן הנך שני ספיקות ביחד ולא מהני כלל:

ג

אך לפי שיטת רבה ורב חסדא בכתובות דף ע"ג בקידשה סתם וכנסה סתם דהא דגיטא בעיא אין זה רק מדבריהם. ע"כ י"ל בזה דמהני אף דלא נולדו שני הספיקות ביחד כמבואר ברמ"א ליו"ד סי' ק"י סעי' ט' דדוקא היכא דספק ראשון הוא אסור מה"ת אז בעינן שיהי' שני הספיקות ביחד אבל היכא דבספק ראשון לא נאסר רק מדרבנן לא בעינן ב' ספיקות ביחד וכמבואר שם בש"ך סי' ק"י ס"ק ס"ב וכמו בסי' ס"ו גבי דם ביצים דרבנן ע"ש א"כ הכא שבספק ראשון לא נאסרה רק מדרבנן מהני ס"ס כזה וכ"ז הוא לשיטת רבה ור"ח אבל לשיטת רבא בכתובות שם דצריכה גט משום ספק דאורייתא ותנא ספוקי מספקא לי' וגבי איסורא לחומרא וס"ל דלא שייך בזה אוקי אחזקת היתר וחזקת פנוי' משום דה"ל כמו כל ספיקא דדינא דלא שייך לאוקמי על חזקה כמבואר במשנה למלך ה' טומאת צרעת פ"ב ה' א' והתב"ש בסי' כ"ט והכנה"ג שהובא בתשובת רע"א זצ"ל בסי' ל"ז וזהו כוונת התוס' בחולין ד' פ"ו ע"א ד"ה מ"ט דר"מ כו' דהקשו דיתחייבו על שחיטתן משום נבילה ותירצו דמספקא להו לרבנן אי רוב מעשיהם מקולקלים או רוב מעשיהם מתוקנים והשתא לא מהניא חזקה מידי עכ"ל התוס' וכוונתם ג"כ הוא מה"ט. וה"ה בזה כיון דמספקא לי' להתנא על סתם בני אדם אם מקפידין על מומין או לא ע"כ בקידשה וכנסה סתם ה"ל ספיקא דאורייתא לשיטת רבא וכיון דמבואר בסי' ל"ט בבית שמואל ס"ק ט"ז דהרמב"ם והטור פסקו כרבא ע"כ וודאי בעינן שיהיה שני ספיקות ביחד ואל"כ לא מצרפינן הך ספק ספיקא:

ד

ובפרט די"ל דבמום שיש על האיש שאני משום טב למיתב כו' וכמש"כ הב"ש בסי' קנ"ד ס"ק ט' ע"ש ובתשובת התשב"ץ בסי' א' ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ג' ובסי' ד' ע"ש ועיין באה"ע סי' ל"ט וסוף סי' קי"ז ובסי' קנ"ד סעי' ה' וקצרתי ובלא"ה אין. להיתר הזה שום מקום. כי לפ"ז אם נתקדשה האשה בקידושי ספק ואח"ז ילך הבעל ממקומו ולא יהי' ידוע מקומו איה הוא א"כ יש להתירה לפ"ז מיד משום סמוך מיעוטא לפלגא דהא לא הוי מקודשת רק מספק. וזהו בוודאי אין סברא לומר כלל וכלל ובלא"ה הא אף על

רוב גמור החמירו חז"ל באיסור א"א זולת היכא דמצינו בפי' דהקילו ואף באיסור יבמה לשוק במיעוט המצוי החמירו כמש"כ התוס' יבמות דף ל"ו ע"ב ועיין בספרי ח' אה"ע סי' י"ח מזה וגם י"ל דיבמה לשוק מקרי דבר בערוה וכמש"כ החמדת שלמה ח' אה"ע סי' ט"ו. והביא שם דברי הנו"ב בזה אך מן התוס' יבמות דף ל"ו ד"ה הא לא שהא כו' משמע דיבמה לשוק לא הוי דבר ערוה ובמק"א הארכתי בזה]. ע"כ אין אני רואה שום היתר כלל בנ"ד כי אין מקום להתירה כלל והא דכתבו התוס' בב"מ ד' ל"ט ע"ב ד"ה דילמא שכיבא סבתא כו' בתי' הב' בזה"ל אי נמי הכא שנשבו חיישינן טפי דילמא מתו לפי שעשו לה יסורין עכ"ל אין זה ענין לנ"ד ופשוט:

ה

ומה שהקשה כת"ר על מש"כ התוס' בזבחים ד' צ"ו ד"ה אלא קדירות של חרס כו' בשם ר"ת ד' כ"ח כשהוסקו נעשו כלים חדשים ונסהרין מטומאתן והקשה ע"ז מהא דפ"ב דכלים משנה א' ד' כ"ח שבירתן היא טהרתן דמשמע דרק שבירתן מטהרתן ולא מידי אחרינא. וכן בקרא מפורש דבעי שבירה ע"כ קושייתו ויפה הקשה. ולענ"ד י"ל בזה ע"פ מש"כ האלי' רבא שם במשניות פ' ב' דכלים משנה א' בד"ה ושבירתן היא טהרתן דקמ"ל שבירתן מטהרתן עולמית ולא ככלי עץ ועצם דאם חזר ועשאן כלים מקבלין טומאה מכאן ולהבא אבל כלי חרס אפי' חזר ועשאן כלים מן השברים טהור. וקמ"ל הוא טהרתן ואין להם טהרה אחרת כו' עכ"ל האלי' רבא ונתכווין למש"כ התוס' בחולין דף נ"ה ע"א ד"ה שיעורן בכדי סיכת קטן כו' דהביאו שם התוספתא בחולין עשאן כלים דר"מ ס"ל מקבלין טומאה מכאן ולהבא וחכ"א כ"ח שטהר שעה אחת שוב אין לו טומאה לעולם ומסקי שם דשברים קטנים אין נחשבים להיות עוד כלים ע"י שום תיקון היכא דלא נעשה אח"כ שלם כמתחילה ע"י תיקון. ע"ש. וכ"כ בפי' הרא"ש בפ"ב דכלים משנה ב' ע"ש. וע"כ אין קשה מה שהקשה כת"ר. דהא אם הוסקו ונעשו כלים חדשים מקבלין טומאה מכאן ולהבא אבל בשבירתן היא טהרתן נטהרו עולמית כדברי חכמים בתוספתא כנ"ל והוי היפך מן הרישא דשם דתנן כלי עץ ועצם וזכוכית ועור מקבל טומאה מכאן ולהבא: אבל כ' ח ונתר שבירתן מטהרתן עולמית וברור:

סימן לה

א

מה שהשבתי בענין עגונא א' והגב"ע נאבד ממנו. ויובן השאלה מן תשובתי תשובה בקצרה כי יש לנו לסמוך על שמו וסימן שהיה סומא על עין א'. דנלע"ד דסומא בעין א' נחשב לסימן אמצעי וסמוכין לזה מן דברי המשאת בנימן סי' ס"ב שכתב דהא דר'

ירוחם כתב דלא סמכינן אסי' מובהק אלא בדבר ברור שאינו נמצא כך בגוף אחר דאין כוונתו על חיסור או יתור אבר שלם דבזה ליכא מאן דפליג דסימן מובהק חשוב הוא דמדאורייתא הוא מום גמור לכל דבר שבעולם כו' ע"ש. ומשמע מדבריו דיש מקום לדון דמה דהוי מום גמור דיהיה זה נחשב לסימן מובהק ועכ"פ יהיה זה נחשב לסימן אמצעי כיון דהוי זה למום גמור:

ב

ולכאורה יש לסתור לזה מן מה דאמרו ביבמות דף ק"ך וב"מ דף כ"ז דארוך וגוץ הוי סי' גרוע. והתה"ד בפסקיו סי' קס"א כתב דארוך וגוץ דהוי סי' גרוע מיירי בארוך הרבה דאל"כ פשיטא וכ"כ הנו"ב בסי' נ"א דארוך וגוץ שבגמ' זהו בארוך ביותר כו' והנה הרמב"ם פ"ח ה' ביאת מקדש ה' י"ד כתב דארוך ביותר כו' הוי זה מום גמור בכהנים הרי דלא כהך כללא:

ג

אבל באמת אין זה סתירה דהא מבואר בבכורות דף מ"ה דקפח היינו גבוה הוי מום בכהנים דזהו בארוכה שמוטה סגיא ופי' רש"י דארוך הוא ודק שאינו עב לפי ארכו ולפי שדק הוא אינו יכול לסבול קומתו כו' עכ"ל. הרי דגבוה לא הוי מום אלא אם הוא דק שאינו עב לפי ארכו והא דקיצר הרמב"ם בזה י"ל דזהו בכלל מש"כ הרמב"ם הארוך ביותר והקצר ביותר עד שיהי' מופלגין משאר העם עכ"ל ובפי' המשניות להרמב"ם בכורות שם כתב דקפח הוא שארוך הרבה עד שמואסים בני אדם ארכו הרי דארוך הרבה אינו נחשב למום אלא כשמואסין ב"א אותו והכוונה ג"כ הוא שהוא דק שאינו עב לפי ארכו כנ"ל וע"כ עדיין י"ל דמה דהוי מום בכהנים דהוי לכה"פ סימן אמצעי וזהו לשון הרע"ב ברטנורה בבכורות פ"ז משנה ו' דהקפח הוא ארוך ודק שאינו עב לפי ארכו והוא מכוער ומגונה עכ"ל וזהו כדברי הרמב"ם בפי' המשניות הנ"ל ולפ"ז בסומא באחת מעיניו דאמרו בבכורות דף מ"ד דהוי מום בכהנים וכמש"כ הרמב"ם בפ"ז ה' ביאת מקדש ה' ה' ע"כ י"ל דזה הוי סימן אמצעי גבי היתר עגונות וידעתי לדברי החתם סופר בסי' צ"ב שכתב דסומא באחת מעיניו לא הוי ס"א אכן לדעתי אינו כן:

ד

וידוע מש"כ הנו"ב במ"ת סי' נ"ה דס"א עדיף מן שם אביו א"כ בנ"ד דיש לנו שמו והסימן אמצעי דהוי סומא באחת מעיניו דהוי כשמו ושם אביו:

ובשמו ושם אביו היכא דידוע דהלך לאותו מקום מבואר בסי' י"ז סעיף י"ח דסמכינן להקל וכמש"כ הב"ש שם בס"ק כ' בשם המהרשד"ם א"כ ה"ה בנ"ד ועוד יש לדון בנ"ד

דהיה חולה מסוכן וכן כתבו על האיש הזה שהיה חולה מסוכן זמן רב שהי' שם והתוס' בפסחים דף מ"ו בד"ה רבה אמר כו' כתבו דחולי שיש בו סכנה לא שכיח כלל:
ובאמת כן אמרו בקידושין דף ע"ט ע"ב דכ"ע בחזקת בריאים קיימי מאן דקא מפיק נפשיה מחזקה עליו לאתויי ראיה ומוציאין ממון עי"ז מהמוחזק אף דאין הולכין בממון אחרי הרוב דהא שמואל הוא דאמר שם כן כמבואר שם:
ושמואל הא אית ליה בב"ב דף צ"ב דאין הולכין בממון אחרי הרוב:

ה

והנה בשני יוב"ש דלא הוחזקו ואין שיירות מצויות על שני הענינים הללו ביחד סמכינן לכ"ע להקל בהיתר עגונות כמבואר בב"מ דף י"ח וגיטין דף כ"ז. וה"ה היכא דיש לנו עוד ענין אחר דלא שכיח כלל ולצרפו לשמו ושם אביו וכיוצא דודאי יש לנו לסמוך ע"ז להיתירא דהא מעלת הך רובא דכ"ע בחזקת בריאים קיימי עדיף מן מעלת אין שיירות מצויות כמבואר וכמש"כ דזה הוי רוב אלימא מדסמכינן ע"ז להוציא מן המוחזק וע"כ יש לנו שני המעלות דשני יוב"ש דלא הוחזקו ואין שיירות מצויות ביחד וה"ה כיוצא בו דבנ"ד ועיין בקונטרס עגונות סי' י"ז ס"ק קי"ח בשם תשובת בית יוסף מש"כ בסימן חולה ובתשובת חמדת שלמה סי' ל"ו ובספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' יו"ד ענף ו' מה שכתבתי שם בזה. וי"ל דסימן חולה שיש בו סכנה עדיף טפי לפי מש"כ התוס' בפסחים דף מ"ו דזהו לא שכיח כלל כנ"ל ועכ"פ זה ברור לדמות נ"ד דהיה חולה שיש בו סכנה כל ימי חייו דזה דומה לשני יוב"ש דלא הוחזקו ובצירוף אין שיירות מצויות וכנ"ל:

ו

וכעין זה ראיתי בט"ב במ"ק סי' מ"ב שכתב דלא חיישינן לתרי מאיר גבי עוזב ע"ש וגם יש לדון בנ"ד לפי מה דכתבו בהגב"ע דהאיש שאנו דנין עליו היה באותו קרעצים שגברה עליו החולי שם דמשם בא להמקום שנמצא מת שם ומצאו בו ס"א של סומא בעין אחת די"ל דיש גם סימן מקום ואף לפי דברי הט"ז דבאדם לא שייך כ"כ סי' מקום עכ"ז בחלה שאני דהא הוי כמאן דכפות וכמבואר באו"ח סי' ש"ח ובמג"א ס"ק ע' ולהסוברים דמצרפין שני סימנים אמצעים יש לנו לכה"פ בנ"ד ב' ס"א דלכמה פוסקים מצטרפי להיות נחשב לסי' מובהק וגם נמצא על אותו הדרך שהלך מכל הלין טעמי נלע"ד להתירה ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה וקצרתי בכ"ז:

סימן לו

שאלה ע"ד העגונה האשה פב"פ מעיר קרעווא שדעת בעלה היתה מטורפת עליו ר"ל ויצא מביתו והלך לו ונאבד ובעיר ווועויא התעכב איש א' מטורף בדעתו וגם בעיר זאסלא התעכב באותו זמן לערך שני שבועות והי' נודע שם שהוא מקרעווא גם בווועויא

העיד א' ששמע שהוא מקרעווא. וגם שם אחזהו חולי נופלים ר"ל שהמחלה הזאת הי' לבעלה של העגונה הזאת ולמחרת היום שהיה בעיר ההיא נטבע בנהר ווילי'א במלון פאדעליאשא לא רחוק מהעיר וועווייא איש א' מטורף בדעת אשר ע"ז העידה אשה א' כדברים האלה:

בא אל ביתי פתאום איש לבוש בבגד קרוע ובלוי זקנו היה קטן ודק וצעק בקול מה אתם תושבים לכו לארץ ישראל יען כי באה העת' והכרתי בו שהוא משוגע ושוב לאחר רבע או אולי חצי שעה באה נערה נכרית והגידה לי כי היהודי המטורף נטבע בווילי'א. ולאח"כ שמעה האשה הזאת ג"כ מכמה נכרים שספרו מעצמם שלא ע"י שאלה ואח"כ העידו שני עדים ששאלו להא"י שהסיחו לפ"ת לפני האשה הנ"ל על מעשה הטביעה איך היה על נכון והגידו להם כי הדבר נוגע לדתנו ואמרו:

המעשה שהיה כך הי' יהודי מטורף בא להפראם ולא נתן לו הפראמשציק לעלות וכאשר הפראם הלך משפת הנהר רדף והלך אחריו במים ונטבע והם ראו והביטו עד שנתיאשו ממנו והחליטו כי בוודאי נטבע וזה היה בחודש אלול שנת תרמ"ג ושוב לאחר חצי שנה ויותר נמצא נטבע אחד בנהר ווילי'א פה קאוונא והמתעסקים בקבורתו העידו שהיה בינוני בקומה וזקנו קטן ודק. והפעלדשער יהודי אשר בבית החולים העיד כי היה קרחות בראשו כעין פליעכעס קטנים ושלחנו איש נכבד א' והיה אצל האדון פראקוראר באקרוזני סוד וקרא את הפראטאקאל הנעשה בחהמ"פ שנת תרמ"ד אודות הנטבע הזה ובו כתוב:

קומתו בינוני שערותיו דונקעל בלאנד. על הראש הי' השערות אויסגיקראכין רק בסוף הראש לצד אחוריו הי' שערות. היה מונח וידו הימנית תחת הגוף ורגל על גבי רגל וכן העיד האיש הנ"ל ששמע מאיש אחד יהודי שהוא הוציא הנטבע הזה מהנהר וראה שרגלו האחת על רגלו השנית היתה מונחת:

א

תשובה בעז"ה ובקצרה מתחילה יש לנו לדון על אותו האיש שנטבע בפאדיליאשא בנהר ווילייא אם זהו בעלה של אותה העגונה והנה בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעיף י' ענף ו' כתבתי דאיכות החולה בפרטות הוי סי' אמצעי דדומה לרושם באבר פ' וה"ה דאומר דיש לו רושם במוחו דעי"ז מוחו מבולבל ע"ש ועיין בספרי הנ"ל סי' מ"ו סעי' ד' דהעליתי דבהיתר עגונה יש לסמוך על היתר קורבא דעדיפא מן חזקת א"א והיכא דיש סי' אמצעי זה עומד נגד רובא דעלמא וממילא יש לנו מעלת קורבא דעדיפא מחזקה וזה יסוד גדול בתקנת עגונות ב"ה ע"ש ולפ"ז בנ"ד דידוע דבעל האשה היה בימים האלה

קרוב לפאדיליאשא ולא נשמע בכל סביבות מקום ההוא איש אחר שנטבע באותה העת ע"כ יש לנו כאן מעלת קרוב וגם הא איכא סי' אמצעי הטרוף הדעת וגם סי' גרוע זקנו קטן ודק וכמבואר להלן וג"כ אומדנא שצעק לכו לא"י שזאת היה צועק תמיד המטורף בעל העגונה ובכה"ג סמכינן על קרוב וכנ"ל ומעתה נתברר לנו ע"פ ד"ת דהנטבע בווילייא בפאדיליאשא הוא בעל האשה העגונה:

ב

ועתה נדבר בענין שהה עד שת"נ המבואר בסי' י"ז בסעיף ל"ב והנה בנ"ד מתחלה הסיח עכו"ם לפ"ת דנטבע ואח"כ לאח"ז שלא באותו מעמד הגידו ע"י שאלה שרדף אחר הפראם והלך אחריו במים עד שנטבע והביטו עד שנתיאשו ובשהה עד שת"נ איכא פלוגתת הפוסקים דיש דס"ל דאף בלא שהה אם נשאת ל"ת ואף לאותם הפוסקים דס"ל דבעינן שהה עד שת"נ ואם לא שהה תצא. כתב המהרח"ש ומובא במה"צ סעיף ל"ד ס"ק קל"ד דדוקא כשלא אמר אלא טבע לחוד ולא מוכח מדבריו שנטבע ממש וכסוהו המים יש לחוש דלמא לא ראה כי אם ספינה שנשברה שרוב העולם קורין זה טביעה אולם כשאמר שטבע ממש שכסוהו המים בזה יש להקל אם אין העד לפנינו ואמרינן דסתמא שהה עליו כשעור שת"נ אבל באומר טבע סתם שיש לחוש דאולי קרא טביעה לספינה שנשברה בזה אין להקל ע"ש וכעין דברי הט"ז שהביא הב"ש בס"ק ק"ה. וכמש"כ המראות הצובאות בביאורו בס"ק קל"ח וא"כ בנ"ד דהגידו העכו"ם בפעם השנית דרדף והלך במים אחר הפראם עד שנטבע והביטו עד שנתיאשו ואמרינן דסתמא שהה עד שת"נ דאין לומר דקראו לספינה שנשברה טביעה וכמש"כ הרמ"א בסעי' ל"ד בשם הרמב"ן בתשובה סי' קכ"ח ע"ש. דהא הגידו בפירוש דרדף והלך אחר הפראם במים עד שנטבע וא"כ הלא לא היה בספינה וגם הגידו שנתייאשו ממנו וזה עדיף מן נידון המהרח"ש והט"ז הנ"ל ועיין מה"צ סוף ס"ק קל"ד שם דאם אמר העד שטבע ולא עלה או שאמר שטבע ולא הציל אמרינן דמסתמא שהה עד שת"נ לכ"ע כדמוכח להדי' ובנ"ד שאמרו שהביטו עד שנתייאשו הוי ג"כ כמו שאמר טבע ולא עלה:

ג

ואף דבהגדה הזאת היה ע"י שאלה מהעכו"ם שהסיחו ל"ת מתחילה ולא באותו מעמד גם בזה איכא פלוגתא כמבואר בב"ש ס"ק מ"א וא"כ יש בנ"ד ס"ס לצאת מחשש דאורייתא ספק האחד שמא הלכה כהרבה פוסקים ראשונים דאף בלא שהה אם נשאת לא תצא וספק השני שמא כהפוסקים דאף בלא אותו מעמד נאמן עכו"ם אפילו ע"י שאלה ונאמנים העכו"ם שאמרו בנ"ד בלא אותו מעמד ע"י שאלה דלא היה בספינה רק הלך ורדף אחר הפראם ועי"ז נטבע ובכה"ג יש להקל אם אין העד לפנינו וכמהרח"ש הנ"ל

ועי' מה"צ ס"ק נ"א שהביא בשם תשו' הרא"ש דהיכא דמפרש דבריו הראשונים שהי' במסיח לפי תומו נאמן אח"כ לפרש גם ע"י שאלה אפי' לאח"ז וכן הסכים לדינא. ובנ"ד ג"כ אינו רק פירוש על דבריהם הראשונים ועיין בשב שמעתתא שמעתא ז' פ' ח' מזה:

ד

ועוד דהא דבנטבע סתם במשאל"ס אם נישאת תצא היינו משום דיש לחוש דאולי קרא טביעה לספינה שנשברה וכמש"כ רמ"א בסעיף ל"ד והרמב"ן בתשו' וכנ"ל. וידוע שבנהר וויליא אצל פאדיליאשא ליכא ספינות. וא"כ כשהסיחו לפ"ת נטבע סתם בוודאי שנטבע ממש וכסוהו המים וא"כ בזה יש להקל אם אין העד לפנינו דסתמא שהה עד שת"נ וכמהרח"ש הנ"ל וגם אומדנא יש כאן לפמש"כ הראשונים דלמיחש שמא הוליכוהו המים למקום אחר ויצא משם זה מיעוט האינו שכיח ואינו רק חשש דרבנן ועיקר החשש דלא שהה הוא משום שמא במקומו יצא ובנ"ד יש אומדנות דלא יצא במקומו אחרי כי עומדים תמיד אנשים על הפראם ואילו יצא במקומו היו רואים והיו מספרים בכפר וגם בנ"ד שהיה לו חולי הנופל ר"ל הסברא נותנת דבזמן מועט תצא נשמתו ועיין בתשו' רע"א זצ"ל סי' ק"ט ובח"ש סי' כ"ד דתלוי באומדנא בזה וע"פ כל הנ"ל יצאנו מידי איסור דאורייתא בעז"ה. אבל אכתי איסור דרבנן איכא דלכתחילה לא תנשא משום מים שאל"ס וזה פשוט דגם במסל"ת במשאל"ס יצאנו מחשש דאורייתא כיון דכבר הימנוהו רבנן וכמבואר בסעי' ל"ד:

ה

אבל באמת יש לנו בנ"ד במה לצאת גם מהאיסור דרבנן דמשאל"ס. לפי מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעיף י"ד לבאר דשני סי' גרועים מצטרפים להיות סימן אמצעי והבאתי בשם תשו' להרמב"ם המובא במהר"ם אלשקר סי' ס"ז שצרף שני סימנים גרועים דהי' בינוני הקומה וזקנו שחור וביארתי שם דטעם הרמב"ם הוא משום דשני סימנים גרועים מצטרפים להיות סי' אמצעי:

וזה דלא כהנו"ב בסי' נ"א דכתב דארוך וגוץ סתמא לא נחשב כלל לסי' גרוע ועי' בתה"ד סי' רכ"ד וכן כתב בתשו' פ"מ ח"ג תשו' ב' שכתב לצרף סי' זקנו קטן ושחור. עם עוד סי' גרוע. לעשות מכ"ז סימן אמצעי ע"ש וא"כ בנ"ד דנמצא נטבע פה קאוונא שהיה בינוני בקומה וזקנו קטן ודק והפעלדשער היהודי העיד כי היה קרחות בראשו כעין פליעכעס קטנים ובהפראטאקאל אצל האדון פראקוראר כתוב עוד ששערותיו היה דונקעל בלאנד ועל הראש היו השערות אויסגיקראכין רק בצד הראש לאחוריו הי' שערות והיה מונח וידו הימנית תחת הגוף ורגל על גבי רגל וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' דבערכאות בכתב סמכינן בעדות אשה מכש"כ מעד אחד ע"ש וכן העיד ע"א שהוציא

את הנטבע מהמים. כי רגל על רגל היתה מונחת והנה יש כאן סימנים גרועים והקרחות שהיה בראשו הנה בעל האשה הזאת שאנו דנים עליו הי' לו חטטין ושחין בראשו והיו סכים אותו בזעגאכטס לרפואה וזה משיר השער כפי ששמעתי מהיודעים והרופא אמר דאם נשרו השערות רק מהמים היו נשרו ג"כ השערות שלצד אחוריו ומזה ניכר משום שהי' לו חטטין במקומות אלו וע"כ מהרו השערות לנשור שם. ומבואר בסעי' כ"ד ברמ"א ובב"ש ס"ק ע"ד דרושם בגופו אף בלא צמצום מקום הוי סי' אמצעי ועי' בחוט השני סי' צ"ו ולכה"פ דזה הוי סימן גרוע וגם מה דמצאוהו מונח וידו הימנית היתה נתונה מתחת הגוף ורגל על גבי רגל וחקרתי ע"ז מהיודעים ואמרו כי לא שכיח שיקרה כן ובעל האשה הזאת היה לו חולי הנופל ר"ל ומסתמא אחזתהו במים המחלה הזאת ודרך המחלה ההיא לכבוש ולצרור את הגוף ר"ל ומתוך כך יצאה נפשו ונשאר ידו מתחתיו ורגל על גבי רגל אף שכתב הרדב"ז להחמיר במי שיש לו חולי הנופל ר"ל שנטבע במשאל"ס היינו משום דאפשר דבמים פסק החולי ומובא בפ"ת ס"ק קל"ב אבל לא בוודאי וע"כ שפיר י"ל ממה דמצאו אותו מונח כך דנראה שהוא מהחולי שהיה לו ולפמש"כ בספרי נחל יצחק דבהזכירו איכות החולה בפרטות הוי ס"א וא"כ לכל הפחות כל הנך סימנים הנ"ל נחשבו לוודאי לסימן אמצעי דאיך יתרמו כל הנך ביחד באיש א' וגם יש בנ"ד סימנים גרועים מן מלבושיו הנמצא בהם וידוע מש"כ הבאר היטב בס"ק ע"ח בשם מהר"י ווייל וכבר ידוע החלטת האחרונים דבמים שאל"ס דאם נישאת לא תצא מהני סי' אמצעי להתיר להנשא לכתחילה:

ו

גם יש לומר כיון דבנ"ד יש בהנטבע סי' אמצעי יש לנו לדון כאן ס"ס כעין ס"ס לענין דגים קטנים מלוחים שבכללי ס"ס להש"ך דלגבי דאורייתא הוי ס"ס ולענין דרבנן ספק דרבנן לקולא וכמו כן יש לנו לומר בנ"ד. דהא מספקינן אי סי' דאורייתא או דרבנן וא"כ ספק סימנים דאורייתא ואת"ל דסימנים דרבנן שמא הלכה כהפוסקים דלא בעינן שהה עד שתצא נפשו ואף דעכ"פ איסור דרבנן איכא משום מים שאל"ס. מ"מ לגבי דרבנן הוי ספק שמא סימנים דאורייתא וספק דרבנן לקולא:

ז

והנה לעיל כתבתי לבאר למה שיש לכאורה להחמיר בנ"ד בחשש דאורייתא מצד שלא ידוע אם שהו עליו עד שת"נ והארכתי לעיל מה שיש להקל בנ"ד וכן יש לצרף להיתירא בזה לדברי הנו"ב מ"ק סי' מ"ג והחתם סופר בסוף סי' ס"א ובסי' ס"ה בשם מוהר"ב אשכנזי והמבי"ט דאף שלא שהו עליו עד שת"נ מ"מ כיון דנמצא א' מת מונח על שפת

הים דיצאנו מחשש דאורייתא לכ"ע ע"ש וה"ה בנ"ד דנמצא לפנינו מת א' בנהר ווילייא דע"פ זה יצאנו מחשש דאורייתא כיון שנטבע בנהר ווילייא עכ"פ:

ועיין בנו"ב מ"ק סי' ע"ו בד"ה והרשב"א שהקשה כו' שכתב דנהר שאין ספינות שכיחי בו ולא שמענו שנטבע שם כו' וכיון דיצאנו מחשש דאורייתא ע"כ שפיר יש לנו להקל בחשש מים שאין להם סוף. ע"פ צירוף כל הנך סימנים גרועים הללו כנ"ל ובפרט שנאבד זכרו זה יותר משנה ומחצה ועי' מרדכי סוף יבמות בשם ר"י מורדון מכל הלין טעמי דעתי מסכמת להיתירא:

סימן לז

נשאלתי מרב גאון א' ע"ד עיגונא אשר יש גב"ע מבד"צ כד"ת שנמצא שם הנהרג באותו דרך שהלך שם בעלה ויש על גופו שלשה שומות והכירו כמעט כל בגדיו בטב"ע ובתוכן ציצית שלו וגם הפאס שלו ונמצא על דרך הילוכו והעלה להיתירא וביקש ממני להזדקק לזה ולהשיבו:

ענף א

א

תשובה בעז"ה והוא כי כמה פוסקים ס"ל דחיישינן לשאלה והב"י סי' י"ז כתב דהרמב"ם ס"ל דחיישינן לשאלה והש"ך בח"מ סי' ס"ה ס"ק כ"ו כתב דאין הכרע מהרמב"ם כן ולענ"ד נראה להוכיח מהרמב"ם פ"ג ה' גירושין ה' ט' דס"ל דחיישינן לשאלה דז"ל שם המביא גט ואבד ממנו כו' אם מצאו בכלי שהניחו בו ויש לו טב"ע בגט ה"ז בחזקתו ותתגרש בו וקשה ל"ל תרווייהו וכמו שכתבו הראשונים שם בשלמא במה דלא סמך על טב"ע בהגט י"ל כמש"כ המ"מ שם דמחמירין באיסור ערוה ואין צורבא מרבנן מצוי עכשיו או י"ל כמש"כ התוס' בב"מ דף כ"ד ד"ה ומודה ר"ש כו' דבגט לא שבעתן העין כו' ע"כ לא סמך הרמב"ם בטב"ע דגט משום דזה מקרי לא שבעתן העין אבל עדיין קשה דלמה לא סמך הרמב"ם על מה שמצאו בכלי שהניחו בו ועיין בגיטין דף כ"ח תוס' ד"ה מצאו בחפיסה כו' וכמו שהקשה הר"נ בגיטין פ"ג על הרמב"ם הנ"ל ובע"כ מוכרח לומר דהרמב"ם ס"ל דחיישינן לשאלה. ע"כ לא סמך הרמב"ם על הכרת הכלי כי אם בצירוף טב"ע דהגט ועיין באה"ע סי' קל"ב וב"ש ס"ק ה' וס"ק ו' וס"ק י"ב י"ג א"כ מוכח מזה דהנכון עם הב"י דהרמב"ם ס"ל דחייש לשאלה וע"כ בעינן גם לטב"ע דהגט ובטב"ע על הגט אף דאינו אומר ברי לי דלא השאלתיו הכלי לאחר ג"כ מהני וכעת מצאתי כן במראה הפנים לירושלמי יבמות פ' ט"ז ה' ג' שכתב כן ולמדנו מהרמב"ם דס"ל דאף דהדין הוא לחוש לשאלה עכ"ז היכא דליכא רק איסור דרבנן כמו התם במכירו להגט דליכא איסור

תורה בזה רק איסורא דרבנן דבזה כיון דאינו רק מדרבנן סמכינן דלא חיישינן לשאלה א"כ הא ידוע שיטת הרמב"ם פ"ו ה' נחלות דסימנים מועילים מה"ת רק דרבנן החמירו משום חומר ערלה וכמו שביארתי על נכון בעז"ה שיטת הרמב"ם הנ"ל בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו'. וכמו שפסק רבינו ירוחם שהובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ע' דאם ניסת ע"י סימן אמצעי לא תצא וכמו שביארתי דבריו היטב בספרי שם ענף י"א וע"ש:

ב

והנה בנ"ד דנמצא שלשה שומות על גופו דהב"ש סי' י"ז ס"ק ע' כתב בשם הרמב"ם והטור דס"ל דשומא הוי לכה"פ ס"א. ואף דבתשובת רע"א זצ"ל סי' ק"ז כתב לתמוה על הב"ש בזה והעלה דשומא הוי ספק ס"א:

וכן ס"ל להמ"ב וע"ש עכ"ז י"ל דבנ"ד דיש שלשה שומות בגופו הוי לכה"פ סימן מנין בזה דהוי ס"א כידוע דע"פ סי' מנין מחזירין לאבידה משום דהוי ס"א ובאמת י"ל דזה תלוי באוקימתות הש"ס דיבמות דף ק"כ וב"מ דף כ"ז דלאביי דמוקי לפלוגתת רבנן עם ר"א בן מהבאי אי מעידין על השומא או לא דפליגי אי סימנין דאורייתא או לא וכן לשני אוקימתות בתראי דרבא דפליגי אם עשוי להשתנות לאח"מ או דפליגי אם הוי סימן מובהק או לא. וודאי לכל הנך אוקימתות הוי בנ"ד הך שלשה שומות לסי' אמצעי לא מבעיא להך לישנא דפליגי אי הוי סי' מובהק או לא וודאי דהוי שומא אף יחידי בסימן אמצעי רק דלא הוי ס"מ ואף ללישנא דעשוי להשתנות לאח"מ עכ"ז הא לא שייך לומר עשוי להשתנות דיהי' מכוון למספר מנין שלשה שומות בגופו כמו שהי' בחייו של הנידון א"כ וודאי לכ"ע הוי להנך שלשה אוקימתות להך שלשה שומות בנ"ד לסימן אמצעי ועיין בב"מ דף כ"ז דאמרו לימא כתנאי אין מעידין על השומא כו' רק ללשון א' של אוקימתות הש"ס דפליגי אם מצוי בב"ג או לא י"ל דאף מנין של שלשה שומות בנ"ד לא הוי אף ס"א משום דמצוי כן בב"ג אבל כיון דהטור בסי' י"ז פסק כאוקימתא דשומא לא מהני משום דמצוי להשתנות וי"ל דטעמו משום דכעין זה הוזכר בירושלמי יבמות פ' ט"ז ה' ג' שהסימנים דרכן להשתנות ועיין שם במראה הפנים ד"ה שנייא היא שהסי' דרכן להשתנות כו' ולפ"ז אין אנו מוכרחים לחדש דשומא מצוי בב"ג אלא דזהו משום דנשתנית לאח"מ וכיון דאין הכרע מהש"ס דילן לחלוק על הירושלמי דהא בש"ס דילן יש תרי לישני דפליגי בזה ע"כ נקטינן בזה כשיטת הירושלמי:

ג

ועוד דהא כיון דלרוב אוקימתות מוכח דאם הי' מנין שלשה בהשומות דהוי לכה"פ ס"א לא מבעיא להני תרי לישני דפליגי אם הוי ס"מ או לא או אם סימנין מה"ת או לא וודאי דכל שומא יחידי הוי ג"כ ס"א וכמש"כ הב"ש וכמבואר בהרמב"ם והטור ואף לאוקימתא

השלישי אם הוי עשוי להשתנות או לא דלכה"פ בסי' שלשה שומות הוי לפי טעם זה ג"כ ס"א ואף דלאוקימתא דאם מצוי בב"ג לא הוי אף ס"א בזה כנ"ל מ"מ הא ידוע דאזלינן בתר רובא בפלוגתת הש"ס וכיון דלהך שלשה אוקימתות הוי בנ"ד ס"א ע"כ הכי נקטינן ובפרט דכן מבואר בטור להדיא דנקט הטעם דעשוי להשתנות ואף דיש לדחות לראייתי מירושלמי הנ"ל די"ל דירושלמי נקט הטעם דאף להסימנים דאין דרכן מצוי בב"ג מ"מ לא מהני משום דעשוי להשתנות עכ"ז הא נתבאר היטב דאזלינן בתר רוב שיטות בגמ' להאוקימתות הנ"ל וכש"כ לשיטת הרמב"ם וכ"פ דס"ל לפסוק כלישנא בתרא בהש"ס כמבואר בכללים של הגט פשוט בסופו ובאמת יש לדון כן בהאיבעית אימא דיבמות דף ק"כ דמוקי בחיורי וסומקי וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' ס"ה ס"ק כ"ו ויש להאריך בכ"ז עוד והא דכתב רש"י בב"מ דף כ"ז ע"ב ד"ה אין מעידין על השומא כו' שומא באבר פ'. הא מהרמב"ם והטור נראה דלא ס"ל כן אך בנ"ד דיש סי' מנין גם רש"י מודה דמעידין:

ד

עכ"פ למדנו לשי' הרמב"ם דס"ל דשומא הוי ס"א וכן לשי' הטור דפסק כהטעם דעשוי להשתנות:

א"כ לפ"ז הוי בנ"ד שלשה שומות ס"א וכיון דבס"א יצאנו מחשש תורה לשי' הרמב"ם והרבינו ירוחם הנ"ל. ע"כ ממילא אין לחוש בזה לשאלה כנ"ל וכעין מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף י"א בד"ה היוצא לנו מכל זה כו' ע"ש:

לכן בנ"ד יש לנו להקל על צירוף הכרת הבגדים כיון דיש סימן אמצעי בגופו וגם הא לשי' מהר"ל מפראג המובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ס"ע דס"ל בפשיטות דס"א בגופו והכרת בגדיו מהני לכ"ע ואף דהב"ש דחה לי' שם עכ"ז הא נתבאר דלדינא יש לנו להקל בס"א בגופו ובצירוף טב"ע בבגדיו:

ה

ובעיקר שיטת המהר"ל מפראג הנ"ל ובשי' הטור והב"ש אי הוי שומא יחידי ג"כ ס"א יש לי הרבה להאריך ובדברי הנו"ב מזה רק תקצר היריעה מהכיל בכ"ז ע"כ קצרתי ולפי דבנ"ד אין אנו צריכין לזה כי בלא"ה יש לנו יסוד גדול להקל דהא ידוע שיטת המהרי"ט והובא בקונטרס עגונות סי' שפ"א דבהכרת כמה בגדים לא חיישינן לשאלה דזהו לא שכיח לשאולי והוי כמו כיס וארנקי וטבעת ואוכף דאמרו בש"ס להדיא דלא חיישינן לשאלה וכש"כ בנ"ד דנמצא הפאס דזהו לא שכיח לשאולי. בפרט דהחזיק בדרך וצריך להפאס בעודו בדרך ביותר וכמש"כ הנו"ב במ"ת סי' מ"ו דפאס הוי מידי דלא מושלי אינשי וכש"כ בנ"ד דנמצאו אצלו וועקסיל וכתבים דכ"ז הוי מידי דלא שכיח לשאולי דלא חיישינן לשאלה וגם הכרת בציצית דכתבו הפוסקים דציצית לא מושלי

אינשי כמבואר כ"ז בק"ע סי' שפ"ב. רק העומד לנגדינו הוא שיטת הב"י בתשובה בשם הריטב"א דס"ל דאי נימא סי' דרבנן חיישינן לשאלה אף במידי דלא שכיח לשאולי:

ענף ב

ו

אך יש להוכיח מהתוס' ביבמות דף ק"כ ע"א ד"ה א' רבא דכ"ע סי' דרבנן כו' דלא כהבית יוסף:

דהא כתבו התוס' שם בסה"ד דחשיב כיס וטבעת סי' מובהק עכ"ל וקשה דהא עדיין יש לחוש לשאלה לשיטת הב"י והריטב"א דס"ל דלמ"ד סי' דרבנן חיישינן לשאלה אף במידי דלא שכיח דמושלי וע"כ מוכח מהתוס' דאף אם סי' דרבנן מ"מ מידי דלא שכיח דמושלי לא חשו לשאלה ודלא כהב"י והריטב"א דהעיקר הוא כמש"כ הב"ש בס"ק ס"ט דלא חיישינן לשאלה בכיס וארנקי וכ"כ השיטה מקובצת לב"מ דף כ"ז ע"ב בשם הרשב"א בזה"ל מהא דאמרינן כיס וארנקי לא מושלי אינשי שמעינן דמעידין עלייהו ואף למ"ד סימנין לאו דאורייתא ומהדרינן גיטא עלייהו ולא חיישינן לשאלה כלל בכל כי הא וסמכי עלייהו לאהדורי גט אשה וה"ה לעדי מיתה עכ"ל הרי חזינן דגם השמ"ק בשם הרשב"א כתב כן לדינא:

ע"כ לדינא לא חיישינן לשאלה בהו:

ז

וכבר הקשיתי במק"א בהא דחיישינן לשאלה דאמאי לא נימא חזקה דכאן נמצא כאן הי' ולא יצתה מעולם מרשותו וכמש"כ הנימוקי יוסף ביבמות פ' ט"ו בסוגיא דיצחק מקרטובא כו' ולהרמב"ן ביבמות ד' קט"ו דחזקה דכאן נמצא הוי חזקה אלימתא להתיר לחזקה דא"א וכן הוא שיטת הרשב"א והובא בב"ש סי' י"ז ס"ק נ"ו ע"ש אבל באמת אין זה קשה כלל לפי דלכן חיישינן לשאלה זהו משום דרגילות להשאיל וכמש"כ רש"י בד"ה מנחשי אינשי כו' דדרך לשאול מלבושים ובמה דרגיל לא שייך כאן נמצא וכמש"כ הרמב"ן שם דלכן חשו ביבמות ד' קט"ו שמא פינן משום דרגילות לפנותם וה"ה בחשש שאלה [ויש לעיין מזה בח"מ סי' ע"ב סעי' י"ט בפלוגתת הרמב"ם והרי"ף והר"ת בפי' דברים עשויים להשאיל ולהשכיר אבל אין זה ענין להא דחיישינן לשאלה באיסור א"א כמו שהארכתי בזה במק"א וקצרתי] ולפ"ז במידי דלא שכיח לשאולי וודאי יש בזה חזקה דכאן נמצא כו' דהא בזה לא שייך סברת רש"י והרמב"ן הנ"ל דרגילות הן להשאילן דהא הוי מידי דלא שכיח לשאולי. ע"כ אין זה דמיון כלל לסי' דרבנן דאף אי סימנין דרבנן עכ"ז לא חיישינן לשאלה במידי דלא שכיח לשאולי וכמש"כ הרשב"א והשמ"ק כנ"ל:

ח

ובעיקר קושיותי הנ"ל דאמאי לא אמרינן כאן נמצא כו' בחשש שאלה נלע"ד פשוט בזה דוודאי לא שייך לומר דהי' לבוש בבגדים אלו מעולם ולא פשט אותם ממנו דהא בדבר הרגיל להשתנות לא מוקמינן אחזקתו:

וכמש"כ המג"א בסי' ח' וכמו במקוה שמוחזק להיות מימיו מתמעטין וכמו כן במלבושים דדרכן לפושטן בלילה וגם הכתונת דרכן להחליפו לפרקים לכן לא שייך בזה לדון כאן נמצא כו' שהי' לבוש בבגדיו מעת שלבשו עד עכשיו. רק זה יש לדון דכמו דבעת שהיו לבוש בהם הי' ברשותו כמו כן בעת שהפשיטו הי' אז ג"כ ברשותו משא"כ אי נימא דהשאילם לאחר אז לא הי' ברשותו בעלים הראשונים ושייך עדיין לומר כאן הי' כו' ולא ניחוש לשאלה אכן גם זה אינו קשה דהא אף דהשאילם לאחר עדיין מקרי ברשותו וכמש"כ התוס' בב"ק ד' ט' דיכול להקדיש פקדונו ביד אחר משום דמקרי וגונב מבית האיש וכן קיי"ל דיכול להקדיש חפץ השאול וכ"כ הרא"ש בפסחים בפ"א דלכן המפקיד חמצו עובר על בל יראה משום דמקרי בבתיכם וכן כתבו התוס' חולין ד' נ"א ד"ה המוציא מחבירו כו' דבדקה חלוקה והשאילה לחברתה דלא תלינן דברשות השואל נתהווה משום דלעולם הוא ברשות הראשונה שלא בא ליד השניי' אלא בתורת שאלה ולא שייך לומר ברשות השואל נמצא ולא ברשות הבעלים עכ"ל התוס' ועיין בנדה ד' נ"ח בתוס' שם ובכוונת התוס' דנדה בארתי במק"א היטב ואכמ"ל:

ט

אלמא להדיא דרשות השואל מקרי רשות המשאיל עדיין וע"כ אף דנימא דהשאיל לאחר עכ"ז לא מפקינן עדיין עי"ז מרשות הראשון דהא אף בעת שהחפץ ברשות השואל מ"מ רשות המשאיל עליו. לכן לא שייך בזה לדון להכלל דכאן נמצא כאן הי' משא"כ התם גבי יצחק מקרטובא דמספקא לן אם נכתב הגט בעיר שנמצא או בעיר אחרת שפיר יש לדון בזה כאן נמצא כו' אבל בנמצא מת בבגדיו דהספק לנו על רשות האיש הלז דהא על גופו לא הי' תמיד כנ"ל וכיון דאף דהשאיל לאחר לא נפק מרשות בעלים הראשונים לכן לא שייך בזה לדון להכלל דכאן נמצא דיבמות ד' קט"ו וכן אין לדמות זה להא דח"מ סי' מ"ב וסי' ס' וסי' קי"ב דאמרו שם כאן נמצא כו' ע"ש ושפיר חשו לשאלה:

י

ולפ"ז יש לדון לכאורה דאף במידי דלא שכיח לשאולי כיון דלא שייך לדון בזה לחזקה דכאן נמצא כו' ולסלק להחשש שאלה לפי מה דנתבאר וע"כ אפשר דהנכון עם תשובת ב"י שהביא בשם הריטב"א דכתב לתלות זה דאי סי' דרבנן דאז חיישינן לשאלה אף במידי דלא שכיח דמושלי די"ל דזהו לפי דכמו דמאן דס"ל סי' דרבנן וחייש למיעוטא

דלמא אתרמי אף דיש לכ"ע רובא דהא לא שכיח סימן כוותי' ואפ"ה חיישׁ לומר סי' דרבנן משום דיש לפנינו רוב המנגדתו היינו כל דפריש מרובא דעלמא קא פריש וזה המת הנמצא דנין מחמת רובא דעלמא דלא זהו בעלה שאנו דנין עליו וכמש"כ בארוכה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' דמה"ט היכא דליכא רובא המכחישו מהני סי' מה"ת לכ"ע ופלפלתי שם הרבה בסוגיא דסימנין דב"מ ד' כ"ח וע"ש ע"כ י"ל דמה"ט אף במידי דלא שכיח לשאולי לא מהני אף דאיכא רובא להקל, עכ"ז הא איכא נגדו רוב המברר לנו דלא זה הוא האיש שאנו דנין עליו משום דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש ואף דאיכא בזה לומר אוקי אחזקה דלא השאיל ויש בזה חזקה דמעיקרא דלא נעשה דבר המחודש א"כ איכא רוב וחזקה המבררת לנו דלא השאיל לאחר עכ"ז הא איכא חזקת א"א המנגדתו וכש"כ לשי' הריב"ש דס"ל דישנו בכל ספק מיתה חזקת א"א וחזקת חי ואף להנו"ב במ"ק סי' מ"ג דס"ל דהך ב' חזקות תלוי חדא בחברתה ולא הוי רק חדא חזקה מ"מ הא איכא עכ"פ חדא חזקה המנגדתו לחזקת דלא השאיל וע"כ הוי ספק השקול ולחומרא משום רוב וחזקה דלא השאיל נגד רוב דעלמא וחזקת א"א וע"כ שפיר יש לדון לכאורה כשיטת הריטב"א והב"י בתשובה דחיישינן לחומרא במידי דלא מושלי אינשי אי סי' דרבנן ויש להאריך בכ"ז ולהסביר דלמ"ד סי' מה"ת לא שייך כן וקצרתי כעת.

יא

והנה החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק מ"ב כתב דלאו דוקא לשאלה חיישי דה"ה למכירה חיישינן והנה לפי מש"כ לדון לחזקה דכאן נמצא כו' ורק בחשש שאלה נתבאר דלא שייך בי' כאן נמצא כו'. משום דרשות השואל הוי גם רשות המשאיל והכל חדא היא כמו שנתבאר לעיל בארוכה. אבל בחשש מכירה שפיר י"ל דכמו דכאן נמצא והוי עכשיו שלו כן הי' מעיקרא שלו ולא יצתה מרשותו מעולם והוי בזה כאן נמצא כו' לחזקה אלימתא וע"כ הסברא נותנת דלא ניחוש למכירה וכדמצינו כעין זה בח"מ סי' מ"ב סעי' י"ד דהוציאו בבבל מגבהו מעות בבל כו' ומבואר בהר"ן סוף כתובות דלהרמב"ם הוי הטעם דמסתמא אמרינן דבמקום גובייניא היו דר מתחילה כו' וזהו משום כאן נמצא כו' ומוציאין עי"ז מהמוחזק ועיין בח"מ סי' קי"ב סעי' ב' וסעי' ג' וסי' ס' סעי' ו' ובסמ"ע וש"ך שם והדברים ארוכין ולענ"ד נראה להוכיח דלמכירה לא חיישינן וכמש"כ השמ"ק לב"מ ד' כ"ז בשם הריטב"א דהקשה בכל אבידות אחיך ניחוש למכירה או למתנה ותי' דלא חיישינן למכירה ומתנה ולא מפקינן ממונא מחזקתי' כיון דהוי מידי דלא קאי למכירה ואין זה עשוי למכור כליו כו' עכ"ל השמ"ק בשם הריטב"א אלמא דלמכירה לא חיישינן כדמוכח כולי סוגיא דב"מ ד' כ"ז:

יב

ועוד דהא חזקת מרא קמא הוי מעין חזקת ממונא ודומה ממש לכל חזקת ממונא ועדיפא מכל אוקי אחזקה וראי' מהא דב"מ ד' ק' דאי' התם בטוען הלוקח גדול לקחתי והמוכר אומר איני יודע דנוטל הגדול ומיירי כל הסוגיא שם בקיימא באגם והקשה הנימוקי יוסף והר"נ ושמ"ק בשם כמה פוסקים הא לרב נחמן דקיי"ל כוותי' חזקת ממונא עדיף מן ברי והוכיחו מזה דבגלגול שבועה אמרינן מחושואיל"מ והובא זה בח"מ סי' ע"ה סעי' ט"ו ובש"ך ס"ק נ"א שהסכים כן לדינא ומדלא חילקו בין חזקת ממונא ממש לחזקת מרא קמא מוכח דס"ל להני ראשונים ז"ל דשוה ממש חזקת מ"ק לחזקת ממונא ממש ואף דבשמ"ק שם לב"מ ד' ק' הביא שיטה חדא דס"ל לתרץ זה הקושיא משום דשאני חזקת ממונא דעדיפא מן חזקת מ"ק עכ"ז הא לדינא לא קיי"ל כן ופסקו ע"פ זה דבגלגול שבועה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כנ"ל:

יג

ומזה הוי סייעתא למה שראיתי בקונטרס הספיקות של אחי הקצה"ח בכלל א' ס"ק ה' דהכריע דחזקת מ"ק הוי מעין חזקת ממונא ממש ומה"ט כתב שם בכלל ו' ס"ק י"א דלא מהני רובא נגד חזקת מ"ק דכמו דאין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק כן לא מהני רובא להוציא מן חזקת מ"ק ולענ"ד נראה להביא ראי' ברורה מן הרא"ש קדושין פ"ב סי' ח' גבי נתקדשה לדעת אבי' והלך אבי' למדינת הים ועמדה ונישאת דמודה רב שאם מתה אינו יורשה כו' וכתב הרא"ש שם ואם היינו מפרישים שרוב פעמים אין האב מוחה כו' ובממונא הוא דלא אזלינן בתר רובא אבל ז"א דהא רב ס"ל הולכין בממון אחר הרוב עכ"ל הרא"ש. אלמא דאף התם דאינו מוחזק ממש האב בנכסי בתו דהא סתמא אמרו אם מתה אינו יורשה הבעל וגם הא לא הוי תפיסה מדעת בעלים. ועיין בכתובות ד' ט"ו ע"ב תוס' ד"ה להחזיר כו' שכתבו שמדעתם נתנם לו הלוקח כו' אבל היכא דלא שייך זה אזלינן בתר רובא בממונא] אלא בא עליו מצד כעין חזקת מ"ק כידוע ואפ"ה אמרו דאין הולכין בממון בזה אחר הרוב א"כ מוכח מזה כאחי הקצה"ח ודלא כמש"כ בהשב שמעתתא שמעתא ד' פ' כ"ד דהעלה דמהני רובא נגד חזקת מ"ק וע"ש:

יד

והא שכתב בטורי אבן למגילה באבני מלואים ד' ג' ע"ב עלה דבית בבתי ע"ח דאזלינן בתר רוב עיירות שקדמו היקיפן לישיבתן דלא תקשה הא אין הולכין בממון אחר הרוב משום דדוקא כשהוא מוחזק כו' שא"ה כמש"כ הטורי אבן שם בזה"ל דאע"ג דקיי"ל קרקע בחזקת בעלים עומדת מ"מ הא מכירה גמורה היא כו' ומ"מ כבר יצאת ע"י מכירה גמורה מחזקת בעלים לפיכך ל"ח למיעוט עכ"ל אבל היכא דלא שייך לומר כן גם

הטורי אבן ס"ל כמש"כ דלא מהני רובא להוציא מחזקת מ"ק כללא ש"ד דחזקת מ"ק דומה ממש לחזקת ממונא ומה"ט מוציאין לדברים עשויים להשאיל ולהשכיר מהמוחזק ודוקא היכא דלא הוי דברים עשויים להשאיל ולהשכיר דהוי בי' סברא תפיסתו מוכחת עליו דמכרו דאל"כ איך בא לידו אבל בדברים עשויים להשאיל דיש לתלות דבשאלה באו לידו. ע"כ מוציאין ממנו משום חזקת מ"ק ועיין בח"מ סי' צ' סעי' י"א וקצרתי ועיין בתוס' ד"ה ד' ק' ע"א ד"ה הא מני סומכוס כו' באה"ד דחזקת מ"ק חשיבא טפי ויש להאריך בזה ויש לי עוד ראיות לכל זה. וכיון דנתבאר דחזקת מ"ק עדיפא מן רובא ע"כ אין לנו להחמיר באיסור א"א לחוש למכירה דהא מה"ת מהני רובא גם באיסור ערוה ורק מדרבנן החמירו במים שאל"ס לחוש למיעוטא אבל לא במה דעדיפא מרובא אין לנו להחמיר מעצמינו מדרבנן וכש"כ לפי מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח דלאו בכל רובא מחמרינן כי אם היכא דמצאנו בפירוש דהחמירו חז"ל וע"ש וכש"כ בחזקת מ"ק דעדיפא מרובא:

ענף ג

טו

והא שכתבו התוס' כתובות דף ע"ו ד"ה על בעל החמור כו' דלא מוקמי אחזקת מ"ק כו' שא"ה דנעשה מעשה המכירה עכ"פ על החמור ואיתרע חזקת מ"ק. וע"כ אין מוציאין היכא דתפיס אבל היכא דלא נעשה מעשה המכירה לפנינו כלל שפיר י"ל דחזקת מ"ק מוציא ממוחזק כמו דברים העשויים להשאיל והוי חזקה אלימתא ביותר מרוב דהא אין מוציאין ברוב ממוחזק ויש עוד להאריך בכ"ז. ע"פ מש"כ במק"א לדון אי חזקת מ"ק הוי מעין חזקה המבררת לנו או משום כעין חזקת ממונא דזהו משום דאין לנו כח להוציא ממוחזק ואם הי' אומרים כן הי' אתי שפיר דברי הח"מ דדוקא להוציא גוף החפץ מחזקת מ"ק אין אנו מוציאים משום דאין לנו להוציא מחזקת מ"ק אבל אין לנו כח לברר ע"י חזקת מ"ק לאיסור א"א דאנו דנין עלי' משום דאינה חזקה המבררת לנו וכמש"כ אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל א' אות ה' וע"ש אך יש לי ראי' דחזקת מ"ק הוי מעין חזקה המבררת וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח להוכיח מן יבמות דף ל"א ע"ש ע"כ שפיר כתבתי להעיר מכל זה דלא כהחלקת מחוקק וקצרתי בכ"ז:

טז

ועכשיו דנתבאר דלמכירה אף לשי' הריטב"א לא חיישינן משום דהוי חזקת מ"ק חזקה אלימתא וחזקה המבררת לנו וגם יש עוד מקום לדון בזה לחזקה דכאן נמצא כו' דדוקא בחשש שאלה נתבאר דלא שייך בי' כאן נמצא כו' וכפי שנתבאר לעיל בארוכה לחד אופן ולכן יש מקום לדון מילתא חדתא בהא דציצית דכתבו הפוסקים להתירה משום ציצית

לא מושלי אינשי אכן לי נראה טעם אחר דאף דנימא כשיטת הב"י והריטב"א דגם בהנך דלא מושלי חיישינן לשאלה עכ"ז יש להקל ע"י זה ע"פ המבואר ברא"ש לחולין פ"ח סי' כ"ו בשאל טלית מצוייצת דמברך עלי' משום דאמרינן דנתן לו במתנה כו' ולא מספקינן לומר דלאו כ"ע דינא גמירי לפי דזה הוי פשוט לכל וע"כ מברך עלי'. והובא כן בשו"ע או"ח סי' י"ד סעי' ג' ובט"ז שם ס"ק ד'. והאחרונים הכריעו שם דלא כהט"ז שם ולפ"ז אם נימא בציצית חשש שאלה וודאי יש לנו לומר דנעשה כדין וכיון דדין ציצית שאולין דאינו יוצא בו רק אם ניתן לו במתנה ועיקרן של טלית בציצית עשויין רק למצות ציצית ע"כ בודאי אמרינן דנתנו במתנה דעל חשש שלא כדין אין לנו לחשוש לשאלה וכמש"כ כעין זה הצמח צדק בסי' ק"י והובא בקונטרס עגונות ס"ק תכ"ו ע"ש וכיון דחזקת מרא קמא הוי חזקה אלימתא לכן אם תלינן שהי' במתנה הא יצאת מחזקת בעלים הראשונים וכיון דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא וגם שייך בזה כאן נמצא כאן הי' ברשותו מעולם ולא יצאת מרשותו בנתיים ע"כ אין לנו לחוש בשאלה בזה כלל:

יז

ואף דמבואר ברא"ש לחולין ובט"ז שם לאו"ח דמהני בזה מתנה ע"מ להחזיר עכ"ז אין לומר בזה דהא גם אם נימא דשאל הציצית בתורת מתנה ע"מ להחזיר ולא יצא מחזקת מ"ק מעולם עכשיו דלא קיים תנאו ולא החזיר ליד הבעלים וידוע דבע"מ להחזיר בעי קנין חדש בחזרתו להנותן כמבואר כ"ז בח"מ סי' רמ"א דזה אינו דהא מבואר בתשובת רשב"א סי' תתע"ב ובריטב"א שהובא בב"י לח"מ סי' מ"ו דהיכא דתרי אמרי דמכר הקרקע על תנאי. ותרי אמרי דלא הי' תנאי דמוקמי השדה ביד הלוקח דכיון דהי' מכירה וודאית רק הספק אם הי' תנאי ונתבטל המכירה למפרע דמקרי הלוקח מוחזק ולא מוקמינן קרקע בחזקת מ"ק והובא זה במל"מ פ' ט"ו ה' טוען ואחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ז' ס"ק ט' הביאו וכתב דכוונת הרשב"א הוא דכיון דהי' מכירה וודאית אף דהי' בתנאי מ"מ איתרע בוודאי חזקת מ"ק דהא תנאי מילתא אחריתי הוא כמבואר בכתובות פ' ב' וע"כ לא דיינינן לומר דהי' תנאי משום חזקת מ"ק לפי דכל תנאי מרע לחזקת מ"ק כו' ע"ש בקצה"ח. וכה"ג כתב הט"ז בח"מ סי' ק"צ סעי' י"ג ע"ש:

א"כ בנ"ד אם נימא דהי' במתנה ע"מ להחזיר א"כ מרעינן לחזקת מ"ק עי"ז א"כ מבעי לן לומר דלא איתרע חזקת מ"ק כלל מעולם ולא הי' בשם מתנה כלל מעולם וע"כ לא חיישינן לשאלה בציצית כן י"ל בטעם הדבר הזה. ואף לפי מש"כ הט"ז שם באו"ח סי' י"ד ס"ק ד' לחלק דבמלבוש של ד' כנפות שלובשו דרך מלבוש לא שייך כן. עכ"ז במה שקורין לו ד' כנפות דאין עיקרו למלבוש רק למצות ציצית ג"כ הדין הוא דהשואל מברך

עליו וכמו בהנהו טליתות וכמש"כ הט"ז שם ע"כ ה"ה בנ"ד דהא טלית קטן דידן עיקרו אינו למלבוש וכפי הידוע ולכן שפיר יש לדון למה שנתבאר:

יח

ובאמת יש לדון בכל זה עוד ומה שיש לומר בכוונת הרשב"א בתרי ותרי אם הי' תנאי כו' הנ"ל:

אך באמת אין אנו צריכים לזה דבלא"ה הא נתבאר דהעיקר לדינא דלא לחוש לשאלה במידי דלא שכיח לשאולי וכן בציצית משום דלא מושלי אינשי וכן כל מה שנתבאר דאין לחוש למכירה זהו לענין תועלת בפני עצמו דהעיקר הוא דלא חיישינן למכירה ועדיין יש להביא ראי' להחלקת מחוקק דחייש למכירה מהא דמצינו בתוס' גיטין דף י"ב ע"ב ד"ה שביק לי' כו' דהקשו ניחוש שמא מכרו לישראל ומיתסר בתרומה אלמא דחיישינן למכירה ולא מוקמינן אחזקת מ"ק בשארי איסורים ומכש"כ באיסור א"א דהחמירו בה וכ"כ הר"נ בקידושין פ"ב בסוגיא דנתקדשה שלא לדעת אבי' כו' דהא דשמא קידש לא חיישינן דהביא שם להך דגיטין וכתב דלכן לא חשו למכירה משום דרבו לא ימכרנו דחייש למכשול אלמא דלולי זאת היינו חוששין למכירה אך באמת דברי התוס' והר"נ הנ"ל צ"ע דאמאי לא נסמוך על חזקת מ"ק ומ"ש מהא דגיטין דף כ"ח דאוכלת תרומה בחזקת קיים וכן יש לעיין בכתובות דף כ"ח דחשו שם דלמא עבד כהן הי' ונשתחרר כמש"כ התוס' שם ד"ה ודילמא עבד כהן הוא ולא מוקמי אחזקת בעלים ראשונים ואכמ"ל בכל זה כי יש לחלק בכ"ז ועיין בנו"ב מ"ק ח' יו"ד סי' נ"ו ובמ"ת סי' ק"ג וקצרתי:

הגה"ה

ובעיקר דברי הח"מ דחייש למכירה אף דיש חזקת מ"ק י"ל בטעמו משום דכתבו התוס' כתובות דף ע"ו ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' דחזקת אשה לא מהני גבי האב וכן מבואר בהרמב"ן שהובא בב"ש סי' ל"ה ס"ק ל' דחזקת קרובות לא מהני לזו וכה"ג מצינו ביו"ד סי' ק"י שכתבו כמה פוסקים לדון בחצי חתיכה דפריש מקודם שנודע התערובות וחצי הב' פריש אחר שנודע התערובות דהחצי דפריש מקודם מותרת משום כל דפריש מרובא קפריש ולא מהני זה לברר על חלק הב'. ואין מוכיחין מזה על זה כמו כן י"ל דאף דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא ומבררת לנו דהחפץ שאנו דנין עליו זהו של בעלים הראשונים עכ"ז אין להוכיח מזה על האשה דקיימת בחזקת א"א וכן יש לתרץ עפ"ז קושיות הנו"ב דהקשה בנידון חשש שאלה דנימא חזקה מה שת"י שלו כמבואר בח"מ סי' צ"ט די"ל בזה משום דזה לא מהני לברר רק על גוף החפץ שאנו דנין ולא על ענין אחר וקצרתי בכ"ז ע"כ הגה"ה:

יט

ולדינא כיון דנתבאר דשיטת התוס' והשמ"ק בשם הרשב"א והב"ש וכפי שפסקו בסי' קל"ב דבכיס וארנקי לא חיישינן לשאלה וכן למכירה לא חיישינן. ע"כ בנ"ד דנמצאו הרבה בגדים ובתוכן ציצית דלא מושלי אינשי. לכן לא חיישינן בנ"ד לשאלה וכן למכירה לא חיישינן ובפרט בפאס דוודאי אין דרכו למוכרו כיון שצריך לאותו דבר וכן כל בגדיו דוודאי אינו עשוי למכור כליו ובגדיו וברור:

כ

ועוד י"ל דהא כבר הקשו כל האחרונים על הב"י בשם ריטב"א שכתבו לחוש לשאלה אף במידי דלא שכיח לשאולי אי סימנים דרבנן. דתקשה לפ"ז חמור באוכף דמפורש בקרא דמהדרינן דניחוש לשאלה וכבר כתבתי במק"א די"ל דקרא מיירי בנתן סי' אמצעי בחמור אך כיון דסי' דרבנן לכן לא מחזירין החמור רק ע"י האוכף משום דהא החכ"צ בסי' קל"ד כתב דאם יש ס"א בגופו מועיל בצירוף טב"ע דבגדיו להתירה משום דלשאלה דיחיד לא חיישינן כמו בנפילה דיחיד דלא חיישינן אך האחרונים השיגו עליו דשאני נפילה דיחיד דהא נפילה מצד עצמה לא שכיחא וע"כ היכא דהוי נפילה דיחיד לא חיישינן לכ"ע ולפ"ז י"ל דבמידי דלא שכיח לשאולי שפיר יש לדמות זה לנפילה דיחיד. דהא גם בזה י"ל דשאלה מצד עצמה לא שכיחא לכן היכא דהוי נפילה לא חיישינן לכ"ע ע"כ היכא דהוי סי' אמצעי בגופו היינו בהחמור לכ"ע לא חיישינן לשאלה במידי דלא שכיח לשאולי היינו האוכף:

כא

ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשו על הב"י מהא דסי' קל"ב במצא קשור בכיס או בארנקי דלא חיישינן לשאלה כמו שהקשה הב"ש די"ל דהא התם מיירי בחשש שני יוב"ש. א"כ הוי שאלה דיחיד במידי דלא שכיח לשאולי כתירוץ הגמ' דבזה לא חיישינן והגמ' דהקשה מצאו קשור בכיס ניחוש לשאלה היינו מעיקרא דלא ידע דזהו לא שכיח לשאולי וכיון דחשש שאלה הוי שכיחא ע"כ לא מחלקינן בין שאלה דיחיד משום דיש לחלק דשאני נפילה דמצד עצמה לא שכיחא וכנ"ל ודלא כהחכ"צ הנ"ל וכן בהא דפריך על חמור בסימני אוכף ג"כ י"ל כנ"ל [והא דמקשה הגמ' על חמור בסי' אוכף היכי מהדרינן לפי שיטת החכ"צ זהו לפי דהש"ס קאי שם למ"ד סימנים דאורייתא ע"כ ליכא למימר דמיירי ביש לו סי' בחמור וכמו שכתבתי דא"כ לא צריך להאוכף. וע"כ מקשה הש"ס שפיר אבל למ"ד סי' דרבנן א"ש וכנ"ל ויש להאריך בכ"ז]. וע"כ בנ"ד דנתבאר לעיל דנחשב לס"א מה שנמצא שלשה שומות בגופו א"כ בכה"ג הוי שאלה דיחיד במידי דלא שכיח

לשאולי דבזה אף הב"י מודה להקל ועוד דבריטב"א עצמו בחי' ליבמות העלה לדינא דל"ח לשאלה וסי' דאורייתא ולא ס"ל בעצמו למש"כ הב"י בשמו:

ענף ד

כב

ועוד דהעיקר הוא כמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ל"ז ובמ"ת סי' מ"ו דהב"י אינו חושש רק מדרבנן אבל מדאורייתא יצתה מאיסור תורה במידי דלא שכיח לשאולי ע"ש וכיון דזה בארתי במק"א בארוכה דבדרבנן מהני סי' אמצעי ע"כ בנ"ד דיש ס"א גם הב"י מודה להקל וראיתי בתשובת רע"א זצ"ל סי' ק"ז שהוכיח דבדרבנן לא מהני ס"א מהא דתשובת הרא"ש שהובא בטור סי' קי"ח וז"ל שם על יהודי שנהרג בדרך ולסוף ט"ו ימים הכירו שעדיין שלם בסי' מובהקים אין מתירים אשתו ואף הרא"ש דס"ל דהא דאין מעידים לאחר ג' אין זה רק מדרבנן ואפ"ה לא מהני ס"א דהאי מובהקים ע"כ היינו אמצעים וסיים דהדבר פלא על העה"ג והנו"ב דהרי מפורש בהיפוך בתשובת הרא"ש הנ"ל עכ"ל רע"א זצ"ל ולענ"ד אין זה ראי' כלל ע"פ מש"כ בביאור הגר"א זצ"ל סי' י"ז ס"ק צ"ו דפירש דהרא"ש ס"ל דגם בסי' מובהק אין מעידין אחר ג' ימים ומדוקדק לשון הרא"ש דהוי מובהק ממש והטעם דשמא נשתנית אחר ג' ימים ע"כ לא הוי זה אף לס"א לפי דנשתנה לאח"מ אבל היכא דלא שייך לומר חשש דנשתנית לאח"מ שפיר י"ל כשי' הגאונים דס"א מהני בדרבנן ונדחה ראייתו וביתר ראיות שלו מבואר אצלי במק"א מה דיש לדון בהו ואכמ"ל וכבר נתבאר דבנ"ד דיש סי' מנין של שלשה שומות לא שייך בזה נשתנית לאח"מ לשלשה שומות וקצרתי:

כג

ועוד דהא כתב הב"ש בסי' י"ז ס"ק ע' לתרץ דלא תקשה מהא דמצא גט קשור בכיס דלא חיישינן לשאלה משום דשא"ה דבע"ד בפנינו ואומר ברי לי דלא השאילו כו' ע"כ בזה גם הב"י והריטב"א מודה להקל:

ומה שהקשה הב"ש מפשיטות הסוגיא דב"מ דף כ"ז ויבמות דף ק"כ ע"ז החילוק זה מבואר אצלי בחידושי לתרץ זה בטוב טעם ועכ"פ כיון דבצירוף ברי למידי דלא שכיח לשאולי בזה אף הריטב"א מודה להקל והטעם י"ל לפמש"כ לעיל לפרש שיטת הריטב"א והב"י הנ"ל דמחמיר במידי דלא שכיח לשאולי. משום דנגד הרוב דלא שכיח לשאולי וחזקה דכאן נמצא כו' יש נגדו רובא דעלמא דהמת פריש מרובא דעלמא וחזקת א"א וידוע מש"כ הנו"ב דחזקת חי וחזקת א"א נחשב לחדא ודלא כהריב"ש והוי ספק השקול ומחמירין בשל תורה ומבואר אצלי במק"א היטב לכוונת הריטב"א במה דתלי לי' בסי' דרבנן ואכמ"ל:

וידוע מש"כ הרמב"ן והובא בר"נ גיטין פ"ו בהא דאומר לשלוחו צא וקדש אשה אסור בכל הנשים דכתב הרמב"ן דאם אומרות הקרובות ברי דלא נתקדשנו דנאמנות משום דדוקא באתחזק איסורא אינו נאמן בדבר שבערוה כו' ואף דהר"ן חולק עליו עכ"ז הא מצינו להרמב"ן דס"ל כן וכן יש כמה פוסקים דס"ל כן דהיכא דהוי ספק השקול נאמן ע"א וכמש"כ המהרי"ק בתשובה סי' ע"ב כמשמעות הסוגי' ריש גיטין ור"פ האשה רבה דדוקא באתחזק איסורא דא"א אין פחות מב' ע"ש ע"כ י"ל דהריטב"א ס"ל ג"כ כנ"ל. ועוד דהריטב"א לגיטין דף ס"ד הביא לדברי הרמב"ן הנ"ל לדינא ע"ש ולכן אם יש בע"ד האומר ברי דלא השאלתיו נאמן בזה וא"ש להא דמצאו קשור בכיס כו'. וביאור הסוגיא כבר מבואר אצלי במק"א דלא יסתור זה:

כד

ולפ"ז בנ"ד דהא נמצא מת בסביבות המקום שהלך שם ולא נשמע שם מן הרוג אחר א"כ הוי בזה קורבא דמוכחי בנ"ד וכיון דיש בנ"ד מידי דלא שכיח לשאולי בצירוף חזקה דמעיקרא דלא השאילו וצירוף חזקה כאן נמצא כו' נגד רובא דעלמא וחזקת א"א והוי ספק השקול וממילא סמכינן על קורבא להקל דהיכא דלא הוי רוב הסותרו סמכינן על קורבא ובפרט לפי מה דנתבאר אצלי במק"א דקורבא עדיפא מן אוקי אחזקה וידוע דאוקי אחזקה עדיף מן ברי דהא במקום דאיתחזק לא מהימן ע"א ובעלים רק אם היה בידו כידוע וכמש"כ הפני יהושע כזה בכתובות רפ"ב וכיון דנתבאר דאף להריטב"א והב"י מודו להקל ע"י ברי בצירוף מידי דלא שכיח לשאולי כנ"ל כש"כ דיש להקל ע"י קורבא דעדיפא מן חזקה דעדיפא מן ברי. וכש"כ בנ"ד דיש ס"א. דהא בארתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' דהיכא דליכא רובא דעלמא הסותרו לכ"ע הוי סי' מה"ת וע"ש. ע"כ בנ"ד דהוי ג"כ ס"א כנ"ל וודאי מהני לצירוף מידי דלא שכיח דמושלי אף להריטב"א והב"י הנ"ל לפי דאוקי חדא להדי חדא ונשאר ס"א כנ"ל וס"א מהני בגדר רובא דלא שכיח דיתרמי עוד ס"א כמותו ורובא עדיף מן ברי וכמש"כ הפ"י לכתובות רפ"ב וע"ש וכיון דברי מהני מודי דלא שכיח לשאולי כנ"ל כש"כ דמהני ס"א דהוי בגדר רובא לצירוף מידי דלא שכיח לשאולי. ולכן אף הריטב"א והב"י מודו בנ"ד להקל וגם יש לדון בנ"ד להיתירא ע"פ דברי המבי"ט שהובא בק"ע סי' רכ"א שכתב להקל בנמצא על אותו דרך שהלך כו' דאם איתא דניצול היה נודע מקומו כו' אך ז"א שייך אלא בנפרד מביתו ואשתו בשלום אבל בנפרד בקטטה לא שייך לדון כן. אבל ההיתר משום קורבא דמוכחא שייך בכל גווני וכעת ראיתי בחתם סופר סי' ס"א במה שכתב שם בנידון השומות שנמצאו עליו ולפי מה שכתבתי לעיל יש לדון הרבה בדבריו והוכרחתי לקצר:

כה

אך באמת אף בלא ס"א יש להקל בנ"ד מצד דהוי הרבה חפצים דזה הוי מידי דלא שכיח דמושלי:

ובפרט דהגר"א זצ"ל הכריע דלא ניחוש לשאלה אם יש אומדנות המוכיחות וכן הכריע הבית מאיר להקל בחשש שאלה וכש"כ בנ"ד דיש הרבה אומדנות המוכיחות וכן ההיתר דקורבא ולכן הנני מסכים לדעת מעכ"ת להיתירא ונתבאר בקונטרס הלז כמה ענינים ביסודי ההיתרים בתק"ע אשר כ"א בפ"ע מספיק להיתירא ויהיה מזה תועלת להתלמד על מק"א:

ענף ה

כו

וכאשר מצאתי כעת בחידושי לאה"ע במה שכתבתי מכבר בביאור דברי הבית יוסף בשם הריטב"א דהובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ס"ט שהובא לעיל. וזהו לשון הב"ש שם דהבית יוסף בשם הריטב"א כתב דלמ"ד סי' דרבנן חיישינן לשאלה אף במידי דלא שכיח דמושלי כו' והקשה הב"ש דהא בסוגיא מוכח דגט והיתר עגונא שוים ולקמן בסי' קל"ב פסק השו"ע דלא חיישינן לשאלה בארנקי. ואפשר בגט דהבע"ד בפנינו ולא אמר דהשאיל לא חיישינן לשאלה כו' מיהו הסוגיא אינו מיושב ונ"ל עיקר דל"ח לשאלה בארנקי כמשמעות הסוגיא כו' עכ"ל הב"ש וכוונת הב"ש הוא משום דביבמות דף ק"כ מקשי הגמ' למימרא דסימנין לאו דאורייתא ורמינהו והתניא מצא קשור בכיס וארנקי כשר ולדברי הב"י דמחלק דשאני היכא דהוי בע"ד בפנינו הא שאני התם דמשום הכי סמכינן אסימנים משום דהתם איכא בע"ד דאמר ברי וכן בסוגיא דב"מ דף כ"ז מקשי הגמ' ואי ס"ד דניחוש לשאלה מצאו קשור בכיס וארנקי אמאי כשר ניחוש לשאלה. הא שאני התם דאיכא בע"ד דאמר ברי אלא מדלא מחלק הש"ס כן מוכח דס"ל להש"ס היכא דחיישינן לשאלה אין נפ"מ בין ברי או לא וע"כ הקשה הב"ש כן על הב"י אבל לי נראה ליישב קושיית הב"ש והוא דלכאורה יש להבין שיטת הריטב"א המובא בב"י בתשובה דהובא בב"ש דלסברתו דכתב דלמאן דס"ל סי' דרבנן דחיישינן דילמא אתרמי סי' כוותי' וה"ה אף במידי דלא שכיחא דמושלי דמתרמי דמושלי כמו שכתבו שם. דלכאורה יש לתמוה בזה דאיזה סברא הוא לומר דאי סי' דרבנן אז לא סמכינן על מידי דלא שכיחי דמושלי. הא ידוע דבכל התורה כולה הולכין בתר רובא אף בדיני נפשות:

והא סי' דרבנן טעמא משום דחיישינן דלמא אתרמי עוד סי' כוותי' א"כ ליכא רוב בזה אבל מידי דלא שכיח דמושלי דהוה בזה רוב דלא מישלי אינשי א"כ אמאי ניחוש לשאלה הא מיבעי לן למיזל בתר רובא והא דהחמירו במשאל"ס ז"א רק חומרא מדרבנן וגם בזה

בארתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח ענף י' דלאו בכל רובא החמירו כן רק היכא דמצינו בפירוש דהחמירו חז"ל:

כז

אבל העיקר נראה לפענ"ד בזה בכוונת הריטב"א הנ"ל ע"פ מה שהעליתי בספרי באר יצחק בח' אה"ע סימן ו' דהא דאיבעי לן אי סימנין דאורייתא או דרבנן היינו היכא דאיכא למימר כנגדו יש רוב דכל דפריש מרובא דעלמא פריש ולא זה הוא האיש או החפץ שאנו דנין עליו אבל היכא דליכא רובא דעלמא כנגדו אז סמכינן על סימנין משום דלא שכיח דאתרמי עוד סי' כוותי' א"כ אי נימא סימנים דרבנן אז הוי ספק דמאי חזית לסמוך על רובא דסימנים דלמא נסמוך על רובא דכל דפריש מרובא דעלמא פריש או סי' דאורייתא משום דלא שכיח כלל דאתרמי סי' כוותי' והארכתי בספרי הנ"ל ע"ש וכעת נלפע"ד לפרש די"ל דהך איבעי' להש"ס בסימנין דאורייתא או דרבנן משום דהבאתי שם בספרי סי' ו' הנ"ל ענף ב' דברי הנו"ב שכתב דלא שייך למידן בזה כל דפריש מרובא כו' דאטו אותו איש הנמצא אינו מרובא דעלמא ודחיתי שם דברי הנו"ב בזה והעליתי שם דגם בזה שייך למידן כל דפריש מרובא פריש אבל באמת יש לדון לפי מה דהבאתי דברי השמ"ק לב"מ דף ו' בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז דכתב דהא דסמכינן על רובא אינו אלא מצד ספק:

ולכן בקפץ אחד מן המנוין לתוכן פטור ממעשר בהמה ולא סמכינן בזה על רובא משום דגם רוב הוי בכלל ולא עשירי ספק וביארתי שם דזהו דווקא ברוב דכל דפריש מרובא פריש דזה אינו אלא מצד ספק אבל ברוב המברר בצד בירור כמו במידי דלא שכיחי אינו אלא מצד וודאי ולא מצד ספק עיי"ש:

כח

ולפ"ז יש לדון דיש סברא לומר דרוב מצד הסימנים דלא שכיחי דאיתרמי סי' כוותי' זהו מצד בירור הדבר אבל רובא דעלמא דכל דפריש מרובא קא פריש זה הוא הרוב אינו אלא מצד ספק. א"כ י"ל דהך איבעיא אי סימנים דאורייתא או דרבנן זהו גופי' מיבעי להש"ס אי סמכינן למיזל בתר רובא דסי' ביותר מהך רובא דכל דפריש מרובא קא פריש משום דהך רוב דסימנים הוי מצד רוב המברר דלא שכיח דאיתרמי סי' דכוותי':

אבל הך רובא דכל דפריש מרובא דעלמא אינו מועיל אלא מצד ספק כמש"כ השיטה מקובצת הנ"ל א"כ טפי מיבעי לן למיזל ולסמוך ארובא דסי' דזהו רוב המברר. וע"כ אמרינן סי' דאורייתא או די"ל דכיון דעכ"פ אזלינן בתר רובא דכל דפריש מרובא קא פריש דכן גזרה התורה א"כ מאי חזית דאזלת בתר רובא דסימנים דילמא ניזל בתר רובא דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש כן יש להעיר כוונת הגמ' במאי דמספקא להו

סימנים דאורייתא או דרבנן ובקצרה יש לומר דזה גופא מיבעי להש"ס אם אמרינן סברת הנו"ב הנ"ל דלא שייך למידן בזה להך רובא דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש דהא גם החפץ או האיש הנמצא הוא בכלל רובא דעלמא א"כ לא שייך בזה למידן ולמיזל בתר רובא דעלמא וסמכינן על רובא דסימנים או די"ל כמש"כ בספרי ב"י דשייך גם בזה למיזל בתר רובא דעלמא [או דכיון דיש לדון לסברת הנו"ב הנ"ל ע"כ אף לפי מש"כ בספרי ב"י דמ"מ הרוב דלא שכיח זהו עדיף טפי מהך רוב דקא פריש ולפ"ז שפיר כתב הריטב"א דאי נימא סי' דרבנן משום דלא סמכינן על הך רובא ביותר מהך רובא דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש משום דמאי חזית למיזל בתר הך רובא הא איכא רובא דעלמא הסותרו א"כ לפ"ז גם במידי דלא שכיחי דמושלי ג"כ ניחוש לשאלה משום דאיכא למימר כל דפריש מרובא דעלמא קא פריש ואיכא רוב הסותרו ע"כ הוי ממילא ספק השקול דמבעי לן לחוש לשאלה אף במידי דלא שכיח דמושלי ונכונים דברי הריטב"א הנ"ל [וכן אפשר להעמיס כן בלשונו ואם לא יש לנו לדון מעצמינו כן]:

כט

אכן יש לחלק דאי נימא סימנין דרבנן משום דתרי רובא מכחישין אהדדי ע"כ הוי וודאי א"א משום אוקמי אחזקת א"א אבל במידי דלא שכיחי למושלי יש בזה גם חזקה דכאן נמצא כ"ה דהך חזקה מברר דלא השאילו מעולם ואיכא רובא דלא שכיח דמושלי וחזקה דכאן נמצא. דמבררין לנו דזה הוא האיש שאנו דנין עליו. והרוב דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש בצירוף חזקת א"א מורה לנו דאינו זה הוא האיש שאנו דנין עליו והוי ספק השקול ועיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ב' שכתבתי שם לדון בסברת הרמב"ן בהא דיבמות דף קט"ו דחיישינן שמא פינן דלא סמכינן בזה אחזקה דכאן נמצא והוי חזקה דהשתא משום דבמידי הרגיל לפנותם לא סמכינן אחזקה ומהאי טעמא אי נימא דחיישינן לשאלה לא שייך בזה חזקה דכאן נמצא משום דכיון דחיישינן לשאלה הוי זה כמו דבר הרגיל אבל במידי דלא שכיח דמושלי. שפיר יש לדון חזקה דכאן נמצא ובמידי דלא שכיח למושלי הוי רוב בצירוף חזקה דכאן נמצא המכחישים להרוב וחזקת א"א וכבר ידוע מה שכתב הנו"ב דחזקת חי וחזקת א"א נחשב לחדא חזקה אבל אי נימא דסי' דרבנן. אז לא נשאר ספק השקול משום דנשאר חזקת א"א ומבעי לן לאוקמי אחזקת א"א:

ל

והא דהקשה הנו"ב בהא דאמרו בב"מ דף כ"ז דאי סי' דאורייתא באבידה אז מחזירין גט אשה בסימנים ולא מחלקינן דשאני גט אשה דאיכא חזקת א"א. כבר כתבתי בקונטרס א' לתרץ זה משום דהמוצא אבידה הוי ג"כ קצת חזקת ממונא ואף דלגבי הא דאין הולכין

בממון אחר הרוב כתבו התוס' בסוף פ"א דכתובות דהמוצא אבידה לא הוי מוחזק זהו אינו רק לגבי רוב אבל היכא דליכא רובא הוי קצת חזקת ממונא כמש"כ התוס' בראש פ"א דב"מ גבי מנה שלישית דיהי' מונח משום דהנפקד תופס בחזקת שניהם ע"ש. ומ"מ מצינו בח"מ סי' רצ"ב סעי' י' בהפקידו אצל א' טבעיות דהולכין בזה בתר רוב כמש"כ הרמ"א שם בשם ת"ה. וה"ה בשומר אבידה דהתורה עשאו כדין נפקד דהוי קצת כעין חזקת ממונא ודינו כמו חזקת א"א וביארתי זה בארוכה במק"א אבל לפמש"כ בספרי ב"י אי נימא סימנים דאורייתא אף דאיכא כנגדו רוב כל דפריש מרובא פריש עכ"ז סמכינן ארוב דסימנים דזה הוי רוב אלים ועדיף זה מהרוב דרובא דעלמא א"כ ממילא לא מהני בזה חזקת א"א דהא רובא עדיף מחזקה:

ואכמ"ל בזה יותר:

לא

ולפ"ז אתי שפיר מה שכתב הריטב"א דאי נימא סי' דרבנן משום רובא דעלמא הסותרו. א"כ ה"ה במידי דלא שכיחי לשאולי דבעי לן לחוש לשאלה משום הרוב הנ"ל הסותרו ועכ"ז ניחא הא דתני בברייתא מצא קשור בכיס וארנקי כשר ולא מבעי לנו לדחוק דיפרש להך ברייתא דמיירי שמצא בעצמו ואית לי' מיגו כמש"כ הב"י בתשובה:

וכמש"**כ** התוס' ביבמות שם. אלא דיש לומר דלכן במצא קשור בכיס וארנקי דהגט כשר משום דידוע שיטת כמה פוסקים דס"ל דהא דאמרינן אין דבר שבערוה פחות משנים היינו באתחזק איסורא אבל היכא דלא אתחזק איסורא והוי ספק השקול אז מהימן אחד אף בדבר שבערוה. וכפי שי' הרמב"ן בר"נ בגיטין פ"ו גבי האומר לשליח כו' דאם אמרו הקרובות ברי נאמנות. אף דהר"ן השיג שם. עכ"ז כמה פוסקים ס"ל כן א"כ י"ל בהא דמצא קשור בכיס וארנקי כיון דהבע"ד לפנינו ואומר ברי דלא השאילו מעולם. שפיר סמכינן על ברי שלו ולפ"ז אין אנו צריכין לדחוקי דהריטב"א יתרץ דהך סוגיא דמצא קשור בכיס מיירי במצא בעצמו דאית לי' מיגו דאף דהתוס' כתבו כן לחד שינויא:

עכ"ז באמת זה דוחק דהא הש"ס לא ס"ל כן מדדחקו לתרץ במה דהקשו בסוגיא שם דאי ניחוש לשאלה דניחוש גם במצאו קשור בכיס לשאלה ולא מתרצי דמיירי במצאו בעצמו דאית לי' מיגו. [ובאמת למאן דס"ל סימנין דרבנן מוכרח לומר כפי שארי תירוצים של התוס' ביבמות דף ק"כ שם ד"ה א' רבא כו' דתירצו בשני תירוצי בתראי די"ל דיש עדים שהארנקי וכיס שלו א"נ דחשיבי כיס וטבעת ס"מ עכ"ל התוס' וז"א מספיק רק לתרץ אי נימא סי' דרבנן אבל אי ניחוש לשאלה עדיין תקשה גם בהך דמצאו קשור כו']. וע"כ יותר הנכון לומר דאף דנימא דחיישינן לשאלה אף במידי דלא שכיח דמושלי אי נימא סי'

דרבנן. דמ"מ שפיר הך דמצאו קשור בכיס דמחזירין. משום דכיון דהוי ספק השקול ע"י הנך רובי הסותרים אהדדי ונגד חזקת א"א יש חזקה דכאן נמצא כו' במידי דלא שכיח דמושלי א"כ ממילא נאמן הבע"ד משום דהריטב"א יהי' ס"ל כשיטת הרמב"ן וסייעתו דהיכא דלא איתחזק איסורא דסמכינן על נאמנות ע"א או הבע"ד והריטב"א בחי' לגיטין דף ס"ד הביא לדברי הרמב"ן הזה דבאומרות הקרובות ברי דלא נתקדשנו דנאמנות ע"ש ע"כ י"ל כן בכוונת הריטב"א דהובא בתשובת ב"י הנ"ל:

ענף ו

לב

והא דמקשה הש"ס ביבמות למאן דס"ל סימנין דרבנן דמצאו קשור בכיס אמאי מחזירין ולא מתרץ דשא"ה דהבע"ד אומר ברי דהגט הוא בכלי שלו:

דהא למאן דאמר סימנין דרבנן משום דרובא דכל דפריש מרובא דעלמא, קא פריש סותר להך רובא דסימנין וממילא יש לנו חזקת א"א ובאתחזק איסור דדבר ערוה אין דבר שבערוה פחות משנים ע"כ לא מהימן אף דאומר ברי וכן הא דהקשו שם ובב"מ דף כ"ז דאי חיישינן לשאלה דא"כ גם במצאו קשור בכיס ניחוש לשאלה משום דכיון דחיישינן לשאלה דזהו משום דהרגילות להשאיל ולא שייך בזה חזקה דכאן נמצא וממילא יש לנו רוב דכל דפריש מרובא דעלמא פריש ולא זהו האיש שאנו דנין עליו וכנגד הרוב הא לא מהימן ע"א דכיון דנגד חזקה לא מהימן ע"א כש"כ נגד הרוב דהא רובא עדיף מחזקה וכמו שהעיר בזה הפני יהושע לקידושין ד' ס"ג דע"א לא יהי' מהימן נגד הרוב וכן העיר הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ס"ט ע"ש וכש"כ בנ"ד דהוי גם חזקת איסור דא"א דהאי אי חיישינן לשאלה לפי דהוי דבר הרגיל א"כ לא שייך חזקה דכאן נמצא להיות סותרו לפי מה דנתבאר דברגילות לא שייך חזקה דכאן נמצא כנ"ל:

לג

וכן באבידה אי נימא סימנין דרבנן אין מחזירין האבידה ע"י ברי של הבע"ד משום דאף דהוי ספק השקול ע"י הנך רובי הסותרות כנ"ל עכ"ז הא יש לנו קצת חזקת ממונא וכמש"כ דהא שומר אבידה הוי כמו נפקד דתופס בחזקת של בעלים מן החפץ ואף היכא דהנפקד אינו יודע ממי קיבל את החפץ ג"כ מקרי מוחזק וכמש"כ השמ"ק ספ"ק דב"מ וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ענף ד' ע"ש. וע"כ שפיר הקשו בש"ס כן אבל לפי מה דמסיק הש"ס דארנקי וכיס לא מושלי אינשי א"כ יש לנו רובא דלא מושלי דמברר להיתירא ובצירוף לחזקה דכאן נמצא כו' כיון דלא הוי דבר הרגיל כו' וע"כ אף דיש לנו לנגדו רובא דכל דפריש מרובא דעלמא כו' ובצירוף לחזקת א"א. והוי ספק השקול א"כ ממילא מהני ברי של הבע"ד כיון דהוי כמו דלא איתחזק איסורא ונאמן

בכה"ג ע"י הברי שלו וכפי שיטת הסוברים דאף בדבר בערוה היכא דלא איתחזק איסורא דינו כמו שארי איסורים דנאמן ע"י הברי שלו:

לד

ולפ"ז אתי שפיר מה דפסק הבית יוסף בשו"ע סי' קל"ב גבי גט במצאו קשור בכיס וארנקי דלא חיישינן לשאלה משום דהא לשיטת הריטב"א שהביא הב"י בתשובה דהחמיר לחוש לשאלה אף במידי דלא שכיח לשאולי דמוכח דבגט קשור בכיס דמחזירין דזהו משום דהבע"ד עומד בפנינו וכסברת הב"ש בקצרה דאל"כ תקשה דאמאי אמרו דמחזירין הגט בקשור בכיס והתירוץ קמא של התוס' ביבמות דף ק"כ ד"ה אמר רבא כו' דמיירי במצאו בעצמו כו' יש לומר דס"ל להריטב"א וסייעתו דזה דוחק וכמש"כ השמ"ק בב"מ דף כ"ז דפשט הלשון משמע דמצאו אחר ע"ש וכן ראיתי בהריטב"א לב"מ דף כ"ז שהביא בשם התוס' על מה שהקשו דלמ"ד סי' דרבנן דתקשה דאמאי במצאו קשור בכיס והביא להני תירוצי בתראי של התוס' די"ל דמיירי בעדים מכירים בטב"ע בהכיס כו' או ביש לו סי' מובהק כו' עכ"ל הריטב"א הרי דהריטב"א עצמו לא הביא כלל לתירוץ קמא של התוס' ביבמות וב"מ דף כ"ז די"ל דמיירי במצאו בעצמו משום דס"ל דמיירי במצאו רק אחר וע"כ הביא להני תירוצי בתראי של התוס'. א"כ לפ"ז תקשה לשיטת הריטב"א דבבית יוסף דלמ"ד סי' דרבנן חיישינן לשאלה אף במידי דלא שכיח לשאולי דאמאי תנן במצאו קשור בכיס מחזירין להגט כיון דמיירי במצאו אחר וע"כ מוכח לדינא מזה דשא"ה דהבע"ד בפנינו ואומר ברי וכמש"כ הב"ש בקצרה וכפי שכתבתי להסביר זה בטוב טעם בעז"ה:

לה

ולכן שפיר פסק השו"ע בסי' קל"ב במצאו גט קשור בכיס דמחזירין משום סברת הב"ש דהתם הוי הבע"ד בפנינו ולא מבעיא לשיטת הרמב"ן שהובא בסוגיא דשלוש גיטין דף ס"ד בר"נ שם דבדליכא חזקת איסור נאמן ע"א ואף קרובות נאמנין וכמש"כ המהרי"ק בחשובה סי' ע"ב וכמו שפסק הרמ"א באה"ע סי' ל"ה סעיף י"א ע"ש בב"ש ואף לשיטת הר"נ בגיטין דכתב דבדבר ערוה אף בדלא איתחזק איסורא בעינן שני עדים. והמקנה שם סי' ל"ה סעי' י"א העיר ע"ז מסתירת הר"נ עצמו לקידושין דף ס"ג הנה לדעתי אין זה קשה וכמש"כ במק"א ואכמ"ל]. ובאמת כן מבואר בחדושי הרמב"ן עצמו לגיטין דף ב' ד"ה אבל הכא כו' דאף בלא איתחזק איסורא בעינן שני עדים בדבר ערוה ע"ש וכ"כ המהרי"ק בסי' ע"ב בשם התוס' גיטין דף ב' ד"ה הוי כו' והדברים ארוכין ואכ"מ ועכ"ז שפיר פסקו בשו"ע במצאו קשור בכיס מחזירין משום דהא רוב פוסקים חולקים וס"ל דאף אי סי' דרבנן מ"מ לא חיישינן לשאלה כלל במידי דלא שכיח דמושלי משום דס"ל דבזה הוי

המיעוט דמושלי כמו מיעוט דמיעוטא וע"כ הך רובא דלא שכיח דמושלי עדיפא טובא מן הרוב דקפריש מרובא דעלמא אך עיקר מקום להחמיר הוא שיטת הריטב"א והב"י ולדודי' הא נתבאר דס"ל להוכיח מן הך דמצאו קשור בכיס כו' דהטעם הוא לפי דיסברו כהך שיטת הסוברים דאף בערוה היכא דלא איתחזק נאמן ע"א וה"ה ברי של הבע"ד וכמו בכל איסורים היכא דלא איתחזק איסורא ומיושב קושיות הב"ש על נכון:

לו

ובאמת כן מוכרח לומר לפי שיטת הריטב"א והבית יוסף דס"ל דאי סימנים דרבנן חיישינן לשאלה אף במידי דלא שכיח דמושלי דא"כ תקשה קושיות הש"ס דחמור בעידי אוכף דמהדרינן דניחוש לשאלה וכן הקשה הנו"ב ושארי אחרונים ונדחקו לתרץ זה אכן לפי מה שבארתי מתורץ בפשיטות קושיא חמורה זו והוא דהא נתבאר דאף דניחוש לשאלה במידי דלא שכיח דמושלי מ"מ אינו אלא ספק משום הנך רובי דסתרי אהדדי דנגד רוב דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש יש לנגדו הרוב דלא שכיח דמושלי וכן נגד קצת חזקת ממונא דיש להמוצא האבידה יש לנו החזקה דכאן נמצא כאן הי' מעיקרא המבררת דההחפץ הוא של בעלים הראשונים והוי ספק השקול. וממילא הדין נותן דנאמן הבע"ד האומר לפנינו דההחפץ הוא שלו והיכא דליכא שום סתירה כלל לנגד האומר ברי לי דהוא שלי וודאי דנאמן ליטול את החפץ כיון דליכא חזקת ממונא נגדו וכמש"כ כעין זה הש"ך בח"מ סי' צ"א ס"ק י"ב ונ"ד הוא כש"כ מדהתם וכ"ע מודו בזה ועי' בח"מ סוף סי' רכ"ב ובתוס' ב"מ דף ל"ז ד"ה גזל מחמשה כו' ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו':

לז

והא דמקשה הגמ' למ"ד סימנין לאו דאורייתא דאיך מחזירין אבידה בסימנין וכן אמרו שם דאי סימנין לאו דאורייתא דלא מהדרינן אבידה בסימנין מה"ת זהו לפי מש"כ לעיל דאף דהוי הנך רובי סותרות אהדדי מ"מ נשאר לנו קצת חזקת ממונא ואין לנו כח להוציא מן המוצא ע"י הברי של הבע"ד כ"ז דליכא שום סיוע המסייע לי' וכן בקושיות הגמ' דחמור בעדי אוכף דאי חיישינן לשאלה דאיך מחזירין חמור בעדי אוכף דזהו ג"כ מה"ט וכפי שנתבאר לעיל דאי חיישינן לשאלה לא דיינינן בזה לחזקה דכאן נמצא כו' משום דהוי דבר הרגילות להשאיל וכמש"כ הרמב"ן במה דחיישינן שמא פינן ביבמות דף קט"ו וכמש"כ לעיל בארוכה וכיון דליכא שום סתירה לנגד חזקת ממונא קצת דיש להתופס האבידה ע"כ שפיר הקשו דניחוש לשאלה בעדי אוכף וגם הא איכא לנו רוב דכל דפריש מרוב דעלמא קא פריש דמברר לנו דההחפץ אינו שלו וע"כ יש לנו לומר דהשאילו לאחר אבל למאי דמסיק הש"ס דאוכף לא משאלי אינשי א"כ יש הנך רובי דסתרי אהדדי וגם

לחזקה דכאן נמצא כו' והוי ספק השקול בלא שום הכרעה לאיזה צד לכן הדין נותן דיהיה נאמן ע"י ברי שלו:

ומזה הוי סיוע רבתא לעיקר דברי הב"ש דשא"ה בסי' קל"ב דבע"ד בפנינו האומר ברי דבכה"ג גם הריטב"א והב"י יודו להיתירא:

לח

וכיון דנתבאר על נכון דהיכא דאיכא מעלת ברי של הבע"ד דבזה אף להריטב"א והב"י מותרת א"כ כש"כ היכא דאיכא מעלת קורבא המסייע להיתירא ויש לנו הכרת חפץ במידי דלא שכיח דמושלי דבזה אף להב"י והריטב"א י"ל להיתירא דהא אוקי אחזקה עדיפא ממעלת ברי כדקיי"ל דבאתחזק לא מהימן ע"א אף לשווייי' לספיקא וכמש"כ הפני יהושע ברפ"ב דכתובות ובמעלת קורבא העליתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ו סעי' ד' דעדיפא מן אוקי אחזקה. ע"כ וודאי אין לנו להחמיר אם קורבא מסייע להך מידי דלא שכיח דמושלי וזהו יסוד גדול בתק"ע. עד כאן מה שכתבתי כל זה בחידושי לאה"ע מכבר בעז"ה:

וכן כתבתי לעיל בהשאלה דנ"ד לברר דהיכא דיש קורבא המסייע להיתירא דיש לסמוך ע"ז בצירוף למידי דלא שכיח דמושלי ולהתירה בפשיטות בעז"ה:

סימן לח

נשאלתי ע"ד עגונא אשר בעלה נטבע בנהר ויש גב"ע מן ע"א שהעיד שהכירוהו היטב בטב"ע עם סימנים שהיה חוטמו ארוך וכל שער ראשו היה מגולח כו', וכת"ר הורה כי מותרת להנשא לפי דה"ל כמו קברתיו ע"י הזזה וטלטול ממקום למקום וכמש"כ הפוסקים והכרת העד הי' בעוד המת מונח במים והביא לדברי הצ"צ דידע הטביעה לא הוי כראה הטביעה וגם הא עיקר החשש בנ"ד אינו רק מדרבנן כיון דנטבע בוודאי אף דלא היה עדים ששהו עליו כו' מ"מ הא האידנא שאני וכמש"כ החתם סופר סי' נ"ח דבזה"ז לא הוי רק חשש דרבנן ועוד סברות נכונות להיתירא וביקש כת"ר ממני להזדקק לזה:

א

והנני להשיבו כי דעתי מסכמת להיתירא ויש לנו לסמוך על דברי הצ"צ סי' מ"ה. וביותר יש לדון בזה ע"פ דברי התוס' ביבמות דף קט"ו ע"ב ד"ה וקאמרי סימנים כו' בסה"ד א"נ מהני ע"פ טב"ע עכ"ל. וכוונתם דאף ע"י סימנים שאינם מובהקים סמכינן להיתירא ע"י צירוף טביעת עין. ואף היכא דלא מהני הטב"ע לחודה מ"מ ע"י צירוף הסימנים אף דאינם מובהקים סמכינן להיתירא וכמש"כ הב"ש בס"ק פ"ז וס"ק פ"ח וכעין זה כתב העבה"ג בתשובה סי' ע"ב להקל ע"י טב"ע גרוע לאחר ג' ימים בצירוף סימנים שאינם

מובהקים משום דבדרבנן יש לסמוך על סימן אמצעי וכמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ל"ב והביא שם לדברי העבה"ג הנ"ל ומן דברי התוס' יבמות הנ"ל בתי' השני סייעתא לדבריהם וי"ל דכוונת התוס' דס"ל בתירוצם השני דע"י טב"ע בצירוף סימנים שאינם מובהקים מהני. טעמם משום דס"ל דהא דצריכים שם לסימנים זהו משום דעל טב"ע לחוד אין לסמוך לפי דיש לחוש לבדדמי וכמש"כ התוס' בד"ה הזה. והנה עיקר חשש בדדמי אינו רק מדרבנן וכמש"כ הב"ש בס"ק קמ"ג. וע"כ כתבו בתירוץ השני דמהני כה"ג סימן אמצעי משום דבדרבנן מהני אף ס"א. ובאמת אף חד סימן אמצעי מהני והא דנקטו שם דאמרי סימנים לשון רבים. זהו לפי דמיירי שם הכל בלשון רבים דאמרו שם ואסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנים כו' וכ"כ התוס' שם בתי' הראשון דמיירי בסימנים מובהקים אף דחד סימן מובהק מהני ושם קאי על שני ת"ח שנטבעו והשיא ר' נשותיהן וזה פשוט:

ב

והנה בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' יו"ד העליתי לחזק סברת הפמ"א והעבה"ג והבגדי כהונה ושארי אחרונים דשני סימנים גרועים מצטרפים להיות נחשב לסי' אמצעי וכן הבאתי שם בשם תשובה להרמב"ם שהובא בתשובת מהר"ם אלשקר סי' ס"ז שכתב להתיר שם ע"י צירוף שני סי' גרועים דהיה בינוני בקומה וזקנו שחור:

והעליתי שם בטעם הרמב"ם דס"ל דשני סימנים גרועים מצטרפי להיות סי' אמצעי והארכתי שם הרבה בזה וזהו תועלת רב בעז"ה בענין תקנת עגונות וע"כ בנ"ד דיש הרבה סימנים גרועים מה שאין דרך של בני אדם כן וכפי שכתב כת"ר וע"כ אף דכ"א בפ"ע לא נחשב לסי' אמצעי. מ"מ נחשבים כל הסימנים גרועים הללו ביחד להיות נחשב לסי' אמצעי ולכן אף אם נימא לחוש בנ"ד דיעיד העד בדדמי בנ"ד משום דהוי כמו ראה הטביעה כיון דידע הטביעה וכדס"ל כן להרבה פוסקים וכמש"כ הב"ש בס"ק פ"ז ודלא כהצ"צי, מ"מ כיון דיש סימן אמצעי ע"י הנך סי' גרועים הרבה ע"כ אף דנימא לחוש בנ"ד לבדדמי מ"מ כיון דיש ס"א ע"י סי' גרועים יש לנו לסמוך על תי' השני של התוס' יבמות הנ"ל דבטב"ע גרוע ובצירוף סי' אמצעי דבזה אין לחוש לחשש בדדמי והטעם הוא משום דבדרבנן ובכה"ג מהני ס"א וכמו שכתבו האחרונים מזה בכ"ד ואף דלתי' קמא של התוס' שם אינו כן מ"מ בדרבנן יש לנו לסמוך על תי' השני וגם יש לדון דבנ"ד גם התוס' בתי' קמא יודו להיתירא וקצרתי ובפרט דיש לנו שיטת הצ"צ שהובא בקרבן נתנאל להרא"ש יבמות פ' ט"ו סי' ג' אות י' דידע לא הוי כראה הטביעה ויש לנו ספק ספיקא דדינא וגם לצרף מש"כ כת"ר בשם החתם סופר סי' נ"ח דבזה"ז יש להקל ביותר וע"כ עיקרו אינו רק מדרבנן משום דלע"ע נשתנו הזמנים דעתה קביע בו דואר במתא

בכל המדינות כו' ועוד סברות נכונות וכמש"כ כת"ר וע"כ על צירוף כל הסברות הללו דעתי מסכמת להתיר האשה מכבלי העיגון וכמש"כ כת"ר דעתו להיתירא ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה. ויש לי להאריך בכל הפרטים הללו רק עת לקצר:

סימן לט

נשאלתי ע"ד העגונא מקהילתו אשה צעירה לימים אשר היתה נשואה לאיש ר' משה שיוונסקי וילדה לו בת ובשנה השלישית אחר חתונתו עזב הבעל את אשתו ואת בתו והלך ללונדון וכתב לאשתו שתבא אליו ללונדון ואשתו כתבה אליו שישוב לביתו והחליפו מכתבים ביניהם באהבה וריעות כדרך איש ואשתו המצפים לראות זה את זה ובמכתב האחרון כתב לאשתו שתחקור אם יוכל לשוב לביתו ע"פ חוקי המדינה ואז ישוב לביתו ואח"כ נמצא בלונדון איש א' נטבע במים ופחדתו וחוטמו ופרצוף פניו לא היה קיימים והיה נראה כי היה זמן רב במים אך נמצא אצלו שני מכתבים שכתבה אליו אשתו גיטל לר' משה שיוונסקי הנ"ל וכתבה אליו תשובה שיוכל לחזור לביתו וכאשר נשלחו המכתבים לחזרה לווישעגראד הכיר כותב המכתבים שהוא כתב אותם מהאשה הנ"ל לבעלה ודוד האשה שמע בלונדון שר' משה הנ"ל אמר שרוצה לאבד א"ע לדעת ונשאלתי לחוות דעתי אם מותרת להנשא. ולפי שהנני עמוס ברוב תלאות וטרדות העצומות ע"כ אין לי כח לעיין במה שכתב כת"ר וע"כ הנני להשיבו בקצרה:

א

והוא דהא שיטת רוב פוסקים דבמידי דלא שכיח לשאולי לא חיישינן לשאלה וכמו שהכריע הב"ש לדינא בס"ק ס"ט וכ"כ השיטה מקובצת בב"מ דף כ"ז ע"ב בשם הרשב"א דאף למ"ד סימנים דרבנן מ"מ מועיל מידי דלא שכיח לשאולי לא חיישינן בזה לשאלה לכ"ע וכן מוכח מן התוס' יבמות דף ק"כ ע"א ד"ה אמר רבא כו' לפי שני תירוצים של התוס' שם וזהו דלא כשיטת הבית יוסף דהחמיר בזה. ובנ"ד בהמכתבים שנמצאו אצלו כ"ע מודו דאין לחוש לשאלה דהא לא שייך בי' חשש שאלה כלל אך יש לחוש שמא זרק את המכתבים חוצה כיון דאין לו שום תועלת כלל מהם ואפשר דמצאן איזה איש והגביהן לאיזה ענין וכמו דכתב רש"י כעין זה בגיטין דף כ"ד ע"ב ד"ה הא אמרינן כו':

ב

אכן גם לזה אין לחוש מצד הדין דהא בעיקרי חשש שאלה יש לדון דאמאי לא נימא בזה כאן נמצא כאן היה וכדמצינו להרמב"ן וסייעתו בסוגיא דיצחק ר"ג ביבמות דף קט"ו דחזקה דכאן נמצא כו' הוי חזקה אלימתא להתיר איסור א"א. והובא בקצרה שיטתם בב"ש ס"ק נ"ו ומוכח לומר דלכן חשו לשאלה משום דרגילות להשאיל וכמש"כ רש"י

ביבמות דף ק"כ ע"ב ד"ה מנחשי אינשי כו' דדרך להשאיל מלבושיו ובמה דרגיל לא שייך לדון כאן נמצא כו' וכמש"כ הרמב"ן שם דלכן חשו לשמא פינן ביבמות דף קט"ו משום דרגילות לפנותן וכמש"כ התוס' ביבמות ד"ה ומי חיישינן שמא פינן כו' והארכתי בעיקר פרט זה בהרבה סוגיות ובהא דגברא חרוכא דיבמות דף קט"ו ע"א ולפ"ז במידי דלא שכיח לשאולי הדין נותן דלא ניחוש לשאלה כלל דהא כיון דבזה אין רגילות להשאילן ע"כ ממילא שייך בזה חזקה דכאן נמצא כאן הי' מעיקרא ובאמת מש"כ הח"מ לחוש למכירה ואבידה הנה לפי הדין שכתבתי אין לנו לחוש לזה כלל וזולת זה כתבתי במק"א להוכיח דלא כהח"מ בזה. ואף לשיטת התוס' ושארי פוסקים בסוגיא דיצחק ר"ג שם דלא כהרמב"ן וסייעתו ולא ס"ל להך חזקה דכאן נמצא כו' מ"מ יש לדון דבכה"ג מודו לזה הסברא וקצרתי ולכן ממילא אין לנו לחוש בנ"ד לשמא זרק להשני מכתבים הללו ואיש אחר מצאן דהא גם בהמכתבים יש לדון לחזקה דכאן נמצא כאן הי' המכתבים מעיקרא אצלו באותו רשות שהי' שם המכתבים מקודם וע"כ אין לנו לחוש לשמא זרקן והגביהן אחר:

ג

ועוד והוא העיקר דהמכתבים בנ"ד יש לו תועלת מהם דהא אם ישוב לביתו יכול להיות עדיין איזה חשש שמא לא שב למדינתו ולהיות בהשקט מחמת שלא שמר כפי תפקודות חוקי המדינה ויוכל להסיב עליו איזה עלילה ואז יהיה לו טענה על אשתו שכתבה אליו שחקרה ונודע לה כי יוכל לשוב לביתו בשלום ועי"ז יוכל להיות לו טענה ופטור להפטר ממנה מן חיוב מזונות וכתובה כי מי יודע מה יוכל להוולד מזה כידוע בענינים הללו ולכן טובה גדולה לו ועכ"פ ספק טובה מן המכתב ששלחה אליו כי בקשה ממנו והודיעה לו שיוכל לשוב בשלום לביתו וגם הא לאו כ"ע דינא גמירי ולא מבעיא אם הוא גברא דאמיד ואף אם הוא איש עני מ"מ הא אינו רוצה להיות עבד לוה וגם הא מצינו דמשום שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם בפני הבריות הוי זה נחשב להנאה דיהי' דינו כנוגע בעדות להיות פסול להעיד מטעם זה כמבואר בב"ב דף מ"ה וכמש"כ הש"ך בסי' ל"ז ס"ק א' בשם מהר"ם מלובלין בחידושיו דמתבייש בפני הבריות ועיין בקצה"ח סי' ל"ז ס"ק ד' וכן לא יהי' בכלל עבד לוה כו':

ד

ובוודאי שייך לוה רשע ולא ישלם גם בחיוב מזונות וכתובה אף דלא הכניסה לו נדוניא אף לפי דעת הש"ך בסי' ל"ז ס"ק י"א דבנזקין לא שייך לוה רשע כו' דהא לא הלווה לו כלום וליכא למיחש לשמא יתעשר כו' עכ"ל הש"ך שם ועכ"ז נראה לי דבחוב כתובה ומזונות שייך לוה רשע כו' וראיה לזה ממה דכתב הטור בח"מ סי' ק"ח והובא

בסמ"ע, שם ס"ק מ' דבחוב אחריות אף בהתנה בפירוש לחיוב אחריות אין בזה מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם דעיקרו הוא משום כבוד אביהם דעביד אינש דזבין קרקע ליומא וע"כ אף דהתנה חיוב אחריות מ"מ ליכא מצוה על היורשים בלא הניח אלא מטלטלין וזהו משום דליכא בזה קלון אביהם כ"כ ועיין בכתובות דף פ"ו תוס' ד"ה פריעת בע"ח כו' ועכ"ז מצינו בב"ב דף מ"ה דבחוב אחריות שייך לוה רשע כו' א"כ כש"כ בחוב כתובה דאמרו בי' מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם כמבואר בב"ב דף קנ"ז ובכל הפוסקים דוודאי אמרינן בי' הך דלוה רשע כו' מכש"כ:

ה

ובעיקר דברי הש"ך שכתב דבחוב נזקין לא שייך לוה רשע כו' כבר השיג עליו התומים בסי' ל"ז שם וכן מוכח ממה שכתב הרא"ש לב"ק פ"א סי' י"ט בשם ר' אפרים דמחלק בין חוב הלואה וכתובה לחוב נזקין גבי תקנת הגאונים במטלטלי דיתמי דלא תקנו כן רק בחוב הלואה וכתובה משא"כ בנזקין דלא שכיחי והרא"ש העלה שם כהרי"ף משום דבדורות הללו מטלטלי כמקרקע אף בלא תקנה כו' והובא בח"מ סי' תי"ט סעי' ג' ובש"ך ס"ק ה':

ואם כדברי הש"ך דבחוב נזקין לא שייך לוה רשע א"כ הוי מצי לחלק בפשיטות בין חוב נזקין לבין חוב הלואה וכתובה לגבי תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי אף אם לא הי' שייך סברת הרא"ש דבדורות הללו מטלטלי כמקרקע רק דהי' כן מצד תקנה דהא מבואר בתשובת הריב"ש סי' שצ"ב דעיקר תקנת הגאונים הוא כיון דמצוה על היורשים לפרוע חוב אביהן ע"כ ראו לתקן תקנה זאת כו' א"כ לפ"ז יש לחלק בפשיטות בין נזקין לחוב הלואה וכתובה דדוקא בהלואה וכתובה דשייך בהו לוה רשע ויש בהו מצוה על היורשים כו' ע"כ תקנו בהו לתקנתם דגובין ממטלטלי דיתמי משא"כ בנזקין דלא שייך בי' לוה רשע כו' וממילא לא שייך בי' מצוה על היורשים כו' ע"כ לא תקנו הגאונים כן בהו ומדלא חילקו כן מוכח דאין לחלק בזה בין נזקין להלואה וכתובה רק הוצרכו להטעם דנזקין לא שכיחא או משום דבדורות הללו כו':

ומוכח מזה כשיטת התומים דבכל גווני שייך לוה רשע כו' ובמק"א הארכתי בכ"ז:

ו

וכ"ז הוא לרווחא דמילתא ובאמת אין אנו צריכים לזה בנ"ד כי בקצרה יש לומר בפשיטות דיש לו זכות ראי' מהמכתבים שלה דאולי יש עליו פחד וחשש מאיזה חוקי המדינה ואז יוכל להיות לו טענה על אשתו דאולי רימהו ויהי' לו טענה להיות פטור מן חיובי אשתו עליו ולאו כ"ע דינא גמירי ואף אם הוא עני מ"מ הא מצינו בחיוב מזונות דמי שאין לו מזונות רק חד יומא חייב לזון אשתו או להשכיר א"ע לחד דיעה וכמבואר

באה"ע סי' ע' סעי' ג' וגם ידוע הכלל שכתבתי בספרי באר יצחק ונחל יצחק בכמה דוכתי דהיכא דיש פלוגתא אף דלא קיי"ל כוותי' מ"מ אמרינן בזה לאו כ"ע דינא גמירי ועוד י"ל כי בהמכתבים יש לו תועלת להראות בפני הבריות דשלחה לבקשו שיבוא לביתו כידוע בענינים כאלה ולכן למה לי' לזרוק את המכתבים כיון דיכול להיות לו אף מספק איזה טובה מהמכתבים ולכן מזדהר אינש במכתבים כאלה וגם הא חזינן דעיכב ת"י המכתב הראשון עד שבא אליו מכתב השני דאל"כ איך באו ביחד לאיש אחר א"כ חזינן דהי' חביב לו המכתבים שלה ואולי מחמת הטעם שכתבתי ואין לנו לחוש שמא נשתנה דעתו אח"ז דכללא הוא דלא חיישינן לשינוי דעתא ומה"ט אף קודם תקנת ר"ג הזקן דגיטין דף ל"ב לא חיישינן בכל שולח גט לאשתו לשמא ביטלו ומוסר לה השליח ומותרת להנשא כ"ז דלא נודע לנו דביטלו. ועיין באה"ע סי' קמ"א סעי' ס"ח דחשש חזרה הוי חשש רחוק אף היכא דלא שייך חזקת כשרות כ"כ והטעם הוא דלא חיישינן לשמא נשתנה דעתו הראשונה והא דגיטין דף פ"ח דאמרו אימלוכי אימליך כו' הא כתב רש"י שם דהואיל ויש ריוח מלמטה נראין כן הדברים:

והא דגיטין דף י"ח דחיישינן שמא פייס וביטל את הגט הא כתבו התוס' שם דאין זה רק חשש לעז וכו':

ז

וגם יש לדון אומדנא דאילו הי' קיים הי' בא כעין הך דכתובות דף כ"ב ברש"י דהא הבטיח במכתבו לאשתו דאם תחקור ותכתוב לו שאין לו חשש ופחד שישוב לביתו א"כ יש לדון בזה בפשיטות דלא חיישינן לחזרה וכמו בח"מ סי' קי"ב באו"ת ס"ק ג' ובנתיבות שם ס"ק א' גבי דאקני דגובין מלקוחות ולא חיישינן לחזרה וכמו שהקשה הש"ך שם. דזהו משום דסמכינן על סברא דשארית ישראל כו' וכמו דאי' בקידושין דף מ"ה וכמו שהארכתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ה' ועיין בב"ב דף קי"ד תוס' ד"ה ניחוש דלמא הדר בי' כו' וכיון דלא איתרעי חזקת כשרותו דהא הי' בשלום עם אשתו ע"כ הי' בדעתו בוודאי עד העת שנטבע שישוב לביתו לקיים הבטחתו:

ואיזה סיבה של חולי מרה שחורה וכיוצא בזה קרה לו בסוף וכמו שהגיד דודו שאמר לו שיהי' מאבד עצמו לדעת וכללא הוא דחזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא וכמו כן בחזקת כשרות דאמרינן השתא הוא דאיתרעי וכמו הך דמבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ג בהג"ה דאם אין יודעים אם עבר קודם לכן מוקמינן לי' בחזקת כשרות ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' י"ח ע"כ יש לנו לומר בנ"ד דמחמת חזקת כשרותו והבטחתו שהבטיחה לשוב לביתו ושארית ישראל כו' כנ"ל דוודאי הי' מקיים כן והי' שב

לביתו ומה"ט אין לחוש לשמא זרקן כיון דהי' בדעתו מקודם לשוב לביתו דהי' מעכבן להמכתבים שלה ת"י וכפי שכתבתי הסברא דהי' לו עכ"פ ספק תועלת כפי שנתבאר וכבר כתבו גדולי הפוסקים דבמקום אומדנא גדולה אין לנו לגבב חומרות וכן יש לנו לצרף דעת הנו"ב בסי' מ"ד דדייניען הוכיח תחילתו על סופו כיון שאמר שיאבד עצמו לדעת אך בעיקר דברי הנו"ב יש לדון הרבה אך לפי שאין זה נצרך לענינינו כ"כ. ע"כ קצרתי בזה הפרט ועוד דעיקר חשש שמא זרקן ואחר הגביהן זהו חשש רחוק דהא אין תועלת לאחרים כלל בהם ומכל הלין טעמא דעתי מסכמת להתירה וכמו שכתב כת"ר והנני נמנה עם הרבנים הגאונים שהסכימו להיתירא ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה א"ד ידידו:

סימן מ

מה שהשבתי לרב גאון א' בענין עיגונא שהכירו הבגדים והי' ס"א בגופו כפי שיבואר וגוף הגב"ע נאבד ממני:

והאיש מרדכי שאנו דנין עליו אמר שם מתחילה כי שמו הוא מרדכי ובתכ"ד אמר כי שמו מאיר:

א

מה שכתב כת"ר לדון להיתירא ע"פ דברי החכם צבי דהתיר בכזה לפי דמחלק בין שאלה דיחיד לשאלה דרבים וביקש ממני לחוות דעתי בענין זה הנני להשיבו כי זה כבר כתבתי לתרץ לקושיות הנו"ב על החכ"צ והוא דהנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' נ"א הקשה על החכ"צ דהא קיי"ל כרבה בב"ב דף קע"ב דס"ל דאין לחלק בזה בין נפילה דיחיד לדרבים. דאל"כ מנלן לי' להוכיח מהא דשני יוב"ש כו':

נלע"ד לומר דבאמת הנכון הוא כסברת החכם צבי דאיך יתרמי שישאיל חפצו למי שיש לו סימן אמצעי כמותו ובאמת צריך להבין סברת רבה דמוכיח מהא דשני יוב"ש הא סברא טובא ומעלייתא איכא לחלק ביניהם כמו דמחלק אביי שם באמת דשאני נפילה דיחיד כו' והנראה לי דסברת רבה הוא כן דס"ל דגם בשני יוב"ש דהוחזקו י"ל דמקרי כמו נפילה דרבים דהא כיון דשכיח למצוא לאבידות ומי שימצא את השטר ורואה שכתוב בשטר שחייב מנה ליוב"ש וכיון דהוחזקו ב' יוב"ש ויודע שהשטר יש בו שווי קצת ליוב"ש השני וע"כ חיישינן לקנוניא שהמוציא השטר ימסור השטר ליוב"ש השני ובשביל זה ישיג איזה הנאה ממנו משא"כ בנידון החכ"צ בשאלה דיחיד דכיון דלא שייך בי' לומר דיגיע לו איזה הנאה מן מה שישאיל דוקא החפץ למי שיש לו ס"א כמותו והוי כמו מידי דממילא ודייניען שפיר בזה דאיך יתרמו שישאיל החפץ למי שיש לו ס"א

כמותו ואביי ס"ל דהך שני יוב"ש מקרי נפילה דיחיד דלא ס"ל חילוק הנ"ל ואתי שפיר שיטת החכ"צ ויש לנו לסמוך על דבריו להיתירא:

ב

וכן בנ"ד דהכירה האשה בטב"ע להרבה בגדים של בעלה וידוע שיטת הפוסקים דבהכרת הרבה בגדים לא חיישינן לשאלה דזה הוי מידי דלא שכיח לשאולי ואף דהב"י החמיר לחוש לשאלה אף במידי דלא שכיח לשאולי למ"ד דס"ל סימנין דרבנן עכ"ז לדינא יש לנו לסמוך על רוב הפוסקים דבמידי דלא שכיח לשאולי דלא חיישינן לשאלה וכמו שהכריע הב"ש לדינא בס"ק ס"ט וכ"כ השיטה מקובצת בב"מ דף כ"ז ע"ב בשם הרשב"א דאף למ"ד סימנים דרבנן מ"מ מועיל מידי דלא שכיח לשאולי דלא חיישינן בזה לשאלה לכ"ע וכן מוכח מן התוס' יבמות דף ק"ך ע"א ד"ה אמר רבא כו' לפי שני תירוצים של התוס' שם וע"ש ומבואר שם דלא ס"ל לחומרת הב"י בזה ועוד דהא בנ"ד דנמצאו שני צלקת שקורין גיהעפט כמו סימני פאקין זה תחת זה ברגלו הימנית ולמטה מזה סמוך להשין ביין חור קטן מאוד דלכל הפחות נחשב כ"ז לסי' אמצעי וכמש"כ כת"ר וגם יש לדון דכזה נחשב לסי' מובהק אבל ס"א וודאי הוי ובמק"א הוכחתי דאף לשי' הב"י דהחמיר במידי דלא שכיח לשאולי דאין זה רק מדרבנן וכמש"כ הנו"ב במ"ק סי' ל"ז ובמ"ת סי' מ"ו ע"כ אם יש סימן אמצעי בגופו אז אף לשי' הב"י יש להקל משום דהעיקר לדעתי כשיטת רוב הפוסקים דבדרבנן מהני סי' אמצעי. ועוד דהא כבר כתבתי בספרי באר יצחק סי' ו' דהא דנסתפקנו דילמא סי' דרבנן זהו לפי דיש לנו לדון דפריש מן רובא דעלמא ע"כ היכא דיש לנו רוב אחר הסותר להך רובא דעלמא מבעי לן לסמוך על סימנים אף למ"ד דסי' מדרבנן. וע"כ בנ"ד דהוי מידי דלא שכיח דמושלי דלכל הפחות יש לנו רוב הסותר להך רובא דעלמא דהא הך רוב דלא שכיח דמושלי מבררת לנו דזהו של אותו האיש שאנו דנין עליו והוי ספק השקול ע"י הנך רובא הסותרים זה את זה ע"כ היכא דיש סי' אמצעי ממילא סמכינן עליו אף לשי' הב"י במידי דלא שכיח דמושלי וכן הארכתי בדברי הב"י הנ"ל ע"פ שיטת החכ"צ דאם יש ס"א בגופו דאז אף הב"י מודה דלא חיישינין לשאלה דיחיד במידי דלא שכיח דמושלי ובארתי דאם יש סי' אמצעי בגופו דזה מוכח אף להב"י דלא חיישינן לשאלה במידי דלא שכיח דמושלי ולכן אתי שפיר מה דמחזירין חמור בעדי אוכף אף למ"ד סי' דרבנן משום דמיירי היכא דיש סי' אמצעי בחמור דאז הוי שאלה דיחיד ולא חיישינן בזה לכ"ע במידי דלא שכיח לשאולי ויש לי אריכות דברים בכ"ז ועת לקצר:

ג

ועוד יסודות רבות יש לנו לדון להיתירא בנ"ד וכן אומדנות המוכיחות דזהו האיש שאנו דנין עליו:

וידוע מה שכתבו האחרונים דבמקום אומדנות סמכינן על היתר הבגדים דלא חיישינן לשאלה. אך העומד לנגדינו הוא מה שאמר מתחילה כי שמו מרדכי ובתכ"ד אמר כי שמו מאיר אך גם לזה אין לחוש וכפי שכתב הרא"ש לגיטין פ"ד סי' ז' שכן דרך בני אדם הגולים ממקומם מחמת ממון או מחמת מרדין שמשנים את שמם פן יחקרו אחר מקום חנייתן וירדפו אחריהן עכ"ל וכן כבר כתב הר"נ בתשובה סי' ל"ג דכל שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שיצא לו ריעותא מן סי' אחר שנראה ממנו שאינו הוא ואותו סי' עשוי להשתנות דאין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין אותו בסי' שעשוי להשתנות וכן נלע"ד להוכיח כן מן הך דכתובות דף כ"ד דהובא בתוס' גיטין דף פ' והרא"ש גבי שינו מקום לידתו בהגט דכשר כמו הך דכתובות דף כ"ד דשטר דנכתב כהן על אינו כהן דכשר השטר וה"ה בגט דנכתב שם לידתו בשקר משום דתולין לומר דהעדים לא קיימו עליו ולא אמרינן דהא ע"י מה דנכתב כהן על אינו כהן או שם מקום לידתו בשקר דמוכח מזה דהוא אינו אותו האיש שאנו דנין עליו אלא אחר ולפ"ז הי' צריכים להביא ראי' דזהו האיש שאנו דנין עליו ולא נסמוך על השטר והגט בלבד ובאמת מוכח שם דסמכינן בכזה על הגט והשטר בלבד בלא שום ראי' זולתו:

ד

ובח"מ סי' מ"ט סעי' ז' בהרמ"א הביא שיטת הרשב"א דס"ל דהך סוגיא דכתובות מיירי בכתב כהן על אינו כהן והוא בלשון הבע"ד שכתב אני פ' כהן לויתי מנה מפלוני ע"ש ובש"ך שם אבל התוס' בגיטין ד' פ' והתוס' בכתובות שם לא ס"ל לשי' הש"ך שם וכ"כ הרשב"א והרמ"א שם לא ס"ל לדברי הש"ך שם ועיין באה"ע סי' ג' ב"ש ס"ק ח' מזה והסוגיא דכתובות בסוגיא דמעלין משטרות ליוחסין מיירי שם לרב הונא ורב חסדא דפליגי בזה ע"ש ומבואר בגיטין ד' פ"ו דרב הונא אמר דאין הלכה כר"א בשטרות ורב חסדא אמר ג"כ שם דאין הלכה כר"א בשטרות וידוע שיטת התוס' בגיטין ד' כ"ד וב"מ ד' י"ח דלר"מ דע"ח כרתי בעינן שיהי' מוכח מתוכו וכן בגט בעינן שיהי' ספירות דברים לכ"ע וכמש"כ הר"נ בפ"ק דקידושין דמה"ט בעינן שמו ושמה בגט וכן הספירות דברים ע"י מה דנכתב בשקר מקום לידתו שהגט הוא לשון הבעל ואומר דנולד במקום פ' ובאמת נולד במק"א וכן בהשטר דכתב אני פב"פ כהן ובאמת אינו כהן ואפ"ה כשר השטר והגט כנ"ל וכן משמע שם דאף דהבע"ד לפנינו ואומר כי אין אני אותו שמבואר בהשטר והגט

וראי' לזה דהא אני אינו כהן ולא נולדתי במקום פ' כפי שכתוב בהגט והשטר ואפ"ה מכשרינן השטר והגט משום דכיון דמוכח מהשטר והגט דזהו אותו האיש:

וע"כ אף שנולד לנו ריעותא במה שאומר בהשטר אני כהן או אני שנולדתי במקום פ' ובאמת אינו כן מ"מ מתרצינן זה מעצמינו ודייניגן דכיון דהעדות מספיק מצד עצמו אלא שיצא ריעותא ממקום אחר דמתרצינן דאמר כן בהשטר מפני איזה אמתלא וכיוצא כש"כ היכא דאין הבע"ד בפנינו להכחיש. דוודאי דייניגן איזה אמתלאה ותולין אותו בסי' העשוי להשתנות וזהו יסוד נכון לדברי הר"נ בתשובה ובקונטרס אחר הארכתי בזה וכעת קצרתי ויש לי אריכות דברים עוד בזה בעז"ה.

ה

ואף דהך דכתובות ד' כ"ד הוי ממונא א"כ לכאורה יש לדון בזה דאיסורא מממונא לא ילפינן וכמו בב"מ ד' כ' ובתוס' שם. עכ"ז הא חזינן דהתוס' בגיטין ד' פ' והרא"ש שם ילפי לגט שכתוב בו שם מקום לידתו בשקר דכשר. מהך דכתובות ד' כ"ד בשטר הנכתב כהן על אינו כהן ולא מחלקי בין ממונא לאיסורא דהא הך דכתובות מיירי בממונא וע"כ מוכח דבכה"ג לא מחלקינן בין ממונא לאיסורא דכיון דמצינו היכא דהענין מוכח מצד עצמו דזה הוא האיש שאנו דנין עליו אלא שיצא עליו ריעותא מצד אחר. וכיון דמתרצינן ותלינן דעשה זה מאיזה טעם ובפרט בסי' העשוי להשתנות כמש"כ הר"נ דאז ממילא הוי כמו דלא הי' לנו ריעותא מעולם ומכשרינן הגט כמו דמכשרינן השטר. ומה"ט ניחא דברי הר"נ דהוכיח בתשובה סי' ל"ג שם להכלל שלו מהך דב"ב גבי עובדא דבני ברק אף דמיירי שם בממונא משום דבכה"ג דהענין מספיק מצד עצמו ותלינן דעשה כן מצד איזה ענין העשוי להשתנות אין לנו להחמיר בזה אף באיסורא וראי' לזה מהא דמצינו כן בגיטין ד' פ בתוס' והרא"ש שם דמכשרו בשינה מקום לידתו בהגט בהוכחתם מהך דכתובות ד' כ"ד דמיירי שם בשטר דהוא ממונא ודברי הר"נ הם שרירין וקיימין לדינא וכיוצא בזה כתב המשאת בנימין בסי' ק"ט וקצרתי ויש לי אריכות דברים עוד בכ"ז אך בנ"ד דאמר בעצמו שישנה שמו מצד.. אמתלא דמוכרח לשנות שמו מחמת דמוכרח להיות בורח. וע"כ אין לנו לחוש לחומרא כלל בנ"ד ודעתי מסכמת לדעת מעכ"ת להתירה מכבלי העיגון ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה בפשיטות דמותרת להנשא בלא חשש ופקפוק כלל:

סימן מא

ב"ה יום ה' ט"ו תמוז תר"ל לפ"ק

נשאלתי נידון עיגונא שהעיד הספן במסל"ת שבעלה נטבע בנהר האפט ואח"כ נמצא מת והכירו כמעט כל בגדיו ועוד חפציו וגם נמצא בו רושם כמין צלקת על גופו בכתפו ועוד סימנים גרועים בשעריו וכת"ר הסכים להתירה בצירוף הרבנים הגדולים שיחי' וביקש כת"ר ממני לחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבו בעז"ה והוא כי לכאורה יש להחמיר דהא יש סוברים דחיישינן לשאלה וגם סי' רושם בכתפו כיון דלא הוי בצמצום מקום א"כ לא הוי רק סי' אמצעי כמבואר בסי' י"ז סעי' כ"ד ובב"ש ס"ק ע"ד וע"פ הגדת הספן במסל"ת שנטבע הא לא העיד ששהה עליו עד שתצא נפשו א"כ אף מידי חשש דאורייתא לא נפק כמבואר בסי' י"ז בסעי' ל"ד אך באמת יש להקל ע"פ מה שהכירו כמעט כל בגדיו והארנקי שלו וידוע שיטת המהרי"ט והובא בקונטרס עגונות סי' שפ"א דדוקא בחפץ א' או שנים חיישינן לשאלה אבל לא ביותר וזהו בכלל הא דאמרו בש"ס דמידי דלא שכיח לשאולי לא חיישינן לשאלה ע"ש וכש"כ בנ"ד דנמצא הטאשענבוך שלו בכתביו וחשבונותיו דזהו וודאי לא עבידי לשאולי ע"כ יש להקל בנ"ד אך ידוע שיטת הב"י והובא בב"ש ס"ק ס"ט דחשש להחמיר אף במידי דלא שכיח לשאולי כיון דמחמירין לחוש דלמא סימנים דרבנן אכן באמת יש לומר דבנ"ד גם הב"י מודה להקל והוא דהא ידוע מה דהקשו הפוסקים על הב"י מהא דאי' בב"מ ד' כ"ז דבחמור בעידי אוכף לכ"ע מחזירין אבידה ולא חיישינן לשאלה משום דהוי מידי דלא שכיח לשאולי ונדחקו ליישב זה:

ב

ויש לי בעז"ה כמה אנפי לתרץ דברי הב"י וא' מהם הוא דהא ידוע שיטת החכם צבי בסי' קל"ד שכתב להתיר בטב"ע דכלים בצירוף ס"א בגופו משום דיליף מן נפילה דיחיד דב"ד קע"ב דלא חיישינן וה"ה בשאלה דיחיד לא חיישינן ובעיקר ראייתו מהא דנפילה דיחיד כבר השיגו האחרונים ע"ז דהא שאני נפילה דיחיד כיון דחשש נפילה לבדו הוי חשש דלא שכיח כדאמרו בגמ' דמיזהר זהירי בי' אינשי וע"כ בצירוף נפילה דיחיד לכן לא חיישינן. משא"כ בחשש שאלה למאן דחשש הוי זה מידי דשכיח. ע"כ י"ל דאף במקום שאלה דיחיד יש לחוש אמנם במידי דלא שכיח לשאולי בזה וודאי מהני בצירוף ס"א בגופו דכיון דעצם החשש דשאלה בזה הוי מידי דלא שכיח לשאולי. וע"כ אמרינן בזה שפיר הסברא דאיך יתרמי דישאיל בגדיו לאותו שיש לו ס"א כמותו ובנידון זה אף החולקים על החכ"צ מודו להקל ולכן י"ל דאף להב"י דס"ל להחמיר במידי דלא שכיח לשאולי עכ"ז היכא דיש לו ס"א בגופו מודה להקל משום דהוי שאלה דיחיד כמו בהא

דנפילה דיחיד ולכן אתי שפיר מה דמצינו דמחזירין חמור בעדי אוכף מה"ת די"ל דמיירי אם יש לו ס"א בהחמור וטב"ע בהאוכף דזה הוי כמו נפילה דיחיד דלא חיישינן:

ג

והא דמקשה הגמ' חמור בסימני היכי מהדרינן. הא הש"ס קאי למאן דס"ל סימנין דאורייתא:

והא דאין מעידין אע"פ שיש סימנין בגופו וכליו זהו משום דחיישינן לשאלה וע"ז הקשו דאי חיישינן לשאלה חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן דאין לומר ביש לו ס"א בחמור דלפ"ז א"צ לסימן האוכף כיון דסי' דאורייתא ויהי' סגי בסימן שיש לו בהחמור בלבד אבל למאן דס"ל סי' דרבנן שפיר יש לומר דהא דכתבה התורה דמחזירין חמור בעדי אוכף דמיירי בנותן ס"א בהחמור. וע"כ מחזירין ע"י עדי אוכף דהוי שאלה דיחיד דלא חיישינן לשיטת החכ"צ ואף להחולקים על החכ"צ עכ"ז הא במידי דלא שכיח לשאולי נתבאר דלכ"ע יש להקל משום דזה דומה ממש לנפילה דיחיד דלא חיישינן:

ע"כ אוכף כיון דלא מושלי וודאי מהני אם יש ס"א בהחמור ג"כ והארכתי הרבה מכבר בענין זה וא"ש שי' הבית יוסף. א"כ בנ"ד אף לשיטת הב"י יש להקל כיון דזה הוי בוודאי מידי דלא שכיח לשאולי דהא נמצא אצלו הטאשענבוך שלו עם כתביו וחשבונותיו. דבארנקי מבואר בש"ס דזה הוי מידי דלא שכיח לשאולי. וגם כתביו וחשבונותיו והקארטע. בזה י"ל דגם הב"י מודה דהא בכ"ז לא שייך כלל חשש שאלה וגם הא יש ס"א בגופו מן הרושם שבכתפו. ע"כ וודאי לא חיישינן בזה לשאלה לכ"ע ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' מ"ו סעי' א':

ד

ועוד דהא י"ל דעיקר חומרת הב"י במידי דלא שכיח לשאולי הוי משום סמוך מיעוטא דמושלי לחזקת איסור דא"א דקיי"ל דאמרינן וכמש"כ המרדכי סוף יבמות להקשות דאמאי במים שאין להם סוף אמרו דאם ניסת לא תצא הא יש לנו לומר סמוך מיעוט לחזקה ותי' בחד תירוץ משום דהוי מיעוט דמיעוטא הניצולים מטביעה יעי"ש. וע"כ במידי דלא שכיח דמושלי זה לא הוי בגדר מיעוט דמיעוטא וסמכינן מיעוט דמושלי לחזקת א"א וה"ל פלגא ופלגא כן י"ל בטעמו ולכן בנ"ד דנטבע במשאל"ס אף דלא הועד עליו ששהו עליו עד שתצא נפשו מ"מ הא איכא בזה רוב הנטבעין דמתו כמבואר בב"ב ד' קנ"ג ע"ב דאמרו בספינה שרובן לאבד נותנין עליהם חומרי חיים וחומרי מתים כו' והא דהחמירו הטעם הוא משום דסמכינן מיעוט המצוי לחזקת איסור דא"א. ע"כ בנ"ד כבר יצאה האשה מן חזקת איסור א"א ע"י הגדת הספן במשאל"ס דנטבע בנהר האפט וגם הא העיד דחפשו אחריו אך דלא הגיד דשהה עליו עד שתצא נפשו. מ"מ הא יש

בזה רוב דלאבד כנ"ל ועכ"פ נסתלק עי"ז החזקת איסור דא"א מכבר ע"כ י"ל דבזה אף הב"י מודה להקל דהא בזה לא שייך לומר סמוך מיעוטא דשאלי בכה"ג לחזקת א"א דהא כבר נסתלק החזקת א"א ע"י מה דנטבע וע"כ בכה"ג אף בלא ס"א דגופו י"ל דמודה הב"י להקל:

ה

ועוד דהא הב"ש ס"ק ס"ט הקשה על הב"י מהא דמחזירין גט בארנקי ולא חיישינן לשאלה כמבואר בסי' קל"ב ותירץ הב"ש דשאני התם דהבע"ד אומר ברי לי דלא השאלתי כו' ומיהו הסוגיא אינו מיושב עכ"ל הב"ש ובחידושי כתבתי לבאר שיטת הב"י על מכונו דלא תקשה עליו מן הסוגיא אך כעת אקצר מחמת טרדתי וחולשתי:

עכ"פ חזינן דהיכא דאיכא ברי לי אז גם הב"י מודה להקל במידי דלא שכיח לשאולי. א"כ ה"ה היכא דאיכא רובא דהא רוב עדיפא מן ברי וכמו שהעיר הנו"ב ח' אה"ע בסי' ס"ט והפ"י בקידושין דף ס"ג וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז לבאר די"ל דעד א' וכן בע"ד האומר ברי לי במקום רוב לא מהימן ע"ש ולכן כיון דבמקום ברי לי מודה הב"י דיש להתירה במידי דלא שכיח לשאולי כמש"כ הב"ש כש"כ במקום רוב דוודאי מודה הב"י להקל במידי דלא שכיח לשאולי וע"כ בנ"ד דאיכא בזה רוב הנטבעין דלאבד כמבואר בב"ב כנ"ל וודאי גם הב"י מודה דיש להתירה בנ"ד. וגם יש לדון היתירא בנ"ד לפי מש"כ הריב"ש הטעם שהחמירו בלא שהו עליו משום דאיכא בזה שני חזקות היינו חזקת חי וחזקת א"א וכמש"כ הנו"ב במ"ק סי' מ"ג דלדבריו יש להקל אף בלא שהו עליו עד שתצא נפשו אם מצאו אדם מת במים דאין בזה רק איסור דרבנן וע"כ בזה לא חיישינן לשאלה ע"ש בנו"ב ויש לדון הרבה בדברי הריב"ש הנ"ל וע"פ דברי הריב"ש הנ"ל מתורץ בפשיטות מה שהקשה הב"ש על הב"י מן הא דמחזירין גט ע"י ארנקי די"ל דשאני בגט דליכא רק חזקה א' משא"כ במיתה דיש תרי חזקות כמש"כ הריב"ש אך י"ל עפ"ז בסוגיא דב"מ דף כ"ז ויבמות דף ק"כ וכן יש לדון בדברי הנו"ב הנ"ל וע"כ הוכרחתי לקצר בכ"ז:

ו

אך באמת בלא"ה הא העלה הב"ש שם דיש להקל במידי דלא שכיח לשאולי ולא כחומרת הב"י. וגם הא כתב השיטה מקובצת בב"מ דף כ"ז ע"ב בשם הרשב"א דכתב בזה"ל מהא דאמרינן כיס וארנקי וטבעת לא מושלי שמעינן דמעידים עלייהו ואפי' למ"ד סימנין לאו דאורייתא מהדרינן ג"כ עלייהו ולא חיישינן לשאלה כלל בכל כי הא וסמכינן עלייהו לאהדורי גט אשה וה"ה לעדי מיתה הרשב"א עכ"ל השיטה מקובצת הרי להדיא דהרשב"א ס"ל דאף למ"ד סי' דרבנן מ"מ מהני מידי דלא שכיח לשאולי אף במיתה אף

דהוי תרי חזקות כנ"ל וכן מוכח מהתוס' יבמות דף ק"כ ע"א ד"ה א' רבא לשני תירוצי בתראי ע"ש ולכן אין לנו לחוש כלל לחומרת הב"י אף אם לא היה ס"א בגופו ומכש"כ דיש בנ"ד ס"א בגופו. וכן ראיתי בתשובת מוהר"י מברונא סי' נ"ג דהביא בשם כמה ראשונים דס"ל להקל ע"י סי' אמצעי בגופו וגם ע"י סי' דכליו משום דלא שכיח דיתרמי שישאיל כליו לזה שיש לו סי' זה כו' ע"ש וזהו כעין שי' החכ"צ הנ"ל וגם הא יש בנ"ד ההיתר של המהר"ל מפראג דהובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ס"ט וגם הא הביאור הגר"א זצ"ל על האה"ע ס"ק פ"ג כתב דיש להקל דלא ניחוש כלל לשאלה וכש"כ בצירוף שארי אומדנות ע"ש. ובנ"ד הא יש הרבה אומדנות וודאי דיש להקל ולא ניחוש לשאלה:

ז

ועוד דהא שיטת ר' בצלאל אשכנזי סי' כ"א והובא בקונטרס עגונות ס"ק רמ"ז דשיטת הרמב"ם והר"ח דמפרשים להא דגיטין דף כ"ח דספינה שאבדה דנותנין עלי' חומרי חיים כו' הפירוש הוא דגוף הספינה קיימת רק דאבדו העוגין והמשוטות כו' אבל אם נטבע במשאל"ס אף דלא שהו עליו כו' ג"כ הדין הוא דאם ניסת לא תצא וכל ספיקות בזה הם ספק דרבנן ולקולא ובתשובת משכנות יעקב וקהלת יעקב ביאר היטב שיטות הפוסקים הנ"ל וע"כ לפי שיטתם וודאי הדין נותן בזה דמהני סימנים אמצעים וכן יש להקל בזה דלא ניחוש לשאלה כלל בזה דהא זה הוי ספק דרבנן אי חיישינן לשאלה וכן ספק שמא סי' דאורייתא וע"כ לפי הך שיטה וודאי דיש להקל בנ"ד וכש"כ לפמש"כ בספרי לדון ולבאר היטב שיטת הסוברים דאם ניסת בס"א לא תצא. עיין בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' ולפ"ז יש לנו כמה ס"ס בנ"ד להקל. ויש לי עוד מה להאריך בכ"ז בעז"ה ובאמת אף על אופן א' מן ההיתרים הללו יש לנו לסמוך אך דנתבאר כמה אופנים להיתירא וזהו להתלמד על מקום אחר בעז"ה סיומא דפסקא דעתי מסכמת להתיר להאשה להנשא לכל בלא פקפוק כלל וכמש"כ כת"ר ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה להנשא בלא שום חשש כלל:

סימן מב

נשאלתי ע"ד אשה צעירה בימים שזה ערך שתי שנים שנסע בעלה בשלום ממנה לדרך המסחור שלו במדינת רוסיא עם סחורות מיעחאוואיע לפ"ב ומאסקווא ולעיר קאסטראמא ויערסלאוו כדרכו בהמסחר שלו בהמקומות הללו זה כמה שנים וממאסקווא כתב מכתב לאשתו שיסע משם לקאסטראמא ואח"ז ליערסלאוו ומעת כתיבת המכתב הלז נאבד זכרו זה ערך שתי שנים ובתוך כך בא גב"ע לפה מן עיר קאסטראמא שאמר לפניהם איש א' מה ששמע מן האריסטאנטין אינם יהודים שישבו

שם בבית האסורים שספרו לו במסל"ת כפי המבואר בארוכה בהגב"ע איך שהרגו לאיש א' שהיה צעיר לימים בערך אותו הזמן שהי' בקאסטראמא בנסיעתו על הדרך ליערסלאוו שהיה עמו סחורות מיעחאוואיע ואח"כ טלטלוהו להיער סמוך להכפר. ואח"כ באתה האשה שם לחפשו ומצאתו סמוך להכפר איש אחד נהרג שנשחת צורת פניו וכל גופו ונשאלתי אם מותרת להנשא:

ענף א

א

תשובה הנה זה ברור דא"י שאמר במסל"ת הרגתי לפלוני דמשיאין אשתו כמבואר באה"ע בסי' י"ז סעיף ז' ולא חיישינן שאמר כן כדי לאיים וכמש"כ הב"ש ס"ק כ"א ומה שלא אמר קברתיו מבואר בב"ש ס"ק נ"ד דלא קיי"ל כהרמב"ם ואצ"ל קברתיו וכ"כ בק"ע ס"ק קט"ו בשם התה"ד דמסקנא דמילתא שלא נהגו העולם כלל לומר קברתיו ועוד דהא בנ"ד דאמרו הרוצחים דלאחר שהרגוהו טלטלוהו והוליכו אותו להיער א"כ בכה"ג אף להרמב"ם אצ"ל קברתיו וכמש"כ הר"נ והריב"ש דטלטול והזזה הוי כמו קברתיו והובאו בק"ע ס"ק קט"ז אך מה נעשה כי בעיקר אמירתם של הרוצחים לא אמרו את שם הנהרג לא שמו ולא שם אביו ושם עירו ואף שמו לבד לא הזכירו:

א"כ עדיין יש לחוש שמא היה איש אחר יהודי שמסחרו ג"כ עם סחורות מיעחאוואיע והרגוהו וזה האיש שאנו דנין עליו נסע לאיזה מקום אחר ומה שאמרו שנסע עם סחורה מיעחאוואיע זה בוודאי לא נחשב לסימן כלל דגם סימן אומנות דשכיחי לא נחשב לסימן כלל כמש"כ מזה בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' י' ענף ח' וכן בנ"ד אין סברא לומר דמסחור מיעחאוואיע מקרי מידי דלא שכיח. ומה שמבואר בנ"ד בהגב"ע דקאסטראמא שהעידו הרבה אנשים דידענו בבירור גמור דבעירינו תמיד ידוע מכל הנוסעים דרך שם אשר ע"כ ידענו ולא שמענו משום אדם כי מאז נסע הנהרג דרך קאסטראמא עד העת שהובאו הרוצחים שם דלא נסע שם אדם עם סחורה כזו מן קאסטראמא ליערסלאוו כו' על זה לבד קשה לבנות יסוד ההיתר דהא אינם מעידים שלא זזה ידם דעמדו תמיד בהשער העיר יום ולילה ויכול להיות כי נסע איזה איש בסחורה כזו בלילה או ביום שלא עמד כלל בתוך העיר וע"כ אינם יודעים מזה וידיעתם הוא כי אותן העומדים בתוך עירם לנוח מעט כדרך כל הנוסעים דיודעים מי המה אבל אותן שנוסעים דרך שם ואינם עומדים שם כלל מזה יכול להיות שאין להם שום ידיעה כלל והא מצינו ביבמות דף קט"ז ע"א דאמרו דחיישינן דילמא בגמלא פרחא אזל פי' רש"י הולך מהר כו' ועיין בתוס' שם ואף לשיטת הרשב"א שם בשם הראב"ד דלגמלא פרחא לא חיישינן מ"מ בנ"ד שפיר

יש לחוש שמא נסע כדרך כל הנוסעים אך לא עמד שם בתוך העיר ולכן לכאורה ננעלו דלתי ההיתר בנ"ד:

ב

ועכ"ז אפתח בהצלה בעז"ה ונקדים דברי המבי"ט שהובא בק"ע ס"ק רכ"א אם נאבד יהודי בדרך שהלך ממקום פלוני למקום אחר ואח"כ באותו הדרך נמצא הרוג מדאורייתא תלינן שזהו הנאבד דאם אי' שהנאבד הי' ניצול היה נודע מקומו וע"כ אם ניסת לא תצא יותר מן הנטבע במשאל"ס כו' עכ"ל ונראה לי להביא ראיה לדבריו מיבמות דף קכ"ב במעשה בקולר של ב"א שהיו מהלכין לאנטוכיא ובא נכרי א' ואמר חבל על קולר של ב"א שמתו וקברתים והשיאו נשותיהם ושוב מעשה בששים ב"א שהיו מהלכין לכרכום ביתר ובא נכרי ואמר חבל על ששים ב"א שמתו והשיאו נשותיהם ופי' רש"י קולר חבורה ושיטת הרמב"ם לפרש שהם אסורים בקולר או נושאים גמלים וכיוצא כו' והובא במחבר סי' י"ז סעי' י"ז והב"ש שם ס"ק נ"ה וכן הח"מ שם ס"ק ל"ז דלשיטת רש"י מוכח דמנין עשרה בלחוד הוי סימן ובק"ע ס"ק קפ"ג כתב דמעובדא דקולר שמעינן דסי' חבורה לחוד אף דלא אמר סי' מנין שלהם ג"כ מהני וכ"כ בק"ע ס"ק רע"ג בשם הרא"ש. ובאמת צ"ע לכאורה דאמאי מהני סי' מנין וכן סי' חבורה אף בלא סי' מנין דהא סי' מנין לא הוי סי' מובהק כמש"כ הט"ז להוכיח כן מן ב"מ דף כ"ה דהש"ס שקיל וטרי להוכיח דש"מ מנין הוי סימן ודחי לי' א"כ חזינן בוודאי דסי' מנין לא הוי סי' מובהק א"כ אמאי מהני סי' מנין לחוד שם בשלמא לשיטת הרמב"ם דפי' דהם אסורים בקולר או נושאים גמלים וכיוצא בזה י"ל דטעמו דס"ל דשני סימנים אמצעים מצטרפין להיות סימן מובהק כדס"ל כן להרבה פוסקים אבל בשיטת רש"י קשה אכן לשיטת המבי"ט דס"ל דאם נמצא באותו דרך שהלך דיצתה מה"ת מחשש א"א אתי שפיר דהא ס"ל לכמה פוסקים דבדרבנן מהני סי' אמצעי ע"כ מהני התם סי' מנין או חבורה לחוד דזה הוי לכה"פ סימן אמצעי א"כ הוי מסוגיא זו סייעתא לדברי המבי"ט ומן דברי הרמב"ם דמצריך עוד סי' לסי' מנין י"ל דס"ל כשיטת הסוברים דאף בחשש דרבנן לא מהני סי' אמצעי וכדס"ל כן לכמה פוסקים ואכ"מ:

ג

ויש לי להאריך בדברי המבי"ט ובקצרה הוא כי עיקר סברתו שכתב דאם איתא שהנאבד הי' ניצול הי' נודע מקומו כו' כעין זה הוא ברש"י כתובות דף כ"ב ע"ב ד"ה באומרת ברי כו' שאילו היה קיים היה בא עכ"ל. ויש לי מה לדון בזה טובא אך באמת עדיין אין מזה תרופה לנ"ד דהא אף לדברי המבי"ט עדיין לא יצאנו מחשש דרבנן בנ"ד אף לדברי המבי"ט ואף דסיים המבי"ט שם דאפשר לצדד להתיר אף מדרבנן כו' היינו כמו שכתב

שם דמאחר שלא נתעלמו רק אלו הג' כו' א"כ זה אינו רק היכא דהוי סי' מנין אבל בנ"ד דלא הוי רק אחד לא שייך כן וכמש"כ בק"ע ס"ק רע"ג דיש לחלק בין קולר לאדם אחד א"כ עדיין אין לנו היתר ברור בנ"ד:

ד

אכן נראה לי לדון באופן אחר להיתירא בנ"ד והוא דנקדים דברי המהר"י בן לב המובא בק"ע ס"ק ע"ז בזה"ל יהודי אחד היה קונה שוורים ובאו עכו"ם והעידו שהיהודי הקונה שוורים נהרג ונתברר ע"פ החקירה שלא הוחזקו שני יהודים קונים שוורים באותו הזמן וקודם לו ואחריו שאילו היה איש אחר היה נודע להם למה שהוא דרך הקונים שוורים לסבוב מעיר לעיר ולהכריז במקומות המיוחדים שכל שרצונו למכור שוורים יבואו אצלו באופן שהוא נמנע שיתעלם מהם אם היה איזה יהודי קונה שוורים ועם כל זה אין זה ראיה מספק דחוששין למיעוט דאולי בא איש אחד ומיד שבא נזדמנו לו לקנות שוורים כו' וזהו שנהרג וחוששין למיעוט כמו במשאל"ס ובמגוייד עכ"ל הרי שכתב דכיון דהמנהג היה שם כי כל הקונה שוורים יכריז כו' ולכן לא חיישינן מה"ת שמא אירע איזה סיבה שלא עשו כן ועיין בכתובות דף ט"ז ע"ב דאמרו דהאי דלא עברו קמאי אתניסי הוא דאיתניסו ובתוס' שם דמיירי דאיכא מיגו כו' ועיין בש"ך ח"מ כללי מיגו ס"ק ב' א"כ ה"ה בנ"ד דאנשי עיר הדרים בעיר קאסטראמא מעידים שיודעים בבירור גמור דבעירם תמיד ידוע מכל הנוסעים דרך עירם וידענו ולא שמענו משום אדם כי מאז נסע הנהרג דרך עירם כו' לא נסע שום אדם עם סחורה מיעחאוואיע כו'. א"כ מסתמא ידוע להם כי הדרך מן כל הנוסעים דרך עירם לעמוד ולנוח בתוך עירם לחפש אחר קונים סחורה זו כי זהו עיקר חפץ הנוסעים ברוסיא עם סחורה זו הבא מן חו"ל להובילם למדינת רוסיא להשיג קונים שם. ע"כ דרכם של אותן שיש להם מסחר זה לעמוד בתוך העיר כמו עיר קאסטראמא שהיא עיר גדולה שישיגו שם פדיון ע"ז וכן אמרו לי היודעים דרכי המדינה דשם דאינם מצויים שם יהודים בהכפרים שישיגו מאכלים כשרים רק בהעיירות הגדולות שנמצאים שם יהודים א"כ זה הנוסע דרך עיר קאסטרמא ליעראסלאוו דרכם להעמיד שם לאכול שם ע"כ שפיר כתבו בהגב"ע שנודע להם בבירור גמור שלא היה שם יהודי אחר עם סחורה כזו זולת אותו האיש שאנו דנין עליו לכן שפיר יש לדון בנ"ד דזה דומה לעובדא של המהר"י בן לב דכתב דהיכא דע"פ הנהגת הקונים שוורים הוא כך וכך ובאמת לא היה כן דכה"ג יצתה מה"ת מן חשש א"א ואין לחוש בזה רק מדרבנן כמו במשאל"ס דחשו למיעוטא וה"ה בנ"ד דע"פ המנהג הוא שיעמדו בעירם סוחרים במסחור מיעחאוואיע. ובאמת לא היה שם איש אחר בסחורה זו זולת האיש שאנו דנין עליו דאם היה עומד שם

זה בוודאי היו יודעים ע"כ יצתה מה"ת בנ"ד מחשש א"א ואין לנו רק חשש דרבנן לחוש למיעוטא שמא נסע איש אחר בסחורה זו דרך העיר ולא עמד לנוח שם כלל ואין זה רק חשש דרבנן אף בלא דברי המבי"ט הנ"ל:

ענף ב

ה

ועכשיו שנתברר לנו כי בנ"ד אין לנו רק חשש מדרבנן לכן יש לדון בהיתירא בנ"ד והוא דנקדים דברי השב יעקב בסי' י"א שכתב לדון בדברי המבי"ט בנמצא הרוג באותו הדרך שהלך ממקום פלוני למקום פלוני דזהו כמו הא דפסחים דף י' בשדה שנאבד בה קבר ונמצא בה קבר דס"ל לרבי דאמרינן קבר שאבד הוא קבר שנמצא ולא חיישינן שמא הוא קבר אחר והלכה כרבי מחבירו כו' והאחרונים השיגו עליו דיש לחלק דשאני בשדה שאבד קבר דהוחזק לנו מתחילה אותו השדה שאין שם קבר אחר כלל וע"כ תלינן שפיר בנמצא הקבר דאין שם קבר אחר רק זהו הקבר שנאבד שם משא"כ בנמצא הרוג בדרך דאין לדון כן שהרי הדרך מקום מעבר לרבים ע"כ אין לנו לומר זהו שהלך שם כו' כמו שהאריך בזה הנו"ב במ"ק סי' מ"ו והמראות הצובאות ס"ק ס"ו. ועוד הקשו על השב יעקב דאף דהראב"ד והבעה"מ פסקו כרבי. אכן הטור באו"ח סי' תל"ט פסק כרשב"ג דלא אמרינן קבר שאבד הוא קבר שנמצא ויעיין מזה בשו"ע או"ח סי' תל"ט סעי' ב' ועוד יש להקשות בעיקר דברי השב יעקב דמנלן לדון הך סברא דזהו שנאבד זה הוא שנמצא היכא דיש לנו חזקת איסור א"א המנגדתו כמו בנ"ד דהא שם בשדה שאבד קבר לא הוי חזקה המנגדתו וע"כ לדינא קשה לסמוך על סברת השב יעקב הנ"ל ומה דיש להעיר בעיקר דברי השב יעקב מיבמות דף קט"ו בעובדא דאתלי נורא בי גנני העיר מזה הנו"ב בסי' מ"ו וכתב לחלק דשא"ה משום פסתא דידא דשדיא וכ"כ הב"ש ס"ק ק"ס בשם הרמ"ה דעובדא דאתלי נורא בי גנני היה מוכח דהיד אין זה מהאיש הנשרף ע"ש וקצרתי:

ו

אבל בנ"ד לפי מה שנתבאר דזהו כמו רוב המברר לנו דלא הי' שם איש אחר דזהו כמו משאל"ס כמש"כ המהר"י בן לב על הנידן דכיוצא בו כנ"ל א"כ ממילא נסתלק בנ"ד החזקת איסור א"א דהא מה"ת רובא עדיף מחזקה ומש"כ הריב"ש דשאני היכא דיש שני חזקות:

כבר סתר זה הנו"ב ובפרט בנ"ד דנמצא א' מת וקצרתי]. ואף דחשו חז"ל למיעוט מ"מ החזקה נסתלק ע"י הרוב א"כ לא הוי בנ"ד שום חזקת איסור כלל וכן אין שייך בנ"ד סברת הנו"ב דשאני היכא דהוי מקום מפולש ומעבר לרבים דהא בנ"ד אינו מצוי שיהיה

שם על אותו הדרך באותו הזמן שאנו דנין איזה יהודי אחר עם סחורה מיעחאוואיע דהא זהו לא שכיח כנ"ל רק מה דחיישינן למיעוט שמא נסע איזה איש יהודי בסחורה כמותו ע"כ שפיר מהני מה דמעידין האנשים דעיר קאסטרמא דיודעים דהאיש שאנו דנין עליו נסע אז משם ליערסלאוו על אותו הדרך שאמרו הרוצחים שהרגו שם לאיש יהודי שהיה לו סחורה כזו. ותלינן דאותו האיש שהרגוהו על אותו הדרך דזהו האיש שאנו דנין עליו דידעינן דהלך אז דרך שם וכן אין להקשות בזה דהא שיטת הטור למפסק הלכתא כרשב"ג ודלא כרבי דהא דוקא בדאורייתא פסק הטור כרשב"ג אבל היכא דביטל החמץ מודה הטור דא"צ לבדוק ותלינן דזהו שנמצא א"כ ה"ה בנ"ד דלא הוי רק חשש דרבנן משום דלא שכיח דיהי' שם איש אחר בסחורה מיעחאוואיע באותו העת שאנו דנין שלא יהי' להם ידיעה ממנו ועיקר החשש בנ"ד רק מדרבנן וכיון דאף אם לא נודע לנו שהי' נוסע האיש שאנו דנין עליו בהדרך ההולך מקאסטרמא ליערסלאוו ג"כ אינו רק חשש מדרבנן ולכן שפיר יש לדון לכ"ע ע"פ הידיעה מעדות אנשי קאסטראמא שהיה נוסע האיש שאנו דנין עליו משם להדרך ההולך משם ליערסלאוו דעכשיו דנמצא איזה הרוג על אותו הדרך דתלינן לכ"ע דזהו שנאבד על אותו הדרך הוא שנמצא דהא בדרבנן לכ"ע מקילינן מסברא זו ושאני בנטבע דהרבה נטבעים יש בים כמש"כ הפוסקים והנו"ב בסי' מ"ו והקהלת יעקב בסי' ז' על דברי הרשב"א:

ז

ועוד יש לדון בנ"ד לפי המבואר בבכורות דף כ"ה ע"ב דטעמי' דרשב"ג דס"ל בשדה שאבד בה קבר דתיבדק כל השדה משום די"ל דהא דרכי' למיקבר בי' כו' וכן בבעל מום שנתערב דאגב דמנגחי אהדדי שכיח בהו מומא הרי דדוקא היכא די"ל דשכיח אחר כמותו בזה חשו לומר דלא אמרינן זהו שאבד הוא שנמצא והא דפסחים דף י' במה דאמרו על ובדק ואשכח דפלוגתא דרבי ורשב"ג כו':

מוכח לומר דגם זהו מקרי מידי דשכיח לפי דשכיחי עכברים. עכ"פ מוכח מסוגיא דבכורות דדוקא במידי דשכיח בזה ס"ל לרשב"ג דלא תלינן דזהו שאבד זהו שנמצא א"כ בנ"ד דלא שכיח איש אחד בסחורה זו באותו העת כנ"ל ע"כ לכ"ע תלינן דזהו שנאבד על אותו הדרך ולא חיישינן שמא הוא איש אחר ובפרט דהוי מידי דרבנן ע"כ לכ"ע תלינן לומר דזהו שנאבד שם:

ענף ג

ח

אך לכאורה יש לפקפק בנ"ד דעיקר ההיתר הוא ע"פ עדות הא"י הרוצחים במסל"ת דהרגו על אותו הדרך איש יהודי בסחורה מיעחאוואיע משום דמה שנמצא שם סמוך

להכפר הרוג א' אין מזה שום התחלת ההיתר כלל דהא יכול להיות אף דנימא דהי' ניכר להם שהוא יהודי. מ"מ הא דוקא מצד דהיהודי שהרגוהו הי' מוליך להסחורה מיעחאוואיע בזה יש לדון לעדות האנשים דקאסטרמא שע"פ החקירה נודע להם כי איש סוחר עם סחורה כזו לא הי' שם באותו העת אבל בלא עדות הרוצחים רק מצד שנמצא הרוג שם בזה לא שייך שום תועלת מן עדות אנשים ישראלים הנ"ל והא עדות מסל"ת לכ"ע אינו מועיל רק מדרבנן ודוקא בע"א ישראל ס"ל להרבה פוסקים דמהני מה"ת אבל לא בעדות מסל"ת דלכ"ע הוא מדרבנן א"כ נסתר לכאורה עיקר יסוד דהיתירא בנ"ד:

ט

אכן באמת שפיר כתבתי דנ"ד מקרי רק חשש מדרבנן:

משום דלאחר שהתירו לסמוך מדרבנן ע"פ עדות במסל"ת להאמינו כעין סברת התוס' ביבמות דף פ"ח ד"ה מתוך חומר כו' או ע"פ סברת רש"י שבת דף קמ"ה דלכן נאמן עד מפי עד בעדות אשה משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש כו' א"כ לאחר דהימנוהו חז"ל ממילא דינו ככל עד כשר מה"ת דמקרי אופן כזה רק חשש מדרבנן אם הוי רובא וראי' לזה מהא דמבואר בסי' י"ז סעי' ל"ד גבי משאל"ס דאם ניסת לא תצא משום דכיון דאינו רק חשש דרבנן אם הי' שני עדים מעידים שנטבע ע"כ הקילו חז"ל אף בע"א וה"ה בעדות מסל"ת דאם ניסת לא תצא וכמבואר זה ביבמות דף קכ"א ע"ב ולא אמרינן דבעדות מסל"ת כיון דעיקר נאמנות שלו אינו רק מדרבנן דיהי' דינו חלוק בזה מן ע"א כשר דלא שייך בעדות מסל"ת לומר דניסת לא תצא ולהעמידו על דין דאורייתא דהא עיקר נאמנותו אינו רק מדרבנן ואפ"ה לא אמרינן הכי וע"כ מוכח דאמרינן דלאחר דהימנוהו חז"ל לעדות מסל"ת דדינו כמו כל עדות ששנים מעידין דכמו דבשני עדים מעידין אמרינן דניסת לא תצא היכא דאמרו כן במידי דרבנן כמו משאל"ס דה"ה אף היכא דעיקר נאמנות העד הוא רק מדרבנן דגם בזה שייך לומר דכ"מ שהימנוהו רבנן דינו כשנים גבי זה א"כ ה"ה בנ"ד דאף דעיקר נאמנות שלו הוא מדרבנן מ"מ דינו כמו אם הי' נאמן מה"ת. וכן מוכח מן מש"כ בתשובת מהר"י ב"ל המובא בק"ע ס"ק ע"ז גבי עובדא דיהודי קונה שוורים הנ"ל דעיקר העדות שמת הי' שם ע"י הגדת מסל"ת כמבואר שם ואפ"ה כתב שם דדומה למשאל"ס ומגוייד דאינו רק דרבנן ע"ש ומוכח כמש"כ:

י

ועוד יש לדון יסוד להיתירא בנ"ד ע"פ מה שכתבתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ו סעי' ד' לדון בדבר הספק שנסתפק החמדת שלמה בסי' מ"ג במה דאזלינן בתר קרוב אם גם במקום דאיכא חזקה הסותרו אזלינן בתר קרוב דקרוב עדיף מן חזקה או לא ואנכי כתבתי בספרי שם בעז"ה להוכיח בפשיטות דקרוב עדיף מן חזקה וכן הוכחתי שם מן הא דכתוב

מפורש בתורה והי' העיר הקרובה כו' יע"ש א"כ בנ"ד דידוע דהי' האיש שאנו דנין עליו בעיר קאסטרמא והלך בהדרך שהולך ליערסלאוו ונאבד שם דיש בזה מעלת קורבא דמוכחא דהא מדחזינן דלא נמסר המכתב שנשלח ע"י לאיש א' מיערסלאוו מוכח מזה דנהרג והוי בנ"ד קורבא דמוכחא טובא אך דיש לנו רובא דעלמא המנגדתו להקורבא דהא יש לנו לומר דזה הנמצא הרוג הוא פריש מרובא דעלמא ורוב עדיף מקרוב כמבואר בב"ב דף כ"ג א"כ לפי המבואר בב"ב שם דאם יושבת בין ההרים אזלינן בתר קרוב ופי' רש"י לפי שאין דרך רוצחים לבא ממקומות אחרים לכאן א"כ ה"ה בנ"ד לפי עדותן של האנשים דעיר קאסטרמא דחקרו ודרשו דלא הי' שם באותו העת איש אחר בסחורה זו משום דדרכן של הסוחרים להעמיד שם בתוך עירם א"כ עיקר החשש בנ"ד הוא רק מצד דיש לחוש מדרבנן למיעוטא א"כ ממילא דומה זה להך דיושבת בין ההרים דכמו דהתם כיון דלא שכיח רוצחים שיבואו שם ע"כ אזלינן בתר קורבא ה"ה בנ"ד כיון דלא שכיח איש סוחר בכזה שיהי' על אותו הדרך שלא יהי' מתחילה בתוך העיר להעמיד שם א"כ כיון דלא שייך בזה לדון דפריש מרובא דעלמא ע"כ ממילא אזלינן בזה בתר קורבא:

יא

ואף דיש בנ"ד חזקת א"א וחזקת חי המנגדתו להקורבא הא העליתי בספרי נחל יצחק שם דמעלת קורבא עדיפא ממעלת החזקות הנ"ל והא דמצינו דהחמירו חז"ל לחוש למיעוטא בחשש ערוה ולא אזלינן בתר רוב דעדיף מקרוב הא בארתי בספרי שם דדוקא במה שאינו כתוב מפורש בתורה החמירו חז"ל ורובא דליתא קמן לא מצינו מפורש בתורה כמבואר בחולין דף י"א אבל בקורבא דמפורש בתורה לא החמירו חז"ל וגם הא מוכח ומפורש בתורה דאף נגד החזקה אזלינן בתר קרוב כמבואר בספרי שם. ע"כ מהני קרוב לסמוך עליו בהיתירא דעגונא אף מדרבנן ואין מדמין תקנת חז"ל להדדי רק היכא דמצינו מפורש דחז"ל החמירו בי' וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח ענף ח' ע"ש. ע"כ בנ"ד דיש מעלות קורבא. ובנ"ד לא הוי רובא דעלמא המנגדתו ע"כ הוי זה יסוד גדול בנ"ד להיתירא לסמוך עליו והא דס"ל לכמה פוסקים לחוש לשני יוב"ש דהוחזקו אף במקום דאין שיירות מצויות ולא אמרינן כיון דידוע לנו דזה יוב"ש הלך על אותו הדרך א"כ יש לנו מעלת קורבא משום דשא"ה דאף דאין שיירות מצויות ידוע לנו דהלכו על זה הדרך איזה אנשים ע"כ שפיר יש לדון שם דכל דפריש מרובא דעלמא קא פריש ורובא הא עדיף מקרוב אבל בנ"ד דמחמת דלא שכיח דיסעו יהודים דרך קאסטרמא שלא יהי' להם ידיעה מהם זהו לא שכיח א"כ מחמת הרוב מחזקינן דלא נסע אז שם איש אחר

בסחורה זו. דומה זה להך דיושבת בין ההרים הנ"ל דכיון דלא שייך התם רובא דאזלינן שם בתר קרוב וה"ה בנ"ד ויש לי להאריך בזה טובא:

ענף ד

יב

ועוד יש לנו מקום להקל בנ"ד דהעידו אנשי קאסטראמא כי איש א' מסר להנידון מכתב שימסור לאיש א' ביאראסלאוו והי' מכתב נחוץ ור' ליב הנהרג הבטיחו שימסור המכתב שם ונודע כי לא הגיע המכתב שם ומחמת זה יש לנו הוכחה שר' ליב נהרג דהא יש לנו חזקה שליח עושה שליחותו וגם בדאורייתא ס"ל לכמה פוסקים דסמכינן על החזקה שליח עושה שליחותו כמבואר בעירובין דף ל"ב. וביו"ד סי' של"א סעי' ל"ד. ואף דכתבו התוס' בעירובין שם דהטעם הוא לפי דחבירו סמך עליו ויכול לבא לידי מכשול איסור עכ"ז ה"ה בממון דאמר לו המשלח שזה המכתב נחוץ הוא א"כ אפשר דזהו מקום פסידא וכיוצא והי' לו להעלות ע"ד לחוש להשתדל למסור המכתב לאיש שנשתלח לו ביאראסלאוו דרך נסיעתו וזהו הוכחה רבתא שנהרג ואין לחלק דשאני היכא שנשלח במיוחד לילך שם לעשות שליחותו משא"כ היכא שהולך שם בלא"ה לצורכו דזה אינו דהא עיקר סברת הטעם דאמרו חזקה שליח עושה שליחותו הוא כמש"כ רש"י חולין ד' י"ב דהטעם הוא כיון דנתרצה על עשיות השליחות ע"כ מחזקינן לי' שעשה:

יג

ונראה לי הטעם הוא דמצינו דסמכינן על הסברא דשארית ישראל לא יעשו עולה ולא חיישינן לחזרה כמבואר בפסחים דף צ"א ובב"מ דף מ"ט דישראל שאמר כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר כו' משום דסמכינן על סברא דשארית ישראל כו' אף דאיכא שם חזקת טבל המנגדתו. וכן מצינו בח"מ סי' קי"ב במה שכתב האו"ת שם לתרץ קושיות הש"ך שם ס"ק ב' ועיין בנתיבות שם. והא דקידושין דף מ"ה דס"ל לרבא דחיישינן לחזרה היכא דלא טרח בסעודה י"ל דשא"ה דהא קיי"ל במתנה מרובה יכול לחזור ואין בו משום מחוסר אמנה א"כ ה"ה בקידושין שהבטיח אבי הבת ליתן בתו לו לאשה וודאי זה מקרי מתנה מרובה כמבואר באה"ע סי' קל"ד דאין דמים לאשה. וע"כ שפיר חש רבא לחזרה התם משום דלא שייך התם שארית ישראל כו' אבל היכא דלא הוי מתנה מרובה דאסור לו לחזור שפיר י"ל דלא חשו לחזרה משום שארית ישראל כו' וטעם הסוברים דבדאורייתא לא סמכינן על חזקה שליח עושה שליחותו אף דהבטחתו על עשיות השליחות הוא מתנה מועטת ויש בזה לדון דשארית ישראל כו'. י"ל דטעמו דיש לנו לומר דלא עשה שליחותו ומוקמינן על חזקתו דלא עשה המעשה בקום ועשה אלא היה בשב ואל תעשה וכעין דברי הסמ"ע בח"מ סי' רמ"א ס"ק כ"ג:

יד

ואחר כותבי זה ראיתי במחנה אפרים ה' שלוחין סי' כ"א שהקשה כן על הא דקידושין ד' מ"ה הנ"ל אכן העיקר הוא כמש"כ ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' א' ענף ה' ובספרי נחל יצחק סי' ע"ח סעי' א' השליחות שהבטיחו לעשות דמסתמא נהרג דאל"כ אמאי לא נעשה השליחות דהא לא שכיח שיארע איזה סיבה לומר דלא היה יכול לעשות השליחות דלאיזה אונס שלא הוחזק לנו לא חיישינן וכמש"כ התוס' בכתובות דף ג' ע"א ד"ה וסברה דאניס דלא חיישינן לאיזה אונס משום דלא שכיחא:

ואף בחשש א"א דיינינן לסברא זו התם ע"ש]. וכיון דחזינן דע"כ אירע איזה סיבה לר' ליב הנאבד שלא הי' יכול לעשות השליחות דאל"כ אמאי לא נעשה השליחות ע"כ תלינן הקלקלה שנהרג המקולקל שנאבד לנו ולא תלינן בסיבה אחרת שלא הוחזק לנו רק הסיבה שיש לפנינו שנמצא הרוג לפנינו:

ואף דבדאורייתא הוי ספיקא בפלוגתא דרבוותא אי אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו כמבואר ביו"ד סי' של"א סעי' ל"ד ובמל"מ פ"ד ה' בכורות מזה עכ"ז הא בשל סופרים לכ"ע אמרינן חזקה שליח כו' להוכחה דנעשה השליחות ה"ה בנ"ד דנתבאר דיצאנו מחשש דאורייתא ע"כ שפיר יש לנו להוכיח מן החזקה דשליח עושה שליחותו דכיון דלא נעשה השליחות מסתמא נהרג ועיין בק"ע ס"ק תכ"ז בשם הצ"צ דסמכינן בהיתר ענוגות על הסברא דאין השואל רשאי להשאיל לאחר אך בנ"ד באמת אין דומה לדהתם דשא"ה דהוי בקום ועשה ע"כ לא חיישינן שמא עבר והשאיל לאחר שלא כדין משא"כ היכא די"ל דהיה בשב ואל תעשה ולא עשה שליחותו עדיין י"ל דחיישינן לזה דהיה בשב ואל תעשה. ע"כ אין נ"ד דומה לדברי הצ"צ בסי' ק"ו הנ"ל אך מ"מ יש לצרף זה לסניף דהיתירא עפ"י הסברא שכתבתי לדון משום דחזקה שליח וכו' ובדרבנן סמכינן ע"ז:

טו

ועוד יש לדון בנ"ד ע"פ המבואר בסי' י"ז סעי' ט"ו דהיכא דהוי אומדנות המוכיחות אפי' בלא עדות כלל דדינו כמו משאל"ס דאם ניסת לא תצא וכמש"כ התה"ד בפסקיו סי' קל"ט כה"ג דזה כמה שנים שנשתקע שמו ואבד זכרו ונפק קלא דלא פסיק שנהרג כו' ועכשיו בגלותינו דאנו מפוזרים ואילו היה חי ברחוק מאתים או שלש מאות פרסה היה נודע ונשמע לנו וכה"ג מקרי רובא אע"פ שאינו בא אלא מכח סתמא כו' עכ"ל התה"ד. וה"ה בנ"ד שנפרד בשלום לעסקיו מתוך ביתו ואשתו ובניו ע"ד לבוא לביתו על חג הפסח וכן היה לה מכתב ממנו ממאסקווא שיסע משם לקאסטראמא ואח"ז ליערסלאוו ומשם יבא לביתו על חג הפסח וכן מן מה שלא נמסר המכתב שנשלח ע"י מאיש א' מקאסטרמא ליערסלאוו דכל אלו הוי אומדנא דמוכח שהוא אותו הנמצא נהרג

על אותו הדרך שמקאסטרמא ליערסלאוו וכמש"כ כה"ג החתם סופר סי' ס"ה יעי"ש ונאבד זכרו זה ערך שני שנים ובנ"ד יש עוד רובא המבררת לנו דזהו האיש שנמצא נהרג כיון דלא שכיח שיהיה איש אחר בסחורה מיעחאוואיע על אותו הדרך שמקאסטרמא ליעראסלאוו שלא יהיה לאנשי העיר שום ידיעה ממנו כנ"ל. א"כ יש לנו תרי רובא המבררת לנו שזהו האיש שאנו דנין עליו:

וכבר כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח דהיכא דאיכא תרי רובא המבררים לנו שמת ובעת לידת הספק בפנינו יש לנו הך תרי רובא ביחד דכה"ג לא גזרו חז"ל ע"ש. ע"כ יש לנו מזה יסוד להקל בנ"ד וידעתי מה דיש לחלק בנ"ד דשאני הכא דנגד רוב הראשון יש לנו לדון דהנמצא נהרג הוא פריש מרובא דעלמא ולא זהו האיש שאנו דנין עליו א"כ לא נשאר לנו רק חד רובא השני אך זה אינו ברור כי יש לדחות זה. ובאמת אין אנו נצרכים לזה כי כבר נתבאר בל"ז מה שיש להקל בנ"ד ומצרפינן כ"ז לשארי אומדנות המוכיחות דיש לנו בנ"ד כיון דכבר נתבאר דהיכא דיש לנו הרבה אומדנות המוכיחות דהוי כמו משאל"ס כמש"כ הב"ש ס"ק נ' ואין להחמיר בזה רק מדרבנן ע"כ שפיר יש לנו להקל בנ"ד ולסמוך על כל מה שנתבאר להיתירא בנ"ד ומ"מ לחומר הענין אין אני מסכים להיתירא עד שיסכימו לזה עוד שני רבנים גדולים ומפורסמים אז אני נמנה עמהם להתירה. ויש לדון בכ"ז ע"פ דברי הרשב"א בחי' ליבמות דף קכ"א ע"א ד"ה מתניתין מעשה בעשיא כו' ובדברי הב"ש סי' י"ז ס"ק צ"א ובשו"ת שיבת ציון סי' ע"ט וסי' פ' ובשו"ת קהלת יעקב להגאון מקארלין סי' ז' וסי' ח' ובספר קהלת יעקב להגאון מליסא סי' י"ז סעי' י"ח וקצרתי:

ענף ה

טז

ואחר כ"ז באת האשה העגונה לפה וספרה לנו כי היתה בעצמה בקאסטראמא לחקור על בעלה שנאבד ואמרו לה כי הרוצחים בעת שסיפרו זה המעשה במסל"ת אמרו אז כי היה תואר פניו של הנהרג נוטה לשחור ושני שיניים היו חסרים מלפניו בשורה תחתונה וגם אמרו שם דלא שכיח במחוז קאסטראמא שיסע איזה יהודי בסחורה מיעחאוואייא:

יז

ואחר ששמעתי כ"ז ראיתי לפתוח בהיתירא דאיתתא דנא בהרווחה ב"ה והוא כי לכאורה נראה דסימן שניים חסרים זהו סי' גרוע דכמה בני אדם נחסרו השיניים אצלם ומ"מ י"ל דזהו כמו סי' מנין דאף דמבואר בב"מ דף כ' ע"ב דשטרא מכריז ובעינן דוקא תלתא אבל תרי לא היינו כמש"כ רש"י שם דכיון דמכריז שטרות מצאתי ומיעוט שטרות שתים כו' וכן אמרו לקמן דף כ"ד דשנים שנים חייב להכריז משום דמנין סי' וכמש"כ הסמ"ע

בסי' רס"ב ס"ק כ"ה וס"ק ל"ב ועוד דהא איכא בנ"ד סי' מקום דאף דאינו מצמצם מקום שנחסרו השיניים ממש מ"מ הוי סי' מקום נחשב לסי' אמצעי א"כ יש בנ"ד שני סימנים אמצעים שנצטרפו ביחד היינו סי' מנין וסי' מקום וכמו שכתבתי מכבר בכוונת רש"י לכתובות ד' פ"ה ע"ב גבי ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירי בסדינא כו' ועוד הא קיהיב סימנא ופי' רש"י ד"ה סימנא דאמר צרורות הם בסדין והם שבע. משמע דס"ל דמנין לבד לא הוי סימן מובהק אלא סימן אמצעי דזה לא מהני התם כמבואר בח"מ סי' רצ"ז ע"כ פי' רש"י דזה הוי סימן מובהק כיון דאמר בסדין הם צרורות והוי סי' מקום וסי' מנין ביחד:

וס"ל לרש"י דאף דכ"א בפני עצמו לא מהני אפ"ה שניהם ביחד מצטרפי להיות ס"מ ועיין בב"ש סי' י"ז ס"ק נ"ה ובט"ז שם. וזה דומה לנקב בצד אות פלוני דכתבו האחרונים הטעם אף אי נימא דצמצום מקום לא הוי סימן מובהק. מ"מ כיון דנקב מצד עצמו הוי לכה"פ ס"א וע"י סי' מקום דהוא בצד אות פלוני דשני הסימנים ביחד שהם תכופים וסמוכים אף להסוברים דשני סימנים אמצעים לא מצטרפי להיות סי' מובהק מ"מ אם הם תכופים וסמוכים ביחד מודו דנחשבים להיות ס"מ ובפרט לפי מה שהוכחתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' י' ענף ה' דשני סי' אמצעים מצטרפי להיות סי' מובהק א"כ יש בנ"ד סי' מובהק:

ועוד דאף דנימא דכ"ז לא הוי רק ס"א מ"מ הא לפי שנתבאר לעיל דבנ"ד יצאנו מחשש דאורייתא א"כ הא בדרבנן ס"ל לכמה פוסקים דמהני ס"א לחוד וכמו שהארכתי בכ"ז במקום אחר:

יח

ועוד יש לומר דעצם חסרון שינים מלפניו נחשב לכה"פ לסימן אמצעי כי אמרו לי אנשים היודעים כי אינו שכיח שיחסרו השינים מלפניו. ע"כ לכה"פ נחשב זה לסי' אמצעי ע"כ בהצטרפות סי' חסרון השיניים בעצם וכן סי' מנין כמה שינים נחסרו וסי' מקומם והם בשורה תחתונה ומלפניו כל אלו ביחד נחשבים להיות סי' מובהק ועוד י"ל בנ"ד דמה שאמרו שהי' עוסק במסחור מיעחאוואייע זה נחשב לסי' אמצעי וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' י' ענף ח' בשם תשובות גאוני בתראי סי' כ"ה דאומנות במידי דלא שכיח נחשב לסי' אמצעי והעיר בזה מהא דיבמות דף קכ"א ע"ב ווי לי' לפרשא זריזא כו'. וה"ה בסימן מסחרו כמש"כ שם בשם תשובת מהר"ם אלשיך יע"ש. א"כ ה"ה בנ"ד דאמרו דלא שכיח בעיר קאסטראמא ובהסביבה שיסע איש יהודי שמה במסחור מיעחאוואייע מחמת גודל הרציחות המצוי שם וע"כ נחשב זה גופא לכה"פ לסי' אמצעי

א"כ יש הרבה סי' אמצעי בנ"ד היינו סי' חסרון השיניים ומנינם ומקום החסרון וסי' מסחור שלו בסחורה מיעחאוואייע:

יט

ונ"ד עדיף ביותר מן המבואר בק"ע ס"ק ר"כ בשם המבי"ט דמיירי שם שהי' נותנים שם שלשה סי' היינו שהיה שמו אברהם והוא אדום הפנים ושהיה מוכר טפוש כו' וכיוצא בזה כתב בק"ע ס"ק רכ"ד דכתב לצרף סי' כובע ארוך ומוכר שום כו' א"כ בנ"ד דכיוונו חסרון השיניים כמה נחסרו ומקומן דזה עדיף מן סי' שמו אברהם בלא שם אביו כידוע וא"צ להאריך בזה וכן מה שכיוונו מסחרו בסחורה מיעחאוואייע. והיה מראהו נוטה לשחור דכל אלו ביחד הוי סי' מובהק וכש"כ לפי מה דכתב המהר"ם אלשקר סי' ס"ז בשם הרמב"ם בתשובה דצירוף שני סי' גרועים דהיה בינוני בקומה וזקינו שחור לס"א וכמש"כ בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' י' ענף א' בשיטת הרמב"ם דשני סי' גרועים מצטרפי להיות ס"א וע"כ מהני זה התם לשמו ושם אביו יעי"ש וכן י"ל דזהו כוונת הרמב"ם והמחבר באה"ע סי' י"ז סעי' י"ז דכתבו דמהני סי' מנין וסי' מקום יציאה והליכה והם נושאים כך וכך כו' ואף די"ל דכ"ז הוי סי' גרועים אפ"ה מצטרפים כ"ז לסי' מנין משום דמקום יציאה והליכה חשוב לחד סי' גרוע וסי' דנושאים כך וכך לסי' גרוע ב' והוי הנך ב' סי' גרועים לס"א וע"י סי' מנין הוי שני ס"א דמהני זה והוכיחו כן מהא דיבמות דף קכ"ב:

כ

ונ"ד דומה להא דסי' י"ז סעי' י"ז הנ"ל דכתבו הרמב"ם והשו"ע דסי' מנין עם סי' מקום היציאה וסי' מקום ההליכה והם נושאים כך וכך דמהני הגדת מסל"ת להתירה וה"ה בנ"ד סי' חסרון השני שיניים באיזה מקום דזה עדיף מן סי' מנין שבהרמב"ם שם. דהא בסי' מנין ליכא רק סי' א' והכא בחסרון השני שיניים במקומן יש הרבה סימנים היינו חסרון עצם השיניים וסי' מקום וסי' מנין כולם ביחד הוי סי' אמצעי לכה"פ ויותר נוטה דזה הוי ס"מ וכן סי' מקום יציאה והליכה שבנ"ד וכן סי' מה שהי' מסחרו במסחור מיעחאוואייע שזהו לא שכיח במחוז עיר קאסטרמא דזה דומה למה שכתבו שם להצטרף לסי' מה דנושאים כך וכך וידעתי מה דיש לחלק דשא"ה דכולם היו נושאים כך וכך אבל בנ"ד יש לנגדו סי' אחרים עוד וכן סי' גרוע שמראהו נוטה לשחור והיה צעיר לימים ולכה"פ ה"ה בנ"ד מחמת כל הטעמים שכתבתי לעיל דלא שכיח שיתעלם מאנשי העיר קאסטראמא איזה איש שיסע בהדרך דהולך ליעראסלאוו מקאסטרמא ולא יהיה להם ידיעה כלל ממנו. ע"כ בוודאי נ"ד דומה להא דסי' י"ז סעי' י"ז דיש להתיר בנ"ד ולסמוך על כ"ז בפשיטות. וכש"כ לפי מה שהעליתי בספרי נחל יצחק שם לחזק דברי הפמ"א דשני סי'

גרועים מצטרפי להיות נחשב לסי' אמצעי כמו שהארכתי שם. א"כ בנ"ד דיש לנו לכה"פ הרבה סי' גרועים היינו סי' חסרון השיניים במספרם ומקום החסרון וסי' מסחרו וסי' מראהו נוטה לשחור וצעיר לימים כל אלו ביחד בוודאי נחשב בפשיטות לסי' אמצעי א"כ בנ"ד דנתבאר דעיקר החשש הוא רק מדרבנן א"כ הא בדרבנן מהני סי' אמצעי ועוד הא י"ל באמת דחסרון השיניים מלפניו במניינם ומקומן הוי זה סי' מובהק כפי מה שאמרו לי היודעים היטב בזה ע"פ החקירה והדרישה בזה:

כא

ומהא דסי' י"ז סעי' י"ט דכתבו שם דאם אמרו כך וכך צורתו וכך סימניו דאין אומרים באומד הדעת פלוני הוא כו' י"ל דמיירי התם דהסימנים לא הוי אף סי' אמצעי או בסי' צורתו לא היה שם אף שני סימנים גרועים אבל היכא דמעיד על צורת פניו בשני סי' גרועים וסי' אמצעי בגופו דכל אלו נחשבים לס"מ לפי מש"כ דשני סי' גרועים מצטרפי להיות נחשב לס"א. ולכן כיון דיש עוד ס"א א"כ יש לנו ס"א דמצטרפי להיות ס"מ כנ"ל ע"כ אין מזה שום סתירה למה שהעליתי בספרי נחל יצחק הנ"ל להוכיח דמצטרפים שני סי' גרועים להיות נחשב לס"א ושני ס"א מצטרפי להיות נחשב לס"מ ויש לי להאריך עוד בכ"ז. אך בנ"ד אין אנו צריכים לכ"ז כיון דנתבאר דבנ"ד יצאנו מחשש דאורייתא ובדרבנן בוודאי יש לנו לסמוך על כל הנ"ל דלכה"פ נחשב כ"ז לסי' אמצעי כנ"ל:

כב

ועוד דנ"ד דומה לשני יוב"ש דלא הוחזקו ואין שיירות מצויית דהא זה ברור דשני ס"א עדיפי מן שמו ושם אביו ועיין מזה בנו"ב במ"ת סי' נ"ה וקצרתי ע"כ כיון דבנ"ד מקרי אין שיירות מצויות דהא לא שכיח דיהי' נוסע איזה איש במחוזות הללו בסחורה כזו ולא יהי' להם ידיעה ממנו ע"כ מקרי זה אין שיירות מצויות. ובשני יוב"ש ואין שיירות מצויות סמכינן בהיתר עגונות א"כ ה"ה בנ"ד. ויש לנו יסודות גדולות בנ"ד על מה לסמוך להתירה והחכם צבי בסי' קל"ד כתב להתיר ע"פ ס"א במקום שאין שיירות מצויות וכמש"כ המראות הצובאות סעי' י"ז והקהלת יעקב סי' י"ז סעי' י"ח וכש"כ בנ"ד דנתבאר דיש לנו שני ס"א כנ"ל. וע"פ כל הטעמים שנתבארו דעתי מסכמת להיתירא ויושיב כת"ר ב"ד של שלשה ויתירוה:

כג

ומה שכתב כת"ר בשם רב גדול א' שכתב להעיר להיתירא בחסרון השיניים ע"פ המבואר ברמ"א סי' י"ז סעי' כ"ד בשם תשובת הרא"ש המובא בטור אה"ע סי' קי"ח דאם חסר או יתר באחד מאבריו הוי סימן מובהק וה"ה בחסרון השיניים הוי ס"מ אבל לדעתי אינו כן דהא בתשובת הרא"ש שם כתב בזה"ל שהיה חסר באחד מאבריו:

וכן הוא לשון הרמ"א וי"ל דנקטו כן לדיוק דדוקא מה שנקרא בלשון אבר דאם חסר הוי ס"מ א"כ הא השיניים לא מקרי בשם אבר וכמבואר באהלות פ"א משנה ח' דמנו שם לחשבון האברים דיש באדם ואילו השיניים לא נחשבו התם ואינם מטמאים בטומאת המת כמבואר באהלות פ"ג מ' ג' וכמבואר ברמב"ם ה' טומאת מת פ"ב ה' ז' דמונה שם חשבון האברים וסיים שם דאין השיניים מהמנין ועיין בנדה דף נ"ה וכיון דהשיניים אין שם אבר עליהם ע"כ י"ל דלא נקראים בשם לשון אבר גם בנ"ד בהיתר עגונות. ואף דיש לחלק מ"מ אפשר לדון כן ואין ראי' מן תשובת הרא"ש והרמ"א לנ"ד לבנות יסוד דהיתירא ע"ז ועיין חולין דף קכ"ח ולכן לא כתבתי לדון דחסרון השניים יהי' ס"מ משום די"ל דגם לזה אין שם אבר עליו רק כתבתי לסמוך להיתירא ע"פ חסרון השניים מצד סי' מנין וסי' מקום וסימן עצם החסרון להשניים וקצרתי סיומא דפסקא דמותרת האשה דנ"ד להנשא ויושיב ב"ד ויתירוה:

סימן מג

ב"ה יום ה' י"ד אב תרכ"ו. אל כבוד יד"נ הרב הגאון וכו':

מכתבו הגיעני בשאלתו ע"ד האשה שהי' לה בעל וניסת כהיום לבעל אחר בטעות דסברה דהיא מותרת כבר דבעלה מת ובאמת לא הי' גב"ע בבירור שמת בעלה רק הי' הגב"ע אשר עלם א' בן י"ג שנה שלא נבדק אם הביא שתי שערות העיד ששמע מפי א"י מסל"ת אשר איש אחד ששמו ר' יהושע תפסוהו הריקים ביחד עם איש אחד ששמו מאיר ליב שהי' ידוע להם ר' מאיר ליב הזה והוליכו אותם ליער והי' שם בעת שהרגו לר' יהושע עם ר' מאיר ליב הזה. ושם ר' מאיר ליב ידוע להם על איזה איש הי' אומר ועל ר' יהושע הזה לא נודע להם על איזה איש הנקרא יהושע סיפר הא"י וגם כתוב בהגב"ע כמה סימנים גרועים של ר' יהושע בעל האשה הנ"ל ומעכ"ת צידד להיתירא בזה כנכון וכמצווה עלינו לחפש בתק"ע ובפרט בנ"ד שכבר ניסת לבעל וביקש ממני לעיין בזה:

ענף א

א

והנני להשיבו ומתחילה יש לעיין במה שהעד לא נבדק אם הביא שתי שערות א"כ הא בכה"ג אינו נאמן לעדות כמבואר בח"מ סי' ל"ה סעי' א' ועכ"ז יש להקל בנ"ד דהא דעת הטור באה"ע סי' י"ז סעיף י"ג ובב"ש ס"ק ל"ד דקטן שיש לו דעת והגיע לעונות הפעוטות דנאמן אף במכווין להעיד כמבואר בט"ז שם וכן מצינו להר"ן בכתובות בסוגיא שם ד' כ"ז דחולק על הרמב"ם וס"ל דאף קטן נאמן בעדות אשה גבי שבוי' כמבואר בברייתא שם דעדות תינוק ותינוקות כו' וכן הוא שיטת הרב המגיד והובא באה"ע סי' ז' סעי' א' וכן

מבואר להדיא בירושלמי פ"ב דכתובות הלכה ט' בזה"ל ואפילו קטן ואפילו קרוב נאמן בעדות שבוי' כמבואר שם במראה הפנים ד"ה ואפילו קטן וקרוב דכתב דמשמע דאפילו מתכווין להעיד נאמן הקטן עיי"ש. וזה ברור דמה דמהני בעדות שבוי' כש"כ דמהני גבי עדות אשה להעיד שמת בעלה הא גבי א"י מסל"ת הובא שם בס"י בשם הרא"ש דפסול לעדות שבוי' משום דשאני עדות מיתה דהיא עצמה נאמנת משא"כ בשבוי' דאינה נאמנת ע"ש. אלמא דהחמירו בעדות שבוי' יותר מעדות מיתה ולכן כיון דלשיטת הר"נ והמגיד נאמן קטן אף במתכווין להעיד ה"ה וכש"כ גבי עדות מיתה דנאמן הקטן אף במתכווין להעיד וא"כ הרי יש לפנינו שיטת הטור והר"נ והמגיד דס"ל דקטן שיש לו דעת נאמן אף במתכווין להעיד ואף שיש לפנינו שיטת כמה חולקים עליהם עכ"ז גם לדעתם יש להקל בנ"ד עפ"י מה שראיתי בבית מאיר סי' י"ז סעי' י"ג דהביא שם בשם הנו"ב דמחליט דצריך דווקא שערות ובבדיקה. והבית מאיר כתב שם דמסתבר יותר דאין צריך שערות כלל אך לא הביא ראי' לזה:

ב

ולפענ"ד יש להביא ראי' לזה מחו"מ סי' ' ג' דדעה קמייתא ס"ל דאינו ראוי לדון אלא מבן י"ח ומעלה והביא שתי שערות ודעה בתרייתא ס"ל דמבן י"ג ומעלה כשר אפי' לא הביא שתי שערות. והובא שם בטור בשם הירושלמי דמבן י"ג ומעלה ראוי לדון אפילו לא הביא שתי שערות ע"ש וראיתי בתומים סי' ז' ס"ק ד' שכתב בכוונת הירושלמי דאמרו קטן כשר לדון היינו שיש שני גדולים עמו א"כ דבר תורה חד כשר והוי רק מילתא דרבנן ומיירי בדלא בדקוהו אם הביא שתי שערות ובדרבנן סמכינן אחזקה דרבא כו' עכ"ל אבל לדעתי אין לומר כן דהא מבואר בירושלמי פ"ד דסנהדרין סוף ה' ז' בזה"ל ר' אבוהו בשם ר' יוחנן אף פחות מבן עשרים שלא הביא שתי שערות כשר בדיני ממונות. והא מבואר בש"ס דילן בריש סנהדרין דר' אבוהו ס"ל שנים שדנו אין דיניהם דין וגם מבואר בירושלמי ריש סנהדרין דר' יוחנן ס"ל שנים שדנו אין דיניהם דין והובא בתוס' ריש סנהדרין וכן ס"ל לר' אבוהו שם בירושלמי ריש סנהדרין וכיון דס"ל בשנים שדנו אין דיניהם דין וזה ברור ופשוט שם דמאן דס"ל שנים אין דיניהם דין דס"ל דמה"ת בעינן תלתא או מטעם עירוב פרשיות או מטעם משפט אחד יהי' לכם כמבואר בתוס' סנהדרין ד' ב' ע"ב ד"ה ד"ה כו' א"כ לר' אבוהו ור' יוחנן הוי זה מידי דאורייתא א"כ נסתר מש"כ התומים דהא בדאורייתא לא סמכינן אחזקה דרבא וע"כ מוכח מהירושלמי דמכשיר בן י"ג שנה אף שלא הביא שתי שערות בבירור דמ"מ כשר לדון ועיין בהשמטות בתשובת רע"א זצ"ל בסי' י"ג שכתב שם בשם הטור דפסק דבן י"ג שנה ולא הביא שתי שערות

כשר לדון ומסקנת האחרונים נראה שכן עיקר לדינא ע"ש משום דדעה קמייתא דסי' ז' בח"מ בשם יש אומרים שאינו ראוי לדון אלא מבן י"ח ומעלה כבר כתב התומים שם ס"ק ג' שזהו אינו רק לכתחילה אבל אם דן דינו דין ע"ש. וכיון דמצינו בירושלמי מפורש דאף בלא הביא שתי שערות כשר לדון אף דהוי מידי דאורי' כנ"ל בוודאי אין לנו לחלוק על הירושלמי ועיקר ראיית דעה ראשונה שם משבת ד' נ"ו ע"ב מכל דין שדן יאשיהו כו' כבר כתב בביאור הגר"א בח"מ שם ס"ק י"ג דלפירוש רש"י בשבת שם אין זהו הוכחה ע"ש ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ז' סעי' ג':

ג

וכיון דמצינו דקטן בן י"ג אף שלא הביא שתי שערות כשר לדון והנה אשה פסולה לדון כדקיי"ל לדינא בח"מ שם סעי' ד' וכמבואר בירושלמי גופא פ"ד דסנהדרין ה"ט בזה"ל הרי למדנו שאין האשה דנה ולא מעידה וכן מבואר בירושלמי פ"ד דשבועות ה' א' וכיון דחזינן בשיטת הירושלמי דאשה פסולה לדון וכן קיי"ל ואפילו הכי הכשירו בקטן בן י"ג שלא הביא שתי שערות אלמא דקטן בן י"ג שלא הביא שתי שערות עדיף מאשה וכיון דאשה נאמנת להעיד שמת בעלה אף במתכוין להעיד כש"כ דקטן בן י"ג שלא הביא שתי שערות דיהי' נאמן להעיד שמת בעלה אף במתכוין להעיד ועפ"ז יש לדון בסוגיא דב"ק ד' פ"א וקצרתי והוי מזה סייעתא לדברי הבית מאיר הנ"ל ובפרט דמצינו כמה ראשונים דס"ל דאף קטן פחות מבן י"ג נאמן בעדות אשה אף במתכוין להעיד ע"כ אין לנו להרבות במחלוקת די"ל דאף החולקים בזה מודים דבן י"ג ולא הביא שתי שערות נאמן להעיד בעדות אשה לכ"ע כמו שמצינו כה"ג גבי דיינים. וכש"כ בנ"ד שלא נבדק אם הביא שתי שערות וגם כבר ניסת האשה בנ"ד א"כ יש לדון בזה מטעם אחר דנאמן הקטן דהא מבואר בנו"ב מ"ק ח' אה"ע סי' ס"א דהביא בשם התוס' דב"ב ד' קנ"ד דס"ל להתוס' שם דחזקה דרבא מהני אף להוציא ממון היכא דאין בידינו לברר וחזקה זו עדיפא מרובא שהרי אין הולכין בממון אחר הרוב וחזקה זו מועיל להוציא ממון ע"ש ואף דבנו"ב במ"ק ח' ח"מ סי' ד' כתב שם פי' אחר בפירוש התוס' דב"ב ד' קנ"ד הנ"ל. עכ"ז העיקר הוא במש"כ הנו"ב באה"ע סי' ס"א הנ"ל וכמש"כ בעל המחבר מראות הצובאות בספרו אגודת אזוב בדרוש עמק הלכה לבר מצוה דהעיקר הוא כפירוש קמא של הגאון נו"ב הנ"ל:

ד

וכיון דהך חזקה דרבא עדיפא מרובא משום דהמיעוט שלא הביא שתי שערות הוי כמו מיעוט דמיעוטא:

א"כ זה דומה למים שאין להם סוף שכתבו התוס' בבכורות דף ך' והרא"ש שם. דלכן לא אמרינן גבי מים שאין להם סוף סמוך מיעוטא לחזקה משום דהוי מיעוט שאינו מצוי

ולכן אם ניסת לא תצא ע"ש א"כ ה"ה בקטן שהגיע לי"ג שנים ולא נבדק אם הביא שתי שערות דעפ"י חזקה דרבא הוי כמו רוב גמור והמיעוט הוי מיעוט דמיעוטא ע"כ הא בכה"ג קיי"ל אם ניסת לא תצא ולא גזרו בכה"ג היכא שכבר ניסת בשוגג ואף לשיטת הרא"ש בתשובה המובא שם בנו"ב ח' אה"ע סי' ס"א דחולק על דברי התוס' עכ"ז י"ל דס"ל דחזקה דרבא הוי לכה"פ כמו רובא וכמו שכתבו התוס' בנדה דף מ"ה ע"ב ד"ה ר' יוחנן וריש לקיש דאמרי תרווייהו כו' דכתבו התוס' שם דרוב מביאין שתי שערות בזמנם היינו בני י"ג ויום אחד ועיין מזה בבינת אדם שער בית הנשים סי' י"ח מה שפלפל שם עם הגאון בעל בית מאיר זצ"ל עי"ש. ואף שכבר ידוע בכמה תשובות אחרונים דפלפלו הרבה בזה אם חזקה דרבא הוי מצד רובא או רק מצד ספק עכ"ז העיקר לדינא דחזקה דרבא הוי כמו רובא כמו שפסק בשו"ע ח"מ סי' ל"ה דאם בדקוהו לאחר זמן ונמצא שתי שערות מחזקינן לי' בגדול למפרע ומהני עדותו אף להוציא ממון ולא חששו לשיטת הרמב"ן המובא בב"י אה"ע סי' מ"ג דחולק על הרא"ש בזה וע"כ הטעם דחזקה דרבא הוי כמו רוב דאל"כ הא חזקה דהשתא לא מהני להוציא מחזקת ממון ואף להרמב"ן החולק שם טעמו דזה לא מהני להוציא ממון משום דחזקת ממון אלים וכמו באומר שכ"מ הייתי דג"כ מסייע להתובע רובא דרוב עלמא בריאים ועכ"ז לא מהני להוציא ממונא וכמש"כ בתשובת רע"א זצ"ל בפסקים סי' ז' ועיין בש"ש שמעתא ה' פ' ט"ז והדברים ארוכים ועיין באגודת אזוב בדרוש עמק הלכה הנ"ל מש"כ בשם הרא"ש בקידושין פ"ג סי' ט' מזה ויש להאריך בכ"ז והעיקר הוא דחזקה דרבא הוי בוודאי לכ"ע בתורת רובא ולא כדמשמע בדברי קצת מהאחרונים בזה:

ענף ב

ה

והנה גבי מים שאין להם סוף דאסורה לכתחילה אם ניסת לא תצא ועיין בבית שמואל סי' י"ז ס"ק ק"ב שכתב דהוא הדין בכ"מ שעפ"י רוב הוא מת דלא תצא אם ניסת עפ"י חכם או בטעות ועיין במראות הצובאות סעי' ל"ד שכתב לשיטת הרי"ף והרא"ש דאף דס"ל כהתוס' ביבמות דף ל"ו דטביעה במים שאל"ס הוי מיעוט דשכיח וכ"כ התוס' בעו"ג דף מ' ע"ב ואפ"ה לא תצא בדיעבד אך לשיטת ר"ת והריב"ש והרשב"א דדוקא במשאל"ס בדיעבד לא תצא משום דהוי מיעוט דמיעוטא אבל היכא דהוי מיעוט דשכיח אפי' בדיעבד תצא משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ע"ש וכן כתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח ענף י' מזה והבאתי שם דברי המרדכי דסוף יבמות בתירוץ קמא שכתב דלכן לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דמשום עגונא הקילו ע"ש. א"כ לפ"ז ה"ה

בחזקה דרבא דהוי כמו רובא לכה"פ א"כ אם ניסת לא תצא דהא לרוב פוסקים הדין בזה דאם ניסת לא תצא. לא מבעיא לשיטת התוס' דב"ב המובא בנו"ב הנ"ל דס"ל דחזקה דרבא מהני אף להוציא ממון בוודאי אם ניסת לא תצא דהוי כמו מים שאין להם סוף דהוי מיעוט שאינו מצוי ואף להסוברים דחזקה דרבא לא מהני להוציא ממון מ"מ הא לדינא הוי חזקה דרבא כמו רובא לכה"פ וכמו שפסק בח"מ סי' ל"ה דאם נמצא לו שערות השתא מחזיקין למפרע וכמו שכתב בתשובת רע"א הנ"ל כנ"ל. ואנו גרירין בתר שיטת השו"ע דלא הביא כלל החולקין ע"ז וכבר נתבאר דלשיטת כמה פוסקים הדין הוא דבכל רובא אם ניסת לא תצא ואף דיש פוסקים החולקים וס"ל דדוקא במיעוט שאינו מצוי אם ניסת לא תצא. עכ"ז הא יש כמה פוסקים דס"ל דחזקה דרבא הוי רוב אלים והמיעוט הוי מיעוט שאינו מצוי ולפ"ז ודאי דאם ניסת לא תצא וכמו במשאל"ס א"כ יש לנו עכ"פ רוב פוסקים דס"ל בנ"ד דאם ניסת לא תצא הן מטעם דחזקה דרבא הוי רוב אלימא או מטעם דבכל רובא הדין הוא דאם ניסת לא תצא ולא אמרינן סמוך מיעוט לחזקה לפי דבעיגונא הקילו וכמש"כ המרדכי כנ"ל:

ו

ואין לומר דהא מבואר בח"מ סי' כ"ה בש"ך שם דאם אין הרוב מסכימים מטעם אחד לא מהני הך רובא א"כ ה"ה הכא דלכמה פוסקים הטעם חזקה דרבא הוי כמו רוב גמור והמיעוט הוי מיעוט שאינו מצוי ולכמה פוסקים הטעם דאף במיעוט המצוי ג"כ אם ניסת לא תצא א"כ הא אינם מסכימים מטעם אחד דזה אינו דהא גם זה מקרי מטעם אחד דהכל הוא מטעם רובא ועוד הא מבואר שם בח"מ דבדרבנן סמכינן ארובא אף אם אין מסכימים מטעם אחד והכא הא הוי מידי דרבנן דאף להפוסקים בכל רובא אם ניסת תצא עכ"ז אינו רק מדרבנן משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דזה אינו רק מדרבנן וכמו שכתבו התוס' והראשונים בכמה דוכתי:

ז

והא שכתבו בשם הריב"ש דלכן אם ניסת תצא משום דהוי תרי חזקה חזקת א"א וחזקת חי ידוע מה שכתב הנו"ב בסי' מ"ג להשיג ע"ז וגם אנכי הקשיתי ע"ז מהא דב"ב דף כ"ד דמוכיח הש"ס דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב מהא דדם הנמצא בפרוזדור שורפין עלי' התרומה ע"ש. עיין בתוס' נדה דף י"ז ע"ב ד"ה ואין שורפין עליו את התרומה דלמ"ד דאין שורפין עליו את התרומה דלא חשיבא חזקה וקורבא לגבי רובא אלא כפלגא ופלגא עכ"ל אלמא דישנו שם גם חזקה ואפ"ה למאי דקיי"ל דשורפין עליו התרומה דמוכיח הש"ס מזה דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב א"כ הא התם הוי קרוב וחזקה וכבר כתבתי במק"א להוכיח דקרוב עדיף מחזקה ואפ"ה רוב עדיף מקרוב וחזקה א"כ מוכח מזה

דרוב עדיף אף משני חזקות ובלא"ה ידוע מש"כ הנו"ב דהך שני חזקות חזקת א"א וחזקת קיים נגררין אחת בתר חברתה ואינם נחשביס אלא לאחת ובמק"א הארכתי בזה ולכן כיון דעיקר מילתא מה דיש לחוש ולומר ברובא דאם ניסת דתצא זהו משום דנאמר סמוך מיעוט לחזקה וכיון דעיקר מילתא דסמוך מיעוט לחזקה אינו רק מדרבנן א"כ הא בדרבנן דיינינן לסמוך על רוב פוסקים אף דאינן מסכימים מטעם א':

ח

ואין לומר דהא כיון דבנ"ד עדות הקטן הוי מה ששמע מן א"י מסל"ת דנאמנותו אינו רק מדרבנן לכ"ע א"כ אין זה מקרי מדרבנן. דזה אינו דהא מצינו גבי הך דמשאל"ס דאם ניסת לא תצא משום דבניסת מוקמינן אדאורייתא ומבואר באה"ע סי' י"ז סעי' ל"ד דאף בעדות מסל"ת הדין דאם ניסת לא תצא והטעם הוא דכיון דהאמינו למסל"ת ממילא דינו כמו דאורייתא א"כ ה"ה במה שכתבתי דלא מקרי רק דרבנן ובדרבנן סמכינן על רוב פוסקים אף דאינן מסכימים מטעם א' ובעיקר מילתא דכתבתי דאי נימא דחזקה דרבא הוי רוב אלים דדינו כמו משאל"ס דניסת לא תצא אין לחלק דשאני משאל"ס דהרוב מברר על עצם הענין דמת בעלה משא"כ בהך חזקה דרבא דמיירינן רק בהעד אם נאמינו לעדותו דז"א סברא לחלק כלל דהא כיון דהרוב אלימא מבררת לנו דנאמן בעדותו א"כ ממילא הדין הוא דניסת ל"ת כנ"ל ובפרט לפי המבואר בבכורות דף מ"ו וכפי שיבואר לקמן:

הגה"ה

ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ו' כתבתי להוכיח מן התוס' נדה דף נ"ד ע"א בד"ה ולמאי דמשנה הש"ס כו' דמוכח משם דאף היכא דאין הפוסקים מסכימים מטעם א' וזה חולק על טעמו של זה ואף דהתם הוי חשש איסור דאורייתא עכ"ז כיון שכולן מסכימים מטעם א' להקל דמקילינן ומוכח כהרמ"א בח"מ סי' כ"ה סעי' ב' וכן הוכחתי שם מירושלמי סנהדרין פ"א ה' ב' גבי עיבור השנה דחד אמר לעבר השנה מטעם א' וח"א טעם אחר דמעברין על פיהם ומקשה הירושלמי והא אין מודין מצד א' ומשני דכיון דאילין מודין לאילן ואילן מודין לאילן כמו שכולן מודין מצד אחד דמי עכ"ל ואף שזה חולק על טעמו של חבירו עכ"ז כיון שבעצם הענין מסכימים לדבר א' סומכין עליהם וה"ה באו"ה וד"מ ונכונים דברי הרמ"א הנ"ל ואף דמפסחים דף כ"א במאי דאמרו שם דאין הכרעה שלישית מכרעת פירשו שם משום דהוי בטעם אחר ועיין בתוס' שם וב"ק דף קי"א בתוס' שם ומהתם מוכח דהיכא דאינן מטעם א' אין לסמוך על הך רובא עכ"ז יש לחלק דיש לומר דוקא היכא דיש מיעוט החולקים ואוסרים אז לא סמכינן על הך רובא להקל כיון שאינן מסכימים מטעם א' ע"כ אין רוב כזה יכול להכריע את המיעוט וכמו הך

דהכרעה שלישית דאינה מכרעת משא"כ היכא דליכא שום דעה חולקת לאסור ולכל הדיעות יש להקל לכן אף שזה חולק על טעמו של זה סומכין להקל כדמוכח מתוס' נדה וירושלמי הנ"ל ולפ"ז מוכח דלא כהרמ"א בח"מ שם דכתב דאף בשם הרוב מהני אף דאינן מסכימים מטעם א' זהו קוטב דברי ספרי באר יצחק שם וכעת ראיתי דיש לדחות ראייתי מהירושלמי סנהדרין הנ"ל לפי מש"כ הש"ך בח"מ סי' כ"ה שם דאם הם לפנינו שאני א"כ שם בירושלמי הי' לפנינו וע"כ מהני לסמוך עליהם אף דאינן מסכימים מטעם א' ועכ"ז שפיר כתבתי בספרי שם דהלא כבר השיג הבית אפרים על הש"ך בזה בקונטרס הראיות ליו"ד סי' ל"ט ס"ק י"ג בשם המהרי"ט ח"ב סי' ט' דאינו מחלק בזה. ועיין בירושלמי הוריות פ"א ה"א וקצרתי ע"כ הגה"ה:

ט

ועוד יש לדון בנ"ד לפי מה דמבואר בבכורות דף מ"ו ע"ב דאף דבעדות אשה החמירו בה רבנן כמו בהכרת פדחת וכה"ג ומקשו הגמ' ומי החמירו הא תנן הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד מפי אשה מפי עבד מפי שפחה ומשני הגמ' כי הקילו רבנן בסופו בתחילתו לא הקילו רבנן אלמא דמצינו דבדיני עדות אשה מה שאנו דנין על עצם העדים דבזה לא החמירו רבנן ואדרבא הא מצינו דעקרו לדאורייתא בזה כמו בעדות אשה ועבד ושפחה ועד מפי עד כמבואר בכמה תשובות אחרונים דזה אינו מדאורייתא רק מדרבנן כש"כ די"ל היכא דבעצם מה שאנו דנין על העדים דנאמן מה"ת משום חזקה דרבא אף דיש מקום לומר סמוך מיעוטא לחזקה עכ"ז כיון דזה אינו רק מדרבנן והא לא החמירו בסופו ודוקא היכא דאנו דנין בתחילתו בזה י"ל דהחמירו חז"ל א"כ לפ"ז יש לומר דכיון דיש חזקה דרבא דהוי כמו רובא מה"ת ע"כ לכ"ע נאמן העד בעדות מיתה. וכבר נתבאר דאף בנ"ד דמעיד הקטן בשם א"י מסל"ת דג"כ דינו כדאורייתא לאחר דהאמינו חז"ל לעדות מסל"ת וכמש"כ לעיל להוכיח כן:

ענף ג

י

ועוד נלע"ד לדון מילתא חדתא בעז"ה ולהוכיח כדברי הט"ז באה"ע סי' י"ז סעי' י"ג שכתב דבקטן שהגיע לכלל פעוטות וכל חד לפום חורפי' דבזה אף הרמב"ם ס"ל דנאמן אף במכוין להעיד על מיתת בעלה וכשיטת הטור שם והט"ז לא הביא ראי' לזה והאחרונים חולקים על הט"ז בזה ולענ"ד נראה להוכיח בשיטת הרמב"ם דהיכא דהקטן הוא חכם ונבון דגם הרמב"ם ס"ל דנאמן בעדות מיתה דהנה זה לשון הרמב"ם בפ"ד מה' יבום ה' ל"א דאפילו אשה או עבד או קטן שהוא מכיר ונבון נאמנים לומר זה פלוני אחי פלוני וזו היא יבמתו וחולצין על פיהם משא"כ בשאר עדות של תורה בין בעדות ממון בין

בעדות איסור שזה דבר העשוי להגלות הוא כו' כעין שבארנו בסוף ה' גירושין עכ"ל. וכן פסקו באה"ע סי' קס"ט סעיף ח'. ובאמת חידוש בעיני על מה דבחו"מ סי' מ"ט סעיף ב מבואר שם דאף אשה וקרוב נאמנים לומר כך שמו של המלוה והלוה והמקור הוא מהך דיבמות דף ל"ט דהלכתא בקרוב ואשה נאמנים משום דהוי גילוי מילתא בעלמא וכמש"כ הראשונים והבאר הגולה שם וכיון דפסק הרמב"ם והשו"ע באהע"ז דאף קטן נאמן אם הוא מכיר ונבון א"כ ה"ל לפרש בחו"מ שם גבי הכרת המלוה והלוה דאף קטן נאמן היכא שהוא מכיר ונבון] ועיין בספרי באר יצחק ח' אהע"ז סימן ח' ענף ב' בדברי המתחיל וידוע שיטת התשב"ץ והנו"ב כו' דס"ל בשיטת הרמב"ם שלא לחלק בין הך עביד לגלוי' דעדות מיתה ובין שאר עביד לגלוי' ולא ס"ל כשיטת הריב"ש דמחלק בינייהו וכמו שכתב בתומים סימן מ"ט ס"ק ד' באורים שם וכו' ומבואר ברמב"ם הנ"ל דכתב דלכן מהימן קרוב ואשה וקטן בהכרת אחיו משום דעביד לגלוי' כמו שבארנו סוף ה' גירושין ומדציין הרמב"ם הך דיני' להא דהלכות גירושין מוכח דטעם אחד להם דלכן מהימן בהכרת אחיו משום מילתא דעביד לגלוי' משום תקנות עגונות ולכן מדמה הרמב"ם זה להא דסוף ה' גירושין משום דטעם אחד להם עיי"ש בספרי ולכן מוכח מזה דכמו דנאמן הקטן באם הוא מכיר ונבון בהכרת אחיו והיבמה דה"ה דנאמן הקטן היכא שהוא חכם ונבון אף בעדות מיתה דהא הרמב"ם מדמה זה להדדי א"כ יש לנו שיטת הרמב"ם והשו"ע בסי' קס"ט הנ"ל דהיכא דהקטן הוא מכיר ונבון דנאמן אף בעדות מיתה וזהו מילתא חדתא בעז"ה מה שלא העלו האחרונים בזה ועיין בתשובת רע"א זצ"ל סי' צ"ב שכתב לדון דעמפ"ע לא יהיה נאמן בהכרת אחי המת אף דבעדות מיתה נאמן ועיין באה"ע סי' קנ"ז ב"ש ס"ק ב' א"כ כש"כ דמה דנאמן בהכרת האח כש"כ דנאמן בעדות מיתה ומוכח כמו שכתבתי בעז"ה ועיין בנו"ב ובבית מאיר בסי' י"ז. וראיתי בספר קהלת יעקב מהגאון מליסא זצ"ל באה"ע סי'. י"ז סעי' י"ג שתמה שם על הט"ז בזה אבל באמת העיקר כמו שכתב הט"ז כנ"ל:

יא

אך בנ"ד דהקטן אינו מפי עצמו רק מה ששמע מפי א"י מסל"ת בזה י"ל דאין הקטן נאמן כיון דעיקר הטעם דהקטן נאמן בהכרת אחיו משום דזה הוי עביד לגלוי'. א"כ הא ידוע מש"כ הנו"ב דאף בשיטת הרמב"ם דעד אחד נאמן בעדות מיתה מה"ת עכ"ז בעד מפי עד אינו נאמן מה"ת משום דזה לא הוי עביד לגלוי':

א"כ ה"ה בנ"ד דאינו מעיד מפי עצמו אלא מפי הא"י א"כ הא לא שייך בזה עביד לגלוי' ולטעם זה אינו נאמן בנ"ד. אכן כבר נתבאר בטעמים אחרים דהקטן נאמן בנ"ד כיון דהוא

בן י"ג שנים אף דלא נבדק אם יש לו שתי שערות כנ"ל בארוכה וכעת ראיתי בספר חמדת שלמה סי' י"ג שכתב ג"כ להקל ע"פ עדות בן י"ג אף דלא נבדק אם הביא ב"ש ע"ש:

יב

ולפי מה שנתבאר בשם הרמב"ם ה' יבום דקטן נאמן היכא דעביד לגלויי' אם הוא חו"נ ועפ"ז יש לישב על נכון דברי הירושלמי דפ"ד דסנהדרין סוף ה' ז' דאמרו דפחות מבן עשרים ולא הביא שתי שערות כשר בדיני ממונות דבאמת קשה דהא שיטת הירושלמי בעצמו פ"ג דסנהדרין ה"ט ובשבועות פ"ד דאין אשה דנה לפי דאינה מעידה והובא הירושלמי בתוס' נדה דף נ' ע"ש א"כ מפני מה לא נגמר גם לענין קטן דאינו יכול לדון מן עדות דאינו מעיד כנ"ל ועיין בתשובת רע"א זצ"ל בהשמטות שם וע"כ נלפענ"ד לפרש הירושלמי דמיירי בלא נבדק אם הביא שתי שערות אך לענין עדות לא סמכינן אחזקה דרבא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב משא"כ לגבי דין שאני דהא ע"כ לענין נאמנות על הטענות בוודאי אינו נאמן דהא קטן כ"ז שלא נבדק אם הביא שתי שערות פסול לעדות ורק לענין דין אמרו דכשר וע"כ מיירי באינם מחולקים על עצם הטענות או דיש עדים בזה דנתקבל עדותן בב"ד. ואין אנו דנין רק על עצם הדין בלבד א"כ על עצם הדין בוודאי נאמן הקטן אם הוא חו"נ כמו דכתב הטור בח"מ סי' ז' גבי קטן דיין דמיירי בחכם ומפולפל דהא עצם הדין הוא עביד לגלויי' וכמו דמצינו קושיות הגמרא בקידושין דף ע"ד גבי נאמן דיין לומר כו' דמקשה הגמרא נהדר ונידייני' ומשני הגמ' בשודא דדיינא א"כ עצם הדין הכא הוי עביד לגלויי' אם הדין הוא כמו שאומר הקטן וזה יכול להתברר בקל ונאמן ע"ז ועיקר הספק מה דיש לחוש האיך יכול הקטן לירד לנכסי פלוני ולהחליט הנכסים ולכוף אותו לשלם הא בעינן ב"ד לעישוי וכמבואר בגיטין דף פ"ח דפסול קטן בזה כמו דגבי אשה ילפינן בזה מעדות ע"ז י"ל כיון דלדברי הקטן דמעיד דכך הדין הוא נאמן משום עביד לגלויי' דעצם הדין יוכל להתברר רק דהספק הוא אם יש לו שתי שערות אם יכול לכוף חבירו ולירד לנכסיו או לא. ע"ז י"ל דכה"ג מהני חזקה דרבא מצד רובא ואף דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דהא כתב במל"מ פ' ט"ו מטוען שהביא בשם מהראנ"ח דכל מילתא דלחזרה קאי אפי' במטלטלין דמוחזק בהם המחזיק כל ספק דאיתיליד אוקמינן ליה בחזקת התובע וכמו שכתבו התוס' בב"ב דף ס"א ד"ה ארעתא תרתי כו' והובא בקצה"ח סימן מ"ב ס"ק ב' ואף להקצה"ח דהשיג ע"ז שם היינו משום דסופו לחזור לאחר זמן ולא עכשיו אבל היכא דידוע לנו הדין דעומד לחזרה מיד משום דעפ"י דין מחוייב הנתבע לשלם מיד בוודאי נקרא התובע מוחזק על כל מה שיהיה נולד בספק בזה וכמו שמצינו בסוטה דף כ"ה בתוס' ד"ה ב"ה סברי

שטר העומד לגבות כו' דכתבו התוס' שם דלכן בהמקבל דף ק"י אמרינן דכיון דלגוביינא קיימא כמאן דגבוי דמי דכתבו לחלק דהיכא דהחוב הוא ברור אז כ"ע מודו דכגבוי דמי ע"ש ואף שכתבו התוס' בגיטין דף ל"ד דדוקא בשעבוד מפורש בשטר אמרינן כגבוי דמי לב"ש וגם זה אינו רק ביש בו אחריות נכסים כמבואר בגיטין דף ל"ד שם. עכ"ז י"ל דזה אינו אלא בספק בהחוב וכמש"כ התוס' בסוטה כנ"ל:

יג

והא דגיטין דף ל"ז שם דאמרו גבי שביעית דלאו כגבוי דמי אף דאין שם ספק בעצם החוב. כבר כתבתי בספרי נחל יצחק סי' י"ב להעיר בזה ואכמ"ל. וכיון דבכה"ג לכה"פ אף דנימא דלא מקרי המלוה מוחזק גם בזה אבל עכ"ז לכה"פ מחזקות של הנתבע איתרע ג"כ ולא דיינינן בזה אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דלא הוי מוחזק גמור כמו שמצינו בח"מ סי' רצ"ב גבי שנים שהפקידו טבעיות אצל אחד דהתם מהני רובא ואף שכתבו התוס' ריש ב"מ דהנפקד תופס בחזקת שניהם עכ"ז לא מקרי מוחזק גמור ומהני בזה רובא וכדמצינו בתוס' סוף פרק א' דכתובות גבי מוצא מציאה דמהני התם רובא אף דהמוצא מציאה מקרי מוחזק לכמה דברים עכ"ז לענין רובא דבעינן מוחזק גמור ע"כ מהני התם רובא. וה"ה בנ"ד כיון דהדיין נאמן דהממון שמחזיק הלוה עומד להחזיר להתובע ע"כ לא הוי הלוה מוחזק גמור ומהני בזה רובא. ולכן כיון דיש להדיין חזקה דרבא דהוי כמו רובא:

ע"כ ממילא יכול הדיין לכוף חבירו ולהוציא ממנו הממון משום דמחמת רוב סמכינן דיש לו תורת דיין ובכה"ג הולכין גם בממון אחר הרוב והיכא דהוי שודא דדיינא אף דבכה"ג לא שייך לומר דהוי עביד לגלוי' כמבואר בקידושין דף ע"ד:

עכ"ז כיון דסוף סוף האי ממון נפק מרשותו דבעלים רק שאינו ידוע לאיזה טובי' יתנו או לשני שטרות היוצאים ביום אחד דבכה"ג וודאי מהני רובא כיון דאין כאן חזקת ממונא כנגדו כמו שכתבתי כה"ג בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' בענף ד' ע"ש והעיקר הוא בקצרה כיון דאינם מחולקים בהטענות והעדים לפנינו א"כ לפי העדות של הדיין על עצם הדין איך הוא הוי עביד לגלוי' דהממון עומד להחזיר ליד הבעלים דהוי המלוה מוחזק או בשודא דדיינא כיון דלא הוי הלוה מוחזק ע"כ סמכינן בזה אחזקה דרבא דהוי בתורת רובא וכבר נתבאר דמוכח בח"מ סי' מ"ט סעי' ב' דאף בממון סמכינן על עדות הפסול היכא דהוי עביד לגלוי' אף היכא דלא הוי תק"ע ואתי שפיר דברי הירושלמי:

ענף ד

יד

והנה רציתי לדון בדברי הירושלמי הנ"ל ע"פ דברי התוס' דב"ק דף כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב שכתבו וליכא למימר גבי דיינים כן משום דהא ב"ד מפקי מיני' ופירש הקצה"ח בקונטרס הספיקות כלל ו' אות ג' דכוונת התוס' הוא כיון דכח ב"ד מפקינן מחזקת מרי' דאידך תו הוי כדבר שאין בו חזקת ממון ע"ש אבל באמת אין זה דומה להא דקטן דדוקא התם דיש לו תורת דיין בוודאי אמרינן כן משא"כ היכא דאנו מסופקים שמא לא הביא שתי שערות ואין לו תורת דיין בכה"ג וודאי שייך ג"כ לומר דאין הולכין בממון אחר הרוב ולכן העיקר כמש"כ בכוונת הירושלמי כנ"ל יהי' איך שיהיה עכ"פ מוכח מהירושלמי דקטן בן י"ג שנה שלא נבדק אם הביא שתי שערות דשייך בזה חזקה דרבא דהוי תורת רובא בזה. א"כ בנ"ד עפ"ז הדין הוא דאם ניסת לא תצא וכמו שנתבאר ולכאורה יש להעיר מהרשב"א דהובא בשמ"ק לב"ק דף קי"ד דפי' להירושלמי שם דאמרו על נאמן הקטן לומר מכאן יצא נחיל זה דפורח ופי' הרשב"א בתינוק פורח וכמו בברכות דף מ"ז דפורח פירשו שם דהביא ב"ש] אבל קודם שהגיע לכלל פורח אינו נאמן ולפ"ז ה"ה בעדות אשה דהש"ס מדמה אותן להדדי שם בב"ק נראה דאינו נאמן כ"ז שלא הגיע לכלל פורח אך באמת כיון שלא הביאו הפוסקים לדינא דברי הרשב"א הנ"ל ע"כ העיקר כפי' הפני משה דפי' שם ובפורח הכוונה כ"ז שהם מפריחים אבל נחו על האילן אינו נאמן. כי כן מבואר להדיא בירושלמי כתובות ספ"ב וז"ל שם ובלבד במפריח אבל בשוכו לא וזהו מורה כפי' הפ"מ דכוונתו כ"ז שהם מפריחין ולא נחו על שוכו של חבירו ומסתמא כן הוא כוונת הירושלמי בב"ק והעיקר כפי' הפ"מ לדינא:

טו

ועכשיו שנתבאר דהעד מהימן בנ"ד. ע"כ נבאר בקצרה בעצם דברי העד ששמע מפי א"י מסל"ת שמעיד שנהרג ביער ר' מאיר ליב עם ר' יהושע. ור' מאיר ליב הי' ידוע לו על איזה איש הוא אומר רק על ר' יהושע אינו אומר רק שמו ולא שם אביו ולא הי' ידוע להם על איזה מהם הוא אומר עכ"ז כיון שמבואר במכתב כת"ר שזה ידוע להם בבירור אשר ר' יהושע הלזה נתפס עם ר' מאיר ליב ביחד ביום אתמול מקודם שהרגוהו כפי אמירת הא"י ונתפסו ביחד להיער שאומר הא"י המסל"ת. א"כ לפי דברי המשאת בנימן בסי' מ"ד המובא בב"ש ס"ק נ"ה דכתב דאם הא"י מכיר א' מהם ומעיד שנהרגו כל החבורה אמרינן מסתמא אותו חבורה היה ולמד כן המ"ב מתשובת הרא"ש. וכה"ג ראיתי בצמח צדק סי' מ"ב שכתב ג"כ להקל מטעם זה עפ"י דברי המשאת בנימן הנ"ל משום דלא חיישינן דילמא אזיל האי לעלמא ואינש אחרינא נתלווה בהדי' עי"ש א"כ

לפי דבריהם יש להקל בנ"ד כמש"כ כת"ר דכיון שידוע שנתפסו ביחד ר' מאיר ליב עם ר' יהושע בהיער. ע"כ כיון שידוע שר' מאיר ליב הידוע להם נהרג ע"כ תלינן דאותו ר' יהושע שנתפס עמו דנהרג ג"כ עמו. ולא חיישינן דילמא האי ר' יהושע ניצל מהם ויהושע אחרינא נתפס להם. אף תמהני על כת"ר איך לא העיר במה שמבואר בהט"ז שם סעיף י"ז דחולק על המ"ב בזה א"כ נסתר יסוד ההיתר בזה ואפשר לומר בנ"ד גם הט"ז מודה להקל:

טז

והעיקר הוא לדעתי להיתירא עפ"י מה שראיתי בנו"ב מ"ת סוף סי' נ"ה שכתב דסימן אמצעי עדיף משם אביו לחוד שהרי סימן אמצעי לחוד מהני להרבה פוסקים ושם אביו לחוד וודאי לא מהני כלל ע"ש. א"כ ה"ה בנ"ד וודאי אמירת הא"י שאומר שנהרג ר' יהושע עם ר' מאיר ליב שזה הסימן דנהרג עם ר' מאיר ליב עדיף משם אביו כמו דברי הנו"ב הנ"ל שהרי שם אביו לחוד לא מהני לכ"ע ואינו מה דאומר דנהרג אחד מהחבורה וידעינן על איזה מהם הוא אומר ע"כ תלינן דאותו כל החבורה נהרגו כמו שפסק בתשובת הרא"ש והמ"ב והצ"צ. הרי דזה עדיף משם אביו לחוד דבשם אביו לחוד לא מצינו למי שיקל בזה ע"כ הוי בנ"ד כמו שמו ושם אביו אף דלא הזכיר שם עירו ג"כ סמכינן להיתירא וכמו שכתב כן בשם תשובת מהרשד"ם וכעין דמות ראי' זו ראיתי בתה"ד בפסקיו סוף סי' קל"ט שכתב ראיה כזו שם דמתכוין להעיד עדיף ממשאל"ס דהא איכא מ"ד דשרי במתכוין להעיד ע"ש וכיוצא בו אמרו בעירובין דף י"א ע"א מה ליותר מעשר האוסר במבוי שכן לא התרתה בו אצל פסי ביראות לר' מאיר תאמר בפרוץ מרובה על העומד האוסר בחצר שכן התרת אצל פסי ביראות לדברי הכל עכ"ל א"כ ה"ה בהך סברת הרא"ש והמ"ב והצ"צ הנ"ל דס"ל לסמוך על סברא זו להקל אף דהט"ז חולק ע"ז ונידון זה עדיפא מהך דתה"ד והגמ' עירובין הנ"ל וע"כ ודאי עדיפא זה לד"ה מן שם אביו לחוד כנ"ל:

יז

וגם הא כתב הרמ"א שם בסעי' י"ח דבמקום שיש אומדנות והוכחות שזה הוא יש להקל ולסמוך אמ"ד דלא בעינן שיזכיר שם עירו וגם החלקת מחוקק כתב שם דהיכא דיש רגלים לדבר דזה הוא כגון דידוע דפלוני הלך לאותו מקום עי"ש א"כ בנ"ד דיש כמה אומדנות והוכחות דזה יהושע שאנו דנין עליו דנתפס בידי הלסטים עם ר' מאיר ליב והוליכו שניהם להיער ביום אתמול מיום אמירת הא"י שנהרגו שם ביער בוודאי יש לסמוך ולהקל דסגי בכזה דנתבאר ומה דלא אמר קברתיו כבר כתב כת"ר בשם הרמב"ם והמחבר בסעי' ל"ג דאם ניסת לא תצא. אף במלחמה ולא אמר קברתיו ועוד דהא כתב

הצ"צ בסי' נ"ט באמצע התשובה בזה"ל הרי מבואר כל שלא נהרג במלחמה ממש אע"ג דהיתה שעת מלחמה לא חיישינן בדדמי ובנ"ד לא נהרג במלחמה ממש אע"ג דשעת מלחמה הוי וגם יצאו להלחם אם יפגעו בשונאיהם מ"מ בשעה שנהרג דלא הי' מלחמה להם לא חיישינן לבדדמי ולא הוי אלא כמו שנהרג ע"י לסטים ובלסטים אפי' אשה נאמנת לומר הוא מת ואני ניצלתי כיון דאינה בסכנה נטרא וחזיא ליה דאשה כלי זיינה עלי' כדמסיק ריש פרק האשה שלום ומכש"כ ישמעאל זה שהוא היה חבר אצל הרוצח ההוא ולא היה כלל בסכנה וודאי דעל דבר ברור הוא מגיד ולא אמר בדדמי עכ"ל הצ"צ ובנ"ד ג"כ דומה ממש להך דהצמח צדק הנ"ל:

יח

ועוד י"ל בנ"ד. דהא העליתי בספרי נחל יצחק סי' ס"ה סעי' י' דמצרפינן כמה סימנים גרועים ביחד דנחשב לסימן אמצעי ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד דאמר כמה סימנים גרועים על האיש יהושע דנחשב לס"א וכבר כתב הנו"ב דסימן אמצעי עדיף מן שם אביו א"כ יש לנו שמו ושם אביו ויש לסמוך גם ע"ז ולהתירה:

סיומא דפסקא כי דעתי מסכמת לדעת כת"ר דבנ"ד דניסת ע"פ טעות דלא תצא ולדינא דעתי דקטן שהוא חכם ונבון והגיע לעונת הפעוטות דהעיקר הוא כשיטת הט"ז דנאמן בעדות מיתה וע"כ אף בלא ניסת יש להתירה להנשא לכתחילה וכש"כ בנ"ד דניסת כבר:

סימן מד

ב"**ה** יום ב' ו' טבת תרי"ט פה נאווהרדק. אל כבוד הרב המאוה"ג וכו'.

מכתבו הגיעני בשאלתו ע"ד העגונה מק"ק ביאלאסטאק אשר נמצא הרוג א' סמוך למחנם והוגבה גב"ע אשר הכירו הרבה בגדים שהן של אותו האיש שאנו דנין עליו וגם נמצא על אותו דרך שהלך מק"ק מוציד למחנם דרך היער ושארי אומדנות כאשר מבואר הכל בגב"ע ודרש כת"ר ממני לחוות דעתי בזה והנני להשיבו בקצרה:

א

והוא כי עיקר דעתי לסמוך על תשובת מהרי"ט שכתב בהכרת הרבה בגדים וציצית דזה מקרי לא מושלי אינשי ולא חיישינן לשאלה ואף שהבית יוסף חולק וס"ל דאי נימא סימנין דרבנן חיישינן לשאלה אף במידי דלא שכיח דמושלי עכ"ז הא מהתוס' יבמות ד' ק"כ ע"א ד"ה אמר רבא כו' שכתבו בתי' ג' דס"ל דכיס וטבעת חשיב סימן מובהק ועדיין תקשה ניחוש לשאלה וע"כ מוכח דגם למאן דס"ל סימנין דרבנן ג"כ לא חיישינן לשאלה במידי דלא שכיח לשאולי ודלא כהב"י ומתי' ראשונים של התוס' שם אינו מוכח דחולקים ע"ז כמבואר בפשיטות שם. ובפרט שראיתי בשיטה מקובצת לב"מ ד' כ"ז שכתב בפירוש דאף למאן דס"ל סימנין דרבנן ג"כ לא חיישינן לשאלה במידי דלא

שכיח לשאולי ע"ש הרי חזינן דהראשונים לא ס"ל כשיטת הב"י בזה. ומוכח כמו שכתב הב"ש דיש להקל על הכרת ארנקי א"כ ה"ה בהכרת כל הנ"ל דגם זה מקרי לא שכיח דמושלי ועוד אף לשיטת הב"י יש להקל בנ"ד מחמת שלא נשמע בעיירות הסביבות מקום שנמצא ההרוג שנאבד איזה איש בסביבה וביארתי בתשובה אחת בארוכה דקרוב עדיף מחזקת א"א ודלא כהחמדת שלמה שכתב בסי' מ"ג להסתפק בזה ועיין בספרי נחל יצחק סי' מ"ו סעי' ד' מה שכתבתי שם מזה א"כ נגד רוב דיש לנו לומר כל דפריש מרובא. דעלמא קא פריש ולא זה הוא אותו שאנו דנין עליו הא יש נגדו רוב המבררת להיתר מחמת דלא שכיח דמושלי ואוקי רוב להדי רוב והוי כמאן דליתנהו וסמכינן אקורבא דמוכחא דזהו עדיף מחזקת א"א ודוקא במים שאין להם סוף החמירו חז"ל לחוש למיעוט לפי שאינו כתוב מפורש בתורה דאזלינן בתר רוב דליתא קמן כמבואר בחולין ד' י"א אשכחן רוב דאי' קמן וכו' אבל קרוב דכתוב מפורש בתורה כמש"כ הט"ז בסי' קי"ז והדברים ארוכים הרבה וקצרתי וגם הא דעת הגר"א זצ"ל דהיכא דיש אומדנות הרבה לא חיישינן לשאלה ודלא כהתה"ד:

ב

ומה דנמצאו הרבה בגדים בסמוכים לו ולא הי' לבוש רק בבגד אחד שהכירו שהוא שלו בזה יש לסמוך על הצ"צ בסי' ק"י שדעתו להקל בזה ודלא כהב"ש שהחמיר בזה ומה שכתב המראות הצובאות להעיר דלא מצינו בש"ס דחשש נפילה הוי טענה גרוע אלא היכא דמצאו איש אחר אבל בלא מציאה לא מצינו דחשש אבידה הוי טענה גרוע מכבר כתבתי ראי' להוכיח מב"מ ד' ק"י דס"ל להרבה אמוראים דלא מהימן המלוה לומר שטר משכונא הי' לי ואבד אף במיגו משום דמיזהר זהיר בי':

והחולקים התם היינו משום מיגו וגם י"ל דשא"ה דיכול לומר דלכן לא נזהר בו יותר משום שסמך על המיגו שיש לו. ואף דהתם לא הי' מציאה רק מחמת דנפילה הוי חשש רחוק ואינם מחלקים בין אם הי' השטר על סך הרבה או על סך מועט וה"ה בנ"ד דוודאי חשוב אצלו חפציו שנאבדו ומיזהר זהיר בי' ומוכחת שאלו החפצים אלו של אותו שנהרג וכהצ"צ:

ג

ועוד אף שהב"ש שכתב בסוף ס"ק ס"ט שאינו דומה לנמצא פירות סמוך לכלי וטעמו די"ל דדוקא גבי אבידה דסגי בסימן אמצעי סמכינן בזה משא"כ באיסור א"א דבעי סימן מובהק לא סמכינן ע"ז עכ"ז יש להקל בנ"ד לפמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו' דאף בסי' אמצעי יש לנו רוב המברר דזה הוא האיש שאנו דנין עליו רק יש רוב דעלמא המכחישו לומר דפריש מרוב דעלמא ונשאר ספק השקול ועיקר החומרא הוא משום

חזקת א"א ולכן כיון שנתבאר בארוכה אצלי בתשובתי דקרוב עדיף מחזקה א"כ נסמוך בזה אקורבא דמוכחא כיון דלא שייך בזה רוב דעלמא מחמת דהוי כמו סימן אמצעי לכה"פ במה דנמצאו הבגדים סמוכים להההרוג מדמחזירין אבידה ע"פ זה הסימן וגם יש לצרף שיטת המבי"ט דבנמצא על אותו דרך שהלך דיצאנו עפ"ז מחשש דאורי' רק חשש דרבנן ובדרבנן יכולין לסמוך להקל אף ע"י סימן אמצעי א"כ אף בנמצאו סמוכים לו ג"כ לא גרע מן סימן אמצעי כמו שנתבאר ויש לי לפלפל בכ"ז הרבה רק מנחיצת המוכ"ז לא באתי רק בקצרה והנני מסכים להיתירא וכמש"כ כת"ר ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה:

סימן מה

נשאלתי ע"ד העגונות שנטבעו בעליהן והעדים העידו שרדפו אצל שפת הנהר בערך שעה וחצי ולא ראו שום אדם שיצא מן הנהר וגם לא ראו לאחד מן הנטבעים שהוציא ראשו חוץ לנהר והעלה כת"ר להתיר ע"פ דברי הב"ח בסי' ע"ט. וכן ע"פ דברי הפמ"א בסי' מ"ח דדן להיתירא ע"פ מה שהעיד ע"א שהי' רץ אצל הנהר וידוע דא"א לשוט כ"כ מהר כמו אדם הרץ ברגליו סמוך לנהר א"כ הוי כמים שיש להם סוף. ואף לשיטת הריב"ש דבעי ג' שעות מ"מ הא היכא שהמים כיסו ראשיהן גם הריב"ש מודה להמהרי"ט דסגי בערך שעה כמש"כ הקהלת יעקב בסי' י"ז ורע"א זצ"ל בתשובה סי' ק"ט והאריך כת"ר בכ"ז בדברים נכונים וראויין לאומרן וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

תשובה

א

לכאורה יש להחמיר בזה ע"פ מה שכתב הנו"ב במ"ת סי' נ"ח להקשות על הב"ח דהא יש לחוש למחילה של דגים כמבואר ביבמות דף קכ"א דקאמרי בגמ' שם אי הכי במים שיש להם סוף מחילה של דגים לא שכיחא והובא זה באלפס וברא"ש שם ומשמע דבמשאל"ס שכיח מחילה של דגים וחיישינן לזה וכן כתב הריב"ש בסי' שע"ט דלכן במשאל"ס החמירו משום דיש לחוש למחילה של דגים ע"ש ומה דיש לדון במה דקאמרו בגמ' דמחילה של דגים לא שכיחא דהא חשו אף למיעוטא משום חומר ערוה ועיין כת"ר בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י"ח ענף ח' וענף י' מש"כ שם א"כ לפי דברי הנו"ב הנ"ל עדיין יש לחוש בנ"ד ג"כ למחילה של דגים. ואף להב"ח דהתיר במים הנקרשים ולא חשש למחילה של דגים י"ל דטעמו משום דס"ל דבמים הנקרשים אין לחוש שיכנס בפתחה של המחילה וכמש"כ הפתחי תשובה בסי' י"ז ס"ק קל"ג בשם תשובת מנחת עני:

ב

והנה בירושלמי יבמות פ' ט"ז ה' ד' איתא א' ר' אבהו אם הים גליני והביט לארבע רוחותיו וראה שאין שם ברי' משיאין אשתו והמחוור שבכולם כפירוש הקרבן העדה

דאם הים מגולה ואין דבר מעכב ראייתו מכל צדדין כו' וראה שאין שם בריח היוצא או מגבי' ראשו חוץ למים משיאין אשתו כו' עכ"ל ומן הירושלמי הנ"ל סייעתא לדברי הפמ"א הנ"ל ומוכח מן הירושלמי הנ"ל דאין לנו לחוש למחילה של דגים אך אפשר לומר ולדון להך גירסא דכתב הקרבן העדה וראה שאין שם בריח היינו דבר לאחוז בו:

א"כ מה"ט לא חיישינן למחילה של דגים דכיון שראו שלא הי' שום דבר יוצא מן המים למעלה מן המים ע"כ ממילא לא מהני מחילה של דגים להציל את הנטבע ולכן עדיין י"ל דהיכא דלא העידו כן עדיין יש לחוש למחילה של דגים:

ואין סתירה מן הירושלמי להוכיח דחולק על הש"ס דילן:

ולכן אם הי' יכול לעשות גב"ע שיעידו שלא ראו שום דבר יוצא מן המים למעלה בוודאי הי' מקום ביותר להתירה דהי' דומה למה דקאמרי בירושלמי שראו שלא הי' שום דבר לאחוז בו אך למש"כ רש"י שם דחשש מחילה של דגים הוא בגובה שפתו נדחה זה ומוכח מן הירושלמי דס"ל דאין לחוש למחילה של דגים ודלא כהש"ס דילן והנראה לי לומר דהירושלמי לשיטתו דשם מתחילה בירושלמי אמרו בשם רבי מעשה בשנים שירדו לכמור מכמורת כו' ולא סיימו על זה באותה שעה אמרתי גדולים דברי חכמים כו' כמו שסיים בירושלמי שם על הא דאמר ר"ע כו' בע"כ מוכח דהירושלמי ס"ל דבאמת לא חשו למחילה של דגים. והא דאמר רבי מעשה הנ"ל אין זה נפ"מ לדינא כ"כ וכן הוא בתוספתא כפי גירסת הירושלמי:

אבל בש"ס דילן ביבמות דף קכ"א אמרו להך מעשה דא' רבי בשני ב"א מכמרין מכמורין וכנס א' למחילה של דגים ולא ראה פתחה של מחילה כו' וסיימו ע"ז בשם רבי כמה גדולים דברי חכמים שאמרו כו' באמת מוכח דס"ל דלכן החמירו במים שאין להם סוף משום חשש מחילה של דגים:

וידוע דהיכא דהירושלמי חולק על ש"ס דילן הלכה כש"ס דילן:

ג

והנה בירושלמי יבמות פ' ט"ז ה' ה' איתא שקעה ספינתו בים מהו כו' מעשה ששקעה ספינתו והוא לא הי' בתוכה כו' והקשה המראה הפנים הא במשאל"ס אף בהעידו שהי' בתוך הספינה אין משיאין אשתו ואפשר דנפ"מ בניסת דלא תצא במשאל"ס וכן ראיתי כעת במראה הפנים שכ"כ אבל לפמש"כ דהירושלמי ס"ל דלא חיישינן למחילה של דגים וע"כ ס"ל אם הים מגולה וראו שאין שום איש יוצא מן המים דמשיאין אשתו לכן שפיר אמרו בירושלמי דאם שקעה ספינתו בים וראו שאין איש יוצא מן המים כו':

אם משיאין אשתו ואמרו להחמיר שמא שקעה ספינתו בים והוא לא הי' בתוכה ואתי שפיר דברי הירושלמי עכ"פ כיון שמן הש"ס דילן נראה דס"ל לחוש למחילה של דגים ע"כ אין לנו שום היתר בנ"ד וכן מוכח לעיל ביבמות דף קט"ו ע"א בהא דאמרו ת"ש מעשה בשני ת"ח שהי' באין בספינה והשיא ר' נשותיהן ע"פ נשים והא מים כמלחמה דמי ותסברא משאל"ס נינהו כו' ופי' רש"י אף שטבע שמא צף תחת המים ויצא ואי נימא דברדפו אחריהם דכה"ג משיאין אשתו וכדס"ל בירושלמי א"כ הוי מצי הש"ס לאשכוחי גוונא כזה דהך מעשה הי' ג"כ שהעידו הנשים שהי' בספינה ונטבעו ורצו אחריהם ולא הוציאו ראשיהן חוץ למים ובכה"ג מותרות להנשא ולמה לי' להש"ס לתרץ דמיירי דקאמרי סימנים כו':

ומדלא קאמרי בש"ס כה"ג מוכח דס"ל לש"ס דילן דאף כה"ג אין משיאין אשתו לכתחילה משום חשש מחילה של דגים ע"כ הוכרח הש"ס לאוקמי דמיירי דקאמרי סימנין כו' וכן מצאתי בספר דברי חיים ח' אה"ע דיני אישות סי' ז' שהעלה להחמיר ג"כ משום חשש מחילה של דגים ע"ש ולכן מטעם זה נמנעתי מלהזדקק בהיתירא דהאי איתתא:

ד

אמנם אפשר לומר דהש"ס דילן לא פליג על הירושלמי והוא די"ל דאף להש"ס דילן דחייש למחילה של דגים עכ"ז לא חשו רק כמו מעשה דאמר רבי דשקעה חמה ולא ראה פתחה של מחילה למחר זרחה חמה והכיר פתחה של מחילה ובא ומצא כו' משום דמחמת חשכת לילה יש לתלות דנתעכב שם משום שלא ראה פתחה איך לצאת משם ולכן בעת שזרחה החמה והכיר פתחה יצא משם אבל אם הי' כזה ביום דכיון דרואה הפתחה של מחילה ביום א"כ לא ה"ל להתעכב שם:

אלא הי' יוצא מיד מהמחילה דמה עסקו להתעכב שם במחילה וע"כ שפיר אמרו בירושלמי דאם הים מגולה וראה שאין שום איש יוצא מן המים דמשיאין אשתו משום דביום בעת שהי' יכול לראות אין לחוש למחילה כלל לפי דאם ניצל ע"י המחילה א"כ לא הי' לו להתמהמה ולהתעכב שם והי' לו לצאת מיד משם כיון דהי' יום הי' לו להכיר פתחה של מחילה ולצאת מיד ולכן כיון שלא ראו איש יוצא מן הנהר או מן הים ע"כ אין לחוש למחילה ועיקר חשש של המחילה הוא רק בעתותי ערב דחשכה לו בהמחילה להכיר פתחה. בזה מצינו דחשו לזה כמו הך עובדא דאמר רבי דהי' כן לעתותי ערב ואף דהרואים מבחוץ יכולים לראות גם אז אף לאור הלבנה כדמצינו כה"ג ביבמות דף קכ"ב מעידין לאור הלבנה. עכ"ז למי שהוא במחילה עצמה י"ל דאינו יכול לראות ולהכיר

פתחה של המחילה ונתעכב שם עד שהכיר פתחה ולפ"ז יש לנו לומר דלא פליג ש"ס דילן על הירושלמי משום דהירושלמי דקאמר אם הים גליני כו' מיירי ביום והגמ' דש"ס דילן דמקשו אי הכי מים שיש להם סוף ליחוש למחילה כו' כוונתם ג"כ דלעתותי ערב איך סמכינן על מה שראו שלא הי' שום אדם יוצא דהא יש לחוש למחילה כו' ובאמת הא סתמו דמים שיש להם סוף מותרת להנשא דמשמע אף דאירע כן לעתותי ערב ע"כ שפיר מקשו כן בגמ' דילן:

ה

ולפ"ז לא פליגי התלמודים הנ"ל כלל וכיון דיש לנו לומר דלא פליגו אמרינן כן דאפושי פלוגתא לא מפשינן והא שכתבתי לעיל להוכיח מיבמות דף קט"ו דמקשו בגמ' והא משאל"ס כו' ולא משני דמיירי ברדפו אחריהם כו' אין זה הכרח כלל דבלא"ה משכחת כמה גווני דהוי מצי הש"ס לתרוצי זה רק באמת הש"ס קיצר בזה ולכן לדינא יש לנו לומר דלא חיישינן למחילה של דגים היכא דהי' ביום שלא לעתותי ערב וכיון דהעידו שרצו אחריו ערך שעה וחצי ולא ראו שיצא ראשו ע"כ יש לנו להקל:

דכה"**ג** אף הריב"ש מודה דסגי ערך שעה כמש"כ הקהלת יעקב ותשובת רע"א זצ"ל בסי' ק"ט ואף דנימא דלא כהקהלת יעקב ורע"א הנ"ל. עכ"ז כיון דעיקר הך מילתא הוי רק מדרבנן ע"כ בדרבנן סמכינן להקל על שיטת המהרי"ט דלא בעינן ג' שעות ולכן דעתי מסכמת להתירן וכמו שכתוב כת"ר. אך מן הראוי לצרף עוד דעת שלישי לדעתינו כדי שיוצא ההיתר ע"פ שלשה:

סימן מו

כבוד הרב הג' וכו':

מכתבו הגיעני ע"ד שאלתו נידן אשה א' אשר העיד ע"א אנ"ח איך שבעל האשה זאת נהרג במלחמת פלעוונא שראה אותו הרוג ומכירו היטב וכן יש עדות א"י במסל"ת ע"ז וגם יש בידה כתב מן שר הצבא שמעיד ע"ז:

ודעת כת"ר להתירה ושאלני לחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבו כי לפי דעת החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק ק"ג בשם המרדכי דמחלק בע"א במלחמה. דדוקא אם ראה ההריגה חששו שיגיד בדדמי דמחו לי' ברומחא וכו' אבל בלא ראה הריגתו אז אין לחוש לבדדמי':

א"**כ** לפ"ז יש לנו יסוד דהיתירא בנ"ד ובעיקר סברת הח"מ הזאת מצינו כן לעיל סעי' כ"ח בהגהת הרמ"א לחלק בין מי שראה הטביעה ובין מי שלא ראה הטביעה וכמש"כ הרא"ש ביבמות פ' ט"ו סי' יו"ד ועיין שם בקרבן נתנאל ס"ק י' במש"כ בשם הצ"צ דידע

הטביעה לא הוי כראה. וכן לפי דעת יש מקילין שם סעי' נ' בהג"ה דבא"י מסל"ת אף בלא אמר קברתיו סמכינן אף באומר מת במלחמה א"כ לפ"ז יש לנו ס"ס דפלוגתא להיתירא בנ"ד ספק א' שמא הלכה כהח"מ הנ"ל וספק ב' שמא הלכה כהסוברין להקל במסל"ת במלחמה אף דלא אמר קברתיו וכן יש לדון לפי שיטת הרמב"ם דהובא בסי' י"ז סעי' ל"ג בע"א במלחמה דבקברתיו נאמן ואם לא אמר קברתיו לא תנשא ואם נשאת לא תצא. וכתב הב"ש בס"ק ק' דבלא אמר קברתיו לא איפשיט הבעיא. וכן הוא בריב"ש סי' שע"ט לשיטת הרמב"ם ועיין בב"ש ס"ק קמ"ג א"כ לפ"ז יש לנו עוד ספק בעיקר הדין בע"א במלחמה אף בלא קברתיו דשמא הדין הוא דע"א נאמן במלחמה אף בלא אמר קברתיו ויש לנו ג' ספיקות בדינא בנ"ד וגם הא עיקר הסברא דחששו לבדדמי בע"א במלחמה לשיטת הרמב"ם אין זה רק מדרבנן וכמש"כ הב"ש בס"ק קמ"ג ועיין במראות הצובאות בס"ק קל"ב ע"כ אין לנו להחמיר בנ"ד דיש לנו כמה ספיקות בנ"ד:

ב

גם יש לדון היתר לפי דברי התוס' ביבמות דף קי"ד ע"ב ד"ה זימנין דמחו לי' כו' דהיא יראה לעמוד עד שימות כו' וכן הוא לשון רש"י שם דף קט"ו ע"א ד"ה התם כדרב אידי כו' דאשה לא מסתפיא מלסטין עכ"ל. וכעין זה כתב הרשב"א בחידושיו ליבמות דף קי"ד א"כ היכא דמעיד אנ"ח שראה שמת חבירו במלחמה לא שייך לומר שמתיירא לעמוד שם דהא יש ממונים שומרים להאנ"ח במערכת המלחמה הנקרא צעפ' שאינם יכולים לצאת ממערכת המלחמה ע"כ לא שייך זה הטעם בנ"ד. דהא ע"פ פקודת א' הקיר"ה מחוייבים לעמוד בקשרי המלחמה ולא לצאת ממערכת המלחמה לחוץ כידוע כי תחילת ניסה נפילה לכן י"ל דנאמן האנ"ח כשאומר דראה לחבירו הרוג אצלו וזהו סברא נכונה להיתירא:

ג

גם יש לדון בנ"ד להיתירא ע"פ מה שכתבתי בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ה' דיש לסמוך על עדות ערכאות להיתר עגונא מכש"כ דע"א ע"ש וידוע דבשני עדים מעידים דנהרג במלחמה קיי"ל להקל וכמבואר בסי' י"ז סעי' נ' א"כ בנ"ד הוי כמו שני עדים מעידים דהא הכתב של האדון שר הצבא שיש לה מהני זה כמו כל עדות ערכאות ועדיף מן ע"א ולכה"פ כמו ע"א וע"כ ע"י צירוף להעד האנ"ח ישראל הוי כמו ב' עדים דלא חיישינן לדדמי ואף שיש לומר ולהסתפק דשמא עדות של שר הצבא הוא ג"כ ע"י העד אנ"ח ישראל שהעיד כן לפני השר הצבא עכ"ז הא מידי ספק לא יצאנו והוי לנו עוד ספק להיתירא ועוד דהא יש ממונים מיוחדים להשגיח על האנ"ח שמתו והוי זה כמו ראש ב"ד וסופר שלו כמבואר בגיטין דף י"ט ובח"מ סי' מ"ה דאית לי' אימתא כו' ויש

להאריך בכ"ז ואין לי כח כעת לבא בארוכה ומכל הלין טעמי דעתי מסכמת לדעת כת"ר ולהתירה מכבלי העיגון ויושיב ב"ד של שלשה ויתירוה:

סימן מז

ב"ה יום א' ט' אדר תרל"ו לפ"ק.

נשאלתי באשה אחת דהיה רצונה להנשא לאיש א' אנ"ח ותיכף לקחה לביתו לעיר ראסטאוו ודר עמה ביחד כדרך איש ואשתו בלא חופה וקידושין וכאשר רצה לישאנה כד"ת לא ניתן לו רשיון מהרב דממשלה לפי כי באסטאווקא שלו נכתב שיש לו אשה ונסעו משם לעיר ווארענעז ודרו שם בחזקת איש ואשה בלא חופה וקידושין ובני העיר לא ידעו מזה כי חשבו שהיא אשתו כדמו"י ובהיותה שם כתבה מכתב לאביה שנישאת לבעל וטוב לה מאד ואח"ז ברח ממנה וכתבה מכתב לאביה כי רע ומר גורלה שבעלה ברח ממנה וגנב את כל אשר לה. ושבה לבית אביה למאריופאל ובירח שבט העבר שנת תרל"ה ילדה בן ויהי בהקשותה בלדתה אמרה לה המילדת ראה מה שחטאת וענתה לה כי הילד הזה הוא בן כשר כי נשאת לו כדמו"י רק הוא ברח ממנה ועיגנה ומה תעשה. וזולתה לא נשמע הדברים האלה מנהגה עם האיש הלז בראסטאוו שדרו ביחד בלא חופה וקידושין כנ"ל נודע מפי כמה אנשים ומנהגה בווארענאז שהחזיקה א"ע בפני כל שהיא אשתו כדמו"י הודית ע"ז היא בעצמה אך טוענת כעת שבאמת רצה לישא אותה ולא ניתן להם רשיון ודרו ביחד בלא קידושין ומה שאמרה בפני המילדת זהו מחמת הבושה אמרה כן אולם עתה בראותה כי אנשי העיר אינם מאמינים לה והבושה במקומה עומדת לכן אומרת האמת וכן המכתבים שכתבה לאביה שנישאת לבעלה זהו ג"כ מחמת הבושה שנתביישה להודיע לאבי' איך שהיא מתנהגת מעשה מופקרת והאשה היא עניה ביותר ואין לה מי שיפרנסנה. ואסר אותה כת"ר כעת שלא תנשא עד שיוצא הענין להיתירא הן מחמת חשש איסור א"א והן מחמת חשש איסור מניקת. וביקש כת"ר ממני להזדקק בענין חמור הזה ולחוות דעתי בזה:

א

והנני להשיבו בקצרה כי קשה עלי כעת לבא בארוכה והוא כי אילו לא היה כאן הודאתה. וכן למה שהוחזקו בעיר ווארענעז לאיש ואשתו יותר משלשים יום אז בוודאי אין לנו להחמיר בנ"ד אף דהיתה משודכת אליו וכמבואר באה"ע סי' קמ"ט סעי' ב' דאם נתייחד עם המשודכת לא חיישינן אף דגייסי אהדדי כ"ז דלא בא עלי' בפני עדים והב"ש כתב שם דאף בבא עליה ג"כ לא חיישינן והרדב"ז ח"ד סי' רט"ז ובח"ג סי' תקמ"א החמיר בזה. כן הרמ"א כתב שם להחמיר כנ"ל אכן בנ"ד דיש לו אשה אחרת דמבואר בהרמ"א

באה"ע סי' ל"ג סעי' א' דביש לו אשה אחרת לא דיינינן להחזקה א"א עושה בעילות זנות. ע"כ ה"ה בנ"ד יש להקל אילו לא היה בנ"ד הודאתה והחזקה. וגם הא הוחזק בזנות עמה בעיר ראסטאוו ומבואר באה"ע סי' ל"ג דבכה"ג יש להקל ועכשיו נדבר במה שהאשה כתבה מכתב לאביה כי נשאת לו וכן הודית בפני המילדות שנישאת לו כדמו"י והוא כי י"ל דע"ז נאמנת לומר האמתלא שאמרה כן מחמת הבושה ואף שבאמרה נתקדשתי לפלוני אינה נאמנת כמבואר בהר"נ לכתובות פ"ב וברמ"א סוף סי' מ"ז. עכ"ז הא כבר כתב הנו"ב במ"ק סי' ס' דיש מקום להקל היכא דלפי האמתלא שלה היתה צריכה לומר דנתקדשה לו וגם מה שלא אמרה כן בפני ב"ד או בעדים ע"פ אמירת אתם עידי א"כ ה"ה בנ"ד ועוד נלע"ד להקל מטעם אחר דהא עיקר סברת הר"נ הוא משום שאינה יכולה לחוב לו ולהפקיע א"ע ממנו כמבואר זה בהר"נ וברמ"א שם. א"כ בנ"ד דברח ממנה וגנב את כל חפצי' הרי נראה דאינו חפץ בה כלל ואין זה מקרי לחובתו אדרבה הא ניכר דזהו זכותו מה שמפקעת א"ע ממנו בפרט דיש לו אשה ע"כ הי' מקום לומר ולהקל בנ"ד:

ב

אך עדיין יש מקום להחמיר בנ"ד ע"פ המבואר בשו"ת חוט השני סי' י"ז והובא בפתחי תשובה לאה"ע סי' ו' ס"ק א' דהיכא דהאמתלא הוא שעושה איסור לאו כל כמיני' לומר שעשה איסור ע"ש א"כ ה"ה בנ"ד כיון שאומרת ע"י האמתלא דנבעלת לו באיסור ע"כ אינה נאמנת. וגם י"ל בכה"ג דאין אדם משים א"ע רשע וע"כ א"נ על אמתלא זו אכן מצאתי בשו"ת פני יהושע ח"א ח' אה"ע סי' א' שכתב להדיא דנאמנת באמתלא זו ולומר דמה שאמרה מתחילה נתקדשתי לו. זה היה מפני הבושה לומר שנתעברה ממנו בזנות וע"כ אמרה כי נתקדשה לו והאריך שם לבאר זה הרי דנקט לי' הפני יהושע בפשיטות דכה"ג הוי אמתלא מעליא ודברי הפני יהושע בכל השקלא וטריא שם נעלם מן האחרונים ויש להסביר דלא שייך בזה הך דאין אדם משים א"ע רשע דהא כתבו התוס' בב"מ דף ג' ע"ב בסה"ד מה אם ירצה לומר כו' דהיכא די"ל דאומר כן לטובתו דלא יבא מכשול איסור על ידו היינו שלא יביא חולין בעזרה דכה"ג נאמן ועיין מזה בסדרי טהרה סי' קפ"ה ס"ק ב' מזה ולפ"ז י"ל דהא בנידון הפ"י מיירי התם בניסת כבר האשה לאחד ועכשיו דנין לאוסרה ע"פ מה שאמרה מתחילה קודם שניסת לו דנתקדשה לאחר וע"ז שפיר כתב הפני יהושע שם די"ל הך אמתלא דאמרה אז כן מחמת הבושה ואף שלדבריה עשתה איסור דבעילת זנות עכ"ז י"ל דכוונתה עכשיו לאוקמי על הדין דלדבריה דאומרת עכשיו א"כ ניסת להשני בהיתר והיא משועבדת להשני כדין אשה לבעלה על כל עניני אישות וע"כ אומרת האמת לפי דברי' כעת כדי שתוכל לקיים כל החיובים שמוטל עלי' לעשות

לבעלה וכפי הד"ת ע"כ לא שייך בזה הך כללא דא"א משים א"ע רשע ואף דיש לחלק דשאני בנידון הא דב"מ דיהי' איסור חולין בעזרה ע"י בקום ועשה משא"כ התם בנידון הפנ"י דע"י שב ואל תעשה יהיה מה שלא תוכל לקיים החיובים שמוטל עליה לעשות לבעלה עכ"ז י"ל דלא ס"ל להפ"י חילוק הלז משום דאזלינן בתר טעמא דהא עכ"פ מצוה קא משתדלת לעשות דעי"ז תקיים החיובים שיש לבעלה עליה ע"פ דין לפי דברי' עכשיו:

ג

וכעין זה אפשר לדון גם בנ"ד אף דעדיין לא ניסת לשום אדם. ע"פ סברא אחרת דהא לכמה פוסקים ס"ל דאשה מצווית על שבת יצרה ומוכרין ס"ת בשביל להשיא יתומות כמבואר במג"א סי' קנ"ג ס"ק ט' בשם הר"מ אלשקר ובאה"ע סי' א' בב"ש ס"ק ב' בשם הרד"ך א"כ אף כ"ז דלא נישאת י"ל דכיון דלא קיימה עדיין מצוה דלשבת יצרה ע"כ י"ל דלפי דבריה דלא ניסת לעולם לשום בעל א"כ עדיין היא פנויה ומצווית להשתדל להנשא לאיש כדי שתקיים מצות דשבת יצרה ואף שיש לה בן מ"מ כיון דאין לה בת דכמו דלענין פריה ורבי' בעינן בן ובת ה"ה לענין שבת יצרה דהא יש דיעה דס"ל דאפילו יש לו בנים ימכור ס"ת בשביל לישא אשה בת בנים כמבואר באה"ע סי' א' סעי' ח' בשם י"א דעיקרו הוא בשביל שבת יצרה כמבואר במגילה דף כ"ז וב"ב דף י"ג תוס' ד"ה שנא' לא תהו בראה כו' אבל כ"ז דלא קיים פ"ו ה"ה דלא קיים לשבת יצרה לכ"ע וכיון דמוכרין ס"ת בשביל מצות שבת וזהו קום ועשה בוודאי זהו נחשב לטובה מה שאומרת לפי דבריה את האמתלא שלא נתקדשה מעולם כדי שתוכל לקיים מצות שבת ותנשא לאיש וגם הא מבואר באה"ע סי' א' סעי' י"ג דאשה לא תעמוד בלא איש. ע"כ לא דיינינן בכה"ג להך כללא דא"א משים עצמו רשע דאדרבה די"ל דמשתדלת לאפרושי מאיסורא עי"ז. ותהי' מקיימת המצוה דשבת יצרה עפ"ז. ובאמת יש להאריך בכ"ז אך אין צורך להאריכות בזה כיון דמבואר בשו"ת פ"י דזה נחשב לאמתלא ע"כ שפיר יש לדון בנ"ד דנאמנת ע"פ האמתלא זו:

ד

ועוד י"ל בנ"ד דהא מבואר בשו"ת פ"י זו דכתב דאם האשה אמרה זה בעלי ואני אשתו דאפשר לומר דקידשה בלא עדים וכמבואר להדיא באה"ע סי' ט"ו סעי' ל' וכמש"כ הבית יוסף בסי' מ"ז א"כ ה"ה בנ"ד במה דכתבה מכתב לאביה שנישאת לבעל י"ל דקידשה בלא עדים א"כ אין ממש בהקידושין והנישואין. ומה דאמרה להמילדת דקידשה כדת משה וישראל א"כ אף דמזה מוכח דקידשה בעדים עדיין י"ל דתהי' נאמנת לומר האמתלא זו דמפני הבושה אמרה כן במיגו דאי בעיא היתה מכחשת להמילדת. ודוקא מיגו להכחיש לשני עדים פסולים לא אמרינן כמבואר בכללי מיגו של הכנה"ג והאו"ת

בס"ק י"ח ובקצה"ח סי' פ"ב ס"ק ט"ו. אבל מיגו להכחיש לע"א פסול בוודאי אמרינן דדוקא בנסכא דר' אבא דע"א נאמן לחייב שד"א לא אמרינן מיגו שהיה יכול להכחישו וכמש"כ התוס' בב"ב דף ל"ד. אבל בע"א פסול שפיר אמרינן מיגו א"כ בנ"ד דליכא אלא ע"א פסול שפיר י"ל דנאמן לומר אמתלא זו במיגו וגם מצינו ביו"ד סי' קס"ט סעי' כ"ה דבמקום שיש לו מיגו נאמן אף בטענה דמשים א"ע רשע ועיין בש"ך שם ס"ק ע"ט ובדרוש וחדוש של הגאון רע"א זצ"ל לכתובות ד' י"ח ע"ב מזה ויש להאריך בזה אך כבר כתבתי לעיל דבל"ז א"ש דלא שייך בנ"ד לדון להך דא"א משים א"ע רשע:

ה

ואחר כותבי כ"ז ראיתי בשו"ת חמדת שלמה סי' נ"ט שהביא לדברי הפני יהושע הלז והעיר עליו אם מהני אמתלא הואיל דאיתרע חזקתה דזנות לא שכיח וכיון דצריכין לברי שלה י"ל דאמתלא לא מהני רק לבטל דבריה הראשונים אבל לא לקבל דברי' האחרונים אם צריכין להעדאתה וראי' לזה מן תוס' יבמות דף קי"ח ד"ה טעמא ולמש"כ שם המהרש"א עכ"ל הח"ש וכעין זה כתב רע"א בתשובה סי' פ"ה בד"ה אולם יש לדון כו' דאמתלא מהני רק לדונו בשתיקה מתחילה ועד סוף אבל היכא דבעינן דיבורו כו' לא מהני אמתלא ואח"ז כתב שם לחלק דשאני היכא דלא בעינן דין עד לדבריו כו' ע"ש ולפי דבריו אין מקום לדברי החמדת שלמה בהכלל שלו:

ו

ולענ"ד נראה להוכיח דלא כעיקר הכלל הזה מן הא דח"מ סי' מ"ז במלוה שאמר על שטרו שהוא אמנה או פרוע כו' ואם אחר שאמר אמנה פרע לבע"ח ובא לגבות מהלוה רואים אם כשבא בע"ח לגבות מזה השטר א' אמנה לא הי' כוונתו אלא לדחות בע"ח חוזר וגובה בו כו'. ומוכח מזה דאמתלא טובה מהני אף בממון וכשיטת הסוברים דגם בממון מהני אמתלא ועיין בקצה"ח סי' פ'. ומוכח מזה דגם היכא דבעינן לאמירתו דאומר עכשיו דגם בכה"ג נאמן ע"י אמתלא דהא במלוה האומר על שטרו שאינו יודע אם מגיע לו החוב מהלוה הדין הוא דאין גובה בו וכמבואר בסי' נ"ט ועכ"ז נאמן המלוה ע"י האמתלא ולבטל למה דהודה בתחילה דהוא אמנה אך יש לדחות לפי די"ל דהך דסי' נ"ט במלוה שאומר על שטרו שמא והלוה אומר ברי דהוא פרוע דכיון דשטר עומד לפרעון ע"כ מרעינין להשטר ע"י מעלת הברי והמוחזקות של הלוה. משא"כ באמנה דאין השטר עומד לכך ע"כ אף דאומר המלוה שמא ג"כ גובה בו וכמש"כ הש"ך כזה בסי' קכ"ב ס"ק י"ז ע"ש וא"כ לפ"ז אין מקום להוכחה זו:

ז
אבל באמת הא הך דסי' מ"ז. הדין כן הוא גם באומר הלוה פרוע וכן הדין הוא גם אם המלוה הודה מקודם דהוא שטר פרוע ואח"כ אומר המלוה להאמתלא זו דמה דאמר מקודם דהוא שטר פרוע דזה היה כדי לדחות לבע"ח דהדין הוא דיכול לגבות בו וכמש"כ הקרבן נתנאל בהרא"ש פ"ב דכתובות ס"ק כ"ד ע"ש וכ"כ הב"ח בטור סי' מ"ז בד"ה ואם לאחר שאמר אמנה פרוע כו' וכן משמע בסמ"ע ס"ק ה' שם וכן נראה מהט"ז בסי' ל"ז סעי' י"ז. וכ"כ הע"ש שם להדיא דגם על טענת פרוע הדין כן ואין לחלק ביניהם וכמש"כ כן בספרי נחל יצחק סי' מ"ז ס"ק ב' ע"ש. והא בטענת הלוה דהשטר פרוע והמלוה אינו אומר ברי דאינו פרוע הדין בזה דאינו גובה בו כמבואר בסי' נ"ט א"כ בזה אם היה שותק המלוה ודאי דאינו גובה בשטרו שת"י דהא כיון דהלוה אומר ברי דפרעתי א"כ הא הדין הוא דכל זמן דאינו אומר המלוה ברי להכחישו אינו גובה בו וכדקיי"ל לדינא בסי' נ"ט. והא לדברי החמדת שלמה דכתב לכללא דלא מהני אמתלא אם צריכין להגדתו דכעת ולא מהני שתיקתו דבה"ג לא מהני אמתלא א"כ תקשה דאמאי מהימן התם בסי' מ"ז לומר האמתלא דלא הי' כוונתו אלא לדחות לבע"ח הא כיון דבעינן שיאמר היום בפירוש שהשטר אינו פרוע ובפרט היכא דאמר בעצמו מקודם דהשטר הוא פרוע וודאי דבעינן שיגיד היום בפירוש ברי שאינו פרוע ומדחזינן דנאמן על האמתלא זו מוכח מזה דלא כהכלל של הח"ש וסייעתו בזה אלא בכל גווני מהימן באמתלא:

הגה"ה
והנה התוס' בב"מ ד' ב' ע"א ד"ה וזה נוטל רביע כו' כתבו וההיא דח"ה ד' ל"ב כו' והימני' רבה במיגו להוציא במיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא התם ה"ט משום דאף אם הי' שותק רק שלא הי' מודה שהוא מזוייף הי' נאמן כו' עכ"ל התוס' ויש להעיר ע"ז דבשלמא בהנך עובדא קמייתא דבב"ב שם דטען הלוה טענת מזוייף ע"כ אף דלא הי' טוען המלוה ברי ג"כ הי' גובה בו וכמש"כ לעיל דדוקא בטענת פרעון דהשטר לפרעון עומד בזה בעינן דיטעון המלוה ברי אבל בטענת מזוייף וכיוצא א"צ לטעון ברי' וע"כ בזה שייך שפיר סברת התוס' הזאת אבל בהעובדא דההוא ערבא דב"ב שם דטען הלוה פרעתי ומשמע בסוגי' דב"ב שם דגם בזה פליג רבה וס"ל דנאמן המלוה במיגו להוציא ושם הא לא שייך סברת התוס' דכתבו דאף דהי' שותק הי' מועיל. דהא בטענת פרעתי בעינן דיטעון המלוה ברי להכחישו וכנ"ל. וע"כ תקשה דברי התוס' בזה. ואפשר לומר לכאורה דיהי' מוכח מזה דהתוס' ס"ל כשיטת החולקים על הך דין דח"מ סי' נ"ט הזה דהב"י שם הביא בשם בעה"ת דהביא פלוגתת הפוסקים בהך דין דהמלוה טוען שמא

על שטרו דחד שיטה ס"ל דגובה בו וע"כ שפיר כתבו התוס' בב"מ ד' ב' כן אכן לדינא אין לדון לסברת התוס' הזאת וע"כ בב"מ לקמן ד' קט"ז בתוס' ד"ה והא רבא אפיק כו' כתבו בסה"ד ומיהו למ"ד בחז"ה דאמרינן מיגו להוציא כו' ע"ש דמוכח דלא ס"ל לחלק ע"פ סברת התוס' דב"מ ד' ב' הנ"ל משום די"ל דס"ל לדינא כמו הך דח"מ סי' נ"ט. וע"כ בעינן התם ג"כ דיטעון ברי ולכן לא נחתי שם התוס' לחלק כן ויהי' ראי' מן התוס' דב"מ ד' קט"ז דס"ל כמו דמבואר בח"מ סי' נ"ט. וע"כ שפיר כתבתי לעיל להוכיח דלא כהח"ש לפי המבואר לדינא בסי' נ"ט כן הי' מקום לומר לכאורה:

אבל באמת אין זה קשה כלל דהנה ראיתי בשמ"ק לב"מ ד' ב' ע"א שהביא לדברי התוס' שם שכתבו דהתם ה"ט משום דאפילו הי' שתיק וכו' וכתב פירוש אחרי שכבר טען הא שטרא אם הי' שותק והי' מחזיק באותה טענה די אבל הכא צריך לטעון שום דבר עכ"ל השמ"ק וכוונתו דכיון דמבואר שם דטען הערב ואמר להלוה הב לי זוזי דפרעתי למלוה עלך והא שטרא הוי זה כמו דטען כבר ברי דחייב לו על השטר הזה וכן אמרו שם בעובדא הקודם דאמר לי' הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא וע"כ אין צריך לטעון יותר. ולכן אין מקום לקושייתי כלל אבל בהך דסי' מ"ז דא' המלוה כבר דשטרו הוא פרוע ועכשיו אומר דאמר כן כדי לדחות לבע"ח דכיון דלא אמר מעולם דמגיע לו מעות מהלוה ע"כ וודאי צריך עכשיו לומר בפירוש דברי לי דמגיע לי מעות מהלוה ומה שאמר כן הי' זה לדחות לבע"ח וכיון דאם הי' שותק מתחילה ועד סופו לא הי' יכול לתבוע מן הלוה כלל כיון דהלוה אומר ברי דפרעתי ואפ"ה מהני האמתלא שלו במה דטוען עכשיו ברי לו דהשטר אינו פרוע ע"כ שפיר מוכח מזה דלא כהכלל של החמדת שלמה וכמו שנתבאר ע"כ הגה"ה:

ח

ונתבאר להוכיח דמצינו דמהני אמתלא אף היכא דצריכין לאמירתו ולא הי' מהני בשתק מתחילה ועד סופו וידעתי מה דיש להתעקש ולדון דאפשר דבהך אמתלא דח"מ סי' מ"ז הנ"ל טוענים הב"ד עבורו וע"כ עדיפא זה דאף דבשארי אמתלאות לא מהני היכא דלא מהני שותק כו' אבל באמת ז"א סברא לחלק בזה וגם הא משמע מן הפוסקים בסי' מ"ז שם דצריך לטעון הבע"ד בעצמו להאמתלא דהתם והעיקר כמו שכתבתי להוכיח כן ולכן כיון דמצינו דאמתלא מהני אף היכא דבעינן עכשיו לאמירתה א"כ לפ"ז מוכרחים לומר דאין ראי' מן התוס' יבמות ד' קי"ח הזה וכפי החילוק של רע"א זצ"ל דשאני התם דיש לדברי' דין עדות גמורה מתוך חומר שהחמרתי כו' אבל היכן דלא בעינן דין עדות שאני:

ט

ועוד נ"ל בכוונת התוס' דשם דדוקא האמתלא דתמות נפשה עם פלשתים. דזה לא הוי אמתלא טובה בזה אמרו דאינה נאמנת ע"י אמתלא גרוע כזה אבל אמתלא טובה שפיר מהני אף היכא דצריכין לאמירתה עכשיו וכוונת התוס' במש"כ ולא דמי להך דכתובות ד' כ"ב באומרת א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני דנאמנת כשנתנה אמתלא לדברי' כוונתם להאמתלא דאמרו שם מפני שקפצו עלי' ב"א שאינם מהוגנים דזהו אמתלא נכונה בזה אמרו דנאמנת ע"י אמתלא אבל בהך אמתלא דתמות נפשה עם פלשתים דהוי אמתלא גרוע אינה נאמנת וכן משמע מדברי הנימוקי יוסף דקאי שם על הך אמתלא דתמות נפשה כו' בזה האמתלא אינה נאמנת אבל אמתלא טובה י"ל דנאמנת אף היכא דצריכה עכשיו לאמירתה ואין לחלק בזה וכן יש להוכיח מן ב"ב ד' קכ"ז ובח"מ סי' רע"ט סעי' ב' באמר עבדי וחזר ואמר בני נאמן לומר דמה דאמר עבדו דמשמשו כעבד והא התם בעינן שיאמר עכשיו שהוא בנו ואפ"ה מהימן ע"י אמתלא הרי דמצינו דבכל גווני מהימן ע"י אמתלא ודלא כהכלל של החמדת שלמה וידעתי מה דאפשר לחלק בזה ע"פ סברת הש"ש שמעתא ו' פ' ח' אבל באמת זהו סברא דחוקה והעיקר כמו שכתבתי.

י

וע"כ הנכון עם הפני יהושע דלא נחת לסברת החמדת שלמה שהשיג עליו גם יש לומר דבלא כל זה אתי שפיר דברי הפני יהושע דהא שם מיירי בידוע דנתחברה לאיש בליעל מתחילה ודרו ביחד ע"כ לא שייך סברת החמדת שלמה כ"כ שם. וה"ה בנ"ד דידוע דבעיר ראסטאוו דרו ביחד זמן רב בדרך אישות בלא חופה וקידושין ע"כ לא שייך סברת החמדת שלמה הלז דבה"ג אינו מעכב אמירתה דכעת כ"כ ובפרט לפי מה דנתבאר בעז"ה וקצרתי. וראיתי בפתחי תשובה סי' מ"ז ס"ק ב' שהעיר על דברי הפני יהושע מדברי הרמ"א דסוף סי' מ"ז דבאמרה נתקדשתי לפלוני לא מהני אמתלא ונשאר בצ"ע תמהני עליו דהא מבואר להדיא בתשובת פני יהושע שם שהעיר ג"כ מהא דכתב הרמ"א והר"נ דבנתקדשתי לפלוני לא מהני אמתלא. ותירץ דשא"ה דגם איהו מודה לזה ע"ש וזה גרם לו שלא ראה היטב בגוף תשובת פ"י אך בנ"ד כבר נתבאר דאין מקום להחמיר ע"פ דאמרה להמילדות ולאבי' דנתקדשה לו כיון דברח ממנה וחזינן דאין חפץ בה וגם יש לו אשה אחרת וע"כ לא מקרי זה לחובתו כנ"ל:

יא

אבל העיקר מה דיש להחמיר בנ"ד ע"פ מה דהוחזקו בעיר ווארענזע לאיש ואשתו יותר משלשים יום דהיכא דהוחזקו כן לא מהני אמתלא לעקור להחזקה ולכאורה י"ל דאף אם ליכא עדים ע"ז אך היא בעצמה הודית שהוחזקו שם לאיש ואשתו דג"כ יש להחמיר

דאף דיש לה מיגו עכ"ז הא מיגו במקום חזקה לא אמרינן כמבואר בקידושין דף ס"ד דהיכא דמוחזק לנו באחי דאינו נאמן לומר דאין לו אחים אע"ג דיש לו מיגו דאי בעי פטר לה בגיטא וכדקיי"ל כר' נתן שם וכמש"כ הרא"ש שם ובאה"ע סי' קנ"ז סעי' ז' אך י"ל דבנ"ד אם אינו ידוע ע"פ עדים מן החזקה שהוחזקו בעיר ווארנעז לאיש ואשתו רק היא מודית ע"ז א"כ הוי זה מיגו בעיקר החזקה וכה"ג מהני המיגו. דברי ההפלאה לכתובות דף י"ט בתוס' ד"ה אימא כו' דאף דלא אמרינן מיגו במקום עדים עכ"ז מיגו בעיקר העדים אמרינן וכעין מה דמבואר חילוק כה"ג בח"מ ריש סי' ע"א גבי מיגו בעיקר הנאמנות ע"ש א"כ ה"ה וכש"כ דיש לדון כן בהך דמיגו במקום חזקה דהיכא דאינו ידוע לנו כלל מן מה דהוחזקו שם לאיש ואשתו רק מה שהיא בעצמה הודית ע"ז א"כ מקרי זה כמו מיגו בעיקר החזקה דנאמנת לומר דעשתה כן מחמת הבושה. ועכשיו שאין לה עצה אחרת מחמת שברח ממנה מוכרחת להגיד האמת לפי דברי' ונאמנת על כל זה ע"י המיגו שיש לה בעיקר החזקה והוי זה בגדר הפה שאסר כו'. ועיין בש"ך ח"מ סי' ק"ח ס"ק ז' מזה וקצרתי ואף שכתב שם ההפלאה דלשיטת התוס' מוכח דאינם מחלקים בין מיגו במקום עדים למיגו בעיקר עדים עכ"ז הא העלה שם דשיטת רוב פוסקים אינו כן וגם י"ל דאף להתוס' היינו במיגו בעיקר עדים דהא עדים עדיפי מהחזקה אבל בהחזקה י"ל דמודו דאמרינן מיגו בעיקר החזקה:

יב

ולכן נלע"ד בנ"ד דאם יהיה עדים ויעידו דהוחזקו בווארנעז לאיש ואשתו אז אין לי שום עצה להיתירא כלל ואף אם לא יהיה עדים כשרים רק עדות נשים ע"ז. ג"כ אין מקום להקל דהא מבואר בכללי מיגו של הכנה"ג והאו"ת דאינו נאמן במיגו דאי בעי הי' מכחיש לעדים פסולים כנ"ל ולכן יחקור רומעכ"ת ויכתוב לעיר ווארנעז שיעשו שם חקירה ודרישה אחר כל זה דאם יש שני עדים הן כשרים והן עדים פסולים כמו קרובים או נשים וכה"ג ואם יבורר לכת"ר מן ב"ד דווארנעז ע"פ גב"ע כן אז דעתי להחמיר ואם יבורר משם שאין עדים להעיד על החזקה זו אפשר להקל ואם ע"פ הקול דבעיר ווארנעז הוא שהוחזקו שם לאיש ואשתו ג"כ יש להחמיר דהא כיון דעיקר נאמנותה שלה הוא ע"פ הך מיגו א"כ הא קיי"ל דלא אמרינן מיגו דאי בעי הי' מכחיש להקול כמבואר בב"ב דף ל"ג ובח"מ סי' קמ"ט סעי' כ' ובסי' ק"נ ובכללי מיגו של הכה"ג ובאו"ת ס"ק ל"ה מזה וגם יש מקום להחמיר בזה ע"פ המבואר באה"ע סי' מ"ו סעי' ב' בהג"ה דאם הקול הוחזק בב"ד דרואין שיש ממשות בהקול דיש להחמיר וה"ה בנ"ד וכיון דהוי קלא קודם הנישואין ע"כ חיישינן ושאני הך נידון המבואר בפ"י הנ"ל:

דהאשה כבר נישאת לבעל והוי קלא דבתר נישואין דלא חיישינן אך בעינן שיהיה קול דהוחזק בב"ד כמבואר בגיטין דף פ"ט ובסי' מ"ו סעיף א' ובסי' ב' שם:

יג

וגם ידעתי דיש מקום להקל בנ"ד אף שהוחזקו בווארענעז לאיש ואשתו ע"פ דברי הפ"י שכתב שם סברא דהיכא דנתחברו מתחילה שלא בתורת קידושין דאז אף שהוחזקו לאח"ז בעיני כל בתורת אישות דעכ"ז יש מקום להקל ע"ש אך לדעתי קשה לסמוך על זה הסברא די"ל דהפ"י דמיקל עפ"ז הוא לפי דמיירי שם בנישאת כבר. אבל היכא דלא נישאת עדיין קשה לפי דעתי לצרף זה הקולא וכיון דבעיר ווארענעז דבאו שם הוחזקו שם לאישות ביניהם ע"כ. אף דבעיר ראסטאוו דרו ביחד בלא קידושין מ"מ קשה לבטל להחזקה דהוחזקו שם מתחילה ועד סוף לאישות ביותר משלשים יום ויש לי הרבה לדון בזה הפרט. ואין העת גורם לכתוב כעת יותר ולכן דעתי כן דאם אחר החקירה היטב בעיר ווארענעז לא יהי' עדים הן כשרים והן עדים פסולים וכן אף קול ליכא שהוחזקו שם לאיש ואשתו אז נאמנת לומר כי בזנות נתעברה ממנו ואף שאומרת שהוחזקו שם לאישות עכ"ז הא יש לה מיגו כנ"ל אכן אם יהיה שם עדים אף פסולים או קול שהוחזקו שם לאיש ואשתו בעת שדרו שם בזה אין דעתי מסכמת להיתירא. וצריכים חקירה ודרישה היטב על כל זה בעיר ווארענעז. וכ"ז דלא יבורר כ"ז אין להקל כלל עד שיבורר כ"ז ע"פ כת"ר ושני רבנים גדולים הסמוכים שיחקרו ע"ז היטב ואז הנני מצטרף לדעתם להיתירא ע"פ פרטים הללו וע"ד איסור מניקת כבר מבואר בהרמ"א סי' י"ג סעי' י"ז דבמופקרת לזנות יש להקל במזנה ומבואר בנו"ב סי' כ"א דבעינן שתתן הוולד למניקת. או בזונה שלא התחילה להניק ונתנה למינקת ונשבעה המינקת וכמש"כ הקהלת יעקב להגאון מליסא והובא בפ"ת שם ואין בכחי כעת לכתוב יותר בזה:

סימן מח

ב"ה יום ב' י"ט אייר תרל"ה.

נשאלתי ע"ד עובדא בישא באלמנה אחת שתבעה א' קאפ' מאיש א' בעד איזה דבר שקנה ממנה זה איזה ימים ואמר לה שיש לו מטבע שני קאפ' ורוצה א' קאפ' רעסטא וכאשר קיבל ממנה הקאפ' נתן לה מטבע שני קאפ' ובעת הנתינה אמר לה הרי את מקודשת לי ועדים שמעו הדבר ואחרי הגב"ע כדין אמר המקדש שאמר בטבעת זו וכיוון לשחוק והיתול והעדים אינם יודעים מזה אך אינם מכחישים זאת. והאשה א"י אם אמר בטבעת זו או לא אמר כלום אך זה יודעת שאמר לשון הקידושין לה אך כשקיבלה המטבע אמרה בזה"ל:

עס איז דאך ניט קיין זילבערנע מטבע וטוענת שלא קיבלה לקידושין רק עבור חובה והאיש הלז יש לו אשה ובנים וכתב כת"ר לדון בזה כי זה תלוי בהא דמבואר באה"ע סי' מ"ב סעיף א' ברמ"א שכתב היה חייב לה מעות ואמרה לו תן לי מעותי כו' דכתב הגר"א זצ"ל שם ס"ק י' דאפילו לא זרקה אינו כלום וסברתו דכיון דתבעה המעות ממנו ונתן לה מיד הוי זה כמו דאמר לה כנסי סלע שאני חייב לך דאינה מקודשת] א"כ לפ"ז יש להקל בנ"ד אך לפי מש"כ הב"ש שם ס"ק ד' דבעינן דוקא זרקה משום דהא לא הזכיר לה החוב והוי זה כמו כנסי סלע זו בלבד א"כ יש להחמיר בנ"ד וגם לפי דעת הגר"א יש להחמיר בנ"ד לפמש"כ הב"ח בח"מ סי' ס"ז סעי' י"ג דמי שמכר חפץ ג"כ דיינינן בי' סתם הלואה שלשים יום א"כ הוי כמו בתו"ז דכה"ג א"י לומר על חובי שקלתי כמבואר בסי' כ"ח סעי' ג' והאריך כת"ר בכ"ז בדברים נכונים וביקש ממני לעיין בזה:

ענף א

א

תשובה בעז"ה. כי מש"כ כת"ר בשם הב"ח דמכירת חפץ הוי כמו הלואה דדיינינן בי' סתם הלואה ל' יום הנה באמת הובא זה הדין בשם הב"ח בגש"ע דהגרע"א זצ"ל ובפ"ת לח"מ סי' ע"ג ס"ק א' אך אף לדברי הב"ח הנ"ל נלע"ד דעכ"ז יש לדון גם בכה"ג דיכולה לומר על חובי לקחתי. דשאני תו"ז מזה לפי מש"כ האו"ת בסי' ס"ז ס"ק ט"ז דבסתם הלואה שלשים יום אע"ג דאינו יכול לתבוע בתוך ל' יום עכ"ז אי תפס המלוה מהלוה בתוך ל' לא מפקינן מיני' משא"כ בקובע זמן דלא מהני תפיסתו בתו"ז כו' ע"ש:

ע"כ יכולה לומר גם בחוב במשך זמן דסתם הלואה דקבלה על החוב כיון דיכולה לתפוס ומהני תפיסתה. ובתשובת הרשב"א סי' א' רכ"ז גבי הך דינא דהובא באה"ע סי' כ"ח סעי' ג' בקש ממנה שתלוה לו מעות על משכון ונתנה לו המעות וכאשר נתן לה המשכון אמר לה התקדשי לי בו כו' כתב הרשב"א לחלק דשאני בכנסי סלע שאני חייב לך והתקדשי לי בו דאם קדמה ותפסה משל הלוה זכתה משא"כ במשכון כו' ע"ש וכוונתו דאע"ג דבעת שנתן לה הסלע א"ל שנותן לה לפרעון חוב ולקידושין עכ"ז הא אף דאינו נותן לה לפרעון החוב לבד רק לשם קידושין ג"כ מ"מ הא מהני תפיסתה אף בלא רצון והסכמת הלוה משום דבמעות מהני תפיסה אף בע"כ של הלוה כמבואר בח"מ בסי' ע"ב סעיף י"ז ובסי' ק"י ש"ך ס"ק ה' וכיון דעיקר הטעם דיכולה לומר על חובי קבלתי הוא משום דמהני תפיסתה בהמעות כמש"כ הרשב"א א"כ ה"ט שייך אף בתוך סתם הלואה כו' ובאמת ראיתי בספר טיב קידושין להגאון ר' אריה ליב צינץ בעהמ"ח ספר גט מקושר

באה"ע סי' כ"ח ס"ק י"ח שכתב להסתפק בחוב בסתם הלואה אם דייניגן ליה כמו חוב בתו"ז דאינה יכולה לומר על חובי קבלתי ע"ש:
ולי נראה כמו שכתבתי דיכולה לומר בסתם הלואה דקבלתי על חובי:

ב
ועוד נלע"ד לדון בעיקר דברי הב"ח שכתב דגם בחוב מכירה דייניגן ביה סתם הלואה שלשים יום דנלע"ד דלאו כ"ע מודו בי' דהנה בטור ח"מ סי' ס"ז סעיף י"ט בב"ח שם הביא לדברי הבית יוסף שם דמחלק בין הקפת חנות דאינה משמטת להא דהשוחט את הפרה וחלקה כו' דמשמט וכתב ע"ז הב"ח בשם הר"נ פ' אע"פ דלא קיי"ל כההיא דהשוחט את הפרה דמוקמינן לי' בירושלמי דאתיא כר' יהודא ואנן קיי"ל כרבנן דבמלוה הדבר תלוי כו' וכן הוא שיטת התוס' כתובות דף נ"ה ע"א ד"ה ולשביעית כו' דאינה משמט אלא חוב מלוה כו' ע"ש וכ"כ האו"ת בסי' ס"ז ס"ק ט"ו להשיג על הב"י והסמ"ע שם. ולפ"ז יש לדון לפי מש"כ הריטב"א למכות דף ג' ע"ב להכריע כשיטת רש"י דבשאלה לא דייניגן לומר סתם הוא שלשים יום לפי דעיקר מילתא דסתם הלואה שלשים יום זהו נלמד מן קרבה שנת השבע שנת השמיטה דיש לך שמיטה אחרת שהיא כזו כו' כמבואר במכות שם א"כ דמיא לשמיטה דאינה משמטת אלא חוב מלוה כו' וה"ה להך סתם הלואה דאינו רק במלוה ולא בשאלה ע"ש. ע"כ יש למילף דכמו דשמיטה אינה משמטת חוב מכירה לשיטת הר"נ והתוס' הנ"ל. דה"ה דלא דנינן לומר סתם הלוואה שלשים יום רק בחוב מלוה ולא בחוב מכירה ולדינא הא קיי"ל כשיטת רש"י בשאלה כמבואר בח"מ סי' שמ"א סעי' א' ואף דכתבו שם הטעם לחלק דשאני שאלה דהדרא בעיני' עכ"ז הא כתבנו בשם הריטב"א דכתב הטעם דבעינן דומיא דשמיטה כנ"ל. ע"כ י"ל דחוב מכר לא דייניגן בי' לסתם שיהיה ל' יום ולכה"פ ה"ל ספיקא דדינא א"כ מהני תפיסת התובע לומר קים לי דלא דייניגן בחוב מכר שיהיה שלשים יום וכיון דמהני תפיסתה עכ"פ ע"כ ממילא יכולה לומר על חובי קבלתי וכנ"ל ולכן אפילו נימא דלא כהאו"ת שכתב דמהני תפיסה בכל סתם הלוואה כנ"ל. עכ"ז בל"ז מהני תפיסה בחוב מכר משום דהוי ספיקא דדינא ולא שייך לומר דהא הוי ספיקא באיסור א"א דיהא להחמיר דזה אינו דהא כיון דעכ"פ מהני תפיסתה יהיה מאיזה טעם שיהי' ע"כ ממילא יכולה לומר על חובי קבלתי:

ג
והנה בספרי נחל יצחק סי' ע"ו ס"ק ב' כתבתי בזה"ל וכתב הבאר הגולה בס"ק ד' עלה דמבואר שם היו שנים תובעים אותו כו' צריך ליתן לכ"א מנה. דלא דמי ללקח מקח מן ה' וא"י דמניח דמי המקח משום דשא"ה דסתם מקח יש לו תובעים מיד משא"כ פקדון דמפקדין לזמן רב וכן סתם הלוואה ל' יום וה"ל למידוק נמוקי יוסף עכ"ל הבא"ג וכן כתב

הש"ך לקמן בסי' רכ"ב בס"ק ד' בשם הנמו"י וכן כתב הסמ"ע בסי' ש' ס"ק י"א בשם הנ"י כו' והנה הב"ח בטור ח"מ בסי' ס"ז סעי' י"ג דעתו שם דהך סתם הלוואה ל' יום דייניין כן גם בקנה חפץ דאינו יכול לתבוע דמי המכירה בתוך ל' יום והובא זה בגשו"ע דהגר"ע איגר זצ"ל בח"מ סי' ע"ג סעי' א' ע"ש והכא מוכח דדווקא בחוב הלואה אמרו דסתם הלואה ל' יום אבל בלקח מקח אין הדין כן דאם כדברי הב"ח דגם בחוב מכירה אמרינן כן א"כ תקשה על מה שפסקו הכא בחוב הלואה דא"י למי דצריך ליתן לכ"א דמ"ש זה מלקח מקח כו'. ועיקר החילוק הוא דסתם מקח יש לו תובעים מיד משא"כ בהלואה דהוי ל' יום כנ"ל אבל לדברי הב"ח תקשה עדיין דמ"ש זה מן לקח מקח כו' ומוכח מזה דלא כהב"ח אלא רק בהלואה אמרו דסתם הוי ל' יום משא"כ בחוב מכירה [ועיין בשבת דף קמ"ח ובתוס' ד"ה שואל אדם כו' וברא"ש פ"ק דמכות ובח"מ סי' ע"ג ובסי' שמ"א סעי' א' וקצרתי ועיין בפלפולא חריפתא בפ"ג דב"מ ס"ק נ' וס"ק ש']. ויש לחלק דדוקא היכא שלא התנו שיהיה מכירת החפץ בהקפה כלל אז אמרו דסתם מקח יש לו תובעים דלפי שעה רוצים הדמים וכמש"כ הנ"י אבל היכא שאמרו דמוכרין בהקפה בזה שפיר כתב הב"ח דהוי ג"כ כמו סתם הלואה ל' יום ולפי הטעם דכתבו דלכן בלקח מקח וא"י למי דמניח דמי המקח משום דסתם מקח יש לו תובעים מיד ולא ה"ל למידק א"כ לפי מש"כ הבית יוסף סי' ס"ו סעי' י"ט עלה דהקפת חנות אינה משמטת דהקפת חנות דרך להקיף שנה ושנתיים כו' וכ"כ הסמ"ע לעיל סי' ס"ז בס"ק כ"ו וכ"כ התוס' יו"ט בפ"י לשביעית משנה ב' כו' עכ"ל בספרי נחל יצחק שם:

ד

א"כ לפי מה דהעליתי בספרי דהיכא דלא אמרו בפירוש שיהיה מכירת החפץ בהקפה בזה אמרו דסתם מקח יש לו תובעים מיד וכמש"כ הנימוקי יוסף ושארי פוסקים הללו א"כ בנ"ד אם הי' כן ודאי דלא שייך למידן בי' להך דסתם הלואה ל' יום כיון דלא הי' הקפת חנות וזולת כל זה הא המג"א בסי' ש"ז ס"ק י"ד כתב דנוהגים במדינתינו דתובעים סתם הלואה תוך שלשים יום ע"ש ע"כ לפי כל זה אין לדון בנ"ד כלל להך סתם הוי לשלשים יום אלא יכולין לתבוע מיד בכה"ג דנ"ד:

ענף ב

ה

ועוד דהא חזינן דאמרו בקידושין דף י"ג פריך רב אחאי אטו כולהו נשי דינא גמירא כו'. ודייניין כן להקל מה"ט אף בחשש איסור א"א כמבואר שם דכיון דעיקר הוכחה על הקידושין שם הוא מן ההוכחה דאמרו דאם איתא דלא ניחא לה לישדינהו כמו דאמרו שם בשם רב הונא בריה דרב יהושע וע"ז פריך רב אחאי דאין זה הוכחה כיון די"ל אטו

כולהו נשי דינא גמירי. ע"כ ממילא מספיקא בעלמא אין אנו מוציאין אותה מחזקת פנוי' שיש לה והוי כמו קידושין בלא עדים וכעין דברי הפני יהושע שם וסברת רב הונא ברי' דרב יהושע דלא ס"ל לדון לסברת רב אחאי דאטו כולהו נשי דינא גמירי. טעמו דכיון דזהו דין פשוט דהיכא דלא קיבלה בתורת פקדון אינה חייבת באחריות ע"כ לא שייך לומר בזה אטו כולהו נשי דינא גמירי אבל היכא דמצינו פלוגתא באיזה דין אף דלדינא קיי"ל כדיעה חדא עכ"ז אמרינן דיש לומר דטעה וכמו דכתבו התוס' בסנהדרין דף נ"ג ע"א ד"ה הא כו' שהוכיחו דבחייבי כריתות לכ"ע לא תפסי קידושין מדאמרו אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו כו' וכ"כ התוס' בב"מ דף ט"ו ע"ב וכן מבואר בח"מ סי' מ"ב סעי' ט' ברמ"א דהיכא דאפשר שטעה הנותן כו' וכמש"כ הש"ך שם ס"ק כ' וס"ק כ"ב. וכמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ט"ז ענף א' ובספרי נחל יצחק סי' י"ז סעי' י"ב יע"ש. ע"כ בנ"ד בהך מילתא שכתב הב"ח דבחוב מכר ג"כ דיינינן לסתם הלואה שלשים יום דלפי מש"כ אין זה ברור כ"כ לדינא לכ"ע כ"כ שפיר י"ל דטעתה בזה ובפרט דלפי מש"כ הוי זה לכה"פ לספק השקול בדינא בלא שום הכרעה ע"כ בוודאי י"ל דסברה דהדין הוא דלא שייך בזה דין סתם הלואה כו' ובפרט דחזינן דתבעה אותו על החוב:

[**וגם** י"ל דלא ידעה כלל להך דין דסתם הלואה ל' יום כלל]. והנה עיקר הסברא דהיכא דלא אמר כנסי סלע שאני חייב לך אינה יכולה לומר על חובי קבלתי הטעם מבואר בחידושי הרשב"א לקידושין דף י"ג דכיון דלשם קידושין יהיב לה ושתקה חזקה למאי דקאמר שקלה כו' ע"ש ברשב"א וע"כ אתי שפיר פסק הגר"א זצ"ל שכתב דהיכא דתבעה אותו ע"ד החוב לא בעינן זרקה משום דבזה לא שייך לומר מדשתקה כו' דהא י"ל דלכן שתקה משום דסמכה על דיבורה הראשון דתבעה אותו להחוב וע"כ שתקה. לכן מסתברים כדברי הגר"א הנ"ל ואין ממש בהקידושין דנ"ד כלל אך אם נימא דידעה הדין של הב"ח וסברה כהב"ח דבכה"ג ג"כ שייך לדון לסתם הלואה ל' יום א"כ אז יש לנו הוכחה מדקיבלה להמטבע בעת שאמר לה ה' מקודשת לי דמסתמא נתרצתה לזה. אבל כיון די"ל דסברה לומר דלא שייך בכה"ג לדון לסתם הלואה ל' יום ובפרט דיש לומר כן לפי האמת כנ"ל א"כ ממילא אין לנו הוכחה ברורה להוציאה מחזקת פנוי' לכן יש לנו מקום להקל לפי שיטת הגר"א זצ"ל דלא בעינן זרקה בכה"ג דנ"ד:

1

ועוד נלע"ד לומר דאף לשיטת הב"ש דס"ל בכה"ג דנ"ד דבעינן דוקא זרקה. עכ"ז י"ל דבנ"ד יש להקל אף להב"ש והוא דהא בנ"ד דהא אמר לה שיש לו מטבע שני קאפ' ורוצה א' קאפ' רעסטא ולאחר שקבל ממנה א' קאפ' נתן לה מטבע שני קאפ' וא"ל ה"א כו'

א"כ דומה זה להא דאמרו בכנסי סלע שאני חייב לך והרי את מקודשת דכיון דאמר לה כנסי סלע כו' אינה מקודשת משום דדוקא בלא הזכיר לה החוב כלל אז שפיר מוכיחין מדשתקה מסתמא נתרצית להתקדש לו וכמש"כ הרשב"א בחי' שם. אבל היכא דאמר כנסי סלע שאני חייב לך והתקדשי לי בו אינה מקודשת דאף דשתקה מ"מ י"ל דכיון דהזכיר לה החוב עכ"פ ע"כ שתקה ואף דאמר בפי' והתקדשי לי בו דנותן לה עבור החוב והקידושין ביחד מ"מ י"ל דסמכה על דיבורו לחצאין דלמה שהזכיר את החוב נתרצית ועל מה שאמר לקידושין לא נתרצית וה"ה י"ל בנ"ד דנתן לה מטבע שני קאפ' חציו עבור הרעסטא שקיבל ממנה כעת. ואמר לה מקודם שנתן לה שתתן לו א' קאפ' רעסטא:

ויתן לה שני קאפ'. א"כ בחצי המטבע שנתן לה דומה כאמר לה בפירוש כנסי חצי המטבע עבור הרעסטא שקיבל ממנה כעת וחצי השנית עבור הקידושין א"כ י"ל דהא דשתקה משום דקיבלה המטבע עבור חוב הרעסטא כפי שנתן לה עבור חוב הרעסטא וכפי שאמר לה תיכף מקודם שקיבל ממנה הרעסטא סמוך ממש לנתינתו לידה ועל מה דאמר לה ה"א מקודשת לי בחצי המטבע השנית לא נתרצית וזה דומה ממש להא דאמר לה כנסי סלע שאני חייב לך והתקדשי לי בו וכנ"ל וע"כ י"ל דבכה"ג מותרת להנשא לכ"ע ואין בזה חשש קידושין:

ז

והנה ראיתי בתשובת הרשב"א סי' אלף רכ"ז גבי הא דאמר לה הלוני דינר על משכון זה כו' דהובא ברמ"א לאה"ע סי' כ"ח סעי' ג' ובח"מ ס"ק י"א ע"ש שכתב באמצע התשובה בזה"ל ואפי' את"ל על משכון נמי נתן מ"מ אם שוה פרוטה יותר למשכון ולקידושין נותן ורשאי דשלו הוא ואין לאשה במשכון הזה כלום כו' עכ"ל. הרי דמשמע לכאורה מן הרשב"א דלא כמש"כ דהא לפי מה שכתבתי לדון דהיכא דא"ל כנסי מטבע זו חציו על החוב וחציו על הקידושין דאינה מקודשת משום דיכולה לומר דכוונתה היה לקבל עבור החוב להחצי מטבע ונקטה דבור אחד משני דיבורים שהיה מדבר לה א"כ לפ"ז ה"ה אף במשכון ששוה פרוטה יותר מן החוב שאמר לה קבלי למשכון והמותר לקידושין ג"כ הדין נותן שאינה מקודשת ואפ"ה כתב הרשב"א שהיא מקודשת בכה"ג וזהו לכאורה דלא כמש"כ ועכ"ז נראה לי דהעיקר כמש"כ ומן הרשב"א אינו התירה לדברי. דהא הרשב"א מסיים שם הטעם דרשאי דשלו הוא ואין לאשה במשכון הזה כלום כו' א"כ שאני התם דגוף המשכון הוא שלו דלא קנתה לו מקודם דמשכה וע"כ אינו דומה לכנסי סלע שאני חייב לך דאינה מקודשת דשם עכ"פ מהני תפיסתה וכמש"כ לעיל לבאר דברי הרשב"א ע"כ שפיר יכולה לומר דנקטה לדיבור אחד מדבריו ואף שאינו מסכים אלא

לקידושין ג"כ מ"מ כיון שהזכיר לה עכ"פ את החוב ע"כ ממילא יכולה לתפוס המעות אף בלא רצונו כנ"ל משא"כ במשכון שהוא חפץ דאינה יכולה לתפוס בע"כ ולא מהני תפיסתה בלא דעתו ע"כ כיון שאומר בפירוש שנותנו לה למשכון והמותר לקידושין א"כ אם אינה מתרצית להתקדש לו אז אינה יכולה לתפוס להמשכון שלא מרצונו כיון שלא הסכים להמשכון רק באופן שתקבל המותר לקידושין ע"כ בוודאי נתרצית להתקדש לו כן יש לחלק וע"כ שפיר כתבתי דבנ"ד שנתן לה חציו עבור חוב הרעסטא שקיבל ממנה וחציו על הקידושין דאינה מקודשת לדברי הכל:

וכוונתה היה להציל את חוב הרעסטא שנתנה לו ע"מ להשתלם מיד ולא בתורת חוב:

ח

וגם י"ל לסניף דכיון דאמרה מיד שקיבלה הקידושין דאס איז דאך ניט קיין זילבערנע מטבע ע"כ הוי זה אמתלא טובה על מה ששתקה בעת שנתן לה המטבע דהא עיקר הטעם הוא כמש"כ הרשב"א בחי' לקידושין דמדשתקה מסתמא נתרצית להקידושין אבל בנ"ד דהשיבה כן חזינן דטעתה וסברה לומר כיון דאינו מטבע של כסף ע"כ אינה יכולה להתקדש במטבע נחושת ולכן שתקה משום דסמכה ע"ז האמתלא דטעתה וסברה כן ואטו כולי נשי דינא גמירי ולא איכפת לה כלל בזה וע"כ סמכה ושתקה ובפרט דחזינן בפירוש דטענה דטעתה כן. ע"כ יש לצרף זה לסניף דאינה מקודשת מה"ט לד"ה ובפרט דמסתברים דברי ההגר"א זצ"ל דהיכא דתבעה ממנו החוב מתחילה אם אף דשתקה בעת קבלת המטבע אפ"ה אינה מקודשת משום די"ל דהא דשתקה זהו משום דסמכה על דיבורה הראשון וגילתה בדעתה שרצונה לתבוע ממנו החוב וכמו דאמרינן בכמה דוכתי דכל העושה ע"ד הראשונה עושה ויש לי הרבה להאריך עוד בכ"ז אך אין בכחי כעת להאריך יותר:

ט

והעיקר הוא מה שיש להקל בנ"ד כיון דהמקדש אומר שהיה כוונתו לשחוק והיתול וגם אמר שסיים בטבעת זו ועיין בסי' כ"ז בפ"ת ס"ק ג' בשם שב יעקב דכה"ג הוי אומדנא שהי' לשחוק והיתול:

ובנ"ד יש לנו אומדנא דמוכחא שהי' כוונתו לשחוק והיתול כיון דיש לו אשה ובנים ואף שבתשובת חכם צבי סי' קל"ה כתב דאף דיש לו אשה ובנים אין זהו אומדנא ברורה כו':

מ"מ נלע"ד להוכיח דזה הוי אומדנא ברורה דהא באה"ע סי' מ"ה סעי' א' גבי חשש סבלונות דכתב הרמ"א שם דהיכא שיש למיחש שעשה איסור כו' וכתב הב"ש שם ס"ק ט"ו דה"ה אם נשא אשה מוכח דלא קידש את זו דאל"כ היה עובר על חר"ג כו' הרי דמה שיש לו אשה זהו הוכחה ברורה ומקילינן עפ"ז במקום חשש דסבלונות:

ו

ואף דסבלונות הם אינם רק חשש ספק קידושין אפ"ה הא חזינן דהחמירו בחשש דסבלונות אף לפי' רש"י גם במיעוט מקדשי והדר מסבלי וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ד' בשם הרמ"ה והמהרשדים ע"ש ואפ"ה הקילו במקום אומדנא זו. א"כ עכ"פ מוכח דהיכא דיש לו אשה דלא חיישינן שמא קידשה דא"כ היה עובר על חר"ג ואף דשם כתבו אם נשא אשה אח"כ כו' מ"מ מוכח דה"ה בנשא אשה מקודם ג"כ דיינינן כן ואזלינן בתר טעמא ואדרבה זה עדיף ביותר וקצרתי ועיין באבני מלואים סי' מ"ה ס"ק י' ובבית מאיר שם וכיון דמצינו דסמכינן ע"ז האומדנא בחשש סבלונות אף דהחמירו גם בחשש סבלונות לחוש למיעוטא בע"כ מוכח דזה הסברא עדיפא ביותר ע"כ אף דנימא דבקידושין ניחוש אף במקום אומדנא זו ונחלק בין קידושין לסבלונות עכ"ז הא זה אינו רק מדרבנן וכמו שכתב החתם סופר סי' פ"ה בשם תשובת מיימוני ה' אישות סי' א' דבמקום אומדנא ברורה אין לנו להחמיר רק מדרבנן וכיון דמצינו דזה הוי אומדנא ברורה דהקילו מטעם זה בסבלונות עכ"פ ע"כ ממילא יש לנו להקל בנ"ד מצד ספיקא דדינא שמא הלכתא כהכרעת הגר"א וצ"ל דהיכא דתבעה החוב לא בעינן זרקה דהא במקום ספיקא דפלוגתא בדרבנן מקילינן וכיון דנ"ד אין חשש דאורייתא רק מדרבנן ע"כ יש לנו להקל בנ"ד דלא הוי רק ספיקא דפלוגתא ובפרט דנתבאר דיש מקום להקל בנ"ד לדברי הכל לכן דעתי מסכמת להקל ומותרת האשה להנשא בלא חשש כן הוא לפי דעתי ואם כת"ר יסכים ג"כ להיתירא אזי יכול כת"ר להתירה בלא גט כלל ויתבטל מעשה ידי רשע ולא יהיה בנות ישראל כהפקר ח"ו יותר אין ביכולתי להאריך ויקבל החוה"ש מאת ה':

סימן מט

נשאלתי מרב גדול א' ע"ד מה שאירע סביב למחנהו בבחור א' שקידש בתולה אחת בטבעת קידושין בפני עדים והטבעת הי' של אם הבתולה שקנתה בהסתר בעלה הטבעת במקח ארבעה רו"כ ונתנה אותו לבתה להתקשט בו והבתולה הלכה לבית קרובתה להתפאר בהטבעת הלז בפני הבחור המקדש. וביקש ממנה הבחור ליתן לו הטבעת ונתנה לו והחזיק הטבעת בידו ובערך שעה אח"ז קידשה בהטבעת וא"ל האמק"ל כו' בפני עדים כשרים ונשאלתי בזה:

א

תשובה בעז"ה והוא. לפי המבואר בח"מ סי' ס"ב דאשה הנושאת ונותנת כל מה שנמצא בידה הוא בחזקת הבעל וסתם אשה אף כשהבעל מפקיד בידה מעות ומטלטלין דינה כנו"נ כמבואר שם ברמ"א ובאו"ת ס"ק ו' ובנתיבות בחידושים ס"ק ז' ודלא כהש"ך ע"ש. ובפרט מה שהי' בידה בהסתר בעלה והוי כמעות טמונים דגרע טפי כמבואר בב"ב דף

נ"א ובב"ק דף קי"ח ובח"מ סי' שנ"ח ובאה"ע סי' פ"ה סעי' י"ב א"כ דינו כמו קידשה בגזל של אחרים דאינה מקודשת והא דמבואר באה"ע סי' כ"ח סעי' י"ט שאל כלי מהאשה וקידש בו חוששין לקידושין. הא מבואר במקנה שם דזהו דוקא בטבעת שלה כו' וגם הא מה"ת שייך נכסי מלוג לה ואזלינן לחומרא בתר דאורייתא. ועיין באה"ע סי' כ"ח בב"ש ס"ק ו' ובמחנה אפרים ה' מכירה קנין משיכה סי' י"א ואכמ"ל ובנ"ד לא שייך לומר דניחא לאינש למעבד מצוה בממונו כו' כמש"כ מזה הב"ש בסי' כ"ח ס"ק נ'. דהא בנ"ד לא מקרי מצוה דהוי קידושין בלא שידוכין ובפרט דקידשה ביום השבת:

ב

ועוד דאף אם הי' נותן אבי הבתולה הטבעת לבתו להתקשט ג"כ אין לה זכות וכח ליתן במתנה לאחר כמבואר בח"מ סי' צ"ז סעי' כ"ו דבגדי שבת ויו"ט גובה בע"ח מהם כמש"כ הטור שם בשם הרמב"ם ואצ"ל אם הי' בהם טבעות כו' א"כ לפ"ז לא קנתה אותו הבת מעולם. ואף היש חולקים שם על בגדי שבת ויו"ט מ"מ מודו על מה שכתוב שם שגובין מטבעות כו' וכמו שכתב הסמ"ע שם ס"ק ס"ב וכמבואר באה"ע סי' צ' סעי' ט"ו כה"ג ומוכח שם דלא מחלקינן בזה בין בגדי אשתו לבגדי בניו כדמוכח בטור ובהפוסקים שם:

ג

ועוד יש לדון בנ"ד דהא הבתולה לא, אמרה בפירוש שנותנת לו לשם מתנה ע"כ נאמנת לומר שלא נתנה לו במתנה לעולם רק בתורת שאלה נתנה לו כדמצינו כעין זה בב"ב דף מ"ה ע"א בתוס' ד"ה אבל מסר לו כו'. דהיכא דמסר לו בפני עדים ולא פירש בפניהם אם בתורת מכר או בתורת פקדון דבאומן אין לו חזקה דמסתמא לתקנו מסר לו כו' עכ"ל וכ"כ הקצה"ח בסי' ע"ט ס"ק ב' דבדברים העשויין להשאיל ולהשכיר דאי איכא עדים שראו אותו שנתנו לו בסתם ולא ידעו אם בתורת מתנה ומכירה או בתורת שאלה דאמרינן מסתמא בתורת שאלה נתנו לו עכ"ל וא"כ הטבעת שהי' בידה מקרי בשם דבר העשוי להשאיל ולהשכיר כיון שהבחור המקדש רגיל ומקורב עם הבתולה והוא כעין המבואר בח"מ סי' ע"ב סעי' י"ט דלהרי"ף והר"ת היכא שבעל החפץ רגיל אצל זה שהחפץ בידו ומקורב עמו זה מקרי דבר העשוי להשאיל וכן הוא שיטת הרא"ש בשבועות פ"ז סי' ה' ודלא כהרמב"ם שכתב דבעינן דתחילתן נעשו להשאיל ע"ש וכיון דסמכינן על זה להוציא מן המוחזק א"כ עדיף זה מן רוב דהא אין הולכין בממון בתר רוב כש"כ כמו כן סמכינן ע"ז דלא נחמיר באיסורין והוי כמו קידשה בגזל דידה כיון דלא הוי שדיך אינה מקודשת ומה דאומר הבחור המקדש דהבטיחה לו להתקדש לו אינו נאמן כיון שמכחשת לו כמו הא דסי' מ"ח סעי' א' והא דמצינו באה"ע סי' קכ"ד סעי' ו' בגט חקוק על ידו של עבד ויוצא מתחת ידה דה"ז ספק מגורשת שהגודרת אין להם חזקה דאף דמהני זה לענין

ממון מ"מ גבי איסורא מידי ספיקא לא נפקא הלא באמת הא שי' ההגהת אשרי בגיטין דף כ' ע"ב שחולק על הרמב"ם ופוסק דאינה מגורשת כלל וכן ראיתי באור זרוע הגדול סי' תשט"ז שכתב כן. ואף לשיטת הרמב"ם והשו"ע שפסקו שם דה"ז ספק מגורשת י"ל דשא"ה כיון דאמרו דלא מקדים אינש פורענותא לנפשי' לכתוב גט לאשתו וכיון דחזינן הכא דהגט כתוב וחקוק ע"י של עבד א"כ מסתמא נתרצה אז ליתן גט לאשתו אלא דיש לחוש שמא נמלך וחזר מזה:

עכ"פ יש לנו לומר אוקי אחזקה דאומד כחזקתו הראשונה ולא נשתנה דעתו הראשונה וזה החזקה סותר לחזקת מרא קמא ע"כ הוי ספק מגורשת אבל בנ"ד דליכא שום חזקה הסותרת לחזקת מרא קמא ע"כ כ"ע מודו דאינה מקודשת כלל:

ד

ואף דלשיטת הרמב"ם בפירושו לדברים העשויין להשאיל דבעינן שיהי' תחילתו עשוי להשאיל כו'. נסתר היתר זה עכ"ז הא לשי' הרמב"ם יש היתר אחר בפשיטות בנ"ד לשיטתו דס"ל דבע"ח גובה מבגדי שבת ויו"ט של אשתו ובניו כמבואר בשמו בח"מ סי' צ"ז סעי' כ"ו ובטור שם א"כ לפ"ז בלא"ה אין שום מקום להחמיר בנ"ד דאף דהי' נותן לה אבי' הטבעת להתקשט מ"מ אין לבתו שום קנין בגוף הטבעת כו' אלא דיש מקום להחמיר ע"פ היתר דנא לשי' המרדכי שהובא שם בסמ"ע ס"ק ס"ב דס"ל דאף מתכשיטין של אשתו ובניו אין גובין לבע"ח דדינן כמו כל בגדי שבת ויו"ט דס"ל להרי"ף דאין גובין לבע"ח שיש לה קנין הגוף בהבגדים והתכשיטין שנתן לה אבי' א"כ לפ"ז הי' לבתו זכות בגוף הטבעת וביכולפה. ליתן אותו במתנה לאחר והי' מקום להחמיר עי"ז בהקידושין לשיטת הרי"ף והרא"ש כפי פי' המרדכי הנ"ל ושיטת הרא"ש הובא בב"ח סי' צ"ז שם דס"ל ג"כ כפי שיטת הרי"ף הנ"ל עכ"ז הא לשי' הרי"ף והרא"ש בשיטתם דדברים העשויין להשאיל תלוי במה דהוי מקורב עם מי שהחפץ בידו ותלוי בראות עיני הדיין כנ"ל. ע"כ הוי היתר פשוט וברור להקל בנ"ד לשיטת הרי"ף והרא"ש הנ"ל ועיין מזה בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ז' ובספרי הנ"ל ח' אה"ע סי' י' ענף ה' שכתבתי בהיתר שיש לדון לכל השיטות אף דהוי מטעמים חלוקים ע"ש:

ה

ובלא"ה הא לדינא נקטינן דבטבעת וכיוצא בו כ"ע מודו דבע"ח גובה מהם ולא נקטינן לדינא כלל לשיטת המרדכי הנ"ל כנ"ל וכמש"כ הסמ"ע שם. וכן הוא באה"ע סי' צ' סעי' ט"ו ע"כ אף שהי' בידיעת ורשות אבי הנערה שיהי' הטבעת בידה להתקשט ג"כ אין לה קנין הגוף בהטבעת. ואף דמבואר באה"ע שם דכלי זהב ובדולח יכול למוכרם אם הוצרך להתפרנס מהם. מ"מ אין לה קנין הגוף לענין שיהי' ביכולת בידה ליתנו במתנה

ולמסור אותו לאחר בלא שום תנאי כלל וקצרתי ובפרט לפי המבואר לעיל שהי' בהסתר בעל האשה אבי הנערה א"כ בוודאי מקרי כמו קידשה בטבעת של אחרים דקידשה בגזל דאחרים דאינה מקודשת כלל וגם אם נבדק הבתולה ולא נמצאו לה שערות יש ג"כ לדון מזה סניף להיתירא ע"פ שיטת כמה פוסקים דס"ל דאם לא נמצאו לה שערות הוי ספיקא לחוש שמא נשרו ולא דיינינן בזה לחזקה דרבא ועיין מזה בשב שמעתתא שמעתא ה' פ' ט"ו ובשארי אחרונים מזה ויכולים לדון זה לספק להצטרף לספק ספיקא ע"פ הנ"ל אך כיון שכת"ר לא כתב מזה ע"כ ראיתי לקצר בזה ובאמת אין אנו צריכים לזה כי בל"ז נתבאר היתר פשוט וברור בנ"ד דאין מקום לחוש בנ"ד להקידושין כלל:

סימן נ

ב"ה יום ה' כ"א מ"א תר"מ פה בירשטאן.

נשאלתי ע"ד בתולה א' דנשמע כי נתקדשה לבחור א' ובושתה מרובה לפרסם הענין ומקודם שלח הרב הג' האב"ד דשם אחרי העדים והי' אז הרב ביחידות בלא ב"ד שלשה לפני הבתולה ושאל את העדים ואמרו כי לא אמר תיבת לי. גם אמר בטבעת זו ובאמת הי' מטבע כסף ואח"ז הוגבה עדותן לפני ב"ד של שלשה ולפני הבתולה בזה"ל במותב תלתא ב"ד כחדא הוינא ובאו לפנינו הב' שמואל ב"ר מ"י ושמואל ברצ"ל להעיד על הבתולה איך שנתקדשה למשה ב"ר ואחרי האיומים הגידו עדותן וכוונו עדותן בזמן ובמקום המעשה. ראשונה העיד שמואל ב"ר מ"י בזה"ל משה ב"ר האט גיהאלטין איין אויסלענדערשא זילבערנע מטבע און אלע האבען גיקוקט האט דיא בתולה אויך גיבעטין דיא מטבע איין צוא קוקין. האט ער איר דער לאנגט און האט גיזאגט הא"מ לי במטבע זו כדמו"י ובתוך כך איז זיא צוא גיגאנגען צום קיך און מיר האט זיך גידוכט אז ער האט ניט גיזאגט לי זאג איך צוא איהם מיר דוכט אז דו האסט ניט גיזאגט לי. האט ער איבער אנאייז גיזאגט הא"מ לי כו' און וויא לאנג זיא האט גיהאלטין די מטבע ווייס איך ניט העד השני כיוון עדותו בכ"ז רק בזה שינה מהראשון שהגיד כי בשעה שהעד הראשון האט גיפרעגט להמקדש מיר דוכט אז דוא האסט ניט גיזאגט לי האט ער איהם גיענטפערט איך האב איהר גיזאגט הא"מ לי כו' אבל לא אמר זאת להבתולה בפעם שני רק להעד לבד אבל בזה החמיר בעדותו אז ער גופא האט גיהערט גם בפעם הראשון גם תיבת לי שאמר כן להבתולה. והבתולה עצמה זאגט דאס זיא האט גאר ניט פערשטאנען וואס דא איז:

און בשעת זיא איזט צוא גיגאנגען צום קיך. האט זיא ניט גיווסט וואס ער האט גיזאגט און וויא לאנג האט זיא גיהאלטען דיא מטבע גימיינט האט זיא גיוויס גאר ניט:

העדים הגידו אח"כ גם זה בפני זה רק במה שהכחישו זא"ז מתחילה עמדו בהכחשתן כ"ז נתקבל בפנינו ב"ד ח"מ ביום כו' ובאעה"ח כו' עכ"ל הגב"ע אות באות ועל העד השני קלא דלא פסיק דחשוד הוא על עריות ונשאלתי לחוות דעתי בזה:

א

תשובה בעז"ה בקצרה והוא מתחילה הי' בדעתי להחמיר דאף דלדינא בלא אמר לי דעת המחבר ורוב פוסקים להקל כמבואר בסי' כ"ז סעי' ד' ובבאר היטב ס"ק ט"ז דדעת האחרונים להקל בלא אמר לי עכ"ז הא גם העד הראשון אמר בלשון מיר דוכט אז דוא האסט ניט גיזאגט לי א"כ מספקא להעד בזה גופא וא"כ עדיין הוי ספק שמא אמר לי ומספיקא אין להקל בחשש איסור א"א ואף דיש לדון בזה לחזקת פנוי' עכ"ז הא במקום דאיתרעי לי' חזקת פנוי' אין להעמידה בחזקת היתר כדמצינו כן בכמה דוכתי ובתוס' כתובות דף כ"ג ע"א כעין זה. ועוד יש לחוש בנ"ד אף לפי דברי הראשון דאף דנימא דלא אמר המקדש בפעם הראשון לתיבת לי עכ"ז הא אמר דהמקדש הגיד בפעם שנית הא"מ לי והבתולה לא זרקה להקידושין. א"כ הוי זה גופא עדיין ספק קידושין וכדאמרו בקידושין דף י"ג דכיון דלא אתאי לידה בתורת פקדון א"כ אם איתא דלא ניחא לה לישדינהו וכמבואר בסי' כ"ח סעי' ה' דיש להחמיר בזה מספק. א"כ מכל טעמי הי' לנו להחמיר בנ"ד וכן אין לדון בנ"ד להיתירא מצד דאמרה לו מתחילה שיתן לה המטבע כדי להסתכל בה דאף דמצינו כעין זה בקידושין דף ט' ובאה"ע סי' כ"ט סעי' י' עכ"ז הא אמרו שם דאם אמר לה בשעה שנתן לה הא"מ לי וקיבלה מקודשת:

ב

ועכ"ז ראיתי דיש לדון להיתירא בנ"ד דהא לפי דברי העד הראשון דהעיד דאמר תיכף להמקדש מיר דוכט אז דוא האסע ניט גיזאגט תיבת לי א"כ מוכח דלפי דבריו דלא אמר תיבת לי דאם אי' דאמר לי א"כ לא הי' נשכח ממנו תיכף באותו רגע למה ששמע ממנו תיבת לי דהא מבואר בח"מ סי' ל"ד ובריש סי' צ"ב דאינו נאמן לומר שכחתי בזמן מועט וקרוב וכש"כ באותו רגע ועוד דהא מעיד דאמר כן תיכף להמקדש דכמדומה שלא אמרת תיבת לי ולא השיב לו כי אמרתי לתיבת לי רק העד השני הכחישו שאמר לו המקדש כן א"כ לפי דברי העד הראשון וע"פ תשובת המקדש מוכח דלא אמר בפעם הראשון לתיבת לי והעד הראשון מכחיש להעד השני א"כ הוי עדיין רק ע"א על הקידושין וגם י"ל אף לפי דברי העד השני דאמר לי מ"מ הא קיי"ל בשני עדים המכחישין להדדי דמתרצינן דברי עדותן וכמו דמצינו בסנהדרין דף ל"א באחד אומר בפני הודה על דמי יין וא' אומר בפני הודה על דמי שמן דמתרצינן דבריהם ואמרינן דהעד השני טעה ולא שמע במה שאמר לו דמי שמן וסבר דאמר דמי יין וה"ה כאן דיכול להיות דלא שמע העד הראשון

לתיבת לי משום דיכול להיות דאמר זה בחשאי וכיוצא וכן הוא בח"מ סי' ל' סעי' ב' ונ"ד הוא כש"כ מדהתם. א"כ ממילא גם לפי דברי העד השני לא הי' לנו מעולם שני עדים על הקידושין המועילים רק ע"א:

ג

ומה שיש לדון במה דלא זרקה הקידושין בפעם ב' דאמר המקדש שנית הא"מ לי דמבואר בסי' כ"ו סעי' ה' בכיוצא בזה דהוי ספק מקודשת. בזה י"ל דנאמנת הבתולה לומר דלא שמעה דהנה בכל קידושין מוכח דאינה נאמנת לומר לא שמעתי וכן לא הבנתי אינה נאמנת משום דבלשונות הברורים על קידושין אינה נאמנת וכמש"כ הב"ש בסי' כ"ז ס"ק ה' והנו"ב מזה בסי' נ"ט וכן טענתה לא שמעתי אינה נאמנת כמבואר באחרונים. רק גבי קידושין בע"א ראיתי בנו"ב דצירף להטעם מה שטענה דלא שמעה להקידושין. ועיין בנו"ב מ"ת סי' ע"ה מזה והטעם נלענ"ד דהוא כיון דהעדים שמעו למה שאמר המקדש הא"מ לי א"כ אמרינן מסתמא שמעה הבתולה ג"כ למה שאמר הא"מ לי. וע"כ אינה נאמנת ולכאורה קשה דהא מצינו גבי א' אומר בפני הודה על דמי יין והשני אומר בפני הודה על דמי שמן דמתרצינן דבריהם ואמרינן דלא שמע היטב מן המודה וכנ"ל. א"כ ה"ה היכא דאומרת דלא שמעה תיבת לי דתהי' נאמנת. אבל באמת אינו קשה דיש לחלק דדוקא בעדים אמרינן למתלי דטעה ולא שמע היטב מן אמירת הבע"ד המודה ומתרצינן דבריהם דלא יהי' מכחישין אהדדי אף בענין רחוק תלינן כדי לתרץ דבריהם וכמבואר בח"מ סי' כ"ט אבל גבי הבע"ד בעצמו אמרינן דמה דטוען לא שמעתי הוי טענה גרועה ודבר רחוק ע"כ אינה נאמנת לומר לא שמעתי תיבת לי:

ד

וכ"ז הוא היכא דהמתקדשת והעדים הם סמוכים ממש זה לזה ע"כ הוי אז טענת לא שמעתי טענה גרועה כיון דהעדים שמעו זה א"כ מסתמא גם המתקדשת שמעה וכן טענת לא הבנתי הוי טענה גרועה דכיון דאמרינן דוודאי שמעה א"כ מסתמא הבינה כיון דהוי לישנא ברירא כמש"כ הב"ש והנו"ב משא"כ בנ"ד דהעד מעיד שהמתקדשת הלכה להקיך לאחר שנתן לה המטבע כסף. וקודם שאמר בשנית האמ"ל הלכה מהם להקיך ע"כ וודאי נאמנת לומר לא ידעתי מה דאמר המקדש אך העדים דהיו אז אצלו ע"כ שמעו משא"כ הבתולה דהלכה לעסק הקיך והיתה טרודה בעסקה ע"כ הוי טענתה טענה מעליא ונאמנת ע"ז כיון דיש לה חזקת היתר ואמירת ברי שלה. וברי עם חזקת היתר מהני בכל דוכתי וכמש"כ הרא"ש בסוגיא דפ"פ בכתובות וכעין זה בנו"ב סי' נ"ט דכתב דטענת לא הבנתי הוי טענה מעליא ונאמנת משום ברי וחזקת היתר מסייע לה:

ה

כללו של דבר דכיון דלפי דברי העד הראשון שאומר דלא שמע היטב מן תיבת לי ע"כ ממילא נאמנת הבתולה לומר לא ידעתי מה דאמר לה ובפרט דבקשה מתחילה ממנו שיתן לה המטבע להסתכל בו ע"כ י"ל דסברה דאומר לה זה ואף דנימא דהוחזקת לכפרנית כיון דשני עדים מעידין עכ"פ דשמעו שניהם לתיבת הא"מ והיא אומרת דגם כזה לא שמעה [משום דאם שמעה זה א"כ הא כיון דהוי לישנא ברירא א"כ אינה נאמנת לומר לא הבנתי כנ"ל]. עכ"ז הא קיי"ל בח"מ סי' ע"ט סעי' ה' דאף כפר במאה והוחזק כפרן בחמשים דלא הוחזק כפרן על החמשים השנית. וה"ה בנ"ד דאף דהוחזקה לשקרנית במה דאומרת דלא שמעה כלל מאמירת הקידושין עכ"ז במה דנימא דלא שמעה מן אמירתו לתיבת לי בזה לא הוחזקה לשקרנית ונאמנת כיון דהעד הראשון ג"כ לא שמע מן תיבת לי כ"כ י"ל דהיא לא שמעה מן תיבת לי ועל אמירתו בפעם שנית האמ"ל הא היתה אז ממרחק מקום קצת ממנו ובפרט דלא אמר זה להבתולה כפי דברי העד השני ע"כ בוודאי נאמנת ואף דהעד השני אומר דבראשונה אמר האמ"ל מ"מ הא לא הוי רק ע"א אבל ב' עדים ליכא על אמירת לי ונקטינן להקל בלא אמר לי ואף להב"ש בסי' כ"ז ס"ק י"ד דדעתו דלמעשה אין להקל בכזה אם לא היכא שיש עוד ריעותא כו' מ"מ הא אף בנ"ד הוי ריעותא ממה דחזינן דיש רמאות ושקר בדבר דהא מתחילה הגידו לפני הרב ביחידות בנוסח אחר אשר לפי דברי העדים אז לא הי' ממש בהקידושין. וכעין מש"כ החתם סופר בסוף סי' פ"ה דהביא בשם הרמ"א בנתן לה כלי ואמר בטבעת זו והביא שם בשם השב יעקב דזהו דוקא אם שניהם רוצים בהקידושין אבל אם אינם רוצים בהקידושין אין לחוש בכזה לפי דנראה מזה דהי' כן דרך שחוק והיתול ע"ש וה"ה באמר בטבעת זו על מטבע וכמו שאמרו העדים מתחילה לפני הרב לבדו ובודאי יש לצרפו להיתירא למה דלא אמר לי לפני שני עדים ואף דהי' זה לפני הרב בלבדו מ"מ לכה"פ ריעותא מקרי וגם קלא דלא פסיק על העד דנחשד בעריות וע"כ בריעותא כזה גם הב"ש מודה דאין להחמיר בלא אמר לי ובלא זה הא שיטת הפוסקים והמהר"ם אלשקר ס"ס צ"ט ושארי אחרונים דבמקום עיגון אין להחמיר בלא אמר לי ועיין בבאר היטב שם ולפי מש"כ כת"ר הוי בנ"ד ג"כ מקום עיגון:

ו

ולכאורה יש עדיין להחמיר בנ"ד דהא אף דבמקום עיגון יש להקל בלא אמר לי מ"מ הא עד השני מעיד דאמר לי בראשונה בפני הבתולה ואף דבקידושין לפני ע"א יש להקל במקום עיגון כמבואר ברמ"א סי' מ"ב סעי' ב' מ"מ הא כתב הט"ז ביו"ד סוף סי' צ"א דתרי קולי לא מקילינן בשביל הפסד מרובה ע"ש וכן יש להוכיח מן נדה ד' ס"ז ע"ב סוף תוס'

ד"ה משום סרך בתה כו' דתרי קולי לא אשכחן דשרי הש"ס כו' [ויש קצת לחלק ביניהם ואכ"מ]. א"כ ה"ה כאן יש עדיין להחמיר משום דתרי קולי לא מקילינן בשביל מקום עיגון ובאמת יש להאריך בעיקר הכלל של הט"ז והתוס' נדה הנ"ל. אכן לענינינו אינו נצרך כ"ז דהא מבואר בסי' מ"ב סעי' ב' גבי ע"א בקידושין דאם א' מכחיש השני אין כאן חשש לכ"ע. וכן אם הבע"ד מכחישו לאו כלום הוא וכמבואר בקידושין ד' ס"ה. וכן בנ"ד דהא עד הראשון מעיד דלא שמע תיבת לי והיא אומרת דלא ידעה כלל למה דאמר אז וגם הא כבר נתבאר דבמקום הכחשת העדים בע"כ מתרצינן דברי עדותן דלא שמע היטב כמו בהך דמי יין ודמי שמן דסנהדרין א"כ בנ"ד דהעד הראשון אומר דלא אמר לי. והעד השני אומר דאמר לי מתרצינן דלא יסתרו עדותן אהדדי דיכול להיות דאינם משקרים רק טעה ולא שמע היטב לכל מה דאמר המקדש וממילא יכול להיות דגם הבתולה לא שמעה עכ"פ לתיבת לי דאף דנימא דהוחזקה לשקרנית על מה שאומרת דלא שמעה כלל למה שאמר דהא אמירתו הא"מ שמעו ב' העדים. מ"מ בשמיעתה לתיבת לי לא הוחזקה לשקרנית וכמש"כ לעיל וע"כ נאמנת לומר דלא שמעה למה שאמר לכה"פ לתיבת לי וזהו נכלל במה דטוענת דלא ידעה כלל למה שאמר לה כנ"ל וע"כ עדיף נ"ד מהא דאה"ע סי' מ"ז סעי' ג' ומה דהביאו שם בשם המ"מ לשיטת הרמב"ם להחמיר לכתחילה בע"א א' נתקדשה וע"א א' לא נתקדשה אף דאומרת לא נתקדשה וקצרתי משום דבנ"ד כמו דמתרצינן למתלי דהעד הראשון לא שמע לתיבת לי מחמת דיכול להיות דאמר המקדש לתיבת לי בקול נמוך וכיוצא כמו כן יכול להיות דגם הבתולה לא שמעה זה א"כ גם קידושין בע"א ליכא בנ"ד דהא אינו מעיד דהבתולה שמעה כל זה מתחילה ועד סוף היטב ולכן יש לנו להקל בנ"ד לכל השיטות ועיין בנו"ב מ"ת סי' ע"ה דבע"א נאמנת לומר לא שמעתי וקצרתי:

ז

ויש לי לדון עוד בנ"ד ע"פ דברי הרדב"ז ח"ג סי' תק"ט שהובא בספרי נחל יצחק סי' ג' סעי' ב' דיחיד מומחה שקבלוהו הציבור דמסתמא בררוהו אף לענין ההודאה וכ"כ י"ל לענין קבלת עדות וידעתי למש"כ הש"ך בח"מ סי' מ"ו ס"ק ח' ובפרט דעיקר מה דיש לחוש בנ"ד הוא לשי' הסוברים לחוש לקידושין בע"א וטעמם הוא משום דס"ל דדינו כמו ע"א באיסורין והנה בע"א באיסורין יש מקום לדון דאף דקיי"ל גם גבי איסורין דעד שלא נחקרה עדותו בב"ד יכול לחזור כמבואר בתוספתא דסנהדרין ובירושלמי פ"ב דכתובות והובא בב"י לח"מ סי' כ"ט ובתשו' הר"נ סי' ל"ד עכ"ז יש לדון דבהגיד עדותו לפני יחיד מומחה יהי' מועיל עדותו באיסורין דשאני בממונות דכתיב ג' אלקים כמבואר בריש

סנהדרין ועיין מזה בספרי נחל יצחק סי' ג' סעי' א' ענף ב' מש"כ בשיטת הרמב"ם ובנ"ד הא הגידו בראשונה בנוסח אחר לפני הרב מרא דאתרא ויש לדון בזה הרבה ומחמת חולשתי קצרתי בכ"ז ובאמת אין נצרך לנו זה דכבר נתבאר דיש לנו להתירה להנשא לכל מי שתרצה ב"ה בלי חשש ופקפוק כלל ע"פ כל הנ"ל ובצירוף אומדנא דהעדים משקרים בפעם הב' ובוודאי לא כוונה לשם קידושין כלל וע"כ דעתי מסכמת להיתירה בלא חשש כלל כנ"ל וכפי דעת כת"ר:

סימן נא

אל כבוד הרב הגאון וכו':

מכתבו עם קונטריסו הגיעני ע"ד שאלתו בעסק ביש שנתהווה במחנם אשר בחור בליעל קידש בתולה א' בעת שהיתה כותבת ואצבע א' היה למעלה ותחב טבעת על אצבעה וא"ל ה"א מקודשת לי כו' בפני שני עדים. ולפי דברי ע"א נראה כי זרקתו להטבעת לאחר כ"ד בפני המקדש. ולפי דברי עד הב' היתה זריקתה לאח"ז שלא בפני המקדש והבתולה מכחשת לגמרי וגם אומרת כי העד השני היה ישן על התנור והעד אומר כי ישב על התנור וראה כ"ז והמקדש אומר כי הטבעת לא היה שלו רק לקחו מאיש א' ואמר לו כי אביו ישלם לו עבור הטבעת ומיד שלקח הטבעת לקדשה תיכף נסע לבית הבתולה וארב לקדשה ואבי המקדש לא ידע מאומה כן אמר המקדש לפני ב"ד וכת"ר העלה בטעמים נכונים להתירה וביקש ממני לחוות דעתי ואין בכחי לבוא בארוכה רק בקצרה:

א

תשובה והוא דמבואר באה"ע סי' כ"ח סעי' ד' ברמ"א דוקא שנטלתו בידה אבל זרק לה הקידושין אפילו לתוך חיקה שתיקה כה"ג לאו כלום הואיל ולא נתרצית לקדושי לי' וכן הוא באה"ע סי' ל' סעי' ו'. וכן הוא בסי' מ"ב סעי' א' ברמ"א דדוקא היכא דדיבר עמה בתחילה הקידושין וכמש"כ הב"ש שם ס"ק ג' ובסי' למ"ד ס"ק י"א א"כ בנ"ד דלא היה מעשה נטילתה בידה רק נתן הטבעת על אצבעה שהיה זקוף למעלה א"כ לא היה שום גילוי דעת ממנה שמתרצית על הקידושין ולא דיבר עמה מתחילה לענין הקידושין ע"כ הדין נותן דאין לחוש בנ"ד להקידושין. אך זהו לשיטת הרמ"ה בטור סי' כ"ח וכמש"כ הרמ"א בסי' כ"ח סעי' ד' בשם יש אומרים וכן הוא במחבר סי' למ"ד סעי' ו' בשם י"א א"כ לאו כ"ע ס"ל כן וכמש"כ הח"מ בסי' כ"ח ס"ק י"ב לחוש מספיקא להצריכה גט וכ"כ הח"מ מ"ב ס"ק ב' וכן הוא דעת הב"ח והט"ז להחמיר וכמש"כ הב"ש בשמם. א"כ עדיין קשה לסמוך ע"ז להתירה:

ב

ועכ"ז נלע"ד לדון להיתירא ע"פ מה שאמר המקדש לפני הב"ד כי הטבעת לא היה שלו רק נטלו אצל גאלדשמיד א' ואמר לו כי אביו ישלם לו ובאמת לא ידע אביו כלל מזה עד אחר הקידושין א"כ לפי דבריו הוי קידשה בדבר שאינו שלו ואף בדבר העומד למכור הלא מבואר בח"מ סי' צ"ט סעי' ב' דאם אין התשלומין בעין דינו כגזל וראיתי במחנה אפרים ה' גזילה סי' ה' שהביא בשם הראב"ד ועוד פוסקים דדבר העומד למכור מותר ליטול שלא מדעתו בדעתו לפרוע כו' וכ"כ השמ"ק לב"ב דף פ"ח ע"א ע"ש. עכ"ז הא בנ"ד לא היה בדעתו לשלם בעצמו רק לקחו בשם אביו ובאמת לא ידע אביו כלל מזה. ע"כ בוודאי הוי קידשה בגזל לפי דברי המקדש:

ג

והנה הכנסת הגדולה באה"ע סי' כ"ח על הטור ס"ק ב' כתב בשם פוסקים דס"ל דבאמר המקדש שלא היה שלו דנאמן ויש פוסקים החולקים ע"ז כמו שהביא שם בשם תה"ד סי' ר"י ולענ"ד נראה טעם הסוברים דנאמן משום דאף דיש חזקה מה שת"י הוא שלו עכ"ז נאמן משום דיש לו מיגו דיכול לגרשה וכמו באומר יש לי בנים דנאמן במיגו דיגרשה בגט וכמבואר בקידושין דף ס"ד וב"ב דף קל"ד. ומה"ט ה"ה באומר שהיה הקידושין באופן שאינו חלין הקידושין ע"פ דין ג"כ נאמן מה"ט דהא יש לו מיגו דבידו לגרשה ועין באה"ע סי' מ"ח בב"ש ס"ק א' דנאמן לפרש דבריו דהיה הקידושין בלא עדים וכמבואר סוף סי' ט"ו וי"ל ג"כ שם להך טעמא אך אין הכרח משם לנ"ד די"ל שם טעם אחר וקצרתי]. ואף דשיטת הש"ך בח"מ בסי' צ"ט דאינו נאמן במיגו נגד החזקה דת"י הוא שלו משום דהוי חזקה אלימתא. עכ"ז הא כתב הר"נ בקידושין פ' האומר דהך מיגו דבידו לעשות מעשה הגט עדיפא והובא דברי הר"נ הנ"ל בקצה"ח סי' צ"ט ס"ק ג' וגם הא הב"ש בסי' פ"ה ס"ק ל' דלא כהש"ך ע"ש וכן הכריע האו"ת בסי' צ"ט ס"ק ד' דלא כהש"ך. ע"כ הדין נותן לפי דעתי דהבעל נאמן לומר שלא היה הטבעת שלו:

ד

ולכאורה יש להעיר במה שכתבתי לדון דנאמן המקדש במיגו דבידו לגרשה. דהא אם יגרשה יתחייב כתובה משא"כ באומר דלא היה הקידושין כלל עפ"י דין מעולם לא יהיה חייב בכתובה אכן לפי מש"כ הנתיבות בכללי מיגו ס"ק י"א להעיר כעין זה על הא דאומר גרשתי דנאמן דבידו לגרשה דהקשה ג"כ כעין זה. ולפי מה דהעלה שם כן יש לומר במה שכתבתי והנה השב שמעתתא שמעתא ו' פ"א כתב דלא כהנתיבות ע"ש ומ"מ בלא"ה אין מקום לקושייתי דהא מבואר באה"ע סי' נ"ה סעי' ו' דנהגו דאין לארוסה כתובה ועוד דהא כיון דיש לנו בל"ז ספק בהקידושין אם הוי קידושין או לא א"כ ממילא מספיקא אין

מוציאין הכתובה ממנו ועוד י"ל דהא הבתולה אומרת ומכחשתם דלא נתקדשה מעולם א"כ לא תוכל לתבוע ממנו לעולם את הכתובה וכעין דברי התוס' כתובות דף פ"ט ע"ב ד"ה יכול לומר גרשתיך כו' ע"ש. וע"כ שפיר כתבתי וקצרתי וכן יש לעיין במה שכתבתי לדון הך מיגו בנ"ד עפ"י דברי הנתיבות בסי' רפ"ד ס"ק א' בהשגתו על הקצה"ח וקצרתי:

ה

ואף דנימא דהוי ספיקא דדינא בזה וכמש"כ הכנה"ג והובא בבאר הטיב סי' כ"ח ס"ק א' עכ"ז הא יש בנ"ד ספק ספיקא להיתירא ספק א' שמא הלכה כשיטת יש אומרים דהובא בסי' כ"ח ובסי' ל' הנ"ל והוא שיטת הרמ"ה שבטור דכיון דלא נתרצית תחילה לקדושי לי' אם לא היה הוכחה ממנה ע"י נטילתה בידה דאין בזה חשש קידושין כלל וכן הוא דעת הב"ש ולפי הך דיעה יש להקל בנ"ד וכפי שכתב המפרש בביאור הגר"א זצ"ל בסי' מ"ב ס"ק ה' ואת"ל כהחולקים על שיטת הרמ"ה עכ"ז אכתי ספק שמא הלכה כהסוברים דנאמן הבעל לומר דלא היה הקידושין בדבר שלו ויש לנו ספק ספיקא להיתירא:

ו

ועוד יש לדון להיתירא ע"פ המבואר בסי' ל' סעי' ז' אמר לה התקדשי לי בדינר נטלתו וזרקתו כו' ואצ"ל אם זרקתו בפניו למקום שאינו אבד דאינה מקודשת. וראיתי בספר קהלת יעקב להגאון מליסא זצ"ל שם שכתב דאף אחר כדי דיבור אם זרקה אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ובטלו הקידושין כו' ע"ש ולדעתי יש לתמוה עליו דהא הוי ספיקא דדינא אי הלכה כרשב"ג או כרבנן בפלוגתתם בב"ב דף קל"ח אם אמרינן הוכיח סופו על תחילתו או לא וכמבואר בח"מ סי' רמ"ה וביו"ד סי' ד' גם יש פוסקים שם דס"ל דעיקר לדינא כרבנן דלא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא וע"כ תמוהים דברי הקהלת יעקב במה שהכריע דאף אחר כ"ד מהני זריקתה משום הוכיח סופו וכו' וע"כ העיקר לדינא כשיטת החכ"צ בסי' קט"ו דדוקא בזרקתו תוך כדי דיבור כו' ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא דהא יש סוברים דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו וע"כ יש לצרף זה לספיקא עוד זולת השני ספיקות הללו שנתבאר:

ז

א"כ בנ"ד נראה כי לדברי העד אחד היתה זריקתה להטבעת בפני המקדש ע"כ אף דהיתה הזריקה לאחר כדי דיבור עכ"ז מידי ספיקא לא נפקא שמא הלכה כרשב"ג דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו א"כ ממילא מהני מה דזרקה כאן בפניו אף שהיה לאחר כדי דיבור ע"כ יש לצרף זה לספיקא אכן לפי מש"כ הב"ש בסי' למ"ד בס"ק י"ב בזרקה בחצירה מקודשת ליתא לזה שכתבתי אך הב"ש בעצמו העלה שם בצריך עיון לזה. אך אין אנו צריכים לזה כי בלא"ה נתבאר דיש לנו ספק ספיקא להיתירא וידוע

דעל ס"ס דדינא סמכינן בהיתר עגונות אף דאיתחזק איסורא כש"כ במה דנסתפק לנו על הקידושין כמו בנ"ד:

ח

עוד נראה לענ"ד לדון לפי המבואר בהגב"ע דהבתולה אומרת דהעד השני היה ישן על התנור אז. ומ"מ יכול להיות שהיא לא ראתה את העד השני וסברה דהיה ישן אז ע"כ אין זה מקרי קידושין לפני שני עדים כמבואר בסי' מ"ב סעי' ג' דצריך שיראו המקדש והמתקדשת את העדים כו' ועיין בח"מ סי' פ"א סעי' י"ג ובכנה"ג סי' מ"ב ס"ק ל"ד ובבאר היטב ס"ק ט' ועכ"פ לסניף יש לצרפו להיתירא וקצרתי ואין בכחי לכתוב יותר ובקצרה כי הנני מסכים לדעת כת"ר להתירה להנשא אף לכתחילה ויבוטל מעשה ידי רשע ולא יהיו בנות ישראל כהפקר ח"ו וה' יהי' בעזרתינו להקים הד"ת על תילה וכו' והנני ידידו:

סימן נב

אל כבוד הרב הגאון וכו'.

אחדשה"ט מכתבו עם קונטריסו הגיעני ע"ד עובדא בישא במחנם בבליעל בחור א' שקידש לבתולה בפני עדים וא"ל הרי את מקודשת לי בטבעת זו ושחקה הבתולה ואח"ז התחילה לבכות ובאותה רגע השליכה הטבעת מידה והעדים לא ראו הנתינה לידה והטבעת היה של הבתולה שנתברר כי אבי הבתולה קנה הטבעת בעדה בערב פסח העבר והבחור טוען כי הבתולה נתנה לו את הטבעת במתנה כי נתרצתה להתקדש לו והבתולה אומרת כי לא נתרצתה להתקדש לו מעולם אלא הבחור חטף את הטבעת מידה וקידשה אח"ז ובאמת לא נתרצתה להתקדש לו מעולם כן היה עיקר המעשה ויתר הגב"ע נאבד ממני וע"ז שקיל וטרי כת"ר בפלוגתת הרשב"א והמרדכי דאה"ע סי' מ"ב סעי' ד' אם מהני דבר המוכיח אף דלא ראו הנתינה וכמש"כ הב"ש שם בס"ק י"ב ושארי אחרונים בזה והעלה להיתירא וביקש ממני להזדקק לזה:

א

והנני להשיבו ובקצרה והוא כי בפשטות נראה דהבתולה נאמנת לומר שלא נתנה לו מעולם להטבעת במתנה ולא יצא מרשותה מעולם. א"כ הוי זה כמו דקידשה בגזל דידה דאינה מקודשת דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי דהא אומרת דחטף להטבעת מידה ויש לה מיגו דאי בעיא אמרה דלא הי' מעולם הטבעת בידו וברשותו. רק הי' מונח בידה הטבעת מקודם ואף דהוי זה נגד חזקה דמה שת"י הוא שלו ודעת הש"ך בח"מ סי' צ"ט דלא מהני מיגו נגד חזקה זו א"כ הכא דאומרת דהטבעת היה ברשות הבחור מקודם שקידשה. ע"כ דיינינן בזה להחזקה דת"י הוא שלו אף לפי דבריה וכפי הודאתה ע"ז:

עכ"ז באמת אינו כן דהא מבואר בב"ב דף ל"ד ובשבועות דף מ"ז גבי נסכא דר' אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפי דחייב משום מחושואיל"מ אבל אם לא היה דין מחושואיל"מ היה נאמן לומר אין חטפי ודידי חטפי במיגו דלא חטפתי וכמש"כ הרשב"ם וש"פ שם וכ"כ הר"נ בשבועות פ"ז דהא דלא נאמן לומר דידי חטפי במיגו דהחזרתי משום דגזלן אינו נאמן לומר החזרתי א"נ דמירי בדאיכא עידי ראיה והובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק מ"ג ובסמ"ע שם. וכ"כ הש"ך בסי' צ' ס"ק כ"ה וכ"כ כל הראשונים. הרי דנאמן לומר דידי הוא במיגו ולא אמרינן דזה הוי מיגו במקום החזקה דת"י הוא שלו:

ב

והא דתקשה מזה באמת על שי' הש"ך בסי' צ"ט הנ"ל הנני להעתיק מה שכתבתי כבר בחידושיי בזה"ל והוא דלכאורה קשה על מש"כ הרמ"א בסי' צ"ט והש"ך שם:

דלא מהימן הלוה לומר דשל אחרים הוא במיגו דהוי מיגו במקום חזקה כו' והא כתב הש"ך בסי' ע"ה ס"ק מ"ג בשם הרמב"ן והר"נ ובסי' צ' ס"ק ד' דהגזלן נאמן לומר שלי נטלתי במיגו דהחזרתי אלמא דאף דזהו נגד החזקה דמה דת"י הוא שלו עכ"ז מהימן במיגו אף דהנגזל טוען ברי להכחישו א"כ כש"כ בלוה הבורח דיהיה נאמן דשל אחרים הוא במיגו דהא ליכא לפנינו שום טענת ברי הסותרו. ולכאורה הוא קושיא אלימתא אבל באמת אין זה קשה כלל משום דנ"ל ברור הסבר הדבר של החזקה דמה דת"י הוא שלו דזהו כעין גדר מיגו להוציא דלא אמרינן משום דהא כל נכסי הלוה משועבדים להבע"ח וטוענין להבע"ח כמו דטוענין ללוקח ומה"ט צריך הסרסור שבועה אף דטוענים הבע"ח שמא וכמש"כ הש"ך בסי' צ"ט ס"ק י"ג והאו"ת שם ס"ק ד' דזהו משום דהוי כמו בא להוציא ממשועבדים דצ"ש:

וזהו לפי דהמוחזקות של הלוה הוי כמו דהבע"ח בעצמם הם מוחזקים דכל הזכות שיש להלוה שייך הכל להבע"ח. ולכן אינו נאמן הלוה להוציא מחזקת הבע"ח אף ע"י מיגו משום דה"ל כעין מיגו להוציא דלא אמרינן כיון דטוענין להבע"ח. וה"ל כמו ברי וברי דלא אמרינן מיגו להוציא וכמש"כ הרא"ש ברפ"ג דכתובות דמה דטוענים ליורש הוי זה כמו טענת ברי וכעין מש"כ התוס' בב"ב דף נ"ב בתוס' ד"ה דברים העשויין כו' בסה"ד בשם מה"ר דודי כו', ואף דהש"ך כתב כן שם בסי' צ"ט בשם הרשב"א והש"ך בסי' פ"ג ס"ק ז' הביא בשם הרשב"א דס"ל דאמרינן מיגו להוציא עכ"ז הא זהו אינו ברור דהרשב"א בתשובה ח"ג סי' שנ"ג כתב דהסברא נוטה דלא אמרינן מיגו להוציא ע"ש ועיין בחידושי בסי' ע"ב סעי' י"ח ענף א' מזה וגם י"ל דהך סברא דמעלת החזקה דת"י הוא שלו בצירוף מעלת מוחזק ביחד אלימא דלא אמרינן מיגו כנגדו:

ג

והא דמבואר בסי' צ"ט בש"ך ס"ק ו' דבידוע שיש לו עיסקא מן אחרים נאמן במיגו י"ל דשא"ה דבזה הא איתרע לי' החזקת ממונא ולא אלימא כ"כ וע"כ מהני בי' מיגו אבל היכא דלא איתרע לי' חזקת ממונא אז לא מהני מיגו דה"ל כעין מיגו להוציא וכיון דעיקר מעלת החזקה הוא בשביל המוחזקות ומה"ט אמרו גבי שטר דנאמן לומר דש"ח פרוע הוא וכה"ג במיגו משום דהא אינו תופס גוף הממון ת"י וכמש"כ הש"ך בשם הראשונים הכא בס"ק ו' וכ"כ הש"ך לעיל בסי' מ"ז ס"ק ו' דזהו הכל לפי דעיקר ההסבר של החזקה הנ"ל משום דה"ל כעין מיגו להוציא. וע"כ באינו תופס גוף הממון רק השט"ח דלאו כגבוי דמי ע"כ שפיר מהימן במיגו ולכן א"ש מה דמהימן הגזלן לומר דידי חטפי במיגו כמו בהא דנסכא דר' אבא. כנ"ל דהא כיון דהוי הגזלן עכשיו מוחזק ע"כ מהימן במיגו להחזיק גוף החפץ ת"י אבל גבי הא דסי' צ"ט דרוצה הלוה להוציא מחזקת הבע"ח דהא נכסיו הם עומדים בחזקת הבע"ח ע"כ שפיר אמרו דאינו נאמן במיגו להוציא מחזקתם וזהו מוכרח והארכתי בזה בחידושי:

ד

וע"כ בנ"ד נאמנת הבתולה לומר שלא נתנה לו מעולם את הטבעת משום דיש לה מיגו דלא היה מעולם הטבעת ת"י המקדש כי לא יצא הטבעת מרשותה וגם הא יש בנ"ד כעין הפה שאסר כו' דעדיף מן מיגו כמבואר בכ"ד. וכש"כ לשיטת הב"ש באה"ע סי' פ"ה ס"ק למ"ד וס"ק כ"ט דחולק על עיקר סברת הש"ך הנ' ע"ש אך אכתי יש להעיר ע"ז מהא דמבואר בח"מ סי' צ' סעי' י"ג דבטוען גנובים הם אינו נאמן במיגו דשאולים משום דה"ל כמו מיגו במקום חזקה דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן ויש בזה פלוגתא דרבוותא והמחבר הכריע דהעיקר דאינו נאמן וכעין זה הוא בסי' קל"ג סעי' ז' ובש"ך שם. וכן הוא בתוס' ב"ב דף נ"ב ובתוס' ב"מ דף קט"ז ובשבועות דף מ"ו בתוס' וברא"ש שם. א"כ ה"ה הכא דהיא אומרת דחטף להטבעת מן ידה בע"כ דאף דיש לה מיגו מ"מ הא הוי זה המיגו נגד החזקה דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן וה"ה בגזלן לא מחזקינן א"כ אינה נאמנת במיגו נגד החזקה הזאת אך אפשר לומר בזה דהא עיקר טעמא דאחזוקי בגנבי לא מחזקינן זה הוא משום חזקת כשרות שלו ועיין באו"ת סי' קל"ג ס"ק ה' א"כ היכא דלוקח החפץ מידה ע"מ להחזיר לה וכמו בנ"ד י"ל דלאו כ"ע דינא גמירי בזה. ואף היכא דרצונו לקדשה באמת עכ"ז הא איהו מחזיר לידה עכ"פ את החפץ והיכולת בידה לקבל את החפץ שלה לידה ולומר מיד בפי' בפירוש שלא קבלתי בתורת קידושין כלל ובאופן המועיל אמירתה ע"כ לא שייך בכה"ג לדון להך דאחזוקי בגנבי כו':

ה

כל זה כתבתי לרווחא דמילתא ולהתלמד על מקום אחר אבל בנ"ד אין אנו צריכים לזה כלל משום דאף דנימא דגם זה מקרי מיגו במקום חזקה. עכ"ז בלא"ה לא הוי ממש בהקידושין דהא בעינן עדים על הקדושין ובנ"ד לא הוי שום הוכחה כלל בלתי הודאתה על הקדושין. דהא יכול להיות דהטבעת לא יצתה מרשותה לעולם ומוקמינן לי' בחזקת מרא קמא וגם להסברא דכאן נמצא כאן היה. כיון דנמצא עכשיו ברשותה ואף להמרדכי דחולק על הרשב"א הא בעי שיהיה דבר המוכיח ובנ"ד לא הוי ידיעה ולא ראיי' ע"כ לכ"ע אין חשש קידושין כלל בנ"ד ופשוט:

ו

וראיתי לכת"ר דכתב לדון עוד להיתירא בנ"ד דהא נתברר שהטבעת קנה אבי הבתולה בעדה בערב פסח העבר וכיון דבתו היא סמוכה על שולחנו א"כ אין לה יד לזכות בהטבעת לכן הוי זה כמו קידשה בגזל דאחרים דאינה מקודשת. והעיר בזה כת"ר דתלוי נ"ד בהך פלוגתא דאו"ח סי' שס"ו סעי' י' דיש אומרים דאינו מזכה ע"י בנו ובתו הסמוכים ע"ש ולהך דיעה אין לה יד לזכות במתנת אביה לה והאריך בזה ולענ"ד נראה דלכ"ע יש לה יד לזכות בהמתנה שנותן לה אביה כדמצינו בב"ב דף נ"א דהנותן מתנה לאשתו קנתה הרי דאף דס"ל להך דיעה דאשה ג"כ אין לה יד לזכות עבור אחרים מבעלה אפ"ה יש לה יד לזכות לעצמה במתנה שנותן לה בעלה וכמש"כ הר"ן בנדרים דף פ"ח ע"ב ד"ה מודה ר"מ לענין שיתוף כו' לחלק בזה וכ"כ בפי' הרא"ש לנדרים והתוס' לנדרים שם. ועיין בתוס' קידושין דף כ"ד בד"ה ור' אלעזר כו' א"כ ה"ה במתנת האב לבתו י"ל דזכתה לעצמה לכ"ע ומה שהעיר בזה כת"ר מן דברי התוס' לב"ב דף נ"א ע"ב ד"ה במתנה קנתה כו' שכתבו דאדעתא דהכי שתמכור ותתן לא יהיב לה כו' וה"ה במתנת האב לבתו. ז"א דדוקא בזכות הבעל שיש לו בנכסי אשתו שאינה יכולה למכור ואם מכרה ונתנה מוציא מן הלקוחות מצד תקנת אושא וגם במתנת הבעל לאשתו שייך תקנת אושא וכמש"כ התוס' בכתובות דף נ' ד"ה הבעל מוציא כו' וע"כ שפיר כתבו דאדעתא שתמכור ותתן לא יהיב הבעל לאשתו כיון דיש לו זכות ע"פ תקחז"ל שאינה יכולה למכור משא"כ באב לבתו דלא שייך התם תקנת אושא ע"כ לא שייך לדון כן:

ז

אך ביותר נראה לענ"ד לומר ולדון בזה ע"פ הא דח"מ סי' צ"ז סעי' כ"ה דאין הבע"ח גובה מכסות אשתו ובניו של לוה שלקחן לשמן כו' בד"א בבגדי חול אבל בגדי שבת ומועד גובה ויש חולקים ואצ"ל אם היה טבעות וכלי זהב וכסף שהכל לבע"ח ומוציאין אף ממוחזקות של אשתו ובניו משום דברור לנו דבגדי שבת או טבעת וכיוצא בו דאין מקנה

לאשתו וכן לבניו ומקור לזה הוא מן הירושלמי דקידושין פ"א סוף ה' ד' שמבואר שם החילוק בין בגדי חול לבגדי שבת ורגל וכן הנך בולסייא וזהו מראות של זכוכית כמבואר שם. והך יש חולקים הוא משום דמחלקים בין אחים דהתם להך דבעל לאשתו ולבניו כמבואר הכל בהראשונים. אכן הנך יש חולקים דפליגי זהו רק בבגדי שבת ומועד אבל בתכשיטים כ"ע מודו דגובה בע"ח וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק ס"ב בשם הריב"ש והשו"ע ס"ל כוותי'. וראי' לדברי הסמ"ע הנ"ל מן אה"ע סי' צ' סעי' ט"ו דכתב המחבר שם לחלק בין בגדי שבת לתכשיטים וזהו בשם המהרי"ק כמש"כ הב"ש שם וביאור הגר"א זצ"ל בס"ק נ"א דהנך יש חולקים דח"מ סי' צ"ז קאי רק אירשא דוקא הרי דדעת השו"ע לדינא דתכשיטים שקנה עבור אשתו ובניו מוציא הבע"ח מן אשתו ובניו דהא שם בח"מ בסעי' כ"ה אמרו על כסות אשתו ובניו וכן מה דאמר שם בסעי' כ"ו דקאי על אלעיל מיני' על אשתו ובניו ומשמע דאף אם אשתו ובניו הם מוחזקים בהתכשיטים גובה מהם הבע"ח. ולא מספקינן כלל לומר דילמא הקנה להם את התכשיטין. אלא מוקמינן להו בחזקת מ"ק ומוציאין מהם ואם היה רק רובא בזה. הא אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מן המוחזק וע"כ מוכח דאין לנו שום חשש ספק כלל בזה. וע"כ ברור לנו לדינא לסמוך גם בחשש קידושין דנ"ד דאין לנו שום חשש כלל בזה וכיון דהבע"ח יכול להוציא בזה מיד בתו ע"כ אין לה כח וזכות ליתן במתנה להך טבעת לאחר שקידשה בהטבעת והוי כמו קידשה בדבר שאינו שלו ואינה מקודשת כלל וזהו יסוד ברור לדינא להיתירא בנ"ד אם הי' העדים רואים הנתינה לידה וע"כ נתבאר הרבה טעמים בנ"ד דאין לנו לחוש כלל ומותרת הבתולה להנשא בלא חשש כלל וכדברי כת"ר דהסכים להיתירא:

סימן נג

נשאלתי באחד שקידש בתולה בחזקה שהחזיק בידה לפני עדים ואמר האמ"ל ובעת שאמר לה האמ"ל לא ראו אז נתינת הטבעת לידה ומקודם ראו הטבעת יוצא מת"י המקדש ואח"ז ראו שזורקה הטבעת לארץ והקול יצא בעיר שהבתולה נתרצית כבר להנשא לו וכן טוען המקדש אבל הבתולה מכחשתו ואומרת שלא נתרצית מעולם להנשא לו וגם שמעו העדים בעת שלקח ידה אמרה לו גייא באווע זיך ניט וגם היה לו גב"ע שמקודם שא"ל האמ"ל יצאו מהחנות על איזה מינוטין והאריך כת"ר בדברי הרמ"א דסי' מ"ב סעי' א' במה שהקשו האחרונים על הרמ"א שכתב באמרה תחילה קדשיני וזרק קידושין לתוך חיקה כו' וניערה תכ"ד דהוי מקודשת ואח"ז כתב הרמ"א לקח יד האשה בחזקה שלא ברצונה ולא זרקה הקידושין כו' דמשמע דאם זרקה לא הוי מקודשת:

א

ולענ"ד נראה פשט דברי הרמ"א כן דהיכא דזרק לחיקה דאז אין הוכחה מן האשה שלא נתרצית על הקידושין בזה אמרינן כיון דאמרה תחילה קדשני דאף שזרקה מקודשת דהא בקידושין לא מהני חזרה אף בתכ"ד אבל היכא דמוכח בעת נתינת הקידושין שלא נתרצית להקידושין דהא הוכרח בחוזק יד לנצחה ולתת לה הקידושין בזה אמרינן דאם זרקה הקידושין א"מ אבל אם לא זרקה מוכח דנתרצית בהקידושין דאם לא כן ה"ל לזרוק. והא דמבואר בסי' כ"ח סעי' ד' ובסי' ל' סעי' ו' בזרק לה הקידושין לחיקה אף בלא ניערה לא הוי קידושין שאני התם דלא נתרצית מעולם לקידושין ע"כ לא ה"ל לזרוק משום די"ל דסמכה על מה דלא נתרצית מעולם. אבל היכא דהיה כבר רצוי ממנה על הקידושין אף דלקח ידה בחזקה מ"מ ה"ל לזרוק כדי לגלות דעתה דלא נתרצית על הקידושין וכיון דלא ניערה זהו הוכחה דנתרצית כעת לדעתה הראשונה ואתי שפיר כוונת הרמ"א:

ב

ולפ"ז בנ"ד אף דנימא דהאמת הוא כפי אמירת המקדש וכפי הקול שיצא שהבטיחה לו להנשא לו מכבר מ"מ כיון שקידשה בחוזק יד ואמרה לו גייא באוע זיך ניט א"כ זה דומה למש"כ הרמ"א לקח יד האשה בחזקה שלא ברצונה דדוקא בלא זרקה הקידושין מקודשת אבל בזרקה א"מ א"כ בנ"ד דהעדים מעידים דאחר שהסיר ידו מן ידה לקחה הטבעת והשליכתו לארץ ה"ל כמו ניערה דא"מ אכן לא נתבאר היטב בהגב"ע אם היה זריקתה בתכ"ד מן הסרת ידו מן ידה או לא. דזה ברור דאף אם זרקה א"מ דז"א רק אם זרקה בתכ"ד וגם קשה זה לברר מן העדים שיגידו היטב ויעיינו אז על השיעור תכ"ד אך אם נולד ספק להעדים אם היה זריקתה בתכ"ד או לא ג"כ יש להקל כיון דהבתולה מכחישתו ואומרת שלא נתרצית להנשא לו מעולם. א"כ לפי דברי' אף דלא זרקה הקידושין ג"כ אינה מקודשת. אלא דעיקר מקום מה שיש להחמיר בנ"ד הוא לפי מה דמבואר בסי' מ"ו דחיישינן לקול בקידושין ואף דנימא דהי' קול שיש בו ממש כעין המבואר שם סעי' ב' וברמ"א. מ"מ הא מבואר שם סעי' ג' ביצא קול על קדושי ספק דבכה"ג לא חשו לקול וכמבואר בגיטין דף פ"ט א"כ ה"ה בנ"ד אף לפי הקול שיצא שנתרצית הבתולה מכבר להנשא לו מ"מ אם היה הזריקה בתכ"ד אין ממש בהקידושין ע"כ אף דנולד לנו ספק ע"י העדים אם היה הזריקה בתכ"ד או לא ה"ל כמו כל קדושין דנולד ספק בהו דבכה"ג לא חיישינן לקול דלא החמירו בכה"ג לחוש לקלא:

ג

ועוד נלע"ד סברא אחרת להקל אף אם הוי ספק אם זרקה תכ"ד או לא דכיון דחזינן דבעת שנתן הקידושין לידה לא נתרצית אז רק כיון דחזינן דלא ניערה הקידושין מוכח

מזה דנתרצית לבסוף ע"כ בעינן דוקא שיהיה ידוע בוודאי דלא ניערה כו' אבל כ"ז שאנו מסופקים אם זרקה תכ"ד או לא אז אין לנו לחוש לחזרה בתוך אותו מעמד דכיון דחזינן דמתחילה לא נתרצית ע"כ אוקמינן אחזקה דעומדת בדעתה כבראשונה ומסתמא זרקה תכ"ד כדקיי"ל בכמה דוכתי דחזרה הוי טענה גרוע לומר דהיה השתנות בדעתה באותו המעמד ולכן כ"ז שלא נתברר דהיה הזריקה לאחר כדי דיבור לא חיישינן ויש להאריך בזה הרבה:

ד

ולכן לא מבעיא אם לא היה קול שיש בו ממש כמבואר באה"ע בסי' מ"ו וודאי דאין להחמיר בנ"ד ואף שהיה בו ממש מ"מ כיון דנולד ספק אם היה הזריקה בתכ"ד לא חיישינן בכה"ג לקול וגם יש לצרף סברת המהרי"ט ח"א סי' קל"ח שכתב דהיכא שלא גילתה דעתה שרצונה להתקדש לו שלא תחת החופה ושלא בפני עשרה רק כאחת הנבלות דלא חיישינן בכה"ג להקידושין אך לפי מש"כ כת"ר דבנ"ד לא שייך סברת המהרי"ט. ע"כ לענ"ד הדין כן אם לא היה ממש בהקול אז לא חיישינן להקדושין כיון שאומרת שלא נתרצתה להנשא לו מעולם אכן אם יש ממש בהך קול אז הדין כן אם יש ספק אם היה הזריקה בתכ"ד להקידושין אז יש להקל ואם יבורר מן פי העדים שאין שום מקום ספק בזה אלא היה בוודאי לאחר תכ"ד של הסרת ידו מן ידה אז אין להקל לפ"ז:

ה

ויפה כתב כת"ר להקל בנ"ד ע"פ מה שי"ל כיון שלא ראו הנתינת הטבעת לידה א"כ אפשר לומר שנתן לה במתנה בעת שיצאו מהחנות על איזה מינוטין כפי שכתב שהיה לו גב"ע ע"ז אך לא ביאר היטב אימת היה היציאה שלהם לחוץ כי בנוסח הגב"ע לא נכתב מזה ועיקר סברתו כ"כ המקנה בק"א ה' קידושין סי' מ"ב סעי' ד' בד"ה וצריכים העדים לראות הנתינה ממש כו' שכתב על דברי הב"ש דאין כאן פלוגתא דהרשב"א מיירי בענין שיש להסתפק שנתן לה במתנה ואף ששמעו שא"ל תתקדש לי בזה אולי חוזר בו ונתן במתנה כו' ולכן אם יש מקום להסתפק בנ"ד דשמא נתן הטבעת במתנה לה בעת שיצאו לחוץ מקודם או במכירה:

ויותר טוב לומר ולמתלי במכירה משום דבחשש מתנה הא קיי"ל דמתנה היא טענה גרוע ומה"ט אינו נאמן כל בע"ח לומר מחלת לי וכה"ג רק ע"י מיגו כמבואר בכמה דוכתי. ע"כ אם יש מקום לומר כן בנ"ד יש להקל כיון דלא הי' ידיעה וראי' וכן אם יש מקום לידת ספק שמא הי' הזריקה בתכ"ד מן הסרת ידו מן ידה ג"כ יש להקל אף זולת הטעם של המתנה והמכירה וכש"כ אם לא הוחזק הקול אם יש בו ממש עפ"י הפרטי דינים הנאמרים בסי' מ"ו ובסי' י"א דוודאי לא חיישינן בנ"ד ולכן כיון שהבתולה אומרת שלא

נתרצית מעולם להתקדש לו דנאמנת ע"פ כל מה שנתבאר. ולכן יש להקל לפ"ז בכה"ג ויראה לחקור היטב אחר כל הנאמר למעלה ואם יהיה כן לפי ראות עיניו דעתי מסכמת להקל ע"פ פרטי האופנים הללו:

סימן נד

נשאלתי ע"ד עובדא שקרה במחנם כי בליעל א' קידש בתולה א' במטבע בפני עדים ואמר לה האמ"ל בטבעת זו והעדים שחקו ואמרו לו דכיון דאמר בטבעת זו ולא במטבע אין שום ממש בהקידושין וגם הבתולה שחקה אז ומתחלה נתקבל עדותם שלא בפני הבתולה והמקדש ואח"ז קבלו העדות בפני הבתולה והמקדש ושינו מן דבריהם הראשונים כי העידו אז בפניהם אשר המעות נמסרו מקודם להבתולה שתלך לקנות שכר עבורם ואחר שמסר המעות לידה אז אמר האמ"ל בטבעת זו וגם המקדש אומר כהיום שכוונתו הי' לשחוק והיתול ונותן טעם והוכחה לדבריו דלכן אמר בטבעת זו ולא במטבע כדי שלא יהי' ממש בהקידושין רק לשחוק בעלמא והבתולה אומרת שלא הבינה כלל למה שאמר לה כן הוא קוטב העובדא וביקשו ממני לחוות דעתי בזה:

א

תשובה בקצרה והוא דהא אומרים שניהם שכוונתם היו לשחוק והיתול:

והוכחה לזה מן מה שאמר בטבעת זו ובאמת הא קידשה במטבע. ואף דהרשב"א בתשובה סי' אלף קפ"ז כתב להחמיר בכעין זה מ"מ הא בתשובת שב יעקב סי' כ' כתב עליו דזהו אם שניהם רוצים בהקידושין אבל היכא דאומרים דכוונתם היו להיתול ואמר טבעת על חפץ הוא מעשה מוכיח על דברים שבלב דהי' להיתול ושחוק ואין ת"י כעת הרשב"א והשב יעקב והובא בקצרה בפתחי תשובה סי' כ"ז ס"ק ג'. ואף דהשב, יעקב לא כתב זה ולסמוך ע"ז רק בצירוף היתירים אחרים מ"מ הא עיקר החומרא בזה אינו אלא מדרבנן וכמו שכתב בתשובת מיימוני להלכות אישות והובא בקצרה בסי' מ"ב סעי' א' בהגהת רמ"א שכתב דאין הולכין בקידושין אחר אומדנות והוכחות וכו' ובביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ד' דזהו משום חומרא דא"א וזה אינו רק מדרבנן וכמש"כ החתם סופר בסוף סי' פ"ה ע"כ בנ"ד אף אם נחמיר אין זה רק מדרבנן:

ב

ולפ"ז יש להקל בנ"ד דהא בהגב"ע השני' דהי' בפני הבתולה והמקדש אמרו העדים דמסר המעות לה על קניית שכר ואחר דהי' המטבע בידה קידשה במטבע זו א"כ ממילא אין חשש בהקידושין דהא הוי לאחר מתן מעות ולאו כלום היא ואף דמתחילה בעת שהעידו שלא בפניהם לא אמרו כן מ"מ הא דעת הרמ"א בתשובה סי' י"ב דבעדי קידושין שנתקבל שלא בפני הבע"ד אין בהם ממש ואף דיש חולקים וס"ל לחוש אף בהעידו על

הקידושין שלא בפניהם וע"כ כתב רע"א בתשובה סי' צ"ד בסופו דזה הוי ספק בדינא אם מהני העדי קידושין שלא בפניהם או לא. וכיון דנתבאר דרד הוי רק חשש קידושין דרבנן. ע"כ ממילא דיינינן להיתירא ע"פ הכלל דספק בדרבנן להקל וגם יש לצרף לסניף להיתירא מה שאומרת הבתולה דלא הבינה למה שאמר לה וע"כ דעתי להיתירא ומותרת להנשא לכל מי שתרצה ובלא חשש כלל:

סימן נה

נשאלתי ע"ד מה שקידש בערמה בתולה א' אחר שנתבטל קישורי התנאים שהי' ביניהם מקודם ולקח ידה בחזקה ואמר לה האמ"ל כו' ואתם עדי ומיד זרקה הקידושין ואמרה בפי' אז בייא אונז גייט דאס ניט אן כ"ז הוא הקיצור מהגב"ע שלהם:

א

הנה לדעתי אין חשש בהקידושין הלז. כיון דלא נתרצתה מעולם להתקדש לו וכמבואר בסי' כ"ח סעי' ד' ברמ"א דאם זרק לה הקידושין שתיקה לא כלום היא הואיל ולא נתרצית לקדושי לי' אף בלא ניערה הקידושין וכמש"כ שם הב"ש ס"ק י"ב וכ"כ הב"ש סי' למ"ד ס"ק י"א:

וכ"כ בתשובת מהר"ם פאדווא סי' כ"ד והובא באבני מלואים סי' מ"ב ס"ק ב'. א"כ בנ"ד דלקח ידה בחזקה כו' וכעין המבואר בסי' מ"ב סעי' א' בהג"ה ובב"ש שם ס"ק ג'. ע"כ לפ"ז אף בלא ניערה הקדושין כלל ג"כ אין לחוש כיון דלא נתרצתה מעולם להתקדש לו והקישורי התנאים שהיה ביניהם נתבטל כבר באמת וכפי שכתבו בהגב"ע שלהם:

ב

ואף לשיטת הב"ח דהובא בב"ש סי' כ"ח ס"ק י"ב דס"ל דאם לא ניערה הקדושין הוי ספק קדושין מ"מ בנ"ד דניערה הקידושין גם הב"ח מודה להקל. והנה לפי המבואר בהגב"ע שאחר שאמר אתם עדי בתכ"ד זרקה הקידושין לארץ א"כ הי' ביותר מן תכ"ד מן אמירתו האמ"ל. ובתשובת חכם צבי סי' קט"ו כתב דבעינן דניערה הקידושין תכ"ד ובנ"ד הא הי' ביותר מן תכ"ד שהרי הי' תכ"ד של אמירתו אתם עדי ובאמת בעינן תכ"ד של אמירתו האמ"ל. א"כ לפי דעת הב"ח יש לכאורה מקום לחוש בנ"ד. ועכ"ז יש להקל בנ"ד לפי מש"כ הקהלת יעקב להגאון מליסא באה"ע סי' למ"ד סעי' ז' דכתב דהא דשם דמבואר דלא הוי קידושין דאף דלא הי' הזריקה תכ"ד ג"כ לא הוי קידושין כיון שהי' סמוך מאוד ע"ש א"כ בנ"ד דהי' סמוך מאוד מהני הא דלא הוי קידושין כלל אך בעיקר דברי הקהלת יעקב הנ"ל במה שכתב לדון דלכן אף דלא הי' הזריקה בתכ"ד ג"כ לא הוי קדושין משום דדיינינן הוכיח סופו על תחילתו לפי ענ"ד יש להעיר עליו דהא הך מילתא דהוכיח סופו על תחילתו הוי ספק אם אמרינן הוכיח סופו כו' או לא כמבואר ביו"ד סי' ד' סעי' ב'

ובח"מ סי' רמ"ה סעי' י"א וקצרתי ועכ"ז הא עכ"פ ספיקא דדינא הוי אם אמרינן הוכיח סופו כו' או לא. א"כ אף דנימא דהוי ספיקא דדינא אם אמרינן הוכיח סופו כו' וא"כ לא הוי קדושין בנ"ד משום דגם זה מקרי ניערה הקידושין ועוד ספק שני אם הלכה כהב"ש והמהר"ם פאדווא דכתבו דאם לא נתרצתה בהקידושין לא הוי חשש קידושין כלל אף בלא ניערה הקידושין כלל ואת"ל כהב"ח דמחמיר בלא ניערה הקידושין אף היכא דלא נתרצית בהקידושין כלל מעולם מ"מ יש לדון ספק שמא אמרינן הוכיח סופו כו' ומקרי זה בשם ניערה הקידושין ולא הוי ממש בהקידושין כלל והוי ספק ספיקא מעליא כידוע דספק ספיקא דדינא מהני כמו כל ס"ס ובפרט דגם להב"ח גופא לא הוי רק ספק קידושין ע"כ בוודאי יש לסמוך על דברי הקהלת יעקב הנ"ל ועוד דהעיקר כדברי הב"ש והמהר"ם פאדאווי כנ"ל:

ג

ועוד דהא בנ"ד לא ראו העדים נתינת המטבע לידה רק אח"כ כשזרקה המטבע לארץ כמו שכתבו בהגב"ע. א"כ הא מבואר בסי' מ"ב סעי' ד' בהג"ה דבכה"ג אין לחוש להקידושין ואף למה שכתב הב"ש שם ס"ק י"ב בשם המרדכי שהחמיר זהו אם ראו דבר המוכיח כו': **אבל** בנ"ד הא אין כאן שום דבר המוכיח כלל דהא יש לומר דהי' המטבע שלה והי' בתוך ידה מקודם שלקח ידה בחוזק והא שלא נפל מידה בעת שלקח ידה בחוזק. אין זה הוכחה לסתור כידוע די"ל דלמא הי' מונח המטבע שלה בתוך ידה מקודם בין האצבעות שלה וכהנה רבות. ואף דעכשיו האשה מודית דהי' המטבע שלו מ"מ הא אין זה קידושין בעדים כיון שהיתה יכולה להכחישו א"כ ה"ל כמו קידושין בלא עדים ואין לחוש כלל בנ"ד לכ"ע סיומא דפסקא דעתי מסכמת להקל בנ"ד ואין לחוש להקידושין של הבלי'על כלל:

סימן נו

נשאלתי ע"ד עובדא בישא שהי' במחנם אשר העידו הרבה עדים שראו איך שאנ"ח א' קידש לו בתולה א' מן בע"ב חשובים בפניהם שהזמינם כולם לעדים והעידו ע"ז שלא בפני הבתולה ובלשון א' ובסגנון א' ובלא שום שינוי כלל וכלל בעיקר הלשון והעדים מוחזקים במחנם לריקים ופוחזים והבתולה הכחישה אותן ושאלו אותן באיזה זמן הי' והשיבו כולן שאינם יודעים הזמן ואח"ז באו עדים להעיד כי העדים הללו הם אוכלי טריפות ומעשנים בשבת. והעידו כן שלא בפני העדים הללו לפי דיראים הם מהן יען כי רקים ופוחזים הם ומי יודע מה שיעשו להם וכיוצא בזה. וניכר הדבר כי הערימו

סוד העדים הללו להעיד כן בעיקר הקידושין. וכן נראה הדבר רחוק דבת בעה"ב נכבד תתרצה להתקדש לאנ"ח כמותו ונשאלתי לחוות דעתי בזה:

א

תשובה בעז"ה. ובקצרה דהנה בעדי קידושין שנתקבל עדותן שלא בפני האשה יש בזה פלוגתת הפוסקים אם מהני עדותן דלפי שיטת הסוברין דמה דאין מקבלין עדות בממון שלא בפני הבע"ד זהו מה"ת א"כ בוודאי אין לחוש לעדי קידושין שלא בפני הבתולה אך יש סוברים דעיקר קרא לגבי שור דהוא כדיני נפשות כתיב דבעינן בפני הבעלים ובדיני ממונות אסמכתא בעלמא מדרבנן ולפ"ז אין להקל בעדי קידושין שלא בפני' וכמש"כ רע"א זצ"ל בתשובה סי' צ"ד וסי' צ"ט ובספרי נחל יצחק סי' כ"ח סעי' ט"ו ע"ש. והוי זה ספיקא דדינא ויש לנו עוד ספק בנ"ד שהשיבו העדים שאינם יודעים זמן הקידושין. והנה כבר כתב הב"ש בסי' מ"ב ס"ק י"ד דהיכא דהיא מכחשת בעינן דו"ח ועוד דהא מבואר בח"מ סי' כ"ח סעי' דאם העדים אומרים עדותן מכוונת בלשון א' ממש צריכים דרישה וחקירה וזהו בשם הירושלמי ע"כ בנ"ד דהגידו כולן בלשון א' ממש וגם הכחישה אותן וודאי צריך דו"ח בזה:

והיכא דצריך דו"ח מצד דין מרומה ואמרו העדים אין אנו יודעים דזהו פלוגתא דרבוותא וכמש"כ הכה"ג והובא בתומים סי' ל' ס"ק א' ודעתו נוטה דבדין מרומה צריך לגמרי דו"ח:

אף דבסוף סי' ל"ג השיג על הש"ך שם ועכ"פ הוי ספיקא דדינא גבי דין מרומה דאמרו אינן יודעים הזמן ויש לנו ס"ס דדינא להיתירא בנ"ד דהוי דין מרומה ספק א' מחמת שהי' קבלת עדות שלא בפני הבתולה וגם הי' דין מרומה מצד הגדת העדים בלשון א' ועוד אומדנות לזה וגם היא הכחישתן. דהוי ספק א' בעיקר הקידושין שלא בפני'. וספק שני מצד דאמרו אין יודעים הזמן:

ב

ועוד דהא כיון דהעידו כמה עדים על העדי קידושין דהם מעשנים בש"ק ואוכלי טריפות ועוד כיוצא בזה ואף אם הי' עד א' מהן פסול דאורייתא נתבטל כל העדות של שארי עדים דהזמינן ביחד להיות עדי קידושין דהא בנמצא א' מהם פסול כל העדות בטילה. ואף לפי דברי הב"ש בסי' מ"ב ס"ק ח' דלשיטת הרא"ש דבעינן ראי' והגדה אז הוי כמו דהי' עדים כשרים בעת הקידושין דזה אינו רק היכא דהיא מודית דהי' עדים כשרים בעת הקידושין והלכו למדינת הים. כיון דבעת הקידושין היו שם עדים כשרים כיון דלא נפסלו בעת הראי' רק בעת ההגדה לשיטת הרא"ש אבל היכא דהיא הכחישתן אז אינן נאמנים כלל כיון דהי' ראי' והגדה של הפסולין ג"כ ולכ"ע אין להם נאמנות לברר ודינם

כמו עדי פסולין דאינן נאמנים כלל כיון דהכחישתן לגמרי ומה דהי' עדות העדים לפוסלן שלא בפני העדי קידושין הא יש בזה לדון דבנ"ד מהני עדותן לפוסלן אף שלא בפניהן לא מבעיא לשיטת הש"ך בסי' ל"ח ס"ק א' בסופו דס"ל דנאמנים העדים לפוסלן אף שלא בפניהם. ואף להחולקים על הש"ך בזה וכמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' ע"ב בארוכה. מ"מ בנ"ד יש לנו לדון להיתירא מצד ממה נפשך והוא דאם נימא דלא נפסלו שלא בפניהן. דלפ"ז מה"ט לא תועיל העדי קידושין שלא בפני הבתולה. דאם נימא דמהני קבלת עדי קידושין אף שלא בפני' משום דנימא כהסוברין דמה דבעינן קבלת עדות בפני הבעלים אין זה מה"ת משום דמה"ת לא בעינן בפני הבעלים רק בדיני נפשות כנ"ל א"כ ממילא נאמנים העדים לפוסלן אף שהעידו שלא בפניהן. דהא בנ"ד לא הי' חיוב על דיני נפשות כיון דהי' שלא בהתראה וגם הא האידנא אינו נוהג דיני נפשות כלל וכן אם נימא דלפוסלן שלא בפניהן אינם נאמנים משום דמה"ת אף אם אינו דיני נפשות ממש ג"כ בעינן שיהי' העדות בפני הבעלים א"כ ממילא ה"ה גבי עדי קידושין נימא דלא תועיל כיון דהעידו שלא בפני הבתולה אף דלא הוי דיני נפשות ממש:

ג

וראיתי בתשובת רע"א זצ"ל סי' צ"ד בסופו שכתב איזה פוסקים דכתבו דבעניני אישות לא שייך לומר קב"ע שלא בפני בע"ד שהב"ד עצמם הם הבע"ד עכ"ל. ולפ"ז יש לסתור לסברת הממנ"פ שכתבתי אבל לדעתי יש לפקפק על דבריהם בזה דלפ"ז תקשה דלמה הצריכה התורה להעיד בפני הבעלים של השור שהמית הא גם בשור שהמית יש לדון סברתם דהא הב"ד הם הבע"ד מצד מצוה ובערת הרע מקרבך והך מצוה מוטלת על כל אדם וכמבואר בחולין דף קל"ט דאמרו דלא גמר דיני' ובעי לאתוי' לב"ד וקיומי' בי' ובערת הרע מקרבך ועיקר מילתא דבעינן בפני הבעלים הוא מן והועד בבעליו וכמבואר בב"ק דף קי"ב ועיין בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' כ"ד ודוחק לחלק בזה וע"כ העיקר לדעתי אם נימא דמהני קבלת עדות על קידושין שלא בפני' דזהו משום הטעם דכתבו דקידושין אינו בכלל נפשות ומה"ת לא בעינן קבלת עדות בפני הבעלים רק בנפשות וכמש"כ רע"א זצ"ל שם בשם כמה פוסקים ע"כ ממילא יש לדון להך ממה נפשך שכתבתי:

ד

ועדיין יש לדון בכל זה דהא אם יבואו העדים להעיד בפני הבתולה שנתקדשה א"כ אז נסתר בלא"ה הממנ"פ הזה. אך בזה י"ל לפי מש"כ בספרי נחל יצחק סי' כ"ח סעי' ט"ו לחזק שיטת הרש"ל שכתב דאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו לפי דהוי נוגעים בעדותן משום חשש אחזוקי דיבוריי' ע"ש ע"כ אף אם יעידו שנית בפני הבתולה לא

יהיה מהני עדותן משום חשש אחזוקי דיבורייהו ויש להוסיף עוד דכיון דגבי קידושין הוי ספיקא דדינא אם יש ממש בעדות שלא בפני' א"כ אין זה דומה להך דח"מ סי' כ"ח סעי' ט"ו דכתב הרמ"א דאם חזרו והעידו בפני הבע"ד מהני עדותן דזהו לפי דכיון דלא היה שום תועלת מן עדותן שלא בפני הבע"ד בדיני ממונות ע"כ אין שייך שם חשש אחזוקי דיבורייהו כיון דלא הי' ממש מן דבריהם כלל במה שהעידו בראשונה שלא בפני הבע"ד. משא"כ בעדי קידושין שלא בפני' כיון דהיה עכ"פ איזה תועלת מעדותן לענין למשוויי' לספק מקודשת אילו לא הי' באים עדים אח"ז לפוסלן ע"כ יש בזה חשש אחזוקי דיבורייהו ביותר וע"כ אף אם יבואו שנית להעיד בפניה אינן נאמנים משום טעם הנ"ל:

ה

ובקצרה הנני שונה טעמא דהיתירא בנ"ד לפי דיש לנו ספיקא דדינא אם מהני קבלת עדות שלא בפניה. וספק ב' אם מהני עדות באומרים אין אנו יודעים הזמן בדין מרומה כיון דבעי דרישה וחקירה בזה. וספק ג' אם יכולין לפוסלן לעדות אף שלא בפניהם דשמא מהני עדות בזה כיון דלא הוי נפשות ממש כנ"ל א"כ יש לנו ג' ספיקות להיתירא בנ"ד ואף אם יעידו שנית בפניה הא יש בזה חשש אחזוקי דיבורייי' כנ"ל ועוד הא מבואר בח"מ סי' כ"ח סעי' ט"ו ברמ"א דאם הבע"ד אלם ויראים להגיד בפניו מקבלין העדות שלא בפניו וה"ה בנ"ד דהאנ"ח הם היו ריקים ופוחזים ויראים העדים להגיד בפניהם. דבזה מקבלין העדות שלא בפניהם ודנין ע"פ אך בזה י"ל דהא מבואר בהרמ"א שם דדוקא להסוברים דאם קבלו עדות שלא בפניהם מהני בדיעבד דבזה מהני אף לקבלן לעדות לכתחילה היכא דהם אלמים כמש"כ הרמ"א שם בלשון ולכן אם הבע"ד אלם כו' וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק מ"ט. א"כ לשיטת המחבר שם דס"ל דאם קבלו שלא בפניה אף בדיעבד לא מהני א"כ לפ"ז אף באלם אין מקבלין העדות. שלא בפניה. אך אכתי יש לדון ולצרף כ"ז עוד לספק דהא יש לנו עוד ספיקא דדינא דשמא הלכה כשיטת הסוברין דבדיעבד אם קבלו העדות שלא בפניה וכן באלם מקבלין שלא בפניו אף לכתחילה א"כ יש לנו עוד ספק ד' המסייע להיתירא וגם באמת העיקר לדינא דבאלם ויראין להגיד בפני' דמקבלין אף לכתחילה שלא בפניו וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל שם בס"ק ס"ח דזה הוי כמו עדים מבקשים לילך למדינת הים דמקבלין אף שלא בפניו ועיין מזה בתה"ד סי' קע"ה וסי' קע"ו ע"כ מכל הלין טעמי דעתי מסכמת כי מותרת הבתולה להנשא לכל מי שתרצה ובלא פקפוק וחשש כלל ויפה כתב כת"ר לצרף להיתירא שיטת ה"ר דוראן והרשב"א המובא בב"י אה"ע סי' מ"ג דס"ל להסתפק דשמא לא היה עדיין ו' חדשים מעת דהביאה

ב' שערות וכן הזכיר זה הב"ש בסי' ל"ז ס"ק ה' וכן יש לי סעד לשיטתם מן נזיר דף ל' דאמרו שם דאי אייתי במצעי מאי והארכתי בזה במק"א:

ו

ועוד דהא יש לנו כמה אומדנות המוכיחות דלא נתרצתה על הקידושין ואף דמבואר באה"ע סי' מ"ב סעי' א' בהרמ"א דאין הולכין בענין קידושין אחר אומדנות המוכיחות כו' הא זה אינו [אלא] מצד חומרות חז"ל וכמבואר בתשובת מהר"ם סוף ספר נשים והובא בבית יוסף ריש סי' מ"ב ובביאור הגר"א זצ"ל שם בס"ק ד' וע"כ העיקר מה דיש לחוש בנ"ד אין זה רק מדרבנן ובדרבנן ודאי יש לנו לסמוך על ההיתר שנתבאר ובאמת אף אם לא היה האומדנות המוכיחות ג"כ יש לסמוך להיתירא על כל מש"כ:

סימן נז

ב"ה יום ה' כ"ה אייר תרכ"ו קאוונא:

נשאלתי ע"ד העובדא בישא שנתהוה אשר איש א' בא לחנות וביקש מהבתולה דשם שתמכור לו סכין ואחר שהושווה במקח שמנה ק"כ אמר להנערה יש לי גריוונע של כסף לקחה הנערה ב' ק"כ מכיסה ונתנה רעסטא והניחה על הטאנבאק והנער תפס ביד הנערה והניח הגריוונא בידה וא"ל ה"א מקודשת לי במטבע זו כדת משה וישראל וברח תיכף והי' עדים ע"ז והנערה אומרת שלקח הנער הסכין והרעסטא ושקבלה המעות בעד הסכין. ואומרת ג"כ שלא שמעה כלל מה שאמר הנער מחמת טרדת הא"י שהיה שם אז בחנות וגם אם הייתי שומעת לא הייתי יודע ומבין שזה קידושין, וכת"ר יצא להיתירא כנכון ובאמת מצוה להכניס בענין זה ולחפש בצדדי ההיתר למען לא יהיה בנות ישראל כהפקר לפני עושי רשע:

ענף א

א

והנני להשיבו בקצרה ולחוות דעתי מה שיש להקל בזה והוא דבעיקר הדין אם אומרת שלא שמעה מחמת טרדת הא"י שמה אז וכן לא הבינה מסתבר דנאמנת כמש"כ הנו"ב בסי' נ"ט וכבר כתב הב"ח ע"פ משמעות הר"נ והמגיד דאף באמר ה"א מקודשת לי צריך לידע שהיא הבינה דלאו כל הנשים מבינים לה"ק והובא בב"ש סי' כ"ז ס"ק ה'. אך הב"י והח"מ שם ס"ל דאינה נאמנת א"כ הוי ספק קידושין בפרט דאומרת דלא שמעה מחמת אמתלא דהיה שם א"י א"כ הוי מחמת זה לכה"פ אינה מקודשת וודאי רק קידושי ספק ובעיקר מילתא דקידושין דף י"ג א"ל כנסי סלע זה שאני חייב לך וחזר ואמר התקדשי לי בשעת מתן מעות רצתה מקודשת לא רצתה דאישתיקא אינה מקודשת כתבו הר"נ

והרשב"א בחידושיו שם דאף בחזר ואמר לא לשם פרעון אני נותנו לך אלא לשם קידושין אינה מקודשת כיון דהזכיר מתחילה לשם פרעון. ואף דמצי לחזור מקודם דקיבלה עכ"ז ס"ל דדוקא אם לא היה הזכרת הפרעון כלל באותו מעמד אז אינה יכולה לומר על החוב שקלי כיון דלא היה שם הזכרת פרעון כלל:

א"כ הוי זה כמו דברים שבלב או משום דכל הנשים רוצות בקידושין כמש"כ הרשב"א בחי' שם וכיון דלא היה שם זכר להחוב כלל באותו מעמד ע"כ מסתבר דקיבלה על הקידושין דאל"כ היה להגיד בפיה דמקבלת על הפרעון כיון דלא היה אז שם רמז להחוב משא"כ היכא דהיה באותו מעמד הזכרת החוב ע"כ יכולה לומר דידי שקלי על החוב ומה דשתקה משום דסמכה על מה דקאמר מתחילה דיתן לה על החוב ואף דחזר מקודם דהגיע לידה לא איכפת לה ולפי שיטה זו ה"ה בנ"ד דעיקר כוונתה מתחילה היתה רק על החוב וכן הוא אמר בפי' שקונה ממנה סכין והראה לה הגריוונע. ועיקר החוב נעשה אז באותו מעמד וודאי יכולה לומר דידי שקלי:

ב

אלא בשיטת הרמב"ם והבה"ג הובאו שם בר"נ ורשב"א והה"מ דפירשו להך חזר ואמר דבש"ס דקאמר התקדשי לי בפרעון חוב זה. דמשמע מזה דהיכא דחזר בפי' ואמר לא לשם פרעון אני נותנו לך כו' דמקודשת אף דקיבלה בשתיקה ולפ"ז ה"ה בנ"ד י"ל דמקודשת כיון דחזר בפי' אלא באמת גם לשיטת הרמב"ם ובה"ג אין הדבר מוכרע דהוי מקודשת בוודאי די"ל דה"ה בחזר וא' לא לשם פרעון כו' ג"כ אינה מקודשת והא דנקטו כן זהו לרבותא דאף בא"ל כן מ"מ היכא דשדיך מקודשת:

ובאמת גם הה"מ סיים בדין זה דדין זה צריך תלמוד. וכן הרשב"א והר"ן כתבו בלשון ואפשר כו' אליבי' דשיטת הרמב"ם. וכמש"כ בקצרה החלקת מחוקק סי' כ"ח ס"ק י' וכן הב"ש שם ס"ק י' וכיון דהוי זה בספק. א"כ יש בנ"ד ס"ס ספק דלמא לא שמעה כלל מחמת טרדת הא"י דבזה אף הרמ"א דסי' מ"ב סעי' ד' מודה וכן במה דאמרה דלא הבינה ואת"ל דאינה נאמנת אכתי ספק דלמא הלכה דאף דחזר וא' לא לשם פרעון אני נותן לך אינה מקודשת. וגם י"ל דדוקא היכא דהחוב הוא כבר ת"י הלוה אז אינה יכולה לומר על החוב קבלתי משום דהא הימניה המלוה להלוה כבר משא"כ היכא דלא בא לידו בתורת חוב אפשר דכ"ע מודו דא"מ אך לפי דברי הח"מ שם ס"ק ה' והב"ש שם ס"ק ז' לא משמע כן וקצרתי:

ג

ועוד י"ל דהרמב"ם והמחבר מיירי בא"ל ה"א מקודשת לי מקודם שתטלנו כמבואר בסי' כ"ח סעי' ג' משא"כ בנ"ד דלא א"ל מקודם שקיבלה אלא תפס בידה והניח הגריוונע

בידה והתחיל אז וא"ל האי"מ כו' י"ל דלא מיבעיא אם היה בע"כ ואף אם נתנה לו ידה מרצונה. מ"מ הא הושטות ידה לו היתה על סמך קבלת החוב ונתן לה הגרייוונא וכשאמר לה תיבת מקודשת לא הי' אז מעשה קבלה ממנה רק ממילא היה מונח בידה מתחילה ובוודאי על תיבת הרי את שאמר נאמנת דלא היתה יודעת דזהו על קידושין וכיון דבעת דא"ל תיבת מקודשת לי לא היה אז מעשה קבלה ממנה רק ממילא היה מונח כבר בידה.

א"כ עיקר חשש קידושין בזה אינו רק מחמת סברת רב הונא ברי' דרב יהושע בקידושין דף י"ג דכיון דלא קיבלה בתורת פקדון אם אי' דלא ניחה לה לישדינהו וידוע שיטת הב"ש בסי' מ"ב ס"ק ג' דלא אמרינן סברא זו דלישדינהו אלא אם היה בתחילה ברצון על הקידושין או בשדיך ע"ש. וכן כתב האבני מלואים בסי' מ"ב ס"ק ב' בשם המוהרש"ך והמהר"ם פאדווא דס"ל כן א"כ בנ"ד דלא היו מדברים מתחילה כלל ענין ומה דנתרצתה לו על הושטת ידה זהו על קבלת החוב א"כ לא היה נטילה ממנה על הקידושין אלא אח"ז כשהיה כבר המטבע בידה שמעה לתיבת מקודשת שא"ל ואין מקום להחמיר רק מחמת אם אי' דלא ניחא לה לישדינהו. א"כ הא ז"א שייך היכא דלא היה שם זכר לקידושין כלל מעיקרא:

ד

ואף לשיטת המהרי"ט דהובא שם דהוכיח מהש"ס דלא כסברא זו עכ"ז י"ל בנ"ד לא שייך כ"כ לומר דאיבעיא לה לישדינהו משום די"ל דיריאה דיהיה לו טענה להיות פטור עבור מחיר הסכין כדמצינו בכ"ד דמחלקינן בין להוציא ובין להפטר גבי השני נוח לי כו' בש"ך סי' קכ"ג ס"ק כ"ד ובסי' קנ"ג בט"ז סעי' ה' ובשארי דוכתי כעין זה וכיון דהוא מוחזק והיא צריכה להוציא ממנו וודאי דסברא נותנת לומר דלא שייך לומר דאיבעי' לה למישדינהו:

די"ל דכיון דתצטרך להוציא ממנו חוששת דיטעון עלי' דלא היתה לה לזרוק וגם אפשר דיטעון ויכחישה או דיאמר דלשחוק עשה כן כדי שיפטור ולא ישלם המחיר הסכין. ובכה"ג כ"ע מודו דלא אמרינן איבעי לה למישדינהו:

ויש להאריך בזה הסברא ועוד דהא הך סברא דאיבעי לה למישדינהו הוי פלוגתת רב הונא עם רב אחאי ולהלכה קיי"ל דמחמת זה הוי ספק מקודשת כמבואר בסי' כ"ח סעי' ה' א"כ יש בנ"ד שלשה ספיקות להקל ספק דלמא לא שמעה או דלא הבינה ואת"ל כו' אכתי ספק דלמא הלכה דאף בחזר וא"ל לא לשם פרעון אני נותנו כו' ג"כ אינה מקודשת בקיבלה בשתיקה ואת"ל דאין הדין כן אכתי ספק דלמא קיי"ל כרבא וכרב אחאי דס"ל דאטו נשי דינא גמירי דכ"ז הוי בכלל שתיקה לאחר מתן מעות דא"מ:

ענף ב

ה

וכש"כ אם התחיל לומר ה"א מקודשת לי לאחר שהניח הגריוונע בידה ואף בתכ"ד ג"כ י"ל כסברת הט"ז באה"ע סי' ל"ח והובא שם בב"ש סי' ל"ח ס"ק ב' דאחר שמסר החפץ לרשות אחר לא מצי לחזור תכ"ד. וכ"כ המקנה בסי' כ"ח וסי' ל"ח והמחנה אפרים ה' זכיי' ומתנה סי' י"א בסופו א"כ לא מצי לחזור כלל אף בתכ"ד לאחר שנמסר הגריוונע לידה בתורת פרעון חוב וכן משמע לשון הברייתא דקידושין דף י"ג דאחר מתן מעות אף רצתה אינה מקודשת. ואף לשיטת הב"י בח"מ סי' קצ"ה והקצה"ח שם דס"ל דלא כהט"ז בזה ולדידהו י"ל דבתכ"ד הוי בכלל בשעת מתן מעות עכ"ז י"ל בזה דלא ידעה הדין האמת בזה כיון דיש בזה פלוגתת הפוסקים הללו וכעין שכתב הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק מ"ב דדוקא היכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעה אף דלא קיי"ל כדיעה זו לדינא ע"ש וכן מצינו בתוס' בסנהדרין דף נ"ג ובב"מ דף ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לה ובערכין דף ל' תוס' ד"ה דלמא אינה מכורה כו' וכהנה רבות בש"ס דהיכא דאיכא פלוגתא אמרינן דטעי בזה וכעין הא דגיטין דף נ"ה דטעי בד"ר ירמי' וביבמות דף כ"ט רש"י ד"ה דערוה דר"ש כו' ובכ"ז כ"ע מודו דאמרינן אטו נשי דינא גמירי א"כ בכה"ג וודאי דא"מ דחוששת דלמא יהיה לו טענה להפטר א"ע מן החוב ויטעון דקים לי דלא מצי לחזור תכ"ד מן הפרעון חוב וע"כ לא זרקה להו וקצרתי בכ"ז:

ו

ועוד נלע"ד יסוד להקל בנ"ד והוא כי לכאורה יש לעיין לפי מה דקיי"ל דאם לא אמר כנסי סלע זו שאני חייב לך אלא אמר כנסי סלע סתמא מקודשת ואינה יכולה לומר לפרעון קבלתי כמבואר בסי' כ"ח סעי' ג' בשם הר"נ. והטעם מבואר בחידושי הרשב"א לפ"ק דקידושין דף י"ג דעיקר הטעם בזה משום דכיון דכל הנשים רוצות להתקדש ע"כ תפסינן דמסתמא נתרצית בקידושין א"כ קשה מפני, מה בחטף סלע מידה וקידשה אינה מקודשת בדלא שדיך אמאי לא נימא מחמת הך סברא דכל הנשים רוצות בקידושין דמסתמא נתרצית בקידושין וכמו בשדיך דאמרינן דמחלה לו וצריך לשלם גזילותיו כמבואר שם סעי' ב' בשם הר"נ והירושלמי בפ"ב דקידושין א"כ ה"ה אף בדלא שדיך נימא דנתרצתה בקידושין ומחלה לו וכיון דצריך לשלם לה הגזילה א"כ לא הפסידה גוף החוב רק הפסד דהמתנת החוב א"כ הא בכה"ג אמרינן בכנסי סלע סתמא אע"פ דחייב לה ויש לה הפסד בהמתנת החוב מ"מ מקודשת וע"כ מוכח לחלק דשאני בגזילה דגוף החוב אינו ברור לה דתשלם לו דכיון דהגיע לידו בגזילה אלמא דאינו רוצה לשלם לה ע"כ מסתבר דקבלה בפרעון ובהשבה. משא"כ בחוב דכיון דהוי ע"י הלואה וכה"ג דהימני'

המלוה להלוה וכיון דחזינן דהימנה המלוה להלוה ע"כ יותר טוב לומר דקיבלה על הקידושין משום דגוף החוב אין לה הפסד כ"כ כיון דנתרצתה כבר להמתין לו מסתמא ה"ה עכשיו וע"כ מחמת הסברא דנשים רוצות בקידושין יותר סברא לומר דנתקבלה על הקידושין וכ"ז פשוט וכן מצאתי להלח"מ פ"ה ה' אישות ה' י"ב שכתב בזה הלשון באה"ד וזה לשונו דגבי גזל אע"ג דנתנו לה סתם אנן סהדי דהיא קיבלה בחזרת הגזל שלה דע"כ לא אמרינן דלאו כל כמינה לומר בחזרת חוב קבלתי אלא גבי חוב דסבורה שיפרע לה החוב אח"כ אבל גזלן כיון דהוא גזלן וגברא אלמא וחטף מידה כשבא לידה וודאי לא קיבלה אלא לדעת חזרת נגזל ואפי' שיאמר לה לא בתורת חזרת גזל אני נותנו לך לא מהני דאנן סהדי דבתורת חזרת קיבלה עכ"ל הלח"מ וזהו כמו שכתבתי כנ"ל [והא דלא מהני שדיך היכא דבא לידו בתורת פקדון ובגזל מהני שדיך יש לחלק] ועיין ב"ש ס"ק י"ג בסי' כ"ח וקצרתי:

ז

ולפ"ז נלע"ד במש"כ החלקת מחוקק סי' כ"ח ס"ק ה' דאם גזל ממנה דמים ועשאן כספים דקנה אותן בשינוי וחזר ועשאן דמים וקדש אותה אינה מקודשת ויש לדחות דאין זה גזל דידה ואין זה אלא חוב בעלמא ומקודשת אם לא אמר כנסי סלע זו שאני חייב לך ע"ש בחלקת מחוקק ולענ"ד ברור בכה"ג דאינה מקודשת דכיון דאתי לידו בתורת גזל ולא הימנתו מעולם ויראה להפסיד החוב:

ע"כ בכה"ג הסברא נותנת לומר דקיבלה עבור החוב שבתורת גזל בא לידו וכה"ג אמרו בקידושין דף י"ג דמחמת חשש אי שדינא ומיתבדי חששה ולא זרקה הקידושין אלמא דמחמת חשש הפסד תלינן בזה ביותר ואמרינן דלא נתרצתה בקידושין וה"ה באתי לידו בתורת גזל וכיון דהיא בחשש דלא ישיב לה כמו דלא החזיר עד הנה וכמו שכתבו התוס' במכות דף ט"ו ע"ב גבי קיימו ולא קיימו דהוי התראת ודאי משום דאמרינן דכמו דלא קיים עד הנה כמו כן לא יקיים עכשיו וכיון דיש לחוש להפסד גוף החוב ע"כ י"ל דקיבלה עבור השבת החוב ודלא כהח"מ וע"פ מש"כ יש להעיר בדברי הב"ש בסימן כ"ח ס"ק ו' וס"ק ז' וקצרתי:

ח

ולפ"ז בנ"ד דלא רצתה למכור לו הסכין בהקפה רק במזומן ואם לא פרע הוי הסכין גזל בידו וכמש"כ החלקת מחוקק בסי' ק"כ ס"ק ה' בזה"ל דאם נותן לו הגט ע"מ לשלם לו מיד ואינו משלם לו ודאי הוי הגט גזל בידו עכ"ל הח"מ שם וכיון דלא נתרצית מעולם להאמין לו בהקפה וע"כ יותר לנו לומר דקיבלה להציל את שלה. וגם הא חזינן דברח ולא שילם בעד הסכין ע"כ הסברא נותנת לומר דקיבלה בעד החוב ואינה מקודשת ואפשר דגם

הח"מ בסי' כ"ח ס"ק ה' הנ"ל מודה לזה דשא"ה דלא הי' הזכרת החוב כלל כעת. משא"כ בנ"ד דעיקר החוב נעשה עכשיו ע"כ גם הח"מ מודה דאינה מקודשת כי בכה"ג אף הרמב"ם מודה להרשב"א דזה דומה לגזל דלא בעי דיזכיר לה לשם חוב כלל וכהלח"מ וזהו יסוד גדול להקל בנ"ד ומכל הלין טעמי דעתי מסכמת להיתירא וכמש"כ כת"ר:

סימן נח

נשאלתי מהרבנים הג' דק' טאהרני הראד ומארום פאל ע"ד א' שקידש בתולה בפני עדים וא"ל בזה"ל הא לך ששה קאפיקעסם ותן לאחותך שרה שאני חייב לה השיבה הבתולה תן ואני אתן וכשקיבלה הבתולה לזה א"ל ה"א מקודשת לי במטבע זו ואח"ז זרקה המטבעות לארץ ולא נתברר להם אם הזריקה הי' בתכ"ד או לאחר כ"ד של הקידושין ובקשו ממנו לחוות דעתי בזה:

ענף א

א

תשובה ב"ה והוא כי נלע"ד לדון להיתירא אף בלא זרקה כלל וכש"כ אם הי' זריקתה לכה"פ לאחר כ"ד ונקדים להך דקידושין ד' י"ג בההוא גברא דקדיש בציפתא דאסא כו' קשו בה משמי' דרב הונא ברי' דרב יהושע מי דמי התם בתורת פקדון יהבינהו ניהלה סברה אי שדינא להו ומיתבדי מחייבנא בהו הכא בתורת קדושין ואי איתא דלא ניחא לה לישדינהו הרי דסוגיות הגמ' הוא דכ"ז דליכא הוכחה דנתרצית בקידושין לא הוי מקודשת משום דלא חיישינן לקידושין כי אם ע"י הוכחה דאי אי' דלא ניחא לה לישדינהו והריטב"א שם הקשה דהא אף דקיבלה בתורת פקדון היתה יכולה לזרוק ולומר לו בפניו טול את שלך ותירץ הריטב"א דיכולין לומר דהאשה טועה וסוברת דכיון דבתורת פקדון בא לידה לא מיפטרת מאחריות ע"י אמירת טול שלך וכן הוא הלשון בגמ' דאמרו שם בזה"ל סברה אי שדינא כו' משום דאף דע"פ דין אינו כן עכ"ז האשה טעתה בזה וזהו דלא כתי' הראב"ד דשם דכתב דמיירי בפקדון בתוך זמן כו' כי כל הפוסקים והשו"ע לא ס"ל כתי' הראב"ד והעיקר כתי' הריטב"א הנ"ל, וכ"כ הר"נ בקידושין שם כתי' הריטב"א הנ"ל וכן מצינו ברשב"א גיטין ד' כ"ג ע"ב והובא באה"ע סי' קמ"ב ב"ש ס"ק ג' שכתב גבי חמש נשים אף שאמרו בפ"נ בארץ ישראל אינן נאמנות משום דנשים לאו דינא גמירי וסברי דבעל יכול לערער אף באמרה בפ"נ כו' וכן מצינו בגיטין ד' כ"א גברא שאני דידע לאקנויי וכהנה רבות בש"ס דמצינו דאשה עבידה למטעי בדין יותר מאיש:

ב

והיכא דאיכא פלוגתא אף דלא קיי"ל ם החולקת. עכ"ז מצינו בזה גם באיש די"ל דהוא טעה בזה כמו דכתב הש"ך בח"מ סי' מ"ב ס"ק כ'. וס"ק כ"ב. דהיכא דאיכא פלוגתא י"ל דהנותן טעה בזה. וכן מצינו להתוס' בסנהדרין ד' נ"ג ד"ה הא כו' שהוכיחו דבחייבי כריתות לכ"ע אינו תופס הקידושין דאם הי' פלוגתא בזה אף דלדינא קיי"ל כמ"ד דאין קידושין תופסין באחותו מ"מ לא שייך לומר בזה אדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו כיון דיש פלוגתא בזה א"כ יש לחוש שמא טעי בזה וכ"כ הנ"י פ' א"נ. והובא בסמ"ע סי' מ"ג ס"ק י"ב דטעו דכותבין שטר אף בלא אקנייתא ע"ש וכה"ג כתבו התוס' בב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לו כו' ובערכין ד' ל' ד"ה דילמא אינה מכורה כו' וכן מצינו בגיטין ד' נ"ד דטעי בדר' ירמי' ועיין במנחות ד' ק"ג בשעורים טעי בעדשים לא טעי ובכתובות ד' ע"ד במקדש במלוה ובעל דבהנך טעי ופי' רש"י הכל בקיאין בהלכות קדושין כו' ובב"ק ד' צ"ה דבלוקח ת"ח ידע דקרקע אינה נגזלת. אבל ע"ה לא ידע כו' וביבמות ד' כ"ט דערוה מיגמר גמירי לי' אינשי כו' ופי' רש"י שם אבל ערוה דר"ש לאו כ"ע גמירי כו' וכעין זה הוא בשמ"ק לכתובות ד' נ"ח ע"ב על הא דהמקדיש מעשה ידי אשתו דמתוך דאין מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהם והקשה שם ע"ז דכיון דאיכא פלוגתא דאי מקנה דשלב"ל או לא א"כ י"ל דטעה בזה ע"ש וכהנה רבות עכ"פ היכא דאיכא פלוגתא בוודאי אמרינן דלאו כ"ע דינא גמירי ותולין בטעות:

ג

והנה זה ידוע דבתן מתנה לפלוני איכא פלוגתת הראשונים בזה אי הוי תן כזכי והוא בח"מ סי' קכ"ה אבל בתן לפ' או הולך לפ' שאני חייב לו לכ"ע הדין דהוי כזכי כדקיי"ל בסי' הנ"ל. וע"כ בנ"ד מיד שא"ל תן לאחותך שאני חייב לה לכל הדיעות הוי כזכי דהא נאמן ע"ע בתורת הודאת בע"ד ואינו יכול לומר משטה אני בך כמבואר בסי' קכ"ו סעי' י"ג גבי מעמד שלשתן דאינו יכול לומר משטה אני בך וכמש"כ הטור שם והובא בסמ"ע ס"ק ל"ו דהטעם הוא דמעמד שלשתן הוא כקנין. ובקנין אינו יכול לומר משטה אני וכש"כ בנתינה מידו ליד הזוכה דהא בנתינה מבואר בסי' פ"א סעי' ל' דאינו נאמן טעיתי ומשטה ע"ש והנה בנתן לא' מתנה וחזר בו תכ"ד שיטת הט"ז באה"ע סי' ל"ח דלא מצי לחזור בו אף תכ"ד. משום דדוקא בשארי קנינים יכול לחזור בו תכ"ד אבל בקנין משיכה דמסר החפץ לו. והוציא החפץ מרשותו לא מהני חזרתו תכ"ד ע"ש וכ"כ הגהות מיימוני והובא בבית יוסף לח"מ סי' קצ"ה והב"י ס"ל דלא כהגהות מיימוני בזה וכמש"כ שם הקצה"ח לדחות לדברי הט"ז ע"ש אבל הב"ש בסי' ל"ח ס"ק ב' הביא ג"כ לדברי הט"ז

הנ"ל לדינא וכן המקנה בסי' כ"ח ובסי' ל"ח כתב כהט"ז הנ"ל לדינא וכ"כ המחנה אפרים בהלכות זכיי' ומתנה סי' י"א בסופו ע"ש:

ומשיטת הרמב"ם בח"מ סי' רנ"ה דפסק דבהקדש אינו יכול לחזור בו תכ"ד וכ"כ התוס' במנחות ד' פ"א ע"ב ד"ה תודה כו' דהטעם הוא משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוא משמע דבמסירה להדיוט בפשיטות דאינו יכול לחזור בו תכ"ד ובעיקר הדברים הנ"ל יש להאריך בכ"ז הרבה ואכמ"ל והנה אם נימא כשיטת הסוברים הנ"ל דאינו יכול לחזור בו תכ"ד ממה שנמסר החפץ לחבירו בוודאי ה"ה אם אמר לא' לזכות עבור חבירו אינו יכול לחזור בו תכ"ד דמאי שנא דהא כיון דזכיי' מן דין שליחות או דהוי מן דין יד א"כ ה"ל כמו שנמסר החפץ לבעליהם דכיון דהוציא החפץ מרשותו ה"ל כמו דזכה חבירו בעצמו ע"י קנין משיכה דאינו חוזר תכ"ד לשיטת הפוסקים הנ"ל ולענ"ד נראה לומר בטעם הסוברין דאינו חוזר תכ"ד אחר קנין משיכה. דהא הקצה"ח בסי' רנ"ה כתב בשם הרמב"ם דהא דתכ"ד חוזר הטעם הוא משום דזהו כעין טעות. ע"כ כיון דאמרו דבנתינה מידק דייק כמבואר בח"מ סוף סי' פ"א ע"כ אינו נאמן לומר טעיתי בזה והדברים ארוכים ואכמ"ל:

ד

ולפ"ז בוודאי אין חשש קידושין בנ"ד דהא כבר שייך המטבע לאחותה משום תן כזכי בפרט בחוב לדבריו דנאמן ע"ע מן דין אודיתא א"כ ה"ל כמו קידשה בגזל דאינה מקודשת וגם לא שייך לומר בזה דהוי לה למישדינהו. דהא י"ל דרצתה לקיים השליחות דא"ל תן ואני אתן ולמסור כ"ז לאחותה. וגם אף היכא דתבא אחותה בעצמה לפנינו ותודה שאין חייב לה כלל עכ"ז הא מבואר בחדושי הרשב"א לגיטין ד' מ' גבי האומר כתבתי ונתתי לו כו' והובא בקצה"ח סי' פ"ח ס"ק ט' דבתרי הודאות דסתרי אהדדי אזלינן בתר המוחזק ולכן היכא דהזוכה תופסו בעד חבירו ה"ל כמו דתפסה אחותה בעצמה ע"כ אף דתבא אחותה ותכחיש להודאתו יכולה לחזור בה אחר זה ואין מוציאין מיד הזוכה עבורה. וכדמצינו כעין זה בגיטין ד' ס"ג גבי הולך אי הוי כזכי או לא ואי מספקא לרב אי הולך כזכי דמי אי לא והא איתמר הולך לפ' כו' אינו חוזר ומשני התם ספק ממונא לקולא כו' ופי' רש"י דהמוציא מחבירו ידו על התחתונה לפיכך אינו חוזר הרי להדיא דבספק אי הולך כזכי או לא דמהני תפיסת הזוכה אף דלא בא ליד בעלים ממש ומוכח מזה דלא כמש"כ האו"ת והנתיבות בדיני תפיסה דבספיקא דדינא לא מהני תפיסת השליח משום דה"ל כמו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא מהני ובאמת מסוגי' דגיטין הנ"ל מוכח להיפך ועיין מזה באה"ע סוף סי' ע"ז אך יש לחלק בין נידון דהתומים ונתיבות.

ובין הא דגיטין משום די"ל דשאלה בגיטין דה"ל תפיסה ברשות דהא בא ליד הזוכה מדעת הבעלים ובתפיסה ברשות שאני כמבואר עכ"פ בנ"ד דהוי ג"כ תפיסה ברשות שבא ליד הזוכה מדעת הבעלים ומספקא לן אי מצי זכה עבור אחותה או לא וודאי דמהני תפיסת הבתולה בספק הודאות דסתרי אהדדי וכמו בתרי ותרי המכחישין וכמו בטענו חטין והודה בשעורין דמהני תפיסה. וכ"ז הוא רק לפלפולא בעלמא משום דהא אחותה לא היתה שם בעת הקידושין להכחישו להמקדש בדבר החוב א"כ בוודאי יש לומר דלא רצתה לזורקו משום דבדעתה הי' להחזיק בעד אחותה דאינה יודעת האמת עם מי הוא:

ענף ב

ה

וכש"כ לפמש"כ הנתיבות בסי' רצ"א ס"ק ג' דאם א' א"ל זכה בחפץ זה לפלוני נעשה הזוכה לשומר עבור חבירו כשחבירו אינו בכאן כמבואר בירושלמי שבועות ר"פ ארבעה שומרין ע"ש בנתיבות ובאמת לענ"ד נראה דזהו תלוי בהך תרי תירוצים בש"ס ביצה דף מ'. והוא דאי' שם איתמר המפקיד פירות אצל חבירו רב א' כרגלי מי שהפקידו לו כו' ת"ש מי שזימן אצלו אורחים לא יוליכו בידם מנות אא"כ זכה להם מנותיהם מעיו"ט ואי אמרת כמי שהפקידו אצלו כי זכה להם ע"י אחר מאי הוי ופי' רש"י דהרי הופקדו בידו לאחר זכיי' וש"מ כרגלי המפקיד הן ומשני הש"ס ה"נ כיון שזכה ע"י אחר כמו שייחד לו קרן זויות דמי ואב"א זכה שאני עכ"ל הגמ' הרי להדיא דהתירוץ קמא דכמו שייחד לו קרן זויות דמי ס"ל דלא נעשה שומר כלל והתירוץ שני דזכה שאני הוא כפי' רש"י שכל עצמו לא עשה אלא להוציאו מרשותו ושביתתו ולהעמידו בשביתת שלהן ורשותן. אבל לולי זאת הי' דינו כשומר עבור הזוכה הרי דפליגי בזה הנך תרי לישני בהך דין של הנתיבות וראיתי בירושלמי סוף ביצה ה' ז' גבי הך פלוגתא דרב ושמואל הנ"ל דהקשו ג"כ מהמשנה דמי שזימן אצלו אורחים כו' ותירצו דכיון שזיכה להן מנותיהן לא כרגלי מי שהיו מופקדין אצלו הן ופי' המפרש דכוונת הירושלמי דכמי שייחד לו קרן זויות דמי ע"ש ובאמת לפי מה דאי' בירושלמי שבועות פ"ח ריש ה' א' וז"ל אמר ר' יוסי והוא שאמר ליתן מתנה לכל מי שירצה הוי בכלל לשמור ולא לחלק אבל אמר ליתן מתנה לפ' כיון ששמירתו עליו כמו שעליו הוא עכ"ל. הרי להדיא דשי' הירושלמי הוא דהזוכה נעשה שומר עליו:

וע"כ לענ"ד דכוונת הירושלמי בביצה הוא כעין כוונת האב"ע דש"ס דילן בביצה דזכה שאני דכל עצמו לא עשה אלא להוציאו מרשות שביתתן וזה שאמרו כיון שזכה ע"י אחר לא כרגלי מי שהפקידו אצלו הוא דהא נתכוין להעמידו ברשות האורחים ולפ"ז

לא יסתרו דברי הירושלמי להדדי וזולת זה יש לחלק ולומר דדוקא באמר תן לפ' וקיבל הזוכה ציוויו אז נעשה שומר שהרי קיבל עליו להוליכו וליתנו לפ' וכן מיירי הירושלמי שבועות בלשון תן לפ' אבל בלא אמר לי' רק לשון זכה לפ' י"ל דלא קבלו אלא לזכיי' לבד א"כ אף לתי' קמא דש"ס דילן ביצה י"ל דלא פליג על הך דינא של הירושלמי דשבועות הנ"ל ולפ"ז אתי שפיר אף לפי דברי המפרש בירושלמי ביצה הנ"ל ועיקר הדברים ארוכין ואכמ"ל:

ו

ולפ"ז בנ"ד דא"ל תן לאחותך והשיבה תן ואני אתן בוודאי נעשית שומר עד שתמסור לאחותה. והוי כמו היכא דאתי לידה בתורת פקדון דהוי שתיקה לאחר מתן מעות דלאו כלום הוי לכ"ע וכ"ז הוא רק לרווחא דמילתא דבאמת אין אנו צריכין לזה משום דאף דנימא דלא נעשית שומר עכ"ז י"ל דלא שייך בזה איבעי לה למישדינהו לפי די"ל דכוונתה להחזיקו בעד אחותה ולמסור ליד אחותה [בפרט בעד אחותה כדמצינו בב"מ דף ט"ו דעביד אינש דיהיב מתנה לאחותו כש"כ למסור לה חפץ של אחר שציוה ליתן לה] וגם י"ל דלא איכפת לה לזורקו כיון דהוי קידשה בחפץ שאינו שלו ובוודאי לא הוי חשש קידושין בנ"ד לפ"ז:

וכ"ז ברור לשי' הט"ז והב"ש והגהות מיימוני והמקנה דס"ל דלאחר משיכה אינו יכול לחזור תכ"ד:

ז

ואף לשיטת הב"י בסי' קצ"ה וכמש"כ הקצה"ח שם בשמו דחולק וס"ל דתכ"ד יכול לחזור אף בקנין משיכה:

עכ"ז י"ל דגם לשיטתו אין חשש קידושין בנ"ד משום דהא נתבאר לעיל ע"פ הרבה ראיות מהש"ס דמצינו דהיכא דאיכא פלוגתא אף דלא קיי"ל כן די"ל דטעי בזה ואף באיש אמרו כן וכש"כ באשה די"ל כן דלאו כ"ע דינא גמירי וכיון דמצינו בזה פוסקים דס"ל דאחר תכ"ד אינו חוזר לאחר קנין משיכה א"כ י"ל דהאשה לא ידעה הדין לאמיתו וסברה דהמטבע שייך לאחותה בפרט דהא מצינו להרבה פוסקים אחרונים דס"ל כן לדינא בוודאי י"ל דאשה טעתה בזה וגם השכל הפשוט נוטה כשי' הסוברין הנ"ל וחזינן בש"ס דדוקא היכא דאיכא הוכחה דאי איתא דלא ניחא לה לישדינהו אז חיישינן לקידושין אבל היכא דליכא הוכחה זו וי"ל דטעתה וסברה דהיכא דבתורת פקדון אתי לידה לא מיפטרא באמירת טול שלך אף דזהו אינו ע"פ דין לד"ה וכמש"כ הריטב"א כנ"ל מ"מ תלינן בטעות ולא חיישי לקידושין דלמא ידעה הדין דיכולה לומר טול שלך ואז איכא הוכחה דנתרצית בקידושין מדלא זרקה ואמרה טול שלך אלא מוקמינן אחזקת פנוי':

וגם הא הוי דברים שבלב ולא הוי דברים וע"כ אינה מקודשת כלל. רק היכא דבתורת קידושין אתי לידה אז ס"ל לרב הונא ב"ר יהושע לחוש לקידושין משום דס"ל דבכה"ג ליכא למיתלי בטעות כיון דלכ"ע אינו בזה תורת פקדון כלל. אלא רב אחאי ס"ל דגם בכה"ג י"ל דלאו דינא גמירי וסברה דגם בזה אי שדינא מחייבא כו' אבל היכא דהדין אינו פשוט כ"כ לד"ה ומצינו גם בגברא טעות כזה כנ"ל בוודאי איכא למתלי דלכן לא זרקה הקידושין דסברה דהמטבע שייך לאחותה ע"פ דין והחזיקו בידה כדי למסור לאחותה ולקיים הבטחתה שקיבלה עליו בלשון תן ואני אתן לאחותי ע"כ אף לשי' הב"י ליכא בנ"ד חשש קידושין כלל:

ח

ועוד י"ל דהא לאחר שא"ל תן לאחותך כו' א"ל הרי את מקודשת לי כו' והך ד' תיבות הם ביותר מכדי דיבור של שלום עליך רבי דזהו שיעור תכ"ד וכמש"כ הש"ך ביו"ד סי' ר"י ס"ק ו' וכ"ז שלא גמר במטבע זו כו' לא הי' לנו הוכחה דחזר מן מה שאמר מתחילה בפי' תן לאחותך כו' דהא קיי"ל בח"מ סי' מ"ב סעי' ה' בהיו שני לשונות כתובים בשטר ואפשר לקיים שניהם מקיימין ושי' הסמ"ע שם ס"ק י' דאף ע"י פירוש דוחק מקיימין והש"ך שם ס"ק ט' דעתו דע"י פי' דוחק לא מתרצינן דבריו אלא תלינן בחזרה ולענ"ד נראה דזה תלוי בפלוגתת רב ושמואל בקידושין דף נ"ט בא"ל הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר ל' יום דרב ס"ל להסתפק דלמא תנאה או חזרה ושמואל ס"ל דתנאה הוי משום דאף דתנאה הוי פי' דוחק דהא לא א"ל בלשון תנאי עכ"ז מקיימין דבריו אף ע"י פי' דוחק כדי שלא יהי' חזרה בדבריו ולרב מספקא לי' בזה גופא:

ואפשר דשא"ה דהדיבורים המה תכופים וסמוכים זל"ז ועיין בגיטין דף פ"ח ע"א דאמרו שם דכתב הרי את מלמטה ומותרת למעלה כו' ופי' רש"י שם דבתוך כדי גמר דיבור ליכא למימר דאימלך כו' והדברים ארוכין ואכמ"ל:

ט

עכ"פ ע"י פי' שאינו דוחק לכ"ע מתרצינן דבריו ולא תלינן בחזרה א"כ מקודם דסיים במטבע זו לא הי' לנו שום ספק אז דבמה דאומר הרי את מקודשת לי כו' הי' אז כוונתו לקדשה במטבע זו ולומר דחזר בו ממה שא"ל בפי' מתחילה דנותן לה בשביל אחותה דהא חזרה הוא טענה גרועה בפרט היכא דהדיבורים הם סמוכים להדדי וע"כ אז לא הי' לנו שום הוכחה שחזר בו. כי י"ל דבעת שא"ל הרי את מקודשת לי הי' אז כוונתו על מטבע אחרת שיתן לה לשם קידושין רק אחר שאמר כן נמלך וסיים במטבע זו שנתן לה תחילה עבור אחותה ולא נולד לנו הספק אימת חזר בו רק אחר שסיים דבריו אבל בעת אמירתו הרי את מקודשת לי לא הי' לנו אז שום ספק חזרה אלא תלינן לפרש אז דבריו

דלא יסתרו אהדדי וכ"ז דליכא הוכחה לזה הוי זה כדברים שבלב דהא ידוע הכלל דדוקא במה שידוע לכל האומדנא כמו מברחת וזבין למיסק לארעא דישראל בזה דברים שבלב הוי דברים אבל היכא דליכא אומדנא דמוכחי לכל אז דברים שבלב לא הוי דברים:

וכמש"כ הר"ן בקידושין דף נ' והרשב"א והתוס' והמהרי"ט בסי' מ"ה א"כ כל זמן דלא סיים דבריו לתיבת במטבע זו לא הי' לנו שום הוכחה וספק לומר שמקדשה במטבע שנתן לה עבור אחותה א"כ הוי זה כעין דברים שבלב ולא הוי דברים. ודוקא היכא שלא הוי סתירה לדבריו הראשונים בזה הדין ידוע דאם א"ל הרי את מקודשת לי ולא סיים לתיבות במטבע זו ג"כ הוי קידושין גמורין וכמש"כ המקנה סי' כ"ז סעי' ה' ומה שנוהגין לומר במטבע זו זהו רק לרווחא דמילתא ע"ש במקנה אבל ז"א שייך היכא שבעת שמסר לה א"ל על ענין אחר א"כ מבעי לן לפרש דבריו דכוונתו על מטבע אחרת שיתן לה ולא על מה שנתן לה בשביל ענין אחר כדי שלא יסתור דבריו אהדדי דהא אז לא הי' לנו שום הוכחה לסתירת דבריו הראשונים א"כ הוי ממילא דברים שבלב כו' ולא מהני חזרתו ממה שמסר לה תחילה בשביל אחותה דהא תיבת במטבע זו הי' לאחר תכ"ד של זכייתה לאחותה:

ענף ג

י

ואין לומר דהא אמרינן בב"ב דף קל"ח להסתפק דלמא הלכה כרשב"ג דס"ל הוכיח סופו על תחילתו וכן אי' בחולין דף ל"ט וכמבואר כ"ז בח"מ סי' רמ"ה:

וביו"ד סי' ד' ופלוגתת הרמב"ם והרא"ש שם. א"כ אי נימא דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו ע"כ שפיר יש להסתפק אח"כ כשסיים במטבע זו דמוכח מזה דבעת דא"ל הרי את מקודשת לי הי' אז כוונתו לקדשה במטבע שמסר לה תחילה ולא ליתן לה מטבע אחרת א"כ הוי זה קצת כעין אומדנא דמוכחא וגם ביותר מתכ"ד אמרינן הוכיח סופו על תחילתו. וכמש"כ התבואות שור סי' ד' ס"ק ה' אבל גם זה אינו דהא אף דנימא לדינא כמ"ד דס"ל הוכיח סופו על תחילתו עכ"ז הא לא מצינו כן רק היכא דהי' שתיקה מעיקרא כמו בהא דשתק ולסוף צווח דב"ב או בשחטה ואח"כ חישב עליו דחולין או בהא דזבחים דף ב' בשחט סתמא ולשם פסח דאמרו בזה הוכיח סופו על תחילתו שם הכל הי' בשתיקה רק אח"כ נולד לנו הוכחה בזה שפיר יש מקום לדון ולהוכיח מן סופו על תחילתו כיון דלא נתברר לנו אז שום דיבור ממנו בתחילתו אבל היכא דהי' דיבור בפיו ממנו מתחילתו כמו בנ"ד דמסר לה בשביל אחותה ואח"ז נולד לנו הוכחה ע"י הוכיח סופו על תחילתו להוכיח דתיכף כשאמר הרי את מקודשת לי הי' כוונתו על

מטבע זו א"כ בזה אפשר לנו לומר הוכיח תחילתו על סופו דהחזרה הי' בסוף לאחר שסיים מקודשת לי לפי דהי' בדעתו מעיקרא ליתן לה מטבע או חפץ אחר ותיכף אח"ז חזר מזה וא"ל במטבע זו וכמו דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו. כן יש לומר הוכיח תחילתו על סופו וכמש"כ כן הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ד. אף דהחתם סופר ח' אה"ע סי' ס"ט השיג עליו אבל אין זה שייך לנ"ד ע"ש. ואף דנימא דזה הוי ספק השקול עכ"ז הא בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י' ענף ד' וה' ו' ביארתי דספק במציאות בעינן אומדנא הוי לכ"ע כעין דברים שבלב דלא הוי דברים. א"כ בנ"ד דמסופקים אנחנו אי אמרינן הוכיח תחילתו על סופו ולומר דהי' החזרה מן דעתו הראשונה לבסוף לאחר דסיים לתיבת הרי את מקודשת לי או דנאמר דהי' אז החזרה תיכף לאחר שנתן לה בשביל אחותה הוי זה ספק אומדנא אז בעת שאמר הרי את מקודשת לי והוי דברים שבלב כיון דלא חזר בפיו ולא יכול לבטל למה שעשה מעשה ודיבור בפי' למוסרו לאחותה:

יא

ועוד דהא עיקר הכלל דהוכיח סופו על תחילתו הוי זהו ספיקא דדינא והוי בזה כעין ס"ס ספק דלמא לא אמרינן כלל הוכיח סופו על תחילתו ואף דנימא הוכיח סופו על תחילתו אכתי יש להסתפק שמא הוכיח בנ"ד תחילתו על סופו וכמש"כ הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' מ"ד הנ"ל ויש לנו ס"ס במקום חזקת פנוי' דאמרינן כן לכ"ע:

ובעיקר מילתא דהוכיח סופו על תחילתו יש להעיר מהא דמנחות דף ט"ז בנתן הקומץ בשתיקה והלבונה במחשבה דס"ל לחכמים דאין בו כרת עד שיפנל בכל המתיר ולא אמרינן בזה הוכיח סופו על תחילתו אלמא דלא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו מצד וודאי רק מספיקא בעלמא ולכן אין בו כרת ואכמ"ל וגם בספיקא דדינא בענין אומדנא ביארתי שם בספרי בשם הרבה פוסקים דזה הוי כעין דברים שבלב ואין יכולת עי"ז לסתור למה שאמר בפיו בפירוש א"כ ה"ה בנ"ד בספק בחזרה כיון דלא חזר בפיו רק הוי ספק באומדנא דאי נימא להאומדנא הי' אז חזרה ע"י אומדנא:

א"כ הוי זה כמו דברים שבלב ולא מבטלינן למה דאמר בפי' מתחילה דמוסרו לה בשביל אחותה:

יב

ועוד י"ל דזה דומה להא דגיטין דף ל"ב ע"א במה דאמרו שם משהגיע גט לידה אינו יכול לבטלו פשיטא לא צריכא דמהדר עלי' מעיקרא לבטולי מהו דתימא כו' דה"ט דכיון דבאותה שעה שהוא רץ לא נודע דעתו לא לשליח ולא לאשה ולא לב"ד הוו להו דברים שבלב ואינן דברים ובתי' בתרא שם כתבו בשם הר"י דמן הדין אין לנו לחוש כלל משום דדברים שבלב אינן דברים ולא מהני דברים שבלב אלא היכא שבלא גילוי דעתו יש לנו

לדעת דעתו מעצמינו וכ"כ הריטב"א שם דלא אמרינן בזה הוכיח סופו על תחילתו כיון דחזינן עכשיו שביטל בפיו אף דזהו לאחר שהגיע לידה ומ"מ הי' מקום לומר ולהוכיח ע"ז דאיגלאי למפרע מה שהי' רק אחר השליח דהי' מהדר עליו לבטולי וכעין הוכיח סופו על תחילתו דכ"מ ואפ"ה לא חיישינן כלל לביטול הגט אף לרבא משום כיון דבאותה שעה לא הי' לנו שום הוכחה לזה ע"כ אין כח ע"י הוכיח סופו על תחילתו לבטל למה שאמר בפיו לשלוחו והגיע כבר לידה וגם לתי' הא' דהתוס' שם דכתבו דז"א רק מדרבנן דעשאוה כדברים שבלב וכיון דקצת דומה לדברים שבלב לא נחשב לעקירת דבר מה"ת כמש"כ התוס' שם בתי' א' אין זה רק לרבא דס"ל גילוי דעתא בגיטין מילתא היא וכמש"כ התוס' שם בריש הדיבור וז"ל דרבא דאמר גילוי דעתא מילתא היא היינו שנודע הדבר מקודם שהגיע הגט לידה כו' א"כ לאביי דס"ל גילוי דעתא בגיטין לאו מילתא היא וקיי"ל כוותי' והטעם הוא כמש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' י' ענף ו' דאביי ס"ל דאף ע"י אומדנא וודאית לאו מילתא היא משום דס"ל דאומדנא אינה מבטלת הדיבור שקודם לה. ולכן גילוי מילתא בגיטין מקודם השליחות מצינו דמבטל כמש"כ הב"ש סי' קמ"א ס"ק צ"ח ע"ש ועפ"ז יש לפלפל בדברי הב"ש סי' קל"ד ס"ק א' ועיין בתורת גיטין סי' קמ"א סעי' ס"ו בסופו שכתב בכוונת הב"ש דכתב דגילוי דעת למסירת מודעא לא מהני היינו היכא דליכא אומדנא דמוכחי ע"ש:

יג

א"כ לפ"ז יש לדון דה"ה דע"י אומדנא אין לבטל למה שאמר מתחילה משום דאומדנא לא מבטלת לדיבור הקודם לו ודוקא לאומדנא שיש לנו בעת הדיבור בזה מהני אומדנא דמוכחי אבל לא לבטל דיבור שקדמה להאומדנא כיון דלא היה חזרה בפי' וע"כ אף לתי' הא' דס"ל שם דכיון דעשה כל מה שיוכל לעשות לא ה"ל כדברים בלב אבל לא עדיף מן גלוי דעתא א"כ בנ"ד דבעת דא"ל הרי את מקודשת לי לא נודע אז שום אומדנא כלל לשום בן אדם רק אח"כ ע"י אומדנא דהוכיח סופו על תחילתו נתברר לנו האומדנא בוודאי י"ל דלא מצי לבטל עי"ז להמעשה והדיבור שקדם להאומדנא בפרט היכא שכבר הגיע לידה בשביל אחותה דאז מצינו גם לרבא דס"ל גילוי דעתא מילתא היא ועכ"ז מודה רבא דהיכא דנודע כ"ז לאחר שהגיע לידה לא מהני זה לבטל דיבור הקודם וכמש"כ התוס' בתי' בתרא שם. וכן מצאתי להפני יהושע לגיטין שם על דברי התוס' הנ"ל שכתב דלכן לא מהני הביטול בזה משום דכיון דבעת דמסר הגט להשליח לא היה בדעתו שום גילוי דעת לבטלו א"כ לא אתי דברים שבלב לבטל למה שדיבר בפה מלא ועשה מעשה ע"ש בפ"י ובאמת פשטות הגמ' משמע דאף דהיה מהדר בתכ"ד של עשיות השליח

לבטולי עכ"ז לאו מילתא ולא אמרינן בזה הוכיח סופו על תחילתו ומוכח מזה דגילוי דעת ע"י הוכיח סופו על תחילתו לא מהני לבטל למה שמינה בפי' לשליח ומסר הגט לידו בתורת שליחות וראיתי בט"ז לאה"ע סי' קמ"א סעי' ס"ב ס"ק מ"ז שכתב דהא דגילה דעתו בגיטין לאו מילתא היא היינו באם שהוא לאחר כדי דיבור אבל אם הגילוי דעת הוא בתכ"ד כל שהו בתכ"ד סגי בגילוי דעתא ע"ש והובא בב"ש סי' הנ"ל ס"ק צ"ח וזהו דלא כמש"כ. ובאמת פשט הסוגיא מורה דלא כהט"ז בזה ומשמע מסתימות הש"ס דאף דהיה מהדר לבטולי בתכ"ד של עשיות השליח רק דלא הגיע בשליח רק לאחר שמסר לידה עכ"ז לא מהני ביטולו ואפשר דבאמת י"ל דמשמעות הש"ס הוי לאחר כ"ד משום דהליכת השליח ממנו הוא מן הסתם יותר מתכ"ד. והדברים ארוכין:

ענף ד

יד

וראיתי לספר קהלת יעקב שחיבר הגאון מליסא על אה"ע סי' ל' סעי' ז' שכתב מדעתו גבי זרקה להקידושין דהיכא דאמרה מתחילה קדשני וזרק הקידושין לחיקה וזרקה אז לא דיינינן בזה להכלל הוכיח סופו על תחילתו דלא אמרינן כן רק היכא שלא היה מעיקרא רק מחשבה גרידא. אבל כשהיה דיבור מעיקרא אף שזרקה לבסוף הקידושין לא אמרינן הוכיח סופו לעקור הדיבור הקודם שאמרה קדשני כו' עכ"ל ולא הביא ראיה לזה אך באמת מוכח כסברתו ממש"כ התוס' בגיטין הנ"ל בתי' הב' דאף לרבא דס"ל גילוי דעתא מילתא היא מ"מ מודה בהא דאמרו שם דהיכא דהיה מהדר לבטולי עד שהגיע לידה ובטלי' דלא הוי ביטול כלל משום דהוי דברים שבלב כו'. ורק בתי' הא' ס"ל דכיון דעשה כל מה שיוכל לעשות אין זה כדברים שבלב כמבואר שם וקשה הא יש בזה מקום לומר הוכיח סופו על תחילתו ולחומרא ודוחק לומר דאתי דלא אליבא דהלכתא במה דמספקא לן אי אמרינן הוכיח סופו כו'). והא היכא דאמרינן הוכיח סופו אמרינן כן אף היכא דלא מהני דברים שבלב כמו בהא דשחט ואח"כ חישב לזרוק דמה לע"ז דאי אמרינן הוכיח סופו אסורה. ולשי' כמה פוסקים התוס' בב"מ דף מ"ג ובפסחים דף ס"ג. ורש"י במנחות דף ג' ע"ב דמחשבות הפוסלות בקדשים היינו דווקא כשהוציא בשפתיו ולפ"ז ה"ה מחשבת שחיטה לע"ז וכמש"כ התב"ש בסי' ד' ס"ק ב' ועיין בתוס' חולין דף ל"ט ד"ה אלא כו' והקשה התב"ש שם דא"כ אמאי בשחט ואח"כ חישב לזרוק אי אמרי הוכיח סופו אסורה והא בעי דיבורא ותי' דאי אמרי הוכיח סופו אמרינן דמסתמא בשעת שחיטה נמי פריש א"נ אמירתו דהשתא ה"ל כאילו אמר בשחיטה בפי' אי אמרינן הוכיח סופו כו' עכ"ל התב"ש ובאמת העיקר כתי' הב' של התב"ש משום דאי כתי' הא'

תקשה דהא בחולין דף ל"ט רצו להוכיח מהא דבריא שאמר כתבו גט כו' אם מעצמו נפל ה"ז גט כו' והא בגט בעי אמירה בפיו לומר תנו ואפ"ה אי אמרינן הוכיח סופו כמו שרצו להוכיח משם דאמרינן הוכיח סופו עד דדחו דשאני התם דא"ל כתובו אלמא דאף היכא דבעי דבור בפיו אמרינן הוכיח סופו כו' משום דהעיקר כתי' הב' של התב"ש דע"י הוכיח סופו נעשה כאמירה בפיו וע"כ מוכח מהא דגיטין דל"ב הנ"ל דהיכא דהיה דיבור בפי' ממנו לעשיות שליח לא אמרינן הוכיח סופו לסתור דבריו הראשונים ושפיר כתב הקהלת יעקב הנ"ל וגם הא י"ל בזה הוכיח תחילתו על סופו כמש"כ לעיל א"כ ה"ה בנ"ד דע"י הוכיח סופו נעקור לדבריו הראשונים דמסר בשביל אחותה דלא אמרינן הוכיח סופו כו' כיון דהוי חזרה ביותר מתכ"ד במה דסיים במטבע זו ולא מצי לחזור ממתנה שנתן לאחותה. ע"כ לא הוי חשש קידושין כלל אף בלא זרקה כלל:

טו

ועוד דבנ"ד דזרקה הקידושין אף דנימא דזרקה הקידושין אחר כ"ד מ"מ הוי זה טעם נכון לבטל הקידושין משום דהא הקהלת יעקב כתב בסי' כ"ח סעי' ז' דהיכא דזרקתו להקידושין אף אחר כדי דיבור רק שהיה עסוקים באותו ענין ג"כ לא הוי חשש קידושין כלל משום דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו בזה ע"ש אבל באמת זה אינו נראה לענ"ד דהא באמת בעיקר הכלל דהוכיח סופו כו' ס"ל להרא"ש והרי"ף והרשב"ם דלא אמרינן כלל הוכיח סופו רק הרמב"ם והמחבר ס"ל להסתפק דילמא הלכה כרשב"ג דאמרינן הוכיח סופו כמבואר כ"ז בח"מ סי' רמ"ה וביו"ד סי' ד' א"כ קשה איך מיקל הקהלת יעקב על סמך דהוכיח כו' הא אף להרמב"ם והמחבר אין זה רק ספק בעלמא וע"כ הנכון עם החכ"צ דכתב דזריקה לא מהני רק תכ"ד אבל בנ"ד דמסר מתחילה בשביל אחותה ואח"ז א"ל הרי את מקודשת לי וזהו יותר מתכ"ד ואז לא היה לנו שום משמעות על חזרה. דהא י"ל דהיה רצה לקדשה בחפץ או במטבע אחרת ואח"כ נמלך וחזר ולכן סיים אז במטבע זו. רק דיש מקום לדון הוכיח סופו על תחילתו דבעת דא"ל ה"א מקודשת לי הי' אז כוונתו לקדשה במטבע זו בתכ"ד של מסירתו לאחותה:

טז

לכן יש להקל מצד ממ"נ דאי נימא הוכיח סופו כו' בוודאי יש להקל מצד סברת הקהלת יעקב הנ"ל דהא זרקה הקידושין ואף לאחר כ"ד ג"כ מהני כ"ז שעסוקין באותו ענין ואי נימא דלא אמרינן הוכיח סופו כו' א"כ מה"ט לא אמרינן הוכיח סופו דהי' רצונו לקדשה במטבע זו בעת דא"ל ה"א מקודשת לי א"כ שהה יותר מכדי דיבור ולא מצי לחזור ממה דמסר בשביל אחותה בתורת מתנה עבור החוב. ואין לומר דאף דנימא דלא אמרינן הוכיח סופו עכ"ז הא היכא דאמר הבריא כתובו ועלה לגג ונפל ומת אמרו בזה הוכיח

סופו לכ"ע משום דשאני הכא דא"ל כתובו ואיכא גילוי דעת ממנו מקודם והוכחה קצת וכמש"כ רש"י שם וע"כ אמרינן בזה הוכיח סופו וכמבואר בחולין דף ל"ט בגמ' ורש"י שם א"כ ה"ה בנ"ד דא"ל הרי את מקודשת לי הוי אז ג"כ כמו גילוי דעת וע"כ אמרינן בזה הוכיח סופו לכ"ע. דז"א דהא בנ"ד לא היה אז שום גילוי דעת כלל דחזר בו ממסירתו לאחותה דהא אדרבה הי' לנו אז משמעות לפרש דבריו דלא יסתרו אהדדי כ"כ וחזרה דבר גרוע כנ"ל א"כ לא מקרי זה אז שום גילוי דעת כלל ואף הוכחה קצת אין לנו אז רק ע"י הוכחות סופו נוכיח דהי' אז הוכחה דנתכוין לקדשה במטבע זו א"כ שפיר יש למידן ממנ"פ הנ"ל ואינה מקודשת כלל מה"ט:

יז

סיומא דפסקא דלא מבעיא אם זרקה הקידושין אף לאחר כ"ד דודאי אין לחוש להקידושין כלל דיש לנו הך ממה נפשך כפי דנתבאר ואף אם לא. זרקה הקידושין כלל ג"כ אין לחוש להקידושין וכפי שנתבאר לעיל בעז"ה וכיון דהבתולה אומרת דלא נתרצתה מעולם להתקדש לו ולא שמעה היטב למה שאמר לה האמ"ל ולא הבינה למה שאמר אז ע"כ דעתי מסכמת לדעתם כי היא מותרת להנשא בלא שום חשש כלל:

סימן נט

שאלה מוואלאזין ע"ד בתולה שקיבלה קידושין ויש לה אב ובנתוודע לאבי' קבלת קדושי' מיחה ע"ז. אך שנסתפקו אם היא קטנה או נערה או בוגרת אך לא נמצאו לה סימני בוגרת רק יש עדיין להסתפק לשיטת הרמב"ם דס"ל דבזמן דכלו ששה חדשים אחר נערות מתחילין ימי הבגרות. א"כ י"ל דלמא הי' לה סימני נערות כבר ועברו הששה חדשים וממילא הוית בוגרת והוי קדושין מעליא:

ענף א

א

תשובה בעזה"י הנה הבית שמואל בסי' ל"ז ס"ק ה' כתב דאם קדשה בעצמה ולא אבי' לכ"ע לא חיישינן כיון דאית לה חזקת נערות וחזקת פנוי' יע"ש:

אך לפמש"כ התוס' בכתובות דף כ"ג ד"ה תרווייהו בפנוי' קא מסהדי כו' דלא שייך לאוקמי אחזקת פנוי' דכיון דזרק לה קידושין לית לן למימר אוקי אחזקה להתירה לכתחילה כו' א"כ ה"ה בזה כיון שקיבלה קדושין עכ"פ א"כ איתרע חזקתה ולא שייך לאוקמה אחזקת פנוי' אך מצינו בתוס' כתובות דף ע"ה ד"ה אבל היכא דליכא חזקה דממונא כו' שכתבו להקשות דאית לן למימר העמידנה בחזקת פנוי' כו' ונראה לרשב"א

דחזקת פנוי' לא חשיבא כלל חזקה גבי חזקת הגוף עכ"ל אלמא דאף דעכ"פ קיבלה קדושין ואתרע חזקתה אעפ"כ אמרינן אוקי אחזקת פנוי':

וכן מצינו בקדושין דף ע"ט בתוס' ד"ה קידשה אבי' כו' שכתבו שם דבקדשה אבי' לחוד אמרינן העמד בחזקת פנוי' כמו שהיתה קודם שבגרה והרי היא בוגרת לפנינו ומודה שמואל דאין קדושי האב קדושין כו' עכ"ל אלמא דאף דאיתרע חזקת פנוי' עכ"ז בצירוף שאר חזקה הוי חזקת פנוי' ג"כ לחזקה מעליא ולכן בקידושין דיש חזקה דהשתא דהרי היא בוגרת לפנינו מצרפינן בהדה חזקת פנוי' ג"כ וסמכינן להקל וכן בכתובות הנ"ל דיש שם חזקה דהשתא דהרי מום לפניך לכן מצרפינן לסייע חזקת פנוי' משום דאף דאיתרע חזקת פנוי' עכ"ז אין זה רק מדרבנן כמש"כ התוס' התם בכתובות דף כ"ג הנ"ל דלית לן למימר אוקי אחזקה להתירה לכתחילה דמשמע דאין זה רק חומרא מדרבנן ולכן ע"י צירוף מהני זה ולא החמירו חז"ל וכן ראיתי שכתב כן הפני יהושע בקידושין דף ע"ט בתוס' ד"ה קידשה אבי' עי"ש:

ב

או י"ל דהא הפר"ח ביו"ד בסי' ק"י בכללי ס"ס שלו כתב דמדרבנן לא סמכינן אחזקה וכ"כ הפני יהושע כמה פעמים בספרו והקשה בסוגיא דפ"פ בכתובות דף ט' בד"ה לא צריכא כו' שהקשה התוס' דנוקי אחזקת כשרה והקשה שם הפנ"י דהא מדרבנן לא סמכינן אחזקה יעו"ש שתירץ בטוב טעם. וכן הקשה הפ"י בתוס' דף כ"ג הנ"ל שאיך כתבו לסמוך על חזקה זו להיתירא דהא מדרבנן לא סמכינן על חזקה אך י"ל בזה דהא חזינן דבקדושין הנ"ל כתבו התוס' להקל ע"פ חזקת פנוי' וחזקת הרי היא בוגרת לפנינו אלמא דחומרת חז"ל לא הי' רק בחד חזקה ולא בשני חזקות כאשר יבואר לקמן א"כ שפיר הקשו התוס' בכתובות דף כ"ג דאמאי לא תנשא לכתחילה והוי לן לאוקמי' אחזקה היינו משום דהתם יש שני חזקות חזקה א' דלא זרק לה הקדושין והיינו דלא נעשה כלל מעשה הקדושין וכמש"כ כ"פ דכל הטוען דבר מחודש עליו להביא ראי' מטעם דאמרינן דלא נעשה כלל מעשה. וגם יש עוד חזקה ב' מחזקת פנוי' שלה היינו חזקת היתר של האשה ובשני חזקות לא החמירו חז"ל ע"ז מתרץ התוס' דאף מאן דאומר דלא נתקדשה מודה דזרק לה הקדושין אך דאומר קרוב לו. א"כ לפ"ז ליכא למימר אוקי אחזקה דלא נעשה הדבר מחודש דהא אף לדבריו נעשה המעשה דהא זרק לה הקדושין א"כ עכ"פ נעשה מעשה המחודש גם לדבריו אך דנשאר חזקת פנוי' לבד והיינו חזקת היתר ובחזקת היתר לבד החמירו חז"ל כדמצינו ביבמות דף למד ע"ב דא"ל אביי אי הכי בקידושין נמי נימא אשה בחזקת היתר ליבם עומדת ומספק אתה בא לאסרה אל תאסרינה מספק

ומשני התם לחומרא כו' אלמא דההחמירו חז"ל בחזקה דלא נסמוך על חזקת היתר מדרבנן משום דגם התם מיירי דזרק לה הקדושין אך דספק קרוב לו כמבואר במשנה התם וליכא רק חזקת היתר לבד ע"ז החמירו חז"ל ושפיר כתבו התוס' בכתובות לתרץ דגם התם מיירי דזרק לה אך דאומר דהי' קרוב לו:

אבל היכא דיש ב' חזקות לא החמירו חז"ל ולכן שפיר כתבו התוס' בקדושין להקל מחמת חזקת פנוי' והרי היא בוגרת לפנינו:

ג

ומש"כ בכוונת התוס' כתובות דזהו לפי דיש ב' חזקות חזקת היתר וחזקת דלא נעשה מעשה מחודש אף דהני שני חזקות נגררים חדא בחברתה עכ"ז מצינו כעין זה בריב"ש שכתב ג"כ גבי חזקת חי של הבעל וחזקת, א"א דלשני חזקות נחשבין והביאו הפ"י גיטין דף ג' ע"ב ואף דיש לחלק עכ"ז יש לדון כן מסברא בלא ראי' וכדמוכח מהתוס' כתובות הנ"ל ואף דשיטת הנו"ב בסי' מ"ג דגם בתרי חזקות רובא עדיף דמה לי חדא חזקה או ב' חזקות עכ"ז מצינו דאף דההחמירו חז"ל לבלי לסמוך על חזקה מכ"ז בשני חזקות לא החמירו וכדמצינו בעירובין דף נ"ו דתרי ותרי דמן התורה מוקמינן על חזקה אך דההחמירו לבלי לסמוך על חזקה עכ"ז בתרי חזקות לא החמירו חז"ל ואף דהתם יש מ"ד דס"ל דתרי ותרי לא מוקמינן על חזקה מה"ת עכ"ז ס"ל להש"ס דלדידן דס"ל דתרי ותרי אינו רק חומרת חז"ל לבלי לסמוך על חזקה. לכן בשני חזקות לא החמירו חז"ל אלמא דבשני חזקות לא החמירו א"כ ה"ה במה דההחמירו חז"ל לבלי לסמוך על חזקה באיסורין וכש"כ באיסור ערוה וכמש"כ הר"ן בקדושין גבי נתן הוא ואמרה היא כו' דעכ"ז בשני חזקות לא החמירו חז"ל ושפיר כתבו התוס' והא דמקשה הגמ' בקדושין אילימא בתוך ששה בהא נימא רב הרי היא בוגרת לפנינו השתא היא דבגרה ולא מקשה על שמואל ג"כ דאיך אמר חיישינן לקידושי ב' דהא י"ל השתא היא דבגרה משום די"ל דהא בקידשה א"ע ג"כ לא שייך חזקת פנוי' כמש"כ התוס' התם בד"ה קידשה אבי' כו' ונשאר רק חדא חזקה דהשתא דבגרה ולחד חזקה החמירו ולכן שפיר כתב הב"ש דבקידשה א"ע דיש חזקת פנוי' וחזקת נערה אינה מקודשת וכדמוכח מן התוס':

ד

אך יש סתירה לדברי הב"ש הנ"ל מן מש"כ הרשב"א בתשובה והובא באה"ע סי' קנ"ה סעי' י"ד בהג"ה דאם ספק הגיע לי"ב שנים אזלינן לחומרא וכמש"כ הב"ש ס"ק כ"ב שם ולא סמכינן אחזקת פנוי' שלה וחזקת קטנות ג"כ אך יש לחלק ע"פ סברת המהרי"ט דלכן לא שייך חזקת פנוי' בנידן של הרשב"א הנ"ל משום דכיון דעכ"פ צריכה מיאון א"כ אתרע חזקת היתר שלה ואף שאין ת"י תשובת מהרי"ט אך ראיתי בספר ברית אברהם

ח' יו"ד סי' מ"ט שכתב זה בשם המהרי"ט ונראה לענ"ד להוכיח כסברת המהרי"ט הנ"ל דאף במה דנאסר רק מדרבנן אמרינן דאיתרע עכ"פ חזקת היתר שלה מן הא דיבמות דף קי"ג דאמר שמואל אשת חרש חייבין עליו אשם תלוי וקשה הא יש בזה חזקת פנוי' בשלמא הא דאיתא התם תרומת חרש לא יצא לחולין י"ל משום דמדרבנן לא מהני חזקה כמש"כ הפר"ח הנ"ל בפרט באיסור מיתה י"ל דלא מהני חזקה מדרבנן אבל איך נחייבו אשם תלוי דאף דנימא דמדרבנן איתרע חזקת פנוי'. עכ"ז הא מה"ת הוי זה לחזקה מעליא כדמוכח מן התוס' הנ"ל שהובא לעיל בשלמא אי נימא דמספקא לי' אי דעתא צילותא אי לא יש לומר דזה הוי כמו ספיקא דדינא ובספיקא דדינא לא אמרינן אוקי אחזקת היתר כמש"כ האחרונים דבשביל החזקה לא ישתנה הדין משא"כ לפי מה דאמרינן התם דהוי עתים חלים ועתים שוטה א"כ קשה נימא אוקי אחזקת היתר שלה דמבררת דהי' שוטה בעת הקידושין וכדמצינו בכתובות דף פ' בתרי אמרינן כשהוא שוטה זבין ובי תרי אמרי כשהוא חלים זבין דאוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא דאלמא דהחזקה מבררת לנו דהי' שוטה בעת המכירה וה"ה בזה מבעי לן לומר דהי' בעת הקדושין שוטה כנ"ל:

ה

ואך יש לחלק לפמש"כ הקצה"ח בקונטרס הספיקות שלו דחזקת מרא קמא וחזקת קרקע בחזקת בעלי' לא הוי מעין חזקה המבררת רק דהוי מעין חזקת ממונא דאין זה חזקה מצד סברא דמבררת לנו רק חזקת ממון הוי משום דאין לנו כח להוציא מן חזקת ממון וכמו כן בחזקת מרא קמא יעו"ש א"כ יש לחלק דדווקא חזקת מ"ק דמהני משום דאמרינן דבעלים הראשונים הוי מוחזקין בהשדה לכן גם בספק עתים חלים ועתים שוטה אמרינן ג"כ אוקי אחזקת מרא קמא משום דעכ"פ הבעלים הראשונים הוי מוחזקין משא"כ בחזקת היתר וחזקת פנוי' דלא מהני רק מצד חזקה המבררת לנו א"כ י"ל דבספק עתים חלים ועתים שוטה. לא אמרינן חזקה הנ"ל משום דאיתרע חזקתי' כיון דהוי עתים חלים ועתים שוטה כן יש לומר לכאורה:

אך באמת לא נהירא לי סברת הקצה"ח הנ"ל ורק נלע"ד להוכיח דחזקת מ"ק הוי ג"כ מעין חזקה המבררת ולא מצד מוחזק. מן הא דיבמות דף למ"ד ע"א דהש"ס מוכיח דתרי ותרי אמרינן אוקי אחזקה מן הא דבר שטיא הנ"ל ואי נימא דקרקע בחזקת בעלים הוי מעין מעלה דהוי מוחזק א"כ קשה איך מדמה הש"ס להדדי דהא עיקר הטעם של מאן דס"ל דתרי ותרי לא מוקמינן אחזקה משום דס"ל דכמו דתרי כמאה ה"ה דחזקה לא מצי לברר לנו יותר מאילו באו עוד עדים וכמש"כ התוס' בב"ב ד' ל"א ד"ה וזו באה בפ"ע ומעידה

כו' כעין סברא זו יע"ש א"כ זה הסברא לא שייך רק בחזקת היתר דזה מהני מצד חזקה המבררת. משא"כ בחזקת ממונא דמהני מצד דאין לנו כח להוציא מן מוחזק כשנולד לנו ספק א"כ גם מה"ט בתרי ותרי מהני הא דקרקע בחזקת בעלי' עומדת משום דכיון דהוי ספק לנו אין לנו כח להוציא מן מוחזק ותקשה לפ"ז על הוכחת הש"ס הנ"ל ובע"כ מוכח דגם הא דקרקע בחזקת בעלי' הוי ג"כ מעין חזקה המבררת לנו ולכן מדמה הש"ס שפיר ומוכח מזה דלא כמש"כ הקצה"ח וכיון דאמרינן חזקת מ"ק בעתים חלים כמו כן יש לנו לומר חזקת פנוי' בעתים חלים ובלא זה ג"כ אין סברא לחלק דהא מ"ש דאף דהוי עתים חלים. עכ"ז שייך להעמידו על חזקת פנוי' דדווקא לומר להעמידו בחזקת שהוא כמו שנמצא עכשיו לא שייך בזה כמש"כ התוס' ביבמות התם אבל חזקת פנוי' בוודאי שייך בזה [ולפמש"כ בעז"ה להוכיח דחזקת בעלים הוי מעין חזקה המבררת לנו. א"כ לפ"ז נראה להכריע דבספיקא דדינא לא שייך לומר קרקע בחזקת בעלי' ולהוציא מן המוחזק וכמש"כ התוס' בב"ב דף ל"ב ד"ה והלכתא כוותי' דרבה בארעא כו'. משום דהא בספיקא דדינא כתבו האחרונים דלא מוקמינן על חזקה דאטו בשביל חזקה ישתנה הדין ודלא כמש"כ הר"ן גבי נתן הוא ואמרה היא והא דב"מ דף ק"ב כבר העיר המל"מ ובמק"א הארכתי בזה וקצרתי]. וכש"כ לשיטת הר"ן הנ"ל דס"ל דגם בספיקא דדינא אמרינן אוקי אחזקה כש"כ דתקשה זה אף אי נימא דמספקא לר"א אי דעתא צילותא דנימא אוקי אחזקת פנוי' והארכתי בזה הרבה משום דזהו מילתא חדתא להכריע בזה דלא כמש"כ הקצה"ח:

1

אך לפי סברת המהרי"ט שכתב דכיון דאסורה מדרבנן א"כ איתרע חזקת פנוי'. דהיא מחמת חזקת היתר דהא עכ"פ צריכה מיאון ניחא הא דאשת חרש חייבין אשם תלוי משום דלא שייך לומר התם חזקת פנוי' משום דהא אף אשת חרש תקנו רבנן נישואין כמבואר התם בפרק חרש שנשא כו' א"כ אף אי נימא אוקי אחזקת פנוי' דהיא שוטה בעת נישואי'. עכ"ז צריכה גט מדרבנן א"כ איתרע חזקת היתר שלה לכן לא שייך להעמידה בחזקת היתר ולכן שפיר כתב הרשב"א לחוש לקדושין משום דחזקת פנוי' ליכא התם ואף דעדיין נשארת חזקת קטנות. עכ"ז הא בחדא חזקה החמירו חז"ל כמש"כ הפר"ח והפני יהושע כנ"ל ובוודאי אף לר"א דס"ל להסתפק בכל חרש בעתים חלים ועתים שוטה עכ"ז אף אי נימא דהי' בעת הקדושין שוטה מ"מ תקנו לי' רבנן נישואין כמבואר התם משום דשאני שוטה גמור דאין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת דאפושי פלוגתא לא מפשינן ולכן גם לר"א הנ"ל בחרש שנשא פקחת דקיי"ל במתה יורשה כמבואר באה"ע

סי' צ' סעי' ג' ה"ה לר"א משום דאי נימא דאינו רק ספק נישואין א"כ מספיקא אינו יורשה אבל לפי דנימא דתקינו רבנן נישואין א"כ יורשה כמש"כ הב"ש שם ס"ק י"ט משום דאין סברא לומר דלרבנן דס"ל דחרש אין בו דעת צילותא כלל דס"ל אם מתה יורשה ולר"א דס"ל להסתפק בעתים חלים ועתים שוטה דיהא אם מתה אינו יורשה ולכן שפיר כתבתי כנ"ל ואף דלא ידוע לי אם המהרי"ט נתכוין לזה משום דאינו ת"י עכ"ז נראה לי כן ע"פ הוכחה הנ"ל כמש"כ בעזה"י:

ז

ולפ"ז שפיר כתב הב"ש להקל מחמת שני חזקות הנ"ל משום דכיון דיש לה אב א"כ אי נימא דהיתה נערה א"כ אינה צריכה גט אף מדרבנן כלל לכן שייך שפיר חזקת היתר דהיא מחמת חזקת פנוי' וחזקת נערה משום דחזקה דמעיקרא עדיפא מן חזקה דהשתא כמו בריש נדה וגבי גבינות ביו"ד סי' פ"א וכמש"כ התוס' בב"מ ד' ק' גבי המחליף פרה בחמור דהקשו דנימא אוקי אחזקת מעוברת והשתא היא דילדה ותי' דחזקת מ"ק חשיבא טפי ולולי חזקת מ"ק הי' מהני חזקת מעוברת אלמא דאף דאיתרע חזקתי' השתא עכ"ז חזקה דמעיקרא עדיפא ויש הרבה ראיות לזה אך אכמ"ל ולכן בנ"ד דיש לה חזקת קטנות או חזקת נערה וגם חזקת פנוי' וודאי דיש להקל וכש"כ מנידון של הב"ש דהא התם יש חזקה דהשתא דהרי היא בוגרת לפנינו ואפ"ה כתב הב"ש להקל ולכן החמיר החלקת מחוקק שם. משא"כ בנ"ד דעדיין לא הביאה סימני בוגרת לפנינו וליכא חזקה דהשתא ובכה"ג לכ"ע מוקמינן על חזקה הנ"ל כמש"כ התוס' ביבמות דף ס"ח דמוקמינן על חזקת קטנות כ"ז דלא איתרע עכשיו לפנינו ועיין בש"ש שמעתא ו' פרק י"ז וי"ט וכדמוכח בתוס' קדושין דף ס"ד בד"ה נאמן לנדרים כו' דהקשו הא אין ע"א נאמן אלא בדבר שבידו ומוכח מזה דזה מקרי לחזקה א"כ שפיר יש להקל בנ"ד ושאני זה מן הא דרשב"א הנ"ל:

ענף ב

ח

ועוד יש מקום לחלק נידון דהב"ש ונ"ד מנידון של הרשב"א הנ"ל דיש לומר מטעם אחר דהרשב"א יודה דבזה אין מקום להחמיר דשאני זה מתשובת הרשב"א המובא בסי' קנ"ה והוא דהנה בגיטין דף מ' ע"ב איתא באומר כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לו דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי יעי"ש בתוס' ד"ה הודאת בע"ד כו' דהקשו דאמאי בנותן לא אמרינן הכי והרשב"א בחידושיו תי' דהוי תרי הודאות דסתרי אהדדי מוקמינן בחזקת בעלים הראשונים ואף דהעבד מוחזק בעצמו עכ"ז אתי חזקת מ"ק ומוציא את העבד מרשות עצמו משום דהוא בעצמו מקרי ספק תפיס וספק בעיקר התפיסה לא מקרי תפיס ולכן בעליו הראשונים נקראים מוחזקין כנגדו מחמת חזקת מ"ק וכמש"כ הקצה"ח

בסי' פ"ח ס"ק ט' באריכות ע"ש וכן מוכח בירושלמי גיטין פ"ז ה"ז דבגט שחרור באמר הרי גט שחרורך מעכשיו לאחר שלשים יום דע"ד דרבי ה"ז גט ע"ד דרבנן אינו גט משום דרבי ס"ל תנאה הוי משוחרר ולרבנן דס"ל דספק תנאה או חזרה. הוי ספק שחרור אך לכאורה קשה דמאי נפ"מ דהא רש"י פירש בקדושין דף נ"ט דספק תנאה הכוונה באם שלא אחזור עד לאחר שלשים יום א"כ ממנ"פ אם חזר בתוך ל' יום אף אי הוי תנאה ג"כ אינו משוחרר. ואם לא חזר א"כ אף אי נימא דחזרה הוי ג"כ משוחרר משום דהא לא חזר בתוך למ"ד יום אך ז"א קשה די"ל דנפ"מ אם נקרע השטר בתוך למ"ד יום או נאבד דאי הוי תנאי הוי משוחרר כיון דלא חזר בתוך למ"ד יום ונתקיים תנאו. א"כ נשתחרר מנתינה ראשונה ואי חזרה הוי א"כ כיון דהשחרור חל בכלות למ"ד יום ואז אין השטר בעולם. לכן אינו משוחרר אך קשה דאמאי לא הוי משוחרר דמשמע דהאדון יכול להשתעבד בו והא העבד תפיס בעצמו כמש"כ התוס' בגיטין דף י"ז ע"א ד"ה מפני מה תקנו זמן כו' שהעבד מוחזק בעצמו והלוקח בא להוציא ממנו השעבוד כו' עכ"ל ובע"כ מוכח דשאני בהא דירושלמי הנ"ל דיש לאדונו חזקת מרא קמא ולכן לא הוי משוחרר משום דמספק הוי בעלים הראשונים מוחזקין נגדו וכנ' ודווקא במש"כ התוס' הנ"ל התם לא שייך לומר על הלוקח דיש לו חזקת מ"ק דהספק הוא שמא קנאו אחר שחרור של רבו א' ואז לא הי' לו חזקת מ"ק מעולם ולכן מספק אינו מוציא העבד משא"כ ביש חזקת מ"ק וכ"ז הוא בעבד כנעני:

ט

ועכשיו נעיין בעבד עברי דמבואר בקדושין ד' ט"ז דגופו קנוי לאדונו דנלע"ד לכאורה בזה ג"כ בספק אי יצא הע"ע מרשות בעלים ראשונים אי לא דלא יצא משום דמוקמינן לי' בחזקת מ"ק דהא גופו הי' קנוי לאדונו ונקנה גופו לבעליו ותפיסתו הוי ספק בעיקר התפיסה והוי בעלים הראשונים בשם מ"ק נגדו וכדמוכח בקדושין דף ט"ז דמקשה הגמ' והא סימנים דאין להם קצבה וקתני. משום דסימנים פעמים ממהרת ופעמים מאחרת וקשה הא כיון דחיישינן שמא נשרו כמבואר בנדה דף מ"ו ע"ב כדקיי"ל א"כ לפ"ז הוי גם סימנין דבר שיש לו קצבה משום דמיד שהגיעה לי"ב שנה אז יוצאת ממילא אף אם לא נמצאו לה ב' שערות משום דחיישינן שמא נשרו וכיון דהאמה עברי' מוחזקת בעצמה א"כ ממילא תצא לחירות ואין האדון יכול להשתעבד בה. וע"כ מוכח דכ"ז דלא נתברר אם יש לה ב' שערות אינה יוצאת לחירות משום חזקת מרא קמא של האדון דכיון דגופה קנוי להאדון הוי דינה בספק כמו בעבד כנעני ולכן הוי שפיר סימנין דבר שאין לו קצבה ושפיר פריך הש"ס הנ"ל. [ולקמן בענף ד' יבואר לדחות זה הראי' ע"ש]:

ו

וכן מוכח בקדושין דף כ' ע"א גבי נמכר במנה והשביח ועמד על מאתים מנין שאין מחשבין אותו אלא מנה כו' נמכר במאתים והכסיף כו' א"ל ההוא מרבנן לאביי מאי חזית דדרשת לקולא נדרשינהו לחומרא כו' וקשה דמאי מקשה הגמ' דהא כיון דלא נתפרש לנו הדרש אי לדרוש לקולא או להחמיר א"כ מהיכי תיתי נדרוש לחומרא ולהוציא מן העבד דהא העבד תפיס בעצמו והממע"ה. וע"כ מוכח דבעלים ראשונים נקראים מוחזקים בעבד עברי ולכן כל ספק מוקמינן לי' בחזקת מ"ק כמו עבד כנעני כנ"ל ומקשה הגמ' שפיר ניזיל לחומרא:

הגה"ה

והנה בקידושין ד' מ"ה ע"א בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' דס"ל לשמואל דצריכה גט ומיאון לחד מ"ד דאף בלא שדכו ולחד מ"ד בשדכו דוקא ועולא חולק ע"ז ומקשה הגמ' מהא דתני ושוין שמוכרה אלמנה לכה"ג גרושה כו' האי אלמנה ה"ד אילימא דקדשה מי מצי מזבין לה כו' אלא לאו דקדיש איהי נפשה וקא קרי לה אלמנה כו'. ומשמע דלשמואל ניחא וכתבו בתוס' שם ד"ה אלא לאו כו' דלשמואל ניחא משום די"ל דלכן קרי לה אלמנה משום דמוקי בלא שדכו ובעי מיאון כו' והפני יהושע הקשה ע"ז דהא פשט הסוגיא הוא בקידושי דאורייתא ויליף לזה לעיל ד' י"ט מקראי אם רעה בעיני אדוני שרעה בנישואין דמשמע דמיירי בדאורייתא כו' ולפ"ז תקשה דכיון דצריכה גט מה"ת משום ספק שמא נתרצה דספיקו לחומרא מה"ת א"כ קשה איך מצי האב למוכרה כיון דמספקינן שמא נתרצה האב לקידושי' או שמא אמר לה צאי וקבלי קידושך וכמש"כ הרשב"א שם א"כ מספיקא אינו יכול למוכרה דהא אין מוכר בתו לשפחות אחר אישות והא היא מוחזקת בעצמה והדין הוא דהממ"עה:

אכן לפי מה שכתבתי דאב בזכות בתו מקרי חזקת מרא קמא אתי שפיר לפי דברי אחי הקצה"ח בקונטרס הספיקות דס"ל דחזקת מ"ק לא הוי משום חזקה המבררת רק בגדר מוחזק דמשום זה לא מהני באיסורין רק בממון היא מעלה אלימתא כמו כל מעלת וכח מוחזק וכמש"כ לעיל בשמו ולפ"ז יש להסביר על נכון בהך ספק דשמא נתרצה האב דחיישינן מה"ת להצריכה גט ולא דיינינן בזה לחזקת פנוי' משום די"ל להסברא דע"פ רוב הוא דאב ניחא לי' בקידושי בתו דטב למיתב טן דו וכפי' רש"י שם ע"ב והר"נ ומספקא להו אם הוי רוב או לא. או די"ל דהוי רוב שאינו גמור דשקולים הם רוב שאינו גמור וחזקת פנוי'. וכעין סברת התוס' בכתובות ד' ט' בסוגיא דפ"פ אבל בענין זכות האב לא מגרעינן מספיקא לזכותו משום דהא גבי ממון מוקמינן כל ספק בחזקת מ"ק

ואין מוציאין ממנו אף ע"י רובא דהא חזקת מ"ק דינה כמו מוחזק ממש ואין הולכין בממון אחר הרוב וע"כ אף דלגבי חשש קידושין מספקינן להצריכה גט מ"מ יש להאב זכות למוכרה משום חזקת מ"ק. דהא דמעשה הבת לאב נלמד מן קרא דלאמה כדאיתא בכתובות ד' מ"ז דמה אמה מעשה ידי' לרבה אף בת מעשה ידי' לאבי' ולכן בספק שמא נתרצה האב בקדושי' יכול האב למוכרה משום חזקת מ"ק שלו שיש לו קנין בבתו. ויש לי עוד לדון בזה היכא דהאב טוען ברי לי שלא נתרציתי מעולם לקידושי' והוי מעלת ברי ואוקי אחזקה ביחד וכמו הא דכתובות ד' י"ב ע"ב ולהאריך עפ"ז בהסוגיא דקידושין רק עת לקצר וכ"ז הוא לשיטת הקצה"ח אכן לעיל כתבתי להוכיח דלא כדבריו עד כאן הגה"ה:

ענף ג

יא

ולפי מה דנתבאר דזכות האב בבתו בנולד לנו ספק אם יצתה מן רשות האב דיש לדון בי' חזקת מרא קמא ולכן י"ל דאף דנימא דחזקת היתר לא מהני גבי איסור א"א כנ"ל עכ"ז יש לומר דחזקת מרא קמא שאני:

דהא חזינן דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא מכל החזקות. דהא בכל אוקי אחזקה אין אנו מוציאין ממון ובחזקת מ"ק יכולין אנו להוציא מן מוחזק בהממון. דהא קיי"ל דדברים העשויין להשאיל ולהשכיר מוציאין מן מוחזק משום חזקת מ"ק אלמא דחזקת מרא קמא הוי חזקה אלימתא ומוציאין מחזקת ממון ואין לומר דכיון דעשוי להשאיל לא מקרי התופס מוחזק זה אינו דהא בח"מ סי' צ' סעי' י"א כ' דכמה פוסקים ס"ל בדברים העשויין להשאיל דלא מהני מיגו להוציא ממנו וכן הכריע הש"ך בח"מ סי' קל"ג וכ"כ התוס' בב"ב דף נ"ב וכן מוכח בב"מ דף ק' דאיתא התם בטוען הלוקח גדול לקחתי והמוכר אומר איני יודע זכה בגדול. והקשה הנימוקי יוסף וש"פ הא לר"ן חזקת ממון עדיף מן טענת ברי והוכיחו מזה דבגלגול שבועה אמרינן ג"כ מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. ומדלא חילקו בין חזקת ממונא לחזקת מרא קמא אלמא דס"ל דשוין המה. ואף שכתבתי לעיל דחזקת מ"ק הוי מעין חזקה המבררת ולא מעין חזקת ממונא. עכ"ז שפיר הקשו הפוסקים הנ"ל משום דכיון דחזקת מ"ק הוי חזקה לברר יותר מכל אוקי אחזקה מדמוציא מן המוחזק בדברים העשויין להשאיל כנ"ל אלמא דהכח שיש לחזקת מ"ק לברר היא אלים טובא מן מעלת המוחזק וכיון דמוחזק עדיף מטענת ברי כש"כ דחזקת מ"ק עדיף מן מעלת דטענת ברי ושפיר הקשו הפוסקים הנ"ל:

יב

עכ"פ מוכח דחזקת מ"ק עדיף מכל החזקות וכ"כ השיטה מקובצת בב"מ דף כ"ז בסוגיא דסימנין דאורייתא דאף אי נימא לחוש לשאלה עכ"ז חמור בסימני אוכף מהדרינן ולא חיישינן למכירה משום דיש לנו חזקת מ"ק אלמא דאף דחיישינן לשאלה ולא אמרינן אוקי אחזקה שלא השאילה עכ"ז חזקת מ"ק עדיפא וכמש"כ התוס' בב"מ דף ק' ע"א ד"ה הא מני סומכוס היא כו' שהקשו נימא אוקי אחזקת מעוברת והשתא היא דילדה ותי' דחזקת מ"ק חשיבא טפי. אלמא דחזקת מ"ק עדיף מן שארי חזקות אך י"ל דשאני התם משום דחזקת מעוברת איתרע עכשיו דהא ילדה עכשיו ולכן עדיף חזקת מ"ק עכ"פ מוכח משארי ראיות הנ"ל דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא ודומה ממש לחזקת ממונא עכ"פ ולא מהני ג"כ רוב נגדו דאין הולכין בממון אחר הרוב וכיון דחזקת ממון עדיף מן רוב. ה"ה דחזקת מ"ק עדיף מן רוב ובפרט לפמש"כ דחזקת מ"ק עדיף מן חזקת ממון כמש"כ להוכיח א"כ לפ"ז יש לומר דאף דהחמירו חז"ל לבלי לסמוך על אוקי אחזקה באיסורין עכ"ז חזקת מ"ק דעדיפא מן שארי אוקי אחזקה כנ"ל דהא בשארי חזקה רוב עדיף מן חזקה ונגד חזקת מ"ק אדרבה חזקת מ"ק עדיף מן רוב כנ"ל א"כ מנלן דהחמירו חז"ל בחזקת מ"ק לבלי לסמוך ע"ז באיסורין ואין לנו לחדש מדעתינו:

יג

א"כ דווקא בנידון של הרשב"א ביתומה שקידשה א"ע וספק אם היא קטנה או נערה דאז לא שייך לומר אוקי אחזקת מ"ק רק חזקת פנויה דהא אשה דנקנית לבעלה אין לו בה קנין הגוף אף דמ"י לבעלה. עכ"ז הא אמרינן בגיטין דף ע"ז דידה גופא מי קני' לי' לבעל יעי"ש בתוס' ועוד דהא מ"י לבעלה אינו רק מדרבנן ומה"ט במחל לה מ"י לא בעי קנין ואין בזה רק חזקת פנוי' בלבד לכן החמירו חז"ל בזה די"ל דעשו זה כמו חזקת ממון דמה דאין יכול להוציא מחזקת ממון ה"ה דלא מהני זה באיסור ערוה אבל מה דכחו עדיף נגד חזקת ממון בזה לא החמירו חז"ל גבי איסור ערוה ודווקא במגויד ומים שאין להם סוף שאיתחזק איסור אשת איש מצינו דהחמירו חז"ל לבלי לסמוך על רובא כידוע וגם ברוב מסבלי והדר מקדשי שכתבו התוס' בקידושין דף נו"ן להחמיר משום איסור ערוה וכמש"כ הרא"ש שם מצינו להרשב"א שכתב דלכן החמירו חז"ל בזה משום דזהו רוב לא מצד טבע רק זהו דבר התלוי במנהג וכיון דלא הוי רוב גמור לכן החמירו חז"ל לחוש למיעוט והובא דברי הרשב"א אלו בביאור הגר"א זצללה"ה סי' מ"ה באה"ע ס"ק ח' יעיי"ש אלמא דרוב גמור שאיני מחמת מנהג מהני באיסור ערוה כמבואר בשיטת הרשב"א. אף די"ל דשאני התם דהוי צירוף להרוב חזקת פנוי' הא ה"ה בספק קטנה או בוגרת דספק לנו אי יצתה מרשות האב דאי נימא דהיא בוגרת א"כ יצתה מרשות האב

ואי נימא דהיא קטנה ונערה א"כ לא יצתה מרשות האב דיש לנו חזקת מ"ק המבררת לנו דהיא קטנה או נערה ולא בוגרת וגם יש צירוף לזה חזקת פנוי' דהיא בחזקת היתר א"כ בוודאי דלא החמירו חז"ל וזהו כש"כ מן רוב וחזקת פנוי' דמהני לשיטת הרשב"א גופא כמש"כ הרשב"א המובא בביאור הגר"א זצ"ל הנ"ל כש"כ חזקת מ"ק דעדיף מן רוב כנ"ל דוודאי מהני צירוף חזקת פנוי' כנ"ל. או אף אי נימא דחזקת מ"ק שוה לחזקת ממון עכ"ז גם בזה לא מצינו דהחמירו חז"ל דהא חזקת מ"ק עדיף מרובא כידוע ויש לי להאריך בפרט הזה. ולכן י"ל מן טעם אחר להקל בנ"ד או בנידן של הב"ש בספק בוגרת או נערה דמותרת משום דחזקת מ"ק מבררת לנו דעדיין היא קנין של אביה דהא אי נימא דהיא קטנה או נערה א"כ נקנית גופה לאביה כנ"ל. וכגון זה לא מצינו דהחמירו חז"ל אף בלא ראי' הנ"ל) א"כ מוכח דאף לתשובת הרשב"א דהחמיר בספק קטנה או נערה דבנ"ד יודה דלא החמירו חז"ל והא שכתב רש"י בקדושין דף מ"ו ע"א ד"ה הואיל ונעשה בה מעשה יתומה כו' דראה ושתק או הפקיר או שתיקתו הודאה כו' עכ"ל אין משם ראי' לסתור למש"כ וקצרתי:

יד

ואף דשיטת התוס' בקדושין דף נ' גבי רוב מסבלי והדר מקדשי דבאיסור ערוה החמירו רבנן דלא מהני רוב וחזקת פנוי'. עכ"ז הא כתבו התוס' בקדושין דף ע"ט דבחזקת פנוי' וחזקה דהרי בוגרת לפנינו דמקילים מחמת זה אלמא דדוקא התם החמירו רבנן ולא בשארי דוכתי אך הרשב"א ס"ל להחמיר בשני חזקות אף דיש חזקת נערה וחזקת פנויה כנ"ל עכ"ז הא נתבאר דשיטת הרשב"א להקל ברוב וכש"כ בחזקת מ"ק כנ"ל א"כ לכל השיטות יש להקל בנ"ד:

טו

ובאמת לפ"ז יש לתמוה על החלקת מחוקק בסי' י"ז ס"ק מ"ב שכתב דלאו דווקא לשאלה חיישינן דה"ה דחיישינן למכירה. דהא יש בזה חזקת מ"ק דהוי חזקה אלימתא כנ"ל ומנלן דחשו רבנן בזה אך י"ל בזה דהא מצינו באה"ע סי' ל"ה בב"ש ס"ק למ"ד בשם הרמב"ן דחזקת קרובות לא מהני לזו יע"ש וכן מצינו בכתובות ד' ע"ו בתוס' ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' דחזקת אשה לא מהני גבי האב. וכן מצינו ביו"ד סי' ק"י דבחצי חתיכה דפריש קודם שנדע התערובת אינה מתרת את חצי חתיכה השניי' לשיטת כמה פוסקים דאנו מכשירין מה דפריש משום כל דפריש מרובא קפריש עכ"ז זה אינו רק על מה שיש הרוב לברר ולא מהני זה לברר על חלק הב' דליכא בי' הרוב ואין מוכיחין מזה על זה כמו כן י"ל דאף דמחמת חזקת מ"ק נתבאר שחפץ זה הוא של פלוני עכ"ז אין אנו יכולין להוכיח מזה על האשה אם מותרת או לא כנלע"ד ליישב דברי החלקת מחוקק

הנ"ל אבל בנ"ד דהספק הוא על הבתולה גופא אם יצתה מן רשות האב או לא ועליו יש החזקת מ"ק א"כ נתברר לנו מזה שלא יצתה עדיין מרשות האב כנ"ל:

טז

אך דתקשה על מש"כ דאמאי אמר רב בקדושין דף ע"ט דהרי היא בוגרת לפנינו ולהוציא מן חזקת מ"ק הנ"ל אך י"ל בזה דהטעם הוא משום דהא בח"מ סי' קי"ב וסי' ס' אי' דלחד שיטה אמרינן דחזקה דכאן נמצא כאן היה מוציאין אנו מן הלוקח שהוא מוחזק בנכסים יע"ש אלמא דחזקה דהשתא במקום דליכא חזקת דמעיקרא הסותר עדיפא מן חזקת ממון. וה"ה חזקה דהרי היא בוגרת לפנינו דכיון דחזקה דמעיקרא איתרע כמש"כ התוס' התם שהיום הזה היא עשוי' להשתנות וחזקה דהשתא הוי חזקה אלימתא:

יז

אך דיש להקשות דא"כ איך אמרינן שם דאמר לך רב אנא דאמרי אף כרבי יעקב עד כאן לא קאמר ר' יעקב התם דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו כו'. דהא גם בזה איכא למימר העמד אותה על חזקת מ"ק. וכבר נתבאר דחזקת מ"ק עכ"פ שוה לחזקת ממון וקשה מזה על מש"כ. אך י"ל בזה דהא אף דנימא אוקי על חזקת מ"ק דהיתה נערה בעת שקידשה. עכ"ז איתרע חזקת מ"ק דהא עכ"פ להפרת נדרים נפקא לי' מרשות האב כמבואר כה"ג בכתובות (דף ל"ט) דאירוסין מי קא נפקי מרשותא דאב לגמרי יע"ש אלמא דעל מקצת מיהא נפקא לי' מרשות האב דעכשיו אינו יכול האב לבדו להפר נדריה, ולכן איתרע חזקת מ"ק בקצתו עכ"פ. דהא עיקר הטעם דאוקי אחזקת מ"ק דנימא דלא נעשה דבר מחודש. וכיון דבין כך ובין כך נעשה הדבר מחודש בקצתו עכ"פ. לכן לא אלימא כ"כ חזקת מ"ק התם. משא"כ בנ"ד דאי נימא אוקי אחזקת מ"ק דהיתה נערה בעת קבלת קדושין. א"כ לא יצתה כלל מן רשות האב אף להפרת נדריה דהא הקדושין אינן חלין כלל. לכן שייך לומר חזקת מ"ק כנ"ל.

יח

אבל עדיין יש להקשות ע"ז מן הא דקדושין (ד' מ"ד) דקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דאמר שמואל צריכה גט וצריכה מיאון דחיישינן שמא נתרצה כו'. וקשה הא יש שם חזקת מ"ק הנ"ל דהא אי נימא דנתרצה לקדושיה. א"כ אף דעדיין זוכה במעשי ידי' עד עת נישואין. עכ"ז הא לא יהא יכול למכרה. א"כ כיון דאי נימא דנתרצה א"כ ממילא יצתה מן רשות האב גבי זכות מכירתה. ולכן שייך לומר אוקי אחזקת מ"ק דלא נתרצה ולא יצתה מרשותו כלל. ויש לומר דבאמת מאן דס"ל לחוש שמא נתרצה. טעמו משום דאף דיש חזקת מ"ק עכ"ז החמירו חז"ל מחמת איסור ערוה ואינו מחלק בין חזקת מ"ק לשארי חזקות. רק מאן דס"ל דלא חיישׁ לשמא נתרצה אף דמחמת חזקה לא הקילו מדרבנן גבי

איסור כנ"ל. עכ"ז כיון דיש חזקת מ"ק ס"ל דלכן לא החמירו חז"ל שם משום דשאני התם דיש שם חזקת מ"ק וכמש"כ. וכיון דלדינא קיי"ל דלא חיישינן לשמא נתרצה בע"כ מוכח מזה דלכן הקילו התם משום דיש שם חזקת מ"ק הנ"ל דאילו מחמת חזקת פנוי' הא לא הקילו מדרבנן לסמוך על חזקה כנ"ל.

ענף ד

יט

ולפ"ז יש לומר מלתא חדתא בעז"ה דהנה התוס' והרא"ש והרשב"א וש"פ כתבו להקשות שם דלמה אמרו קטנה שנתקדשה ולא אמרו אף בנערה כו' ומתרצי דמשום מיאון אמרו כן ולפמש"כ יש לומר דדווקא בקטנה אמרו שם דפליגי וס"ל דאינה צריכה גט אבל בנערה ס"ל דצריכה גט לכ"ע משום דבקטנה שיכול למוכרה ואחר שנתקדשה לא יהי' יכול למוכרה דאין אדם מוכר בתו לשפחות אחר אישות א"כ אי נימא דנתקדשה לרצונו א"כ יצתה מן רשותו בזכותו דיכול למוכרה לכן שייך בזה לומר דחזקת מ"ק מבררת לנו דלא יצתה מרשותו ולא נתרצה משא"כ בנערה דאף דנימא דנתרצה על קדושי' עכ"ז לא יצתה עדיין מרשותו דהא מעשה ידי' עדיין הם שלו עד כניסתה לחופה ואי למוכרה בלא"ה לא הי' לו בה זכות מכירה בעת נערותה ואי להפרת נדרים הא אמרינן בכתובות דף ל"ט בגמ' דאירוסין מי קא נפקי מרשותא דאב לגמרי כו' אלמא דזה לא מקרי יצתה מרשותו ולכן כיון דבנערה לא שייך לומר חזקת מ"ק יברר לנו שלא נתרצה משום דהא אף בנתרצה עכ"ז לא יצתה מרשותו שעד הנה. ולכן דווקא בקטנה ס"ל לעולא דא"צ מיאון משום חזקת מ"ק אבל נערה צריכה גט משום דמחמת חזקת פנויה לבד לא סמכינן להקל עכ"פ ויעיין בב"ש סי' ל"ז ס"ק י"ט שכתב דיש כ"פ דס"ל דנערה צריכה גט וטעמם דחוק ולפמש"כ טעם הפוסקים הוא נכון בעז"ה:

כ

ולכן לפי מה דקיי"ל דקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה א"צ גט דנתבאר דזהו משום חזקת מ"ק. א"כ ה"ה נ"ד. וכן יש להוכיח כן מהא דקידושין דף מ"ה דמקשה הגמ' האי אלמנה ה"ד אילימא דקידשה אביה מי מצי מזבין לה כו' ואמאי לא מתרץ דמיירי בספק קטנה או בוגרות דמספק מצי למוכרה אף דקדיש איהי נפשה דהא יש לו חזקת מ"ק המסייעו ועכ"ז חיישינן לקידושי' משום דבחשש ערוה החמירו חז"ל ואף בקידושין דרבנן ג"כ מקריא בשם אלמנה לשיטת התוס' שם ד"ה אלא לאו כו'. אע"כ מוכח דס"ל להגמ' דכמו דלא חייש לשמא נתרצה דזהו משום חזקת מ"ק דכיון דהוי חזקה אלימתא מצד בירור וכמש"כ לעיל להוכיח כן מן יבמות דף ל"א דלפ"ז ה"ה נ"ד היכא דהוי ספק

בוגרת או קטנה דאין לחוש לקידושי' משום דהא יש לנו חזקת מ"ק ולא החמירו חז"ל בזה וכפי שנתבאר:

כא

שוב ראיתי דיש לפקפק על מה שכתבתי לדון בזכות האב בבתו דיש לו בת קמן הגוף וכמו ע"ב דאמרו דרבא לטעמי' דאמר ע"ע גופו קנוי לאדונו והא התם מיירי בנמכר הע"ע לא"י. ואי' ביבמות דף מ"ו דא"י אינו קונה לגוף ע"ע רק למעשה ידיו בלבד וגם אינם קונים זה וכו', ובע"כ מוכח כמו דאמרו בב"מ שם והתוס' שם דאינו קונה גופו רק למעשה ידיו לבד. והא דאינו יכול האדון למחול בע"פ להע"ע דלא מהני בלא קנין י"ל דזה דומה לשוכר ביתו מחבירו דמבואר בח"מ סי' שט"ו בסמ"ע ס"ק ב' בהג"ה בשם הריב"ש דאם חזר השוכר ומחל השכירות להמשכיר לא מהני המחילה עד שיקנה בא' מדרכי הקניי' וכעין זה בב"מ דף ס"ז גבי משכנתא דהלכתא דאם אמר מסתלקנא צריך למיקנא מיני' ואף דלא מהני מחילה בשכירות להמשכיר כנ"ל. מ"מ אם נולד ספק בשכירות בין השוכר להמשכיר הדין הוא דמקרי המשכיר בשם מוחזק ונותנין להמשכיר כמבואר בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים ועיין בב"מ דף ק"י:

כב

וי"ל כמו כן גבי ע"ע דלא מהני מחילה לי' בלא קנין משום דזכות האדון בי' הוא רק כמו זכות שכירות ואם נולד ספק בין האדון להע"ע הדין הוא דהע"ע מקרי מוחזק בעצמו וכמו גבי ספק שכירות בקרקע כנ"ל וכש"כ להך שיטה דהובא בהרשב"א לקידושין דף ט"ז דפי' דהא דגופו קנוי לאדונו היינו דיצטרך שחרור לאפקועי איסור דהי' בו דהרי מתירו בשפחה כנענית כו' ע"ש וסיים שם דלפ"ז מוכר עצמו שאין רבו מוסר לו שפחה א"צ ש"ש אלא במחילה סגי ליה וסיים בצ"ע וגם מתחילה שם כתב הרשב"א ג"כ דגופו קנוי לענין דא"י למחול בלא שטר אבל לענין מציאה ופדיון מע"ש וזכוי אין גופו קנוי ואין ידו כיד רבו כדאי' בב"מ גבי מציאת עבדו ושפחתו העברים ובגיטין פ' התקבל ואיכא למידק והיכן מצינו קנין מעשה ידו שאינו יכול למחול בע"פ ותי' הרמב"ן וכו' עכ"ל הרשב"א שם אכן לפי מש"כ דדינו כמו זכות שכירות בקרקע א"ש. ועכ"פ חזינן דגם הרשב"א והרמב"ן ס"ל דקנין שיש להאדון בע"ע אין זה קנין גמור:

כג

וכן יש לי להוכיח מן ב"מ (דף י"ב ע"ב) דמקשה הגמ' האי שפחה ה"ד אי דאייתי שתי שערות כו' ואי דלא אייתי אי איתי' לאב דאבוה הויא כו' ומחמת האריכות הוכרחתי לקצר. ומה דהוכחתי לעיל מקידושין (דף ט"ז) דמקשה הגמ' והא סימנין דאין להם קצבה כו'. יש לדחות משום דהא בראו לה ב' שערות קודם הפרק ואותן ב"ש נמצאות גם אחר

הפרק דבזה לא חיישינן שמא הביאה ב"ש ונשרו וכמש"כ הב"ש סי' קנ"ה ס"ק כ"ט. ע"כ בכה"ג הוי סימנין אין להם קיצבה. ואף לר' יוסי בר' יהודה דס"ל דבן ט' עד י"ב ויום א' ועודן בו הוי סימן. עכ"ז משכחת אליבי' בראו בה השערות שהביאה קודם ט' דמודה ר"י בר"י דהוי שומא. וגם יש לדחות לזה ההוכחה מטעם אחר הפשוט וקצרתי. ומה דהוכחתי לעיל מן קידושין (דף כ') גבי נמכר במנה והשביח וכו' דמקשה הגמ' דנידרשינהו לחומרא כו'. דזה אינו הוכחה כלל דהא התוס' בב"ק (דף ב' ע"א) כתבו בד"ה דומיא דרגל בשם הר"ת דמדה הוא בתורה דל"ש באיסורא ול"ש בממונא הכל לחומרא. וכן מוכח בחולין (דף קל"ו ע"א) דמקשה הגמ' התם אדרבה נילף מתרומה לחומרא כמש"כ רש"י התם גבי מתנות דנילף לחומרא מתרומה דהא לחומרא מקשינן והא מתנות אינן טובלת ודייניין רק על הנתינה לכהן והא הוי הבעלים מוחזקין והממע"ה. ומוכח מזה כמש"כ התוס' בב"ק הנ"ל. ולכן מקשה הגמ' בקידושין (דף כ') הנ"ל דנידרשינהו לחומרא ולהוציא מן הע"ע אף דדינו כמוחזק משום דכללא הוא דכל היכא דיש למדרש לקולא או לחומרא דדרשינן לחומרא גם גבי ממון.

כד

ולפ"ז נסתר כל מה שכתבתי לעיל לדון דזכות אב בבתו דינו כמו מוחזק גמור לגבה. דז"א כיון דע"ע עצמו אין גופו קנוי בקנין גמור אלא דמקרי מוחזק לגבי האדון. א"כ לא עדיף זכות האב בבתו דעיקרו הוא מן קראי וכי ימכור בתו לאמה מה אמה מעשה ידי' כו'. ומן קדושין (ד' מ"ה) בתוס' שם ד"ה אלא לאו דקידשה כו' יש להוכיח כמש"כ כעת. והוא דהתוס' שם כתבו דבשידך הוי כקידשא /כקידשה/ אבי' וא"כ הדרא קושיא לדוכתא ומי מצי מזבין לה כו' עכ"ל התוס' והנה בדלא שדיך דיש ספק שמא נתרצה לחד מ"ד ואפ"ה מצי למוכרה כדמוכח שם. י"ל דזהו משום דמאן דחושש לשמא נתרצה זהו רק חומרא מדרבנן ולכן יכול למוכרה משום דבחשש בעלמא לא מפקינן מרשותו ואם לא כן כל א' תקבל קידושין כדי להפקיע מן רשות האב דזיכה לו התורה בזכות בתו. אבל בשדיך דהוי ספק קידושין ומשמע דס"ל דזה הוי ספק גמור וס"ל דלא מצי למוכרה דשמא הוי קידושין ואין מוכר לשפחות אחר אישות. אלמא דמספיקא פקע זכות האב ואין דינו כמוחזק גמור. וע"כ פריך הש"ס בפשיטות ומי מצי מזבין לה והא אין כו'. ומוכח מזה לכאורה דזכות האב בבתו אינו כמוחזק גמור. ויש להאריך בזה עוד.

ענף ה

כה

אך לפ"ז תקשה במה דקיי"ל לדינא בנתקדשה שלא לדעת אבי' דלא חיישינן שמא נתרצה האב וכמו דפסקו הרי"ף והרמב"ם והרשב"א בחידושיו והתוס' והרא"ש

והטוש"ע בסי' ל"ז ואף דיש חזקת פנוי' עכ"ז הא כתבו האחרונים היינו הפר"ח בכללי ס"ס והפרמ"ג בפתיחה להלכות טריפות והפני יהושע בכתובות דף ט' ובקידושין דף ע"ט ובשא"ד דמדרבנן מחמרינן לבלי לסמוך על חזקה במקום חשש א"א ולכאורה אפשר לומר דלכן לא חיישינן שמא נתרצה משום דהא קיי"ל דמתנה או מחילה הוי טענה גרוע ואינו נאמן בזה רק במיגו ולכן כיון דיש לאב זכות בבתו לקדשה לכל מי שירצה ע"כ לא חיישינן שנתרצה ומחל לה זכותו דהוי זה כמו טענת מחילה אך זה אינו דהא שם בקידושין דף מ"ה בעובדא דהנהו בי תרי דהוו שתו חמרא שקל חד מנייהו כסא דחמרא יהב לחברי' אמר מקדשא לי ברתך לברי אפילו למ"ד חיישינן שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן כו' ודילמא ארצויי ארצי' קמיה א"ל בפי' א' מר דלא סבר להא דרב ושמואל עכ"ל הגמ' ואי נימא דהא דלא חיישינן שמא נתרצה הוא משום דהוי כמו מחילה א"כ אין שום דמיון כלל הך דדילמא ארצויי ארצי' הבן קמי אביו דהא שם לא שייך לדון להסברא דהוי בגדר מחילה וע"כ מוכח דהא דלא חשו לשמא נתרצה האב דאין זה מטעם דמחילה הוי טענה גרוע רק כמו שיבואר בעז"ה:

כו

ע"כ העיקר דלכן קיי"ל דלא חיישינן שמא נתרצה האב דזהו משום דסמכינן על חזקת פנוי'. והא דיבמות (דף ל"א) דמחמרינן מדרבנן לבלי לסמוך על חזקת פנוי'. מוכח באמת דזהו משום סברת התוס' בכתובות (ד' כ"ג) דכיון דזרק הקידושין איתרע חזקתה וכמש"כ שם הפני יהושע ע"ש. או כמש"כ בתשובות מיימוני ה' אישות סי' א' דשאני בהא דיבמות דכיון דחד אומר דהי' קרוב לה לכן החמירו חז"ל בזה. משא"כ בספק שמא נתרצה האב לקידושי' דאי נימא דלא נתרצה האב לקידושי' א"כ אזי לא איתרע כלל חזקתה. ודוקא בזרק לה הקידושין שנתרצתה ע"ז רק דספק קרוב לו בזה ס"ל דאמרינן איתרע חזקתה משא"כ היכא דאמרינן מספיקא דלא נתרצה האב ס"ל לחז"ל דדיינינן בזה דמקרי לא איתרע חזקתה ומוקמינן על חזקת פנוי' ובכה"ג לא החמירו חז"ל.

כז

ולכאורה י"ל הטעם דלכן לא חיישינן שמא נתרצה האב דהא האב אומר ברי לי דלא נתרציתי מעולם על קידושי' ובברי בצירוף חזקת פנוי' שלה מצרפינן ברי של האב לחזקת פנוי' שלה וסמכינן ע"ז ביחד. וכמו בכתובות (ד' י"ב) דאמרו דשא"ה דמהימנא לומר משארסתני נאנסתי משום דאיכא לומר אוקי אחזקה. וכ"כ הרא"ש בכתובות (ד' ט') בשם ר' יונה דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי ומותרת לבעלה משום ברי ואוקי אחזקה כו'. אבל באמת זה אינו דהא כתבו התוס' בכתובות (ד' ע"ו) ד"ה רישא מנה לאבא בידך כו' דלא מהניא חזקת הבת לגבי האב עכ"ל ואף דהיא בת שלו וכ"ז דלא

נישאת עומדת ברשות האב אפ"ה דלא מהני חזקת הבת לגבי האב. [וכן יש להעיר ע"ז מהא דאמרו בקידושין (ד' ע"ט) דבמכחישתו מודה שמואל דאמרינן הרי היא בוגרת לפנינו והטעם נ"ל דזהו משום דמצרפינן ברי שלה לחזקה דהרי היא בוגרת לפנינו. א"כ לפ"ז תקשה דאמאי ס"ל לשמואל בקידושין (ד' מ"ד) דחיישינן שמא נתרצה האב הא כיון דהאב אומר ברי לי ויש לו חזקת פנוי' המסייעו דנסמוך ע"ז. אכן לפי מש"כ ניחא דשא"ה דלא מהני חזקת פנוי' שלה לגבי האב וכסברת התוס' בכתובות כנ"ל. אך זה יש לדחות וקצרתי].

כח

והעיקר הוא דלכן לא חיישינן שמא נתרצה האב. דזהו משום דאי נימא דלא נתרצה האב א"כ לא הי' ביכולתה לקבל קידושין כלל בשום אופן ע"כ מקרי זה כמו דלא איתרע כלל להחזקת פנוי' מעולם וסמכינן ע"ז אף מדרבנן ולא החמירו בזה וה"ה בנולד ספק שמא אינה עדיין בוגרת או דהיא בוגרת וקיבלה קידושין וכמו בנ"ד דאי נימא דהיא עדיין נערה או קטנה אזי אין ביכולתה בלא הסכם אבי' לקבל קידושין כלל וע"כ מוקמינן לה על חזקת פנוי' דהוי כמו דלא איתרעי כלל להחזקה ושאני בזרק קידושין ספק קרוב לה כו' כנ"ל ועוד י"ל בהא דלא חיישינן לשמא נתרצה האב דזהו משום דיש שם שני חזקות להיתירא היינו חזקה א' חזקת פנוי' שלה ועוד חזקה של האב דלא נתרצה דכמו דלא הי' ריצוי ממנו ע"ז עד היום מקודם ששמע וכמש"כ הר"נ גבי ע"מ שירצה אבא דיש חשש ברירה משום דזהו קום ועשה ודוקא בע"מ שלא ימחה אבא דהוי שב ואל תעשה לא חשו לברירה אלמא דמה דתלוי ברצונו זהו ענין המחוסר מעשה וה"ה בזה:

כט

וכיון דיש בזה שני חזקות מקילים משום זה גם גבי איסור ערוה וכמש"כ הב"ש בסי' ל"ז ס"ק ה' כעין זה דכתב דכיון דיש חזקת פנוי' וחזקת נערות מותרות להנשא וכנ"ל וממילא ה"ה בנ"ד דיש לנו ג"כ שני חזקות היינו חזקת פנוי' וחזקת קטנות או חזקת נערות דמותרת להנשא ומוכח מן מה דחזינן דהרשב"א פסק ג"כ דלא חיישינן לשמא נתרצה האב וכמבואר בחידושי הרשב"א לקידושין ד' מ"ה בסוגיא שם ואפ"ה החמיר הרשב"א בספק אם הגיעה לי"ב שנה וכמבואר בסי' קנ"ה סעי' י"ד בהג"ה בשם הרשב"א דשא"ה דכיון דצריכה מיאון א"כ איתרע חזקתה עכ"פ אף דאינו רק מדרבנן עכ"ז הא איתרע חזקת היתר שלה ואין לחלק דשא"ה דהוי חזקה העשוי' להשתנות דז"א דהא מבואר בכ"ד דכ"ז דלא נשתנה דאף חזקה העשוי' להשתנות שמי' חזקה ובע"כ מוכח דסברת הרשב"א דהחמיר בספק קטנה זהו משום דכיון דצריכה מיאון א"כ איתרע עכ"פ חזקת היתר שלה כנ"ל אבל כמו בנ"ד דיש לה אב לפנינו דאם נימא דהיא קטנה ונערה

א"כ א"צ מיאון כלל ע"כ שפיר יש לנו לסמוך על חזקת פנוי' וחזקת נערות וכמש"כ הב"ש כנ"ל:

ענף ו

ל

ונלענ"ד להוכיח כן מן התוס' נדה ד' מ"ח ע"א ד"ה בא סימן דכתבו וא"ת ולר"מ למה הוזכר סי' העליון כו' וי"ל דאיצטריך לענין עונשין וקידושין ומילי טובא דרוב פעמים תחתון אתי ברישא וא"נ אי חזינן עליון מסתמא כבר בא התחתון וגדולה היא וצריכה גט. לקידושין וגם אסור באחותה עכ"ל התוס' והובא בתוס' יו"ט שם וכוונת התוס' נ"ל פשוט דבתירוץ הראשון כתבו דאיצטריך לענין עונשין וכו' משום דהוי רוב גמור דרוב פעמים תחתון אתי ברישא וע"כ מה"ת אזלינן בתר רובא רק מדרבנן חיישינן למיעוטא לר"מ וכן לקידושין הוי מה"ת קידושין וודאין אכן בתי' השני כתבו דאי חזינן עליון מסתמא כבר בא התחתון הכוונה דרוב גמור אין זה רק כמו רוב שאיני גמור דכתבו התוס' בכתובות ד' ט' ד"ה ואי בעית אימא באשת ישראל כו' דברוב שאינו גמור אינו עדיף מן חזקה רק שקולים המה והוי עי"ז ספק השקול:

וכעין זה כתבו התוס' בחולין ד' מ"ג ע"ב ד"ה קסבר עולא כו' דלכן חיישינן לדרוסה ולשמא הבריא ולא מוקמינן אחזקה משום דמצוי לאיסור יותר וזהו הכל ע"פ דברי התוס' בכתובות ד' ט' הנ"ל לחלק בין רוב גמור דעדיף מחזקה. אבל רוב אינו גמור הוי עי"ז ספק השקול ועפ"ז הארכתי במק"א בדברי התוס' דפסחים ד' ט' ד"ה ואת"ל הוה כו' דספק הרגיל הוא דאפי' מידי ודאי בעי למימר שיוציא זה הספק ע"ש וקצרתי וע"כ לפי תי' השני דס"ל בשיטת ר' מאיר דאין זה רוב גמור אלא כרוב שאינו גמור ולכן אין דינה מה"ת לגדולה רק לספק גדולה או קטנה וצריכה גט לקידושי' שנתקדשה מעצמה היכא דאין לה אב והוי ככל ספק דמחמרינן ועיין במהר"ם לובלין שם ומה שכתב בתי' השני שלו בכוונת התוס' דהך א"נ הוי חדא עם מה שכתבו התוס' מתחילה באמת זהו דוחק וע"כ העיקר בפשט דברי התוס' כמו שכתבתי בעז"ה:

לא

ויהי' איך שיהי' עכ"פ מוכח מן פשט דברי התוס' בתירוצם השני דדווקא אם יש סימן עליון בזה מצרכינן גט לקידושי' אבל אם אין לה סי' העליון לא היתה צריכה גט לקידושי' וקשה הא אף בלא חזינן סי' העליון ג"כ צריכה גט לקידושי' מחשש שמא נשרו כיון דיש לה חזקה דרבא וכדקיי"ל בנדה דף מ"ה ובוודאי לא יפלוג ר' מאיר ע"ז דאל"כ תקשה ע"ז מהך דר' מאיר הזה וע"כ מוכח מזה דכיון דיש לה חזקת פנוי' וחזקת קטנות ביחד או משום חזקת פנוי' לחוד דבלא סי' העליון לא הי' חיישינן לשמא הי' לה סימנין ונשרו כיון

דלא ידעינן אם הגיעה לשנים עשר שנה והא דב"ב דף קנ"ו דבודקין לקידושין וחיישינן דשמא נשרו וכמש"כ התוס' שם שאני התם משום חזקה דרבא דכיון דהגיעה לכלל שנים שייך חזקה דרבא משא"כ בספק אם הגיעה לכלל שנים מוקמינן על חזקת פנוי' וחזקת קטנות רק אם חזינן דבא סימן העליון דמסתמא כבר בא התחתון והיכא דיש לה סימנין אז א"צ עדות שנים כמש"כ התוס' בקידושין דף ס"ד בשם הר"י לחד שיטה:

לב

וגם לשיטת רש"י בקידושין דף ס"ג שם דאף דיש לו ב"ש מ"מ בעינן עדות על השנים וכס"ל כן לרוב פוסקים וכדקיי"ל כן לדינא י"ל דע"י סימן העליון איתרע חזקת קטנותה וחזקת פנוי' וכמש"כ ר"ע איגר זצ"ל בתשובה סי' ז' בד"ה ומ"מ יש להקל קצת בזה כו' משום דרוב קטנים אין מביאין שערות כו' וע"כ בבא סימן העליון דמוכיחין מזה דבא סימן התחתון דע"י זה איתרע חזקת פנוי' וחזקת קטנות וע"כ צריכה גט. משא"כ כ"ז דלא חזינן סי' העליון א"צ גט כלל כדמשמע מדברי התוס' דאף מצד חומרא מדרבנן ג"כ לא היתה צ"ג א"כ מוכח מן התוס' הזה כשיטת הב"ש בסי' ל"ז ס"ק ה' ואפשר לומר דהתוס' ס"ל כהחלקת מחוקק דהחמיר שם משום דיש לחלק דשאני בנידון דהח"מ כיון דהרי היא בוגרת לפנינו ויש חזקה דהשתא לכן החמירו חז"ל בזה משא"כ בנידון של התוס' דלא איתרע כעת וליכא חזקה דהשתא לפנינו י"ל דמודה החלקת מחוקק דאין להחמיר בזה כיון דיש חזקת פנוי' וחזקת נערות ביחד וע"כ בנ"ד דיש לנו שני חזקות ביחד ודאי מותרת וכדמוכח מן התוס' הזה:

לג

ויש לומר דמודו התוס' להך דין של הרשב"א המובא בסי' קנ"ה סעי' י"ד משום דבנידון דהרשב"א דצריכה מיאון א"כ איתרע חזקת היתר שלה וכמש"כ לעיל בארוכה וכן ראיתי כעת סברא זו במהרי"ט סי' מ"א והובא בשב שמעתתא שמעתא ו' פ' י"ח [ואף שדחה שם בסברא לדברי המהרי"ט עכ"ז כבר הוכחתי לעיל כדברי המהרי"ט בסברתו זאת מן יבמות דף קי"ג דא' שמואל אשת חרש חייבין עליו א"ת כו' דעתים חלים עתים שוטה וקשה דנימא אוקי אחזקת פנוי'. ואפשר לומר דשמואל לטעמי' דס"ל בקידושין דף מ"ד בנתקדשה שלא לדעת אבי' דחיישינן שמא נתרצה האב משום דס"ל דכיון דנתקדשה עכ"פ א"כ איתרע לה חזקת היתר שלה ומה"ט ס"ל כן גבי אשת חרש שלא להעמידו על החזקה אבל באמת ז"א דהא התם בנתקדשה שלא לדעת [אבי'] דהחמיר שמואל אין זה רק חומרא מדרבנן אבל מה"ת ודאי דמהני חזקת פנוי' וחזקת היתר אף היכא דאיתרע וכמש"כ הפני יהושע בכ"ד ואילו התם ביבמות דאמר שמואל גבי קידושי חרש דחייבין אשם תלוי דמוכח מזה דס"ל דגם מה"ת לא מהני חזקת היתר כלל. דמזה הוי סייעתא

לעיקר סברת המהרי"ט דכיון דצריכה גט עכ"פ מדרבנן ע"כ ממילא מרעינן עי"ז לחזקת היתר שלה והוי ספק השקול מן התורה ולכן מחויב א"ת ועיין בפני יהושע מזה לגיטין ד' כ"ח והעיקר כמש"כ:

ענף ז

לד

והנה הרמב"ם בפ"ג ה' אישות ה' י"ד כתב היתה הבת ספק בוגרות כו' בין שקידשה היא עצמה שלא לדעת אבי' ה"ז מקודשת מספק כו' והלח"מ שם הקשה דהא יש לה חזקת פנוי' וחזקת נערות ותי' דמיירי דנולד בה מכבר ספק סי' נערות דאזלינן לחומרא וכמש"כ הרמב"ם פ"ב ה"א ה' ח' ובנדה ד' מ"ז והרמב"ם גריס שם אלו הם סימני נערות וכמש"כ הלח"מ שם ה' ז']. וע"כ לא סמכינן בזה על חזקת פנוי' וחזקת נערות כיון דעברו ששה חדשים מאותו העת כו' ולענ"ד יש להסביר דבריו ע"פ מש"כ האחרונים דבספיקא דדינא לא מהני חזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין וע"כ ה"ה בהנך סימני נערות דנדה ד' מ"ז דזהו הוא ספיקא דדינא כמבואר שם ואי נימא דהדין הוא דהם הוי סימני נערות אז ממילא היא עכשיו בוגרות כיון דעברו ששה חדשים וכשיטת הרמב"ם. וע"כ שפיר פסק הרמב"ם דצ"ג מספיקא אבל בספק במציאות ובמעשה גם הרמב"ם ס"ל דסמכינן על חזקת פנוי' וחזקת נערות וכמש"כ הלח"מ להקשות כן על הרמב"ם ובפרט לפי מש"כ לעיל דכיון דקיי"ל בנתקדשה שלא לדעת אבי' דמותרת משום דסמכינן על חזקת פנוי' והא גם הרמב"ם פסק בנתקדשה שלא לדעת אבי' דאין להחמיר וע"כ מוכח כמש"כ. הלח"מ בכוונת הרמב"ם והוי סייעתא מן הלח"מ למה שנתבאר בעז"ה:

לה

וכן יש לומר כעין סברא זו בהא דכתובות דף ע"ג ע"ב דאמרו תנא ספוקי מספקא לי' וספק איסורא לחומרא ולא אמרינן אוקי אחזקת פנוי' משום דשם הספק הוא בכלל בני אדם אם מקפידין על נדרנית:

א"כ גם בזה שייך סברת האחרונים הללו דאטו בשביל החזקה יבורר הדבר מן סתם ב"א וע"כ לא שייך שם לדון להחזקת פנוי' וחזקה לא שייך רק לברר הספק הפרטי ע"ז וגם לפי מש"כ לעיל דהיכא דאינה ראויה לקידושין כלל לפי צד הספק בזה לא קרינן דאיתרע החזקה. משא"כ בזרק הקידושין ספק קרוב לה כו'. דהיא בעצמה ראויה להתקדש וע"כ בזרק איתרעי החזקת היתר וכמש"כ לעיל א"כ ודאי יש לחלק בפשיטות להך דכתובות דף ע"ג הנ"ל דמקרי זה איתרע לחזקת היתר שם ולכן החמירו שם. אבל בנידון של הרמב"ם פ"ג ה"א ה' י"ד וכן בנ"ד דהוי ספק שמא היא עדיין נערה א"כ אינה ראויה להתקדש בעצמה כלל ולכן מקרי זה דלא איתרע להחזקת פנוי' ורק היכא דצריכה

מיאון שאני אבל היכא דלא צריכה מיאון כמו בנ"ד שלא הלך אבי' למדינת הים ועיין באה"ע סי' ל"ז סעי' י"ד או היכא דנתקדשה שלא לדעת אחי' ואמה וביתומה דא"צ מיאון כמבואר בסי' קנ"ה סעי' ב']. בכה"ג שפיר י"ל כמו שנתבאר בעז"ה וכן י"ל לפי מש"כ לעיל לדון לסברת אוקי אחזקת מ"ק גבי ספק בוגרות ואין מוציאין אותה מן חזקת האב מספיקא. ולכאורה יש לסתור לזה מן דברי הרא"ש לנדה דף מ"ז בפ"ה סי' ג' דהלכה כדברי כולן להחמיר ואם קידשה בעצמה בחיי אביה צ"ג:

וכ"כ כל הראשונים אבל באמת אין זה סתירה כלל דהא התם בנדה הוי ספיקא דדינא וע"כ לא מהני התם החזקת מ"ק לברר הדין ואף דחזקת מ"ק הוי חזקה אלימתא מצד בירור הדבר וכמש"כ לעיל בארוכה עכ"ז הא באיסורין לא מהני בספיקא דדינא לברר רק בממון מהני חזקת מ"ק אף בספיקא דדינא מצד דאין לנו כח להוציא מן החזקת מ"ק בלא ראי' דדינה גם כמו מוחזק. אבל באיסורין דבעינן דיהיה בירור הענין ובספיקא דדינא לא מהני זה כנ"ל. ובאמת הא הוכחתי לעיל מן טעם אחר לדחות להסברא שכתבתי לדון בזכות האב בבתו דיש בזה חזקת מ"ק דז"א וכמש"כ לעיל בארוכה [ולפי מש"כ לעיל בכוונת הש"ס בכתובות דף ע"ג כן יש להסביר עפ"ז לדברי התוס' חולין דף פ"ו ע"א ד"ה מ"ט דר"מ כו' שכתבו וי"ל דמספקא לרבנן אי רוב מעשיהם מקולקלים כו' והשתא לא מהני חזקה מידי עכ"ל דכוונתם דאטו בשביל החזקה יבורר הרוב איך הוא וכמש"כ לעיל כעין זה וקצרתי לפי דאכ"מ]:

לו

ועוד יש לדון להיתירא ספק ספיקא בנ"ד דהוי ספק שמא היא עדיין קטנה ואת"ל דכבר התחיל ימי נערותה שהגיעה לי"ב שנה והביאה ב"ש ונשרו אכתי ספק שמא לא עברו עדיין ו' חדשים מעת נערותה עד הנה ואינה בוגרות כעת א"כ לשני צדדי הספק הללו אינן חלין הקידושין כלל ודוקא בנידון של הרשב"א המובא בסי' קנ"ה סעי' י"ד דהחמיר אף דיש שם ספק ספיקא היינו ספק שמא לא הגיעה לכלל שנים וספק שמא לא הביאה ב"ש משום דהוי ס"ס מן שם א' וכמש"כ הב"ש שם בס"ק כ"ב דהוי ספק א' שמא קטנה או גדולה וכן כתב המהרי"ט בסי' מ"א ע"ש וזהו דוקא התם כיון דאין נפ"מ בין המתירים אבל בנ"ד הא יש נפ"מ רבתא בין הנך ספיקות דאם נימא דעדיין היא קטנה א"כ פטורה מכל המצות וגם נפ"מ גבי זכות האב בה לענין שיכול למוכרה:

אבל אם היא נערה א"כ חייבת במצות ואין יכול האב למוכרה רק דיש לו זכות לקידושי' ולמע"י והיכא דיש נפ"מ בין המתירים לא מקרי ס"ס מש"א כמבואר ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס וגם משום דבעינן ס"ס המתהפך אין לפקפק בזה דהא כבר כתב הש"ך בכללי

הס"ס דלכן בספק על הארי וספק דרס מתירין משום דהא אין יכולים לומר שמא דרס אלא אם נאמר דעל הארי כו' וה"ה בנידון דידן הא אין אתה יכול לומר דהיא בוגרות כעת רק אי נימא שכבר הגיעה לי"ב שנה וגם הביאה ב"ש קודם ששה חדשים מהיום ע"כ יש לנו ס"ס מעליא דמתחילה צריכים לדון על ספק א' ואח"ז על ספק ב':

לז

ועוד דהא עיקר מילתא מה דיש לנו להחמיר בנ"ד הוא רק לשיטת הרמב"ם דס"ל דאחר ששה חדשים מעת הבאת השערות היא בוגרות אף בלא סימני בוגרות וכמש"כ הח"מ והב"ש בסי' ל"ז סעי' ו' וכמש"כ מעכ"ת ורבים חולקים על הרמב"ם בזה וס"ל דעיקר מילתא דבגרות תלוי אם יש לה סימני בוגרות דנדה דף מ"ז. והנה שיטת הרמב"ם בפ"ג ה' א"ב ה' ב' דפתוי קטנה רצון הוא וכתב המ"מ שם דהוכיח כן מן קושיות התוס' כתובות דף ט' דאמאי לא דיינינן שם ס"ס ספק קטנה וספק אונס בגדולה ולא ס"ל לסברת התוס' דהוכיחו שם מזה דס"ס מן שם א' לא מהני א"כ לשיטת הרמב"ם דמיירינן להחמיר בנ"ד הא לדידי' יש לדון שפיר לספק ספיקא אף מן שם א' דהוי ס"ס מעליא ולכן שפיר יש לנו לדון להך ס"ס ולהיתירא משום זה ובפרט דנתבאר דזה לא הוי ס"ס מש"א וגם יש לדון עוד ס"ס לדידן דיש לנו חולקים על הרמב"ם וס"ל דכ"ז דלא הביאה סימני בוגרות אין דינה כבוגרות א"כ יש לנו בלא כל הנ"ל ספק ספיקא מעליא היינו ספק שמא אינה ו' חדשים מעת נערותה דבזה אינה כבוגרת גם לשי' הרמב"ם ואת"ל דעברו עליו ו' חדשים מעת נערותה עכ"ז ספק שמא הלכה כהחולקים על הרמב"ם וס"ל דכ"ז דלא הביאה סימני בוגרות כלל וכפי המבואר בנדה דף מ"ז דאינה כבוגרות כלל וזה הוי ג"כ ס"ס מעליא:

לח

ונתבאר היתר נכון בנ"ד דיש לנו לסמוך על חזקת פנויה וחזקת קטנות או חזקת נערה ואף להח"מ דהחמיר י"ל דז"א רק שם דאיתרע עכשיו דהא הרי היא בוגרות לפנינו משא"כ כל זמן דלא איתרע עכשיו כמו בנ"ד גם הח"מ מודה להב"ש דסמכינן על חזקת פנוי' וחזקת קטנות ונערות. ואף בחזקה העשויה להשתנות שיטת האחרונים דמהני כ"ז דלא איתרע כעת. ועיין בש"ש שמעתא ו' פ' י"ז י"ט ומה שהביא בשם המהרי"ט והתוס' ביבמות דף ס"ח ע"א ד"ה רישא פסולי כהונה כו' בסה"ד שכתבו דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן תשעה כ' דחזקה קמייתא איתרע לה וקצרתי וגם י"ל דסברת החלקת מחוקק דהחמיר וס"ל דלא סמכינן על חזקת פנויה וחזקת קטנות דזהו משום דהא מצינו בריש נדה דהחמירו חז"ל גבי קדשים דמטמאין למפרע וכמו כן גבי חומרא דחמץ דהחמירו לדון מחזקינן מזמן לזמן כמבואר באו"ח סי' תס"ז:

וה"ה גבי חומרת א"א החמירו חז"ל בכזה אבל ז"א רק באיתרע עכשיו ולא כמו בנ"ד דלא איתרע כלל כעת. ובאמת אין אנו צריכים לזה דהא העיקר הוא כמש"כ הב"ש בסי' ל"ז ס"ק ה' כנ"ל וכמו דהוכחתי כן מן התוס' נדה ר"פ בא סימן כנ"ל וגם הא נתבאר דיש לנו ספק ספיקא מעליא ע"כ אין לנו להחמיר בזה:

ענף ח

לט

כל זה כתבתי להתלמד על מקום אחר ולמלאות בקשת כת"ר שביקש ממני לעיין ולחוות דעתי בזה אכן באמת אין זה נצרך לענינינו לפי המבואר בהגב"ע אשר המקדש חטף המטבע מידה וקידשה בו. א"כ הא מבואר בסי' כ"ח סעי' ב' דבכה"ג אינה מקודשת דיכולה לומר דידי שקלתי אם לא הי' שדיך. ואף דהב"ש בס"ק ז' כתב דיש לחלק דגזל מעות שאני דדומה לחוב:

עכ"ז הא הוכיח מן קדושין דף נ"ב דחטף סלע מידה וקידשה דדוקא בשדיך מקודשת וזה מוכרח ומעכ"ת הביא לירושלמי בקידושין פ"ב ה' א' דאמר אילו איתמר כלי יאות סלע דרכה להתחלף. דמבואר דס"ל לירושלמי דחטף סלע דינו כמו חוב דא"י לומר דידי שקלתי וכבר הקדימו המקנה בק"א לקידושין בסי' כ"ח ס"ק ב' והביא לירושלמי הזה ופי' ג"כ לכוונת ירושלמי דס"ל דגזל מעות דומה לחוב משום דעבידי למיחלף וע"ש וכן הובא הירושלמי הזה בהמפרש לביאור הגר"א זצ"ל באה"ע סי' כ"ח ס"ק ח' ע"ש:

מ

ובאמת גם ע"פ סברא קשה לומר דסלע הגזול יהי' כמו חוב דהא ע"פ דין אסור להגזלן להשתמש בהמעות שגזל ולהחליפן על מעות אחרות כ"ז שאין לו רשות מן בעל המעות וכמו כל מעות צרורין דמבואר בכ"ד דאסור להשתמש בהם וה"ה להחליפן. וכוונת הירושלמי נ"ל לפרש כן והוא דבירושלמי לקידושין שם בפ"ב ה' א' לעיל מיני' דמקדשין בגזילה אם נתייאשו הבעלים ממנה ואם לא נתייאשו אין מקדשין. ופי' המראה הפנים שם בד"ה אית תנוי תני מקדשין בגזילה דבגזל דידה מיירי כו' וזהו משום דס"ל להירושלמי דיאוש קונה מדרבנן וכמש"כ הרא"ש בב"ק פ"ז סי' ב':

והרמ"א באה"ע סי' כ"ח סעי' א' והב"ש שם ס"ק ו' דאחר יאוש אינה יכולה לומר דידי שקלי והביא שם לדברי הישו"ש פ"ז סי' ז' והנה הש"ך בח"מ סי' שס"ח העלה דסתם גזילה לא הוי יאוש ועיין מזה בב"ש סי' כ"ח ס"ק א' וי"ל דלכן אמרו בירושלמי דדוקא בנתייאשו מקדשין דמשמע דדוקא בידוע שנתייאשו אבל באין ידוע דנתייאשו אין מקדשין משום דס"ל דסתם גזילה לא הוי יאוש והנה באבידה מצינו דדבר שיש לו סימן לא מייאש אף אי סימנין דרבנן וכמש"כ התוס' בגיטין דף כ"ז ע"ב ד"ה סימנין דאורייתא

ובב"מ דף כ"ז ד"ה מה שמלה א"כ ה"ה יש לחלק כן גבי סתם גזילה דבחפץ סתמא יש בו סימן דלא מייאשי. ואם גזל דבר שאין לו סימן יש מקום לומר גם גבי גזילה דסתמא הוי יאוש ואף דמן הש"ס דילן בקידושין דף נ"ב בההוא גברא דחטף זוזי מחברי' כו' דאמרו לית דחש לדר"ש דא' סתם גזילה הוי יאוש בעלים. דמשמע דאף במעות דהוי דבר שאין בו סימן דבזה ג"כ אמרינן דסתם גזילה לא הוי יאוש עכ"ז אפשר לומר דשיטת הירושלמי לחלק גם גבי גזל בין דבר שיש בו סימן לאין בו סימן:

מא

וזה שאמרו בירושלמי אילו אתמר כלי יאות דבכלי כיון דסתמא יש בו סימן ע"כ אמרינן דסתם גזילה לא הוי יאוש וא"מ אבל סלע דרכה להתחלף כוונתם דבמעות דדרכן להוציאן בהוצאה ע"כ מקרי מטבע דבר שאין בו סימן וכמבואר בב"מ דף כ"ה ע"ב ובח"מ סי' רס"ב סעי' י"ג דלכן הוי מטבע דבר שאין בו סימן לפי שדרכן להוצאה וזה שאמרו בירושלמי דסלע דרכה להתחלף. דיוצא בהוצאה ומפחלף בין הרבה אנשים מן יד אל יד ולכן אין בו סימן ואמרינן במעות דסתמא הוי יאוש בגזילה. ולפ"ז אין הכרח להוכיח מן הירושלמי דס"ל דבסלע יהיה דינו כמו חוב מפאת דיכול להחליפן דז"א ואין הדעת סובל לומר כן וכיון דנתבאר דעיקר סברת הירושלמי הוא משום דס"ל במעות דיינינן דסתם גזילה הוי יאוש בעלים ולכן בנ"ד דנראה ממכתב כת"ר דלא שייך בנ"ד להסתפק שמא היה יאוש ע"כ ודאי אינה מקודשת ובפרט דהא מוכח מן הש"ס דילן דאין לחלק בין מעות לכלי כלל גבי סתם גזילה וכנ"ל. ולכן אין לנו להחמיר:

מב

אך מה שהוכיח כת"ר מן ב"ק דף צ"ו דגזל זוזי ועבדינהו נסכא קני תיפוק לי' בלא"ה הא בזוזי דינן כחוב וקנה כבר המעות אע"כ מוכח דבזוזי הגזולים אין דינן כחוב לדעתי יש לדחות זה משום די"ל דמיירי בהוזל המטבע ע"כ אם לא היה קונה בשינוי הי' יכול להחזיר לו אותו המטבע ולומר הרי שלך לפניך כמו בגזל מטבע ונפסל וכמש"כ התוס' בב"ק דף צ"ז בד"ה המלוה את חבירו על המטבע כו' משום דיכול לומר דלא רציתי מעולם לקנות את המטבע בתורת חוב ולכן יכול לומר הש"ל משא"כ השתא דקנינהו בשינוי מחוייב לשלם דמי המטבע מה שהי' שוין בעת שעשה הנסכא מהמטבע וכמו בתברי' ושתיי' דכי ליתנהו בעיני' משלם כמעיקרא אבל אם לא הי' קונה אותם בשינוי הי' יכול להחזירם כמו שהם בעיני' אף בהוזל. וע"כ עדיין יש להסתפק דלמא נקנה להגזלן המעות בעיני' וכמו גבי חוב אך באומר לא רציתי מעולם לקנותן בתורת חוב בוודאי יכול לומר כן דאין לחייבו בע"כ בסברא זאת. ובלא כוונה לא קנה בע"כ וכמש"כ התוס' בב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתא דציבי כו' דאם יודע ואין מתכוין לקנות לא קני כו' וכיון

דאומר ברי לי שלא רציתי מעולם לקנותו א"כ אין מוציאין ממנו מספיקא והממע"ה אבל להחזיק עדיין י"ל דקנהו בתורת חוב וכמש"כ הב"ש דיש מקום להסתפק בזה ונדחה ראיות כת"ר:

מג

אבל באמת אין שום מקום להסתפק כלל בזה דהא הב"ש הוכיח מן הך דחטף סלע מידה דמשמע דדוקא בדשדיך אבל אי לא שדיך א"מ. וכן מוכח מקידושין דף נ"ב ע"ב גבי ההוא גברא דחטף זוזי מחברי' ושדא לה א"ל מיקדשת לי א"ל לית דחש לדר"ש דאמר התם גזילה יאוש בעלים אלמא דלא אמרינן דהמעות נעשין מלוה אצלו וקידשה בשלו משום דבאמת אין נפ"מ בין חפץ למעות. ואף דנימא דמירושלמי הנ"ל יהיה פירושו כפירוש המקנה והמפרש של ביאור הגר"א זצ"ל עכ"ז הא כיון דמן ש"ס דילן מוכח דאין לחלק ע"כ העיקר כהש"ס דילן ובפרט דנתבאר דאין פירושם מוכרח כ"כ בכוונת הירושלמי ואין אנו צריכין לראיות ע"ז דברור ופשוט דמעות גזילה אין דינו כמו חוב וגם במעות פקדון אם הם צרורין אסור להשתמש בהם. ואף דיש לחלק דשאני התם דחזינן דמקפיד ע"ז מדנתן לו צרורים עכ"ז הא במעות אבידה דלא טרח בהו מבואר בב"מ דף כ"ט ע"ב דאסור להשתמש בהם ולא אמרינן דהבעלים אינם מקפידים עליהם וכש"כ בגזל ממש:

ובודאי אין לחלק ולומר דשאני גבי קידושי אשה בגזל דידה:

ופשוט וברור דיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי גם גבי מעות גזולים:

מד

וכמו כן כתב הרא"ש בפ"ב דקידושין סי' ל"א שהקשה דמפני מה אמרו גבי ערלה וכלאי הכרם דמכרן וקידש בדמיהם מקודשת הא הני זוזי לאו דידי' נינהו שצריך להחזיר הדמים כיון שמכר לו איסורי הנאה כו'. הרי דלא אמרינן דהמעות הוי בתורת חוב אלא דהמעות הוי כמו גזל חפץ ואינה מקודשת ואף לפי מה דמסיק הרא"ש שם והר"ן שם והובא בב"ש סי' כ"ח ס"ק נ"ט דכתבו דאף בלא הכיר הלוקח ג"כ מקודשת כיון שלהוציאם נתן לידו והוי כהלואה בידו ומקדש בהם כו' א"כ ז"א שייך רק התם דדרך מקח וממכר באו לידו ע"כ הוי כמו הלואה אבל בגוזל מעות דלא שייך לומר שלהוציאם נתן לידו והוי במקום מק"ט כמו גזל גמור וע"כ אינו יכול לקדש בהו אשה וכמו בגוזל חפץ ואינם מחלקים בין גזל חפץ לגזל מעות וכ"כ הרשב"א בחי' לקידושין שם:

מה

ובירושלמי לקידושין פ"ב ה' ח' על משנה דמכרן וקידש בדמיהם מקודשת דזאת אומרת שמקדשין בגזילה ופי' הפ"מ טעמו דסתם גזילה יאוש בעלים ואי נימא כמש"כ

כת"ר והמקנה והמפרש של ביאור הגר"א זצ"ל בכוונת הירושלמי בפ"ב ה' א' דבסלע שמחליפין אותו דיכול לקדש בו אף דהוי סלע הגזול לפי שנשאר רק בתורת חוב עליו א"כ כש"כ בקיבל מעות עבור מכירה רק דנתבטל משום מקח טעות דיהא יכול לקדשה משום דאינו מקפיד על גוף המעות רק קם עלי' בתורת חוב לבד ומקדש בדבר שלו ואיך מוכיח הירושלמי דמקדשין בגזילה ומוכח מזה דכש"כ גזל מעות דאינו מקרי חוב אלא גזלן ממש על גוף המעות וכוונת הירושלמי דפ"ב ה' א' דאמרו דסלע דרכו להתחלף. הוא כמו שכתבתי לעיל לפרש דהחילוק בין כלי לסלע הוא דס"ל להירושלמי דסתם גזילה בכלי דיש בו סימן לא הוי יאוש בעלים משא"כ במטבע דאין בו סימן י"ל דמודו רבנן לר"ש דסתם גזילה הוי יאוש ואפושי פלוגתא בין רבנן לר"ש לא מפשינן כן י"ל בכוונת הירושלמי וכמש"כ לעיל:

מו

והא דמוכיח כאן בירושלמי פ"ב סוף ה' ח' מהך דמכרן וקידש בדמיהם מקודשת דזאת אומרת שמקדשין בגזילה וכפי גירסת הפ"מ שם אף לפי מה שכתבתי לשיטת הירושלמי דמחלק בין כלי גזולה למעות גזולים גבי סתם גזילה אם הוי יאוש עכ"ז יש לומר בכוונת הירושלמי דאמרו זאת אומרת שמקדשין בגזילה. דכוונתו הוא להוכיח דמקדשין בגזילה היינו היכא דהיה יאוש בעלים ואשמועינן כשיטת הסוברים דקידשה בגזל דאחרים לאחר יאוש דמקודשת אף דהמקדש לא קנהו עדיין רק האשה קנתה מצד דהוי שינוי רשות בידה וכמבואר באה"ע סי' כ"ח סעיף א' ופלוגתת הראשונים בזה הובא בביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ד' ועיין ברא"ש לב"ק פ"ז סי' ב' ובפלפולא חריפתא מזה ואין זה דוחק לומר דהירושלמי מיירי בקידש בגזל לאחר יאוש אף דנקט סתמא דמקדשין בגזילה דהא כן מצינו בירושלמי לקידושין פ"ב דין א' דאמרו אית תניי תני מקדשין בגזילה כו' ומפרשי שם דמאן דאמר דמקדשין בגזילה מיירי בנתייאשו הבעלים כו'. כמו כן י"ל הכא דכוונת הירושלמי להוכיח דמקדשין בגזילה לאחר יאוש דכוונתו הוא דכמו דבהך דמכרן וקידש בדמיהן מקודשת דזהו משום דבמעות אמרינן דסתמא הוי יאוש וכמו דאמרו בירושלמי לעיל מיניה בפ"ב דין א' כנ"ל. א"כ ה"ה גם בחפץ הגזול אם היה יאוש דמוכח דמקודשת כן י"ל בכוונת הירושלמי:

מז

ולדינא אין לנו לחוש ולומר במעות דסתם גזילה הוי יאוש משום דהא בש"ס דילן בקידושין דף נ"ב מוכח להדיא דאף במעות אמרינן דלית דחש לדר"ש דאמר סתם גזילה הוי יאוש ובח"מ סי' שס"ח העלה הש"ך לדינא דסתם גזילה לא הוי יאוש. ואף דהב"ש בסי' כ"ח ס"ק א' כתב דלענין קידושי דרבנן מחמרינן אף בסתם גזילה דמדרבנן יש

לחוש דשמא הי' יאוש זהו היכא דהיה גזל דאחרים ובה אם היה יאוש היתה מתקדשת בקידושין גמורים מה"ת דהא קיי"ל לדינא דאם היה יאוש דקנאתו ע"י שינוי רשות ואף הוא קונה וכמבואר בסי' כ"ח סעיף א' והח"מ בס"ק ב' בשם המ"מ. אבל בגזל דידה דלא הוי שינוי רשות אף דהיה יאוש הא אף להסוברים דיאוש לבד קני הא אין זה רק מדרבנן וכמבואר בהרא"ש בב"ק פ"ז סי' ב' א"כ בסתם גזילה דלכל הפחות הוי ספק אם הוי סתם גזילה יאוש או לא. ע"כ ה"ל ספק דרבנן ולקולא ובפרט דרבו הסוברים וס"ל דיאוש בלא שינוי רשות לא קני אף מדרבנן. ועיין בב"ש סי' כ"ח ס"ק ו' ויש לנו ספיקות הרבה ולהיתירא היינו ספק שמא יאוש לבד לא קנו כלל ואת"ל דקני מדרבנן אכתי ספק שמא הלכה דסתם גזילה לא הוי יאוש כלל:

ובפרט דהעיקר לדינא כהכרעת הש"ך בח"מ סי' שס"ח דסתם גזילה לא הוי יאוש:

מח

והא דכתב הש"ך בח"מ סי' צ"א סוף ס"ק ל"ג דגבי דינר לא שייך להעמיד על חזקת מרא קמא לפי דניתן להוצאה ולכאורה דבריו מסייעין לסברת החילוק של הב"ש בסי' כ"ח ס"ק ז' דבמעות גזולים א"י לומר דידי שקלי די"ל דדומה לחוב אבל באמת אין שום סיוע מן הש"ך כלל דשא"ה דהא נתן לו הדינר להוציאן ולשום קנין ע"כ אף בחזר בו המוכר מ"מ הא הי' לו רשות להוציאן וע"כ לא שייך שם חזקת מ"ק וכמש"כ הש"ך שם דצ"ע בהדינר כו' כיון דמעות להוצאה ניתנה לא שייך מ"ק. וכמש"כ בארוכה מזה בספרי נחל יצחק בסי' צ"א שם. ולכן אף דיש מקום לומר דלכן ס"ל לרבנן דר"ש דסתם גזילה לא הוי יאוש משום דיש בזה חזקת מ"ק המסייע להבעלים עכ"ז הא במעות גזולין גם לדברי הש"ך בסי' צ"א הללו יש לדון בי' חזקת מ"ק כיון דלא ניתן לו להוצאה ובודאי אסור להגזלן להשתמש ולהחליפן על מעות אחרים וכנ"ל ובקצרה דגם במעות גזולין ממנה וקידשה ודאי לא שייך להחמיר ולומר דשמא היה יאוש ויש לנו הרבה ס"ס בזה ובפרט בנ"ד דאף אם נחמיר ונאמר דגם במקום דיש חזקת פנוי' וחזקת נערות יש להחמיר מ"מ הא אין זה רק מספיקא א"כ בצירוף כל הנך ספיקות ביחד אין לנו להחמיר כלל בנ"ד ונתבאר לנו שני היתירים נכונים בנ"ד ובאמת יש לסמוך להקל אף על היתר אחד מהנך שני היתירים דנתבארו בעז"ה וע"כ מותרת הבתולה להנשא בלא חשש ופקפוק כלל וכבר כתבתי לעיל אשר ההיתר הראשון שכתבתי לא הי' זה נצרך לענינינו כי באמת מספיק ההיתר השני לבד. רק כתבתי זה למען להתלמד במק"א וכפי בקשת כת"ר שביקש ממני לחוות דעתי בזה. ובאעה"ח יום ד' חודש כסלו תרי"ט לפ"ק:

סימן ס

נשאלתי באשה שנתקדשה בימי נעוריה בעת הבהלה ובמשך קטן נפרד בעלה ממנה ובמשך עשרה שנים בא איש אחד אנ"ח עוזב כו' ואמר שקידשה ומכרת אותה והאשה עצמה אינה מכרת לו. ובשמו הי' הכחשה שהאשה אמרה דשם בעלה הי' שמואל שכנא והאיש הנ"ל אמר ששמו שמואל ואח"ז השתדלה ג"פ ממנו וסדרו המסדרי גיטין שני גיטין גט אחד בשם שמואל שכנא וגט ב' בשם שמואל ועוד כמה ענינים יתבארו בתוך התשובה להלן ונשאלתי איך דעתי מסכמת לזה:

ענף א

א

תשובה בקצרה דזה הדין מבואר בקידושין דף ס"ג ובאהע"ז סי' ל"ז דנאמן ליתן גט ואין נאמן לכנוס ומשמע מכל הפוסקים דאף בבא מתחילה ע"מ לכונסה ג"כ נאמן ליתן גט והשער המלך פ"ט ה"א ה' י"ב הביא בשם השיטה דלא ס"ל כן אך הכריע כשיטת הפוסקים דלא מחלקי בזה ומה שהקשה השעה"מ מזה על שיטת הסוברים דחיישינן לאחזיק דיבורייהו באמת אינו קשה דהא מה דלא נאמן לכנוס אין זה רק מדרבנן ומה"ט אם כנסה אין מוציאין ממנו כמש"כ הרשב"א והמקנה בק"א סי' ל"ז ע"כ לא החמירו הכא משום חשש דאחזוקי שיקריי' דהא מה"ת לא חשדינן ליה במשקר ואין מדמין דרבנן לדאורייתא וע"כ נאמן ליתן גט ומה דיש לחוש בנ"ד דהיה לו אז עוד אשה אחת בסלוצק א"כ הוי זה בגדר א"א משים א"ע רשע אין לחוש לזה דהא ידוע מש"כ התוס' בב"מ דף ג'. ובכריתות דף י"ב:

דהיכא די"ל דעושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין לעזרה לא אמרינן כן א"כ ה"ה הכא י"ל דרוצה לישא אשה כיון דהאשה שהי' לו בסלוצק מתה כעת וכדי שלא יעבור על חר"ג אומר כן וראי' לזה מהא דסוף נדרים באשה האומרת טמאה אני לך נאמנת למשנה ראשונה ואף בטמאה ברצון כמבואר בסוגיא שם ושו"ע סי' קט"ז. והר"נ כתב שם דלא שייך התם לומר שוויי' אנפשי' חד"א דמשועבדת לבעלה ולא דיינינן התם הך כללא דא"א משים עצמו רשע וע"כ מוכח כסברת התוס' הנ"ל דהיכא די"ל דעושה תשובה לא דיינינן כן אך באמת אין אנו צריכין לראיות בזה כיון שמבואר בתוס' כן להדיא:

ב

ובמה שהכחישו בשם הבעל הלא ידוע מש"כ הר"נ בתשובה סי' ל"ג והובא בחתם סופר ח' אה"ע סי' ע"א כעין זה דזהו דבר העשוי להשתנות. אך יש לחוש בנ"ד מחמת שהוא עוזב דאינו נאמן אף באיסורין כמבואר ביו"ד סי' קכ"ז ש"ך ס"ק כ' א"כ אף דע"א נאמן בהא דנתקדשתי וא"י למי כמש"כ הר"נ דלא דיינינן הכא להך דאין דבר ערוה פחות

משנים. מ"מ הא היכא דאינו נאמן אף באיסורין גם הכא אינו נאמן ומ"מ י"ל דגם משום זה אין להחמיר בנ"ד דהא אמר לפניהם שמה שעזב דתו היה מחמת אונס וזהו דבר המצוי כידוע כו' בימים הקודמים ואף שמבואר ביו"ד סי' רל"ב ש"ך ס"ק כ"ה גבי שבועה דאינו נאמן לומר דהיה באונס הא הטעם שם משום דאונס לא שכיח. אבל בנ"ד מצוי ומצוי הוא בהו ואף מספיקא מבעי לן לדון ולתלות דהיה באונס וכעין מש"כ התבואות שור ליו"ד סי' ב' ס"ק ז' בספק אי לתיאבון או להכעיס דהוכיח מגיטין דף מ"ז דתלינן דלתיאבון דאף דאיתרע חזקת כשרותו מ"מ מוקמינן ליה על חזקת כשרות במה דאפשר ע"ש ומכש"כ בספק אי באונס או ברצון ובוודאי אם אומר ברי שהיה באונס דנאמן ע"ז והיכא שהיה עוזב באונס הא נאמן באיסורין על של אחרים כמבואר ביו"ד סי' קכ"ד סעי' ט'. ע"כ ה"ה הכא כיון דדיינינן על ליתן גט דדינו כמו כל איסורים דנאמן על של אחרים ועי' באה"ע סי' י"ז סעי' ו' ובב"י שם שהביא לתשובת הרא"ש שם מזה ובתשובת רע"א זצ"ל סוף סי' פ"ז:

ג

ועוד י"ל בנ"ד דהנה ראיתי בטיב קידושין לאה"ע סי' ל"ז סעיף כ"ב דנאמן ומותרת לו דפי' רש"י דלא חציף לומר בפני האב דמירתת דילמא מכחיש ליה דכתב דלפ"ז צ"ע אם מת האב ובא אחד אחר מיתתו ואמר דקידשה דתו לא מירתת וא"כ אינו נאמן לכנוס:

והוכיח דגם בכה"ג נאמן לכנוס והטעם הוא משום דלא פלוג כו' ע"ש ולי נראה טעם הדבר דאף לאח"מ נאמן לכנוס משום דהא כתב הרשב"א דגם באשה האומרת נתקדשתי וא"י למי דאם כנסה אין מוציאין דבאמת דינו כמו כל איסורין דאף היכא דיצרו תוקפו נאמן כמו בנדה וכה"ג דכיון דלא אתחזק איסורא דינו דנאמן מן התורה. וכמו שכתוב בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז ענף ב' דכיון דיש בזה ברי וחזקת היתר ע"כ הדין נותן דנאמן:

ועיקר הטעם דאמרו אינו נאמן לכנוס יש לומר דלכן החמירו חז"ל בזה כיון דיש ריעותא דאומרת אינו יודע ואינה מכרת לו אף עכשיו דאומר ומזכיר לה דקידשה. ע"כ משום ריעותא זו החמירו חז"ל ואמרו דלא יכנוס היכא דלא שייך לומר מירתת אך באומר לפני האב דיש בזה חזקה דלא חציף כו' נאמן לכנוס אף דהוי ריעותא דאינו מכירו עכשיו דמזכירו לומר אני קדשתי' אבל בבא לאחר מיתת האב לומר אני קדשתי' כיון דאין כאן ריעותא הנ"ל ממה דאינו מכירו ע"כ נאמן אף מדרבנן לומר ולכונסה כיון דלא שייך בזה הריעותא הנ"ל וכיון דעיקר חומרא זו הוי מדרבנן. ע"כ הבו דלא לוסיף עלה ומנלן

דהחמירו אף בכה"ג מדרבנן ומוקמינן אדינא וע"כ שפיר כתב בספר טיב קידושין להקל בזה אך לא מטעמי':

ד

ואין להקשות ע"ז מהא דכתב הב"י בשם רבינו ירוחם דדוקא בפני האב והובא ברמ"א הא לפמש"כ נאמן אף לאחר מיתתו י"ל לפי מה שכתבתי טעם הדבר דלכן אין נאמן לכנוס משום דיש ריעותא דעכשיו שמזכירו ומ"מ אינו מכירו ע"כ אינו נאמן רק משום דלא חציף א"כ לפ"ז הדין נותן היכא דאמר כן שלא בפני האב וכשנודע לאב מה שאיש פ' אומר דקידשה. ומ"מ אומר עדיין א"י דבכה"ג ג"כ הוי ריעותא זו דמזכירין לו ואינו זוכר דבזה לא מהימן רק משום דלא חציף ע"כ בעינן דוקא שיאמר כן בפני האב וכמו באשה האומרת גרשתני דדוקא בפני הבעל כו' אבל לעולם י"ל דהיכא דמת האב דלא שייך ריעותא זו כלל דנאמן לכנוס אף דלא שייך הטעם דלא חציף ובאמת לפמש"כ הטיב מקושר הטעם דלא פלוג חז"ל בזה תקשה עליו מן דברי ר' ירוחם הנ"ל דגם התם נימא הך דלא פלוג:

אבל לפי מה שכתבתי א"ש. ואחר כותבי זה מצאתי במקנה דף ס"ג ד"ה רב אסי כו' שכ"כ אך הקשה ע"ז מן דברי ר' ירוחם הנ"ל אבל לפמש"כ אינו ראיה מר' ירוחם לסתור זה:

ה

וכיון דנתבאר דעיקר הטעם דאינו נאמן לכנוס היכא דלא שייך דמירתת הטעם הוא משום דיש ריעותא דאינו מכירו ע"כ בנ"ד דאין כאן ריעותא זו כמו דאמרו בכתובות דף כ"ז וב"מ דף ל"ט דאמר ליה שפיר קאמר לך שיצא בלא חתימת זקן ובא בחתימת זקן ועכשיו לאחר כמה שנים הוא בחתימת זקן וכיון דלא הוי ריעותא זו בנ"ד ע"כ י"ל דלא החמירו חז"ל בכה"ג ומנלן להחמיר בזה והבו דלא לוסיף עלה ולכן יש לומר דאף לשיטת הסוברים דהובא בשעה"מ דס"ל דהיכא דבא מתחילה ע"מ לכונסה דאינו נאמן ליתן גט די"ל דמודו בנ"ד דנאמן לכנוס כיון דלא הוי הריעותא בנ"ד וע"כ ממילא נאמן ליתן גט מכש"כ אך מטעם אחר יש להחמיר בנ"ד דלא יהיה רשאי לכונסה לפי דעיקר הטעם דנאמן מן הדין הוא משום דדינו כמו איסורין א"כ כיון דהוי עוזב דאינו נאמן אף באיסורין כמבואר ביו"ד סי' קכ"ד סעי' ט' דהאנוסים אינם נאמנים על שלהם. ע"כ ה"ה היכא דהוי בחשש נוגע מן הדין אינו נאמן לכונסה. ומה"ט אף ליתן גט אינו נאמן להך שיטה דס"ל דחיישינן לאחזוקי דיבורא:

ענף ב

ו

אך כבר נתבאר דלדינא לא קיי"ל כהך שיטה משום דמוכח מכמה דוכתי דהיכא דהוי בחשש נוגע דהו"ל בע"ד דלא חיישינן לאחזוקי דיבורא אלא היכא דהוי מתחילה בתורת עדות דלא הי' נאמן אז מתחילה חשו בזה לאחזוקי דיבורא לשיטת כמה פוסקים ועפ"ז העירותי במקום אחר בדברי הנו"ב במ"ק ח' אה"ע סי' כ"ז בד"ה והנה ההפרש כו' ע"ש ואכ"מ וע"כ שפיר יש לדון גם בנ"ד דנאמן ליתן גט כיון דאינו כונסה א"כ הא בשל אחרים נאמנים ג"כ העוזבים דעזבו כו' באונס כמבואר ביו"ד שם דנאמנים בשל אחרים משום דכל זמן דלא נתברר לפנינו דנטלו שכר וכה"ג איזה הנאה עבור עדותן דלא חיישינן לזה וה"ה בנ"ד לא מחזיקינן איסור לחוש שמא שכרתו וכה"ג כיון דלא אתחזיק איסורא:

ז

ועוד יש לדון בנ"ד דאמר לה הרבה סימנים דכתבו הכתובה פעם אחרת משום טעות בשמו שכתבו שלום והי' צריך לכתוב שמואל וכן הסימן דנתקדשה שנית אז לו והיא מודית לי' ע"ז דיש לדון דכל הנך סימנים ביחד מצטרפים להיות נחשב לסי' מובהק וכעין הא דגיטין דף כ"ז ע"ב דלא חיישינן דילמא אתרמי שמא כשמא ועדים כעדים וכמש"כ כמה פוסקים דהרבה סימנים אמצעים מצטרפי להיות נחשב לסי' מובהק ואף דנימא דכל אחת בפני עצמו לא הוי דינו כמו סי' אמצעי רק כמו סי' גרוע:

מ"מ י"ל דבהצטרפות הרבה סי' גרועים חשוב עכ"פ לסי' אמצעי וראי' לזה מן דברי התוס' בב"מ דף כ"ה ע"א ד"ה ש"מ כו' בתי' השני דמנין וחרוזא הוי סימן אלמא דאף דכ"א בפ"ע לא הוי ס"א מ"מ ע"י צירוף ביחד נחשב לסי' אמצעי ואף תי' קמא דשם י"ל דמודה לזה רק ס"ל דשא"ה דכ"א בפ"ע אינו חשוב אף לסי' גרוע כלל ומזה מוכח כשיטת הפמ"א דכתב דשני סי' גרועים חשוב לסי' אמצעי ואכמ"ל:

ח

וגם י"ל דבנ"ד דהוי שלשה סימנים גרועים היינו סי' כתיבת הכתובה פע"ש וסי' השם דמחמת טעותו שהי' כתוב שלום ונודעו שצריך לכתוב שמואל כתבו הכתובה פעם שני וסי' הקידושין שני פעמים כל הנך שלשה סימנים גרועים ביחד דינו כמו כל סימן מנין דהוי לכה"פ סימן אמצעי כידוע והנה שיטת האחרונים דבאיסורין שאינם של ערוה סמכינן על סימנים אמצעים ג"כ והובא במראות הצובאות לסי' כ"ד ובספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ו':

ע"כ בנ"ד דיש ס"א שפיר י"ל דנאמן אף לכונסה כיון דדינו כמו כל איסורין שאינו של ערוה כמש"כ הר"נ דמה"ט עד אחד מהימן בה ע"כ ה"ה דסמכינן בזה על סי' א' לכ"ע:

ט

ולא מבעיא אם נתברר ע"פ עדים שהי' כל אלו סימנים בהך אשה אלא] אף אם לא נתברר כ"ז ע"פ עדים או עד אחד מ"מ כיון דהאשה אומרת דאמת אלו הן הסימנים ג"כ י"ל דמותר לכונסה וכעין מש"כ ההפלאה לכתובות דף כ"ב ע"א בתוס' ד"ה מנין להפה שאסר כו' דהיכא דהאשה אומרת ברי בזה נאמן האומר דקידשה אף לכנוס כיון דשניהם אומרים ברי ע"ש וה"ה בנ"ד דאומרת דאמת הם אלו הסימנים וכיון דנתבאר דע"פ אלו הנך סי' ביחד מותר לכנוס א"כ הוי כמו דאומרת ברי והוי לנו שניהם אומרים ברי דנאמן לכנוס ג"כ. ובוודאי אחר דכנסה וגירשה מותרת לכל אחר שהותרה לו:

ואין לנו להחמיר בזה דאינו רק חומרא מדרבנן וכעין זה כתב המקנה בקידושין דף ס"ג ד"ה נאמן ליתן גט כו' ע"ש ושאני תרי אמרי נתגרשה ותרי אמרי לא נתגרשה דקיימא לכל בספק אשם תלוי וקצרתי וע"כ אף אי נימא כשיטת הסוברים דס"ל דהיכא דבא ע"ד לכונסה דאינו נאמן ליתן גט דמ"מ שאני נ"ד דמותרת ליכנס ע"פ אמירת ברי של שניהם ע"כ בוודאי נאמן ליתן גט לכ"ע:

י

ויש לי להאריך בכ"ז עוד אך לפי שבאמת בנ"ד דהוא עוזב ואינו נאמן על שלו אף באיסורין ע"כ יש לומר דאינו נאמן לכנוס דאף ע"י אמירת סימנים הללו ג"כ לא סמכינן על דבריו דיש לחוש שמא היא אמרה לו להנך סימנים וחיישינן לקנוניא כיון דיש לנו הנאתו גלוי' דאומר כן כדי לכונסה והוי כמו בכל דבר שלו דאינו נאמן עוזב אף שעזב באונס כנ"ל שוב ראיתי דאין לצרף כלל הנך סימנים להיתירא כלל דיכול להיות שהי' שם בעת נישואין שלה וראה דכתבו הכתובה שני פעמים וכן קידשה שני פעמים וע"כ יודע מן הנך סימנים:

יא

אך כבר נתבאר דנ"ד הוי כמו דמעיד על דבר של אחרים דנאמנים כ"ז דלא חזינן דיש לו איזה נגיעה ע"כ לדינא לפי מה דנקטינן לדינא דלא חיישינן לאחזוקי דיבורא היכא דלא הי' מתחילה בשם עד רק בשם בע"ד ונוגע וכמש"כ בארוכה בספרי נחל יצחק סי' כ"ח סעי' ט"ז ע"ש ע"כ נאמן ליתן גט ולכן כיון דנתברר דהי' שני גיטין ממנו בקיעב. ע"כ דעתי מסכמת להקל ולהתירה וכמו שכתב כת"ר לדון להיתירא:

סימן סא

נשאלתי ע"ד עובדא בישא אשר א' קידש בתולה א' ברמאות והגב"ע מן שני עדים הוא אשר עד אחד העיד שבעת שנתן המטבע של עשרים קא"פ ליד הבתולה אמר לה כי מצא את המטבע זו שהי' שלו ביד קרובו שגנב ממנו ונתן לה המטבע שתכירנו היטיב אם זהו

שלו וקיבלה ממנו ואח"ז אמר האמ"ל ויותר לא שמע וכמדומה לי כי הבתולה לא שמעה כ"ז כלל והעד השני העיד כי לא שמע כלל רק הברכה ותיבת קידושין לבד שאמר כן מתוך הסידור שאחז בידו ופתוח לפניו והבתולה אומרת כי לא שמעה כלל ומה שקיבלה המטבע ממנו הי' זה לפי שהוא משרת אצל אבי' בהרחיים ומה שמרוויח בשכר הבתי הרחיים דרכו למסור לידה עבור אבי' והיתה אז נעורה מן מה שהיתה ישנה ולא שמעה כלל מה שאמר לה ותיכף כשראתה המהומה מה שהי' שם בעת הזה הניחה המטבע על השולחן וגם העידו העדים שנטלו שכר מן הבחור הבליעל בשביל שיעידו ע"ז בב"ד. והעלה כת"ר בהיתירא בשקלא וטריא בדברים נכונים בטוב טעם. וביקש ממני להזדקק ולחוות דעתי בזה. והנני עמוס ברוב טרדות למאוד וכן הנני חלש כעת בעו"ה וע"כ באתי רק בקצרה:

א

והוא כי לענ"ד נראה דבנ"ד אין כאן רק ע"א המעיד על הקידושין דהא עד השני העיד דלא שמע רק הברכה [עם] תיבת קידושין לבד שאמר הבחור והנה מבואר בסי' כ"ז סעי' ה' וב"ש שם ס"ק ט"ז דאם אמר קח טבעת זו קדושין לא הוי קידושין ול"ד לאומר בתורת קידושין כיון שלא אמר אני נותן לך עכ"ל הב"ש וכן כתב הרמ"א שם דאם אמר הרי הן קידושין אינו כלום ועיין בב"ש וח"מ שם ובאמת קידושין לחוד ודאי אינו כלום:

וע"כ לדברי העד השני אין ממש בהקידושין כלל ובפרט שאמר לשון ברכה ואמר המקדש כן לפי שראה אז כן בהסידור שפתח אז לפניו ונראה שהי' זה דרך ליצנות וע"כ ברור ופשוט דבנ"ד אין שם רק ע"א. ובקידושין בע"א כבר כתב הרמ"א דבמקום עיגון אין לחוש כמבואר בסי' מ"ב סעי' ב' וע"כ אף שלא במקום עיגון דמחמרינן בקידושין בע"א מ"מ זה קילא טפי מכל קידושי דרבנן:

דהא בקידושי דרבנן מחמרינן אף במקום עיגון. ואילו בקידושי בע"א מקילינן במקום עיגון בע"כ קילא זה טפי:

ב

והנה בנ"ד בעת דקיבלה המטבע לידה לא קיבלה זה בתורת קידושין רק על ענין אחר שנתן לה שתכיר את המטבע אם הוא שלו מתחילה וכפי שאמר לה. א"כ ה"ל זה כמו שתיקה לאחר מתן] מעות דפליגי בי' אמוראי בקידושין דף י"ג היכא דלא קבלתו בתורת פקדון ומבואר בשו"ע סי' כ"ח סעי' ה' דה"ל ספק מקודשת בכה"ג א"כ בנ"ד דלא ה"ל רק קידושין בע"א א"כ בספיקא דדינא בכה"ג בשתיק לאחר מתן מעות ה"ל ספיקא דרבנן דאזלינן לקולא בזה:

ג
עוד דהא הבתולה אומרת שלא שמעה כלל מה שאמר. וגם הא עד השני אומר שלא שמע וכן גם העד הראשון אמר שנראה לו שלא שמעה כלל וע"כ לא ה"ל טענה גרוע כלל מה שאומרת שלא שמעה וכפי שראיתי סברא זו בנו"ב ובקידושין בע"א ודאי דנאמנת לומר שלא שמעה גם בתורת מיגו דיכולה להכחיש להעד הראשון ולומר דלא אמר אז רק הברכה בהסידור היינו התיבות מקדש עמו ישראל ע"י חופה וקידושין וזהו תיבת קידושין ששמע גם העד השני ומה שכתב הב"ש בסי' מ"ב ס"ק וא"ו דאינה נאמנת במיגו דהיתה מכחישתו משום דהא אינו נאמן לומר דידי חטפי במיגו דהי' יכול להכחישו כמש"כ התוס' בב"ב דף ל"ד באמת זה אינו דהא התוס' כתבו שם דדוקא היכא שהי' חייב שד"א להכחיש להעד בזה לא מהימן במיגו אבל גבי קידושין דלא שייכא שבועה ודאי נאמנת במיגו ודברי הב"ש אינם מובנים וע"כ ודאי נאמנת במיגו לומר דלא שמעה כלל מה שאמר דיש לה מיגו דהיתה יכולה להכחישתו והיתה נאמנת וכמבואר ברמ"א שם:

ד
וזהו לרווחא דמילתא דבלא"ה הוי טענת לא שמעה טענה מעלייתא אף בלא מיגו דכיון דכן נראה מן העד השני דגם הוא לא שמע וכן אמר העד השני דנראה לו דלא שמעה וע"כ ניכרים דברי אמת דהאמת עמה. וגם הא יש לנו להקל בנ"ד ע"פ הא דנוטל שכר להעיד דעדותו בטילה כמבואר בח"מ סי' ל"ד סעי' י"ח ואף דנימא דאינו רק מדרבנן מ"מ הא בקידושי דרבנן אף בפסולים רק מדרבנן לא חיישינן כמבואר בסי' מ"ב סעי' ה' בסופו וכש"כ בקידושי ע"א בפסולי דרבנן דלא חיישינן כלל ובהך היתר דנוטל שכר להעיד יש לדון עדיין בהחזיר השכירות דמבואר בח"מ שם דמהני עדותן אם יעידו מחדש וברינ ס"פ האיש מקדש ע"ש. אך אין אנו צריכים לזה דאף בלא נטלו שכר להעיד ג"כ אין לחוש לקידושין בנ"ד משום הטעם שנתבאר לעיל דהוי קידושין בע"א וספק משום שתיקה לאחר מ"מ ובצירוף מה דאמרה לא שמעתי וכנ"ל. ודעתי מסכמת להיתירא וכמש"כ כת"ר להיתירא:

סימן סב

נשאלתי אודות בתולה א' אשר בליעל אחד קידשה ברמאות וכפי הגב"ע והוא ע"א העיד שראה כי הבחור משה נטל מכתב והניח בתוכו מטבע כסף ונתן המכתב להבתולה חנה מערא וא"ל בפני עדים אתם עדים והאמ"ל במטבע זו ואמר לה שבתוך המכתב מונח מעות והניחה המכתב לכיסה. עד שני העיד ששמע כי משה א"ל האמ"ל א"ע אבל לא ראה הנתינה לפי שהלך להתנור לעשן הטאבאק. עד שלישי העיד כי ראה שהבחור משה מסר המכתב להבתולה בחזרה כי זה הי' מכתבה שנתנה לו להוביל לאיזה עיר

וא"ל כאשר תסע בעצמך לשם ע"כ הנני נותן לך מכתבך בחזרה ואח"ז תיכף א"ל האמ"ל במטבע זו אתם עדים ואמרה לו אילו הי' מטבע בתוך המכתב הי' קידושין מעולים אבל הלא אין כאן כסף ואמר לה יש בתוכו מטבע כסף והלכה לפיר הויז רק אני לא ראיתי המטבע ואם השליכה המטבע לחוץ לא ראיתי ע"כ דברי עד השלישי והבתולה אומרת כי לא הבינה מה שאמר לה ולא נתכוונה לקידושין ומה שאמר לה כי בתוך המכתב מונח מעות לא האמינתו כלל וכאשר התחילו לשחוק בבית ואמרו לה ראה מה שמונח בהמכתב ופתחה המכתב ומיד השליכה המטבע מהמכתב. כ"ז הוא קוטב הגב"ע ונשאלתי לחוות דעתי בזה. וזה הי' במקום הדחק ועיגון:

ענף א

א

תשובה בקצרה והוא כי מבואר באה"ע סי' מ"ב בהגהות רמ"א בשם תשובת הרשב"א דצריכים העדים לראות הנתינה ממש לידה או לרשותה אבל אם לא ראו הנתינה ממש לידה אע"פ ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פ' ואח"כ יצא החפץ מת"י אינן קידושין עד שיראו הנתינה ממש. וכן מבואר בתשובת רשב"א והובא בב"י בזה"ל דאפילו היא מודה שלקחתו לשם קידושין לא מהני דעדות ראי' ממש בעי' עכ"ל והב"ש שם ס"ק י"ב הביא בשם המרדכי דכתב דאפילו לא ראו הנתינה אין לבטל הקידושין אם ראו דבר המוכיח כו' ובקדושין מהני ג"כ ידיעה בלא ראי' והמקנה שם כתב לפרש דלא פליגי דהרשב"א מיירי היכא דלא הוי אומדנא דמוכח אבל היכא דהוי אומדנא דמוכח י"ל דגם הרשב"א מודה והתומים בסי' צ' ס"ק י"ד כתב לחלק דשאני ממונות דלא איברי סהדי אלא לשיקרי ע"כ מהני ידיעה אף בלא ראי' משא"כ בקידושין גזירת המלך שאין חלין בלא עדים ע"כ לא מהני ידיעה בלא ראי' והקצה"ח בסוף סי' צ' השיג על האו"ת בזה:

ב

ולענ"ד נראה להוכיח דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח ודאי מהני בקידושין כגון היכא דראו עדים החפץ ביד המקדש ועכשיו אחר הקידושין בשעה מועטת כמעט רגע רואין החפץ הלז ביד האשה ובאופן דמוכחא דבעת שקידשה מסר אז הלז לידה ואף דבעת שקידשה וא"ל האמ"ל א"ע לא ראו אז מסירת החפץ לידה עכ"ז מהני זה בקידושין משום דידיעה בלא ראי' מהני בקידושין וכמש"כ הב"ש והוא דבחולין דף ל"ט אי' בבריא שאמר כתבו גט לאשתי רצה לשחק בה כו' ואם עלה לגג ונפל ומת [ופי' רש"י וכבר כתבו ונתנו העדים גט לאשתו] אם מעצמו נפל ה"ז גט ומוכיח הש"ס מזה דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו ודחי לי' הש"ס שאני התם דקאמר כתובו ופי' רש"י דקאמר ברישא כתובו ואיכא קצת הוכחה בתחילה ונפילתו גלויי מילתא בעלמא כו' והא התם בעת שכתבו

העדים ונתנו לה לא הי' אז שום הוכחה על הגט משום דאמרו רצה לשחק בה ואינו גט. רק אח"ז שנפל מעצמו מוכיחין עי"ז על למפרע והוי זה ידיעה בלא ראי' דהא בעת שכתבו וחתמו ונתנו הגט לא הי' אז כלל שום ממש בהגט דהא אמרו בזה דרצה לשחק בה ואינו גט ואף דאמר כתובו לא מהני כלל רק לבסוף דעלה לגג ונפל מעצמו נתגלה ונתברר מזה על למפרע ע"י הוכיח סופו כו' א"כ מוכח מזה דמהני ידיעה שלא בראי' וכש"כ לפי הוכחת הש"ס שם מעיקרא מזה דדייניגן הוכיח סופו כו' וכיון דחזינן דבגט מהני הוכחה וגילוי מלתא על למפרע אף בלא ראי' דהא שם בעת שנתנו העדים את הגט ליד האשה לא הי' אז שום ממש בהנתינה והוי כמו דלא ראו כלל לאיזה נתינה כיון דלא הי' אז שום ממש מן הנתינה ואפ"ה מוכיחין מן סוף על למפרע א"כ ה"ה בקדושין דיש לנו להוכיח מן סוף על למפרע דאף היכא דלא הי' ראי' בעת מעשה ג"כ מהני משום דגם בערוה דילפינן דבר דבר מממון דינו כמו בממון דמתקיים בידיעה בלא ראי' כמש"כ הרמ"ה בחו"מ סוף סי' צ' והובא בב"ש בסי' מ"ב ס"ק י"ב ואין לחלק בין גיטין לקדושין בזה וגם הא איתקשו להדדי:

ג

והנה האבני מילואים בסי' ל"א ס"ק ד' העיר בהא דגיטין דף י"ט דאם קראו העדים את הגט לאחר נתינתו לידה דמגורשת ואף דשיטת הרמב"ם והרשב"א וסייעתם דאם לא קראוהו כלל הוי רק ספק גט אכן אם קראוהו אחר הנתינה מהני ומוכח דאף דבשעת מעשה לא ידעו העדים מ"מ מהני במה שידעו אחר הנתינה ומוכיח מזה דה"ה בקדושין אף היכא דלא ידעי העדים בעת הקידושין רק נתברר זה להם אחר הקידושין דג"כ מהני הקידושין:

והעיר מזה להקשות על דברי הרשב"א דפסק דאם לא ראו הנתינה בעת הקידושין דלא מהני משום דלא מהני ידיעה בלא ראי' ואילו הכא בלא קראו הגט קודם הנתינה רק אחר הנתינה דהגט כשר ונשאר בצ"ע והנה לפי מה שכתבתי מוכח כן מהך דחולין דף ל"ט הנ"ל דמכשרינן להגט ע"י הוכחה דהוכיח סופו על תחילתו. והא התם לא הי' אף שום ספק כלל מקודם שעלה על הגג ונפל. דהא אמרו דרצה לשחק ואינו גט וגם התם הא מקרי דלא ראו בעת מעשה נתינת הגט דמה לי אם לא ידעו אם מה שנותן לה הוא גט או לא ידעו שציוה להם ליתן לה הגט דהכל מקרי דלא ראו הנתינה בעת שנמסר הגט ליד האשה וזה עדיף דהא התם בלא קראו מקודם הנתינה הוי עכ"פ ספק גט ואילו הכא כ"ז דלא עלה לגג כיון דלא אמר תנו אין שום ממש בהגט כלל ואפ"ה מהני ההוכחה מן אחר הנתינה לידה:

דבעת דעלה על הגג ונפל הוי גילוי מילתא על למפרע ומהני ומה דמקשה באבני מלואים בסתירת דברי הרשב"א אין זה קשה לפי דברי המקנה בסי' מ"ב בס"ק ד' בכוונת הרשב"א דשם דהרשב"א מיירי שם היכא דלא הי' אומדנא דמוכחא כו' ע"ש ודבריו מוכרחין ע"פ מה שהוכחתי מהך דחולין דף ל"ט ויש להאריך עוד בזה:

ד

וכ"ז הוא היכא דיש לנו הוכחה ברורה מצד ידיעת העדים אף דבעת הקידושין וכן בעת נתינת הגט]. לא נודע להם רק דיש להם הוכחה לאח"ז דהגיע לידה החפץ בעת הקידושין דיש לסמוך בזה על הך ידיעה שלא בראי' כיון דנתברר להעדים עצמם אח"ז דהוי גילוי מילתא על למפרע אבל היכא דליכא הוכחה ברורה ויש להסתפק דלמא הגיע החפץ לידה מקודם שקידשה או לאח"כ. בזה מבואר ברשב"א דלא מהני הקידושין וכמש"כ הרמ"א וכ"ע מודו בזה וכמש"כ המקנה שם ואף אם האשה מודה דהחפץ שנמצא אצלה הוא של אותו שמסר לה לקידושין ג"כ מבואר ברשב"א שהובא בבית סי' מ"ב דלא מהני כיון דלא ראו העדים הנתינה ואין להם הוכחה לזה זולת הודאתה והוי כאילו קדשה בלא עדים רק העיקר הוא דיראו בעת שנתן לה כי מה שמוכח להם מן הודאתה אין זה כלום. כן הוא פשט לשונם:

ה

והנה האבני מלואים בסי' ל"א ס"ק ד' כתב בשם המהרי"ט בחידושיו שהקשה על מה שנהגו לכסות פני הכלה בעת הקידושין וכמבואר באה"ע סי' ל"א סעי' ב' בהג"ה והא הוי כאילו קידשה בלא עדים ותי' האבני מלואים דכיון דיכולין העדים להחזיק בה ולראותה בעת הקידושין ע"כ מקרי זה מקדש בעדים והמהרי"ט העיר ג"כ מזה שם ולדעתי נראה דנסתר סברא זו מן דברי הרשב"א והרמ"א בסי' מ"ב הנ"ל נראה דלא ס"ל כן דהא התם בקידשה באתרוג יוצא מת"י קודם קידושין ברגע ממש מקודם ולא ראו בעת שמסר האתרוג לידה בעת הקידושין עד לאחר זמן רק האשה מודית דהאתרוג שת"י הוא של הבעל שקידשה בו דלא מהני הקידושין ואף היכא דידוע דהחפץ הוא של אותו האיש שקידשה רק לא ראו בעת שקידשה בו וגם תיכף לאח"כ לא ראו החפץ אצלה רק לאחר זמן דבלתי הודאתה יש להסתפק דאולי נתן לה במתנה לאחר הקידושין את החפץ שלו דלא מהני הקידושין בזה ולא אמרינן כיון דהיא מודית דהחפץ הגיע לה ע"י קידושין של אותו שקידשה לפני העדים:

א"**כ** הא לדברי האשה הוי כאילו אומרת קדשתני בעדים דהא היו יכולים העדים להחזיק בידה ולראות את החפץ בעת ששמעו בעת הקידושין שמקדשה בו דהחפץ הוא אצלה והיו רואין את החפץ בידה בעת הקידושין או תיכף לאחר הקידושין. ואז הי' מבורר

להם דקידשה באותו החפץ דנמצא אצלה. ולדברי האשה הא יכולים העדים לעשות כן וכסברת האבני מלואים הנ"ל והוי כאומרת קדשתני בעדים דשווייי' נפשה חד"א ובאמת הא הדין הוא בכה"ג דאין שום ממש בהקידושין כלל ומוכח מזה דלא אמרינן לסברת הא"מ וכיון דאין להעדים שום הוכחה ברורה מצד ראייתן בעצמן אף דלדברי האשה היו יכולין העדים לעשות כן ולהחזיק בידה אפ"ה הוי זה כקידשה בלא עדים ולא מהני:

1

ובעיקר קושיות המהרי"ט והא"מ הנ"ל על מה שנהגו לכסות פני הכלה דהא הוי כמו קידשה בלא עדים נלע"ד לחלק ע"פ מש"כ בספרי באר יצחק ח' אה"ע סי' ח' ענף ב' דהא דבעינן בשטרות וגיטין שיהי' מוכח מתוכו זהו מחמת דהוי חצי דבר וזה לא הוי רק היכא דבעינן שני עדים עוד זולתן אבל היכא דמהני ע"א קרוב נאמן כמו בהכרת שמו וכה"ג כיון דאינו רק גילוי מילתא בעלמא דזה מקרי שפיר מוכח מתוכו ולא מקרי חצי דבר והארכתי שם בטוב טעם בעז"ה. ע"כ י"ל דה"ה בהך דבעינן שיראו הנתינת הקידושין. דדוקא אם לא ראו הנתינת החפץ לידה רק שמעו אמירתו שאמר האמ"ל דכיון דצריך עוד כת עדים זולתן דיעידו על נתינת החפץ לידה דהא ע"א אינו נאמן בזה ואף באומר אחוי ואברר דברי ג"כ לא מהימן ע"א בממון וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' למ"ד ס"ק י"ג דהא דקידושין דף ס"ו אינו רק באיסורין ולא בממון וה"ה בקידושין דילפינן דבר דבר מממון ועיין באו"ת שם ואכמ"ל. וכיון דבעינן שני עדים ובלא עדים לא כפינן לה להראות את החפץ [ועיין בב"ב דף מ"ו ע"א במאי דקאמרי שם שפיר קאמר לי' ראה תניא ובח"מ סי' קל"ד סעי' ב' דאין מחייבין אותו להראות את הכלי ולכן כיון דבעי עוד שני עדים זולתן דיעידו על נתינת החפץ לידה ע"כ לא מקרי זה נתינה כלל והוי ג"כ חצי דבר אבל במה שהכלות מכוסות דהא על הכרת האשה נאמן אף ע"א ואשה וקרוב כמבואר ביבמות דף ל"ט דזה מקרי גלוי מילתא בעלמא וכן הוא בח"מ סי' מ"ט ובאה"ע סי' ק"ך סעי' ג' דבהכרת שם הלוה והבעל והאשה נאמן ג"כ קרוב ואשה א"כ ה"ה אף שהכלות מכוסות מ"מ הא נאמן בזה ע"א וקרוב ואשה לומר דזו היא האשה שאנו דנין עליו וכיון דמהימן קרוב ואשה ע"כ לא מקרי זה בשם חצי דבר כיון דאינו מחוסר עוד שם עדים זולתן וכמש"כ בספרי שם וע"כ מקרי זה בשם נתינה כדת לפני שני עדים ושפיר נהגו לכסות הכלות לפי דהוי קידושין מעליא ועפ"ז א"ש הא דאה"ע סי' מ"ב סעי' ד' במי שקידש דרך חור בכותל כו' דמקרי נתינה בפני ב' עדים וכמש"כ הב"ש שם ס"ק י"ג וקצרתי וכן לפי מש"כ להוכיח מחולין דף ל"ט בלא"ה אין מקום לקושייתם על מה שנהגו לכסות הכלות כי העיקר הוא דהיכא דיש הוכחה ברורה שאני:

ענף ב

ז

ולפ"ז בנ"ד דעד השני העיד רק על מה ששמע כי אמר לה האמ"ל אבל לא ראה נתינת המכתב כלל וכן עד השלישי העיד על מסירת המכתב אבל לא ראה הכסף א"כ לא מהני עדותם כלל משום דלא ראו הנתינה. וגם אף אם ראו המטבע אח"כ אצלה הא על מטבע לא שייך סימן והכרה. ושמא המטבע אצלה ממעיקרא או אח"כ מאיזה מקום ואף דהיו יכולין העדים להחזיק בידה ולראות הא כבר נתבאר דכה"ג לא מהני ולא מקרי משום זה נתינה לפני עדים ולא הוי נ"ד רק כמקדש בע"א דהא עד הראשון העיד איך שראה שהניח המטבע בתוך המכתב ונתן לה המכתב וכיון דבמקדש בע"א רבו המקילים ובמקום דחק ועיגון הכריע הרמ"א בסי' מ"ב להקל ושלא לחוש לדעת יחידאה כמבואר שם ע"כ יש להקל בנ"ד זולת מה שהוא מקום דחק ועיגון בנ"ד כמש"כ כת"ר והוא דהא ידוע דבשתיקה לאחר מתן מעות הוי רק ספק מקודשת ושיטת הרמב"ם והרשב"א לפסוק כרבא וכרב אחאי דבקידושין דף י"ג דס"ל דלא מהני כלל רק הריי"ף והרא"ש פסקו להחמיר דהוי ספק מקודשת וכרבינא דבקידושין שם ובאה"ע סי' כ"ח סעי' ה':

וכיון דבנ"ד דמתחילה הגיע לידה בחזרה מכתבה שנתנה לו להוביל לעירו ע"כ אף ששתקה לאחר שאמר לה האמ"ל במטבע זו דינו כשתיקה לאחר מ"מ דהוי רק ספק מקודשת אף אם היו שני עדים:

ח

ולכן היכא דליכא רק ע"א יש להקל בפשיטות דהא כיון דבמקום עיגון קיי"ל להקל דלא ניחוש לקידושין בע"א ודעת הסמ"ג דמחמיר בקידושין בע"א דעת יחידאי הוא א"כ גרע זה החומרא מכל וודאי דרבנן דהא בוודאי דרבנן מחמירין אף במקום עיגון ודחק ואילו הכא מקילין בזה במקום עיגון ודחק הרי דקידושין בע"א קילא טובא מכל וודאי דרבנן דרק מצד חומרא דא"א החמירו בזה לכתחילה וע"כ כמו בכל ספק דרבנן דקיי"ל להקל אף לכתחילה כש"כ בנ"ד כיון דהוי הספק אם הוי כלל מקדש בע"א דהא אף בקידשה בע"א קילא החשש א"כ בספק דשמא הדין הוא דשתיקה לאחר מ"מ לאו כלום הוא דוודאי יש להקל וכמו בנ"ד וגם הא ידוע שיטת מהרש"ך והמהר"ם פאדווה דס"ל דאין להחמיר משום שתיקה לאחר מ"מ רק בשדיך או היכא שהי' קידושין בתחילה וכמו בציפתא דאסא כו' וכעין סברת הב"ש בסי' מ"ב ס"ק ג' והובא באבני מלואים סי' מ"ב ס"ק ב' ובסי' כ"ח ס"ק י"ד ומסתברים דבריהם. ע"כ בקידושין בע"א וודאי יש לצרף זה להקל ולא לגבב חומרות בזה:

ט

וגם יש לצרף להיתירא מה שאומרת הבתולה שלא הבינה למה שאמר לה ולא האמינתו למה שאמר שמונח כסף בתוך המכתב ולבסוף שראתה שמונח כסף בתוך המכתב השליכתו מידה חוצה לפי דברי' וע"כ אף דזהו טענה גרוע לומר שלא האמינתו שמונח כסף בתוך המכתב וכדמשמע מסוגיא דקידושין דף י"ב גבי ההוא דקדיש בציפתא דאסא דאמר תיקדוש בארבע זוזי דאית בה כו' ובאה"ע סי' כ"ח סעי' ה' עכ"ז י"ל דז"א רק בקידשה בשני עדים אבל בע"א דיש לה מיגו דאי בעיא היתה מכחשת לגמרי להע"א וע"א בהכחשה לא מהני כלל א"כ הי' בידה לומר דלא הי' כסף כלל בתוך המכתב דהא השני עדים זולת עד הראשון לא ראו כלל אם הי' מעות בתוך המכתב [ועיין בב"ב דף קמ"ה ובאה"ע סי' נון סעי' א' וקצרתי] וע"י הך מיגו נאמנת לומר דלא נתרצתה מעולם על הקידושין וכפי האמתלא שנותנת לדברי' וכעין דברי הנו"ב במ"ת סי' ע"ה ד"ה הראש הרביעי בהיתר הנערה כו' והנה הב"ש בסי' מ"ב ס"ק ו' הביא בשם הב"ח דאם אומרת דהי' הכוונה לשחוק דנאמנת במיגו נגד ע"א דהי' יכולת להכחישו והב"ש הקשה עליו דהא באומר דידי חטפתי אינו נאמן במיגו דהי' יכול להכחישו דה"ל מחשואיל"מ כו' ובאמת אין זה קשה על הב"ח דהא התוס' בב"ב דף ל"ד ד"ה הוי מחויב שבועה וכו' כתבו בתי' קמא שם דדוקא היכא דמחייב שבועה במכחישתו בזה אמרו דאינו נאמן במיגו להכחישו וכ"כ התוס' בשבועות דף ל"ב ד"ה ה"ל כגזלן כו' א"כ לפ"ז היכא דאינו מחייב שבועה במכחישתו וכמו שכתב רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב ד"ה ע"א בהכחשה כו' והכא שבועה לא שייכא עכ"ל רש"י שפיר י"ל דנאמנת במיגו דהיתה מכחיש לע"א דהא מצד הקידושין לא היתה חייבת שבועה וע"כ בקידושין בע"א דרבו המקילין שפיר יש לנו לסמוך בזה על תי' התוס' בב"ב ובשבועות הנ"ל ושפיר כתב הב"ח וה"ה בנ"ד שנותנת אמתלא כנ"ל לדברי' דנאמנת במיגו כנ"ל:

י

ועוד דהנה מוכח בסוגיא דקידושין ד' י"ג גבי ציפתא דאסא דלשיטת רבא דלא מהני שתיקה לאחר מ"מ וכסברת רב אחאי דסברה דאי שדינא מתחייבה באחריות ולאו כ"ע דינא גמירי דאף באינה נותנת האמתלא זו בפירוש דעכ"ז לא חיישינן לקידושין, ואף אם נתברר בסוף דיודעת הדין דאינה מתחייבת באחריות מ"מ אינה מקודשת לפי דכיון דבעת הקידושין לא נודע זה לעדי קדושין הוי זה כמו קידושין בלא עדים וזה פשוט וכעת ראיתי להפני יהושע בקידושין ד' י"ג שם בד"ה שלח לי' אנן לא שמיעא כו' שכתב כעין זה ע"ש ולפ"ז יש לדון ולחלק דבקידושין בע"א כ"ע מודו דשתיקה לאחר מ"מ לאו כלום הוא. ונקדים להמבואר בח"מ סי' מ"ב ש"ך ס"ק כ"ב דהיכא דאיכא פלוגתא י"ל דטעה

בזה משא"כ במה דליכא פלוגתא אין לומר דטעה בזה וכן מצינו בתוס' סנהדרין ד' נ"ג ע"א ד"ה הא כו' ובתוס' ב"מ ד' ט"ו ע"ב ד"ה ונתן לה ובעירוכין ד' ל' שהוכיח ודבחייבו כריתות לכ"ע ליכא תפיסת קידושין מדאמרו בב"מ אדם יודע שאין קידושין כו' משום דבמה דאיכא פלוגתא אף דלא קיי"ל כוותי' מ"מ שפיר י"ל דטעה בזה וכן מוכח בכ"ד וכמש"כ בספרי באר יצחק ונחל יצחק:

יא

ולפ"ז י"ל דאף דמחמירין בציפתא דאסא כשיטת רב הונא ברי' דרב יהושע ורבינא היינו כיון דזהו דין פשוט בלא פלוגתא כלל דאם לא קיבלה בתורת פקדון פטורה מאחריות ע"כ אמרו דה"ל למשדיי' ולהראות שאין עלי' שום חשש קידושין כלל כיון שקידשה לפני ב' עדים. ומש"כ רש"י בקידושין ד' י"ג שם ד"ה התם גבי כנסי כו' והאי דלא מחאי משום דלא איפכת לה כו' עכ"ל הטעם הוא כמש"כ הריטב"א בקידושין שם בסד"ה א' רבא מנא כו' דהא דלא אמרה לו איני רוצה בהקדושין דזהו משום כסופא וצניעותא או משום דמאיס לה דבורה עמו הילכך אין לנו לדון אלא על שתיקותה בלבד כו' עכ"ל הריטב"א ולזה נתכוין רש"י ג"כ במש"כ דלא איכפת לה משום אם הי' איכפת לה היתה אומרת לו במחאה אף שקשה עלי' לומר כן אבל כיון דלא איכפת לה כ"כ ע"כ אינה רוצית לומר לו כן לפי שמגונה לה להוציא מן פיה כן וכדברי הריטב"א ואין לנו לדון רק על שתיקותה וזה פשוט בפשט הסוגיא רק רבא ורב אחאי ס"ל דאף בדין פשוט הזה י"ל דשאני נשים דלאו דינא גמירי אכן בקידושין לפני ע"א כיון דרבו הסוברים דלא מהני ודעת הסמ"ג דמחמיר דעת יחידאה היא בודאי י"ל לכ"ע דהאשה סברה דלא מהני קידושין בע"א כלל וע"כ לא חששה לזרוק המטבע כיון דאין שום ממש בלא"ה בהקידושין כלל וכ"ע מודו בזה דשתיקה לאחר מ"מ בקידושין בע"א דלא הוי שום ממש בהקידושין דהא לא שייך בזה לומר דה"ל לפשדיי' כיון די"ל דסברה כפי האמת לדינא דלא מהני קידושין בע"א וע"כ לא חששה לזרוק וזהו כש"כ ממה דמצינו דעביד אינש למטעי כיון דחד דיעה ס"ל כן וכמש"כ לעיל. כש"כ במה דרוב פוסקים ס"ל כן ודאי י"ל כן. וזהו סניף גדול להיתירא ובאם שיוודע כי הבתולה ידעה אז בעת הקידושין שהעדים לא ראו הנתינה רק ע"א ידע מזה הנתינה דאז שייך לדון לההיתר הזה:

יב

וגם יש לצרף סברת הקהלת יעקב בסי' למ"ד סעי' ז' בא"ל התקדשי לי בדינר זה נטלתו וזרקתו לים בפניו א"מ שכתב הק"י דאף בזרקתו לאחר כדי דיבור ג"כ הדין כן משום דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו כמבואר בחולין ד' ל"ט וכ"ז שהיו עסוקין באותו ענין דייניגן כן ע"ש בקהלת יעקב ודבריו תמוהים דהא הך דינא אם אמרינן הוכיח סופו על

תחילתו ה"ל ספיקא דפלוגתא וכמבואר ביו"ד סי' ד' סעי' ב' ובח"מ סי' רמ"ה סעי' י"א וכש"כ לשיטת הרא"ש כפי שהובא בסמ"ע שם ס"ק כ' וע"כ לדינא העיקר כי דוקא בתכ"ד מהני הזריקה ולא לאחר כ"ד ומ"מ גבי קידושין בע"א יש לצרף סברת הק"י ולדון להיתירא ע"פ סברת הוכיח סופו על תחילתו וה"ל ספק ספיקא דדינא ואף אם לא יבורר דזרקה הקידושין בפניו סמוך להקידושין ובעסוקין באותו ענין רק הבתולה אומרת שזרקה הקידושין בפניו בעסוקין כו'. ג"כ י"ל דנאמנת ע"פ ברי שלה כיון דחזקת היתר ופנוי' מסייע לה וכמש"כ במק"א לבאר כזה וכיון דאם הי' האמת כדברי' לא הי' חלין הקידושין כלל וכסברת הק"י ע"כ נאמנת בזה גבי קידושין בע"א. ואף דהחכ"צ בסי' קט"ו כתב דאחר כ"ד לא מהני זריקתה מ"מ יש לסמוך בקידושין בע"א על דברי הק"י אך באמת אין אנו צריכים לזה דכבר נתבאר אף בל"ז דאין להחמיר בנ"ד משום דהוי שתיקה לאחר מ"מ ובע"א דאין להחמיר בזה:

יג

וזה פשוט דבנ"ד דהניחה המכתב בכיסה דאין זה דומה למה דכתב הרשד"ם והובא בבאר היטב בסי' כ"ח בס"ק ט"ז בזרק לה טבעת על שולי' וא"ל קח טבעת זה לקדושין ולקחה הטבעת מעל שולי' בידה הוי כאמרה הן ומקודשת דשא"ה דהי' מונח על שולי בגדי' וע"כ בהניחה את הטבעת בידה דזה הוי שמירה מעולה ביותר ע"כ הוי זה כאמרה הן. משא"כ בנ"ד דמתחילה הי' מונח בידה ואח"ז הניחה אותו בהכיס שלה דזה הוי מיעוט שמירה וגרע השמירה בזה יותר מן אילו הי' בידה כמבואר בב"מ ד' מ"ה דיליף מן וצרת הכסף בידך ובח"מ סי' רצ"א. וע"כ נ"ד לא הוי כאמרה הן אלא הוי ככל שתיקה לאחר מ"מ וכנ"ל וזה פשוט:

יד

וזה ברור ופשוט דדוקא אם העד הראשון אומר שלא זזה ידו מתוך יד הבחור המקדש ובעת שראה שהניח המעות לתוך המכתב לא העלים עיניו עד שמסר המכתב לידה בזה יש לדון דהוי מקדש בע"א ובאמת דגם בזה ביארתי בעז"ה דאין לחוש אך אם הי' בהעלם דבר בתוך כך מעיני העד הראשון בזה אין לנו שום מקום להחמיר כלל אף בלא ההיתר שכתבתי משום דבזה לא מקרי מקדש בע"א דהא זה מקרי לא ראה הנתינה כלל דהא יכול להיות שאחר שהניח המעות לתוך המכתב בתוך כך חזר ונטל המעות מן המכתב א"כ אינו יודע אף העד הראשון מן הנתינה כלל א"כ הוי קידושין בלא שום עד כלל ואף דהאשה מודית בזה עכ"ז כיון דאינו מוכח להעד הוי זה קידושין בלא עדים אך באמת כבר נתבאר דאף אם יגיד העד הראשון שלא זזה ידו מתוך יד הבחור כו' ג"כ אין להחמיר וכפי שנתבאר ומותרת הבתולה להנשא לכל מי שתרצה בלי חשש כלל:

סימן סג

ב"ה יום ב' כ"ה אדר תר"מ

נשאלתי ע"ד בחור כהן שנשא אשה בכפר שדרים בו יהודים וא"י והא"י הם יותר מהיהודים ובעל בליל החופה ולא מצא לה בתולים והיא אומרת לא פעלתי און ולאמת דברי' הראית למעכ"ת את הכתונת שלה שנמצא עלי' ב' כתמים וראה כת"ר את הכתונת וראה שאין בהם שום מראה אדמומיות. ונסתפק כת"ר לפי דברי הבית מאיר המובא בפ"ת סי' ס"ח ס"ק ג' וכמש"כ הב"מ בסי' ס"ח סעיף ז' דבעיר שנכרי כו' שוכן בה דבאינה טוענת לכשר נבעלתי דתצא בניסת לכהן. א"כ יש לדון בנ"ד דתצא ושקיל וטרי כת"ר בדברים נכונים וראוים והביא לדברי האבני מילואים סי' ו' ס"ק ח' דהשיג על הצ"צ בסי' צ' והעלה דהנישואין נחשבת כאמרה לכשר נבעלתי והביא שם ראיה מדברי הרד"ך המובא בד"מ סי' ז'. ודברי הרד"ך הנ"ל הובא בביאור הגר"א זצלל"ה באה"ע סי' ז' ס"ק י"ב על דברי הרמ"א שם וע"כ דעת כת"ר דלא תצא בנ"ד וביקש ממני לחוות דעתי בזה:

ענף א

א

תשובה בעז"ה והוא דהחלקת מחוקק בסי' ס"ח ס"ק ח' והב"ש ס"ק י"ג כתבו דבזה"ז שמקדשין תחת החופה כו' ומסתמא כשלא נמצא לה בתולים ודאי זינתה קודם קדושין ואז י"ל דלא נאסרה על בעלה כהן עכ"ל ולא כתבו לחלק בין עיר שדרין בה גם א"י וסתמו בזה ע"כ נראה דלא ס"ל לגדולי הפוסקים הללו לדברי הבית מאיר והוא דיש להעיר במה דמבואר בש"ס ופוסקים ובטושו"ע סי' ס"ח דאם לא מצא דם בתולים אסורה עליו באשת כהן או באשת ישראל היכא דליכא אלא ספק א' דהא איתא בנדה דף ס"ה ברא"ש שם שכתב עלה דרבותינו חזרו ונמנו שהוא בועל בעילת מצוה ופורש כו' וכיון שהחמירו בביאה זו לעשותה כנדה הילכך אפי' בעל ולא מצא דם כיון דרוב נשים יש להם דם בתולים חיישינן שמא היה שם טיפת דם כחרדל ונאבד או שמא חיפהו שכבת זרע כו' עכ"ל וכן הוא בתורת הבית להרשב"א בית שביעי שער השני וכ"כ הטור ביו"ד סי' קצ"ג וכ"כ בשו"ע שם וכ"כ הבית יוסף שם בשם המרדכי והרשב"א. א"כ לפ"ז יש להעיר אמאי החמירו לאוסרה על בעלה בלא מצא לה בתולים היכא דליכא אלא ספק א' בלא מצא לה בתולים הא אכתי י"ל ולהסתפק שמא היה באמת דם בתולים וחיפהו שכבת זרע ע"י ביאתו ואין לומר דע"פ הרוב יוצא דם בתולים הרבה באופן שאין יכול הש"ז לחפות על הדם בתולים ולתלות דחיפהו ש"ז זהו לא שכיח. דזה אינו דא"כ אמאי חשו מה"ט להחמיר בדם בתולים דאף דנימא דזהו כיון דרוב נשים יש להם דם בתולים וכמש"כ

הרא"ש. עכ"ז הא גם לחוש לשמא היה דם בתולים וחיפהו שכבת זרע ג"כ לא שכיחא וסותר הך רובא להדי אידך רובא ובדרבנן אין סברא להחמיר בכה"ג ועיין בכתובות דף ט"ז וב"ב ד' צ"ב דאמרו שם דרוב נשים בתולות נישאות ורוב הנשאות בתולה יש לה קול וזו הואיל ואין לה קול איתרע ליה רובא. וכעין זה בחולין ד' נ"ג רוב אריות דורסין כו' אדרבה רוב שוורים מתחככין כו' איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי אוקי מילתא אחזקיה עכ"ל הגמ' וה"ה הכא אי נימא דכיון דרוב בתולות לא שכיח דיהיה דם בתולים מועט דיהיה באופן שיחפוהו ש"ז א"כ מזה מוכח דלא היה לה דם בתולים והנה מהרוב בתולות דיש להם דם בתולים שכתב הרא"ש סותר הך רוב לאידך רוב א"כ איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי וא"כ יש לדון בזה לקולא דהא הוי ספק בדרבנן וגם אוקי אותה אחזקת טהרה ולפ"ז קשה אמאי החמירו הכא גבי דם בתולים לומר בועל בעילת מצוה ופורש דכתבו הטעם משום שמא חיפהו שכבת זרע והא יש לדון להיתרא:

ב

ועוד דאף דנימא דזהו לא שכיח לומר דיחפוהו שכבת זרע רק מצד חומרא החמירו רבותינו לומר בועל בעילת מצוה ופורש מה"ט עכ"ז תקשה דכיון דאיכא עכ"פ מיעוטא דיחפוהו הש"ז להדם בתולים א"כ ממילא מבעי להיות הדין הכא גבי בעל ולא מצא דם בתולים והאשה אומרת ברי דלא נבעלתי מעולם לשום בן אדם דתהיה מותרת לבעלה אף להכהן משום דהא כתב הרא"ש בכתובות פ"ק סי' י"ח בשם ר' יונה דהא דנאמן לאוסרה היינו במכחישתו או בשותקת אבל באומרת ברי נאנסתי באשת ישראל מותרת לו מפני דטוענת ברי והבעל טוען שמא וכמש"כ הרא"ש שם להוכיח כן ממה דנאמנת אף ברוב פסולים ע"ש וכ"כ הרמ"א בשם הטור בסי' ס"ח סעיף ז' א"כ ה"ה הכא כיון דאומרת ברי לי דלא נבעלתי כלל ומה דלא נמצאו לה בתולים יכול להיות דחיפהו ש"ז ומבעי לן למתלי בכה"ג אף דנימא דזהו בגדר מיעוטא:

כיון דאומרת ברי והבעל אינו מכחישה בזה והיה לן למידן דתהיה מותרת לו מה"ט וגם משמע מהרא"ש דנדה פ' יו"ד דין א' שכתב דבהטיי' לא תלינן דמילתא דלא שכיחא הוא משמע דהחשש דשמא חיפהו ש"ז הוי מידי דשכיח ע"ש:

ג

ובפרט בבוגרת דאף לשיטת רש"י והרא"ש וסייעתם דכתבו דכל בוגרת יש להם דם בתולים וכמש"כ הרא"ש בשיטתו בכתובות פ"א סי' כ"א מ"מ הא אמרו ביבמות דף נ"ט פרט לבוגרת שכלו בתולי' ופי' התוס' שם דנתמעטו קצת והובאו בהרא"ש כתובות פ"א סי' כ"א בקרבן נתנאל שם אות נון א"כ חזינן דאף לשיטת הסוברים דגם בוגרת יש להם דמים מכ"ז מוכח דדם בוגרת נתמעטו קצת א"כ אין שיעור להדם בוגרת וי"ל

דהם מועטין שהש"ז יכול לחפות על הדם והא אין שיעור להדם בתולים כמה יהיה ע"כ תקשה מפני מה חשו בבוגרות דלא נמצא לה דם בתולים לאוסרה והא לעולם יש לדון שמא היה דם וחיפהו ש"ז ויש לנו לעולם שני ספיקות היינו ספק א' שמא חיפהו ש"ז וספק שני שמא אינו תחתיו או שמא באונס וכמו כן יש להעיר בהך דכתובות דף יו"ד ההוא דאתא לקמי' דר"ג א"ל בעלתי ולא מצאתי דם כו' הביאו לו הסודר ושראו במים וכבסו ומצאתי עליו כמה טיפי דמים כו' א"ל הונא כו' לרב אשי אנן נמי נעבד הכי כו' ופי' רש"י שהי' טיפי דמים מכוסים בשכבת זרע א"כ תקשה אף בזה"ז שאין אנו בקיאים כ"כ בזה מ"מ יש להסתפק לעולם אף דלא מצאו דם דשמא חיפהו ש"ז כנ"ל וגם הא אומרת ברי שלא נבעלתי מעולם א"כ תהיה נאמנת ולמתלי דחיפהו ש"ז:

ד

וע"כ מוכח לומר דלכן לא מספקינן לעולם בהספק שמא היה דם וחיפהו ש"ז משום דהוי ספק זה בגדר ספק חסרון ידיעה דלאו שמי' ספק דהא בדורות הראשונים היו בקיאים בזה וכמבואר בכתובות דף יו"ד כנ"ל ובמרדכי שהובא בבית יוסף ליו"ד סי' קצ"ג שכתב דבדורות הראשונים היו בקיאים בזה ע"כ הוי זה ספק חסרון ידיעה דלא הוי ספק כמבואר ביו"ד סי' נ"ג בש"ך ס"ק ט"ו דספק חסרון ידיעה דאם היה חכם ובקי היה יכול להבחין כו' וכעין זה הובא בט"ז יו"ד סי' צ"ח ס"ק ו' בשם הבית יוסף בסי' ק"ן שכתב בשם הרשב"א דספק הבא ממיעוט הכרה אינם ספק כו' והט"ז העלה שם דהיכא דכל הדור אינם בקיאים הוי זה ספק מעליא אכן הפרי מגדים שם כתב דדוקא בנשמט יש להתיר בה"מ ולא בענין אחר אף דהוי ספק לכל באי עולם ומן מה שכתבתי מוכח דאף בספק חסרון ידיעה לכל העולם ג"כ לא הוי ספק מעליא אך אפשר לומר בזה דאפשר דיכול להיות במציאות גם האידנא דמומחה יהיה יכול לבדוק אם יש דם בתולים וחיפהו ש"ז או לא עכ"פ מוכח מזה דלכן לא מצרפינן זה לספק שמא חפהו ש"ז משום דזה הוי ספק חסרון ידיעה והב"ש בסי' קנ"ה ס"ק ל"ד הוכיח דאף ספק חסרון ידיעה לכל העולם לאו שמיה ספק:

ענף ב

ה

והנה בעיקר הכלל דספק חסרון ידיעה נראה לענ"ד לדון ולחלק דדוקא כשיבורר הספק ע"פ הבקי ויהיה אז איסור וודאי בזה י"ל דהחמירו בכה"ג משא"כ היכא דלא יבורר ע"פ החכם הבקי רק ספק אחד בזה הדין נותן דמצרפינן זה לספק מעליא וחילוק זה לקחתי ממה שכתב הנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' נ"ז גבי ספק ספיקא שאפשר לברר דדוקא בשני הספיקות יכולים להתברר בזה יש להחמיר אבל היכא דרק ספק א' יבורר דאף לפי

הבירור לא יהיה רק בספק איסור דבכה"ג א"צ לברורי. והובא דבריו בחוות דעת ליו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס בס"ק ל"ה ע"ש. וכמו כן י"ל בספק חסרון ידיעה דעיקרו להחמיר הוא דשמא יבא חכם ויכיר דהוי זה ג"כ בגדר ספק שאפשר לברר ע"כ לפי דברי הנו"ב הללו יש לחלק כן גם בספק חסרון ידיעה ומטעם זה יש לדון להיתירא גם בספק נשמט מחיים דיו"ד סי' נ"ג סעי' ד' ובש"ך שם ובנו"ב במ"ק סי' נ"ה:

והנה הנו"ב במ"ת ח' יו"ד סי' ל"ח העלה דספק שמא זינתה תחתיו היכא דטוען פ"פ מצאתי דדין זה הספק הוי כמו כל ספק סוטה דהתורה עשאה ספק כוודאי כמבואר בסוטה דף כ"ח ע"ש ועי' ביבמות דף י"א בתוס' ד"ה צרת סוטה כו' וכעין זה איתא בירושלמי כתובות פ"א ה"א שני פעמים גבי טענת בתולים דלקיימה אינה רשאי משום ספק סוטה והובא במל"מ פ' י"ח ה' איסורי ביאה ויש להאריך בכ"ז ועת לקצר וראיתי בישועת יעקב ליו"ד סי' נ"ג ס"ק ד' שכתב מעצמו לדון כנ"ל בספק חסרון ידיעה וכבר הקדימו הנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' נ"ז שמחלק דאם לא יבורר רק ספק א' א"צ לברר כנ"ל:

1

ולפ"ז יש לחלק בפשיטות בין חשש שמא זינתה תחתיו דבעל דמיתסרא עליו ובין חשש דשמא נבעלה לפסול לה דנאסרה לכהן והוא דדוקא בחשש דמיתסרא לבעלה דיש בו חשש כדין ספק סוטה וכמש"כ הנו"ב הנ"ל דספיקו כוודאי איסור ועיין בהרא"ש ליבמות פ"א סי' ד' וע"כ שפיר החמירו לאוסרה בלא מצאה דם בתולים ולא מצרפינן לספק שמא היה דם וחיפהו ש"ז משום דה"ל כעין ספק חסרון ידיעה דשמא יבא איזה חכם בקי ויברר לנו שאין בו דם כלל ואז תהיה אסורה כדין ספק סוטה דספיקו כוודאי משום ונטמאה ע"כ לא מצרפינן לזה לספק משום דזה מקרי כעין ספק דאפשר לברורי דאז יהיה כמו איסור ודאי כנ"ל אבל בחשש איסור שאינו מן איסור דא"א רק בחשש שמא זינתה עם פסול דנאסרה לכהונה ובזה אף שיבורר ע"י בקי דאין לה דם כלל מ"מ מידי ספק לא נפקא דרק בספק זנות לבעלה בזה עשתה התורה ספיקו כודאי מן ונטמאה משא"כ בספק פסולי כהונה היכא דלא הוי חשש זנות דא"א וכמש"כ הב"ש בסי' ד' ס"ק נ"ב דשיטת הטור דלא אמרינן שמא מאינו יהודי נתעברה וכמש"כ החמדת שלמה בסי' א' טעמו של הטור דמחמת שינוי הדתות אינם מקורבים כ"כ ע"כ לא חיישינן לא"י כו' וע"כ אף ברוב א"י אין בזה חשש מה"ת לשיטת הטור ואף להרמב"ם החולק וס"ל דגם בזנות דא"י יש לחוש מה"ת וכמש"כ הב"ש בסי' ד' ס"ק נ"ב מ"מ לשיטת הרמב"ם יש טעם אחר דלא הוי רק ספק איסור משום דהא שיטת הרמב"ם דאף ברוב א"י הוי רק ספק שמא אזלא איהי גבייהו וכמש"כ הב"ש בסי' ד' ס"ק ל"ט ובסי' ו' ס"ק ל"ד וכמש"כ הבית מאיר

מזה בסי' ד' סעי' כ"ו ובסי' ו' סעי' י"ז א"כ לעולם הוי רק ספק אף כשיבורר ע"י החכם שאין לה דם בתולים כלל ע"כ לא איכפת לן כלל במה דהוי הספק ע"י חסרון ידיעה כיון דלא יבורר האיסור בודאי ע"י החכם. ע"כ אין לנו לחוש כלל דיש לנו ספק ספיקא מעליא היינו ספק א' שמא הי' באמת דם בתולים וחיפהו ש"ז. ספק שני שמא נבעלה לכשר וע"כ אין לנו להוציאה מבעלה הכהן כיון דלא היה חשש זנות תחתיו דהבעל בנ"ד ושאני חשש זנות דא"א. ואף באשת כהן שנאנסה דבעלה לוקה משום טומאה כמבואר ביבמות דף נ"ו ע"ב ג"כ דינו בכל ספק כמו כל ספק סוטה:

ז

עוד נראה לענ"ד לדון בקצרה באופן אחר קצת והוא דיש לתרץ למה דהקשיתי דאמאי לא מסתפקינן למתלי דשמא היה דם וחיפהו ש"ז אף דלא מצא בתולים משום די"ל דלא נחשב זה הספק לספק כלל משום דהוי ספק חסרון ידיעה כנ"ל ואף לדעת הט"ז ביו"ד סי' צ"ח ס"ק ו' והובא באה"ע בב"ש סי' קנ"ה ס"ק ל"ד [ופסק דלא כהט"ז בזה ע"ש] וס"ל להט"ז דחסרון ידיעה לכל העולם הוי שמי' ספק מעליא משום די"ל דהא עיקר האיסור בטוען לא מצאתי בתולים מבואר במשנה וגמ' בפ"א דכתובות דנאסרה לבעלה היכא דליכא רק ספק א' ואז לא היה ספק חסרון ידיעה לכל העולם משום שהיו אז בקיאים לבדוק אם יש דם וחיפהו ש"ז וע"כ מקרי אז ספק חסרון ידיעה דלאו שמי' ספק ומה"ט אף האידנא נאסרת דהא קיי"ל דבר שנאסר במנין צריך מנין אחר להתירו אף דבטל הטעם כמבואר בביצה דף ה'. ונבאר ביתר ביאור דהנה עיקר האיסור שאמרו בלא נמצא לה דם בתולים אף בזמן התנאים שהיו בקיאים לבדוק אם יש דם וחיפהו ש"ז וכמו דעשה ר"ג דאמר הביאו לי הסודר ושראו במים וכבסו וכו' מ"מ יש לדון דמצד הדין יש לנו להתירה לעולם ולא תצטרך לברורי לפי דיש לנו לעולם ספק ספיקא ספק א' שמא היה דם וחיפהו ש"ז ספק שני שמא נבעלה אינו תחתיו או שמא באונס דהא נקטינן לדינא דסמכינן על ס"ס אף באפשר לברורי וכמבואר ביו"ד סי' ק"י סעי' ט' בהרמ"א וכמש"כ הש"ך בכללי הס"ס ס"ק ל"ה ובפרט היכא דלא יבורר שני הספיקות וכמש"כ הנו"ב כנ"ל ועכ"ז חזינן דהצריכו לכבס הסדין ולבדוק דשמא אין עליו דם בתולים וכ"ז דלא בדקו אסרו ולא סמכו על הס"ס דיש לנו ומוכח דהחמירו חז"ל בחשש שמא זינתה תחתיו דהוי איסור חמור ובספק סוטה דהחמירו בזה לאסור היכא דאפשר לברורי ע"י טורח. וכעין זה מצינו בפי' רש"י ריש כתובות דף ב' דלכן תקנו שתנשא ביום הרביעי לפי דע"י זה יתברר הדבר כו' ופיין בתוס' שם ד"ה שאם היה לו טענת בתולים כו' ובמק"א הארכתי לתרץ קושיות התוס' שם מעל רש"י. הרי דחז"ל השתדלו לעשות טצדקי ועצות

איך שיהיה באפשרות לברר הדבר ע"י טענת בתולים ומוכח מזה דאף דלדינא קיי"ל דספק ספיקא דאפשר לברר לא מבררינן וכמש"כ הרמ"א והש"ך ביו"ד לדינא ובפרט היכא דלא יבורר רק ספק א' וגם לא איתחזק איסורא עכ"ז הכא גבי טענת בתולים במקום חשש ספק סוטה לבעלה תקנו שיבורר ועשו תקנה אף בספק שמא יתברר:

ח

וכן תקנו בטענת לא מצאתי בתולים דיהדרו לכבס את הסדין ולבדוק אם יש עליו דם בתולים:

וכן תקנו דכ"ז שלא יבורר ע"פ חכם אם יש על הסדין דם בתולים דיהי' הדין כמו [דלא] נמצא ודאי דם בתולים ולא מצרפינן להסתפק דשמא היה דם וחיפהו ש"ז והנה היכא דבדקו ע"י חכם וראו שאין עליו דם בתולים אז נאסרה מה"ת היכא דלא הוי רק ספק א' אך אף היכא שלא נבדק ע"י חכם או היכא שאין חכם ובקי לפנינו בזה ג"כ תקנו חז"ל דתהיה אסורה כ"ז דאינו לפנינו רק ספק א' דשמא אינו תחתיו או שמא באונס משום דכל זמן דלא מצאנו דם בתולים למראית העין לפנינו תקנו דיהי' דינה כמו שידוע לנו בודאי לה דם בתולים וממילא אף עכשיו בזה"ז שאין לנו חכם ובקי לבדוק את הסדין אם יש דם בתולים דג"כ אסורה ולא מצרפינן להסתפק דשמא יש דם וחיפהו ש"ז ויש לומר דזהו כמו כל דבר שבמנין. מצד התקנה דאף דבטל הטעם מ"מ צריך מנין אחר להתירו:

וכמו כן הכא דבזמן המשנה והגמ' בעת שהיו בקיאים לבדוק אם יש דם וחיפהו ש"ז דאף דמן הדין היה לנו לצרף לספיקא ג"כ דשמא היה דם וחיפהו ש"ז משום דהא לא מקרי ס"ס דאפשר לברר כיון דלא אפשר לברר שני הספיקות וכמש"כ הנו"ב כנ"ל וכש"כ לשיטת הסוברים דבס"ס דאפשר לברורי לא מצריכין לברורי [ובפרט לשיטת המשאת בנימין שהובא בש"ך יו"ד סי' נ"ה סוף ס"ק ד' והדברים ארוכים] ועכ"ז תקנו אז דלא נצרף לספיקא דשמא חיפהו ש"ז כו' משום דהחמירו אז מדרבנן במקום חומר האיסור של זנות דא"א כיון דהי' אז עכ"פ בשם ספק דאפשר לברורי אז עכ"פ לספק א' דאם הי' דם או לא ומשום זה תקנו אז לאסור להנשים שלא ימצאו לה בתולים בתקנה מיוחדת דלא משווינן לספיקא כלל דשמא היה דם וחיפהו ש"ז ויהיה דינה כמו דנתברר בודאי דלא נמצא לה דם כ"ז דלא ראינו דם להדיא למראה עינינו:

וממילא אף האידנא וכן אף בזמן אמוראים אחרונים אף דלא בקיאים כולם בבדיקה זו ולא שייך כלל הטעם דאפשר לברר וכן הטעם דספק חסרון ידיעה לא שייך כלל האידנא לפי דהוי ספק חסרון ידיעה לכל העולם וקצרתי]. מ"מ כיון דנאסרה במנין מכבר ע"כ אף דהא נשתנה עכ"פ בדורות אחרונים מ"מ כיון דקיי"ל דדבר שבמנין אף דבטל הטעם

צריך מנין אחר להתירו אף דבטל הטעם וה"ה בזה דכיון דהיה התקנה בזה דלא נצטרף לספיקא דשמא היה דם וחיפהו ש"ז:

ט

וגם י"ל בקצרה דהא כיון דנתבאר דאף בזמן המשנה דהיו אז בקיאים לבדוק אם יש דם על הסדין. דהא ע"פ דין כבר נתבאר דהיכא דיש ס"ס אין עלינו החיוב לברר כלל היכא דלא יבורר השני ספיקות ועכ"ז תקנו חז"ל דלא יצטרף לספיקא דשמא הי' דם וחיפהו ש"ז ועשו אותה לודאי דם כ"ז שלא נבדקת כראוי ע"כ ממילא לא מחלקינן כלל בין התנאים לזמן האמוראים בדורות האחרונים אף דיש מקום לחלק דאז הי' עכ"פ אפשר לברר ספק א' משא"כ אח"ז והאידנא מ"מ כיון דע"פ דין אינו כן ע"כ לא מחלקינן ביניהם בזה. ולכן שפיר אסרו אף בדורות האחרונים אם לא נמצא לה בתולים היכא דאינו לפנינו שם שני ספיקות רק ספק א' משום דהך ספק שמא נמצא לה דם וחיפהו ש"ז לא מצרפינן זה לספיקא כלל מדרבנן מצד התקנה וכן מה"ט אף בזמן המשנה דאולי היו אז איזה מקומות דלא היו בקיאים בבדיקת הסדין מזה כלל ואפ"ה אסורה ולא מצרפינן לספיקא דשמא הי' דם וחיפהו ש"ז משום דהי' התקנה מיוחדת ע"ז כנ"ל וממילא ה"ה אף בזמן לדורות אחרונים וכן האידנא דלא מצרפינן זה לספיקא כלל:

ענף ג

י

והיוצא לנו כי טענת פ"פ מצאתי או טענת לא מצאתי בתולים היכא דידוע ע"פ החכם והבקי דאין דם על הסדין אז היכא דליכא רק חד ספיקא בזה מיתסרא לבעלה כדין ספיקא דאורייתא לחומרא וכמש"כ הנו"ב כנ"ל דמן דין ספק סוטה אתו עלה אבל היכא דטוען לא מצאתי דם בתולים ולא נבדק הסדין וכמו בזמן האמוראים האחרונים וכמו כן האידנא דאין לנו מומחה בקי לברר זה. דבזה עיקר איסורא אינו רק מדרבנן כמו שנתבאר ולא מצינו כן רק בחשש דזינתה תחת בעלה די"ל דזהו לפי דטומאה כתיב בה כעריות וכמבואר ביבמות דף י"א וגם באשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עלי' משום טומאה כמבואר ביבמות דף נ"ו ע"ב אבל בחשש דשמא זינתה לפסול לה דמיתסרא לכהן משום איסור זונה בזה לא מצינו דהחמירו חז"ל לחוש בלא נמצא לה דם בתולים לאחר שבעלה בעלה. ומוקמינן על הדין דיש לנו לדון ספק ספיקא ע"י מה דמצרפינן לספק דאולי הי' דם וחיפהו ש"ז וגם הא אומרת ברי לי שלא נבעלתי ואין לנו מקום להחמיר בזה רק מצד התקנה דתקנו בלא נמצא דם בתולים לפנינו דלא למתלי דהי' דם בתולים וחיפהו ש"ז כנ"ל. אבל אין לנו לדון להתקנה זו על האיסור דקילא דהא קולא

מחמורה לא ילפינן ואין דנין להתקנה מעצמינו כיון דזה לא הוי בכלל דבר שבמנין הנ"ל וע"כ ממילא מוקמינן על הדין דמותרת ואין להוציאה מבעלה הכהן.

יא

ונתבאר ע"פ שני אופנים ליישב דברי הח"מ והב"ש במה שקיצרו וכתבו דהאידנא שמקדשין תחת החופה אין לנו לחוש כשלא נמצאו לה בתולים כו' ולא חילקו בזה כמש"כ הבית מאיר דזהו דוקא בכולם ישראלים כו' משום דלפי מש"כ יש לדון דמספקינן ג"כ דשמא חיפהו ש"ז כו' משום דע"פ דין יש לצרף זה לספק שני ואין זה בגדר חסרון ידיעה כיון דלא יתבררו השני ספיקות ע"י המומחה והבקי דאף כשיבורר שלא הי' דם בתולים אכתי יש להסתפק דשמא לכשר נבעלה ואף במקום דרוב א"י דרים שם מ"מ אכתי ספק שמא כשיטת הטור דמה"ת לא מספקינן למתלי דנבעלה לא"י מחמת שינוי הדתות. וגם להרמב"ם הוי ספק שמא אזלא לגבייהו וכנ"ל וכעין זה כתב הישועות יעקב ליו"ד סי' נ"ג גבי ספק נשמט מחיים דאין זה בכלל ספק חסרון ידיעה שכתבו הפוסקים שם. דהא עיקר החומרא שהחמירו בספק חסרון ידיעה הוא לפי דאם יבא החכם והבקי יבורר והוי זה בכלל ספק דאפשר לברר אבל היכא דלא יבורר רק ספק א' אין להחמיר משום ספק דאפשר לברר כו' וע"כ אין להחמיר משום ספק חסרון ידיעה בכה"ג ע"ש. ועיקר סברתו כבר הקדימו הנו"ב במ"ק ח' יו"ד סי' נ"ז גבי ס"ס דאפשר לברר וכמש"ב לעיל] משא"כ בספק זנות דא"א דאף דלא יבורר רק ספק א' דינו כמו איסור ודאי משום ספק סוטה דהוי כוודאי איסור כ"ז דליכא שני ספיקות וכמש"כ לעיל ועוד טעם דעיקר האיסור בלא נמצא דם בתולים כ"ז דלא נבדקת דרק משום דבר שבמנין אתו עלה. א"כ אין לנו להחמיר בנידון חשש איסורי כהונה היכא דאינו זנות דא"א דהא לא נמנו מעולם לתקן לזה האיסור וע"כ אין לנו להחמיר בזה [ולחוש שמא זינתה בקרובי בעלה היכא דפוסלים אותה לכהונה כבר כתבתי במק"א לברר בטוב טעם דאין לחוש לזה כלל והשב שמעתתא שמעתא ד' פ' כ"ב השיג על הנימוקי יוסף דסוף פ' אלמנה לכה"ג ע"ש ובקונטרס א' הארכתי בזה]. ואף שבטענת פ"פ מצאתי לא שייך לדון לכל מה שכתבתי עכ"ז י"ל דכוונת הח"מ והב"ש הוא דמיירי בטענת לא מצאתי דם בתולים וכדמשמע בלשונם ע"ש ואף דנימא דלא נתכוונו הח"מ והב"ש לזה מ"מ יש לדון כן בענין בפני עצמו ואין לנו להוציאה מבעלה הכהן ואף דהכתובה מפסדת ואין לה להוציא הכתובה ממנו דהממע"ה אבל אין מוציאין אותה מבעלה ויכתוב לה כתובה אחרת שלא להשהותה בלא כתובה:

יב

והנה לפי מה שכתבתי יש לדון בהא דמבואר באה"ע סי' ס"ח סעי' ח' דבטענת בתולים אף בלא מצא דם בתולים מפסדת הכתובה וגם האידנא הדין כן. וקשה דתהא נאמנת לומר בתולה הייתי ומה דלא נמצא דם זהו משום דיש לתלות דחיפהו ש"ז וכמו דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי ליטול הכתובה כמבואר בכתובות דף י"ב ובאה"ע סי' ס"ח סעי' ט' ומוכח מזה דבאמת הך סברא דהי' דם וחיפהו ש"ז זהו טענה דלא שכיחא וע"כ אינה נאמנת להוציא הכתובה. ואף דנאמנת לומר ברי לי אף נגד הרוב ולהיות מותרת לבעלה וכמבואר בהרא"ש כתובות דף ט' דין י"ח ובאה"ע סי' ס"ח סעי' ז' ואף נגד רוב גמור נאמנת ע"י ברי שלה וכמש"כ הסדרי טהרה בסי' קצ"ג ס"ק ג' מ"מ י"ל דאינה נאמנת להוציא ממון מהמוחזק ע"י ברי שלה בצירוף אוקי אחזקה משום דמעלת הרוב גמור ובצירוף חזקת ממונא ביחד אלימא טובא דהא במה דאמרו דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי להוציא הכתובה זהו משום דשם הרוב דהוי ברצון ולא באונס אינו רוב גמור וכמש"כ התוס' בכתובות דף ט' בסוגיא דפ"פ דהרוב שאינו רוב גמור והחזקה שקולים הם ואין מעלה להרוב ביותר מן החזקה וע"כ מצטרף הך אוקי אחזקה למעלת ברי ומוציאין עי"ז מהמוחזק אבל היכא דהוי רוב גמור הסותרו דאז הוי החזקה כמאן דליתא דרוב וחזקה רוב עדיף ונסתלק החזקה לגמרי ע"כ הוי כמו מעלת ברי בלא סיוע מן הך דאוקי אחזקה וע"י ברי בלבד אין מוציאין ממון מהמוחזק כדקיי"ל וזה אינו רק בענין הוצאות ממון מהמוחזק אבל בנ"ד לענין שתהא מותרת לבעלה שפיר י"ל דע"י מעלות ברי בצירוף חזקת בתולה יש לסמוך ולא להוציאה מבעלה וכמש"כ לעיל:

ענף ד

יג

ועוד נלע"ד לדון דאף לפי מש"כ לעיל דיש לומר דהך סברא דהי' דם וחיפהו ש"ז הוי ספק השקול א"כ יש לנו לדון לפ"ז בזה"ז דלא יהי' לעולם טענת בתולים לטעון ולהפסיד כתובתה כיון דאין אנו בקיאין לברר זה א"כ הוי לן לעולם גבי האשה דטוענת בתולה אני מעלת ברי ומעלת אוקי אחזקת בתולה כמו בטוענת משארסתני נאנסתי דנאמנת להוציא הכתובה מה"ט כמבואר בכתובות דף י"ב ע"ב ובאה"ע סי' ס"ח סעי' ט' ולפ"ז תהי' נעקר לעולם טענת בתולים האידנא גבי כתובתה ותטול לעולם מאתים ובאמת הא מבואר בגמ' ובפוסקים ראשונים ואחרונים ובטוש"ע ההיפוך מזה:

יד

ועכ"ז נלע"ד דאין זה קשה לפי דלעולם י"ל דעיקר הטעם דאסרוה לבעלה הוא משום דבזמן הש"ס בעת שתיקנו לאסור האשה שלא נמצא לה דם בתולים דהי' אז בעולם

בקיאים לבדוק אם יש דם על הסדין וחיפהו ש"ז או לא והוי אז ספק חסרון ידיעה וע"כ אף אחר זה דאינן בקיאים בעולם כלל דאף דהוי חסרון ידיעה לכל העולם מ"מ אין שמו ספק משום דהוי בגדר דבר שבמנין דאף דבטל הטעם קיי"ל דנשאר באיסורו הראשון וכמו שכתבתי לעיל [ואף דלפ"ז לא הי' מעולם תקנה רק מצד הדין היתה אסורה בזמן הקודם מ"מ הא כתבתי לעיל דמן הדין אף בזמן התנאים דהיו בקיאים בעולם דמ"מ הי' יכולים לצרף לספק מה שלא נמצא דם דשמא הי' דם וחיפהו ש"ז דהא ע"י החכם לא יבורר שני הספיקות אך מצד התקנה מיוחדת דהי' על זה ע"כ אסורה ע"כ שייך שפיר לדון בזה דהוי דבר שבמנין וכו']. ומטעם זה אמרו חז"ל דאף לענין כתובתה דתפסיד כתובתה כ"ז דלא נמצאו לה בתולים ולא מספקינן כלל דשמא חיפהו ש"ז משום דאם לא הא לא קיימא הא ותהי' נעקר עי"ז לתקנתם דתקנו לאוסרה לבעלה היכא דקידשה פחות מג' שנים או בכהן אף דקידשה לאחר ג' שנים ואין זה רחוק מהסברא דכעין זה מצינו בכתובות דף י"ב ע"א בתוס' ד"ה וניחוש שמא תחתיו זינתה כו' דכתבו דלכן אמרינן התם דאין לה כתובה משום דאי נימא דיהי' לה כתובה לפי שכנסה ראשון א"כ יבוא לידי איסור שזה האיש סבור כיון שזו יש לה כו' ולכך הי' לנו להפסיד כתובתה כו' ולא יטעה לומר שמותרת לו ואפי' באשת ישראל יש לנו להפסידה גזירה שיראה כהן שזו לא תאבד הכתובה ויסבור אף בשלו כן כו' עכ"ל התוס'. הרי דמצינו דגזרו גם בענין כתובה אף היכא דיש לה ע"פ דין כדי שלא יבאו להקל גם באיסור סוטה דאסורה לבעלה. ה"ה הכא י"ל דכיון דמצינו בש"ס בכמה סוגיות דאם לא מצא דם בתולים דתפסיד הכתובה. ואף בדורות האחרונים של האמוראים דאין אנו בקיאים כלל לברר דשמא הי' דם וחיפהו ש"ז ג"כ מבואר בש"ס והראשונים דהדין הוא דמפסדת הכתובה ולא מספקינן לומר דשמא הי' דם וחיפהו ש"ז:

כע"כ מוכח דהי' התקנה גם על כתובתה דתפסיד אם לא נמצא דם בפנינו והטעם הוא ג"כ כעין סברת התוס' הנ"ל דאם נימא דיש לה כתובה אזי גם לענין איסור זנות יבא להקל מה"ט דיחזיק הבעל אותה לבתולה ממש מקודם שבא עלי' ויבאו להקל עי"ז באיסור זנות וטומאה דמיתסרא לבעלה והוי הכל בחד תקנתא דאם לא הא לא קיימא הא:

טו

ועכשיו שעשו אותה שתהי' דינה כבעולה לענין הכתובה כל זמן שלא נמצא לה דם בתולים כדי שלא יפרצו בהתקנה דתקנו לאוסרה לבעלה משום איסור טומאת סוטה לבעלה ע"כ אין לנו לתקן מעצמינו להתקנה הזאת בענין חשש איסורי כהונה כמו בנ"ד ולא יבאו להקל עי"ז כיון דדינה כבעולה לגמרי לענין בתולים וע"כ אין לנו לחוש וכמש"כ

לעיל לחלק בין איסור טומאת סוטה לבעלה ובין איסור זונה דנאסרת לכהונה ואין לנו לתקן כן מדעתנו וע"כ שפיר כתבתי לעיל דבאיסורי לכהונה יש לנו לאוקמי על הדין דמשווינן זה לספק דשמא הי' דם וחיפהו ש"ז ואין לנו לאוסרה לכהן ומן דברי התוס' דכתובות דף י"ב הנ"ל בד"ה כגון שקידש ובעל כו' דכתבו בסה"ד דאם נבעלה תחת הראשון הרי נבעלה לפסול לה ואסורה לכהונה עכ"ל אין זה סתירה לדברינו משום דיש לחלק בפשיטות וקצרתי ובל"ז דברי התוס' דשם תמוהים מאד כמו דתמה שם המהר"ם שיף והפני יהושע ועיין בהפלאה שם. ואכמ"ל בזה:

טז

והנה לעיל הבאתי בשם הסדרי טהרה בסי' קצ"ג ס"ק ג' שכתב דאף נגד רוב גמור נאמנת האשה לומר ברי משום דחזקת היתר מסייעה וכמו דכתב הרא"ש בכתובות פ"א סי' י"ח ולכאורה יש להוכיח להיפך מהך דחגיגה דף ט"ו גבי בתולה שעיברה כו' דאמרו דשמואל לא שכיחא דמשמע מזה דאינה נאמנת לומר ברי לי אף דחזקת היתר מסייעה כיון דיש רוב גמור כנגדה. והא שהוכיח הרא"ש בכתובות שם מהא דכתובות דף י"ג דנאמנת ברוב פסולים באמת יש לחלק דשאני התם ברוב פסולים דעיקרו הוא משום דכל דפריש מרובא פריש דזה אינו רוב דתליא בסברא כו' משא"כ שארי רובא דתליא בסברא וכמש"כ הש"ש שמעתא ב' פ' ט"ז ובשמעתא ו' פ' ז' ע"ש וכעין זה כתבתי בספרי באר יצחק ח' יו"ד סי' ט"ז בענין נאמנות ע"א נגד הרוב דהיכא דיש עכ"פ מיעוט לפנינו דבזה נאמן ע"א נגד הרוב אף דיש לנו לדון כל דפריש מרובא פריש ואף דזהו עדיף משארי רובא משום דיש בזה מעלת רוב דאי' קמן גבי שארי ענינים משא"כ רובא דתליא בסברא משום דלא שכיחא דכיון דלא הוי מיעוט לפנינו בזה אינו נאמן ע"א נגד הרוב ע"ש בספרי שהארכתי שם בזה. ולפ"ז י"ל דלכן אמרו בהך דחגיגה דשמואל לא שכיחא ואינה נאמנת נגד הרוב משום דהתם הוי רובא דתלי בסברא דלא שכיח הך מיעוט וליכא המיעוט לפנינו ע"כ אינה נאמנת אף באומרת ברי דבתולה אני כיון דהוי רוב גמור משא"כ הך דמשארסתני נאנסתי דהוי רוב שאינו גמור כנ"ל כן יש לדון לכאורה:

יז

אכן באמת מוכח מחגיגה דף ט"ו הנ"ל דאף נגד הרוב נאמנת דהא אמרו התם דשמואל לא שכיח וחיישינן שמא באמבטי עיברה והא הך דבאמבטי עיברה הוי ג"כ מילתא דלא שכיחא וכמש"כ המל"מ בפרק ט"ו ה' אישות ה"ד ומשמע דזה הוי רוב גמור ואפ"ה אמרו התם דנאמנת לומר בתולה אני אף דהרוב הוא כנגדה. וע"כ מוכח דשאני בהטיי' דזהו לא שכיחא כלל ואפשר דזהו כוונת הרא"ש בנדה פ' תינוקת דין א' שכתב דלכן בועל בעילת מצוה ופורש דחשו שמא חיפהו ש"ז דבהטיי' לא תלינן דמילתא דלא

שכיחא הוא עכ"ל הרא"ש די"ל דכוונתו ג"כ לפי דהך דשמואל לא שכיחא כלל ועדיין יש לדון בזה ע"פ דברי התוס' דכתובות דף ו' ע"ב ד"ה רוב בקיאין הן כו' והובא במעדני יו"ט שם אות צ' וקצרתי]. או יש לומר דבחשש שמא הטה ובא עלי' דבזה הוי הברי שלה ברי גרוע דעדיין יש להסתפק דשמא אינה יודעת היטב אם בא עלי' בהטיי' או דשמא בא עלי' בביאה גמורה ושיבר בתולי' ומה דלא מצאה דם בתולים על הסדין י"ל דהי' מעט דם בתולים וחיפהו ש"ז וע"כ אין זה ברי גמור כ"כ. אך אם הי' שכיחא הך דשמואל לא היינו חוששין לזה כ"כ משום דחזקת היתר מסייע לה אך כיון דשמואל לא שכיחא ע"כ חיישינן שמא טעתה ואינה יודעת בברי היטב אלא הא דבאמבטי עיברה דבזה הוי ברי שלה ברי גמור דהא אומרת ברי דלא נזקק לה איש מעולם ע"כ נאמנת משום ברי גמור ואוקי אחזקת היתר אף דזהו לא שכיחא א"כ מהך סוגיא דחגיגה אדרבה סייעתא לדברינו דאף נגד הרוב גמור נאמנת וכמש"כ הסדרי טהרה בסי' קצ"ג ס"ק ג'. ובמק"א כתבתי לבאר דכוונת הסוגיא דחגיגה דהחשש דשמא באמבטי עיברה הוא משום דמצרפינן שני מיעוטי היינו מיעוט דאמבטי ומיעוט הך דשמואל וע"י הנך שני מיעוטי הוי כפלגא ופלגא אבל יש לסתור לזה הכלל מכמה דוכתי ואכמ"ל יותר בזה ומוכח מזה שכתבתי דשפיר יש להסתפק דשמא הי' דם בתולים וחיפהו ש"ז וע"כ הדין נותן דנאמנת לומר ברי לי דלא נבעלתי לשום אדם ומה דלא נמצא דם זהו לפי דחיפהו ש"ז ומותרת לבעלה הכהן ולכאורה יש לסתור זה ע"פ הא דנדה דף ה' ע"א דאמרו מהו דתימא שמא תראה דם כחרדל וחיפהו ש"ז קמ"ל אבל באמת שא"ה דעיקר מה דהחמירו התם לטמא למפרע בקדשים זהו רק מצד חומרא ע"כ כולי האי ליחוש שמא חיפהו ש"ז לא החמירו משא"כ היכא דיש להסתפק מצד הסברא והדין שאני:

יח

וכן יש להעיר בהך דקידושין דף ע"ג ע"א בתוס' ד"ה מאי איכא כו' שכתבו דנאמנת לומר שבא עלי' ע"י שם כו' והובא באה"ע סי' ד' סעי' י"ד ועיין בח"מ שם ס"ק ח' וב"ש ס"ק ט"ז מה שכתבו מזה ואף דהוי מילתא דלא שכיחא אפ"ה נאמנת והטעם הוא דע"י ברי וחזקת היתר סמכינן להיתירא אף דהוי נגד רובא ועיין במל"מ פ' ט"ו ה' אישות ה"ד ובפרק י"ז ה' איסורי ביאה ה' י"ג ובספר בני אהובה על הרמב"ם פ' ט"ו ה' ו' וקצרתי ומכל הני מוכח דאף היכא דלא הוי המיעוט לפנינו דג"כ נאמנת בברי וצירוף חזקת היתר וזהו עדיפא ביותר מן מש"כ הסדרי טהרה בסי' קצ"ג ס"ק ג' הנ"ל להוכיח כן בשם הרא"ש דכתובות פ"א סי' י"ח כנ"ל ולכן הדין נותן בנ"ד דנאמנת לומר דהייתי בתולה ולא נבעלתי לשום אדם ומה דלא נמצא דם יש למתלי דהי' דם מעט דהא אין שיעור לדם

בתולים דהא גם בנמצא דם מעט דמעט ג"כ לא מספקינן כלל לחוש שמא זינתה וע"כ י"ל דהי' דם מועט וחיפהו ש"ז רק בחשש זנות דא"א תחת בעלה החמירו חז"ל בזה דלא להסתפק בזה כלל ודינה כמו דידוע דלא נמצא דם כלל על הסדין כ"ז דלא נבדק ע"י בקיאים אבל בחשש אסורי כהונה בזה שפיר מספקינן למתלי בזה ונאמנת בטענת ברי שלה לומר דלא נזקק לה שום איש מעולם:

יט

ומ"מ למעשה אין אני מחליט דעתי להיתירא מטעם הזה רק בבוגרות כמו בנ"ד דעתי מסכמת להקל מטעם זה דאף דהשו"ע בסי' ס"ח סעי' ג' סתם לדינא דאף בבוגרות יש טענת בתולים אף דיש פלוגתת ראשונים בזה והובאו בב"ש שם ס"ק ג' עכ"ז אנו שומעין לפסק השו"ע דהא לא הביא כלל לדיעה החולקת ע"ז מ"מ בבוגרות יש לנו לסמוך להיתירא על מה שנתבאר דהא בוגרות אין לה רק מעט דם בתולים וכמש"כ התוס' ביבמות דף נ"ט ד"ה פרט לבוגרות שכלו בתולי' וכעין זה בנדה דף ס"ד דבוגרות נותנין לה רק לילה הראשונה משום דדם בתולים שלה היא מועטת ע"כ שפיר יש להסתפק גבי חשש פסולי כהונה באיסור זנות שאינו תחת בעלה דשמא הי' דם וחיפהו ש"ז כיון דהדם שלה הוי דם מועט וגם יש לצרף להיתירא שיטה הסוברים דבבוגרות אין לה טענת בתולים דאף שלא הובא דעתם בשו"ע מ"מ לסניף יש לצרפם ולכן דעתי מסכמת לדעת כת"ר שלא תצא מתחת בעלה הכהן ומותרת לישב תחתיו ובדברי מעכ"ת דנשען להיתירא על דברי האבני מילואים בסי' ו' ס"ק ח' דהשיג על הצ"צ בסי' צ' והאריך כת"ר בזה הנה לדעתי יש לי מה דלדון בזה אך מפני חולשתי וטרדתי אין לי כח לעיין הרבה ולבא בכתובים מזה. כי לדעתי העליתי ב"ה היתר מורווח בזה:

סימן סד

אל כבוד הרב הג' המפורסם וכו'.

מכתבו הגיעני ע"ד העובדא בשתי נשים שעזבם הבעל זה כמה שנים שנשא אשה אחרת על אשתו הראשונה באיסור שעבר על חר"ג וכעת מצאוהו והוא כפר ואמר כי אינו בעליהם וברוב תוכחות וריבוי דברים הודה ואמר כי הם נשיו וגם אמרו סימנים והוכחות על מה שאומר כעת כי הוא בעליהם. ויש עד א' כשר המעיד כי הוא בעלה של אשה א' ועל אשה השני' יש עד קרוב המעיד כי הוא בעלה וכבר נתן גט פטורין להני שתי נשים ודרש כת"ר ממני לחוות דעתי בזה וכת"ר העלה להקל בזה:

א

הנני להשיבו כי הדין מפורש באה"ע סי' ל"ז סעי' כ"ד דנאמן ליתן גט אך לכאורה יש לחוש בנ"ד דאמר לכל אחת מהנשים הללו מתחילה דאינה בעלה א"כ יש בזה לדון דאינו

נאמן כלל לחזור מדבריו הראשונים. אכן כיון דנתן אמתלא לדבריו דלכן כיחש מתחילה לפי דהי' ירא דשמא יתבעו ממנו כמה תביעות והא בנתן אמתלא מבואר דנאמן לחזור אף במקום דשווי' אנפשי' חד"א וכן מצינו בח"מ סי' מ"ז סעי' א' גבי האומר שטר אמנה דאינו נאמן היכא דחב לאחרים ואם אחר שאמר שטר אמנה וכו' ובא לגבות מהלוה רואים אם כשבעל חובו בא לגבות מזה השטר אמר אמנה אז וודאי לא היתה כוונתו אלא לדחות בעל חובו וכו' ומקורו הוא מן הרא"ש פ"ב דכתובות הרי דמצינו במקום הודאות בע"ד דכמאה עדים דמי דהא מתחילה הודה דהשטר הוא אמנה ועכ"ז כשנותן אמתלא דלכן אמר מתחילה כן לפי דהי' כוונתו לדחות בע"ח ומהימן באמתלא זו כמו כן הכא אף דשווייי אנפשי' חד"א מקודם דעכשיו דחוזר בו ונותן אמתלא בזו דכוונתו הי' מתחילה כדי ליפטר מהן דוודאי הוי זה אמתלא טובה ומהימן:

ב

וראיתי בתשובת רע"א זצ"ל סוף סי' פ"ה שהביא בשם שב יעקב סי' ג' דכתב בענין שווייי אנפשי' חד"א דכיון דלא אמר בשביל זה רק לסלק טענתה מעלי' כו' עכ"ל. וספר שב יעקב אין ת"י ומן הרא"ש והשו"ע ח"מ סי' מ"ז הנ"ל סייעתא לסברת השב יעקב הנ"ל ושם בתשובת רע"א הנ"ל כתב לדון ע"פ דברי התוס' יבמות ד' קי"ח ד"ה סד"א ובמהרש"א שם דמבואר דאמתלא לא מהני רק לדונו בשתיקה מתחילה ועד סוף אבל לא להתיר ע"י דבור השני כו'. והעיר מזה על הצ"צ סי' ק"ד ומחלק ביניהם וכן החמדת שלמה בסי' נ"ז העיר בזה ונקט לכלל גמור כן ולא נחית לחילוק שכתב רע"א כנ"ל:

ג

ולענ"ד נראה להוכיח דלא כדבריהם והוא דהא מבואר בח"מ סי' נ"ט בלוה אומר על השטר דהוא פרוע והמלוה אומר שמא דאינו גובה בו א"כ ה"ה דהלוה אומר שהוא אמנה והמלוה אומר שמא דאינו גובה בו דהברי של הלוה עם מעלת מוחזקת מבטל כח השטר א"כ לפ"ז תקשה בהך דח"מ סי' מ"ז הנ"ל דמבואר דהמלוה נאמן לגבות מהלוה בחוזר בו ואומר דאינו אמנה וע"י האמתלא דכונתו הי' לדחות את בע"ח. והא לפי הכלל של המהרש"א דאף בנותן אמתלא לא עדיף משתיקה. א"כ הכא דהלוה אומר דהוא אמנה דכ"ז שלא יטעון המלוה ברי דהשטר אינו אמנה דהדין הוא דאינו גובה בו א"כ לא יהי' מועיל האמתלא של המלוה לגבות בו כיון דהודה מתחילה דהוא אמנה ומוכח מזה דלא נקטינן לדינא הכלל של המהרש"א הנ"ל כי דבריו אינם מוכרחין בכוונת התוס' דיבמות הנ"ל שוב ראיתי כי עיקר דברי שכתבתי לדון גם באומר הלוה על השטר דהוא אמנה והמלוה אינו אומר ברי להכחיש את הלוה דהדין הוא דאינו גובה בו דהנה בספרי נחל יצחק סי' נ"ט כתבתי דדוקא בטענת פרוע דהשטר לפרעון עומד בזה אמרו דאם הלוה

טוען ברי כי השטר הוא פרוע והמלוה אינו אומר ברי להיפך בזה אמרו דאינו גובה בו' משא"כ בטענות דאין השטר עומד לכך בזה אף באין המלוה טוען ברי להכחיש את הלוה ג"כ גובה בו וכמו דהבאתי שם בספרי בשם הש"ך בסי' קכ"ב ס"ק י"ד ע"ש א"כ לפ"ז נסתר הוכחתי דהא עדיין יש לומר כסברת המהרש"א דאמתלא לא עדיף משתיקה ואף אם ישתוק המלוה ולא יכחיש בברי להלוה ג"כ גובה בטען הלוה אמנה דהא אין השטר עומד לכך וכמבואר כעין זה בסי' פ"ב גבי שבועת השבע לי על טענת אמנה דמחלקין בין אמנה לטענת פרעתי מטעם זה אכן לפי מה דהעליתי בספרי נחל יצחק סי' מ"ז ס"ק ג' בשם הקרבן נתנאל והב"ח והסמ"ע והט"ז והעיר שושן דכתבו דגם באומר שהשטר הוא פרוע ג"כ יכול לגבות מהלוה כשחוזר בו המלוה ואומר האמתלא דלכן אמר כן מתחילה דהי כונתו לדחות בעל חובו דגובה בו הרי להדיא דשיטת כל הפוסקים הללו לדינא דגם בפרוע הדין כן כמו באמנה. והא בטענת פרוע בעינן דהמלוה יטעון ברי שאינו פרוע כיון דהלוה טוען ברי שהוא פרוע וכמבואר בסי' נ"ט הרי דלא ס"ל לכל הפוסקים הללו לשיטת והכלל של המהרש"א דהא לפי הכלל של המהרש"א דאמתלא לא עדיף משתיקה א"כ הא התם אם לא יטעון המלוה ברי דהשטר אינו פרוע הדין הוא דאינו גובה בו ומוכח מזה דאמתלא עדיף משתיקה אלא מהימן בטענת בריא שלו ע"י אמתלא ולחזור מדבריו הראשונים אף דהודה מתחילה כי השטר הוא פרוע וכן יש להוכיח מן ב"ב ד' קכ"ז ובח"מ סי' רע"ט סעי' ג' אמר עבדי וחזר ואמר בני נאמן ע"י האמתלא דמשמש לו כעבד והא התם אם יהי' נידון כשתיקה ודאי דלא יהא לו דין יורש ומוכח מהתם דאמתלא עדיף משתיקה. וידעתי מה דיש לחלק בזה עפ"י סברת השב שמעתתא פרק ח' בסופו אבל אין סברתו ברורה כ"כ וקצרתי:

ד

והנה הקצה"ח סי' פ' ס"ק א' הביא בשם מוהר"א בן ששון דס"ל דרק באיסורין מהני אמתלא אבל בממונא לא מהני אמתלא ולא העיר בהך דח"מ סי' מ"ז דמבואר להדיא דמהני אמתלא גם בממון ואפשר לומר בזה לפי מש"כ הקצה"ח שם במה דמצינו דמהני טענת השטאה גם בממון דשא"ה דזהו אמתלא טובה דהא אף בלא טען איהו טענינן לי' ע"כ אין זה דומה לכל אמתלא ע"ש. וה"ה יש לדון בהך דסי' מ"ז דגם באמתלא דהי' כוונתו לדחות בע"ח י"ל דגם אף דלא אמר אמתלא זו מ"מ טוענין עבורו להאמתלא זו וע"כ אינו ראי' משם לשארי אמתלאות כן י"ל לכאורה בזה אכן בספרי נחל יצחק סי' מ"ז סעי' א' סוף ענף ד' העליתי דבאמתלא דהי' כוונתו לדחות בע"ח דשם. דכל זמן דלא טען בפירוש כן לא טענינן כן מעצמינו ע"ש לכן שפיר כתבתי לדון כן ובאמת מצינו גם

גבי אמתלא דשלא להשביע כו' דבעינן שיטעון כן בפירוש ומ"מ מהני אמתלא זו גם גבי ממון וע"כ הטעם הוא כמש"כ הקצה"ח שם וכמו כן יש לדון בהאמתלא דהי' כוונתו לדחות לבע"ח וקצרתי:

ה

נחזור לענינינו דנתבאר דלדינא נקטינן שלא כפי הכלל של המהרש"א והנה לפי סברת החילוק שכתב רע"א זצ"ל לחלק דדוקא היכא דנאמנותו הוא מן דין עדות בזה כתב המהרש"א להכלל שלו וכו' א"כ לפ"ז י"ל ולחלק דשא"ה בהך דחו"מ סי' מ"ז דלאו מן דין עדות אתו עלה שם אכן באמת הנכון עם החמדת שלמה דלא ניחא לי' בהחילוק הזה וגם לפי החילוק של רע"א אינו מיושב כ"כ וקצרתי ובאמת אין מדברי התוס' יבמות ד' קי"ח הכרת להכלל של המהרש"א די"ל דכוונתם הוא דקאי על האמתלא דאמרו בגמ' שם דהא דקאמרה לא מת לקלקולא דצרה ותמות נפשה וכו' דזאת האמתלא אינו אמתלא טובה המועלת ע"כ אינה נאמנת באמירתה דחוזרת עכשיו ואומרת דמת כיון דאמרה מתחילה דלא מת אכן אם שתקה מעיקרא היתה יכולה לומר עכשיו דמת וכעין המבואר בח"מ סי' פ"ט סעי' א' בהגה"ה דבשתק תחילה דיש חולקין וס"ל דיכול לחזור ולטעון אף בלא נתן טעם למה שתק בתחילה וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ח' משום דכל זמן שלא אמר בפירוש להיפך שאני וכש"כ בהך דהצרה אומרת מת די"ל בזה דלכן שתקה משום דהא הוי זכות גם אלי' מה דמעידה הצרה דמת בעלה ושאני היכא דתובע טוען עליו טו"ת והוא שותק די"ל בזה שתיקה כהודאה לדברי התובע דאל"כ ה"ל להכחישו כיון דהוי חייב לו במה דתבע ממנו וע"כ ס"ל להרמ"א שם בסי' פ' דאין חילוק בין אם טען וכו' או אם שתק תחילה וכו' וקצרתי] אכן באמרה מתחילה לא מת בעינן בזה אמתלא טובה והך אמתלא דתמות נפשה וכו' אין זה אמתלא טובה ואשמועינן המשנה ביבמות שם דכה"ג לא הוי אמתלא טובה אכן היכא דאומרת אמתלא טובה שפיר נאמנת לחזור ועדיפא משתיקה. וכמו דהוכחתי דלדינא נקטו הפוסקים דלא כפי הכלל של המהרש"א הנ"ל:

ו

ולפ"ז בנ"ד דנותן אמתלא טובה דהי' כוונתו כדי לדחות אשתו ממנו ואמתלא כזאת מצינו מפורש בח"מ סי' מ"ז כנ"ל ואף דלפי דברי כלל המהרש"א הנ"ל יש לדחות בנ"ד אכן נתבאר דלדינא לא נקטינן להכלל הזה. ע"כ יש לנו להתירה ע"פ סמך הגט שקיבלה ממנו:

וכן אשה השני' יש להתירה ג"כ ע"פ סמך הגט כנ"ל ועוד דהא בנ"ד יש ע"א כשר המעיד כי הוא בעלה ועל השני' יש עד קרוב המעיד כן ומבואר בסי' ל"ז סעי' כ"ד דאם יש ע"א

המעיד דמותר גם לכונסה משום דדינה כמו כל ע"א באיסורין דנאמן כיון דליכא חזקת א"א בזה וכמש"כ הר"נ:

וכללא הוא דהיכא דע"א נאמן דה"ה עד קרוב מהימן וכמו באיסורין אך בנאמנות הבעל דבר בעצמו בזה חילקו הכא לבין איסורין דהא באיסורין אף נוגע ובע"ד מהימן ואילו הכא אינו נאמן לכנוס רק ליתן גט דזהו משום חומרא דא"א ומדרבנן. אבל מה דלא מצינו בפירוש דהחמירו אין לנו להחמיר וע"כ וודאי גם עד קרוב מהימן הכא אך עדיין יש לחלק דשאני בנ"ד דכיון דאמר מתחילה דאינו בעליהן והא ע"א לא מהימן בהכחשה וכמש"כ הב"ש בסי' ל"ז ס"ק נו"ן כעין זה. אך הא כבר כתבתי דהעיקר לדינא דנאמן באמתלא לחזור מדבריו הראשונים וע"כ אף בלא הע"א ג"כ הי' מהימן ליתן גט ע"י האמתלא שלו. ואף שיחזור עכשיו ומערער לאחר שנתן הגט ג"כ אינו נאמן לאחר שהוחזקה במגורשת כדין ממנו והנני מסכים לדעת כת"ר להתירן להנשא וכת"ר לא ביאר לי במכתבו אם הנשים אומרים ברי כי הוא בעליהן בעת שמצאוהו או רק ע"פ אומדנא אמרו כן ולפי דאין מזה נפ"מ לנ"ד דבכל גווני יש להתירן ע"כ קצרתי בזה הפרט:

סימן סה

ביאור דין אם יכול הבעל לומר לאשתו צאו מע"י למזונותך בספקה:

א

באה"ע ס' ס"ט סעי' ד' ברמ"א דהבעל יכול לומר צאי מע"י במזונותיך אם ספקה וכן הוא דעת הר"נ אבל שיטת רש"י בכתובות דף ק"ז דא"י לומר צאי מ"י במזונותיך אא"כ קבלה וכן הוא שיטת הרמב"ם פי"ב ה' אישות הלכה ך' והובא בב"ש סי' ס"ט ס"ק ד' וביאור הגר"א זצ"ל ס"ק ז' ובאמת תמוה שיטה זו דהא מבואר להדיא בגיטין דף י"ב על מתניתין דא"ל שאם ירצה שלא לזון אשתו אינו רשאי דאמרו בגמ' דא"ל צאי מ"י במזונותיך ולכן אם ירצה שלא לזון עבדו רשאי והקשו דא"כ גבי אשה אמאי לא ומשני אשה בדלא ספקה אלמא דס"ל לסוגיות הש"ס דיכול לומר צאי מ"י במזונותיך אם ספקה א"כ תמהני עליהם איך דחאו סוגיא מפורשת הנ"ל ולפסוק להיפך. וכן מבואר בכתובות דף ע' דמשני הגמ' דמתוך שיכול לומר צאי מ"י במזונותיך נעשה כאומר לה אלמא דאף בע"כ יכול לומר כן ומסוגיא דר"פ המדיר הנ"ל הוכיח הר"נ שם כן א"כ תמוה מאוד שיטת הרמב"ם ורש"י והג"א והמרדכי ר"פ שני דייני גזירות דפסקו להיפך:

ב

והנלע"ד בכ"ז ע"פ הא דמבואר בכתובות דף נ"ח על מתניתין דהגיע זמן ולא נשאו דאוכלת משלו ואוכלת בתרומה דר"ט אומר נותנין לה הכל תרומה ור"ע אומר נותנין לה מחצה חולין ומחצה תרומה ופי' רש"י דר"ט ס"ל דכשתגיע ימי טומאתה תמכרנה

ותקח חולין ור"ע ס"ל דמחצה חולין על ימי טומאתה ואמר אביי דמחלוקת בארוסה אבל בנשואה לפי שכל כבודה בת מלך פנימה ואבי' ואחי' אינו אצלה שיתעסקו בצרכי' ואי' שם עוד דתניא נמי הכי ר"ט אומר כו' ר"ע אומר כו' במה דברים אמורים בארוסה אבל בנשואה ד"ה מחצה חולין כו' ר' יהודה ב"ב אומר נותנין לה שתי ידות תרומה כו' ר' יהודה אומר נותנין לה הכל תרומה והיא מוכרת ולוקחת בדמים חולין רשב"ג א' כל מקום שהוזכרה ר' יהודה לר"ט איכא כו' ונ"ל לפרש דמדקתני בברייתא ותוספתא להאי בד"א בארוסה אבל בנשואה כו' מקודם דקתני לר"י ב"ב ור' יהודה ורשב"ג מוכח דאינהו פליגי אף בנשואה דאל"כ ה"ל למיתני להך בד"א לאחר כל הפלוגתות הנ"ל וע"כ מוכח דהאי בד"א וד"ה לא קאי אלא על ר"ט ור"ע וחזינן דאביי ס"ל לדינא בפלוגתת ר"ט ור"ע דבנשואה מחויב לתת לה מחצה חולין דוקא ואינו יכול ליתן לה הכל תרומה משום דכל כבודה בת מלך פנימה ואין דרכה לטרוח ולמכור את מעשה ידי' בשביל להשיג מזונותי' דכמו דאין דרכה לטרוח ולמכור התרומה כן אין דרכה לטרוח ולמכור את מעשה ידי' להשיג מזונותי' ועיין בגיטין דף י"ב ע"א וברש"י ד"ה כבודה בת מלך פנימה וקצרתי וכיון דאביי אמורא הוא והכריע כן א"כ שפיר סתמו ופסקו להלכה דא"י לומר צאי מ"י למזונותיך אף בספקה משום דאין יכולה להטריח בכ"ז ולא מבעיא אם יש להבעל המזונות ברשותו בוודאי דינו כמו בע"ח דאם אית לי' זוזי אינו יכול לסלק לו במטלטלי ואף אם אין לו המזונות עכ"ז דינו כמו פועל דמחוייב לטרוח ולשלם על שכירותו משום דכל כבודה בת מלך פנימה:

ג

ולפ"ז אפשר לומר דהאי סוגיא דגיטין דף י"ב דמקשה שם אשה אמאי לא דקאי התם על חכמים דא"ל לר"מ שאם ירצה שלא לזון אשתו אינו רשאי וידוע דסתם חכמים דפליגי על ר"מ הוא ר' יהודה כמבואר בכתובות דף נ"א ע"ב ברש"י ובתוס' כתובות דף ל"ו ובשא"ד וכיון דס"ל לר' יהודה דאף בנשואה נותנין לה הכל תרומה כמו שכתבתי לעיל א"כ חזינן דס"ל לר' יהודה דיכול לתת לה למזונותי' אף שוה כסף והיא תטרח למכור ואין החיוב עליו לטרוח בשביל מזינותי' ע"כ שפיר מקשה הגמ' בגיטין שם דאשה אמאי לא וזהו רק לשיטת ר' יהודה דהוא מן חכמים דפליגי על ר"מ אבל לפי מה דקי"ל כאביי דס"ל דבנשואה ד"ה מחויב לתת לה מזונותי' ממש ואינה מחויבת לטרוח ולמכור דמשמע דאף אם אין לו אלא תרומה מחוייב הבעל לטרוח ולמכור כדי שיהי' לה מחצה חולין ע"כ שפיר פסקו הפוסקים הנ"ל דלא כסוגיא דגיטין הנ"ל ובאמת לפמש"כ בפי' דסוגיא דכתובות דף נ"ח דר' יהודה פליג וס"ל דאף בנשואה יכול לתת לה הכל תרומה. א"כ

שפיר איכא בינייהו בחילוק רבתא בין ר"ט לר"י אלא מדקתני בדברי ר' יהודה נותנין לה הכל תרומה והיא מוכרת ולוקחת בדמי' חולין ור"ט קתני סתמא נותנין לה הכל תרומה ולא סיים דמוכרת ולוקחת כו' א"כ מסתמא איכא כוונה במאי דמוסיף ר' יהודה כן ע"כ פי' רש"י דזה גופא א"ב אבל באמת גם בנשואה א"ב בין ר"ט לר' יהודה כמו שכתבתי דמדקתני להך אבל בנשואה כו' מקודם דברי ריב"ב ור"י ורשב"ג כנ"ל. ואנן פסקינן כאביי דהא אביי דלא ידע מהך ברייתא אלא אמר מדנפשי' להך דאבל בנשואה הכל מודים כו' אלא בגמ' אמרו דתניא כוותי' אבל אביי לא ידע מזה מדלא הביא התוספתא הנ"ל אלא אמר מדנפשי' כן. א"כ מוכח דס"ל דבנשואה דכבודה בת מלך פנימה אינו סברא דהיא תטרח בשביל מזונותי' אלא החיוב על הבעל בזה ושפיר פסקו כן והארכתי בסוגיא דקידושין דף יו"ד דאמר שם ריב"ב דאין אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה ואילו הכא אמר ריב"ב דנותנין לה תרומה ובאמת אין זה קשה וקצרתי]:

ד

והרמב"ם ה' אישות פ' י"ב ה' י"ג כתב הי' בעלה כהן אינו נותן לה כל מזונותי' תרומה מפני שטורח גדול הוא לה לשומרן מדברים המטמאין ולאכלן בטהרה אלא נותן לה מחצה חולין ומחצה תרומה עכ"ל וטעמו כן מבואר בירושלמי כתובות פ"ה סוף הלכה ג' בזה"ל ר"ע אומר מחצה חולין ומחצה תרומה שהנשים מצויות לטמא טהרות עכ"ל ועיין במגיד משנה שם שכתב דפסק הלכה כר"ע מחבירו ואף דהרמב"ם פסק כמשנה אחרונה דאינה אוכלת בתרומה עד שתכנס לחופה עכ"ז נפ"מ ממה שפסק הלכה כר"ע דנפקא מינה בבת כהן לכהן דאז אוכלת בתרומה אף מקודם שנתארסה ולכן כתב הך טעם שהנשים מצויים לטמא טהרות דאילו משום כבודה בת מלך פנימה זה לא שייך רק בנשואה כמבואר בגמ' אבל בארוסה לא שייך זה וע"כ אמר ר"ע דמחצה חולין ומחצה תרומה משום דבארוסה אינו מחויב הבעל לטרות ולמכור אלא יכול לסלקה בשוה כסף על מזונותי' א"כ הי' יכול לתת לה הכל תרומה כדברי ר"ט אלא משום דהנשים מצויים לטמא טהרות קאמר ר"ע כן ולכן קאמר הרמב"ם הך טעמא אבל בנשואה מודה הרמב"ם להך סברת אביי דליכא שום אמורא דפליג עליו ע"כ שפיר פסק הרמב"ם דאינו יכול לומר צאי מ"י כו' וגם נפ"מ בארוסה בת ישראל בהגיע זמן ולא נשאה דאוכלות משלו ויכול לסלקה בשוה כסף דלא שייך התם הטעם דכבודה בת מלך כו' עכ"ז אינו יכול לסלקה כולה בתרומה אם הוא כהן משום דבימים טמאים קשה עלי' לשומרם ולהשגיח שלא יטמאו עד שתטפל למוכרם ע"כ כתב הרמב"ם הך טעמא דירושלמי הנ"ל ולפ"ז איכא לשניי' בפשיטות סתירת ריב"ב דקדושין להא דכתובות וקצרתי:

ה

ועפ"ז ניחא ג"כ סוגיא דר"פ המדיר דמשני על מה דהקשו שם והא משועבד לה וכמו דתנן קונם שאני עושה לפיך כו' דנעשה כאומר לה צאי מ"י למזונותיך ואינו קשה משם על שיטת הרמב"ם משום דהר"נ כתב שם לתרץ שיטת הרמב"ם דלדידן דקיי"ל כר' יוחנן בן נורי דיפר שמא יגרשנה וקונמות מפקיע מן שעבוד אינו קשה לקושיות הגמ' דשם לפי דבשעבוד של האשה עליו לא שייך לאלם שעבודה דהא יכול לגרשה בע"כ אלא קושיות הש"ס הוא דרצו לאוקמי להך דר"פ המדיר ג"כ כת"ק דר' יוחנן בן נורי דס"ל דקונמות אינן מפקיע מן שעבוד וכיון דלא פליג על הך משנה בע"כ אתי כב"ע ע"כ הקשו כן ויעו"ש בר"נ ולפ"ז שפיר נוכל לומר דהת"ק ס"ל באמת כר' יהודה דס"ל בכתובות דיכול לסלקה אף לנשואה בכולי תרומה ופטור הבעל מן טרחא למכור למזונותי' וע"כ לא פליג על הך משנה דר"פ המדיר משום דלפ"ז י"ל דנעשה כאומר לה צאי מ"י כו' ואתי שפיר הך משנה כב"ע או משום דקונמות מפקיע. כו' או משום דיכול לסלקה אף בשוה כסף ומתורץ שיטה זו על נכון בעז"ה דלא יסתירו לסוגיא מפורשת כ"כ ועדיין יש לעיין במה דאמרו בגיטין דף י"ב שם ואם מספקת וא"ל צאי מע"י במזונותיך רשאי מספקת מאי למימרא מהו דתימא כל כבודה בת מלך פנימה קמ"ל עכ"ל הגמ' ולשיטת הרמב"ם וסייעתו דא"י לומר זה בע"כ א"כ לא שייך בזה למימר הך לשון דמאי למימרא דהא כיון דיש בזה הך פלוגתא דתנאי כפי שנתבאר א"כ לא שייך בכה"ג לומר לשון פשיטא כ"כ אך גם זה יש ליישב וקצרתי כעת:

ו

והנה התוס' בכתובות דף ס"ג ע"א בד"ה באומר איני זן כו' כתבו בשם הר"ת דמפרש למה דכותבין בכתובה ואנא אפלח כו' היינו עבודת הקרקע כו' ואביא מזונות לבית כו' וי"ל דהכוונה הוא שלא יוכל לסלקה בשומא כי אם במזונות ממש ועליו מוטל הטרחא ואינו יכול לסלקה בש"כ. וכשיטת הסוברים דאינו יכול לומר צאי מע"י למזונותיך כנ"ל ועפ"ז ג"כ יש ליישב לקושיות הללו דעיקר טעמם הוא משום מה שכותבין כן בהכתובה וקצרתי:

סימן סו

א

תשובה לרב גדול א' מה שנסתפק כת"ר בבעל שאמר לאשתו צאי מעשה ידיך למזונותיך והותירה ממע"י אם שייך הפירות להבעל וכמש"כ התוס' כעין זה בכתובות דף נ"ט ד"ה ר"ע אומר יפר כו' דאע"ג דהעדפה ע"י הדחק הוי לאשה מ"מ משועבדת להבעל על זכות פירות והביא כת"ר ראי' מן נזיר דף כ"ד ע"ב תוס' ד"ה שקימצה מעיסתה כו' שכתבו

דמיירי היכא שאמר לה צאי מע"י למזונותיך והותירה ממע"י וזה וודאי דידה כיון שא"ל צאי מע"י למזונותיך כו' והא התם מקשה הגמ' מה שקנתה אשה קנה בעלה. וע"ז תי' כן ומבואר בגיטין דף ע"ז וב"ב דף נ"א תוס' ד"ה במתנה קנתה כו' דהא דא' מה שקנתה אשה קנה בעלה זהו משום זכות פירות השייך להבעל וב"ב שם בסוף ד"ה הנ"ל בשם ר"י דאם אוכל פרי פירות שייך ג"כ מה שקנתה אשה קנה בעלה ע"ש ואי נימא דגם היכא דא"ל צאי מע"י כו' שייך הפירות להבעל או דפרי פירות שייך לו א"כ תקשה עדיין קושיות הש"ס דאמאי אם היתה בהמתה החטאת תמות כו' והא מה שקנתה אשה קנה בעלה דהא גם בקימצה מעיסתה אוכל פירות. וע"כ מוכח דהיכא דא"ל צאי מע"י אינו אוכל פירות גם ממותר מע"י וגם מוכח דאינו אוכל פרי פירות כפי דמוכח כן ע"פ דברי התוס' דב"ב הנ"ל עכ"ל ויפה הוכיח:

ב

אכן לפע"ד יש לדון ולדחות זה משום דלכאורה יש להעיר במה דמקשה הגמ' שם הא מה שקנתה אשה כו' דהא בב"ק דף פ"ט ע"ב אי' תני חדא עבדי מלוג יוצאין בשן ועין לאשה ולא לאיש ותניא אידך לא לאיש ולא לאשה ואמרי שם דקא מיפלגי בתקנת אושא ואבע"א כאן קודם תקנה ואבע"א דכ"ע אית להו תק"א ומאן דא' לאשה כו' כדרבא דהקדש חמץ כו' וכ"ע אית להו דרבא והכא אלמוהו רבנן לשיעבודי' ואבע"א כו'. הרי דמצינו לחד תנא דס"ל דיכולה לשחרר עבדי נ"מ ולהפסיד זכות פירות השייך להבעל כיון דהגוף שייך לה רק מאן דס"ל דאין יוצאין לאשה טעמי' משום דאית לי' תק"א או משום אלמוהו רבנן לשעבודי' או משום קנין פירות כקנין הגוף דמי ובאמת צריך להבין הסברא דמפני מה יוצאין לאשה ולא לאיש דאף דהגוף שלה ול"ל תק"א מ"מ הא יש להבעל זכות על פירות ואיך יכולה להפסידו זכות זה ובוודאי אין לומר הטעם התם משום הא דקדושת הגוף מפקיע משעבוד וכדרבא דהא אף מקודם דאסיק הש"ס התם להך דרבא מ"מ הי' ס"ל דאי נימא ל"ל תק"א דאז יוצאין לאשה כו':

אלמא דאף היכא דלא שייך הא דרבא ג"כ יוצאין לאשה וקשה כנ"ל:

ג

וע"כ מוכח הטעם דמאן דס"ל דיוצאין לאשה דטעמו דכיון דהגוף שייך לה ע"כ מועיל שחרורה ואף דתפסיד זכות פירותיו שזיכו לו חז"ל משום דס"ל דדוקא היכא דיש לה גוף הנכסים אז יש לו זכות בהפירות מעת דגדלו הפירות ברשותה דזכה הבעל בהפירות ממנה אבל היכא דכבר מכרה נכסי' ממילא לא זכה הבעל מעולם בזכות הפירות כיון דבעת דגדלו הפירות לא הי' אז ברשותה. וע"כ ס"ל להך תנא דס"ל דבדיעבד מהני שחרורה וה"ה מכירתה גם י"ל דטעמו הוא דס"ל דכיון דמה"ת מהני שחרורה ע"כ אין כח

להבעל דזכותו בהפירות אינו רק מדרבנן להפקיע דבר מדאורייתא רק אי נימא לתק"א או דאלמוה רבנן לשעבודי' דבעל דראו חז"ל לחזק תקנתם בזה דיהי' תקנתא אלימתא וזהו משום דלא תהי' יכולת בידה להפקיע זכות הבעל בשום אופן בעולם כלל אבל מאן דס"ל דיוצאין לאשה כיון דלא ס"ל לתק"א וגם לא ס"ל דאלמוה לשעבודי'. ע"כ ממילא מהני שחרורה כיון דמה"ת הוי שחרורה שחרור גמור כן ס"ל להך תנא ועיין בפני יהושע לב"ק שם:

ד

ולפ"ז קשה דמאי פריך הש"ס הכא בנזיר דף כ"ד דאמאי אם היתה בהמתה תמות והא מה שקנתה כו' והא י"ל דמתניתין דנזיר ס"ל כהך תנא דברייתא דס"ל בב"ק דיוצאין לאשה אלמא דיכולה להפקיע ע"י הקדישה לזכות פירותיו וכה"ג מצינו בכתובות דף נ"ט בתוס' ד"ה ר"ע אומר יפר כו' שכתבו שם דדוקא בעיקר מע"י אלמוה:

אבל הכא דלאו דידי' רק לפירות לא אלמוה עכ"ל ובאמת הא מצינו בב"ק דף פ"ט ודף צ' דלחד תנא גם בפירות אלמוה לשעבודא דבעל וע"כ מוכח דהאי דר"ע אתי כמאן דס"ל דלא אלמוה לזכות פירותיו וה"ה י"ל בהא דמתניתין דנזיר ועוד דהא שם בנזיר דמיירי באם היתה בהמתה חטאת כו' הא זהו קדושת הגוף ומפקיע משעבוד ודומה וודאי להא דעבדי נ"מ דיוצאין לאשה כנ"ל אך בזה י"ל דקושיות הגמ' שם בנזיר קאי על הי' לה מעות סתומין דמבואר בסיפא דמשנה שם דמי חטאת ילכו לים המלח כו'. ומעות הא לא הוי קדושת הגוף רק כמו קדושת בדה"ב:

ולא שייך בזה הא דרבא דקדושת הגוף כו' אך הא הוכחתי לעיל מסוגי' דב"ק דאף מקודם דאסיק הש"ס שם להא דרבא דהקדש כו' מ"מ הי' ס"ל דאי נימא ל"ל תק"א דאז יוצאין לאשה אלמא דאף בקדושת בדה"ב ג"כ הדין כן וכמש"כ לעיל ותקשה דמאי פריך הש"ס בפשיטות כ"כ בנזיר הא י"ל דס"ל כמאן דס"ל דיוצאין לאשה כנ"ל:

ה

והנלע"**ד** בזה דלכאורה יש לדקדק בלשון הש"ס שם דמקשו בזה"ל היא מנא לה האמרת מה שקנתה אשה קנה בעלה א' רב פפא שקמצה מעיסתה. ויש לדקדק על הלשון דאמרו האמרת מה שקנתה כו' ועיין בתוס' שם ד"ה האמרת כו' אבל י"ל בזה ע"פ מש"כ הש"ך ח"מ סי' ל"ט ס"ק ב' באה"ד שם כלל מחודש דהיכא דהמתרץ הוי אמורא פלוני מסתמא בני הישיבה שלו הקשו כן ע"ש. וע"כ הכא בנזיר כיון דר"פ הוא המתרץ לקושי' זו מסתמא בני ישיבתו הקשו כן אליו. ובב"ק דף פ"ט אי' דכי אתא ר"פ ורב הונא כו' אמרי תנינא לתק"א העבד והאשה פגיעתן רעה החובל בהם חייב כו' ואף דהגמ' דחה זה שם מ"מ הא ר"פ ס"ל דמתניתין דילן איתי לן תק"א וע"כ שפיר הקשו בפשיטות כן בנזיר

בלשון האמרת מה שקנתה אשה קנה בעלה. היינו דמדברים לר"פ דהא אתה אמרת דמתניתין ס"ל לתק"א. א"כ מסתמא ג"כ מתניתין דנזיר ס"ל ג"כ לתק"א. דאל"כ תקשה איך אמרו שם תנינא לתק"א הא יהי' מוכח מסתם משנה דנזיר דס"ל דלא כתק"א והיה דוחק להו לומר דהך דנזיר נשנית קודם תק"א ועיין בב"ק דף פ"ט וקצרתי וכיון דאית לן תק"א א"כ ממילא לא חל הקדישה כלל וכמו דתני התם דלתק"א עבדי מלוג אין יוצאין לאשה משום דהוי לוקח על הגוף מחיים או דאלמוה לקנין פירותיו דהוי כקנין הגוף וכמבואר פלוגתת ראשונים בזה בסי' צ' באה"ע ובקצה"ח סי' ק"ג וע"ז מתרץ ר"פ דקימצה מעיסתה ואתי שפיר מה דהקשיתי. ומדוקדק ג"כ הלשון דהא אמרת היינו לפי שיטתו הקשו לו כן והתוס' שם כתבו דלשון הגמ' הוא לאו דוקא במה דאמרו הא אמרת כו' ולפמש"כ מדוקדק לשון הגמ'. ואתי שפיר בעז"ה:

ו

וכן י"ל בהא דסנהדרין דף ע"א דשיגנוב משל אביו ומשל אמו אמו מנא לה מה שקנתה אשה קנה בעלה א"ר יוסי ב"ר חנינא מדמי סעודה המוכנת לאביו ואמו כו' ושם ג"כ יש להקשות דמאי מקשה הגמ' הא אף אם קנה בעלה היינו רק זכותו בפירות אבל הגוף שייך לה א"כ שפיר מקריא נכסי אשתו של אביו ושל אמו ושייך לשניהם בשותפות ועיין בב"ק ד' צ' אמר אמימר איש ואשתו שמכרו נ"מ כו' כמאן כר"א כו' וקצרתי אך באמת י"ל דעיקר קושיית המקשה הוא לאותן מ"ד דס"ל בהחובל דף פ"ט דמתניתין אית לן תק"א ע"ש וכיון דמתניתין אית לן תק"א ונישנית לאחר תק"א ע"כ מסתמא ה"ה הכא בסנהדרין ס"ל להמשנה כן. ועל כן כיון דאית לן תקנת אושא אם כן קנין הגוף שייך להבעל גם כן וכמבואר באה"ע סי' צ' ובח"מ סי' ק"ג ושפיר מקשו שם [וידוע דדרך הש"ס להקשות מן המשנה בסתמא וקאי להנך אמוראי אף דלא ס"ל לדינא כוותיי', וכמש"כ הש"ך ח"מ סי' מ"ב ס"ק א' והשאגת אריה בכמה דוכתי] ובפרט הא ריוב"ח מתרץ שם בסנהדרין ואיהו הא אמר לתק"א כמבואר בב"ק דף פ"ט ובשא"ד. דר' יוסי בר"ח אמר דבאושא התקינו האשה שמכרה כו' וקצרתי:

ז

ונשובה לראי' של כת"ר דהוכיח מהא דנזיר דהיכא דא"ל צאי מע"י למזונותיך אין להבעל פירות דיש לדון בזה הרבה משום דאע"ג דכתבו התוס' בב"ב וגיטין דהא דאמרו מה שקנתה אשה קנה בעלה זהו מצד זכות הפירות שלו עכ"ז ז"א רק התם דמיירי לענין חצירו אבל הכא בנזיר לפי מה דנתבאר עיקר מילתא תלוי הכא רק בתק"א כנ"ל משום די"ל דאף דנימא דיש לו פירות מ"מ אינו קשה שם די"ל דאתי כמאן דס"ל בב"ק דיוצאין לאשה כנ"ל ולפ"ז י"ל דהיכא דא"ל צאי מע"י כו' יש לו פירות רק זכות תק"א דתקנו לאחר

תקנת פירות זה מוכח מהא דנזיר דלא תקנו בזה אבל זכות פירי דהוי תקנה קדומה י"ל דתקנו ג"כ בזה ויש להסביר ביתר ביאור לפמש"כ הרשב"א לב"ק דף פ"ט בחי' להדיא דבנתן לה מתנה דלא יהיה שייך בזה תק"א ועיין באה"ע סי' צ' בח"מ ס"ק ט' וב"ש ס"ק י"ב למש"כ שם לדון אי שייך בזה תק"א או לא אבל בחידושי רשב"א כתב כנ"ל ואף דפירי פירות שייך להבעל בנתן לה מתנה כמבואר בסי' פ"ה סעי' ז' עכ"ז לא תקנו בזה לתק"א ויש לומר דה"ה בא"ל צאי מע"י כו' דדינו כמו מתנה דאין לו פירות רק פירי פירות וליתא בזה לתק"א אבל פירי פירות י"ל דשייך לו וי"ל דהתוס' בתי' קמא דנזיר ס"ל ג"כ כהרשב"א לב"ק שם כנ"ל ועיין בב"ק דף פ"ח בתוס' ד"ה באושא כו' ויבמות דף ל"ו וכתובות דף נ' ד"ה הבעל כו':

ח

וע"כ אין מקום להוכיח מהך דנזיר רק דבאמר צאי מע"י למזונותיך לא דיינינן בזה לתק"א. אבל לענין זכות הפירות השייך להבעל אינו מוכח מזה כלל ועדיין י"ל דזכות הפירות יהיה שייך להבעל גם בא"ל צאי מע"י כו' וכדמצינו גבי נותן מתנה לאשתו כנ"ל. ועוד י"ל בעיקר הוכחת כת"ר דהא לפי הך ואבע"א דאקני לה אחר כו' דנזיר שם ופי' רש"י בד"ה ואבע"א כו' דאי קימצה מעיסתה אמרינן נמי מה שקנתה אשה קנה בעלה א"כ לפ"ז הדין נותן דגם בא"ל צאי מע"י כו' דינו ככל נ"מ ולא מחלקים ביניהם א"כ הוי זה גופא ספיקא דדינא וגם לפי תירוץ השני של התוס' בנזיר שם דכתבו דמיירי שלא אכלה כדי שבעה א"כ לפ"ז יש לחלק דשאני בלא אכלה כדי שבעה כיון דבידה היה לאכול כולו ולא להותיר ע"כ פקע זכות הבעל לגמרי מזה משא"כ בא"ל צאי מע"י והחילוק פשוט ביניהם ולדינא כיון דראיות כת"ר נדחית משום דלענין פירות אין להוכיח כנ"ל ע"כ מסתבר לדון היכא דא"ל צאי מע"י למזונותיך דדינו כמו נותן מתנה לאשתו דאין הבעל אוכל הפירות וליתא בזה גם לתק"א כמש"כ הרשב"א לב"ק בחי' אבל פירי פירות יש לו וכמבואר בסי' פ"ה סעי' ז'. וה"ה בצאי מע"י למזונותיך יש לו פירי פירות. כן י"ל בזה:

סימן סז

ב"ה כסליו תר"כ לפ"ק. אל כבוד הרב הגאון וכו'

מכתב כת"ר הגיעני וע"ד שאלתו באחד שנשא בתולה ונודע אחר הנשואין שזנתה מקודם והבעל אינו יודע גם עתה מזה ומסתפק כ"ת אם מחויבים להודיע להבעל מזה דהא קיי"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות והקדושין בטלים והיא פנוי' ואף דאיסור פנוי' אינו רק איסור דרבנן בכ"ז מספקא ליה במי שעובר על דרבנן בשוגג

אם מחויבים להודיעו היכא דאינו מכשילו בידים זהו תוכ"ד כת"ר ובקש ממני לחוות דעתי בזה:

ענף א

א

תשובה בעז"ה הנה בעיקר מש"כ דלבעול בלא קדושין זהו רק איסור דרבנן אין זה אליבא דכ"ע דהא מבואר פלוגתת הפוסקים בזה באהע"ז סימן כ"ו דדעת הרמב"ם דמן התורה אין לבעול בלא קדושין והראב"ד וקצת פוסקים פליגי עליו וסבירא להו דאינו אלא איסור דרבנן וכן נלענ"ד להוכיח דרש"י ס"ל ג"כ דאינו אלא איסור דרבנן דבברכות דכ"ב ע"א כתב רש"י בד"ה אותה אשה פנוי' היתה כו' וחכמים גזרו על יחוד דפנוי' עכ"ל ורש"י נתכוין בזה דהיה קשה ליה דאם א"א היתה א"כ איך נמנע בשביל תקנת עזרא דהא אם אינו חושש לאיסור א"א איך יחוש לתקנת עזרא ע"כ פירש פנוי' היתה ואינה אסורה אלא מדרבנן משום גזירה דגזרו על יחוד פנוי' ממילא נכלל בזה הגזרה שלא לבעלנה א"כ מוכח דדעת רש"י ג"כ כהראב"ד דפנוי' [אינו] אלא מדרבנן אסורה שוב מצאתי בצל"ח ברכות שם שכתב ג"כ כנ"ל להוכיח משיטת רש"י הנ"ל כן וכן נלענ"ד להוכיח מהתוס' קדושין דף ו' ד"ה לא יהא לו עסק עמהן כו' והר"ר עזריאל פי' שלא ידבר על עסקי קדושין שפעמים שתהיה מקודשת באמירתם ולא יבין וקשה תינח בקידושין בגירושין מה בכך אם יסבור שאינה מגורשת ושמא איכא למיחש לכהן עכ"ל ואי נימא דאסור מה"ת לבעול בלא קידושין א"כ יהיה תקלה אם יסבור שאינה מגורשת א"כ יבא עלי' בלא קדושין מחדש דהא יסבור דהיא אשתו מכבר א"כ יעברו על איסור תורה אע"כ מוכח מקושיית התוס' דס"ל דאינו אסור מה"ת לבא בלא קדושין אלא מדרב אסור ועל חשש תקלה בדרבנן לא שייך למגזר דהוי כעין גזירה לגזירה לכן הקשו שפיר והוכרחו לתרץ דיבא חשש תקלה לכהן א"כ מוכח מהתוס' קדושין דס"ל כהראב"ד אך מש"כ כת"ה בפשיטות דאינו אסור אלא מדרבנן זה אינו לשיטת הרמב"ם ועי' בתשו' מעיל צדקה סי' ב':

ב

ובעיקר הדבר בנמצאת בעולה אי צריכה קדושין אחרים או לא מבואר שיטת הרמב"ם והטור והרמ"א בסימן ס"ח סעי' ט' והובא בב"ש סימן הנ"ל ס"ק כ"ד דס"ל דאם רצה לקיימה כותב לה כתובה מנה ומשמע דא"צ לקדשה מחדש וכ"כ ההפלאה בק"א דלהרמב"ם א"צ קדושין מחדש אבל בתוס' כתובות ד"י ד"ה חזקה כו' משמע דס"ל דצריך לקדשה מחדש עי' בב"ש שם ובב"ש סי' ס"ז ס"ק ו' ולענ"ד נראה לאמר דהא דלהתוס' צריכה לקדשה מחדש זה אינו משום דהקדושין בטלו לגמרי בנמצאת בעולה מתורת

ודאי דזה לא גרע ממומין דקאמר רבא בכתובות דע"ג תנא ספוקי מספקא ליה גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא א"כ יש לומר דה"ה בנמצאת בעולה אף דאין לה כתובה כלל הוי ג"כ משום ספק ממונא לקולא ולא משום ודאי קפידא רק הוי ספק קפידא דלא גרע ממומין דהא חזינן דבמומין ס"ל לכ"ע דאין לה כתובה כלל ואילו בנמצאת בעולה ס"ל לכמה אמוראי דיש לה כתובה מנה כמבואר בכתובות ד' י"א וי"ב לכן אף לדידן דקיי"ל דאין לה כתובה כלל עכ"פ לא גרע ממומין דהתם רק ספק הוי וכמו במומין ס"ל לרבא דצריכה גט מספק וכדקי"ל באהע"ז סימן ל"ט סעי' ה' ה"ה בנמצאת בעולה צריכה גט מספק ודינה כספק נשואה ועכ"ז שפיר כתבו התוס' דזה מקרי מפסיד הסעודה ודנים חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה משום דהא צריכה עכ"פ קדושין אחרים משום ספיקא דבלא זה אסור להיות עמה דאיסור פנויה מן התורה הוא וכדעת הרמב"ם. וא"כ הוי ספק דאורי' דאזלינן לחומרא ואף דהוכחנו לעיל מהתוס' קדושין דף ו' דסבירא להו דאיסור פנויה אינו רק מדרבנן מ"מ הא כבר כתב הים של שלמה בהקדמתו לב"ק דמתוס' לתוס' לא מקשינן אחרי כי היו כמה בעלי תוס' וא"כ יש לאמר אף דמתוס' קדושין נראה דאיסור פנויה מדרבנן הוא בכ"ז הכא נוכל לומר בכונת דברי התוס' דהוא משום דפנויה מדאורי' אסורה וא"כ הוי ספק דאורי' ואסור להיות עמה בלא קדושין מחדש:

ג

ועוד אפילו נימא דשיטת התוס' הכא היא ג"כ דאיסור פנוי' אינו רק מדרבנן וכמו שהוכחנו דכן שיטתם בקדושין הנ"ל וא"כ הא לפ"ז מותר להיות עמה בלא קדושין אחרים בכ"ז מקרי מפסיד הסעודה דהא כיון דהוי ספק לא יוכל לכופה להיות עמו אף אם יתרצה אח"כ ליתן לה מאתים דיכולה לאמר לו לדבריך דהוי ספק קדושין דלמא נתבטלו הקדושין ואינה מחויבת להיות עמו וע"כ מקרי מפסיד הסעודה ושייך חזקה א"א טורח בסעודה ומפסידה ואף דהא לדברי האשה דלא מצא פ"פ מחויבת להיות עמו עכ"ז הא לדבריו אינו יכול לכופה כמו שני הודאות דסתרי אהדדי כמבואר בח"מ סי' ע"ה וסי' פ"ח דאין מוציאים מן המוחזק ועי' בקצה"ח והנתיבות שם. ועי' חלקת מחוקק סי' ס"ח ס"ק ט"ו וקצרתי והא דתנן מקחו מקח טעות אף דזהו רק מספיקא כבר כתבתי בספרי באר יצחק חאהע"ז סי' ג' ענף ג' דלשון קדושי טעות נופל על ספק קדושין ע"ש ד"ה ועוד י"ל כו':

ד

אכן מהרמב"ם והטור משמע דס"ל דבנמצאת בעולה הוי ודאי מקודשת דאל"כ איך רשאי לקיימה בלא קדושין מחדש אי איננה מקודשת רק מספק כיון דלשיטת הרמב"ם איסור פנוי' הוא מן התורה א"כ הוי ספק דאורייתא ולחומרא ויאסר מספק לבעול בלא

קדושין ומוכח דלהרמב"ם הוי ודאי מקודשת אף דנמצאת בעולה ובאמת צריך ביאור דמ"ש גבי כתובה דאמרו דהוי מקח טעות ולית לה כלל וגיטא בעיא כעין קושיית הש"ס בכתובות גבי מומין דמ"ש כתובה דלא בעיא הא גיטא בעיא ומזה הוכיחו בגמ' דא"צ גט אלא מספק ויש לומר דהא רש"י פירש שם בכתובות ד"ה גט נמי לא תבעי דלשמואל פריך דלית לי' אין אדם עושה בעילתו ב"ז אלמא דלרב דאית ליה א"א עושה בעילתו בעילת זנות אינו קשה די"ל דמחמת א"א עושה בעילתו ב"ז אמרינן דנתרצה לקדשה ועכ"ז אינו מתחייב בכתובתה ע"כ י"ל דבנמצאת בעולה אחר שכנסה ובעלה דהוי ודאי מקודשת משום חזקה אין אדם עושה בעילתו ב"ז לדידן דקי"ל כרב דאית ליה חזקה אין אדם כו' כמבואר באהע"ז סי' ל"ח סעי' ל"ה ואף דהא מבואר שם ברמ"א ובח"מ שם ס"ק מ"ט בשם כמה פוסקים דאם קדשה אחר צריכה גט משני' וכן מבואר בטור סי' ל"ט משום דס"ל דאף בבעל אינו אלא ספק דהחזקה א"א עושה בעילתו ב"ז אינו אלא מספיקא עכ"ז יש לדון דז"א אלא בקדשה על תנאי דחזינן דהקפיד מדקדש על התנאי וליכא אלא חדא ספיקא משא"כ בנמצאת בעולה או בנמצאו מומין ולא קדשה בתנאי יש לדון משום ספק ספיקא דיהיה קדושין ודאי ספק אחד דלמא אינו מקפיד על מומין דהא אמרו בכתובות דע"ג דהאי תנא מספקא ליה גבי מומין אי הוי בטול קדושין או לא וה"ה בנמצאת בעולה כנ"ל. ואת"ל דהוי קפידא עכ"ז ספק דלמא משום הך חזקה דאין עושה בעילת זנות נתרצה ומחל על מומין ואין זה ס"ס משם אחד דהא מבואר בש"ך יו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק י"ב דהיכא דיש נפ"מ בין המתירים דיינינן שפיר ס"ס משם אחד וה"ה הכא הא נפ"מ גבי כתובה דאי נימא הספק אינו מקפיד כלל ע"ז אז יש לה כתובה ואי נימא דמקפיד בודאי אך הספק משום חזקה א"א עושה בעילתו ב"ז דנתרצה אח"ז בעת הביאה אז אין לה כתובה כיון דבאמת מקפיד ע"ז בודאי כמבואר בסוגיא שם דע"ג ע"כ אין זה ס"ס משם אחד והא דתקשה כיון דהקדושין אינו בעל לשיטת הרמב"ם א"כ אין מפסיד הסעודה י"ל כמש"כ הבית מאיר בפירוש חזקה א"א טורח בסעודה ומפסידה דלא מהפך שמחתו לאבילות יעוי"ש ועוד דהא אין יכול לכופה להיות עמו דהא אין מוציאים ע"פ ס"ס מקרי שפיר מפסיד וקצרתי:

ה

ועוד י"ל דהא אנן מיירינן לשיטת הרמב"ם. ולהרמב"ם הא מוכח דס"ל דאמרינן ס"ס משם אחד כמבואר ברמב"ם פ"ב ה' סוטה ה' ד' שפסק פתוי קטנה רצון הוא וכתב הרב המגיד והכ"מ דהרמב"ם הוכיח כן מהא דכתובות דף. ט' דהקשו התוס' אמאי לא נימא ספק בקטנותה נבעלה ואת"ל בגדלותה עכ"ז ספק דלמא באונס ותירצו התוס' דזה הוי

ס"ס משם אחד אכן הרמב"ם ס"ל דאמרינן ס"ס משם אחד לכן הוכיח מסוגיא דפ"פ דפתוי קטנה רצון הוא יע"ש א"כ שפיר יש לדון לשיטת הרמב"ם הנ"ל ס"ס הנ"ל ולכן פסק שפיר בנמצאת בעולה דאם רצה לקיימה כותב לה כתובה ומשמע דא"צ לקדשה מחדש משום ספק ספיקא ספק דלמא אינו מקפיד כלל ע"ז כמו שהספק במומין ואת"ל דמקפיד עכ"ז ספק דלמא משום חזקה אינו עושה בעילת זנות נתרצה ע"ז ולכן סמכינן על ס"ס דא"צ קדושין אחרים וראיתי בתומים בכללי מיגו ס"ק י"א שכתב בפשיטות דבנמצאת בעולה צריכה להחזיר הכסף קדושין ולא הביא שיטת הרמב"ם והב"ש הנ"ל ולפמש"כ גם לשיטת התוס' א"צ להחזיר הקדושין כיון דהוי ספק ספיקא ועי' אהע"ז בסימן נ' סעי' א' ובח"מ וב"ש שם וקצרתי:

ענף ב

1

ועפ"ז יש לדון במה שכתב המחבר באהע"ז סימן ל"ט סעי' ה' המקדש אשה ונמצא בה א' מהמומים או נדרים מקודשת מספק וכן פסק הרמב"ם פ"ז ה' אישות הלכה ח' וי"ל דז"א אלא בלא בא עלי' כדמשמע פשטות לשון הש"ע והרמב"ם אבל בבא עלי' אז צריכה גט בודאי משום ספק ספיקא הנ"ל ואף דלא משמע כן בב"ש סימן ל"ט ס"ק ט"ז עכ"ז נלענ"ד כמש"כ בעז"ה וראיתי בהמ"מ שם בפ"ז ה' אישות ה' ח' שכתב דהא דפסק הרמב"ם במקדש ונמצאו בה מומים צ"ג מספק דזהו מסוגיא דכתובות דע"ג דרבא אמר ספוקי מספקא ליה ואף לדעת רב דאמר קדשה ע"ת וכנסה צ"ג עכ"ז הובאה סוגיא זו בהלכות ופסקו כרבא עכ"ל וכתב הלחם משנה שם דכונת המ"מ היא כן דאף דלרב ה"ל לומר דצ"ג בודאי מ"מ לא הוי אלא ספק עכ"ל אלמא דס"ל דלרב אף בבעל לא הוי אלא ספק ולא כמו שכתבתי אכן י"ל דכונת המ"מ הוא כך דהא לפי מה דפסק הרמב"ם דאף בקדשה לחוד הוי ספק מקודשת וע"כ הטעם משום שיטת רבא דספק הוי אי סתם ב"א מקפידים על מומים או לא כפרש"י שם. א"כ לפמש"כ רש"י שם דמאי דפריך התם מ"ש כתובה מגט דז"א אלא לשמואל אבל לרב דאית לי' אין אדם עושה בעילתו ב"ז אינו קשה כלל קושית הש"ס די"ל דדוקא גבי כתובה אמרינן כיון דבאמת מקפיד על מומים לא רצה להתחייב לה כתובה ועכ"ז נתרצה לקדשה מחמת חזקה אין עושה בעילת זנות ומה דתקשה הא בלא כתובה יהיה עדיין בעילת זנות עי' מזה בר"ן וקצרתי ואכ"מ:

וכיון דלשיטת רב אינו קשה קושית הגמ' הנ"ל ע"כ אין הכרח לפ"ז למאי דאמר רבא דהאי תנא ספוקי מספקא ליה אי סתם אנשים מקפידים על מומין רק בכנסה שייך חזקה אין עושה בעילתו בעילת זנות לכן צריכה גט משא"כ בקדשה לחוד דלא שייך חזקה זו

י"ל דאינה צריכה גט כלל כיון דמקפידים בודאי על מומין וכדס"ל לרבה שם דא"צ גט אלא מדברי' והוא מה"ט ועכ"ז כיון דהובאה שיטת רבא בהלכות אף דפסק כרב. בע"כ מוכח דקי"ל גם לדידן כרבא דהאי תנא מספקא ליה אי סתם ב"א מקפידים על מומים או לא א"כ לפ"ז גם בקדשה לחוד הוי ספק וצריכה גט מספק ואין הכרח למש"כ הל"מ דגם בכנסה אינו צ"ג אלא מספק דז"א די"ל דשייך ס"ס הנ"ל ורקו בקדשה ע"ת וכנסה סתם דלא שייך ס"ס הנ"ל אז אינן צ"ג אלא מספק כמש"כ הרמ"א בסימן ל"ח וכדמשמע מלשול הרמב"ם פ"ז מה"א הלכה כ"ו שכתב דחיישינן שמא ביט התנאי כשבעל סתם או כנס סתם אבל בקדשה וכנסה סתם ונמצאו בה מומים או נמצאת בעולה הוי ס"ס וצ"ג בודאי:

ז

ולפ"ז דגם התוס' בכתובות דף י' דמשמע דס' דצריך לקדשה מחדש כמש"כ הב"ש בשמם. וכבר כתבתי דלשיטת התוס' ג"כ צ"ק מספק עכ"ז י"ל דלדינא מודים למש"כ לדון ס"ס הנ"ל אך התוס' הא קאי התם אליבא דשמואל דאמר שם נאמן להפסידה כתובתה ופירש רבא אליבי' חזקה א"א טורח בסעודה ומפסידה ושמואל הא לית ליה כלל חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות א"כ אין שייך לדידי' ס"ס הנ"ל והוי רק ספק מקודשת אבל לדידן דקי"ל כרב דאית ליה חזקה א"א עושה בעילתו ב"ז שפיר יש לדון ס"ס הנ"ל וא"צ לקדשה מחדש כשירצה לדור עמה אך לכופה להיות עמו אפשר דאינו יכול לדון ע"פ ס"ס לשיטת הפוסקים דאין מוציאים ממון ע"פ ס"ס כמו דאין הולכים בממון אחר הרוב וה"ה דאינו יכול לכופה להיות עמו משום דהאשה מוחזקת בעצמה אך לשיטת הב"ש דס"ל דמוציאים ממון ע"פ ס"ס י"ל דיכול לכופה להיות עמו ויש להאריך בפרט זה הרבה ולפ"ז יש לדון לדינא לדידן דקיי"ל הך חזקה א"א עושה בעילתו בעילת זנות דלפ"ז הוי ס"ס הנ"ל א"כ לא שייך חזקה אין א' טורח בסעודה ומפסידה ואינו נאמן לפמש"כ הב"ש בשיטת התוס' דזה תלוי במה דצריך קדושין אחרים אך אפשר לדון דכיון דאינו יכול לכופה להיות עמו כנ"ל דהא אין מוציאים מהמוחזק ע"פ ס"ס כנ"ל א"כ שפיר שייך חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה:

ח

אמנם הר"ן בכתובות דע"ג בסוגיא מבואר דס"ל דאף בקדש וכנס ונמצאו בה מומים או נדרים ג"כ צ"ג מספק ומשמע דלא ס"ל הס"ס שכתבתי לשיטת הרמב"ם הנ"ל ואפשר דטעמו משום דס"ל דזה הוי ס"ס משם אחד כמש"כ לעיל:

ובעיקר מש"כ להרמב"ם הך ס"ס הנ"ל יש להעיר דהא מבואר בי"ד סוף סי' ק"י דס"ס לא מהני אלא בנולדו שני הספקות ביחד אבל בנולד ספק א' מקודם לא מהני א"כ הא

ספק הראשון דלמא אינו מקפיד בעצם על המומים נולד תחלה ושוב אח"כ בעת הבעילה נולד הס' הב' דלמא בעיל לשם קדושין משום דא"א עושה בעילתו ב"ז א"כ לא נולדו ב' הספקות ביחד ולא מצטרפי הספקות לדון ס"ס וא"כ לפ"ז הרי אינו מה דכתבתי להרמב"ם דס"ל דלכן בנמצאת בעולה מותר לקיימה דטעמו משום ס"ס הנ"ל הא הב' ספקות לא נולדו ביחד יש לומר דסבירא ליה דלא בעינן שיהיו נולדו ביחד או די"ל דהתם במש"כ הרמב"ם בסוף פי"א ה"א דבטוען פ"פ אם רצה לקיימה מקיימה דמשמע דא"צ קדושין מחדש כנ"ל הא מיירי התם בטוענת דלא נבעלה כלל רק דנמצאת בתולה א"כ לדברי' בלא"ה מותרת לבעלה בלא קדושין מחדש ורק לגבי הבעל דטוען דנמצאת בעולה ולו הלא נודעו ב' הספקות ביחד בעת הבעילה דהעיקר תלוי רק בהידיעה כמבואר ביו"ד שם דאף דלא נולדו ביחד הספקות עכ"ז כיון שלא נודע ספק תחלה רק נודעו ב' הספקות ביחד שפיר דנים בזה ס"ס. א"כ ה"ה הכא הא לא נודעו להבעל הספקות כי אם אחר הנשואין בעת דנמצאה בעולה נודעו לו ביחד השני ספקות והוי שפיר ס"ס. ואף דהאשה יודעת בעצמה דזנתה א"כ אצלה הלא נודע ספק הראשון קודם בכ"ז אינה נאסרת לפי דברי' דמכחישתו ואומרת דנמצאת בתולה ואין לומר דהא גם להבעל מבעי להיות אסור משום לפני עור דהא לדבריו דמצא פ"פ א"כ נודע אצלה ספק א' מתחלה ואין אצלה ס"ס גמור די"ל דהא מצינו בנדרים ד"צ בתוס' ד"ה חזרו לאמר אינה נאמנת כו' שכתבו בשם הרב ר' אליעזר דלכן אינה אסורה באומרת טמאה אני דשווי' אנפשי' חד"א משום דאיהי אינה מוזהרת כו' עכ"ל ועדיין קשה נימא שווי' חד"א ואסורה לדברי' משום לפ"ע דמכשילתו להבעל וע"כ מוכח דכיון דלהבעל באמת מותר דהא אינו חושש לדברי' ואף דלפי דברי' אסורה על הבעל משום לתא דידי'. עכ"ז אין בזה משום לפ"ע ה"ה בזה דנמצאת בעולה לדבריו דטען פ"פ כיון דלדברי' מותרת היא לו כיון דמכחישתו ואומרת ברי ואדם נאמן על עצמו רק לדברי הבעל אסורה אין שייך בזה לפ"ע כיון דלדבריה מותרת היא לו בלא קדושין מחדש והיא נאמנת על עצמה ויש לחלק קצת דשא"ה בטמאה אני לך דלדברי האשה ג"כ אינו יודע הבעל להאיסור משא"כ הכא לדברי הבעל יודעת האשה מהאיסור כיון דאצלה נודע ספק אחד מתחילה ויש לדחות זה וקצרתי:

ט

ועוד יש לאמר דלכן דיינינן לס"ס הנ"ל אף דאצלה נודע ספק אחד תחלה דהא יש לדון לפמש"כ הרמב"ם דבבעל וכנס דאמרינן חזקה א"א עושה בעילתו ב"ז היינו דאמרינן דמחמת חזקה זו מוחל התנאי וקדושין הראשונים חלין וא"צ עדי יחוד וכמש"כ הב"ש בסי' ל"ח ס"ק נ"ט א"כ אין זה מקרי נודע ספק אחד מתחילה דהא עיקר הטעם דמחמרינן

בנודע ספק א' מתחלה זהו משום דאמרינן דכיון דנודע ספק א' מתחלה ואז בשעת לידת הספק אם היה בא לשאול הדין היינו מורין ליה דאסור משום ספק דאורי' א"כ אף כשבא ספק ב' ג"כ נשאר באיסור וא"כ י"ל בנ"ד דזה מקרי כמו שנולדו שני הספקות ביחד דהא לעולם מספקא לן כשתבעל לו ואז יבא ספק השני דמשום חזקה א"א עושה בעילתו ב"ז נתרצה וא"צ עדי יחוד וכנ"ל והוי כנודעו ביחד דהא לעולם לא היינו מורין דאסורה לו להבעל משום ס' דאוריי' בלא קדושין מחדש דהא כיון דתבעל לו אז ממילא יבואו שני ספקות והוי ס"ס. וכה"ג כתב המג"א סי' תל"ט ס"ק ג' גבי ס"ס שמא נטל מצה ואת"ל חמץ שמא אכלו והקשה הא אין חל שני ספקות ביחד ותירץ כיון דלא חל איסור חמץ עד שעה ו' הוי כנודעו ביחד ע"ש א"כ בנ"ד כיון דהעיקר מה שאנו דנים זהו אם אסורה להבעל לו ואז יבאו שני ספקות ביחד וע"כ הוי ס"ס מעליא:

ט

גם י"ל לדברי הפרמ"ג ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס דהיכא דספק א' הוא ספיקא דדינא אז סמכינן על הס"ס אף דלא באו ביחד וה"ה בנ"ד כיון דרבא אמר תנא ספוקי מספקא אם סתם אנשים מקפידים על מומין הוי ג"כ כעין ספיקא דדינא דסמכינן אף דלא באו ביחד הספקות:

יא

ובאמת י"ל דגם הר"נ דכתב דקדש וכנס סתם צ"ג מספק דז"א רק בכנסה ולא בבעלה דאז שייך ס"ס מעליא כנ"ל והחלוק ברור דדוקא בכנס דאין זה מעלה רק בקדשה על תנאי וכנסה סתם דאמרינן דמדלא אתני בעת שכנסה דאחלי' לתנאו דז"א שייך רק בקדשה ע"ת משא"כ בנמצאו מומין דאין בזה שום סברא לומר דכנסה עדיפא דלא שייך רק ספק א' דלמא אינו מקפיד על מומין ואי נימא דמקפיד א"כ ממילא ה"ה בכנסה דהא גם מתחלה לא התנה משא"כ בבעלה דשייך חזקה א"א עושה בעילתו ב"ז דאף דנימא דמחמת חזקה זו אינו אלא ספק שמא משום הך חזקה מחל התנאי כמש"כ הרמב"ם והש"ע בסי' ל"ח עכ"ז הא הוי זה ספק שני ואיכא שני ספקות ודייניין שפיר ס"ס ויש לומר לפ"ז דגם הלחם משנה הנ"ל מודה בזה:

יב

ועוד יש להעיר ולומר דהר"ן לשיטתו דכתב בפ"ק דקדושין גבי חצי' שפחה וחצי' ב"ח שנתקדשה דהביא שם לדברי הרמב"ם דכתב כו' דאם בעל אחר שנשתחררה גמרי קדושי' כקדושי קטנה ובעל כו' ואין זה כלום אצלי דקטנה שגדלה ובעל לאחר זמן ה"ט דמקודשת גמורה לפי שאדם יודע שאין קדושי קטנה כלום אבל בחצי' שפחה וחצי' ב"ח כיון דתפסי בה קדושין וכשנשתחררה מספקא לן אי פקעי קדושי היכי נימא יודע שאין

קדושי' כלום וגמר ובעל לשם קדושין ומי איכא מידי דאנן לא ידעינן ואיהו ידע לפיכך אין דברי הרמב"ם מחוורין עכ"ל הר"ן. והמ"מ כתב דאף בזה שייך אדם יודע כו' והובא בב"י אהע"ז סי' מ"ד ובב"ש שם ס"ק ט"ז. ולפ"ז יש לדון כן גם במה שכתבנו דבספק אי סתם ב"א מקפידים על מומין וכיוצא בזה דכיון דאנן לא ידעינן ומספקינן בזה אי תפסי קדושין או לא ע"כ ממילא לא שייך בזה לומר אדם יודע כו' וגמר ובעל לקדושין כדי דלא יהיה בעילת זנות דכיון דאנן לא ידעינן איך איהו ידע וכשיטת הר"ן עצמו כנ"ל וע"כ לא שייך לדון הך ספק ספיקא לשיטת הר"נ אבל לשיטת הרמב"ם שפיר כתבתי לדון דלכן בטוען פ"פ מותר לקיימה דמשמע בלא קדושין משום דיש לדון ס"ס הנ"ל בבא עלי' וגם לשיטת הר"נ בפ"ק דקדושין גבי חצי' שפחה הנ"ל ג"כ יש לחלק דבנ"ד שאני ומהני הך ס"ס שפיר לדינא:

ענף ג

יג

היוצא לנו מבכ"ז דלשיטת הרמב"ם בנמצאת בעולה לא נתבטלו הקדושין מצד ודאי אך לפמש"כ למעלה דשא"ה בטוענת פ"פ דמכחישתו ועיקר החשש גבי הבעל ואצלו נודעו שני הספקות ביחד ע"כ הוי ס"ס מעליא משא"כ היכא דנמצאת בעולה בעדים אז יש לומר דלא הוי ס"ס מעליא משום לתא דידה דנודע ספק אחד מתחלה ע"כ לא הוי קדושין ודאים אכן לפמש"כ לעיל באופן אחר דלפ"ז הוי ס"ס מעליא גם לגבי דידה לכן שפיר יש לומר להרמב"ם אף בנמצאת בעולה בעדים או שמודית ג"כ הוי ס"ס וא"צ קדושין מחדש כלל וראיתי בהפלאה בק"א סימן ס"ח ס"ק כ' שכתב בקצרה דלהרמב"ם א"צ קדושין מחדש משום חזקה דא"א עושה בעילתו ב"ז ע"ש אך קיצור בזה מאד:

יד

ולפ"ז יש לדון לדינא דנמצאת בעולה מותר לבא עלי' בלא קדושין מחדש לדברי כולם כי לשיטת הרמב"ם דפסק דאסור לבא מה"ת בלא קדושין הא פסק דבנמצאת בעולה דודאי היא דלא נתבטלו הקדושין. ולשיטת התוס' דמספקינן אי נתבטלו הקדושין הא פסקו דביאת פנוי' היא רק איסור דרבנן כמו שהוכחתי לעיל מהתוס' דקדושין א"כ הוי ספק דרבנן דלקולא ואף לכתחלה מותר כל ספיקא דרבנן וכמש"כ הפר"ח בכללי הס"ס ס"ק ד' גם י"ל בזה לפמש"כ בספרי שו"ת באר יצחק חאהע"ז סימן ו' ענף ט' ובספרי נחל יצחק סימן ל"ח ענף ג' בשם הרשב"א והריטב"א ובשם תוס' עירובין דף ו' דספק רוב וספק פלגא הוי ס"ס מעליא וא"כ בנ"ד הוי ג"כ ס"ס כעין זה ספק שמא הלכה כהרמב"ם דקדושין גמורים הם ואת"ל כהתוס' הא אכתי לדידהו אינו אלא ספק קדושין עוד יש לדון כאן ס"ס ספק שמא הלכה כהרמב"ם דא"צ לקדשה מחדש ואת"ל דהלכה כהתוס'

אכתי ספק דלמא מדאורי' אינו אסור לבא על הפנוי' ואף דהא עכ"פ מדרבנן אסור לבא מ"מ לגבי דרבנן סגי חד ספיקא דלמא כהרמב"ם דלא נתבטלו הקדושין והוי כמו גבי ציר דגים המבואר בכללי ס"ס ס"ק ט"ז יעו"ש:

וידעתי מה דיש מקום לדון בזה דהא הו"ל דבר שיש מתירין וספיקא דרבנן הרי מחמרינן בדשיל"מ דהא אם יקדשה בביאה ושטר ובפרוטה ג"כ הוי מקודשת והיכא דא"צ הוצאות הרבה מקרי יש לו מתירין כמבואר ביו"ד סימן ק"ב וב"מ דנ"ג אבל באמת זה אינו דהא כבר כתב השאגת ארי' בסימן צ' והפר"ח בא"ח סימן תצ"ו דבספיקא דדינא בדרבנן ספיקו להקל אף בדשיל"מ וע"כ כיון דבנ"ד הו"ל ספיקא דדינא בדבר הקדושין אם נתבטלו ע"כ אף בדשיל"מ ספיקו להקל:

טו

ונתבאר דמצד איסור פנוי' בלא קדושין ודאים אין כ"כ חשד בנ"ד אך יש בנ"ד איסור דרבנן בודאי משום דהא כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה א"כ הא אסור לשהות עם אשתו בלא כתובה ובעילתו הוי בעילת זנות ואף דאינו רק איסור דרבנן ג"כ צריכים להודיעו ולהפרישו מאיסור שוגג דרבנן:

טז

ומה שנסתפק כת"ר במי שעובר על שוגג דרבנן אם חייבים להודיעו ולהפרישו. הנה היכא דמכשילו בידים זה ברור ופשוט דאסור למספי לי' בידים אף איסור דרבנן אף דהוא שוגג ע"ז דהא גם גבי קטן קי"ל דאסור למספי לי' בידים אף איסור דרבנן כמבואר בא"ח סימן שמ"ג ואף הרשב"א החולק בקטן באיסור דרבנן מודה בגדול. ודברי כת"ר שייכים לכאורה לדון כן על שוגג דרבנן היכא דלא ספינן לי' בידים אם מחויבים להפרישו ולעיקר סברתו יש מקום לדון לכאורה כן לפי מש"כ הנתיבות בסימן רל"ד ס"ק ג' דשוגג דרבנן א"צ כפרה ואף בשוגג בדין ג"כ ס"ל כן ומשום דלפי מש"כ הט"ז ביו"ד סימן צ"ט ס"ק ט' דלדינא קיי"ל אומר מותר דינו כשוגג ועי' באחרונים שם ואכמ"ל בפרט זה וע"כ גם בזה ס"ל להנתיבות דשוגג בדין א"צ כפרה ולכן אף בשגגת תלמוד ס"ל כן למי שיעיין בנתיבות שם בראיתו מערובין דמ"ו. ולפי זה הסברא נותנת לדברי כת"ר דבשוגג דרבנן אינם מחוייבים להודיעו ולהפרישו:

יז

וביו"ד סימן קי"ט סעי' ז' ברמ"א דמי שנוהג דבר איסור כו' או מכח חומרא כו' דודאי לא יאכילוהו דבר שהוא נוהג איסור בשם הגהת מרדכי פ"ק דיבמות ומשם אינו ראי' לנ"ד דהא כתב הש"ך שם בס"ק כ' דהטעם הוא דלא יאכילוהו דבר שנוהג איסור לפי דלא עברו אלפני עור כו' א"כ עדיין יש להסתפק דהיכא דאינו מכשילו בידים אין החיוב

להודיעו ולהפרישו [והגהת מרדכי פ"ק דיבמות שם הביא ראי' מהך דיבמות דף י"ד דמודעי להו ופרשי ויש לדון דמנלן על איסור דרבנן דהא שם גבי צרות הוי איסור דאורי' אך אתי שפיר לפי מה דאיתא שם בעמוד ב' אע"פ שנחלקו כו' בגט ישן ובספק א"א כו' דמודעי להו ופרשי עי"ש בתוס' ד"ה בגט ישן כו' הרי אף באיסור דרבנן כמו גט ישן ובספק א"א דמיאון בקטנה נשואה כו' ג"כ לא חיישינן דלמא יכשילוהו. ומהך דחולין דף קי"א גבי נ"ט בר נ"ט דאמר רב חס לי' דליספו לי' מידי דלא ס"ל כו' אין מזה שום ראי' לנ"ד דהא שם הוי חשש דאורי':

וגם הא הוי במכשילו בידים וקצרתי] ועי' במג"א סימן תס"ח ס"ק י"ב מה שהביא בשם המרדכי בבני מגנצא הבאים לוורמיזא וכו':

יח

ומהא דיו"ד סימן ש"ג וברא"ש נדה פ"ט סימן י"א גבי הי' לבוש כלאים דדבריהם נדחה מפני כבוד הבריות ומשמע דלולי זה הי' מחויב להפרישו. אין מזה ראי' כלל דהתם מיירי ביודע עכשיו שהוא לבוש כלאים א"כ אינו ראי' משם על שוגג בדרבנן אך פשטות לשון הירושלמי פ"ט דכלאים סוף הלכה א' שהובא ברא"ש שם משמע דהי' שוגג ולפי דברי הרא"ש שם בחדא תירוצא אי נמי בכלאים דרבנן א"כ לכאורה נראה מזה דבשאר אסורים שהם מדרבנן מחויבים להודיעו ולהפרישו ודוקא בהא דכלאים משום כבוד הבריות:

יט

ומן הש"ך ביו"ד סימן שע"ב ס"ק ג' דכתב דבאיסור דרבנן א"צ להקיצו כו' משמע דמחויבים להודיעו ולהפרישו אף בדרבנן אך להקיצו כשהוא ישן א"צ והחילוק פשוט הוא. ומן הך דיו"ד סימן ת"ב סעי' י"ב אין זה שייכות לענינינו וקצרתי:

כ

וכן יש להעיר מהך דיו"ד סימן פ"ו סעי' יו"ד דאין מוכרים ביצת נבילה לנכרי שמא ימכרנה לישראל ועי' יו"ד סימן קל"ד סעי' י"א בנפל יין ע"ג חטים דחיישינן שמא ימכרם לישראל ועי' נו"ב מ"ת חי"ד ס"ס קפ"ו ובנו"ב מ"ת חא"ח סימן ע' ואכמ"ל בדבריו:

הרי דחשו דשמא יוכשל ישראל באיסור דרבנן אף דהוי שוגג ע"ז ויש לדחות לפמש"כ המ"א בסימן תס"ז ס"ק ב' והפ"ח ביו"ד סימן ק"י בכללי ס"ס ס"ק י"ח בשם המהרי"ט דשם הוי כמאכילו בידים וע"כ אינו ראי' משם לנ"ד דמיירינן באופן דלא ספינן לי' בידים וכנ"ל. וכן מהך דעירובין ד' ל"ב אינו ראי' לנ"ד מה"ט וקצרתי:

כא

אך באמת אין בזה מקום ספק כלל כי ברור ופשוט הוא דאף מי שעובר בשוגג על דרבנן דמחויבים להפרישו וראי' לזה מהא דשבת דף מ' ע"ב דאיתא שם פעם א' נכנס רב יצחק

ב"ר אבדימי אחר רבי לבית המרחץ וביקש להניח פך שמן באמבטי וא"ל טול בכלי שני ותן כו' היכי עביד הכי והא אסור להרהר במרחץ אפרושי מאיסורא שאני תדע מעשה בתלמידו של ר"מ שבקש להדיח קרקע וא"ל ר"מ אין מדיחין כו' דאפרושי מאיסורא שאני ואי נימא דמי שעובר על שוגג דרבנן אין מחויבים להפרישו תקשה על רבי ור"מ דהורו הלכה במרחץ דהא אסור לדבר ד"ת במרחץ רק משום אפרושי איסורא ואי נימא דאינו מחויב להפרישו משוגג דרבנן וכבר כתבתי למעלה דלפי דברי הנתיבות הסברא נותנת דגם שוגג בדין הוי בכלל זה וא"כ איך הי' מותר להם לדבר במרחץ דהא לא הוי שם אלא איסור דרבנן דמה דביקש להניח פך שמן באמבטי מבואר שם דזה הי' בחמי טברי' ואינו אסור מה"ת אלא מדרבנן כמבואר שם. וכן מה דבקש תלמידו דר"מ להדיח הקרקע אין זה אסור כי אם מדרבנן כמבואר שם ברש"י וכשבת דף נ"א ע"ב דמרחץ רצפת אבנים היא וליכא למיחש לאשויי גומות ובכ"ז חיישינן דלמא מיחלף בקרקע אחר עי"ש והוי רק איסור דרבנן קל והיה זה בשוגג ואיך היו רשאים לדבר במקום שלא היה להם מהצורך להפריש מאיסורא ושלא לצורך אסור לדבר דברי תורה וע"כ מוכח דאף בשוגג דרבנן מחויב להפריש לחבירו והך דינא דשבת הנ"ל מובא בש"ע או"ח סימן שפ"ה סעי' ב' ומשמע שם דאף היכא דלא שייך חשש דילמדו אחרים ג"כ דינא הכי:

כב

וכן מוכח מביצה דף ל' ומשבת דף קמ"ח דקאמרי שם והא הני נשי דקא מליין חצבייהו בי"ט ולא קא משניין ולא אמרינן להו ולא מידי וכן דממפחין ומרקדין ביו"ט ולא אמרינן להו כו' ולטעמיך הא דאמר רבא כו' והא קא חזינן דמותיב חצבא ויתבי אפומא דמבואה ול"א להו ולא מידי אלא הנח לישראל מוטב שיהיו שוגגים ואל יהיו מזידים ואי נימא דעל שוגג אינו מחויב להפרישו א"כ באמת אין להפרישם מדינא כיון דעבדי בשוגג איסור דרבנן לאו מידי עבדי ומן הדין אין צריכים להפרישם והיכא דאמרו מותר ג"כ שוגג הוי וכמש"כ למעלה לכן ברור דאף למי שעובר על דרבנן בשוגג מחויבים להודיעו ולהפרישו ועי' באו"ח סימן ש"ג סעי' י"ח גבי תכשיטי נשים. וכן מוכח מתוס' שבת דף י"א בד"ה שמא ישכח כו' אליבא דרבא דאמר לא גזרי גלג"ז אין לפרש שמא ישכח המחט דאפילו יצא ליכא איסור דאורייתא כו' משמע דלמ"ד דגזרינן גזירה לגזירה ניחא ואי איסור דרבנן בשוגג א"צ להפרישו משום דלאו עבירה היא בידו וא"צ כפרה א"כ מאי הוי דכי ישכח מהמחט דאינו אלא איסור דרבנן ובשוגג ועי' מג"א סימן תקכ"ז דשכחה הוי שוגג עי"ש אע"כ דגם איסור דרבנן בשוגג מחויבים להפרישו וע"כ ודאי החיוב להודיע להבעל ועוד דהא האשה בעצמה דיודעת דהיא בעולה מקודם ואין לה כתובה ע"פ דין כפי האמת א"כ

עוברת במזיד ונבעלת לבעלה בעילת זנות וגם על האשה מוטלת האיסורא להבעל בלא כתובה וכמש"כ הח"מ סוף סימן ס"ח ס"ק מ"ו ע"ש א"כ מחויבים להודיע זה לבעלה כדי להפרישה מאיסור מזיד. וגם הא האשה מכשילתו לבעלה דהמכשול בא על ידה וכבר נתבאר דהיכא דמכשילין לו בידים בזה בלא"ה אף על שוגג חייבים להפרישו וא"כ הרי היא מחויבת להודיעו:

כג

וזולת כל זה החיוב עלינו להודיע להבעל מצד הכתובה שיהיה יודע כי על פי דין אין לה כתובה עליו וכן תנאי כתובה מזונות וכיוצא בזה אין עליו חיוב ע"פ דין כיון דאינה אשתו רק מטעם ס"ס ואין מוציאים ממון ע"פ ס"ס וכנ"ל ומחמת השב אבידה החיוב עלינו להודיעו ולהצילו מהפסד ממון שלא ע"פ דין ובאמת אין אנו צריכים לזה דבלא"ה מחויבים להודיעו כדי להפרישו מאיסור דרבנן דגם איסור דרבנן בשוגג מחויבים להפרישו וע"ז נאמר לא תזלזל בדרבנן חלילה וזולת כ"ז דיהי' מההודעה תועלת להבעל לפי האופן שכתבנו למעלה דאין כאן רק ספק אחד ועתה כשיוודע להבעל ישתדל לעשות ודאי קדושין כדי שלא יתפסו קדושין אחרים וסברא זו נזכרת בב"ש סימן ל"ז ס"ק כ"ג עי"ש ועיין אבני מלואים שם ומצינו שחשו חז"ל ואמרו דבאומרת טמאה אני לך אינה נאמנת יען חששו מפני שהנשים נותנות עיניהן באחרים וא"כ מסתמא אין אדם רוצה באשה שאין בה רק ספק קדושין דיכולה להפקיע את עצמה ממנו כשתתן עיני' באחר ותתקדש לו ותאסר עליו. ובאמת אין מן הצורך לדון בזה יען דהא מחויבים אנחנו להפרישו מצד איסור דרבנן הנ"ל אף דהוי בשוגג וכנ"ל:

ענף ד

כד

ועכשיו נבאר מה שיש לדון בעיקר דברי הנתיבות הנ"ל וז"ל בסימן רל"ד ס"ק ג' שכתב דלכן א"צ להחזיר הדמים במוכר איסור דרבנן ואכלו משום דהטעם הוא דשאני איסור דרבנן בשוגג דא"צ שום כפרה וכאילו לא עבר דמי דהא אמרינן בעירובין דף מ"ו דבדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא וכו' הרי דאינו נענש בשוגג בדרבנן והרי הוא כאילו אכל כשרה ומקרי נהנה עכ"ל ולכאורה יש להוכיח כן מברכות דף כ"ב ע"ב דאיתא שם הי' מתפלל ומצא צואה במקומו אמר רבא הואיל וחטא אע"פ שהתפלל תפלתו תועבה ועיין בתוס' שם ד"ה ואע"פ כו'. ובעירובין דף ס"ד בתוס' בד"ה שכור אל יתפלל כו' כתבו שם דההיא דברכות היה מתפלל ומצא צואה במקומו דהואיל וחטא צריך לחזור ולהתפלל דז"א אלא במצא צואה אבל במצא מי רגלים לא חמירי כמו צואה דאינו אלא מדרבנן. וכן פסק בש"ע או"ח סימן ע"ו סעי' ח' דאם קרא ק"ש במקום שראוי להסתפק

בצואה ומצאה אח"כ צריך לחזור ולקרות ומי רגלים אף מצאו במקום הראוי להסתפק א"צ לחזור ולקרות. ואי נימא דבשוגג דרבנן צריך כפרה א"כ מקרי שוגג בדרבנן ג"כ חטא א"כ תקשה דאמאי הקילו במצא מי רגלים דהא אמרינן בגמ' הואיל וחטא תפלתו תועבה ושוגג בדרבנן ג"כ מקרי חטא מדצריך כפרה ומוכח מזה לכאורה דשוגג דרבנן א"צ כפרה וכהנתיבות אך יש לדחות זה דבמקום הראוי להסתפק במי רגלים כיון דל"א הו"ל לבדוק כיון דאינם אלא מדרבנן ומותר לקרות א"כ כשמצא אח"כ שם מ"ר א"צ לחזור ולקרות והוי כמו טעה בדבר מצוה וכו' וקצרתי:

כה

וכן יש להוכיח לכאורה כהנתיבות מהא דסוטה דמ"ד דת"ר ולא לקחה פרט לאלמנה לכה"ג לימא דלא כר"י הגלילי דא' הירא ורך הלבב זה המתירא מעבירות שבידו אפילו תימא כר' יוסי כדרבה דאמר אינו לוקה עד שיבעל וקשה לפמש"כ התוס' יבמות דף י' ד"ה לר"י נמי כו' דאסור לקדש מדרבנן לחייבי לאוין שמא יבא עלי' ע"ש א"כ קשה ל"ל למעט גבי חוזר מעורכי המלחמה אלמנה לכה"ג מולא לקחה תיפוק לי' דבלא"ה דגם על עבירה דרבנן ס"ל לר"י הגלילי דחוזר מהמלחמה ובקדושין לחודי' ג"כ הוי עבירה דרבנן אמנם לפמש"כ הנתיבות בשוגג דרבנן א"צ כפרה מתורצת קושיא זו די"ל דתנא מיירי בלא הכיר בה שהיא אלמנה ודוקא באיסור תורה מקרי ביאת שוגג אינו מנוקה מעון דהא שוגג בדאורייתא צריך כפרה ועי' יבמות דף נ"ח תוס' ד"ה ונקה האיש מעון כו' משא"כ בקידש לחוד דליכא איסור מה"ת מקרי שפיר מנוקה מעון דהא בדרבנן א"צ כפרה על שוגג רק מזיד בדרבנן הוי עבירה להיות חוזר א"כ מוכח לכאורה לפ"ז כמש"כ הנתיבות: **אמנם** יש לדחות דהא קדושין בלא ביאה ליכא איסור מה"ת ע"כ שפיר איצטריך למילף מקרא דלא לקחה דאינו חוזר מה"ת דהא אין כאן עבירה כלל מה"ת ונדחה ראי' זו וגם דאי כנ"ל הא יש לדון בהא דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דהוי מק"ט וקצרתי:

כו

ולפי דברי הנתיבות יש לתרץ מה שקשה על הרמב"ם פ"ב ה' סוטה ה' ח' דכל שבעל בעילה אסורה אף מדרבנן אין המים בודקין את אשתו דא"כ קשה בהך דסוטה דכ"ד במעוברת ומינקת חבירו דפליגי ר"מ ורבנן אם מקריא ראוי' לקיימה תיפוק לי' דהא כיון שקדמה שכיבת בעל לבועל א"כ כיון דבעל מעוברת חבירו א"כ ממילא אין המים בודקין וכן העיר מזה התוס' יו"ט בפ"ד דסוטה משנה ג' ועיין מזה במל"מ פ"ב ה' סוטה ובהשגת הראב"ד שם. ובספרי באר יצחק ח' אהע"ז סימן א' ענף ז' ובתוי"ט פ"ד דסוטה משנה א' ובתוס' רע"א שם. אכן לדברי הנתיבות אתי שפיר די"ל דנשא מעוברת חבירו בשוגג ועי' באהע"ז סימן י"ג סעי' יו"ד וב"ש וח"מ שם וביבמות דף ל"ו בתוס' ד"ה ולא קתני

יפריש כו' ואף דהמל"מ בפ"ב ה' סוטה ה"ח שקיל וטרי דאף ביאת איסור בשוגג מקרי אין מנוקה מעון י"ל דזהו רק בביאה האסורה מדאורייתא אבל ביאה האסורה מדרבנן בזה הסברא נותנת דמקרי מנוקה מעון כיון דשוגג דרבנן א"צ כפרה כשיטת הנתיבות ע"כ אינו שייך במעוברת חבירו לומר דמקרי אינו מנוקה מעון ולכן ס"ל לרבנן דמעוברת חבירו שותה והפוסקים דלא ניחא להו בתירוץ זה י"ל דעדיפא משני התם:

כז

ולכאורה יש להוכיח דאף שוגג דרבנן צריך כפרה דהא אוכל תרומה בזמן הזה לשיטת הרמב"ם הוא מדרבנן כמבואר בספ"א ה' תרומות ואפ"ה פסקו דאוכל תרומה חייב חומש וחומש משום כפרה הוא כמבואר בכתובות דף ל' תוס' ד"ה זר שאכל כו' ובב"ק דף ס"ה רש"י ד"ה משלם כפל כו' ושבת ד' ס"ט דחומש במקום קרבן קאי אלמא דאף שוגג דרבנן צריך כפרה. אכן יש לומר דשאני בתרומה בזה"ז דהא מבואר במל"מ פ"ז הלכות תרומות ה' י"ז דתרומה בזה"ז אף דאינה אלא מדרבנן מ"מ כדין תורה דיינינן לה וראי' לזה מהא דיבמות ד' צ' ואוכלת בגינו תרומה דרבנן משמע דבתרומה בזה"ז לא משום דכדין תורה דיינינן לה זולת לענין תערובות עי"ש שהאריך. וה"ה מה"ט יש לומר דגם לענין שוגג החמירו בזה יותר משארי שוגג דרבנן והצריכו בה כפרה אף על השוגג וראי' לזה מהא דפ"ו דתרומות מ"ו המאכיל את פועליו ואורחיו כו' וחכ"א הם משלמין קרן וחומש והוא משלם להם דמי סעודתן ופריך בירושלמי שם והלא כבר אכל ומשני טבל נפשו של אדם קצה בהם וכן מבואר ברמב"ם פ' ה' דתרומות ה' יו"ד ומטעם הירושלמי הנ"ל דאכילת איסור לא נחשב להנאה והא הרמב"ם פסק דתרומה בזה"ז דרבנן ומבואר ברמב"ם פ' ט"ז ה' מכירה וביו"ד סימן קי"ט ובח"מ סימן רל"ד דבאכילת איסור דרבנן לא שייך קץ בה וא"כ קשה אמאי חייב לשלם להם דמי סעודתן אמנם לפמש"כ ניחא דשאני בתרומה בזה"ז דרבנן דדינה כדאורייתא ומה"ט ניחא הא דפסק הרמב"ם פי"ב הלכות תרומות ה' כ"א דאין עושין סחורה בתרומות והוא משנה פ"ז דשביעית וקשה הא קיי"ל דבאיסור דרבנן מותר לעשות סחורה כמבואר ביו"ד סימן קי"ז וברמב"ם פ"ח מה' מ"א א"כ יהי' מותר לעשות סחורה בתרומה בזה"ז דרבנן אכן לפמש"כ ניחא דדינו כדאורייתא לכל דבר:

כח

אכן יש להוכיח דשוגג דרבנן צריך כפרה מהא דתנן בתרומות פי"א ה"ב דבש תמרים ויין תפוחים ושאר כל מי פירות של תרומה ר"א מחייב קרן וחומש ור' יהושע פוטר מחומש והובא בחולין דף ק"כ וטעמו דר"י במשקה משום דזיעה בעלמא נינהו ושיטת התוס' וסייעתם דתרומת פירות חוץ דגן תירוש ויצהר אינו אלא מדרבנן א"כ קשה אמאי חייב

חומש בתרומת פירות באוכלן בשוגג אי נימא שוגג דרבנן א"צ כפרה ומוכח מזה דשוגג דרבנן צריך כפרה ודוקא בתרומה בזה"ז דרבנן בזה אמרו דדינה כדאורייתא משא"כ בתרומה דרבנן דאף בא"י בקדושה ראשונה אינה אלא מדרבנן בזה דינה ככל דרבנן כמבואר במל"מ שם:

כט

ואפשר לדחות זה לפי מש"כ התוס' בעירובין דף ל"ב ד"ה תאנים כו' שכתבו דאף דתרומת פירות מדרבנן כו' כיון דעיקר שם מעשר מן התורה חשיב לי' כשל תורה וכיוצא בזה כתבו התוס' שם דף ל"ז ד"ה מאן האי תנא כו' וביצה ד' ד' בתוס' ד"ה ותנן אין כו' ע"כ י"ל דמה"ט חייב חומש באוכל תרומת פירות בשוגג משום דהחמירו בי' ביותר מכל אסורי דרבנן. וראי' לזה מהך דבכורות דף ל"ז דתני שם במוכר פירות ונמצאו טבלים דמה שאכלו אכלו ויחזיר להם הדמים משום דמה שאכלו לא מקרי הנאה וכמו שפסקו כן לדינא וכמש"כ הבית יוסף סימן רל"ד משום דדינו כמו כל מוכר דברים האסורים מה"ת ושם בבכורות לא נמצא שום חולק ע"ז ואף דתרומת פירות אינה אלא מדרבנן לכמה פוסקים ומשמע שם דבכל פירות טבל הדין כן. בע"כ מוכח דדינו כדאורייתא לגבי זה דגם אכילתו בשוגג לא נחשב להנאה כלל משום דצריך כפרה בזה, אף לדברי הנתיבות וע"כ לא תקשה מהתם כלל ואדרבה יש סייעתא משם לדברי הנתיבות דהא בדבש תמרים ויין תפוחים אף לר' יהושע דס"ל דה"ל זיעה בעלמא עכ"ז הא ס"ל ג"כ דמדרבנן אסורים לזרים וכמש"כ הרע"ב בתרומות פי"א משנה ב' ועכ"ז פוטר מחומש והטעם הוא משום דמשקין הו"ל כמו אין לו עיקר בדאורי' רק ככל איסורי דרבנן וע"כ א"צ כפרה על השוגג בזה. ועיין חולין דף צ"ט ע"ב תוס' ד"ה שאני ציר דזיעה בעלמא כו' ופסחים דף כ"ד ע"ב. וא"כ הו"ל אין לו עיקר מה"ת כיון דהוי תרתי דרבנן נחשב כאין לו עיקר מדאורייתא וכמש"כ הב"ש בסימן כ"ח אך באמת אין זה ראי' כלל משום די"ל דלפי דהו"ל רק כזיעה בעלמא ע"כ קילא איסורו מכל איסורי דרבנן וכעין דברי הריטב"א בחולין דף צ"ט דבציר לפי דהו"ל זיעה בעלמא הקילו בו יותר מכל איסורי דברי' ועיין בספרי נחל יצחק ח' יו"ד סימן י"ג וקצרתי:

ל

וכן מצינו בב"מ דף נ"ה ע"ב באוכל תרומת מעשר של דמאי דחייב חומש ואף דבכמה ענינים מצינו דהקילו ביותר בדמאי וכמבואר בכתובות דכ"ד ושבת דכ"ב ויבמות דקי"ד וכתובות דכ"ד ובשארי דוכתי אפ"ה אמרו דחייב חומש הרי דאף שוגג דרבנן צריך כפרה ואפשר לומר דזהו כונת הגמ' שם בב"מ דף נ"ה דמקשה הגמ' שם עלה דאכל תרומת

מעשר של דמאי חייב חומש וכי עשו חכמים חזוק לדברי' כשל תורה ומשני הא מני ר"מ ובאמת תמוה קושית הגמ' הנ"ל כמו דכתבו שם התוס' בד"ה וכי עשו כו':

דהא בכמה מקומות עשו אף יותר משל תורה ולכה"פ כשל תורה א"כ מאי מקשה הגמ' כאן וכן ראיתי בריטב"א שם שתמה דמאי קמקשה הגמ' כאן דהא מצינו בכמה דוכתי דעשו יותר משל תורה ואף מאן דפליג וס"ל דלא עשו יותר עכ"ז כשל תורה עשו חיזוק עכ"פ והכא קא מתמה הגמ' דאף כשל תורה לא ונשאר בצ"ע עי"ש בריטב"א וכן העיר הש"מ שם:

ענף ה

לא

ואי נימא שוגג דרבנן א"צ כפרה שפיר מתמה הגמ' דכי עשו חיזוק כשל תורה דזה גופא הוא קשה להש"ס דכיון דקי"ל דשוגג דרבנן א"צ כפרה כמש"כ הנתיבות א"כ קשה אמאי חייבו בשוגג חומש דהא חזינן דבשוגג הקילו בדרבנן יותר משל תורה ומתרץ הא מני ר"מ דמצינו דהחמיר בדרבנן הרבה ומפריז מאד בשל דברי' וכמש"כ השמ"ק כזה ע"כ החמיר גם לחיוב חומש אף דהוי שוגג ולכאורה דלדידן דקי"ל כרבנן דס"ל במשנה ממטבע בגיטין דאין הולד ממזר דאינו חייב חומש על אוכל תרומת מעשר דמאי וקשה דאמאי פסק הרמב"ם פ"י ה' תרומות ה' ד' דחייבין חומש על תרומת מעשר דמאי הא אמרינן בב"מ הא מני ר"מ דס"ל להחמיר בדרבנן בלא אמר בפ"נ ובפ"נ דהולד ממזר וכיון דקי"ל כרבנן דס"ל דאין הולד ממזר א"כ מבעי לן לומר דאין חייב חומש על תרומת מעשר דמאי וקשה על פסק הרמב"ם הנ"ל והרמב"ם כתב שם בזה"ל דמן הדין הי' דאין חייבים חומש על תרומת מעשר דמאי כמו דאין חייבים חומש על מעשר שני של דמאי אבל אמרו חכמים דאם לא יתנו חומש יזלזלו בה והכ"מ לא כתב מקום מוצא טעם זה. ונלענ"ד כי הטעם הזה מפורש בירושלמי דמאי פ' א' ה"ב על משנה דדמאי אין לו חומש תמן תנינן תרומת מעשר של דמאי נותן חומש כו' ר"ז בשם רבנן אמר בדין הי' תרומת מעשר של דמאי שלא יפריש חומש ולמה אמרו שיפריש מפני גזרה שאם לא יפריש אף הוא אינו נוהג בקדושה עכ"ל:

והובא הירושלמי הנ"ל בר"ש פ"א דדמאי ומזה הוציא הרמב"ם טעמו דכן מפורש בירושלמי ואפשר כיון דבירושלמי מפורש בשם רבנן דאמרי טעם אחר על הא דמפריש חומש בתרומת מעשר של דמאי לכן פסק כן הרמב"ם ואף דבש"ס דילן איתא בשם ר"נ אמר שמואל הא מני ר"מ היא עכ"ז הלכה כרבנן דבירושלמי דהמה הרבים ואמרו טעם

אחר דתקנו חכמים כן בתרומת מעשר של דמאי כדי שלא יזלזלו בה ותקנו זה לפי ראות עיניהם בזה:

לב

וכן לפי מה דמבואר בירושלמי פ"ב דערלה משנה א' דאמרו שם בתרומת מעשר של דמאי דעולה בא' ומאה ואמרו שם מאן תנא דמחמיר בדרבנן ר"מ היא דתנן הרואה כתם ה"ז מקולקלת וחוששת משום זוב דברי ר"מ וחכמים אומרים אין בכתמים משום זוב וכן פסק הרמב"ם פ' ט"ו מהלכות תרומות ובנדה דנ"ב איתא להך מתני' דהרואה כתם דה"ז מקולקלת ופסק הרמב"ם ה' איסורי ביאה פ"ט כר"מ דחוששת משום זוב לכן פסק שפיר דכן יש להחמיר בתרומת מעשר של דמאי דאינה עולה רק באחד ומאה וכן דחייב חומש מה"ט ונכונים דברי הרמב"ם הנ"ל דסמך על הירושלמי דדמאי הנ"ל דרבנן אמרו טעם אחר עלה דחייב חומש וכן סמך על הירושלמי דערלה דתלה זה בפלוגתת ר"מ ורבנן ברואה כתם דאם חוששת משום זוב כנ"ל ואחר כותבי כל זה ראיתי בתוס' יו"ט לב"מ פ"ד משנה ח' שכתב קצת מזה עי"ש ולדינא אין להוכיח מהך דב"מ דלרבנן דר"מ אינו חייב חומש בתרומת מעשר של דמאי וכן לפי הטעם של הירושלמי והרמב"ם דמשום שלא יזלזלו בה אתי עלה דמשמע דלולי טעם הזה הי' הדין שלא לחייבו חומש על תרומת מעשר של דמאי דלכאורה יש להוכיח מן כל זה דשוגג דרבנן א"צ כפרה דזה אינו הוכחה לדינא לפי די"ל בזה כמש"כ התוס' בב"מ שם בביאור קושית הגמ' דעל מה דקנסוהו לחיוב חומש או כמש"כ השמ"ק שם והפני יהושע דעיקר קושיות הגמ' שם דהא בדמאי הי' עיקר הגזרה לפנים משורת הדין דהא רוב ע"ה מעשרים כו' ומייתי מהך דר"מ דשם הו"ל ג"כ גזרה קלושה כו' עי"ש וע"כ עדיין יש לומר דבכל מילי דרבנן היכא דלא שייך כן דגם שוגג דידהו צריך כפרה אך לא לכפרה גדולה כעין חומש כנ"ל בשיטת התוס':

לג

והנה מצינו במעילה דף ב' ע"ב דמאי איכא בין מעילה דאורי' לדרבנן ומחלק דאורייתא משלם חומש ודרבנן אין משלם חומש אלמא מצינו דבדרבנן אינו משלם חומש ואילו בתרומה דרבנן כמו על פירות ותרומת מעשר של דמאי מצינו דחייבו חומש ובאמת לפי מה שנתבאר למעלה אין זה קשה כלל ובלא זה אי נימא דשוגג דרבנן צריך כפרה ניחא זה בפשיטות משום דהתוס' בכתובות דף ל' ע"ב ד"ה זר שאכל תרומה כתבו דתשלומי קרן וחומש דתרומה המה משום כפרה ותשלומי חומש בהקדש אינו משום כפרה אלא משום מה דגזל הקדש א"כ החילוק ברור למבין דכיון דשוגג צריך כפרה אף בדרבנן לכן חייב לשלם חומש בתרומה דרבנן כיון דכפרה דילי' הוא תשלומי חומש משא"כ

במעילה דאינו משום כפרה רק משום גזה"כ עבור גזילה ע"כ במעילה דרבנן לא תקנו כן. ומה"ט ניחא דלענין פדיון של מעשר שני של דמאי אינו חייב חומש כמבואר בדמאי פ"א ואילו באכילת תרומת מעשר דמאי החמירו דחייב חומש. משום דשאני אכילה דצריך כפרה וזהו כונת התוס' בב"מ דף נ"ה ע"ב ד"ה ויחזור ויפדה כו' דכתבו דשאני באכילה שעשה עבירה מחמיר בדמאי כמו בודאי ע"ש וכמו שאמרו בגמ' שם דף נ"ו אע"פ שמיקל ר"מ בפדיונו מחמיר באכילתו וזהו הכל מה"ט גם יש לומר דשאני במעילה דכיון דבעי קרבן לכפרה ובדרבנן לא שייך להביא קרבן משום חולין לעזרה לכן ג"כ אינו מביא חומש משא"כ בתרומה דלא בעי קרבן רק חומש לכן לא מיפטר מחומש:

ענף ו

לד

ולכאורה יש להעיר בהא דיבמות דצ"א בכתב לשם מלכות יון דהגט פסול ותצא מזה ומזה דקנסינן לה משום דאיבעי לה לאקרויי לגיטא. ומבואר בגטין דף ע"ט תוס' ד"ה וצריכין גט כו' דאינו פסול אלא מדרבנן ואי נימא דשוגג דרבנן א"צ כפרה א"כ קשה אמאי קנסוה כ"כ הא לא עבדא איסורא כלל וע"כ מוכח דגם שוגג צריך כפרה והא דאמרינן ביבמות דף פ"ט ובכולי ש"ס מזיד דעבדא איסורא קנסו רבנן שוגג דלא עבד איסורא לא קנסו רבנן. י"ל דאף דשוגג צריך כפרה מ"מ הא לא נתכוין לעשות איסור ולכן אמרו דלא עבד איסורא דבעת דעשה לא נתכוין לעשות האיסור אך י"ל דשאני התם דאיתחזק איסור דא"א בזה אמרינן דהו"ל למידק משום דעיקר הסברה דשוגג א"צ כפרה יש להסביר דלו יהא דהי' אצלו ספק ע"ז עכ"ז הי' מותר לעבור ולעשות כיון דספק דרבנן לקולא א"כ ז"א שייך אלא בלא איתחזק איסורא משא"כ היכא דאיתחזק דספקו אסור אף בדרבנן כידוע לכן צריכה כפרה ולכן בגיטין דכתב לשם מלכות אחרת קנסינן לה שפיר משום דכה"ג צריך כפרה אף בשוגג והתם איתחזק איסור דא"א וכעין זה בתוס' עירובין דף ס"ד ד"ה שכור כו' דמי רגלים אפי' מצאן במקום שראוי להסתפק א"צ לחזור ולברך דהא אמר בברכות דף כ"ה לא אסרה כו' וכי גזרו בודאן אבל בספיקן לא גזרו רבנן. וכונת התוס' הוא כנ"ל דכיון דלא גזרו בספק מי רגלים א"כ אף שמצא מי רגלים במקום דראוי להסתפק עכ"ז הרי הי' מותר לו לקרות לכתחלה כיון דספק מותר ולכן אין זה חטא כלל:

לה

ובעיקר ראיית הנתיבות דשוגג א"צ כפרה מעירובין דף ס"ז ע"ב דבדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן תיובתא איננה ראי' לפי מה שהאיר לנו בעז"ה הרדב"ז את הדרך בזה בחלק ד' סימן י"ט שכתב לפרש המאמר דאמרו בדרבנן עבדינן עובדא והדר מותבינן

וז"ל דאם בעל המעשה נסתפק בדין אין לו לעשות מעשה עד שיתברר לו הדין אפי' במילתא דרבנן דבס' חסרון ידיעה לא אזלינן לקולא כו' והא דאמרינן בדרבנן עבדינן והדר מותבינן בזמן שהרב יודע הדין וברור לו ועושה מעשה ואחד מהתלמידים יש לו איזה קושיא ע"ז אם המעשה בדאורי' מותבינן והדר עבדינן ואם מדרבנן עבדינן והדר מותבינן ופשוט מאד עכ"ל. ולפי דברי הרדב"ז אין ראי' כלל להוכיח דשוגג א"צ כפרה דשאני התם כיון דהדין ברור לו ולכן אין לו לחוש לשמא יסתור הדין בקושיתו דע"פ רוב לא יסתור הדין שברור לו באיזה קושיא רק בדאורי' חיישינן משום דהא כ"פ ס"ל דרוב דאיכא לברורי מבררינן וזהו ג"כ איכא לברורי משא"כ בדרבנן סמכינן על רוב ואין לחוש שמא יסתור הדין ובאמת אף אם אירע אחר זה דמחמת הקושיא נסתר הדין עכ"ז א"צ כפרה דאין זה שוגג רק דינו כאונס דהא מותר לו לסמוך על הכלל הזה ולמעבד עובדא אף דרואה שאחד מהתלמידים יש לו מה להקשות:

ואין מקום להוכיח מזה דשוגג א"צ כפרה:

לו

ובאמת לכאורה צ"ע דלמה לי' בעירובין לומר הכלל דבדרבנן עבדינן עובדא כו' בשם רב יהודה הא כן מבואר בברייתא ר"ה דכ"ט דאמר ר' יוחנן בן זכאי נתקע ואח"כ נדון דזהו ג"כ מה"ט דבדרבנן עבדינן והדר מותבינן וכמש"כ הטורי אבן בר"ה שם ואי דשם הוא צורך מצוה מה"ת לצאת חובה דאורי' הא שם בעירובין הי' ג"כ צורך מצוה להחם חמין כדי למול התינוק ואפשר קצת לחלק דשם בתקיעה בשבת דאף דיתברר מיד דטעה בזה עכ"ז אתעביד לי' המצוה מה"ת והוי טעה בדבר מצוה ועשה מצוה דפטור משא"כ הכא בעירובין יש לחוש שמא אחר החמום למים מקודם המילה יבורר לנו שטעה ואז לא יתעבד מצוה כלל וע"כ הביא בשם רב יהודה דהתיר אף בדבר הרשות למיעבד עובדא מקודם וגם י"ל דהתם בר"ה הוי מצוה דרבים ועוד י"ל דשא"ה בהא דר"ה דא"ל נדון בדבר:

ומשמע דלא הי' קשה לבני בתירה ע"ז רק אמרו דצריכים עדיין להתישב לכן אמר ואח"כ נדון כדחזינן בסוף דא"ל נדון וא"ל כבר נשמעת קרן ביבנה אלמא דלא הי' לו באמת איזה קושיא ע"ז כלל משא"כ היכא דיש לו איזה קושיא אפשר דגם בדרבנן מותבינן מתחלה לכן הוכרח לומר בשם רב יהודה דחידש לנו דגם כה"ג עבדינן והדר מותבינן:

ואף דלהשואל נראה דיש לסתור הכלל עכ"ז אין להחכם לחוש לזה רק ישיב לו אח"ז וכעין דברי הרדב"ז הנ"ל כתב ג"כ הש"ך ביו"ד סימן רמ"ב ס"ק מ"ב בשם הת"ה דאפי' בספק לו באיסור דרבנן יש למחות ביד רבו ומאי דאמרינן בדרבנן עבדינן והדר מותבינן

היינו כשבא להורות הלכה למעשה ומסתמא מתישב שפיר להורות כדת עי"ש. וא"כ לפי הנ"ל אין מקום לראיית הנתיבות לדינו דשוגג דרבנן א"צ כפרה מההיא דעירובין הנ"ל ויש לעיין בעירובין דף ס"ה ע"ב נשכור וכשנגיע אצל רבותינו שבדרום נשאל להם ופירש רש"י נשכור דס' דדברי' להקל:

ענף ז

לז

ובעיקר מה, שהכריח להנתיבות לחדש זה הכלל מהא דקנה איסור דמדברי' דפסקו ביו"ד סימן קי"ט ובח"מ סימן רל"ד דא"צ להחזיר הדמים משום דאיסור דרבנן קיל ומקרי נהנה י"ל דשא"ה לפמש"כ בספרי באר יצחק חאהע"ז סימן ג' ענף ב' וז"ל דאם אחד הטעה חבירו בטריפה בחזקת כשירה וצריך כפרה דאף דע"א נאמן באיסורים די"ל מה הו"ל למעבד עכ"ז הא קי"ל ביבמות דף פ"ז וצ"א בניסת ע"י ב' עדים חייבת קרבן ולא נקראת אנוסה להיות פטורה מקרבן וכן מבואר בתרומות פ"ו מ"ג המאכיל פועליו ואורחיו תרומה הן משלמין קרן וחומש אלמא דזה צריך כפרה עכ"ל בספרי באר יצחק ובאמת מצינו בתוס' ב"מ דף פ"ב ובב"ק דף כ"ז שכתבו לחלק בין שוגג קרוב לאבידה דהוי כעין פשיעה ושוגג קרוב לגניבה דבחנם פטור וש"ש חייב וה"ה יש לחלק דהא במכר לחבירו טריפה בחזקת כשירה כיון דע"א נאמן באיסורין אין זה מקרי שוגג קרוב לפשיעה רק קרוב לאונס ובמידי דרבנן מיפטר בכה"ג דהא סמך על חברו ואין זה מקרי שוגג בדרבנן רק אונס דבדרבנן מיפטר משא"כ בדאורי' חייב בכה"ג אף דהוי כעין אונס: **אבל** שוגג גמור גם בדרבנן צריך כפרה וראי' לזה מהא דפסק הרמב"ם ה' ברכות פ"א הלכה י"ט דמי שאכל דבר איסור דברי' בין בזדון ובשגגה אינו מברך עליו והטעם משום דלא מקרי נהנה וכמש"כ הט"ז בא"ח סימן קצ"ו ס"ק א':

רק הט"ז נדחק לחלק דמ"ש במכירת איסור דרבנן נחשב להנאה מה שאכל וגבי ברכה לא מקרי נהנה ע"ש בט"ז. אמנם לפמש"כ נכון לחלק בפשיטות דשאני התם במכר וסמך הלוקח על פיו והוי כעין אונס בזה מקרי איסור דרבנן נהנה משא"כ בשוגג בעלמא אף בדרבנן לא מקרי נהנה משום דצריך כפרה דאיבעי לי' לעיוני ואין אכילתו נחשבת להנאה כלל:

ולפ"ז י"ל דהנכון עם הב"י שהובא בט"ז שם שכתב דלהרמב"ם במי שאכל מחמת אונס דיברך משום די"ל שאני בשוגג דצריך כפרה עדיין אף על דרבנן משום דסתם שוגג הוא קרוב לפשיעה דע"ז אמרו סתמא אדם מועד לעולם בין בשוגג דהא בחנם מיפטר על

שוגג קרוב לגניבה רק בשוגג כעין אבידה חייב ג"כ משום דהוא מקרי קרוב לפשיעה וכמש"כ התוס' וכנ"ל:

לח

ולפ"ז שפיר כתב הרמ"א ביו"ד סימן קכ"ז דמי ששתה יין נסך בשוגג דיתענה ה' ימים ומשמע דקאי על סתם יינם דמיירי שם בכל הסימן משום דאף איסור דרבנן בשוגג צריך כפרה ויש לחלק קצת בזה משום דהא החמירו בסתם יינם בהנאה לכתחלה כמבואר קכ"ג סעי' א':

לט

ועפ"ז יש לדון במש"כ המג"א סימן כ"ז ס"ק י"ז דאם נתהפכו הרצועות מדת חסידות להתענות די"ל דע"פ דין מחויב להתענות כמו כל שוגג דרבנן דצריך כפרה והא דמו"ק דף כ"ה דאמרו בשבחו דר"ה יומא חד איתהפכא לי' רצועה ויתיב עלי' ארבעים יום י"ל דהחסידות היתה מה שהתענה כ"כ הרבה מ' יום דהא מצינו ביין נסך בשוגג דסגי בחמשה ימים וכנ"ל אבל באמת ע"פ דין צריך כפרה וכן מוכרח זה לפמש"כ רש"י במ"ק שם דרצועה שחורה נראה מבחוץ הוא הלמ"מ וזהו ע"פ פרש"י בלישנא בתרא גבי ונוייהן לבר במנחות דף ל"ה ע"ב ועי' בתוס' שם א"כ קשה הא הלמ"מ הוא כעין תורה וע"פ דין מחויב להתענות בשוגג בזה כמו כל שוגג מדאורי' ובודאי אין סברא לחלק בזה בין המפורש בתורה להלמ"מ וכמש"כ בספרי באר יצחק חי"ד סימן א' גבי ס' הלמ"מ עי"ש וע"כ מוכח דמדת חסידות דרב הונא היתה הא דהתענה כ"כ הרבה מ' יום דהוא תשובה גדולה והא דלא חשב התם במו"ק הך מעלה דרב הונא דמצינו דהתענה מ' יום בב"מ דף ל"ג דיתיב רב הונא ארבעים יום דחשדי' לר"ח די"ל דזה לא הוי רבותא כ"כ דהי' שם כמו מזיד דלא הי' לו לחשוד לר"ח כדמצינו החושד בכשרים כו' משא"כ בהא דאתהפכא לי' רצועה בשוגג ועכ"ז התענה הרבה זו היא משום מדת חסידות ועכ"פ אי נימא דהלמ"מ הוא שיהי' שחרותן מבחוץ בודאי החיוב להתענות בשוגג דצריך ג"כ כפרה ויש להאריך עוד בדברי המ"א ובהך דר"ה במו"ק הנ"ל דהיינו אף היכא דמתקן אח"כ ומניח תפילין בכשרות ואפ"ה ממדת חסידות יתענה ולא מדינא כיון דע"פ דין יצא למצות תפילין אח"ז בכשרות. ויש להאריך בזה:

מ

ועיין בחולין דף ו' ולא חיישׁ מר לתערובת דמאי א"ל לאו אדעתאי. אמר ר"ז אפשר גזרו על התערובת דמאי ומסתייעא מילתא דרב אסי למיכל איסורא השתא בהמתן ש"צ אין הקב"ה מביא תקלה כ' ופרש"י מסתייעא מילתא דיגרום עון שלא כו' וישכח הגזרה ויאכל בשוגג הרי דשוגג דרבנן הוא ג"כ עון מקרי ועי' בתוס' שבת דף י"ב ובחולין ד"ה

בד"ה צדיקים עצמן כו' שהקשו בהא דפסחים ר"י ב"א איקלע לבי ר"א ואשתלי וטעם קודם הבדלה הא אין הקב"ה מביא תקלה כו' עי"ש והא זה אינו אלא מדרבנן ובשוגג וקרי לי' תקלה:

מא

נחזור לענינינו דאי נימא דשוגג דרבנן צריך כפרה בודאי החיוב להודיע לחבירו ולהפרישו מאיסור ואף אי נימא דא"צ כפרה עכ"ז מחויב להודיע לחבירו וכן ראיתי כעת בתרומת הדשן סימן מ"ג המובא ביו"ד סימן רמ"ב סעי' כ"ב ובש"ך שם בקצרה ומדבריו שם משמע דאף בשוגג דרבנן מחויב להודיעו ולהפרישו וא"כ בנ"ד ודאי החיוב להודיע להבעל דאף דנימא דהבעל בנ"ד א"צ כפרה לפי שסמך עלי' דהוי שוגג קרוב לאונס כמש"כ למעלה דבכה"ג א"צ כפרה בדרבנן. מ"מ הא האשה בעצמה דיודעת דנבעלה מקודם ואף דאי נימא דהיא שוגגת בזה ואינה יודעת דאסורה להבעל אליו בלא כתובה מ"מ הא נתבאר דשוגג דרבנן צריך כפרה ועוד דהא כתבנו דלא תלוי בזה הא דשוגג דרבנן א"צ כפרה דלעולם היודע מחויב להפריש לחבירו מאיסורא אף דאינו אלא מדרבנן ועי' בנו"ב א"ח מ"ק סימן ל"ה ובחמדת שלמה חא"ח סימן ט"ז עד סוף סימן י"ח ועי' בהפלאה בק"א סימן קט"ו ס"ק יו"ד בשמשתו נדה או שזנתה עם אחר בנדתה שאסורה לו רק שתקבל תשובה כיון דחשודה לאותו דבר עי"ש וסתם פנויות נדות הנה וא"כ גם לפ"ז צריך להודיע להבעל שלא יכשל באיסור נדה דאורי' אבל עיין בתשו' ברית אברהם חאהע"ז סימן י"ד ובחו"ד סימן קפ"ה ס"ק א' וקצרתי וגם נתבאר לעיל דבההודעה להבעל יש בזה משום השב אבידה. ע"כ ברור ופשוט דחייבים להודיע להבעל וכמה חדושי דינים נתבארו בקונטרס הזה בעזהי"ת:

[**השמטה**] ובעיקר דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש להעיר ממה שכתב רש"י בסוטה דף כ"ג ובתוס' שם בד"ה ושומרת יבם כו' דאף [אי] לית לן דרב המנונא מיהו אי לא בעי למנסב אשה זונה אינה נוטלת כתובה אך ז"א בפנוי הבא על הפנוי' דהא קי"ל דלא עשאה זונה רק בנבעלת לנכרי וכיוצא המבואר באהע"ז סימן ו' סעיף ח' דמקריא זונה בזה יש לדון דלכ"ע אין לה כתובה כלל וממילא הוי מקח טעות גם לגבי קדושין וקצרתי:

סימן סח

ב"ה יום ג' ר"ח טבת תר"כ לפ"ק.

נשאלתי מרב גדול אחד ע"ד העובדא שאירע בקהלתו באחד שנשא בתולה ואח"ז נודע שזנתה מקודם שנשאה ועתה תובע החתן ממנה דמי הוצאות הנשואין שהוציא וביקש

ממני להודיע את דעתי אם היא מחוייבת להחזיר לו ההוצאות שהוציא אם לא וכבוד הרב הנ"ל העלה ברוב פלפולו דפטורה להחזיר ההוצאות:

ענף א

א

תשובה בעז"ה. מקור הך דינא בח"מ סימן רל"ב סעי' כ"א במוכר חפץ לחבירו ונמצא מום במקח דאם ידע המוכר בהמום והודיע להמוכר שמוליכו במקום פלוני חייב המוכר בהוצאת הליכה למקום ההוא וכן מבואר בטור שם בשם הרמ"ה ולפ"ז ה"ה בנ"ד כיון דקי"ל דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דהוי מקח טעות כמבואר בכתובות די"א ואהע"ז סימן ס"ז. והוי כמו מום במקח דחייבת להחזיר כל הוצאות הנשואין:

ב

אכן בעיקר הך דינא שפסק המחבר והטור בשם הרמ"ה דבמום במקח חייב בהוצאות הליכתו כבר הקשה בפרישה ע"ז דהא בב"ב דצ"ג איתא במכר זרעונים ולא צמחו דת"ק ס"ל דפטור מן הוצאות ורשב"ג מחייב בהוצאות ופסקו שם הרשב"ם והרא"ש והנמוק"י והרמב"ם וש"פ דהלכה כת"ק וכן פסק שם בטוש"ע סעי' כ' דהמוכר זרעונים ולא צמחו דמחזיר לו רק דמיו ולא ההוצאה כמש"כ שם הסמ"ע ס"ק מ"ו א"כ קשה על המחבר והטור שסתרי דבריהם אח"ז ופסקו דמחויב בהוצאות הליכתו למקום פלוני והרמ"ה אפשר שפוסק כרשב"ג אכן על הטור והש"ע קשה ואפשר לומר דהא דפסקו בזרעונים דפטור מהוצאות מיירי בלא ידע המוכר שאינם ראוים לזריעה עכ"ל הדרישה ופרישה בשנוי לשון קצת וכן מצאתי בביאור הגר"א זצ"ל בס"ק ל"ה שכתב ג"כ דס"ל להמחבר והרמ"ה דהא דקי"ל כת"ק דפטור משום דת"ק מיירי בלא ידע המוכר ומיפטר כמו כל דינא דגרמי דקי"ל דפטור אם לא כיוון להזיק ובידע המוכר מהמום גם הת"ק מודה דחייב כמו כל דינא דגרמי וכן ראיתי בלבוש שכתב דלכן פטור מהוצאות זרעונים משום דלא ידע המוכר שאינם ראוים לזריעה עי"ש ואפשר דזה תלוי בפלוגתת ראשונים שהובא בש"ך ח"מ סימן שפ"ו בארוכה דעת הרמב"ן דד"ג חייב מה"ת ולכן אף בשוגג חייב דאדם מועד לעולם והכרעת הש"ך שם דד"ג אינו אלא מדרבנן ולכן אינו חייב בשוגג:

ולפ"ז שפיר י"ל דהא דפטר הת"ק מיירי בלא ידע בהמום. אבל לשיטת הסוברים דד"ג חייב אף בשוגג בע"כ מוכח מזה דחזינן דס"ל לת"ק דפטור מהוצאות היינו משום דסבירא ליה דזה לא מקרי גרמי רק גרמא בעלמא משום דלפי מה שמבואר עיקר החילוק בין גרמי לגרמא דגרמא מקרי מה שאין ההיזק נעשה מיד כמו שכתב הרא"ש בב"ק פ"ט סימן י"ג והתוס' ב"ב דכ"ב. א"כ הכא ג"כ אין ההיזק נעשה מיד בעת שמכרו רק אחר זמן נעשה ההיזק לכן אין זה מקרי גרמי רק גרמא בעלמא לכן ס"ל לת"ק דמיפטר

וי"ל דזהו מוכרח לשיטתם דאל"כ הו"ל להתחייב אף בשוגג כמו כל דד"ג ובע"כ מוכח דאין זה נכלל בכלל גרמי כנ"ל. ורשב"ג דמחייב י"ל בטעמו דקנס אף על שוגג כמש"כ הרשב"ם והנמוק"י שם דרשב"ג לאו דינא קאמר אלא קנסא בעלמא לכן אף דלא הוי רק גרמא בעלמא וגם לא הוי אלא בשוגג מ"מ החמירו עליו בזה וחייבוהו לשלם וכן מוכרח דלרשב"ג אין החיוב מדינא אלא קנסא בעלמא דאל"כ תקשה שם דמבואר התם בנותן חטים לטחון ועשאן סובין בהמה לטבח וניבלה דחייב מפני שהוא כש"ש ורשב"ג מחייב ליתן דמי בושתו ובושת אורחיו ומוקמינן בב"ק דף צ"ט דמיירי בנוטל שכר והובא בתוס' שם ד"ה חייב מפני כו' וכתבו שם דזהו הוי שוגג קרוב לאונס וע"ז קאמר רשב"ג דחייב בבושתו ובושת אורחיו וקשה הא מבואר בב"ק דף פ"ו דבושת אינו חייב עד שיהיה מתכוין א"כ קשה דלא יהיה עדיף מאם היזק בידים בלא כונה דפטור על בושת וכש"כ בגרמא בעלמא וגם הא מבואר בטור ח"מ סי' ש"ח בשם הרמ"ה דכתב דעל גרמי אינו מחויב כי אם נזק ולא ארבעה דברים והובא בקצה"ח סי' ש"ח ס"ק ב' וסימן של"ג וכש"כ בושת דאינו חייב אף בנזק ממש בלא כונה א"כ תקשה אמאי מחייב רשב"ג בבושת אורחיו ובושתו ואין לחלק דבשכר שאני גם לענין ד' דברים דהא לא עדיף מגרמי במזיד ועי' בקצה"ח סימן של"ג ס"ק ב' וג' וע"כ מוכח דלא מן. הדין קא מחייב רשב"ג שם אלא מקנסא בעלמא כמו כן יש לומר בחיוב הוצאות דמחייב רשב"ג בשוגג דזה אינו רק מצד הקנס בעלמא ואנן דפסקינן כת"ק דפטרי ה"ה בזה דפטור מהוצאות הליכה אפי' במזיד דלא הוי גרמי וכנ"ל:

ג

והרמ"ה דמחייב בהוצאות הליכה י"ל דס"ל דהסוגיא דב"ב דפוטר ת"ק מיירי בלא ידע המוכר וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל והא דפטור משום דסבירא לי' להרמ"ה דד"ג דחייב אינו אלא מדרבנן ומיפטר בשוגג ואזיל הרמ"ה לטעמיה דהא כבר לעיל הבאתי דברי הרמ"ה בטור סי' ש"ח שפסק דאף אי מחייבינן בדד"ג אינו חייב אלא בנזק לבד ולא בארבעה דברים כנ"ל בשם הקצה"ח שם. ונלענ"ד דזהו תלוי אם נימא דד"ג חייב מה"ת אז חייב גם בארבעה דברים כמו מזיק ממש אך מאן דסבירא לי' דד"ג אינו אלא מדרבנן אז מיפטר מד' דברים משום דלא תקנו חז"ל אלא על עיקר תשלומי היזק כדי שלא ירגילו ולא על הארבעה דברים ג"כ וכיון דנראה דס"ל להרמ"ה דד"ג אינו אלא מדרבנן ולכן שפיר י"ל דהך סוגיא דב"ב מיירי בשוגג ומיפטר לת"ק דקי"ל כוותי' אבל במזיד חייב כמו כל גרמי ואף דלא נעשה ההיזק מיד עכ"ז כיון דשכיחא תקנו חז"ל וכשיטת הריצב"א בתוס' ב"ב כ"ב והובא בח"מ סי' שפ"ו ס"ק ג' בהגהות רמ"א שם ועי' בש"ך

ובביאור הגר"א שם ובטעמו של רשב"ג דמחייב בהוצאות י"ל עוד בזה דהוא כמש"כ התוס' ב"ב שם ואפשר דשוגג נמי קניס ר"מ כמו דקניס במטמא ומדמע אחד שוגג וא' מזיד. וי"ל דכן ס"ל ג"כ רשב"ג וע"כ מחייב בהוצאות אף דהי' בשוגג:

ד

והנה חכם אחד רצה לאמר דרשב"ג ס"ל באמת בכל בושת דחייב אף בשוגג כדמוכח מהא דמחייב רשב"ג ליתן דמי בושתו ובושת אורחיו ואנן קיי"ל דלא כרשב"ג בזה. והשבתיו דע"כ ז"א כדמוכח בב"ק דף כ"ו דאמר רבה היתה אבן מונחת בחיקו ולא הכיר בה ונפלה לענין נזקין חייב לענין ד' דברים פטור לענין עבד פלוגתא דרשב"ג ורבנן אלמא דלענין ד' דברים גם רשב"ג מודה דפטור בשוגג ורק לענין עבד פלוגתא דרשב"ג ורבנן א"כ עדיין תקשה אמאי קא מחייב רשב"ג ליתן דמי בושתו בשוגג דהא כיון דמיפטר מד' דברים בשוגג כש"כ דמיפטר מבושת וכמבואר בב"ק דכ"ז דהלא כתבו התוס' דלכן בעי דוקא נושא שכר משום דזה הוי שוגג קרוב לאונס וע"כ מוכח כמש"כ למעלה דזה אינו רק מצד הקנס לרשב"ג וכמש"כ רשב"ם ונמוקי יוסף ובלא"ה אין סברא לאמר דרשב"ג יחלוק בזה ויסבור דבושת חייב אף בשוגג:

ה

וכבר כתבתי במק"א דיש לדון לפי מאי דאיתא בב"ב דף צ"ג דרשב"ג מחייב הוצאות ואף דהפוסקים פסקו כת"ק דפטור מהוצאות משום דזה גרע מדד"ג עכ"ז רשב"ג מחייב והטעם כמש"כ הרשב"ם דזהו מקנסא בעלמא א"כ כש"כ בדד"ג דמחייב רשב"ג א"כ קשה בסוגיא דגיטין דמ"א דרשב"ג ס"ל דהמשחרר חייב לשלם להמלוה ופליגי במזיק שעבודו ועי' בתוס' שם ד"ה במזיק שעבודו כו' שכתבו דאמאי לא מוקי פלוגתייהו בדינא דגרמי משום דאף מאן דפטר בדד"ג מחייב במזיק שעבודו של חבירו עכ"ל וקשה הא הוי מצי למימר דפליגי בדינא דגרמי ורשב"ג לשיטתי' אזיל דמחייב בהוצאות הזריעה אף דלא הוי דד"ג ממש כש"כ בחיוב דד"ג ממש דמחייב רשב"ג וזהו עדיפא לאוקמי פלוגתייהו במאי דמצינו דס"ל לרשב"ג כן במק"א מלומר פלוגתא חדשה במזיק שיעבודו. ואין לומר דקנסא מקנסא לא ילפינן וי"ל דדוקא בהוצאות הזרעונים קניס רשב"ג כן ולא במק"א דז"א דהא רב מוקי הך דגטין דפליגי במזיק שיעבודו ולרב הא מצינו בגטין דל"ג דס"ל דקנסא מקנסא ילפינן וכן הכריע בש"ך סימן שפ"ה וריש סימן שפ"ו וכתב שם דלמאן דדן דד"ג משום קנסא ס"ל דילפינן מקנסא יע"ש וכן מורה פשטות הסוגיא ב"ב דף צ"ג דקאמרי מאן תנא די"א הוא רשב"ג דמצינו דמחייב דמי בושתו ולא קאמרינן דהא לא ילפינן קנסא מקנסא אך זה יש לדחות דכונת הש"ס כיון דמצינו לרשב"ג דקנס דמי בושתו בע"כ זהו המאן דאמר בשם יש אומרים דאל"כ מאן הוא דהא

חזינן דהך תנא מחייב הוצאות וגם הא כתבו התוס' שם דקבלה היתה בידם דהך י"א הוא רשב"ג ע"כ אין זה הכרח כלל]. א"כ קשה אמאי לא מוקי פלוגתא דרשב"ג ורבנן בהך פלוגתא דרשב"ג מחייב דמי הוצאות ואזיל לטעמי':

ו

ויש לתרץ והוא דמצינו לרב דאמר בבכורות דף כ"ח וב"ק דף ק' ודף קי"ז דאמרו על הך משנה דן את הדין מה שעשה עשוי וישלם מביתו דנימא תנן כר"מ וא' רב דהוא שנשא ונתן ביד אלמא דרב ס"ל דלא דייניגן דד"ג ואפשר דלכן רבה דס"ל השורף שטר של חבירו פטור אזיל בשיטת רב רבו וכמבואר בשבת ד"מ דכחומרי דרב עביד ועי' ברא"ש פ"ד דסנהדרין בסוגיא דשקול הדעת הביא בשם הרי"ף דהוכיח מזה דדיין אינו חייב בדד"ג והרא"ש דחה שם וכן הרמב"ן במלחמות דרב מוקי כן כדי דלא יהיה הכרח כר"מ דיתוקם מתניתין כרבנן ע"ש]. עכ"פ מצינו דרב מהדר לאוקמי מתני' דלא יהא מוכח כר"מ לכן כיון דקיי"ל הלכה כרשב"ג במשנתינו ואי היה מוקי דלכן ס"ל דחייב המשחרר משום דאזיל לטעמי' דדן דד"ג א"כ היה מוכרח הלכה כר"מ לדון דד"ג לכן מוקי הך דרשב"ג דגטין דס"ל דמשחרר חייב הוא משום דס"ל מזיק שעבודו חייב ע"כ אין הכרח מהך מתני' דדייניגן דד"ג וכמו דמהדר רב לאוקמי משנה דבכורות דדן את הדין כרבנן ונשא ונתן ביד ועי' בגטין שם דף מ"א ד"ה בהיזק שאינו ניכר במש"כ שם דקיי"ל כרשב"ג במשנתינו והא דאמרו בכולי הש"ס דר"מ דן דינא דגרמי ולא אמרו דרשב"ג הוא דדן ד"ג י"ל דבאמת פסקו כת"ק דפוטר להחזיר ההוצאות משום דזה לא נקרא גרמי רק גרמא ואפ"ה מחייבו רשב"ג ע"כ אמרו דר"מ הוא דדן דד"ג אבל לרשב"ג מצינו דמחייב גם על גרמא לכן אמרו דר' מאיר דן דינא דגרמי:

ענף ב

ז

וכתר"ה כתב דלפמש"כ התוס' בב"ב דף צ"ב ד"ה המוכר פירות כו' דמאן דמחייב בהוצאה היינו בידע המוכר שאינו ראוי לזריעה דאל"כ אין סברה לחייבו וכיון דהתוס' ס"ל דהסוגיא קאי בידע המוכר וכל הפוסקים כתבו דהלכה כת"ק א"כ מוכח מהתוס' דס"ל גם בידע המוכר פטור מהוצאות וקשה על המחבר שלא הביא דבריהם כלל עכ"ל כת"ה יפה תמה אך במש"כ כת"ה דפשטות הסוגיא מיירי גם בידע וכמש"כ התוס' זה לא נהירא לי ואדרבה קשה לי על התוס' דכתבו דאין סברא לחייב הוצאה רק בידע המוכר דהא עיקר מימרא דרשב"ג נאמר בהמוליך חטים לטחון ועשאן סובין או בהמה וניבלה דמחייב רשב"ג ליתן בושתו ופירש הרשב"ם דכש"כ הוצאה וכיון דמבואר שם דבעי דוקא נושא שכר מוכח כמש"כ התוס' שם דזהו שוגג קרוב לאונס אלמא דאף בשוגג

קא מחייב רשב"ג בושת כש"כ בהוצאה דחסרי' ממונא א"כ קשה על התוס' שכתבו בפשיטות דאין סברא לחייב הוצאה אף לרשב"ג רק בידע המוכר והוי מזיד. דהא חזינן דאף בשוגג קנס רשב"ג. ואפשר לומר דשאני בשכר דאז מחייב רשב"ג אף בשוגג משא"כ בחנם שפיר כתבו דאין סברא לחייבו בשוגג משום דס"ל להתוס' דזהו ג"כ הוי שוגג קרוב לאונס כשלא ידע המוכר מהמום דכיון דלא שכיח מום זה לכן לא מקרי אלא קרוב לאונס ומיפטר בחנם משא"כ התם בנותן בהמה לטבח דנוטל שכר מתחייב אף בקרוב לאונס או יש לומר דס"ל להתוס' דכמו דאמרינן אדם מועד לעולם בין שוגג כו' משום דהו"ל לאסוקי אדעתא דמוכר דלמא יש בהם מום כן יש לומר על הלוקח דהו"ל לחקור דלמא יש בהם מום וכמש"כ הש"ך בח"מ סי' קכ"ו ס"ק ס"ז גבי הנותן מודה שטעה בחשבון דכתב המח' דחוזר וגובה אותו מהנותן. ותמה הש"ך שם דהא יכול הנותן לומר אתה גרמת לך שלא נזכרת הטעות כו' יעו"ש אך בידע שאני משא"כ התם בבהמה וניבלה וכה"ג דלא שייך בזה לומר דגם הנותן פשע דמה הו"ל לעשות ע"כ מתחייב אף בשוגג כן י"ל בכונת התוס' אבל באמת פשטות הסוגיא משמע דקאי על שוגג כמו בנתן בהמה לטבח וניבלה דקאי על שוגג כנ"ל והא דמתחייב המוכר לרשב"ג בשוגג אף דגם הלוקח פשע דהו"ל לחקור י"ל בזה דהלוקח סמך על המוכר או י"ל כמש"כ התוס' בב"ק דף כ"ג ד"ה ולחייב בעל הגחלת כו' דיותר יש ליזהר לאדם שלא יזיק משלא יוזק וכ"כ התוס' לקמן דף כ"ז ד"ה אמאי פטור:

ח

ובעיקר תמיהתו דאמאי לא הביאו שיטת התוס' דמשמע דס"ל דאף בידע המוכר מיפטר מהוצאות. נלענ"ד לומר דהא כתב הש"ך בח"מ סימן קע"א ס"ק ט' דהתוס' בב"מ דס"ט כתבו דאף בברייתא אמרו דהלכה כרשב"ג לכן אף דהתוס' ס"ל דפליגי בידע המוכר עכ"ז אין הכרח מהתוס' דסוברים לפטור די"ל דהלכה כרשב"ג דמחייב ועי' ברשב"ם בב"ב דף צ"ג שם בד"ה דמי בושתו כו' שכתב דהא לא הוזכר דברי רשב"ג דמחייב בהוצאות במשנתינו אלא בברייתא וכ"כ להדיא לקמן דקל"ח דדוקא במשנתינו הלכה כרשב"ג ולא בברייתא ועי' מזה בש"ך ח"מ סי' רמ"ה ס"ק ז' וסמ"ע שם ס"ק כ' ולכן פסק הרשב"ם וש"פ דהלכה כת"ק דרשב"ג משא"כ לשיטת התוס' י"ל דהלכה כרשב"ג דמחייב בהוצאות משום דס"ל דהלכה כרשב"ג אף בברייתא וא"כ נמצא די"ל דהתוס' לא מפליג בזה וע"כ לא הביאו ולא הזכירו משיטת התוס':

ואותו ענין הא דהלכה כרשב"ג אם הוא דוקא במשנתינו או ג"כ בברייתא הואיל דאתי לידן נימא בי' מלתא ואציג בזה מה שכתבתי בענין זה מכבר:

ט

הנה בספרי באר יצחק' חלק אהע"ז סימן ח' ענף ג' כתבתי קצת במה דכתב הש"ך בח"מ סי' קע"א ס"ק ט' דהא דקיי"ל דהלכה כרשב"ג במשנתינו דה"ה בברייתא והוכיח כן מתוס' ב"מ דס"ט ד"ה אלא כו' וכ"כ הש"ך בסימן רמ"ה ס"ק ז' ודלא כסמ"ע שם ובאמת יש לי מה להעיר בזה ונשמט מספרי שם ע"כ באתי כעת לכתוב בזה שנית והוא דהרשב"ם ב"ב דקל"ח ע"א כתב בפירוש דהא דקיי"ל הלכה כרשב"ג במשנתינו היינו משנה אבל ברייתא לא אלא הלכה כרבנן דמשנתינו מתני' משמע וכ"כ הנמוק"י שם וכ"כ בהגהות אשרי שם לב"ב וכ"כ הרא"ש לנדה פ"ג סימן ג' בזה"ל והלכה כרבנן דדוקא במשנתינו פסק ר' יוחנן כרשב"ג ולא בברייתא ומה"ט יפה כתב הכ"מ בפ"ז ה' פרה ה' י"א דבברייתא אין הלכה כרשב"ג והובא במל"מ ה' בית הבחירה פ"ב הלכה י"ח ע"ש:

י

וכן יש להוכיח מכתובות דע"ט דאמר שמואל אם יבא שטר מברחת לידי אקרענו מיתיבי הרוצה שתבריח נכסי' מבעלה כיצד היא עושה כותבת שטר פסים לאחרים דברי רשב"ג וחכ"א רצה מצחק בה כו' וקשה דאמאי לא אמרו דס"ל לשמואל ג"כ הלכה כרשב"ג במשנתינו וה"ה בבריי' וכיון דס"ל לרשב"ג דמברחת לא קנה ע"כ שפיר פסק שמואל כרשב"ג וג"כ הוי מסתבר טעמי' דרשב"ג דהא הכריח שמואל דמברחת לא קנה ומדהקשו בפשיטות בש"ס כן מוכח דס"ל להש"ס דאין הלכה כרשב"ג רק במשנתנו דוקא ולא בברייתא ויש לדחות ראי' הזאת ע"פ מש"כ הרשב"ם בב"ב דף קל"ג ע"ב ד"ה ת"ש דא"ל שמואל כו' דשמואל לית ליה האי כללא דהלכה כרשב"ג כו' וכ"כ התוס' בע"ז דף ל"ב ע"ב ד"ה הלכה כרשב"ג ועי' מזה בתשו' הרשב"א סימן מ' והובא בגליון הש"ס לע"ז שם ע"ש וכיון דשמואל לית ליה להאי כללא ע"כ שפיר מקשה הש"ס על הך דשמואל דס"ל מברחת לא קנה מהא דס"ל לחכמים דפליגי על רשב"ג דמברחת קנה דמסתמא הלכה כרבנן דהם רבים ונסתר ראי' זאת וכן מוכח בביצה דכ"ד דשמואל לית ליה הך כללא דהלכה כרשב"ג וכמש"כ התוס' בע"ז:

יא

אכן לפמש"כ הרשב"א בתשובה סימן מ' שהקשה על הא דע"ז דף ל"ב דל"ל לשמואל לאמר הלכה כרשב"ג הא בל"ז הלכה כרשב"ג במשנתנו ותירץ משום דאין הלכה כרשב"ג אלא היכא דמסתבר טעמי' וכמש"כ הרי"ף פ' ג"פ וע"כ הוצרך שמואל לאשמועינן דהכא הלכה כרשב"ג דמסתבר טעמי' עי"ש ברשב"א ולפ"ז שפיר יש להוכיח מהא דכתובות דמקשה הש"ס בפשיטות כן על שמואל ולא תירצו דשמואל ס"ל שם הלכה כרשב"ג משום דמסתבר טעמי' בזה בע"כ מוכח מזה דדוקא במשנתנו אמרו כן

ולא בברייתא ועי' בש"ך חו"מ סימן שפ"ו ס"ק י"ב ועפ"ז יש לעי' בהא דכתובות דף ע"ז ע"א דמקשה הש"ס ומי אמר ריו"ח הכי כו' ויש ליישב וקצרתי:

יב

וביותר יש להוכיח כן מהא דכתובות דף ס"ז דאמר ר' יוחנן הכניסה לו זהב שמין אותו והרי הוא כשוויו מיתיבי זהב ה"ה ככלים של כסף דפחתי כו' רשב"ג אומר במקום שנהגו כו' שמין אותן כו' אלא אריש וכתבו שם התוס' ד"ה אלא אריש מרבנן פריך. וקשה דמאי הקשו בש"ס על ריו"ח דקאמר התם זהב ה"ה כשוויו מרבנן דברייתא הא י"ל כיון דאמרינן בכולי הש"ס דר' יוחנן ס"ל הלכה כרשב"ג ע"כ שפיר קאמר ריו"ח שם דזהב הרי הוא כשוויו:, ולכן מוכח מזה דס"ל להש"ס בפשיטות דדוקא במשנתנו אמרו הלכה כרשב"ג ולא בברייתא. וה"ה בתוספתא. והדרינן לכללא דיחיד ורבים הלכה כרבים לכן שפיר הקשו על ריו"ח א"כ מוכח מזה דדוקא במשנתנו אמרו כן ולא בברייתא וכן ראיתי במהרש"א שכתב שם בכתובות דדוקא במשנתנו ולא בברייתא וע"כ א"ש סוגית הש"ס דכתובות שם:

יג

ועי' במ"ק דף ט"ז דקאמרי אמר אמימר הלכתא הני בי תלתא כו' אתו בי תלתא אחריני כו' והא תניא רשב"ג אומר א' מן התלמידים כו' חלקו אינו מופר כו' ואמאי לא קאמרי דס"ל לאמימר כרבנן דרשב"ג:

ומוכח מזה דס"ל דהלכה כרשב"ג אף בברייתא אבל באמת ז"א הוכחה כלל דהא לא מצינו התם דרבנן פליגי על רשב"ג בזה והא דתני התם רשב"ג אומר ולא קתני אמר רשב"ג ז"א הוכחה כלל וכמש"כ התוי"ט בבכורים פ"ג משנה ו' ובברכות משנה ה' עי"ש וכן יש להוכיח משבת ד' כ"א ע"א דא"ל אדמותבת לי' מרשב"ג סייעינהו מדת"ק כו' אלמא דבברייתא ותוספתא אין הלכה כרשב"ג אך י"ל דסוגית הש"ס התם לא ס"ל להך כללא דהלכה כרשב"ג ובפרט דהא קאמרי התם זה לאביי ולאביי י"ל ולהוכיח דלא ס"ל להך כללא וכמש"כ התוס' בע"ז דף ל"ב ע"ב ד"ה הלכה כרשב"ג כו' דהא אביי קאמר התם הלכה מכלל דפליגי ומשמע דלולי זה הי' ניחא מה שהוצרך לומר הלכה כרשב"ג וכמו דהקשה זה הרשב"א בתשובה סימן מ' ע"ש:

יד

וכן משמע בתוס' שבת דף י"ז ע"ב ד"ה אין נותנים עורות לעבדן כו' ובתוס' ע"ז דף כ"א ע"ב ד"ה אריסא אריסותי' קא עביד כו' שכתבו דהלכה כרשב"ג משום דסתם תנא כוותי' במתניתין ולא כתבו רמז מהך כללא דהלכה כרשב"ג במשנתנו מוכח מזה דס"ל דבברייתא לא אמרינן כן וכ"כ הרא"ש שם כנ"ל בשם התוס' וכן יש להעיר בנדרים דף

נ"ד ע"ב בר"ן ד"ה ולענין הלכה קיי"ל כר"ע דכל מידי דממליך עליו שליח כו' וקיי"ל הלכה כר"ע מחבירו ומאן פליג על ר"ע היינו רשב"ג כו' ולא כתב דהא יש לומר שא"ה דהלכה כרשב"ג במשנתנו מוכח מזה דלא אמרו זה בברייתא אך זה יש לדחות דלאו כ"ע ס"ל להך כללא דהלכה כרשב"ג וכמש"כ הבית יוסף ח"מ סימן קס"א והמג"א סימן ע' ס"ק ב' ועי' בש"ך ח"מ סימן שפ"ו ס"ק י"ב ובפלפולא חריפתא לב"ק פ"ה ס"ק כ"ג ועי' מזה בעירובין ד' ד' ע"א מזה ואף שיש לי מה להאריך בכ"ז ובשארי דוכתי מזה עכ"ז ראיתי לקצר לפי דמבואר בירושלמי ב"ב פ"י ה' ח' בזה"ל:

תמן מרין בכל מקום הלכה כרשב"ג חוץ מערב וצידן וראי' אחרונה אמרין ובלבד במשנתינו א"כ מבואר בירושלמי להדיא דהך כללא ליתא רק במשנה ולא בברייתא וכמש"כ שם הפני משה וזהו מוכרח בפי' הירושלמי דאל"כ מאי ובלבד דקאמרי בירושלמי ותמהני על הפוסקים שלא הביאו הירושלמי הזה וזהו מוכרח וכמו דאמרו בברכות דף י"ט במשנתינו קאמרינן והא ברייתא היא ועי' בשבת דף מ' דקאמר דילמא ה"מ מתני' אבל בברייתא לא:

אבל הכא אין להסתפק כלל בזה כמו דמבואר בירושלמי להדיא ועי' בירושלמי ברכות פ' מי שמתו בס"פ במפרש שם ד"ה רשב"ג אומר שלאחר המטה יקרא כו' כתב שם דהא דפסקו דלא כרשב"ג אף דקיי"ל הלכה כרשב"ג י"ל דזהו במשנה ולא בברייתא א"נ יש לומר דלא ס"ל להך כללא עכ"ל ותמהני עליו דלא הביא כל שיטת הראשונים דנתבאר דאמרו כן וכנ"ל ובפרט דמבואר בירושלמי ב"ב כן:

טו

ומש"כ הש"ך בסימן קע"א דהתוס' ב"מ ד' ס"ט ס"ל הלכה כרשב"ג אף בברייתא אין זה הוכחה דהא מבואר בב"מ דף ס"ט ע"ב במשנה דרשב"ג אומר שם שמין עגל עם אמו וסיח עם אמו. ע"כ י"ל דהתוס' נתכוונו להך רשב"ג דמשנתינו ע"כ אין הכרע כלל מהתוס' דיסברו הלכה כרשב"ג בברייתא ובודאי לא נעלם מהתוס' ירושלמי דב"ב הנ"ל ויש לי עוד להאריך בכ"ז. והא דב"ב דף קל"ז ע"א דאמר ר' יוחנן הלכה כרשב"ג. ולא מקשה שם הש"ס כמו דהקשו בכתובות דף ט"ז אי נימא דבברייתא לא שייך האי כללא ניחא. אך בלא"ה יש לומר דעיקר מה דקמ"ל ריו"ח שם זהו דאפי' היו עבדים והוציאן לחירות כמבואר שם ע"כ מה שכתבתי בזה מכבר:

ענף ג

טז

נחזור לענינינו דלפי מש"כ הש"ך דלהתוס' דהלכה כרשב"ג הוא ג"כ בברייתא וע"כ אף דהתוס' ס"ל דפליגי בידע המוכר בכ"ז גם לדידהו אינו פטור בהוצאות אף דת"ק פוטר

אבל הא רשב"ג מחייב והלכה כוותי' לפי שיטת התוס' דהלכה כרשב"ג אף בברייתא ואף דבעינן דוקא במקום דמסתבר טעמי' בזה הכריעו הלכה כרשב"ג כמש"כ הש"ך ח"מ סימן קע"א ס"ק ט' וסימן שפ"ו ס"ק י"ב עכ"ז יש לומר דכיון דהתוס' הכריעו דפלוגתת ת"ק ורשב"ג קאי בידע המוכר בהמום. א"כ מסתבר טעמי' דרשב"ג כיון דקיי"ל לדון דינא דגרמי לכן הלכה כרשב"ג דמחייב בהוצאות וכמש"כ הרמ"ה דחייב בהוצאות משום דד"ג וס"ל דרשב"ג מחייב מן הדין ולא כמש"כ הרשב"ם דאינו מחייב רק מקנסא בעלמא וכיון דמסתבר טעמי' דרשב"ג לכן הלכה כרשב"ג וכמש"כ הש"ך בשיטת התוס' דאף בברייתא הלכה כרשב"ג:

יז

אמנם יש להוכיח מהתוס' דב"ק דף ק' ע"א ד"ה מחיצת הכרם כו' דלא סבירא להו דהתוס' הקשו שם דמאן הך תנא דפליג אר"מ ופוטר בדד"ג יעו"ש:

ואי נימא דהך פלוגתא דרשב"ג ורבנן תלוי בהך פלוגתא אי דיינינן דד"ג א"כ הו"ל להתוס' למימר דהך ת"ק דפוטר בהוצאות הוא החולק על ר"מ דדן דד"ג וע"כ מוכח דס"ל להתוס' דפלוגתת רשב"ג ות"ק אינו שייך להך דינא דגרמי:

אלא אף מאן דדן ד"ג עכ"ז מודה דפטור להחזיר ההוצאות משום דלא נעשה ההיזק מיד וכעין סברא שכתבתי לעיל. או יש לומר דאין זה מקרי הוא בעצמו עושה ההיזק וכחילוק אחר של התוס' והרא"ש ב"ק וב"ב בפירוש דד"ג דהו"ל כמו המבעית חבירו דפטור משום דאיהו הוא דאבעית אנפשי' וכעין דברי הראב"ד פ"ו מהלכות זכי' ומתנה הלכה כ"ד שהובא לקמן או משום דהו"ל להלוקח לחקור ג"כ אם יש בו מום ואיהו דאפסיד אנפשי' וא"כ אף מאן דדן דד"ג מודה בהוצאות דפטור והא דמחייב רשב"ג אין זה רק מקנסא בעלמא כמש"כ הרשב"ם והנמוק"י ולפ"ז יראה דאין הלכה כרשב"ג דהא דוקא היכא דמסתבר טעמי' פסקו הלכה כרשב"ג כנ"ל ואי נימא דרק מצד קנס דן כן רשב"ג בודאי לא מקרי זה מסתבר טעמי' והדרינן לכללא יחיד ורבים הלכה כרבים:

יח

ועוד הא כתבנו למעלה דבעיקר מש"כ הש"ך דהתוס' ס"ל דהלכה כרשב"ג אף בברייתא יש לפקפק די"ל דהתוס' ב"מ דף ס"ט שם נתכוונו להך דרשב"ג במשנתינו שם דמבואר במשנה שם רשב"ג אומר שמין עגל עם אמו וסיח עם אמו א"כ אין הכרע כלל מדברי התוס' האלה דהלכה כרשב"ג אף בברייתא ובוודאי לא הי' נעלם מהתוס' הירושלמי ב"ב פ"י הלכה ח' שהבאנו לעיל דמבואר להדיא דהכלל איננו רק במשנה ולא בברייתא וא"כ בהא דרשב"ג מחייב בהוצאות דבברייתא הוא דבזה ליתא להאי כללא וממילא הלכה כת"ק דיחיד ורבים הלכה כרבים וא"כ שפיר מוכח מהתוס' דס"ל לפטור בהוצאות אף

בידע המוכר א"כ קשה על המחבר שלא הביא דברי' בשם י"א לכה"פ ועי' בנימוקי יוסף בריש פ"ו בב"ב שכתב ג"כ בשם הריטב"א דפטור המוכר בהוצאות הליכה אך אפשר לומר דהריטב"א והנמוקי יוסף מיירי ג"כ בלא ידע המוכר אמנם מהתוס' הנ"ל מוכח דאף בידע המוכר פטור מהוצאות:

יט

וביותר יש להוכיח כן מפלוגתת הרמב"ם והראב"ד אשר הובאה בפ"ו מהלכות זכי' ומתנה הלכה כ"ד והובא באהע"ז סימן נ' סעי' ג' דפסק הרמב"ם בחזרה היא צריכה לשלם כפי מה שהוציא כפי מנהג המדינה והראב"ד הקשה עליו דהא קיי"ל המוכר זרעונים ולא צמחו דפטור להחזיר הוצאות ועי' בלח"מ שם והמ"מ תירץ דשאני היכא דעושה להשתכר וכאן אינו עושה כדי להרויח רק להתנהג כמנהג המדינה וכפי הכלל דשיטה דלא הובאה בש"ע לא קיי"ל כן לדינא ע"כ העיקר לדינא כשיטת הרמב"ם שרק היא מובאת ונקבעה להלכה בשו"ע ועי' ביאור הגר"א זצ"ל שם. ואי נימא כשיטת הפרישה והלבוש והביאור הגר"א זצ"ל דהא דפטור מהוצאות מיירי בלא ידע המוכר ע"כ פטור א"כ אין מקום לקושיית הראב"ד והמ"מ. הא יש לחלק דשאני בחזרה דהוי במזיד חייבת לשלם כמו כל דיני דגרמי משא"כ בחיוב הוצאות דמיירי בשוגג לכן פטור וע"כ מוכח דס"ל להראב"ד והמ"מ דאף במזיד פטור המוכר מהוצאות. וכיון דהתוס' והראב"ד והמ"מ ס"ל דאף במזיד פטור מהוצאות ועי' במ"מ שם דהעלה בצ"ע ע"כ קשה להוציא מהמוחזק ותקשה על המחבר שהכריע בפשיטות כהרמ"ה לחייב בהוצאות. וכן יש להעיר במש"כ הביאור הגר"א זצ"ל בח"מ סימן רל"ב דהא דפטור מהוצאות זריעה מיירי בלא ידע המוכר א"כ אמאי באהע"ז סימן נ' בביאורו ס"ק ט' כתב ג"כ להקשות על הרמב"ם שמחייב לשלם הוצאות שהוציא כמנהג מדינה וכתב על תירוץ המ"מ שהוא דוחק והא לשיטתו הוי מצי לחלק בפשיטות ואין כאן קושיא כלל על הרמב"ם:

כ

ולכן נלענ"ד בזה בהקדם קושיית הראב"ד על הרמב"ם דמחייב בחזרה היא לשלם הוצאות מהא דזרעונים. ועי' בשער המשפט סימן שפ"ו ס"ק א' שכתב לתרץ וכבר הקדימו הט"ז בזה באהע"ז סימן נ' אבל הנכון עם הראשונים דלא חלקו כן וקצרתי ונ"ל לחלק בפשיטות דאינו קשה על הרמב"ם כלל דהא מבואר בח"מ סימן ש"ו סעי' ו' דשיטת הרמב"ם והרי"ף במראה דינר לשולחני דאינו חייב עד שיאמר לו חזי דעלך קא סמיכנא או שיהא מוכח דסומך עליו וכמש"כ הש"ך שם ס"ק י"ב והטעם הוא דיכול לומר כמו דשאל ממני כן יחקור אצל אחר וכמש"כ האו"ת סימן קכ"ט ס"ק ג' הטעם מזה. א"כ במכר זרעים יכול המוכר לומר דלא הו"ל להלוקח לסמוך עלי רק הו"ל לחקור ולשאול

אצל אחר על הזרעים ממי שהוא מבין בזה אם ראוי לצמוח או לא וגם להרא"ש דס"ל במראה דינר לשולחני דחייב אף בלא אמר לו חזי דעלך קא סמיכנא כמבואר בח"מ שם י"ל דמודה בחיוב הוצאות דאמרינן דלא איבעי' לי' לסמוך על המוכר ולכן פסק הרא"ש בב"ב דהמוכר פטור וכת"ק דרשב"ג ומשמע דמיירי דאף בידע המוכר בהמום משום דדוקא באחר שאינו בע"ד כתב הרא"ש דלא מיבעי לומר חזי דעלך קא סמיכנא דכיון דהראה לו לא יראה שוב לשום ב"א וסמך עליו משא"כ במוכר שהוא הבע"ד לא איבעי להלוקח לסמוך עליו והו"ל לחקור ומה"ט פטור המוכר בהוצאות כיון דלא הוי רק גרמי נוכל לפוטרו מהטעם דלא איבעי להלוקח לסמוך על המוכר ובפרט שהוא הבע"ד וכמו בהא דמראה דינר לשולחני הנ"ל משא"כ התם בחזרה היא שפיר פסק הרמב"ם והמחבר באהע"ז סימן נ' דחייבת לשלם ההוצאה ולא הביא כלל שיטת הראב"ד אף בשם יש אומרים משום דבזה לא שייך לומר דהו"ל להבעל לחקור דמה יכול לעשות והי' מוכרח לעשות כמנהג המדינה ע"כ חייבת לשלם בדד"ג ואין בזה שום סתירה כלל ומיושב קושית הראב"ד והמ"מ ועי' בתשובת רע"א זצ"ל סימן קל"ד ויש לדון שם וקצרתי:

כא

ולפ"ז יש ליישב דברי המחבר במה שפסק בח"מ סימן רל"ב דבמוכר זרעונים ולא צמחו פטור המוכר בהוצאות וסתם בזה דמשמע דאף בידע המוכר במום ג"כ מיפטר וכמש"כ התוס' וש"פ כנ"ל והוא מה"ט דהא לא א"ל חזי דעלך קא סמיכנא ולא עדיף ממראה דינר לשולחני דכתבו בסימן ש"ו דבעי חזי דעלך סמיכנא ואף הרמ"א דחולק שם עכ"ז הא הכריע שם בסעי' ו' דעיקר כשיטת הרי"ף והרמב"ם דבעי לומר חזי דעלך סמיכנא וגם להרא"ש כבר נתבאר לעיל דשאני במוכר דהוי בע"ד ונוגע בדבר דלא איבעי לי' למסמך עליו והו"ל לחקור משא"כ במה שפסק המחבר בח"מ סימן רל"ב שם סעי' כ"א דהמוכר חפץ ונמצא בו מום והודיעו שמוליכו למדינה פלונית דחייב המוכר בדמי הוצאות הליכתו דיש לומר דשא"ה דהוי כמאן דא"ל חזי דעלך קסמיכנא דהא מבואר בח"מ סימן ש"ו ובש"ך שם דאי מוכחא מילתא דעלי' קסמיך לא קא צריך לאודועי' ואף דלא א"ל חזי דעלך סמיכנא ג"כ חייב א"כ התם דלמה הי' צריך הלוקח להודיע להמוכר שמוליכו למדינה פלונית דמה לו למוכר למידע מזה וע"כ מוכח מזה דהודיע להמוכר שמוליכו למדינה פלונית שמראהו איך שהוא סומך עליו והוי מוכחא מלתא דעלי' סומך ולכן חייב המוכר כמו באמר לו חזי דעלך קא סמיכנא ושפיר פסק המחבר לחייב המוכר בהוצאות הליכתו ולא סתרי דברי המחבר כלל אהדדי וכעין זה מצינו בב"ק דף ק"ג גבי הלוקח שדה בשם ר"ג כו' דאם א"ל ע"מ כו' לא צריכא דאמר לסהדי

קמי' דידי' חזי דשטרא אחרינא קא בעינא אמרו דלכן אמר קמי' כדי דיכתוב לו שטר בשמו אלמא משום דאמר קמי' מחייבינן לי' לכתוב שטר בשמו ה"ה דמשום מה דאמר להמוכר שמוליכו למקום פלוני מחייבינן להמוכר ליתן הוצאות והוי כמאן דאמר לי' חזי דעלך קא סמיכנא כנ"ל ולפ"ז יש לומר דהא דכתב המחבר מתחלה במכר זרעונים ולא צמחו דפטור בהוצאות דמיירי בכל גווני אף דידע המוכר דהזרעונים אינם ראוים לזריעה כדסתמו בזה דאל"כ הו"ל לפרש כמו דקאמר אח"ז במוכר חפץ ונמצא מום דאם ידע המוכר דחייב בהוצאה וע"כ מוכח כמש"כ וא"צ לדחוקי בזה ומתורץ קושית הפרישה דהקשה דברי המחבר אהדדי:

כב

ולפ"ז בעובדא דידן נראה דחייבת האשה להחזיר להבעל כל הוצאות נישואין דהא בנ"ד לא שייך לומר דה"ל לחקור אח"ז. דאף אם הי' חוקר לא היה יודע כי זהו דברים שבסתר ודומה למה שפסקו באהע"ז דחזרה היא מחייבת לשלם כל הוצאות וכן דומה לפסק המחבר בהודיע לו שיוליכו למקום פלוני דפסקו דחייב המוכר בדמי ההוצאות ואף שבביאור הגר"א זצ"ל באהע"ז סימן נ' ס"ק ט' משמע דאינו מכריע כהרמב"ם וכתב אשר קושיית הראב"ד היא תמי' ותירץ המ"מ הוא דוחק אכן לפמש"כ נכונים דברי המחבר באהע"ז וכפי הכלל דבידנו דשיטה דלא הובאה בש"ע אין חוששים לה ולכן כיון דלא הובא שיטת הראב"ד בש"ע ע"כ לדינא נקטינן כפסק המחבר וכן לפמש"כ המ"מ דשא"ה בזרעונים דעשה כדי להרויח משא"כ בחזרה היא דעשה כדי להתנהג כמנהג המדינה חייבת ה"ה בנ"ד דעשה הבעל הוצאות נישואין כפי המנהג דודאי צריכה להחזיר לו דמי ההוצאות דהא קי"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מקח טעות לגמרי ואין לה אף מנה. ושיטת התוס' בכתובות דף י' והובא בב"ש סימן ס"ח ס"ק כ"ד דמשמע מדבריהם דצריך לקדשה מחדש ולעשות נשואין ע"ש א"כ הוי כמו כל מום הנמצא במקח וחייבת להחזיר לו כל הוצאותיו והא דכתובות דף ט' ע"ב חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה אף שצריכה לשלם לו ההוצאות כנ"ל בכל זאת דהא העיקר אינו מה שמפסיד הממון ורק העיקר שחס על טרחתו שטרח בהסעודה ועתה טרחתו עולה בתהו ושמחתו נהפכה לאבל ועי' בית מאיר ס"ס ס"ח ועי"ש שכתב סברא זו ועוד דהא כיון דהיא מכחישתו ודאי אינו נאמן להוציא ממנה הוצאותיו וזהו העיקר אכן אי נימא דלא נתבטלו הקדושין בזה אז אין לדמות זה למום במקח לענין חיוב הוצאות דשאני מום במקח דנתבטל המכירה בודאי:

כג

ולכאורה נלענ"ד להוכיח דאף דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דהוי מקח טעות ואין לה אף מנה מ"מ הקדושין לא נתבטלו וכדמשמע דכן שיטת הרמב"ם והטור בסימן ס"ח שכתבו דאם רוצה לקיימה כו' ולא מצריכים קדושין אחרים רק לכתוב לה כתובה מנה ויכול לקיימה וראי' לזה מכתובות דף מ"ה דאמר רבא מוציא שם רע קאמרת שאני מוציא שם רע דחדוש הוא דהא נכנסה לחופה ולא נבעלה וזנתה בחנק ואילו מוציא ש"ר בסקילה עי"ש בפרש"י ובתוס' ואי נימא דנמצאת בעולה הוי מקח טעות ונתבטלו הקדושין א"כ תקשה מנלן להוכיח במוציא ש"ר דחדוש הוא דלא אמרינן אשתני דינא אשתני קטלא הא כיון דנתברר לסוף דזנתה מקודם הנשואין והוי נשואי טעות ואין כאן נכנסה לחופה כלל דהא כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקודם הנשואין ורבא ס"ל בכתובות דף י"א דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מקח טעות לגמרי א"כ קשה איך מוכיח רבא עצמו דמוציא ש"ר חדוש הוא כמו דאמרינן דנתבטלו הקדושין בזה ה"ה דיתבטלו הנשואין והיא עדיין ארוסה ולכן נסקלת אע"כ מוכח דלא נתבטלו הקדושין בנמצאת בעולה וה"ה דלא נתבטלו הנשואין ומזה מוכח דאף היכא דלא שייך חזקה א"א עושה בעילתו בעילת זנות ג"כ לא נתבטלו הקדושין ואף באם עוד לא בא עלי' ג"כ הקדושין לא בטלו דהא התם במוציא ש"ר לא שייך חזקה א"א עושה בעילתו בעילת זנות וגם הא מיירי התם בנכנסה לחופה ולא נבעלה ועכ"ז אמרינן דלא הוי נשואי טעות ובודאי אין לומר דמוציא ש"ר קאי בזנתה שלא כדרכה דהא פשטות דקרא מיירי בנבעלה כדרכה כדכתיב לא מצאתי לבתך בתולים ואלה בתולי בתי ועי' כתובות דף מ"ו דאף למ"ד דמפרש התם דקאי על כשרי בתולים עכ"ז מורה דעדים מעידים עלי' שזנתה כדרכה דאל"כ לא שייך בזה כשרי בתולים דהא אף דזנתה שלא כדרכה יש לה בתולים ולכן הגמ' בכתובות דף מ"ו דפריך על ריו"ח דקאמר מוציא ש"ר אינו חייב עד שיבעול שלא כדרכה ויוציא ש"ר כדרכה ופרכי אי כרבנן אע"ג דלא בעל אלמא דאינו מקשה רק על מה דקאמר עד שיבעול אבל על יוציא ש"ר כדרכה אינו קשה גם אי אתי כרבנן ומה"ט הקשו התוס' בכתובות דף מ"ה ד"ה דלמא כי חדית כו' דאמאי לא מקרי בבעילה דנואף שנוי הגוף וחלקו אלמא דמיירי בנבעלת כדרכה דאל"כ אין מקום לקושייתם א"כ מוכח דלא נתבטלו הקדושין בנמצאת בעולה. ואין לחלק דשאני בנשואי טעות כיון דהקדושין לא נתבטלו התם גבי מוציא ש"ר דזנתה אחר הקדושין ובלא"ה צריכה גט ע"כ לא נתבטלו גם הנשואין דז"א סברא לחלק כמש"כ בספרי באר יצחק חאהע"ז סימן ג'

ענף ד' בד"ה וקצת יש לחלק כו' גבי אי הוי נשואי טעות במה דנאסרה עליו והבאתי שם ראי' ג"כ מהא דכתובות דף מ"ה הנ"ל עי"ש:

א"כ מוכח בכתובות דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה דלא נתבטלו הקידושין וכמש"כ הב"ש באהע"ז סימן ס"ח ס"ק כ"ד בשם הרמב"ם כן יש להוכיח לכאורה מההיא דכתובות:

כד

שוב ראיתי דז"א ראי' לדינא דהא כיון דאמרינן דמוכח מהא דנמצאת בעולה הקדושין לא בטלו א"כ מ"ט אית לי' לרבא עצמו לענין הכתובה דמקח טעות לגמרי הוא ואף מנה לית לה ואין לומר דרבא אית לי' דגם בזה איכא לספוקי כמו דאמר רבא בכתובות דף ע"ג גבי מומין תנא ספוקי מספקא לי' על סתם ב"א אם מקפידין כפרש"י שם ולכן גבי ממונא לקולא ולגבי איסורא לחומרא והוי קדושין מספק ועי' מזה במקנה בק"א סימן ל"ט סעי' ה' וקצרתי דא"כ עדיין תקשה דאיך מוכיח רבא דבמוציא ש"ר חדית רחמנא דלא דיינינן אשתני דינא כו' דהא יש לומר דשמא לכן גזרה התורה לדון מוציא שם רע בסקילה משום דבאמת הדין הוא דנתבטלו הקדושין בודאי דספיקא קמי שמיא גליא וכמש"כ התוס' ביומא דע"ד ובחולין דף כ"ב וע"כ ממילא דינה כארוסה לדונה בסקילה ועי' במל"מ פ"ט ה' אישות ה' ו' ובספרי באר יצחק חיו"ד סימן ו' ואין זה שייכות לענינינו וקצרתי:

וע"כ מוכח מזה ע"כ דמודאי הוי קדושין בכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה ולכן שפיר הוכיח רבא דשאני מוציא שם רע דחידוש הוא וכעין זה בארתי בספרי באר יצחק חאהע"ז סימן ג' ענף ד' שהוכחתי שם מהך סוגיא דכתובות דף מ"ה הנ"ל דקדושי איסור או נשואי איסור לא הוי מקח טעות וכתבתי שם דמוכח לפ"ז דצריכה גט בודאי דאל"כ אה תקשה דאיך מוכיח שם מהך דמוציא ש"ר דלא אמרינן אשתני דינא בתורת ודאי עי"ש:

כה

וא"כ דודאי קדושין הוי תקשה עדיין לפי מה דס"ל לרבא דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות הוי לגמרי לענין כתובה דלפ"ז הדין נותן דגם הקדושין בטלו וכדפריך הגמ' גבי נדרים ומומין לקמן דף ע"ג ע"ב, ורבא משני שם דתנא ספוקי מספקא לי' ואילו הכא גבי נמצאת בעולה אף דס"ל לרבא דאין לה כתובה כלל בכ"ז גבי קדושין מוכח מהא דכתובות דף מ"ה דהוי קדושין ודאים דהא כבר כתבתי בספרי שם דאין לחלק בנשואי טעות לקדושי טעות יעוי"ש:

כו

והנלענ"ד בזה דהא עיקר כל הדברים האלו הוא על פי שיטת רש"י בכתובות דף מ"ה שם דהא לשיטת התוס' שם בד"ה אמר רבא מוציא ש"ר כו' בפירושם בשם ר' שמואל דשאני מוציא ש"ר וכו' וזנתה אחר חופה וכו' אין שום מקום להקשות כן אך עיקר קושייתי הוא לשיטת רש"י שם דפירש דחדוש של מוציא ש"ר הוא מצד דזנתה באירוסין ועכשיו היא נשואה ואשתני דינא היום:

א"כ י"ל בזה דאתי שפיר לדברי הריטב"א בחדושיו לכתובות דף י"ב דכתב שם להקשות על מה דאמר רבא שם זאת אומרת כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה מנה וגרס רבא' והקשה דהא רבא אמר שם לעיל דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה הוי מקח טעות לגמרי ותירץ דבתר דאמר רב אסי שם דשאני הכא שהרי כנסה חזר רבא מדבריו ואמר דהוי מקח טעות לגמרי עי"ש. ועי' בתוס' שם ד"ה אמר רבה כו' דגרסינן רבה אבל הריטב"א גרס רבא ותירץ כנ"ל והובא דבריו בשמ"ק שם ולפ"ז יש לתרץ שיטת רש"י בפירושו לכתובות דף מ"ה דאמר רבא שאני מוציא ש"ר דחידוש הוא דהא אשתני דינא דהיא עכשיו נשואה ואף דכנסה בחזקת בתולה בעת הנשואין ונמצאת בעולה מ"מ לא הוי מקח טעות משום דרבא אמר כן מקודם דחזר בו דאז הי' ס"ל דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין דינה כמקח טעות וכדקאמר להך זאת אומרת דיש לה כתובה מנה:

ואכתי י"ל דלבסוף דחזר בו רבא וס"ל דהוי מקח טעות לגמרי בנמצאת בעולה דמה"ט גם לענין קדושין דייניגן כן דנתבטלו הקידושין מצד ודאי או מצד ספיקא וכמו גבי מומין שם ואתי שפיר ואף דלפ"ז אין מקום להוכחתי לדינא עכ"ז יש לומר כן בענין בפני עצמו ולתרץ למה דהקשיתי בהסוגיא הנ"ל:

ענף ד

כז

ושיטת התוס' המובא בב"ש שם דמשמע דס"ל דנתבטלו הקדושין דלא כהרמב"ם. ע"כ בנ"ד פטורה להחזיר לו הוצאות הן לשיטת התוס' הן לשיטת הרמב"ם לכ"א מטעם אחר והוא דהא לפי שיטת הרמב"ם דפסק בחזרה היא דצריכה לשלם לו הוצאותיו כמבואר בסימן נ' באהע"ז כנ"ל וי"ל בפשטות דלכן לא חשש הרמב"ם לקושית הראב"ד מהא דמוכר זרעוני גינה משום דס"ל להרמב"ם דהך סוגיא דב"ב מירי בלא ידע המוכר בהמום כמש"כ הפרישה והלבוש וביאור הגר"א וצ"ל בח"מ סימן רל"ב אבל בידע המוכר בהמום דומה לחזרה היא דאהע"ז הנ"ל דפסק הרמב"ם דצריכה לשלם הוצאותיו או גם לפי החלוק של הרב המגיד. דהתם בא לו ההפסד משום דרצה להרויח א"כ לפ"ז בנ"ד ג"כ לכאורה חייבת לשלם הוצאותיו להרמב"ם. ועכ"ז מיפטרא מטעם אחר לשיטת הרמב"ם

דפסק דבנמצאת בעולה לא נתבטלו הקדושין עכ"פ מספיקא כמו שיבואר לקמן בשם הבית מאיר וא"כ לא צריך לקדש מחדש וכמש"כ הב"מ עי"ש ולשיטת התוס' דפסקו דנתבטלו הקדושין וצריך לקדשה מחדש כנ"ל עכ"ז הא פשטות הענין מורה לפי שיטת התוס' בב"ב ר"פ המוכר פירות דאף בידע פליג ת"ק על רשב"ג ופוטר מהוצאות א"כ ה"ה בנ"ד דמיפטרא ואף דכל אחד חולק על טעמו של חבירו ועי' בח"מ סימן כ"ה ס"ק י"ט עכ"ז הא ביארתי בעז"ה בספרי באר יצחק' חא"ח סימן ז' בסופו דהיכא דלדינא מסכימים כולם לדעה אחת אף דכ"א חולק על טעמו של חבירו עכ"ז סמכינן עלייהו ועי"ש וה"ה בנ"ד כיון דלכל השטות פטורה היא מחיוב הוצאות לכן אין לחייבה ההוצאות ובפרט בנ"ד דהוא להחזיק בודאי סמכינן עלי' אף בזה חולק על טעמו של זה דאין מוציאים ממון מספק:

כח

ואף לפי מה דנתבאר לעיל דגם לפי שיטת התוס' דפטרי מחיוב הוצאות במוכר זרעונים ולא צמחו עכ"ז י"ל דמודו התם באהע"ז בחזרה היא דחייבת להחזיר לו הוצאות דשא"ה בזרעים דהי' להלוקח לחקור אצל מבינים משא"כ בחזרה האשה דהי' מוכרח להתנהג כמנהג המדינה גם התוס' מודו דחייבת לשלם. וה"ה בנ"ד גם לשיטת התוס' מחויבת לשלם מה"ט. עכ"ז אין אנו יכולים לחייבה ולהוציא מהמוחזק דהא לשיטת הרמב"ם והטור דהובא באהע"ז שם דס"ל דלא נתבטלו הקדושין בנמצאת בעולה וודאי דאינה חייבת לשלם הוצאותיו א"כ אין מוציאים מהמוחזק מספיקא נגד שיטת הרמב"ם והטור ורמ"א בסימן ס"ח ובצירוף לזה שיטת הראב"ד החולק על הרמב"ם וסבירא לי' דבחזרה היא דפטורה לשלם ההוצאות וע"כ קשה להוציא מהמוחזק נגד ים האלה אמנם היכא דהבעל מוחזק במעותי' של האשה יש לאמר דיכול להחזיק מספק וקשה להוציא מן הבעל:

סימן סט

נשאלתי בכהן א' שאחר כמה בעילות שבעל את אשתו אמר שאמו הגידה לו בעת לילה ראשונה שאחר החופה שלא נמצא בתולים לאשתו ואמו נאמנת לו ומה שבעל אח"ז היה זה מחמת שחשב לנסות אם אמת הדבר או לא וחשש כת"ר מחמת חשש שווי' אנפשי' חד"א כי אף דבזה"ז שמקדשין תחת החופה אין לנו לחוש שנבעלה תחתיו כמבואר בסי' ס"ח בח"מ ס"ק ח' עכ"ז יש לחוש שמא נבעלה לפסול לה וכמש"כ הבית מאיר בסי' ס"ח דלא סמכינן ע"ז רק בעיר שכולה ישראלים כשרים ואין שם קרוב הפוסל משא"כ בעיר שיש בה א"י או קרוב או פסול שוכן שם דינו מבואר באה"ע סי' ו' גבי אלמת דכיון

דאינה טוענת ברי תצא אם לא דאיכא שני רובא להכשיר עכ"ל כת"ר וכת"ר הביא דברי ההפלאה בק"א סי' ס"ח ס"ק י' שכתב דכיון דאיכא חזקה בודקת ומזנה ע"כ אף ברוב פסולים לא תצא כיון דעיקר האיסור הוא מחמת שווי' אנפשי' חד"א. ובכה"ג לא החמירו חז"ל וגם הביא כת"ר בשם הבית יעקב שכתב דלכן אין לנו לחוש שמא נבעלה לפסול לה משום דהא ניסת לו ונבעלה לו א"כ הוי אז כמו דאמרה בפירוש ברי לי לכשר נבעלתי דנאמנת כו' עכ"ל כת"ר. וכן ראיתי באבני מלואים סי' ו' שכתב ג"כ כסברת הבית יעקב הזה ע"ש:

א

והנה לדעתי דברי הבית יעקב והא"מ צ"ע דא"כ גבי אשת ישראל דקידשה פחות מג' שנים דמבואר ברא"ש בסוגי' דפ"פ בשם רבינו יונה דאם אמרה נאנסתי נאמנת והובא בסי' ס"ח. דתקשה לפ"ז בכל אשה דהוא טוען פ"פ מצאתי דנאמן לאוסרה במכחישתו דנימא דכיון דנבעלת לו מסתמא הוי זה כאומרת אז ברי לי שנאנסתי, וע"כ מוכח דכל זמן דאינה אומרת ברי לי בפי' אין דינה כברי לי א"כ ה"ה בזה. וע"כ על דברי הבית יעקב והא"מ קשה לסמוך ולהקל וידעתי מה דיש לדחוק ולחלק ובעיקר דברי ההפלאה הנ"ל באמת ראיתי בשיטה מקובצת לכתובות דף ט' שכתב על דברי התוס' כתובות שם ד"ה לא צריכא כו' שהקשו וא"ת נוקמה אחזקת היתר כו' והקשה השמ"ק דהא אכתי יש לחוש שמא נבעלה לפסול לה כדס"ל לר"ג לקמן דכל היכא דאינו טוענת ברי בעינן תרי רובא ותירץ שם אלמא דס"ל להשמ"ק בפי' דלא כההפלאה והבית יעקב הנ"ל וכן הביא השמ"ק שם בשם הריטב"א שכתב להדיא דיש לחוש שמא נבעלה לפסול לה אלא א"כ ברוב כשרים כו' אלמא דאף בטענות פ"פ גם כן יש לחוש שמא נבעלה לפסול לה ומה שכתב הריטב"א דברוב כשרים אצלה ליכא למיחש זהו דלא כמבואר באה"ע סימן ו' סעיף י"ח דבאלמת תצא אא"כ איכא שני רובא כשרים ומהריטב"א משמע דבחד רובא כשרים סגי אף דאינה טוענת ברי:

ואפשר לחלק דשאני היכא דלא מתסרא רק משום שווי' אנפשיה חד"א וכסברת ההפלאה הנ"ל. רק ההפלאה ס"ל דאף ברוב פסולים כשר והריטב"א ס"ל דבעי חד רובא עכ"פ או אפשר דהריטב"א נחת בזה כשיטת הבעל המאור ורש"י ספ"א דכתובות דכתבו דהא דמסיק שם דבעיא תרי רובי זהו לר' יהושע אבל לר"ג מהני חד רובא וכמו שהאריך בזה השב שמעתתא ש"ד פ' כ' וכ"א וכ"ב ועיין בפני יהושע כתובות מש"כ בכוונת רש"י שם ובשם הרשב"א בתשובה אך באמת מבואר בריטב"א ספ"א דכתובות דס"ל

ג"כ דהיכא דלא טוענת ברי בעינן אף בדיעבד תרי רובא ע"ש וע"כ מוכח דס"ל כסברת ההפלאה הנ"ל:

ב

ועכ"ז בנ"ד יש להקל מטעם המבואר בקידושין דף ס"ו שכתב רש"י שם עלה דאי מהימן לי' כבי תרי זיל אפקה הואיל ולא הכחישתו ומשמע דאם הכחישתו אף דמהימן לי' כבי תרי א"צ לגרשה והובא בדרכי משה לאה"ע סי' קט"ו וכן הוא במהרי"ק וכן הוא בתשובת הרשב"א סי' א' רל"ז והובא במל"מ ה' אישות פ' כ"ד ה' י"ז ע"ש ולפ"ז בנ"ד דהאשה מכחשת להאם שלו אף דהאם נאמנת לו כבי תרי עכ"ז הואיל והיא מכחישתו לא נאסרת על פי' ואף דהדרכי משה שם כתב דדעת הטור הוא אף במכחישתו איכא משום לזות שפתים בכה"ג עכ"ז י"ל דבמקום חשש ספק לזות שפתים כיון דלשיטת רש"י והמהרי"ק משמע דליכא בזה אף משום לזות שפתים כלל לכן בכה"ג יש לצרף סברת ההפלאה דמיקל בכה"ג אף במקום רוב פסולים כנ"ל ועיין בבני אהובה שמפלפל בדברי רש"י קידושין דף ס"ו הנ"ל שכתב דבמקום דמכחישתו לא נאסרת אף דנאמנת כבי תרי ומחמת רוב טרדתי קצרתי ודעתי מסכמת להיתירא בנ"ד ובפרט בזה"ז דיש חר"ג שלא לגרש בע"כ וכמבואר בסי' קע"ח סעי' ט' וקצרתי.

ג

ובמק"**א** כתבתי להעיר בהך דאה"ע סי' ס"ח בלא נמצאו לה בתולים דהחמירו וכתבתי להעיר ע"פ הך דיו"ד סי' קצ"ג דמספקינן דשמא ראתה דם וחיפהו ש"ז. דהא אין שיעור לדם בתולים והארכתי שם בזה דלא תקשה ע"ז מן הש"ס והפוסקים וקשה עלי כעת להכפיל הדברים וכעת ראיתי דיש לסתור זה מהא דנדה דף ה' ע"א בגמ' שם דאמרו שם לאחר תשמיש פשיטא מהו דתימא שמא תראה טפת דם כחרדל ותחפנה ש"ז קמ"ל עכ"ל הגמ' הרי מבואר להדיא בגמ' דאין לחוש לשמא היה דם וחיפהו ש"ז אבל באמת אין זה סתירה לדברי משום דיש לחלק דדוקא כמו דביו"ד סי' קצ"ג הנ"ל וכיוצא דדרך הבתולות למצוא דם להם לאחר בעילה הראשונה וע"כ אף היכא דלא נמצאו להן בתולים תלינן דהי' דם וחיפהו ש"ז ולא נשאר כלל שיהיה קצת דם בגלוי רק דחיפהו ש"ז על כל הדם ותלינן כן משום דהרוב דיש להן דם בתולים מסייע לי' אבל בהך דנדה דף ה' גבי חומרת דגזרו רבנן לטמאות לנשים מן עת הפקידה בזה דזהו חשש רחוק לחוש שמא ראתה דם למפרע וכותלי בית הרחם העמידוהו וכמבואר בכולי סוגיא ברישׁ נדה ומה"ט טהורה לחולין דבחולין די' שעתה רק לקדשים ותרומה החמירו מצד חומרא לטמא למפרע וע"כ לא מספקינן לומר דשמא חיפהו ש"ז אלא אמרינן דהוי פקידה מעליא גם בבדקה לאחר תשמיש וכיון דגזירת חז"ל במה שהחמירו שם לקדשים דתהיה טמאה

למפרע עד עת הפקידה ולא יותר. דגם הבדיקה לאחר תשמיש עשו חז"ל זה דיהי' דין זה כמו כל בדיקות ולכן תנן במשנה שם דהמשמשת בעדים ה"ז כפקידה ולא מספקינן דשמא היה דם וחיפהו ש"ז דכיון דהיה עכ"פ דין בדיקה ע"כ לא החמירו בכזה יותר וע"כ אין מזה סתירה לדברי כלל וע"כ שפיר כתבתי בקונטרסי במק"א לדון להיתירא עפ"ז אך בנ"ד אין אנו צריכים לזה דבל"ז נתבאר מה דיש לנו לסמוך להיתירא בנ"ד וקצרתי:

סימן ע

נשאלתי בעובדא דאשת כהן זינתה בשוגג שסברה שבעלה הוא ובאמת היה אחר ואסורה לבעלה:

אם יש לה כתובה או לא משום דיש לומר בזה אדם מועד לעולם בין שוגג וכו':

ענף א

א

תשובה בעז"ה הנה כת"ה כתב להוכיח לכאורה מהר"נ נדרים דף צ"א בד"ה ההיא איתתא כו' שכתב דלפי דברי' דסבורה שהיא בעלה אין לך אונס גדול מזה ואונס בישראל משרי שרי כו' מדקרי ליה אונס משמע דס"ל דבזנתה בטעות דסברה שהוא בעלה וכעין עובדא דהתם אונס מקרי וממילא יש לה כתובה כדין אונס דהא כתב בלשון ואין אונס גדול כו':

אבל באמת לאו דוקא הוא הא דנקט הר"ן כן בלשונו דהא מצינו ביבמות דף ל"ג ע"ב בשנים שקדשו שתי נשים ובשעת כניסתן לחופה החליפו של זה בזה כו' דמותרות לבעליהן ישראל וחייבות קרבן ועיין ברש"י שם בד"ה שש עשרה חטאות כו' ובתוס' ב"ק דף ל"ב ד"ה איהי קעביד מעשה כו' הרי דזנתה בטעות שסברה על אחר שהיא בעלה חייבת ואי הוי נחשב לאונס לא היתה חייבת קרבן כידוע דקרבן חטאת אינו אלא על השוגג ולא על אונס אלא שוגג הוי בכה"ג ואפ"ה מותרות לבעליהן ישראל כמבואר בסוטה דף כ"ח דסוטה לא עשה בה שוגג כמזיד והא דיבמות דף פ"ז ודף צ"א בניסת בע"א דאסורה לחזור מבואר ביבמות דף צ"ד דזהו מדרבנן כמבואר שם דהיכא דבמזיד מיתסר מה"ת בשוגג גזרו בה רבנן ופרש"י שם בד"ה דבמזיד מתסרא כו' דבשוגג ע"פ ב"ד גזרו בה רבנן וכן בניסת בשני עדים דאמרו דמת בעלה דהקשה הב"ש בסוף סי' י"ז דהא זהו מקרי אונס ואמאי אסורה כבר מבואר זה בירושלמי ר"פ האשה דזהו בתורת קנס דקנסו שתהא בודקת יפה יעו"ש ובמל"מ פ"י ה' גרושין הלכה ד' אלמא דכ"ז הוא רק דרבנן אבל מה"ת לא נאסרה בכל הנך משום דלא עשה בה שוגג כמזיד ועיין באהע"ז סי' י"ז סעי' נ"ח ובב"ש שם וסי' ל"א בב"ש ס"ק י' וביבמות דף נ"ו והדברים ארוכים].

א"כ דלא הוי רק שוגג ג"כ לא מיתסרא לישראל וכמש"כ הרא"ש בנדרים שם דזה מקרי שוגג ועיין בתוס' נדרים שם. ומוכח דלאו דוקא נקט הר"ן כן בלישני' וע"כ יש להסתפק בכה"ג דשמא אין לה כתובה משום דהא עיקר דאשה שזינתה היכא דנאסרת לבעלה ישראל אין לה כתובה משום דמעשי' גרמו להאסר על בעלה כמש"כ הרמב"ם פכ"ד ה' ו' א"כ הך טעמא שייך גם באשת כהן דזנתה בשוגג דמעשי' גרמו להאסר כיון דאיבעי לעיוני דאדם מועד לעולם בין שוגג:

ב

הנה באשה שזנתה שסברה דמותרת לזנות דבזה אסורה גם לבעלה ישראל כמבואר במהרי"ק שורש קס"ח ובאהע"ז סי' קע"ח סעי' ג' בזה בודאי אין לה כתובה דאף דקיי"ל דאומר מותר שוגג הוי מ"מ אסורה לבעלה משום דמעלה בו מעל כל שמתכוונת למעול בו אסורה וכמש"כ הט"ז ביו"ד סי' צ"ט ס"ק ט' והב"ש שם. וא"כ ממילא לית לה כתובה דהא היתה מתכוונת למעול בו מעל וא"כ ל"א בזה נסתחפה שדהו הא דנדרים דף צ"א ופירש הר"ן שם דקדושת כהונתו גרמה לו ומזלו גרם. אבל הכא בא האיסור על ידי המעל שמעלה היא דבזה גם לישראל מיתסרא וראיה לזה מהא דנדרים שם דאמרו שם, מתני' היא האומרת טמאה אני לך יש לה כתובה במאי עסקינן אילימא באשת ישראל אי ברצון כלום יש לה כתובה כו' ומדלא מוקי בטא"ל ובאשת ישראל ובאומרת מותר דמיתסרא מוכח דאין לה כתובה בזה וכנ"ל:

ג

אכן באשה שזנתה בשוגג היכא דלא נתכוונה למעול שסברה על אחר שהוא בעלה בזה יש להסתפק כיון דבזה מותרת לישראל א"כ אית לה כתובה גם אם היא אשת כהן משום דשייך בזה נסתחפה שדהו דכיון דלישראל מותר א"כ רק קדושת כהונתו גרמה או דלמא יש לנו לאמר דאין לה כתובה משום די"ל דמעשיה גרמו דאיבעי לה לעיוני והנה לפמש"כ התוס' בכתובות דף ס"ג ד"ה אבל אמרה מאיס כו' ויש לדחות דהתם נוטלת כתובה איכא למיחש שמא עיני' נתנה באחר אבל היכא דיוצאת בלא כתובה לא כו' עכ"ל התוס' א"כ שיטת התוס' היכא דאבדה כתובתה נאמנת לאמר טמאה אני לך ולא חיישינן בזה שמא עיני' נתנה באחר א"כ אי אמרינן דזנתה בשוגג דסברה שהוא בעלה מפסדת כתובתה תקשה אמאי אמר רב נחמן בההיא עובדא דאהלויי ונפטויי שמא עיני' נתנה באחר כיון דמפסדת כתובתה הא שוגגת הוי דסברה שהוא בעלה אע"כ מוכח לפי דברי התוס' הנ"ל דבשוגג דסבורה שהוא בעלה לא אבדה כתובתה וע"כ שפיר אמרו בההיא עובדא שמא עיני' נתנה באחר ועיקר דברי התוס' הנ"ל הם נגד הירושלמי סוף נדרים וכמו שמצאתי בבית מאיר סימן קט"ו ועיין בנו"ב מ"ת חאהע"ז סי' י"ב ולפענ"ד נראה

עוד להוכיח דדברי התוס' הם נגד הירושלמי דסוטה פ"א במשנה דאלו אסורות בתרומה האומרת טמאה אני לך דהקשו הא אינה נאמנת לאמר טמאה אני לך ותי' דשא"ה דאיכא רגלים לדבר והובא בתוס' סוטה דף ו' ד"ה האומרת טמאה כו' ואי נימא דהיכא דאומרת דזנתה ברצון נאמנת לומר טמאה אני לך כיון דמפסדת כתובתה ל"ח בזה לשמא עיני' נתנה באחר א"כ אין מקום לקושיית הירושלמי דהא ברצון כיון דמפסדת כתובתה נאמנת דאילו לא אמרה טמאה היתה שותת ולא היתה רוצית להפסיד כתובתה בשקר ומוכח מירושלמי דגם באומרת ברצון אינה נאמנת וכמו שפסקו באהע"ז סי' קט"ו והדברים ארוכים]. ומוכח דהתוס' ס"ל דבשוגג דסבורה שהוא בעלה אינה מפסדת כתובתה אף דמיתסרא לבעלה:

ד

ולפי שיטת התוס' דכתובות הנ"ל דהיכא דמפסדת כתובתה ל"ח לעיני' נתנה באחר א"כ יש לאמר, דהר"ן שנקט בלשונו בנדרים דצ"א שם בד"ה ההיא איתתא כו' דסבורה שהיא בעלה אין לך אונס גדול מזה כו' שכיוון בזה לאמר דמיירי באמת באופן שמקרי אונס. דמשום דס"ל בשוגג בכה"ג דסבורה שבעלה הוא מפסדת כתובתה וא"כ אי מיירי הכא בשוגג איך אמרו בזה שמא עיניה נתנה באחר וע"כ כיוון הר"ן בלשונו שנקט. דהמעשה היה באופן שמקרי אונס די"ל דדוקא היכא דטעתה ולא שאלה להבועל וגם לא בדקה אותו בקול אז מקרי שוגג וחייבת קרבן אבל היכא דבדקה את הבועל בקול כמבואר בחולין דף צ"ו דהיאך סומא מותר באשתו ובני אדם מותרים בנשותיהן אלא בטב"ע דקלא ובוודאי היכא דבדקה אותו בקול והכירתו ע"י קול דזהו אך אח"כ נתברר דקול הבועל היה כקול בעלה א"כ בכה"ג מקרי אונס ופטור מקרבן דמה הוי לה למעבד כעין דאמרו בשבועות די"ח פרט לאנוס שלא בשעת וסתה ובתוס' יבמות דף ל"ה ד"ה ונמצאת מעוברת כו' ובכה"ג מקרי ג"כ אונס לענין כתובה דאינה מפסדת כתובתה ושייך בזה שמא עיני' נתנה באחר וכוונת הר"ן באמת דמיירי בכה"ג דזה אונס הוי ולא שוגג א"כ לפ"ז הרי לכאורה מדברי הר"ן להיפוך ודלא כמש"כ כת"ה רק דאי היה בשוגג שסבורה שהיא בעלה לא היתה נוטלת כתובתה משום דאדם מועד לעולם:

ה

אבל באמת זה ליתא דהא מבואר בהר"נ באלפס כתובות פ"ה בסוגיא דמורדת דאם טוענת מאיס עלי לא כפינן לגרשה משום דאמרינן עיני' נתנה באחר דאף היכא דמפסדת הכתובה ג"כ דיינינן דעיניה נתנה באחר הרי דס"ל להר"נ דלא כדברי התוס' בכתובות הנ"ל ע"כ מוכרח לומר דדברי הר"נ בנדרים הם שלא בדקדוק לכן אין מקום להוכיח מהר"נ כלל ולפי מה דכתבתי דיש מקום לומר דהנך עובדא דסוף נדרים באהלויי ונפטויי

לפרש דהיה בדרך אונס גמור דבדקתו בקול וכיוצא. ע"כ נדחה ראייתי מן התוס' כתובות הנ"ל דיש לומר דמיירי התם באופן דיש לה כתובה וע"כ שפיר חשו דעיני' נתנה באחר והש"ס שם קיצר בהעובדות דשם:

ענף ב

1

ובאמת עיקר שאלה דנא מבואר ברמב"ם הלכות אישות פכ"ד הלכה כ"ג וז"ל הרמב"ם שם אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי או שגגתי ונבעלתי לאחר כו' ואם היתה נאמנת לו או שאמר לו אדם שהוא סומך עליו יוציא ויתן כתובה עכ"ל הרי שכתב להדיא שאמרה שגגתי דיתן כתובה אך לא הביאו שם נושאי כליו שום ראי' ומקור לזה ונלענ"ד להוכיח דאף אם זנתה דחייבת קרבן דעכ"ז לא הפסידה כתובתה מהא דגטין דף י"ב דהובא שם ברייתא דאשה שגלתה לערי מקלט בעלה חייב לזונה ואינו יכול לומר צאי מעשה ידיך למזונותיך בדלא ספקה והובא כן ברמב"ם פ"ז הלכות רוצח. והא זה ברור דאשה אינה יכולה לכוף לבעל ליסע עמה מעיר לעיר וכש"כ מכרך לעיר כמבואר באהע"ז סימן ע"ה ואם נוסעת למקום אחר בלתי רשותו אין לה מזונות וכעין זה אי' באהע"ז סי' קנ"ד סעי' ח' וט' וביאור הגר"א שם. והכא בגלתה לערי מקלט בודאי אינה יכולה לכופו להבעל שיסע עמה ג"כ שמה ועיין במכות דף י' ע"א וברמב"ם פ"ח ה' רוצח ה' ח' דערי מקלט עושין אותן עיירות בינונים ולא כרכים עי"ש ורק בתלמיד שגלה מצינו במכות דף י' דמגלין רבו עמו אבל בבעל לא מצינו כן ועיין אהע"ז קנ"ד סעיף ט' כעין זה ואי נימא דהיכא דהוי שוגג ושייך ביה אדם מועד לעולם והו"ל לעיוני הפסידה כתובתה משום דגם בזה אמרינן דמעשיה גרמו לה כנ"ל. א"כ ה"ה במזונות דהוי מן תנאי כתובה כמבואר ברש"י גיטין שם ד"ה ופרכינן עבד נמי כו' שכך התנה בכתובתה כו' [ובעיקר דברי רש"י הנ"ל הארכתי במק"א וא"כ גם בזה שייך ג"כ לומר אדם מועד לעולם דאבעי לה לעיוני שלא תתחייב גלות דהא גלות ג"כ הוא ע"י שוגג והיה לה להיות זהירה שלא תבא לידי חיוב גלות שלא תוכל לדור ביחד עם בעלה ועכ"ז אמרו דחייב מזונות הרי דלא אמרינן בזה אדם מועד לעולם בין שוגג דדוקא לענין חיוב על גוף הנזק אמרו כן משא"כ במה שעיקר המעשה שלה אינה מזקת לבעלה רק שעל ידי מעשה שלה לא תוכל להיות עם בעלה הן היכא דנאסרה ע"י בשוגג וכן היכא דע"י שוגג אינה יכולה להיות אצל בעלה במקומו דכמו דלא דיינינן גבי חיוב מזונות אדם מועד לעולם לענין דתהא מורדת ה"ה דדיינינן כן לענין כתובה דהעיקר הוא דע"י שוגג לא מקרי מעשי' גרמו לזה:

ז

וכן יש להוכיח מב"מ דף ק"ד דר' יהודה ס"ל דאדם מביא קרבן עשיר על אשתו מצד חיוב אחריות שכך כתב לה אחריות דאית לך כו' והתוס' שם ד"ה הכי גרסינן כו' כתבו בשם הירושלמי כתובות פ"ד ה' ח' דקתני התם אף אכלה חלב או חיללה שבת חייב להביא קרבן חטאת בשבילה ועיין באהע"ז סימן צ"א סעי' ד' וברש"ש בנגעים פ' י"ד משנה י"ב שכתב בשם הספרי זוטא והביא את קרבנה יכול אף בזמן שחיללה שבת ת"ל קרבנה כו' ומה ראית לרבות אח אלו ולמעט את אלו מרבה אני את אלו שהן באין לטהרה וממעט אני את אלו שאין באין אלא לכפרה עכ"ל הר"ש וגם בפי' הרא"ש לנגעים שם כתב ג"כ דדוקא קרבן לידה וזיבה ונגעים חייב הבעל בשבילה אבל אם אכלה חלב וחללה שבת אינו מחויב להביא עלי' אלמא דפליגי בזה רבוותא בשם הירושלמי והספרי דפליגי אהדדי באכלה חלב וחללה שבת אם מחויב הבעל להביא בשביל אשתו ובש"ע אהע"ז סימן צ"א סעיף ד' ברמ"א קהל שעשו ביניהם תקנה בקנסות ועברה אשה על התקנה בעלה חייב לשלם ויליף זה התה"ד בסימן רפ"ב מהא דאדם מביא קרבן על אשתו וכתבו התוס' בב"מ דאף אכלה חלב וחללה שבת מביא קרבן על אשתו וכ"כ הרא"ש בפירושו לנדרים דף ל"ה ע"ב וסותר למש"כ הרא"ש לנגעים עי"ש ובאמת הך דינא דעברה על התקנה דומה לאכלה חלב דהקרבן חטאת הוא לכפרה וה"ה הקנס מכפר כמש"כ התה"ד והח"מ שם וכיון דס"ל להר"ש והרא"ש דאכלה חלב וחיללה שבת דבא לכפרה אינו חייב הבעל ורק בקרבנות שבאין להכשיר בזה חייב הבעל וכמש"כ בשם הספרי א"כ לדידהו י"ל דה"ה בעברה על התקנה אינו חייב הבעל והוי הך דינא ספיקא דדינא ע"פ פלוגתא דרבוותא הללו אך התה"ד והרמ"א ס"ל לדינא כשיטת הירושלמי וכפי שכתבו התוס' בב"מ והרא"ש לנדרים דף ל"ה ועיין בט"ז וב"ש שם וקצרתי:

ח

ואי נימא דהיכא דשגגה כיון דשייך לדון דאדם מועד לעולם דייניגן דאיבעי לה לעיוני ואיהי דאפסדה אנפשה דמיפטר הבעל מכתובה וה"ה מתנאי כתובה א"כ קשה אמאי ס"ל להירושלמי דאכלה חלב וחיללה שבת דחייב הבעל בקרבנות שלה וזהו ג"כ בתורת תנאי כתובה וכמבואר בנזיר דף כ"ד וברש"י ותוס' שם הא יש לדון דלא התחייב רק לקרבנות דאינו מצד פשיעתה אבל בקרבנות דמחוייבת מצד דשגגה אינו מחוייב משום די"ל דהי' לה לעיוני והנה בעברה על התקנה במזיד מבואר שם בח"מ והב"ש דאינו חייב הבעל א"כ י"ל דה"ה בשגגה דלא יחוייב משום הסברא דהי' לה לעיוני ויופטר. אף דלא שייך בזה הטעם של הח"מ והב"ש שכתבו בהזידה. ומוכח מזה דלא דייניגן להסברא דאדם מועד לעולם בכה"ג ואפשר לומר דשא"ה דלכאורה קשה על הא דב"מ

ונזיר ושא"ד דמבואר דחיוב הבעל בקרבנות זהו משום חוב אחריות שהתחייב וכמש"כ גם התוס' יו"ט סוף נגעים ע"ש. הא בתורת כהנים נפקא לי' מקראי דזאת תורת כו' והובא בר"ש לנגעים פ' י"ד משנה י"ב ולפי מש"כ א"ש די"ל דמקראי לא ידעינן רק בקרבנות דאינן מצד שגגתה אבל אכלה חלב וכה"ג הי' מקום לדון דלא יהי' חייב מטעם דהי' לה לעיוני ע"ז מועיל התחייבות שלו דמן יתורא דלישני דרשינן דנתכוון הבעל גם לזה ואף דבהכלל אי דרשינן יתורא דלישני יש לדון הרבה וכמבואר בתשובת הרשב"א והובא בבית יוסף ח"מ סי' ס"א ובחידושי לסי' ס"א וב"ב דף ס"ט דשופרא דשטרא הוא ואכ"מ. עכ"ז חז"ל יכולים לדרוש יתורא דלישני וכפי ראות עיניהם וכמו בב"ב דף ס"ד ושא"ד. גם הי' לחלק דהי' מקום לומר דשאני קרבנות שבאין לכפרה ובמבואר בספרי זוטא שהובא בר"ש לסוף נגעים]:

ט

ולפ"ז ניחא הא דמבואר בספרי זוטא דאכלה חלב וחיללה שבת אינו חייב ובירושלמי כתובות פ"ד מבואר דחייב גם בזה ולפמש"כ ניחא דהך דספרי דהחיוב שם הוא משום דרשא דקראי ע"כ לא מצינו לחייבו רק בקרבנות לידה וזיבה ונגעים והירושלמי שם אתי עלה מצד חוב אחריות שלו ע"כ חייבו אף באכלה חלב וחיללה שבת וכמו דמשמע שם בירושלמי אך אין דעתי נוחה מזה דהא מבואר ובב"מ שם ובשא"ד בכמה ראשונים שכתבו דהחיוב אחריות של הבעל הוא מצד דבעת שמגרשה פוטרתו מאחריות דאית לה עליו א"כ לפ"ז לא שייך יתורא דלישני כ"כ בזה:

אך איזה ראשונים כתבו שם דהאחריות הוא משום שקיבל ע"ע בעת שנשאה ועיין בריטב"א לב"מ דף ק"ד וזולת כל זה יש לומר דאין זה יתורא דלישני כ"כ וקצרתי:

י

ובעיקר קושייתי דלמה לי' בזה מצד אחריות הא בספרי נפקא מהך דזאת כו' מצאתי בש"מ לב"מ דף ק"ד שהקשה כן ותירץ דזה אסמכתא בעלמא ועוד שני תירוצים והנה בספרי שם הקשה דמה ראית למעט קרבנות דחיללה שבת ולרבות קרבנות לידה כו' ואי נימא דהיכא דשגגה יכול לומר איבעי לה לעיוני ואיהי דאפסדה אנפשה א"כ ה"מ הספרי לומר דלכן ממעטינן קרבנות דחיללה שבת משום שבאין מצד פשיעתה ושגגתה ומוכח דלא מחלקינן בזה ואפשר לומר דזה באמת כוונת הספרי דמסיים דשאני קרבנות שבאין לכפרה דכוונתו דהיינו שבאים לכפרה מצד דהוי לה לעיוני כו' וע"כ מיפטר ובאמת נראה לענ"ד להוכיח מזה דלא דיינינן בחיוב תנאי כתובה אדם מועד לעולם ומה"ט מחויב הבעל בקרבנות על שגגתה ומשמע באהע"ז סימן צ"א בח"מ וב"ש שם דאף בפשיעה כיון דלא הי' במזיד דחייב הבעל ועיין בהפלאה שם ס"ק י"א וקצרתי

ולכאורה יש להעיר מב"ק דקט"ז דרשאים הספנים להתנות שכל מי שאבדה לו ספינה יעמוד לו ספינה אחרת אבדה לו בכוסיא אין מעמידין ופרש"י בפשיעה ויש לחלק דשאני התם דהתנאי הי' רק על מי שאבדה ולא היתה ההתחייבות רק על אבדה ולא על פשיעה וקצרתי וזולת זה יש לחלק דשאני תנאי בי"ד וכמו שיבואר לקמן:

יא

והנה בח"מ סימן קע"ז מבואר בש"ך שם גבי רפואה בחלה א' מהשותפין דבפשיעת השותף אינו מחויב כמבואר בב"ב דף קמ"ד אבל בחיוב רפואה דמחויב הבעל לאשתו בתורת תנאי כתובה בזה חייב אף במה דפשעה אשתו יעוי"ש והנתיבות שם הביא בשם הב"ח דס"ל דאף היכא דחייב בתנאי בי"ד מיפטר היכא דפשעה והכריע כן להלכה והאמת נראה עם הש"ך דהא מצינו במזונות שחייב ליתן לה אף בגלתה לערי מקלט והא. זה בא ע"י פשיעתה ואפ"ה לא מיפטר מתנאי כתובה א"כ ה"ה ברפואה דהוא ג"כ בתנאי כתובה ואפשר לחלק דשאני בגלות לעיר מקלט דבשוגג קרוב למזיד אינו חייב גלות כמבואר בב"ק דף ל"ב וברמב"ם פ"ו ה' רוצח ה' ד' א"כ אין זה מקרי פשיעה אבל בפשיעה שפיר י"ל דמפטר מרפואה אף דהוא תנאי כתובה וכשיטת הב"ח אבל מהא דמבואר בירושלמי והתוס' וכפסק הרמ"א באהע"ז דאף הקרבנות דמחויבת משום דאכלה חלב וחללה שבת חייב הבעל. והא קרבנות חטאת חייבת אף היכא דפשעה ובשוגג קרוב למזיד וכדמצינו במכות דף ז' דאומר מותר ס"ל לרבא דפטור מגלות משום דהו"ל שוגג קרוב למזיד ואפ"ה בקרבן בכה"ג חייב כמש"כ התוס' שם ובשבת דף ע"ב בתוס' שם ובתוס' ב"ק דף כ"ו ד"ה בשגגה וכיון דאמרו סתמא דאכלה חלב חייב בקרבן משמע דאף בכל השגגות אף היכא דפשעה והו"ל שוגג קרוב למזיד ג"כ חייב הבעל דאל"כ הו"ל לפרושי א"כ מוכח מזה כשיטת הש"ך דאף היכא דפשעה לא מפטר מתנאי כתובה:

ענף ג

יב

והנה מצאתי בריטב"א כתובות דף נ"ב על מתני' דלקתה חייב לרפאותה וז"ל פירש רבינו דלהכי תני לקתה ולא תני חלתה לאשמועינן שאם חלתה בפשיעה אינו חייב לרפא אותה עכ"ל והובא בש"מ כתובות דף נ"א הרי להדיא כשיטת הב"ח ודלא כהש"ך ולכאורה קשה על שיטת הריטב"א מהא דירושלמי דאף אכלה חלב וחיללה שבת ג"כ חייב הבעל בקרבנות ואפשר לומר דהריטב"א ס"ל כשיטת הר"ש והרא"ש דבאכלה חלב אינו חייב הבעל בקרבן שלה ויותר נראה לומר דהנה ראיתי בריטב"א לב"מ דף ק"ד שכתב בהא דדרש ר' יהודה לשון הדיוט על קרבנות של אשתו דבשעת נשואין מתחייב באחריות הזה שבעת שנושאה כותב לה אחריות דאית לי עלך מקדמת דנא יעו"ש א"כ

הא הוי זה כמו יתורא דלישנא דהא בלא"ה מחויב מדרשה דזאת תורת נגע צרעת כמש"כ לעיל וע"כ אתי הך חיוב אחריות על מה דבא ע"י פשיעתה ע"כ בחיוב קרבנות מחויב אף על מה שבא ע"י פשיעתה דהא התחייב הבעל ע"ז בעת שנשאה משא"כ בחוב רפואה דלא שייך לומר כן כן יש לחלק לכאורה:

יג

אבל באמת זה אינו דהנה הריטב"א בב"מ דף ק"ד שם הקשה ג"כ דהכא אמרו דחיוב קרבנות של אשתו על הבעל זהו מצד חוב אחריות שמתחייב והא בת"כ נפיק לי' זה מן זאת ותי' דז"א אלא אסמכתא או י"ל דלנגעים בלחוד הוא דנפ"ל התם אבל שארי קרבנות דרש לי' מלשון הדיוט ולא נהירא א"נ מה"ת בקרבנות שקודם הנשואין אינו מחויב כי אם ע"פ דרשא דלשון הדיוט כו' עכ"ל הריטב"א הרי להדיא דתירץ באופן אחר הך דהקשיתי:

ע"כ העיקר דס"ל להריטב"א כהספרי וכהסוברים דבאכלה חלב אינו מחויב בקרבנה וע"כ ממילא לא קשה על הש"ך מהריטב"א דזה תלוי בהך פלוגתת ראשונים אי חייב הבעל אף באכלה חלב כו' א"כ לפי הכרעת הרמ"א באהע"ז סימן צ"א דמשמע דאף במה דבא ע"י פשיעתה דעברה על התקנה חייב הבעל וכשיטת התוס' בב"מ וכ"כ הנימוקי יוסף בב"מ דף ק"ד שם דאף באכלה חלב חייב הבעל וכן מורה לשון הרמב"ם בפ' יו"ד ה' שגגות ה' ו' שכתב סתמא דכל קרבנות שהאשה חייבת הבעל מביא א"כ משמע דאף במה דבא ע"י שגגתה ופשיעתה ע"כ שפיר פסק הש"כ בחולי הבא ע"י פשיעה חייב הבעל ברפואה והריטב"א דלא ס"ל כן י"ל דהוא משום דס"ל כשיטת הר"ש והרא"ש בנגעים כנ"ל דבאכלה חלב אינו חייב דבזה טעמם ביארנו לעיל משום דבא ע"י מעשי' דגרמו לזה וכמש"כ לעיל בכוונת הספרי דשאני דהיכא דבא לכפרה דהו"ל לעיוני וכנ"ל:

יד

וראיתי לריטב"א בב"מ שם שכתב דלכן מיפטר הבעל ממה שלותה האשה משום דלשון אחריות דאית לי עלך כו' לא משמע אלא מה שחייבת לעשות בע"כ וחובת הגוף בין במזונות בין בקרבנות קרי אחריות עכ"ל הריטב"א לב"מ שם א"כ משמע דמה דבא ע"י פשיעתה ושגגתה דפטור הבעל מצד חיוב אחריות משום דבכה"ג לא קרינן שחייבת לעשות בע"כ דהא אם לא פשעה לא הי' עליו חיוב כלל וכש"כ בעברה במזיד על תקנת הקהל ועיין בח"מ וב"ש בסי' צ"א והפלאה שם ס"ק י"א וקצרתי] ולכן שפיר פסק הריטב"א כן ברפואתה דפטור בפשעה ויש לחלק דשאני בחיוב קרבנות דזהו משום חוב אחריות דקיבל ע"ע ע"כ פטור בזה משום דאין זה נכלל בלשון אחריות וכמש"כ הריטב"א משא"כ בחיוב רפואתה דחייב מצד תקנת חז"ל עדיין יש לדון דחייב משום

תנאי ב"ד אף בפשעה וכמש"כ הש"ך. אך הריטב"א בעצמו נתבאר דס"ל דפטור הבעל בזה וכמש"כ הריטב"א בכתובות כנ"ל:

טו

ומן פסק הרמ"א באה"ע סי' צ"א דעברה על התקנה דחייב הבעל דמשמע דאף בעברה בפשיעה דג"כ חייב הבעל כל זמן דלא הזידה וכמש"כ לעיל אין מזה לסתור לדברי הב"ח גבי רפואה דפסק דמיפטר הבעל אם פשעה דיש לומר דזהו משום הסברא שכתבתי לעיל להעיר גבי חיוב קרבנות של הבעל עבור אשתו דכיון דנפק לי' זה מקראי כמבואר בת"כ ובספרי זוטא א"כ למה לי' להתחייב בחוב אחריות ומחמת יתורא דחיוב שלו אמרו דהתחייב אף על מה ששגגה ופשעה. משא"כ בחוב רפואתה דזהו רק מצד תקנת חז"ל ע"כ אמרו דבפשעה לא תקנו חז"ל וע"פ סברא זו יש מקום ליישב סתירת הרא"ש לנגעים סוף פ' י"ד שכתב שם דאכלה חלב וחיללה שבת אינו חייב הבעל ובנדרים דף ל"ה כתב הרא"ש בפירושו דגם בחיללה שבת חייב הבעל דיש לומר דבנגעים כוונתו מצד חיוב שלו מדאורייתא ע"פ דרשא דקראי כמבואר בת"כ ובספרי דזה אינו רק בקרבנות לידה וזיבה ונגעים אבל בנדרים דהוזכר שם בגמ' שהחיוב הוא בשביל שכך כותב לה ואחריות דאית לך עלי כו' דמשום החיוב שלו הוא חייב אף על חיללה שבת וכו' וזהו כעין תירוץ האמצעי של הריטב"א בב"מ דף ק"ד שהובא לעיל ואתי שפיר דלא סתרי דברי הרא"ש להדדי ויש להסביר כ"ז ביתר ביאור וקצרתי:

טז

והנה לעיל כתבתי לבאר דלא תקשה על הב"ח דס"ל לפטור להבעל מן חיוב רפואתה אם פשעה מהך דגלתה לעיר מקלט דבעלה חייב לזונה וכעת נלע"ד עוד מה שיש לחלק ביניהם והוא דשאני חיוב רפואתה דאילו לא חלתה אין עליו שום חוב כלל רק השתא דפשעה וחלתה נולד על הבעל החיוב לכן אמרו כיון דאם לא פשעה לא הי' לה שום חיוב רפואה כלל ע"כ פטרוהו משא"כ בחיוב מזונות גבי גלתה לערי מקלט דהא אף אם לא ננלית למקלט הי' עליו חיוב מזונות מקודם רק איירינן עכשיו להפסיד זכות מזונות שלה לפי שאינה יכולה לדור עם בעלה בעירו. בזה אמרו דלא מפסדינן זכותה אף דבא עלי' זה ע"י שגגתה כיון דעכ"פ לא הזידה ע"כ אין דינה כמורדת שתפסיד חוב מזונות שיש לה עליו מכבר וה"ה לגבי חוב כתובה דנ"ד וזהו סברא פשוטה ונכונה:

ענף ד

יז

והנה בעיקר הך מלתא באשה הנבעלת בשוגג דמותרת לבעלה ישראל יש לדון הרבה דמקורו הוא בסוטה דף כ"ח דאי' התם ת"ר כו' דסוטה לא עשה בה שוגג כמזיד כו' ופי'

רש"י דכתיב והיא לא נתפשה הא נתפשה מותרת וה"ה לשוגג אשתו ואשת איש עמו בבית ונתכוון לאשתו ונזדמנה לו זו ואף היא שגגה כסבורה שהוא בעלה עכ"ל רש"י וכ"כ הרמב"ם פ' כ"ד ה' י"ט שכתב דבשגגה או באונס מותרת משום דכתיב והיא לא נתפשה כו' ולכאורה הדבר תמוה דמנלן להש"ס למילף דשוגג מותרת ויליף זה מאונס דכתיב והיא נתפשה מותרת הא יש לחלק דשאני אונס מן שוגג דהא חזינן דשאני אונס משוגג דהא אונס א"צ קרבן כפרה משא"כ שוגג צריכה כפרה כמבואר ביבמות דף ל"ג בשנים שקדשו שתי נשים כו' והוחלפו של זה לזה דחייבות קרבן. א"כ כמו דמחלקינן בין שוגג לאונס לענין קרבן כמו כן נחלק בין אונס לשוגג לענין אם מותרת לבעלה ישראל וראיתי ברמב"ם פ' כ"ד ה' אישות ה' כ' שכתב דדין השוגגת ודין הנאנסת א' הוא שהשגגה צד אונס יש בה. בד"א בשהי' בעלה ישראל כו' הרי דהרמב"ם נתכוין לתרץ למה דהקשיתי דמנ"ל להתיר בשוגגת וע"ז כתב דהשוגג צד אונס יש בה וכוונתו משום דמצינן גבי גלות דמחלקינן בין שוגג קרוב למזיד ובין שוגג קרוב לאונס ובשני' אינו גולה כמבואר בב"ק דף ל"ב וברמב"ם פ"ו ה' רוצח הי"ד רק הורג בשגגה סתמא שאינו קרוב לא לאונס ולא למזיד ה"ז גולה וכן מצינו בתוס' ב"מ דף פ"ב ד"ה וסבר ר"מ כו' שחילקו בין שוגג קרוב לגנבה דהוי כעין אונס ובין שוגג כעין אבידה דקרוב לפשיעה וכן הוא בתוס' ב"ק דף כ"ז וב"ב דף צ"ג יעוי"ש ולפ"ז י"ל דהא דאמרו דשוגג לא נעשה בה כמזיד לאוסרה לישראל דז"א אלא בשוגג קרוב לאונס כמו דפי' רש"י בנתכוין לאשתו ונזדמנה לו זו א"כ שייך בזה מש"כ הירושלמי ר"פ האשה דהא דתנינן ביבמות פ"ג בהך דשנים שקדשו נשים והוחלפו כו' דמותרות לבעליהן משום דתנן אחרים הטעו בהן כו' א"כ היכא דהבועל הלך אצלה הן בטעות והן במזיד ועכ"פ היא לא התחילה בהטעות רק אחרים הטעוה בזה דומה לאונס קצת והוי שוגג קרוב לאונס ע"כ בכה"ג מותרת משום דכ"ז הוא בכלל והיא נתפשה כיון דהוי שוגג קרוב לאונס וכמש"כ הרמב"ם דצד אונס יש בה ובירושלמי ר"פ האשה אמרו בניסת ע"פ ע"א דאמאי אסורה לחזור הא גם בזה אחרים הטעוה ומשני דהתם קנסוה וזהו מדרבנן הרי דעדיף הטעות דבא ע"י אחרים משום דזה הוי כעין אונס קצת והוי זה בכלל ונתפשה דמותרת:

יח

ולפ"ז היכא דהטעות לא הי' ע"י אחרים רק היא אטעיי' אנפשה כגון באומר מותר וכיוצא בזה יש לדון דאסורה דזה הוי שוגג קרוב למזיד וכמבואר במכות דף ז' דהא אין בשוגג כזה שום צד אונס כלל וע"כ אין זה בכלל והיא נתפשה ועפ"ז מתורץ קושיות הב"ש באה"ע סי' קע"ח ס"ק ד' על הרמ"א שכתב בשם המהרי"ק באשה שזינתה וסברה דמותר

לזנות אסורה לישראל והקשה הב"ש הא אומר מותר שוגג הוא אכן לפי מש"כ א"ש בפשיטות דלאו בכל השגגות אמרו דמותרת לבעלה כי אם בשוגג קרוב לאונס והמהרי"ק שם כתב דשאני אומר מותר משום דכתיב ומעלה בו מעל דעכ"פ היא מתכוונת למעול מעל בבעלה והובא זה בט"ז ליו"ד סי' צ"ט אפשר דהוצרך לטעם זה לשיטת רב חסדא דס"ל במכות דף ט' דאומר מותר אנוס הוא א"כ הי' בזה צד אונס והוי בכלל ונתפשה ע"כ הוצרך לומר ה"ט דהי' מתכוונת למעול בבעלה ומיתסרא לבעלה לכ"ע ואפשר להעמיס כן בלשון המהרי"ק ויהי' איך שיהי' כי העיקר הוא כמש"כ וכדמוכח מלשון הרמב"ם הנ"ל וכן היכא דהאשה הלכה אל הבועל והבועל טעה דזו אשתו אז י"ל דאין זה מקרי אחרים הטעו אותה דהא אדרבה היא אטעיית' להבועל. רק היכא דהבועל הטעה את האשה וכדמשמע בפי' רש"י דסוטה שם. דסמכה א"ע עליו כיון דלא נחשד על איסור א"א ע"כ מקרי קרוב לאונס כיון דאחרים הטעו אותה וכדאמרו בירושלמי משא"כ היכא דהיא אטעיי' להבועל והוא סמך עלי' אין זה שוגג קרוב לאונס ואסורה לישראל:

יט

והא דיבמות בשנים שקידשו שתי נשים דהוחלפו וחייבות קרבן אף דזה מקרי שוגג קרוב לאונס כמבואר בירושלמי דאחרים הטעו כו' עכ"ז בקרבן קיי"ל דאף שוגג קרוב לאונס חייב קרבן דהא מצינו באשה דניסת ע"פ ב' עדים או בהוראת ב"ד ואח"כ בא בעלה דחייבת קרבן כמבואר ביבמות דף פ"ז ודף צ"א וברמב"ם פ"ה ה' שגגות ה' וכן בכל יחיד שעשה בהוראת ב"ד קיי"ל דחייב כמבואר ברמב"ם פ' י"ג ה' שגגות וכן בתינוק שנשבה לבין עכו"ם קיי"ל דחייב קרבן על כל עבירה כמבואר ברמב"ם בה' שגגות פ"ב וכל הנך הוא קרוב לאונס ואפ"ה חייבות קרבן א"כ ה"ה בשתים שקדשו והוחלפו הוי קרוב לאונס דמותרות לישראל ואפ"ה חייבות קרבן:

כ

וע"פ כ"ז יש לתרץ קושיא חמורה של הפני יהושע והפלאה בכתובות דף נ"א דס"ל לרבא באשת ישראל שנאנסה אף דסופה ברצון אמרינן דיצר אלבשה והקשו מהא דשבועות דף י"ח דמוקי מתני' דנדה אפרישה דחייב קרבן ולא אמרינן יצר אלבשי' וכן הקשו מהא דכריתות דר"א מחייב על כל כח וכח ונימא יצר אלבשי' ומכבר אמרתי בכ"ז דאפשר באשה אמרו יצר אלבשה ולא באיש ועפ"ז ניחא הא דיו"ד סימן קפ"ה דמבואר שם דאשה אינה חייבת על הפרישה. וכל זה אינו ברור ויש לדבר בזה הרבה:

ענף ה

כא

והעיקר נלענ"ד בכ"ז דס"ל דשאני חיוב קרבן ממה דאמרו שוגג מותרת לישראל וי"ל דהאי יצר אלבשה אין זה אונס גמור כי אם כעין שוגג קרוב לאונס דהא מ"מ אם היתה משתדלת בכח הרבה נגד יצרה היתה גוברת עליו רק מ"מ הוי זה כעין אונס וקרוב לאונס מקרי ע"כ בקרבן דמצינו דחייב אף על קרוב לאונס ע"כ אף דיצר אלבשיה עכ"ז חייב בקרבן משום דג"ז מקרי קרוב לאונס אבל מותרת לבעלה כיון דהוי כעין אונס וקרוב לאונס הוי זה בכלל ונתפשה כיון דיש בה צד אונס כמש"כ הרמב"ם ועפ"ז יש לתרץ מה דהקשיתי לעיל במש"כ רש"י בסוטה דף כ"ח דמהא דכתיב והיא נתפשה ילפינן דה"ה לשוגג דמותרת וקשה דמנלן לדמות שוגג לאונס ואף לפמש"כ דיש בו צד אונס עכ"ז קשה דמנלן להש"ס דצד אונס דינו כמו אונס גמור לענין דתהא מותרת לישראל אמנם לפמש"כ ניחא משום דבכתובות דף נ"א אי' דתניא כוותי' דרבא והיא לא נתפשה כו' ויש לך אחרת אע"פ שלא נתפשה מותרת וזו היא כל שתחלתה באונס וסופה ברצון ועיין פרש"י שם דהיא מיעוטא הוא א"כ תקשה הא חזינן דאף דיצר אלבשה מ"מ לא מקרי אונס לחיוב קרבן ועכ"ז מיחשב זה לאונס לענין דתהא מותרת לישראל הרי דאף דלא הוי אונס גמור רק קרוב לאונס ג"כ קרינן בה והיא נתפשה ע"כ שפיר הוכיחו מזה דאף שוגג קרוב לאונס מותרת לישראל ושפיר מוכח כן מהך דקרא והיא לא נתפשה הא אם נתפשה מותרת אף דסופה ברצון ויצר אלבשה וכן הוא בירושלמי סוטה פ"ד סוף ה"ד שהביא לדרשה זו דההיא דכתובות הנ"ל וידעתי מש"כ התוס' ביבמות דף נ"ו ד"ה ואי זו זו כו' דהתם אסמכתא כו' אבל יש לדון בזה וקצרתי ומתורץ קושית הפנ"י והפלאה מהא דשבועות וכריתות דשאני חיוב קרבן. ומה דתי' הפ"י דשאני היכא דהיה התחלה באונס מהיכא דהלביש היצר מתחילה בעצמו ברצונו והוא גרם לזה בתחילה. י"ל דזה מרומז בכוונת רש"י כתובות דף נ"א שם בד"ה יצר אלבשה כו' שבתחלת ביאה דהוא באונס הלבישה הבועל יצר יעו"ש אך באמת זה ליתא מהא דשבועות דף י"ח דהי' משמש עם הטהורה ובאמצע ביאה א"ל נטמאתי דחייב קרבן על הפרישה והתם היה תחילת ביאה בהיתר וכן מצאתי בהפלאה שהקשה משבועות כן. והעיקר כמש"כ דהך דיצר אלבשה אינו אונס גמור ומה שמבואר ברש"י כתובות דיצר אלבשה מקרי אונס עכ"ז י"ל דאין זה אונס גמור רק קרוב לאונס כדמצינו במכות דף ט' דרב חסדא אמר אומר מותר אנוס הוא ובאמת הא גבי חיוב קרבן חייב לכ"ע אף באומר מותר כמש"כ התוס' במכות דף ז' ד"ה אלא פרט כו' ובשבת דף ע"ב ד"ה באומר כו' אלמא דמצינו

דקרוב לאונס מקרי אונס סתמא וה"ה י"ל כן בהך דיצר אלבשה דלא הוי רק קרוב לאונס ועכ"ז מקרי אונס סתמא וע"פ מה שנתבאר דבחיוב קרבן חייב אף בשוגג קרוב לאונס משא"כ בביאת שוגג דמותרת לבעלה מתורץ עפ"ז קושיות הט"ז באה"ע סי' י"ז סעי' נ"ח שהקשה על הרשב"א דהוראת ב"ד אונס הוא ולאו שוגג דא"כ קשה למה הצריכה התורה קרבן להציבור שחטאו ע"פ הוראת ב"ד. אכן לפי דברי הנ"ל א"ש:

כב

ואחר דנתבאר דאשה שזינתה בשוגג בטעות דהטעה הבועל דאחרים הטעו אותה דזה מקרי קרוב לאונס וצד אונס יש בה כמש"כ הרמב"ם א"כ הוי זה כש"כ מן אשה שגלתה לערי מקלט דהא גלות אינו חייב כי אם בשוגג סתמא ולא בשוגג קרוב לאונס כמבואר בב"ק ד' ל"ב וברמב"ם פ"ו ה' רוצח ה' י"ד ועיין בב"ק ספ"ב ואפ"ה אמרו דחייב לזונה ולא דנו בזה להך דאדם מועד לעולם בין שוגג כו' כש"כ בשוגג קרוב לאונס כמו בנ"ד דבזה לא דיינינן לומר דאדם מועד לעולם כו' ולא הפסידה כתובתה ובפרט דבשוגג דיש בו צד אונס וקרוב לאונס כתבו התוס' בב"מ דף פ"ב וב"ק דף כ"ז ורק בשכר חייב באונס כעין גניבה ובודאי לא שייך לומר דמה דניטלת כתובתה הוי כמו בשכר עבור זה דא"כ לא הי' לו חייב לזונה היכא דגלתה לערי מקלט וע"כ מוכח דעי"ז לא מיפטר מתנאי כתובה וה"ה דלא מיפטר עי"ז מכתובתה כיון דהוטל עליו החיוב דמזונות וכתובה ולא אמרינן בזה אדם מועד לעולם היכא דלא הוי קרוב לפשיעה:

כג

וראיתי בספר בית מאיר סימן ע"ח דהא דנשבית חייב לפדותה והביא שם פסק כתוב מדיינים מומחים וגאונים באשה שנשבית בשביל שגנבה דאינו מחויב לפדותה והקשה עליה' דאטו אם אכלה בפשיעתה דברים המזיקים לה עד שחלתה אטו נימא דאין הבעל מחויב לרפאותה כו' עכ"ל ותמהני עליו איך כתב זה לדבר פשוט באשה שחלתה בפשיעתה דיהיה הבעל חייב ברפואתה הא זה כבר מבואר פלוגתת הש"ך והב"ח בח"מ סימן קע"ז בחלה בפשיעה אי חייב הבעל ברפואתה או לא וב"ה מצאתי בהריטב"א לכתובות דף נ"ב דכתב בשם רבינו דאינו מחויב וכמש"כ לעיל בארוכה ועיקר דבר נלענ"ד לדון דהיכא דנשבית ע"י פשיעתה אינו חייב כנ"ל בשם הריטב"א אבל היכא דלא נשבית רק ע"י שוגג שאינו קרוב לפשיעה יש לדמות לגלות בערי מקלט דלא פקע חיוב מזונות ממנו וה"ה בחיוב פרקונה וכמו באכלה חלב דלהירושלמי דחייב בקרבן חטאתה. ועדיין יש להסתפק בזה לשיטת הסוברים דכתבתי לעיל דס"ל דבאכלה חלב אינו חייב כמבואר בספרי המובא בר"ש לנגעים ורא"ש שם כיון דאלולי אכלה חלב לא היה עליו שום חיוב קרבן ומשמע מהם דס"ל דאף באכלה חלב בשוגג שאינו קרוב

למזיד ג"כ מיפטר הבעל א"כ ה"ה בחיוב פרקונה כיון דאילו לא היתה שוגגת לא הי' עליו שום חיוב פדיונה כלל ע"כ קשה להוציא ממנו חיוב פדיונה אף היכא דלא היתה שוגג קרוב למזיד אבל בחיוב כתובה הדבר ברור דזה דומה לגלות בערי מקלט דלא מיפטר מחיוב מזונות דהיה מחויב מכבר במזונות ע"י מה דשגגה דאינה יכולה להיות אצלו וה"ה בכתובה בנ"ד כנ"ל ובנידון שכתב הבית מאיר שנשבית משום שגנבה זה הוי כעין מזידה וקרוב למזיד לכה"פ דנשבית עי"ז בזה ודאי הדעת נותנת דפטור הבעל וכמו שכתבו הח"מ והב"ש בעברה במזיד על תקנת דפטור:

כד

וכעת ראיתי בנדרים דף ל"ו ע"א דקפריך הגמ' אלא מעתה יביא חטאת חלב על חבירו שכן אדם מביא קרבן על אשתו שוטה כו' אשתו שוטה היכי דמי אי דאכלה כשהיא שוטה כו' ופי' רש"י בד"ה אלא מעתה כו' דמשמע כל קרבנות שהיא חייבת אפילו אם אכלה חלב עכ"ל. הרי להדיא בפשט הגמ' דאף קרבן על אכלה חלב מביא על אשתו. ותקשה על שיטת הר"ש בנגעים והרא"ש שם וסייעתם דס"ל דבאכלה חלב אינו חייב הבעל ואפשר לומר דיפרשו דלפי מסקנת הגמ' דהיכי דמי אי דאכלה כשהיא שוטה כו' דהוכיחו מזה דהא דאמר ר' יהודה דאדם מביא על אשתו דלא חטאת חלב קאמר אלא קרבן יולדת כו' וכמש"כ הר"נ והרשב"א לנדרים שם וכיון דמוכח מן הך דר' יהודה דלא קאי בחטאת חלב אלא בקרבן יולדת ממילא אין לנו מקום לחייבו בקרבן חלב דמנלן מסברא לחייבו שיביא אף חטאת חלב עבור אשתו כיון דר' יהודה לא מצי קאי בחטאת חלב וכפי' הר"נ והרשב"א:

כה

נחזור לענינינו במה שכתבתי לעיל דשוגג דמותרת לבעלה ישראל דז"א אלא בשוגג קרוב לאונס וכמש"כ הרמב"ם דשוגג צד אונס יש בו וכמש"כ רש"י בסוטה דף כ"ח דשוגג מותר נפקא לן מהיא לא נתפשה ובפרט דעיקר המקור הוא לזה ממשנה יבמות דף ל"ג דבשעת כניסתן לחופה הוחלפו ואמרו בירושלמי תמן אחרים הטעו אותן. א"כ אין לנו מקור להתיר בשוגג שאינו קרוב לאונס ופירשתי לעיל דיש לומר דהוכיחו כן מהא דאמרו דכל אונס הוי סופו ברצון וכפי שפרשתי לעיל לולי דברי התוס' דף נ"ו ד"ה ואי זו זו כו' שכתבו דהך דרשא דכתובות דף נ"א אינו אלא אסמכתא ואכתי יש להעיר בזה דא"כ תקשה לאבוה דשמואל דס"ל דסופה ברצון אסורה א"כ מנ"ל להתיר שוגג דהא לא שייך לומר כנ"ל ואף דאיכא למימר דהך ברייתא דסוטה דף כ"ח דלא עשה שוגג כמזיד ס"ל כהך ברייתא דתניא כוותי' דרבא דכתובות דף נ"א דסופה ברצון מותרת ויליף זה מקראי דהתם עכ"ז מה יענה בהמשנה דיבמות ספ"ג דמבואר שם ג"כ דשוגג מותר.

ואפשר לומר דהך מ"ד ס"ל דהא דמתירין שוגג בזנות לישראל נפ"ל מהא דכתיב בסוטה ומעלה בו מעל כו' דמעילה אינו אלא מזיד כמש"כ התוס' בקדושין דף נ"ג ע"ב ד"ה אף במכר לא קנה כו' והובא במהרי"ק סימן קס"ז אך לדידן דס"ל דסופה ברצון מותר נפ"ל זה מהיא לא נתפשה כנ"ל. אבל אכתי תקשה דלפ"ז יהיה נפ"מ רבתא ביני' דלמאן דנפ"ל מן ומעלה בו מעל דאין מעילה אלא מזיד א"כ בכל שוגג אף שאינו קרוב לאונס מותרת לבעלה ישראל כיון דאינו במזיד ולמאן דנפ"ל מונתפשה בעי צד קרוב לאונס כמש"כ ואפשר לומר דעיקר הך מילתא תלי' בפלוגתת ר"מ ור"י בקדושין דף נ"ג דלר"מ דס"ל התם דהקדש במזיד מתחלל ובשוגג אין מתחלל א"כ ס"ל דמעילה משמע אינו אלא מזיד ע"כ ה"ה הך ומעלה בו מעל דסוטה אינו אלא במזיד ונפ"ל הך דרשא מזה אבל לר' יהודה דס"ל התם דהקדש בשוגג מתחלל ובמזיד אינו מתחלל א"כ משמעות הפשט דמעילה הוא על שוגג ועי' בתוס' קדושין דף מ"ב ע"ב ד"ה אמאי מעל כו' ע"כ אינו מוכח דשוגג מותר כי אם מן והיא לא נתפשה וכמש"כ וע"כ בכולי ש"ס לא נקטו רק דרשא דוהיא לא נתפשה. והא דכתיב דמעלה בו מעל דהיינו משמעו שוגג לר' יהודה היינו בשוגגת דמותר לזנות דאסור בכה"ג כנדון דמהרי"ק או באופן דלא היה השוגג קרוב לאונס לפי דברינו הנ"ל והעיקר הוא בפשטות דס"ל לי' להש"ס דשוגג כיון שיש בו צד אונס וכמש"כ הרמב"ם שפיר נפ"ל מן והיא לא נתפשה לכ"ע דהא בכולי ש"ס חזינן דאמרו אונס מותר מן והיא לא נתפשה:

כו

ובעז"ה שמצאתי ברביד הזהב פ' נשא בפסוק ומעלה בו מעל ובפסוק והיא לא נתפשה דהא דאמרו דשוגג מותרת היינו שוגג קרוב לאונס והביא שם הישש"ש פ"ג דיבמות. והנה ראיתי בישש"ש שם סימן י"ז שכתב דהיכא ששגגה וסברה שלא היה לבעלה בה קדושין אפי' נבעלה ברצון הוי כאונס והביא כן בשם הרשב"א בתשו' והוכיח זה ממיכל בת שאול אך ראיתי בתשובת הרשב"א שהובא בב"י ס"ס י"ז שכתב דלכן מיכל בת שאול הותרה לדוד משום דהתם טעות גמור של הוראה הי' דהורו לה בי"ד של שאול במלוה ופרוטה דעתה אמלוה וכמבואר בסנהדרין דף י"ט ע"ב ועל הוראה זו נסמכה וטעות כזה אונס הוא עכ"ל הרשב"א ועדיין י"ל בזה דהיכא. דלא היה ע"י הוראת בי"ד לא הוי שוגג קרוב למזיד ומיתסרא מן הדין וכמש"כ שם הרשב"א ומובא באהע"ז סימן י"ז סעי' נ"ח דטעתה וסברה דאינה מקודשת ונישאת לאחר דאסורה ויוכל להיות שהוא מן התורה ואין ת"י תשו' הרשב"א אך פשט הלשון דז"א רק מדרבנן משום קנס ואפשר לומר דטעות כזה באשה גם זה קרוב לאונס כמש"כ החמ"ח בסימן י"ג דשוגג בע"ה כיון דלא ידע הדין

שוגג גמור הוא עי"ש וכש"כ באיתתא וקצרתי בכ"ז לפי דבאמת אין כל זה נצרך לענייננו דאף אי נימא דגם בשוגג שאינו קרוב לאונס ג"כ מותרת לבעלה ג"כ יהיה מוכח דיש לה כתובה מהך דגלתה לערי מקלט דבעלה חייב לזונה כמבואר בגיטין דף י"ב וברמב"ם ה' רוצח פ"ז ה"ב ובגלות הא מיפטר בשוגג קרוב לאונס וכמש"כ פ"ו ה' רוצח ה"ג והי"ד ואפ"ה מחייבינן לבעלה לזונה דמזונות תנאי כתובה וה"ה כתובתה דיש לה בשוגג:

וכל מה שכתבתי לעיל לדון דדוקא קרוב לאונס מותרת לבעלה ישראל אינו אלא לרוחא דמלתא:

ענף ו

כז

והנה לכאורה יש להעיר בסוגיא דפ"פ כתובות ד' ט' דבאשת ישראל שקבל אבי' קדושין פחות מג' שנים ויום אחד דאינו אלא חדא ספיקא אסורה וכן הוא באהע"ז סימן ס"ח לדינא ומשמע שם דאפי' היכא דבעל זמן רב אחר החופה ג"כ הדין כן וכמבואר שם סעי' יו"ד. והנה המהרי"ק סימן קס"ז העיר שם בנ"ד דהאומרת מותר לזנות הא בנתקדשה בפחות מג' שנים ס"ס הוי ספק אונס וספק שוגג באומרת מותרת ולא הוי שם אונס חד הוא דהרי יש נפ"מ בין המתירים שהרי באונס פטורה אפי' מקרבן ובשוגג שלא ידעה שיש איסור חייבת בקרבן וא"כ הוי ס"ס מעליא וכמש"כ הש"ך בסימן ק"י בכללי ס"ס דהיכא דיש נפ"מ בין המתירין דיינינן ס"ס אפי' בשם אחד ומזה הוכיח דבאמת שוגגת דאומרת מותר אסורה עי"ש במהרי"ק. אבל עדיין יש להקשות דהא אכתי יש לנו ס"ס אף בנבעלה תחתיו ספק שמא באונס גמור וספק שמא בשוגג דשגגה שסברה שהוא בעלה והי' אחר ואין זה שם אונס חד הוא דבאונס פטורה מקרבן ובהוחלפו בשוגג חייבת קרבן ואיכא נפ"מ בין המתירין ועדיין תקשה קושית המהרי"ק ע"ז. ובשלמא דהא דלא מספקינן בספק לומר שמא שגגה וסברה דלא היה לבעלה קדושין יש לומר דמיירי בסתם קדושין דרחוק דיפול לה בזה שום חשש ספק שתטעה בזה אבל ספק דהוחלפו שפיר יש להסתפק ואכתי יש ספק ספיקא:

כח

ועוד דהא הקשו התוס' שם בד"ה ואי בעית אימא כו' דנוקמה בחזקת היתר לבעלה ותירצו אונסא קלא אית ליה ותקשה הא אכתי אית לן לאוקמי אחזקת היתר ולומר דשוגגת היתה דהיינו שסברה שהוא בעלה ובזה לא שייך סברת התוס' דאונסא קלא אית ליה והשתא דליכא קלא כו' וגם הא מצינו בכריתות ד' י"ב אמרו לו שנים אכלת חלב והוא אמר לא אכל ר"מ מחייב חטאת וחכמים פוטרין משום מיגו או דאדם נאמן ע"ע:

וכן מבואר במכות דף ב' בתוס' שם גבי גלות הרי דתלינן בו יותר בשוגג מלומר במזיד משום חזקת כשרות ולכן ר"מ מחייב חטאת ולא חשש משום חולין בעזרה וטעמייהו דרבנן משום מיגו וכנ"ל והכא בכתובות לא מספקינן כלל בשוגג והדבר ביאור:

כט

אכן לפי מה דנתבאר דשוגגת בזנות אינה מותרת לבעלה ישראל רק כשהשגגה קרוב לאונס וכמו הך דהוחלפו ביבמות דזה היה טעות וכיוצא א"כ זה דומה להא דמבואר בח"מ סימן פ"א סעי' כ"ג ובש"ך שם ס"ק ס' ובשארי דוכתי דטעיתי הוי טענה גרועה יעוי"ש ע"כ לא מספקינן כלל בהא דכתובות בספק שוגג משום דזהו הוי כעין טענת טעיתי דל"ח לזה כלל דכמו דאין סברא דיפול טעות בענין ממון דיודע מזה כן מן הסברא לא תטעה בבעלה דיודעת אותו וזה עדיפא מרובא דהא מוציאין מהמוחזק אם טוען טעיתי ואינו נאמן ואילו לא היה רק כעין רוב א"כ הא אין הולכין בממון אחר הרוב וע"כ מוכח דטעיתי מקרי לא שכיח כלל דכה"ג מוציאין ממון מהמוחזק וה"ה בחשש דשגגה וטעתה בין בעלה לאחר דזה הוי טעות גמור דלא שכיח כלל ע"כ לא מצרפינן זה לס"ס כלל משא"כ בשוגג דחלב וגלות דהא בחלב לא בעינן דיהיה שוגג קרוב לאונס ובכל השגגות חייב קרבן חטאת דחלב ובגלות הא פטור בשוגג קרוב לאונס כמו שנתבאר וע"כ תלינן התם בשוגג., משום דשוגג סתמא הוי דבר המצוי אבל בשוגג דזנות דאינה מותרת רק בשוגג קרוב לאונס ע"י טעות באונס קצת זה הוי כעין טענת טעיתי דהוי טענה גרוע משום דאינו מצוי כלל וע"כ לא מספקינן בי' כלל אף להצטרף לספק ספיקא ולכן אמרו בכתובות דף ט' דתחתיו לא הוי רק חד ספק ספק אונס ספק רצון וכעין זה ראיתי בנתיבות סי' כ"ה ס"ק ח' שכתב לתרץ קושיות התומים בהך דקידושין דף ע"ג דנאמן הדיין לומר לזה זכיתי וליהדר ולידייני' דהקשה דנוקי דמיירי באומר דטעה בשיקול הדעת ותי' הנתיבות דטעיתי הוי טענה גרוע וה"ה טעות בשיקול הדעת:

ובחידושי לסי' כ"ה סעי' ג' ענף ג' העליתי דלא כדבריו ע"ש] אך עיקר סברתו הוא סברא נכונה וע"כ ה"ה לדון דשמא טעתה והוחלף לה איש אחר שסברה דהוא בעלה דגם זהו הוי בגדר טעיתי דהוי טענה גרוע ואין הבע"ד נאמן ע"ז כלל ולכן לא מספקינן בשוגג כזה כלל ובמק"א כתבתי להעיר בהא דמבואר ביו"ד סי' קי"ט סעי' י"ז דאינו נאמן לומר שוגג הייתי וכעין זה הוא ביו"ד סי' ב' סעי' ב' בהג"ה:

וביו"ד סי' רל"ב סעי' י"ב ובש"ך ס"ק כ"ה ובח"מ סי' ל"ד סעי' ה' ברמ"א בשם הרשב"א דאם יש עדים דעבר על השבועה אינו נאמן לומר שוגג או אונס הייתי ועיין בש"ך שם ויש להקשות ע"ז מהך דכריתות דף י"ב דאמרו לו שנים אכלת חלב דס"ל לר"מ דחייב

חטאת דאמרינן דהיה שוגג ולא מספקינן בחשש חולין בעזרה ורבנן דפליגי הא טעמייהו משום מיגו וכו' וכש"כ היכא דאומר ברי לי דהי' בשוגג דהדין נותן דיהי' נאמן במכש"כ וכנ"ל והארכתי בזה והעליתי דמחלקינן דלאו כל הענינים והשגגות שוין וקצרתי כעת לפי שאין כאן מקומו:

ל

והנה לפי מה שנתבאר דבשוגגת דמותרת לבעלה זהו דוקא לאונס אבל שוגגת סתמא אסורה לבעלה וכמש"כ הרביד הזהב בפ' נשא ולפי הראי' שנתבאר לעיל מגיטין דף י"ב דאשה שגלתה לערי מקלט דבעלה חייב לזונה אף דשגגה בשוגג שאינו קרוב לאונס. דבקרוב לאונס הא אינו גולה וא"כ לפ"ז הדין נותן דשגגה בזנות אף שאינו קרוב לאונס יש לה כתובה ואין סברא לחלק בין ההיא דגלתה דשגגה דלא תוכל להיות במקום בעלה לבין היכא דזנתה בשוגג דזנות דמיתסרא על בעלה לעולם דזה דוחק לאמר כן אבל לפ"ז הא יש להעיר בנדרים דף צ"א דאמרו שם על האבעיא דאשת כהן שנאנסה יש לה כתובה או לא מתני' היא האומרת טמאה אני לך כו' אי ברצון כו' ואלא באשת כהן כו' ולפי מה שהעליתי הרי מצי הש"ס לאוקמי לעולם באשת ישראל וזנתה בשוגג סתמא דבכה"ג מיתסרא אף לישראל ובכ"ז כתובה יש לה וכמו בגלתה לערי מקלט וכנ"ל אבל באמת זה גופא תליא בהני צדדי דאבעיא דא"כ שנאנסה דאם יש לה כתובה או לא דלפי צד האבעיא דאין לה כתובה בא"כ שנאנסה כיון דמיתסרא לבעלה א"כ כש"כ בשוגג באשת ישראל דכיון דנאסרה אין לה כתובה ולהצד השני וכמו דפשטינן שם דא"כ שנאנסה יש כתובה הדין נותן דה"ה באשת ישראל בשוגג סתמא ג"כ לא מפסדת הכתובה דאמרינן בזה נסתחפה שדהו דהתורה גזרה עליו לאסור ולא קרינן בזה מעשי' גרמו לה כיון שלא פשעה במזיד וכמו שגלתה לערי מקלט דחייב לזונה ומש"כ הר"ן דנסתחפה שדהו שקדושת כהונתו גרמה לו הוא משום דמיירי באשת כהן ובאמת הוא לאו דוקא וה"ה בישראל הנ"ל ועפ"ז יש לדון בהראיה שהבאנו לעיל על נדון דמהרי"ק באומרת מותר דאסורה לבעלה דאין לה כתובה והוכחתי כן מההיא דנדרים הנ"ל והא דנקט האבעיא בא"כ שנאנסה יש לאמר דה"ה דמצי למנקט האבעיא גם באש"י שזנתה בשוגג סתם אלא אחז א"כ דהוא בכל גווני והא דלא פשיט הש"ס מן הא דגלתה דבעלה חייב לזונה זהו משום דעדיפא מינה מוכיח דהיינו ממתני' משא"כ ההיא דאינה אלא ברייי':

ובאמת כל מה שהעירותי באשת ישראל דמותרת לבעלה בשוגג זה דוקא קרוב לאונס לא כתבנו כל זה רק לרוחא דמלתא דבלא"ה אתי שפיר הראי' שהבאתי לדברי הרמב"ם

פכ"ד מה' אישות הכ"ג דאשת כהן בשוגג דיש לה כתובה מההיא דאשה שגלתה כו' דהא אף דנימא דגם בשוגג סתם מותרת לבעלה ישראל דלפ"ז פשט דברי הרמב"ם הנ"ל בא"כ שאומרת שגגתי מיירי אף בשגגה סתמא בכ"ז שפיר יש להביא ראיה מהא דאשה שגלתה כו' דהתם הא הוי שוגג סתמא דאל"ה אינה גולה:

ענף ז

לא

אך מה דעומד לנגדינו דברי המרדכי בקדושין פ"ג סימן תק"ל שכתב שם וז"ל וקצת ראי' לדבר דהיכא דאין לה כתובה אפ"ה אינה נאמנת משום עיני' נתנה באחר מהא דהנהו אהלויי ונפטויי דמסתמא אם היה כדברי' אין זה חשוב אונס ולא יהיב לה כתובה לשון מ"ל] דמשמע אין זה אונס דאם הי' כדבריה לא הוי יהיב לה כתובה ואפ"ה אמרינן שמא עיני' נתנה באחר ואינה נאמנת ומותרת לו כו' עכ"ל המרדכי הרי דס"ל דזינתה בשוגג אין לה כתובה ודלא כמש"כ לעיל דמשמע מהתוס' כתובות דף ס"ג דיסברו דיש לה כתובה בכה"ג והמרדכי יחלוק ע"ז וכן יהיה חולק המרדכי על דברי הרמב"ם ה' אישות פ' כ"ד ה' כ"ג דהובא לעיל דס"ל דבשוגג אף דנאסרת לכהן מ"מ יש לה כתובה אבל תקשה עליו מן הך דאשה שגלתה לערי מקלט כו' וכמש"כ לעיל וקשה לחלק ביניהם ואפשר דס"ל להמרדכי דשא"ה בהנך אהלויי ונפטויי דסוף נדרים דהיה שם נכרים מוכרי אהל ומוכרי נפט וכמש"כ הר"נ ורוב נכרים פרוצים בעריות והיו שם באותו חדר א"כ ה"ל זה כשוגג קרוב למזיד ואין בזה צד אונס כלל ודוקא בישראל שייך לומר אחרים הטעו אותה וכדאמרו בירושלמי ס"פ ג' דיבמות אבל בנכרים הי' לה לעיוני ונאסרת בכה"ג אף לבעלה ישראל ואין לה כתובה ובאמת מיירי הנך עובדא בבעלה ישראל לשיטת המרדכי אך לשיטת הר"נ והרא"ש והתוס' בנדרים שם שכתבו דהנך עובדות מיירי באשת כהן דבאשת ישראל לא מיתסרא עליו משום דהוי ביאת שוגג. והר"נ כתב דמקרי ביאת אונס וכמש"כ לעיל ואף דהיו נכרים שמה מ"מ ס"ל דאינה אסורה לישראל משום דגם זה מקרי שוגג קרוב לאונס דס"ל דכיון דהי' בעלה באותו החדר א"כ הוי כמו יוצא ונכנס דסברה דמסתמא יהיה מירתת אחר ולא יבעלנה וקרינן גם בכה"ג אחרים הטעו אותה כן י"ל לכאורה:

לב

והעיקר מה שנלע"ד בכוונת המרדכי והוא משום דיש להעיר בהנך שלש נשים דאמרו דיוצאת ונוטלת כתובה וא' מהן האומרת טמאה אני לך באונס וקשה דאמאי נאמנת להוציא הכתובה בשלמא במה דהימנוה למשנה הראשונה דאסורה לבעלה דס"ל דכיון דשווי' חד"א דע"פ דין נאמנת ע"ע ע"כ תצא מבעלה. אבל במה דנוטלת הכתובה קשה

אמאי נאמנת להוציא מן המוחזק ואף שכתב הרא"ש שם דמשום מדרש כתובה הוא דכשתנשא לאחר כו' מ"מ תקשה דניחוש דשמא לא זינתה כלל ועיני' נתנה באחר ומפקעת מבעלה בשקר ואבדה כתובתה או דשמא זינתה ברצון אך י"ל בזה דזהו משום איני יודע אם פרעתי וברי שלה בצירוף חזקת חיוב שהיה לה על בעלה הימנוה ועיין ברא"ש לכתובות בסוגיא דפ"פ דנאמנת משום ברי וחזקת כשרות אך כ"ז בטענת נאנסתי דהא מצינו בסוגיא דפ"פ דחשש אונס מצרפינן לספק ספיקא וכמש"כ התוס' שם בד"ה ואבע"א באשת ישראל כו' דהך רוב דרצון אינו רוב גמור אכן בהנך נהלויי ונפטויי דטעתה על אחר וחשבה שהוא בעלה דזהו בגדר טענת טעיתי בממון דהוי טענה גרועה ולא מהימן בלא מיגו לכ"ע וכמבואר בסימן פ"א סעי' כ"ג ובש"ך ס"ק ס' דלכ"ע לא מהימן לומר טעיתי בלא מיגו והסברה נותנת דכמו גבי ממון וכיוצא דטעיתי הוי טענה גרועה משום דודאי יודע היטב במה שנוגע לו בעניני ממון ובודאי מעיין בזה היטב וכמו כן בבעלה דמכרת ויודעת אותו ורחוק לומר דתטעה על אחר שהוא בעלה ע"כ אחליט דעתי לומר ביסוד מוסד דבטעתה על אחר שהוא בעלה דזה הוי טענה גרועה וכמו בכל טענת טעיתי גבי ממון דהוי חשש רחוק ביותר מרובא דהא אין הולכין בממון אחר רוב להוציא ואילו בטעיתי לא מהימן ומוציאים ממון מהמוחזק היכא דאין לו מיגו לכ"ע:

לג

ולפ"ז הדין נותן דלא מהימנא לומר דשגגה דטעתה על אחר שהוא בעלה ולהוציא הכתובה מבעלה משום דלא מצינו כן רק בטענת נאנסתי דלא הוי רק בגדר רוב ובפרט דלא הוי רוב גמור וכמש"כ התוס' כנ"ל. ואף דיש לאמר דתהא נאמנת מטעם מיגו דנאנסתי דאין זה מיגו דאינה יכולה לטעון כן כיון דהבעל הי' עמה בבית וכשנאנסה היה לה לצעוק והיה הבעל שומע צעקתה וכמש"כ התוס' זו בכתובות דף ס"ג ע"ב ד"ה אבל אמרה מאיס כו' וע"כ יותר טענה דטעיתי דסברה שהוא בעלה. ועוד הא שיטת המרדכי דטעיתי הוי טענה גרועה מהימן אף במיגו דפרעתי וכמובא בש"ך חו"מ סימן פ"א ס"ק ס' וע"כ המרדכי לטעמי' דטעיתי הוי דבר רחוק דאף במיגו לא מהימן משום דהוי בגדר דאנן סהדי ולכן אין סברא לומר דנאמנת להוציא כתובתה דאף דבטענת נאנסתי נאמנת לומר למשנה ראשונה ומוטלת כתובתה משום דלא עבידא לבזות נפשה כולי האי וכמש"כ הר"נ הטעם למשנה ראשונה. אבל בזה הסברה דחזקה דלא מזלזלה נפשה לא מהימנינן לה רק בטענת נאנסתי דהוי בגדר רוב ובפרט לדברי התוס' דלא הוי רוב גמור אבל בטוענת דטעתה שסברה על אחר שהוא בעלה דזהו טענה גרועה דאף

במיגו לא מהימן לשיטת המרדכי כנ"ל וכן הדין נותן הכא דלהוציא כתובתה בטענה שטעתה אף בחזקה דלא מזלזלה נפשה כולי האי גם כן לא מהימנא:

לד

ולפ"ז יש לומר בכוונת המרדכי דבאמת ס"ל להמרדכי ג"כ כהרמב"ם דהיכא דידוע או מאמינה דשוגגת היתה דאינה מפסדת כתובתה כמו שנתבאר ואין לנו להרבות במחלוקת וכוונת המרדכי כן הוא:

דהמרדכי מוכיח דאף במקום דאינה נוטלת הכתובה ג"כ לא מהימנא לומר טמאה אני לך והוכיח כן מן הך דאהלויי ונפטויי דאמרו שם דאינה נאמנת לומר טמאה אני לך ומותרת לבעלה כהן ואף דאינה נוטלת הכתובה בטענה זו דטעתה וסברה על אחר שהוא בעלה דכן היה נראה להמרדכי דבכה"ג הדין נותן דאינה נאמנת ליטול הכתובה דטענה גרועה למאד וכמו שס"ל להמרדכי דבטענה כעין זה אף במיגו אינו נאמן וכנ"ל וכן מראה פשטות דברי המרדכי לפי גירסת המרדכי בדפוס זיטאמיר וז"ל וקצת ראיה מהני נהלויי ונפטויי דמסתמא אם היה כדברי' אין זה חשוב אונס ולא יהיב לה כתובה ואפ"ה אמרינן שמא עיני' נתנה באחר ואינה נאמנת ומותרת היא לו עכ"ל המרדכי וכוונתו דלדברי' אין זה חשוב אונס אלא בגדר טענת טעיתי ולא יהיב לה כתובה ולא נקט בלשונו אין לה כתובה ורק נקט בלישני' ולא יהיב כו' ולפמש"כ מדוקדק לשונו משום דאם היה ידוע דהאמת כדבריה באמת לא היתה מפסדת כתובתה דבכה"ג ע"פ דין יש לה כתובה רק כיון דאין ידוע מפיה אין אנו חיין בטענה זו דטעתה ליטול הכתובה וע"כ נקט ולא יהיב לה דהיינו דלא מהימנא בטענתה. ואף דיש לדון בזה דאיתתא לאו דינא גמירי עכ"ז הא מצינו זה בכה"ג בכמה דוכתי דשייך בכעין זה דידעה מזה כיון דהוא טענה רחוקה ע"פ הסברא וגם הא המרדכי נקט בלשונו דזהו רק קצת ראיה:

לה

ונתבאר דאין לנו הכרח דהמרדכי יפלוג על דברי הרמב"ם דכתב דשוגגת יש לה כתובה רק עיקר כוונת המרדכי דלא תטול הכתובה ע"פ טענת שגגתי וטעיתי. והוכיח מזה דה"ה באומרת טמאה אני ברצון דאף דאין לה כתובה לא אמרינן כיון דמפסדת עי"ז הכתובה דתהא נאמנת לומר טמאה אני ולהיות אסורה לבעלה דמהך ארלויי ונפטויי מוכח דאף היכא דלא יתנו לה הכתובה דבזה ג"כ אינה נאמנת לומר טמאה אני. ומותרת לבעלה וידעתי מה דיש לחלק עדיין בין הא דטוענת טמאה אני ברצון דאז מפסדת מיד הכתובה ואילו בטמאה אני בשוגג הא טוענת טענה דלפי דברי' מגיע לה הכתובה רק דאין מאמינים לה כו' אבל באמת זה אינו דהא עכ"פ איך שהוא דאם תהיה אסורה לבעלה ונאמינה לזה דנבעלה לאחר אז תפסדת הכתובה מחמת דאין מאמינין אותה לזה

כנ"ל א"כ שייך בזה ג"כ לומר מתוך שהפסדת כתובתך כו', ואפ"ה חזינן דגם בכה"ג אמרינן עיני' נתנה באחר. ושפיר הוכיח המרדכי כן ובלא"ה הא כתב המרדכי בלשון וקצת ראיה כו' וכמש"כ למעלה:

לו

אכן שיטת התוס' בכתובות דף ס"ג דכתבו דהיכא דיוצאת בלא כתובה נאמנת לומר טמאה אני לך וע"כ מוכח דס"ל בהנך אהלויי ונפטויי דהיתה נאמנת ליטול הכתובה ולא כמש"כ לעיל בשיטת המרדכי. וי"ל דאזלי לשיטתייהו בב"ב דף קע"ה דטעיתי במיגו דפרעתי נאמן והובא בש"ך סימן פ"א ס"ק ס' ודלא כמש"כ בגיטין דף י"ד ע"ש וא"כ לא הוי טעיתי כ"כ טענה גרועה ביותר וי"ל דבצרוף הסברה חזקה דלא מזלזלה נפשה וגם בצירוף ברי שלה נאמנת להוציא מהמוחזק ועוד דיש לחלק בין טענת טעיתי בחשבון בממון לטענת טעיתי וסברתי על אחר שהוא בעלה והחילוק פשוט ביניהם:

ענף ח

לז

וכבר נתבאר לעיל דלשיטת התוס' דכתובות דס"ג הנ"ל מוכח דנבעלת בשוגג אף דמיתסרא לבעלה כהן מ"מ נוטלת הכתובה ואין סברא לאמר דמיירי דבדקה בקול וקול הבועל הי' שוה לקול בעלה וא"כ הוי ליה אונס דכל זה דוחק הוא דהו"ל לפרושי וכמש"כ הרא"ש שם דהיתה שוגגת ודברי הר"ן דכתב דמקרי אונס לאו דוקא הוא כמש"כ לעיל ולכאורה אפשר לומר בלא"ה דלכן בהנך אהלויי ונפטויי דנוטלת הכתובה משום דהאשה אינה מחלטת לדבריו דאחר היה דהא חזינן דהיא מסתפקת דהא האשה אמרה אי אנת לא דלמא חד מנהון וע"כ אינו נאמן להפסיד כתובתה בלא בירור כן היה אפשר לאמר אך מדברי המרדכי הנ"ל נראה דלא מפרש דברי הש"ס כן דלא נראה לו כן בפשט הגמרא:

לח

וראיתי בחתם סופר חאהע"ז סימן צ"ח בסוף התשובה שכתב וז"ל ואון מצאתי לי בחדושי רשב"א שלהי נדרים שכתב דבכהן איירי א"נ בישראל ולמי שרוצה להחמיר ע"ע שאין אשה נאסרת אלא בעדים או בקנוי וסתירה מבואר מדבריו דס"ל דלא מחשיב אונס דאי ס"ד דמיחשב אונס אין לומר שיהיה ראוי להחמיר על עצמו אע"כ מיחשב רצון אלא מ"מ הואיל וליכא עדים וקינוי וסתירה הי' מותרת מן התורה אפי' הוא והיא יודעים שזנתה ועמ"ש התוס' כתובות דף ט' ובזה ראוי להחמיר על עצמו וזה כוונת רשב"א ומבואר מדבריו דלא הוי אונס ומטעם שכתבתי לעיל עכ"ל החס"ס ועי"ש ובאמת לפי ביאורו לדברי הרשב"א אין הבנה לדברי הרשב"א למי שמעיין שם היטב ולפי ענ"ד

נראה לפרש דברי הרשב"א על נכון והוא דז"ל הרשב"א שם הני עובדי דאמרינן הכא דלא תשגחון בה עיני' נתנה באחר באשת כהן נינהו:

ועובדא דפרטי' נואף להוצא ודסליק בכלו בבא באשת כהן נמי נינהו וא"נ באשת ישראל ולמי שרוצה להחמיר על עצמו כו' עכ"ל ופשט דבריו נראה דהעובדות דנהלויי ונפטויי כתב באשת כהן נינהו אך בעובדא דפרטי נואף להוצא ודסליק ע"ז מסיק הרשב"א באשת כהן א"נ באשת ישראל ולמי שרוצה להחמיר כו' וכוונתו הוא כן לפמש"כ הרשב"א שם במשנה בשם הרב ר' אליעזר דמתני' דטמאה אני לך מיירי רק באשת כהן משום דאינה מוזהרת על ביאת אונס והא דנאמנת בתרומה מסיק שם דמיירי בתרומה דרבנן עי"ש א"כ הרשב"א נתכוין לתרץ לשיטת הר"ר אליעזר דלא תקשה עליו מהך סוגיא דפרטי' נואף להוצא ודסליק:

לט

והנה העובדות דאהלויי ונפטויי בודאי מיירי רק באשת כהן כיון דנבעלה בשוגג לאחר דבאשת ישראל לא מיתסרא בשוגג וכן הא דפרטי' להוצא ודסליק דהתוס' ביבמות דף כ"ה פירשו דמיירי באומרת טמאה אני לך משום דבאומרת טהורה אני בלא הני טעמי מותרת לכן פירשו באומרת טמאה אני לך ואף דאינה נאמנת עכ"ז הא היכא דיש רגלים לדבר נאמנת וכמבואר כ"ז באהע"ז סי' קט"ו ובב"ש בשם התה"ד ושיטת הר"ן סוף נדרים דאף ברגלים לדבר אינה נאמנת ע"כ כתב שם בהנך עובדות דפרטי' נואף וכו' דלולי הנך טעמי היה ראוי לבעל נפש להחמיר ע"ע כו' וכמש"כ בביאור הגר"א זצ"ל בסי' קט"ו ס"ק כ"ה ע"ש ולפי כ"ז אתי שפיר כוונת הרשב"א דנתכווין לתרץ למה דיש להקשות על שיטת הר' אליעזר דהביא במשנה שם דס"ל דבאשת ישראל נאמנת לומר טמאה אני לך משום דעיקר דין דאמרו דאינה נאמנת זה אינו רק באשת כהן א"כ הנך עובדות דפרטי' נואף וכו' דמיירי באומרת טמאה אני לך וכשיטת התוס' ביבמות דף כ"ה הנ"ל ותקשה על הר' אליעזר דס"ל דבאשת ישראל נאמנת ואף דבפירושו של הרשב"א בהמשנה הביא שיטת החולקים על הר"א וכן דעתו מ"מ י"ל כיון דהביאו בהמשנה שם ע"כ נתכוין לומר דהנך עובדות מיירי באשת כהן כדי דלא תקשה על הר"א ומיירי באומרת טמאה אני באונס דהא בעלה אתא לביתו בסוף. ואף שכתבו התוס' בכתובות דף ס"ג ע"ב ד"ה אבל אמרה מאיס כו' דבהך דפרטי' נואף וכו' מסתמא ברצון היה כו' מ"מ י"ל דהרשב"א ס"ל דאין הכרח לזה כיון דבעלה בא לבסוף והבועל היה סגור עמה בבית וכפי' רש"י סוף נדרים וכן הרא"ש שם וכן י"ל בעובדא שניי' דסוף נדרים ומסיים הרשב"א וא"נ באשת ישראל ולמי שרוצה להחמיר ע"ע כו' די"ל דלא מיירי באומרת טמאה אני וכמש"כ התוס'

בכתובות דף ס"ג שם דעיקר כוונת הש"ס בהנהו טעמי דשם דלא נחמיר שם משום דבר מכוער דהיה שם וכמש"כ הרשב"א בחי' ליבמות דף כ"ה והר"נ בנדרים דאף בעל נפש לא יחוש לדבר מכוער דהי' שם משום הנך טעמי דהתם אבל בעובדא דמתחלה דאהלויי ונפטויי דנבעלה בשוגג לא מיירי רק באשת כהן וע"ז לא קאי הך אי נמי דמסיים הרשב"א וכמו דמסיים שם הרשב"א בדבריו ע"ז וז"ל וכבר כתבתי במס' יבמות פרק כיצד גבי הנטען מא"א עכ"ל הרשב"א ושם ביבמות כתב הרשב"א בחדושיו שם אך על הך עובדא דאתי גברא וסליק נואף כו' עי"ש וזה ברור בכוונת הרשב"א א"כ נדחה הוכחת הח"ס מהרשב"א הנ"ל ולכן שפיר כתבתי לעיל דאף דלא בדקה בקולו של הבועל ג"כ מקרי שוגג:

מ

היוצא לנו לדינא דאשה שזנתה בשוגג אף דמתסרא לבעלה כהן מ"מ לא הפסידה הכתובה כמו בנ"ד דנבעלה בטעות שסברה על אחר שהוא בעלה. וכעת מצאתי בספר בני אהובה על הרמב"ם פכ"ד הלכות אישות הלכה כ"ג שכתב לעיין ג"כ בהך דינא באשת כהן שזנתה בשוגג אם יש לה כתובה או לא והעלה דזה תליא בפלוגתת הרמב"ם והמרדכי וקיצר בזה ולא העיר בכל מה שכתבתי אכן לדעתי נתבאר דאין הכרח מהמרדכי דיפלוג על הרמב"ם ולכן ברור לדינא דאינה מפסדת כתובתה אך בנבעלת בשוגג קרוב למזיד בודאי הפסידה הכתובה כפי שנתבאר לעיל:

סימן עא

נשאלתי ע"ד האשה דיש ע"א כשר המעיד שזינתה ועוד עדים פסולים המעידים דזינתה והאשה מכחישתם והבעל מאמין את העדים ודעת כת"ר דהאשה אסורה לו אף כשיחזור הבעל ויתן אמתלא וביקש ממני לחוות דעתי:

א

והנני להשיבו בקצרה והוא דבאה"ע סי' קע"ח סעי' ט' מבואר ברמ"א פלוגתת הפוסקים דבזמה"ז שיש חר"ג כו' דס"ל לחד דיעה דאין הבעל נאמן לומר שמאמין לדברי העד ויש חולקין דס"ל דנאמן אף בזה"ז וכבר האריכו האחרונים בזה ולענ"ד נראה דעיקר מילתא דנא תלוי בהטעמים המבוארים בהר"ן סוף נדרים דהא מסקנת הר"ן שם דעיקר הטעם דאינה נאמנת לומר טמאה אני הוא משום דמשועבדת לבעלה א"כ זה הטעם אינו שייך גבי הבעל דהא בידו לגרשה ולהפקיע שיעבודה ומה"ט נאמן הבעל לומר פ"פ מצאתי וכמש"כ במקום אחר וכן אמרו בקדושין דף ס"ו אי מהימן לך כבי תרי כו' דהא אף בזה"ז שיש חר"ג שלא לגרשה בע"כ מ"מ אם עבר וגירשה מגורשת וכמש"כ הנו"ב

במ"ת סי' קכ"ט בד"ה ומעתה כו' דהביא דברי הכנה"ג שכתב דאם גירשה בע"כ גיטו גט כו' ע"ש וכיון דבדיעבד אם עבר וגירשה בע"כ מגורשת אף בזה"ז ממילא מקרי זה דבר שבידו ויהי' הבעל נאמן לומר שזינתה וכיוצא בו משום דהא בידו להפקיע שעבודה שיש לה עליו:

ב

ואף דלכתחילה אסור לו לגרשה בע"כ מ"מ מקרי זה דבר שבידו וכמש"כ השער המלך פ' י"ח ה' איסורי ביאה ה' כ"ד ע"פ הך דקידושין דף ס"ד דפריך הגמ' והרי בידו להשיאה לממזר כו' דמה דבידו אלים טפי ומהני אף במקום שמשים א"ע רשע כו' וכ"כ השער המלך סוף ה' מכירה ע"ש ובספרי באר יצחק ח' או"ח סי' ט"ו ענף ה' הוכחתי דאף באיסור מדאורייתא מקרי דבר שבידו:

כיון דבדיעבד מהני מעשהו ועיין בקידושין דף ס"ד ע"ב בתוס' ד"ה רבי סבר מה לי לשקר כו' בתוס' ישינים באה"ד שם שכתבו דכיון דדיעבד מהני חשיב שפיר מיגו ע"ש וע"כ נלע"ד לומר דלפי כל זה יש לומר דמהימן הבעל לומר דטמאה היא דהא אף בזה"ז יש לו נאמנות משום המיגו דבידו לגרשה אף דלכתחילה אסור לו לגרשה בע"כ אך להטעמים שכתבו הראשונים דלכן אין האשה נאמנת לומר טמאה אני משום דחז"ל ראו למיגדר מילתא לתקן דלא תהא נאמנת ה"ה מה"ט אמרו דאף הבעל אינו נאמן לומר דטמאה היא ועיין בנו"ב במ"ת סי' י"ב בד"ה ובדין אם הבעל יכול לומר שמאמינה כו' וע"כ מספיקא יש לנו להחמיר ולומר דנאמן הבעל לומר דמאמין לדברי העד שזינתה בפרט דהא רבו הסוברין לומר בהטעם דמשנה אחרונה דאינה נאמנת לומר טמאה אני לך דזהו משום דמשועבדת לבעלה. א"כ בשעבוד הבעל דמשועבד לאשתו דיש לומר דיהי' נאמן במיגו דבידו לגרשה בע"כ כנ"ל ע"כ ממילא יש לנו להחמיר ולדון דאסורה עליו והא דר"פ המדיר דאמרו כיון דמשועבד לה כו' כתבתי במק"א לבאר זה ולכאורה יש לנו לדון כמה ספיקות דדינא ולהיפירא בנ"ד. והוא דהא המל"מ פ' כ"ד ה"א דין י"ז הביא בשם הרשב"א דכתב דבמכחישתו אינו חייב להוציאה אף במאמין הבעל להעד אך בתשובת רע"א ז"ל סי' צ"ט הביא בשם תשובת מיימוני דחולק ע"ז עכ"פ הוי ספיקא דדינא בזה ועוד ספיקא דדינא דהא הרמ"א בסי' קט"ו סעי' ז' שכתב דבאינו מאמינו רק בדבר זה לא נאסרה משום זה והובא שם כן בלא שום חולק רק רע"א בתשובה סי' ק"א הביא חולק ע"ז ועכ"פ הוי זה ג"כ ספיקא דדינא. א"כ ממילא יש לנו הרבה ספיקות להקל היינו ספק א' שמא הלכה דבזה"ז אין הבעל נאמן לומר כו' וספק ב' דשמא במכחישתו לא נאסרה עליו וספק ג' דשמא היכא דאין הבעל מאמינו בשארי דברים לא נאסרה עליו

וע"פ השלשה ספיקות הללו הוי ספק ספיקא מעליא להיתירא בנ"ד. וידוע דגם ספיקא דדינא הוי ספק ספיקא מעליא ועכ"ז מצד חומר האיסור וכמש"כ כת"ר וע"פ אומדנא שיש לו בזה ע"כ דעתי מסכמת דכל זמן שהבעל אומר דמאמין לדברי העד דהאשה אסורה עליו אכן אם יחזור בו הבעל באמתלא טובה כפי שיוכשר האמתלא בעיני מכ"ת אז אין לנו כח לאוסרה על הבעל כי אין כח בעדות ע"א לאוסרה:

סימן עב

נשאלתי ע"ד אשה א' שהודית לבעלה כהן בדרך תשובה שזינתה בשוגג והבעל האמין לה ואח"כ אומר שאינו מאמין לה על בעילה בהעראה. רק על בעילת נשיקה מחמת שהי' ישן אצל מיטתה. ולפי דעתו לא הי' יכול להיות בעילה ממש ומתחילה סבר שבנשיקה לבד מיתסרא כן הוא אמתלא שלו וגם הבועל הודה ע"ז אך לא פירש דבריו אם לא הי' רק נשיקה או ביאה גמורה:

ונשאלתי לחוות דעתי בזה:

א

תשובה בעז"ה והוא כי בעיקר מילתא אם אינה נאמנת לומר טמאה אני לך אף היכא דלא שייך עיני' נתנה באחר כבר האריכו האחרונים מזה הנו"ב בסי' ע' והשעה"מ פ"ט ה' א' והעלו דלפי טעם הר"נ דאינה נאמנת משום דמשועבדת לבעלה ע"כ אינה נאמנת בכל גווני ואנכי לעצמי אמרתי להוכיח דגם הרמב"ם ס"ל הך טעם דמשועבדת דבמקום שעבוד לא מצית לאסור על נפשה בחד"א. והוא דהרמב"ם ה' נערה בתולה פ"ג ה' ד' במוציא שם רע בכהן דאינו יכול להחזיר בגירשה דלוקה על גרושיה אלמא דס"ל דגם בכהן המוציא שם רע שייך דין דלו תהי' לאשה ולא יוכל לשלחה וקשה הא הרמב"ם פסק שם הלכה ו' דעיקר הוצאת ש"ר שיבא לב"ד ויאמר בעלתי ולא מצאתי בתולים כו' וע"ז נאמר ואלה בתולי בתי אלו העדים שיזימו עדי הבעל כו' וקשה הא באמת כהן באומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו כמבואר בכתובות דף ט' משום דשווי' אנפשי' חד"א ואסורה עליו א"כ לא מצי לקיים בכהן המוציא ש"ר העשה דלו תהי' לאשה ולאו דלא יוכל לשלחה ובש"ס במכות דף ט"ו לא מצינו רק באונס שגירש דבכהן לוקה ואינו מחזיר אבל במוציא ש"ר כהן לא מצינו כן בגמרא רק הרמב"ם דפסק כן בכהן מוציא ש"ר תקשה כנ"ל:

ב

ואפשר לומר בזה לפי המבואר בכתובות דף מ' גבי אונס שותה בעציצו דאם אינה ראוי' בישראל אינו רשאי לקיימה משום שנאמר לו תהי' לאשה בראוי' לו ומקשו בגמ' דניתי עשה ודחי לל"ת ותי' משום דאם אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל ופירש התוס' שם

דכיון דהאשה מוזהרת על האיסור ועל העשה דלו תהי' לאשה לא נצטוית ע"כ לא מצי עשה דילי' לדחות ל"ת שלה. א"כ ז"א שייך רק היכא דאסורה לו בוודאי משא"כ באומר פ"פ מצאתי והאשה מכחישתו א"כ ליכא על האשה שום איסור כלל רק על הבעל מוטל איסור משום שווי' אנפשי' חד"א. א"כ בזה שפיר מצי אתי עשה דלו תהי' לאשה ודחי לל"ת דסוטה ע"כ אתי שפיר דברי הרמב"ם אבל עדיין ז"א לפי מה דהעלה המל"מ פ"א ה' אישות ה' ח' דבאשה שזינתה איכא עשה דונטמאה. וה"ה באשת כהן שנאנסה בעלה לוקה עלי' משום טומאה כמבואר ביבמות דף נ"ו ועיין בכתובות דף מ' בתוס' ד"ה ניתי עשה כו' שכתבו להדיא כן ועיין בתוס' סוף גיטין ואכמ"ל בזה א"כ הא אין עשה דוחה עשה ע"כ נסתר תירוץ זה:

ג

ולכן העיקר בזה לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל ע"פ מש"כ הר"נ בנדרים דף צ' דלכן אינה נאמנת לומר טמאה אני לך ע"פ דין משום דמשועבדת לבעלה והא דנאמן לומר פ"פ מצאתי הטעם דהא בידו לגרשה משא"כ באשה דאינה בידה להפקיע א"ע מבעלה ושעבודה שמשועבדת לבעלה הוי שעבוד אלים ע"כ אינה נאמנת אף על עצמה לעשות עלי' חד"א ולכן במוציא ש"ר דמחוייב להיות עמה ואינו רשאי לגרשה ולהפקיע שעבודה ע"כ לא קרינן בזה בידו לגרשה ועיין במל"מ פ"ג ה' יבום ה"א לכן אינו נאמן במוציא ש"ר לשווי' אנפשי' חד"א דהא משועבד לה:

דהתורה שעבדו לה בדין מוציא ש"ר ואתי שפיר דברי הרמב"ם וכן מוכח מהא דמכות דף ט"ז גבי אונס שגירש דאמרו שם דלא משכחת בזה בטלו דבהדירה ע"ד רבים הא לדבר מצוה יש לה הפרה וקשה הא משכחת לה באומר שראה אשתו זינתה דמהימן לאסור ע"ע בחד"א וגירשה משום זה דאף באמתלא אינו נאמן לחזור כיון דעשה מעשה דגירשה כמבואר כ"ז באה"ע בסי' קט"ו סעי' ח' ובתשובת שיבת ציון סי' ע"ד ואף באומר שזינתה ביום פ' ובשעה פ' ויש עדים המכחישין אותו ע"ז ג"כ מהימן לאסור ע"ע בחד"א כידוע וע"כ משכחת שפיר אונס שגירש דלוקה ואינו יכול להחזירה לאחר הגירושין אף ע"י אמתלא משום דביטלו להעשה דלו תהי' לאשה משום שווי' אנפשי' חד"א ולוקה משום לאו דלא יוכל לשלחה דהא איכא עדים המכחישין אותו בפירוש וגם בלא עדים הדין נותן דלוקה וקשה דאמאי קאמרי בגמ' שם בפשיטות דבאונס שגירש לא משכחת בי' בטלו אכן לפי שיטת הר"נ ניחא בפשיטות דבמקום דהתורה שעבדי' בע"כ לא מצי לאסור ע"ע בחד"א וזהו ראי' לסברת הר"נ הנ"ל:

ד

שוב ראיתי דיש לסתור כ"ז ע"פ מש"כ הנו"ב במ"ק בסופו לבאר דברי הרמב"ם פ"ו ה' יבום היתה היבמה אסורה על היבם באיסור עשה כו' דהא דאין עשה דוחה עשה אין זה רק משום מאי אולמא האי עשה מהאי עשה ולכן אם בעל קנה ועפ"ז נכונים הם דברי הריב"א שכתב דאם עבר על זה אינו לוקה על הלאו דהלאו כמאן דליתא דנדחה מהאי העשה ונשאר רק עשה ועשה ואמרינן מאי אולמא ושפיר מיחשב קיום המצוה ולא מיחשב מצוה הבא בעבירה וכמו בכל עשה דוחה ל"ת כו' עכ"ל הנו"ב:

ודברי טעם המה ולפ"ז י"ל דשא"ה באונס שגירש או במוציא שם רע דאף היכא דאומר הבעל פ"פ מצאתי או באומר שראה אשתו זינתה והיא מכחישתו דבזה כופין לו להיות עמה משום דאתי עשה דלו תהי' לאשה ודחי לל"ת דסוטה:

ועל האשה ליכא איסור כלל לדברי' דמכחישתו ואיהו לא נאסר רק משום שווי' אנפשי' חד"א ולא שייך בזה לומר סברת הגמ' דכתובות דף מ' דאי אמרה לא בעינא מי אי' לעשה כנ"ל ואף דאיכא עשה דונטמאה עכ"ז הא בזה מהני סברת דמשועבד לה לכ"ע וכעין סברת הר"נ דכתב דהיכא דמשועבד לא מצי לאסור ע"ע בחד"א ולהיות חב לאחרים ואף להחולקים על סברת הר"נ הנ"ל ולא ניחא להו בתי' הר"נ הנ"ל היינו משום דאוסר ע"ע בחד"א והוי זה כמו איסור ברור לגבי' דנאמן ע"ע ע"כ לא מהני מה דמשועבד לאחריני משא"כ היכא דבאמת לאחר דעבר ובא עלי' אין בזה שום עבירה כלל כמו בהא דאין עשה דוחה עשה רק משום מאי אולמא כו' דינו להיות בשב ואל תעשה וכמש"כ הנו"ב כנ"ל ע"כ אין זה שייך רק היכא דלא משועבד לאחריני משא"כ היכא דמשועבד לאחריני בזה לא שייך לומר מאי אולמא האי עשה מהאי עשה דהא משועבד לאחרים ואין אתה יכול לחוב לאחרים ע"י סברת מאי אולמא האי עשה מהאי עשה דהא משועבד הוא לאחרים ושפיר הוי אולמא כו' ודוקא במקום יבום דאפשר לו בחליצה ולא להיות משועבד לה יותר אמרו דחולצת ולא מתייבמת משום מאי אולמא כו' אבל לא במקום שעבוד גמור דאינו בידו להפקיע שעבודה כלל ובזה כ"ע מודו לסברת הר"נ דכיון דמשועבד לה לא מצי לאסור ע"ע בחד"א כנ"ל:

ה

וראי' לזה מהא דפ"ג דבכורים משנה י"ב דבכורים כנכסי כהן ובע"ח נוטלן בחובו ואשה בכתובתה וס"ת ג"כ גובין ממנו בע"ח בחובו כמבואר בטור ח"מ סי' צ"ז בשם הבעה"ת וש"פ דפירשו להמשנה הנ"ל דס"ת בע"ח וכתובת אשה גובין ממנו וכן פסק המחבר סעי' כ"ג וקשה לפי מש"כ התורת חיים בסנהדרין דף כ"א דמי שכתב ס"ת ונגנבה או נאבדה דצריך לכתוב אחרת לקיים כתיבת ס"ת. א"כ לפ"ז קשה איך מגבין לבע"ח בחובו

מן ס"ת והא משמע דאף דאין לו ס"ת אחרת ג"כ גבינן מיני' ועיקר גוביינא ממטלטלי דאף דלאו בני שעבוד הוי ולכמה פוסקים אף מה"ת לא משתעבדי ואין זה רק מצד מצות עשה דפריעת בע"ח והא כשיגבו מהס"ת אז דינו כמו נאבדה ונגנבה ממנו דצריך לכתוב ס"ת אחרת כמש"כ התורת חיים א"כ קשה דמאי אולמא האי עשה דפריעת בע"ח מצוה מן עשה דמצות כתיבת ס"ת והא אין עשה דוחה עשה אך לשיטת הרמב"ם דנשים פטורות ממצות כתיבת ס"ת אתי שפיר משום דעשה דפריעת בע"ח ה"ל עשה השוה בכל ועשה דכתיבת ס"ת ה"ל עשה דאינו שוה בכל ובריש יבמות מבואר דעשה השב"כ דוחה לעשה דאינו שוה בכל אבל להשאגת ארי' סי' ל"ה דחולק על הרמב"ם והעלה דגם נשים חייבות במצות כתיבת ס"ת ואכמ"ל א"כ תקשה כנ"ל וע"כ מוכח דכיון דבכל בע"ח יש עליו שעבוד הגוף לשלם לחבירו כידוע. ובמקום שעבוד של חבירו לא אמרינן מאי אולמא האי עשה מהאי עשה להיות חב לאחרים וכנ"ל והדברים ארוכין ולא באתי רק בקצרה:

1

ובאמת כבר כתבו כל הפוסקים בתשובות דאף להתירוצים דלא ניחא להו בסברת הר"נ שכתב דמשום דמשועבדת לבעלה אמרו דאינה נאמנת ג"כ הדין נותן דאף היכא דהודית דרך תשובה לא מהימנא משום דחיישינן דאיערומי קא מערמת ועיני' נתנה באחר. ע"כ מצד הודאתה אין לנו לאוסרה על בעלה אך מה שיש לדון בזה הוא מצד דהאמין לה הבעל מתחילה הא כיון דאמר בסוף האמתלא דמתחילה סבר דבנשיקה מיתסרא ובסוף כשנודע לו הדין דבעי ביאה ממש אינו מאמין לה שהי' הערמה דכיון דהי' על הבועל אימת הבעל דהי' ישן אצל אשתו כפי דבריו ע"כ אינו מאמין לה ע"ז א"כ זהו אמתלא נכונה וגם אף דנימא דמספקא להבעל אם הי' ביאה בהעראה ולא אומדנא ברורה ע"ז ג"כ אפשר לומר בזה דכיון דאף היכא דמאמין לאשתו אין כופין לו להוציא בדיני אדם אלא בדיני שמים חייב לגרשה כמבואר ברמב"ם פ' כ"ד ה"א הלכה י"ח ובאלפס והרא"ש קידושין ס"ו אלמא דאין זה דבר ברור דהיכא דמהימן לי' דתהי' אסורה עליו בוודאי:

אלא דינו כמו ספק וגרע מן ספק דהא בכל ספק כופין לו ע"ז כידוע ולכן היכא דנצטרף עם הספק הנ"ל דאם יש ממש בהנאמנות שלו או לא ונולד לנו עוד ספק אם הי' ביאה גמורה או לא הוי זה ספק ספיקא גמור וזה מהני אף באשה שזינתה כמבואר בכתובות דף ט' בסוגי' דפ"פ דס"ס מהני ואף דאינו מתהפך ושם א' עכ"ז הא דינו כמו ספק על הארי ואת"ל על שמא לא דרס וכמבואר בש"ך סי' ק"י ובחוות דעת בכללי ס"ס דהיכא דהוי ספק בעיקר הריעותא אז לא בעינן ס"ס מתהפך ושם א' וידוע מש"כ הנו"ב במ"ת

להכריע בסי' כ"ג דלא מקרי כו' ואכמ"ל ולא שייך בנ"ד לומר דהא סגי משיראו כמנאפים דזהו משום דאמרינן וודאי גמר תאוותו וכמש"כ הנו"ב במ"ת סי' י"א דהיכא דנבעלת באונס וכה"ג לא שייך כלל זה וכמש"כ כת"ר בארוכה מזה:

ז

אך מה שנלע"ד לחוש בנ"ד לפי המבואר בסי' קט"ו סעי' ו' דבמקום רגלים לדבר נאמנת לומר טמאה אני לך' א"כ בנ"ד דאף דאינו מאמין לה רק על ביאת נשיקה ולא על הכנסת עטרה מ"מ כיון דהי' עכ"פ ביאת נשיקה והי' עמה במטה לכה"פ א"כ הוי זה כרגלים לדבר דבכה"ג נאמנת לומר טמאה אני לך. וכמש"כ הנו"ב כה"ג במ"ק סי' ע' דכיון דהבועל הי' עמה במטה מקרי רגלים לדבר ע"ש ונ"ד הוא כש"כ דהי' ביאת נשיקה עכ"פ וגם הודאת הנואף מצטרפת לא מבעיא דרך וידוי ואף בלא דרך ווידוי כמש"כ הב"ש בשם הרש"ל סי' קט"ו דבמקום דיש ע"א המסייע לה נאמנת האשה לומר טמאה אני לך משום רגלים לדבר ואף דשיטת הרשב"א דבאומר אני דניתי עם אשתך לא פלגינא דיבורא בזה. עכ"ז הא ידוע מש"כ הנו"ב בסי' ע"ב. ואף דהנואף לא פירש דבריו עדיין אם הי' בעילה גמורה או לא. מ"מ רגלים לדבר הוי זה הודאת הבועל והאשה שמאמין לה הבעל במקצת:

ח

ובאמת יש מקום לומר דעיקר מה דאמרו דבמקום דיש ע"א המסייע לה וכה"ג דכיון דהוי רגלים לדבר נאמנת אז האשה. די"ל דלתי' הר"נ דמסיק דמשום דמשועבדת ע"כ אין להאמינה א"כ לפ"ז אף במקום ע"א המסייע לה וכה"ג הדין נותן ג"כ דאינה נאמנת דהא בממונא במקום דחב לאחרים כמו בהא דכתובות דף י"ט וח"מ סי' מ"ז דאינו נאמן לומר אמנה במקום דחב לאחרים:

וודאי דאף דיש ע"א המסייעו אינו נאמן משום דאין ע"א קם בממון רק לשבועה והיכא דהעד והבע"ד מודים דחבירו אינו יודע כלל אין מקום לחייבו שבועה ולדון מתוך שאין יכול לישבע משלם כמבואר בסי' ע"ב וע"כ כיון דהא דאינה נאמנת זהו משום דמשועבדת לבעלה ואינה יכולה להפסיד לאחרים ע"כ אף היכא דע"א מסייע לה הדין נותן דאינה נאמנת ובאמת עיקר המקור דברגלים לדבר היא נאמנת מקורו הוא מן תה"ד סי' רכ"ב ושם מבואר בזה"ל דכיון שכתבו התוס' והרא"ש ביבמות דף כ"ה דלכן אינה נאמנת לומר טמאה אני לך משום דרוב נשים האומרות כן משקרות לכן נראה לחכמים להתירן כו' ע"כ היכא דאיכא רגלים לדבר דליכא בזה רוב משקרות נאמנת מן הדין ע"ש:

א"כ עיקר הדין דרגלים לדבר תלוי בפלוגתת התירוצים הנ' דלהר"נ אינה נאמנת אף בע"א מסייע לה וכה"ג:

ט

וכן לתירוץ הרב ר"א דהובא בתוס' נדרים שם. וכמבואר בארוכה פירושו ברשב"א וכמש"כ כת"ר בארוכה לבאר היטב שיטה הנ"ל דכיון דהוא לא מוזהר בזה ע"כ אינה מוזהרת עליו ובאמת נלע"ד דשיטת הרא"ש בפירושו לנדרים ס"ל ג"כ כעין שיטת הרב ר"א הנ"ל והוא דלכאורה קשה מן מש"כ הרא"ש בפי' המשנה לנדרים דף צ' עלה דהאומרת טמאה אני לך כו' דהאמינוה חכמים לאסור עצמה על בעלה כו' ומשמע מזה דס"ל דמן הדין לא מיתסרא על בעלה ולא מצי לשווי' נפשי' חד"א וזהו כסברת הר"נ דמשום דמשועבדת לבעלה לא מצית לעשות א"ע בחד"א. ואילו ביבמות דף כ"ה כתב שם הרא"ש דלכן לא מצית לאסור על בעלה משום דרוב נשים משקרות לפיכך נראה לחכמים להתירן כו' משמע דמן הדין מיתסרא משום חד"א רק מצד תקחז"ל לא מיתסרא א"כ סתרי דברי הרא"ש אהדדי. וידעתי מה דיש לדחוק בזה אבל העיקר מה שנראה לי לומר דהרא"ש ס"ל כסברת הרב ר"א הנ"ל דשאני איסורי כהונה דהתם דמיירי דאומרת טמאה אני באונס דכיון דאיהו לא מיתסר ע"פ אמירתה ע"כ לא שייך בזה חד"א להיות מיתסרא:

לכן כתב שם בפירוש המשנה דהא דאומרת טמאה אני לך נאמנת למשנה ראשונה אין זה אלא מצד תקחז"ל משום דמן הדין לא שייך בזה לדון שווי' אנפשי' חד"א כנ"ל אבל בהנך עובדות דסוף נדרים דהובא ברא"ש ביבמות ד' כ"ה דמיירי בטמאה אני ברצון דלא שייך תי' הרב ר"א הנ"ל:

ע"כ הוכרח הרא"ש לפרש דבאמת מן הדין מצית לשווי' אנפשי' חד"א. רק לפי דרוב נשים משקרות נראה לחכמים להתירן ולכן הביא הרא"ש שם ראי' לזה מהא דאוכלת בתרומה וכמו שהקשו התוס' בסוף נדרים מזה על הא דתי' הר"א כנ"ל משום דמהמשנה דסוף נדרים אינו ראי' די"ל בזה כתי' הר"א הנ"ל. ואתי שפיר דברי הרא"ש הנ"ל דלא סתרי אהדדי וקצרתי בכ"ז:

י

וכיון דנתבאר דגם הרא"ש ס"ל כתירוץ הרב ר' אליעזר הנ"ל ע"כ שפיר יש לסמוך באשת כהן דמיתסר באונס דבזה אף במקום רגלים לדבר לא תהי' נאמנת דעיקר הכלל דרגלים לדבר לא שייך אלא היכא דמן הד"ת מצית לשווי' נפשי' חד"א רק מצד תקחז"ל אינה נאמנת בזה אמרו דבמקום רגלים לדבר נאמנת כיון דלא שייך בזה התי' דרוב נשים משקרות כנ"ל אבל באשת כהן באונס או בשוגג כיון דמן הדין אינה נאמנת בזה הדין הוא דאף במקום רגלים לדבר אינה נאמנת וכיון דהרא"ש ס"ל ג"כ כתי' הר"א הנ"ל ע"כ יש לנו לצרף זה לספק ספיקא דפלוגתא בזה. היינו ספק א' דילמא הלכה כתי' בתרא

דהר"נ דמשום דמשועבדת לבעלה לא מצית למיסר נפשה בחד"א לעולם ואז אף במקום רגלים לדבר אינה נאמנת כלל ואת"ל כהחולקין דאף במקום שעבוד נאמנת ע"ע בחד"א עכ"ז ספק דילמא באשת כהן באונס לא שייך למיסר א"ע בחד"א דדילמא הלכה כהר"א והרא"ש הנ"ל ובזה אף במקום רגלים לדבר ג"כ אינה נאמנת וידוע דס"ס דפלוגתא עדיף טובא וקצרתי:

יא

ומשום חומר הענין דעתי מסכמת שאין להתירה לבעלה רק באופן שיחקרו היטב את הבועל ובאיום כראוי עליו ואחר כ"ז יאמר הבועל שלא הי' ביאה בהכנסת עטרה אז יש להתירה אחר שיאיימו גם על הבעל שאינו מאמינה ובאם שמאמינה אסורה עליו וכמש"כ כה"ג הנו"ב במ"ק סי' ע' וגם הא כתב כת"ר דהאשה חוזרת עתה מדברי' הראשונים רק דאינה נותנת אמתלא נכונה לזה ואחר כ"ז דעתי מסכמת להיתירא וכמש"כ כת"ר בארוכה בטוב טעם להיתירא:

סימן עג

ב"ה יום ב ט"ז טבת תרל"ב. אל כבוד הרב הגאון וכו'.

מה שהעיר כת"ר בנידון עוברת על השבועה שנשבעה שאם יארע לה חולי כזאת תהיה מחוייבת לקבל גט בע"כ וכיון שאינה מקיימת ואינה מקבלת הגט ברצונה א"כ דינה כעוברת ע"ד משה:

א

הנני להשיבו כי כבר כתב כן הב"ש בסי' קט"ו ס"ק י"ז דאם תשבע שאם תעשה עוד מחוייבת לקבל גט ממנו ועברה על השבועה נראה דהשבועה חל דהא חר"ג היה לטובתה והיא יכולה למחול א"נ דהשבועה היה חל עליו ועברה על השבועה נמצא דהיא עוברת על הדת ויכול לגרשה בע"כ עכ"ל הב"ש. ולולי דברי הב"ש יש להסתפק דאפשר לדון כיון דעיקר הטעם דנודרת ואינה מקיימת תצא בלא כתובה משום דבעון זה בנים מתים א"כ י"ל דזה אינו בנודרת ונשבעת היכא דאינו ביד הבעל להסיר התקלה זו אבל הכא שנשבעה שמחוייבת לקבל גט בע"כ הא זהו ביד הבעל למחול לה השבועה כמבואר בח"מ סי' ע"ג סעי' ז' וביו"ד סי' רכ"ח סעי' ל"ט דיכול לומר הריני כאילו התקבלתי וגם מבואר בח"מ שם סעי' ו' גבי שבועה דאינו חייב רק אם יתבענו חבירו וכ"ז שלא תבעו אינו מחוייב מכח השבועה וע"כ הא ביד הבעל שלא לתובעה שתקבל גיטה א"כ עכ"פ בידו להסיר התקלה דאמרו דבשביל דבני' מתים דינה כעוברת ע"ד משה. ומנלן דאף כה"ג אמרו כן:

ב
אך יש להוכיח דגם היכא דביד הבעל להסיר התקלה זו דג"כ מקריא נודרת ואינה מקיימת ודינה כעוברת ע"ד והוא דהשיטה מקובצת לכתובות דף ע"ב ע"א ד"ה ונודרת ואינה מקיימת כו' כתב אי נמי יש להעמיד גם באותן השלשה נדרים וטעמא דאינה מקיימת הא לאו הכי לא מצי מפיק לה דמצי מיפר לה ואי לא מיפר לה הוא נתן אצבע בין שיניי כו' עכ"ל השמ"ק. א"כ חזינן דאף היכא דמצי מיפר לה מ"מ היכא דנודרת ואינה מקיימת דינה כעוברת ע"ד משה אף דבידו להסיר התקלה מה דבני' מתים א"כ מוכח מזה כמו שכתב הב"ש ובחידושי בסוגיא זו הארכתי ודחיתי ראיה זו ואכמ"ל ובקצרה כיון דהב"ש כתב כן לדינא יש לסמוך עליו ובפרט דבפשטות מוכח מן השמ"ק כדבריו ועוד דהא הב"ש כתב שם עוד מתחילה הטעם דחל השבועה שלה משום דהי' השבועה לטובתה כו' וזהו סברא ברורה דאף דלעיל בסי' ס"ט גבי איני ניזונית וא"ע אמרו די"ל דיכולה לחזור מ"מ שאני הכא דכיון דנשבעה א"כ מחוייבת מצד השבועה ואינה יכולה לחזור ועיקר התקנה היה לטובתה כמש"כ הב"ש ולכן ברור דיכולין לכופה שתקבל הגט בע"כ וכמש"כ מעכ"ת מסברא. ואין בכחי כעת להאריך בזה.

סימן עד

ב"ה יום ה' י"ד אלול תרל"א לפ"ק קאוונא אל כבוד הרב הגאון וכו':

מכתבו הגיעני במה שדרש ממני לחוות דעתי ע"ד אשה הנשתטית שאין יד הבעל משגת להשליש הכתובה בשלימות וכן אין בידו ליתן לה המזונות ודירה וחיוב שמירתה מן הפקר המוטלים עליו וכמבואר בהפוסקים:

ושקיל וטרי כת"ר בדברי הצמח צדק בסי' ס"ז המובא בקצרה בב"ש סי' א' ס"ק כ"ג וגם שקיל וטרי בפלוגתת הראשונים שהובא בסי' קי"ט סעי' ו' ובח"מ וב"ש שם דהרבה פוסקים ס"ל דאף בזמן הש"ס אין יכול לגרשה אם אין לו במה לשלם הכתובה:

ענף א

א
והנני להשיבו והוא כי הרשב"א שהובא בב"ש סי' קי"ט ס"ק ו' כתב דאין רשאי לגרש אשתו אם אין לו לשלם הכתובה והביא ראיה מכתובות ד' נ"א דלקתה חייב לרפאותה ואם א' הרי גיטך וכתובתך רשאי הרי דאם אין מסלק הכתובה אינו רשאי לגרשה ובאמת תקשה לשיטת הרא"ש שהובא ברמ"א סי' קי"ט סעי' ו' דכתב דבזמן הש"ס רשאי לגרשה אף דאין לו לשלם הכתובה ואינה יכולה לעכב משום זה הגירושין דקשה דל"ל הרי גיטך וכתובתך וקושיות הרשב"א אכן באמת אין זה קשה לפי המבואר באה"ע ריש סי' ע"ז דהך ה"ז גיטך וכתובתך דכתובות הנ"ל מיירי אף דאינו מגרשה ממש רק

דמשליש הגט והכתובה עבורה ואף דלא קיבלה הגט לידה מ"מ כיון דמוכן למסור הגט והכתובה במזומן מיפטר מרפואה ומזונות ולפ"ז י"ל דאינו קשה על שיטת הרא"ש משום דבאמת אם מגרשה ממש יכול לגרשה אף אם אינו משלם הכתובה והמשנה דהרי גיטך וכתובתך מיירי במשליש לבד דבזה אינו מיפטר ממזונותיה כ"ז דלא משלם הכתובה אלא כשמשליש הכתובה עם הגט בזה היה תקחז"ל דמיפטר ממזונות וע"כ שפיר י"ל דבמגרשה ממש יכול לגרשה אף דלא שילם את הכתובה וכשיטת הרא"ש:

ב

והרשב"א דהוכיח כן מוכח דס"ל לפרש להמשנה דכתובות ד' נ"א הנ"ל דמיירי במגרשה ומוסר הגט לידה וכמו דכתב המשכנות יעקב ח' אה"ע סי' ט"ז שכתב לדון דאף בזמן הש"ס אין ביד הבעל ליפטר ממזונות אשתו כ"ז דלא הגיע הגט לידה דוקא ולא סגי באמירה בעלמא ובהשלשת כתובה וחולק על הפוסקים דריש סי' ע"ז. וכתב דהכי משמע פשטא דמתניתין גבי רפואה כו' דכתובות דף נ"א דאם אמר הרי גיטה וכתובתה תרפא א"ע רשאי דהכוונה דרשאי לגרש בימי חלי' וגם דרפואה שאין לה קצבה ה"ה כמזונות ולא אמרינן דכבר נתחייב ברפואתה כעין דאמרו בפדיון דלא מהני גירושין למיפטר. ולכן לא נקט התנא כן במזונות דאם אמר ה"ז גיטה וכתובתה ותזון א"ע רשאי משום דבמזונות פשיטא דאחר שגירשה פטור וגם פשוט דיכול לגרש בע"כ כו' עכ"ל ולע"ד מוכח להיפך מן התוספתא דכתובות פ"ד דמיירו שם ברפואה דאין לה קצבה ה"ה כמזונות ואח"ז תני שם בזה"ל היו שני בצורת וא"ל ה"ז גיטך וכתובתך צאי ופרנסי א"ע הרשות בידו אלמא דתניא בתוספתא להך דינא גבי מזונות ואדרבה מוכח מהתוספתא דאף דתני שם מתחילה לדין רפואה. אפ"ה שבק לי' ותני להך דינא במזונות אלמא דודאי בזמן הש"ס היה מועיל השלשת כתובה וגט למיפטר ממזונות אף דלא קיבלה עדיין להגט. דאילו קיבלה להגט תקשה דמאי אשמועינן התוספתא דהא ודאי פטור ממזונות לאחר דגירשה וכמש"כ המשכנות יעקב דהא ודאי יכול לגרש בע"כ בזמן הש"ס:

ג

ולפ"ז מוכח מזה כמש"כ הפוסקים בריש סי' ע"ז דבזמן הש"ס ודאי מועיל השלשת כתובה וגט להיות פטור ממזונות אף דלא קיבלה להגט. והא דתנן במשנה להך דין גבי רפואה י"ל דאשמועינן דלא נימא דרפואה שאין לה קצבה יהיה דינה ג"כ כמו פדיונה דלא מצי למימר הרי גיטה וכתובתה וכן פשט הלשון דבמשנה הרי גיטה וכתובתה ולא אמרו הרי גיטך וכתובתך בלשון נוכח משמע דמיירי דלא מגרשה ממש. אבל בשיטת הרשב"א דהוכיח מהך משנה דכ"ז דאינו משלם הכתובה אינו רשאי לגרשה. י"ל דזהו משום דס"ל כדברי המשכנות יעקב דהמשנה מיירי במגרשה ממש דאל"כ אין מקום

להוכחתו ואפשר דלכן ס"ל להרא"ש בתשובה כלל מ"ב שהובא בסי' ע"ז בח"מ ס"ק ג' דבזה"ז דתיקן ר"ג שלא לגרש בע"כ מחוייב בשאר וכסות ואינו יכול ליפטר כו' ומשמע דמיירי בהשלשת גט וכתובה דבזמן הש"ס היה מועיל ליפטר די"ל דאזיל לטעמי' דס"ל להרא"ש דיכול לגרשה אף בלא סילוק הכתובה א"כ מוכח לפ"ז דהא דאמרו הרי גיטה וכתובתה כו' דזה מיירי בהשלשה לבד דאל"כ תקשה קושית הרשב"א הנ"ל דל"ל סילוק הכתובה:

וע"כ ס"ל להרא"ש דדוקא בזמה"ז אינו יכול ליפטר אבל בזמן הש"ס הי' מועיל השלשתו כנ"ל:

ד

ועוד י"ל בסברת הרא"ש דס"ל דיכול לגרשה בע"כ אף דלא שילם הכתובה דלא תקשה עליו מהא דהרי גיטה וכתובתה תרפא את עצמה כמו שהוכיח הרשב"א די"ל דהרא"ש אזיל לטעמי' דהנה בב"מ פ"א סי' ל"ד הביא הרא"ש בשם הירושלמי דמי שגירש אשתו ולא נתן לה כתובה חייב במזונותיה עד שיתן פרוטה אחרונה ושיטת האלפס שם דלא כהירושלמי משום דהוכיח מש"ס דילן דלא כהירושלמי והרא"ש העלה שם להלכה כהירושלמי ע"ש. ועיין בכתובות ברא"ש פ' י"ג סי' ד' ולפ"ז י"ל דלכן נקטו במשנה הרי גיטה וכתובתה כו' משום דאשמעינן הך דינא דירושלמי הנ"ל דדוקא בשילם הכתובה מיפטר ממזונות אבל כל זמן דאינו משלם הכתובה אף דגירשה חייב במזונותיה אם תתבע וכמש"כ הב"ש בסי' צ"ג ס"ק ה' לשיטת הרא"ש ע"ש ולכן שפיר י"ל דמצי לגרשה אף דלא שילם הכתובה וכשיטת הרא"ש אכן לשיטת הרי"ף הנ"ל דהובא באה"ע סי' צ"ג בח"מ ס"ק ד' ובב"ש שם ס"ק ד' דס"ל דגרושה אף שלא נתן כתובתה אין לה מזונות א"כ ליכא למימר כנ"ל ותקשה קושית הרשב"א מהא דהרי גיטה וכתובתה על מה דפסק הרמ"א בסי' קי"ט סעי' ו' דיכול לגרשה אף דלא שילם הכתובה וע"כ מוכח לחלק דשא"ה דמיירי בהשליש הגט והכתובה ע"כ בעינן גט וסילוק הכתובה אבל במגרשה ממש מיפטר ממזונות אף דלא נתן הכתובה וכשיטת הרי"ף הנ"ל כן י"ל בכ"ז:

ענף ב

ה

וכת"ר שקיל וטרי הרבה בטעם הסוברין דאינו רשאי לגרשה אם אין לו במה לסלק הכתובה וביקש ממני לחוות דעתי בזה והנני להשיבו גם בזה והוא דלכאורה צריך ביאור באמת דאיזה שייכות הוא חיוב כתובה להגט נלע"ד בכוונתם ע"פ מש"כ הרשב"א שהובא בשיטה מקובצת לביצה דף ח' ע"ב דאינו רשאי לשחוט במקום שאין לו במה לכסות את דמו דאינו רשאי להביא א"ע לידי חיוב עשה ושידחה להעשה מפני טענת

אונס ושקיל וטרי שם בהא דעירובין דף ס"ח בההוא ינוקא דאישתפיך חמימא כו' עי"ש וכן מבואר ביו"ד סי' כ"ח סעי' כ"א דמי שאין לו עפר לכסות לא ישחוט ע"ש וחזינן דאין אדם רשאי להכניס א"ע לידי חיוב מצות עשה ולבטלה מפני סיבת אונס:

ומצינו כעין זה בשבת דף י"ט ובאו"ח סי' רמ"ח הטעם דלכן אין מפליגין פחות מן ג' ימים קודם השבת לפי שיכול להיות חילול שבת מזה במקום סכנה וכמש"כ הר"נ בפ"ק דשבת וכעין זה בהר"ן דשבת פ' י"ט ובאו"ח סי' של"א ובט"ז ס"ק ט' וביו"ד סי' רס"ד בב"י בשם התשב"ץ וכיוצא בזה מצינו באו"ח סי' ש"ו סעי' י"ד ובמג"א שם ס"ק כ"ח וס"ק כ"ט דמותר לאחר לחטוא באיסור קל כדי שלא יעבור חבירו על איסור חמור באונס הרי דאף על עבירה שיעבור באונס החיוב להשתדל שלא יבא לזה וכן מצינו בכמה דוכתי:

וה"ה כאן דאם יגרש אשתו אז יהיה עליו חיוב מצות עשה דפריעת חוב הכתובה הן למ"ד דאורייתא הן למ"ד דרבנן וכל זמן שלא יגרשה לא יהיה עליו חוב הכתובה כלל ע"כ אסור לגרשה כדי שלא יצטרך לעבור על מ"ע דפריעת בע"ח ואף דיהיה אונס על קיום המצוה הזאת לפי שאין לו במה לשלם מ"מ הא אסור לו להביא לידי זה וכמו בשחיטה דאסור לשחוט אם אין לו עפר לכסות וכמבואר כן גם באו"ח ה' יו"ט סי' תצ"ח סעי' י"ד וביצה דף ח'. ולכאורה יש להעיר מכתובות דף ג' ע"ב דהקשו דלידרוש דאונס שרי ופי' התוס' דאמאי לא מיחו בידם ואי נימא דאסור להכניס א"ע ולבטל למ"ע ע"י אונס דלפ"ז הי' אסור שם לכנוס ברביעי דאף דהוי אונס מ"מ הא אסור להכניס א"ע לזה ובפרט דיהי' שם איסור עריות ובקו"ע אבל באמת שא"ה דמהדרינן שלא יעקרו תקנתא דרבנן לגמרי במה שתקנו בתולה נישאת ליום רביעי וקצרתי]:

1

ועפ"ז הארכתי במק"א במה דיש לדון מזה בראיות הפר"ח מהך דיבמות דף ס"ג דנתנני ד' בידי לא אוכל קום זהו אשה רעה וכתובתה מרובה כו' ומגיטין דף נ"ח במעשה באדם א' שנתן עיניו באשת רבו כו' א"ל כתובתה מרובה כו' והובא בבאר היטב לסי' קי"ט ס"ק ו' ועת לקצר והב"ש בסי' קי"ט ס"ק ו' כתב דבזיווג שני רשאי לגרשה אף שאין לו במה לסלק הכתובה וכן בכל מקום דרשאי לגרש אינה יכולה לעכב בשביל הכתובה ובאמת לפי הטעם שכתבתי יש לדון בזה אכן לדינא לפי הכרעת הב"ש הזה. ע"כ בכל מקום שראו להתירו שישא אשה אחרת על סמך השלשת הגט והכתובה כמו בנשתטית ושארי מקום מצוה שהתירו אף בזה"ז. בזה ודאי אין עיכוב מן הדין אף שאין בידו לסלק הכתובה כיון דהוי מצוה בהגט וכדברי הב"ש. והנה הב"ש בסי' א' בס"ק כ"ג הביא בשם הצ"צ סי' ס"ז דקרובי האשה ימכרו הכתובה לבעלה בטובת הנאה וכיון דאין לה

עליו חוב כתובה לאחר שקנה הכתובה אז יכולים להתירו וזהו לפי דפרטי ההיתר לפי התקנה היה דישליש במזומן הכתובה והתו"כ וכמש"כ הצ"צ שם וכן ראיתי בשו"ת מהר"ם מרוטונבורג בסופו בהתקנות של רגמ"ה דכתב דפרטי ההיתר הוא שישליש במזומן הכתובה וע"כ ראה הצ"צ לעשות עצה זו שימכרו הקרובים להכתובה להבעל:

ז

ובעיקר העצה של הצ"צ שימכרו הקרובים בהסכם ב"ד את הכתובה בטובת הנאה והקשה ע"ז החתם סופר באה"ע ח"ב סי' ק"ך דאיזה זכות הוא להאשה. דמש"כ הצ"צ דלא תוכל לישבע על כתובתה וע"כ לא תוכל לגבות הכתובה ולכן הוי זכות לה מה שנוטלת מיד דמי ט"ה. דזה אינו דהא הבעל לפנינו ואומר שלא התפיסה צררי כו' ובאמת י"ל דאף היכא דהבעל לפנינו ומודה שלא התפיסה צררי עכ"ז תהא חייבת שבועה שלא תפסה בעצמה וכשי' התוס' בב"ב דף קנ"ח ד"ה וב"ה אומרים כו' בשם הר"י דזהו שבועת עצמה אף בלא טענת ג"ש ועיין באה"ע סי' צ' בב"ש ס"ק כ"ד ובסי' צ"ו ס"ק א' וס"ק יו"ד מזה:

וכיון דהוי פלוגתת הראשונים אם שבועה שלא תפסה הוי עיקר שבועה או רק ג"ש ע"כ ממילא לא תוכל לגבות בלא שבועה שלא תפסה וכיון דנשתטית ולא תוכל לישבע כמבואר בסי' צ"ו סעי' א' ברמ"א בסופו. ע"כ הוי זכות להאשה מה שנותן לה מיד דמי ט"ה:

ח

ועוד י"ל דאף היכא דהבעל מודה דאין לו עלי' החשד דשמא תפסה בעצמה וכן אף היכא דלא יספיקו הריווח מן דמי ט"ה על מזונות של האשה וכמו שהקשה החתם סופר. עכ"ז אין להזניח העצה של הצ"צ דהא הצ"צ שם בתשובה סי' ס"ז כתב סברא אחרת דהוי זכות להאשה מה דמוכרין כתובתה בט"ה משום דעניות שכיח כמבואר ביו"ד סי' רכ"ח סעי' י"ב וגם ישאר הקרן ליורשי' יורשי חלצי' אפילו אם תמות היא קודם ממה שתהיה סומכת על הספק שתגבה כתובתה שימות הוא קודם ויניח ממון רב כי זה פשוט וברור שמניחין הספק ותופסין הוודאי. והביא ראיות לזה וכעין זה כתב הח"ס שם דמצינו דכח ב"ד יפה שמעמידין אפוטרופוס לזכות ע"מ לחוב ולכן אף היכא דלא יספיקו הרווחים מן המעות על מזונות של האשה עכ"ז אין להזניח העצה של הצ"צ משום דעדיין מקרי זכות משום זה:

וכעין זה מצינו בפסחים דף קי"ג ע"א דכל אשראי ספק אתי ספק לא אתי וע"כ טוב לה למכור כתובתה בטובת הנאה ויהיה במזומן ת"י והוי זה בשם זכות לה:

ט

אך בעיקר דברי הצ"צ במש"כ דהוי זכות להאשה דישאר הקרן ליורשי' יורשי חלצי' כו' בזה יש לעיין דהא כיון דעדיין לא הגיע הגט לידה רק מונח ת"י השליח שיתן בידה כשתשתפה ה"ה א"א גמורה והיא אשתו ובעלה יורשה כמבואר באה"ע סי' צ' סעי' ה' דכ"ז שלא נתגרשה אע"ג שנתן עיניו לגרשה יורשה ודלא כשיטת הרשב"ם בב"ב דף קמ"ה וכל הפוסקים חולקים עליו ופי' דהסוגיא דהתם מיירי בארוסה וכמש"כ הב"ש שם והביאור הגר"א זצ"ל שם ס"ק ט"ז בשם הרי"ף והרא"ש דלא מפקיע ירושת הבעל אלא בגירושין גמורים ע"ש וגם לשיטת הרשב"ם דשם הא כתב בפ"ת שם בשם כרם שלמה מהגאון בעל חתם סופר דהרשב"ם לא אמר זה רק קודם תקנת רגמ"ה דהי' בידו לגרשה אבל לאחר תקנה דאין בידו לגרשה בע"כ גם הרשב"ם מודה דיורשה ע"ש א"כ הכא דנשתטית דאף בעבר וגירשה אינה מגורשת היכא דא"י לשמור גיטה דאינה בת גירושין מדאורייתא וגם היכא דיכולה לשמור גיטה רק דא"י לשמור א"ע ג"כ יש סוברים דאף בדיעבד אינה מגורשת כמבואר בסי' קי"ט סעי' ו' ולכתחילה כ"ע ס"ל דאסור לו לגרשה מדרבנן וע"כ בכה"ג גם הרשב"ם מודה דבעלה יורשה. ומש"כ המהרש"ל בפ"ב דגיטין לענין אבילות כבר חלקו עליו הפוסקים וכמש"כ הבית מאיר שם ובלא"ה אין זה ענין לנ"ד]:

י

וגם הא כבר כתבו כל האחרונים לדון דאף כשיהיה הגט ביד השליח וימסור לה לכשתשתפה לא מהני הגט כלום וכמש"כ המל"מ בפ"ו ה"ג בשם חכמי קוסטאנטינא: **וכ"כ** המרכבת המשנה שם וכמש"כ הבית מאיר בסי' א' דגט זה אינו יודע מה טיבו ע"ש ויש לי הרבה להאריך בפרט זה אך דאין זה שייכות לענינינו כ"כ דברור הוא לדינא בנ"ד דכ"ז דלא נשתפית ולא הגיע הגט לידה דבעלה יורשה א"כ אין הבנה לדברי הצ"צ שכתב דמכירת הכתובה בעד דמי טובת הנאה הוי זכות להאשה משום דנשאר הטובת הנאה ליורשי' יוצאי חלצי' דהא עדיין יהיה בעלה יורשה גם לדמי טובת הנאה ואפשר דהצ"צ שכתב כן זהו משום דס"ל כמש"כ הב"ש בסי' פ"ה ס"ק ט"ז גבי דמי טובת הנאה דכתובתה דאין בעלה יורשה והוכיח כן מן ב"ק דף פ"ט בסוגיא דאשה שחבלה באחרים פטורים דאמרו תזבון לנ"מ בטובת הנאה ותזבן כתובתה בטובת הנאה כו' ואי נימא דבעלה יורש לטובת הנאה איך יכולה למכור להטובת הנאה לאחרים וליתן להנחבל ולהפקיע ירושת הבעל ע"כ מוכח מזה דאין הבעל יורש לטובת הנאה ע"כ קוטב דברי הב"ש ולפ"ז אתי שפיר דברי הצ"צ דשפיר מקרי זה זכות במה שיורשי' יוצאי חלצי' יהי' יורשים דמי ט"ה ולא הבעל:

יא

אכן עיקר ראיות הב"ש במה שהוכיח דאין הבעל יורש להטובת הנאה מהך דב"ק אינו ברור משום די"ל דדוקא בגוף נ"מ אמרו בש"ס שם דכיון דבעל כלוקח בנכסי אשתו מצד תקנת אושא ע"כ אינו יכול הנחבל לגבות מנ"מ משום דהבעל קדמו משא"כ בדמי ט"ה כיון דאין להבעל זכות פירות בהטובת הנאה כמו דאמרו מקודם שם וע"כ ממילא אינו כלוקח על טובת הנאה וכמש"כ הקצה"ח בסי' ק"ג ס"ק ט' בשם שיטת רש"י בב"ק ד' פ"ח דעיקר תקנת אושא שיהיה אלים זכות הבעל כלוקח זהו משום קנין פירות שלו ומש"כ התוס' בב"ק דף פ"ח וביבמות דף ל"ו וכתובות דף נ' וב"ב דף קל"ו זהו רק לריו"ח אבל לדידן דקיי"ל כר"ל אין לנו הוכחה דתקנו גם בכה"ג כו' ע"ש בקצה"ח ובחידושי לח"מ סי' ק"ג הארכתי והבאתי שיטות להפוסקים דס"ל דאף דאין לו פירות מ"מ זכות הבעל בנ"מ של אשתו כלוקח ראשון ע"ש ומ"מ י"ל בקצרה כן דהנה זה יש מקום להוכיח מסוגיא דב"ק דף פ"ט הנ"ל דאין לבעל זכות לוקח על טובת הנאה דלא נתנו חז"ל אליו זכות זה וכמו דלא נתנו לו זכות באכילות פירות בטובת הנאה אבל מנלן להוכיח דאין זכות להבעל ליורשה בטובת הנאה די"ל דדין הבעל בירושתה כמו בכל ירושות דאם ישאר נכסים מן המוריש דיורשיו יורשן וכמו דמצינו בנכסים שאינם ידועים דאין להבעל זכות פירות בהו וגם אם מכרה ונתנה קיים אבל אם ישאר בידה יורשה הבעל כמבואר באה"ע סי' צ' בח"מ ס"ק כ"ה ובב"ש ס"ק ל"ב וס"ק מ"א:

אף דקיי"ל בנכסים שאינם ידועים שם דלכתחילה לא תמכור. עכ"ז כיון דבדיעבד אם מכרה קיים ולית לי' דין לוקח בזה ומ"מ יורשה ע"כ ה"ה בהך טובת הנאה. לכן ממילא במקום שחייבת לשלם להנחבל ויש לו שעבוד על הך דמי ט"ה ע"כ שפיר גובה הנחבל אבל מנלן להוכיח דלא יהיה להבעל זכות ירושה על הך טובת הנאה ובפרט להסוברים ירושת הבעל מה"ת. לכן לדינא דברי הב"ש אינו ברור בזה ואחר כותבי כ"ז ראיתי בהפלאה לק"א בסי' פ"ה ולהבית מאיר והתורת גיטין בחי' לכתובות שם דהשיגו כולם על הב"ש ומסקו כי הבעל יורש להך טובת הנאה ולפ"ז נסתר מה שכתב הצ"צ דהוי זכות להאשה מה שימכרו הכתובה בדמי ט"ה דיהי' יורשי' יורשים להך ט"ה ולא הבעל. דז"א לדינא כפי מה שכתבתי וכפי הכרעת האחרונים הנ"ל לדינא:

יב

לכן נלע"ד לומר דהב"ד המזדקקים שימכרו הכתובה בדמי טובת הנאה.. דיעשו באופן שלא יהי' להבעל זכות ירושה בדמי טובת הנאה וכמבואר באה"ע סי' צ"ב סעי' ז' ברמ"א דהא דלא מהני תנאו לאחר שנשאה דוקא שאמר שלא יירשנה אבל במחייב עצמו להחזיר ליורשי' מה שיורש ממנה צריך לקיים עכ"ל ע"כ ה"ה הכא בדמי טובת

הנאה ישתדלו שהבעל יתחייב א"ע ליתן להט"ה ליורשי' ואז שפיר יהי' הך זכות שכתב הצ"צ דישאר ליורשי' יוצאי חלציו'. ואז דוקא יהיה מועיל מכירת הכתובה בטובת הנאה משום דזה מקרי זכות שיש יכולת ביד ב"ד למכור בטובת הנאה ולא מבעיא היכא דלא יספיקו דמי ט"ה שתזין מזה אז וודאי דהחיוב הוא שלא יסכימו על המכירת הכתובה עד שיתחייב הבעל ליתן הט"ה ליורשי' של האשה משום דאל"כ אין לנו זכות בהך מכירת הכתובה ואף היכא דמספיק הך דמי טובת הנאה על כל הצטרכות שלה. עכ"ז כיון דחשב הצ"צ שם גם להזכות דישאר ליורשי' כמבואר בצ"צ שם. ע"כ יראו שהבעל יתחייב א"ע כנ"ל ואז יהיה יוצאים כל החובה המוטל על הבעל כמבואר בצ"צ שם ואפשר דגם הצ"צ נתכוין לזה העצה שיראו לעשות המכירה באופן שלא יהיה הבעל יורשה להך דמי ט"ה אך שקיצר בזה או אפשר דסובר כדברי הב"ש דאין הבעל יורש להטובת הנאה וכמש"כ לעיל וע"כ קיצר בזה אכן לפי מש"כ לעיל דהעיקר לדינא דלא כהב"ש בזה והבעל יורש להט"ה ע"כ זהו העיקר במכירת הכתובה שיהי' באופן המועיל שלא יהיה הבעל יורש להט"ה וכפי העצה של הרמ"א בסי' צ"ב סעי' ז' הנ"ל דאל"כ אין להם יכולת למכור להכתובה בדמי ט"ה משום דאין בזה שום זכות כלל:

ענף ג

יג

ומה שדרש כת"ר ממני להודיעו דעתי היכא דאינן רוצין הקרובים למכור הכתובה בטובת הנאה וכן היכא דאין יד הבעל משגת לדמי טובת הנאה לפי דכתובתה מרובה ודעת כת"ר דיכולים להתירו בכה"ג הנני להשיבו כי כן דעתי מסכמת מאחר דכבר כתבתי לעיל לדון בעיקר ראיות הרשב"א שהובא בב"ש סי' קי"ט ס"ק ו' מהך דהרי גיטה וכתובתה דסילוק הכתובה מעכב הגירושין וכתבתי לעיל דלדינא כיון דכתבו הפוסקים בריש סי' ע"ז דגם בהשליש הכתובה והגט מהני למיפטר ממזונות ע"כ אין הכרח כלל לראיות הרשב"א וכיון דעיקר סמיכת הרשב"א הוא על ראי' זו לכן כיון דלדינא לפי הכרעת הפוסקים הללו אין מקום להוכחתו ובפרט דהוכחתי כן מן התוספתא דכתובות דע"כ מיירי שם בלא מסר הגט לה וע"כ ממילא יש לנו למנקט לדינא כפי הכרעת הרמ"א בסי' קי"ט סעי' ו' בשם הרא"ש והריב"ש דאין הכתובה מעכב להגירושין. ומה שהקשה הפר"ח מהך דיבמות דף ס"ג דאמרו על פסוק נתנני ד' בידי לא אוכל קום זהו אשה רעה וכתובתה מרובה וכן מהך דגיטין דף נ"ח במעשה באחד שנתן עיניו באשת רבו כו' א"ל כתובתה מרובה כו' באמת אינן ראיות מוכרחות דיש לדחות זה בפשיטות דכיון דכ"ז דלא תתגרש לא תוכל לגבות הכתובה רק באם תתגרש תוכל לתבוע הכתובה ע"כ זה

גופא הוי רעה וקרינן ע"ז נתנני בידי לא אוכל קום זולת זה כבר כתב הבאר היטב בסי' קי"ט ס"ק ו' לדחות לראיות הללו לפי דאין למדין מן ההגדות וכמש"כ התוס' יו"ט פ"ה דברכות משנה ד' אך בזה י"ל דהפר"ח לטעמי' לפי דהובא בתוס' רע"א לברכות שם בשם הפר"ח בספר מים חיים שכתב דדינא דלא אתפריש בש"ס למדין ממדרשות ע"ש:

יד

ועוד נלע"ד דאף להרשב"א דכתב דכתובה הוי עיכוב להגט י"ל דז"א רק בעיקר כתובה אבל לא להתוס' וראי' לזה מהא דנדרים דף ס"ה ע"ב במעשה באחד שנדר הנאה מאשתו כו' אפי' אתה מוכר שער ראשך כו' שם בגמ' ש"מ מטלטלי משתעבדי לכתובה כו' ואי נימא דסילוק כתובה מעכבת להגט א"כ י"ל דאף דמטלטלי לא משתעבדי מ"מ מוכרח למכור שער ראשו לפי דכ"ז דלא יסלק הכתובה לא יהיה יכול לגרשה לשי' הרשב"א וכ"א יהי' יכול למידר הנאה מאשתו כדי דיהיה יכול לגרשה בלא סילוק הכתובה וע"כ אין לחלק בזה בהך דנדרים ומוכח מזה דבתוס' כתובה גם הרשב"א ס"ל דיכול לגרשה אף דאינו משלם התו"כ והטעם פשוט דדוקא בהכתובה י"ל הסברא של הרשב"א הוא דכיון דתקנת הכתובה הי' העיקר שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולכן אם הי' הדין דיהי' יכול לגרשה אף אם אין לו יכולת לשלם הכתובה א"כ תהיה קלה בעיניו להוציאה כיון דלא יהיה לו במה להגבות הכתובה ממנו ותיעקר עיקר התקנה בזה. ע"כ תקנו חז"ל דכ"ז דלא ישלם לה הכתובה דלא יהיה יכול לגרשה וזה אינו אלא בהכתובה אבל לא בהתוס':

טו

ומוכח כן מהא דכתובות דף נ"ד ע"ב דאמרו תנאי כתובה ככתובה נפ"מ כו' והר"נ שם כתב בשם הר"ח דמדקא מני כל הני ואזיל ש"מ דלא אמרינן רו"כ ככתובה אלא אלו המפורשים כאן בלבד דהא פירש ולא שייר עכ"ל [ועפ"ז יש לדון במה דכתב הב"ש בסי' ק"ג ס"ק ג' בשם הריטב"א וקצרתי ולכן ה"ה במה דאמרו חז"ל דלא יכול לגרשה אם אין לו במה לסלק הכתובה דז"א רק בהכתובה ולא בהתו"כ דאל"כ ה"ל להגמ' לממני להך דאינו יכול לגרשה כ"ז דלא מסלק הכתובה דה"ה בהתוס' כתובה דאם אין לו במה לשלם התו"כ דלא יהיה יכול לגרשה ומדלא חשב להך נפ"מ ג"כ מוכח דבזה לא אמרו דתו"כ ככתובה ולפ"ז א"ש שם בנדרים דף ס"ה דמיירי שם גבי תו"כ דהא אמרו שם דאמר לא די' שתטול היא מאתים כו'. הרי דהכתובה היה משלם לה רק התוס' לא היה משלם וע"כ לא שייך התם להך דינא של הרשב"א ואף דמן הראיות שהביא הפר"ח מהך דיבמות דף ס"ג וגיטין דף נ"ח מוכח דס"ל דאין לחלק בין כתובה לתוס' כתובה בזה מ"מ

לענ"ד נראה דיש לחלק ביניהם וכבר כתבתי דראיות הפר"ח הללו אינן מוכרחות וע"כ שפיר יש לומר דבתו"כ גם הרשב"א מודה:

טז

ויש להאריך עוד בזה אך אין אנו צריכים כיון דכבר הכריע הב"ש בסי' קי"ט ס"ק ו' דהיכא דראוי לגרשה בזה גם הרשב"א ס"ל דיכול לגרשה אף דאין לו במה לסלק הכתובה ומוכח דלא ס"ל להסברא שכתבתי לעיל לדמות זה להך דיו"ד סי' כ"ח גבי כיסוי הדם דאם אין לו עפר לכסות לא ישחוט ע"כ יש לנו על מה לסמוך גם האידנא לאחר תקנת רגמ"ה דאף דהתקנה היה שישליש במזומן להכתובה ואם אין ידו משגת דימכרו קרובי האשה להכתובה בט"ה וכמש"כ הצ"צ אך זהו הכל היכא דאפשר כן ביד הבעל כיון דהקרובים מתרצים לזה ע"כ מהראוי להשתדל כן וגם החיוב על הקרובים להתרצות על המכירה זו כדי שיהיה יוצא הבעל לקיים כפי התקנה אכן היכא דאינן מסכימים הקרובים ע"ז ודאי הדין ברור דיש להתירו להבעל לישא אחרת אף דאין משליש במזומן דכיון דגם לאחר תקנת רגמ"ה ראו להשתדל בתקנת הבעל דיהיה יכול לישא אחרת ולא יהיה עגון כל ימיו ולא מבעיא אם לא קיים פרי' ורבי', ואף בקיים פו"ר מ"מ הא אסור לעמוד בלא אשה אע"פ שקיים פו"ר וכמבואר באה"ע סי' א' סעי' ח' וביבמות דף ס"א וכמש"כ הח"מ שם ס"ק יו"ד דהרהור עבירה קשה משבת יצרה וכמש"כ התה"ד בסי' רס"ג:

יז

וע"כ ראו להשתדל בתקנתו ולהתירו ע"י ק"ר כדי להצילו מן העיגון ולא יכשל באיסור חמור כל ימיו א"כ מה יעשה העני שאינו בידו להשליש במזומן ואין סברא לנעול הדלת עליו ודרכיה דרכי נועם וע"כ ברור ופשוט דאף מי שאין בידו להשליש במזומן וכן קרובי' אינם מתרצים למכור הכתובה והתו"כ בטובת הנאה או שאין ידו משגת אף לדמי ט"ה דמ"מ יכולת בידינו להתירו לישא אשה אחרת ובאופן שישליש וועקסלין לבטוחות בחת"י שיהיה מועיל כפי החוק אשר בעת שישיג ידו יתן לה כפי החיוב המוטל עליו וגם ישביעוהו ב"ד דאם ישיג ידו לדמי כתובתה דיתן לה וכעין דברי הנו"ב במ"ת סי' ק"ד בד"ה ומ"ש שם מתשובת הרא"ש כו' שכתב בזה"ל אבל למדנו מתורת הגאון הר' יצחק שאם אין בידו דמי כתובתה ונשאר חייב לה המותר מחוייב לישבע שתיכף אשר תשיג ידו שיתן לה כו' והוועקסלין שלו עם שבועתו יהיה לבטוחות דאם ישיג ידו יתן לה הכתובה והתו"כ. וכללא הוא דמה דאפשר בידו מחוייב ע"ז ואם לא יתן כל האפשרות בידו אין להתירו אבל אם נותן ומשליש מה דבידו ועם השבועה אין לנו לנעול הדלת

בפניו ומוקמינן בזה על דין תורה כיון דע"פ דין יכול לגרשה אף אם אין לו במה לסלק לה הכתובה וכפי שנתבאר:

ענף ד

יח

וכן מה שדרש כת"ר ע"ד דאין יד הבעל משגת לתת לה חיוב מזונות וכסות ודירה ושמירתה. הנה זה לא נאמר בפירוש בהתקנות שיהיה במזומן רק על הכתובה אמרו שם דישליש במזומן ובאמת בחיוב מזונות וכל הנך לא שייך ע"ז שיהיה במזומן דהא אין קיצבה לזה לכל ימי חיי' ומי יודע עד מתי שתשתפה ואין עליו החיוב רק שישליש בטחונות ע"ז והיכא דאינו משיג בטחונות טובות על כ"ז י"ל דיספיק בטחונות ממנו במה דאפשר ביד הבעל להשליש היינו וועקסלין בחת"י הבעל שיהיה לבטוחות עליו שיתן מזונות וכסות ודירה ושמירה עד שתשתפה. לפי שמחוייב הבעל בכל אלו דברים מכבר הן מצד שיתחייב עכשיו לפני הב"ד וגם כיון דהגט אינו חל רק בעת שתשתפה ותקבל הגט לידה וכ"ז דלא תקבל הגט לידה בעת שתשתפה דינה ככל הנשים הנשואות אשר יש להם חיוב על בעליהם מכל הנך ואף היכא דאין ידו משגת ליתן לכל החיובים הללו ג"כ יכולין להתירו לישא אשה אחרת. משום דאין זה לעיכובא אם אין ידו משגת ע"ז ואין מפסידין לה שום דבר דהא גם קודם ההיתר אם אין ידו משגת מה יעשה בזה ואין כופין לו להשכיר א"ע וכמבואר בח"מ סי' צ"ז סעיף ט"ו:

יט

ואף לשיטת ר' אלי' דבתוס' כתובות דף ס"ג ד"ה באומר איני זן כו' דכופין להבעל להשכיר א"ע לזון לאשתו והובא באה"ע סי' ע' סעי' ג' בהג"ה בשם י"א ג"כ אין מפסידין לה עכשיו כלל אף דיתירו לו לישא אשה אחרת דהא כ"ז דלא תשתפה ותהיה ראוי' לקבל הגט הוי דינה כא"א אף דהשליש הגט עבורה. וע"כ ממילא כמו דהיה החיוב עליו מקודם להשכיר א"ע לשיטת ר"א ולזונה כמו כן היום לאחר שישליש הגט הדין הוא להשכיר א"ע ולזונה דגם בזה שייך הטעם של ר' אלי' דהא כותב בכתובה ואנא אפלח כו' אך לדינא אין אנו יכולים לכופו להשכיר א"ע עבור מזונות אשתו דהא זהו פלוגתת ראשונים אם כופין להבעל להשכיר א"ע וכמבואר בתוס' כתובות שם והך דינא דר' אלי' הובא בשו"ע שם בשם י"א:

וממילא גם עכשיו דמשליש הגט בעדה ומתירין לו לישא אחרת ג"כ הדין הוא דאין לכופו להשכיר א"ע אם אין לו ורבותינו הגאונים השתדלו שלא לגרוע זכותה מה שהיה לה מכבר על הבעל אבל לא להעדיף זכותה ביותר ממה שהי' לה מקודם וכיון דלא מצינו בפירוש בהתקנות דיהי' במזומן וכיוצא על חיובו במזונות וכל הנך ע"כ אין לנו להחמיר

מדעתינו וגם לו יהא ספיקא בזה הא במקום ספיקא מעמידין על ד"ת וכמש"כ הב"ש בסי' א' ס"ק כ"א ובנו"ב במ"ת סי' ח' ומה יעשה העני בעל דאין בידו ליתן בטחונות טובים דאין סברא להיות נועל הדלת בפניו דלא יהיה לו שום עצה ודרכי' דרכי נועם וכבר נתבאר דאף בכתובה דכתבו דישליש במזומן דאין זה לעיכובא במי שאין ידו משגת וכש"כ בחיוב מזונות וכל הנך דלא הזכירו שיהיו במזומן וכן נתבאר דהא זהו דבר בלתי אפשר דמי יודע כמה יתן לכל ימי חיי' אך אף בטחונות טובים וחזקים זהו ג"כ אינו לעיכובא במי שאין ידו משגת וכנ"ל:

כ

ומה שביד הבעל ליתן וועקסלין לבטוחות בחת"י ובצירוף שבועתו על השנים הבאים שיקיים כל החיובים המוטלים עליו כאשר ישיג ידו שמחוייב ליתן. ולע"ע לכל הפחות על שנה א' ישתדל להשיג בטחונות מן בטוח א' שיהיה בקיום על שנה א' בוודאי לכל החיובים הללו וכן יתן וועקסלין בחת"י לבטוחות על חוב כתובה ותו"כ וג"כ בשבועה וכמש"כ הנו"ב כנ"ל והכל כפי שיחקרו וידרשו היטיב במצב הבעל ולאיים עליו ובשבועת אין לי כמבואר:

ובקצרה דמה דאפשר ביד הבעל בכל הנך דמחוייב לעשות וכפי שיגידו לו הב"ד באזהרה ואחר שיקיים הבעל הכל וכפי הכרעת דעת כת"ר בהסידור מן הנהגת כל הנך וכשישיג רשיון מן הממשלה וכפי חוקי א' הקיר"ה ובהסכם מאה רבנים וכפי המבואר הכל בנו"ב ובחתם סופר אז הנני נמנה להיתירא בין המתירים ויעשו כ"ז בעיון היטב בעינא פקיחא שיהיה הכל על נכון בכל האפשריות שביד הבעל לעשות שיקיים כן וכן ע"ד השלשת הגט כפי המבואר בנו"ב במ"ק סי' ג' ובחשבון הרבנים מן ג' ארצות לדעתי מן הראוי להדר שיהיה לא פחות מן עשרה מכל א' מן הארצות הללו ובסך הכל יהיה מאה רבנים או ראוים להוראה וכמבואר באחרונים:

כא

והנה לעיל כתבתי לדון במגרש לאשתו אם אין לו במה לשלם הכתובה דזהו אסור מצד דעי"ז מבטל למ"ע דפריעת בע"ח וכמו ביו"ד סי' כ"ח גבי כיסוי דאסור לשחוט אם אין לו במה לכסות וכמו בהך דביצה דף ח' וחולין דף פ"ג גבי כוי דאין שוחטין ביו"ט לפי שאסרו חז"ל לכסות וכמו שהארכתי לעיל. ובאמת יש להעיר על עיקר כלל הזה מהך דשו"ע או"ח סי' י"ג סעי' ג' גבי טלית שנפסקו הציצית יכול ללובשו בשבת לפי שאינו יכול לקיים למ"ע דציצית בשבת וה"ה בחול היכא דאין ציצית נמצאים בעיר וכמש"כ המג"א שם. הרי דכיון דמה דלא יוכל לקיים למ"ע דציצית מחמת האונס אין זה אוסר ללובשו א"כ קשה מפני מה אסרו לשחוט היכא דלא יהיה יכול לקיים למ"ע דכסוי.

ולכאורה יש לחלק בזה לפי סברת הנו"ב והצל"ח גבי דשיל"מ דלא שייך להחמיר משום זה רק באיסורי אכילה אבל באיסור טלטול לא שייך זה לפי דיוכל לטלטלו היום וגם למחר וכמו כן הכא גבי לבישת הטלית דיכול ללובשו היום וגם למחר אבל זה אינו דהא לא שייך לדון כן רק בשיל"מ דעיקר האיסור הוא לפי דיכול לאוכלו בהיתר לאח"ז ע"כ שפיר אמרו דבטלטול לא שייך לומר כן אכן גבי מה דאסרו לשחוט ביו"ט היכא דלא יהיה יכול לכסות דהטעם הוי לפי דמפקיע להמ"ע א"כ ה"ט שייך גם בלבישת הטלית וע"כ תקשה כן. והשאגת אריה בסי' ל"ב כתב בקצרה דאם אין באפשרי להטיל ציצית דיכול ללבוש הטלית בלא ציצית וקיצר בזה ובעיקר ראיות הש"א שם יש לדון בזה ואכ"מ:

כב

ויש להאריך בכ"ז אך בקצרה הוא דהעיקר כמש"כ הרמ"א באו"ח שם דמשום כבוד הבריות התירו שם ללבוש הטלית בלא ציצית וכמש"כ המג"א שם ופשוט דעכ"פ איסורא דרבנן איכא וע"כ אף דלא הוי גנאי גדול ג"כ התירו לדרבנן במקום גנאי קטן וכמש"כ שם המג"א בארוכה ולא כתב שום מקור דמנלן דהוי איסורא דרבנן שם ובאמת י"ל הטעם בזה דלפי מה דמבואר גבי כיסוי דאין שוחטין ביו"ט אם אין יכול לכסותו דס"ל דזהו הוי רק מדרבנן ומזה הוכיחו לאסור מדרבנן ללבוש הטלית שם ולפ"ז יש לדון היכא דמשתדל לגרש אשתו הנשתטית משום לערב אל תנח דיש פוסקים דס"ל דמוכרים ס"ת בשביל זה וכמש"כ הב"ש בסי' א' ס"ק ט"ו וכן בשביל שלא ישב בלא אשה הביא שם בשם הרמב"ן דמוכרים ס"ת ע"ש. והנה מצינו בעו"ג דף י"ג ע"א דמטמא בבית הפרס דרבנן ללמוד תורה ולישא אשה. ועיין בתוס' שם ד"ה ללמוד תורה וכו' וקצרתי א"כ ממילא הך איסורא דרבנן דיהי' מפקיע עי"ז למצוה דפריעת הכתובה דאין זה רק איסור קל מדרבנן דהתירו זה גם בגנאי קטן דודאי מתירין לו לישא אחרת ובקצרה הוא דכמו דס"ל להרבה שיטות הפוסקים במה דאמרו חז"ל דמוכרין ס"ת ללמוד תורה ולישא אשה דגם בקיים פו"ר מותר למכור ס"ת בשביל לערב אל תנח ולאיזה שיטות אף בשביל שלא ישב בלא אשה מוכר ס"ת כנ"ל א"כ לדידהו ה"ה במה דאמרו דללמוד תורה ולישא אשה מותר לעבור בבית הפרס דרבנן דגם משום לערב אל כו' או בשביל שלא לישב בלא אשה יכולין להתיר לו ואין לנו להחמיר בדרבנן:

כג

ויש להאריך עוד בזה אבל כעת ראיתי כי באמת לא שייך כלל במ"ע דפריעת בע"ח וכתובה לדון ולדמות זה למה דמצינו דאמרו גבי כיסוי הדם וכיוצא כנ"ל והוא דמצינו בב"מ דף קי"ב ע"א גבי לאו דלא תלין פעולת שכיר בזה"ל יכול אפי' אין לו ת"ל אתך

שיש אתך כו' וצריך ביאור דאיך היה הא דיעבור על לא תלין אף באין לו מה לשלמו דמה יעשה כשאין לו במה לשלם ואפשר דהייתי אומר דאסור לו לשכור פועלים כשיודע בנפשו דלא יהיה לו במה לשלם כשיגמור השכיר פעולתו [ועיין בב"מ דף קי"א ע"א הני שוקאי דסורא כו' וקצרתי]. ע"כ אשמועינן דכשאין לו במה לשלם דאין זה נכנס תחת סוג עבירה דלא תלין כלל או י"ל דאשמועינן דאין על הבעה"ב שום חיוב כלל להשתדל ולפייס בדברים להשכיר שירחיב לו הזמן ולא יתבע לו אז והטעם הוא משום דגילתה התורה דכשאין לו במה לשלמו דאז אין שום עבירה עליו כלל והנה ראיתי בריטב"א לב"מ שם שכתב בזה"ל ואית דאמרי דאם אין לו מעות אע"פ שיש לו מטלטלין אינו עובר על בל תלין פי' שיש אתך שתוכל לפורעו בלא הפסד כו' אבל כליו לא מחייבינן למכור משום פסידא כו' ואינו עובר עכ"ל הריטב"א. וכן נראה מלשון הטוש"ע בח"מ סי' של"ט סעי' י' שכתבו דאם אין לו מעות אינו עובר ומשמע דס"ל כשיטת אית דאמרי שבריטב"א הנ"ל ולשיטת אית דאמרי אתי שפיר בפשיטות למה דהיה ה"א דאף באין לו מעות יעבור על ל"ת משום דהייתי אומר דכיון דיש לו מטלטלי עכ"פ דיהיה מחוייב למכור כדי שלא יעבור על ל"ת ע"כ אשמועינן כו' וכדברי אית דאמרי דבמקום פסידא אינו מחוייב כי אינו עובר בכה"ג ומשמע דלאו כ"ע ס"ל כן רק שיטת אית דאמרי הוא כן וכנראה מלשון הריטב"א:

כד

ועכ"פ מוכח מן הך דב"מ דאם אין לו במה לשלם דאינו עובר על ל"ת הן לשי' אית דאמרי והן להשיטה החולקת עליהם ואינו מחוייב להשתדל ולבקש מן השכיר שירחיב לו הזמן כנ"ל וכן משמע דמותר לשכור פועלים אף שיודע דלא יהי' לו מה לשלם. ולשיטת אית דאמרי אף שיש לו מטלטלי אינו מחוייב לטרוח ולמוכרם. א"כ חזינן דגבי מצות פריעת שכיר אף דהתורה החמירה עליו ביותר מכל החובות כמבואר בב"מ דף קי"ב דכל הכובש ש"ש כנוטל נפשו וכן בקידושין דף ט"ו בתוס' ד"ה ואידך כו' בשם הר"נ דשאני שכירות דטרח בגופי' כו' וכיוצא כן הבאתי בספרי נחל יצחק סי' ט' שכתבתי בשם עבודת הגרשוני סי' ז' להוכיח דבכל בע"ח אם אינו תובעו אין עליו מ"ע דפריעת בע"ח. מהך דב"מ דף קי"ב דבלא תבעו אינו עובר על ב"ת וכן על העשה דביומו תתן שכרו אינו חייב ע"ש. וע"כ יש לדון שפיר ג"כ למילף על כל עשה דפריעת בע"ח דאם אין לו מה לשלם דאין עליו שום עבירה כלל וע"כ ממילא אין דומה נ"ד דאין לו מה לשלם עבור הכתובה להך דכסוי דם וכיוצא דשם כיון דעיקר הפטור לכסותו זהו מצד

אונס דאין לו במה לכסותו וזהו מצד אונס רחמנא פטרי' וע"כ אמרו דאין לו להכניס א"ע ולשחוט כיון דעי"ז יופקע ממ"ע:

אבל בכתובה דאין לו במה לשלם ואז אין עליו שום עבירה כלל משום דבחוב ממונא חזינן דהתורה פטרתו לגמרי. ועיקר החיוב בממונא אינו רק ביש לו מה לשלם וע"כ נדחה למה שרציתי לומר לעיל בהטעם דאם אין לו מה לשלם דלא יגרשה דזה אינו משום דיש לחלק בפשיטות כנ"ל ומצינו בב"מ דף ל' דאמרו ומי דחינן איסורא מקמי ממונא הרי דעשה דממונא קילא מן עשה דאיסורא. אך אין זה נצרך לענינינו כ"כ]. ושפיר יכולים להזדקק להתירו לישא אחרת וכנ"ל בארוכה:

סימן עה

נשאלתי לחוות דעתי ע"ד אשה עתים חלומה עתים שוטה והיתה נכפית לפרקים קודם הנישואין. ובעת נישואי' לא ידע הבעל מזה ואחר הנישואין כאשר נודע להבעל מזה מיד ברח ממנה ומחמת העג"נ שהי' לה מזה גברה מחלתה ביותר כו' ועתה רוצה הבעל לגרשה ובעת חלומתה היא בדעת שלימה ומתרצית לקבל הגט ודעת הר' הג' השואלים להתירו לגרשה אף דהאחרונים החמירו בזה כמבואר בסי' קי"ט סעי' ו' ועיקר יסודם על דברי הט"ז באה"ע סי' קי"ט דבעתים חלומה ועתים שוטה דאין הזמנים שווין מותר לגרשה והיתירו הוא כי בזה"ז דאסור לו לישא שתי נשים אין לנו לגדור בעדו ויכול לגרשה בעת חלימותה. כן הוא קוטב יסודי ההיתר שלהם ובקשו ממני לחוות דעתי בזה:

א

וזהו מה שהשבתי כי לענ"ד נראה לדון להיתירא מטעם אחר והוא דנ"ל ברור דדוקא באשה שנעשית עתים שוטה בעת שהיא תחת הבעל בעודה נשואה אליו אז שפיר יש לחז"ל לחוש לטובת האשה להצילה מן מכשול איסור שלא תהי' הפקר לזנות משום די"ל נסתחפה שדהו ומזלו גרם שנעשית עתים שוטה וע"כ אסרו לו לגרשה משא"כ היכא דהיתה עתים שוטה אף מקודם דניסת להבעל א"כ מאיזה טעם נחמיר על הבעל שלא לגרשה הלא יכול לומר הלא עשיתי טובה לה במה שנשאתי אותה והצלתי אותה על ימים אחדים מן מנהג הפקר ואטו בשביל הטובה שעשה לה תגמול רעה אליו שתעגון אותו לעולם ע"כ אין סברא בכזה לעגנו לעולם ובוודאי יכול לגרשה בעת חלימותה מרצונה וה"ה בנ"ד הלא היתה בחולי נכפית אף מקודם שניסת אליו וכשנודע להבעל מזה מיד ברח והרחיק א"ע ממנה וכפי הדין דלשיטת הרא"ש הוא סכנה להיות עמה. וכמש"כ הב"ש בשמו בסי' קנ"ד ס"ק ט' ובסי' קי"ז סעי' י"א בח"מ ס"ק י"ט וב"ש שם ס"ק כ"ב ועיין בב"ש סי' ל"ט ס"ק י"ז ובח"מ סי' קי"ז ס"ק י"ב ומחמת שהבעל הרחיק

א"ע ממנה נשתגעה. א"כ הלא אין זה משום מזלו דהבעל רק מצד פשיעתה שלא הודיעה אליו מן מום נכפית שלה ובוודאי לא שייך בכזה לומר נסתחפה שדהו וע"כ מצד הסברא אין לדון בכה"ג להתקנה דתקנו שלא לגרש לאשה שהיא עתים שוטה ועתים חלומה:

ב

וגם יש לדון בנ"ד לדברי הב"ש בסי' קי"ז ס"ק כ"ד שכתב דאף בשארי מומין אם הי' בה מומין מקודם שנתקדשה והבעל לא ידע דאז כופין אותה לקבל הגט כיון דעשתה שלא כהוגן וכמש"כ בתשובת הרא"ש כלל ל"ה כעין זה ומשמע דאף בבא עלי' ג"כ דייניגן כן. כיון דעכ"פ הי' ברמאות דכופין אותה וכמו שהעיר ההפלאה בסי' קי"ז ס"ק י"ח ע"ש. והנה דברי תשובת הרא"ש כלל ל"ה הנ"ל הובא באה"ע סי' ע"ז סעי' ג' ומשמע שם דאף בבא עלי' דייניגן כן א"כ ה"ה בנ"ד דהי' לה חולי נכפית לפרקים אף מקודם דניסת ונתקדשה לו ועשתה שלא כהוגן דלא הגידה לו וזהו מום גדול דלדברי הרא"ש הוי בזה חשש סכנה אף דיש חולקים על תשובת הרא"ש כמבואר בסי' קנ"ד בב"ש ס"ק ט' עכ"ז הא כיון דהוי ספיקא דדינא בזה א"כ ממילא מחמרינן דספק סכנתא לחומרא וכיון דאף בשארי מומין בלא ידע מהם הדין הוא דכופין אותה לקבל גט משום דעשתה שלא כהוגן כש"כ במום נכפית. אף לדברי החלקת מחוקק בסי' קי"ז ס"ק כ' כ"א דהא אם הי' ברמאות וודאי דכופין אותה ע"כ אינו שייך לדון בכה"ג בעתים חלומה ועתים שוטה להגזירה דאסור לגרשה משום גרירא דמאיזה טעם יהי' חל על הבעל לחוש שלא תהי' הפקר לזנות דהא עיקר הקידושין שלה היתה במה שהיא רימה אותו ואין לה זכות זה כמו דחזינן בכה"ג דאין לה זכות מצד תקנת ר"ג בגט בע"כ וכמו כן בסי' ע"ז סעי' ג' הנ"ל וכפי שכתב בתשובת הרא"ש כלל ל"ה הנ"ל כמו כן יש לדון בהזכות דתקנו חז"ל שלא לגרש לאשה עתים חלומה עתים שוטה דהיכא דעשתה שלא כהוגן והי' ברמאות דבכה"ג פקע זכותה ולא תקנו בכה"ג ועיין באה"ע סי' קי"ט סעי' ו' בשיטת הסוברים בעתים שוטה דאף דיעבד אינה מגורשת דכתב הב"ש שם בס"ק י"ב די"ל דחר"ג דמי לתקנת חז"ל א"כ שפיר יש להוכיח מהך דחר"ג לתקנת חז"ל בעשתה שלא כהוגן הסברא הוא דלא תקנו בכה"ג כנ"ל וידעתי מה דיש לחלק דשאני הך תקנה דגרירה דזהו זכות הרבים להצילם מן מכשול איסור זנות שלא תהי' הפקר. ועכ"ז אין סברא לומר דיהי' על הבעל מוטל דתהי' שמורה מן הפקר דהא עיקר נישואין שלה היתה ברמאות שהטעתו להבעל וע"פ דין יכול הבעל לגרשה בע"כ דאין בכה"ג תקנת ר"ג והנישואין הי' לחובתו ושלא מדעתו ואמרו בכזה דעשתה שלא כהוגן כנ"ל ע"כ אין שום סברא לדון בכזה ולחייב

להבעל שלא יגרשה משום חשש גרירה דמאיזה טעם יהיה מוטל על הבעל החיוב ביותר מעל כל לשמור אותה מן חשש הפקר:

ג

ועוד יש לדון בנ"ד יסוד היתר אחר והוא דמבואר באה"ע סי' ל"ט סעי' ה' המקדש אשה ונמצא עליה אחד מן המומין הפוסלין ה"ז מקודשת מספק וכתב הב"ש שם ס"ק ט"ז דכן אם קידש וכנס ובעל סתם דמקודשת ואין לה כתובה ובש"ס כתובות דף ע"ג ע"ב לרבה ור"ח צריכה גט מדבריהם ולרבא הוי ספק קידושין והב"ח כתב בכוונת הטור דמספקא ליה אם הלכתא כרבה ור"ח או כרבא והב"ש השיג עליו וכיון דבמומין הפוסלין הוי ספק קידושין כש"כ במום נכפה אף בהיתה נכפית בילדותה וכמש"כ הב"ש בסי' ל"ט ס"ק י"ז ובח"מ סי' קי"ז ס"ק י"ב דיש לחוש שמא תחזור כו' ובמום נכפית הוי ביה חשש סכנה וכמש"כ לעיל דאף דהוי ספיקא דפלוגתא בזה בין המרדכי לתשובת הרא"ש כמבואר בסי' קנ"ד סעי' ה' עכ"ז הא ספק סכנתא לחומרא וכמש"כ לעיל וה"ה בנטולה אני מן היהודים כמש"כ המקנה בסי' ל"ט סעי' א' ובאבני מלואים סי' ל"ט ס"ק ט' דזה גרע מן מום איילונית וה"ה במום נכפית דאסור לו להיות עמה ולכל הפחות ה"ל זה המום כמו כל שארי מומין הפוסלין דהוי ספק קידושין וכן בכנס ובעל סתם וכמש"כ הב"ש בסי' ל"ט ס"ק ט"ז והא דסי' קי"ז סעי' י' בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לו עד עתה אין שומעין לו חזקה אין אדם שותה אא"כ בודקו הלא במום נכפית לזמן לא שייך הך חזקה דא"א שותה אא"כ בודקו וכמש"כ הב"ש בסי' קי"ז ס"ק ט"ו. וגם הא הביא הב"ש בסי' קי"ז ס"ק י"ט בשם הש"ג דאף בבא ושהה טענתו טענה ודייניין אין אדם מתפייס במומין ומכל הלין טעמי ה"ל ספק קידושין בנ"ד:

ד

וכיון דהוי ספק בעיקר הקידושין ע"כ ממילא יש להקל בנ"ד בתקנת גרירא בעתים חלומה ועתים שוטה דתקנו חז"ל שלא לגרשה דהא קיי"ל דספק דרבנן להקל וידעתי מה דיש לדון בזה כיון דעיקר הספק נולד בדאורייתא ע"כ אף דנעשה דרבנן ע"י גלגול דדייניין בכה"ג ספיקו לחומרא וכמש"כ הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק י"ט בשם הד"מ והאו"ה אך בנ"ד לא שייך להחמיר מה"ט דהא הספק אם היא א"א או דאין בה חשש קידושין זה הספק נוגע לאחרים אם היא קיימא עליהם באיסור א"א או לא. אבל לגבי בעלה לא שייך לדון להחמיר עליו במה דנימא דיש בזה דין קידושין רק דיש לדון ספק זו לגבי הבעל אם ירצה ליקח קרובותיו דהוי לגבי ספק דאורייתא א"כ הא הוי זה גוף אחר וכיון דבעצם האשה המתקדשת לו לא היה בזה דאורייתא להחמיר על הבעל. ע"כ עכשיו שנולד על הבעל ספק זה אם יכול לגרשה בעת חלומתה דיש לדון בזה כמו

בכל מילתא דרבנן דספיקו להקל וכיון דקיי"ל כרבא דבכתובות דף ע"ג דאמר דהוי ספק קידושין בכה"ג ע"כ אין להחמיר על הבעל ויכול לגרשה אף לכתחילה וממילא מותרת להנשא כיון דהיה הגט שלה בהיתר אף לכתחילה ובכה"ג לכ"ע הדין הוא דמגורשת ומותרת לכל:

ה

ורק היכא דעבר וגירשה באיסור בזה יש סוברים דאף בדיעבד אינה מגורשת כיון דעבר על תקחז"ל כמבואר בסי' קי"ט סעי' ו' בהגהה:

משא"כ בנ"ד דנתבאר דהבעל יכול לגרשה לכתחילה כיון דלגבי' לא שייך לדון דנולד הספק לגביה בספק דאורייתא על אשתו כנ"ל ואף דרבה ור"ח ס"ל בכתובות דף ע"ג דצריכה גט מדבריהם דמשמע דס"ל דהוי עכ"פ קידושי דרבנן בוודאי עכ"ז הא לדינא קיי"ל כרבא דמספקא לנו אם היה קידושין מדאורייתא או לא היה קידושין כלל. ולדידי' אין הכרח לומר דהוי קידושין דרבנן וודאי ועיין בב"ש סי' ל"ט ס"ק ט"ז בשם הרמב"ם והטור דפסקו כרבא. וע"פ כ"ז יש מקום לדון דיהיה יכול לגרשה אף בע"כ ע"י רשות ב"ד אך לא ראיתי להזדקק לזה לפי דשאלתם הי' כעת אם יכול לגרשה מרצונה לפי דבנ"ד מתרצית האשה לקבל הגט ע"כ לא כתבתי מזה הפרט:

ו

ועוד יש לדון בזה דהא לדברי הט"ז באה"ע סי' קי"ט הנ"ל דהיכא דלא היה עתים שווים דאז יכול לגרשה אף בעתים חלומה ועתים שוטה ואף דנימא דלא ברירא כן לדינא מ"מ מידי ספיקה לא נפיק א"כ יש בנ"ד שני ספיקות להיתירא ספק א' שמא אין חשש קידושין כלל בנ"ד ואת"ל דמקודשת אכתי ספק שמא הלכה כדברי הט"ז הנ"ל ואף דלא נודעו שני הספיקות ביחד מ"מ הא במילתא דרבנן אף דנודע ספק א' מקודם ג"כ דיינינן ס"ס להיתירא וכמש"כ הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס ס"ק י"ז ע"ש ובאה"ע סי' ב' בב"ש ס"ק י"ד וגם לפ"ז יש לדון דאף בספק א' יש להקל משום דהא ה"ל ספק דרבנן דקיי"ל לקולא ואף דהוי במקום חזקת איסור א"א דהא בספיקא דדינא לא דיינינן חזקת איסור וכמש"כ הפוסקים דהא בשביל החזקה לא ישתנה הדין אך במקום ס"ס הוי מורווח לנו ביותר לדון להיתירא וזה ברור דע"פ דברי הט"ז הנ"ל לכה"פ יש לצרפו לדון לספיקא דדינא וע"כ במקום דיש עוד ספק ה"ל ס"ס מעליא בדרבנן אף דנודע ספק א' מקודם כנ"ל:

ז

ובעיקר מילתא במה שרוצה הבעל לישא אחרת יש לדון בנ"ד לסברת המהרי"ק שורש קמ"א שכתב דמילתא דפשיטא דהיכא דאסורה לו אינה בכלל שתי נשים והובא בחמדת שלמה סי' ד' ע"ש:

וע"כ בנ"ד דנתבאר דאסורה לו משום סכנתא מחמת חולי נכפית שיש לה וחמירא סכנתא כו' דיש לדון גם בנ"ד לדברי המהרי"ק הנ"ל דכיון דאינה ראויה לו לאישות דאין זה בכלל ב' נשים רק שוטה שאני דראוי לאישות וכמבואר ביו"ד סי' קצ"ו סעי' ח' ונדה דף י"ג אך אין אנו צריכין לזה משום דנתבאר בלא"ה דיכול הבעל לגרשה בנ"ד שהיתה נכפית מקודם והטעתו כנ"ל:

סימן עו

נשאלתי מכמה רבנים ע"ד דנהגו בבתי דינים דאם נתפשרו אבי הבעל המגרש ואבי האשה המתגרשת לשלם משלהם להסופר והעדים שכרם בעד כתיבת וחתימת הגט ואין מי שיפקפק על זה והתורת גיטין סי' ק"כ סעיף ב' כתב אם אבי הבעל ואבי האשה פרע שכר הסופר בלא הקנאה להבעל אינה מגורשת:

ענף א-ב

א

תשובה בעז"ה הנה מתחילה נבאר דברי הנימוקי יוסף בב"ב פ' גט פשוט על הא דאי' שם דף קס"ח והבעל נותן שכר מ"ט אמר קרא וכתב ונתן והאידנא דלא עבדי הכי שדיוה רבנן אאשה כי היכא דלא לישהיי' וע"ז כתב הנמוקי יוסף וז"ל וכתב ונתן משמע שהבעל הנותנו הוא מכתיבו שפורע שכרו והשתא שהאשה נותנת השכר כי היכי דלא נשהיי' ליתן לה הגט בשביל שכר הסופר ובין כך תתעגן והא דכתיב וכתב ונתן לא קשיא דצוואת כתיבה קאמר עכ"ל והובא בגט פשוט סימן ק"כ ס"ק ה' וכתב דדברי הנ"י צ"ע דמשמעות הגמ' דתק"ח הוא עכ"ל הג"פ וכן תמה בזה התו"ג סימן הנ"ל ס"ק ו':

ב

ונלענ"ד לתרץ דברי הנ"י והוא דהתו"ג שם הקשה על מש"כ רש"י בגטין דף כ' על מה דאיתא בגמ' התם אר"ח יכילנא למיפסל לכולי גיטי דעלמא א"ל רבא מאי טעמא אילימא משום דכתיב וכתב והכא איהי כתבה לי' דלמא אקנויי אקני לי' רבנן. ופי' רש"י בד"ה איהי כתבה ליה נותנת שכר הסופר כדאמרינן בג"פ דקס"ח משום תק"ע והקשה התו"ג דלמה לא כתב רש"י להביא המשנה דגטין דף כ"ב דהאשה כותבת גיטה יע"ש בתו"ג והאמת פשוט הוא דמן המשנה הנ"ל אין להוכיח כלל משום די"ל דשא"ה דהא אמרינן לקמן דכ"א דרב אשי פשט מהמשנה הנ"ל דאשה ידעה לאקנויי כו':

ועיקר קושיית הש"ס הכא בגטין דיכילנא למיפסל לכולי גיטי דעלמא כמש"כ התוס' בגטין דף כ"ב בד"ה והא לאו בני דיעה נינהו כו' דאונתן סמיך כו' והכא אף נכתב בצוויו לא יהיב לה מידי דשלה הוא עכ"ל התוס' שם. א"כ בהא דאשה כותבת גיטה כיון דמסקינן דידעה לאקנויי הוי שפיר של הבעל וקרינן ביה ונתן משא"כ אם האשה אינה נותנת הקלף שלה אלא נותנת מעות להסופר שיתן הגט להבעל בזה לא שייך לומר דידעה לאקנויי משום דאף דנימא דהקנתה להבעל עכ"ז לא מהני משום דהאשה לא קנתה מעולם להקלף והדיו מהסופר דהא קיי"ל מעות אינו קונה רק למי שפרע והאשה לא עשתה לקנין משיכה כלל וקיי"ל בב"ק דף ק"ב דהמוכר מקנה החטים לבעל המעות דהוא המשלח ולא להשליח וכדאיתא בח"מ סימן קפ"ג כש"כ היכא דהקונה נותן המעות בודאי מקנה המוכר למי שנותן המעות וכיון דהאשה היא נותנת המעות השכר להסופר א"כ הסופר מקנה לה הגט ולא להבעל וכיון דהאשה לא עשתה לקנין משיכה א"כ לא נקנה הקלף לה. וע"כ אף דנימא האומדנא דאח"כ כשמסר הסופר הגט להבעל אז הקנתה האשה הגט להבעל מ"מ זה לא מהני דאיך יכולה להקנותו מה שלא קנתה האשה גופא מעולם כיון דמחוסר קנין משיכה להאשה וע"כ הוכרח רבא לומר דאקנויי אקני ליה רבנן ופי' רש"י ואז כיון דהקנו חז"ל המעות להבעל א"כ הוי הבעל בשם בעל המעות על דמי הסופר וכיון דהסופר מקנה להבעל המעות א"כ מקנה הסופר הגט להבעל ומהני שפיר וכ"ז אי נימא דאקנויי אקני ליה רבנן אבל אי לא נימא אקנויי אקני ליה לא מהני משום דהאשה לא קנתה מעולם להקלף כיון דמחסרא משיכה ועכ"ז לדידן דקי"ל כריו"ח דד"ת מעות קונה יש לדון דאף דלא נימא אקנויי אקני ליה רבנן ג"כ הגט כשר משום דהא כיון דהסופר הקנה הגט להאשה ממילא קנתה ע"י קנין מעות כיון דד"ת מעות קונה ואף לדידן דקי"ל דמעות אינו קונה רק למי שפרע מ"מ הא היכא דהתנו דמעות יהיו קונה אז קונה קנין גמור כמבואר בסי' קצ"ח סעי' ה' ואף דהש"ך הקשה על הרמ"א שם עכ"ז האמת דהעיקר הוא כדברי הרמ"א דשאני הך קנין מעות דכיון דמה"ת הוא קונה רק חז"ל תקנו לטובת הלוקח דלא יקנה ע"כ יכול הלוקח לומר אי אפשי בתק"ח ולאוקמי על דאורי' כידוע וכן כתב הב"ח והובא בנתיבות בחדושים סעי' ה' עי"ש וכיון דמהני התנו לקנות במעות א"כ הא כבר כתבתי במק"א להוכיח כשיטת מהריב"ל דהובא במל"מ פ"א הלכות מכירה דבמקום איסור הוי כמו פריש משום אומדנא דאנן סהדי דלא יעבור על איסור ואי נימא דהוי כמו פריש אז לא יעבור על איסור ע"כ י"ל דהוי כמו אומדנא דנתכוין דיהיה כמו פריש כדי דלא יעבור על איסור וכמו דמצאתי במהרי"ט דאיסור הוא כמו פריש ע"כ במקום איסורא דא"א כמו בגט דאי נימא דלא הוי כמו פריש אז הוי

הגט פסול. ע"כ בשביל אומדנא שלא תכשל באיסור א"א ע"כ מבעי לן לומר דהוי כמו דפרשה האשה לקנות להקלף והדיו של הסופר ע"י הקנין מעות דע"י תנאי קנתה וכיון דבמקום איסור הוי כפריש ע"כ נימא אומדנא דהוי כמו פירשה לקנות במעות דקנתה מהסופר ואח"ז שפיר הקנתה להבעל כמבואר בגטין דף כ"א דמסקינן דאיתתא ידעה לאקנויי והוי הגט כשר ולא תהי' נכשלת באיסור א"א ואינם צריכים כלל למה דחדשו בגטין דאקנויי אקני לי' רבנן כי אף בל"ז שפיר הגט כשר:

ג

ולבד זה י"ל דאף דנימא דהתנו לקנות במעות לא מהני כשיטת הש"ך בסימן קצ"ח ובאמת י"ל לפמש"כ המרדכי והובא באו"ח סי' ק"ב דאינו יכול לאמר א"א בתק"ח להוציא וכן מבואר בתשו' מיימוני לספר קנין סי' י"ד, א"כ ה"ה בהך קנין מעות דעקרו חז"ל אינו יכול הלוקח לעשותו לקנין ולהוציא מן המוכר וכיון דכ"ז דלא שקלי' הלוקח בידו לא קנהו א"כ לא מהני מה דהקנתה האשה להבעל כיון דהיא בעצמה לא קנתה. עכ"ז יש לומר בפשיטות לפי מה דמצינו בסוגיות רבות דבמקום מצוה העמידו חז"ל על ד"ת דמעות קונה כמבואר בחולין דף פ"ג דבד' פרקים העמידו על ד"ת דמעות קונה וכעין המבואר בח"מ סי' קצ"ט סעיף ג' ברמ"א שם ובעירובין דף פ"א וכש"כ במקום דלא יהיה מכשול באיסור א"א בוודאי העמידו חז"ל על ד"ת דמעות יהי' קונה כדי דלא יופסלו כמה גיטי דעלמא ולא נצטרך עדיין לומר דאקנויי אקני ליה רבנן כפי' רש"י אלא בקצרה י"ל דכה"ג אוקמי על דאורי' כיון דראינו בגמ' ע"ז דאקנויי אקני ליה רבנן והפקר ב"ד כו' משום דזהו מקום מכשול ע"כ הצריכו לעשות כן וכמבואר ברשב"א גיטין שם ע"כ מכש"כ דיכולים לאוקמי בזה אדאוריי' כדי שלא יצטרכו לבא להך כו' וכן משמע באהע"ז סי' ק"כ ב"ש ס"ק ב' דקנין מעות מהני בגט יע"ש והטעם בע"כ כמש"כ למעלה:

ד

ולפ"ז יש לומר דהך סוגיא דגטין דף כ' דאמרו אקני ליה רבנן וזולת זה הי' מקום לפסול כל גיטי דעלמא משום די"ל דהא רבא קאמר התם הך דאקנויי אקני כו' ואילו לשיטת רבא מצינו בב"מ דמ"ח דקאמר רבא קרא ומתניתא מסייע לריש לקיש ומזה הוכיחו הפוסקים דס"ל לרבא כשיטת ר"ל ועיין בתוס' ע"ז דף ע"א ד"ה רב אשי כו' ובבכורות דף י"ג ד"ה רב אשי כו' ובתוס' ב"מ דף מ"ח ד"ה נתנה לסיטון כו':

וע"כ לר"ל דס"ל דמעות אינו קונה מה"ת רק בעי משיכה אז שפיר יכולים למיפסל לכולי גיטי דעלמא משום דהא הסופר מקנה הגט להאשה דהיא נותנת לו המעות אבל הא מחסרא משיכה א"כ לא קנתה מעולם וע"כ אף דרוצית בהקנאת הגט להבעל עכ"ז הא לא מהני הקנאתה כיון דהיא בעצמה לא קנתה להגט וע"כ הוצרך רבא לבא לסברא

דאקנויי אקני ליה רבנן ועפ"ז מדוקדק מה דקאמר רב חסדא יכילנא למפסל כו' וקשה דמשמע דלא אמר זה רק לחדודא בעלמא ובאמת הא חזינן דלא פסלו לגיטי דעלמא וגם לא אמר זה המימרא בדרך קושיא רק בתורת מאמר לבד דיכילנא כו' ולפמש"כ ניחא דהא חזינן דס"ל לר"ח בב"מ דף מ"ז דתקנו משיכה בלקוחות וס"ל כריו"ח דד"ת מעות קונה ואילו בע"ז דס"ג מצינו דקאמר ר"ח גופא בלישנא קמא שם דבזונה כותית לא קניא במשיכה אלמא דר"ח גופא מהדר לתרוצי אליבא דר"ל ואמר שם בע"ז אליבא דר"ל אף דס"ל בעצמו כריו"ח כמבואר בתוס' ע"ז שם ד"ה בזונה כותית כו' ובתוס' ב"מ דף מ"ח ד"ה נתנה לסיטון כו' א"כ גם הכא בגטין י"ל דר"ח דקאמר יכילנא למיפסל לכולי גיטי דעלמא כונתו אי נימא כשיטת ר"ל דבעי משיכה מה"ת דאז יש מקום לפסול להגיטי אבל באמת לדינא לריו"ח אין מקום לפסול וכן אף לשיטת התוס' דרבא גופא ס"ל לדינא כריו"ח ואפ"ה כיון דמצינו דקאמר קרא ומתניתא מסייע לר"ל אלמא דקאמר מימרא דמסתברא לכאורה כר"ל ואליבי' הרי הוצרך לומר דאקנויי אקני לי' רבנן ושפיר י"ל דהך דשקל וטרי רבא הכא בגטין היינו לר"ל אבל לדינא אין מקום כלל לפסול לגיטי דעלמא משום דאף דלא נימא אקנויי אקני לי' רבנן עכ"ז הא האשה קנתה ע"י קנין כסף להגט היינו הקלף והדיו של הסופר או משום דבמקום איסורא הוי כפריש כנ"ל או משום דבזה אוקמי אדאוריי' כנ"ל:

ה

והנה בעיקר הך מלתא דאמרי בגמ' דאקנויי אקני ליה רבנן נלענ"ד בזה דתלוי במה דהבאתי בספרי באר יצחק חאהע"ז סי' י' ענף א' בשם הישו"ש יבמות שכתב דאם יכולים חז"ל להקנות לא' בלא קנין או רק יכולים להפקיר וממילא בעי קנין כמו כל זוכה מן הפקר דזה תלוי בפלוגתת הש"ס בגטין דף ל"ו ויבמות דף פ"ט דר' יצחק יליף הפקר כו' מן יחרם כל רכושו ור"א יליף אלה הנחלות כו' יע"ש וכ"כ בחדושי רשב"א גטין והריב"ש סי' שצ"ט א"כ למ"ד דיליף מן אלה הנחלות ומה אבות מנחילין כו' א"כ יכולים חז"ל להקנות את דמי השכר הסופר שנותנת האשה להסופר יכולים להקנותו להבעל אף דלא עבד הבעל שום קנין בהמעות א"כ ממילא הוי הבעל בשם בעל המעות על הפשיטי דספרי ואז אמרינן דהסופר מקנה הקלף והדיו להבעל דהוא מקרי בעל המעות ולפי הכלל שכתבתי מקודם דהמוכר מקנה לבעל המעות א"כ ממילא קנה הבעל להגט מיד הסופר אבל אי נימא דילפינן דהפקר ב"ד כו' מן יחרם כל רכושו א"כ לא מהני בזה לומר דאקנויי אקני לי' רבנן משום דאף דהפקירו חז"ל לדמי הסופר עכ"ז לא קנה הבעל להגט דהא לא קעבד שום קנין בהמעות ואף דהמעות הוי הפקר מ"מ הא כיון דהאשה נותנת

בידים את המעות להסופר א"כ הא לא הוי הבעל בשם בעל המעות דנימא דהקנה לו דהוא בעל המעות כיון דהוי המעות הפקר א"כ כיון דשקל הסופר להמעות מיד האשה מסתמא מקנה להאשה ודוקא היכא דמסר השליח מעות של המשלח בזה אמרו בב"ק דף ק"ב דמקנה לבעה"מ כנ"ל ולא היכא דלא הוי המעות של הבעל רק הוי הפקר ועי' בגט פשוט בס' ק"כ ס"ק ה' שכתב מסברא דנפשי' דאיך יקנה הבעל המעות האלו הגם שהם הפקר אם לא שיזכה בהם הבעל תחלה דלא מצינו בשום דוכתא דיש כח לב"ד לאוקמי ברשות אדם דבר שאינו שלו ולא החזיק עדיין עי"ש ונעלם ממנו דברי הרשב"א גיטין דל"ו הנ"ל והיש"ש יבמות שכתבו דתלוי זה בפלוגתת הש"ס אי ילפינן מן יחרם כל רכושו או מן אלה הנחלות א"כ אי נימא דילפינן מן יחרם כל רכושו וכמבואר במו"ק דט"ז דלא הביאו שם רק הדרש דיחרם רכושו וכן מבואר בשקלים פ"א ה"ד א"כ לא שייך בזה לומר אקנויי אקני לי' רבנן להכשיר גיטי דעלמא ובמק"א כתבתי דאינו ראיה מהא דמ"ק ושקלים הנ"ל די"ל דהתם לא מיירי רק מנ"ל דמפקרינן לנכסיו ולא מיירי התם להיכא דרוצים להקנות לא' ע"כ לא הביאו שם הדרש דאלה הנחלות. ולעולם יש לומר דהיכא דרוצים להקנותו לאחר בזה שפיר ילפינן מן אלה הנחלות והארכתי בזה במק"א ואכמ"ל]:

1

וע"פ מש"כ ניחא מה דאמר רבא בלשון ודלמא אקנויי אקני ליה רבנן וכתבו הריטב"א והרשב"א והר"ן בפסקיו ובחדושיו דהא דנקט רבא בלשון ודלמא זהו מפני כבוד של ר"ח אבל באמת לדינא ס"ל לרבא בפשיטות דאקנויי אקני ליה רבנן יע"ש ולפמש"כ י"ל דזהו גופא מספקא לרבא דהא מצינו בגטין דף ל"ו דאמר רבא הפקר כו' דא"ר יצחק כו' יחרם כל רכושו ר' אליעזר אמר מהכא אלה הנחלות כו' וי"ל דרבא אמר שם בשם שניהם ר' יצחק ור' אלעזר להך מלתא והוי ספק לרבא כמאן הלכתא ע"כ אמר הכא בזה"ל ודלמא אקנויי אקני ליה רבנן משום דמספקא ליה להך מלתא אי הלכה כר"א דאז שפיר יכולים להקנותו להבעל דמי הסופר בלא שום קנין וע"כ הוי הגט של הבעל משום דהוא בעל המעות או דלמא הלכה כר' יצחק דיליף מן יחרם כו' ואז לא מהני בזה לומר דאקנויי אקני ליה רבנן והוי עדיין הגט של הסופר ולא הוי שלו:

ולכן בגטין דף נ"ה גבי גנב והקדיש וטבח דתני עלה דענוש כרת ואמר רבא שם דאוקמוה רבנן ברשותו כפרש"י ולא אמר רבא שם בלשון דלמא אוקמוה רבנן ברשותו:

אלא בתורת ודאי משום דשא"ה דהקרבן הוא ברשות הגנב א"כ קנהו בקנין להקרבן וזכהו מן ההפקר ע"כ לא הוי בזה שום ספק כלל. אבל הכא בגטין גבי הגט דלא קעבד

בהמעות שום קנין ע"כ שפיר מספקא לרבא אי שייך בזה לומר אקנויי אקני ליה רבנן בלא שום קנין או לא משום דזה הוי תלוי בהך פלוגתת רי"צ ור"א ומספקא לרבא בזה וע"כ קאמר בלשון דלמא כו' וי"ל באמת למאן דס"ל דילפינן מן יחרם כל רכושו מוכרח לומר אליבי' דלכן עבדו חז"ל דהאשה תשלם שכר הסופר משום דס"ל כריו"ח דד"ת מעות קונה א"כ שפיר קנתה האשה כנ"ל ויכולה להקנות להבעל אבל מאן דס"ל כר"ל מוכרח לומר דס"ל כר"א דיליף מן אלה הנחלות כו' ור"ח דקאמר יכילנא למפסל כו' כוונתו למאן דס"ל כר"ל וע"ז קאמר ליה רבא דאפשר דס"ל להך מ"ד כר"א דיכולים להקנותו לדמי הסופר א"כ ממילא הוי הבעל בשם בעל המעות וקונה שפיר להגט משום דהוא מקנה לבעה"מ כנ"ל א"כ לדינא דלית לן רק הדרש דיחרם כל רכושו וכמש"כ הרמב"ם פכ"ד הלכות סנהדרין ובכ"מ שם וכמש"כ במק"א ובספרי שם בשם כמה גאונים שם ע"כ לית לן למימר הך סברא דאקנויי אקני לי' רבנן. ע"כ העיקר דלכן אינו פסול הגט אף שנותנת האשה שכר הסופר כדתקנו רבנן כמבואר בב"ב משום דלדידן דקיי"ל מעות קונה ד"ת א"צ כלל להך דאקנויי אקני ליה רבנן כנ"ל משום דהאשה קנתה מן הסופר ואח"ז הקנתה להבעל כנ"ל:

ז

ולפ"ז אתי שפיר דברי הנ"י בב"ב שכתב מתחלה שם וכתב ונתן משמע שהבעל מכתיבו ופורע שכרו והשתא האשה נותנת השכר כדי שלא תתעגן והא דכתיב וכתב ונתן לא קשיא דצוואת כתיבה קאמר עכ"ל. כוונתו הוא דלכן מחויב הבעל ליתן שכר הסופר כשהסופר תובעו לדין משום דכתיב וכתב ונתן והבעל מכתיבו היינו לפי דהבעל מצוה להסופר לכתוב כדי שיהיה לשמה או משום שליחות לשיטת כמה פוסקים וע"כ מחויב הבעל לשלם להסופר כמו כל שכירות פועל דמי ששוכרו מחויב לשלם לו ואח"כ מסיק דהתקנה היה שהאשה מחוייבת לשלם שכר הסופר כמש"כ הב"י בשם הרמב"ם בסי' ק"כ דהתקנה היתה שהיא מחויבת לשלם שכר הסופר והובא בב"ש סי' הנ"ל ס"ק ב' אך א"כ הא אין הבעל מכתיבו ע"ז מסיק הנ"י דל"ק משום דצוואת כתיבה קאמר וכיון דהבעל מצוה להסופר לכתוב סגי בזה ולא בעינן הך דינא שכתב התו"ג דיהיה הבעל מכתיבו. ובאמת הך סברא שכתב התו"ג דבעי דיהא הבעל מכתיבו זה לא מצינו בשום מקום והא דלא כתב הנ"י להך סברא דאמרו בגיטין שם דאקנויי אקני ליה רבנן י"ל דס"ל להנמוק"י דדוקא למאן דאית לי' כר"ל דמעות אינו קונה ע"כ אין שום עצה להכשיר לגיטי דעלמא רק דנימא אקנויי אקני ליה רבנן אבל לדידן דאית לו כריו"ח דמעות קונה ד"ת א"צ לזה רק דאמרינן דהסופר מקנה להאשה וקנתה ע"י קנין מעות ובמקום איסור

העמידו על ד"ת ובאמת בעיקר הכלל דאקנויי אקני ליה רבנן אין זה ברור לדינא דהא רבא גופא לא קאמר אלא בלשון דלמא אקנויי כו' ובהך פלוגתא דאי ילפינן דהפקר ב"ד הפקר מן יחרם כל רכושו ואפי' נימא דאין ראי' מהתם וכמש"כ לעיל עכ"ז כיון דאין הכרע ביניהם בהך פלוגתא ע"כ עדיף לומר דאין בזה שום ספיקא כלל לפי מה דפסקינן כריו"ח דד"ת מעות קונה כנ"ל וע"כ לא הביא הנ"י להך דאקנויי אקני ליה רבנן כלל ואתי שפיר דברי הנמוק"י בעז"ה ומתורץ תמיהת הג"פ והתו"ג הנ"ל:

ענף ג

ח

ואחר דנתבאר דברי הנמוקי יוסף על נכון בעז"ה נחקור בענין השאלה דשאילנא קמן על מה דנהגו בבתי דינים דאבי האשה או אבי הבעל פורע שכר הסופר ובאמת יש לדון בזה הרבה דהא אמרו בגיטין דף כ' דיכילנא למיפסל לגיטי דעלמא אלא דאקנויי אקני ליה רבנן א"כ לא מצינו זה רק היכא דהאשה משלמת שכר הסופר בזה היתה התקנה דהקנו לו רבנן משא"כ אם אחר משלם להסופר בזה לא היה תקנה הנ"ל א"כ יש לפקפק בזה ואף דאנן נהגינן להקנות להבעל הקלף והדיו מקודם הכתיבה עכ"ז יש לדון הרבה לפמש"כ הגט פשוט סימן ק"כ ס"ק ט' דאף בהקנה להבעל הקלף והדיו רק דלא פרע להסופר בעד שכר כתיבתו דזה תלוי בפלוגתא אי אומן קונה בשבח כלי או לא בח"מ סי' ש"ו ובאהע"ז סימן כ"ח ואף בקלף ודיו של הבעל ג"כ שייך אומן קונה בשבח כלי ואין זה דומה להא דב"ק דף צ"ט דבצבע וסמנין דבעה"ב לא אמרינן אומן קונה בשבח כלי משום דהיכא דעושה מעשה גדול אז אמרינן אומן קונה שבח כלי אף בזה וכמו דנתן לאומן עצים לעשות שידה תיבה ומגדל דאמרו בזה אומן קונה בשבחם משום דזהו מעשה גדול:

וא"כ ה"ה בכתיבת הסופר להגט דזהו מעשה גדול דשייך בזה אומן קונה שבח כלי ע"ש בג"פ שהאריך בכ"ז ולפ"ז מוכרח לומר בהא דב"ק דף צ"ט דאמרו כיון דרככי' היינו שבחי' דזהו ג"כ מעשה גדול וחשוב א"כ לפ"ז יש לדון בנ"ד דכיון דהסופר קנה ליה השבח בהגט בעד כתיבתו להסוברים אומן קונה שבח כלים וכיון דאבי הבעל או אבי האשה הם המשלמין להסופר בעד טרחתו א"כ לכאורה יש להחמיר בזה כמבואר בגטין הנ"ל אמנם לפמש"כ לדידן דקי"ל כריו"ח דד"ת מעות קונה אז אין מקום לפסול לפי דאף דנימא דהסופר מקנה את השבח כלי לאבי האשה דהוא הבעל המעות א"כ קנה אבי האשה בקנין מעות לפי דהסופר מקנה לו את השבח ומעות בכה"ג קונה דבמקום איסורא העמידו על ד"ת כנ"ל ואח"ז שפיר קנהו הבעל להשבח וכמו בטבלא דאמרו בגטין דגם

איתתא ידעה לאקנויי וה"ה באבי הבעל והאשה ידעי לאקנויי להבעל להשבח. וכ"ז לריו"ח אבל לריש לקיש דס"ל משיכה מפורשת מה"ת אכתי יש לדון כמבואר בסוגיא דגטין דף כ' דיכילנא למיפסל לגיטי דעלמא וכמו דביארתי דקאי התם לר"ל כנ"ל א"כ לפי מה דמבואר ביו"ד סי' ש"ך גבי בכור דהחמירו הפוסקים הראשונים לחוש דלמא הלכה כריש לקיש דס"ל משיכה מפורשת מה"ת וע"כ החמירו בקנין בכור לעשות שני קנינים א"כ מה"ט יש לחוש ג"כ גבי גיטי דעלמא היכא דאבי האשה משלמת עבור שכר הסופר דדלמא הלכה כר"ל. ולדידי' הלא לא קנו אבי האשה או אבי הבעל את השבח מעולם כיון דלדידי' אין שום קנין במעות כלל מה"ת. ואיך יכולים להקנות להבעל כיון דהם לא קנו מעולם השבח דהם לא עשו שום קנין משיכה בשבח הכלי וא"כ ליכא מאן דיקנה להבעל השבח וחסר כוונת המקנה על השבח וכמו שכתבתי לעיל לפרש לכוונת הגמ' דיכילנא למיפסל לגיטי דעלמא וכנ"ל:

ט

ובתורת גיטין סימן ק"כ לאהע"ז ס"ק ו' כתב להשיג על הג"פ והעלה דלא שייך אומן קונה שבח כלי היכא דהקלף והדיו הוא של הבעל וכמו דאמרו בגמ' דבצמר וסמנין דבעה"ב ל"ש בי' אומן קונה שבח כלי יע"ש דהביא בשם הרשב"א בב"ק דף צ"ט דכתב בשם הראב"ד לחלק דשאני נתן עצים לעשות תיבה דקונה האומן בשבח כלי אף דאומן אין לו אלא שכר ידיו דשאני צמר דסמנין הוא דעבדי לי' להשבח ואומן לא קנה בה ולא מידי משא"כ עצים דלא צריכי לסמנין רק לאומנתו של אומן אומנתו זהו הסמנים עכ"ל הראב"ד א"כ ה"ה בהדיו דהדיו עבדי לי' להשבח והסופר אגר ידיו שקיל כמו בסמנין דצבע א"כ שטת הת"ג דלא שייך כלל אומן קונה בשבח כלי גבי גט היכא דהקלף והדיו הוא של הבעל וכן כתב הנתיבות בסימן ש"ו ס"ק ג' שכתב לתרץ קושיית האחרונים והקצה"ח דאיך חש"ו הגט הא חרש שוטה וקטן לא ידעי לאקנויי את השבח כלי למ"ד אומן קונה בשבח כלי ותירץ הנתיבות דאם הדיו של הבעל אז הוי כצמר וסמנין דבעה"ב דלכ"ע אין אומן קונה שבח כלי רק דהצבע אגר ידיו הוא דשקיל ואם הדיו של הקטן אף אין אומן קונה קשה דאיך יכולים להקנות הדיו אך ג"ז לא קשה דאפי' נייר וקלף יכול לקנות מקטן שהגיע לעונת הפעוטות דכיון דמקחו מקח מדרבנן הפקר ב"ד הפקר ונקנה לו הנייר ובלא הגיע לפעוטות באמת אסור לקנות ממנו שום דבר לצורך הגט לא נייר ודיו רק הכתיבה מותר בדיו של הבעל דרק אגר ידיו דשקיל עכ"ל הנתיבות ואזיל הנתיבות לטעמי' דס"ל בתו"ג דלא כהג"פ:

והנה בדברי הנתיבות הנ"ל דיכול לקנות מקטן שהגיע לעונת הפעוטות יש לדון דזה לא שייך רק להך דיעה דס"ל בא"ח סימן תרנ"ח דבהגיע לעונת הפעוטות יכול להקנות להאתרוג לצאת בו אף ידי חובה מה"ת אבל להסוברים בדיעה קמייתא שם דאף שהגיע לעונת הפעוטות לא מהני הקנאתו לצאת חובת אתרוג מה"ת משום דקנין דרבנן לא מהני בדאורייתא א"כ לפ"ז לא מהני מה דקנה הנייר והקלף הקטן שהגיע לעונת הפעוטות דאינו אלא קנין דרבנן ולא מהני בדאורי' וכמבואר כ"ז באהע"ז סימן כ"ח ואכמ"ל ובעיקר הכלל של התו"ג והנתיבות יש לעיין הרבה כאשר יבואר לקמן אשר העיקר כשיטת הג"פ דגם בקלף ודיו של הבעל שייך אומן קונה שבח כלי א"כ תקשה עדיין קושיית האחרונים הנ"ל:

ו

והנלענ"ד בעיקר קושיא הנ"ל ע"פ דברי הש"ג דהובא בש"ך סימן ש"ו ס"ק ג' בסופו דהיכא דקבל האומן שכרו בודאי חייב לשלם אם הזיק האומן להכלי וליכא למ"ד שלא יתחייב לשלם דמי השידה כו' וכמש"כ הנתיבות שם הגירסא בש"ג ע"ש. והנתיבות שם פירש כוונתו משום דכיון דלא שייך בזה נשרפו חטיך כו' דכל האומנים ש"ש הן ע"כ מעות קונה להשבח דאף דהי' של האומן לגמרי הי' קונה במעות יע"ש. ולפענ"ד לא נראה לפרש בדברי הש"ג כן דהא זה לא שייך רק למ"ד מעות קונה ד"ת אבל לריש לקיש דס"ל משיכה מפורשת מה"ת א"כ לא קנה ע"י מעות כלל אף היכא דלא שייך נשרפו חטיך כו' כידוע א"כ איך כתב הש"ג דליכא למ"ד שלא יתחייב לשלם דהא להך דס"ל לריש לקיש בודאי לא קנה הבעה"ב את השבח למאן דס"ל אומן קונה שבח כלי ודוחק לומר דכונת הש"ג לפי מה דקי"ל כריו"ח דמעות קונה מה"ת דבזה כ"ע אף מאן דס"ל אומן קונה שבח כלי דזהו דוחק דעכ"ז לא שייך לומר דליכא למ"ד כו':

יא

והנראה לענ"ד בכ"ז דהא מצינו בב"מ דף ט"ו בסוגיא דשבח בגזל או בקנה שדה גזולה והשביחה דאינו נוטל רק הוצאה מן הנגזל אבל גוף השבח שייך להנגזל ומשמע דבין נטע אילנות או בנה וגדר בה וכיוצא בזה ג"כ הדין כן וקשה דאמאי לא אמרינן בזה אומן קונה בשבח כלי רק דייניין דאינו נוטל השבח רק ההוצאה והנה ביורד שלא ברשות מבואר בסימן שע"ה דאינו יכול לומר עצי ואבני אני נוטל משום דאמרינן דאדעתא דהכי בנאו וממילא קנתה לו חצרו וכמש"כ הסמ"ע סימן שע"ה אבל בקנה שדה שהיא גזולה והשביחה אדעתי' דנפשי' א"כ אמאי נוטל הבעה"ב את השבח דהא לא השביחה אדעתי' דנגזל ועוד דהא הוי חצר שאינו משתמרת לגבי הנגזל כיון שנגזלה כבר ואינה משתמרת לגבי'. והנתיבות בסימן ש"ו כתב דגם בקרקע שייך אומן קונה שבח כלי ומשמע דאף

בשבח מעשה אומנות מדלא חלקו בזה ולשיטת הג"פ במידי דמעשה חשוב אף בסממנין דבעה"ב אמרו אומן כו' וכן יש להעיר בהא דב"ק דף צ"ה ובח"מ סימן שנ"ד דגנב פרה ופטמה דאינו קונה הגנב והגזלן להשבח רק מפני תקנת השבים דאמאי לא יקנה מן הדין להשבח למאן דס"ל אומן קונה שבח כלי והא הוי זה כמו צמר דבעה"ב וסממנין דאומן ומיהו אפשר לומר ג"כ דשאני מפטם להבהמה דכיון דהוי מידי דאכילה א"כ נתעכל ובעת שנתפטמה ונשבחה אינו כבר בעולם מידי בעין של המפטם א"כ כיון דאינו מעשה אומן וחשוב א"כ הוי כמו צמר וסממנין דבעה"ב דלא אמרו בי' אומן קונה כו' וכן יש להעיר לכאורה בפלוגתת תנאי בשקלים פ"ד משנה ו' אם הקדש מתחלל על מלאכה או לא ופסקו שם כבן עזאי דאין הקדש מתחלל על מלאכה ועיין ברע"ב ותוס' יו"ט שם ואי נימא דאומן קונה שבח כלי א"כ השבח שבנו הפועלים בהקדש הא שייך השבח להאומנים ולא שייך לומר בהקדש דחצר דהקדש קנה דהא שיטת הפוסקים דאין חצר בהקדש וכמש"כ המג"א בסימן קנ"ד ס"ק כ"ג ובקצה"ח ונתיבות סימן ר' ומקורו בב"ב דף ע"ט גבי הקדיש בור ושובך ובתוס' שם ד"ה ואין מועלין במה שבתוכו כו' ואף דהגוף הוא של הקדש עכ"ז הא אי נימא דאין מעילה בגדולין א"כ יכול האומן לקנות השבח ומעורב חלק שיש להאומן בהשבח עם גוף השייך להקדש ואח"כ יכול להתחלל שפיר על מעות הקדש ואמאי אמרו דאין הקדש מתחלל על מלאכה ומשמע אף היכא דאיכא שבחא ומעשה חשיב וגדול מדסתמו בזה ולא הובא הך פלוגתא דתנאי אי הקדש מתחלל כו' בהסוגיא דאומן קונה שבח כלי ויש לדחות זה דהא אף למ"ד דאין מעילה בגדולין עכ"ז הא מדרבנן לכ"ע אסור ליהנות מן גדולין. א"כ אסור לו ליהנות מהשבח וע"כ ממילא לא קני שבחא ועיין בסימן רנ"ז סעי' א' גבי מקדיש קרקע מהיום ולאחר שלשים כו' וקצרתי וידעתי מה די"ל בגזל או בקנה קרקע הנגזלת אולי חסר בזה הכוונה לקנות אבל ז"א ברור כל כך וקצרתי:

ענף ד

יב

והעיקר מה שנלענ"ד לומר בזה דלא שייך לומר אומן קונה בשבח כלי רק באם הבעה"ב נותן חפצו וקרקעו להפועל לתקנו אז אמרינן אומדנא דדעת הבעה"ב הוא דרוצה שיזכה האומן בשבחו ואין שייך בזה לומר אין אדם מקנה דשלב"ל משום דאומדנא זו אמדו חז"ל דלעולם דעת הבעה"ב הוא שיהי' קנוי השבח להאומן וגם בעת שמשגיח האומן להכלי דנולד אז השבח דאמידנא אז דעת הבעה"ב דרוצה שיקנה אז האומן להשבח. והוי כעין הא דשמיט ואכיל לא מפקינן מיני' כמבואר בב"מ דס"ו והכא עדיפא לפי

דהאומדנא הוי אז גופא בעת שנולד השבח. א"כ זה לא שייך רק היכא דאיכא דעת בעלים אבל בלוקח מגזלן או גזלן גופא וכמו כן בפועל בהקדש דאין כאן דעת הבעה"ב כלל דהא בהקדש אמרו דדעת שכינה מי איכא להקנות להאומן השבח. וע"כ כיון דאין כאן דעת הבעלים שיקנו לו לכן אין לו יד לזכות מעצמו ואמרינן דגוף החפץ אשבחי' וארעאי אשבח וכמו דאם נתייקר החפץ והשביח מאליו דשייך השבח לבעל החפץ ה"ה באם האומן השביח. רק בנותן להאומן לעשות מלאכתו אז אמדו לדעת הבעה"ב דרוצה להקנות להשבח כדי שלא יתחייב האומן לשלם אם הזיקו וכן שיהי' לקנין לו עד שיפרע לו שכר מלאכתו ויהי' בטוח במעותיו ולא יצטרך לילך לב"ד להגבות לו בעד שכירות כי הקנין שיש לו בשבח הכלי הוא עדיף מקניית משכון כאשר יבואר להלן ולפי דאליו הוא נושא את נפשו ועיקר השבח הוא ע"י האומן אמדו חז"ל אומדנא זו דרוצים הבעלים להקנות לו השבח אבל בגזלן או בלוקח מגזלן כיון דאין כאן דעת הבעלים להקנותו לא קנה האומן וגם ביורד שלא ברשות והשביח נכסי חבירו אף דאומר בפירוש דמשביח אדעתא דנפשי' שיהי' לו חלק בהשבח ולא להבעלים ג"כ אין לו שום חלק בשבח רק ההוצאה בלבד וכמו דחזינן בגזלן דאינו נוטל השבח רק מפני תקנת השבים ומשמע אף היכא דיש אומנות גדולה בהשבח אפ"ה אינו נוטל השבח ע"פ דין אף דודאי אינו רוצה להקנות להבעלים וכדמשמע בכולי פ' הגוזל דב"ק ובח"מ סימן שנ"ד וסימן שס"ב ועי' בב"ב דף קכ"ו דרב אסי ס"ל בענבים ובצרום אבל דרכום לא כו' וברשב"ם ותוס' שם דדוקא אי שנוי קונה אבל לא אתי עלה משום אומן קונה שבח כלי אף דרב אסי ס"ל אומן קונה אך ז"א משום דזה דומה להך דב"ק בצמר וסמנין דבעה"ב וכו' ובאמת אין אנו צריכים לזה הראי' דהא פשוט מכמה דוכתי דגנב וגזלן אין לו חלק בשום שבח כלל ע"פ דין אף דמשביח אדעתא דנפשי' וגם פשוט מסברא בזה דאיך יהי' שייך השבח בלא הסכם הבעלים וכיצד עושה סחורה בנכסי חבירו וע"כ הדבר מוכרח דעיקר הך דאומן קונה בשבח כלי הוא לפי דאמדינן דעת הבעלים דהקנה להאומן כדי דיהי' בטוח בשכרו ולא יתחייב לילך לב"ד שיגבו לו בעד שכירותו וכן כדי שלא יצטרך לשלם אם הזיקו וע"כ שפיר כתב הש"ג בקדם ופרע שכרו דאז אינו זוכה בשבח לפי דעיקר הקנאת השבח אליו זהו כדי שיהי' בטוח במעות ולא יצטרך לגבית ושומת ב"ד דלא נימא בהשבח מאן שם לך כיון דקנוי לא בדין קנין א"כ ז"א שייך רק בלא פרע שכרו אבל בקדם ופרע שכרו דאז אין הבעלים מקנים לו השבח כיון דעיקר הקנאת השבח הוא כדי שיהא בטוח במעותיו וע"כ בקדם ופרע לו שכרו אז לא הקנה לו מעולם השבח כלל וכעין זה ראיתי בקצה"ח סימן ש"ו ס"ק ד' שכתב מטעם אחר דאם קבל דמי שכירותו דחייב אם הזיק

להכלי וכן כתב בעושה בחנם דבהזיקו חייב לשלם ולא אמרינן עכ"פ נימא להאומדנא דהקנה להאומן כדי שלא יתחייב לשלם אם הזיקו משום דעיקר ההקנאה הי' על שכרו שיהי' בטוח וממילא הקנהו כדי שלא יתחייב לשלם בהזיקו וע"כ היכא דלא הי' הקנאה על גוף השכירות ממילא לא דיינינן להקנאה על השבח כדי שלא יתחייב לשלם בהזיקו כן מוכרח לומר לפי דברי הקצה"ח שם וכן הוא לפי הטעם שכתבתי בעז"ה. ולכן אתי שפיר מה שכתב הש"ג דבכה"ג ליכא למ"ד שלא יתחייב לשלם דמי השידה כו' דאילו לפירוש הנתיבות דזהו מצד קנין מעות א"כ לר"ל הא לא שייך לומר כן אכן לפמש"כ אתי שפיר דהא אין בזה שום קנין מעולם להאומן לכ"ע כיון דקדמו ופרעו שכרו וכיון דהאומן לא קנה ממילא שייך השבח לבעל החפץ דחפצו השביח וכנ"ל:

יג

וראיתי להקצה"ח סימן ש"ו ס"ק ד' שכתב להחליט לדינא דהא דאומן קונה שבח כלי הוי בגדר בע"ח קונה משכון וכמש"כ שם בשם הרמב"ן והר"ן. ולכן כמו במשכון דאם פורע לו דאז ממילא שייך גוף החפץ להבעלים בלא קנין כלל וה"ה בהך אומן קונה שבח כלי דאם פורע לו ממילא שייך החפץ לבעה"ב וכעין זה כתב הנתיבות בס"ק ג' וד' ולדעתי אין זה ברור לדינא דהא מבואר ביו"ד סימן ק"כ סעי' יו"ד דכמה פוסקים ס"ל בנתן כלי לא"י לתקנו דצריך טבילה משום דאומן קונה שבח כלי והוי כמו דקנאו דצריך טבילה ואי נימא דאם פרע לו שכירותו נתבטל ממילא השיעבוד שלו ואין כאן קני' חדשה א"כ אמאי הצריכו טבילה לשיטת הני פוסקים דהא הממשכן לא"י ופדה ממנו א"צ טבילה וכמבואר שם סעי' י"א ועיין בתוס' ע"ז דף ע"ה ד"ה אי משום דקסבר כו' ואי דנחלק דשאני נכרי מישראל דלא קני משכון א"כ אמאי באומן קונה שבח כלי אמרו כן אף בא"י דהא הצריכו טבילה אי נימא דהך קנין אומן קונה שבח כלי אינו אלא כמו משכון וכמש"כ הקצה"ח והנתיבות וקשה לדחוקי ולחלק בזה וכן מוכח מרש"י ב"מ דף קי"ג ד"ה אומן קונה שכתב דכשמחזירו ה"ה כמוכר לו שבח שהי' לו בתוכו וכ"כ הר"ן בפ"ב דקדושין עי"ש. וכ"כ רש"י בקדושין דף מ"ח ע"ב ד"ה והכא באומן כו' דכשמחזירו הרי הוא כמוכרו וכ"כ רש"י בב"ק דף צ"ט ד"ה אמאי הא זבוני מזבני לי' הרי מבואר דס"ל דמה דאמרו חז"ל אומן קונה שבח כלי דיש להאומן קנין בהכלי וקשה לדחוקי בכ"ז. וע"כ העיקר הוא דהא דאמרו חז"ל אומן קונה שבח כלי דיש לו קנין עד דמחזיר להבעה"ב וכשמחזיר לבעה"ב אז הוי כמכירה חדשה מהאומן לבעה"ב ומ"מ אינו יכול האומן לחזור ולעכב השבח לעצמו משום אומדנא דאנן סהדי דהוי כמו דהתנה עם האומן שיקנה לו השבח ע"מ להקנות לו בחזרה את השבח אם יסלק לו שכירותו

וכדמצינו בא"ח סימן תרנ"ח סעי' ה' דנתנו לו סתם הוי כמתנה על מנת להחזיר לו הרי דמצינו לאומדנא כזו דאמרינן דהוי כמו דההתנה מתנה ע"מ להחזיר לי. ה"ה י"ל בהא דאומן קונה שבח כלי דהוי האומדנא דהקנה לו השבח כדי שלא יתחייב לשלם אם הזיק להכלי ויהי' בטוח בשכרו שלא יצטרך לילך לב"ד שיגבו לו כמו כל בע"ח אלא יהי' בידו בתורת קנין גמור וזה רק כ"ז דלא פרע לו שכירותו אבל בפרע לו אז ממילא מחוייב להחזיר להבעלים אם הוא בעיני' משום דקנייתו להשבח הוי בתורת ע"מ להחזיר להבעלים אם יפרעו לו וכמו כל מתנה ע"מ להחזיר לי וע"כ מחוייב להחזיר ולמסור להבעלים השבח דאל"כ בטל קנין של האומן להשבח מעיקרא דהא לא הקנה לו רק על מנת שיחזור ויקנה בחזרה השבח לבעה"ב אם יהי' בעיני' אלא דאם הזיקו להשבח אז אף דלא יחזור ויקנה לו ג"כ קני האומן להשבח לפי דעיקר השבח עשהו האומן ע"כ אין סברא דיתחייב לשלם וכן הקנהו את השבח כדי דיהי' בטוח בשכרו והא דעשה לי שירים ונזמים ואקדש אני לך ג"כ הא כתבו התוס' בב"ק שם דאינם חלים הקדושין עד שיומסר לידה ובידם לחזור מקדושין ע"כ הוי ג"כ אומדנא זו דרוצים שיהי' בטוח בשכרו אם לא תתרצה להתקדש לו אבל כ"ז דיהי' בעיני' אז מחויב להחזיר לבעה"ב כשסלק לו שכרו דאם לא יתרצה לזה אז נתבטל המכירה מעיקרא וידעתי דיש מקום לומר דאתינן עלה בתורת חיוב כי הוי בודאי כאילו אמר האומן שיתחייב בתורת חיוב עליו לחזור ולהקנות לבעה"ב כמו כל חיוב מחדש דמועיל אבל לפ"ז הי' צריך לבא לב"ד שיורידו אותו בתורת גובייא ובאמת זה לא שמענו מעולם דיצטרך לילך לב"ד להגבותו בתורת חוב ע"כ העיקר כמש"כ דזהו הוי כמו מתנה ע"מ להחזיר וכמבואר בכעין זה בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ז גבי הנייר דהלוה נותן להמלוה דאמרינן דהוי במתנה להחזיר יע"ש וכ"ה בנ"ד:

ענף ה

יד

ולפ"ז ניחא קושיית האחרונים על הא דחש"ו כותבין הגט דהא אומן קונה שבח כלי ואינם בני הקנאה דלפמש"כ ניחא דהא עיקר קניית האומן להשבח זהו בתורת קני' ע"מ להחזיר וברשות והקנאת בעה"ב ואף דנותן סתם לכתוב עכ"ז הא היכא דהוי אומדנא הוי כאילו התנה כמבואר כעין זה בא"ח בסימן תרנ"ח גבי אתרוג דאם נתן לו סתם הוי כאילו התנה ע"מ להחזיר דכיון דצריך האתרוג לעצמו אמרינן דלא הקנהו לחלוטין רק להחזירו א"כ ה"ה בנתן גט לכתוב דצריך להגט ע"כ אמרינן דנתן להם ע"מ שיחזירו לו כשישלם להם השכירות וכמו בכל פועל ואומן דכשפורעו השכירות מחויב להחזיר

להשבח כנ"ל וכיון דקטן אין לו יד להקנותו בחזרה ע"כ לא קנה כלל מעולם כיון דלא הקנה להם רק באופן שיחזירו ויקנו לו אח"ז וכיון דהאופן לא יוכל להתקיים ע"כ נתבטל זכות וקניית האומן מעיקרא להשבח. ולא שייך בזה לומר מה דקיי"ל בכל דיני תנאי דתנאי שאי אפשר לקיימו דהתנאי בטל והמעשה קיים משום דדוקא בהתנה בדרך תנאי אמרינן כן משא"כ בלא אמר בלשון תנאי כדמוכח בגיטין דף ע"ה דאמרו שם הרי זה גיטך והנייר שלי דאינה מגורשת ואילו בע"מ שתחזיר לי הנייר מגורשת והתנאי בטל משום דהוי תנאי דסותר להמעשה ע"כ התנאי בטל והמעשה קיים משום דבלשון תנאי ילפינן מב"ג וב"ר ע"כ בעי דומיא דב"ג וב"ר משא"כ היכא דלא אמר בלשון תנאי ע"כ לא בעינן בזה דיני תנאי וכמש"כ הה"מ כעין זה בפ"ו ה' אישות ה' י"ד וכמש"כ מזה בספרי באר יצחק חי"ד סימן י"ד דגם בתנאי דא"א לקיימו אם לא הי' בדרך תנאי אז אף דהוי דבר דא"א לקיימו מ"מ אם נתבטל התנאי אז נתבטל המעשה יעו"ש ובנתיבות ריש סימן ר"ז ע"ש. ע"כ בנידון האומדנא דאמרו דדעת הבעה"ב הוא להקנות להאומן השבח באופן שיחזור ויקנה לו בחזרה את השבח דעיקרו הוא בשביל הבעה"ב לכן היכא דאין יכול לקיים התנאי כמו בהא דחש"ו כותבין הגט כיון דאינן יכולים לחזור ולהקנות להבעל כדין הקנאה ע"כ ממילא בטל זכות וקניית החש"ו להשבח דמשביחין בכתיבתן להגט דלא קנאוהו כלל והא דאמרי' בסוכה דף מ"ו דלא ליקני לוליבא לינוקא משום דינוקא מיקנא קניא ולא מצי להקנות אלמא דאף דלא הוי בר הקנאה בחזרה לקיים התנאי אפ"ה לא נתבטל זכייתו מעיקרא י"ל דשא"ה דמיירי בהתנה בפי' ע"מ להחזיר א"כ הי' בדיני תנאי וכן משמע הלשון של הרמב"ם בה' לולב דהביא להך דינא על מש"כ שם מעיקרא בנותן לולב לו ע"מ להחזיר יעו"ש וע"כ בעינן דיני תנאי כיון דהתנה בלשון תנאי ומה"ט כתב הר"ן בסוכה שם דזה מקרי תנאי דא"א לקיימו משום דאינו יכול לקיים התנאי והוא נתן לו ע"מ להחזיר משום דמיירי באמר לשון ע"מ להחזיר לפי דבלא אמר בפירוש בלשון תנאי לא דייניגן בזה להאומדנא דבסתם הוי כמו דאמר ע"מ להחזיר כיון דקטן אינו יכול לקיים התנאי דע"מ להחזיר דלאו בר הקנאה הוי א"כ אם נידון להך אומדנא א"כ לא קנהו הקטן מעולם כיון דאין יכול לקיים התנאי וממילא יתבטל מעשה הקנין להקטן ובאמת הא אמר בפירוש דהוא מקנה להקטן וכדאמרו לא ליקני לוליבא לינוקא ואם נידון האומדנא מדעתנו כ"ז דלא התנה בלשון תנאי הא יהי' לבטלה למה שהקנה להקטן בפירוש ע"כ לא דייניגן שם להך אומדנא כלל וממילא חל המתנה להקטן ובע"כ מוכח דמיירי שם באמר בפירוש דמקנה להקטן בלשון תנאי דע"מ להחזיר וע"כ שפיר פסקו שם ובש"ע סימן תרנ"ח דלא ליקני לוליבא לינוקא כו' דכיון דאמר בפירוש אליו

בלשון קנין ע"מ להחזיר הא אין יכול לקיים התנאי ויתבטל התנאי והמעשה יהי' קיים וע"כ פסקו דלא ליקני משא"כ באומן קונה שבח כלי דהא לא אמר בפירוש בלשון קנין להאומן רק מצד אומדנא אמדינן לדעתי' דבעה"ב דהקנהו להשבח כלי כדי שיהי' בטוח בשכירותו ביותר וע"מ שיחזיר לו אם יהי' בעיני' כשישלם לו שכרו וע"כ אם הזיקו מיפטר דהא לא הוי בעיני' וכעין במתנה ע"מ להחזיר דח"מ סימן רמ"א סעי' ז' בקצה"ח ונתיבות שם דמחלקי בין היכא דאיכא בעיני' להיכא דליכא בעיני' לגבי חזרת דמיו ולא גוף החפץ וה"ה הכא גבי חיוב תשלומין אם יזיק האומן להשבח כלי דאינו מחויב רק אם יהי' בעיני' ואף דאינו דומה כ"כ החלוק עכ"ז הא מצינו עכ"פ חילוק כעין זה וכיון דעיקר הך דאומן קונה שבח כלי אינו רק מצד אומדנא ע"מ להחזיר. משום דודאי לא נתן להאומן את השבח לחלוטין ע"כ בקטן כיון דאי נימא דקנה להשבח לא יהי' יכול לחזור ולהקנותו להבעה"ב. ע"כ ודאי לא הקנה לו מעולם השבח ולכן שפיר יכול קטן לכתוב הגט משום דמיירי בקלף ודיו של הבעל וכיון דאם יקנה להשבח אז לא יהי' יכול לחזור בחזרה את הגט להבעל ויופסל הגט ע"כ בזה ודאי לא הקנה לו מעולם את השבח דהא עיקר הקנאת השבח להאומן אינו רק ע"מ להחזיר ומתורץ שפיר קושייתם:

ענף ו

טו

ויש להעיר בהא דיו"ד סימן ש"כ גבי בהמה מבכרת אם נתן לעכו"ם לפטמה ואין לו חלק בולדות דאינו' פוטר מבכורה וקשה אי נימא אומן קונה שבח כלי א"כ הא הוי זה כמו שותפות עכו"ם במקצת דפוטר מבכורה אף בדבר שאין החיות תלוי בו א"כ יש לדון בזה ג"כ דהוי עכ"פ ספק בכור דהא יש פלוגתת הפוסקים אי האומן קונה שבח כלי כפי מה דהעלה הש"ך בח"מ סימן ש"ו דהוי ספיקא דדינא בזה וגם יש סוברים דאף בא"י שייך אומן קונה שבח כלי וכדאיתא ביו"ד סימן ק"ך. ואפשר דכיון דאין לו חלק רק בהשבח ולא בגוף הבהמה כמו דהעלה הקצה"ח בסימן ש"ו ס"ק ד' בשם התה"ד סימן ש"ט דאינו קונה רק השבח ולא בגוף הכלי יעו"ש א"כ אין זה פוטר מבכורה דדוקא באם יש לו חלק בגוף הבהמה או באבר שאם יחתוך יפסול ויהי' בע"מ בזה פוטר מבכורה כמבואר בסימן ש"כ סעי' ד' ועיין בכורות ד"ג דכתבו התוס' שם דסגי אף באזנה ובט"ז וש"ך ס"ק ג' וזה לא שייך במפטם להבהמה דהא אף בלא פטומה האברים הם בשלימותם ויש לדון בזה הרבה. אמנם לפמש"כ בשו"ת מוהר"ש הלוי דע"י השבח זוכה בגוף הכלי דנתהפך החומר אל הצורה והובא בקצה"ח שם א"כ ה"ה במה דמפטם להבהמה א"כ יש לו חלק בגוף הבהמה אך יש לחלק דשאני בפטום להבהמה דעיקר הצורה כבר נגמרה מברייתה

וע"כ אף דמפטם משלו אין לו חלק בגוף הבהמה להיות פוטר מבכורה אף דיהי' קונה בהשבח דפיטמה וכן יש לחלק דשאני הא דמפטמה דכיון דבעי סממנין דהאומן ובמידי דאכילה כבר נתעכל ואינו בעולם. וכמו שכתבתי לעיל מזה:

טז

ועוד יש לדון בכל הנ"ל לפי מה דראיתי בשיטה מקובצת לב"ק דף צ"ט דאומן קונה שבח כלי משום דקניא בשנוי מעשה יע"ש א"כ י"ל דזהו דוקא בשנוי דלא הדר אבל בשנוי דהדר לא שייך אומן קונה שבח כלי. כמו דכתב שם דמיירי בנתן לאומן עצים שלא היו חקוקין וחקקן דקנאן בשנוי וזה הוי שנוי דאינו חוזר וע"כ במפטם בהמה דהוי שנוי דהדר לא שייך בי' אומן קונה שבח כלי:

יז

ויש להעיר בהא דאמרו בירושלמי פאה פ"ב במשנה ז' בשדה שקצרוה נכרים פטורה דה"מ כשקצרוה לעצמם אבל אם קצרוה לישראל חייבת והנה בירושלמי ב"ק פ"ט ה' ד' איתא דס"ל אומן קונה שבח כלי א"כ כיון דטרח וקצר יש לנכרי קנין במקצת בהשבח דמשביח הו"ל כשותפות נכרי דפוטר כמבואר בחולין דף קל"ו וי"ל דזה לא חשיב שנוי גמור וא"כ לא שייך בזה אומן קונה שבח כלי כיון דלא מקרי שנוי גמור כדמוכח בסוכה ר"פ לולב הגזול גבי לא תגזזוה כו' וכמש"כ התוס' בסוכה שם ד"ה שנוי החוזר כו' ובב"ק דף צ"ז האי מאן דקטל דיקלא כו' מעיקרא דיקלא קרי לי' אך בלא"ה שא"ה דהוי כמו צמר וסמנין דבעה"ב דלא שייך בי' אומן קונה שבח כלי וגם זה הא הוי כמו נתן לאומן תיבה ומגדל לנעץ בהם מסמר ונעץ בהם ושברן דב"ק דף צ"ט דכ"ע ס"ל דלא שייך בזה אומן קונה שבח כלי וכמו דהסביר לנו הג"פ בסימן ק"כ ס"ק ט' לפי דלא הוי מעשה חשוב וגדול וכנ"ל ולפי סברת המוהר"ש הלוי דהובא בקצה"ח שם דע"י השבח נתהפך החומר לצורה כנ"ל יש להסביר כ"ז ביתר ביאור וקצרתי ועיין בגיטין דף מ"ז גבי דגנך ולא דגון עו"ג וס"ל דמירוח נכרי אינו פוטר ובב"ק דף צ"ד גבי עד שלא מירחו כו' ופרש"י דמירוח לא חשיב שנוי וקצרתי:

יח

ולפי דבדברי השיטה מקובצת הנ"ל יש לדון ולבאר כמה חדושי דינים ע"כ אביא לשונו הטהור וז"ל בב"ק דף צ"ט על הא דאמרו שם ל"ש דחייבין לשלם דמי שידה אלא שנתן להאומן שידה תיבה ומגדל לנעוץ בהם מסמר ונעץ בהם מסמר ושברן אבל נתן עצים לעשות שידה תיבה ועשה מהן כו' פטור וכתב הש"מ וז"ל כלומר שלא עשה האומן שום שבח שנוכל לומר שקנאו בשנוי מעשה שהרי עשויין ומתוקנים הי' מתחילה כו' אבל בנתן להם עצים שלא היו חקוקין והאומן חקקן אשתכח דקנאו בשנוי מעשה אם שברן

לא משלם כו' שהרי אותו שבח האומן עשאו וקנאו בו ה"ר יהונתן ז"ל עכ"ל הרי דכתב הש"מ דלא שייך אומן קונה שבח כי אם היכא דאיכא שינוי מעשה והסביר היטב כוונת הגמ' הנ"ל ואף דמבואר בב"מ דף קי"ז ובתוס' שם ד"ה בשלשה מקומות כו' וב"ק דף צ"ו ובתוס' שם דהיכא דאינו מתכוין לקנות אינו קונה האומן אף ע"י שינוי זהו רק בגוף הכלי אבל השבח דהשביח הוא בעצמו מסתמא מכוין לקנותו וממילא קנאו ע"י שינוי מעשה. ולפ"ז יש לדון דקרקע ל"ש לומר אומן קונה בשבח דהא בקרקע לא שייך שנוי מעשה בגזילה ג"כ כידוע אפשר לומר דלא קנה השבח אך יש לחלק דשאני היכא דהוי מן דין גזילה דקרקע אינה נגזלת משא"כ בשבח דקנאו אינו מצד גזילה אלא משום דאיהו עביד לי' כולי שבחו ע"כ ה"ה אף בשבח דקרקע וכמו שפסק הנתיבות דגם בקרקע שייך אומן קונה שבח ועיין בתוס' בר"ה פ"א דף י"ג בד"ה ולא קציר עו"ג כו' דאף דירושה הוא להם ואין אדם אוסר דשא"ש כו' מ"מ יש לו חלק במה שזרע כו' יש לעיין אי נימא בזה אומן קונה שבחו דיש חלק בהשבח וכמש"כ בזה בספרי באר יצחק חי"ד סימן למ"ד בד"ה ולולי דברי התוס' עי"ש אך כבר כתבתי לעיל דהיכא דאינו מדעת הבעלים לא שייך בזה אומן קונה שבח כלי א"כ הא דר"ה הא לא הוי ברשות הבעלים אלא הא"י מעצמם עשו כן וקצרתי:

יט

ולדינא יש לדון במה שכתבתי דמשמע מן השמ"ק דדוקא בשינוי שאינו חוזר אמרו אומן קונה שבח כלי דהא אמרו בב"ק ד' צ"ג ע"ב גבי שינוי קונה בגזלן דדוקא עצים ושיפן אבל עצים משופין ועשאן כלים זהו שינוי החוזר וכדפסקו בח"מ סימן ש"ס א"כ מדקאמרו בב"ק דף צ"ט דאם נתן עצים לעשות תיבה כו' ועשאן דאומן קונה שבח כלי ומשמע אף בעצים משופין מדלא חלקו בזה גופא רק אמר ל"ש אלא שנתן שידה כו' אבל נתן עצים לעשות כו' הרי משמע דאף בשינוי החוזר אמרו אומן קונה שבח כלי וכן משמע ביותר מהא דקפריך שם תנן נתן לאומנין וקלקלו חייבים לשלם מאי לאו דיהיב להו עצים לא שידה תיבה הא מדקתני סיפא שידה כו' מכלל דרישא עצים כו' אמרי פרושי קא מפרש כו' תנא סיפא לגלויי רישא כו' ואי נימא דהך אומן קונה שבח כלי אינו רק בשנוי שאינו חוזר כו' א"כ הא הוי מצי לפרושי דרישא דמתניתין מיירי בנתן עצים משופין וע"כ לא קני האומן להשבח משום דהו"ל שינוי החוזר ותני סיפא לגלויי רישא ולאשמועינן דע"י שינוי החוזר לא קני אומן להשבח וגם אשמועינן דשנוי החוזר אין שם שינוי עליו כלל גם בגזלן ולא איצטריך לדחוקי דפרושי קא מפרש ומוכח מזה לכאורה דאף בשנוי החוזר אמרו אומן קונה שבח כלי ויש לדון בזה הרבה ובאמת מלשון

השמ"ק שנקט בנתן להם עצים שלא היו חקוקין והאומן חקקן וכמו שנוי קונה בגזלן מורה דשנוי החוזר סבירא לי' דלא קנה האומן השבח בזה ויש להאריך בזה עוד וראיתי בדורש לציון סימן ח' דכתב דהך מילתא דאומן קונה שבח כלי תליא בהא דשינוי קונה בגזלן ולא הביא לדברי השמ"ק הנ"ל:

ענף ז

כ

ולפי מה שנתבאר לעיל דקניית האומן להשבח זהו משום דהבעלים הקנו אליו שיהיה בטוח על שכרו וע"מ להחזיר כשיסולק לו שכרו כנ"ל בארוכה נראה ברור דבפועל בחנם אזי לכ"ע חייב לשלם דמי השבח להבעה"ב אם קלקלו דהא גוף החפץ שייך לבעלים וממילא אף השבח ג"כ שייך לבעל החפץ דחפצו השביח וכמו בחפץ גזול דהשביחו הגזלן דשייך גוף החפץ עם השבח להבעלים מן הדין אלא דאומן שאני דאיכא אומדנא דבעה"ב רוצה להקנותו את השבח כדי דיהי' בטוח בשכירותו וממילא מה"ט פטור אם הזיקו להשבח כיון דאינו בעיני' כנ"ל ולכן בסילק לו שכירותו ממילא שייך השבח לבעה"ב וכמש"כ הש"ג ע"כ באומן בחנם שייך ממילא גוף השבח מיד דאשבחי' לבעה"ב וכן ראיתי להקצה"ח שם ס"ק ד' דבאומן בחנם לכ"ע לא קנה האומן את השבח רק כתב טעם אחר בזה ולפמש"כ הוא מטעם אחר משום דהוי כמו דהתנה ע"מ להחזיר כשיהיה בעיני' אם יסולק לו שכרו אבל בחנם דאינו מגיע לו שכירות א"כ לא קנה מעולם להשבח לכ"ע:

כא

שוב ראיתי דיש לסתור לכאורה לכל מה שכתבתי והוא דז"ל הרשב"א בב"ק דף צ"ח בד"ה מ"ט אומן קונה שבח כלי וכתב דאומן קונה כל שבחו ובמקלקלו לאחר שהשביח לפי שאין דעתו של אומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב את עצמו בתשלומי נזקו וכן דעתו ג"כ להשביחו לעצמו ולקנות בו שכרו אע"פ שלא קלקלו. אבל לכ"ע כשלא קלקלו אינו קונה כל שבחו שעל דעת שיהיה שבחו של כלי לבעלים הוא מתקנה ומשביחה עכ"ל הרשב"א והובא בנתיבות סימן ש"ו ומן דבריו נראה דס"ל דעיקר הך מילתא דאומן קונה שבח כלי אינו מדעת הבעלים רק האומן מעצמו מצי קני לשבחא רק בלא קלקלו דעתו ליתנו להבעלים ומשמע דבלא רצון האומן לא מצי בעה"ב לקנותו ולדעתי זה צ"ע דא"כ תקשה בכל גזלן ולוקח מגזלן דיהיה שייך השבח להגזלן ולהלוקח ממנו דהא אינו מתקנו רק בשביל עצמו ובאמת משמע מכולי דוכתי דכ"ז דלא היה באופן שינוי המועיל אינו קונה שום שבח רק מפני תקנת השבים וגם בקרקע הדין כן] ובקרקע הא לא שייך שינוי כלל וכן ביורד שלא ברשות אף דאמר בפירוש דאינו מקנה השבח להבעה"ב עכ"ז

אין לו חלק בגוף השבח ואינו נוטל רק ההוצאה יכול לומר עצי ובניני אני נוטל אבל היכא דלא שייך לומר כן אין לו בשבח משום דאין סברא כלל דיהיה לאיש אחר זכות בחפץ של אחר בלא רצון הבעלים וכמש"כ לעיל וע"כ דעתי בכוונת הרשב"א דבמש"כ הרשב"א לפי שאין דעתו של אומן להשביח לצורך בעל הכלי לחייב עצמו וכן דעתו להשביחו לעצמו ולקנות בו שכרו היינו דדעת ורצון האומן הוא כן וכיון דאליו הוא נושא נפשו אמדו חז"ל דעת הבעלים דמסכימים למלא רצון האומן ומקנין לי' את השבח שיהי' קנוי לו ע"מ להחזיר כשיסולק שכרו וכשיהיה בעיני' ואם לא יהי' בעיני' מיפטר וזהו כדי שלא יתחייב לשלם אם הזיקו וכמו שכתבתי לעיל בכונת הש"ג והעיקר תלוי רק בדעת הבעלים רק אמדינן דכיון דהאומן רוצה כן ממילא הסכים הבעה"ב לדעתו:

כב

ומה דמסיים הרשב"א בחידושיו לב"ק שם ובלא קילקל אינו קונה כל שבחו לפי שעל דעת שיהיה שבחו של כלי לבעלים הוא מתקנה ומשביחה. יש לפרש כוונתו כן. דהא חזינן דאף היכא דתיקן האומן את הכלי של הבעה"ב במה שהוסיף עוד איזה ענין להכלי והוסיף לה נופך משלו דאינו יכול האומן לומר שלי אני נוטל וכעין הך דסימן שע"ה סעי' ז' דאומר עצי ובניני אני נוטל והנה שם מבואר דאינו יכול לומר עצי ובניני אני נוטל לפי דהא בנאו אדעתא דהבעלים וכמש"כ הסמ"ע שם ס"ק י"ד וע"כ היה סברא לומר גבי אומן דהיכא דהיה השבח שלו באופן שאם יטלנו למה שהוסיף להכלי דלא יקולקל הכלי והוי אמינא דהיה יכול לומר שיחזור ויטלנו מן הכלי ולעצמו משום דבמאי קני לי' הבעלים ע"ז כתב הרשב"א דבלא קילקל שבחא דהבעה"ב ואינו יכול האומן ליטול זה לעצמו משום דהא אדעתא דבעלים הוא מתקנה וממילא קנהו הבעלים וכעין דברי הסמ"ע בסימן שע"ה ס"ק י"ד הנ"ל אבל היכא דהוא באופן שאינו יכול האומן ליטלו מהכלי רק דרוצה שיהיה לו חלק בהשבח או מעות בעד דמי השבח זה פשוט דאין אנו צריכים בזה לדעת ורצון האומן וכמש"כ דאינו נוטל בע"כ בנכסי חבירו וגם י"ל דכוונת הרשב"א הוא בזה עוד דלא נימא דבאמת הבעלים הקנו את כל השבח להאומן בלא שום תנאי דע"מ להחזיר רק דאמרינן מצד אומדנא דהאומן התחייב בחיוב ע"ע להחזיר את השבח להבעה"ב כשיסולק לו שכרו ע"ז אמר דודאי כוונת הבעלים רק בהקנאה אליו ע"מ להחזיר כדי דיהיה גוף השבח בידם ולא יצטרך לבא בזה לב"ד שיגבו לו רק אמדו דעתם דבלא קילקל שבחא הוא משום דאם לא ירצה להקנותו להבעה"ב אז ממילא יתבטל מעיקרא עיקר הקנאת הבעה"ב להאומן לכן אמדינן דעת הבעה"ב דהיה בדעתו כן ואין סתירה מן הרשב"א לדברינו:

כג

וע"פ מש"כ אתי שפיר דברי הרא"ש בתשובה שהובא בקצה"ח ונתיבות סימן ש"ו שכתב דאין האומן יכול לאסור על בעל הכלי אף למ"ד אומן קונה שבח כלי כו' והנתיבות כתב דטעמו דס"ל דהא דאומן קונה שבח כלי דאינו רק קנין שיעבוד כו' אכן לפי מש"כ א"ש בפשיטות משום דעיקר זכות האומן הוא משום דאמדינן דהבעה"ב הקנה לו במתנה ע"מ להחזיר לו וע"כ אינו יכול האומן לאסור על הבעה"ב דהא אז אינו יכול לחזור ולהקנות לבעה"ב ואינו מקיים התנאי ע"כ ממילא בטל המתנה אליו וכמו בכל מתנה ע"מ להחזיר לו כמבואר בח"מ סימן רמ"א סעי' ז' וקצרתי ומש"כ הקצה"ח בסימן ש"ו ס"ק ב' להקשות עלה דקונם שאני עושה לפיך כו' וכתב דזהו מצד אומן קונה שבח כלי יש לי מקום בעז"ה לתרץ קושיתו אך מפני האריכות לא כתבתי כעת מזה:

ענף ח

כד

נחזור לענינינו במש"כ לעיל לדון במה דחזינן בכמה גיטי דעלמא דאבי הבעל או אבי האשה מתפשרים שהם ישלמו להסופר והעדים עבור טרחתו בהגט דיש לחוש דלמא הלכה כריש לקיש דבמעות אין כאן קנין כלל א"כ לא קנה האבי האשה מעולם וע"כ אף דנהגינן להקנות הקלף והדיו להבעל מקודם הכתיבה כמבואר בסדר גיטין ובסימן ק"כ סעי' א' יע"ש מ"מ הא האומן היינו הסופר קנהו להשבח של הגט וכוונתו להקנות השבח לבעה"מ ואבי האשה הוא המקנה להבעל וכיון דאבי האשה לא קנהו מעולם דהא קנין מעות לא מהני לר"ל א"כ אין בעלים להקנותו בשלמא בכל כותבי גיטין היכא דהבעל מצוה להסופר לכתוב אמרינן דמן הסתם כשמסר הסופר את הגט להבעל היה מכוין להקנותו להבעל וממילא קנהו הבעל הן בשכר והן בחנם ומה דהוי מחוסר הקנאה להשבח וכמו בכל אומן כשמחזיר החפץ לבעה"ב בין כתיבה לנתינה זה לא מקרי מחוסר כו' כיון דאינו מחוסר מעשה בגופו וכמש"כ הר"נ והובא בב"ש סימן קכ"ג ס"ק ב' ועיין בסימן ק"כ בחמ"ח ס"ק ב' אבל הכא דלא מכוין רק להקנות לבעה"מ וכיון דבעה"מ גופא לא קנהו א"כ חיישינן כמו דחששו בש"ס גיטין דף כ' גבי כל גיטי דעלמא וכמו דפרשתי לעיל והא גבי איסור בכור חששו להסתפק דילמא הלכה כרש"י וש"פ דס"ל כריש לקיש כידוע וה"ה באיסור א"א מבעי לן לחוש כן וכשיטת רש"י הנ"ל:

ואף דלסברת התורת גיטין דבקלף ודיו של הבעל לא שייך לומר אומן קונה בשבח כלי כנ"ל עכ"ז הא הגט פשוט דעתו אינה כן כמש"כ בס"ק ט' דזה תלוי רק במעשה החשיבות דאזי אף בכל החפצים שהם של בעה"ב ג"כ שייך אומן קונה שבח כלי וע"כ גם בקלף ודיו של הבעל ג"כ שייך לומר אומן קונה בשבח הכלי וא"כ לכאורה יש להחמיר בנ"ד:

כה

אמנם לפי מה שהעליתי דעיקר מילתא דאומן קונה שבח כלי זהו רק בעושה בשכר אז איכא אומדנא דהבעלים הקנו לו כדי שיהיה בטוח בשכרו:

א"כ בנ"ד דגוף הקלף והדיו הוא של הבעל כפי הנהוג דמקנו לו מקודם ואף דאבי האשה ואבי הבעל שכרו להסופר מ"מ כיון דהבעל לא שכרו ולא נתחייב מעולם לשכרו ואין על הבעל שום חיוב הגוף על השכירות ואינו יכול לתבוע השכירות מהבעל והוי כמו אומן העושה בחנם דלא שייך בי' אומן קונה שבח כלי ואינם יכולים אבי האשה והבעל להקנות להסופר חפצו של אחר בלא דעת הבעלים וכיון דלא חל בזה הקנאה שלהם ממילא שייך השבח לבעל הכלי דחפצו השביח וכמו שנתבאר לעיל [ומה"ט אף בלא שילמו להסופר ג"כ נראה לענ"ד דהגט כשר] וע"כ אין לערער על מה שנהגו דלא קפדינן במה דהקרובים משלמין להסופר ולא חשו כלל בזה וכן נראה מן ב"מ דף קי"ח ע"א גבי השוכר את הפועל לעשות עמו כו' וא"ל טול מה שעשית בשכרך אין שומעין לו והתניא שומעין לו ל"ק כאן בשל הפקר ופי' רש"י ולא דמי לשל חבירו דהתם ליכא למימר זכי בי' את כו' עכ"ל רש"י ומשמע דאף היכא שבחא אמרו כן. וכ"ז הובא בטושו"ע סי' של"ו בלא שום חולק כלל שם אף בש"ך שם ומשמע דאף הסוברים אומן קונה שבח כלי דייניין דאינו יכול לומר בשל חבירו טול מה שעשית בשכרך אף אם הפועל מתרצה לקבלו בשכרו ולכאורה היה מקום לומר דיכול לומר לו זכי את בשבחא אם הוי מעשה חשובה ואומנות כדסתמו שם ומוכח מזה דכיון דלא שכרוהו הבעלים של החפץ רק אחר שכר אותם ע"כ אין ביד האחר להקנותו את השבח וע"כ לא כתבו שם כלל לדון בזה אומן קונה שבח כלי ולא נזכר שם ובכל הפוסקים והאחרונים מן הך דאומן קונה שבח כלי ויש להאריך בזה עוד. אך באמת אין אנו צריכין לראיות כי באמת ראי' זו יש לדחות דהא בשכרו בשלו דיש לדון בזה אומן קונה שבח כלי ואפ"ה סתמו דאינו יכול לומר טול מה שעשית בשכרך משום דמיירי שם בע"כ של הפועל ונדחה ראייתי זאת דכבר נתבאר דהעיקר הוא דהך אומן קונה שבח כלי זהו מצד הקנאת הבעה"ב להאומן ע"כ שפיר אין להחמיר בנ"ד:

כו

שוב ראיתי דיש להוכיח דלא כמו שכתבתי והוא דבירושלמי ב"ק פ"ט ה' ד' איתא אמר רב הונא והוא שקבע בו מסמר כדי לזכות לכליו אז מתחייב בנתן לאומנין תיבה ומגדל וקלקלו:

משום דס"ל אומן קונה השבח כלי וכמש"כ הפני משה רק הא דב"ק מיירי בנתן לאומן שידה תיבה לנעוץ בהם מסמר ונעץ בהם מסמר ושברן כמבואר בש"ס דילן ומדנקט

וכיוון לזכות לכליו. משמע דלפי דזהו מעשה שאין בו חשיבות כפי' הג"פ או לפי שאין בו שינוי כפי' השיטה מקובצת אז אמרינן מסתמא דנתכוין לזכות לבעל הכלי אבל במעשה של חשיבות כו' אז אמרו האומדנא דלא נתכוין לזכות לבעל הכלי והאומן קני שבח כלי ואילו לפמש"כ הא העיקר תלוי בהקנאת ודעת הבעה"ב להאומן ואם הבעה"ב לא נתכוין להקנות להאומן לא קנה האומן וכמש"כ וע"כ מוכח מירושלמי הנ"ל דלא כמש"כ ומוכח מירושלמי כדעת הנתיבות דכתב דעיקר הך מילתא דאומן קונה שבח כלי זהו משום דאמרינן דלא הקנהו לבעה"ב וביד האומן תלוי דבר זה וכפי פשטות כוונת הרשב"א בב"ק שם דהובא לעיל בארוכה ואפשר לומר דכוונת הירושלמי שכתבו וכיוון לזכות לכליו זה קאי על גוף המסמר שנתן האומן בכלי של בעה"ב דעל גוף המסמר לא שייך לומר דיזכה בו בעל הכלי בלא דעת והקנאת האומן כי אם מצד דעת והקנאת האומן ע"כ אמרו וכיוון לזכות לכליו של בעה"ב ולכן חייב בקלקלו:

אבל היכא דליכא שום עצם ודבר ממש בעיני' מן האומן כי אם מצד מעשה חשובה וכמו שכתב הג"פ. וכן בנ"ד של כתיבת הגט דהוי הכל על הקלף והדיו של הבעל לפי מה דנהגינן. רק מעשה חשוב וגדול אמרו דאומן קונה שבח כלי ובזה בוודאי אינה זוכה האומן כי אם מצד הקנאת הבעה"ב אליו משום דבלא דעת הבעה"ב שייך גוף השבח בזה לבעל הכלי משום דחפצו השביח וכעין זה כתבתי לעיל בכוונת הרשב"א לב"ק וע"כ אין הכרח מן הירושלמי לסתור לכל מה שכתבתי בעז"ה:

כז

ובאמת כל מש"כ אינו רק להרוחה משום דגם בל"ז ג"כ אין מקום להחמיר לדינא בנ"ד דהא יש לנו בזה ספיקות להקל ספק א' דלמא הלכה כריו"ח דמעות קונה דבר תורה וכמבואר בסימן קצ"ח וכשיטת רוב הפוסקים והא דהחמירו גבי קנין בכור אינו אלא מצד החומרא וכמו דהארכתי במקום אחר וא"כ לפ"ז ממילא קנו אבי הבעל והאשה את השבח בקנין מעות משום דבמקום מצוה העמידו על ד"ת או לפי סברת הנתיבות בסימן ש"ו דכיון דליכא בזה לאמר נשרפו חטיך דמעות קונה בכה"ג וממילא קנה הבעל מהם דאקנויי אקנו לי' אבי הבעל והאשה וכמש"כ לעיל. וספק ב' דלמא הלכה אין אומן קונה שבח כלי א"כ אין שום מקום להחמיר כלל כיון דהקלף והדיו הוא של הבעל וספק ג' דלמא כהתו"ג דהביא בשם הרשב"א דכיון דקלף והדיו של הבעל לא שייך לומר קונה שבח כלי וכפרט דבשבח כלי של הגט דלא חזי לשאר אינשי דלא שייך בו שבח כלי כל כך וכמש"כ הג"פ סברה זו בסימן ק"כ ס"ק ט' וכן הגט מקושר בס"ק י"ז א"כ יש לנו בנ"ד יותר מג' ספיקות להקל ובס"ס דדינא סמכינן אף באיסור א"א כידוע ונתבאר דאין

לנו להחמיר במה דמשלמין אבי האשה או אבי הבעל להסופר ובעדים כבר כתב הג"פ סימן ק"כ ס"ק ט' דלא שייך בזה קונה שבח כלי עי"ש אך גם בסופר ג"כ אין לחוש מצד אומן קונה שבח כלי דיש לסמוך להקל כנ"ל בעז"ה:

ענף ט

כח

והנה התוי"ג סימן ק"כ ס"ק ו' העלה להחמיר אף בדיעבד היכא דאבי הבעל או אבי האשה פורעין שכר הסופר בלא הקנאה דאינו מגורשת כמש"כ שם בחדושים ס"ק ב'. דאף דשיטת התו"ג דלא שייך בקלף ודיו של הבעל אומן קונה שבח כלי. עכ"ז העלה להחמיר מטעם אחר דהא הנמוק"י בפרק ג"פ גבי הבעל נותן שכר הסופר כתב דכתיב וכתב משמע דהבעל מכתיבו ונותן שטר הסופר כו'. וכן הוכיח ממש"כ רש"י בגיטין (דף כ') וז"ל איהי כתבה לי' כדאמרינן בפרק ג"פ כו' ואמאי לא הביא ממשנה דלקמן דאשה כותבת גיטה כו'. ומזה הוכיח התו"ג כלל מחודש דבעי שיהא הבעל מכתיבו וישלם שכר הסופר דאם אינו משלם שכר הסופר מקרי אין הבעל מכתיבו ואין הגט גט. א"כ ה"ה בשלמו אבי האשה או אבי הבעל להסופר דפסול הגט עכ"ד התו"ג. הנה כתב התו"ג דבר חדש לפסול משום דבעינן דיהא הבעל מכתיבו. וזה לא נהירא לי דמנלן לחדש כן דמדברי רש"י הנ"ל אין ראי' כלל כמש"כ לעיל. די"ל דלכן לא הביא המשנה דהאשה כותבת גיטה משום די"ל דהא מסקנת הגמ' לקמן (דף כ"א) דאיתתא ידעה לאקנויי וא"כ הא הוי של הבעל ע"כ הביא רש"י דהקושיא הוא מב"ב דהאשה משלמת שכר הסופר דבזה אף דנימא דידעה לאקנויי עכ"ז הא לא הוי מעולם שלה כיון דלא קנתה מעולם וא"כ איך תוכל להקנות להבעל דבר שאינו שלה א"כ בזה שפיר אמר דיכילנא למיפסל לכולי גיטי דעלמא א"כ אין שום ראי' כלל מדברי רש"י הנ"ל. ובלא"ה אין ראי' מדברי רש"י דמביא ההיא דב"ב משום דהא קאמר יכילנא למיפסל לכולי גיטא דעלמא. וההיא דאשה כותבת גיטה לא דכל גיטי דעלמא כותבת נשים. רק דמתני' אשמועינן דהאשה יכולה לכתוב הגט ולכן מביא ההיא דב"ב דמבואר שם דמשום תק"ע עבדינן דהאשה משלמת שכר הסופר ולזה אמר למיפסל לכולי גיטי דהנהוג דהאשה משלמת וכב"ב הנ"ל. וכן מה שהביא בשם הנ"י ג"כ אינו ראי' די"ל דכונתו דכיון דכתיב וכתב לכן הבעל מחויב ליתן שכר הסופר כשהסופר תובעו לדין משום דכתיב וכתב והבעל מכתיבו היינו שמצוה להסופר לכתוב או משום לשמה או משום שליחות לשיטת כמה פוסקים וע"כ מחויב הבעל לשלם שכר הסופר משום שכירות כמו כל שכירות פועלים דמי ששוכר הפועל מחויב לשלם לו. וכמו שבארתי לעיל כוונת הנ"י על נכון. א"כ אינו ראי' כלל

מן רש"י והנ"י להכלל שכתב התו"ג דבעי שיהא הבעל מכתיבו. וכשאינו משלם שכר הסופר מקרי אין הבעל מכתיבו.

כט

וראי' ברורה להיפוך מתוס' גיטין ד' כ"ב ע"ב בד"ה והא לאו בני דיעה נינהו כו' שכתבו והא דאמר לעיל יכילנא למיפסל לכולי גיטי דעלמא מ"ט אילימא משום דכתיב וכתב והכא הא איהי כתבה לי'. התם אונתן סמיך דבעי שיכתוב בצוויו ויתן והכא אפי' נכתב בצוויו לא יהב לה מידי דשלה הוא עכ"ל התוס'. וכן כתב הרא"ש והר"ן שם ולא כתבו דלכן פסול משום דבעי שיהא הבעל מכתיבו להגט וכיון דהיא פורעת שכר הסופר א"כ מקרי אין הבעל מכתיבו. ומדלא כתבו כן אלא כתבו דאונתן סמיך מוכח דס"ל דגם היכא דאינו פורע שכר הסופר מקרי וכתב כיון דנכתב בצוויו ובלא"ה אין לדבריו הבנה דהא מבואר בתוס' גיטין דף כ' ע"ב ד"ה אשה לא ידעה כו' וא"ת וכי לא ידע מתני' דאשה כותבת את גיטה וי"ל דמצי לדחויי דכותבת על קלף דבעל אלא שנותנת שכר הכתיבה וכו' עכ"ל התוס' וכן כתב הר"ן בחידושיו שם ולדברי התו"ג הא עדיין לא הי' בזה הדין דיהא הבעל מכתיבו דהא בזמן המשנה לא היה התקנה דאקנויי אקני לי' רבנן המעות של שכר הסופר והתוס' כתבו זה כאשר איבעי' להו אם אשה ידעה לאקנויי, והקשה בזה הא אכתי אין בזה דהבעל מכתיבו, וזולת זה דעיקר דבריו מוקשים מאד מהא דהאשה כותבת גיטה אפי' בקלף שלה וידעה לאקנויי הא אכתי אין הבעל מכתיבו מקרי כיון דבעת הכתיבה שלה הוי ולא היה אז הבעל מכתיבו בעת כתיבת הגט, ואין לדחוקי בזה יותר.

ל

וזולת כל זה, הנה עיקר סברת חומרת התו"ג מוקשה במה שכתב דכיון דהבעל לא התחייב לו שכירותו לא מקרי הבעל מכתיבו. דהא אף לשיטת הסוברים דבעינן שליחות בכתיבת הגט. עכ"ז הא חזינן בשליח להולכה דהבעל עושה אותו לשליח להוליך גט לאשתו ומעשים בכל יום דהאשה פורעת שכר השליח ומתחייבת לו שכירות שישתדל לקבל גט מהבעל ובדין שליח להולכה ולדברי התו"ג יש להעיר בזה דהא לא קרינן בזה ונתן כלל כיון דהאשה הוי בע"ד של השליח על שכירותו וע"כ מוכח דאף דהיא פורעת שכרו של השליח עכ"ז קרינן בי' שפיר ונתן. וה"ה בכתיבת הגט דכתיב וכתב דאף להסוברים דבעי שליחות מ"מ אף בפורעת שכר הכתיבה או דאיש אחר התחייב לו שכרו דג"כ קרינן בי' וכתב דהא עכ"פ נכתב בשליחות הבעל דגם בזה הוי שלוחו כמותו וקרינן שפיר וכתב:

לא

וראיתי להבית יוסף אה"ע בסי' ק"כ בד"ה ולדברי המצריכים להקנות כו' שכתב בשם הרא"ש בסדר הגט שכתב והסופר יתן הקלף והדיו במתנה לבעל דבעיא וכתב ונתן שיהא הגט שלו עכ"ל הרא"ש כלומר כדרך בני אדם שכותבין בדבר שהוא שלהם וגם לא שייך נתינה אלא בדבר שהוא שלו עכ"ל הבית יוסף ודבריו אינן מובנים דלפי דברי הב"י בכוונת הרא"ש שכתב דבעיא וכתב כו' דמשמעו הוא דבעינן דיכתוב על שלו כדרך ב"א שכותבין על דבר שלו דלפ"ז תקשה הא דתנן האשה כותבת גיטה לפי דידעה לאקנויי הא בעת כתיבת הגט לא הוי של הבעל וע"כ הוא דלא בעינן דיהי' של הבעל בעת הכתיבה אלא העיקר הוא דיהיה שלו בעת נתינה. וזולת זה הלא מפורש בהרא"ש גיטין פ"ב סי' כ"ד דהביא להך דגיטין דף כ' דיכילנא למיפסל לגיטי דעלמא משום דכתיב וכתב והכא איהי כתבה לי' דלאו משום וכתב קאמר אלא משום דכתיב וכתב ונתן כו' דיהא שלו והכא לא יהיב לה מידי דשלה הוא עכ"ל הרא"ש הרי להדיא דלא כהבית יוסף בסברתו שכתב דוכתב משמע שיהיה שלו כדרך ב"א שכותבין בדבר שהוא שלהם דא"כ לא היה צריך הרא"ש לומר דלאו משום וכתב קאמר כו' דהא לדברי הב"י א"ש בפשיטות כוונת הש"ס בגיטין שם דאמרו משום דכתיב וכתב והכא כו' ולא הי' צריכין לדחוקי וכמש"כ כן שם גם התוס' והר"נ כנ"ל ובאמת כוונת הרא"ש בסדר הגט שכתב דיתן הקלף והדיו במתנה להבעל דבעיא וכתב ונתן כו' דנתכוין ג"כ כמש"כ הרא"ש בפסקיו דכוונת הגמ' הוא משום דאונתן סמוך כו' אף שלא נזכר בש"ס שם רק וכתב לחוד כל שכן בלשון הרא"ש בסדר הגט הנ"ל דהזכיר וכתב ונתן ע"ש ודברי הבית יוסף הללו מוקשים וברור ופשוט דלא כתב כן הב"י לדינא רק עיקר הטעם דהצריך להקנות קודם הכתיבה זהו משום טעם של הב"י שם דחשו לכתחילה דשמא לא ימסרנו אח"כ דישכח הסופר להקנותו וכמש"כ כן הג"פ בסי' ק"כ ס"ק ג' בשמם ע"ש וכן יש לתמוה על הפני יהושע גיטין ד' כ' ד"ה א"ל רבא מ"ט כו' דהביא לדברי הב"י הנ"ל ומסיים דבעי שיהא שלו בעת הכתיבה וכבר נתבאר דאינו כן וקצרתי:

לב

נחזור לענינינו דנתבאר דאין שום מקום לחומרת התו"ג דפסל הגט אף דיעבד היכא דאבי הצדדין משלמין להסופר דנתבאר ב"ה דכיון דנהגינן להקנות הקלף והדיו להבעל קודם הכתיבה דשפיר נהגו להכשיר הגט ואין שום מקום חשש לפוסלו רק לכתחילה כיון דיצא להחמיר מן הגאון בעל תו"ג יש לנו להדר לכתחילה להקנות המעות מקודם הכתיבה להבעל אבל בדיעבד לאחר שנכתב אין לנו להחמיר כלל:

שמעתי מקשין על מש"כ בספרי באר יצחק ח' או"ח סי' א' ענף א' דבמכירת חמץ שאנו מקבלין מעות או"ג מן הקונה דזה הוי מן דין ערבות וכמו תן מנה לפלוני וע"ז הקשו מן התוס' והרא"ש בקידושין דף י"ט בד"ה אומר אדם לבתו כו' דכתבו דלא שייך התם דין ערבות כיון דלא דיבר למקדש אלא לבתו כו' א"כ ה"ה במכירת חמץ הא לא דיברו המוכרים עצמם עם הקונה אלא עם הב"ד ובאמת יש לחלק בין הנושאים הללו בפשיטות וזולת זה אין זה קשה כלל דהלא שיטת הראב"ד והרמב"ן והריטב"א דכיון דאומר לה צאי קבלי קידושיך ה"ל כאומר מי שיתן לך ה"ל כאילו נתן לי ומן דין ערב והובא דבריהם באבני מלואים סי' ל"ז ס"ק ג' ובמקנה בק"א סי' ל"ז סעי' ז' ע"ש וכיון דיש בזה פלוגתת ראשונים ע"כ שפיר כתבתי בספרי כיון דעיקר קושיתי שם הוא לחד שיטה ע"כ שפיר יש לתרץ כפי שכתבתי שם כיון דלחד שיטה שייך דין ערבות אף היכא דלא דיבר להקונה עצמו וידוע דאין להקשות מן דברי התוס' אהדדי:

ובעיקר פלוגתת הפוסקים הללו נראה לענ"ד להוכיח דשייך דין ערבות אף דלא דיבר עם הבע"ד עצמו והוא דבעו"ג דף ס"ג ע"ב אמרו שם ועוד חנוני שאין מקיפו מי לא משתעבד והאמר רבא האומר לחבירו תן מנה לפלוני כו' קנה מן דין ערב א' א' רבא ל"ש מקיפו ול"ש שאין מקיפו אע"ג דמשעבד ליה כו' הרי להדיא דאף דלא דיבר לחנוני עצמו רק לחמריו ולפועליו דג"כ יש בזה דין ערבות א"כ לפ"ז מוכח כהסוברין דשייך דין ערבות באומר לבתו צאי וקבלי קידושיך אף דלא דיבר עם המקדש עצמו אלא עם בתו. ולכן ה"ה במה שהעליתי בספרי באר יצחק דיש לסמוך במעות או"ג שמקבלין מן הקונה דזה מהני מן דין ערבות אף דלא דברו הבע"ב עם הקונה ואחר כותבי זה מצאתי ראיתי במחנה אפרים ה' ערב סי' ג' שהביא ג"כ להוכיח כן מן עו"ג דף ס"ג הנ"ל וע"כ הנכון כפי שכתבתי בעז"ה ויש לי עוד מה להאריך בזה רק אין העת גורם לזה וקצרתי:

סימן עז

שלשה סימנים הללו הם של בני היקר הרב הגאון המפורסם מו"ה צבי הירש שיחי'. בעזהי"יש כ"ד סיון תרמ"ג מיטויא. כבוד א"א מו"ר הגאון נ"י שלום וכל טוב סלה.

הנני בזה לבקש את כבוד א"א אשר יואיל בטובו להשיבני בהחוזר ולהודיעני דעתו הגדולה והרחבה בדבר הלכה אשר בא לידי למעשה. והשאלה מבוארה לכל פרטיה בהגליון המוסגר פה והנני להציע לפני כ"א את הנראה לענ"ד בדבר הזה ואם שגיתי באיזה דבר יורני בחסדו משוגתי ויעמידני על האמת ויחיש בטובו את תשובתי בהקדם האפשרי כי הדבר נחוץ למאד כאשר יראה נחיצות הענין מתוך השאלה ולתשובתו

הרמה איחל בכליון עינים ומדברי קדשו לא אסור ימין ושמאל וקוטב השאלה הובא בספרי עין יצחק ח' אה"ע סי' י"ד:
וזה החלי בעזהש"י

א

הנה מתחילה נחקור אם נ"ד יחשב למקום רוב כשרים או למקום רוב פסולים הב"ש סי' ו' ס"ק ל"ד העלה כשהיא במקום זה ונתעברה לא חיישינן שמא זינתה במקום אחר דאמרינן כאן נמצא כאן היתה הזנות וראיתי בספר נתיבות לשבת להגאון בעל המקנה באהע"ז שם שהשיג על הב"ש בזה מהא דקופה שנשתמשה בה טהרות בזוית זו ונמצא שרץ בזוית אחרת דפסק הרמב"ם בפי"ז מהלכות אבות הטומאה כר' יוחנן דמטמא הטהרות. דנראה דאין אנו סומכין על כאן נמצא וכאן היה לגבי טומאה להקל ומה גם דספק איסור חמור טפי מספק טומאה כדאמרינן בחולין פ"ו ע"ב דאם אמרו ספק טומאה לטהר יאמרו ספק איסור להתיר ומחלק שם מהא דאי' בא"ח סי' תס"ז גבי כרוב שנמצא בו חמץ ובסוף דבריו מסיק דכאן דלא הוי רק ספק. דגם אם זינתה במקום אחר לא הוי רק ספק שמא לפסול נבעלה ובמקום שיש רק ספק איסור סמכינן אנו על הא דכאן נמצא כאן היה אף להקל:

ב

ולענ"ד אם ידוע שהזונה תבלה רוב ימיה בישיבתה בביתה ורק לעתות רחוקות הולכת היא ברחובות קריה בוודאי יש לתלות שזינתה בביתה ברוב הימים ולא לחוש דזינתה במקום אחר במיעוט העת מהא דכתב התבואת שור ביו"ד סי' ט"ז ס"ק ט"ז בכ"מ שמסופקים אנחנו על איזה מעשה מתי היתה נעשית דתלינן שהיה ברוב הימים עש"ה אף כי בער אנכי ולא אבין איך יפרש הסוגיא מפ"פ בספק תחתיו דלמה לא נאמר לפי דבריו להלך אתרי רוב הימים דזינתה טרם שנתארסה משום דרוב הימים היה מקודם ומיעוט הימים אחרי האירוסין] ובנ"ד דהבתולה שזינתה יושבת כמעט תמיד בביתה ולעתות רחוקות תהלך בחוץ בודאי יש לנו לומר דהזנות היתה ברוב הימים אשר ישבה בביתה כדברי הת"ש הנ"ל ואם כן גם הנתיבות לשבת יודה בכאן לתלות הזנות בביתה ולא לחוש שמא זינתה במקום אחר:

ג

ואחרי כי נחזיק לודאי שזינתה בבית דירתה יש לנו לדון על המקום הזה אם הוא רוב כשרים או רוב פסולים ולכאורה החצר שדרה בביתה בתוכו הוא רוב פסולים אביה ואחיה בן י"ד שנה ושני נכרים הדרים שם והכשרים המה השני שכנים עברים והשלישי החתן הכהן וידוע מש"כ הגאון רע"א זצ"ל בדו"ח כתובות. דמי שרוצה לישא אותה לא

נחשב בין הרוב כשרים אחרי כי הוא יודע בעצמו שהוא לא בח עליה. וא"כ נ"ד הוי רוב פסולים הקרובים והשני נכרים והכשרים הוי רק מיעוט מהשני עברים. והחתן לא נחשב בין הכשרים כדברי רע"א הנ"ל:

ד

אבל לפי דעתי הקלה נראה דלא נוכל לחשב אביה בין הפסולים לחוש שמא זינתה עמו לבד מש"כ הברית אברהם סי' ט"ו אות ד' בחלק אהע"ז שכיון דמותרת להתיחד עמו לא נכנס כלל לתוך הספק אמנם הביא בשם הנ"י יבמות דגם אביה ואחיה נחשבו בין הפסולים:

ה

הנה בנ"ד לענ"ד גם הנ"י יודה דלא נחשב אביה בין הפסולים ולא לחוש כלל שמא זינתה עמו מפני שתמיד היה ישן בביתו במקום שגם בתו ישנה שם ואשתו היתה ישנה ג"כ תמיד שם וכבר מבואר באהע"ז סי' כ"ב דאם אשתו עמו מותר להתיחד דאשתו משמרתו וכפי המבואר בתוס' קדושין פ' ע"ב ד"ה ר"ש אומר דגם עם אשה אחת מותר להתיחד במקום שאשתו עמו וגם לישן בלילה מותר כמבואר שם וישן עמהם בפונדק. מפני שאשתו משמרתו וראיתי בספר זכור לאברהם באות יחוד שמביא בשם הפמ"א דבאשתו עמו מותר להתיחד עם נשים גם בקביעות עיי"ש ולפי"ז אין לחשוב בנ"ד אביה בין הפסולים גם לדעת הנ"י. ולהלן אדבר דאין לנו לחוש שמא זינתה עמו בעת שהלכה אשתו מביתו ונשאר לנו לדון על אחיה בן י"ד שנה אם לחשוב אותו בין הפסולים מפני כי אח עם אחותו אסור להתיחד בקביעות:

ו

ונ"ל מטעם אחר לומר דלא נחוש להספק שמא זינתה עם אחד מהפסולים מהא דמבואר ביו"ד סי' קכ"ח סעי' ב' דבמקום שמתירא הנכרי מהפסד ממונו. מותר היין של ישראל גם בלי חותם כמבואר שם ובסי' ק"ל סעיף ב' שבמקום שמוליכין את היין כמה ימים בספינה מותר והטעם כמש"כ שם הט"ז והש"ך דכיון שהוליך את היין למרחוק בטורח גדול והוצאה מרובה יחוש לטרחו ולהוצאתו ולא יזייף וכעין זה בע"ז דף ל"ט דמן ההפתק מותרין וכן לתרומה. וכן בפודה את השבוי' דמותר לישאנה משום דלא שדי אינש זוזי בכדי כמבואר באהע"ז סי' ז' ויש לעיין שם בדברי הט"ז ס"ק ד' וביותר מצינו בכתובות כ"ז ובאהע"ז סי' ז' דע"י ממון מותרת לבעלה משום דהאנס מירתת דלמא יפסיד עי"ז ממונו וכן איתא בע"ז כ"ג ע"א בסוגיא דחיישינן לרביעה וכו' עיי"ש ולהלן אי"ה אדבר בפרט הזה יותר באריכות אי"ה ומכל אלה המקומות יצא לנו לדעת דבמקום שיש הפסד ממון בעשיית האיסור מירתת וימנע לעשותו וא"כ בנ"ד דהורי המשודכת הוציאו הוצאה

מרובה על החזקת החתן בביתם והיה להם טרחה מרובה ממנו וידעו היטב אם תזנה בתם עם איזה פסול תאסר להנשא לו ומה גם שהחתן הזהיר אותה מקודם טרם כתיבת התנאים בודאי שמו עיניהם לשמור את בתם שלא תזנה בביתם עם איזה פסול שיהיה עי"ז כל עמלם לריק ולהפסד ממון רב וא"כ בודאי לא זינתה גם עם אחיה והוי זה כמו המובא בפ"ת סי' כ"ב סס"ק ב' דהבן מקפיד שלא תזנה אמו וכן בודאי השגיחו הורי המשודכת שלא תזנה עם בנם:

ז

ולענ"ד נראה דיראת הפסד ממון הוי כמו החמשה נשים השונאות זו את זו המבואר בסי' הנ"ל סעיף י' דמותרת להתיחד עם איש משום דשונאות זא"ז ואינה מחפות על חברתה וראיתי בספר זכור לאברהם אות הנ"ל דמביא בשם הפמ"א דאלו מותרין להתיחד גם בלילה ובקביעות ואף דלכאורה יש לאסור בלילה דדלמא תישן צרתה ולא תראה כשזינתה חברתה לא חשו לזה משום דמתיראת לזנות באותו הבית שתישן צרתה דשמא תקיץ משינתה פתאום או בכונה לחפש אחריה ולמצוא איזה מקום לבזותה אם תראה דבר מכוער בה וא"כ בנ"ד שידוע להמשודכת שע"י זנותה עם איזה פסול יפסידו אביה ואמה ממון רב ותעשה כל עמלם ויגיעם לריק והבל בודאי תתירא לנפשה ליזנות באותו הבית שישנים הוריה ומה גם שהחתן ישן שם ג"כ תמיד ובודאי יראה לנפשה לזנות שם עם איזה פסול אשר יאסור אותה להנשא לו:

ח

ולכאורה יש מקום לומר דניחוש שמא זינתה עם איזה פסול במקום אחר אשר לא יביטו עיני הוריה אחרי מעשיה ונעלם גם מעיני החתן או ג"כ בביתה בעת שהוריה והחתן הלכו מביתם אבל לענ"ד נראה דאין לחוש גם לזה מהא שהבאתי למעלה דברי הב"ש דבמקום שרואים אנחנו שנתעברה אמרינן דשם היתה הזנות. וא"כ אין לחוש שמא הלכה מביתה לזנות במקום אחר. ומה גם לדברי הטור סי' ו' דאמרינן שהבועל הלך אצלה ואין דרך הנשים לילך אל הבועל ומה גם לדברי הת"ש הנ"ל יש לנו לתלות הזנות ברוב הימים וברוב השעות מהיום. אשר ישבה כמעט תמיד בביתה ולעתות רחוקות הלכה לחוץ מביתה ולחוש שמא זינתה בביתה רק באיזה עת שלא היו הוריה והחתן בביתם הנה לדעת התוס' בבעלה בעיר מותרת לכתחילה להתיחד עם אחר בודאי אין לחוש בנ"ד שמא זינתה בביתה בעת שלא היו הוריה והחתן דודאי יראה לנפשה שמא יבאו פתאום לביתם. ואף לדעת רש"י דאוסר לכתחילה להתיחד גם אם בעלה בעיר מ"מ בנ"ד יש לומר דכיון שצריכה לירא מפני שלשה אנשים בודאי תתירא לזנות בהבית אשר מפחדת

דלמא יבוא בעת הזנות אחד מהשלשה אביה או אמה או החתן אשר שלשתן מקפידים מאד על זנותה. כמו שבארתי למעלה:

ט

ומה גם אשר זה היה רק במקרה רחוקה למאד. שילכו מהבית שלשתן ביחד ולרוב נשאר אחד מהם תמיד וא"כ לדברי הת"ש בודאי לנו להלוך אחרי רוב הימים ולא נחוש למיעוט שמא זינתה במיעוט העת שהלכו שלשתן מהבית וגם לנו לפלפל בסוגיא דיוצא ונכנס גבי יין. ובדברי הפנ"י ריש חולין שכתב דבמקום שיש חזקת היתר מועיל בוודאי יוצא ונכנס ובנ"ד יש לה חזקת היתר לכהונה. מכל אלה אין לנו לחוש שמא זינתה עם פסול בבית אחר. או בביתה בעת שהיתה לבדה:

י

ומכל אלה הדברים אזדא לנו החשש מספק פסולים מקרוביה היינו אביה ואחיה ונשאר לנו לדון שמא זנתה עם אחד מהשכנים הנכרים בבית הנכרי. ואף לדעת הטור דאין לומר שמא הלכה היא אל הבועל וכפסק השו"ע בסס"י ו' וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך למי תנשא לכתחילה אבל כאן יש מקום לחוש משום הטעם שכתבתי למעלה שאין מקום לתלות הזנות בביתה משום דתתירא מפני אביה ואמה והחתן ולפי"ז י"ל דיראה לזנות גם עם כשר כיון דהחתן הזהיר אותה על זנות קודם התנאים ולא פירש לה שמקפיד דוקא על פסול וא"כ בנ"ד גם הטור והשו"ע יחמירו ויותר יש לתלות הזנות בבית אחר מבביתה ובמקום דאזלה היא אליו הוי קבוע אשר בודאי לא תנשא לכתחילה גם בטוענת ברי שמכשר נתעברה:

יא

ואף אם נימא כדעת הנוב"י המובא בח"ס אהע"ז ח"א סי' י"ח דבית המיוחד ליהודים הוי בעיר בפני עצמה וגם כדברי הב"ש שם ס"ק ל"א דמקיל בשכונה מיוחדת לישראל וכפי המבואר בברית אברהם חאהע"ז סי' י"ב ובנ"ד העיר שקרה שם המעשה הוי רוב נכרים אבל הבתים הסמוכים לבית המשודכת מיושבים מרוב ישראל וגם העוברים ושבים ברחוב הזה הוי רוב ישראל אבל בהענין אשר לפנינו תקנתה היא קלקלתה. דהא כתבתי למעלה להסיר החשש מקרוביה כיון דהחתן כמעט תמיד בביתם ייראו לזנות עם משודכתו בביתה וא"כ דהוא אומר דלא בא עליה כדרך כל הארץ אשר יוכל לתלות ההריון ממנו וחושש הוא שמא זינתה עם אחר במקום אחר חוץ מביתה וא"כ אף אם נחשב השכונה והרחוב לרוב כשרים הא כאן הוי ספק קבוע גם לדעת הטור והשו"ע משום דיותר יש לתלות שזינתה בבית אחר מבביתה. ובזה ננעלו שערי היתר גם בטוענת ברי ואחדל עתה מפרט הזה ואדבר בטענתה. אם להחשיבה לברי או לא:

יב

היא טוענת שנתעברה מהחתן הכהן אף שמודית לדבריו שלא בא עליה כדרך כל הארץ אבל אומרת שמהש"ז שיצאה כמה פעמים ממנו בשכבו עליה נכנסה לגופה ומזה נתעברה ועודנה היום היא בתולה. וכבר האריך המ"ל בפט"ו מהלכות אישות ה' ד' ובפ"ט מה' אי"ב ה' י"ג והעלה שאין לחוש לדשמואל ולשמא באמבטי נתעברה אמנם מהח"מ והב"ש אהע"ז סי' א' ומהט"ז יו"ד סי' קצ"ד נראה דיש באפשריות שאשה תתעבר מש"ז היוצאות מגופו גם בלי ביאה גמורה והגאון חיד"א בספרו ברכי יוסף סי' י"ג האריך בפרט הזה עי"ש ובספרו יעיר אוזן אות א' סי' י"ג ד"ה אשה יכולה להתעבר באמבטי העלה דבתולה יכולה להתעבר ומביא תשובת התשב"ץ ח"ג סי' רס"ג דכתב ג"כ בפשיטות שיכול להיות הדבר הזה וראיתי בתשב"ץ ובהגה"ה שם שמביא משם רופאים מומחים שהאמיתו ג"כ דבר זה וגם ראיתי מה שדיבר בזה הגאון יעב"ץ בספרו אגרת בקורת שמסביר אפשריות הדבר הזה עפ"י חכמת הטבע וכן הראני חכם אחד מש"כ האבן עזרא על הקרא בפרשה חיי שרה בתולה ואיש לא ידעה שיתכן שתהיה הנערה בתולה וישכב איש עמה גם תהר:

יג

ומצינו בטענת מוכ"ע דג"כ זה דבר שאינו שכיח כמו שהאריכו כל הראשונים בכתובות בסוגיא דפ"פ:

ומ"מ כתב הב"ש להלכה בסי' ו' ס"ק כ"ט ובסי' ס"ח ס"ק ט"ו דאם טוענת שהיא מוכת עץ מותרת לבעלה כהן וזה הוי רק בדיעבד לאחר הנשואים ולא גרע מרוב פסולים בטוענת ברי שלכשר נבעלה דאם נשאת לא תצא כמבואר בסי' ו' ולכתחילה בעינן לכל הפחות רוב אחד עם טענת ברי שלה כמבואר בשו"ע סי' ו' וכיון שטוענת מילתא דלא שכיחא הוי כמו שטוענת לכשר נבעלתי במקום רוב פסולים דאסורה לכתחילה להינשא ואינה מהימנת בטענה שנגד הרוב:

וא"כ בנ"ד דאף אם נאמר שיש אפשריות אשר יכולה אשה להתעבר באופן הזה כדעת הגאונים הנ"ל. מ"מ לא יהיה זה יותר ממיעוט וא"כ אין לנו שום נ"מ לחשוב על המקום שזינתה אם להחזיקו לרוב כשרים או לרוב פסולים כיון שטענתה הוי נגד הרוב בטענתה שעודנה בתולה היא:

ונתעברה מהש"ז שיצאה מגופו אשר לכל הדיעות הוי זה מילתא דלא שכיחא ולא עדיף מטוענת מוכ"ע דמועלת רק בדיעבד אבל לא להנשא לכתחילה כנראה מכל הפוסקים:

יד
ולולא דמסתפינא מרבותי הייתי אומר דברובא דליתא קמן מהימנת אף לכתחילה בטענת ברי שנגד הרוב מהא שכתב התה"ד סי' שי"ד ומובא בח"מ סי' רצ"ב דדוקא ברובא דל"ק לא אזלינן בממונא בתר רובא והטעם משום דהמוחזק יכול להגיד קים לי שהוא מן המיעוט אבל ברובא דאיתא קמן אזלינן גם בממונא בתר רובא משום דנגד רובא דאיתא קמן לא יוכל לומר שהוא מן המיעוט ולפי"ז אפשר לומר גבי מעלת יוחסין מה דגזרו שלא תנשא לכתחילה בטענת ברי דזה דוקא אם טענת ברי שלה תתנגד לרובא דאיתא קמן כמו באומרת שלכשר נבעלה ברוב פסולים דהרוב פסולים הוי קמן ויענה כחשה בפניה מה שאומרת שהיא מן המיעוט נבעלה לזאת גזרו משום מעלת יוחסין שלא תועיל טענת ברי שלה גם בשיש לה חזקת היתר לכהונה אבל אם טענת ברי שלה סותרת רובא דליתא קמן לא גזרו ומותרת גם לכתחילה להנשא בטענת ברי שלה בצירוף החזקת היתר לכהונה שיש לה ושפיר יכולה לטעון שהיא כשרה לכהונה אף אם טענתה נגד הרוב:

טו
ואין סתירה לזה מהא דכתובות י"ג ע"ב השבתני על המעוברת מה תשיבני על המדוברת דכל הראשונים פירשו שם משום דלמעוברת אין לה מגו ולפי דברי אלה הא גם בזה יש לה מגו דאמבטי או באופן אחר כזה נתעברה זה אינו מהא דכתבו כל הראשונים דמגו בטענה דלא שכיחא לא אמרינן כמו שהאריך הש"ך בכללי מגו והמקור לזה מהא דאינה נאמנת במגו דמוכ"ע הוא:
אבל בטוענת מפורש מהימנת גם בדבר דלא שכיחא:

טז
הנה לבד שזה דבר חדש שלא מצאתי לאחד מגדולי האחרונים שיעירו בזה וגם בטוענת מוכ"ע מועיל רק בדיעבד וזה ג"כ רובה דליתא קמן ומה גם שנראה להדיא בנבעלה בעיר שרובה נכרים והלכה היא אליו דהוי קבוע ואינה נאמנת גם בטוענת ברי אלמא דצריכין דוקא שיסייע רוב לטענת ברי שלה וכש"כ היכא שיתנגד לה רובא גם דליתא קמן בודאי אסורה היא להנשא:

יז
אמנם שמתי על לבי לבקש לה שערי היתר בעזהש"י מהא דיבמות קי"א וקי"ב המבואר באהע"ז סי' קס"ז סעי' ו' דלאחר שלשים יום לא מוקים אינש אנפשיה ומחזיקינן שבודאי בא עליה וא"כ בנ"ד שהי' דרים החתן והכלה ביחד קרוב לשתי שנים ומודים שהיו ישנים הרבה פעמים לאין מספר במטה אחת קרוב לשתי שנים בקירוב בשר ובכל

מעשה חדודין. בודאי מחזיקינן שבא עליה ולא מוקים אנפשיה ואשר היא אומרת שלא בא עליה כדרך כל הארץ יכול להיות שמחמת בושה אמרה כן כמו שכתבו הראשונים בהא שאינה טוענת כי מוכ"ע היא מחמת שברצונה להגיד שבתולה שלמה היא נבעלה לבעלה אחר נשואיה. וכמו כן כתב השמ"ק בכתובות ט' שהביא מהא דמדוברת מפני שברצונה להנשא לאיש בתורת בתולה לזאת איננה אומרת שמוכ"ע היא ומדברי השמ"ק הזה נראה דאם טענה מפורש שמוכ"ע היא היתה מותרת לכהונה גם לכתחילה ויש לעיין הרבה בדבריו בזה וא"כ בנ"ד נמי נוכל לומר שטוענת שעודנה היא בתולה כי מפחדת אולי יבוטל השידוך. ותצטרך להנשא לאחר ואומרת בכונה שעודנה היום היא בתולה ולא נבעלה לאחר רק מש"ז של החתן נתעברה אשר סוברת כי זה לא לחרפה יחשב לה כמו אם נבעלה וגם אם יודעת בבירור שתנשא אליו ג"כ יש לה בושה להגיד שבא עליה כמו שראיתי בשמ"ק כתובות ד"ה הא בגליל שכתבו דביהודה אפי' אם טוענת היא בתולה הייתי מהימנא דאנן טענינן בעבורה שבא עליה באירוסין ואע"ג דהיא אינה טוענת זאת אמרינן דמפני הבושה לא אמרה כן ולהלן אדבר בעזהש"י בזה וכן כתב הגרע"א זלל"ה בשו"ת סי' ק"ו דאף אם היא לא טענה דמנכרי נתעברה אנן טענינן עבורה ואומרים שמחמת דגנאי הוא לה אומרת דמבעלה הולד:

יח

והא דצריכה חליצה ביבמות ושו"ע הנ"ל באומרת שלא בא עליה הוי משום דשוי' אנפשה חתיכה דאיסורא כמבואר שם מפורש וכמו כן כתב הב"ש בסי' ס"ח ס"ק כ"ה דבאומר שלא בא עליה גם לאחר שלשים יום מהימן להשוית עליו חתיכה דאיסורא אבל כאן שבאמירתה אינה משוית עליה שום חתיכה דאיסורא כיון שאומרת שלא בא עליה שום אדם בעולם לבד מה ששכבה עם החתן הכהן וגם הוא אינו משוי עליו שום חד"א באמירתו שלא בא עליה כדרך כל הארץ כיון שאומר מפורש שאינה חשודה בעיניו שזינתה עם אחר וזה כש"כ מהא שכתב הח"ס אהע"ז סימן כ"ט דכיון דאינו טוען מפורש שמפסול נתעברה לא משוי אנפשיה חתיכה דאיסורא וא"כ בנ"ד שייך שפיר החזקה דלא מוקים אינש אנפשיה ואמרינן שבודאי בא עליה וחזקה זו אלימתא למאד גם להוציא ממון מהא דטענת בתולים כל שלשים יום לדברי ר"מ ביבמות קי"א ובכתובות ט' ע"ב דביהודה אינו יכול לטעון ט"ב ובתוס' שם ד"ה מאי לאו כתבו הטעם משום דלא מוקים אינש אנפשיה ומוציאין ממון מטעם הזה וגם הרמ"א אהע"ז סי' קי"ז גבי מומין מביא בשם המהרי"ק דאם שהה עמה שלשים יום אינו נאמן לומר שלא בא עליה והב"ש שם ס"ק כ' האריך קצת והעלה בסוף דבריו אבל שהה שלשים יום אז בודאי לא אוקמי

אנפשיה ובעל ומחל. אלמא גם בטענת מחילה שבכל מקום היא טענה גרועה נחשבת לנו החזקה הזאת לאלימתא ומחזיקינן אותו שבודאי בא עליה ומחל והתחייב בכתובתה והכנה"ג בח"מ סי' פ"ב כתב לתרץ קושיות התוס' ב"ב ה' ע"ב ד"ה מי אמרינן. דחזקה זו אלימתא למאד ועדיפא מחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו. אלמא דחזקה זו אלימתא מאד ונחשבת לדבר ברור גם להוציא ממון וכש"כ לסייע להחזקת היתר שלה:

יט

ולדעתי הקלושה עדיף חזקה זו הבאה מכח סברא יותר מרובה כמו שהאריכו גדולי האחרונים בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דמוציאין ממון על ידה. דעדיפא מרוב דאינו מועיל להוציא ממון וא"כ גבי מעלת יוחסין דמקילינן בחד רובא בטענת ברי שלה כמבואר בשו"ע סי' ו' סעי' י"ז בודאי מועלת טענת ברי שלה במקום שמסייע לה החזקה הבאה מכח סברא מהא דלא מוקים אינש אנפשיה:

כ

ועתה אדבר קצת אם אמרינן החזקה הזאת במקום איסורא הב"ש קס"ז ס"ק ו' הביא בשם המ"מ דאם גירש ואח"כ שהה עמה גם לאחר שלשים יום. אז אמרינן דלא בעל אותה כיון דאיכא איסורא אבל הב"ח בהטור שם כתב להדיא דגם במקום איסורא אמרינן להחזקה הזאת ולענ"ד נראה גם מדברי התוס' כתובות ט' ע"ב ד"ה מאי לאו דפירשו הטעם מה שביהודה אינו נאמן משום החזקה דלא מוקים אינש אנפשיה ושם הוי במקום איסורא. הא אסור לבוא על ארוסתו מ"מ אנו דנין כי היה עמה בודאי משום החזקה הזאת ואולי י"ל דלכן לא פירש"י שם משום הטעם הזה ופירש משום שמא שכח או הערה בה משום שסובר כסברת המ"מ דבמקום איסורא לא אמרינן החזקה הזאת אבל באמת יש לומר פשוט דלכן לא הוי לדעת רש"י רק ספק ולא חשיב שבודאי בא עליה כד' התוס' שסובר שרק לאחר שלשים יום אמרינן להחזקה הזאת ולא קודם השלשים יום ואינו סובר כדעת התוס' שם ד"ה מאי לאו שכתבו לדון להחזקה הזאת גם קודם השלשים יום עיי"ש:

כא

וגם נראה מפלוגתא דר"מ ור"י ביבמות קי"א גבי נסתרה דאין לו טענת בתולים דגם במקום איסור אמרינן להחזקה הזאת דהא שם מיירי בארוסה שאסורה אליו עד אחר החופה ואולי יחלק המ"מ בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן:

כב

ולדעתי הקלה נראה דבנ"ד גם המ"מ יודה לומר החזקה הזאת גם במקום איסורא דנ"ל טעמו אשר לא יאמר החזקה הזאת במקום איסורא משום החזקת כשרות שיש לשניהם והחזקת כשרות מרעי להחזקה דלא מוקים אינש אנפשיה ואף שעברו על איסור יחוד

שאחר הגירושין מ"מ האיסור יחוד קיל הרבה נגד האיסור דעריות ורק בסוטה דקינא לה אז איתרע על ידי היחוד החזקת כשרות שלה אבל לא בסתם אשה אבל בנ"ד שעשה עמה כל מעשי חדודין בבא עליה כמה פעמים דרך אברים וגם מובן מדבריהם שלא נזהרו משלא כדרכה בודאי אבדו שניהם החזקות כשרות שלהם והוי זה כמש"כ הפ"י בגיטין י"ז בסוגיא שמא יחפה על בת אחותו דכיון שגם אם זנתה בעת שהיתה פנויה עשתה ג"כ איסורא לכן לא מוקמינן אותה בחזקת כשרות לתלות כי לא זנתה בעת שהיתה אשת איש:

כג

ולענ"ד נ"ד דמי להא שכתבו גדולי האחרונים גבי החזקה שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דבמקום שעושה איזה איסור בביאתו לא אמרינן החזקה הזאת ואפושי פלוגתא לא מפשינן גם המ"מ יודה באופן כזה לדברי הב"ח לדון החזקה דלא מוקים אינש גם במקום איסורא ואין סתירה לדברי מה שרציתי לדון בנ"ד להחזקה דלא מוקים אינש אנפשיה לומר שבודאי בא עליה. מהא דכתב הרמ"א סי' קמ"ט סעי' ב' דבמשודך עם משודכתו אע"ג דלבו גס בה לא אמרינן שבא עליה דזה רק ביחוד בעלמא אבל לא במקום שנהגו כאיש ואשתו בקביעות ומה גם לדברי הרדב"ז המובא בבאה"ט סי' י"ז ס"ק קס"א. נראה דגם במשודך עם משודכתו יש לדון להחזקה הזאת. ובנ"ד דדרו ביחד קרוב לשתי שנים והתנהגו זמן רב כאיש עם אשתו בודאי אנו אמרינן לכל הדעות להחזקה הזאת שבודאי בא עליה ויש לעיין בכתובות י"ב בהא דאמר רבא דאם נהג מנהג יהודה בגליל א"י לטעון ט"ב וכן יש לעיין בדברי הב"ש סימן ס"ח סק"א ובדברי הפלאה בקו"א סימן ס"ח ס"ק ב' מה שכתבו בזה:

כד

ועתה אדבר קצת בהא דהוא והיא אומרים שלא בא עליה כדרך כל הארץ דנראה שהחזקה דלא מוקים אינש אנפשיה מועלת רק במקום שהיא אומרת שבא עליה אבל לא במקום ששניהם אומרים דלא בא עליה. וכן נראה מפורש מדברי התוס' כתובות ט' ע"ב ד"ה אבל בגליל דכתבו באומרת שבתולה היתה דביהודה נאמנת במגו דאי בעי אמרה באירוסין בא עליה דנראה להדיא דרק משום מגו מהימנא אבל אין דנין אנחנו להחזקה מדלא מוקים אינש שבא עליה במקום שאינה טוענת מפורש כן. אבל מדברי השמ"ק שם שהבאתי למעלה נראה דביהודה אנו דנין אותה לודאי בעולה ממנו כמו שכתב להדיא אפילו אי טענה איהי בתולה הייתי ביהודה מהימנא דאנן טענינן בעבורה שבא עליה באירוסין אע"ג דאיהי לא טענה כן אמרינן שמפני הבושה אמרה כן וא"כ

בנ"ד נמי יש לדון לדברי השמ"ק להחזקה דלא מוקים אינש אנפשיה גם בדלא טענה מפורש שבא עליה כדרך כל הארץ:

כה

ומצאתי בהפלאה שם תוס' ד"ה אבל בגליל כתב בסוף דבריו א"כ י"ל דביהודה כיון דהתוס' כתבו לקמן דודאי בא עליה א"כ אין צריך אפילו לברי דידה ושפיר נאמנת אף באומרת בתולה הייתי ובק"א סי' ס"ח ס"ק ב' האריך קצת והעלה דלרש"י שפירש להא שאינו מהימן ביהודה משום דאמרינן שמא בא עליה ושכח או הערה בה ולא ידע בעינן דוקא שתטעון מפורש שבא עליה אבל באומרת בתולה הייתי או בשותקת גם ביהודה מהימן אבל לטעם התוס' שפירש משום דלא מוקים אינש אנפשיה ודמי לנסתרה אחר החופה גם בטוענת בתולה הייתי אנו דנין להחזקה דלא מוקים אינש אנפשיה ואמרינן שבודאי בא עליה באירוסין וכן כתב שם בסק"ג. וא"כ לפי"ז בנ"ד ג"כ יש לדון להחזקה דלא מוקים אינש אנפשיה. ולהחזיק שבודאי בא עליה כדרך כל הארץ:

כו

ונראה לי לומר שגם רש"י יודה בנ"ד להחזיקה שבודאי נבעלה ממנו גם באינה טוענת מפורש מהא שכתבתי למעלה לומר דלכן פירש רש"י טעמו בהא שביהודה אינו מהימן משום דאמרינן שמא בא עליה ושכח כו' ולא פירש לטעם התוס' משום החזקה דלא מוקים אינש וכו' דרש"י סובר כדעת המ"מ דבמקום איסורא לא אמרינן להחזקה הזאת או שאינו סובר לדון החזקה בנתיחדו פחות משלשים יום אבל במקום שאומרים להחזקה הזאת גם רש"י יסבור לדון אותה גם בשותקת או באומרת שבתולה היא וכבר כתבתי למעלה שגם המ"מ יודה בנ"ד לדון להחזקה דלא מוקים אינש וכו' גם במקום איסורא וגם זה קרוב לשתי שנים שמתנהגים כמו איש עם אשתו דודאי שייך להחזקה דלא מוקים אינש גם באינם טוענים מפורש כמש"כ ההפלאה המובא למעלה:

כז

והנה יש מקום לחלק נ"ד מהא שהבאתי מההפלאה. דדוקא לענין ממון מהני החזקה דלא מוקים אינש גם בלא טענת ברי שלה כמש"כ ההפלאה בעצמו בכתובות ט' ע"ב תוס' ד"ה אבל בגליל המובא למעלה דהא דאמרינן לקמן ע"ה דטעמא דר"ג ביש שהות אחר החופה דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי במגו שנאנסה אחר החופה אע"ג דהוי מגו להוציא משום דאין צריך לברי שלה כיון דאיכא חזקת הגוף כאן נמצא וכאן היה א"כ ביהודה דהתוס' כתבו דודאי בא עליה א"כ א"צ אפילו לברי שלה וכמו כן כתב בקו"א המובא למעלה סק"ג:

וכיון דלא בעינן טענת ברי שלה לכן מהני החזקה דלא מוקים אנפשיה גם בדלא טענה האשה זאת אבל לא יועיל זה לענין יוחסין דגם בתרי רובא צריכין אנחנו לטענת ברי שלה כמבואר בשו"ע סי' ו' ואולי גם בנ"ד דטוענת שמהש"ז נתעברה תהא נאמנת ג"כ במגו דאי בעי אמרה שבא עליה כדרך כל הארץ כמבואר בתוס' די"ג ד"ה השבתנו וכו' ודף י"ד ע"ב ד"ה כמאן והפ"י כתובות ד"ט ד"ה בא"ד וי"ל דאי איתא במוכ"ע היא כו' כתב דמגו מועיל גם לענין איסור וכאן לא שייך דבריו דשוויה אנפשיה חד"א עי"ש. דהא היא אינה אומרת שעם פסול זינתה ואפשר לומר דזה לא הוי מגו משום שיראה לטעון שבא עליה כדרך כל הארץ אולי תקניטנו בזה ולא יתרצה לישאנה אף אם תהיה מותרת לו מצד הדין:

כח

אבל באמת נראה לי בפשיטות דגם לענין יוחסין מועיל החזקה דלא מוקים אינש אנפשיה דטוענת שלא נבעלה לפסול מהא שכתבו גדולי האחרונים לתרץ בהא שמחמת החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וכדומה מוציאין ממון ורובה דעדיף מחזקה אינו מועיל להוציא ממון משום דחזקה הבאה מכח סברא הוי כמו אנן סהדי והוי כמו עדים להוציא ממון וא"כ גבי יוחסין שאמרו מפורש בדף י"ג במשנה הרי זה בחזקת בעולה לנתין ולממזר עד שתביא ראיה לדבריה ואין לנו ראיה אלימתא מהא דלא מוקים אינש אנפשיה דהוי כמו עדים ומה גם לדברי הב"ש ס"ק ל"א דבתרי רובה מותרת גם לכתחילה בלי טענת ברי שלה דבודאי מועלת החזקה דלא מוקים אינש גם בשותקת והא דלא טענה מפורש שבא עליה כדרך כל הארץ הבאתי למעלה בשם הראשונים גבי מוכ"ע דניחא לה לומר שבתולה שלמה היא וכן מה שהבאתי דברי השמ"ק דביהודה מהימנא גם בדלא טענה מפורש שבא עליה דמפני הבושה לא אמרה כן ומה שהחתן אומר שלא בא עליה כדרך כל הארץ כבר כתבתי למעלה שאינו משוי בזה חד"א עליו. כיון שאינו אומר שחשודה בעיניו שזנתה עם פסול וגם יש לפלפל בזה בדברי הראשונים בכתובות י' דמחלק שם הגמ' בין בחור לנשוי. דכמה מהם סוברים דבחור אינו מהימן גם לאוסרה עליו משום דאינו בקי ולא משוי עליו חד"א וכמו כן בדברי רש"י בהא שביהודה אינו נאמן משום שמא בא עליה ושכח או הערה בה מתוך חיבה ולא ידע שש"ב. ובנ"ד אף שנתעברה דקשה לומר דשכח או הערה בה ולא ידע הא אין אשה מתעברת מביאה ראשונה וכמו כן אינה יכולה להתעבר אם הערה בה בלבד ובודאי בא עליה ביאה גמורה איזה פעמים אשר קשה מאד לתלות בשכחה. מ"מ כיון דמודה ששכב עליה ועשה בה מעשה חדודין יכול להיות כי בא עליה איזה פעמים ב"ג ומתוך חיבתה לא ידע או שכח:

כט

וביותר יש לנו לומר דלכן אינו אומר מפורש שבא עליה כדרך כל הארץ משום דירא שמא יבוטל השידוך ע"י שהרתה ממנו לזנונים קודם נשואיה ויתחייב בהודאתו בטיפול הולד ואף כי גם עתה מחויב הוא מטעם החזקה דלא מוקים אינש אנפשיה שמועלת להוציא ממון הא לאו כולה עלמא דינא גמירי ואולי בנ"ד אף אם היה מודה בפירוש שבא עליה ב"ג היה פטור לטפל בהולד כיון שהיא אומרת אשר לא בא עליה כדרך כל הארץ והוי כתרי הודאה דסתרי אהדדי דאיננו מתחייב בהודאתו להוציא ממון ואולי כיון שהדבר נוגע להולד אינה מועלת הודאת האם לפטור את האב מהודאתו ויש לעיין בזה ולכן לא הודה מפורש שבא עליה כדרך כל הארץ. אבל בעינינו דבר ברור שבא עליה בודאי:

ל

וגם נראה לי בנ"ד להחזיק שבודאי בא עליה מטעמא אחריתא דעדיפא מחזקה דלא מוקים אינש אנפשיה דכיון דהודו שניהם ששכבו כמה פעמים לאין מספר במטה אחת ובא עליה דרך אברים הוי כאנן סהדי דודאי בא עליה ב"ג כמבואר באהע"ז סי' י"א גבי עדי כיעור:

ומי יוכל להאמין באש בנעורת שלא יבעיר ואם ראו עדים בחייבי מיתות בזמן הסנהדרין כמבואר במכות ז' היו מחייבין אותו באופן כזה ומיחשב זה כראיית עדים מכל אלה נחשב בעיני נ"ד כמו שהודו שניהם שממנו נתעברה:

לא

ועתה עלינו לבאר אם הכשר מודה שממנו נתעברה אם מותרת להנשא לו דהגאון מליסא ז"ל בספרו קהלת יעקב סי' ו' העלה דגם ברוב פסולים וכשר מודה לדבריה שבא עליה מותרת להנשא לכהן. ומביא ראיה מהא דאמרו במשנה שם שתביא ראיה לדבריה וכן כתוב בספר הפלאה והגרע"א בתשובה סי' פ"ה כתב ג"כ כזה והדגול מרבבה סי' ו' העלה והעיר על הב"ש שם ס"ק ל"א דבשניהם מודים דגם בדליכא רוב כשרים מותרת לכתחילה להנשא לכהן. והנוב"י מהד"ת סי' כ"ח העלה להלכה דגם בדליכא רובא מותרת להנשא לכהן בהודה שבא עליה ולא חיישינן שמא זנתה גם עם אחר ומחלק מהא שהחמיר הרמב"ם גבי יבום וכן הברית אברהם בחאהע"ז בסי' י"ב י"ג י"ד ט"ו העלה להלכה להקל בשניהם מודים גם בדליכא רובא כשרים וכל הגדולים האלה האריכו בהחשש שחידש ספר הפלאה לשמא עיניו נתן בה דתהיה אסורה להנשא לאותו האיש שמודה לדבריה כמו גבי שבויה והג' רע"א סי' פ"ה והקהלת יעקב סי' הנ"ל העלו להקל

ואינם חוששין לשמא עיניו נתן בה והברית אברהם סי' ט"ו כתב ג"כ להקל בשכונה ישראל ואין שם פסולי קורבה ואין לחוש שמא עיניו נתן בה:

לב

ובנ"ד בודאי אינו שייך החשש משמא עיניו נתן בה דכיון דאביה ואמה העידו שהיו ישנים תמיד במטה אחת והנוב"י בסי' הנ"ל כתב דבזה אין אנו צריכין שיעידו כשרים וכיון שלעדות זו גם אשה כשרה להעיד לכן גם קרוב מהימן וכן הגרע"א בתשו' סי' פ"ה כתב דזה לא הוי דבר שבערוה ולכן עד אחד מהימן בזה אמנם בהשמטות העיר דחללה לכהן מקרי דבר ערוה וכן הח"ס אהע"ז ח"א סי' כ"ב הטיל ספק בנאמנות האבות אבל העלה להלכה דע"י הטלת חרם עליהם שיגידו האמת המה נאמנים ומפני הגדת הורי המשודכת בנ"ד שהיו ישנים תמיד במטה אחת אין אנו צריכים לפלפל בדברי הברית אברהם שהאריך בסי' הנ"ל בהא דאין אדם משים עצמו רשע דכיון שלבד הודאתו אנו יודעין רשעו מפי הורי המשודכת ואין לנו לפסול עדותן מטעם שהם נוגעין בדבר ויפסידו אם תאסר בתם להנשא להחתן הא באיסורין במקום שלא איתחזק איסורא גם נוגע מהימן כמבואר ביו"ד סי' קי"ט ובראב"ש גיטין פרק הניזקין דלא גרע מבעל דבר בעצמו וכן אין לפסול עדותן על מה שעברו על לאו דלא תתן את בתך להזנותה ועל שהיו עוקבים אחר הניאוף הא המה אומרים כי מתחילה מיחו בידם וצעקו על זה אך לא שמעו לקולם ואז שמו מחסום לפיהם משום כשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה שלא לומר דבר שאינו נשמע ויש להעיר בזה מהא שמביא המג"א בסי' תר"ח ס"ק ג' בשם הס"ח דבמקום הפסד אינו מחויב איש להוכיח את חבירו וזולת כל אלה לא הוי זה לאו שיש בו מלקות דאינם נפסלים לעדות. וכן יש לדמות זה לקושר ומתיר בשבת דהאיסור זה לא נודע לכל וא"כ אין שום מקום לפסול עדות הורי המשודכת ולא מפי החתן והכלה אנו חיים ורק מפי אביה ואמה אנו מחזיקים שבודאי בא עליה:

לג

וגם זולת הגדת האב והאם לדעתי היינו יכולים לסמוך על הגדת החתן כולן שהבאתי למעלה בשם הברית אברהם דבשכונה ישראל וליכא חשש קרובים כיון דליכא ס"ס לחומרא אין אנו חוששין לשמא עיניו נתן בה ובנ"ד בארתי בתחילת תשובתי דאין לנו לחוש לשמא זנתה עם קרוביה הפוסלין אותה לכהונה והרחוב שדרה בה היא רוב ישראל א"כ גם בלי הגדת אביה ואמה היה מהימן החתן בעצמו כדברי הברית אברהם הנ"ל. וגם יש לצרף דעת הח"ס סי' י"ח שהעלה להלכה דאין לנו לחוש שמא הלכה לבית נכרי דאין בנות ישראל דעתן מעורבת עם הנכרים ויש לעיין מש"כ הגרע"א בתשובה סי' ק"ו מה שמפלפל שם בדברי הב"ש סי' ד' דכתב שאין לתלות הזנות בהנכרי להכשיר

הולד ואנכי בארתי בתחילת דברי שבנ"ד אין מקום לומר שזנתה עם אחר בביתה מפני כי הוריה משמרים אותה ואם זנתה עם אחר אנו חוששין שמא הלכה לבית הנואף ולדברי הח"ס הנ"ל אין לנו לחוש שמא הלכה לבית נכרי וכיון דאזדא מאתנו הספק פסולי נכרים נשאר לנו רוב כשרים אשר לפי פסק הברית אברהם הנ"ל אין לנו לחוש ברו"כ שמא עיניו נתן בה ולזאת החתן בעצמו נאמן בהודאתו ואין לנו צורך בהגדת הוריה ומפני זה אין לנו להחמיר כדעת הח"ס להטיל חרם עליהם שיגידו האמת:

לד

ובאמת בנ"ד אינו שייך כלל החשש דשמא עיניו נתן בה דהא הוא טוען דלא בא עליה כדרך כל הארץ ובא לשאול אם מותרת היא אליו או לא:

רק אנו אומרים דלפי הגדתו מותרת אליו אבל בשעה שהגיד לא היה יודע שהב"ד יתירו אותה להנשא אליו וכעין זה כתב הגרע"א בסי' פ"ה:

לה

וגם נראה לי להקל בנ"ד מהא שהאריך הברית אברהם בסי' הנ"ל בחשוד על הקל אינו חשוד על החמור דכיון שהיתה בנ"ד הזנות אחרי התנאים עם כהן וזאת ידעה שאם תזנה עם אחר תהיה אסורה להנשא לו כמו שהזהירה החתן קודם התנאים ולכן דאף אם עברה על איסור נדה וקדשה לזנות עם החתן בזמן קצוב ועובר אינה חשודה לזנות עם פסול אשר תעבור כל ימיה על איסור זונה לכהן בהנשא להחתן וזה מקרי איסור חמור כמ"ש הר"ן גבי שוחט לחולה בשבת ואם עברה על איסור נדה בזמן קצר ומוגבל. אינה חשודה לעבור על איסור חמור להיות עם בעלה כל ימיה באיסור זונה לכהן וכמו זה מצינו בגיטין דף ל"ה ע"ב תוס' ד"ה אבל נשאת שאינה חוששת אלא בנדר שע"י עומדת באיסור כל ימי' אבל אינה חוששת לעבור רק זמן קצוב:

לו

וגם יש לצרף דברי הברית אברהם סי' י"א דבנבעלה אליו כמה פעמים אין אנו חוששין לשמא זנתה עם אחר. ובנ"ד לפי הטעם דלא מוקים אינש אנפשיה ולפי הגדתם ששכבו יחד הרבה פעמים כדרך המנאפים הוי כמו שהודו שנבעלה הרבה פעמים ממנו וכן יש לצרף מה שמביא שם בשם המהרי"ט דבנבעלה לכשר אין אנו חוששין שמא נבעלה לאחר פסול. כל אלה יורו לנו שאין לחוש לשמא זנתה עם אחר ומותרת להנשא להחתן הכהן:

לז

גם נראה לדעתי הקלה לצרף להיתר בנ"ד הא דאיתא בכתובות כ"ו ובשו"ע אהע"ז סי' ז' דאשה שנחבשה בידי עכו"מ ע"י ממון מותרת לבעלה גם אם הוא כהן משום דהנכרי

מירתת לאנס אותה דירא להפסיד ממונו עי"ז והב"ש סי' ז' ס"ק כ"א העלה דגם פנויה מותרת לכתחילה להנשא לכהן והב"ח סעי' ד' בפירושו על הטור שם מביא בשם המ"מ דגם לכתחילה מותרת להנשא לכהן ובפנויה שזנתה סובר המ"מ דבעינן לכתחילה תרי רובא כמו שהביא הב"ש סי' ו' ס"ק ל"א משמו:

ובזה הוא מקיל. וכבר כתב הקהלת יעקב סי' ו' דאיסור שבויה חמור טפי מאיסור זונה בעלמא דבשבויה גם בדיעבד תצא וא"כ בנ"ד דאם תזנה עם אחר פסול אשר תהיה עי"ז אסורה להנשא להחתן תפסיד ממון רב והדבר נוגע עד נפשה בודאי נוכל לדמות להא דנחבשה ואם האנס השטוף בזימה ירא לעשות המזימתה משום הפסד ממונו ק"ו בת ישראל בודאי תתירא משום הפסד ממונה וכל עמלה ועמל הוריה שלא יהיה לריק ולבהלה:

לח

ולכאורה יש לחלק משום דשמא ירא האנס שלא תגלה אח"כ האשה אבל כאן זנתה בסתר וסוברת שלא יודע להחתן הנה גם היא יש לה לירא שמא תתעבר ותהיה כריסה בין שיניה כמו שאיגלאי מלתא למפרע שמעוברת היא ומה גם שמוזהרת היא ממנו באזהרה יתירה על הזנות בודאי הוי כמו אשה שנחבשה הנ"ל דמותרת אף לכתחילה ויש לפלפל בזה ביבמות ס"ט ע"ב גבי ארוסה שנתעברה. ובשו"ע סי' ד' סעי' כ"ו וכן בדברי גדולי האחרונים החוששים שמא זינתה עם אחרים מיירי באופן שלא היתה להפנויה ממה לירא בעת הזנות כמו המעשה בברית אברהם שהיתה חשודה בהגדתה כי רצונה לבטל התנאים עם משודכתה. ולפי"ז אין לנו לחוש בנ"ד לחשש הח"ס ח"א סס"י י"ח עיי"ש ועפ"י הסברא הזאת יש לדון בנ"ד גם הסברא דבודקת ומזנה. כי בדקה אחר כשר שלא תפסיד ממונה וראיתי בנוב"י מהד"ת סי' ל"ג דשואל אחד רצה לחדש דגם ביבום יש להקל ולא לחוש לדעת הרמב"ם במקום שאהבת הנואף עם הזונה גדלה למאד ורוצים להנשא זא"ז והנוב"י דחה את דבריו ומחלק מהא שהביא הטור בסי' ק"ג בשם הרא"ש לאחד שהיה לו משרתת בביתו והיתה מיוחדת לו מפני כי אהבת זנונים לא תמנע אותה מלזנות עם אחר ואפי' משודכת לא היתה לו עיי"ש אבל בנ"ד שהיתה משודכת לו והוציאה עליו כמה ממון בודאי יש לדון להסברא הזאת להתירה להנשא לו אבל לא לענין יבום שלא תצטרך חליצה אם ימות אחר הנשואין בלי ז"ק אחר כמו שהאריך שם הנוב"י מבלי לסמוך על זה באיסור יבמה לשוק:

ולדעתי יש לצרף זה לסניף להתירה להנשא להמשודך הכהן:

לט

וגם יש לסמוך בנ"ד על הבית מאיר בסי' ו' והובא ג"כ בח"ס סי' ט' שכתב דבשניהם מודים מותרת אף בעיר שרובא נכרים מטעם ס"ס שמא לא נבעלה לאחר ואם נבעלה שמא לכשר ואף ר"י מתיר בס"ס והנוב"י סי' כ"ז מהד"ת הזכיר גם הס"ס הזה אך החמיר במקום שיש רוב פסולים. וכן הגאון מליסא העיר לדון להיתר מטעם הס"ס הזה. והח"ס סי' ט' החמיר ברוב פסולים מטעם שאין אנחנו סומכין על ס"ס שהוא נגד הרוב וגם בספק אם אזלא איהי להבועל החמיר הח"ס מפני שעפ"י הרוב הבועל הולך אצלה ולא הזונה הולכת אליו:

אבל בנ"ד שביארתי למעלה שמפני יראתה מהוריה ומהחתן היושבים עמה יחד בבית אחד שמרה עצמה מלזנות בביתה. ואם זינתה עם אחר לבד מהחתן אנו חוששין שמא הלכה אצל הבועל וזינתה חוץ לביתה וא"כ הוי שפיר הס"ס להקל כדעת הבית מאיר וגם הח"ס יודה שבנ"ד יש לנו ס"ס מעליא לקולא ספק שמא לא זינתה עם אחר ואפי' אם זינתה שמא הלכה אצל הכשר:

מ

ואף אם לא נסמוך על הב"ש סי' ו' ס"ק ל"א ועל הברית אברהם והח"ס שהאריכו לדון בשכונה מיוחדת שיהיה נחשב למקום בפני עצמו ונהלך בתר רוב העיר אשר היא רובא נכרים יש לנו ג"כ הס"ס להקל גם לדעת הח"ס משום דבנ"ד אין לתלות הזנות בביתה כמ"ש למעלה וא"כ לא הוי ס"ס נגד הרוב:

מא

ועפ"י ס"ס הנ"ל יש להעיר בדברי ההפלאה והנוב"י שמדמים איסור שבויה לאיסור זונה וחששו גם בזונה לשמא עיניו נתן בה כמו גבי שבויה הא בשבויה לא הוי רק ספק אחד שמא עיניו נתן בה ומשקר ולא נוכל לומר שאף אם הוא משקר יש ספק אחר דבכ"ז יכול להיות שלא אנס אותה האנס ולא זינתה הא כבר כתבו גדולי הפוסקים שבמקום שאסרו חז"ל מפני ספק כמו גבינה של נכרי לא נוכל לדון לס"ס ולכן הוי זה רק ספק אחד דלמא לא זנתה כלל והוי זה כמו שכתבו התוס' כתובות ט' דשם אונס חד הוא אבל במעלת יוחסין יש שפיר ספק ספיקא שמא אומר אמת ואפי' אם הוא משקר מחמת שעיניו נתן בה שמא לכשר נבעלה וזה לא הוי משם אחד דנ"מ בין ספק הראשון להשני בחיובו על טפול הולד וכן לא זכיתי להבין דברי הנוב"י במה שכתב בסי' כ"ז. ואמנם מה שמבואר בסי' ד' סעי' כ"ו שאפילו מודה אותו פלוני כו' והרי גם שם יש ס"ס שמא לא נבעלה לאחר כלל ואת"ל נבעלה שמא גם האחר ממזר הוא ואפ"ה אין הולד אלא ספק ממזר היה קצת ראי' דלא מהני ס"ס בער אנכי ולא אבין דברי קדשו הא זה הוי ס"ס נגד הרוב

דהא רוב העולם אינם ממזרים ונחיצס הענין לא יתנני להאריך בכל פרט ופרט מכל אלה אשר העליתי בשכלי הדל נראה לי להקל בנ"ד ולהתירה להנשא להחתן הכהן אבל אדע אנכי את מך ערכי ולא מלאני לבי לעשות מעשה בלי הסכם הדר"ג וכעל יורה ומלקוש איחל למי בארו אשר ממנו ישקו לרויה כל בית ישראל ודברי קדשו יהיה לי לתורה להוריני דעת ותבונה:

מב

ועתה אדבר קצת באיסור מעוברת ומינקת חבירו אם להתירה להנשא בימי עבורה עוד טרם שתלד הולד הב"ש סי' י"ג ס"ק כ"ג כתב בפשיטות דבאם הוא והיא מודים שממנו נתעברה אין חוששין שמא זינתה גם עם אחר ומותרת להנשא אליו גם בימי עבורה וכן כתב הנוב"י מהד"ת ססי' כ"ח דלהמתנת כ"ד חודש כבר פשט המנהג להתיר ולא לחוש שמא זינתה עם אחרים וכן האריך הרבה הפ"ת סי' י"ג ס"ק י"ח והביא הרבה שו"ת מגדולי האחרונים המדברים בזה וכמעט כלם מתירים והגאון מליסא בספרו קהלת יעקב סי' ו' סעי' י"ז כתב ג"כ בפשיטות דלענין מעוברת חבירו באם שהוא מודה מותר לכתחילה לישאנה בימי עבורה ולא לחוש שמא זנתה עם אחר:

מג

אבל בנ"ד יש מקום להחמיר ולאסור הנשואין בימי עבורה ובתוך כ"ד חודש דימי הנקת הולד מטעם אשר אפרש אחרי כי שניהם אומרים מפורש שלא בא עליה כדרך כל הארץ ואנו דנים דלא להאמינם ע"ז. מטעם דלא מוקים אינש אנפשיה או משום שהודו ששכבו יחד כדרך המנאפים לזאת אנו מחזיקים שממנו נתעברה. ולא הוי אמירתה חד"א מטעם שהיא אומרת מפורש שלא נבעלה לשום פסול בעולם וגם הוא לא השוה עליו חד"א באמירתו יען כי אינו אומר עליה שזינתה עם איזה פסול כמש"כ הח"ס המובא לעיל אבל לענין מעוברת חבירו השוו שניהם עליהם חד"א וביחוד החתן באמירתו שלא בא עליה כדרך כל הארץ ומבואר באהע"ז סי' קס"ג וס"ח ובכתובות ט' גבי טענת בתולים ביהודה דבאומר מפורש שלא בא עליה שוי אנפשיה חד"א ואסורה עליו גם במקום החזקה דלא מוקים אינש אנפשיה משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי:

מד

אבל לדעתי יש לנו לדון דלא יהא חד"א באמירתם גם לענין מעוברת חבירו מהא שכתב הנוב"י במה"ק סי' י"ג וסי' י"ח והובא בקצרה במהד"ת סי' ל"ג:

דגם אם הוא בעצמו בספק אם הולד ממנו או מאחר שאין בזה חשש איסור מעוברת ומינקת חבירו דגם על ספק בנו הוא חייס וליכא טעמא דדחסא. וא"כ בנ"ד שהחתן אינו אומר שידוע אליו בבירור שהולד אינו ממנו ורק הוא מסופק אם יכולה אשה להתעבר

באופן כזה. לא הוי אמירתו זאת חד"א ועתה כשאנו מתירין אותו לישאנה הוא רואה שמוחזק הדבר בעינינו שמעוברת היא ממנו ואין אנו חוששין לשמא זינתה עם אחר א"כ בעת הנשואין יחשב גם הוא לדבר ברור שהולד הוא ממנו א"כ בודאי חייס עליו כאב על בנו ודאי:

ומותרת להנשא אליו גם בימי עבורה וגם לדעתי באיסור מעוברת ומינקת חבירו שהוא מדרבנן יכולים אנחנו לסמוך על התשב"ץ חלק ג' סימן רס"ג המובא למעלה ואם הוא סומך ע"ז באיסור דאורייתא להתיר יבמה לשוק יכולים אנחנו לסמוך עליו באיסורא דרבנן כמו מעוברת ומינקת חבירו:

מה

וגם בעיני פשוט כי הגדתו לב"ד שמסופק הוא אם יכולה אשה להתעבר באופן זה ובא לשמוע ממנו דעת חכמים עפ"י דיני התורה אם באפשירות הדבר הזה אז גם הוא מאמין כי לא זינתה עם אחר ומעוברת היא ממנו והוי כמו אחד דבא לשאול שאלות חכם ואינו יודע הדין אם מותר לו הדבר או אסור לו ולא שוי' אנפשיה חד"א אם טעה בהדין והטריף את הדבר מחסרון ידיעתו ויש לצרף גם דעת גדולי הפוסקים המקילים בזונה באיסור מעוברת ומינקת חבירו. ולענ"ד יש להתיר להם החתונה גם טרם שתלד. וגם להתיר להם להיות עמה אחרי החתונה כאיש את אשתו כי אם נחמיר כדעת הח"ס סי' י"ח להפריש אותם אחר החופה עד שתלד יש לנו חשש גדול שהחתן לא יתרצה לזה וירחיק נדוד ותשאר שכולה וגלמודה לעולם והוריה דלים ועניים אשר אין ידם מחזקת להחזיקה בביתם ומי יודע מה יולד מזה ומה יהיה גורל הילד כידוע בענינים כאלה וכמה נפשות תלוים בזה לזאת כחה דהיתירא עדיפא אבל חלילה לי לסמוך על דעתי הקלושה ודברי קדשו יורני גם בזה ומה יהיה משפט הילד לכשיולד אם להחזיקו לבנו גמור לכל דבר או לא ויש לי הרבה לדון בדברי גדולי האחרונים שהאריכו בזה אמנם נחיצת הענין בל יתנני להאריך ולעיין היטב ג"כ לא עלתה בידי. לזאת מנעתי עצמי מזה כעת ואחרי אשמע דעת קדשו ומשפטו על החתן והכלה אז אבוא אי"ה בדברי לדון לפניו בקרקע כתלמיד לפני רבו באשר נוגע להילד ועוד חזון למועד. לתשובת כ"א אחכה בהחוזר בו"ת השותה בצמא את דברי קדשו צבי הירש:

ולעיל בספרי עין יצחק ח' אה"ע מבואר קוטב השאלה דנא ומה שהשבתי ע"ז לדינא:

סימן עח

ב"ד מיטויא יום א' כ"ג שבט תרח"ם. כבוד א"א מו"ר הגאון נ"י.

שאלה להלכה ולמעשה בדבר הנהוג להתיר להבעל להשליש גט לאשתו שיצאה מדעתה ולישא אחרת והצריכו שישליש גם כסף כתובתה כמבואר באהע"ז סימן א' וסימן קי"ט אם מחויב הוא מן הדין נשלם לאשתו החולה את כתובתה כמו שהי' מגרשה בגט גמור כיון שע"י מה שנושא אשה אחרת גורם לאשתו הראשונה שלא תשאר תחתיו ובא אז החיוב מפרעון כתובתה או דלמא כל זמן דלא נתגרשה ממנו בגט גמור ואגידא בו אינו מחויב מן הדין לשלם לה את כתובתה ורק מצד תקנה משליש הוא את דמי כתובתה. והנ"מ לענין דין קדימה אם יש להבעל בע"ח מאוחרין. דאם מחויב הוא לשלם את כתובתה מן הדין אז האשה קודמת להבע"ח של הבעל אבל אם החיוב רק מצד תקנה אז הדין קדימה להבע"ח. ושמתי עיוני בדין זה כי הדבר נוגע להלכה במעשה אשר באה לידי כעת כמו שיראה כ"א פרטי הדבר מהמכתבים אשר בידי המוכ"ז וכן אבאר ב"ה עוד הרבה פרטים הנוגעים להלכה ולמעשה כמו שיראה הקורא בתוך תשובתי מזה החלי ב"ד ומכא"א הגאון נ"י אבקש להזדקק לדבר זה ומצוה רבה להתיר להבעל מכבלי העיגון כמו שישמע מהמוכ"ז נחיצות הענין לכל פרטיו:

הנה אם היה הבעל משליש דמי הכתובה במזומנים לא היה שום עיכוב מצד הדין להתירו כמבואר באהע"ז סי' הנ"ל וכפי הנהוג מגאוני קשישאי עמודי ההוראה אבל אחרי כי אין בידו להשליש דמי הכתובה במזומנים לכן חל עלינו חובת הביאור אם יש להתירו גם באופן זה:

א

הנה במה שזיקף עליו דמי הכתובה במלוה וממשכן את ביתו לבטחונות לכאורה מיחשב זה לפרעון גמור וכמו שכתב הרשב"א ומובא בהגהות רמ"א באהע"ז סי' צ"ו סעיף א' שכל זקיפה כפרעון דמי וכמש"כ שם הח"מ ס"ק ה' שאף שלא פרע כלום ובודאי לאו דוקא זקיפה מהיורשין מיחשב לפרעון וגם מהבעל בעצמו בגרושה מיחשב זקיפה לפרעון. וכן נראה מדברי הב"ש שם ס"ק ה' מה שהביא מסי' נ"ג. וכדקיי"ל בח"מ סי' ס"ז סעיף י"ז דאם זקפתה עליו במלוה כתובתה משמטת משום דזקיפה הוי פרעון גמור ואחרי שהאשה בטוחה בכתובתה ממה שתוכל לגבות תמיד מהבית בודאי מותר להאפוטרופוס להניח המעות בידי הבעל אשר יזקיף עליו במלוה על בטחונות מהבית. ולא גרע מגברא דמשפי נכסי ומהימן כפי המבואר בב"מ ע' ובח"מ ר"צ סעי' ח' ואין משכון בטוח בעולם מהבית הממושכן עפ"י חוקי המדינה וביותר יש לדון בזה דודאי ניחא להאשה שלא יכופו קרוביה את בעלה למכור הבית ולהרוס מעמדו עי"ז ולא יהיה לו במה לפרנס את בניו שיש לו ממנה וגם בשוטה אמרינן בכתובות מ"ח דבודאי

ניחא לו שיזונו בניו ובנותיו משלו. ויש לעיין מש"כ בזה הקצה"ח בסי' שנ"ח והסברא פשוטה דודאי ניחא לו שיזונו בניו ובנותיו משלו וראיתי מש"כ בזה בשו"ת מהרי"ם מבריסק בפשיטות דבודאי ניחא להאשה דהבעל יפרנס את בניו וכל אשה מרחמת על צאצאיה כמו שכתוב התשכח אשה עולה וגו' ולכן בודאי יכולין קרובי האשה להניח דמי הכתובה בידי הבעל ולזקוף עליו במלוה באופן היותר בטוח:

ב

[**א**] אך יש מקום בנ"ד לחוש ולדון דלא מיחשב זה לפרעון הנה כל פרעון אשר יהיה נפטר הלוה או הבעל מחיובם בודאי בעינן שיזכה המלוה או האשה את כסף הפרעון מצד הדין וכדאיתא בח"מ סי' ק"כ דאין הלוה נפטר מחובו רק עד שיגיע דמי הפרעון לרשות המלוה או ליד שלוחו ומה שנפטר בזרק לו קרוב להמלוה אף חוץ לד"א ושיכול המלוה לשמרו זה דוקא באמר לו זרוק לי חובי בתורת גיטין והר"ן בגיטין ע"ח כתב דכמו שחז"ל תקנו לד"א שיהיה כרשותו כן תקנו שכל מקום המשתמר יהיה כרשותו. והרשב"א שם כתב בשם הירושלמי דכיון דאמר לו זרוק לי היתה כונתו שיזרוק דוקא לרשותו היינו במה שיהיה המעות קרוב לו יהיה זה כרשותו:

[**ב**] וכן נראה מהא דב"מ ע"א ע"ב דאם אין שליחות לנכרי לא מפטר הלוה במה שפורע החוב לשלוחו של המלוה הנכרי משום דלא מקרי פרעון רק דוקא בבא ליד המלוה או ליד שלוחו דמועיל מדין תורה אבל במקום דלא נקנה מעות הפרעון להמלוה לא מיחשב זה פרעון אף היכא דנתן עפ"י צווי המלוה ורק באומר לו מפורש שפוטר אותו מהחוב אז נפטר הלוה אף היכא דזורק הכסף במקום שאינו משתמר:

ג

[**א**] ולפ"ז הנני מסופק אם מקרי פרעון מה שהאשה קודמת להבע"ח של הבעל עפ"י דיניהם. מהא דכתב הרמ"א בח"מ סי' צ"ז סעי' כ"ד דאף שבדיניהם מגבין להאשה נדוניתה תחילה אבל בדינינו הדין עם המלוה ומחויבת להחזיר לו מה שגבתה בדיניהם משום דכתובה ונדוניא לא ניתנו לגבות מחיים ובמה שמשליש הבעל את הגט לא מקרי זה גירושין לענין גביית כתובה כמו שנראה באהע"ז סי' קמ"א סעי' ח' ובסי' צ' סעיף ה' וביותר נראה מדברי הח"מ סי' קי"ט ס"ק י"ב דרק מחמת תקנה מחויב להשליש הגט והכתובה שיהיה מוכן אם תשתפה אבל לא מצד הדין ובודאי עפ"י דינינו הבע"ח קודמין להכתובה שהם נוטלין מצד דין תורה והיא רק משום תקנה וכבר האריך כא"א הגאון נ"י בספרו באר יצחק חלק יו"ד סי' י"ט ובנחל יצחק סי' פ"ו אות א' ענף ד' דדאוריתא יש דין קדימה לדרבנן. ומה גם דלהבע"ח יש שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסי על הלוה. ולהאשה אין כעת שום שיעבוד על הבעל רק מצד התקנה ואף לדברי הש"ך ח"מ סי' ע"ג ס"ק י"א

דהשיעבוד ומצות פריעת בע"ח חל על הלוה אף קודם שבא זמן הפרעון ולכן אם נשבע שלא לפרוע נשבע זה לבטל את המצוה הנה בכתובה דיש ספק שמא לא יתחייב הבעל כלל שמא תמות קודם בודאי לא יכול ספק חיוב לדחות לודאי חיוב:

[ב] ולענ"ד אם ילך האפוטרופוס לב"ד עם הבע"ח של הבעל בודאי היה הדין שמחויב לוותר הבפחונות שיש להאשה על הבית נגדם כפי המבואר בסי' צ"ז סעיף הנ"ל ולפ"ז הבטחונות שיש להאשה בדיניהם לא מקרי זה פרעון דבדינינו ההיפך שאין לה כלום נגד הבע"ח ובמה שהשליש שט"ח וזקף עליו במלוה פרעון הכתובה לא נוכל למיחשב זה לפרעון כיון דידעינן אשר הוא איננו בטוח כלל כעת ועיקר הפרעון הוא הבטחונות רק מה שיש להאשה על פי דיניהם דין קדימה על הבית נגד הבע"ח. אבל כיון דמצד הדין אינה יכולה לזכות בזה והוי כמו דלא נתן לה כלל כעת. ובלתי אפשר להתיר לו במקום שאין לו להשליש הכתובה או לתת בטחונות שיהיה מועיל עפ"י דינינו ודיניהם. וגם אין ידו משגת לקנות הכתובה בטו"ה כעצת הצ"צ סי' ס"ז:

ד

[א] ואולי יש לומר דאין להאפוטרופוס לחוש מה שתזכה האשה בהבטחונות שלא כדין. וכמו דאיתא בח"מ סי' ר"צ סעי' י"ב דאין האפוטרופוס יכול לחוב להיתומים ולחייבם בדין אבל לדעתי זה דוקא במקום שיש טו"ת בין היתומים ובין התובע מהם אבל במקום שידוע שהדבר גזל בידם ואין ע"ז שום טו"ת בודאי מחויב האפוטרופוס להפרישם מאיסור וכמו שתורם תו"מ להאכילם כדי שלא יכשלו באיסור טבל וכמו שאמרו בערכין כ"ג יתמי דאכלי לאו דידהו כו' וגם בשוטה העלו גדולי האחרונים דאין להאכילם דבר האיסור וכמו דאי' בסוטה כ"ה דגם שוטה מסכים על דעת ב"ד וכן נראה מכתובות מ"ח ולפי דברי הקצה"ח סי' שנ"ח הוא משום ניחותא דמצוה ובח"מ סי' ר"צ סעי' ט"ו פסק המחבר דאפוטרופוס פוסק צדקה מנכסי שוטה דודאי ניחא לו במצוה ולפי"ז מחוייב האפוטרופוס לעשות הכל לטובת האשה רק מה שיהי' כדינינו אבל אין לבקש טובתה מה שיהיה נגד הדין ולהכשילה באיסור גזל:

[ב] וגם אם הב"ד יודעין שהאפוטרופוס לא יענה לדין ולא ירצה לדון את הבע"ח בד"י ג"כ לא יוכלו להתיר את הבעל וליחשב לפרעון הכתובה מה שעשו שלא כדין דכיון שבדינינו לא זכתה האשה או האפוטרופוס בלתי אפשר למיחשב זה לפרעון כמש"ל דלא מיפטר הלוה מפרעון במקום דלא בא לרשות המלוה עפ"י דין:

[ג] והא דקיימ"ל דהלוה בעצמו יכול להתפיס לאחד מהבע"ח שלו וכן קיימ"ל דהאפוטרופוס מיחשב כהבעלים בעצמם כדאי' בח"מ סי' ק"ה זה דוקא בשאר חוב אבל

לא בכתובה דלא ניתנה לגבות מחיים ולא נתחייב הבעל כלל והא דמחוייב להשליש את הכתובה מצד התקנה זה רק למען שתהיה מוכן באם שתשתפה. אבל אין עליו שום חיוב לסלק כעת הכתובה כמ"ש הבית מאיר סי' א' דאולי לא יהיה לו במה לשלם בעת שתשתפה לכן צריך כעת להשליש והאו"ת כתב באורים סי' צ"ז ס"ק ס"ד דאף במקום שצועקת דלא יהיה לה ממה לגבות הכתובה בעת זמן הגבי' מ"מ אין משגיחין בכך ונותנין להבע"ח ולא איכפת לן במה שלא יהיה להאשה בעת גביית הכתובה ממה לגבות וא"כ דמצד הדין אין חיוב כלל על הבעל לשלם כעת הכתובה ורק שאין הב"ד יכולין להתירו בלי פרעון הכתובה בוודאי הבע"ח קודמין להאשה:

[ד] ואולי יש לומר דהאפוטרופוס יכול לתפוס הנדוניא על חיוב המזונות וכמ"ש הסמ"ע והש"ך בסי'. הנ"ל דמהני תפיסת האשה אף על מזונות דלהבא אבל לפי מסקנת הש"ך דלא נהגו כותי' דהב"ח בזה. וביותר הא כאן לא תפס האפוטרופוס מאומה ורק שיעבוד בעלמא יש להאשה על הבית ובוודאי לא יכול לכתחילה לתפוס על מזונות כמ"ש הש"ך סעי' הנ"ל ואפשר י"ל דכיון שיכולה האשה להשביע להבע"ח שבאמת מגיע להם המעות מבעלה וכדאי' בח"מ פ"ב סעי' ב' דאף בשטר שיש בו נאמנות לא יפרע אלא בשבועה שישבע להבע"ח המאוחר וא"כ הוי זה כדאי' בח"מ סי' ר"צ המובא למעלה דבמקום שיש ספק באמיתת טענת התובע אין להאפוטרופוס לחוב להיתומים ולחייבם בדין הנה זה היה שייך באם היתה גרושה כדין והבעל היה חייב לשלם לה כתובתה אבל בנ"ד שאינה מתגרשת מהבעל ולכן הוי דינה כמו אשה שיושבת תחת בעלה דאין על הבע"ח של הבעל לישבע לה כיון דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים. ויש לעיין באהע"ז בט"ז סי' צ"ג ס"ק א':

ה

ולענ"ד יש לחקור אם אינו חייב הבעל מן הדין לשלם לה כתובתה היכא שעושה איזה מעשה לאסור האשה עליו ותהיה מוכרחת לקבל ממנו גט ומתחילה עלינו לבאר מתי חל על הבעל חיוב הכתובה. אם בעת הנשואין ורק זמן פרעון הוא בעת מיתה או גירושין או דאינו חל עליו עיקר החיוב רק בשעת מיתה או גירושין ולא קודם לזה וכעין זה מצינו פלוגתא גבי שומרים מתי נתחייב השומר אם שעת משיכה או בעת פשיעה ולמ"ד דמשעת משיכה חל עליו תיכף החיוב ורק שהחיוב בפועל בא בעת הפשיעה ולמ"ד מעת הפשיעה לא נתחייב מקודם מאומה ובקצה"ח בסי' שמ"א השיג על דברי הכ"מ שמפרש דמ"ד משעת פשיעה מ"מ חייב למפרע מעת המשיכה דהוי זה כמו תנאי. והקצה"ח פליג

ע"ז והעלה דלמ"ד משעת פשיעה לא היה עליו מתחילה שום חיוב ולא הוי זה גם כתנאי וכמו כן בכתובה ונדוניא דלא ניתנו לגבות מחיים י"ל ג"כ דקודם מיתה או גירושין:

אין על הבעל שום חיוב ואי נימא דאין על הבעל שום חיוב קודם מיתה או גירושין א"כ יש לדון היכא דאינה מגרשה בגט גמור אף שעושה איזה פעולה שתהיה האשה מוכרחת לקבל ממנו גט בכ"ז אין חל החיוב עליו קודם שמגרשה בגט גמור ותהי' מותרת להנשא לכל אדם והא דכל הכופין אותם להוציא כופין אותם שיתנו ג"כ כתובה זה משום דממילא בא החיוב עליהם בעת הגירושין אשר מחויבין לגרש מחמת הכפיה. אבל אי נימא דהבעל התחייב תיכף ורק הזמ"פ נקבע בעת הגירושין אז יש שפיר לומר מצד הסברא דזה"פ בא בעת שעשה איזה פעולה שתהיה מוכרחת לקבל ממנו גט והבעל גרם במעשיו שבלתי אפשר לה להשאר תחתיו. והתנאי כתובה מלכשתנשא לאחר הוא רק הגבלת זמ"פ:

ונכלל בזה גם איזה פעולה מצד הבעל שתהיה מוכרחת להתגרש ממנו וגם אז בא הזמן פרעון:

1

וראיתי בפ"י כתובות פ"א ד"ה בגמ' מאן שמעת לי' וכו' דבזה פליגי אביי ורבא דלרבא אין על הבעל שום חיוב מקודם ועיקר החיוב בא רק בעת מיתה או גירושין ולאביי עיקר החיוב חל על הבעל תיכף בעת הנשואין רק זמה"פ נקבע לעת המיתה או גירושין וכתב שם דאי לא נימא כן א"כ אמאי הוי לב"ש כתובה כגבוי הא החיוב לא בא כלל טרם שנתגרשה. ומדברי, הפ"י נראה דאליבא דאביי נתחייב הבעל בכתובה בלי שום תנאי בעולם רק הזמ"פ הוגבל לעת המיתה או הגירושין. ולכן שפיר סובר ב"ש בכתובה כגבוי דמי כמו בכל חוב דעלמא דאי נימא דאליבא דאביי הוי זה תנאי דמעכשיו דנתחייב בעת המיתה למפרע תשאר הקושיא למה הוי כתובה כגבוי הא קודם קיום התנאי בוודאי אי אפשר לומר דכגבוי דמי ובכל תנאי שבקום ועשה על המקבל להביא ראיה שנתקיים תנאו ובוודאי אי אפשר לומר דכגבוי דמי במקום שאין למקבל שום זכות בהדבר טרם שהתקיים התנאי והדבר עומד בספק אם יתקיים התנאי וקשה לומר דמשום שיהיה אח"כ שלו למפרע אם יתקיים התנאי ולכן הוי כגבוי וכמו שהאריך כא"א הגאון נ"י בנח"י ס' ע"ה ובסי' ק"ג בדברי הפמ"א דאם מכר אחד דבר שיש לו על תנאי קודם קיום התנאי דחל המכירה למפרע דלענין זה אם כגבוי דמי בוודאי אינו מועיל מה שיחול אח"כ למפרע הא יש ספק אם יתקיים התנאי דיד המקבל על התחתונה ומוכח מזה דעיקר החיוב על הבעל בלי שום תנאי תיכף והמיתה או הגירושין הוי רק זמה"פ ולפי

דברי הריטב"א ב"מ צ"ח ומובא בקצה"ח ש"מ ס"ק ד' שכתב דבחיוב על תנאי אם טען א"י אם פרעתי קודם קיום התנאי דפטור דלא הוי עליו חזקת חיוב קודם קיום התנאי וכש"כ דלא אמרינן כגבוי דמי אך לפי מש"כ שם הקצה"ח דבשומר אין חיוב השבה עליו כל זמן שהדבר בעין יש לחלק נ"ד מדברי הריטב"א ואכמ"ל והמעיין היטב בהסוגיא שם יראה דגם לרבא נוכל לומר דהחיוב הוא על תנאי דאם ימות או יגרשה יהיה מחויב למפרע וכן לאביי עיקר החיוב על תנאי ולכן בארוסה אינו מחויב בקבורתה דמשום דאם מתה איגלאי מילתא למפרע דלא היה מחויב לה ואינה יורשה כלל ופליגי רק ביבמה אם יבם כאחר דמי או לא דלאביי הוי כאחר ולכן מחויב בקבורתה משום דיורש את כתובתה אשר אחיו נתחייב לה לשלם אחר מותו והזמ"פ בא קודם מיתתה. ולרבא אינו יורשה כלל משום דיבם לא הוי כאחר והבעל לא נתחייב בכתובתה כ"ז שהיתה זקוקה ליבום ובמתה איגלאי מילתא למפרע דלא היה חייב לה כלל כמו בכל ארוסה ולפי"ז אנחנו מוכרחין לומר דלכן לב"ש הוי כגבוי משום דאם מת הבעל איגלאי מילתא למפרע דהיה מחויב לה מתחילת הנשואין והא דאמרינן דבכל ספק בקיום התנאי יד המקבל על התחתונה זה דוקא בספק מעבר אבל לא בספק על להבא. ולדינא חל עלינו חובת הביאור מתי חל על הבעל החיוב מהכתובה אם מזמן הנשואין או רק מזמן המיתה או הגירושין:

ז

בכתובות דף נ"ב פליגי ר"א ור"י בהמדיר את אשתו ונשבית אם מחויב בעלה לפדותה. ומסקינן בגמ' שם דלר"א אזיל בתר מעיקרא ור"י אזיל בתר בסוף היינו דר"א ס"ל כיון דבשעת התנאי קרינן באשת ישראל ואותבינך לאנתו ובאשת כהן ואהדרינך למדינתך לא איכפת לן מה שבשעת השביה לא נוכל לקרות זה ור"י ס"ל דניזל בתר לבסוף וכיון שבסוף לא קרינן את הכתוב בת"כ אינו מחויב לפדותה וכמבואר באהע"ז סי' ע"ח סעי' ה' שמשעה שהדירה מחויב לגרשה וליתן לה כתובתה וא"כ ממילא פטור מלפדותה הא משעה שהדירה לא נשאר עליו שום חיוב רק לתת גט וכתובה ורק אם הדירה אחר שנשבית חייב לפדותה משום דלא אתי לאיערומי. ואי נימא דכל החיובים שמקבל הבעל בכתובה אינם חלים רק בעת שיגיע החיוב לפועל כמו דאין עליו חיוב פדי' רק מעת שנשבית ולמה אזיל ר"א בתר מעיקרא הא בשעת התנאי לא התחייב מאומה ומה מועיל מה שבעת התנאי קרינן ואותבינך לאנתו הא בעת שחל החיוב בלתי אפשר להתקיים זה אלא ודאי דעיקר החיוב בא בעת שהתחייב בכתובתה ובכל התנאים והזמ"פ הוא בעת שיבוא החיוב לפעולה. ודמי ממש לנכסי שומר שמשעת משיכה נשתעבדו אף שבלתי

אפשר שיבוא החיוב לפעולת אדם קודם הפשיעה והוי כן כי הוא מתחייב תיכף ורק אם לא יקרה איזה פשיעה אז אין להבעלים תביעה עליו וכן בפדיון דהבעל מתחייב תיכף בפדיונה ורק אם לא נשבית אין מקום לחייבו בפועל. ואף לר"י אין ראיה לומר דסובר דעיקר החיוב בא רק בעת השביה. כי אפושי פלוגתא לא מפשינן. וי"ל פשוט דר"י פוטר כיון דבשעה שנשבית שהדירה] נפקע מהבעל כל החיובים במה שהדירה ואין לחייבו יותר ממה שחייבוהו חכמים בהדירה היינו לגרשה ולשלם לה כתובתה ולא יותר אבל בהסברא דהחיוב בא תיכף לא פליג וא"כ רואין אנו דהחיובים באים על הבעל תיכף. ורק הזמן ליציאתם אל הפעל לא יוכל לבוא עד אשר יקרה המעשים הכתובים בהכתובה:

והא דאיתא בב"מ צ"ה גבי שאילה בבעלים דעיקר הפטור תלוי רק בשעת שאלה ונראה דזה גם אליבא דמ"ד דשואל משעת אונסין משתעבד ולפ"ז יש לכאו' לומר גם כאן אליבא דר"א דאזיל בתר מעיקרא אף דהחיוב אינו חל אז. אבל באמת התם הוי זה גזה"כ וז"פ:

ח

ולענ"ד יש לפרש דבזה פליגי ר"א ור"י הנה הקצה"ח בסי' שמ"א ס"ק ג' כתב ומביא דברי הריטב"א דמ"ד דנכסי שומר משעת משיכה משתעבדי. הכונה דאינו משתעבד לגמרי משעת שאלה אלא בתנאי שאם תאנס אח"כ יהיה מחויב למפרע ומתרץ בזה את דברי הרמב"ם דלכן פסק בטבח בשבת שפטור אף דנכסי שומר משעת משיכה נשתעבדו כיון דטבח בתורת גניבה הרי כלתה. שאלתו וחיוב חדש ופנים חדשים באו לכאן ולא נוכל לומר דלמפרע משעת שאלה נתחייב בגניבה זו. והרי בתורת שאלה בא לידו ובשעת טביחה רמי עליו הך חיובא דגניבה ולא משעת שאלה ומביא זה בשם השמ"ק. וי"ל דפליגי כאן ר"א ור"י בזה דר"א סבר דמה שמתחייב הבעל בפדיון אשתו מתחייב תיכף בלי שום תנאי ורק זמ"פ בא בעת שנשבית ומקודם אין לו מקום לצאת ידי חובתו שקיבל עליו ולכן אזל בתר מעיקרא ואף שהדירה קודם שנשבית מ"מ נשאר חיובו שקיבל עליו בעת כתיבת התנאי כתובה ואותבינך לאנתו. ולכן לא איכפת לו מה שבסוף נשתנה החיוב מהבעל דנפקע ממנו כל החיובים ולא נשאר עליו רק החיוב לגרשה ולשלם כתובתה ולא יותר דכיון שבשעת הנשואין נתחייב לא יכול אח"כ למיפטר בכל אופן שבעולם וכמו שכתבו התוס' בד' נ"ב ע"ב ד"ה הרי גיטה וכתובתה כו' דאינו רשאי לומר תקבל את גיטה ותפדה את עצמה לפי שלא קיבלה תשלום מפירות שאכל עד עכשיו היינו משום אכילת פירות רמי עליו חיוב מעת הנשואין לפדותה בכל עת שתהיה שבויה ואין שום דבר בעולם יכול לפוטרו מחוב זה אשר נתחייב מעת הנשואין בלי שום תנאי והשבי' היא רק זמ"פ לחוב הזה אבל ר"י דאזל בתר לבסוף סבר דאף דעיקר החיוב בא

בעת הנשואין אבל בפועל אינו בא רק בשעה שנשבית והוי זה כמו תנאי דבעת שנשבית יהיה מחויב למפרע לפדותה. ודמי להא דשומר דמשעת משיכה נתחייב בתנאי דאם יארע אונס יהיה מחויב למפרע וא"כ בהדירה ונפקע ממנו כל החיובין שיש לה עליו קודם חלות החיוב עפ"י התנאי אינו מחויב לפדותה ודמי לטבח בשבת דפטור דמשום שחיוב חדש בא עליו קודם קיום התנאי אשר גם כאן בא חיוב חדש עליו רק לגרשה וליתן לה כתובתה ונפטר מיתר החיובים המוטלים עליו לקיים ובעת חלות התנאי מחיוב הבעל נשתנה הדבר לגמרי ואף דמחיוב פדיונה אינו יכול למיפטר בהשלשת גט וכתובה בכ"ז ס"ל לר"י דקודם קיום התנאי היינו קודם שנשבית יכול לבטל את חיובו היינו במה שמדירה עשה שהתנאי שלו לא יתקיים לעולם מצדו דקודם שנשבית יהיה עליו חיוב חדש לגרשה ולשלם לה כתובתה ולא יותר ובעת שתהיה שבויה יהיה עליו חיוב חדש בפנים חדשים וכן היא לא תוכל לקיים את החיוב המוטל עליה מלהנשא לו או להדר למדינתו וממילא פטור מפדיונה וכוונת הגמ' דר"י אזיל בתר בסוף היינו דמשום שני טעמים מיפטר הבעל מפדיונה. דע"י הנדר נשתנה חיובו דאינו חייב רק לגרשה ולשלם לה הכתובה ולא נשאר עליו חיוב פדיונה וכן שהיא אינה יכולה לקיים בעת הפדיון התנאים המוטלים עליה להיות לו לאשה ובא"כ להדר למדינתה:

ט

ולפי דברי אלה י"ל דלכן פסק הרמב"ם בטבח בשבת דפטור מתשלומין משום דפסק בפי"ד מה"א ה' כ"א כר"י במדיר את אשתו דפטור מפדיונה דמשום שהחיוב בא על תנאי כמו שפרשתי למעלה וא"כ י"ל דיפרש גם להא דאמרו דנכסי שומר משעת משיכה נשתעבדו דזה הוא על תנאי וכמש"כ הריטב"א המובא למעלה. ולכן שפיר פסק בטבח בשבת דפטור דאף דנכסי שומר מעת משיכה נשתעבדו אבל בטבח נשתנה החיוב קודם חלות התנאי ולא נתקיים התנאי אבל הגמ' בכתובות ל"ד דאמרו שם דמאן דמתני אירישא כש"כ אסיפא ופליגי דר"פ קאי התם אליבא דרבא והגמ' בכתובות נ"ב רצה לאוקמי דגם רבא, יסבור כר"א דאזל בתר מעיקרא ולדידיה מוכרחין אנחנו לומר דמה שנכסי שומר משתעבד משעת משיכה זה לא הוי בתורת תנאי כמו דאזל כאן בתר מעיקרא:

ולכן שפיר אמרו דרבא פליג על ר"פ ואם סבר דמשעת משיכה אתחייב יהיה מחויב גם בטבחוהו משום דאין החיוב על תנאי ובכל אופן אתחייב משעת שאלה אבל הרמב"ם שפיר פסק בטבח בשבת דפטור כיון דטבחוהו לא נתקיים התנאי וכמ"ש השמ"ק המובא למעלה אמנם לפי מה שהבאתי למעלה בשם הפ"י כתובות פ"א דלרבא חיוב הכתובה על תנאי וכמו שאביא להלן את דברי התוס' והרא"ש פ' אע"פ דחיוב הכתובה דמי לחיוב

השומרין וא"כ אף אם ס"ל דשואל משעת שאלה אתחייב סביר דחיובו על תנאי כמש"כ הריטב"א ובכ"ז אמרה הגמרא דמאן דמתני ארישא פליגי דר"פ א"כ לא זכיתי להבין את דברי השמ"ק המובא בקצה"ח סי' הנ"ל דמחלק בין מתה מאיליה לטבחוהו:

הא הגמ' מדמי להדדי ואינה מחלק כלל ביניהם אף אליבא דרבא דסבר דנכסי שומר משעת משיכה משעבדי בתנאי דאם יארע האונס יהיה מחויב למפרע אשר בזה היה לפטור בטבחוה משום דחיוב חדש בא קודם קיום התנאי לפי דברי השמ"ק וצ"ע:

ו

[**א**] ויש להעיר בדברי המח"א בהלכות שומרים הלכה כ"א מה שחקר אם המעשה משתנה בשומרים בחליפות דברים והקשה על דברי המרדכי המובא בח"מ סס"י ק"כ מהא דאיבעי לן בפ' השואל שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים כו' דנראה מהתם דהמעשה משתנה בחליפות דברים ולענ"ד אי נימא דנכסי שומר משעת פשיעה משתעבד בודאי יכול לשנות את חיובו היינו מלפוטרו משואל הא החיוב לא בא עליו כלל ולא נתחייב מאומה ולא דמי לדברי המרדכי שמיירי בלוה דהחיוב בא עליו תיכף ואף למ"ד דנכסי שומר משתעבד משעת משיכה לפי דברי הריטב"א הנ"ל דחיובו הוא על תנאי דאם יאנס יהיה מחויב למפרע י"ל ג"כ דשפיר משתנה כאן בחליפות דברים עפ"י שיטת הראשונים בר"ן ס"פ מי שאחזו דתנאי דמעכשיו יכולין שניהם לבטל המעשה קודם קיום התנאי ולכן שפיר יכול לשנות חיובו משואל לשוכר דמבטלין מרצון שניהם את המעשה היינו החיוב משואל ולא דמי להמעשה דמרדכי דהתם החיוב בא תיכף בעת שלוה המעות ונתחייב מעת ההלואה בלי שום תנאי ובחליפות דברים אין לבטל את הנעשה כבר:

[**ב**] אך י"ל דלגבי שואל דמתחייב באונסין מקרי זה תנאי המתקיים בע"כ ובזה כתב הר"ן דלכו"ע אינו יכול לבטל המעשה גם מדעת שניהם ולכן שפיר הקשה המח"א מהא דב"מ על דברי המרדכי ויש לעיין במה שכתב שם המח"א דפוטר אותו מחיוב השמירה ולא מחיוב התשלומין ובזה לא שייך דברי ואין כאן המקום להאריך בזה:

[**ג**] ונחזור לענינינו דלפי דס"ל לר"א בכתובות נ"ב דאזלינן בפדיון בתר מעיקרא נראה דחיוב הכתובה חל עליו תיכף בלא תנאי והרמב"ם דפסק כר"י ס"ל ג"כ כמותו בזה דהחיוב הוא על תנאי וכמש"כ הריטב"א בשומר ויש לעיין בהפלאה סימן ע"ח ס"ק ה' מש"כ בספק זינתה ברצון דחייב בפדיונה משום א"י אם פרעתי דנתחייב מעת הנשואין בפרקונה ולפי מה שכתבתי דהחיוב בעת הנשואין הי' רק על תנאי אין לדון בזה לא"י

אם פרעתי וכמו שאביא להלן ב"ה מדברי הריטב"א ב"מ צ"ז דבחיוב על תנאי אין לדון לא"י אם פרעתי:

יא

[**א**] וכן יש להוכיח דעיקר החיוב מהכתובה בא עליו תיכף מהא דקיי"ל באהע"ז ק"ב דאשה קודמת בכתובתה לבע"ח המאוחרין וכן שטורפת מלקוחות כדאי' בש"ס בכמה מקומות ובאהע"ז סי' ק' ואפילו אם מכר טרם שנתגרשה כדאי' בכתובות צ"ה ע"א וכמו שכתב הגר"א זצ"ל בח"מ סי' ק"ד ס"ק ג' והביא הא דערכין כ"ג ע"א. ואי נימא דעיקר הכתובה חל על הבעל דוקא בעת הגירושין בודאי לא היה להאשה דין קדימה ולטרוף מלקוחות שקנו קודם שנתאלמנה או נתגרשה והיה דין הכתובה כמו מזונות שאין להאשה דין קדימה דמשום שהחיוב אינו חל על הבעל בחייו כמבואר באהע"ז סי' צ"ג סעי' כ"ב ולהלן אדבר מזה:

אלא ודאי דעיקר החיוב בא בעת הנשואין והוי זה כחוב בתוך זמן דיש דין קדימה היכא שזמן מהחיוב קודם לבע"ח אחר:

[**ב**] אבל גם אי נימא דהחיוב על תנאי ג"כ אתי שפיר מה שיש לחוב הכתובה דין קדימה וטורפת מלקוחות מהא שכתב הכ"מ ומובא בקצה"ח סי' שמ"א וכן לפי דברי הריטב"א ב"מ צ"ז הנ"ל נראה דחיוב על תנאי טורף מיורשין וממשועבדים דאמרינן איגלאי מילתא למפרע דהחיוב היה חל עליו ומפורש כתב כן הריטב"א בשמ"ק ב"מ צ"ז דנ"מ למכר נכסים בנתיים דטורף המפקיד משום דהשומר התחייב על תנאי ואגלאי מלתא למפרע וכן נראה מח"מ סי' ס"א סעי' ז' וסי' ס"ו סעי' ל"ה כמו שיראה המעיין שם וא"כ אין מזה ראיה רק דלא אמרינן שעיקר החוב חל רק בעת הגירושין ולמפרע אינו חל כלל גם על תנאי:

יב

[**א**] וכן נראה דעיקר חיוב הכתובה חל תיכף מהא שכתב המהרי"ט בפשיטות בכתובות בהסוגיא דפ"פ דבספק אם הופקעה הכתובה הוי לו כא"י אם פרעתי דבודאי מוכרחין אנחנו לומר דהחיוב בא עליו תומ"י דאי נימא דעיקר החיוב בא רק לאחר כן בודאי לא נוכל לדון בכתובה לא"י אם פרעתי רק לא"י אם נתחייבתי וכמו שכתב הנ"י בב"מ פרק השואל בשאלה חצי היום ושכרה חצי יום דלמ"ד משעת פשיעה נשתעבד הוי זה כא"י אם נתחייבתי. והריטב"א בשמ"ק ב"מ כתב מפורש דאף אם משעת משיכה משתעבד והוי זה על תנאי ומ"מ הוי זה רק כא"י אם נתחייבתי א"כ מוכח מדברי המהרי"ט דחיוב הכתובה חל תיכף בעת הנשואין בלי שום תנאי דאל"כ לא הי' לחייב בכתובה בא"י אם פרעתי היכא דהספק נולד קודם המיתה או הגירושין ויש לעיין הרבה בדברי הקצה"ח

סי' ש"מ ס"ק ד' מש"כ לפלפל בדברי הריטב"א הנ"ל דכל זמן שהדבר הוא בעין אין על השומר שום חיוב ואף למ"ד דמשעת משיכה אתחייב ולכן לא הוי בשומרין חזקת חיוב לחייבם בא"י אם פרעתי ויש לדון זה גם בכתובה וא"כ מוכח מדברי המהרי"ט הנ"ל דחוב הכתובה על הבעל חל בעת הנשואין בלי שום תנאי ולכן שייך בזה לומר בא"י אם פרעתי שיהיה חייב כמו בכל חוב:

[**ב**] וראיתי בתומים סי' ע"ה ס"ק כ"ב שכתב בקצרה דלכן לא הקשו בתוס' סוטה כ"ה ע"ב ד"ה ב"ה אומרים דיהיה חייב משום א"י אם פרעתי דבכתובה אינו ברור החיוב ולכן אינו שייך לדון בזה לא"י אם פרעתי וזהו שלא כדברי המהרי"ט. וא"א הג' נ"י כתב בספרו נח"י סי' ס"ט ב' לתרץ התוס' סוטה דביורשין אינו שייך לדון לא"י אם פרעתי ולפי"ז אין ראי' מד' התוס' דבכתובה לא מתחייב עד שעת המיתה או הגירושין אבל לדברי הריטב"א ב"מ צ"ז נראה ברור דבחיוב על תנאי אין אנו דנין לא"י אם פרעתי וא"כ גם בכתובה כן שהחיוב על תנאי כמו שכתבתי למעלה. ובאמת מוכח זה מהא דאינו מחויב בקבורת ארוסה דמשום דלא ירית מידי ולכן דברי המהרי"ט צע"ג במה שכתב בפשיטות דגם בכתובה חייב הבעל בטוען א"י אם פרעתי:

יג

וכן יש להוכיח דעיקר חיוב הכתובה חל על הבעל תומ"י שהתחייב בעת הנשואין על תנאי שבעת המיתה או הגירושין יהי' מחויב למפרע מהא שכתב כא"א הגאון נ"י בספרו נח"י סי' ע"ה אות כ' ענף ח' דמה שאשה תוכל למכור כתובתה אף דמקרי זה ממון שא"י להוציאו בדיינים בעת המכירה משום דתקנו מכירות שטרות בכו"מ אף שאינו יכול להוציא בדיינים ואח"כ כתב דמשום זה תוכל למכור כתובתה משום דאמרינן איגלאי מלתא למפרע דשלה היתה מקודם וא"כ מוכח גם מזה דעיקר החיוב חל בעת הנשואין והמיתה או הגירושין הוי זה כקיום התנאי. ובב"ק פ"ח אמר רבא הלכתא טובת הנאה לאשה נראה דגם לרבא תוכל למכור הכתובה וא"כ מוכח דסבר בכתובות פ"א דחיוב הכתובה הוא על תנאי ומפשטות לשון הפ"י שם נראה דלרבא אין החיוב חל כלל אף בתנאי טרם המיתה או הגירושין:

יד

ולענ"ד יש להוכיח מהא דסובר הר"ן המובא בש"ך ח"מ סי' קכ"ו ס"ק א' דגם בכתובה יש בו דין דמעמ"ש. נראה דעיקר חיוב הכתובה חל תיכף בלי שום תנאי הא בדבר שלא יקנה לו עד קיום התנאי בודאי לא אמרינן דיועיל מעמ"ש ולא שייך לדון בזה דיהיה אח"כ איגלאי מלתא למפרע הא כיון דמעמ"ש הוי הלכתא בלא טעמא בודאי לא תיקנו בדבר שיש ספק אם יזכה בהדבר. ואף להסוברין דבכתובה לא תיקנו מעמ"ש זהו משום

ספק אם יצטרך הבעל לשלם לה ואף שהחיוב חל עליו ובכ"ז לא תיקנו היכא שאפשר שלא יבא הדבר לידי גוביינא אבל היכא דמת הבעל או גירשה אמרינן דהי' מחויב לשלם לה בעת המעמ"ש משום שהיה החיוב ברור בלי תנאי אבל אם הי' החיוב רק על תנאי לא הי' הדין דמעמ"ש כיון שלא הי' מחויב אז כלל ויש לעיין בקצה"ח סימן קכ"ו ס"ק י"ג:

טו

[**א**] וכן יש להוכיח דחיוב הכתובה חל תיכף ולא בשעת המיתה או הגירושין. מהא שכתב כא"א הגאון נ"י בנח"י סי' ע"ז אות ב' לדון בארוכה דאי נימא נכסי שומר משעת פשיעה משתעבד אין חל חיוב על הערב בשומרין ולפי"ז בודאי מוכרחין אנחנו לומר דחיוב הכתובה חל תיכף דאל"כ למה אמרו בב"ב קע"ד דערב דכתובה לא משתעבד משום דמצוה קעביד ולא מידי חסרה הא בלא זה ג"כ לא היה לו להתחייב משום דאין החיוב בא רק לאחר זמן אלא ודאי דגם בכתובה בא החיוב תיכף והמיתה או הגירושין נקבעין רק לזמה"פ ויש לעיין במה שמביא שם בשם האו"ת בסי' קל"א ס"ק ט' דהעיר דלמה ערב דכתובה משתעבד הא חיובו על תנאי וכא"א הגאון נ"י מסיק דגם בחיוב על תנאי מועיל ערבות ואכמ"ל יותר בזה:

[**ב**] ורק הנני להעיר דלפי שהביא כא"א הגאון נ"י מהרמב"ן והנ"י דאף שסוברין דשומר משעת פשיעה משתעבד מ"מ סוברין דיש דין ערבות בשומרים. י"ל דלמדו זה מהא דנראה בב"ב קע"ד בבריה דמשה בר עצרי דאבא לגבי בריה משתעבד בערבות דכתובה ולאו דוקא קבלן וגם רבא סבר כן התם במאי דפריך לאביי והא ידירנה הנאה תנן ולפי דברי הפ"י בכתובות פ"א אינו חל אליבא דרבא חיוב דכתובה רק בשעת גירושין וכפי הנראה מפשטות לשונו דלרבא אין החיוב מקודם גם בתנאי ומ"מ מועיל ערבות גם אליבא דידיה אלמא דמהני ערבות גם במקום דהחיוב בא לאח"ז וגם לאביי מוכח מהא דאינו מחויב בקבורת ארוסה דהחיוב הוא על תנאי כמש"כ למעלה. א"כ מוכח מהא דבריה דמשה בר עצרי דערבות מהני בחיוב על תנאי ואולי י"ל גם בזה דאבא לגבי בריה שאני דבאב אין אסמכתא וקצרתי בזה:

טז

[**א**] וכן נראה לענ"ד להביא ראיה דחיוב הכתובה חל על הבעל גם קודם הגירושין מהא שכתב הש"ך בח"מ סי' פ"ו ס"ק י"א דשעבודא דר"נ יש גם בכתובה ואי נימא דאינו חל קודם הגירושין החיוב כלל איך שייך לומר דיהיה מחויב מדר"נ מה שאינו חייב כעת כלל. ואף לשיטת הסוברין שהביא שם דליתא בכתובה שעבודא דר"נ אין ראיה דסברי דהחיוב אינו חל על הבעל קודם הגירושין ובפירוש כתבו הטעם משום דיכול להיות

שלא יבא לידי גוביינא ואף שהחיוב חל על הבעל מ"מ אינו משועבד מדר' נתן דהתורה לא אמרה ונתן לאשר אשם לו רק במקום שיבא לידי גוביינא בודאי:

[ב] וביותר יש להעיר דהר"ן סבר דמעמ"ש תיקנו גם בכתובה כמו שהביא הש"ך בח"מ סי' קכ"ו ס"ק א' ובשעבודא דר"נ סבר דליתא בכתובה ולכאורה י"ל דשעבודא דר"נ עדיף ממעמ"ש ואם במעמ"ש תיקנו בכתובה כש"כ שיהיה שעבודא דר"נ בכתובה אלא ודאי דהר"ן לטעמו דסבר בסוף כתובות דשטרות לאו בני גוביינא נינהו ומדין תורה אין בידי המלוה לגבות מהם ורק התורה הטילה חובה על הלוה לשלם להמלוה מהמלוה שלו מהא דכתיב ונתן לאשר אשם לו א"כ לא הטילה התורה החיוב עליו רק דוקא במקום שהוא יהיה מחויב לשלם בודאי אבל לא היכא שאפשר להיות כי לא יצטרך לעולם לשלם להמלוה שלו כמו בכתובה דאפשר שלא יבוא לידי גוביינא לעולם והוי זה כמו דאי' בסוטה כ"ט דאמר רב גידל והבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל ודאי טמא לא יאכל הא ספק יאכל וא"כ כיון דכתיב ונתן דוקא במקום שהחיוב לתת עלי' בתורת ודאי:

אבל לא במקום שיש ספק אם יצטרך ליתן והחוות דעת בבית הספק הביא הרבה מקומות דכל לישנא דקרא משמעותא על הודאי ולא על הספק ומדברי הר"ן דסבר דבכתובה אי' מעמ"ש נראה דעתו דחוב הכתובה חל תיכף בעת הנשואין בלי שום תנאי כמש"ל ובכ"ז סובר דליתא שעבודא דר"נ בכתובה משום דהחוב אינו ברור וא"כ אין מדברי הר"ן ראיה דחוב הכתובה אינו חל על הבעל כלל קודם הגירושין אבל מדברי הש"ך ראיה ברורה דחוב הכתובה חל תיכף קודם הגירושין ואף שהחוב אינו ברור דלמא לא יבא לידי גוביינא מ"מ הטילה התורה החובה עליו לשלם לאשר אשם לו ולא דמי להא דרב גידל בסוטה המובא למעלה דהתם הספק בעיקר הדבר אבל הכא בעיקר החוב אין שום ספק דנתחייב בכל אופן שבעולם. רק אם היא תמות קודם לא יהיה מחויב לשלם משום שעוד לא הגיע הזמ"פ:

[ג] ואם חוב הכתובה על תנאי יש לדון ג"כ דיהיה שעבודא דר"נ משום דבעת הגירושין יחול החיוב למפרע וכמו שכתב הריטב"א המובא לעיל דבחיוב על תנאי גובה מלקוחות כן בחוב על תנאי משתעבד מדר"נ. והקצה"ח בסי' פ"ו ס"ק ד' כתב דהשומר מחויב מדר"נ אליבא הפוסקים הסוברים דשומר משעת משיכה משתעבד. ולשיטת הריטב"א וכן לשיטת הרמב"ם דפסק בטבחוה בשבת דפטור אף למ"ד דמשעת משיכה אתחייב זה על תנאי וכמו שהאריך הקצה"ח בסי' שמ"א אלמא בחיוב על תנאי משתעבד מדר"נ וא"כ אין מדברי הש"ך ראיה רק דלא אמרינן שחוב הכתובה אינו חל כלל קודם הגירושין אבל מדבריו מוכח דחוב הכתובה הוא על תנאי ואם מת הבעל או גירשה מתחייב למפרע:

יז

[**א**] ובכתובות מ"ג ע"ב איתא השיאה וגירשה השיאה ונתארמלה. כתובתה שלה ר"י אומר הראשונה של אב ואמרו מ"ט דר"י הואיל ומשעת אירוסין זכה בהן האב ומוכח מזה דחיוב הכתובה חל על הבעל תיכף בעת הנשואין או בעת האירוסין למ"ד דיש לארוסה כתובה ולכן שפיר זכה בהן האב דאתחייב הבעל הכתובה בשעת שהיה להאב זכיה ונתחייב להאב אבל אי נימא דאין החיוב חל על הבעל כלל קודם הגירושין או המיתה בודאי לא היה לר"י להאב זכיה אשר החיוב אינו חל על הבעל כלל קודם הגירושין ובנישאת בנתיים נפקע רשות האב לגמרי אמנם מה שס"ל לחכמים שם דגם הראשונה שלה ולא של האב נראה לכאורה דחיוב הכתובה בא רק בעת המיתה או הגירושין ומקודם אינו חל שום חיוב גם בתנאי על הבעל. דאי נימא דאתחייב למפרע בתנאי למה לא יזכה האב הא בעת שהתחייב היה שייך הכתובה להאב אך י"ל דחכמים סברי דבתר גוביינא אזלינן ובעת הנשואין מחלה להבעל את כתובתה שהיה לה מעת האירוסין וכמו שכתב שם רש"י ד"ה אחד זה כו' דהיא גופה מחלה לשעבודא קמא ונתרצתה בזמן הכתוב בשעת הכתובה אבל היכא דלא מחלה לשעבודא אמרינן דהיה החיוב משעת הנישואין למפרע:

[**ב**] ולענ"ד יש לפרש קושיית רבא שם מה שהקשה על רבה ורב יוסף משום דסבר דחיוב הכתובה הוא על תנאי ולכן הקשה מהא דמודה ר"י במארס את בתו קטנה ובגרה ואח"כ נישאת שאין לאביה רשות בה אמאי ה"נ לימא הואיל ומשעת אירוסין זכה בהן האב וכיון שהחיוב הוא על תנאי דאם גירשה הוא מחויב למפרע מעת האירוסין ולכן באם בגרה קודם הנשואין נפקע רשות האב קודם קיום התנאי ובעת הגירושין אין להאב רשות בהן. והוי זה כמו בטבחוה בשבת דפטור אף למ"ד דמשעת משיכה נשתעבד דמשום שחיוב חדש בא בעת הטביחה ונפקע החיוב דשאלה קודם קיום התנאי וא"כ גם בנישאת נפקע רשות האב ובעת הגירושין נפקע החיוב הראשון וחיוב חדש מהנשואין בא קודם קיום התנאי מהחיוב בעת האירוסין. ומתרץ דלכן לר"י הראשונה של אב הואיל וברשותו נכתבין ואף דבשעת הנשואין נפקע החיוב הראשון מ"מ לא נפקע רשות האב אשר זכה כל מה שנעשה ברשותו אף שהחיוב אינו חל רק לאחר שיצאה מרשותו ולפי תירוץ הגמ' הואיל וברשותו נכתבין י"ל דסבר ר"י דחיוב הכתובה אינו חל כלל מקודם שנתגרשה ובכ"ז זכה בהן האב משום דהחיוב נעשה ברשותו ואינו משגיח על חלות החיוב רק על קבלת החיוב:

ויש לעיין בשמ"ק שם ובראש"ש פ"ד סי' ד' מש"כ לפרש טעמא דר"י שמצריך שיהיה נכתב דוקא ברשותו:

[ג] וראיתי בהפלאה שם בד"ה בגמ' ומגבי מאימת גביה כו' שכתב היכא דכתב לה בשעת אירוסין ולא ביטל השני את הראשון כיון שהוסיף לה י"ל נמי לגבי אב דאע"ג דפליגי רבנן על ר"י היינו כשמחלה החיוב דשעת אירוסין בעת הנשואין אבל היכא דלא מחלה לגבי עצמה ה"נ לא הפסיד האב את כחו וכי היכא דמשמע דמודו רבנן במארס את בתו ובגרה ואח"כ גירשה דהכתובה לאב דהא לא פליגי אלא בנישאת והטעם כיון דלא מחלה זכה כבר האב משעת האירוסין ומדייק זה מלשון המשנה מה שאמרו אם משהשיאה אין לאביה רשות בה דהכי קאמר אם היא רוצה לגבות משהשיאה אין לאביה רשות בה אבל אם היא רוצה לגבות מזמן האירוסין מודו רבנן דהוי של אב:

ולפי דברי ההפלאה נראה ברור דחיוב הכתובה חל גם קודם המיתה או הגירושין הא רבנן אינם סוברין להסברא דהואיל וברשותו הם נכתבים. דהא במארס את בתו ובגרה ואח"כ גירשה אינו שייך הטעם לומר הואיל וברשותו הם נכתבין הא מיירי שם כל הסוגיא בדלא כתב לה כתובה ויש לה מתקנתא דרבנן כמו שמפרש שם ההפלאה וכמו שיראה המעיין שם והיכא דמחויב רק בתקנתא דרבנן ולא התחייב בעצמו לא אזיל גם ר"י בתר שעת החיוב מתקנתא דרבנן כמש"כ השמ"ק שם ובאמת זה מוכח מקנס דאם בגרה קודם שעמד בדין דקנסה לעצמה ונראה דאזלינן בתר חלות החיוב בפועל וע"כ הטעם דהואיל ומשעת אירוסין זכה בהן האב ואי נימא דקודם הגירושין כלל וכלל אינו חל על הבעל שום חיוב א"כ למה זכה בהן האב הא בעת חלות החיוב נפקע רשותו לגמרי ואין שייך לומר דמשעת האירוסין זכה בהן האב מה שהבעל לא התחייב כלל אלא ודאי דהחיוב חל על הבעל תיכף בעת האירוסין והגירושין הוא רק זמ"פ או קיום התנאי שהתחייב למפרע ושפיר זכה בהן האב במקום דלא מחלה בעת הנשואין את הכתובה דשעת האירוסין וגם אחר הנשואין לא נפקע החיוב הראשון משעת האירוסין הא גובית את כתובתה הראשונה ולא נשתנה החיוב קודם קיום התנאי ולדברי ההפלאה דהיכא דלא מחלה בעת הנשואין את הכתובה דשעת האירוסין דזכה בה האב וא"כ גם לענין גביה ממשעבדי תגבה מזמן האירוסין אליבא דרבנן והא דאמר רב אסי אחד זה ואחד זה מן הנשואין ולפי דברי הרשב"א בתוס' שם ד"ה מגבא מאימת גביא וכו' דאליבא דרבנן בעי זה דוקא היכא דמחלה הכתובה דאירוסין וכמש"כ רש"י בד"ה אחד זה כו' אבל במקום דלא מחלה הכתובה דאירוסין גביה ממשעבדי מזמן האירוסין לפי דברי ההפלאה דהחיוב חל על הבעל משעת האירוסין אליבא דרבנן:

יח

[**א**] וראיתי בפ"י בכתובות שם בד"ה גמ' ר"י אומר כו' שכתב מדמהדרינן אטעמא דר"י אלמא דטעמא דרבנן פשיטא לן וע"כ צריך לומר דהא דפשיטא לן טפי טעמא דרבנן משום דכתובה לאו למלוה דמי ולא למתנה דמי כיון שלא ניתן לגבות כלל מחיים אלא לכשתתאלמון או תתגרש ולא דמי אפילו לקנס ובושת ופגם דשייך בהו קצת זכיה משע"ב משא"כ הכא דעיקר זכיה לא שייך אלא לבתר הכי ושפתי קדשו ברור מללו דאין החיוב חל על הבעל כלל קודם שנתאלמנה או נתגרשה ודעתו הגדולה בפשיטות לא כדעת ההפלאה ולדעתו אין אליבא דרבנן להאב זכיה בכתובתה אף היכא שלא מחלה בשעת הנשואין כתובתה הראשונה וכן הקשה בד"ה רש"י ומגבי מאימת גביא כו' דאליבא דר"י דמשעת אירוסין זכה האב איך יכולה למחול בשעת הנשואין ולהפסיד זכות האב וגם הרא"ש הקשה זה שם סי' ד'. ולדברי ההפלאה יש להקשות זה גם אליבא דרבנן:

[**ב**] ולפי מה שכתבתי למעלה דכל חיוב דכתובה הוא על תנאי כמו החיוב דשומרין למ"ד דמשעת משיכה נשתעבדו לפי דברי הריטב"א המובא למעלה בודאי י"ל דגם בכתובה יזכה האב תיכף בעת האירוסין הא בעת המיתה או הגירושין אתחייב הבעל למפרע ודמי זה למש"כ הפ"י שם דאם נותן לה אדם מתנה בשטר בעודה נערה דזכי בה האב אע"ג דלא מטי לידה אלא בתר נשואין וכדקתני מעשה ידיה ומציאתה אעפ"י שלא גבתה הרי הן של אחין. ואפילו אם מתה ג"כ זוכה האב דחשבינן זה כאילו עמד בדין וכמש"כ שם הפ"י ובעת המיתה איגלאי מילתא למפרע דזכי האב בכתובתה מעת האירוסין והא דיכולה למחול ולהפסיד זכות האב זה כמו בטבחוה בשבת דנפקע החיוב הראשון קודם קיום התנאי וגם כאן במה שנישאת ומתחייב הבעל כתובה מחמת הנשואין ואף אם לא היה לארוסה כתובה היה מחוייב לתת לה מחמת הנשואין וא"כ בעת הנשואין בא חיוב חדש אשר מבטל החיוב הראשון וקודם קיום התנאי לא זכה האב כלל ושפיר יכולה למחול ולעשות שיהיה נפקע החיוב הראשון בעת חלות התנאי ואם היה חיוב הכתובה בשעת האירוסין על הבעל בלי שום תנאי והמיתה או הגירושין הוא רק זמ"פ בודאי לא היתה יכולה למחול ולהפסיד לאביה מה שזכה משעת האירוסין. אבל כיון שהחיוב אינו אלא על תנאי בודאי יכולה למחול קודם קיום התנאי והבעל לא התחייב לה רק בתנאי שאם לא ינרשנה קודם הנשואין ובעת הנשואין יחול עליו חיוב חדש והאב לא זכה כלל קודם קיום התנאי והחיוב דשעת הנשואין מפקיע את החיוב דשעת האירוסין שהי' על תנאי ודמי למש"כ השמ"ק בהא דטבחוה דחיוב הטביחה מפקיע קודם קיום

התנאי את החיוב הראשון ולפי דברי ההפלאה ג"כ אתי שפיר מה דלא היו מהדרים לפרש טעמא דרבנן:

דהיכא דאינה מוחלת בעת הנשואין את הכתובה דשעת האירוסין גם לרבנן זוכה האב כמו אליבא דר"י ובמקום שמוחלת הדבר פשוט מסברא דקודם קיום התנאי אין להאב שום זכייה ויכולה להפקיע זכותו אבל לר"י הצריכו לפרש טעמו מה שס"ל דאם לא בגרה דזכה בהן האב אף היכא שמחלה קודם קיום התנאי ונפקע זכות האב דלכאורה גם אליבא דידיה לא היה להאב לזכות בהכתובה שיתחייב הבעל רק לבתר הנשואין וחיוב דאירוסין נתבטל ותירצו דהואיל וברשותו נכתבין ובזה פליג על רבנן וסובר דאב זוכה בכל דבר שבא לבתו בעודה ברשותו, ואף שהחיוב אינו חל כלל קודם הנשואין מ"מ זכה אחרי שזמן קבלת החיוב היה ברשותו וזה רבותא גדולה אשר היה להגמ' לאשמועינן זה מפורש:

יט

[**א**] ואולי י"ל דלא תוכל האשה למחול לבעלה את הכתובה דשעת האירוסין אף קודם קיום התנאי ולהפסיד לאביה דמשום שבכל תנאי דמעכשיו אין בידי שניהם לבטל המעשה גם קודם קיום התנאי וכמו שהאריך הגט מקושר בסג"ר אות רל"ד ובתנאי המתקיים בע"כ כתב הר"ן ס"פ מי שאחזו דאינם יכולין שניהם לבטל המעשה קודם קיום התנאי וכאן התנאי דאם ימות מתקיים בע"כ וביותר י"ל דאין להאשה לבטל המעשה מחיוב הבעל לגבי אביה. דאין אחד יכול למחול השייך לחבירו, וא"כ איך תוכל למחול לבעלה את הכתובה דשעת האירוסין מה שהתחייב לאביה מעכשיו:

[**ב**] אבל באמת במה שאינה רוצית לגבות את כתובתה דשעת אירוסין וגובית את הכתובה דשעת הנשואין לא מקרי זה ביטל המעשה ורק היא גורמת בזה דלא יתקיים התנאי מה שהתחייב לאביה בשעת אירוסין. דעיקר חיובו היה על תנאי דאם ימות או יגרשנה יהיה מחויב למפרע והיה החיוב מוטל עליו רק אם לא ישתנה החיוב הראשון אבל אם יבא חיוב חדש בעת קיום התנאי ממילא נפטר מחיובו לגבי האב ועל זה האופן לא התחייב אליו ואם האשה רוצית להשאיר חיובו הראשון בתקפו הרשות בידה אבל אם רוצית שיקבל הבעל עליו בעת הנשואין החיוב מה שחייבוהו חכמים עתה מחדש יכולה בודאי לעשות זאת ולגרום שלא יתקיים התנאי הראשון מה שהיה להבעל עם אביה ודמי ממש להא דטבחוה בשבת דהיורשים עושים שלא יתקיים התנאי מה שהיה לאביהם עם המשאיל דע"י הטביחה בא חיוב חדש מה שלא היה נכלל בהתנאי עם

אביהם וגם כאן החיוב מאחר הנשואין מפקיע ממילא את החיוב דשעת האירוסין ובעת קיום התנאי חל על הבעל חיוב חדש שאין האב זכות בו:

כ

[**א**] ומה שכתב הפ"י דעד שנתאלמנה או נתגרשה אין הבעל מתחייב כלל בכתובה לכאורה סותר את דבריו בד' פ"א אשר הביא ראיה מהא דס"ל לב"ש דכתובה כגבוי דמו דכתובה הוי ככל חוב קודם שהגיע הזמ"פ והבעל התחייב מעת הנשואין:

[**ב**] אמנם באמת י"ל דהפ"י לא כתב זה רק בארוסה וכמו שכתב שם דבארוסה לא תיקנו כתובה רק כשתתאלמן או תתגרש ומקודם לא התחייב בעל כלל ומתרץ בזה את דברי הרמב"ם אשר סובר דכתובת אשה ארוסה אינה גובית ממשעבדי דמשום דבארוסה לא השתעבד כלל קודם שמת או שגירשה כמו שיראה המעיין בפ"י בד' מ"ד אבל בנשואה מתחייב תיכף והמיתה או הגירושין המה רק זמ"פ או קיום התנאי ואם נחלק בין ארוסה לנשואה י"ל דלכן באשתו ארוסה אינו מחויב בקבורתה דמשום דלא ירית מידי דאף דבנשואה התחייב הבעל בלי שום תנאי אבל בארוסה אינו מתחייב כלל קודם המיתה ולכן לא ירית מידי ולפי זה לא נהיה מוכרחין להוכיח מהא דלא ירית מידי דהחיוב הוא על תנאי דאף שבנשואה החיוב בלי שום תנאי והמיתה או הגירושין המה רק זמ"פ אבל בארוסה שאני דאין החיוב חל כלל עד המיתה ואחרי שאין לנו הכרע דהחיוב בנשואה הוא על תנאי א"כ נשאר לן ההוכחה מהא דס"ל ב"ש דכתובה כגבוי דמי דהחיוב הוא בלי שום תנאי וכמש"ל דקשה מאד לומר דהחיוב הוא על תנאי דא"כ למה הוי כגבוי הא יש ספק אם יתקיים התנאי ובכל ספק בקיום התנאי יד המקבל על התחתונה שבודאי אינו שייך לומר דכגבוי דמי:

כא

והא דאיתא בכתובות ק"י ע"ב דמ"ד דכתובה דאורייתא לכן אזל בתר שעבודא ונותן לה ממעות המקום שנשא אותה וכמו שמפרש רש"י שם דבתר שעבוד אזלי כדין כל שטרי חוב ולכאורה נראה מזה דחיוב הכתובה חל תיכף אך באמת מזה אין שום ראיה דאף דנימא דעד הגירושין אינו חל שום חיוב מ"מ מחויב לתת לה ממעות המקום שנשא אותה דעל זה נשתעבד דבעת שיבא החיוב ישלם לה ממעות המקום שקיבל עליו החיוב ויש לעיין מש"כ הח"מ ס"ק כ"ז והב"ש ס"ק כ"ד באהע"ז סי' ק' ויש לעיין מה שהביא הרמ"א בסי' ק' סעי' ה' בשם הרשב"א דבנכסי צ"ב הולכין תמיד אחר מקום שנשתעבד שם והרשב"א בכתובות פ"א כתב דגם נכסי צ"ב אין להאשה לגבות עד שתתאלמן או תתגרש וקצרתי:

כב

[**א**] ובאהע"ז סי' צ"ג סעי' כ"ב איתא דבהניח נשים רבות אעפ"י שנשאן זאח"ז נזונות בשוה שאין דין קדימה במזונות וזה דעת הראב"ד וגם הרמב"ם ס"ל כן כמש"כ שם הב"ש ס"ק מ"א והטעם דמשום דאין השעבוד מתחיל רק לאחר מיתה ובחייו לא נשתעבד כלל והאבני מלואים שם ס"ק כ"ז כתב דחיוב מזונות שהוא תנאי ב"ד אינו חל אלא אחר מותו ואינו דומה לכתובה שהחיוב תיכף משנשאה אלא שזמנו לפרוע אחר מותו או אחר הגירושין אבל תנאי ב"ד דמזונות אינו חל כלל אלא לאחר מותו ובאמת מבואר בטור אהע"ז סי' ק"ג דחיוב מזונות אינו אלא אחר מיתה ולכן בע"ח קודם לה ושם מבואר דחיוב כתובה חל תיכף ולכן גובית מלקוחות שקנו מן הבעל והאבני מלואים שם כתב הא דתנן אין מוציאין למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם היינו ממשעבדי דאחין ויורשין דאילו מה ששיעבד בעצמו בחייו תיפוק לו דבחייו לא התחיל חיובם ולפי"ז מוכח בודאי דחיוב הכתובה מתחיל תיכף מהא דגובית מלקוחות שקנו בחיי הבעל אך מזה אין להוכיח רק שהחיוב מתחיל בחיי הבעל אבל יכול להיות שהחיוב הוא על תנאי וגם בחיוב על תנאי ג"כ גובית ממשעבדי כמש"ל בשם הריטב"א ב"מ צ"ז מש"כ בחיוב השומרין:

[**ב**] הנה מכל המקומות שהבאתי נראה ברור דחיוב הכתובה מתחיל תיכף ולא כדברי הפ"י בכתובות מ"ג אשר כתב דעד המיתה או הגירושין לא התחיל החיוב כלל ואף לדברי הפ"י יש לחלק בין ארוסה לנשואה כמש"ל:

[**ג**] ואם החיוב הוא רק על תנאי אין לנו הכרע רק ממה שאמרו בכתובות מ"ג דאינו חייב בקבורת ארוסה משום דלא ירית מידי ונראה מזה דהחיוב הוא על תנאי ולכן במתה לא נתקיים התנאי ואינו יורש מאומה ממנה ואז היה החיוב בלא שום תנאי היה יורש אותה במה שנפטר מחובו אשר היה חייב לה מתחילת האירוסין אבל אם נחלק בין ארוסה לנשואה אין לנו הכרע דגם בנשואה החיוב הוא על תנאי ואדרבא יש לנו הכרע מהא דאמרו דכתובה כגבוי דמי ונראה דהחיוב בלי שום תנאי וכמש"ל:

כג

[**א**] והא דכתובות מ"ג לר"י אם בגרה קודם הנשואין נפקע זכות האב משום דמחלה לבעלה כתובתה הראשונה ולפי דברי ההפלאה גם לרבנן זוכה האב משעת האירוסין ורק במחלה לבעלה נפקע זכות האב וכתבתי להוכיח מזה דהחיוב הוא על תנאי דאי היה החיוב בלי שום תנאי לא היתה יכולה למחול ולהפסיד זכות האב הנה כתבתי זה עפ"י שיטת הריטב"א דחיוב השומרין הוא על תנאי אף למ"ד דשומר משעת משיכה משתעבד. והתוס' והרא"ש ריש פרק אעפ"י מדמין חיוב הכתובה לחיוב השומרין כמו

שאביא להלן אבל כמה פוסקים לא ס"ל כהריטב"א ודעתם דאם נכסי שומר משעת משיכה משתעבד החיוב עליו תיכף בלי שום תנאי וכמו שנראה מהנ"י ב"מ צ"ז והכ"מ המובא בקצה"ח סימן שמ"א ומהש"ך סי' שמ"א ס"ק ו' ואליבא דידהו אין לנו לומר גם בכתובה דיהיה החיוב על תנאי ואם אמרינן דהחיוב מתחיל תיכף מהנשואין הוא בלי שום תנאי והוי כמו כל חוב דחל החיוב גם קודם זמ"פ:

[ב] ומה שיכולה למחול ולהפסיד זכות האב כתב הרא"ש בפ"ד סי' ד' די"ל דתקנתא דרבנן בעלמא היא מה שזוכה בה כיון דאין הגבי' ברשותו ולא תקינו רבנן אלא כשלא מחלה בתו או דלמא טעמא דר"י דאמר דלית לו זכיה לאביה לא משום דמחלה לזכי' קמא לשעבודו אלא משום דלא תקינו לו רבנן זכיה כלל אלא כשנכתבה ברשותו דאז אלים כחו דקצת כגבוי דמי ולפי"ז שפיר יכולה למחול גם אי נימא דהחיוב בלי תנאי דחכמים לא תיקנו רק היכא דלא מחלה מקודם ומה שזוכה משעת האירוסין זה רק תקנת חכמים ומתחילה תיקנו דתוכל למחול ולהלן אבאר קצת כוונת הרא"ש ומה שכתב הרא"ש לתרץ אליבא דר"י י"ל כן גם אליבא דרבנן לפי דברי ההפלאה דחכמים תקנו רק היכא שאינה מוחלת לשעבוד הראשון אבל לא תקנו היכא שמחלה לו קודם הנשואין ולפי זה אין הכרע גם מכאן דחיוב הכתובה הוא על תנאי וגם אם יהיה החיוב בלי שום תנאי רק כמו כל חוב דעלמא תוכל ג"כ למחול כדברי הרא"ש:

כד

ומה שהבאתי למעלה מכתובות נ"ב מה שס"ל לר"י דהדירה אינה נפדית משום דאזל בתר בסוף והוכחתי מזה דחיובי התנאי כתובה המה כשאר תנאים דעלמא שאינו מתחייב עד קיומם ולא קודם והחיוב חל עליו למפרע רק בעת שנשבית ומקודם לא היה עליו שום חיוב ולכן יכול להפקיע חיובו מקודם שנשבית אבל אם היינו אומרין דהתחייב מקודם בלי שום תנאי לא היה נפטר מפדיונה ע"י הנדר כמו שאינו יכול למפטר נפשו מפדיונה בהשלשת גט וכתובה די"ל פשוט דאף שהתחייב בלי תנאי והחיוב מהפדיון מוטל עליו מקודם בלי שום תנאי והשביה הוא רק זה"פ לחיובו כמו בשומר שמשעת משיכה נתחייב לשלם אם יארע איזה אונס ואליבא הסוברין דחיובו בלי שום תנאי מ"מ יכול למפטר נפשו בהדירה משום דבעת הנשואין התחייב מקודם רק על תנאי המוטל על האשה לקיים להנשא לו לאשה או לשוב למדינסה וחיובו למפרע רק אם תקיים האשה את התנאי המוטל עליה וכיון שהדירה ואינה יכולה לקיים התנאי ממילא נפטר מחיובו וגרם בהנדר שלא תוכל לקיים תנאה ואינו דומה למשליש גיטה וכתובתה דבידה לקיים תנאה ור"א ס"ל דאזלינן בתר מעיקרא דכיון שהיתה בידה לקיים התנאי

בעת הנשואין לא אכפית לן מה שאינה מקיימת עתה ומר"א ראי' ברורה דכל החיובים חל על הבעל תיכף בלי שום תנאי והשביה הוא רק זמה"פ לחיובו. ואז היה לר"א החיוב רק על תנאי היינו רק בשעה שנשבית היה מתחייב למפרע אבל מקודם שנשבית לא היה עליו חיוב בפועל למה אזיל בתר מעיקרא דהא עד השביה לא בא החיוב בפועל ובעת חלות החיוב בפועל ע"י קיום התנאי בלתי אפשר להאשה לקיים תנאה להנשא לו או לשוב למדינתה ומה מועיל מה שהיתה יכולה לקיים תנאה קודם שבא החיוב בפועל ויש לעיין מ"ש התנאי כתובה דפדיון מהתנאי כתובה דמזונות וכתובת בנ"ד דאינו חל החיוב רק לאחר מותו ומדברי ר"י אין הכרע שאינם חלים עליו תיכף. וגם אין הכרע שס"ל דהבעל התחייב רק בתנאי וגם אם החיוב על הבעל בלי שום תנאי מעת הנשואין יכול הבעל לגרום שלא תקיים האשה בסוף את התנאים המוטלים עליה לקיים בעת השביה להנשא לו לאשה או לשוב למדינתה:

כה

[**א**] הנה התוספות והרא"ש ריש פרק אעפ"י הקשו דאיך יכול להתחייב בכתובה היכא שאין לו נכסים בשעת הנשואין הא אין אדם יכול לשעבד לחוב שלא יתחייב עתה. ובכתובה אינו מתחייב מיד אלא לכשתתאלמן או תתגרש והעלו כיון דמצינו בשומרין שיכול לשעבד נכסיו אף שאין לו עתה וגם אינו חייב לו כלום עד שיבא האונס ומשעבד עצמו לכשיתחייב. הנה נראה ברור מדבריהם דאין חיוב הכתובה על הבעל קודם שימות או שיגרשה וזה לא כמו שכתבתי דהחיוב חל על הבעל תיכף והמיתה או הגירושין הוקבעו רק לזה"פ ומדבריהם נראה דאין החיוב על הבעל גם על תנאי דאי היה חיובו על תנאי בודאי היה יכול לשעבד כמו בכל חוב וכמו שהבאתי את דברי הריטב"א הנזכר בשמ"ק ב"מ צ"ח דאם נכסי שומר משתעבדי משעת משיכה זה על תנאי ואם מכר נכסים בנתיים טורף המפקיד משום דאיגלאי מלתא למפרע שהיה השומר חייב לו וכמו שיכול האדם למכור שיש לו על תנאי אף קודם קיום התנאי כמש"כ א"א הגאון נ"י בארוכה בנח"י סי' ע"ה וק"ג:

[ב] ולפי דבריהם דמדמין חיוב הכתובה לחיוב השומרים:

י"ל הא דאליבא דרבא חיוב הכתובה אינו חל רק בעת הגירושין ולא קודם כמש"כ הפ"י בכתובות המובא למעלה זה אליבא דלישנא בתרא בכתובות ל"ד דרבא סבר כר"פ דנכסי שומר משעת אונסין משתעבדי:

[ג] ולדינא תלוי זה במחלוקת הפוסקים בנכסי שומר:

ולפי שהרא"ש פסק בכתובות ל"ד כל"ב דשומר רק משעת פשיעה מתחייב. לכן שפיר כתב גם בכתובה דאין על הבעל שום חיוב גם בתנאי קודם המיתה או הגירושין. וכן י"ל דגם ר' אליהו המובא בתוס' ורא"ש פסק ג"כ כל"ב בכתובות ולכן הקשו שפיר קושייתם הנ"ל אבל לדעת הרמב"ם דפסק דשומר משעת משיכה נשתעבד בודאי גם חיוב הכתובה חל תיכף ואם חיובו זה על תנאי או נתחייב תיכף בלי שום תנאי והמיתה או הגירושין המה הזמ"פ תלוי בפירושן של הראשונים בהא דנכסי שומר משעת משיכה משתעבד אם זה החיוב הוא על תנאי והנ"מ הוא לענין א"י אם פרעתי בכתובה דאם החיוב על תנאי אין אנו מחייבין בכתובה בספק בפרעון וכמ"ש הריטב"א בשומרים. ואם החיוב בלי תנאי אז בספק בפרעון הכתובה יהיה חייב כמו בכל ספק בפרעון חוב דעלמא:

[ד] ויש לעיין מש"כ כא"א הגאון נ"י בנח"י סי' ס"ט בהא דסוטה כ"ה וכולם הסכימו שגם בכתובה אמרינן שכל ספק בפרעון הוא חייב ולדעתי זה ספיקא דדינא כמו בשומרין ויש לעיין בדברי הקצה"ח סי' ש"מ בהא שחידש בחיוב השבה בשומרין:

[ה] ומהא דמהני מחילה בכתובה גם באמירה בעלמא כמו בכל חוב דעלמא וכמבואר בב"ש סי' ס"ו ס"ק ט' יש להעיר דאי נימא שאין החיוב חל כלל למפרע איך מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם. והא דאשה מוכרת כתובתה כתב א"א הגאון נ"י בנח"י סי' ע"ה לתרץ דמשום מכירות שטרות מהני בכ"מ גם היכא שאין בידו להוציא בדיינים לכן מהני מכירה גם בכתובה והטעם הזה אינו שייך במחילה וכן לפי מש"כ דמשום שדבר שיש לו לאדם על תנאי יכול למכור גם קודם קיום התנאי יש לעיין במחילה הא המחילה גורמת שלא יבא החיוב לעולם לידי קיום התנאי:

[ו] ולדעתי יש להעיר דגם אי נימא דחיוב הכתובה חל תיכף והמיתה או הגירושין המה רק זמה"פ:

ג"כ י"ל דלא יועיל המכירה והמחילה וכמ"ש א"א הגאון נ"י בסי' ע"ה הא דמהני מכירת שטרות בתוך הזמן זה משום הכלל דזמן ממילא בא אבל אינו שייך זה אם הזמ"פ תלוי במעשה:

[ז] ובאמת הא דאשה קודמת בכתובתה לבע"ח המאוחרין דבעל וטורפת מהלוקוחות שקנו מן הבעל נראה ברור דעיקר החיוב מהכתובה חל על הבעל תיכף דאל"כ מ"ש ממזונות דאין דין קדימה משום שהחיוב בא רק לאחר מותו ולדעתי העני' לא אדע איך יפרש הרא"ש את כל המקומות המבוארים בש"ס דכתובה גובית מלוקוחות ולדבריו ברישׁ, פרק אעפ"י אין חיוב הכתובה על הבעל כלל קודם שתתאלמנה או שנתגרשה וגם נראה שאף על תנאי לא נתחייב דנוכל לומר דהתחייב למפרע:

[ח] וראיתי בב"מ סי' ס"ו שהקשה לשיטת הרא"ש איך גובה ממשועבדים ותי' בקצרה דאף שהשעבוד אינו חל עד שתתאלמן מ"מ גובה ממשועבדים כמבואר בח"מ סי' ס"א סעי' ז' וסימן ס"ו סעי' ל"ה:

ואנכי בעניי לא אבין דברי קדשו הא התם השעבוד חל מיד כמש"כ התומים בסי' ס"א ס"ק ד' אבל היכא שאינו חל השעבוד מיד בודאי אינה גובה ממשועבדים כמבואר באהע"ז צ"ג גבי מזונות ובטור שם סי' ק"ג וכמש"כ האבני מלואים סי' צ"ג דהא דתנן דאין מוציאין למזון האשה והבנות ממשועבדים זהו ממשעבדי דאחין ויורשין אבל מה שמכר בעצמו בחייו לא התחיל חיובם וממילא לא גבו והגר"א בח"מ סי' ס"א ס"ק כ"ה הביא ממזון בת אשתו זה ג"כ השעבוד חל תיכף כמו שהביא הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קס"ב וכן באכילת פירות וכל אלו חיובם על תנאי הוא כמו שיראה המעיין בח"מ סי' ס"א וסי' ס"ו הנ"ל אבל היכא דאינו חל החיוב גם בתנאי בודאי אינו גובה ממשועבדים וכן כתב המ"מ בפ"ח ה' ט' מהלכות זכיה דמה שכתובה גובה ממשועבדים משום דהחיוב חל מחיים ודברי הבית מאיר צע"ג בעיני:

כו

וראיתי בהפלאה ריש פ' אע"פ שהביא את דברי הרא"ש שכתב דאין משעבד עצמו לחוב הכתובה אלא לכשתתאלמן או תתגרש והקשה על זה דהא באמת השעבוד הוא מיד דגובה מלקוחות משעת הנשואין כדאי' בכמה מקומות וכתב לפרש כונת הרא"ש דאף דהשעבוד חל על הבעל מיד בכ"ז אינו יכול לשעבד נכסים שיקנה אח"כ משום דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ובכל חוב אמרינן דהשטר כגבוי דמי ולכן במה שמסר לו השטר כמאן דתפס דמי ובדשלב"ל דאי שמיט ואכל לא מפקינן מיניה אבל כתובה דאינה משתלמת רק לכשתתאלמנה או תתגרשה לא הוי כגבוי ולכן במסירת השטר לא מיחשב לתפיסה ולפי דבריו גם דעת הרא"ש דחיוב הכתובה חל תיכף על הנכסים שיש לו בעת הנשואין ולדעתי אי אמרינן דהחיוב חל על הבעל בכתובה תיכף כמו בכל חוב אין מקום לחלק לענין כגבוי בין חוב דעלמא לחוב דכתובה וכמש"כ הפ"י בדף פ"א דלמ"ד כגבוי דמי גם כתובה הוי כגבוי משום שהחיוב חל עליו תיכף והמיתה או הגירושין הוי רק כזמ"פ:

ומהסוגיא דסוטה כ"ה מוכח דאין שום חילוק לענין כגבוי בין שטר דעלמא לשטר כתובה וכן נראה מכל דברי הפוסקים מהא שכתבו דבשטר אמרינן מיגו להוציא משום דכגבוי דמו וכתבו זה גם בכתובה:

כז

[**א**] ומהא דמבואר באהע"ז סי' ס"ו סעי' א' דבכתובה מהני קנין משום דסתם קנין לכתיבה עומד מוכח ג"כ דהחיוב חל תיכף או שחל בתנאי דמעכשיו דאל"כ לא היה מועיל הקנין כלל והדרא סודרא למאריה והפלאה והב"מ כתבו דמה שמשני הגמ' ב"מ צ"ד בקנו מידו זה אליבא דמ"ד דשומר משעת משיכה משתעבדי וא"כ מה מועיל הקנין בכתובה ובמקום שאינו מועיל הקנין מן הדין לא אמרינן דסתם קנין לכתובה עומד:

ואנכי בעניי לא אבין לשיטת הסוברים דמזונות הבנות אינו מחויב עד מותו כמבואר בח"מ סי' רנ"ב סעי' א' וא"כ איך מועיל בהן קנין כנראה מכתובות ק"ב ע"ב וגיטין נ"א ע"א הא הדרא סודרא למארי' ובמזונות בת אשתו כ' הש"ך בח"מ סי' ע"ב ס"ק קס"ב דהשעבוד חל עליו משעה שקבל עליו המזונות ולפי"ז היה להגמ' בכתובות וגיטין לתרץ דלהכי מהני קנין בבת אשתו שהשעבוד חל עליו משעה הראשונה משא"כ מזון הבנות דאינו חל השעבוד רק בגמר מיתתו והדרא סודרא למארי' ויש לעיין באהע"ז סי' קי"ב סעי' ח' וסעי' ט' ובח"מ ובב"ש שם וביותר יש לעיין מה שכתב השמ"ק ר"פ אע"פ דלכן יכול להתחייב בתוספת אף על מאה מנה גם באם אין לו בשעת הנשואין כלום כיון שמקנה לה בסודר הוי ליה לוקח וגבי לוקח לא דיינין לו מקנה דשלב"ל אלא שמשעבד מה שעתיד להרויח בעבור מה שלקח הנה כולם הקשו רק אם אמרינן דחיוב הכתובה אינו חל גם בתנאי עד המיתה או הגירושין וכמ"ש הרא"ש וא"כ מה מועיל הקנין סודר בדבר דאין הקנין חל מעכשיו אבל ההפלאה והב"מ בסי' ס"ו כתבו שמשמע אשר הרא"ש מחולק עם התוס' דלהרא"ש לא חקרו כי אם בכתובה שאין החיוב חל מיד ולהתוס' החקירה אף במקום שהחיוב חל מיד:

ולפי"ז שפיר תי' השמ"ק דמתחייב בקנין סודר ואינו שייך לדון הא דהדרא סודרא למאריה ויש לעיין מש"כ שם הפ"י בדברי התוס' וקצרתי:

[**ב**] ולדעתי יש להוכיח דאליבא דהרמב"ם חל חיוב הכתובה מיד דאי נימא דאינו חל גם בתנאי עד שימות או יגרשה. א"כ איך יכול אדם לחייב בתוספת כתובה אליבא דידיה גם בנכסים שיש לו בשעת הנשואין מהא שכתב הש"ך בח"מ סי' מ' ס"ק ד' דהרמב"ם סובר דבכל חיוב על ספק אם יצטרך לשלם כמו בערב ושומרין לא יכול אדם להתחייב בשטר רק בקנין סודר וא"כ אין אליבא דידיה קנין המועיל בהתחייבות הבעל על התוספת כתובה הא קנין סודר לא מהני אליבא דהרמב"ם הסובר דשומר משעת משיכה משתעבד ולשיטתו אין ראי' מב"מ צ"ד דגם על חיוב לאח"ז מהני ק"ס כמש"כ הפלאה וב"מ אלא ודאי דגם חיוב הכתובה חל תיכף על תנאי ולכן מהני קנין סודר גם בתוספת כתובה ולפי

דברי הש"ך גם הר"ן סובר דאינו מועיל שטר בספק חיוב ולכן גם אליבא דידיה מוכח דחיוב הכתובה חל מיד ולכן שפיר כתב דמעמ"ש איתא בכתובה כמו שהבאתי למעלה וראייתי זאת לפי דברי ההפלאה והב"מ שכתבו דהא דמשני הגמ' בב"מ צ"ד בשקנו מידו זה אליבא דמ"ד דשומר משעת משיכה אתחייב ולמ"ד דמשעת אונסין אשתעבד לא מהני קנין סודר אבל לדברי הרא"ש אין ראי' מזה ולדעתו יכול לשעבד גופו מעכשיו בקנין סודר גם על חוב שיחול רק לאחר זמן:

[ג] אמנם לשיטת הרמב"ם המובא באהע"ז סי' ס"ו סעי' ח' דגם בשעת נשואין אין צריך קנין כל מה שמתחייב הבעל לאשתו ונקנה באמירה לבד יכול הבעל להתחייב בתוספת בלי שום קנין אך לשיטת הר"ן המובא בביאורי הגר"א שם ס"ק ל"ב דדעתו כהי"ח דבשעת נשואין אינו נקנה באמירה לבד שפיר הוכחתי אליבא דידיה דע"כ סובר דחיוב הכתובה חל מיד וגם אליבא דהרמב"ם יש לעיין איך מתחייב בתוס' לגבות ממשועבדים דעל זה נצרך דוקא קנין כדאי' באהע"ז סי' נ"א ואף שכתבו שם הח"מ והב"ש והט"ז דשטר גמור מהני גם למשועבדים וכן כתב הרמב"ם מפורש בפ' כ"ג ה' י"ח מה' אשות זה דוקא בחוב ברור דמהני שטר אבל לא בחוב ספק כמ"ש הש"ך הנ"ל גבי ערב ושומרין ואין לומר דאתחייב באודיתא כמש"כ הקצה"ח סי' מ' הא בתוס' אינו שייך לשון הודאה אלא לשון מתחייב כמש"כ הקצה"ח גבי ערב ושומרין וזולת זה כתב שם הקצה"ח דהיכא דלא מהני שטר ובעינן דוקא קנין סודר כמו בערב דהחוב אינו ברור לא מהני גם אודיתא:

ולפי"ז שפיר הוכחתי גם אליבא דהרמב"ם דחיוב הכתובה חל מיד דאל"כ איך משכח"ל דתגבה התוספת ממשועבדים ובכמה מקומות בש"ס וברמב"ם מבואר דגובה מלקוחות והמ"מ בפ"ח ה' ט' מה' זכיה כתב מפורש דחיוב הכתובה חל על הבעל בחייו ולכן גובה ממשעבדי ומפרש בזה את דברי הרמב"ם שם א"כ נראה ברור דדעת הרמב"ם שהחיוב כתובה חל על הבעל מעת הנשואין:

כח

וכן מוכח דדעת הרא"ש שאין חיוב הכתובה חל כלל קודם המיתה או הגירושין מהא שכתב בפ"ד דכתובות סי' ד' דלכן לר' יהודה יכולה למחול הכתובה לבעלה ולהפסיד להאב דתקנתא דרבנן בעלמא הוא מה שזוכה בה כיון דאין הגביה ברשותו ודעתו דאין האב זוכה מן הדין בכתובתה משום דאין החיוב חל רק לאחר מיתה או גירושין וכמש"כ שם הפ"י המובא למעלה ואי נימא דהחיוב הוא על תנאי בודאי היה האב זוכה מן הדין כמו שזוכה בכל דבר מה שזכתה בתו בעודה נערה ואף היכא דלא מטי לידה אלא לאחר שיצאה מרשות האב כמש"כ הפ"י שם מהא דמעשה ידיה ומציאתה אע"פ שלא גבתה

הרי הם של אחין וגם מה שזוכות ע"י תנאי והתנאי נתקיים לאחר שיצאתה מרשות האב נראה ברור דג"כ זוכה האב מן הדין משום דאמרינן דאיגלאי מלתא למפרע דזכתה בהדבר מעת שהיתה ברשות אביה וזה מבואר בשמ"ק ב"ק ל"ג בד"ה איכא בנייהו כו' הא דתנן לא הספיק לעמוד בדין עד שבגרה קנסה לעצמה והקשו שם דלמה לא נאמר דמשעת העמדה בדין זכה האב למפרע. ותירצו דאין בקנס דאונס ומפתה שום קנין קודם העמדה בדין אלמא דדבר הנקנה ע"י תנאי דמעכשיו זוכה האב אף אם נתקיים התנאי אחר שיצאה מרשותו משום דאמרינן אגלאי מלתא למפרע דזכה האב למפרע הנה ממה שכתב הרא"ש דמן הדין אין האב זוכה בכתובתה כיון דאין הגבי' ברשותו נראה ברור דסובר אשר חיוב הכתובה אינו חל על הבעל גם בתנאי קודם המאוה"ג:

כט

[א] ואף שכתבתי למעלה לחלק בין כתובת ארוסה לכתובת נשואה וכמש"כ הפ"י דבארוסה לא תיקנו רק לכשימות או שיגרש ומתחילה לא נתחייב כלל ולכן לכאורה אין ראיה גם מדברי הרא"ש דיהיה סובר גם בכתובת נשואה שלא יחול החיוב כלל בעת הנשואין אמנם אליבא דהרא"ש אין לחלק בין ארוסה לנשואה בזה הנה אנכי כתבתי לחלק זה אליבא דהסוברין דארוסה אינה גובית ממשעבדי וכמו שהבאתי את דברי הפ"י בזה אבל הרא"ש פסק שם בסי' הנ"ל ובפ"ה סי' ה' דגם ארוסה גובה ממשעבדי אין לחלק אליבא דידיה בין ארוסה לנשואה ואותה הקושיא שמקשים על הרא"ש דלפי שיטתו איך גובית נשואה מלקוחות יש להקשות גם על כתובת ארוסה דאיך גובית מלקוחות אבל זה אנו רואין דהרא"ש אינו מחלק לענין גביה ממשעבדי בין ארוסה לנשואה א"כ אין מקום אליבא דידיה לחלק גם לענין חלות החיוב בין ארוסה לנשואה:

[ב] והנני להעיר דלפי מש"כ למעלה דלכן מוכרת האשה את כתובתה משום דהחיוב הוא על תנאי, וא"כ בארוסה לפי דברי הפ"י כתובות מ"ג דאין החיוב חל כלל קודם מיתה או גירושין לא היתה יכולה למכור כתובתה בטובת הנאה ומסנהדרין י' ע"א נראה דגם ארוסה יכולה למכור בטובת הנאה את כתובתה כמש"כ שם רש"י ד"ה ומשלמין ממון כו' וצ"ע:

[ג] והא שכתב הרא"ש שם או דלמא טעמא דר"י משום דלא תיקנו חכמים זכיה כלל אלא כשנכתבה ברשותו דאז אלים כחו דקצת כגבוי דמי הנה לכאורה סובר הרא"ש דהחיוב חל תיכף דאל"כ איך שייך בזה לומר דכגבוי דמי וכמש"כ הפ"י בדף פ"א דאם אין החיוב חל עד המיתה או הגירושין אין שייך לומר בכתובה כגבוי דמי אבל באמת אין כוונת הרא"ש דיהיה כגבוי רק מפרש טעמא דר"י על מה שתיקנו רבנן זכיה להאב היכא

שנכתב ברשותו ומה שכתב דקצת כגבוי דמי כוונתו דאף דאין החיוב חל כלל תיכף בכ"ז תיקנו חכמים משום שקצת הוא כגבוי לענין זכיית האב ובודאי אין כוונת הרא"ש שיהיה כגבוי גם לענין חלות החיוב תיכף. דאי היה כונתו שמשעת כתיבת הכתובה חל עליו החיוב א"כ היה נשאר קושיתו דלמה תוכל למחול את הכתובה דשעת האירוסין ולהפסיד לאביה אשר כבר זכה מן הדין מעת האירוסין אלא ודאי ברור דמש"כ דקצת כגבוי דמי זה רק שיגרא דלישנא וכונתו דאף שאינו חל החיוב כלל עד מיתה או גירושין בכ"ז אם נכתב ברשות האב תיקנו לו חכמים זכיה משום דשייך בזה קצת קנין היינו שאם ימות הבעל או יגרשה בודאי ישלם לה כתובתה והוי זה כמש"כ שם הפ"י גבי קנס דאף שעד העמדה בדין אין בו שום זכיה מ"מ שייך בו קצת זכי' משע"ב וזה פשוט בכוונת הרא"ש:

[ד] ולפי שבארתי כוונת הרא"ש דלכן כתב דמן הדין אין האב זוכה בכתובתה משום דאין הגבייה ברשותו משום דאזל לשיטתו דאין חיוב הכתובה חל כלל קודם מיתה או גירושין אבל להסוברין דחיוב הכתובה חל תיכף בודאי זוכה האב מן הדין כמו שזוכה ביתר הדברים אשר התורה זיכתה לו מבתו. וע"כ לנו לומר דלכן יכולה למחול משום שהחיוב הוא על תנאי ובמחילתה להכתובה דשעת האירוסין נפקע החיוב הראשון קודם קיום התנאי כמש"כ למעלה בארוכה ולפי"ז מוכח מכאן דגם להסוברים דחיוב הכתובה חל תיכף זה אינו אלא על תנאי שבשעת מותו או בעת הגירושין אתחייב למפרע והנ"מ יהיה לענין ספק בפרעון בכתובה וכמש"ל ולענין חלות החיוב למפרע ע"י תנאי אין מקום לחלק בין ארוסה לנשואה:

[ה] ות"ל אשר עלתה בידי לבאר כוונת הרא"ש ריש פ' אע"פ דדעתו שאין החיוב מתחיל גם בתנאי משעת הנשואין וכן דעתו בפ"ד כמו שהוכחתי. וא"כ לפי הסוברין דהחיוב מתחיל מיד מוכרחין אנו לומר דגם לרבנן בכתובות מ"ג אם לא מחלה להכתובה דשעת האירוסין דזוכה בה האב כמש"כ ההפלאה ולפ"ז יש להעיר בסנהדרין י' ע"א מה שנקט רבא דינו דעדים זוממין משלמין דמי ט"ה דכתובה להאב רק בארוסה כמש"כ שם רש"י דה"מ ומשלמין ממון כו' ולפי דברי ההפלאה משכחת לן גם בנשואה שתהיה הכתובה להאב היכא דלא מחלה בשעת הנשואין את הכתובה דהאירוסין. ויש לעיין בזה מהא שהקשה רבא בכתובות מ"ג על רבה ורב יוסף ויש לומר דרבא נקט בסנהדרין מלתא דפשיטא:

ל

ובאמת מוכח דגם בנשואה חיוב הכתובה הוא על תנאי מהא שכתבו רש"י ותוס' בכתובות מ"ז ע"ב דקבורתה תחת כתובתה הוא הנדוניא שהכניסה לו אבל אין לפרש תחת מנה ומאתים דהא אמרינן דארוסה אין לה קבורה ורואין אנחנו דגם בנשואה החיוב על תנאי וכשמתה לא נתקיים התנאי ולא ירית מידי וכן כתב השמ"ק שם בשם תלמידי ר' יונה זצלה"ה והשמ"ק כתב שם טעם אחר דלא נוכל לומר דמחויב בקבורתה תחת מנה ומאתים דזה מדידיה יהיב לה ומה הנאה מגיע לו ממנה ומה ירש ממנה עד שנאמר קבורתה תחת כתובתה ולפי"ז אין ראי' מדלא תיקנו קבורתה תחת מנה ומאתים דהחיוב הוא על תנאי. ואף דנימא דנתחייב מעת הנשואין בלי שום תנאי בכ"ז אינו מחויב משום זה ולא מיחשב זה לירושה ואנכי בעניי לא אבין איך יפרש השמ"ק לפי טעם זה את דברי הגמרא בדף נ"ג גבי ארוסה אשר מבואר שם דאם לא היה התנאי כתובה דלכשתנשאי לאחר היה מחויב בקבורתה משום דהיה יורש המנה. ומאתים וגם זה נקרא ירושה מה שנפטר מלשלם לה שהיה חייב עד כה:

לא

[**א**] ואחרי שבארתי בעזהש"י אשר עיקר חיוב הכתובה חל על הבעל מעת הנשואין והמיתה או הגירושין המה רק הזה"פ או קיום התנאי. ואי נימא דהחיוב חל על הבעל תיכף בלי שום תנאי והגירושין הוא רק זמ"פ. לענ"ד דהיכא דהבעל עושה פעולה שתהיה מוכרחת להתגרש ממנו אף שאינו מגרשה בגט גמור שתהיה מותרת להנשא לאחר כמו בהשלשת גט בנשתטית ונשא אשה אחרת והראשונה לא נשארה תחתיו שיהיה מחויב מן הדין לשלם לה כתובתה בעת שמשליש גיטה ומקרי זה זמ"פ. היינו שזמה"פ הוגבל בכל עת שלא תוכל להשאר תחתיו ולהיות אשתו:

[**ב**] ולדעתי מוכח זה מהא שכתב הש"ג בפ"ח דכתובות ומובא בב"ש סי' צ"ג ס"ק א' דשומרת יבם כ"ז שהיא זקוקה ליבם אינה גובה הכתובה ואם נתן לה גט אע"ג דצריכה עוד חליצה מ"מ הואיל דאסורה להנשא לאחיו גובה כתובתה ולכאורה תמוהין דברי הש"ג אשר, חידש דכ"ז שהיא זקוקה ליבם אינה גובה הכתובה הא מסקנת הגמ' דכתובות פ"א דיבם כאחר דמי ואחרי מיתת בעלה בא החיוב מכתובתה אף בעת שעודנה זקוקה ליבם ולכן היבם חייב בקבורתה דהואיל דיורש את כתובתה:

[**ג**] ולדעתי נראה דהש"ג סובר דכל חיוב כתובה הוא מזמן הנשואין על תנאי ובמיתת הבעל בא החיוב בפועל ע"י קיום התנאי ולענין זה אמרו דיבם כאחר דמי דהחיוב בפועל בא תיכף אחר מיתת בעלה שבמותו נתקיים התנאי ולכן במתה קודם שנתיבמה או שנחלצה מחויב בקבורתה הואיל דיורש את כתובתה אחרי שנתקיים התנאי מזמן מיתת

אחיו והוי זה כמו בכל אשה דמחויב הבעל בקבורתה משום שיורש את הנדוניא שלה אשר היה מחויב לה מעת הנשואין כמש"כ הפ"י בכתובות פ"א ואף שמתה קודם שבא הזה"פ הא גם נדוניא לא ניתן לגבות בחיי הבעל כמבואר באהע"ז סי' צ"ג מ"מ מקרי זה ירושה כיון שהיה החיוב חל עליו בפועל ואף דיבם כאחר דמי שהחיוב בפועל בא אחר מיתת אחיו בכ"ז הזה"פ לא בא כל זמן שהיא זקוקה ליבם ורק החליצה או מיתת היבם או הגירושין אחר היבום נקבעו לזמי"פ. ולדעת הש"ג נשתנה יבמה בדין כתובתה משאר נשים דבשאר נשים בא החיוב בפועל עם הזה"פ יחד במיתת הבעל וביבמה בא החיוב בפועל במיתת הבעל אבל זמה"פ אינו בא רק עד אחר שיחלץ לה היבם וכל זמן שהיא זקוקה ליבם אינה גובה הכתובה וכמו שכתב הטעם מפורש בפ"ח דכתובות לפי שעדיין יש ליבם בה קצת אישות כל זמן שלא תחלוץ ממנו ומסיים שם ולכן אם נתן לה גט ופסלה עליו או שנפסלה עליו בענין אחר אעפ"י שצריכה עדיין להיפטר ממנו בחליצה הואיל ואינה ראויה לו גובה כתובתה מנכסי בעלה הנה רואין אנחנו ברור דהיכא דהחליצה נקבע לזה"פ הכתובה אם עשה היבם איזה פעולה שלא תהיה ראויה לו ותהיה מוכרחת להחלץ ממנו שבא הזמ"פ גם קודם שחלץ לה א"כ אם נאמר בכל אשה דהגירושין נקבע רק לזמ"פ והחיוב בפועל היה עליו מעת הנשואין הנה בכל מקום שהבעל עושה איזה פעולה שלא תשאר אשתו תחתיו ותהיה מוכרחת לקבל ממנו גט שיהי' מחויב לשלם את כתובתה בעת עשיית הפעולה אף טרם שקיבלה את הגט והזמ"פ בא בעת עשיית הפעולה המכרחת אותה שתקבל בסוף את גיטה ממנו ואין שום מקום לחלק בזה בין זקוקה ליבם שכתובתה אינו מצד חיוב היבם ואינה גובה מנכסיו רק מנכסי הבעל לבין גרושה מבעלה אשר כתובתה מצד חיוב הבעל ומנכסיו הא היבם עומד במקום הבעל והזמה"פ לא בא על נכסי הבעל עד שיחלוץ לה היבם ומ"מ אם פוסל אותה בגט שלא תהיה ראויה אליו בא הזמ"פ קודם החליצה א"כ ה"נ בגרושה שהזמ"פ בא בעת שעושה הבעל איזה פעולה אשר תהיה מוכרחת להתגרש ממנו ולא תוכל להשאר תחתיו וזה פשוט:

לב

[**א**] ואולי י"ל דבזקוקה ליבם אחר שפוסל אותה בגט נפסקה הזיקה לגמרי ולא נשארה שום זיקה על היבם ולכן שפיר מחויב אז בכתובתה. אבל בנשתטית שגם אחר שנשא אשה אחרת מ"מ נשארת אשתו לכל דבר וגם לענין ירושה נראה שיורש אותה. ויש לעיין בב"מ סי' צ' סעי' ה' בהג"ה אבל באמת גם ביבמה לאחר הגט נשארת זקוקה אליו לכל דבר והגט אינו פוסל רק מדרבנן ומה"ת היא זקוקתו ולעלמא אסורה היא מה"ת ולא

נוכל לקרות בה לכשתנשא לאחר מכל צד לא מצד היבם אשר היא עודנה זקוקתו מה"ת ואגידא בו ועומדת ברשותו ולאחר בוודאי אינה ראויה להנשא אשר נוכל לומר דנתקיים התנאי מלכשתנשא לאחר ואף להסוברין דהיכא שאסורה להנשא מ"מ נוטלת כתובתה. זה דוקא במקום שנפסק רשות הבעל לגמרי וא"כ לפי דעת הש"ג דכל זמן שהיא זקוקה ליבם אינה נוטלת כתובתה משום דהזמ"פ נקבע דווקא לעת החליצה ולא קודם ובכ"ז בנותן לה גט ופוסל אותה שלא תהיה ראויה אליו בא אז הזמ"פ אף שלא נפקע הזיקה מה"ת מן היבם ולעלמא אסורה ג"כ מה"ת משום דאמרינן דהזמ"פ נקבע לאו דוקא בעת החליצה היינו בעת הפקעת הזיקה לגמרי ושתהיה מותרת להנשא לעלמא אלא גם בעת שעושה איזה פעולה שתהי' הזיקה נפקעה ממנו בסוף ואף מה שאחר הגט לא תוכל להתייבם אינו אלא מדרבנן א"כ גם בנשתטית בהשלשת הגט לישא אחרת גורם ג"כ שתהיה נפקעת בסוף מרשותו לגמרי במה שלא יהיה אפשר לה להשאר תחתיו משום איסור שתי נשים ואף שעד קבלת הגט היא עודנה אשתו לכל דבר מ"מ עומדת היא לצאת ממנו כמו ביבמה שאף אחר הגט היא זקוקתו מה"ת ובכ"ז בא הזמ"פ בעת שפוסל אותה בגט ועושה שלא תהיה ראויה אליו מחמת איסור דרבנן:

[ב] ואין לומר דבנשתטית אף שנושא אחרת מ"מ יכול להיות דהראשונה תשאר אשתו אם תמות השניה או שיגרשה משא"כ ביבמה דאין אפשריות בעולם שתהי' ראויה להיבם אחר הגט ולכן שפיר בא אז הזמ"פ אבל באמת עיקר כוונת התנאי כתובה דלכשתנשא לאחר הוא על זמן הגירושין או עשיית הפעולה שתהיה מוכרחת לקבל הימנו גט ואין לנו להשים לב מה שיכול להשתנות ע"י איזה מציאות וכיון שבמה שנשא אחרת עתה אנו רואין דגורם שלא תוכל הראשונה להשאר תחתיו:

[ג] ויש לחקור לפי דברי הש"ג דכ"ז שהיא זקוקה ליבם אינה גובה הכתובה ורק במקום שפוסל אותה בגט דגובה גם קודם החליצה משום שאינה ראויה אליו. איך יהיה הדין ביבמה שאינה מתיבמת וחולצת כמבואר בסי' קס"ה סעי' ד' אם גובה הכתובה קודם החליצה דהא אינה ראויה להיבם או דלמא גם היא נקראת זקוקה כמבואר במשנה ריש פ' ד' אחין ולא דמי לפוסל היבם אותה בגט דהוא עצמו גורם שלא תהיה ראויה אליו אשר אין זה בנפסלה מאיליה להיבם. ודמי לחייבי לאוין שהכיר בה שיש לה כתובה ובודאי אינה גובה הכתובה קודם הגירושין אף שאינה ראויה להשאר תחת בעלה:

לג

[א] ואם נימא דחיוב הכתובה על הבעל הוא בתנאי דאם ימות או יגרשנה יחול החיוב עליו למפרע וכמו שמוכח מהא דאינו מחויב בקבורתה משום ירושת המנה ומאתים

וכמו שהוכחתי מהא דרבנן ור"י בכתובות מ"ג י"ל דכיון דלשון התנאי משמע דוקא לכשתנשאי לאחר ותהיה מותרת להנשא לאחר אבל לא משמע דהתחייב גם באופן כזה דאינה מתגרשת ממנו בגט גמור ומחויב הוא בכל החיובים שיש לה עליו ואדרבא מלשון וכוונת הכתובה משמע דהתחייב בתשלום כתובתה רק בעת שיפטר מיתר החיובין שיש לאשתו עליו וכאן יש לדון מש"כ א"א הגאון נ"י בנח"י סי' ס"א דבתנאי שבין אדם לחבירו אנו הולכין אחר הלשון ולא אחר הכונה וכאן לבד דהלשון מורה שהתחייב רק לאחר גירושין גמורים ליתא אומדנא דמוכח להכריע שבודאי היה כונתו להתחייב גם באופן הזה. וגם הסוברין דבמים שאל"ס האשה נוטלת כתובתה יודו כאן דאינה נוטלת מן הדין:

[ב] וכן יש לדון ולומר דאף אי נימא דזה הוי ספק אם מה שמשליש הגט ואוסר את האשה אליו אם נתקיים בזה התנאי לכשתנשא לאחר הנה ג"כ אין לנו לחייבו בדמי כתובתה כי בכל ספק בקיום התנאי אמרינן דיד המקבל על התחתונה ויש לעיין בזה מה שהאריך המהרי"ט בח"א סי' קנ"ב והמ"ל ה' טוען ונטען פ' ט"ו ה' י"א ועפ"י כל אלה קשה לחייב להבעל מן הדין לשלם כתובתה היכא שאינה מגרשה גירושין גמורין. אבל אי נאמר דהחיוב חל עליו תיכף בלי שום תנאי רק הגירושין הוא הזמ"פ בודאי נתחייב תיכף בעת שעושה איזה פעולה שלא תוכל האשה להשאר תחתיו וכמו שהוכחתי מדברי הש"ג בפ"ח דכתובות ובתשובה אחרת הארכתי בהא דב"ב קנ"ח בנפל הבית עליו ועל אשתו דבנכסי צ"ב אמרינן התם דיחלוקו וחקרתי לפי דברי הרשב"א בחדושיו בכתובות פ"א דגם נכסי צ"ב ונדוניא אין להאשה כלום בחיי הבעל משום המדרש כתובה דלכשתנשא לאחר. דלכאורה הנכסים לגמרי ברשות יורשי הבעל משום דכל ספק בקיום התנאי יד המקבל על התחתונה ואין פה המקום לדבר מזה:

[ג] אבל באמת נראה דיהיה מחויב באופן כזה בכתובתה מן הדין מהא שכתבו הפוסקים דהאשה נוטלת כתובתה אף היכא דאסורה להנשא לאחר כמבואר בח"מ וב"ש ריש סי' צ"ג א"כ רואין אנחנו דכוונת המדרש כתובה לכשתנשא לאחר קאי על שלילה ולא על קיום היינו שהתחייב בעת שאין האשה תוכל להשאר אצל בעלה ובעת שתהיה יוצאת מרשותו אז חל הזמ"פ מהכתובה. וא"כ היכא שעושה איזה פעולה שתהיה מוכרחת להתגרש ממנו ולא תשאר תחתיו חל אז ג"כ חיובו ובעת עשיית הפעולה מתקיים התנאי מחיובו אף שאסורה להנשא לאחר כיון דגרם לה שלא תשאר אשתו:

[ד] וראיתי כעין זה במהרי"ט ח"א סי' קל"א באחד שהתחייב בקנס להשיא את בתו לאחד אבל לא נכתב זמן קצוב להנשואין. ועתה המשודך כבן כ"ה שנה ותובע את אבי המשודכת לקיים תנאו ואבי המשודכת טוען אחרי שלא נכתב זמן יכול לקיים תנאו בכל

עת שימצא שעת הכושר לפניו ופסק המהרי"ט דמחויב אבי המשודכת בהקנס משום דהחתן גדול כבן כ"ה שנים ואסור לו לשבת בלא אשה וא"כ החתן מחויב לישא אחרת ואז לא יוכל אבי המשודכת לקיים תנאו והוי ליה כמו בטלו לעשה שעבר על הלאו כמו ששבר כנפים או שחטה בשילוח הקן. וא"כ אף דהיכא דלא נקצב הזמן מפורש יש לו פנאי תמיד לקיים תנאו אבל היכא דע"י איזה פעולה יהיה בלתי אפשר אח"כ לקיים תנאו אמרינן דבא הזמן לקיום התנאי קודם עשיית הפעולה הגורמת שלא יהיה בידו לקיים אח"כ התנאי ולכן מתחייב אבי המשודכת בהקנס וא"כ בנ"ד דהבעל משליש הגט למען לישא אחרת בודאי מקרי אז חלות הזמ"פ מהכתובה כמו בגירושין גמורין דהא עיקר הגעת הזמן הוא מה שהאשה יוצאת מרשותו וא"כ היכא דעושה איזה פעולה שתהיה יוצאת ממנו מקרי זה קיום התנאי ודמי להנידן של המהרי"ט בלי שום חילוק:

לד

[**א**] ולפי מה שהבאתי למעלה דעת הרא"ש ריש פ' אע"פ דמדמה חיוב הכתובה לחיוב השומרין ואינו חל על הבעל חיוב הכתובה עד מותו יש להקשות איך אלמנה גובה כתובתה מהיורשין דמ"ש מפרה שאולה דלמ"ד דנכסי שומר משעת אונסין משתעבדי דאין היורשין מחויבים לשלם משום דליתא אביהם בעולם בעת חלות החיוב ובכתובה ג"כ דחלות החיוב לאחר מותו ואז אין אביהם המתחייב בעולם וביותר יש לדון בזה לפי דברי האו"ת בסי' ס"ו ס"ק מ"ג שכתב דלכן בע"ח גובה מיורשין משום דבמת הלוה וזכו היורשין בנכסיו אז גוף היורש משתעבד כמו הלוה בעצמו ועליהם לפרוע חוב אביהם. וא"כ במקום דלא היה חל על אביהם בחייו שעבוד הגוף אין גם על היורשים שעבוד לפרוע חוב אביהם ולפי"ז לא משכחת לן גביית כתובה מיורשין לפי דעת הרא"ש. וכעין זה חקר המהרי"ט בח"ב ח"מ סי' ע"ד במתנת שכ"מ למ"ד בב"ב קל"ז דהקנין אינו חל רק לאחר מיתה למה מחויבין היורשין לקיים דברי אביהן ומה שמתרץ שם במתנת שכ"מ אינו שייך בכתובה כמו שיראה המעיין שם:

[**ב**] אמנם באמת נוכל לומר דאף לדעת הרא"ש חל חיוב הכתובה בגמר מיתתו הייינו ברגע הסמוך למיתתו כדאיתא בח"מ סי' רנ"ב במזונות האשה והבנות וכתובת בנ"ד ולכן היה המתחייב בעולם בעת חלות החיוב ויורשיו נכנסים בשעבודם תחתיו והסמ"ע שם ס"ק ב' כתב בשם רשב"ם מלתא בטעמא דכתובת בנ"ד ומזונות שהם תקנת חז"ל לגבותם מנכסים אחר מותו והם תקנו שיחול שעבודן על הנכסים מיד בשעה שהוא גוסס משא"כ בנותן מתנה אדם חביב לעצמו וגומר בדעתו שלא יחול הקנין רק לאחר יציאת נשמתו וא"כ לכאורה בכתובה שלדעת הרא"ש אינו חל כלל עד מותו משום שהתחייב

רק לכשתנשא לאחר ובעת שהוא גוסס הרי היא אשתו לכל דבר ואיך חל עליו החיוב כתובה בעוד שהיא אשתו גמורה לכל דבר אלא ודאי דהכונה מלכשתנשא לאחר לא דוקא שתהיה יוצאת מרשותו לגמרי רק שלא תוכל להשאר תחתיו ובשעה שעומד קשר הנשואין להנתק בודאי. אז חל החיוב כתובה עליו ונכלל זה בהתנאי דלכשתנשא לאחר ולכן גם בגירושין בעת שעושה איזה פעולה המכריחה לצאת ממנו אז חל חיוב הכתובה כמו בגוסס סמוך למיתתו:

[ג] ויש לעיין בדברי הרי"ף המובא בקצה"ח סי' רנ' דכתב אשר חיוב מזונות אינו בא אלא לאחר גמר מיתתו וא"כ איך גובה מיורשין מ"ש מפרה שאולה הא אין המתחייב בעולם בעת חלות החיוב וגם לפי דברי האו"ת סי' ס"ו המובא למעלה קשה הא לא היה שעבוד הגוף על אביהם בחייו וע"כ לנו לומר דיהיה אליבא הרי"ף במזונות כמו שכתב המהרי"ט גבי מתנת שכ"מ כאשר יראה המעיין בסי' הנ"ל וה"נ במה שתקנו מזונות להאשה והבנות אף דלא חיילא כ"א לאחר מיתה תיקנו שיהיה נכסיו משועבדין להן מיום שהתחייב כדי שלא יחול במותו זכות היורשין על נכסיו ושעבוד זה מפקיע זכות היורשין וכ"ז אינו שייך רק בתקנת חכמים כמו במתנת שכ"מ ומזונות אבל בתוספת כתובה אשר מתחייב בעצמו לא נוכל לומר זה והוי זה ככל חוב אשר אינו גובה מיורשים אם אין המתחייב בעולם ומוכרחין אנו לומר דגם לדעת הרא"ש חל החיוב דכתובה בגמר מיתתו ולפי זה רואין אנחנו בהלשון לכשתנשא לאחר אין הכונה שתהיה דוקא יוצאת מרשותו לגמרי וגם בעת שנתחדש איזה דבר הגורם ליציאתה מרשותו ותהיה מותרת להנשא גם אז חל החיוב וממילא כיון דחל החיוב בא אז גם הזמן פרעון כמו שהוכחתי למעלה מדברי הש"ג בזקוקה ליבם ומדברי המהרי"ט ח"מ סי' קל"א:

לה

ולפי מה שכתבתי אליבא דהרי"ף דבמזונות אינו חל על הבעל שום שעבוד הגוף משום שבעת חלות החיוב אינו בעולם ורק שעבוד נכסי היינו שתקנו שיהיה הנכסים משועבדים מיום שקיבל עליו החיוב יש לדון במה שכתב הקצה"ח בסי' רנ"ב ס"ק א' דלכן אלמנה קודמת במזונותיה למתנת שכ"מ מהא דאיתא בתמורה כ"ה באומר על הבכור שיהא עם יציאת רובו עולה ובלקט שיהיה עם נשירת רובו הפקר לא מהני משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וא"כ ה"נ במזונות ומתנת שכ"מ דבהדי הדדי אתי והוא תק"ח שתיקנו מזונות וזה שנתן במתנת שכ"מ' דברי תלמיד הוא ולכאורה יש להקשות דלפי דבריו דלמה בהניח נשים רבות שנשאן זו אחר זו שנזונות בשוה כמבואר באהע"ז סי' צ"ג וכדאיתא בתוספתא וירושלמי הא כיון שהתחייב במזונות הראשונה

ונכסיו נשתעבדו לה מתק"ח איך יכול להתחייב להשניה הא בעת חלות החיוב אחר מותו משועבדין נכסיו להראשונה מטעם דברי הרב ובחיובו להשניה הוי רק דברי התלמיד שבא להפקיע התק"ח מהראשונה ע"י חיובו להשניה. ולא אדע לחלק מזונות השניה ממתנת שכ"מ הא בשניהם אינו חל החיוב ממילא רק במה שנושא אותה חל על הנכסים שעבוד מטעם תק"ח במזונות וכן במה שנותן מתנת שכ"מ חל על הנכסים שעבוד מצד תק"ח ובכ"ז אם היה חל התק"ח קודם על הנכסים משום חיוב המזונות אינו חל אח"כ התק"ח ממתנת שכ"מ משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין א"כ אם חל התק"ח על הנכסים משום מזונות הראשונה איך יחולו אח"כ דברי התלמיד להפקיע השעבוד מהראשונה אשר כבר נשתעבדו לה הנכסים מצד תק"ח. וחיובו להשניה נגד חיובו להראשונה הוי דברי התלמיד כמו מתנת שכ"מ ואם היה בחיוב מזונות שעבוד הגוף על הבעל היה שפיר מקום לחלק מזונות השניה ממתנת שכ"מ דבמתנת שכ"מ אין על הנותן שום שעבוד על גופו והשעבוד הוא רק על נכסיו וכיון שמשועבדים מתחלה למזונות האשה מטעם תק"ח לא יכול להפקיע השעבוד שנתפס בגוף הנכסים ע"י דבורו כמו שאינו יכול להפקיע קדושת הבכור וזכות העניים מהלקט אבל מזונות השניה חל גם כן השעבוד על גופו כמו מזונות הראשונה וגופו יכול לחייב בכמה חיובים כמו שאם חייב לאחד יכול להתחייב לאחר והא דתמורה אינו שייך רק במקום דאין החיוב על גופו כלל רק שהחיוב נתפס על הדבר כמו בכור ולקט:

וכיון שגופו התחייב במזונות כל הנשים שנשאן זו אחר זו ובמותו חל ממילא השעבוד על נכסיו לכולן ביחד אבל לפי מש"כ דלדעת הרי"ף אין על הבעל שום שעבוד הגוף במזונות רק שחכמים תיקנו שיהיו הנכסים משועבדים לזה והוי זה כמו דתמורה לא אדע למה לא יהיה דין קדימה להראשונה כמו שהאשה קודמת למתנת שכ"מ ואולי יש לומר דתק"ח היתה דהנכסים יהיו משועבדים למזונות כל הנשים שישאו ומתחילה תיקנו דיחול השעבוד למזונות האחרונה כמו של הראשונה ולא תקנו זה לענין מתנת שכ"מ ויש לעיין בזה:

לו

ולפי דברי הרא"ש שאין חיוב הכתובה חל כלל על הבעל קודם המיתה או הגירושין ומדמי זה לחיוב השומרין יש להביא ראיה משומרים גופא דעשיית הפעולה שיהיה הגירושין דבר מוכרח שחל אז החיוב כמו בגירושין גמורים הנ"י ריש פרק הגוזל בתרא כתב ומובא בש"ך ח"מ סימן רצ"א ס"ק מ"ד דנכסי שומר שאינם משתעבדים רק משעת אונסין אבל מתחייב מעת פשיעה הגורמת לאונס וכא"א הגאון נ"י בספרו באר יצחק

חח"מ סי' ג' ביאר בטוב טעם עפ"י דברי התוס' כתובות נ"ו ושמ"ק ב"מ שחיוב השומרין הוא על תנאי שהתורה ירדה לסוף דעתם שמשפבדים את עצמם לכל הכתוב בתורה לכל שומר כדינו ולמ"ד דמשעת אונסין מתחייב משום דדעת המתחייב היה להתחייב רק משעת האונס ולא קודם לזה. ובכ"ז אנו רואין שהוא מחוייב מעת הפשיעה הגורמת להאונס כמ"ש הנ"י ומביא זה בשם הרא"ה משום דדעת המתחייב היה להתחייב גם מעת עשיית איזה פעולה אשר תגרום להאונס ולא היתה כונתו להתחייב דוקא בעת הנזק רק בעת הגרם להנזק ולפי"ז גם בחיוב כתובה לדעת הרא"ש שאין בדעת הבעל להתחייב מקודם הגירושין בכ"ז דעתו להתחייב בעת שעושה איזה דבר הגורם להגירושין. ולא אדע במה לחלק חיוב כתובה מחיוב שומרין לענין זה. וא"כ בנשתטית דע"י השלשת הגט לישא אשה אחרת והיא לא תוכל להשאר אשתו משום החדר"ג ואם תשוב לדעתה תהיה מוכרחת להתגרש ממנו שחל אז בעת השלשת הגט חיוב הכתובה כמו בשומרין שחל החיוב בעת הפשיעה הגורמת להנזק. וכיון שחיוב הכתובה חל בעת הגרם להגירושין ממילא בא אז גם הזמ"פ כמו בזקוקה ליבם עפ"י דברי הש"ג המובא לעיל:

לז

[**א**] וראיתי בחדושי רע"א זלל"ה ב"מ ל"ו בחילוקו שם אות י' שכתב לפרש עפ"י דברי הנ"י מה שאמרו תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ובעינן שיהיה האונס מחמת הפשיעה הכונה דהשעבוד נכסים מתחילת הפשיעה לענין אם תאבד בפשיעה זו אתחייב למפרע מעת הפשיעה הגורמת להאונס אבל אם לא היה האונס מחמת הפשיעה נתבטל השעבוד מתחילת הפשיעה ומתחיל החיוב מזמן האונס כאילו לא פשע ולפי"ז י"ל גם בכתובה לדעת הרא"ש דבתחילת הסבה הגורמת להגט חל עליו החיוב לענין שאם תקבל אח"כ הגט יהיה מחויב למפרע אבל אם מת אח"כ והחיוב בא אח"כ לא מחמת הפעולה הראשונה לא אתחייב למפרע ולפי"ז לא נוכל לומר בנשתטית שיבא הזמ"פ בעת השלשת הגט הא לא נדע לנו אם תשוב לדעתה ואולי ימות הבעל קודם שתקבל הגט ולא יהיה החיוב למפרע וחזר הדין לפי שיטת הרא"ש להא שכתב הרמ"א בסי' צ"ז המובא למעלה ובנ"ד אינה בטוחה האשה עפ"י דינינו אשר הבע"ח לא יקדימו לה בחובם קודם שתשוב לדעתה ותוכל לקבל הגט כדין:

[**ב**] אמנם באמת נראה ברור דלדעת הרא"ש בא הזמ"פ בעת השלשת הגט לישא אחרת וגמר החיוב חל אז ולא דמי לשומרין דעד הנזק בלתי אפשר לחייב בתשלומין להשומר הא החפץ הוא בעין ולא הגיע שום נזק להבעלים אשר נוכל לחייב להשומר בחיוב גמור בעת הפשיעה מהתחלת האונס וכמש"כ הש"ך בסי' רצ"א ס"ק מ"ד דשאלה כיון

דהדרא בעינא א"כ לא רמי חיובא אנכסיה דשואל כל זמן שהיא בעין וכמו שהאריך בזה הקצה"ח סי' ש"מ סעי' ג' אבל בכתובה דחייב לשלם כתובתה בעת הגירושין ונכלל בזה גם עשיית פעולה שתגרום להגט בא אז הגמר חיוב כמו בגט גמור וביותר לפי מש"כ למעלה דכונת התנאי כתובה דלכשתנשא לאחר הוא בשלילה היינו שלא תשאר אשתו ומתחייב גם בעת שעושה איזה פעולה המכריחה לקבל הגט וכמו שהבאתי משו"ת מהרי"ט ח"א סי' קל"א ולכן בא גם אז הזמ"פ ונגמר אז החיוב בלי שום שיור ואם יש להבעל בע"ח מאוחרין היא קודמת להן כמו בגט גמור וא"כ בנ"ד הוי המשכנתא על הבית פרעון גם בדינינו:

לח

[**א**] והנני להעיר הא דאי' בש"ס ובשו"ע דספק מגורשת אינו חייב רק במזונותיה ונראה דאינו מחויב בכתובה מספק עד שיגרשה בגט גמור גם באשת כהן שבלתי אפשר להשאר תחת בעלה וא"כ גרם בגט הראשון שתצא ממנו והיה לכאורה חל עליו גם חיוב הכתובה כמש"כ בנשתטית וכמש"כ הש"ג גבי זקוקה ליבם. אבל באמת אין מזה ראיה דבספק גט כופין אותו אח"כ ליתן גט גמור כמש"כ הרמ"א בסי' קנ"ד סעי' כ"א וא"כ בעת שיתן גט גמור יתן לה אז גם הכתובה והוי זה כמו כל הכופין אותן להוציא שכופין אותם גם על הכתובה ולא היה להגמ' ולהשו"ע לדבר מזה כי לסוף ישלם לה כתובתה בעת נתינת הגט גמור ובאמת מצינו שם בהגהת הרמ"א דבכל מקום דאיכא פלוגתא אם כופין אותו להוציא או לא מ"מ כופין אותו ליתן לה כתובתה מיד ומזה יש סעד גדול לדברי דבכ"מ שהאשה עומדת להתגרש ממנו דבא אז הזמ"פ מחוב הכתובה דאל"כ איך נוכל לחייבו בכתובה מיד הא לא נתקיים התנאי דלכשתנשא לאחר אלא ודאי דהתחייב בכתובה לעת שיבא איזה דבר אשר האשה תהיה מוכרחת להתגרש והב"ד רואין שבלתי אפשר לה להשאר תחתיו ואף שבלתי אפשר לכפותו על הגט משום ספק גט מעושה אבל מחויב הוא בכתובתה מיד גם קודם הגירושין כי על זה התחייב מעת הנשואין לשלם לה בעת שתהי' מוכרחת להתגרש ממנו:

[**ב**] וראיתי בישועות יעקב אהע"ז סי' צ"ג בפירושו הקצר ס"ק ב' שמביא בשם שו"ת מהר"י הלוי סי' י"ז דאם אנו רואין שכוונת הבעל לאכול כל אשר לה ואח"כ לקום וללילך חוץ לעיר כדי שתצטרך על כרחה לקבל ממנו גט בזה אמרינן דניתנה כתובה לגבות מחיים ושמחתי מאד לראות כי כונתי ב"ה לדעת גאון גדול בדורו אשר העלה להלכה דלפעמים נגבית הכתובה גם קודם הגירושין וקו"ח בנו של קו"ח בנשתטית אשר הבעל נושא אחרת ובלתי אפשר להראשונה שתשאר תחתיו והספר שו"ת מהר"י הלוי לא

נמצא אצלי ובפה ולא זכיתי לראותו מעולם ולא אוכל לדעת את טעמו ונימוקו וכן לא אוכל לדעת אם כתב דוקא מהנדוניא שהכניסה לו או גם מהכתובה והתוספת ואולי נמצא אצל כבודו יאבה בטובו לראות את אשר כתב בזה ולהודיעני בחסדו את האמור בו:

[ג] והט"ז באהע"ז סי' צ"ג ס"ק א' כתב להסתפק אם רואין שהבעל מבזבז בנכסיו אם האשה תוכל למחות בידו כמו שמצינו בח"מ סי' ע"ג או דאפשר בכתובה שאני משום שאפשר שלא תבא לידי גוביינא לעולם ושמא תמות קודם הנה מה דפשיטא להג' מהר"י הלוי הוא ספק להט"ז. ואולי הג' מהר"י הלוי כתב במקום דרואין אנחנו שהבעל מכוון להכריחה שתקבל גיטה ממנו והט"ז מסתפק רק במקום שמבזבז נכסיו אבל אין בדעתו לגרשה ולכן יש סברא לומר דלא יהיה מחויב בכתובתה:

לט

[א] אמנם יש להוכיח דכל זמן שאינו מגרש את אשתו בגט גמור אינו מחויב לשלם לה את כתובתה אף היכא דאנו רואין מעשה הבעל שכונתו להכריחה שתקבל ממנו הגט בלי פרעון הכתובה מהא דאיתא בכתובות דף פ"ט דבמקום שאין שם עדי גירושין מגו דיכול לומר לא גרשתיה יכול לומר גרשתיה ונתתי כתובתה. והשמ"ק שם ע"ב ד"ה יכול לומר גרשתיה כו' הקשה דלאו מגו מעליא הוא דאם יאמר לא גרשתיה יתחייב בכתובתה לאחר מותו שהרי לדברי שניהם חייב לה כתובה כיון שמת. ומתרץ דניחא ליה דמתניתין דקתני הוציאה כתובה בלא גט לא תפרע קא מתרצה לה דהא השתא אין לנו לפורעה עד מותו ואע"פ שהטענה דלא גרשה לא היתה לו יפה שיהיה מחויב לשלם לאחר מותו כמו שטוען שפרע לה הכתובה ונפטר גם על אחר מותו מ"מ יש לנו להאמינו בכדי הטענה ההיא וכמו בהני עזי דאכלי חושלא דנאמן בטענתו עד כדי דמיהן והתוס' שם בכתובות ובב"מ י"ז ע"ב ד"ה הוציאה גט וכו' הקשו דאיך מצי אמר לא גרשתיך הא היא נאמנת מהא דרב המנונא דאשה שאומרת לבעלה גרשתני נאמנת. ותירצו דכיון שתובעת הכתובה אינה נאמנת ובב"מ תירצו דמיירי דיש קטטה בינו לבינה דאינה נאמנת ולפי דברי התוס' בב"מ דמיירי במקום קטטה א"כ יטעון הבעל דלא גירשה הא תבקש ממנו שיגרש לה עתה וממילא יתחייב בכתובתה. וע"ז לא נוכל לתרץ מה שתירץ השמ"ק מחיובו לאחר מותו וע"כ לנו לומר דהבעל יטעון בטח דלא גרשה משום שאין לנו לכוף אותו לגרשה אף שלדבריו אסורה היא להנשא לעלמא וגם מן הדין אסורה היא להנשא כמש"כ התוס' דבמקום קטטה אינה נאמנת לומר דגרושה היא בכ"ז לפי דבריה אין הבעל מחויב לגרשה כי כבר נתגרשה ממנו. ואף שביבמה בתוך שלשים יום שאם הוא אומר ל"ב והיא מכחישתו דכופין אותו על הגט וחלוצה כמש"כ הב"ש בסי' קס"ז סס"ק

ח' שאף לדבריה אינה צריכה חליצה מ"מ כיון שלדבריו צריכה חליצה וגם מן הדין אסורה להנשא בלי חליצה לפי דעת הי"א בהגהות רמ"א שם לכן כופין אותו גם לחלוץ ואינו שייך בזה תרי הודאה דסתרי אהדדי דזה דוקא גבי חיוב ממון משום דאמרינן דהתובע מחל לו ומהגהת רמ"א באהע"ז סי' מ"ח סעי' ו' נראה דאם אומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני ומונעים אותה להנשא מחמת שהוא אמר שקדשה שכופין אותה לגרשה כדי להתירה וא"כ גם כאן דאם יאמר דלא גרשה והיא אומרת שגרושה היא ומן הדין אסורה להנשא דלכאורה יש לכוף להבעל לגרשה להתירה לעלמא וא"כ לכאורה אין זה מגו מה שיטעון דלא גרשה הא נכוף אותו לגרשה להתירה לעלמא ויתחייב בכתובתה. אבל באמת אין לנו לכוף לגרשה משום שאם יגרשה יהיה מחויב בכתובתה ואין לנו שום סיבה לדון אותו שיהיה מהכופין לגרש ולשלם לה כתובתה ואם תתרצה לקבל ממנו גט בלי פרעון כתובה יגרש אותה מרצונו ומה שאין נותן לה מזונות ויתר הדברים הא היא מחלה אליו בטענתה דגירש אותה כמ"ש התוס' בכתובות וב"מ דהוי זה כטענה חטים והודה בשעורים ולא הוי מהכופין לגרש משום שאינו נותן לה מזונות וא"כ יכול שפיר לטעון דלא גרשה ואין לו לירא שמא תבקש ממנו גט חדש וממילא נפטר עד יום מותו מכתובתה אבל אי נימא דהיכא דהב"ד רואין את מעשה הבעל שרוצה להכריח את אשתו לקבל ממנו גט בלי פרעון הכתובה שמחויב לשלם לה את כתובתה גם קודם שיגרשה בגט גמור וכמו שכתב הישועות יעקב בשם שו"ת מהר"י הלוי א"כ למה לא יהיה כאן הבעל מחויב לשלם לה כתובתה אם יטעון דלא גרשה ולא יחפוץ לתת גט אחר משום שמשתמט מחוב הכתובה אלא ודאי דהיכא שאין הבעל מהכופין לגרש אינו מחויב לשלם כתובתה קודם שמגרשה אף היכא דנראה ברור כונתו שמבקש לגרשה בע"כ בלי כתובה:

[ב] ומזה לא יהיה סתירה גם לדברי מה שכתבתי בנשתטית דהתם בכתובות אינו עושה הבעל פעולה המכריחה שתתגרש ממנו ולא תשאר תחתיו רק הוא משתמט מפרעון הכתובה ואין טענתו שום גרם להגירושין משא"כ בנשתטית דבמה שנושא אחרת היא הסיבה המכריחה שלא תשאר אשתו בשום אופן בעולם. ודמי למש"כ הש"ג בזקוקה ליבם ולדברי המהרי"ט ח"א סי' קל"א ולדברי הנ"י ריש פרק הגוזל ומאכיל גבי שומרין. אבל לפי דברי המהר"י הלוי ז"ל קשה דלמה לא יהא הבעל מחויב בכתובתה קודם שיגרש אותה:

מ

[**א**] אך יש לומר דלפי דברי התוס' ב"מ דמיירי כאן בקטטה יכול להיות שהיא ארגילא הקטטא ואם היה טוען שלא גרשה היה מבקש ממנה שתתפייס ואז היה נותן לה גם מזונות אף שהוא פטור מן הדין ורק כ"ז דלא נתפייסה ואינה רוצה להיות עמו אינו מגרשה וגם אינו נותן לה מזונות שמחלה לו בטענתה דגרשה. ולכן אין אנו יכולין לחייבו בכתובתה קודם הגט דהא הוא אינו רוצה לגרשה רק היא מבקשת הגט. ואין סתירה מזה לדברי הג' מהר"י הלוי ז"ל ויש לעיין בתוספות יבמות קט"ז ריש ע"ב ובב"ש סי' י"ז ס"ק קמ"א אבל מסתימת הסוברים דגם מעיקר הוא פטור במגו דלא גרשתיה והיא לא היתה נאמנת לומר דגרשה נראה דגם היכא שהבעל רוצה לגרשה. ומשתמט מלשלם כתובתה שג"כ נאמן במגו דלא גרשתיה ואינו מחויב לשלם לה קודם שיגרשנה ויש לעיין בביאורי הגר"א ז"ל באהע"ז סי' י"ז ס"ק ט"ז ובב"ש סי' ק' ס"ק ל"ט וס"ק מ':

[**ב**] ואולי הג' מהר"י הלוי כתב דינו רק בנדוניא שהכניסה לו ויש סברא גדולה לחלק נדוניא מה שהכניסה לו מהכתובה והתוספות שהתחייב מעצמו ויש לעיין בפ"י כתובות פ' בתוס' ד"ה נכסים בחזקתם מש"כ הא דבעינן לכשתנשא לאחר לא שייך אלא בעיקר כתובה ותוספת אבל לא בנדוניתה ומוכרח אנכי לקצר אף שיש לי הרבה להאריך בזה בעזהש"י:

מא

[**א**] ובסנהדרין ט' ע"ב אמר רב יוסף הביא הבעל עדים שזנתה והביא האב עדים והזימום עדי הבעל אין משלמין ממון ומפרש שם רש"י דאין משלמין טובת הנאת כתובתה כדין שאר זוממי כתובה ולפי מה שכתבתי דבמקום שהבעל עושה איזה פעולה המכריחה שתתגרש ממנו ולא תוכל להשאר אשתו בשום אופן שמחויב לשלם לה כתובתה גם קודם שגרשה:

א"כ למה במוציא ש"ר אם לא הי' העדים נהרגין היו מחויבין לשלם רק כדי טובת הנאת כתובתה ולמה לא היו חייבין לשלם כל דמי כתובתה כמו שגירשה ולא נתן לה כתובתה הא מוציא ש"ר אינו חייב רק במקום שהבעל טוען שזנתה וכיון שטען שנודע לו שזנתה תחתיו אסר אותה עליו מטעם דשוי' אנפשיה חד"א וגרם שלא תהיה ראויה אליו בשום אופן ורק אחרי שהוזמו עדיו מחויב לקיימה ולא מהני מה שעשה עליו חד"א קודם הזמת העדים שמשועבד לה אח"כ מן התורה אבל עד שהוזמו העדים היתה נאסרת עליו אף בלי הגדת העדים וא"כ עשה באמירתו שזנתה פעולה המכריחה שתתגרש ואף שב"ד לא היו כופין אותו לגרשה כמש"כ התוס' זבחים ב' ע"ב ד"ה סתם אשה כו' בזונה אם לא ירצה הבעל לגרשה לא יגרשנה אבל הכתובה היה מתחייב לשלם לה גם קודם שגרשה

והפסידו העדים לה כל דמי כתובתה כי אם לא היו מעידים שזנתה גם אם לא היה הבעל רוצה לגרשה היה מחויב לשלם לה כתובתה גם קודם הגירושין כמש"כ בנשתטית:

[**ב**] והא דהיה מהימן להפסיד כתובתה גם בלי הגדת העדים משום דחכמים האמינוהו כדאיתא בכתובות י' וא"כ לא הפסידוה העדים כלום הקשה זה המנחת אהרן בסנהדרין שם. ותירץ דרב יוסף סבר כנסה בח"ב ונמ"ב דיש לה מנה ולדברי התוס' כתובות ד' י' ע"א ד"ה חזקה כו' לא מהימן ושפיר אשמועינן רבותא דאין העדים משלמין ממון ולדעתי י"ל פשוט דרב יוסף משמיע לנו הרבותא לענין התוספת דבזה לא היה הבעל מהימן להפסידה בלי הגדת העדים כדאיתא בשו"ע אהע"ז סי' ס"ח סעי' ח' ואף להסוברין דבט"ד נאמן להפסידה גם התוספת כמו שהביא שם הב"ש בס"ק י"ח וס"ק י"ט הנה יכול להיות הרבותא בטען הבעל פ"פ וכמו שמפרש רש"י בדף ח' ע"א גבי מוש"ר דהבעל טוען פ"פ:

מב

ואם נאמר דרב יוסף השמיע לנו הרבותא לענין תוספת כתובה יש להעיר בדברי רש"י סנהדרין י' ע"א ד"ה ומשלמין ממון שכתב ולא פליגי דרבא אדרב יוסף דאמר לעיל עדי הבעל אין משלמין ממון דהתם כיון דניסת הני תשלומין דכתובה דידה בעי מהוי אבל היכא דלא ניסת הני תשלומין דהזמה דאב נינהו והפ"י כתב דאם לא היה לארוסה כתובה מתק"ח ורק הבעל כתב לה מעצמו בעת האירוסין לא הוי דאב והוי זה כמתנה ובמתנה אין האב זוכה וכמו שמסתפק בזה הח"מ סי' ל"ז ס"ק א'. ושכחתי באיזה מקום הוא בפ"י ולפי דבריו זה ג"כ בתוספת. ולפי"ז לא היה לרש"י לתרץ דרב יוסף מיירי בניסת דגם בארוסה אין התוספת של האב ודידה היא אשר שפיר אין העדים משלמין ממון דהוי ממון ונפשות לאחד:

מג

[**א**] ולענ"ד נראה דגם אם חכמים לא תיקנו לארוסה כתובה והבעל כתב לה מעצמו דזוכה ג"כ בה האב דהא הרמב"ם פסק בפ"י הי"א מה' אישות דאין לארוסה כתובה אם לא כתב לה ובכ"ז פסק בפ"ג הי"א דאם כתב לה הבעל דהכתובה היא של אביה וכן נראה מדברי התוס' כתובות מ"ד משכ בסוף ד"ה והלכתא כו'. וגם מדברי התוס' שם נראה דגם התוספת הוא של האב ומזה ראיה לדברי הב"ש בסי' ל"ז ס"ק א' דגם במתנה זוכה האב ואולי הפ"י כתב במקום דאינה סמוכה על שולחן אביה לכן אינו זוכה במתנתה. והרמב"ם פ"ג מה' אישות והתוס' בכתובות מ"ד מיירי במקום שהיא סמוכה על שולחן אביה לכן גם מתנתה של אביה ולכן אין ראיה מדבריהם לדברי הב"ש הנ"ל דהאב זוכה במתנת בתו גם באינה סמוכה על שולחנו ולפי"ז היה רב יוסף יכול להשמיענו דינו גם

בארוסה היכא דאינה סמוכה על שולחן אביה דהתוספת הוי שלה ולא לאביה ורבא מיירי בעיקר הכתובה וסובר שיש לה מן הדין אף שלא כתב לה והוי של אביה גם באינה סמוכה על שולחנו כמו קנס המאה כסף וחמשים דאונס ומפתה שהם של אביה תמיד: [**ב**] אך באמת נראה ברור דחיוב מוציא ש"ר אינו אלא לאחר הנשואין כדאיתא בירושלמי כתובות פ"ד ה"ד וכן כתב רש"י בכתובות מ"ה ע"א ד"ה סוקלין על פתח בית אביה כו'. ולכן כתב רש"י בסנהדרין דרב יוסף ע"כ מיירי דוקא בניסת:

מד

ונחזור לענינינו דרש"י כתב דאם לא היו העדים נהרגין היו מחויבין לשלם רק טובת הנאת כתובה ולא כל דמי הכתובה משום שהבעל לא היה מגרשה. וא"כ לכאורה מזה ראיה דאף במקום שהבעל עשה איזה פעולה המכריחה שתתגרש דג"כ אינו מחויב לשלם כתובתה עד שיגרשה ואולי יש סברא לומר דבמוצש"ר אחרי שהוזמו עדי הבעל אגלאי מלתא למפרע דלא היה אמירתו שום סיבה להגירושין ואדרבא אמירתו גרם שלא יוכל לשלחה כל ימיו:

אבל זה אינו דתשלומי עדי זוממין תמיד רק כפי מה שרצו להפסיד בשעת הגדתן וקודם שהוזמו היה אמירתו שזנתה סיבה גמורה להגירושין. ואם במוצש"ר אין מחויב הבעל לשלם כתובתה קודם שגירשה כש"כ דאינו מחויב מן הדין לשלם בנשתטית קודם שמקבלת גיטה כדין ואולי י"ל דכיון שהיה מהני אמתלא לאמירתו שזנתה לכן לא הוי אמירתו סיבה גמורה להגירושין דשמא היה חוזר מטענתו ע"י איזה אמתלא ולכן לא דמי זה למש"כ הש"ג בזקוקה ליבם. דהתם גרם בהגט שלא תהיה ראויה אליו בשום אופן אבל כאן עודנה ראויה להיות אשתו אם יתן אמתלא אבל באמת זה אינו דכיון שבאמירתו עתה אוסר אותה עליו וגורם שלא תהיה ראויה אליו אין לנו לראות מה שיהיה אח"כ וזה פשוט:

מה

אבל אחר העיון י"ל דאין ראיה מדברי רש"י סנהדרין דלא יהיה מחויב בכתובה קודם הגט גם במקום שהוא גורם שלא תשאר אשתו דאף שנתחייב הבעל בכתובתה מעת אמירתו שזנתה גם אם לא היה רוצה לגרשה משום שאמירתו היה הסיבה המכרחת להגירושין ונתחייב אז בתשלום הכתובה כמו שהיה מגרשה. זה הוא דוקא אחרי שהוזמו עדיו וידעינן ששקר טען ורצה רק להפסיד כתובתה אמרינן עכשיו שהיה מאז מחויב לשלם כתובתה קודם הגדת העדים גם קודם שגרשה וע"י הגדתן הפסידה האשה כל דמי כתובתה שהיה מחויב לה גם קודם הגירושין אבל בעת שבאו העדים להעיד לא היה נודע לב"ד שהבעל משקר בטענתו והיה בעיניהם ככל האומר על אשתו שזנתה

שנאסרה עליו משום דמשוי אנפשיה חד"א ואינה מפסדת הכתובה אם מגרשה והב"ד אינן כופין אותו שיגרשה וישלם לה כתובתה כנראה מאהע"ז סי' קט"ו סעי' ז' וא"כ העדים לא הפסידו אותה בעת הגדתן את כל דמי כתובתה דגם אם לא היו מעידין לא היו הב"ד יודעין לחייבו בכתובתה קודם הגירושין ולכן לא הפסידוה רק טובת הנאת כתובה שהיתה יכולה למכור כתובתה באם ימות הבעל או יגרשה:

מו

אך י"ל דהעדים יהיו מחויבים לשלם לה כל דמי כתובתה משום שאם לא העידו בפירוש שזנתה אף שהיה בידי הבעל בלי לגרשה שלא יצטרך לשלם לה כתובתה אבל עדים זוממין מחויבים לשלם תמיד כפי החיוב בכח ואף שבעת הגדתן היה באפשרות שלא יבא ע"י הגדתן הפסד בפועל שגם בלתי הגדתן לא הי' הב"ד יודעים לחייבו לשלם הכתובה קודם הגט מ"מ יהיו העדים מחויבין וכמו. שכתב הכ"מ בפ' כ"א מה' עדות ה' ד' דגם אם העדים אינם מפסידין בהגדתן רק מה שהיה יכול לתפוס מחבירו ג"כ מחויבים לשלם אם הוזמו והתוס' בסנהדרין פ"א ע"א ד"ה ונגמר דינו כו' כתבו דמי שנתחייב ב' מיתות דנין בחמורה אף דבעת הגדת כת השניה הוי עדות שאאי"ל וגברא קטילא בעי למקטלא והוא בן מות ע"י כת הראשונה אבל כיון שיוזמו או יוכחשו קמאי עדות שאי"ל קרינן ביה והנה רואין אנחנו ברור דאף שבעת הגדתן לא גרמו לו מיתה בפועל אבל כיון שגרמו לו בכח מחמת האפשרות שיוזמו או יוכחשו עדים הראשונים המה מחויבין מיתה לאחר כן וא"כ נמי הא דסנהדרין הגם שבלתי הגדתן היה הבעל יכול להשמיט עצמו מלשלם לה כתובתה שלא היה מגרשה אבל בלתי הגדתן היה אפשרות שהיה נתודע לב"ד כונת הבעל להכריחה להגירושין בלי תשלום הכתובה והיו מחייבין אותו לשלם כתובתה אף אם לא היה בידם לכופו על הגט והיה זה כמו שהבאתי למעלה את דברי הרמ"א בסי' קנ"ד סעיף כ"א וע"י הגדתן גרמו שלא יהיה אפשר להאשה בשום אופן לגבות את כל דמי כתובתה שהיה באפשרות עד הגדתן לגבות מבעלה גם אם לא היה מגרשה ודמי זה למש"כ הכ"מ בתפיסה דהעדים מחויבים לשלם גם קודם שתפס משום שהפסידו אותו שלא יהיה באפשר לתפוס וכן מה שעתה איגלאי מלתא למפרע דהבעל היה מחויב מעת טענתו בדמי כל הכתובה גם אם לא היה מגרשה דמי זה לדברי התוס' סנהדרין פ"א דגם כאן ע"י מה שהוזמו איגלאי מילתא למפרע דהיו מפסידין את האשה חוב שהיה לה על בעלה בכח וגם היה האפשרות שתבוא לידי גוביינא בפועל. ודמי זה לדברי הכ"מ לענין זה דגם כאן בא לה ע"י העדים הפסד במה שהיה אפשר קודם שהעידו כי תבא לידי גביה מהבעל כל כתובתה גם קודם הגירושין ועל ידי הגדתן

גרמו שלא תגבה כתובתה בשום אופן שבעולם. ומה שיש לחלק זה מדברי הכ"מ דהתם ידעו הב"ד דמפסידין העדים אותו לענין תפיסה שבלתי הגדתן היה מועיל עפ"י ב"ד תפיסתו וכאן לא היו הב"ד מחייבין אותו קודם הגט גם בלתי הגדתן אבל יש לדמות להא דסנהדרין פ"א דאחרי שהוזמו נתגלה שהיו מחייבין אותה למפרע כי גם בסנהדרין לא ידעו הב"ד בעת הגדתן של כת השני' שיוזמו הראשונים:

מז

[**א**] אמנם באמת הכ"מ פרק הנ"ל כתב דלכן מחויבין העדים לשלם גם אם לא הפסידו בהגדתן רק שלא יכול לתפוס משום שבקל יכול לתפוס ולפי"ז גם כאן בסנהדרין מה שמפרש רש"י דהיה על העדים לשלם טובת הנאת כתובתה כמבואר במכות י"ל דכונתו על מה שאמרו שם ושמין באשה ובכתובתה והרמב"ם פכ"א ה"א מה' עדות והרא"ש שם והטור ח"מ סי' ל"ח כתבו דשמין לפי מה שרואין אם קרוב הדבר שיבואו לידי גירושין או לא ומה שרחוק יותר מציאות הגירושין משלמין יותר להבעל וכן להיפך וא"כ גם כאן בהעידו שזנתה ומפסדת כתובתה יש לשער אם לא העידו איך היה הדבר עומד אם היה אפשר להב"ד לדעת ששקר טען הבעל והיו מחייבין אותו לשלם כתובתה גם אם לא היה מגרשה משום שבטענתו עושה שלא תהיה האשה ראויה לו מטעם חד"א או דלמא לא היה בידי הב"ד לדעת זאת והיה משתמט מהפרעון הכתובה קודם הגירושין גם בלתי הגדת העדים ואף שרש"י במכות ג' פי' באופן אחר אבל על הדין לא פליג ויש לעיין בכ"מ ובלח"מ פכ"א מה' עדות ה"א וגם י"ל דשמין במוציא ש"ר איך היה עומד ענין הגירושין מחמת חיוב המזונות דעד הגדת העדים לא היתה מפסדת המזונות ואולי היה רוצה לגרשה ולשלם לה גם כתובתה מחמת שלא היה רוצה להיות מחויב במזונותיה ויש לי להאריך הרבה בעזהש"י עפ"י דברי הרמב"ן עה"ת בפ' תצא שכתב דעיקר כונת הבעל בהוצאת ש"ר רק להפסיד כתובתה אבל מנחיצת הענין הוכרחתי לקצר וכן י"ל בהא דמכות ג' שנכלל בהשומא אם לא היה הבעל מחויב בכתובתה גם קודם הגירושין ואז היו העדים פטורים לגמרי מלשלם לו ולא היו מפסידין אותו כלל:

ולדעתי העני' אין סתירה מדברי רש"י מסנהדרין למה שחדשתי בעזהש"י דהבעל מחויב לשלם לאשתו הכתובה בעת שעושה איזה פעולה המכריחה להתגרש ממנו ובא אז הזמ"פ כמו בגירושין גמורין:

[**ב**] והנה אחרי שבארתי בעזהש"י דהחיוב על הבעל מן הדין לשלם לאשתו כתובתה בעת שרוצה לגרשה אף היכא דאינה מגרשה בגט גמור רק שעושה איזה פעולה המכריחה להתגרש ממנו א"כ בנ"ד גם מן הדין האשה קודמת עתה לבע"ח המאוחרין של הבעל

ולא שייך בזה לדון להא דכתובה ונדוניא לא ניתנו לגבות מחיים ואם היו האפוטרופסין הולכין לדון את הבע"ח המאוחרין היו זוכין גם בדינינו נגד הבע"ח וא"כ הוי זה פרעון גמור גם מן הדין מה שממשכן לה ביתו כעת וזקיפת מלוה באופן בטוח הוי פרעון כמו שהבאתי למעלה:

מח

ואין לומר דהבע"ח יכולין להשביעה אם לא קבלה כתובתה מהבעל ועד שנשבעת אינה זוכה בהמשכנתא, וכא"א הגאון נ"י בנח"י סי' פ"ב האריך לבאר דמחויבת לישבע לבע"ח המאוחרין אף היכא דאינם טוענים השבע לי ובאהע"ז סי' צ"ו סעי' א' איתא בהגהות הרמ"א דאשה שנשתטית ונתאלמנה אין יורשיה יורשין כתובתה וא"כ לא מקרי זה פרעון קודם שנשבעה לבע"ח המאוחרין ואף אם חל החיוב עתה על הבעל אינו יכול להתפיס להאשה קודם שנשבעת. ובתפסה מטלטלין במקום שאינה יכולה לישבע מפקיעינן מינה כמבואר בב"ש סי' צ"ו ס"ק כ"ו ורק בתפסה מעות לא מפקינן מינה וכאן הוי כתפסה מטלטלין דהא אינו נותן לה מעות מזומנים רק משכנתא על הבית וגוף הבית לא מקנינן לה ואף שהבעל יודע שלא פרע לה כתובתה ושיכולה לישבע לבע"ח המאוחרין א"כ לפי ידיעתו עשה כדין מה שמשלם לאשתו כעת הכתובה אבל כיון דלב"ד הוי זה ספק לא מיחשב זה לפרעון הא לא תוכל ליטול מחמת חסרון השבועה ויש לעיין בזה בדברי הט"ז סי' צ"ו ס"ק ט"ו משכ"כ לדון בנשתטית שיהיה דינה כחשודה ומפסדת רק הכתובה משום דזהו מדרבנן. ונראה מדבריו דאינה מפסדת הנדוניא והתוספת מחמת שאינה יכולה לישבע ואין חילוק בין אם צריכה לישבע להיורשין או לבע"ח המאוחרין דבשניהם הוי השבועה שבועת המשנה אבל באמת נראה לי דהיכא דהבעל פורע לאשתו כתובתה ויש עליו בע"ח אחרים דצריכה האשה לישבע להם דמקרי זה פרעון אף קודם שנשבעת כדאי' בסי' צ"ו סעי' ה' דאם מכרה או נתנה קודם שנשבעה מעשיה קיימין ובודאי הדין כן גם במקום שצריכה לישבע נגד הבע"ח המאוחרין. דהשבועה הוא רק חוב עליה אבל זוכת בגוף הדבר שגובית גם קודם שנשבעה לכן הוי זה בודאי פרעון גמור אשר הבעל נפטר מחיובו ואין לשום לב מה שיש להבע"ח שבועה על האשה ואם בעת שתשוב לדעתה לא תרצה לישבע משום שפרע לה בודאי יש להתיר להבעל בלי כתובה דהא פרע לה כבר כתובתה וזה פשוט וגם לפי הנראה מדברי הט"ז דרק מיורשין לא תוכל נשתטית לגבות כתובה משום שהיתה התקנה דלא יהיה שום חוב בלי שבועה ועיקר תקנת הכתובה מיורשין לא היתה אלא אחר השבועה:

אבל נגד הבע"ח המאוחרין שפיר י"ל דבמקום שאינה יכולה לישבע לא תפסיד ולפי זה אין לנו לומר דלא יהי' בנ"ד מיחשב לפרעון מחמת חסרון השבועה:

מט

[**א**] אמנם לדינא אם יבאו האפוטרופוס של האשה והבע"ח של הבעל לדין קשה להחליט להלכה ולמעשה בנ"ד שהאשה קודמת להבע"ח משום שבהשלשת הגט בא הזמ"פ מהכתובה כמו שהיה מגרשה בגט גמור:

[**ב**] הנה באהע"ז סי' צ' סעי' ד' מי שנתגרשה ספק גירושין ומתה אין בעלה יורשה והדין הזה הוא מדברי הרמב"ם פ"ט מה' נחלות ה"ט. והראב"ד בהשגותיו שם חולק עליו ודעתו דבספק גרושה הבעל יורש אותה ונראה ברור דגם בנכסי צ"ב יורש הבעל בספ"ג לדעת הראב"ד והאבני מלואים בסי' נ"ב ס"ק א' ובסי' צ' סק"ד ובעוד מקומות כתב דבנכסי צ"ב אינו בא הבעל מצד ירושה דהא הוי כמלוה שעמו ופלגי והוא בא רק משום שנכסי צ"ב לא ניתנו לגבות מחיים כמש"כ הרשב"א והשמ"ק בכתובות פ"א וכן כתבו התוס' בב"ב קנ"ח ד"ה נכסים בחזקתן וביבמות ל"ח וכתובות פ' ואי נימא דבמקום שהבעל גרם שלא תהיה ראויה אליו דניתנה כתובה לגבות מחיים. א"כ אם גירשה מספק בודאי גרם אז שלא תהיה ראויה אליו:

וגם מה שאסרה עליו מספק מקרי ג"כ אינה ראויה אליו כמש"כ התוס' זבחים ע"ג ע"ב ד"ה והא בעי כו' גבי אינו ראוי לבילה וכן כתב השאגת ארי' בסי' ל"א ובסי' צ':

וגם באשת ישראל קשה מאד לומר דיהיה מקרי ראויה אליו מחמת שיכול לקדשה מחדש ומה גם באשת כהן אשר נאסרה עליו מחמת הגט מספק לעולם ומוכח משיטת הראב"ד דמשמעות לכשתנשא לאחר הוא דוקא אחר גירושין גמורין אבל לא קודם לזה גם במקום שהבעל גרם שלא תהיה ראויה אליו דאל"כ לא היה להבעל לירש נכסי צ"ב אשר ניתן לגבות בעת שגירשה בגט ספק וגרם שלא תוכל להשאר תחתיו:

נ

[**א**] וכן נראה מדברי הגהת הרמ"א שם סעי' ה' ממה שמביא בשם הי"א היכא דאינו נוהג עמה מנהג אישות דאינו יורשה והח"מ שם ס"ק י"ז כתב שהרי"ף חולק על זה גם אם הוא מהכופין לגרש וגם הד"מ הניח זה בצ"ע. ונראה דלדעת החולקים גם בנכסי צ"ב הבעל יורש אותה אף דאינו בא מצד ירושה רק משום התנאי כתובה ובכ"ז לא ניתנו לגבות מחיים גם באינו נוהג עמה מנהג אישות והוא מהכופין לגרש ויש לעיין במש"כ הרמ"א בסי' קנ"ד סעי' כ"א דבמקום דאיכא פלוגתא אם הוא מהכופין להוציא דאף שאין בידינו לכופו מספק מ"מ מחויב בכתובתה ולפי דברי הרשב"א והשמ"ק הנ"ל גם נכסי צ"ב דמי לכתובה ובכ"ז אמרינן לדעת הרי"ף דלא ניתנו לגבות מחיים אף אם הוא מהכופין לגרש

ולכן ירית לה משום שלא נתקיים התנאי דלכשתנשא לאחר לפי דברי האב"מ ועפ"י דברי האב"מ מוכח מדברי הרי"ף והראב"ד דכתובה אינה נגבית בכל אופן שבעולם רק בגט גמור או במיתה ולכן קשה מאד לדינא להחליט בנ"ד שיהיה דין קדימה להאשה בכתובתה נגד הבע"ח של הבעל ואולי יש לחלק דבנשתטית עושה עפ"י ב"ד שלא תהיה האשה ראויה אליו ומקרי זה גמר הדבר אשר התחייב לשלם לה כתובתה בעת שינתק קשר הנשואין עפ"י דין היינו שיעשה עפ"י דין שלא תהיה ראויה אליו. אבל הא דאהע"ז סי' צ' לא עשה מעשה עפ"י ב"ד ולא מיחשב זה למעשה גמורה לחייבו בכתובתה כמו בגט גמור:

אבל באמת זה דוחק גדול לחלק ביניהם:

[ב] ואולי י"ל דהרי"ף והראב"ד לא ס"ל כדעת השמ"ק והרשב"א ודעתם דנכסי צ"ב לא הוי ככתובה וכמש"כ הפ"י בכתובות פ' והוכיח דנכסי צ"ב נגבין מחיים ולכן מה שהבעל יורש בא מצד ירושה וס"ל כמש"כ הח"מ שם ס"ק ח' דהבעל יורש במלוה שעמו וכן י"ל דיפרשו דלכן ירית הבעל נכסי צ"ב משום דהוי כמלוה שיש עליו משכון דיורש הבעל כמש"כ האבני מלואים שם:

נא

[א] ולדעת הרמב"ם דבספק גרושה אין הבעל יורש אותה ונראה ברור דגם נכסי צ"ב אינו יורש. יש להעיר לפי שיטת הרשב"א והשמ"ק דגם נכסי צ"ב לא ניתנו לגבות מחיים כמו הכתובה ובמקום אחר הארכתי לבאר דגם דעת הרמב"ם כן ואף שלדעת הרמב"ם אין המדרש כתובה דלכשתנשא לאחר רק על עיקר הכתובה ולא על התוספת כמו שהובא באהע"ז סי' י"ז סעי' מ"ג וסי' ק' סעי' י"ז וא"כ לכאורה אין המדרש כתובה על נכסי צ"ב אמנם זה מה שסובר הרמב"ם דהמדרש כתובה אינו על התוספת זה רק לטובת האשה אבל לא לגריעותא כמש"כ האבני מלואים בסימן צ"ג ס"ק ב' לחלק בנכסי צ"ב וא"כ לכאורה קשה דלמה אין הבעל יורש אותה הא כל ספק בקיום התנאי יד המקבל על התחתונה וכמש"כ הנתיבות בכללי תפיסה ס"ק כ"ב דקו"ע גם בנולד ספק בדין אם נתקיים התנאי או לא דאין להוציא מהמוחזק וכאן הוי ספק אם נתקיים התנאי במה שגירשה מספק ולכן היה להבעל לירש נכסי צ"ב וכמש"כ התוס' ב"ב קנ"ח ד"ה נכסים בחזקתן וכו' דאם נכסי צ"ב לא ניתנו לגבות מחיים הוי בחזקת היבם אבל אי נימא דהיכא שהבעל עושה איזה פעולה שלא תהיה ראויה אליו שמתחייב אז לשלם לה כתובתה כמו בגט גמור לכן שפיר אינו יורש הבעל בנכסי צ"ב משום דבעת שגירשה בגט מספק עשה

שלא תהיה ראויה אליו ומתחייב אז להחזיר לה הנכסי צ"ב כמו שהיה מגרשה בגט ודאי ולכן אינו יורש משום שהתקיים הת"כ דלכשתנשא לאחר בעת שנתן לה הגט ספק:

[ב] אבל י"ל דהא דעת הרמב"ם באשה שאמרה מת בעלה דאינה גובה רק עיקר הכתובה ולא התוספת משום דאין מדרש כתובה בתוספת היכא שהמדרש הוא לטובתה וא"כ לא היה מועיל הגט מספק לחייב את הבעל להחזיר לה אז את הנכסי צ"ב משום המדרש כתובה דלכשתנשא לאחר דאין אנו דורשין זה לטובתה רק בעיקר הכתובה אבל לא בנכסי צ"ב:

[ג] ולפי"ז נולד לנו עוד חשש שלא תזכה האשה בנ"ד בכתובתה נגד הבע"ח של הבעל משום דהמדרש כתובה אשר לדעת הרמב"ם אינו מועיל לטובת האשה אלא בעיקר וא"כ בודאי היכא דלא גירשה בגט גמור אין לחייבו בתוספת כתובה ונדוניא משום המדרש כתובה דלכשתנשא לאחר שיהיה כונתו דהתחייב לכל עת שלא תהיה ראויה אליו אשר אין אנו דורשין את התנאי הזה בתוספת ונדוניא לטובתה וחיובם היה רק באופן שימות או יגרשה בגט גמור:

[ד] אך הנני מסופק בזה דאולי כמו היכא דאסורא להנשא לאחר דנראה דגם לדעת הרמב"ם נוטלת גם התוספת כיון דיצאה מרשות הבעל וכמו שנראה מדברי הפוסקים בסי' צ"ג ובזה אנו דורשין גם לטובתה דמשמעות הלשון והכונה מוכח דנתחייב רק באופן שלא תהיה אשתו אף שתהיה אסורה לאחר ולכן גם במקום שהבעל עשה שלא תהיה ראויה אליו יש לומר שמורה הלשון והכונה שמחויב אז בהכתובה וכמש"כ הש"ג בזקוקה ליבם היכא שפוסל אותה עליו:

נב

[א] וכן יש להעיר בדברי רשב"ם ב"ב קנ"ו דבמקום שנתן עיניו לגרשה שאין הבעל יורשה. ונראה דגם נכסי צ"ב אינו יורש דאף דבנכסי צ"ב אינו בא משום ירושה רק משום שלא ניתנו לגבות מחיים לפי דברי הא"מ וגם זה יש להעיר בדברי הרמ"א סי' צ' סעי' ה' המובא למעלה דנראה אשר גם נכסי צ"ב אינו יורשה. וא"כ לכאורה למה אינו יורש הבעל הא לא אתי מתורת ירושה רק משום שלא היה חיוב עליו להחזיר לה עד מותו או גירושין ולמה יחזיר לה מחמת שנתן עיניו לגרשה או מחמת שאינו נוהג עמה מנהג אישות. אבל אי נימא דיהיה הבעל מחויב להחזיר לה הנדוניא במקום שהב"ד רואין כונתו שרוצה להכריחה שתקבל גיטה כמו שכתב הישועות יעקב בשם שו"ת מהר"י הלוי המובא למעלה לכן שפיר אינה יורשה גם נכסי צ"ב משום שהיה מחויב להחזיר לה הנדוניא מעת שנתן עיניו לגרשה ומעת שהוא מהכופין לגרשה שמחויב בכתובתה

כמש"כ הרמ"א בסי' קנ"ד סעי' כ"א ובמקום אחר הארכתי בדברי הרשב"ם ב"ב קנ"ח ע"ב מש"כ דלכן הנכסים בחזקת שניהם דבחזקת יורשי הבעל משום שהיה באחריותו וכתבתי לפרש דבריו לפי דברי הסוברין דנכסי צ"ב לא ניתנו לגבות מחיים כמו כתובה ואין פה המקום להאריך בזה:

[ב] ואחרי כל אלה הנני מסופק אם האשה תזכה בדין נגד הבע"ח של הבעל וראיתי בנוב"י מהד"ק א"ע סימן ס"ח דכתב אשר בכתובה אינה יכולה לומר קי"ל נגד בע"ח ורק בנדוניא מביא בשם הכנה"ג ח"מ סימן צ"ו ס"ק מ"א דיכולה לומר קי"ל דנגבית מחיים ובנ"ד הי' רק כתובה ולא הכניסה לו נדוניא ולא תוכל לטעון קי"ל נגד הבע"ח וא"כ אינה בטוחה בכסף כתובתה שתוכל לגבות גם בדינינו מהמשכנתא על הבית ולכן חל עלינו החובה לבאר אם מהני בנשתטית השלשת כתובתה באופן שתהיה בטוחה רק בדיניהם אבל לא בדינינו כמו בנ"ד אשר בדיניהם היא בטוחה עצהיו"ט אבל לא בדינינו עפ"י דברי הרמ"א ח"מ סי' צ"ז סעי' כ"ד:

נג

[א] וראיתי בנח"י בקונטרס לאהע"ז סי' ע"ז ענף ז' שכתב בקצרה גבי נשתטית דכיון שאם גירשה גם בדיעבד לא הוי גט לכן לא קרינן בה לעולם כשתנשא לאחר ובכה"ג פרעון בע"כ לא הוי פרעון. א"כ רואין אנחנו דדעתו הגדולה בפשיטות שבנשתטית אין הבעל מחויב מן הדין לשלם לה כתובתה רק מצד תקנה כמו שנראה מדברי הח"מ בסי' קי"ט ס"ק י"ב וכמש"כ הב"מ בסי' א' וכן נראה ברור מדברי הכנסת יחזקאל סימן ס"ח דמן הדין אינו מחויב לשלם לה כתובתה בעת השלשת הגט רק כן היתה התקנה שאין לב"ד להתירו בלי השלשת הכתובה וא"כ נסתר כל מה שכתבתי ובטלה דעתי העני' נגד דעתם הגדולה והרחבה. ולפי"ז בנ"ד אינה זוכה האשה בהמשכנתא במקום שיש בע"ח מאוחרין וחוזר הדין להא שכתב הרמ"א בח"מ סי' צ"ז המובא למעלה ואחרי כי התקנה היתה שלא להתירה טרם שהשליש לה כתובתה ובודאי התקינו שיהיה הכסף שישליש עבורה קנוין לה מן הדין אבל לא יועיל אם לא יהיה המעות שייכין לה מצד הדין ויהיו לאחרים זכות לגבות המעות תמיד מידי האפוטרופוס ולכן חל עלינו חובת הביאור טעם התקנה מה שמחויב להשליש הכתובה קודם שיתירו לו ב"ד לישא אשה אחרת:

[ב] הנה באהע"ז סי' קי"ט סעי' ו' כתב הרמ"א בשם תשובת הרא"ש דבזמן הגמ' יכול לגרש בע"כ אף דלא פרע הכתובה והח"מ והב"ש שם הביאו בשם תשובת הרשב"א דאין יכול לגרש אם אין לו לשלם הכתובה. וראיתי בישועות יעקב שם ס"ק ד' כתב דהרא"ש לשיטתו אזל דסובר דאשה שנתגרשה ולא קבלה הכתובה דיש לה מזונות לכן לא תהיה

קלה בעיניו להוציאה דהא יהיה מחויב אחר הגירושין במזונות עד שישלם כתובתה אבל הרשב"א סבר כשיטת הרי"ף דאין לאשה גרושה מזונות אף היכא דלא קבלה כתובתה לכן עשו חזוק לדבריהם שלא לגרשה עד שיפרע לה הכתובה דאל"כ יפקע עצמו כ"א מחיובו ובפירושו הקצר ס"ק ו' כתב דמזה הטעם יכולה לעכב רק אם אין לו לשלם עיקר הכתובה אבל אם אין לו לשלם הנדוניא אינה יכולה לעכב דהא כיון דמחויב לפרוע קודם הגט עיקר הכתובה לא תהיה קלה בעיניו להוציאה:

[ג] הנה אם נתפוס כדברי הישועות יעקב דעיקר טעמו של הרשב"א משום דלא תהיה קלה בעיניו להוציאה לכן אינו יכול לגרש את אשתו באם אין לו לשלם הכתובה בודאי מועיל אם נותן הכתובה לאחד גם שלא בפני האשה וגם בע"כ של האשה ג"כ מהני ויכול לגרשה גם אם זה לא מקרי פרעון עפ"י דין וכמש"כ הר"ן בכתובות פ"א דבכתובה אינו יכול לסלק בע"כ שהזמן נקבע לטובת האשה וכן אם זרק לה הכתובה אף למקום שבפרעון חוב לא מהני והכתובה נשאר חוב עליו בכ"ז יכול לגרשה גם לדעת הרשב"א. דהא כיון דנתן לה הכתובה והיא אינה רוצה לקבל לא שייך הטעם שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה דהא אסור לו לגרשה בלא הכתובה והוא היה רוצה לקיים תק"ח אך היא מיאנה לקבל:

נד

ולכאורה יש להקשות על שיטת הסוברין דאינו יכול לגרש את אשתו בע"כ גם בזמן הגמ'. הא לל"ק דרבא בגיטין ע"ה דנתינה בע"כ לא הוי נתינה והתוס' שם ד"ה מכלל דבעלמא וכו' כתבו דבמקום דהמלוה מפסיד עי"ז לכו"ע לא הוי נתינה וא"כ היכא דמגרשה בע"כ ונותן לה גם הכתובה בע"כ דלא מקרי זה פרעון והוי כמו דלא פרע לה הכתובה ובלי פרעון הכתובה אינו יכול לגרשה ולפי דברי הש"ך בסי' ע"ד ס"ק ט' ולפי דברי הב"ש באהע"ז קמ"ג ס"ק י' דנתינה ליד ב"ד הוי נתינה אתי שפיר דנותן הכתובה ליד ב"ד אבל לפי מש"כ הב"ש שם דהיכא דגילה דעתו דלא ניחא לו לא הוי נתינה אף לב"ד וכן כתב א"א הגאון בקונטרס הנ"ל דבמקום פסידא לא מהני אף בנתן לב"ד. וא"כ איך משכחת לן גט בע"כ הא בלתי אפשר לו לפרוע הכתובה בלי רצון האשה והאשה תעכב תמיד הגט ע"י מה שלא תרצה לקבל הכתובה וא"א הגאון נ"י בקונטרס הנ"ל ענף ה' העיר דלמ"ד נתינה בע"כ לא הוי נתינה דמיירי המשנה דהרי גיטה וכתובתה במגרשה ממש דלולי זה לא נפטר מרפואתה דהא הפרעון מהכתובה לא הוי פרעון אבל לפמש"כ לא משכח"ל אליבא דידהו הגט דהא לא יכול לגרשה בלי פרעון הכתובה וביותר תמוה לפי שיטת הרשב"א המובא באהע"ז סי' קמ"ג ס"ק ז' דמספקא לן אי פרעון בע"כ הוי פרעון

מן הדין וא"כ איך משכח"ל אליבא דידיה גט בע"כ בזמן הגמרא דלמא לא הוי פרעון ולשיטתו אינו יכול לגרש בלי פרעון הכתובה וזה בלתי אפשר להיות בע"כ של האשה. אבל לפי מש"כ אתי שפיר דכיון דנותן לה הכתובה קודם הגט גם באופן שלא נקרא פרעון מן הדין מותר לגרשה גם לכתחילה דהא לא נשאר בזה החשש שלא תהא קלה בעיניו להוציאה:

נה

וזה רבות בשנים שמעתי מכא"א הגאון נ"י שהקשה לשיטת הסוברין דאין אדם יכול לגרש אשתו במקום שאין לו במה לשלם כתובתה דא"כ למה פריך הגמ' בנדרים ס"ה על המעשה דר"ע מטלטלי מי משתעבדי לכתובה הא התם הוי המעשה קודם שגירש אותה ושפיר אמר ר"ע דאינו יכול לגרשה באם שלא יפרע הכתובה אבל לפי דברי הישועות יעקב המובא למעלה דאם אין לו התוספת יכול לגרשה אם פרע לה עיקר הכתובה אתי שפיר התם. דהא נתן לה מאתיים דינרין ונפטר מהכתובה דאורייתא לכן היה יכול לגרשה גם אם לא נתן לה השאר על הנדוניא והתוספת ושפיר פריך הגמ' מטלטלי מי משתעבדי:

נו

[**א**] ולא אמנע להעיר לשיטת הסוברין דאין אדם יכול לגרש את אשתו בלי כתובה וא"כ למה אמרו חז"ל דגירושין הוי בידו הא כל מחוסר ממון לא מקרי הוי בידו כמש"כ הר"ן בפסחים דהואיל דמחוסר ממונא לא אמרינן. והב"ש באהע"ז סי' קמ"ג ס"ק ד' כתב דתנאי שתתן הוי כתנאי שאינו בידה אך יש לדון כיון דאם עבר וגירש מהני לכן מהימן וכמש"כ התוס' בקידושין ס"ד ע"ב ד"ה רבי סבר כו' אע"ג דאסור לגרש בגט ישן מ"מ כיון דבדיעבד מהני חשיב שפיר מגו וכן כתבו גדולי המפרשים בקדושין ס"ד ע"א דדבר שבידו מקרי מגו אף במקום איסורא מהא דפריך הגמ' והרי בידו להשיאה לממזר ולפי דברי האבני מלואים סי' ז' סעי' ח' אין ראיה מכאן כמו שיראה המעיין שם וי"לע בש"ך בכללי מגו ס"ק כ"ד ואף אי נימא כדברי התוס' דדבר שבידו הוי מגו גם במקום איסור כיון דמהני בדיעבד יש להעיר דאיך ישיגו עדים וסופר הא המה לא ירצו לעבור על דבר האסור מדבריהם לסייע ידי עוברי עבירה לגרש את אשתו בלי כתובה אשר מן הדין אין לגרשה קודם שפרע לה הכתובה וזה כש"כ מהא שכתבו דבגר לא יזדקקו לו תלתא משום דקשים גרים וכו' והתוס' בשבת מ"ז ע"ב כתבו דבאיסור לא יזדקקו אחרים:

[**ב**] אבל באמת לדעתי אין איסור על העדים והסופר אם מגרשה בלי כתובה דהא לפי טעמו של הרשב"א לפי פי' הישועות יעקב זה רק מצד התקנה ליפות כחה של האשה שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה אבל אין שום איסור בדבר על הסופר והעדים וגם נראה

מהא שכותבין גט לאיש בלא האשה ואין העדים מחויבים לחוש אולי יגרש אותה בלי כתובה דאין עליהם לתת לב לזה דהא גוף החוב לא תפסיד רק שיש תקנה משום יפוי כחה של האשה דהבעל לא יגרש אותה בלי פרעון הכתובה ואין עליהם מוטל לחוש אולי לא יקיים הבעל את התקנה. ולא דמי לכל הני שאמרו דאין כותבין לאחד שטר שיגיע מזה היזק לחבירו דזהו דוקא דע"י כתיבת השטר נגמר החיוב או הפטור ולא יהיה אח"כ להמתחייב שום עצה לפטור את עצמו מהשטר כמו בשטר חוב ובשובר וכן היכא שיש להעדים לחוש אולי עשה קנוניא עם אחד כמו שחששו בכתיבת שטר ללוה בלא מלוה עמו אולי כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי דהלקוחות יפסידו שלא כדין מחסרון ידיעתם דהשטר נמסר שלא כדין וכן בהחשש שהעירו התוס' בב"מ י"ט סוף ד"ה וליחוש אבל לא כאן דכתיבת הגט אינו עושה שום פעולת איסור ואולי יפרע לה הכתובה קודם נתינת הגט:

ויש להעדים לחשוב דבודאי לא תקבל האשה הגט קודם שיתן לה הכתובה וא"כ מקרי זה בידו אף לשיטת הסוברין דלא יכול לגרשה בלי פרעון הכתובה:

נז

[**א**] ולפי הטעם דלא יכול לגרשה בלי פרעון הכתובה כדי שלא תהי' קלה בעיניו להוציאה לכן גם בנשתטית מחויב להשליש הכתובה דהא לכשתשתפה ותהיה מוכרחת לקבל הגט ובלי פרעון הכתובה בלתי אפשר לו לגרשה ויהיה באיסור ב' נשים לכן תיקנו דתהיה גם הכתובה מוכנת ולא יהיה שום עיכוב מצדה לקבל הגט:

[**ב**] ולפ"ז גם באם אינו מקנה לה דמי הכתובה רק משליש איזה דבר לבטחונות שתשיג הכתובה בזמן שתוכל לקבל הגט אף אם לא יהיה המשכון קנוי לה מן הדין ג"כ מהני כיון דלא תוכל לעכב הגירושין וכמש"ל דאף אם יהיה פרעון הכתובה באיזה אופן שעפ"י דין לא מקרי זה פרעון ג"כ יכול לגרשה אף לדעת הרשב"א ולכן בנ"ד שהבעל נותן בטחונות על ביתו שהאשה בעצמה או האפוטרופוס שלה יכולין לגבות ממנו דמי כתובתה בכל עת אף דמן הדין אינה קונה בהבטחונות ויש זכות לאחרים בזה ולא לה מ"מ יצא הבעל ידי חובתו מה שהטילו עליו חז"ל שלא יגרש את אשתו בלא כתובה שלא תהא קלה בעיניו להוציאה דהא נתן לה בטחונות שבידי האפוטרופוס שלה לגבות בכל עת שירצה את כסף כתובתה עפ"י דיניהם:

ובודאי לא שייך הסברא שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה במקום שמוכרח לפרוע לה דמי כתובתה בדיניהם והתוס' בב"ק פ"ט ד"ה כל כו' כתבו דגם אם מכרה הכתובה לאחר ג"כ אינה קלה בעיניו להוציאה רק שלא יהיה נראה כיושבת תחתיו בלא כתובה לכן

אין לכתוב הכתובה על שם אחר וא"כ בבטוחה היא עפ"י דיניהם והאפוטרופוס יגבה עבורה בוודאי קיים תקנת חז"ל אשר תיקנו משום שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה ומה גם אם תשתפה ויחול על הבעל חיוב מצד הדין לשלם כתובתה בעת שתקבל גיטה אז תזכה גם בדינינו ותהיה מוקדמת לבע"ח המאוחרין:

ואם היתה התקנה דוקא שיפרע להאשה הכתובה באופן שיהיה נקרא פרעון מצד הדין אז היה מקום לחוש בנ"ד דלא יצא הבעל י"ח התקנה אבל כיון דעיקר התקנה היא כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה בודאי מועיל אם נותן בטחונות אף שעפ"י דינינו לא תוכל לזכות בהם עד שתשתפה ותקבל גיטה כדין וגם אם היה בע"ח מוקדמין לכתובתה שעפ"י הדין הם קודמין גם אחר גירושין גמורין והיא תפסה בדיניהם ואינה רוצה לציית לדין ישראל דג"כ יצא הבעל י"ח פרעון הכתובה ונפטר ממנה אך אם היתה שומעת לד"י או שהיה בידי הדיינים לכופה שתקיים כפי הדין והיתה מוכרחת להחזיר את אשר תפסה לבע"ח המוקדמין בודאי היתה יכולה לעכב הגירושין ולא היה מועיל מה שהיא מוחזקת בדיניהם אבל בנ"ד אם תשוב לדעתה ותקבל הגט כדין אז תהיה מוקדמת גם בד"י לכן בודאי יצא הבעל ידי התקנה בלי חשש ופקפוק:

[ג] ובאמת כל השלשת כתובה הנהוגה בנשתטית דבודאי לא מקרי פרעון מה שמשליש שלא בפני האשה ומה גם במקום הפסד שאינו מועיל גם בהשליש ביד ב"ד כמש"ל ומ"מ מתירין להבעל אחרי שהסיר ע"י השלשת הכתובה הגזירה דשלא תהיה קלה בעיניו להוציאה:

[ד] ואם נצטרך שתזכה האשה דוקא בכסף ההשלשה תיכף גם קודם שתקבל גיטה שיהיה זה פרעון מן הדין אשר נוכל לחשוב את המושלש כמו שבא לגמרי לרשות האשה הנה לא אדע בכל גט מנשתטית איך האשה זוכה בהכסף ולכמה פוסקים אין זכיה לשוטה גם ע"י בן דעת ואולי כיון שנותן לידי אפוטרופוס מהני גם בשוטה אבל זה לא מעלה ארוכה במקום דידעינן אשר ההשלשה חובה לה ואין אפוטרופוס יכול לעשות דבר לחובתה ויש לעיין בבאר יצחק סי' א' ובנח"י סי' צ"ו אות ב' ענף ד':

[ה] ובנ"ד לבד החשש דבע"ח המוקדמין לא אדע איזה התפסת קנין יוכל להיות להאשה במשכנתא כזה. הא הבעל לא נתן לה משכון כעת ורק האפוטרופוס הניח עקיל בבית המשפט שלא יוכלו הבע"ח והבעל למכור את הבית טרם שיפרעו לה כתובתה וא"כ אין שום דבר דנוכל לומר שהאשה זכתה בו כעת ולפי"ז לא יצא הבעל ידי חובת התקנה שמחויב להשליש כסף הכתובה שיהיה קנין להאשה בכסף המושלש:

[ו] ואולי י"ל במה שנכתב עתה בבית המשפט דאין להבעל למכור את ביתו טרם שיפרע לאשתו את כתובתה הוי זה כמשכנתא וכמו שאביא להלן את דברי הח"ס והמאמר מרדכי דחוב הנכתב בשטאבליציא שיהיה לזה דין משכנתא. ובנ"ד עד שהשליש הבעל גט לאשתו לא היתה לה הזכות לתבוע ממנו את כסף כתובתה בדיניהם ורק היתה יכולה לעכב את מכירת הבית בידי בע"ח של הבעל וע"י השלשת הגט מחויב הוא בדיניהם לפרוע לה כתובתה והאפוטרופוס יכול למכור את הבית לפרעון חוב הכתובה בכל עת שירצה ולפי"ז שייך גם בנ"ד התפסת קנין בגוף הבית אבל לפי מה שבארתי בעזהש"י אין אנו צריכין לזה דעיקר תקנת השלשת הכתובה היתה רק שתהיה האשה בטוחה כי תגבה את כתובתה בעת שתוכל לקבל הגט אחרי שתשוב לדעתה ולא הצריכו שיהיה לה איזה התפסת קנין בהדבר המושלש טרם שתקבל הגט:

נח

ובעצם דברי הישועות יעקב מה שחידש דלכן פסק הרשב"א דלא יוכל לגרשה בלי פרעון הכתובה משום דלא תהיה קלה בעיניו להוציאה. לענ"ד יש לדון בזה הרבה דאי נימא דמה שנשאר אחר הגירושין עליו דמי הכתובה חוב לא ימנע מלגרשה ותהיה תמיד קלה בעיניו להוציאה ולא יחוש מה שיהיה מוטל עליו חיובא לשלם לה הכתובה ויהיה גם לוה רשע ולא ישלם והוכרחו לתקן שלא יוכל לגרשה בלי פרעון הכתובה. הנה י"ל דכיון שבדיעבד אם יגרשה בלי פרעון הכתובה מהני ומיפטר מכל החיובים שהיה לאשתו עליו ולשיטת הרשב"א נפטר גם ממזונות א"כ מה הועילו חכמים בתקנתן הא כיון דאינו חושש לאיסור גזל שיהיה עליו במה שלא שלם לאשתו כתובתה בודאי לא יחוש להאיסור מה שאמרו דלא יוכל לגרש לכתחילה בלי פרעון הכתובה. וכמו שאמרו בסוף ב"ב אטו כל דמגרש בב"ד מגרש וא"כ נשאר החשש דיגרשנה חוץ לב"ד ותהיה צועקת ואינה נענית. ומה גם דכותבין גט לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו ואולי י"ל דהנ"מ יהיה אם אין לו לשלם והוא עני דאינו יכשל בעון גזל דאונס רחמנא פטריה ויגרש את אשתו באשר יודע דאין להאשה ממה לגבות ממנו ותהיה קלה בעיניו להוציאה תמיד ולכן תיקנו שלא יגרשה בלי פרעון הכתובה וישבו גם נשי עניים בטח תחת בעליהן. אבל זה דוחק גדול להעמיס בטעם של הרשב"א והאריכות למותר בזה:

נט

וגם מש"כ דלכן פסק הרא"ש דיכול לגרשה בלי פרעון הכתובה משום דיהיה חייב לה מזונות אחרי הגירושין ולא תהיה קלה עבור זה בעיניו להוציאה קשה מאד לדעתי הא כיון דלא נתוסף עליו ע"י הגירושין שום חיוב בודאי נשאר החשש מדלא תהיה קלה בעיניו להוציאה וכמו שמוכח מסוף פ' האשה שנפלו במה שתיקן שמעון בן שטח

שיהיה כל נכסיו ערבאין לכתובתה דהיכא דאינה צריך להוציא מעות בעת הגירושין לא ימנע מלגרשה וכמש"כ שם התוס' ד"ה בתחילה דמשום ריוח מועט כשכועס עליה היה אומר לה טלי כתובתך וצאי וכאן ע"י הגירושין לא יפסיד מאומה דהא מחויב במזונותיה קודם הגירושין ג"כ וביותר י"ל דעוד ירויח ע"י הגירושין דעד כה היה מחויב לתת לה מזונות מה"ת וכעת אחר הגירושין מחויב לה רק מצד תקנתא דרבנן והא שכתב הרא"ש בפ"א דב"מ דמשום יפוי כח של האשה יש לה מזונות עד שישלם לה כל דמי הכתובה זה מועיל רק להכריח את הבעל שישלם לה אחר הגירושין דמי כתובתה אבל משום זה לא ימנע מלגרשה בעת שיכעוס עליה דהא אינו מפסיד מאומה ע"י הגירושין ודברי הישועות יעקב צע"ג בעיני:

ס

[**א**] ואנכי לעצמי הייתי אומר דכיון שע"י הגירושין עושה דמי הכתובה לחוב עליו בוודאי לא תהיה קלה בעיניו להוציאה כי לא ניחא לו לאדם שיהיה נושים בו וכמש"כ הפר"ח באעה"ז סי' קי"ט באשה רעה וכתובתה מרובה וביותר י"ל דכיון דע"י הגירושין יכנס בחיוב מ"ע דפריעת בע"ח בודאי יש להעמידו על חזקת כשרות דלא יהיה ניחא לו להיות לוה רשע ולא ישלם וימנע מלגרשה עבור זה בלבד וזה כש"כ מהא שכתב הט"ז בא"ח סי' תקכ"ד דהיכא שיהיה עליו עבירה מה שיעבור על תקנת חכמים לכן אם עבר מועיל בדיעבד והתק"ח מועיל דבודאי כל אדם יזהר מלעשות איסור דרבנן ושיהיה קולר העבירה תלוי בראשו וא"כ כאן שע"י הגירושין יהיה עליו עון מה שיהיה לוה רשע ולא ישלם בודאי הועילו בתקנתן שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה ומהמעשה דר"ע בנדרים לפי מה שנראה התם דלא היה מעכב הגירושין לכתחילה משום שלא רצה לשלם לה הכתובה בשלימות ומ"מ שאל האיש על נדרו אחרי שמעו כי תשאר הכתובה חוב עליו גם באופן שיהיה מוכרח למכור שער ראשו למזונות. ומזה אנו רואין שמונע אדם לגרש את אשתו משום דאינו רוצה שיהיה חוב עליו ויש לעיין מ"ש בב"מ י"ז דאין נאמן לטעון פרעתי דא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן. וכן יש לעיין מ"ש בגיטין י"ז ע"ב אהני דלכתחילה לא תנשא וצ"ע:

[**ב**] ולפי"ז לא היה נצרך לתקן שלא יוכל לגרשה בלי כתובה. ודי והותר מה שתיקנו לה כתובה שתוכל לתבוע ממנו אחר הגירושין ולא תהיה קלה בעיניו להוציאה גם אם היה יכול לגרשה בלי פרעון הכתובה:

סא

[**א**] ויש להעיר בכתובות נ"ז ע"א דאשה שאבדה את כתובתה דיכתוב לה אחרת ומפרש רש"י שם משום דלא סמכה דעתה דלמא יטעון פרעתי. דלכאורה י"ל דלשיטת הרשב"א

דלא יכול לגרשה קודם ששילם לה כתובתה אין לה לירא דלמא יטעון פרעתי. הא קודם הגירושין אינו נאמן לטעון פרעתי גם במקום שכותבין כתובה ובידוע שאבדה כתובתה באונס כמש"כ הב"ש סי' צ"ו ס"ק ל"ב. והתם בכתובות נראה דהיה ידוע לכל שאבדה את כתובתה באונס וביותר יש להעיר בהא דאי' באהע"ז סי' ס"ו סעיף ב' באם שאינו יכול לכתוב לה כתובה יתן לה מטלטלין ולפי דברי הט"ז שם ס"ק א' מיירי דוקא במקום שכותבים כתובה והחשש דהאשה לא תסמוך דעתה אולי יטעון הבעל פרעתי הא התם ידוע לכל שלא היה לה כתובה א"כ אין להבעל לטעון פרעתי קודם הגירושין כמ"ש הב"ש המובא למעלה אלא ודאי דהבעל יכול לגרשה בלי הכתובה ולכן שפיר חוששת אולי יגרשה טרם שיש לה הכתובה ואח"כ יטעון פרעתי:

[ב] ואולי י"ל דאף דמן הדין אינו יכול לטעון פרעתי קודם הגירושין ואף שאינו יכול לגרשה טרם שיפרע לה הכתובה מ"מ היא אינה יודעת את הדין. ולכן אינה סומכת דעתה כמ"ש הב"ש שם ס"ק ט' גבי מוחלת אך לפי מה שמסיק בסוף דעבור זה יש תקנה בלא כתובה לומר לה דלא מהני המחילה א"כ גם כאן למה היה נחוץ ליחד לה מטלטלין הא יש תקנה פשוטה להודיע לה דאין הבעל יכול לגרש טרם שיפרע לה הכתובה וקודם הגירושין אינו נאמן לטעון פרעתי. ויש לעיין בזה ומוכרח אני לקצר:

סב

[א] ואולי יש לחוש דיתבעו הבע"ח המאוחרין את האפוטרופוס של האשה לדין ויזכו שיוותר להם את זכות האשה ותשאר האשה בלי בטחונות אחרי כי יציית לד"י ויוותר על זכותה קודם שתשוב לדעתה ותקבל הגט ולכאורה יש לדון בזה להחזקה דאין אדם חוטא ולא לו. וכן י"ל דלא להעמידו על חזקת כשרות שלא יסרב לציית לד"י ולפי"ז אין האשה בטוחה כלל בנ"ד שיהי' כסף הכתובה מן המוכן לעת שתוכל לקבל הגט ואף שבטוחה היא בדיניהם. אבל האפוטרופוס יתנהג כדינינו ובעת שתוכל לקבל הגט לא יהיה לה מקום ממה לגבות הכתובה:

[ב] הנה לבד אשר מסופק אנכי אם שייך לדון חזקת כשרות במקום שאיסורא לאינשי לא משמע להו ונעשה כהיתר גמור לבלי לשמוע בד"מ לד"י. גם אין כאן מקום להחזקה דאין אדם חוטא ולא לו כי האפוטרופוס מקויים ומאושר מבית המשפט ואם יעשה איזה דבר לחובת האשה יהיה מחויב בדיניהם לשלם מכיסו כל הנזק שיסבב לה וחזקה אלימתא דאין אדם רוצה להפסיד מעותיו וכמו שסמכו על החזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה ומה גם שעתה מבקש האפוטרופוס כל עצה ותחבולה לעכב עפ"י דיניהם לבע"ח שלא יוכלו למכור את הבית ולגבות את חובם טרם שיסולק להאשה כל

דמי כתובתה בודאי י"ל דלא יחזור מדעתו ויש לדמות זה להא דאי' בח"מ סי' ל"א סעי' ד' וסי' ס"ג סעי' א' אשר מקור הדין מכתובות ל"ו ע"ב:

סג

וביותר יש לדון דאין לנו לחוש אולי יחזור מדעתו מהא שכתבו התוס' שבת ד' ד"ה קודם שיבא כו' דכיון שהדביק תוכ"ד של התראה ובודאי תאפה אם לא ירדנה לאו התראת ספק הוא ובודאי לא היה בדעתו לרדות קודם אפיה וכן כתבו התוס' במכות ט"ו ע"ב ד"ה במאי קמיפלגי וכו' דבדבר שאינו מחוסר מעשה יש לנו לומר דלא יקיימנהו מה שהוא עושה עתה ולעולם יעמוד כמו שהוא עושה עכשיו וגם בנ"ד שהתחיל לעשות הדבר עפ"י דיניהם אין לנו לחוש אולי ישנה את דעתו ויעשה באופן אחר לילך עמהם לדין. ובנ"ד ג"כ אינו מחוסר מעשה דהא לא נצרך להאפוטרופוס לעשות יותר דבטוחה היא כעת עפ"י דיניהם עצהיו"ט ואדרבא אם יחזור כעת מדעתו יצטרך לעשות מעשה מחדש לסתור את אשר עשה דבודאי יש לנו לאוקמי על החזקה דבודאי לא יעשה מעשה מחדש לבטל את אשר כבר נעשה:

סד

ומדברי התוס' בשבת ומכות נראה דגם במקום שעשה במעשה הראשונה איסור ג"כ אמרינן דלא יחזור מדעתו ויבקש לתקן המעוות ומוקמינן על חזקה דמעיקרא שלא יעשה מעשה אחרת לסתור את הראשונה ואף שחזקת כשרות עדיפא מחזקה דמעיקרא ועדיפא גם מחזקת הגוף כמש"כ א"א הגאון נ"י בבא"י ח' יו"ד סי' י"ח אבל כאן אחרי שעבר על ההתראה ועשה איסור איתרע חזקת כשרות ומוקמינן על חזקה דמעיקרא ואמרינן דלא ישוב מדעתו וישאר באיסורו ובנ"ד נמי יש לדון כן כיון דהאיסור לא משמע להאפוטרופוס ואין שייך לדון חזקת כשרות בודאי לנו להעמידו על החזקה הראשונה ולא יעשה מאומה לבטל את מעשהו ומה גם דהחזקה דאין אדם רוצה להפסיד מעותיו מסייע לזה:

סה

[**א**] ואין פה המקום לפלפל בארוכה במה שהאריך כא"א הג' נ"י בבא"י חאהע"ז סי' א' והעיר על דברי התוס' בשבת ומכות הנ"ל הא בדבר דלהבא אין אנו מוקמינן על החזקה רק הנני להעיר מילתא חדתא בעזהש"י מה שנוגע לענינינו הנה המקור דחזקה לא מהני על להבא הוא מה שאמרו לשמא מת לא חיישינן לשמא ימות חיישינן ומזה למדו לדון את הכלל הזה בכמה מקומות אשר מנחיצת הענין בלתי אפשר לי לפורטם כאן ולמיעוט ידיעתי בש"ס ופוסקים לא נודע לי רק מקומות שדנו להכלל הזה אשר הדבר שהיה קודם לידת הספק נעשה בטבע כמו הא דשמא מת וכן דבר דנעשה מעצמו בלי כח מכריע

ומכריח כהא שכתבו התוס' בקדושין מ"ה דשמא קידש לא אמרינן ושמא יקדש אמרינן כמו שחששו לשמא ימחה האב הנה מה דלא קידשה האב עד כה זה משום דלא היה לו סיבה לקדשה והניח את הדבר כמו שהוא אבל מי יודע מה יולד יום ואולי תהיה לו איזה סיבה בעתיד לקדש את בתו ומכל המקומות הידועים לי אשר דנו את הכלל לבלי להעמיד על חזקה בחשש דלהבא לא נודע לי אף מקום אחד בחזקה הבאה מכח סברא ואין פה המקום לפרט את כל המקומות המבוארים דאין אנו דנין חזקה על להבא:

[ב] ולדעתי אין שייך לדון להכלל דחזקה לא מהני על להבא בחזקה הבאה מכח סברא כמו החזקה דאין אדם חוטא ולא לו הנה אם נולד לנו ספק אם עשה איזה עון לטובת חבירו הסברא מכרעת דלא עשה זה. כי אין בלב האדם לחטוא במקום שאין לו מזה שום טובה ואותה הסברא המבררת לנו דלא עשה את הדבר היא מבררת דלא יעשה זה גם לימים הבאים ולכן שפיר אמרו בב"מ ה' דמסרינן חיותא לרועה ואין אנו חוששין שירעה בשדה אחר משום החזקה דאין אדם חוטא ולא לו ולפי הנראה ברור אמרו שם דמשום החזקה דאין אדם חוטא ולא לו דבודאי לא ירעה בשדות אחרים. ולא אמרו זה רק לענין שיהיה מקום לתלות להיתירא לענין לפ"ע הא כיון שסתם רועה הוא גזלן בודאי לא היה לנו לתלות להיתירא ויש לעיין בע"ז ט"ו ובתוס' שם ע"א ד"ה איסור לשחיטה כו' וע"ב בתוס' ד"ה רבה. ורק אם אמרינן מחמת החזקה דאין אדם חוטא ולא לו שבודאי לא ירעה דאז ליכא האיסור דלפ"ע אבל אם היה זה ספק היה נשאר החשש דלפ"ע ואף שזה הוא על להבא מ"מ אין אנו חוששין משום דהסברא מבררת לנו דאין בטבע האדם לחטוא בשביל טובת חבירו ולא דמי לשמא מת דהתם אין סברא מכרעת דלא ימות בעתיד. וכן בשמא ימחה אין סברא להכריע דלא ימחה בעתיד ומה דאין אנו חוששין לשמא מת ולשמא קידשה זה משום דאין לנו להוציא דבר מחזקתו וזה גזה"כ בלי שום טעם וסברא ואינו מועיל החזקה רק מעבר אבל לא על להבא. משא"כ החזקה הבאה מכח סברא מהני לחשש דלהבא כמו שלעבר:

סו

[א] ולדעתי יש לפרש דברי הרא"ש בקדושין מ"ה על פי דברי אלה. הנה כתב שם ואם היינו מפרשים לפי שרוב פעמים אין האב מוחה מסתמא דניחא לו לאב בנשואיה כיון דכבר נתקדשה לדעתה ואז היה מותר אפילו לטמא לה וע"כ כונתו דאם היינו אמרינן דניחא ליה לאב היינו אומרים שבודאי לא ימחה גם בעתיד משום חזקה הבאה מכח סברא דהאב רוצה בטובת בתו וכמו שלא מחה בעת הקדושין כן לא ימחה לעולם דאי

לא נימא כן יש מקום גדול לדון לומר דלא יועיל רוב על להבא כמו דלא מהני חזקה על להבא:

[ב] ואף שבמקום אחר הארכתי והבאתי ראיות דרוב מהני על להבא אבל הרשב"א ביבמות קי"ט כתב לתרץ דלכן בדף ס"ז שם אמרו דמעוברת תאכל בתרומה משום ס"ס ספק אחד שמא תהיה בת ואף אם יהיה בן שמא יהיה נפל וכתב הרשב"א לחלק דשמא הפילה לא חיישינן ולשמא תפיל חיישינן ואף דברוב אין חילוק בין עבר ללהבא וע"כ אנו מוכרחין לומר שרובא לא הויין נפלים זה משום החזקת חיים שיש לכל אחד וכמש"כ הנתיבות בסימן רכ"ג ס"ק ג' דגם לעובר יש חזקת חיים והרוב בא מכח חזקה שיש לכל אחד וברוב הבא מכח חזקה אנו מחלקין בין עבר ללהבא כמו בחזקה גופא וא"כ גם ברובא שכתב הרא"ש דרוב פעמים אין האב מוחה זה ג"כ רוב הבא מכח חזקה דהאב רוצה ומבקש טובת בתו וא"כ למה לא היה מקום לחוש ולומר שמא ימחה האב בעתיד ולא ירצה בטובת בתו אלא ודאי דבחזקה הבאה מכח סברא אין חילוק בין עבר ללהבא וכמו שלא מחה בעת שנתקדשה משום דרצה בטובת בתו כן לא ימחה לעולם מטעם הזה:

סז

[א] והא שכתב שם הרא"ש דאף אם היו אמרינן דרוב פעמים אין האב מוחה בכ"ז אינה יורשה משום דאין הולכין בממון אחר הרוב ולכאורה אם היה זה חזקה הבאה מכח סברא היה זה מהני גם בממון וכמש"כ המפרשים בהחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהחזקה הבאה מכח סברא מהני גם בממון:

[ב] אבל באמת לא היה מהני גבי ממון אף אם היו אמרינן דרוב פעמים אין האב מוחה דהא הרוב כאן אינו בא מכח סברא ובא רק מכח חזקה הבאה מכח סברא שיש חזקה מכח סברא דהאב רוצה ומבקש טובת בתו ואח"כ אמרינן דרוב פעמים ימצא האב בנשואי בתו את טובתה. לכן לא היה מהני זה בממון דהא אין סברא לומר דתמיד מוצא האב טובת בתו בנשואיה והוי זה כמו כל רוב דעלמא דלא מהני בממון ולא דמי להחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהתם הסברא מבררת דבודאי לא פרע תוך זמנו אבל כאן לא נוכל לומר זאת דאין הסברא מבררת לנו כלל שהאב מצא בנשואיה טובתה וזה הוי רק רוב ובכ"ז היינו אומרים כיון שרוב פעמים ימצא האב טובת בתו בנשואיה אין לחוש אולי ימחה אחרי כי אמרינן דרוב פעמים מוצא האב טובת בתו בנשואיה יש לנו חזקה הבאה מכח סברא דבודאי לא ימחה האב וכמו שרצה עד כה בטובתה כן ירצה לעולם:

[ג] ואין לחוש ולומר אולי בעת הקדושין מצא האב את טובתה ואח"כ ימצא שינוי וסיבה שיהיה מוכרח למחות, מצד שימצא עתה טובתה באשר ימחה הנה מה דאנו אומרים דהאב מצא בעת הנשואין את טובתה לא היה זה משום חזקה רק משום רובא דרוב פעמים ימצאו הנשואות את אשרם והצלחתם בבית בעליהן וכיון דהוי זה רוב אין מקום לחוש ולומר אולי בעת שיבא האב ישתנה הדבר לרעתה. דהא רוב מהני גם על להבא ולכן בודאי לא היה לנו לחוש שמא יבא האב וימחה דהא יש לנו רוב דרוב נשים מוצאין טובתן ע"י הנשואין ורוב מהני גם על להבא לכן אמרינן גם בעת שיבא האב בודאי ימצא גם אז את טובת בתו בנשואיה ואחרי דאמרינן שרוב פעמים האב מוצא טובת בתו בנשואיה ממילא יש לנו חזקה אלימתא הבאה מכח סברא דהאב לא ימחה לעולם ולפי"ז גם מדברי הרא"ש ראיה גמורה דבחזקה הבאה מכח סברא אנו סומכין גם במקום שהספק הוא על להבא:

סח

[א] ולפי דברי אלה נ"ל לתרץ מה שהקשה כא"א הגאון נ"י בהא שכתבו התוס' בשבת ומכות המובא למעלה דלכן לא הוי הס' משום דמוקמינן על החזקה שלא יתקן את הלאו והקשה שם כא"א הג' נ"י הא בספק שהיא להבא אין אנו הולכין בתר חזקה ולדעתי התם הוי ג"כ החזקה באה מכח סברא כמו ברודה פת שנצרך לו שתאפה ושמע להתראה ולא מנע מלעשות וכן בלקח האם על הבנים שנצרך לו העוף יש לנו סברא מכרעת כמו דלא מנע א"ע ע"י התראה משום שנצרך לו הדבר ולא שמע להתראה כן לא ישוב מדעתו אח"כ ג"כ ואותה סברא שממונו חביב עליו מגופו לכן לא קיבל עליו ההתראה משום איזה הנאה מכרעת לנו שלא יתקן את הלאו גם בעתיד משום שירצה להנצל ממלקות דאם היה רוצה היה מונע א"ע מהעבירה בשעת ההתראה ואף בנזיר ששתה יין אין שייך לדון כזה דהא יכול להנות ולשתות מהיין ואח"כ להנצל מהאיסור ע"י שאלה אבל באמת גם בנזיר יש מקום לחשוב לחזקה הבאה מכח סברא דבודאי היה לו איזה סיבה מבלי לשאול על נזירותו בעת ההתראה ואותה הסברא שלטובתו לא שאל על נזרו מכרעת לנו דכן לא ישאל לעולם והנני כותב הדבר הזה בחפזון נמרץ בלי שום עיון ולדעתי הקלה יש סמך גדול לדברי אלה מהא דאין אדם חוטא ולא לו בב"מ ה' ומדברי הרא"ש דקדושין מ"ה:

[ב] ולפי"ז בנ"ד אין לנו לחוש אולי יחזור האפוטרופוס מדעתו ויוותר את הבטחונות של האשה להבע"ח המוקדמין דהא מה שקיבל עליו האפוטרופוס הטורח זה משום שקרוב ואוהב הוא להמשפחה של האשה. ובודאי יש לנו לומר כמו שעשה הכל עד כה

לטובת האשה משום אהבתו להמשפחה ועשה זה מאיזה טעם וסיבה כן יש לנו לומר דבודאי לא ישנה חפצו ויעמוד תמיד על המשמר לטובת האשה ומה גם דזה הוי בגדר רוב דמסתמא ניחא לו בטובת האשה אשר הוא מקורב גדול למשפחתה ונוסף על כל אלה דאם יוותר איזה דבר שיגיע לה הפסד יהיה מחויב לשלם מכיסו. והחזקה דאין אדם רוצה להפסיד מעותיו מהני גם בלהבא כמו החזקה דאין אדם חוטא ולא לו וכן מוכח בע"ז כ"ב ע"ב דחזקה דאין אדם רוצה להפסיד ממונו מהני גם בחשש דלהבא ומה דמשני הגמ' בדף כ"ג לחלק בין לכתחילה לדיעבד זה רק בגזירת חז"ל אבל בעיקר הדין חשש הפסד ממון מהני גם בחשש דלהבא ואחרי כל אלה יש לנו לומר דבודאי תבוא האשה לידי כסף כתובתה ע"י המשכנתא שיש לה על הבית ואין לנו לחוש מאומה אולי יוותר האפוטרופוס את זכותה להבע"ח של הבעל:

סט

וזה רבות בשנים אשר שמעתי מכא"א הג' נ"י לפרש טעמו של הסוברין דלא יכול אדם לגרש את אשתו אם אין לו לפרוע כתובתה משום דעד הגירושין אין עליו חיוב לפרוע הכתובה דלא ניתנה לגבות מחיים ורק ע"י הגירושין חל עליו החיוב לכן אסור להכניס א"ע לאונס היכא שיודע שלא יהיה לו במה לשלם אחר הגירושין ואף שאנוס הוא מ"מ אסור לאדם להכניס א"ע לאונס וכמו שאם אין לו עפר אסור לשחוט אף שיהיה אנוס אח"כ ולפי דבריו היקרים גם היכא דמשלם לה העיקר רק אם אין לו לשלם לה הנדוניא והתוספת ג"כ אין לו לגרשה דהא עד הגירושין לא היה עליו שום חיוב וע"י הגירושין מכניס עצמו לאונס וא"כ נשאר הקושיא מהא דנדרים ס"ה דנראה מהתם דאם שילם לה עיקר הכתובה ואין לו לשלם התוספות דיכול לגרשה בלי פרעון הכתובה:

ע

ולענ"ד י"ל דלכן בהמעשה דר"ע היה יכול לגרשה בלי פרעון התוספת כתובה דהא התם גם קודם שגירשה היה מבטל מ"ע המוטל עליו דהא היה מודר הנאה מאשתו והיה מפקיע ממנו החובה דעונה שזה ג"כ מה"ת וא"כ מה לנו אם שיבטל המ"ע דפריעת בע"ח אחר הגירושין או שמבטל מ"ע דעונה קודם הגירושין וגם המ"ע דעונה מבטל ברצון ומ"ע דפרעון הכתובה יבטל אחה"ג באונס וכמו שאדבר להלן מזה וביותר י"ל דכיון שהיה מודר הנאה מאשתו היה זה מחמת קטטה ובודאי לא נתן לה מזונות וכסות ולכן א"ל ר"ע אף שיכול לגרשה עתה טרם שיפרע לה הכתובה משום דעכשיו הוא מפקיע ממנה מ"ע שקשה לב"ד לכופו ע"ז כי בידי הבעל להשתמט ואחר הגירושין יכופו אותו ב"ד על פרעון הכתובה והא דלא כפו אותו מקודם שיתיר את נדרו הנה נראה דבמדיר את אשתו אין אנו כופין אותו על התרת נדרו משום דבזה אמרינן אין אדם דר עם נחש

בכפיפה אחת ורק באמר איני זן ואיני מפרנס אמרו בכתובות ע"ז דעד שכופין אותו להוציא יכופו לזון ולכן אתי שפיר בהא דנדרים גם לפי הטעם של כא"א הגאון נ"י:

עא

[**א**] ועוד י"ל דטעמו של כא"א הגאון נ"י אינו שייך רק במקום דאין להבעל מה לשלם ולכן אמרו דאין לו להכניס עצמו באונס אבל בהא דנדרים שידע ר"ע שיהיה מקום והאפשרות גם אחר הגירושין לגבות הכתובה ממנו מהמאתיים שישאר בידו לכן לא היה ר"ע מעכב מלגרשה גם טרם שפרע לה הכתובה כי לא היה מבטל עי"ז המ"ע דפריעת בע"ח. וע"ז פריך הגמ' שפיר דאיך רצה ר"ע לגרשה בלי פרעון הכתובה קודם הגירושין מאשר סמך שתגבה הכתובה מהמאתיים הנשארים תחת ידי הבעל הא מטלטלי לא משתעבדי וא"כ אחרי שהבעל גילה דעתו דלא ישלם לה אחר הגירושין ויבטל המ"ע ולמה רצה להניח אותו לבטל מ"ע דפריעת בע"ח שקודם הגירושין היה פטור מזה וב"ד לא יוכלו לגבות ממטלטלי. ומתרץ הגמ' דהיה קרקע ולא מטלטלין ולכן שפיר רצה ר"ע לגרשם על סמך שיגבו ממנו אחר הגירושין ולא יבטל המ"ע דפריעת בע"ח והדר פריך הגמ' ש"מ דאין מסדרין לבע"ח דאם מסדרין א"כ לא נשאר לו לשלם כל דמי הכתובה וא"כ למה רצה ר"ע לגרשם הא יבא הבעל לביטל מ"ע מהמקצת שישאר חייב לה ומתרץ דא"ל שאין מקרעין שטר כתובתה וכמו שמפרש הר"ן דאף אם תעשה לפנים משוה"ד ואינך רוצה בסידור לא תחשוב להפטר אם לא יהיה לו גם אז לשלם לה לגמרי עד פרוטה אחרונה והלשון דאפילו אתה מוכר שער ראשך ואוכל מורה דכונתו היה כמו שמפרש הר"ן ולא כפי' רש"י ותוס' והרא"ש שם וא"כ אמר לו ר"ע קודם הגירושין דאם לא יהיה לו לשלם אחר הגירושין לגמרי עד פרוטה אחרונה לא יהיה לו שום עצה איך לפטור א"ע מהחוב שיוכל לקרוע שטר כתובה ואם יחפוץ שיסדרו אותו אז בלתי אפשר לו לגרש כי יכניס א"ע לאונס להיות מוכרח לבטל מ"ע דפריעת בע"ח על המקצת שיעלה הסידור ואם רוצה לעשות לפנים משוה"ד ושלא יסדרו אותו אז יוכל לגרש ויפרע לה אחר הגירושין כל דמי הכתובה כי באופן אחר בלתי אפשר לו לגרשם ולפי פי' זה י"ל דקודם הגירושין אם לא היה מסכים שלא יסדרו אותו היה ר"ע כופהו שישאל על נדרו למען לא יפקיע א"ע מהמ"ע דעונה או היה כופה אותו שיוציא ויתן כל כתובתה. וקודם הגירושין בודאי אין מסדרין כי בידה לעכב הגירושין וא"כ ראיה מזה דאין לו לגרש אם אין לו לשלם כל הכתובה גם התוספת ויש לעיין בב"ש סי' ק' ס"ק כ"ד דלכאורה מדבריו שם יש סתירה לדברי כא"א הגאון נ"י וכן לדברי אבל יש לישב זה ומוכרח אני לקצר:

[ב] ולפי"ז לכן התקינו בנשתטית שהבעל ישליש הכתובה למען שלא יבטל המ"ע דפריעת בע"ח אם תשוב האשה לדעתה ותקבל הגט ואז יהיה מוטל עליו המ"ע דפריעת בע"ח ושמא יהיה אז עני ולכן צריך להשליש מקודם שתהיה מוכן וא"כ לא היתה התקנה לטובת האשה רק להפריש את הבעל מאיסור מניעת פריעת בע"ח:

עב

[א] ואי נימא כן יש מקום גדול להתיר בנשתטית במקום שאין להבעל לשלם דמי הכתובה דהא המ"ע דשבת מוטל עליו בודאי כעת בכל שעה ושעה. והמ"ע דפריעת בע"ח יבא רק אם האשה תשוב לדעתה ותקבל את גיטה הנה לבד אשר לא נוכל לדחות ודאי מצוה מפני ספק היכא ששניהם המה מה"ת הנה עוד יש לדון בזה מש"כ הגרע"א סי' ט' דמצוה שבאה זמנה עתה דוחה למצוה שזמנה יהיה אח"כ וכן נראה לחלק בין מצוה המוטלת עליו כעת להבאה לאח"ז כמו דמחלק הגמרא בזבחים ד"ק בין קודם חצות לאחר חצות ויל"ע בתוס' סוכה כ"ה ע"ב דה"מ משום כו' וביותר י"ל דהחשש שמא לא יהיה להבעל במה לשלם דמי כתובה כשתוכל לקבל הגט זה רק חשש רחוק מצד התקנה אבל מה"ד אין לחוש, ואף שחששו בכמה מקומות לספק אבל לא בס"ס ובזה יש כמה ספיקות שמא לא תשוב לאיתנה ואם תשוב שמא לא תתרצה לקבל הגט גם אם יפרע לה הבעל הכתובה אשר בזה"ז אין כופין אותה ע"ז. ושמא תמות בחיי הבעל ושמא יהיה להבעל ממה לשלם. והפ"י ריש פסחים בהמשנה כתב דלכן כתב רש"י לפרש טעם הביטול משום שלא יעבור עליו בב"י ולא פי' משום שמא יאכל דבזה יש כמה ספיקות שמא אין כאן חמץ כלל:

ואף אם יש שמא לא ימצא בתוך הפסח ואת"ל שימצא שמא לא יאכלנו ולכן פי' החשש הוא משום דב"י דליכא אלא ספק אחד והתוס' דפירשו התם משום שמא יבא לאכול וחששו לכמה ספיקות זה רק משום חומרא דרבנן דחמץ מצוי בבית ולא בדילי מיניה אבל בודאי אין לדחות ודאי מצוה משום חשש שיבטל איזה מצוה אחרת ע"י הרבה ספיקות:

[ב] וביותר מצינו בפסחים ד' י"ג די"ד שחל להיות בשבת דטהורות לא ישרפו שמא ימצאו להן אוכלין וגם בספק דשמא חוץ לחומה לנו האורחין אין אנו מדחין העשה דאת משמרת תרומותי מפני ספק דמ"ע דתשביתו,. כי אין לדחות ודאי איסור מפני ספק. וגם בתרומה תלויה לא ישרפו מפני הספק דשמא יבא אליהו ויטהרם אלמא דגם אם עתה רק ספק איסור הא לר' יהושע אין אנו מוזהרין על טומאת תרומה תלויה והחשש הוא רק שמא יטהר אליהו למחר ויהיה תרומה טהורה בכל זה לא היה נדחה מפני הספק

מ"ע דתשביתו משום דעכשיו עושה בודאי ספק איסור ושמא למחר לא יעשה איסור כלל דשמא ימצאו להן אוכלין:

[ג] ולפי הנראה מהסוגיא זו דלחמץ ידוע לא מהני ביטול ולכן שורפין טהורות היכא דידוע דלא יהיה אוכלין למחר ויש לעיין בפ"י פסחים ז' מש"כ בהא דהיה יושב בבהמ"ד ונזכר שיש לו חמץ בביתו ואין פה המקום לדבר בזה הנה רואין אנחנו דספק מצוה דאורייתא דהיום אינה נדחית מפני ספק מצוה דאורייתא דלמחר וכש"כ ודאי מצוה דעכשיו אינה נדחית מפני ספק מצוה דלאחר זמן. וכמו דאי' בר"ה ל"ד דספק מצוה דאורייתא קודם לודאי מצוה דרבנן אבל לא לודאי מצוה דאורייתא:

עג

והנה הנוב"י מהד"ת אהע"ז סי' ו' כתב דאף לדעת הסוברין דרגמ"ה תיקן גם במקום מצוה אבל היכא דישב בלא אשה כמה שנים ולאו כו"ע הוי כרב ספרא דהוה רווק הדר בכרך לא תיקן והגאון מהרי"ם מבריסק בתשו' סי' ט"ז האריך הרבה לחזק את דבריו והביא הסוגיא דסוטה ח' מה דאמר ר"י אם היה לבה נאה לא היה מגלהו ומסיק להלכה דבמקום דאיכא למיחש לקלקול עבירה לא גזר ויש לעיין מש"כ בזה בתשו' נודע בשערים ח"ב אהע"ז סי' כ"ה והעיר ג"כ כיון דעיקר תקנת רגמ"ה היתה משום קטטה אין מהראוי להעמיד דבריו במקום שהמכשלה מצוי להיות שרוי בלא אשה הנה כדאי הגאונים אלו לסמוך עליהם להתיר לו ע"י מאה רבנים אף אם אין לו להשליש הכתובה ועתה עובר על מ"ע דשבת בודאי. ויש עוד הרבה ספיקות מכמה איסורים חמורים אשר נכשל בהם ואין להתיר מחמת ספק שמא לא יוכל לקיים באיזה זמן מ"ע דפריעת כתובה הנה אם יש לו בודאי מחויב להשליש אבל לא יהיה זה עיכובא בדיעבד:

עד

[א] ובמקום שידוע שהבעל נכשל בעבירות חמורות בקו"ע ע"י אשר יושב בלא אשה בודאי יש להתירו גם היכא דאין לו להשליש הכתובה ואין לעבור עבירה בקו"ע מפני ביטל מ"ע דשוא"ת כדאי' בעירובין ק' גבי פלוגתא דר"א ור"י במתן ארבע שנתערבו במתן אחת וקיימ"ל כחכמים דפליגי על ר"א משום דשוא"ת עדיף וכאן אם לא יהיה לו לפרוע הכתובה יעבור על מ"ע דפריעת בע"ח בשוא"ת ועתה הוא עומד לעבור על כמה עבירות חמורות בקו"ע. ואין שייך לומר כאן דהעבירות באים לו ע"י פשיעה דפשיעה קרוב לאונס הוא כידוע וכמש"כ בתשובת נחלת שבעה ח"ב סי' פ"ג וגם אין שייך הטעם דפשיעה רק שלא יעבור אחר על איזה עבירה כדי להציל חבירו מאיזה איסור אבל לגבי דידיה רבו השיטות דאמרינן עשה דוחה ל"ת גם היכא דהעשה בא ע"י פשיעה. ולא

כדברי התוספות בעירובין ק' ואין פה המקום לדבר בזה כמו שהאריך בזה השעה"מ בה' נדרים פ"ג ה' ו' והטו"א ר"ה כ"ח:

[ב] ואדרבא י"ל כיון דעל העבירות יעבור בקו"ע ברצון ועל ביטול מ"ע דפריעת בע"ח יעבור באונס מאשר לא יהיה לו במה לשלם דודאי אין לעבור על עבירה ברצון מפני ביטל מ"ע באונס וכמו שכתב המג"א בסי' תמ"ו ס"ק ב' דלכן דוחה מוקצה דרבנן לחמץ דאורייתא משום דעל ביטול מ"ע דתשביתו יהיה אנוס מאשר חכמים אסרוהו ועל איסור טלטול יעבור ברצון והתוס' בשבת ד' ד"ה קודם כו' כתבו דלכן העמידו דבריהם בערל והזאה ואיזמל במקום כרת משום דע"י האיסור נעשה אנוס ונפטר מכרת אלמא דהיכא דיש לפני איש שני איסורין לעבור אחד באונס ואחד ברצון דהאיסור שעובר באונס הוא קל נגד האיסור שיעבור ברצון וכן מוכח מכתובות ג' ע"ב הא דפריך הגמרא ולדרוש דאונס שרי ונראה דגם תק"ח לא עקרו משום עבירה באונס ואף שאסור לאדם להכניס עצמו לאונס אבל לא ניתן משום עבירה באונס לעקור תק"ח משום דעבירה באונס היא קילא מכש"כ דאין לגרום לעבור על איזה עבירה חמורה ברצון משום חשש עבירה באונס ויש לעיין בב"ב י"ג ע"א בתוס' ד"ה לישא שפחה ובד"ה שנאמר כו':

עה

[א] ולענ"ד ברור דאם יהיה הטעם דלכן לא יכול לגרשה בלי פרעון הכתובה משום דאין לאדם להכניס א"ע לידי אונס דביטל מ"ע דפריעת בע"ח היינו הכתובה דבודאי אם ע"י מניעת הגירושין יבא הבעל לעבירות חמורות ברצון דודאי אינה דוחה מ"ע דפריעת הכתובה אשר יבטל אחר הגירושין באונס את הלאווין החמורים אשר יעבור ברצון ומה גם היכא דיש ספק אולי לא יעבור כלל על ביטל מ"ע דפריעת חוב הכתובה דבודאי אין למנוע הגירושין והוי זה כמש"כ התוס' בחולין פ"ו ע"א ד"ה סיפא כו' דאין להתיר לאו דאו"ב בקו"ע משום ספק שמא יבא לאכול נבלה ורק ספק כיסוי הדם בשוא"ת יש להתיר משום לאו דנבלה בקו"ע וא"כ אף אם הדבר ספק אם הבעל יבא ע"י מניעת ההיתר לעבירות דקו"ע אין להניחו בספק איסור דקו"ע מחמת חשש ספק דביטול מ"ע בשוא"ת ולפ"ז בנשתטית דיש רק ספק אם יבא לידי ביטול מ"ע דפריעת הכתובה בודאי אין למנוע הגירושין באם אין לו להשליש במקום שיש ספק עבירה בקו"ע:

[ב] וגם היכא דליכא חשש עבירה דקו"ע וגם היכא שיש להבעל בן ובת ואין עליו רק מ"ע דשבת יש לעיין הרבה אם מצות דפריעת חוב הכתובה תוכל לדחות מ"ע דשבת ומנחיצת הענין לא אוכל להאריך רק הנני להעיר דיש לעיין בזה עפ"י מש"כ כא"א הגאון נ"י בבא"י יו"ד סי' י"ט לפלפל אם מ"ע דפריעת חוב הכתובה דוחה למ"ע דכתיבת

ס"ת ולהמעיין שם ימצא דיש ספק גדול אם גם היכא דאין להבעל לשלם הכתובה בעת הגירושין בכ"ז לא יהיה עיכוב מפרעון הכתובה בהגט:

[ג] ואנכי לעצמי הנני מסופק בזה מהא שפסק הרמב"ם בפ"י מה' כלאים הלכה כ"ט שאין כבוד הבריות דוחה לל"ת המפורש בתורה ולמה נדחה הלאו דהשבת אבידה מפני שהוא לאו של ממון וכמו שאמרו בברכות י"ט ע"ב דאיסורא מממונא לא ילפינן דממונא קיל מאיסורא א"כ יש מקום גדול לומר דעשה דשבת ידחה לעשה דממון מפריעת בע"ח כתובת האשה:

עו

[א] ובמקום שיבוטל המ"ע דפריעת חוב ע"י אונס אף שאסור לכתחילה להכניס עצמו לאונס יש מקום גדול לומר דאין להמ"ע הזאת לדחות שום עשה אחרת הנה כל גדולי האחרונים תפסו לעיקר דמחויב כל אדם מישראל להציל א"ע מאונס כדי לקיים מ"ע אשר בלתי אפשר לו לקיים מחמת איזה סיבה ואונס וכמו שמחויב כל אדם מישראל לטהר א"ע ברגל כדי לקיים מ"ע דאכילת קדשים ולכנוס לעזרה וגם הפטורין מלעלות לרגל כמו הצורפין והבורסקין מחויבים לטהר א"ע כדי לקיים המ"ע. ובמקום אחר הארכתי הרבה בזה ב"ד ובמ"ע דפריעת בע"ח מצינו דאין מחויב להשכיר את עצמו כדי לקיים המ"ע דפריעת בע"ח כדאי' בח"מ סי' צ"ז והקצה"ח סי' ט' חקר אם כופין את הלוה באין לו לשלם לתבוע חוב רבית למען יהיה לו לשלם להבע"ח שלו ולענ"ד יש להביא ראיה דאינו מחויב לבקש תחבולות להשיג מעות כדי לפרוע חובו מהא דערכין כ"ג בהקדיש נכסיו והי' עליו כתובת אשה ובע"ח דלרשב"ג אם לא היה חובו כנגד הקדישו דאינו פודה ולרבנן אם היה פחות מפלגא אינו פודה דלכאורה למה לא יפדה למען לקיים מ"ע דפריעת בע"ח אלא ודאי היכא דאין לו אף שיכול ע"י תחבולה להשיג מעות אינו מחויב לבקש זה. והסברא פשוטה דהחיוב מ"ע מפריעת חובו מוטל עליו רק היכא דיש לו אבל כ"ז שאין לו נפקא ממנו החיוב לגמרי ובאם שישיג אח"כ מעות חל עליו החיוב מחדש אבל כל זמן דאין לו נפקא החיוב מהמ"ע לגמרי ואף למה שהעלה הקצה"ח ומביא בשם המ"ל דיש להב"ד לכופו לתבוע הרבית למען לקיים המ"ע דפריעת חובו אין ראיה דהמ"ע מוטל עליו תמיד גם בעת שאין לו די"ל היכא שיכול להשיג מעות אינו נפטר אחרי שאפשירות בידו לשלם אבל במקום דאין לו שום עצה ודאי מיפטר:

[ב] וראיתי בבשמים ראש סי' צ"ג שהביא תשובה ארוכה מאור זרוע שפסק בעני המקבל צדקה שאין לו רשות לשלם ממעות הצדקה לבע"ח שנשאר חייב להם משום דהמתנדבים נתנו לעני ולא לטובת העשיר ומזה נראה ג"כ דאין עליו שום חיוב מהמ"ע בעת שאין

לו דאי נימא דלא נפקע המ"ע דפריעת חובו בעת שאין לו ואקרקפתו מוטל המ"ע הזאת למה לא יכול לשלם מזה להבע"ח משום שאין לו לשנות מדעת המתנדבים הא אינו נותן להם לטובתם רק לטובת עצמו להיפטר מחיוב מ"ע המוטל עליו ולמה גרע זה זה משאר מ"ע האם אין לו רשות לקנות תפילין וכו' ממעות צדקה אלא ודאי דדעת האו"ז דבעת שאין לו נפקע המ"ע לגמרי ממנו ואין עליו שום חוב ולא דמי לשאר מ"ע במקום שהוא אנוס מלקיים מ"ע מ"מ החיוב מוטל עליו אבל המ"ע דפריעת בע"ח נפקע לגמרי ממנו בעת שהוא אנוס ויש לעיין ביו"ד סי' רנ"ג סעי' י"ב ובביאור הגר"א שם ס"ק י"ט ובהגהת כסא דהרסנא סי' הנ"ל:

[ג] ומנחיצת הענין בלתי אפשר לי לעיין היטב בזה ובאתי רק לעורר את המעיין ואי נימא כן דאין עליו שום חיוב בעת שאין לו א"כ י"ל דלא נוכל לומר דלכן ס"ל להרשב"א דלא יגרש באם אין לו לשלם את הכתובה משום שלא יכניס א"ע לאונס כמו שאין לשחוט באם אין לו עפר לכסות דבמצות פריעת חוב שאני דהתם במצות כסוי לא נפקע ממנו המ"ע במקום אונס ולכן אין לשחוט ולהיות מחויב במ"ע אשר לא יהיה אפשר לו לקיים אבל באין לו לשלם הכתובה דנפקע ממנו לגמרי המ"ע בשעה שאין לו י"ל דיכול לכתחילה להכניס לאונס ומוכרח אנכי לקצר:

[ד] והנה לפי מה שבארתי בארוכה בעזהש"י יש בודאי להתיר בנ"ד הן אי נימא כדברי הישועות יעקב בהא שכתב לפרש טעמו של הרשב"א דאין לו לגרש אם אין לו לשלם כתובתה. או נימא כדברי א"א הגאון נ"י דמשום שלא להכניס א"ע לאונס לכן אין לו לגרש אם אין לו לשלם הכתובה ולפי הטעם של כא"א הגאון נ"י לבד אשר יש להתיר בנ"ד כפי אשר נודע לי מצב הענין אשר אין בחפצי להעלות על הכתב גם אם לא יהיה לו מאומה להשליש כעת. הנה עוד לפי טעמו של א"א הג' נ"י בודאי מועיל השלשת בטחונות שתהיה בטוחה להשיג המעות עפ"י דיניהם דהא לא יכניס עצמו הבעל בביטול מ"ע דפריעת בע"ח הכתובה דהא היא תשיג כתובתה בטח עפ"י דיניהם:

עז

והנני להעיר בקצרה לפי מה שבארתי למעלה בעזהש"י בארוכה דחיוב פרעון הכתובה מוטל על הבעל בעת שמשליש הגט עבורה ורק בטלתי דעתי נגד כל הגדולים אשר אינם סוברין כן אולי ישאר זה לספיקא דדינא ולכן אם האפוטרופוס של האשה ילך לדון עם הבע"ח של הבעל תהיה האשה מוחזקת מהא שכתב הח"ס ח"מ סי' קמ"ב דהיכא שהוא ספק הקרקע של מי הוא ואין לשום אחד חזקת מרא קמא אז מה שנכתב הקרקע בשטאבליציא על שמו הוי כמו מוחזק ובתשובת מאמר מרדכי להגאון רא"ז עטטינגער

ז"ל סי' מ"ד איתא באחד שיש לו וועקסיל והעלה הוועקסיל בשטאבליציא על שמו שיהיה בטוח בחובו ואח"כ מת הלוה והמלוה שכתב דאפשר דהוי הבית של המלוה כמו משכנתא והאריך הרבה אי אמרינן בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו ואם ימכור הבעל את ביתו וישליש בידי האפוטרופוס את כסף כתובתה עוד קודם שתשוב לדעתה ותקבל הגט בודאי יהיה מועיל תפיסת האפוטרופוס וכמו שכתב כא"א הגאון נ"י בספרי נח"י בקונטרס תפיסה ע"י שליח והביא שם ראיה בשמי דתפיסת אפוטרופוס מועיל בספיקא דדינא מהא דפרק החובל בתורא דאלס ידה דינוקא וכתב שם השמ"ק דהאפוטרופוס היה תופס עבורו ולא יהיה שייך לדון כאן מה שכתבו כל גדולי האחרונים דתפיסה ע"י ערכאות לא מהני בספיקא דדינא זה דוקא היכא שעשה איסור בתפיסה ע"י ערכאות אבל בנ"ד הבעל הבטיח את האשה כסף כתובתה תיכף אחר החתונה והיא היתה בטוחה במעותיה תמיד ורק עתה כשרוצה להשליש גט עבורה הודיע האפוטרופוס לבית המשפט שלא יניחו אותו למכור את הבית בודאי אין שייך לדון בזה מש"כ דתפיסה ע"י ערכאות לא מהני ואין להאריך בזה רק באתי להעיר אשר גם מצד הדין יש מקום גדול לזכות להאשה נגד הבע"ח של הבעל. ובאמת רחוק מאד וכמעט מן הנמנע שבע"ח יתבעו להאפוטרופוס לדין ולכן האשה בטוחה בכסף כתובתה על צהיו"ט. וגם אם ילכו לדין יש מקום גדול לזכותה נגד הבע"ח גם טרם שתתגרש בגט גמור:

עח

וראיתי בצ"צ סי' ס"ז שכתב אע"ג דהדין כן וקיימ"ל הכי דהיכא שיכול לגרשה מן הדין אינה יכולה לעכב עליו בשביל הכתובה אלא תשאר עליו בחוב היינו דוקא היכא שיכול לגרשה מצד הדין אבל הכא אילו לא היינו מתירין לו לישא אחרת והיתה נתרפאית היתה יושבת תחתיו ועכשיו שאנו מתירין לו לישא אחרת צריך הוא לגרשה ואיך אנו מפקיעין זכותה שתצא ממנו ותשאר כתובתה עליו בחוב לכן מצאו תקנה לזה להשליש את כתובתה. ולפי דבריו בודאי מועיל היכא שנותן לה בטחונות שתהיה בטוחה שתוכל להשיג את המעות בכל עת שתרצה לגבות את מעותיה. כמו בנ"ד אשר בטוחה היא בהמעות עצהיו"ט ואין לנו לדרוש מהבעל שימכור את ביתו ולהשליש כתובתה במזומן כי בזה יהרס מעמדו וכתבתי למעלה דבודאי ניחא לה להאשה שיהיה להבעל פרנסתו בריוח למען יוכל לפרנס בניו ובודאי לא ניחא לה שבניה יהיו גולים מעל שולחן אביהם ע"י שיהיה מוכרח להשליש הכסף במזומנים:

עט

[**א**] וראיתי בח"ס אהע"ז ח"ב סי' ק"כ שכתב בפשיטות דאם אין להבעל לשלם הכתובה במזומנים בעת השלשת הגט אך יש לו אח עשיר שנותן כו"ח בב"ד שהוא ע"ק שאם

תשתפה ותקבל גיטה יהיה מחיוב לפורעה לה כתובתה עד פ"א שמועיל זה כמו השלשת כסף מזומן:

[ב] ולדעתי יש להעיר על דבריו דלכאורה י"ל דלפי טעמו של הצ"צ המובא למעלה דלכן צריך הבעל להשליש דמי הכתובה משום דאין אנו יכולין להפקיע את זכותה שתצא ממנו וכתובתה תשאר עליו בחוב די"ל דאף היכא שנותן בטחונות שתהיה בטוחה במעותיה או שמעמיד ערב יש לדון ולומר דגם בזה אנו מפקיעין את זכות האשה כי לא ניחא לאינש לאטרוחי בי דינא וכדמצינו דלא ניחא לאיש לתבוע לאחר לב"ד אף היכא שאין שום ספק שיזכה בדין כמו בב"ב ל' ע"ב דעביד אינש דזבין דינא וכפירוש הרשב"ם שם דלא ניחא לאינש מריבות ודינין. וכן מצינו הטענה השני נוח לי והראשון קשה הימנו משום דלא ניחא לאינש לתבוע מעותיו אף שיזכה בדין בטח וביותר באשה מצינו ביבמות מ"ב ע"ב דבושה היא לבא לב"ד ולתבוע. ובגיטין מ"א ע"א אמרו שאין דרכה של אשה לחזור על בתי דינין ומפרש שם רש"י שע"מ כן נשאת שלא תצטרך לדון עם כאו"א ועפ"י כל אלה יש מקום גדול לומר דיהיה הבעל מחויב להשליש דוקא מזומנים ולא יועיל כל ערבות ובטחונות שבעולם כי אין לנו להפקיע זכות האשה שתצא ממנו ותהיה מוכרחת לחזור על בתי דינין ולתבוע הכתובה מה שאין דרכה של אשה בכך ולא ניחא לה:

[ג] הנה אם נאמר דלכן מחויב הבעל בנשתטית להשליש הכתובה משום שאין לו להכניס א"ע לאונס ביטול מ"ע דפריעת חוב בודאי מועיל ערבות או בטחונות כמש"ל לפרש המעשה דר"ע בנדרים ס"ה אבל לפי דברי הצ"צ יש לומר דנצרך דוקא להשליש כסף מזומן כדי שלא לגרום לה זילותא דבי דינא אשר לאשה קשה זה מאד:

פ

[א] ולדעתי בנ"ד יש להתיר להבעל היכא שנותן בטחונות דהא יש בידו תעודת הרופאים דהאשה לא תשוב לעולם לדעתה ותשאר שוטה עד יום מותה וכל יודעיה ומכירה יודעים כי בדרך הטבע הוא מהנמנעות שתשוב לאיתנה ולכן בודאי אין להכריח להבעל שימכור את ביתו ויהרס את מצבו וישאר עני הוא ובניו למען שלא יהיה להאשה שום טרחא לגבות את כתובתה. אחרי אשר נודע לנו כי לא תבוא לידי גביה לעולם ודברי הצ"צ אינם שייכים רק במקום ספק אולי תשוב לדעתה ותגבה כתובתה מן הדין לכן חששו להשליש במזומנים למען יהיה המעות מוכנים ותוכל האשה לקבלם בידה בלי שום טורח וי"ל דאף לפי דברי התויו"ט גיטין פ"ב משנה ו' דשיפוי השוטה לא שכיח מ"מ תיקנו לטובתה שיהיה מושלש הכסף עבורה מטעם דדבר הנעשה מצד תקנה למען

טובת העולם תיקנו גם בדבר דלא שכיח כמש"כ המ"ל בשם הרד"כ פ"ד מה' מלוה הלכה י"ד ואף לדברי הברית אברהם חלק אהע"ז סי' י"ז שחולק ע"ז ולדעתו גם בתקנה לא תיקנו במלתא דלא שכיחא מ"מ י"ל דכאן היתה עיקר התקנה משום מלתא דלא שכיחא דחששו אולי תשוב לדעתה אבל בנ"ד שהוא מהנמנעות עפ"י דרך הטבע אף לא ע"י מיעוטא דמעוטא כי תשוב לדעתה ורפא לה בודאי אין להחמיר להצריך כסף מזומן ומה שיכול להיות למעלה מן הטבע אין לנו לשום לב. כי לא ניתנה תורה למלאכי השרת. ואף שחלילה לנו להתיר בלי שום בטחונות אבל לדעתי ברור בנ"ד שגם לדברי הצ"צ יוצאים אנחנו ידי התקנה במה שהאשה בטוחה בכתובתה ע"י העיקול מבית המשפט על מכירת הבית ומה גם לדברי הח"ס שמקיל בערבות בכל נשתטית וקו"ח ב"ב של קו"ח בנ"ד אשר קרוב לודאי כי לא תבוא לידי גביה לעולם שהאשה תשאר בשגעונה לעולם:

[ב] ולהסוברין דאין אדם יכול לגרש אשתו קודם שפרע לה כתובתה אשר לפי"ז גם מן הדין אין לו להתיר בלי השלשת כסף הכתובה והצ"צ כתב טעמו על מה שתיקנו השלשת כתובה גם לפי הסוברין דאין להאשה לעכב הגירושין בשביל פרעון הכתובה כמו שיראה המעיין שם לכאורה י"ל דכיון שמן הדין מחויב לשלם קודם הגירושין יהיה מחויב גם בנשתטית להשליש דוקא כסף מזומן שלא יהיה להאשה אח"כ כשתשתפה זילותא דבי דינא וכמו שהבאתי למעלה מגיטין מ"א ומה גם לפי הנראה מהב"ש בסי' ק' ס"ק כ"ד דהיכא שיש להבעל לשלם לכו"ע יכולה האשה לעכב הגירושין עד שישלם לה כתובתה ולא יכול לגרשה היכא שתשאר הכתובה חוב עליו אף שתהיה בטוחה במעותיה. אבל בנ"ד דידעינן שלא תבוא בפועל לידי גביה לעולם בודאי מהני בטחונות ובזה אנו יוצאים ידי התקנה עצהיו"ט:

[ג] ואין פה המקום לפלפל בנאמנות הרופאים אם נאמנים המה בכ"מ ואם נאמנים בתורת ודאי או רק בתורת ספק ולדעתי בנ"ד יש לדון דנוכל לסמוך בודאי על דברי הרופאים מהא דאי' ביו"ד סי' קפ"ז סעי' ח' ובפ"ת שם ס"ק ל"ח מה שמביא בשם הרדב"ז דהיכא דניכר או שיש רגלים לדבר שנאמנים דברי הרופא דיש לסמוך עליו ואין רגל"ד יותר בעולם מנ"ד וניכרים דברי אמת וניכר לכל כי כן הוא הדבר אשר לא תשוב לדעתה לעולם:

פא

[א] ולא אמנע מלכתוב כאן מה שנראה לדעתי להעיר בדברי הרא"ש ב"מ פ"א סי' מ"ד מש"כ שם דלא שייך לומר מה הועילו חכמים בתקנתן הא כל אחד יטעון פרעתי ומתרץ דמצי לאתרויי בו בשעת גירושין אל תפריעני אלא בפני פו"פ הנה הרא"ש לשיטתו אזל

דיכול לגרשה בלי פרעון הכתובה כמבואר באהע"ז סי' קי"ט ולכן יש לה לירא אולי יטעון אחר הגירושין פרעתיה ויהיה מהימן:

אבל להסוברין דאין לו לגרשה קודם שפרע לה הכתובה אין מקום להחשש הזה דהא קודם הגירושין אינו נאמן לטעון פרעתי במקום שאין כותבין כתובה ולא תקבל ממנו הגט עד שיפרע לה והא דאמר אביי ב"מ דף י"ז דאם נאמן לטעון פרעתי מה הועילו חכמים בתקנתן נוכל לומר דקושיתו על מה שתיקנו כתובה גם לאלמנה וכן כתב הפלפולא חריפתא שם ס"ק ל' ובכתובה סביר גם אביי דאינו פורע בתו"ז וכמש"כ א"א הג' נ"י בנח"י סס"י מ"א. והרא"ש לשיטתו כתב לתרץ גם בגירושין אף דיכול לגרשה קודם שפרע לה הכתובה בכ"ז אין לחוש אולי יטעון אח"כ פרעתי משום דהאשה יכולה להתנות שלא יפרענה אלא דוקא בפני פו"פ ולולי זה לא הועילו בתקנתן כלל דהבעל היה מגרשה טרם שפרע לה הכתובה ואח"כ היה טוען פרעתי:

פב

[**א**] אבל ראיתי בנח"י סי' ע' שכתב היפך מדברי ומפרש דברי הרא"ש דלכן יכולה להתנות גם אחר ההלואה משום דהרא"ש לשיטתו שסובר באשה שאינה מחויבת לקבל גיטה דיכולה לעכב הגירושין טרם שפרע לה הכתובה ולכן יכולה להטיל תנאי והבעל מחויב לקבל תנאיה דאי לא יקבל היכולת בידה לעכב הגט ולפי דברי כא"א הג' נ"י כונת הרא"ש כן דאין לומר מה הועילו חכמים בתקנתן דכ"א יטעון פרעתי כיון דאין לבעל לגרש את אשתו עד שיפרע לה כתובתה היכולת בידה להתנות שלא יהיה נאמן לומר פרעתי ושיהיה מחויב לפרוע לה דוקא בפני פו"פ ותהיה בטוחה במעותיה. ולפי"ז יש לדייק דלמה לא כתב הרא"ש פשוט דלא תקבל הגט עד שיפרע לה בשלימות ולמה היה לו להמציא עצה ע"י תנאי. הא היה לו לומר פשוט דלא תקבל את גיטה עד שיפרע לה כתובתה וקודם הגירושין אינו נאמן לטעון פרעתי ודוחק לומר דהרא"ש המציא עצה גם במקום שהאשה רוצית להפטר בגט מבעלה ע"י תחבולות מרמה מהבעל שמכריחה לזה אבל אי נימא דגם להסוברין דלא יכול לגרשה טרם שפרע לה הכתובה סגי גם בנותן לה בטחונות שתהיה בידה לגבות אחר הגירושין לכן כתב הרא"ש בדיוק שהאשה תוכל לבקש שתהיה בטוחה בכתובתה אחר הגירושין ולא להתגרש ממנו טרם שהיא בטוחה שתגבה כתובתה אחר הגירושין ומהחשש דשמא יטעון פרעתי יש היכולת בידה להטיל התנאי דאל יפרע לה אלא בפני פו"פ אבל אינה יכולה לעכב הגירושין עד שיפרע לה במזומן ולפי"ז דעת הסוברין דאין לבעל לגרש אשתו אם אין לו לשלם כתובתה. היינו דוקא באין לו להעמיד ערב בטוח או בטחונות שתגבה האשה אחר הגירושין כתובתה.

אבל במקום דאין לו בעת הגירושין אך בידו להבטיחה שתבא למעותיה באיזה זמן אחר הגט אינה יכולה לעכב הגירושין ולא תוכל לטעון דלא ניחא לה זילותא דבי דינא דכיון שנותן לה בטחונות שישלם לה בודאי יקיים וישלם לה ולא תצטרך לחזור על בתי דינין:
[**ב**] ואנכי לעצמי הייתי אומר דלכן כתב הרא"ש דיכולה האשה להתנות קודם הגירושין שלא יפרע לה אלא בפני פו"פ דאף שסובר דאין המלוה יכול להתנות אחר ההלואה כלום וכמו שהקשה האו"ת בסימן ע' דיש לומר דבכתובה שאני משום דהרא"ש לשיטתו דחיוב כתובה אינו חל כלל קודם הגירושין וכמש"ל בארוכה ולכן שפיר יכולה להתנות בשעת הגירושין דרק אז חל החיוב והוי אז כמו שעת הלואה ולא דמי להלואה דכבר נתחייב הלוה ואין בידי המלוה להטיל על הלוה חיוב חדש משא"כ בכתובה לדעת הרא"ש דבעת הגירושין מתחיל החיוב ובידי האשה להתנות כל תנאי שתרצה כמו בשעת הלואה ויש להאריך בזה הרבה אבל מוכרח אנכי לקצר ואי נימא דלכן כתב הרא"ש גבי כתובה דלכן יכולה להתנות קודם הגירושין משום שאז מתחיל החיוב והוי אז כמו שעת הלואה נוכל ג"כ להוכיח מדברי הרא"ש דאין האשה יכולה לבקש בעת הגירושין רק שתהיה בטוחה שישלם לה הכתובה אח"כ אבל לא תוכל לבקש שישלם לה קודם הגט במזומנים. דאל"כ למה לא כתב הרא"ש פשוט דלא תקבל ממנו הגט עד שישלם לה הכתובה קודם הגט לפי דברי הח"מ והגט פשוט שכתבו אשר גם לדעת הרא"ש יכולה האשה לעכב הגט קודם שסילק לה כתובתה וכמש"ל:

פג

[**א**] וראיתי בח"ס אהע"ז ח"א סי' ד' שמביא בשם שו"ת מהר"ם מר"ב מש"כ בסופו וצריך שתהיה כתובתה צרורה ומונחת ביד נאמן במעות או במשכנות:
ובמשכנות בודאי אינה זוכה בגוף המשכון קודם שומאת ב"ד וצריכה עוד לאטרוחי ב"ד לגבות חובה מהמשכון ובכ"ז מועיל זה בנשתטית והבעל יוצא ידי התקנה מה שהתקינו שתהיה האשה בטוחה במעותיה ולא איכפת לן מה שתצטרך לחזור על ב"ד לבקש מהב"ד שיגבו לה כסף כתובתה מהמשכנות. והא דגיטין מ"א שאני משום דלא תדע מי קנה ראשון ומי אחרון ותצטרך לדון עם כאו"א אבל לא היכא שלא יהיה טו"ת ולא יהיה מי שיטעון כנגדה רק הטירחה לבוא לב"ד ולבקשם שיגבו לה הכתובה מהמשכנות או מהערב או מהבית בודאי אין אנו צריכין שישליש דוקא במזומנים. ודי מה שהיא בטוחה בכסף כתובתה שתגבה בעת שתקבל הגט. ובנ"ד עפ"י דיניהם אם תמות האשה עוד טרם שתשוב לדעתה בניה יורשין את כתובתה לכן הוי זה כפרעון גמור:

[ב] וראיתי בשו"ת מהרי"ם מבריסק סי' נ' שהעלה להלכה להתיר בנשתטית אם אין לו לשלם הכתובה אך הצריך שיתן המגרש וועקסלען שאם יהיה לו מעות אז עליו לשלם כתובתה והמציא שם טעם חדש על מה שהצריכו להשליש כסף הכתובה בנשתטית והרבה יש לי לפלפל בדבריו ומוכרח אנכי לקצר אבל רואין אנחנו כי דעתו הגדולה להתיר במקום שאין לו להשליש כסף הכתובה ומתיר בנתינת וועקסלין שישלם כשיהיה לו מעות וקו"ח בן קו"ח שיש להתיר בנ"ד עפ"י הבטחונות שנותן הבעל כפי המבואר למעלה:

[ג] סיומא דמלתא אשר לענ"ד יש להתיר בנ"ד להבעל להשליש גט ולקבל היתר ממאה רבנים ואין לדרוש עתה ממנו למכור את ביתו כדי להשליש כתובתה במזומנים. אך מחויב הוא להשליש לבד הבטחונות על הבית עוד וועקסלען על דמי הכתובה שאם יארע איזה סיבה פן יתקלקלו הבטחונות על הבית שיהיה מחויב לשלם לכשתשתפה כתובתה בשלימות וכן יהיו מונחים הוועקסלען לבטחון שיחזיקה בבית החולים כפי המבואר בהפשר שהיה בינו ובין אחי האשה בקיץ העבר:

[ד] והנני להעיר בקצרה אשר כעת אחי האשה הרחיק נדוד מביתו וה' יודע מתי ישוב לעירו. וא"כ נשאר רק האפוטרופוס שישגיח שישלם הבעל דמי החזקתה בביה"ח וכן להשגיח שלא ימכור הבית עד שיפרע לה הכתובה ולכאורה יש בזה חשש חזרה כמו שחששו במינקת אבל בנ"ד אחרי שמקוים ומאושר מטעם הממשלה אינו יכול לחזור וגם עפ"י דינינו אין לחזור כמבואר בח"מ סי' ר"צ סעי' כ"ג א"כ אין לחוש אולי יחזור ואף לפי מש"כ א"א הג' נ"י בבא"י חלק אהע"ז סי' א' סעי' ו' דלהבא יש לחוש לחזרה אבל בנ"ד כיון שאין לו לחזור עפ"י חוקי המדינה בודאי אין לחוש לחזרה ואנכי הצרכתי שיהיו ג' אפוטרופסין היינו למנות כעת עוד שנים נוספים על הראשון ובג' בודאי אין לחוש לחזרה כמו דלא חששו למיתה דתרי ביבמות כ"ו ע"ב כמש"כ התוס' שם ובריש יומא והאפוטרופסים הבטיחו לפני ב"ד שישגיחו תמיד לטובת האשה בודאי אין לחוש לחזרה:

[ה] ולדעתי העני' יש להתיר רק באופן שיסכים כא"א הגאון נ"י וכפי המבואר בב"ש סי' א' ס"ק כ"ג שקבלה מגדולי עולם שיציעו הענין לפני גדולי הדור לזאת אין לצעיר לימים ובתבונה כמוני להתיר והנני רק כדן לפני רבותי ולהם משפט ההכרעה וע"ד סידור הגט וקיבוץ המאה רבנים ומאיזה מקומות יהיו הרבנים כבר נאמר ונשנה בשו"ת נוב"י מהד"ק חאהע"ז סי' ג' ובח"ס חאהע"ז ח"א סי' ד' ומנחיצות הענין בלתי אפשר לי לעיין בפרטים האלה. וכפי שיסדר כא"א הגאון נ"י כן יקום ויהי' כ"ז כפי רשיון הממשלה כי זה הוא

עיקר גדול והנני מבקש מכבוד א"א כי יואיל בחסדו להזדקק להתיר להבעל מכבלי העגון ומצוה רבה היא כפי הנודע לי מצב הענין והנני מבקש מכבוד א"א אשר יאבה בטובו לעיין קצת בדברי ולהודיעני דעתו הגדולה דבר חיוב הכתובה אשר חקרתי אם מחויב הבעל מן הדין לשלם בנשתטית או רק מצד התקנה ואם שגיתי באיזה דבר מטובו להודיעני והנני בנו ותלמידו המיחל לדברי קדשו והשותה בצמא את דבריו הנחמדים.
צבי הירש:

וזה התשובה שקבלתי מאדאמו"ר הגאון שליט"א בקצרה. ב"ה יום ב' כ"ב אדר תרמ"ח פה קאוונא. כבוד בני יקירי הרב הגאון המפורסם כו' מהו' צבי נ"י:

אחדשה"ט קונסריסך היקר ע"ד ההיתר לבעל הנשתטית הגיעני והנה בדבר מה שיצאת לדון דבר חדש אשר חיוב השלשת הכתובה יהי' מן הדין מיד שנושא אשה אחרת וממילא נאסרה עליו מחמת איסור שתי נשים ומקרי זה כשתנשא לאחר כו' הוטב בעיני פלפולך הנעים ובאמת זהו מילתא חדתא מה שלא העירו הפוסקים בזה. ובעצם הענין העלית זה לספיקא דדינא ויש לי מה לפלפל בדבריך ובארוכה אך אין לי הצורך לזה דכבר העליתי לדינא בקונטרוס א' [ונדפסת כעת בסי' ע"ד] אשר אף היכא דאין יד הבעל משגת לשלם הכתובה והתוספות דג"כ יש להתיר לו לישא אחרת אם ישליש קיומים ובטחונות שיהי' מועילים כפי חוקי המדינה כשישיג ידו ובצירוף שבועתו בשבועה חמורה שאין לו ובשבועה על להבא כשישיג ידו שישלם לה כפי החיובים המוטלים עליו והכל כפי ראות עיני הב"ד ועפ"י חוקי א' הקיר"ה אז יש להזדקק להיתירא:

וע"כ הנני מזדקק להיתירא בנידון דידן בפשיטות ועפ"י הפרטים שכתבתי במכתבי מכבר ואין העת גורם לבוא בארוכה יותר:

וע"ד מה שהארכת בטוב טעם לדון בחיוב כתובה אם החיוב אינו חל רק בעת הגירושין או בעת שנושאה והבאת הזאת בשם הפני יהושע והבית מאיר. לענ"ד ברור ופשוט שהחיוב מתחיל בעת הנשואין דאל"כ לא משכחת טריפת לקוחות וכמו שכתבת בעצמך מזה. וגם י"ל עוד דבכתובה היכא דהיא מן מה שהתחייב הבעל על זה דבזה ודאי דהוי מעכשיו דאל"כ יהי' יכול לחזור בנתיים. ויש להאריך בכ"ז אך אין זה מן הצורך כי ברור ופשוט דהחיוב הוא מן עת הנשואין וכמש"כ בעצמך ותו לא מידי ותקבל החוה"ש מן אדוה"ש כנפשך ונפש אביך דוש"ת יצחק אלחנן חופ"ק:

סימן עט

ב"ד מיטויא. כבוד א"א מו"ר הגאון נ"י:

שאלה מה שהיתה להלכה ולמעשה בדין קבלת עדות שלא בפני בעל דין והיה לי משא ומתן בהלכה זו עם שני רבנים גדולי הזמן יחיו והנני לפני כ"א את דברי תשובתי בזה ואבקש את כ"א אשר יואיל בטובו להודיעני דעתו הגדולה בזה ותורה היא וללמוד אני צריך והנני להעתיק את אשר ערכתי בתשובתי בדין זה:

א

הנה מה שכתב כת"ה לדון בארוכה להלכה דלגבי קבלת עדות בפני הבעל דין סגי באם נתקבל העדות בפני אחד מהבע"ד הנוגע ויש לו חלק בהדבר אשר אנו דנין עליו ומקצת בעלים מהני בזה והביא ראי' מב"ק (ק"ח ע"ב) בתבעו שומר והודה ותבעו בעלים וכפר דאם באמת נשבע נפטר הגנב בהודאת השומר הא בהודאת קנס למיפטר בעינן דוקא שיודה בפני הבעלים ובכל זה מהני הודאתו בפני השומר דמשום דגם השומר מקרי מקצת בעלים ואם כן נמי גבי קבלת עדות מהני באם נתקבל בפני אחד אשר יש לו שייכות במקצת החפץ אשר אנו דנין עליו ולדעתי אין מזה שום ראיה דהתם הוי הטעם משום שליחות דאם באמת נשבע נעשה השומר לשלוחו של הבעלים לתבוע עבורו מהגנב ושלוחו של אדם כמותו בכל מקום ולכן מהני הודאת הגנב בפני השומר. וכן לענין קבלת עדות שלא בפני בעל דין כתב השמ"ק ב"ק (קי"ב) דמועיל שליח והעיר מהא דינאי וגם הבית יוסף ח"מ סימן שפ"ח כתב דמקבלין עדות בפני השליח כמו דמקבלין בפני אפוטרופוס וקצת ראיה לענית דעתי מהא דאמרו בירושלמי סנהדרין פ"ב ומובא בטור ח"מ סי' קכ"ד וימנה אנטלר:

ולדעתי תלוי זה בשני הטעמים בתוס' ב"מ (צ"ו ע"א ד"ה שליח כו') דמה שבשאילה בבעלים לא אמרינן שלוחו של אדם כמותו דלחד טעמא משום דכתיב תרי זימני בעליו וא"כ גבי קבלת עדות דכתיב רק חד זימנא בעליו מועיל גם שליח אבל להטעם השני דבכל מקום דכתיב בעליו משמע דוקא הוא ולא שלוחו א"כ גם גבי קבלת עדות דכתיב והועד בבעליו לא יועיל שליח וראיתי בש"מ שם שכתב הטעם משום דכתיב תרי זימני בעליו ולשיטתו שפיר כתב בב"ק (קי"ב) דמקבלין עדות בפני השליח. אמנם הרמב"ם בפ"ב מה' שאלה ה"ה כתב הטעם דמשום שנאמר בעליו דוקא הוא ולא שלוחו והלח"מ כתב שם דהרמב"ם סובר כתירוצא בתרא שתירצו התוס' ב"מ ד"ה שליח כו' וראיתי בסמ"ע סימן שמ"ו ס"ק ח' שהביא רק לתירוץ ראשון של התוס' ואין פה המקום להאריך בזה. ושפתי השמ"ק ברור מללו דמקבלין עדות גם בפני השליח:

ועוד יש לומר דלכן מהני הודאת הגנב בפני השומר עפ"י מש"כ הקצה"ח סימן פ"א ס"ק י' דלכן בעינן גבי קנס שיודה דוקא בפני הבעל דין דמשום שאינו מתחייב בקרן בהודה

שלא בפני בעל דין ואם כן באם הודה בפני השליח מתחייב בקרן כמש"כ שם הקצה"ח ולכן מהני הודאתו גם לפוטרו מקנס וכן יש לומר גבי הודה בפני אחד מהשותפין מה שמביא כ"ת דברי הקצה"ח סימן ש"ן דג"כ מהני מפני הטעם הזה הא להתחייב בקרן מהני אם הודה בפני אחד מהשותפין כמש"כ המחבר בח"מ סי' קע"ו סעי' ל"א וא"כ אין דמיון מזה לקבלת עדות שלא בפני בעל דין:

ב

ומה שרצה כת"ר לחדש בהא דמעמידין אפוטרופוס להעיד בפניו בשור של חרש שוטה וקטן דמשום שנעשה למקצת בעלים על השור לדעתי לא יתכן זה לומר. הא האפוטרופוס משלם ממעות היתומין ואיך שייך בזה לומר דנעשה בעלים על ממון אחרים ואין שום סברא לומר דנעשה בעלים משום המתנת המעות מה שממתין עד שיגדילו. ויראה כ"ת בהשמ"ק ב"ק (קי"ב) דמדמה שליח לאפוטרופוס אלמא דטעמו גבי אפוטרופוס משום שליחות והא דהעיר כת"ה דאיך נעשה שליח לחובת היתומים הנה כבר האריכו הראשונים וגם האחרונים שבדבר אשר עיקרו הוא זכות אף אם יסתעף ממילא איזה חובה מ"מ מקרי זכות לענין זכין לאדם שלא בפניו כמו דמזכינן קרקע להלוה לכתוב עליו פרוזבול וכמו שהאריך בזה כא"א בספרו באר יצחק סי' א'. ועיקר העמדת האפוטרופוס לטובת היתומים לפקח על נכסיהם והוי זה זכות ולא אכפת לן אם יסתעף מזה איזה חובה להם והשמ"ק ב"ק (ל"ט) העיר מגיטין דאין האפוטרופוס רשאי לחוב בנכסי היתומים ומחלק דהכא החובה אתא עלייהו ממילא ואף למ"ד דמעמידין אפוטרופוס לגבות תם מגופו יש לומר גם כן דעיקר הדבר זכות להיתומים דישגיח על כל נכסיהם ועל יתר ענייניהם והוי זה חובה דאתא ממילא והרשב"א ב"ק (קי"ב) כתב טעם חדש על מה דמעמידין אפוטרופוס בשור של יתומים ויעיין כ"ת שם אבל אין שום מקום בזה לומר דנעשה למקצת בעלים על השור הא לא משלם האפוטרופוס מאומה מכיסו רק מגופו של שור ואיך יכול למקרי בעלים אף במקצת על שור של אחר ויראה כת"ה בקהלת יעקב להגאון מהרי"ט אלגאזי זצ"ל באות אפוטרופוס מה שהביא כל דברי גדולי הראשונים בעיקר הטעם דהעמדת אפוטרופוס ולפי דבריהם ידו כיד היתומים מן התורה לכל מילי ואף דאין שליחות ליתומים קטנים מכל מקום מהני כל מעשה האפוטרופוס מן התורה אף בדברים שצריכים שליח ממש ולפי זה אין שום ראיה מזה לקבל עדות בפני אחד שיש לו איזה שייכות בהחפץ הא האפוטרופוס הוי בעלים לגמרי וידו כיד היתומים לכל מילי ועפ"י הדברים האלה אין גם ראיה מאפוטרופוס לשליח דעלמא אבל השמ"ק הנ"ל מדמה שליח לאפוטרופוס ואין עיתותי בידי להאריך בזה:

ג

ומה שכתב כת"ר דלמ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי נעשה הבעל שואל ונשאל אף דגם להאשה נשאר גוף הקרקע ונראה מזה דמהני אף מקצת בעלים. ומחלק משותפין דעלמא עפ"י דברי התוס' גיטין (מ"ב ד"ה בעבד של שני שותפים) ולדעתי ברור דשותפות כזאת גרע משותפין דעלמא ואדרבא מדברי התוס' הזה ומדברי רש"י ב"ק (צ' ע"א ד"ה לא עשו ולא כלום) ומדברי התוס' שם ד"ה איש ואשה מוכח להדיא דבשותפות כזאת אין להבעל הכח כמו שיש כח לשותף דעלמא בהמחצה שלו. ובאמת נראה ברור דאם קנין פירות כקנין הגוף דמי שייך הכל להבעל ואין להאשה כלום וכן נראה מכל הסוגיא ב"ק (צ' ובב"ב נ'.) ורק לגבי שן ועין שם מפלפלים התוס' דלמה אינו יוצא לאיש וביותר מוכח כן מגיטין (מ"ח) דלר"מ קנין הפירות כקנין הגוף דמי ובמיתת אבי' לא ירית ולא מידי אלמא דאם קנין פירות כקנין הגוף לא נשאר להבעלים שום זכות ומזה יש להעיר על דברי התוס' ב"ב (נ' ד"ה קסבר כו') דכתבו דלא דמי קנין פירות דהבעל שלא היה לו בהגוף כלום מעולם לקנין פירות דהמוכר עבדו על מנת שישמשנו שלשים יום אשר מתחילה היה הכל שלו הא הכא בגיטין לא היה להבן מתחילה כלום בגוף הקרקע רק הפירות מ"מ אמרו דלא ירית ולא מידי אלמא דקנין פירות מבטל בכל אופן את קנין הגוף לגמרי וכן מוכח מהא דבכורים דלמ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי מביא וקורא הא אם יש לו שדה בשותפות אינו מביא וקורא כמו שהאריך השאגת אריה בסימן צ' כמו שיראה המעין שם והשמ"ק שם בב"מ כתב דהכי מבעיא לן קנין פירות כקנין הגוף דמי וכששאל לבעלה או נשאל לו בעלה הרי כאן כולו שואל וכולהו בעלים או דלמא לאו כקנין הגוף דמי ואין כאן אפילו חצי שואל וחצי בעלים ויש שפירש דהא קיימא לכשת"ל דלא בעינן אלא פלגא דשואל ופלגא דבעלים קנין פירות כקנין הגוף דמי והרי הבעל ואיכא מיהת פלגא או דלמא לאו כקנין הגוף דמי וליכא אפילו פלגא דשואל ופלגא דבעלים והראשון יותר נכון הנה השמ"ק כתב מפורש דאם קנין פירות כקנין הגוף דמי הוי הבעל הבעלים לגמרי ולא האשה כלום וכן שפתי השמ"ק ברור מללו דאם נימא דיש להאשה שייכות מחמת שהגוף שלה האיבעיא רק לכשתמצי לומר דלא בעינן אלא פלגא דבעלים וזה לא כדברי כת"ה אשר רצה לחדש דזה עדיפא משאר שותפות מחמת שיש להבעל שייכות בכל הבהמה:

והא דהביא כת"ר ראיה דמהני אף מקצת בעלים לקבלת עדות שלא בפני בעל דין מהא דגומרין דינו של שור ברשות הגזלן אף שלא בפני הבעלים דמשום שסגי בהמקצת בעלים אשר מקרי הגזלן על השור ולדעתי אין מזה שום ראיה הנה לפי שיטת הרשב"א

המובא בנוב"י מהדורא קמא סי' ע"ב דגם בדיני נפשות מקבלין עדות שלא בפני בע"ד במקום אונס א"כ נוכל לומר דמיירי הכא דלא באו הבעלים לב"ד או שהלכו למדינת הים ואף להחולקין וסוברין דאינו מועיל בדיני נפשות אונס ובכל אופן אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד הא שפיר מפרש הגאון ר"צ מגלוגא זצ"ל בשו"ת רע"א סי' ק"ד דמיתת העבד הוי רק דיני ממונות ולא דיני נפשות א"כ בודאי במקום אונס מקבלין עדות גם שלא בפני הבעלים דמיירי שהבעלים אינם בעיר או אונס אחר ולגבם הוי מיתת השור כדיני ממונות דמקבלין במקום אונס שלא בפניהם ואף אליבא דרשב"א אין לתרץ זה הא לדעתו מיתת השור הוי נפשות והגמר דין מוכרח להיות בפני הבעלים אף במקום אונס. אך י"ל דמיירי שהנגזל היה קטן שאין לו אפוטרופוס או חרש שגומרין דינו של השור שלא בפני הבעלים ואח"כ בא לתבוע שורו ואכמ"ל:

ד

ומה שהעיר כת"ה מקטנה שזינתה דנאסרה לבעלה כהן ואיך מקבלין עדות בקטנה. אלא משום דמקבלין עדות בפני הבעל לא בעינן לקבל גם בפני האשה ובאחד מהם סגי הנה באמת נוכל לומר דמיירי שקיבלו העדות בעת גדלותה או במקום שנודע להבעל שזינתה. אמנם הנני לבאר קצת הנראה לענ"ד בזנות קטנה דנקבל עדות גם בקטנותה כמו שאבאר בעזה"ש:

ה

הרמב"ם פ"ב מה' סוטה כ' דמקנין לקטנה לא להשקותה רק להפסיד כתובתה הנה להפסיד כתובתה יכולין לקבל גם בעודה קטנה כדאי' בח"מ סי' ק"י דלהחזיק מקבלין עדות בקטנים וכמבואר בח"מ סי' כ"ח אשר להחזיק מקבלין גם שלא בפני בע"ד ובזה לא זכיתי להבין את דברי הנוב"י סי' ע"ב בסתירת היתר אחד דמביא בשם הרב"צ אשכנזי דצריכין תמיד לקבל בפני האשה משום הפסדת כתובתה הא להחזיק מקבלין גם שלא בפני בע"ד אבל בהא שמפרש שם בהלכה ב' דלכן אין משקין את הקטנה משום דכתיב והביא את אשתו למעט קטנה. לכאורה קשה הא גם בלא קרא אין אנו יכולין להשקותה משום דבלתי אפשר לקבל העדות מהעדי סתירה. ואף אם נאמר דעדי טומאה דסגי באחד מקבלין גם שלא בפני האשה ודמי למש"כ התוס' סוטה (ד' ל"א ע"ב ד"ה הא חד) דלא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. אבל עדי סתירה בודאי בעינן שיגידו בפני האשה ולא מהני אם הגידו שלא בפני' וכן יש לדון בחרשת דנתמעטה משום דאינה בואמרה. וראיתי בירושלמי סוטה ריש פ"ב וחרשת אין את יכול משום דכתיב ואמרה האשה ומפרש הקרבן עדה דמיירי באינה שומעת ואינה מדברת משום דלאו בת דעה היא. הא בלאו הכי אין אנו יכולין להשקותה משום דבלתי אפשר לקבל עדות מהעדי

סתירה ונראה ברור דמיירי בחרשת שהסתירה היתה אחר שנתחרשה. ובזה אין אנו יכולין לתרץ דמיירי שידוע להבעל או דנתקבלו העדות בשעה שנתגדלה או שנתפקחה. והא דקדושין (דף י"ט) דממעט קטן. ובכתובות (דף מ' וד' מ"ד) גבי מוציא שם רע על הקטנה שפיר יש לפרש דקבלת עדות היתה בשעה שנתגדלה אבל לא שייך זה גבי סוטה קטנה וחרשת:

ו

ואנכי לעצמי הייתי אומר דיכולין לקבל העדות בקטנה שזינתה גם בעודה קטנה דעיקר הטעם דבעדי נשים אין מקבלים עדות שלא בפני האשה דמשום דדמי לדיני נפשות וכמש"כ הרמ"א בשו"ת סי' י"ב כמו שיראה המעיין שם והנוב"י סי' ע"ב כתב דבעדי כיעור או הודאה דליכא דיני נפשות דמי לדיני ממונות והברית אברהם אהע"ז סי' צ"ב אות י"א כתב כן לענין מעוברת אך העיר מהא דפסק הרמב"ם דחיישינן ללעז שמא יבואו אח"כ עדי זנות ובזה אתי שפיר הא דסוטה דכיון שלא יהי' לעולם בקטנה וחרשת דררא דנפשות וגם השקאת סוטה נראה לענ"ד שזה לא הוי כדיני נפשות כמו שאבאר להלן ב"ה ומזה מוכח דלא מקרי זה נפשות דאי נימא דיהיה זה כדיני נפשות לא היינו צריכין לקרא דלא נשקה את הקטנה וחרשת הא בלאו הכי לא היו שותין משום דלאו בנות עונשין נינהו וא"כ שפיר נוכל לקבל העדות בעודה קטנה משום דליתא בזנות קטנה דררא דנפשות ולא יכול לבוא לידי זה לעולם ובמקום דלא יכול לבוא לידי דררא דנפשות קילא טפי מממון ומקבלין למען אפרושי מאיסורא ושפיר כתב הרמב"ם דמקנין לא להשקותה רק להפסיד כתובתה דלולי המיעוט היינו מקבלין העדות אבל אחרי שנתמעט מקרא אין מקנין אותה אלא להפסידה מכתובתה. ולהחזיק לא בעינן הקבלת עדות בפני הבע"ד ויש לדון גם בסוטה גדולה דנקבל גם העדי סתירה שלא בפני האשה דליתא בזה דררא דנפשות ודמי למה שכתב הנוב"י בעדי כיעור אבל בגדולה י"ל דניחוש ללעז שמא יבואו עדי זנות כמש"כ הברית אברהם אבל בקטנה לא שייך זה:

ז

וראיתי בתשו' רע"א סי' רכ"ב אות י"ח שהקשה אמאי לא מוקי הגמ' ביבמות (דף נ"ח) דבא היבם שני פעמים כל פעם בפני עד אחד דלענין אישות לא מהני עדות מיוחדת וכתב אולי יש לומר דגם לענין השקאה הוי כדיני נפשות וא"כ למה לן קראי למעט קטנה וחרשת שאינן שותות הא בלתי אפשר לקבל העדות מהעדי סתירה וממילא לא נוכל להשקותן אמנם באמת נוכל לומר דאם לא יועיל העדות לעשותה לאשתו של היבם משום דעדות מיוחדת לא מהני גבי אישות לא היה מועיל עדותן גם לענין זה שיוכל היבם להשקותה משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכעין זה כתב כבוד א"א

מו"ר הגאון נ"י בספרו נחל יצחק סי' כ"ח וסי' ל"ג וזולת זה ראיתי בשו"ת הרשב"א ח"ד סי' שכ"ח שהקשה דלמה לא מוקי הגמ' ביבמות שבא עלי' שלא בעדים ומתרץ דביבום לא בעינן עדות וכן כתב הגר"א בביאורו לאהע"ז סי' קס"ו ס"ק ט'. וכן י"ל דלכן לא מוקי הגמ' דהעידו העדים שלא בפני האשה שהיבם בא עלי' דלהחזיקה לאשתו גמורה דודאי בעינן בפני האשה והיבם בעצמו אינו נאמן כמש"כ הרשב"א והגרע"א ולהשקותה מהני גם שלא בפני האשה משום דליתא בזה דררא דנפשות דיש לומר דאם לא יועיל קבלת עדות שלא בפני האשה לכל מילי לא יועיל גם להשקותה משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמ"ש א"א הגאון נ"י בסימן כ"ח וסי' ל' ובאמת מוכח מדברי הכ"מ והירושלמי דממעט חרשת משום שאינה בואמרה. דהשקאת סוטה לא הוי כדיני נפשות דאל"כ ממילא ידעינן דקטנה וחרשת לאו בת עונשין נינהו וכן מוכח מהא דס"ל לר"א דמשקין לה ע"פ אחד וע"פ עצמו ואי היה זה כנפשות היה שני עדים גם מוכח מסוטה (כ"ו) דממעטינן לשקינא לה דרך אברים דאינה שותה. אף דבקפידא דבעל תליא רחמנא ואי נימא דהשקאת סוטה הוי דיני נפשות איך היה הסברא להשקותה במקום דהתורה פוטרתה מעונש מיתה. וכי הקפידא דבעל יכול לחייבה מיתה או עונש אחר אלא ודאי דהשקאת סוטה לא הוי כדיני נפשות והשתיה לא מיחשב לאיזה עונש רק התורה הטילה עליה לברר הדבר אם טהורה היא או טמאה היא. וכן מוכח דזה לא הוי ד"נ מהא שחקר המ"ל בפ"ד מה' סוטה דאשת כהן גם אם היא אנוסה המים בודקין אותה ואחרי שהשקאת סוטה לא הוי כדיני נפשות שפיר נוכל לומר דלכן צריכין למעט קטנה וחרשת דלא ישתו משום דבקטנה לא יבא לעולם לדררא דנפשות ובזה מקבלין עדות גם בקטנותה ובא הקרא למעט דאינה שותה ומהא דמעלין את הסוטה לב"ד הגדול שבירושלים אין ראיה דזה הוי ד"נ דזה הוא רק גזירת הכתוב ולפי דברי התוס' סוטה (דף ז' ע"ב ד"ה מה להלן בב"ד של ע"א כו') שכתבו דאינו מעכב האיום בדיעבד ומהא דקיבלו עדי קינוי וסתירה בב"ד שבעירו ולא לפני הסנהדרין מוכח דלא הוי זה דיני נפשות דהא בנפשות צריכין העדים להעיד בפני סנהדרין כמש"כ הרמב"ן עה"ת פ' שפטים והובא בפ"י למכות (דף ה' ומה שכתבו התוס' סוטה (י"ז ע"ב ד"ה מה משפט ביום דדין סוטה ביום דומיא דד"נ כו' עיי"ש י"ל דזהו רק לענין עצם הדין מחמת הגז"ש דועל המשפט ולא ביתר הדברים ועיין בטורי אבן מגילה (כ"א ע"א ד"ה מה משפט ביום):

ח

אך יש לדון דלא לקבל העדות מהעדי סתירה בקטנה שזינתה להפסיד כתובתה אף דלהחזיק מקבלין שלא בפני הבעל דין הנה הש"ך ח"מ סי' כ"ח ס"ק כ"ט כתב דאם

יפסול בהגדת העדים השטר אשר בידי התובע מקרי זה להוציא שאין מקבלין העדות שלא בפני התובע כמבואר סי' ק"ח סעי' ט"ז ואולי יש לומר דמיירי הרמב"ם במקום שאין כותבין כתובה או אף במקום שכותבין כתובה כונתו דמפסדת הכתובה שאינה גובה. אבל אין קורעין ג"כ את השטר עד שתגדיל וכדאי' בסימן ק"ח סעי' ט"ז הנ"ל אמנם המהרי"ט בח' ח"מ סי' ל"ב כתב ומובא בש"ך ס"ק הנ"ל דמה שמקבלין עדות לפטור גם שלא בפני התובע היינו דוקא במקום שיש תביעה אבל במקום שבא הנתבע לפטור א"ע מחיובו בלי תביעת התובע אין מקבלין שלא בפני התובע אף לפטור והנתיבות בסי' כ"ח בחידושים ס"ק ל"ג כתב דקטנים הוי כמו שלא תבע אדם וא"כ בנ"ד בודאי מיירי בנשואה דאי בארוסה וכתב לה כתובה לא היה להרמב"ם להזכיר מה שאין משקין אותה דכל ארוסה אף גדולה אינה שותה וא"כ שייך כתובתה לעצמה ולא לאביה. ולפי זה בלתי אפשר לקבל העדות אף לפטור אותו הא אין מי שיתבע ממנו ואולי סובר הרמב"ם כשיטת הרשב"א המובא בתומים סי' ק"י ס"ק כ"ט דאם העדים רדופים להלוך למדינת הים מקבלין עדותן גם נגד קטנים:

ט

ונלע"ד לומר בעזהשי"ת דלכן מקבלין העדות בקטנה שזינתה להפסיד כתובתה מהא שפסק הרמב"ם פ"ג מה' עדות הלכה י"א דמקיימין שטר שלא בפני בעל דין וכן פסק המחבר בח"מ סי' מ"ו סעי' ה' והסמ"ע שם ס"ק י"א כתב דגם נגד קטנים מקיימין השטר. ויעיין כת"ה מש"כ הש"ך שם ס"ק ו' והתומים ס"ק ה'. והכ"מ הלכה י"א הנ"ל כתב מפורש הטעם משום שקיום שטרות הוי רק מדרבנן ובמילתא דרבנן אין אנו צריכין לקבל העדות בפני הבעל דין ולא הביא הטעם דמשום שלא על מנה שבשטר הם מעידין וא"כ רואין אנחנו דבמילתא דרבנן מקבלין העדות גם שלא בפני הבע"ד. והב"ש סי' קט"ו ס"ק כ"א מביא בשם המהרי"ק דמש"כ הרמב"ם דקטנה שזינתה מפסדת כתובתה היינו רק עיקר הכתובה אבל אינה מפסדת נכסי מלוג ונכסי צ"ב שלה שאינם בעין וא"כ מה שמפסדת עיקר הכתובה הוי זה רק מילתא דרבנן כמו שפסק הרמב"ם בכמה מקומות בה' אישות שכתובה היא דרבנן ובדבר שהיא מדרבנן מקבלין העדות גם נגד קטנים ואף שיש לדון דמפסדת התוספות כמו שראיתי במהרי"ק סי' פ"א וזה הוא דבר מה"ת כדאי' בשו"ע אהע"ז סי' ס"ח סעי' ח' דלכן אינו נאמן אם טוען פ"פ מצא להפסידה התוס' דנוכל לומר דמיירי הרמב"ם בה' סוטה הנ"ל במקום שאין לה תוספות רק עיקר כתובה. ובמקום שיש לה גם תוספות אולי לא יהיו נאמנים גם על עיקר כתובה משום דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמש"כ א"א הגאון נ"י בנחל יצחק סי' כ"ח וסי' ל"ג ומה

שתפסיד המזונות ומזונות הוי מה"ת כמו שפסק הרמב"ם פרק י"ב מה' אישות נוכל לקבל העדות גם בקטנה הא בידי הבעל לגרשה ויפטור ממזונות בלי הגדת העדים וגם באם יש לה אב אינה יכולה קטנה לקבל גיטה לפי דעת רש"י בגיטין (ס"ד ע"ב) ג"כ יכול הבעל לגרש לה ע"י אביה ויפטור עצמו בלי הגדת עדים ממזונותי'. וביותר י"ל לפי אשר כתב כא"א הגאון נ"י בסוף ספרו נחל יצחק ח' א' בקונטרסו על סי' ע"ז מאהע"ז דמה שחייב הבעל במזונות אשתו מה"ת משום דאגידא בי' ומעוכבת בשבילו להנשא ובמקום שרוצה לגרשה והעיכוב אינו בשבילו אז פטור ממזונותי' מן התורה רק חייב משום תנאי כתובה דכל זמן אשר לא שילם לה כתובתה מחויב במזונותיה וא"כ שפיר מקבלין העדות מעדי סתירה גם בקטנה להפסיד מזונותי' דהא במקום שרוצה לגרשה אין מחויב במזונותיה מן התורה ועיקר החיוב משום תנאי כתובה ולדעת הרמב"ם המובא בשו"ע אהע"ז סי' צ"ג סי' ט' באם מחלה לו הכתובה אין לה מזונות משום דאין לה עיקר הכתובה אין לה גם התנאי כתובה א"כ כיון דעל עיקר הכתובה מקבלין גם נגד קטנה משום דבמילתא דרבנן לא בעינן שיהי' הקבלת עדות בפני הבע"ד וא"כ אחרי שיועיל עדותן לפוטרו מעיקר הכתובה יפטור ממילא ממזונותיה:

ו

אמנם יש לדון ולומר דאם חייב לה מזונות מימי הסתירה עד הגדת העדים דאז לא נוכל לקבל העדות בקטנה שזינתה דבזה לא יועיל מה שרוצה לגרשה עתה דאינו מיפטר מהמזונות שלעבר וא"כ מפסדת המזונות מימי הסתירה רק ע"י הגדת העדים אבל נוכל לומר דהרמב"ם בה' סוטה מיירי במקום שנותן לה מזונות עד הגדת העדים ויפטור רק עתה אחרי הגדתם ולזה אינו צריך להגדת העדים כמש"כ למעלה וגם יש לדון ולומר דקטנה שזינתה אינה מפסדת מזונותי' לפי דברי המהרי"ק הנ"ל שכתב לדעת הרמב"ם דקטנה שזינתה אינה מפסדת רק עיקר הכתובה והתוספות אבל לא יתר הדברים ונכלל בזה גם מזונות ואף די"ל דגם באשה שזינתה שייך הטעם דבעמוד והוציא קאי כמו שאמרו ביבמות (פ"ה) גבי פסולי כהונה וא"כ גם קטנה שזינתה מפסדת ג"כ מזונות דזה אינו שייך לומר רק ביושבת עמו אבל לא במקום שהוציא אותה מביתו כמו גבי סוטה שמפרישין אותה מבעלה עד אחר שתיתה וביותר מוכח כן מדברי הרמב"ם פ' כ"ד מה' אישות ה' ו' שכתב דאשה שזינתה אין לה כתובה ולא אחד מתנאי כתובה שהרי מעשיה גרמו לה להאסר על בעלה ולפי דברי המהרי"ק הנ"ל דלבד הכתובה והתוס' אינה מפסדת שום דבר מתנאי כתובה משום דקטנה לאו בת קנס היא א"כ אין מעשיה גרמו לה להפסיד שום דבר מהתנאי כתובה אשר בהם גם מזונותיה. ולכן אין בהגדת העדים

נפקא מינה למילי דאורייתא ורק להפסיד כתובתה שהיא מדרבנן. ובזה מקבלין עדות גם נגד קטנים כמו בקיום שטרות. אמנם י"ל דמה שכתב הרמב"ם וכן בכל המקומות שנזכר דכתובה היא דרבנן רק טרם שכתב לה אבל אחרי שכתב לאשתו כתובה התחייב לה כמו התוספות שהיא מה"ת:

יא

וראיתי בפני יהושע אשר איני זוכר כעת מקומו:

דאם ארוסה לית לה כתובה והבעל כתב לה מעצמו דאז אינו זוכה אבי' בהכתובה משום דהוי כמתנה:

אשר אינו זוכה האב במה שנותנין לה במתנה וכן כתב בגיטין (ל"ה ע"א ד"ה אי) משום שאם כתב לה או שיש לה ע"פ תנאי ב"ד לא גרע משאר חוב ונראה מדבריו דהוי דאורייתא ויש לעיין בח"מ וב"ש סימן ל"ז ס"ק א' ובפסק הרמב"ם פ"י מה' אישות ה' י"א דאין לארוסה כתובה רק בדכתב לה ומ"מ פסק בפ"ג ה' י"א דהכתובה לאב אבל מדברי הפ"י כתובות (דף מ"ג ד"ה רבה ורב יוסף) נראה ברור דאם כתובה מדרבנן אז גם בכתב לה הבעל כתובה לא הוי רק דרבנן. והאב זוכה בהכתובה מדרבנן ולא דמי לארוסה דלית לה כלל ומה שנותן לה מדעתו דמי למתנה אבל היכא שמחויב בדרבנן ונתן לה נתן רק לצאת ידי חובתו ועיקר חיובו אינו אלא מדרבנן ומדברי הרמב"ם פ' כ"ד ה' ג' מה' אישות ומדברי המחבר סי' ס"ח סעי' ח' ומכתובות (דף ק"י) ומדברי הרמב"ם וכל הפוסקים בהענין דנשא אשה בא"י נראה ברור שגם אם כתב לה כתובה לא הוי אלא דרבנן וכן נראה מדברי הט"ז אה"ע סי' צ"ו ס"ק ט"ו דאף בכתב לה לא הוי רק דרבנן, וכן יש להעיר דכל דבר שהאשה מפסדת אם זינתה לא הוי רק קנס דרבנן ומה"ת אינה מפסדת מאומה ולכן בקטנה שזינתה לא תפסיד מידי כמש"כ המהרי"ק דקטנה לאו בת עונשין היא הנה התוס' סוטה (דף כ"ז ע"א ד"ה איש איש כו') כתבו דלפוסלה מכתובתה לא צריך קרא דכתובה לא הוי רק דרבנן דלכאורה י"ל דהנ"מ לענין מזונות שזה מה"ת כמו שפסק הרמב"ם פ' י"ב מה' אישות ה' ב'. אלא ודאי דלזה אין אנו צריכין לקרא דהא בידי הבעל לפטור את עצמו באם רוצה לתת לה גט וממילא יופטר ממזונותיו כמש"כ למעלה אבל יכול להיות דלותה ואכלה או שתובעת ממנו מזונות מהימים שאחרי הסתירה דבזה לא יכול למיפטר נפשו במה שרוצה לגרשה עתה. וכן באם התחייב לתת לה כתובה מעצמו או שיש לה נכסי מלוג וצ"ב שאינם בעין וצריכין קרא לכל אלה אשר תפסיד האשה. וכעין זה כתבו התוס' גיטין (דף מ"ז ע"ב ד"ה ולביתך כו') וראיתי בפני יהושע אשר שכחתי כעת מקומו שכתב אשר אף בזמן התורה דלא הי' הבעל חייב בכתובה

אבל אם כתב אז מעצמו הי' מחויב לשלם לה ככל חוב שמתחייב מעצמו ובכל זה אין לנו פסוק מיוחד להפסיד לאשה שזינתה איזה דבר שבממון ממה שהבעל מחויב לה:

וא"כ מה שמפסדת הדברים המבוארים בשו"ע אהע"ז סי' קט"ו הוי רק משום קנס חכמים וקטנה לאו בת קנסא היא והא דמפסדת הכתובה והתוספת זה לאו משום קנסא כמו שיראה המעיין במהרי"ק סי' פ"א:

יב

ולדעתי העני' יש להעיר בדברי הנוב"י סי' ע"ב בסתירת היתר ד' שכתב דלכן אינם יכולין העדים להעיד רק בפני האשה משום דפתוך דרא דממונא דהפסד כתובתה ולפי מה שכתבתי למעלה הוי הפסדת כתובתה רק מילתא דרבנן שאינן צריכין להעיד ע"ז בפני האשה וגם במה שמפסדת המזונות ג"כ אינם צריכין להעיד בפניו דכיון שמפסדת כתובתה ממילא תפסיד מזונותיו לדעת הרמב"ם דאם מחלה הכתובה אין לה גם מזונות דכיון שעיקר כתובה אין לה הפסידה גם המזונות שיש לה מחמת תנאי כתובה ואף לדעת הפוסקים בסי' צ"ג דבמוחלת כתובתה יש לה מזונות בחיי' זה משום דאגידא בו ומעוכבת להנשא בשבילו וכמו שהבאתי בשם כבוד א"א הגאון נ"י אבל היכא דרוצה לגרשה ומהכתובה פטור מחמת הגדת העדים מיפטר גם ממזונות ודוחק לומר דהסוגיא בסנהדרין (דף מ"א) אזלא אליבא דמאן דאמר דכתובה דאורייתא לא אליבא דהלכתא. וכן דוחק לומר דכיון שבאשה שיהי' לה נכסי מלוג וצ"ב או תוספת כתובה צריכין לקבל בפניו לכן צריכין להעיד בכל מקום בפני האשה כמו שכתבו גבי ארוסה הא בכל מקום שנזכר ד"ר. ד"מ בעדי נשים כמו בסוף יבמות זה רק משום הכתובה ולא מחמת הנכסי מלוג וצ"ב והתוספת כתובה דליתא זה בכל הנשים ודברי הנוב"י צריך עיון גדול בעיני וראיתי בברית אברהם ח' אהע"ז סי' צ"ב אות י"ד שכתב דלכן מקבלין עדות לפטור הבעל מחדר"ג משום דבדרבנן מקבלין עדות שלא בפני הבע"ד ושמחתי מאוד מה שמצאתי ראי' לדברי מדברי הגאון הזה ובסוטה כ"ז אין שייך לדון דלכן לא צריך קרא לפטור הבעל ממזונות מחמת שבידו לגרשה הא חרש ושוטה לאו ב"ג נינהו וכן חבוש בבית האסורים אין בידו לגרשה ובכ"ז אין לנו קרא מיוחד להפסיד נשותיהן ממזונות. ושפיר הוכחתי דכל מה שאשה מפסדת אם זינתה הוא רק קנס דרבנן:

יג

והנני לשוב לתחילת דברי מה שכתבתי דלכן מקנין לקטנה לאוסרה על בעלה כמש"כ הרמב"ם בפ' ב' מה' סוטה דמשום דבזנות קטנה לא יבא לעולם לדרדא דנפשות ולכן מקבלין עדות עלי' גם בקטנותה מה"ת ולהפריש בעלה מאיסורא הקילו שגם מדרבנן לא בעינן קבלת עדות בפני הבע"ד הנה ראיתי בנוב"י סי' ע"ב שכתב לבאר דעת

הרמב"ם דסובר דאין שום חילוק בין ממון לנפשות לענין קבלת עדות שלא בפני הבע"ד דלכתחילה בעינן מה"ת גם בממון קבלת עדות בפני הבע"ד וא"כ אף דליכא בזנות קטנה דררא דנפשות יש ללמוד דבר דבר מממון וכמו שראיתי בשו"ת מוהר"ב אשכנזי ולפי פשטות לשון הרמב"ם פרק ב' מה' סוטה הנ"ל נראה ברור דמיירי לענין דלכתחילה וביותר מה שהביא מקרא דכתיב אשה למעט קטנה בודאי מיעטה התורה דלכתחילה לא תשתה הא בלתי הקרא ג"כ לא היתה יכולה לשתות משום דלא נוכל לקבל העדות בקטנה משום דילפינן דבר דבר מממון הנה לדינא לדעת הרשב"א דבממון אין צריך מן התורה קבלת עדות בפני הבע"ד ורק לאסור אשה על בעלה צריכין דוקא בפני הבע"ד משום דאיתא בזה דררא דנפשות כמו שכתב הרמ"א בשו"ת סי' י"ב אם כן בקטנה דליכא דיני נפשות וכן באופן אחר דליתא בו דררא דנפשות כמו בענין שמיירי הברית אברהם שפיר יש לומר דנקבל גם שלא בפני האשה דדמי לדיני ממונות ובמקום דליכא דיני נפשות מקילינן יותר בעדי נשים משום לאפרושי מאיסורא אבל לדעת הרמב"ם אי אפשר לומר כן ואם כן תשאר קושייתי דאיך מקנין לקטנה לאוסרה על בעלה וביותר דלמה להרמב"ם להביא מקרא דאינה שותה. הא בלתי אפשר לקבל העדות מהעדי סתירה ואף לדעת הסוברים דגם בקטנים מקבלין עדות אם העדים היו חולים וכדומה אין לתרץ דמיירי הרמב"ם במקום אונס ולכן איצטריך לן קרא שלא להשקותה הא לפי דעת רוב הפוסקים הא דמקב"ע בד"מ במקום אונס זה רק משום הפקר ב"ד ובהשקאת סוטה ליכא הטעם הזה וגם לדעת הנוב"י סימן ע"ב דגם בנפשות מהני אונס תשאר הקושיא אליבא דהסוברים דבקטנים לא מהני אונס. וביותר אם נאמר דהשקאת סוטה היא ד"נ:

ולהגמ"ד בנפשות לא מהני אונס בוודאי לא צריך קרא שלא להשקות את הקטנה:

יד

ולחומר הקושיא על דברי הרמב"ם פ"ב ה"ב מה' סוטה הייתי אומר דמה שאמרינן דקטנים כמאן דליתא דמי לענין קבלת עדות עליהם דזה הוי רק מדרבנן ומן התורה מקבלין עדות גם נגד קטנים כמו שאבאר בעזה"י הנה בנפשות בעינן לכל הדיעות לקבל העדות מן התורה דוקא בפני הבעל דין ולפי דברי הנתיבות סי' כ"ח ס"ק י' הוי זה גזירת הכתוב בלי שום טעם. ובמיתת השור בעינן ג"כ שיהי' בפני השור משום דכמיתת בעלים כך מיתת השור וגם באין לו בעלים ה"ז נסקל כמש"כ הרמב"ם ה' נזקי ממון פ' יו"ד ה"ו ואם כן רואין אנחנו דהתורה הצריכה שיהי' הקבלת עדות דוקא בפני הנידון ואף בשור דלאו בר טענתא הוא ואינו מרגיש מאומה מכל מקום התורה שיהי' דוקא בפניו ומה שאינו מרגיש מאומה לא אכפית לן מאומה וסגי במה שנעשה הדבר בפניו וכמו שכתב

הנתיבות אף דבשור אינו שייך הטעם דלא יוכלו העדים להעיז מכל מקום גזרה התורה שיהי' דוקא בפניו:

ואם כן למה יגרעו קטנים משור לגבי זה דכיון שיגידו העדים בפניהם אין לנו לראות מה שהמה לאו בני דעה נינהו ואינם יודעים מה להשיב להעדים והגזירת הכתוב נתקיים במה שהעידו בפניהם ואין שום סברא לחלק משום דקטנים יבאו לכלל דעת לכן הצריכה התורה להמתין עד שיגדילו ויש לעיין בקצה"ח סימן י"ג ויש לעיין בנדה מ"ו דלר"ה מה"ס ל"א דאם הקדיש ואכל לוקה וראיתי בספר מי נדה דכתב להוכיח מהתוס' שם ע"ב ד"ה כגון דלוקין אותו בקטנותה וא"צ להמתין עד שיגדיל ולפי דבריו מוכח דמה"ת מקבלין עדים גם בקטנים:

טו

ולכן נראה לענית דעתי לומר דמה שאמרו לגבי קבלת עדות קטנים כמאן דליתא דמי זה הוא רק מדרבנן ומן התורה מתקיים והועד בבעליו גם באם העידו בפני קטנים כמו דנתקיים בשור הנסקל עד עמדו לפני העדה למשפט ורק מתקנת חז"ל צריכין להמתין בהגדתם עד שיגדילו וא"כ שפיר יש לדון דלא תיקנו רק בממון אבל לא במקום דצריכין להפרישם מאיסורא ולכן שפיר צריכין קרא למעט קטנה וחרשת דאינן שותין וכן מה שמקנין לקטנה לאוסרה על בעלה נוכל לקבל העדות גם בקטנותה ויש לעיין בדברי הנ"י ב"ק המובא בשו"ת רע"א סימן ק"ה דסובר דקטנים גרעי טפי משלא בפני בעל דין דמשום דהתם יש בעל דין בעולם ובקטנים ליכא בעל דין בעולם ולפי מה שכתבתי עדיפי קטנים משלא בפני בעל דין ולפי מה שכתבתי לפרש טעם הרמב"ם דלכן מפסדת כתובתה משום דבמילתא דרבנן מקבלין עדות גם בקטנותה אם כן נראה דלא גרעי להרמב"ם קטנים משלא בפני בעל דין וכמו שכתב בפ' י"ב מה' מלוה ה"ז דגם נגד קטנים מקיימין השטר ודעת הרמב"ם כדעת הרשב"א המובא בשו"ת רע"א סי' הנ"ל שאינו מחלק בין קטנים לאין הבעל דין בפני העדים:

טז

ויש להעיר מגיטין (דף ע"ח) דמקיש הוי' ליציאה גבי ד' אמות דהוי רק מדרבנן וא"כ נימא גם בהגז"ש דבר דבר מממון דגם מה שאין מקבלין עדות נגד קטנים לא הוי זה רק דרבנן ויש ללמוד מממון גם לענין זנות כמו דגבי ממון אין מקבלין עדות נגד קטנים כמו כן לא נקבל העדות לאוסרה על בעלה משום הגז"ש ואין מקום לחלק בזה בין היקש לגז"ש אבל באמת אין הענינים שוים וכמו שאמרו בידים פ"ג משנה ב' דאין למדין דברי סופרים מדברי סופרים ובמקום דאיכא צד לאפושי מאיסורא העמידו על דין תורה ולא הצריכו לקבל העדות אחר שתגדל. ואין לומר כיון דכתיב והועד בבעליו ולא ישמרנו

וקטנים לאו בני שמירה נינהו לכן אמרינן דקטנים כמאן דליתא דמי דאי נימא כן לא יהי' שום משמעות מקרא זה להצריך בכל דבר שלעבר עדות בפני הבע"ד ויש לעיין ברשב"א ב"ק (דף קי"ב) מש"כ בזה:

אך יש לסתור דברי מה שכתבתי דמן התורה מקבלין עדות על הקטנים דלא גרעו משור הא הרמב"ם בפ' ו' ה' יו"ד מה' גירושין כתב דלכן קטנה אינה עושה שליח לקבלה מפני ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידין על הקטן שאינו בן דיעה גמורה. וא"כ רואין אנחנו שדעת הרמב"ם דמה שאינן מקבלין עדות נגד קטנים זה מה"ת וביותר יש לתמוה דאיך כתב הרמב"ם בה' סוטה דמקנין לקטנה הא הקינוי צריך להיות דוקא בפני עדים כמו שפסק כר"י בסוף ה' סוטה ולפי דבריו בה' גירושין הנ"ל דאין מעידין על הקטנה, א"כ איך יכול לקנאות קטנה בפני עדים דמ"ש מהא דאינה יכולה לעשות שליח לקבלה משום דלא יוכלו העדים להעיד על זה:

יז

ורציתי לומר אולי כוונת הרמב"ם דהאשה בעצמה צריכה להזמין העדים על מה שעושה שליח לקבלה. ואם העדים ראו מעצמן תוכל לומר דלא כיונה לגירושין אף שהעדים שמעו איך שאמרה להשליח להיות לה שליח לקבלה והוי זה כמו בקידושין דאם לא ראו את העדים תוכל לומר דלא כיונה לקידושין כמבואר באהע"ז סי' מ"ב. וא"כ שפיר כתב הרמב"ם דהזמנת קטנה להעדים לא מיחשב לכנוס. אבל בדבר שאין הבע"ד צריך להזמין להעדים מעידין מה"ת על קטנים הנה לבד אשר לשון הרמב"ם אינו מורה כן וביותר אשר אם היתה כוונתו משום דאין דעת לקטנה להזמין העדים היו לו לומר הטעם שכתב הראב"ד דבעינן בשליחות שיהי' המשלח בן דעה ולמה לו לכתוב הטעם הזה גבי הזמנת העדים וכן מוכח מגיטין (דף ס"ג) ומדברי השו"ע אהע"ז סי' קמ"א סעי' ח' דלא בעינן בשליח קבלה שהאשה תזמין דוקא בעצמה את העדים וסגי אם העדים שומעים אף אם האשה לא ראה אותם:

יח

ויש לפלפל בדברי הברית אברהם ח' אהע"ז סי' צ"ב אות ט' מה שכתב שם דהיכא שעיקר העדות רק לברר אמיתת הדבר סגי בעדות מיוחדת ורק בקדושין לא מהני עדות מיוחדת משום דתוכל לומר דלא היתה כוונתה לקדושין אם לא ראתה את השני עדים ביחד וכפי הנראה ברור גם בשליחות לקבלה עיקר העדות הוי רק לברר אמיתת הדבר וסגי גם בעדות מיוחדת לדברי הברית אברהם הנ"ל ונוכל לומר דאף לדעת הרא"ש המובא בב"ש סי' הנ"ל ס"ק י"א דעד אחד אינו מצטרף להשליח ובעינן שני עדים לבד השליח משום דהשליח במקום האשה מ"מ יודה הרא"ש דסגי אם השני עדים לא היו ביחד

ואחד שמע מחדר זה והאחר שמע מחדר אחר וכן לא שייך בזה הסברא דתוכל לומר דלא כיונה לגירושין ויש לדמות זה לבימל הבעל את הגט דמהני אף אם ביטל זה שלא בפני זה כמש"כ הב"ש סי' קמ"א ס"ק צ"ד ולא יוכל הבעל לומר דלא כיון לבטל באמת משום דלא ביטל בפני שני עדים וכמו כן אינו שייך לומר במינוי השליח לקבלה דיהי' העדים דוקא מזומנים מהאשה וא"כ בודאי נראה מדברי הרמב"ם דלא מהני הגדת עדים על קטנים, בכל דבר משום דקטן כמאן דליתא דמי:

יט

ואולי נוכל לומר פשוט דמה שכתב הרמב"ם כוונתו דלא ישקו אותה אף אחר שנתגדלה לכן כתב לכן אין משקין לקטנה משום דכתיב אשה והתורה הצריכה שיהי' בידי הבעל להביאה אל הכהן להשקותה תיכף אחר הקינוי אבל היכא שאינה ראוי' לשתי' אחר הקינוי מחמת שהיא קטנה אינו יכול להשקותה גם אחר שנתגדלה ודמי זה למש"כ הרמב"ם בפ' ב' ה' י"א מה' סוטה באילונית אם לא היתה ראוי' לשתות אחר הקינוי כבר נידחת מלשתות לעולם וכמו שכתב שם המשנה למלך בפשיטות דאם לא היתה בת שתי' מן התורה אחר הקינוי אינה שותת לעולם וא"כ קטנה דאינה בת שתי' משום דכתיב אשה ולא קטנה ואינה שותה אף אם נתגדלה בין קינוי לסתירה וי"ל דכוונת הרמב"ם במה שכתב דאין משקין לקטנה משום דכתיב אשה למעט אפילו בנתגדלה בין הקינוי לסתירה וא"כ שפיר יכולין לקבל העדות מהעדי סתירה ואינה שותת רק משום דכתיב אשה למעט אם היתה קטנה בעת הקינוי ויש לעיין למה בארוסה אם נסתרה אחר שנשאת דשותה הא לא היתה ראוי' אחר הקינוי ואין פה המקום להאריך בזה:

ובאמת מוכח דכוונת הרמב"ם למעט קטנה גם היכא דנתגדלה בעת השתי' דאם היתה גם אז קטנה ממילא אינה שותת משום דלאו בת שבועה היא ואין נותנין שבועה לקטנה ואף למה שכתב כבוד א"א הגאון נ"י בספרו נחל יצחק סי' ז' דעונש שבועה יש גם על קטנים. אבל לכתחילה בודאי אין משביעין קטנים גם מן התורה ואין פה המקום להאריך בזה:

ומה שממעט הירושלמי חרשת דאינה שותת ולפי דברי הקרבן עדה שם מיירי באינה שומעת ואינה מדברת. נוכל לומר דמיירי בנתקבל העדים בעת שהיתה פקחת ואח"כ נתחרשה והיתה ראוי' לשתי' אחר הקינוי והסתירה ואין בזה קבלת עדות שלא בפניו הא נתקבלו העדות בעת שהיתה פקחת ואינה שותת רק משום דלא תוכל לישבע שאינה בואמרה וזה פשוט:

כ

אמנם בקטנה יש לומר דלא היתה צריכה לשתות גם אם נתגדלה בין קינוי לסתירה הא אין מקנין לאשה רק עפ"י שני עדים כמו שהבאתי למעלה וא"כ ממילא לא תוכל לשתות דאין העדים דקינוי יכולין להגיד על הקינוי וכמו שכתב הרמב"ם בשליח לקבלה דאין מעידין על הקטנה ולפי הנראה מדבריו דאין מעידין על מעשה קטנים אף אחר שנתגדלו וא"כ תחזור הקושיא לדוכתי' דלמה למעט קטנה דלא תשתה מקרא. הא אי אפשר לקבל עדות מהעדי קינוי על הקטנה אף אם נתגדלה קודם הסתירה ודוחק לומר דהרמב"ם בה' סוטה מיירי במקום שהקינוי והסתירה היו בפני ב"ד ולכן נצרוך לנו קרא למעט קטנה משתי' וכמש"כ הרשב"א והשמ"ק דאם הב"ד ראו את המעשה יכולין לדון גם בקטנים דלבד אשר זה דוחק גדול הנה נראה ברור מדברי הרמב"ם ה' ג' דגם אם ב"ד ראו לא מהני בקטנים דאל"כ היתה קטנה יכולה לעשות שליח קבלה בפני ב"ד:

אמנם קשה מאוד לומר דכונת הרמב"ם דעדים לא יוכלו להעיד על מעשה קטן אף אחר שנתגדל הא מעידין על קטנים אחר שנתגדלו כדאי' בח"מ סי' ק"ח סעי' ג' וכן מוכח מקדושין (דף י"ט) מה שאמרו איש פרט לקטן ולפי דברי הרמב"ם דאין מעידין על מעשה קטן א"כ ממילא קטן פטור ממיתה הא בלתי אפשר לקבל עדות עליו אף אחר שנתגדל ודוחק לומר דנצרך לנו המיעוט היכא דהב"ד ראו את המעשה ולפי מש"כ למעלה לא מהני זה בקטן וכן קשה דאיך פסק הרמב"ם דקטנה שזינתה אסורה לבעלה. ונראה מפשטות הלשון שנאמר אף אם לא ראה הבעל בעצמו רק נודע לו עפ"י עדים. הא אין מעידין על מעשה קטנה אף אחר שנתגדלה וא"כ איך יכולין לאסור קטנה לבעלה ע"י הגדת עדים. ולפי דברי הרמב"ם בה' גירושין הנ"ל לא תועיל הגדת העדים אף אם יעידו אחר שנתגדלה וכן יש להעיר עפ"י דברי הנתיבות בסי' כ"ח ס"ק ז' שכתב דעדי שליחות לקבלה אינו צריכין להגיד דוקא בפני ב"ד וכן לא בעינן בזה עדות שאין אתה יכול להזימם משום דע"י הגדתם לא נעשה מאומה רק גילוי מילתא בעלמא ודמי לעדות על איסורין דמעידין גם שלא בפני בע"ד ולמה לא יעידו על מעשה קטנה הא דומה לאיסורין שאינם צריכין להעיד בפני הבע"ד והאחרון הכביד מה שהקשה הפני יהושע גיטין (דף ס"ה) במשנה קטנה שאמרה התקבל לי גיטי כו' דלפי דברי הרמב"ם איך קטנה מתגרשת הא בעינן עדי חתימה או עדי מסירה ואין עדות לקטן:

כא

ולדעתי העני' נראה לומר דכוונת הרמב"ם בה' גירושין מה שכתב דקטנה אינה עושה שליח לקבלה אף עפ"י שחצרה קונה לה גיטה כגדולה. חלמא דגם בקטנה יש דין שליחות כמש"כ המגיד משנה והלחם משנה שם מ"מ אינה עושה שליח לקבלה מפני

שש"ק צריך עדים ואין מעידין על הקטן שאינו בן דיעה גמורה זה דוקא במקום שצריכין לדעת בבירור איך היתה דעת הקטן בעת המעשה הנה אף שהעדים יעידו דעשתה אותו לשליח לקבלה בכ"ז אינם יכולים לדעת מחשבתה ודעתה בעת מינוי השליחות ואף שחצר יש לה משום דחצר נעשה לשלוחה ממילא בלי דעתה ומחשבתה אבל מינוי שליח לקבלה צריך להיות דוקא בדעתה ומחשבתה. היהיה פי' ולבה שוים. ולכן אינם יכולין העדים להעיד על מעשה הקטנה דאף אם שמעו ממנה מפורש שמינתה אותו לשלוחה אינם יכולין לדעת אם עשתה זאת בדעה גמורה דקטן אינו בן דעת גמור להגיד עליו בבירור שעשה את הדבר בדעה מיושבה וברורה הנה בגט קטנה שהעדי חתימה או עדי מסירה אינם צריכין לדעת רק דעת הבעל ולא דעת האשה בודאי לא איכפית לן מה שמעידין על הקטנה הא אין מעידין עליו כלל:

כב

ולכן מתורץ קושיות הפנ"י דאין שום דמיון בעדות על מינוי השליח שהעיקר בזה דעת האשה לעידי חתימה או מסירה אשר העיקר בזה דעת הבעל. ואינם צריכין לדעת מאומה את דעת האשה בזה וכן אין קושיא דלמה קטנה שזינתה אסורה לבעל אף אם אינו יודע רק עפ"י עדים. דאשת כהן שנאסרה אף באונס בודאי אין שייך לדון להא דאין מעידין על הקטנה:

הא בזה אין העדים צריכים לדעת את דעתה ורצונה רק לראות את המעשה ולא יותר ושפיר יכולין להעיד אחר שנתגדלה מה שראו מה שעשתה בקטנותה. ואף לפי דעת הרמב"ם דפיתוי קטנה רצון ונאסרה אף לבעלה ישראל ולדעתי הקלה למד הרמב"ם דיש רצון לקטנה מהא דקדושין (דף י"ט) דממעט קטן מהא דכתוב איש אבל בלתי המיעוט היה מחוייב העונש ואי אמרינן דאין רצון לקטנים למה לן למעטי מקרא הא ממילא ידעינן דפטור הוא וע"ז לא שייך תירוץ התוס' שם ד"ה איש איש וכו' וכן יש להעיר בעירובין (דף ג' ע"א) מה דמיעטו קטן מכרת בנכנס בטומאה למקדש דנראה מזה אשר יש רצון לקטן ואם לא היה רצון לקטנים ממילא ידעינן דפטור הוא מכרת ולא שייך בזה תירוץ התוס' שם ד"ה למעוטי נוכל לומר דיכולין העדים להעיד אחר שנתגדלו על מעשיהם בקטנותם לגבי זנות לחייבם איזה עונש בידי אדם אחר שנתגדלו וכן לאסור הקטנה על בעלה אחרי שהעידו העדים בעת שנתגדלה אף דצריכין בזה רצון אבל לא בעינן בזה דעת כמו גבי מינוי שליח לקבלה ודעת ורצון הם שני ענינים נפרדים. ואף שיש רצון לקטנים מ"מ אין דעה להם בכל מקום שבעינן דעת העושה כמו בכל הקנינים וכדומה ולכן מה שכתב הרמב"ם דקטנה אינה עושה שליח לקבלה משום שאין מעידין

על הקטן אין שום שייכות להא דאין מקבלין עדות בפני קטנים משום דלא גרע משור דגזירת הכתוב שיהיה דוקא בפני הנידון אפילו שאינו מרגיש ויודע מאומה בכל זה אין עדים יכולין להעיד אף אחר שנתגדלו על מעשי קטנים במקום שצריכין לדעת את דעתם בבירור ודברי הרמב"ם גבי שליח לקבלה והענין דאין מקבלין עדות בפני קטנים המה שני ענינים נפרדים לגמרי והא דנראה מהרמב"ם פ"ב מה' סוטה דקטנה בת התראה היא יש לומר דא"צ לשמוע רק שמבחנת בין שוגג למזיד ואם כן שפיר הביא הרמב"ם קרא למעט קטנה דלא תשתה. ומן התורה היינו יכולין לקבל העדות מהעדי קנוי וסתירה אף בעת קטנותה הא לא בעינן בזה לשמוע מהם רק המעשה וממילא אמרינן לדעת הרמב"ם דפיתוי קטנה רצון הוא ואין העדים צריכין לדעת את מחשבתה ודעתה כמו שצריכין להעיד על זה במינוי שליח לקבלה ואין סתירה לדברי מדברי הרמב"ם פרק ו' מה' גירושין הנ"ל ושפיר כתבתי לתרץ בעזהש"י דברי הרמב"ם בפרק ב' מהל' סוטה דמן התורה יכולין לקבל עדות גם בקטנותה וצריכין לקרא מפורש דלא תשתה:

כג

ואף אי נימא דמן התורה אין מקבלין עדות בפני קטנים דכמאן דליתא דמי וכדעת הנ"י דקטנים גרעי משלא בפני הבעל דין מכל מקום צריכין להקרא למעט קטנה שלא תשתה היכא שנתגדלה בין קינוי לסתירה וכמו שכתבתי למעלה והעדים שפיר יכולין להעיד אחר שנתגדלה על הקינוי כמו שמעידין בכל מקום אחר שנתגדלו הקטנים על שעשו בקטנותם. היכא דלא בעינן לדעת את רצונם ודעתם רק לדעת את המעשה והעדי קינוי אינם מעידין על האשה רק על הבעל שקינא את אשתו בפניהם ושפיר צריכין לקרא דלא תשתה אף היכא שנתגדלה אחר הקינוי קודם הסתירה והפ"י בגיטין (ס"ה) ד"ה הנ"ל כתב דלולא דברי הרמב"ם ז"ל דהא דאין קטנה עושה שליח בגיטין היינו משום דשליחות זה חוב הוא לה אלא משום דגליא דעתה דניחא לה ואין גילוי הדעת דקטן כלום דקיימא לן בפרק קמא דחולין דקטן אין לו מחשבה ומשום הכי חיישינן שמא חזרה בה בנתיים ובלאו הכי כיון שהשליחות נגמר בדיבור ואין דברי הקטן כלום כדמוכח בפרק קמא דחולין הנה קרובים דבריו לדברי אבל לפי דבריו לא יועיל שליחות דקטנה גבי גט אף אם לא היינו צריכין לעדים במינוי השליח לקבלה והרמב"ם כתב דהחסרון רק מה שהעדים לא יוכלו להעיד אבל בגוף השליחות אין חסרון מה שאין דעה ברורה לקטנה ולמד זה מחצר דקונה הגט אף לקטנה ונראה אשר בעיקר השליחות סגי גם בדעה ברורה דקטנה כמו דגדולה אך העדים אינם יכולין להעיד על זה. דהמה אינם יכולים לדעת אם עשתה השליח בדעה ברורה ומיושבה והוי זה כמו שליח שלא בפני

עדים ואם לא היינו צריכין עדים בשליחות לקבלה היתה גם קטנה יכולה לעשות שליח לקבלה וכמו שחצרה נעשה לשלוחה. אך כיון דבעינן שהעדים ישמעו איך שעשתה אותו לשלוחה אמרינן דאין מעידין על הקטן שאין יודעים הדעה ברורה דקטנה ולא דמי לחצרה שאינו צריך עדים ועיקר כוונת הרמב"ם במה שכתב דאין מעידין על הקטן לחלק מהא דחצר ואין פה המקום לפלפל בדברי הראב"ד והלחם משנה שם ולא באתי רק לפרש דברי הרמב"ם וכונתו בהדין דאין מעידין על הקטן אשר לא יהי' סתירה מדבריו למה שכתב בהלכות סוטה דמקנין לקטנה דנראה ברור אשר מעידין על מעשה קטנים אחר שנתגדלו:

כד

ואחרי כל אלה אין שום ראיה מקטנה שזינתה דיהי' סגי בקבלת העדים בפני הבעל לבד אף שלא בפני האשה דבאשת כהן האסורה גם אם אמרינן דפיתוי קטנה אונס הוא בוודאי יהיה מועיל אם יגידו העדים אחר שנתגדלה וגם לדעת הרמב"ם דפיתוי קטנה רצון לאוסרה אף על בעלה ישראל גם כן יכולים העדים להעיד על המעשה וממילא אמרינן דברצון היה ולא דמי לעדי שליחות לקבלה דהתם בעינן שיעידו על דעתה ומחשבתה אשר אין העדים יכולים לדעת כן בקטנה ובכל מקום שנזכר דקטנה שזינתה אסורה לבעלה אם ידוע הדבר רק ע"פ עדים בוודאי צריכין להגיד עדותן אחר שנתגדלה ואך שמדברי הרמב"ם בהל' סוטה יש מקום להוכיח דמהני העדות בפני הבעל לבד אבל לפי מה שבארתי גם מזה אין שום ראיה ואין שום הוכחה מכל מה שהביא כת"ה דיהיה סגי בעדי זנות לאסור אשה על בעלה אם העידו בפני הבעל לבד:

כה

ולענ"ד נראה ברור דלא מהני מקצת בעלים לגבי קבלת עדות שלא בפני בעל דין מהא דאין גומרין דינו של שור שלא בפניו. הא אין לנו מקצת בעלים יותר מזה אשר יש שייכות להבעלים בגוף השור ומכל מקום אין גומרין דינו בפני הבעלים לבד ואין שום מקום לחלק דלגבי הבעלים הוי רק דיני ממונות ולגבי השור הוי דיני נפשות כמו שהבאתי למעלה בשם הגאון ר"צ מגלוגא זצ"ל. ולכן אינו מועיל המקצת שיש להבעלים לגמור דינו של שור למיתה אשר זהו דיני נפשות הא בכל זה הוי בשם מקצת בעלים אלא וודאי דאינו מהני בזה מקצת בעלים וכן יש להוכיח מהא דינאי דלמה לא קיבלו העדות בפני העבד דאין לנו מקצת בעלים יותר מזה ויש לעיין בדברי התה"ד סימן קע"ו בפסקיו המובא בשו"ת רע"א סימן ק"ד א"כ רואין אנחנו דצריכין לקבל דוקא בפני שניהן ולא מהני אם נתקבל בפני אחד מהבעלים וכן נראה ברור מהרמ"א סימן י"א ס"ק ד' דבעינן שיהי' קבלת עדות בפני האיש והאשה דוקא. ולא סגי באחד מהם:

כו

ואחר כותבי כל אלה ראיתי בברית אברהם סימן צ"ד שהאריך הרבה בדין קבלת עדות אם בעינן דוקא בפני הבעל והאשה או סגי באחד מהם ומביא שו"ת הרמ"א דבעינן לקבל העדות בפני האיש והאשה ולא מהני אם קבלו בפני האשה ולא בפני הבעל ויש להעיר מסוטה (כ"ה) דב"ד מקנין לאשת חרש שוטה וכו' ואיך קבלו העדות שלא בפני הבעל ולפי מה שכתבתי למעלה דאפוטרופוס הוי כבעלים לענין קבלת עדות אם כן הב"ד הוין כבעלים. וזולת זה הא התם הבית דין מקנין בתורת זכות להפרישו מאיסור ולזכות מקבלין עדים שלא בפני הבעל דין אבל לא אבין בעניי למה לא נאמר בכל מקום לקבל עדות שלא בפני הבעל מטעם זכות כמו גבי קינוי שבית דין מקנין בתורת זכות ומקבלין העדות בתורת זכות ולכל הפחות במקום אונס כמו בחבוש בבית האסורים אולי זה דוקא בקינוי וסתירה אשר מרבינן מקרא מפורש בדף כ"ז ולא במקום אחר וכן מצאתי אחר כך בשער המשפט סי' כ"ח ס"ק ח' שהביא את דברי הר"ן סוף פרק השולח דאם נתקבל עדות לפני שותף אחד לא מהני לחייב את השותף השני וכן הביא מהא דינאי אשר לא מהני מקצת בעלים בזה וכן הביא מחלוקת הפוסקים אם מהני השליח ואפוטרופוס בזה ולא העיר מדברי התוס' ב"מ (צ"ו ד"ה שליח) אשר הבאתי למעלה וכן ראיתי בשו"ת מים חיים חלק אהע"ז סי' ח' שכתב גם כן דבעינן דוקא בפני האיש והאשה ומביא גם כן מהא דינאי הנה כל גדולי האחרונים כתבו להלכה דבעינן דוקא לקבל העדות בפני האיש והאשה ואין לנו לזוז מדבריהם:

כז

מה שכתב כת"ה לחדש דנקבל העדות בכתב ונשלח ליד הבעל המעשה ב"ד ומה שיקרא הבעל את הגדת העדים יהיה זה כקבלת עדות בפניו על פי דברי הנתיבות סימן כ"ח ס"ק ו' ולדעתי בלתי אפשר לומר זה. הנה הנתיבות כתב לתרץ קושיית האו"ת שהקשה על שיטת ר"ת דמכשיר עדות בכתב הא העדים כתבו שלא בפני הבעל דין ומתרץ הנתיבות שפיר דמה שיקרא הב"ד את כתב העדים בפני הבעל דין הוי זה כמו שהעידו בפניו. אבל לדידן דאינו מועיל עדות בכתב אינו שייך לדון ולעשות מעשה על פי דברי הנתיבות ומה יועיל את אשר יקרא הבעל את דברי העדים מה שהעידו שלא בפניו, וכבר כתב הרמ"א בשו"ת סימן י"ב דלאסור אשה על בעלה אינו מועיל גם לר"ת עדות בכתב והכנה"ג ח"מ סי' כ' האריך הרבה בזה והאו"ת סימן כ"ח ס"ק ט"ו כתב בפשיטות דאינו מועיל גם לר"ת בנפשות עדות בכתב ואם כן כמו שאינו מועיל אם העידו שלא בפניהם משום דדמי לדיני נפשות כמו כן אינו מועיל עדות בכתב לענין זה. ומה גם אשר לא קיי"ל כר"ת בוודאי לא יועיל אם העדים בעצמם ישלחו עדותן בכתב וקו"ח בן בנו של קו"ח

דלא יועיל מאומה את אשר יכתבו הב"ד בשמם ויהיה זה עד מפי עד ועדות הב"ד לא יחשב לכלום וגם עדותן יהיה בכתב:

כח

ובאותו ענין כתב לי אחד מידידי רב גאון מפורסם נ"י טעמו במה שמקבלין עדות בקטנה שזינתה וזהו אשר השבתי אליו מה שחידש כת"ר באשת כהן קטנה שזינתה דנקבל העדות גם בקטנותה משום דדין אנוסה לקטנה ואיסור זונה לכהן משום הלאו דלא יקחו הוא דוקא באם היו הקדושין באיסור אבל אם היו הקדושין בהיתר ואח"כ נעשית זונה אין בזה הלאו דלא יקחו ונשאר רק האיסור טומאה והביא את דברי הנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע' דהאיסור טומאה רק על הבעל ולא על האשה ולכן אינם מעידים העדים רק על הבעל ולא על האשה כלל והגדתם אינה נוגעת לה מאומה לזאת מקבלין עדות באשת כהן אנוסה גם שלא בפני האשה וכן מקבלין בקטנה בקטנותה ולא דמי לעדי זנות באשת ישראל אשר האיסור חל על האשה כמו על הבעל הנה דבר חכמה אמר כת"ר בזה אך לא אכחד מכת"ה כי לא זכיתי להבין את דברי הנוב"י כמו שאבאר:

כט

הנוב"י סימן הנ"ל כתב אם אשת כהן הודית שנאנסה לא אמרינן דשויא על נפשה חד"א כיון דבאונס בעלה לוקה רק משום טומאה ואיסור טומאה אינו בישראל אלא בכהן ומקרי זה איסור שאינו שוה בכל והאשה אינה מוזהרת ולדעתי העני' יש לדון ולומר אם נטמאה תחת בעלה באונס אסורה לכל כהן אחר מיתת הבעל ונעשית פסולה לכהונה ואם כן אם בא עליה בעלה הכהן אחר הזנות נעשית חללה כמו כל פסולי כהונה ולא שייך בזה לומר דשם טומאה פוסל בישראל ותהיה כמו ח"ל האסורות גם לישראל דאינה נעשית חללה ואיסור זונה ליכא באונס לכן אינה נעשית חללה אף אם בא עליה בעלה אחר הזנות. הא לפי דברי הנוב"י אשר האיסור טומאה מקרי שאינו שוה בכל ולא אמרינן דשם טומאה הפוסל בישראל יעשה אותו לאיסור השוה בכל. בודאי הוית האנוסה רק כאשה מפסולי כהונה ונעשית חללה ואיסור חללה חל על האשה כמו על האיש כמבואר ביבמות (פ"ד) ואם כן גם אשת כהן שויה על נפשה חד"א. אם אומרת אנוסה היא הא תהיה אסורה להיות עם בעלה הכהן מחמת איסור חללה ואולי כונת הנוב"י לפרש במקום שהבעל והאשה יודעים שלא היה עמה אחר שזינתה לכן בעת הגדתה ליכא איסור חללה ומה שיהיה האיסור זה אחרי שיבוא עליה לא עשתה בזה חד"א על נפשה. וכמו שהאריך הברית אברהם חלק יו"ד סי' ג' אות י"א דשויה אנפשה חד"א אינו שייך רק באיסור שנתהווה תיכף בעת ההגדה אבל לא בדבר שיתהווה האיסור רק לאחר זמן:

ל

ולענ"ד יש להוכיח דגם באיסור שיתהווה רק לאחר זמן אמרינן גם כן דשויה אנפשה חתיכה דאיסורא מהא שכתב הרמב"ם והובא בשו"ע אהע"ז סימן ו' דאשת כהן האומרת שנאנסה אף שאינה נאמנת לבעלה. אבל אסורה היא לכהן אחר שנתאלמנה משום דשויה על נפשה חתיכא דאיסורא ודעת הרמב"ם שם מפורש דגם באונס נעשית זונה והאיסור חל על האשה כמו עליו כמבואר ביבמות (פ"ד.) אבל בוודאי בעת הגדתה אינו חל האיסור זונה וטומאה על איסור א"א וכמו שכתב המהרי"ט בחידושיו בקידושין (ע"ז) בבא על אחותו כו' ומה שמתרץ שם בשם הרא"ש אינו שייך כאן. ומה שמתרץ שיהי' הנ"מ אם יתרו בו רק מחמת האיסור זונה ואז לוקה משום זה נוכל לומר כן גם בנידן דידן דשויה על נפשה חד"א אם יתרו בה משום זונה לכהן. ולא אמרינן בזה אין איסור חל על איסור אבל השעה"מ פרק י"ז הלכה ח' מאי"ב השיג על דברי המהרי"ט וכן כתב שם דקל על חמור אינו חל גם בכולל ומה שכתב שם דלכן בחזר ובא על אחותו לוקה משום זונה דהוי זה איסור דנתוסף על האשה איסור לכ"ג אחר. זה הוא דוקא לגבי האיש אבל לגבי האשה לא מקרי זה איסור מוסיף רק כולל ובכולל אינו חל קל על חמור בכ"ז כתב הרמב"ם דאסורה לכהן אחר שנתאלמנה משום דשויה על נפשה חד"א אף בעת הגדתה לא היתה אוסרת עצמה לכהן אחר רק שהאיסור חל עליו לאחר זמן ואולי יהיה הנ"מ לקוברה בין רשעים גמורים כדאיתא ביבמות (ל"ג) ולכן משוית על נפשה חד"א גם בעת שהיא א"א ולכן אין ראיה מזה לסתור דברי הברית אברהם הנ"ל וא"כ גם דברי הנו"ב כנים ואמיתים דאינו שייך לומר דשויה אנפשה חד"א באשת כהן שנאנסה הא בעת הגדתה לא עשתה על נפשה חד"א מאיסור חללה קודם שבא עליה אחר הזנות. ומה שיתהווה לאחר זמן לא איכפת לו כדברי הברית אברהם אבל בקטנה שזינתה תיכף אחר הגדת העדים תהיה אסורה להשאר תחת בעלה לא מיבעי לשיטת הסוברים בחזר ובא על אחותו דנעשית זונה בגמ"ב. וכן דעת הב"ח בריש פרק יש מותרות באלמנה לכ"ג באיסור חללה אם כן הדבר נוגע לה תיכף אחר הגדת העדים שתהיה אסורה להיות עם בעלה והאיסור יהא גם עליה בגמ"ב ואף לשיטת הריטב"א בקידושין (ע"ז) החולק ע"ז ג"כ הדבר נוגע לה כמו להבעל שהעדים מטילים בהגדתם איסור חללה עליה דתהיה אסורה להיות עם בעלה אחרי שיבוא עליה פ"א אחר הזנות. ולענין זה אין שום מקום לחלק אם האיסור יחול עליה תיכף אחר הגדת העדים או לאחר זמן והגדת העדים נוגעים גם לה כמו להבעל ובודאי בעינן לקבל העדות בפני האשה כמו בכל עדי זנות:

לא

ומה שכתב כת"ה דהלאו דלא יקחו אינו רק באם הי' הקידושין באיסור אבל אם נאסרה עליו אחר הקידושין ליכא הלאו דלא יקחו ומביא זה בשם הריטב"א המובא במקנה קידושין (ע"ח ד"ה רבא אמר) הנה המקנה השיג שם על זה וכתב בפשיטות לדינא דחייב על כל ביאה משום דעיקר החיוב על כל ביאה בדרך אישות וגם מדברי הריטב"א אחרי ראיתי את דברי קדשו אין הכרע לענ"ד שלא יהי' הלאו דלא יקחו אחר הקידושין בכל ביאה וביאה וכונתו שם לומר דבשעת ביאה חל האיסור מהקדושין למפרע אבל לא כתב שם שפטור הוא בביאה שאחר קדושין כמו שיראה המעיין שם ולדעתי יש לדמות זה לנזיר שנכנס לביה"ק בשידה תיבה ומגדל ובא חבירו ופרע עליו את המעזיבה דחייב משום ביאה ומשום טומאה כדאי' בנזיר (ד' מ"ג) וגם התם לא ידע בשעת הכניסה של היתירא דיבוא חבירו ויגרום לו איסור כמש"כ השאג"א בסי' ל"ב וכמו כן בהלאו דלא יקחו אף בשעת הקדושין לא עשה שום איסור מ"מ בבא עלי' אחר שנאסרה עליו עובר על הלאו דלא יקחו במה שבא עלי' דרך אישות. ולדעתי זה כש"כ מהא דנזיר דהתם הוא אנוס וכאן הוא עושה הדבר מרצונו בודאי חל עליו הלאו דלא יקחו גם אם הי' הקדושין בהיתר ואין לזוז מדברי המקנה שחייב על כל ביאה שאחר הקדושין ואין חילוק בין הי' הקדושין באיסור או בהיתר:

לב

ולדעתי הקלה יש להביא ראי' דהלאו דלא יקחו איתא תמיד גם אחר קדושין של היתר. מהא דקיי"ל דגרושה וחללה אינם מתיבמות לכהן כדאיתא ביבמות (ד' ך') ובפ' יש מותרות והטעם מבואר ברמב"ם פרק ו' ה' יבום הך דרבא (ד' כ') גזירה ב"ר אטו ב"ש ולדעת הרמב"ם פ' י"ז מה' אי"ב ה' ב' הלאו דלא יחלל נאמר רק בכ"ג אבל לא בכהן הדיוט ואינו עובר לא על חילול דידה ולא על חילול זרעו כמש"כ המ"מ שם בארוכה וכן נראה ברור דעת הרמב"ם אשר העשה דקדושים יהיו אינו בהשלשה נשים הפסולות לכהונה מדלא כתיב כאן בפ' י"ז דעובר הכהן גם על עשה דקדושים יהיו ודעתו כדעת רש"י ביבמות (פ"ד ע"א ד"ה והא כולי' פרקין) וכמש"כ שם הב"ח על הגליון ואף דבטומאת מת יש העשה דקדושים יהיו והתוס' ב"מ (ד' ל') כתבו לחלק מאלמנה לכ"ג דמשום דלא קאי אלא אמאי דכתיב בהאי פרשה והב"ח רצה מתחילה ג"כ לחלק חללה מאלמנה לכ"ג מטעם הזה:

וא"כ דבהשלשה נשים כתיב העשה בהאי פרשה א"כ לכאורה יש העשה דקדושים יהיו כמו בטומאת מת אבל באמת יש לחלק דבטומאת מת כתיב קדושים יהיו אחר האזהרה וכאן כתיב קודם האזהרה ולא קאי על מה שכתוב אחריו:

לג

וביותר מוכח מדברי הרמב"ם פ' ו' מה' יבום מש"כ בהלכה י"א שם באלמנה לכ"ג מהנשואין יש עשה ול"ת לפיכך גם בדיעבד לא קנה ומדלא חשיב התם גם גרושה וחללה לכהן הדיוט נראה ברור דליתא בהם העשה דקדושים יהיו ואינם מתיבמות לכתחילה רק משום גזירה דב"ר אטו ב"ש וא"כ ביבום יהי' הקדושין של היתר מטעם דעשה דוחה ל"ת. ואין לנו לגזור גם משום ב"ש. הא תהי' מותרת לו תמיד מטעם שע"י קדושין בהיתר ליכא הלאו דלא יקחו אלא ודאי דאין שום חילוק בין אם הי' הקדושין באיסור או בהיתר ותמיד איתא הלאו דלא יקחו בבא עלי' דרך אישות כמש"כ המקנה הנה לשיטת רש"י קדושין (דף ע"ח) דגם בכהן הדיוט איכא הלאו דלא יחלל דילפינן מכ"ג אין ראי' מזה הא יהי' בב"ש הלאו דלא יחלל אבל לדעת הרמב"ם דהלאו דלא יחלל נאמר רק בכ"ג ולא בהדיוט זו ראי' שאין עלי' תשובה בעזה"ש והא דאיתא ביבמות (דף ס"א) בכהן הדיוט שאירס את האלמנה ונעשה כ"ג דלמדו מקרא שמותר לכונסה אין להוכיח דאיכא האיסור דלא יקח גם בקידושין של היתר הא בכ"ג איכא הלאו דלא יחלל גם לדעת הרמב"ם ולכן צריכין לקרא דיהא מותר לכונסה ולא יעבור על הלאו דלא יחלל וכן על העשה דבתולה מעמיו יקח אשר מזה למדו דאזלינן אחר האירוסין:

לד

וביותר מוכח דהלאו דלא יקחו איכא גם אם הי' הקידושין בהיתר מהא דיבמות (דף נ"ו) דללישנא קמא אשת כהן שנאנסה בעלה לוקה משום זונה ואף אליבא דאיכא דאמרי סבר רבא דליתא הלאו דלא יקחו באשת כהן שנאנסה משום דלא נעשית זונה באונס אבל אם זינתה ברצון נראה ברור דלבד האיסור סוטה בעלה הכהן לוקה גם משום הלאו דלא יקחו וא"כ רואין אנחנו דהלאו דלא יקחו איתא גם בקידושין של היתר ולא כמו שרצה כת"ה להעמיס בדברי הריטב"א אשר סובר דאם הי' הקידושין בהיתר אינו עובר אח"כ על הלאו דלא יקחו איך יפרש דברי הגמרא יבמות הנ"ל וגם מדברי הריטב"א ביבמות (דף נ"ו) נראה ברור דהלאו דלא יקחו איתא גם אחר קידושין של היתר ולא אבין בעניי למה לא הביא המקנה ראי' מזה דאיכא אליבא דרבא הלאו דלא יקחו באלמנה לכ"ג בכל פעם שיבא עלי' אף אחר הקדושין כמו דאיכא אליבי' בכהן הדיוט הלאו דלא יקחו אף אחר הקדושין וגם אם הי' הקדושין בהיתר מ"מ חייב משום זונה בבא עלי' דרך אישות ואף להגורסין ביבמות (דנ"ו) רבה. מוכח ג"כ אליבא דדינא דהלאו דלא יקחו איכא בכל פעם אחר שנאסרה עליו:

לה

ואחרי שהוכחתי דאיכא הלאו דלא יקחו גם אם הי' הקדושין בהיתר בודאי אין מקום לדברי כת"ה אשר כתב לתרץ דלכן נוכל לקבל עדות בקטנה שזינתה משום דאין על האשה שום איסור כמש"כ הנוב"י דהאשה אינה מוזהרת על איסור טומאה. הא איכא תמיד על האשה הלאו דלא יקחו אשר היא מוזהרת כמו הוא כדאי' ביבמות (פ"ד) והנוב"י כתב רק לתרץ את דברי התוס' סוף נדרים דס"ל כלישנא בתרא ביבמות (דף נ"ו) אבל הרמב"ם פסק בפרק י"ח ה' ח' מה' אי"ב כלישנא קמא דגם באונס איכא הלאו דלא יקחו וכמש"כ שם המ"מ דעיקר המלקות משום שהיא זונה ולא משום טומאה שהוא לאו שבכללות א"כ גם אם הי' ס"ל להרמב"ם דפיתוי קטנה אונס הוא ואינה נאסרה רק על בעלה כהן ג"כ אין אנו יכולין לקבל העדות בקטנותה כמו בכל עדי זנות שצריכין להעיד בפני האשה. וע"י הגדת העדים חל האיסור זונה על אשת כהן שנאנסה אליבא דידן דנקטינן כלישנא קמא ביבמות (דף נ"ו) וכמו שפסק הרמב"ם ה' הנ"ל ובסוף פ"א מהלכות אי"ב וכמו שהאריך שם המ"מ:

לו

ואין פה המקום לפלפל במחלוקת הרז"ה והרמב"ן ויתר הראשונים המובאים בשעה"מ ה' אי"ב פ' י"ב ה' ב' אם באונס נעשית זונה אז אסורה לכהן אחר מיתת בעלה רק מטעם ובת כהן כי תהי' לאיש זר אבל לפי הלישנא קמא ביבמות (דף נ"ו) ולפי דברי הרמב"ם פ' י"ח מה' אי"ב ה' ז' וה' ט' אסורה מטעם זונה כמש"כ המ"מ שם ה' ז' ובסוף פ"א מה' אי"ב א"כ אין שום ספק דהלאו דלא יקחו איתא גם לאחר קדושין של היתר ולפי פסק הרמב"ם דאשת כהן שנאנסה אסורה לבעלה גם משום הלאו דלא יקחו והאשה מוזהרת כמו האיש לא שייך לדון בקטנה שנאנסה עפ"י דברי הנוב"י אשר הוא כתב לפלפולא בעלמא רק לתרץ קושיתו על דברי התוס' אבל לא אליבא דדינא:

לז

ולבד כל אלה נראה לי דאף אם נימא כדעת הנוב"י דהאיסור טומאה אינו על האשה משום שאינו שוה בכל מ"מ האיסור דלפ"ע יש גם עלי' כמש"כ הרמב"ן ביבמות (פ"ד) דעיקר הקרא בא לחייב גם אותה מלקות אבל הי' עליו האיסור בלפ"ע גם אם לא הי' כתוב תרי זימני לא יקחו ומה שמתרץ שם דבאיסור שאינו שוה בכל ליכא האיסור דלפ"ע כבר האריכו גדולי האחרונים דגם בזה יש האיסור דלפ"ע כדעת התוס' ב"מ (דף יו"ד) והנוב"י כתב שפיר בהאומרת טא"ל דעל הבעל ליכא שום איסור שאינה מהימנת נגדו ולכן אין גם עליו האיסור דלפ"ע כמש"כ השמ"ק סוף נדרים ויעיין כת"ה בח"ס ח"ב אהע"ז סי' צ"ח וסי' ק"ד ואם איסור טומאה ליתא על האשה אין עלי' שום איסור במה

לעשות על נפשה בהגדפה חד"א אבל במקום דעדים מעידין עלי' ונאסרת על הבעל. אף אם לא יהי' האיסור טומאה רק על הבעל ולא עלי' כלל. מ"מ יחול גם עלי' איסור דלפ"ע ע"י העדים והדבר נוגע לה כמו להבעל ולכן בודאי צריכין שיעידו העדים בפני' כי היא בע"ד גמור כמו בכל עדי זנות:

לח

ומה שכתב כת"ה דגם בקטנה אשת ישראל שזינתה לדעת הרמב"ם והשו"ע סי' קע"ז דפיתוי קטנה רצון הוא ונאסרה לבעלה מ"מ לא הוית בע"ד משום שקטנה לאו בת איסור היא ולכן יכולין לקבל העדות גם בקטנותה. הנה לדעתי יש לדון הרבה בזה במשכנות יעקב ח' אהע"ז סי' מ"ז כתב דאיסור רמיא על קטנים ורק התורה פטרן מעונש כמו שאמרו בסנהדרין (דף נ"ה) כיון דמזידה תקלה נמי איכא ורחמנא הוא דחס עלה ולפי דבריו אתי שפיר מה שהעיר המ"ל בה' נערה פ' ג' על דברי התוס' כתובות (דף מ') דלמה לא הביאו להוכיח דיהי' חיוב מש"ר גם בקטנה אף שלאו בת עונשין היא מהא דאמר רבא בעירוכין (דף ט"ו) כי הוציא ש"ר על ש"ר שהוציא דלכאורה בקטנה שאינה עושית שום איסור אינו מוציא עלי' ש"ר ולא שייך בקטנה הא דאמר רבא בגדולה דבת איסורים היא ואולי י"ל בסנהדרין (דף נ"ה) דקודם דמתרץ הגמ' דכיון דמזידה היא תקלה נמי איכא מ"מ הי' הטעם דקלון. א"כ נראה דקלון איתא גם אם הי' אמרינן דקטנה לאו בת איסור היא וא"כ איכא הוצאת ש"ר עלי' מחמת קלון כמו על גדולה אבל לפי דברי המשכנות יעקב בודאי יש הוצאת ש"ר על קטנה כמו בגדולה ויפה העיר המ"ל על דברי התוס' כתובות (דף מ') מהא דאמר רבא בעירובין (דף ט"ו:):

ונ"ל בעזה"ש להביא ראי' לדברי המשכנות יעקב דגם קטנה בת איסורים היא ורק התורה פטרתה מעונשין. בסנהדרין (דף ס"ו) סבר ר"מ דבא על הקטנה פטור מסקילה וחייב חנק מהא דכתיב לבדו ומפרש שם רש"י ד"ה ונימא לו כו' דלא בא למעט לדידה דהא בהדיא כתיב ולנערה לא תעשה דבר אלא להביא את הבא על הקטנה מדעתה ואע"ג דפטור דידה לאו משום אונס אלא משום קטנות דאיהי לאו בת עונשין לגמרי איהו מיהא מחייב ולבד אשר מלשון הזהב של רש"י נראה ברור דקטנה בת איסורים ורק לאו בת עונשין היא הנה פשט הסוגיא מורה ברור ג"כ כזה. דאי נימא דקטנה לאו בת איסור היא לא הוי לר"מ לרבות את הבא על הקטנה למיתה מהא דלבדו. דהא ידעינן מקו"ח מאנוסה. הא אנוסה בת איסור היא ורק האונס פוטרתה מקטלא ומ"מ הוא לא נפטר וא"כ פשיטא בבא על הקטנה שהיא אינה עושה שום איסור רק הוא לבדו עושה האיסור בודאי לא נפטר אלא ודאי גם קטנה בת איסורים היא וחמורה מאנוסה שהיא מזידה ורק

התורה פטרתה מעונש. וה"א כמו שהתורה חסא עלי' כן חסא עליו ויהי' גם הוא פטור אצטריך לן הא דלבדו שהוא חייב:

לט

וכן יש להוכיח מסוגיא זו דפיתוי קטנה רצון. דאי נימא דאונס הוא א"כ דמיא לגמרי לאנוסה ולמה לר"מ להביא קרא מיוחד לחייב את הבא על הקטנה הא היינו יודעים זה מאנוסה. אלא ודאי דפיתוי קטנה רצון הוא וה"א דכמו שהתורה חסא עלי' כן חסא גם עליו ואיצטריך לן הא דלבדו לחייב אותו ושפתי רש"י ברור מללו דפטור דקטנה לאו משום אונס אלא משום דלאו בת עונשין היא:

ועפ"י דברי רש"י כאן בסנהדרין שפיר הוכחתי למעלה דיש רצון לקטנים מהא דקדושין (ד' י"ט ועירובין ד' ג') דאם אין לקטנים רצון לא היינו צריכין למעט אותם מאיזה עונש אף במקום שהי' סברא לחייבם. הא אונס רחמנא פטרה מהא דלנערה לא תעשה דבר אלא ודאי דיש רצון לקטנים ומה שהתורה פטרתם מעונשין לאו משום אונס אלא משום קטנות אבל במקום דאיכא סברא לחייבם היינו מחייבים גם קטנים ופטור דידהו אינו בא מהקרא ולנערה לת"ד ומירושלמי כתובות (פ"ד ה' ה') נראה דפטור דקטנה משום דלאו בת התראה היא אבל מהא דקדושין (יט) וכן ממה שמקנין לקטנה נראה דגם קטנה בת התראה היא ויש לעיין בהראב"ד פ"ב מה' סוטה ה' ד':

מ

ומאותה הסוגיא דסנהדרין (ס"ו) יש להעיר על מה שכתב המשכנות יעקב בסימן הנ"ל דאם פיתוי קטנה רצון או אונס תלוי בפלוגתא ר"מ ורבנן בכתובות גבי קטנה לקנס דלרבנן קטנה בכלל נערה הכתוב בקרא ולדידהו הך חילוקא דאיתא בהאי פרשה בין אונס למפתה יש גם בקטנה דפיתוי' רצון ולאו אונס אבל ר"מ דס"ל נערה מלא דיבר הכתוב ובכל מקום שנזכר נערה אין קטנה בכלל וא"כ רק בנערה חילקה התורה בין אונס לרצון אבל קטנה אין לה רצון כלל ובזה מתרץ מה שהקשו על הרמב"ם מכמה מקומות אשר אמרו פיתוי קטנה אונס הוא:

וכתב דכל זה אליביה דר"מ אבל הרמב"ם פסק כרבנן ולכן פיתוי קטנה רצון הוא הנה הסוגיא זו בסנהדרין (ס"ו) מיירי אליבא דר"מ ובכ"ז נראה ברור מפשט הסוגיא. וביותר מדברי רש"י דפיתוי קטנה רצון הוא ודברי המשכנות יעקב צע"ג בעיני וגם יש לעיין באו"ח קידושין (י"ט) ודבריו צע"ג ויעיין כ"א בספר נחל יצחק בסימן ז' מש"כ שם כא"א הגאון נ"י דבעריות יש איסור גם על קטנים ורק פטורים מהעונש וא"כ באיסור סוטה דטומאה כתוב בה כעריות בוודאי יש איסור גם על קטנה ואף לפי דברי כבוד א"א הגאון נ"י עיקר טעמו בעריות משום דגם ב"נ מוזהרים על זה ואם כן לכאורה איסור סוטה

דליתא בב"נ לא יהיה האיסור על קטנה אמנם נראה ברור כיון דטומאה כתיב בה כעריות הוי איסור סוטה כמו כל איסורי עריות שהאיסור יש גם על קטנים ופטורים המה רק מעונש ואחרי כל אלה יראה כת"ה כי גם קטנה שזינתה הוית בע"ד וצריכין לקבל העדות דוקא בפניה כמו בכל עדי זנות:

מא

ולבד כל מה שכתבתי להוכיח דהאיסור חל על הקטנה כמו על הגדולה הנה גם מצד הפקעת כל החיובין שיש לה על בעלה בוודאי בעינן שיעידו העדים בפניה ולכן אין לנו דרך אחרת לתרץ מה שנראה מכל המקומות שהבאתי למעלה שמקבלין עדי זנות בקטנה שזינתה גם בקטנותה. רק על פי מה שכתבתי בעזהש"י לחדש דהא מה שאין מקבלין עדות בפני קטנים זה הוא רק מדרבנן ובקטנה דלא יבוא לעולם לדררא דנפשות העמידו על דין תורה משום לאפרושי מאיסורא ובזה אתי שפיר שם בכתובות (ד' מ' ע"ב) דפריך הגמ' גבי מוציא שם רע על הקטנה הא קטנה לאו בת עונשין היא דלמה לא פריך הגמ' דבלא"ה לא נצרך למעטה מקרא הא אי אפשר לקבל עדות על הקטנה וקשה שם לומר דכונת הגמרא למעט היכא דנתקבל העדות אחר שנתגדלה הא המעיטו קטנה מהקרא. ונתנו לאבי הנערה אשר נתינת הכסף לא יכול להיות קודם שנתקבל העדות כמש"כ רש"י בסנהדרין (ח' ע"ב) וא"כ נראה דמן התורה מקבלין עדות בפני קטנים ויש מקום לפלפל ולומר דהגם בכתובות גבי הוצאת ש"ר בקטנה קאי אליבא דחכמים דפליגי על ר"מ התם וסברי בכל מקום דכתיב נער אפילו קטנה במשמע רק גבי מוציא ש"ר כתוב נערה מלא. וסתם חכמים דר"מ הוא ר' יהודה ור"י סבר בכתובות (ד' מ"ג) דהשיאה וגירשה או נתאלמנה כתובתה של אבי' וא"כ האב הוא הבעל דין ושפיר יכולין לקבל העדות מעדי הבעל בפני האב ואף דר"י סבר בכתובות (ד' נ"ו) דכתובה היא דרבנן ראיתי ברמב"ן בפירושו על התורה בפ' כי תצא שכתב דעיקר חיוב המאה כסף בעבור שרצה להפסיד את כתובתה ואף שהכתובה רק מדבריהם מ"מ המנהג הי' לכתוב מוהר הבתולות וא"כ שפיר צריכין קרא אליבא דר"י למעט קטנה ומה שנאסרת על הבעל ומפסדת המזונות ויתר החיובים שיש להאשה על בעלה וא"כ לא יהיו נאמנים העדים גם להפסיד הכתובה להאב מטעם עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה כמו שהבאתי בשם כא"א הגאון נ"י אבל גבי זה לא בעינן קבלת עדות בפני' כמ"ש למעלה. הא בידי הבעל לגרשה ויפטור מכל החיובים שלו ממילא:

מב

ושמחתי מאוד אשר מצאתי מפורש בדברי הרמב"ן פ' הנ"ל שכתב דאם לא היתה כתובה להאשה הזאת למה ישים עלי' עלילת דברים יכתוב לה גט ויפטור ממנה הנה רואין

אנחנו דהיכא שביד הבעל לפטור את עצמו מחיובי' אינו צריך להביא עדים וכן י"ל גם לענין סוטה כמש"כ למעלה ויש לעיין בדברי הירושלמי המובא בתוס' סוטה (ד' ג') דה"מ ר"י אומר. וקרובים דברי הרמב"ן לדבריהם שם ומה דבעינן קבלת עדות בעדי זנות לאוסרה לבעלה בפני האשה רק משום דדמי לד"נ אבל בקטנה דלא יכול לבוא לדררא דנפשות אינן צריכין מה"ת לקבל העדות בפני' ומה גם עפ"י מש"כ למעלה באם הבעל רוצה לגרשה והעיכוב אינו מחמתו פטור הוא מה"ת ממזונות ומיתר החיובין שיש להאשה עליו ואף קודם שאמרה הגמ' דממילא ידעינן דקטנה אינה במוציא ש"ר משום דלאו בת עונשין היא לא הי' שום סברא לחייב קטנה סקילה אם הביא הבעל עדים שזינתה אחר שנתארסה. רק הגמ' פריך דלמה לו למעט מהא דכתיב ונתן לאבי הנערה הא ממילא פטור משום דלאו בת עונשין היא וא"כ אין בהוצאת ש"ר על הקטנה דררא דנפשות ורק דררא דממונא מה שמפסדת כתובתה ונאסרת על בעלה ומה שרוצה הבעל לגרשה אינו צריך כלל להעדים לפי דברי הרמב"ן הנ"ל:

וא"כ בהוצאת ש"ר על קטנה אם הכתובה שייך לאבי' בודאי אין צריכין מחמת שום דבר לקבל העדות דוקא בפני האשה. וסגי מה שמקבלין בפני האב לענין הכתובה אשר זה עיקר החיוב מה שרצה הבעל להפסיד כתובתה:

מג

אך באמת לפי הנראה ברור דעיקר הוצאת ש"ר תמיד אחר הנשואין כמש"כ רש"י בכתובות (ד' מ"ה ד"ה סוקלין אותה ע"פ בית אביה כו') וכן איתא בירושלמי כתובות (פ"ד ה' ד') דאינו חייב עד שיכנוס ואמרו שם לקחתי פרט לארוסה וכן כתב שם השמ"ק וכן משמע מרש"י סנהדרין (י' ע"א ד"ה ומשלמין ממון כו') ואליבא דדינא דאחר שנישאת אין כתובתה לאבי' רק לעצמה בלתי אפשר לומר דנתקבל העדות בפני האב מחמת הכתובה והרמב"ם הביא רק המיעוט דנערה אלא למעט קטנה וכמש"כ הכ"מ והמ"ל שם דהרמב"ם סבור דאף אם לאו בת עונשין היא הי' הבעל חייב בלתי הקרא ולפי דעת הרמב"ם לא נוכל לומר דקבלו העדות בפני אבי' מחמת הכתובה הא פסק דבנישאת אין הכתובה לאבי' אף שהיא קטנה:

וגם אליבא דר"י דסבר דאם כתב לה כתובה דשייך לאבי' אף בנישאת. הנה לפמש"כ למעלה בשם הפ"י דאם מה"ת אין כתובה לאשה והבעל כתב רק מעצמו הוי כמתנה שאין האב זוכה בזה וא"כ בודאי אינו שייך לתרץ במוציא ש"ר על הקטנה דיהי' האב הבע"ד מחמת הכתובה. הא אינו שייך אליו אף אם הבעל כתב לה כתובה כדברי הרמב"ן וע"כ לנו לומר דמה שאין מקבלין עדות בפני קטנים זה הוא רק דרבנן ומה"ת קטנים

לא גרעו משור דנתקיים בו ועמדו לפני העדה למשפט אף שאינו יודע ומרגיש מאומה וא"כ שפיר הצריכו קרא למעט מש"ר בקטנה אליבא דהרמב"ם אף דסבר דאף בממון בעינן מה"ת קבלת עדות בפני הבע"ד ובעדי נשים ילפינן דבר דבר מממון אף במקום דליתא דררא דנפשות ולכן גם הגמ' לא פריך מהא דבלתי אפשר לקבל העדות בקטנה כמו דפריך הא לאו בת סקילה היא:

מד

וכן יש להעיר לבד דבעינן קבלת עדות בפני הבע"ד ובהוצאת ש"ר בקטנה אינם יכולין העדים להעיד בקטנותה הנה בהוצאת שם רע בעינן דוקא שהבעל יטעון טענתו בפני האשה כמבואר בספרי ומובא ברש"י פ' תצא ומלשון הרמב"ם פ' ג' ה' ו' מה' נערה שכתב שיבא לב"ד ויאמר נערה זו וכו' נראה ג"כ שזה לעיכובא וא"כ איך משכחת לה הוצאת שם רע בקטנה הא קטנה כמאן דליתא דמי אלא ודאי דמן התורה סגי במה שאמר בפני האשה אף אם היא קטנה כמו שמקבלין עדות מן התורה לפי אשר כתבתי נגד קטנים ואולי התם הטעם משום דאסור לבע"ד להשמיע טענתו להדיין קודם שבא בע"ד חבירו ומה שמשמיע טענתו בפני הקטנה סגי בזה הנה אם הי' זה רק משום האזהרה הזאת לא הי' מעכב לדעתי בדיעבד ובאמת אין הוכחה ברורה מהגמ' מה דהמעיטו קטנה מוכתנו לאבי הנערה דמיירי דוקא בהביא הבעל העדים בקטנותה דשפיר נוכל לומר דהבעל בא לב"ד בעת שנתגדלה והביא אז העדים ופטור הוא משום שכתוב בתורה ונתנו לאבי הנערה דתהי' נערה בעת שאמר הבעל עלי' שזינתה אבל אם היתה אז קטנה פטרתו התורה לשלם הקנס אף אם בא לב"ד בטענתו ונתקבל העדות אחר שנתגדלה משום שהתורה כתבה ונתנו לאבי הנערה שתהי' דוקא נערה בעת הזנות אבל מפשטות הגמ' נראה יותר דהמעיטו קטנה היכא שבא לב"ד בטענתו וקבלו העדים בעת שהיתה קטנה ומוכח מזה דלא אמרינן מן התורה קטן כמאן דליתא דמי:

מה

והנני פה להעיר דלכאורה יש להוכיח דמה שאין הב"ד יכול לגמור הדין דקטנים זה מה"ת מהא דמרבינן מקרא בב"ק (ד' מ"ד) שור היתומים ושור האפוטרופסים דיהיו בסקילה וכפי הנראה מדברי הרמב"ם פ' י' ה' ו' מה' נזקי ממון הרבותא בזה מה שנגמר דין השור לא בפני הבעלים ולכן צריכין לרבות מקרא שור חשו"ק ואי נימא דמה"ת גומרין דין דקטנים א"כ לא הי' לנו לרבות חיוב סקילה בשור חשו"ק הא בכל מקום יכולין לגמור דינם בפניהם כמו שגומרין דינו של שור בפניו:

אבל באמת אף לדברי הרמב"ם שם עיקר הרבותא בשור חשו"ק דלא אמרינן בהם כמיתת בעלים כך מיתת השור כמו דאמרינן גבי שור של אדם טריפה וה"א דכמו שהבעלים

חשו"ק אינם בני עונשין כן יהי' שורם פטור לכך מרבינן מקרא דהשור חייב ועפ"ז אין ראי' דאפוטרופוס לא יהי' במקום הבעלים לענין קב"ע בפני הבע"ד מהא דצריכין ריבוי שיכולין לגמור דינו של שור בפניו דבזה הי' אמרינן ג"כ כמיתת הבעלים כך מיתת השור ואף שהאפוטרופוס נכנס תחת הבעלים לכל מילי בכ"ז לא היינו מחייבין שור של חשו"ק מיתה משום דהבעלים לאו בני עונשין נינהו והי' מדמינן לשור של אדם טרפה דלא קרינן בו וגם בעליו יומת:

מו

וביותר הי' סברא לפטור שור של חשו"ק אף אם יש אפוטרופוס על נכסיהן דהא כמו שאם הזיקו החשו"ק בעצמם פטורים מלשלם. כן יהיה גם השור שלהם פטור וצריך לנו קרא מפורש לחייב את שורם סקילה והא דמעמידין אפוטרופוס בתם לגבות מגופו וכן במועד לשלם מנכסי היתומים אחרי שיגדלו יש לומר פשוט דזה אמרינן אחר שריבתה התורה את שורם לסקילה אבל אם לא היה השור מחויב סקילה אז היינו אומרים דכמו שאם הזיקו בעצמם פטורים לשלם כן יהיו פטורים מלשלם על נזקי ממונם וכמו שאינם משלמין כופר משום דלאו בני כפרה נינהו כן לא יהיו בני תשלומין לשלם על נזקי שורם ואין פה המקום לפלפל אם קטנים מחויבים לשלם בגדלותם על מה שהזיקו בקטנותם אבל זה ברור דבלי הריבוי היה סברא לפטור את שורם מסקילה כמו שהבעלים פטורים על מה שהזיקו בגופם ואף אין מזה ראיה דיהיה מהני מן התורה בכל מקום קב"ע וגמ"ד בפני קטנים ובפני האפוטרופוס כמו דריבתה התורה שור של יתומים ושור של אפוטרופסים. דנוכל לומר דדוקא גבי מיתת השור ריבתה התורה אבל לא בשארי דברים אבל אין להוכיח מזה שבכל מקום דליכא ריבוי מפורש אמרינן לגבי קב"ע וגמ"ד דקטן מכאן דליתא דמי:

מז

וגם נוכל לומר דבשור של יתומים איצטריך לן קרא כמו שנצרך לן קרא בשור של אשה לפי מש"כ השמ"ק ב"ק (מ"ד) דאעפ"י שאין דעתה מכוון כ"כ לשמור את שלה שלא להזיק בכ"ז אמרה התורה דחייב מיתה. וכמו כן יש לומר בשור של יתומים היכא דאין להם אפוטרופוס ויש לעיין בב"ק (ט' ע"ב) בתוס' דה"מ ולר' יוחנן ובנתיבות סימן ק"כ ס"ק א' ואולי יש לומר זה גם באפוטרופוס דה"א שהאפוטרופוס מחויב רק להשגיח שלא יבא נזק להיתומים אבל אינו מחויב להשגיח שלא יגיע לאחרים נזק מנכסי היתומים ואולי מטעם זה כתב הרמב"ם שור האשה ושור היתומים ושור האפוטרופסים בחד בבא משום דטעם אחד היה לשלשתן לפטור את שורם אם לא היה לנו ריבוי מפורש לחיובא והמעיין ברמב"ם יראה אשר בכוונה כתב גבי שור המדבר והקדש ואין לו יורשין הרבותא

דגומרין דינו אעפ"י שאין לו בעלים ובשלשה האחרונים לא כתב זה משום שהקטנים והאפוסרופסים נחשבים לבעלים:

מח

ובאמת נראה ברור דמה"ת גם קטנים המה בכלל והועד בבעליו לענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד וכן לענין גמ"ד מדלא פליג ר"י במשנה מ"ד גם על שור של יתומים שאין לו אפוטרופוס כמו דפליג על שור שאין לו בעלים משום דכתיב והועד בבעליו דבעינן שתהא משעת מיתה עד גמ"ד שוין כאחד ועיקר הקפידא לר"י שיהיה השור ראוי לגמ"ד בשעת המיתה כמו דאיתא בב"ק (י"ג) בשור הפקר אף דזכה בו אחר פטורים הבעלים מתשלומין וא"כ בשור של יתומים דבלתי אפשר להיות הגמ"ד אחר נגיחת השור משום דאין גומ"ד בקטן יהיה אליבא דידיה כמו שאין לו בעלים כלל ולא יועיל מה שיעידו בפניהם אחר שיגדלו והא דסבר ר"י (בדף מ') דאם הגדיל הקטן לא אמרינן רשות משנה לכאורה מוכח דאליבא דר"י מקרי קטן בעליו. דהתם משום דהאפוטרופוס היה במקומו אבל באין לו אפוטרופוס שפיר יש לומר דשור של קטן יהיה כמו דאין לו בעלים כלל אבל מדלא פליג ר"י במשנה הנ"ל בשור של יתומים דאין להם אפוטרופוס נראה דגם קטנים נחשבים לבעלים לענין גמ"ד בפניהם:

והא דלר"מ וסומכוס ור' יעקב בדף ל"ט אמרינן בהגדיל הקטן דחזר לתמותו אין להוכיח דקטנים כמאן דליתא דמי בכל מקום דהמה אמרו רק לענין העד את השור דבוודאי חשו"ק לאו בני שמירה נינהו ולא נתקיים בהם והועד בבעליו ולא ישמרנו. וכמ"ש הרשב"א בב"ק (קי"ב) אף למאן דסביר דבד"מ לא בעינן קב"ע בפני בע"ד אבל לייעד השור אמרה התורה מפורש מה"ת והועד בבעליו ולא ישמרנו ולענין זה הסברא מכרעת דגם קטנים וכל מי שאין בהם דעת נחשבים כמו שאינם בעולם ובוודאי אמרינן בזה מן התורה קטן כמאן דליתא דמי אבל במקום דאין סברא להצריך הגדת העדים בפני בע"ד ורק התורה גזרה כמו בד"נ לכל הדיעות ולכמה שיטות גם בד"מ וכמ"ש הנתיבות דזה גזה"כ בלי טעם וסברא מהא דשור אינו שייך לומר קטן כמאן דליתא דמי ולכן לא פליג ר"י גבי מיתת השור דיהיה כמי שאין לו בעלים. הא לא גרע קטן מהשור כמו שכתבתי למעלה:

מט

ולדעתי הקלה יש להעיר על דברי הרשב"א מש"כ דליעד השור לכו"ע בעינן קב"ע בפני בע"ד מה"ת הא אי נימא לייעודי תורא אין חילוק בהעדאת הבעלים מכל ד"מ ואולי כוונתו אליבא דמספקא לן אם אמרינן לייעודי תורא או לייעודא גברא. ולדעת התוס' ב"ק (דף י"ג ע"ב) קאי והועד בבעליו על העדאה ולא על מיתת השור וכפי הנראה מדברי

הרשב"א ב"ק (דף קי"ב) אשר דעתו הגדולה דוהועד בבעליו קאי על מיתת השור וזה בא לגזה"כ דבכל ד"נ יעידו העדים דוקא בפני בע"ד ולענין העדאת הבעלים ידעינן מסברא דצריכין להעיד דוקא בפניו משום שידע לשמור את שורו והמעיין בדבריו שם יראה דמדמי קטנים לשלא בפני בע"ד דאם מה"ת אינו מועיל עדות שלא בפני בע"ד אינו מועיל גם בקטנים בהא דב"ק (דף ל"ט) הנה לענין העדאת הבעלים בודאי מדמינן קטנים לשלא בפני הבע"ד ולכן אין סתירה לדברי מדברי הרשב"א ואין ראי' מדברי הרשב"א דמה"ת יהי' קטנים כמאן דליתא דמי לדבר אשר העדות על מה שעבר אשר מה שצריכין להעיד בפני הבע"ד זה משום גזה"כ בלי טעם מבורר לנו ובזה מתקיים והועד בבעליו גם בקטנים כמו גבי שור:

נ

ולענ"ד י"ל דלכן כתב הרמב"ם שור של אשה ושל היתומים ושל אפוטרופסים בחד בבא דכונתו שגם בשור היתומים יעידו העדים בפניהם כמו בשור של אשה דמתקיים גם בהם והועד בבעליו כמו דלא פליג ר"י ע"ז והא דלא כתב זה מפורש משום דסמך על מה שכללו עם שור האשה והאפוטרופסים ואולי כיון דמדרבנן אמרינן קטן כמאן דליתא דמי אינם צריכים להעיד בפניהם והוי כשור שאין לו בעלים כלל והא דלא פליג ר"י אליבא דדינא דאמרינן מדרבנן קטן כמאן דליתא דמי י"ל עפ"י דברי הט"ז ביו"ד דדבר אשר התורה התירה אין כח בידי חז"ל לאוסרו וכיון שיש ריבוי מפורש לחייב שור היתומים סקילה לכן אינו מיפטר גם עתה אחרי שאמרו דקטנים כמאן דליתא דמי ואולי אליבא דר"י דשור שאין לו בעלים פטור משום דכתיב והועד בבעליו אפשר יצטרך גם בשור היתומים להמתין מדרבנן בהגדת העדים עד שיגדלו הבעלים וע"ז ליכא אליבא דידיה ריבוי מפורש להמיתו בלי גמ"ד שלא בפני הבעלים ואינו שייך לגבי זה דברי הט"ז יו"ד הנ"ל:

נא

וידעתי כי יש מקום לחלק אליבא דר"י שור של יתומים משור המדבר וההקדש וגר שמת משום דבכל הני בלתי אפשר להתקיים והועד בבעליו בכל אופן שבעולם אבל בשור של חשו"ק אפשר להתקיי' לכשיגדל הקטן ולכשישתפו החוה"ש ולכן לא איכפת לו מה שהשור אינו ראוי לגמ"ד בעת הנגיחה:

ודמי זה להא שאמרו בגיטין (דפ"ה) דקטן מקרי בר הויה משום דאתי לכלל זה וגם בשוטה כתבו התוס' בגיטין (דף כ"ב) דמקרי בר כריתות משום דיכול להתרפאות ולכן מקרי בעליו אליבא דר"י משום דיהיה בהמשך הזמן ראוי לשמוע הגדת העדים ולעמוד בפני ב"ד בהגמ"ד. אבל באמת אין שום מקום לומר זה כאן דבגיטין שם אמרו לחשוב גם

נו"ע ובעל אחותה לבני הויה. אף שמנימתם אינה תלוי' בהזמן לבד. רק באיזה סיבה אשר לא נוכל להסירה רק ע"י איזה מעשה בפועל רק שיהיה זה שכיח וא"כ בשור של הקדש למה פוטר ר"י הא בידי הבעלים לישאל על הקדשו ויהיה שלו למפרע ולפי הנראה ברור דאליבא דר"י פטור שור של הקדש היכא דהשאיל הבעלים על הקדשו אחר הנגיחה קודם הגמ"ד וכמו דפטור שור של הפקר גם באם זכה בו אחד אחר הנגיחה כמו דאיתא בדף י"ג ושאלה הוי דבר השכיח כמו דאיתא בשבת (דף מ"ו) והקדש בדה"ב מקרי דבר שיל"מ משום דשכיח שישאל על הקדשו כמש"כ הר"ן בנדרים (דף נ"ט.) ובודאי פוטר ר"י גם היכא דלא בא ליד גזבר דמהני שאלה לכו"ע ואף בבא ליד גזבר לכמ"פ מהני שאלה ובשאלה אינו שייך לומר דלא הוי זה שוין כאחד כמו בהפקר הא ע"י שאלה נעשה שלו למפרע כמו שמחלק הטו"א בר"ה (כ"ח) שאלה מפדינן לגבי חולין בעזרה. וא"כ אם הי' הקדש בשעה שנגח הי' מציאות לקיים בו והועד בבעליו. ובכ"ז פטור הוא מסקילה אף אם הבעלים שאלו על הקדשם קודם העמדה בדין אלמא דלגבי זה אין עלינו לראות הדבר רק כמו שהוא בשעת המעשה ולפ"ז אין שום סברא לחלק בשור של יתומים משום דיכול להתקיים בו והועד בבעליו אחר שיגדלו היתומים. הא כיון דאחר הנגיחה אי אפשר להתקיים לא מקרי זה והועד בבעליו. וא"כ שפיר הוכחתי אליבא דר"י דגם קטנים נקראים בעלים לענין זה ויש לעיין ברמב"ם פ"ב ה' ה' מה' שכירות ובמגיד משנה שם:

נב

ויש לעיין בבכורות (י"א) בגנב פ"ח ש"ח דמשלם כפל להבעלים ומש"כ שם המהרי"ט אלגזי ז"ל ובגנב מהקדש פטור משום דכתיב וגונב מבית האיש. ואף היכא דשאל הגנב על הקדשו ג"כ פטור מכפל כיון דבעת הגניבה היה של הקדש ולפ"ד התוס' ב"מ (דף צ"ו) דה"מ שליח שלשון בעליו ואיש חד הוא ורואין אנחנו דהעיקר לראות על הדבר כמו שהוא בשעת מעשה ואינו מועיל מאומה מה שאפשר להשתנות בהמשך הזמן. ואין פה המקום לדבר מזה בארוכה והנני מוכרח לקצר במקום שיש לי להאריך הרבה וכן יש לעיין בדברי הירושלמי פ"ב דפסחים סוף ה' א' מה דבעי ר' ירמיה אליבא דר' יהודה פ"ח שהמית במה הוא מיתתו ומוכרח אנכי לקצר:

ולענ"ד ברור מה שר"י פוטר בשור של הפקר והקדש וגר שמת לא מצד הסברא אשר בכל אלה אין מי שישמור את השור דאי היה פליג משום הסברא הזאת היה פוטר גם לשור של חשו"ק דגם אלה לאו בני שמירה נינהו ופוטר את שור של הפקר וכו' רק משום גזה"כ דכתיב בעליו ובכ"מ דבעינן בעלים משום גזה"כ גם קטנים נחשבים לבעלים ולכן לענין

קב"ע שלא בפני בע"ד דידעינן רק מגזה"כ גם קטנים כמו דאיתא דמי. והנני להעיר דאולי לא פליג ר"י בשור היתומים משום דאפשר ס"ל דקטנים דמי כמו שהיו העדים חולים הא לדעת הרשב"א מיתת השור הוא כנפשות גם נגד הבעלים. ובד"נ אין גומרין את הדין גם במקום אונס שלא בפני הבעלים ולדעת הנ"י המובא למעלה נגד קטנים אינו מועיל אונס ולפי כמה שיטות המובאים בשמ"ק וכן נראה מהרמב"ם והשו"ע דקטנים לא דמי לעדים חולים. לכן מדלא פליג ר"י על שור היתומים נראה דמה"ת אמרינן דקטנים כמאן דאיתא דמי:

נג

ויש לעיין בדברי הרמב"ם פ' ו' ה' ג' מה' נז"מ מה דכתב ביחד מי שהלך למדה"י עם חשו"ק. דלפי אשר כתב הנוב"י בסי' ע"ב דלהרמב"ם גם בד"מ צריכין גב"ע בפני בע"ד מה"ת לכאורה מוכח מדבריו כאן מה דקטן כמאן דליתא דמי זה מה"ת ובאמת נוכל לומר דהתם לא בא הרמב"ם ללמדנו הדין מקב"ע רק דין השור איך יתנהגו אם נגח וכל חד כדינו מי שהלך למדה"י אין מקב"ע על שורו מה"ת ועל שור של חשו"ק זה רק מדרבנן. והא דנקטה הברייתא בב"ק (דף ל"ט) שור של חשו"ק יחד עם שור של מי שהלך למדה"י בודאי אין להוכיח דדין אחד להם בכ"מ דהתם לגבי העדאת השור בודאי אמרינן מצד הסברא דקטן כמאן דליתא דמי. וזולת זה נוכל לומר דהברייתא ס"ל דגם בהלך למדה"י מה שאינן מקבלין העדים זה רק מדרבנן כמש"כ הרשב"א (בד' קי"ב) וזולת כל אלה נמצא הרבה פעמים בגמ' דנאמר דינים שונים בבבא אחד ויש מהן שהמה מה"ת ויש מהן שהמה רק מדרבנן וכיון דאינו נאמר מפורש שמה שאינו מקב"ע בפני קטנים שזה מה"ת אין ראי' במה שנשנה יחד עם מי שהלך למדה"י:

נד

ואולי י"ל מה דמצריך ר"י שיהיה להשור בעלים בשעת הנגיחה כונתו על בעל הממון. היינו שיהיה אחד בעולם שגוף השור הוא שלו אבל אם יש בעלים לא איכפת לו מה שבלתי אפשר להעמידו בדין בשעת הנגיחה ולכן לא פליג בשור היתומים וכדומה. אמנם מהא דפוטר בנגח ואח"כ הפקיר מדכתיב והועד בבעליו או כמש"כ התוס' ב"ק (דף י"ג) מדכתיב והשור יסקל נראה דעיקר הקפידא שיהי' הבעלים ראוים לעמוד בדין ואם אינם ראוים לזה אינם נקראים בעליו דאי הי' עיקר הקפידא על בעל הממון לא הי' לר"י לפטור במקום שהיה להשור בעל הממון בעת הנגיחה ומדהצריך שיהיה השור של אותן הבעלים גם בשעת הגמ"ד נראה לענ"ד ברור שאם יש להשור בעל הממון אבל אינו ראוי לעמוד בדין אינו מקרי בעליו ולפ"ז שפיר הוכחתי מדלא פליג ר"י בשור של יתומים דגם בקטנים מה"ת גומרין את דינם כמו שגומרין את דין השור בפניו וכן י"ל בב"ק (דף

י"ג) גבי תשלומי ממון דבעינן שיהי' להשור בעלים הכוונה לא על בעל הממון לבד רק על בעלים הראוים לעמוד בדין לפי דעת הסוברים דגם בממון בעינן מה"ת קב"ע בפני הבע"ד ויש לפלפל הרבה בהא דאמר ר"מ (בדף ל"ט) דאם הגדיל הקטן דחזר לתמותו לפי הנראה מדברי השמ"ק ב"ק (כ"ד) דר"מ ס"ל לייעודא תורא. א"כ מה דצריכין העדים להעיד בפני בעל השור לא משום שיודיעו לו לשמור שורו ורק מגזה"כ בלי טעם כמו בכל ד"מ לדעת הפוסקים שזה הוא מה"ת. וא"כ במקום שצריכין העדים להעיד בפני בע"ד משום גזה"כ גם קטנים נקראים בעלים לענין זה ולמה חזר לתמותו הא מה"ת נתקיים גם בשור של קטנים והועד בבעליו:

נה

ובאמת נראה התם דחזר לתמותו משום שלא העידו בפני החשו"ק כלל והא דהעידו לפני האפוטרופוס ס"ל לר"מ דאף אם הוא כבעלים לכל דבר. בכ"ז אינו מועיל מה שהעידו בפניו שיהי' השור מועד גם לאחר שהוסר כח האפוטרופוס מהיתומים:

וכן י"ל דאף מאן דס"ל לייעודי תורא לא יחלק על קרא מפורש דכתיב ולא ישמרנו דעיקר חיוב הבעלים במועד משום שהבעלים לא שמרו כראוי כדאיתא (בד' מ"ה) אליבא דר"מ ולכן בודאי חשו"ק אינם נקראים בעלים לענין העדאת השור. הא לאו בני שמירה נינהו דיהי' חייבים משום שלא שמרו את השור והנ"מ בין לייעודי תורא או גברא רק על הגדת העדים אם צריכין להעיד שלשה פעמים או סגי בפעם אחד אבל עיקר החיוב במועד נ"ש הוא משום שהבעלים לא שמרו שמירה מעולה. ולכן שפיר אמר ר"מ דחזר לתמותו:

וגם י"ל דמה דאמרו שם דחזר לתמותו אף אם העידו גם בפני החשו"ק זה הוא אחרי דאמרינן דמדרבנן קטן כמאן דליתא דמי ואף דר"מ ס"ל בסוכה (דף כ"ג) בעשה סוכתו עג"ב דאזלינן בתר דאורייתא וא"כ אם מה"ת מתקיים בחשו"ק והועד בבעליו לא הי' לר"מ להחזיר את שורם לתמותו משום שאינם ראוים לעמוד בדין ולקבל העדות מדרבנן הא מה"ת התקיים בהם והועד בבעליו הנה גבי ממון גם דבר שהוא רק מדרבנן מועיל משום הפקר ב"ד כמו שהאריכו גדולי הראשונים במעמ"ש בקידושין ולהסוברים דגם בממון אזלינן בתר דאורייתא ע"כ לנו לומר דלענין תשלומי נז"ש במועד חשו"ק פטורים מה"ת משום דלאו בני שמירה נינהו והא דמעמידין אפוטרופוס לייעד השור האריכו הראשונים בטעמם לשבח אבל בלי אפוטרופוס פטורים המה. לבד אשר בלתי אפשר לקב"ע מדרבנן. ואף דמה"ת שיכולין להעיד גם בקטנותם פטורים משום דלאו בני שמירה נינהו:

ויש להעיר דלמה לא פליג ר"י בשור שהלך בעליו למדה"י דלכמה שיטות בלתי אפשר אף במקום אונס לגמור את דינו בלי הבעלים ולדבריהם זה מה"ת אבל באמת לא מקרי זה שור שאין לו בעלים ולא דמי זה לשור של קטנים וכדומה וכמו שכתבו גדולי האחרונים לתרץ קושיות הגט מקושר מה שהקשה בהקדמתו על הגיטין הבאים ע"י שליח דמחוסר הבאה לא הוי כמחוסר מעשה ואין כאן המקום להאריך בזה וכן מוכח מסוטה (כ"ז) דמי שהלך למדה"י ושהי' חבוש בבית האסורין שב"ד מקנין לה להשקותה אליבא דר' יוסי דלא בעי וקינא והביא ולכאורה קשה דלפי דעת הרמב"ם בפ"ב הי"א מה' סוטה דבעינן שתהי' ראוי' לשתי' בעת הקינוי א"כ למה משקה אותה הבעל אח"כ אלא ודאי דזה לא מקרי אינה ראוי' לשתי' דזה לא הוי מחוסר מעשה וקצרתי:

נו

מה שרצה כת"ר לפרש טעמו של הרשב"א דלא הצריך בד"מ העדות דוקא בפני בע"ד דהרשב"א סובר דלכן הצריכה התורה שתהי' העדות דוקא בפני בע"ד משום דצריכין עדות שאתה יכול להזימה ואם לא העידו בפני הבע"ד לא ידע הבע"ד להכחישם ולבקש עדות שיזימם וא"כ בד"מ דלא בעינן עשאי"ל לכן לא בעינן ג"כ עדות בפני בע"ד הנה לא ראה כת"ר את דברי הנוב"י בסי' ע"ב בסתירת היתר הראשון ומביא שם את דברי המהר"ב אשכנזי. אשר כתב דדעת הרשב"א שגם בממון בעינן מה"ת דו"ח:

ולדעת הש"ך חו"מ ל"ג הכל טעם אחד וא"כ לפי דעת הרשב"א גם בממון בעינן עשאי"ל ובכ"ז דעתו דלא בעינן עדות בפני בע"ד בממון ואף לדברי הנוב"י דאף למאן דמצריך בממון דו"ח בכ"ז לא הצריכו עשאי"ל ג"כ אין סברא לומר דיהיה הטעם מעדות בפני בע"ד משום עשאי"ל דכיון דחז"ל הכשירו לכתחילה בממון עשאי"ל משום נעילת דלת למה החמירו דיהיה דוקא בפני הבע"ד ונמצא טפל חמור מן העיקר וכן לפי מה שהביא הנוב"י את דברי הרשב"א שכתב שהגמר דין מוכרח להיות בפני בע"ד מה"ת וא"כ בודאי יהיה תמיד בידי הבע"ד להזים את העדים אחרי ששמע קודם הגמ"ד את אשר העידו לחייבו ואין חילוק בזה אם הקב"ע הי' בפניו או ששמע את אשר הגידו קודם שנגמר הדין ולפי זה גם בדיני נפשות לא הי' מצריך קב"ע בפני הבע"ד הא בידו להזימם אף אם לא העידו בפניו רק מה ששמע הגדתם קודם הגמר דין ולא היה לו לחלק בין ממון לנפשות וביותר במה שדחה הנתיבות בסי' כ"ח את טעמו של הלבוש מהא דשור דנראה ברור אשר קב"ע בפני בע"ד הוא רק גזה"כ בלי שום טעם. יש לדחות גם הטעם של כת"ה ואין להאריך יותר בדבר פשוט כזה ואף דיש מקום לומר הא דגזרה התורה שיגידו העדים בפני הבע"ד. זה הוא משום הטעם דכתב הלבוש ובכ"ז הצריכה שיהיה הגמ"ד

בפני השור משום דאמרינן כמיתת בעלים כך מיתת השור גם במקום דיש סברא לחלק ביניהם הנה גם אם נימא כן. יש גם מקום לומר דקטנים שבאו לעונת הפעוטות שיש להם דעת יוכלו העדים להעיד בפניהם הא גם המה ידעו להכחיש העדים וכן העדים לא יעיזו גם בפניהם להעיד שקר ובאמת מהא דס"ל לכמה ראשונים דבפני שליח מהבע"ד ג"כ אינם יכולים להעיד מוכח דזה הוא רק גזה"כ בלי טעם דהא לפי הטעם של הלבוש בוודאי היה מועיל בזה שליח. וכן מהא דשותפים מש"כ השעה"מ המובא למעלה מוכח ג"כ דזה הוא גזה"כ בלי טעם ואין פה המקום להאריך יותר בזה:

נז

מה שהביא כת"ה את דברי הח"ס שחולק על הנוב"י המביא בשם עבודת הגרשוני והזקן אהרן שמחויבים הב"ד לחקור אחרי אמיתית הדבר לקיים ובערת הרע לאסור האשה על בעלה הנה לענ"ד יש להעיר מסוטה (כ"ה) שב"ד מקנין לאשת חרש ושוטה ולאשת שבוי ומי שהוא במדה"י. ונראה אשר הב"ד מחויב לחקור ולדרוש על אמיתות הדבר להפריש הבעל מאיסור ועיקר הקינוי רק עבור זה להפרישם מאיסור ומה שלמדו זה מקרא (בדף כ"ז.) הנה עיקר הלימוד דמועיל הקינוי מהב"ד כמו שהיה הבעל בעצמו מקנא לה. אבל מה שהב"ד מקנין לכל אלה המבוארים שם (בדף כ"ה. נראה דאמרו זה מסברא משום החיוב המוטל על ב"ד להשגיח שלא יהיו העם נכשלין בעבירות. ולכן מקנין להפרישם מאיסור וא"כ במקום דהב"ד שמעו אשר יש עדים היודעים שהיא אסורה לבעלה. למה לא יהיו מחויבים לחקור על זה כמו שמחויבים לקנאות את הנשים המבוארים בסוטה (כ"ה.) ואולי התם עיקר הקינוי מהב"ד רק להפסיד כתובתה אשר מוטל חיוב עליהם להציל עשוק מיד עושקו ועל כל אלה המבוארים בסוטה שם נעשה ב"ד לאביהם להשגיח על ממונם שלא ירד לטמיון אבל במקום שהבעל בפנינו ואינו מקפיד תשלומין הכתובה אין חיוב על הב"ד לחקור ולדרוש למען הפרישם מאיסורא אבל מדברי התוס' שם (כ"ז ד"ה איש איש) נראה דעיקר הקינוי משום לאוסרה על בעלה כמו שיראה המעיין שם ואין הזמן גורם לעיין הרבה בזה:

נח

מה שכתב כת"ה דלכן אינו שייך בעדות שלא בפני בע"ד עדות שבעלה מקצתה בטלה כולה משום שיכולין העדים לחזור ולהעיד אח"כ בפני הבע"ד ורק אם מתו העדים אח"כ אז שפיר אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה הנה הסברא הזאת הזכיר גם כא"א הגאון נ"י בנח"י סי' ל"ג אבל לא חילק שם בין אם העדים חיים או מתו. ובאמת כל דיני עדות נצרך לנו בשעת ההגדה או שעת דו"ח ומה שיהיה אח"כ לא איכפת לן מאומה

וא"כ כיון דבשעת ההגדה היו יכולין לחזור ולהעיד בפני בע"ד אין לבטל עדותן במה שמתו אח"כ וזה פשוט:

ולדעתי יש לדון הרבה בזה עפ"י דברי המהרש"ל דאם העדים העידו שלא בפני הבע"ד אינם יכולין לחזור ולהעיד אח"כ בפני הבע"ד ולפי מה שהעלה כא"א הגאון נ"י בנח"י סי' כ"ח דאם הי' איזה תועלת בהגדתן אז אינם יכולין לחזור ולהעיד וא"כ גם אם לא מתו העדים אינם יכולין לחזור ולהעיד בפני הבע"ד אחרי כי היה תועלת בעדותן בדבר אחד ולפי הנראה החשש הזה הוא מה"ת:

וביותר נראה לע"ד דבמקום שבעינן עשאי"ל כמו בקנס. ולהרבה פוסקים גם בממון וכן לאסור אשה על בעלה וכדומה בוודאי אינם יכולים העדים לחזור ולהעיד אח"כ דאם יוזמו יהיו נפסלין למפרע מעת הגדתן הראשונה כמו דאיתא בב"ק (ע"ג) גבי עדי גניבה וטביחה:

נט

ומה שכתב כת"ה לפלפל בדברי הנוב"י במה שכתב דסגי בפני האשה בלבד אף אם לא העידו בפני הבעל ולכן גם בהעידו שלא בפני הבעל ג"כ יכולין העדים לומר אשר לאוסרה על בעלה באו והעיר כת"ה דאם לא היו נאמנים לענין איסור לא היו נאמנים גם לענין מיתה מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אלא וודאי כיון דיכולין לחזור ולהעיד אח"כ בפני הבעל לא אמרינן כאן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה בזה יפה העיר כת"ה דלפי דעת הנוב"י דלאסור אשה על בעלה לא בעינן עשאי"ל בוודאי יכולין העדים לחזור ולהעיד אח"כ בפני הבעל ואף אם יוזמו יפסלו מעת הגדתן הראשונה לא איכפת לן מה שיהיו עשאי"ל בעת הגדתן השניה לענין איסורה על בעלה לזאת שפיר הוכיח הנוב"י דלאוסרה על בעלה סגי במה שהעידו בפני האשה לבד דאם לא כן הי' משכחת לן דמיקטלא באופן דלא העידו בפני הבעל דלא הי' מועיל עדותן לענין איסור והי' עדותן מועיל לענין נפשות:

ס

ועפ"י דברי אלה יש לתרץ קושיית הפתח הבית בסי' כ"ח שהקשה דלמה לא משכחת לן מיתה בעדי נערה המאורסה הא הב"ד יכולין לומר להעדים דלפי עדותן תהרג הנערה ויעידו שנית ואז לא יוכלו לומר דלאוסרה על בעלה באו ולפי מה שכתבתי לא יועילו מאומה בהגדתן השניה הא יהיו אח"כ עדות שאאי"ל משום דאם יוזמו יהיו פסולים למפרע כמו בעדי גניבה וטביחה ובנפשות בעינן עשאי"ל:

ואולי יגידו להם הב"ד קודם הדו"ח ואז אף אם יוזמו לא יפסלו מעת ההגדה הא קודם שנחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו וא"כ אינם נפסלים קודם הדו"ח ויכולין העדים

להעיד שנית מפורש על המיתה קודם שהי' הדו"ח מהב"ד אבל לפי דעת הנוב"י דלא בעינן בזה דו"ח וא"כ תיכף כאשר העידו ונאסרה ע"פ עדותן לבעלה אף בלי דו"ח. לא יכלו אח"כ לומר מבודין היינו וא"כ יפסלו מעת הגדתן אף טרם שנחקרו ואין פה המקום להאריך אם העדים יכולין מעדותן קודם הדו"ח במקום דלא נצרוך דו"ח ולפי הנראה דאף במקום שהדו"ח מעכב בדיעבד בכ"ז נפסלים העדים מעת הגדתן אף טרם שנחקרו בחקירות ודרישת ובדיקת. ואין פה המקום להאריך בזה וכן עפ"י דברי א"א הגאון יחי' בלתי אפשר להעיד שנית הא הי' תועלת בעדותן הראשונה לענין האיסור על בעלה. ואינם יכולין להעיד אח"כ על האיסור משום דיהי' תועלת בהגדתן הראשונה לענין קטלא. ולכן י"ל גם בזה עדות שבמ"ק ב"כ הא לא יהי' בידם להעיד אח"כ בפני הבעל ולכן לא משכח"ל מיתה בנה"מ אם העידו לא בפני הבעל משום עדות שבמ"ק ב"כ:

סא

וכן יש להעיר בהא דאיתא בש"ע ח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ז דהעד ואותו שנשבע לו מצטרפים להעיד עליו ולפוסלו וכן בסי' פ"ז סעי' כ"ט דעד הראשון מצטרף עם עד השני לעשותו חשוד אחר שנשבע הא לכאורה יהי' זה עדות שאאילה"ז הא אם יוזמו יפסיל העד הראשון מעת הגדתו הראשונה אבל לפי מש"כ כא"א הגאון נ"י בנח"י סי' כ"ח ענף ג' דהעד הראשון אינו צריך להעיד מחדש ע"כ לא שייך בזה עדות שאאי"ל הא סגי מה שהעיד בפעם הראשון. ואף כי הבע"ד צריך להעיד מחדש. הנה הבע"ד בודאי לא מיפסיל למפרע מעת תביעתו הראשונה הא לא העיד אז בתו"ע רק טען בתורת בע"ד וזה כש"כ מאם לא הי' תועלת בעדותן דלא מיפסלו אם הוזמו ואף לדעת הרמב"ן המובא בפתח הבית סי' כ"ז דמיפסלי אף אם לא הי' תועלת בעדותן אבל בע"ד התובע בשקר בודאי לא מיפסיל משום לא תענה וזה פשוט:

ואחרי כל אלה שפיר כתב כא"א הגאון נ"י דגם בהעידו שלא בפני בע"ד י"ל עדות שבמ"ק ב"כ ושפיר מתרץ דלכן לא מוקי הגמ' בב"ק (דף מ"א) בעדות שלא בפני הבע"ד דאם לא הי' מועיל עדותן לגבי השור לא הי' מועיל גם לענין כופר משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא יכלו העדים לחזור ולהעיד אח"כ בפני הבעלים והשור על מיתת השור הא יהי' אח"כ עדותן עדות שאאי"ל:

סב

והנני להעיר עוד דבר אחד בדברי הרמב"ם פ"ב מה' סוטה דאולי לכן כתב הרמב"ם דצריכין קרא למעט קטנה משתית המים המאררים אבל אם לא הי' מיעוט היתה שותת. והא דאין מקבלין עדים בקטנותה לא הי' עיכוב כמו שאפרש עתה מטעם חדש ב"ה הנה למעלה כתבתי דהשקאת סוטה לא הוי כדיני נפשות ובאמת נראה ברור כן מהא דפליגי

ר"א ור"י בריש סוטה אם משקין לה דוקא ע"פ שנים או ע"פ אחד ולר"א דסגי בעד אחד בודאי לא הוי זה ד"נ ואף לר' יהושע דמצריך שני עדים זה הוא משום דילפינן מקרא דכתיב ועד אין בה דדרשינן בה ולא בסתירה ואי הי' זה כד"נ לא הי' לנו ללמוד מקרא מיוחד דישקה אותה דוקא ע"פ שנים הא ממילא ידעינן זה מהא דכתיב בדיני נפשות בפ' שופטים לא יומת ע"פ עד אחד:

סג

וביותר יש להעיר ע"פ דברי הנתיבות מש"כ בסי' ל"ו. דהא דילפינן עדי נשים מגז"ש דבר דבר דממון זה הוא רק במקום שאין הכחשה אבל במקום דאחד מהבע"ד מכחיש אז מקרא אחר נפקינן מהא דכתיב לא יקום עד אחד באיש ובעינן שני עדים הכשרים לד"נ כיון דבא לידי נפשות וכפי הנראה ברור דר"א ור"י פליגי גם היכא דהאשה מכחשת ואי נימא דהשקאת סוטה מקרי ד"נ לא הי' שום צורך לאיזה קרא שתהי' הסתירה ע"פ שנים הא כבר נאמר בנפשות ע"פ שנים עדים יומת המת:

וכן נראה מהסוגיא זו דהא דמדמינן עדי נשים לנפשות כמש"כ התוס' מכות (דף ו') זה דוקא במקום דע"י עדותם יכול לבא לנפשות אבל בעידי כיעור דנאסרת רק לבעל וליכא בה דררא דנפשות לא צריכין כל הדינים הנדרשים בעדי נפשות וכמש"כ הנוב"י בסי' ע"ב דעדי כיעור אינם צריכין להעיד בפני האשה. ואף לדברי הברית אברהם אשר הבאתי למעלה דמצריך גם בעדי כיעור שיעידו בפני האשה משום דיש לחוש ללעז שמא יעידו גם על הטומאה ותתחייב קטלא הנה בעדי סתירה אין לחוש לזה וע"י הסתירה לבד בלתי אפשר לבוא לדררא דנפשות ולכן צריכין לקרא מפורש שתהי' הסתירה בפני שנים ולולא הקרא היינו אומרין דסגי באחד וקילא מכל עדי זנות וכמו שאמרה הגמ' בסוטה (דף ג') דעדות הראשונה אין אוסרתה איסור עולם וכמו שמפרש שם רש"י שאם תשתה ותמצא טהורה מותרת לבעלה ולתרומה ואף שאם המים יבדקו אותה ותבא לידי נפשות ממש לא איכפת לן. דזה יהי' עונש בידי שמים והא דצריכין שני עדים בנפשות זה דוקא בעונש בני אדם אשר אין בידינו לברר האמת דוקא עפ"י שנים:

סד

ולפי זה יש לתרץ דברי הרמב"ם בפ"ב מה' סוטה הנ"ל. דאף אם יהי' לדעתו קב"ע בפני בע"ד מה"ת גם בממון וכמש"כ הנוב"י בסי' ע"ב דהרמב"ם מדמה ממון לנפשות בזה משום דכתיב והועד בבעליו הנה בעדות קינוי וסתירה לא יהי' נצריך בפני האשה דהא דבעינן בקו"ס שני עדים משום דכתיב ועד אין בה ואמרינן בה ולא בקינוי ולא בסתירה. והגז"ש דבר דבר דממון בא לטומאה דעלמא כמו דאיתא בסוטה (דף ל"א ודף ג'). וא"כ דבעדי קינוי וסתירה דליתא הגז"ש דבר דבר דממון אין לנו שום לימוד דיעידו דוקא בפני

האשה. ודוקא בעדי זנות דעלמא דילפינן דבר דבר דממון ילפינן ג"כ בעדי נשים דיהיה העדים מחוייבים להעיד בפני האשה ולכן אם לא הי' קרא למעט קטנה היינו מקבלין העדים מהקו"ס אף בקטנותה דבזה לא נצריך קב"ע בפני האשה והא דמפסדת כתובתה ונאסרת לבעלה כבר כתבתי למעלה אשר משום זה לא נצרך שיהי' הקב"ע בפני האשה:

סה

ועפ"י דברי אלה דיש לחלק לדעת הרמב"ם עדות קו"ס מכל עדי זנות דבכל עידי זנות מה דצריכין שני עדים משום הגז"ש דבר דבר מממון בעינן שיעידו דוקא בפני האשה כמו דבעינן קב"ע מה"ת בממון בפני הבע"ד אבל בעדי קו"ס דמרבינן מהא דכתיב ועד אין בה לא בעינן שיעידו בפני האשה ויש לדון לכאורה דגם בעדי הודאה וכדומה דליכא דררא דנפשות ש להעיד דוקא בפני האשה משום הגז"ש דבר דבר ולכן בקטנה שזינתה דנאסרת לבעלה כמש"כ הרמב"ם בה' סוטה דליכא בקטנה דררא דנפשות לא יוכלו העדים להעיד עד אחר שנתגדלה ומפשטות לשון הרמב"ם בהלכה ד' שם נראה דגם בעדי טומאה אשר ילפינן הגז"ש דבר דבר דממון יכולין ג"כ העדים להעיד עלי' גם בקטנותה ונאסרת תיכף לבעלה ע"כ לנו לומר דמה דאמרינן קטן כמאן דליתא דמי זה הוא רק מדרבנן ובמקום איסור העמידו על דבר תורה שגם בקטנים מתקיים והועד בבעליו כמש"כ למעלה בארוכה ורק לענין העדאת השור דכתיב ולא ישמרנו אינו מועיל מה"ת לעשות שור של חשו"ק למועד אבל בכל ד"מ דמה דבעינן קב"ע בפני הבע"ד מהני מה"ת גם בקטנים. ומה"ת גם קטן כמאן דאיתא דמי ולכן קטנה שזינתה נאסרת לבעלה אף היכא שהעדי טומאה העידו בקטנותה בפניה:

סו

ומה שכתבתי להוכיח דהשקאת סוטה לא הוי כד"נ מהא דסגי אליבא דר"א עד אחד בסתירה ולר"י למדינן דבעינן שני עדים מהא דכתיב ועד אין בה דדרשינן בה ולא בקו"ס לכאורה י"ל דאף אם היה זה נפשות ממש היינו יכולין ג"כ לומר דלא בעינן בקו"ס שני עדים משום דאיתקש לטומאה כמו שאמרה הגמ' אליבא דר"א כן בסוטה (דף ב') אבל באמת נראה לענ"ד ברור דאם הי' זה כד"נ לא היה מועיל ע"א אף אם נתקיש לטומאה. הא בנפשות בודאי לא היה מועיל רגלים לדבר כמו דאיתא בסנהדרין (דף ל"ז) בהא דר"ש בן שטח ובמקום דאמרה תורה מפורש ע"פ שנים עדים אינו מועיל אף אומדנא ורגלים לדבר היותר מוכחים. והא דמפסדת כתובתה ע"י עד אחד המעיד שנטמאה ואף בממון אינו מועיל אומדנא כמו שפסק הרמב"ם בפ"ח מה' נז"מ בגמל המותר בין הגמלים הנה התם מפסדת משום שמעשיה גרמו לה במה שנסתרה אחר הקינוי כמש"כ רש"י ריש פ' ארוסה ותוס' (דף ל"א) דה"מ מי שקינא וא"כ שפיר מוכח מזה דהשקאת סוטה לא

מקרי נפשות וביותר מוכח מהא דס"ל לר"א דמשקה אותה ע"פ עצמו וזולת הראיה מכאן הוכחתי למעלה דהשקאת סוטה לא הוי כנפשות ואין להאריך יותר מזה:

סז

אך הנני להעיר דלפי מש"כ רש"י ותוס' הנ"ל דבמקום שאינה יכולה לשתות מפסדת כתובתה משום שמעשיה גרמו לה במה שנסתרה אחר הקינוי. א"כ למה מקנין את הקטנה להפסיד כתובתה אחר הסתירה. הא בקטנה אינו שייך לומר דמעשי' גרמו לה כמו שכתב המהרי"ק המובא למעלה הנה באם זינתה שפיר שמפסדת הכתובה והתוספת משום דלא יהב לה ע"מ שתהיה אסורה לשבת תחתיה אבל למה תפסיד כתובתה ע"י מה שנסתרה ואינה יכולה לשתות לברר את האמת. ואף דלדעת הרמב"ם פיתוי קטנה רצון לאסור על בעלה ישראל מ"מ אין סברא לומר דגם מעשה קטנה תגרום לה להפסיד ממון מספק ודברי הרמב"ם צ"ע לדעתי העני' ומדברי רש"י במשנה דמי שקינא נראה דמה שמפסדת כתובתה ע"י עד טומאה זה ג"כ משום רגלים לדבר ולא משום שמעשיה גרמו לה וכן נראה מדברי רש"י שם דלר"א אף ע"י עבד ושפחה מפסדת כתובתה אם לא רצתה לשתות. וא"כ מה דס"ל לר"א דבסתירה סגי בעד אחד או ע"פ עצמו מועיל גם לענין הפסדת כתובתה וכל דברים שבממון מה שאשה זונה מפסדת מבעלה ואף דבממון כתוב מפורש ע"פ שני עדים יקום דבר מ"מ מפסדת כאן גם ע"י אחד משום דאיתקיש לטומאה:

סח

ולענ"ד מוכרחים אנחנו לומר אליבא דר"א דגם כל הדברים שבממון תפסיד האשה ע"י עד אחד המעיד אחר הקינוי שנסתרה הנה כתבתי למעלה דלהפסיד את האשה ממזונותיה לא צריך הבעל להביא עדים הא בידו לגרשה ויפטור ממילא ממזונותיה. הנה ר"א דסביר שאין רשאי לגרשה אלא א"כ מצא בה ערות דבר ולכן ס"ל דקינוי הוא חובה כדאיתא בירושלמי ומובא בתוס' סוטה (דף ג') דה"מ ר"י אומר א"כ אין בידו לפטור ממזונותיה במה שירצה לגרשה ובכ"ז ס"ל דמשקין לה ע"פ אחד ועפ"י עצמו ובמקום דלא תרצה לשתות מפסדת מזונותיה. נראה דאליבא דר"א איתקש עד סתירה לעד טומאה דמפסדת ממונה משום רגל"ד ואין פה המקום לפלפל אם אמרינן מגו במקום שיש איסור לעשות את הדבר ולפי מה שהבאתי למעלה בשם התוס' סוטה (דף כ"ז) דלהפסיד אשה שזינתה את כל החיובים שיש לה על בעלה לא מרבינן מקרא וכמו שהבאתי את דברי המהרי"ק שכל מה שמפסדת זה הוא רק קנס דרבנן אין ראיה במה שס"ל לר"א להשקותה ע"פ אחד דמפסדת גם כתובתה הנה ר"א מקיש מה"ת סתירה לטומאה רק לאוסרה על בעלה מספק. ומה"ת ליכא שום דררא דממונא בסוטה אבל

עתה שיש מדרבנן דררא דממונא בסוטה אפשר ס"ל לר"א דאינה מפסדת ממון ע"י אחד וע"פ עצמו משום דכתיב מפורש ע"פ שנים עדים יקום דבר וגם רגל"ד אינו מועיל להפסיד ממון:

סט

ואולי יש לומר דכיון שיכולה לשתות ובידה לברר האמת לכן מפסדת אליבא דר"א כתובתה וכל דברים שבממון אף ע"י אחד וע"פ עצמו והתורה הטילה חיוב עליה לברר האמת ובמקום דלא תרצה לשתות אשמה בראשה ואפשר במקום דלא תוכל לשתות כמו אשת סומא וכדומה לא תפסיד אליבא דר"א כתובתה ע"י אחד שיעיד על הסתירה ויש לעיין בדברי הרמב"ם בפ"א מה' סוטה ה' ט"ו אשר נראה מדבריו דמה שמפסדת כתובתה ע"י עד טומאה זה משום רגל"ד ולא משום שמעשיה גרמו לה וא"כ אליבא דר"א דאיתקש עד סתירה לעד טומאה מפסדת כתובתה ע"י עד סתירה גם במקום שהמניעה מהשתיה אינה ממנה ולדעתי הקלה צ"ע דלמה תפסיד לר"א כתובתה ע"י ע"א הא קיי"ל דאין ע"א קם לממון ואף להחזיק אינו מהימן כמו שכתבו גדולי האחרונים:

ומה גם במקום שתפסה את כתובתה בוודאי לא יהיה עד אחד נאמן וה' יאיר עיני בתורתו:

והנני מבקש מכבוד אדוני אבי אשר יאבה בטובו להשים עיניו המאירים על דברי אלה ויודיעני דעתו הגדולה והרחבה. והנני מחכה לתשובתו הרמה בהקדם האפשרי והנני בנו ותלמידו השותה בצמא את דברי קדשו:

צבי

הירש

סימן פ

ב"ה י"ב מרחשון תרמ"ט מיטויא. כבוד אאמו"ר הגאון נ"י שלום וברכה נצח.

לגודל שמחת לבבי הגיעני מבית הדפוס העלים הנדפסים מספרו היקר עין יצחק' ובצמא הנני שותה את דברי קדשו והנני בא בקצרה להעיר קצת בדבריו הנחמדים אשר הנני פציעם לפני כ"א. ולאדוני אבי המשפט לקרבם או לרחקם:

א

מה שכתב כא"א בחלק או"ח סימן ה' דכתבי קודש שאין בהם אזכרות אין איסור מחיקתן מה"ת ומביא זה בשם התשב"ץ ולדעתי גם דעת רש"י כן ממש"כ בסנהדרין (דף קי"ג) דמזוזה הואיל וכתיב בה אזכרות אי אפשר לשרפה משום קרא דלא תעשון כן וכן כתב רש"י (בדף ע"א ד"ה ואפילו) מזוזה אחת וכש"כ אחד מן החומשין או ספר מהנביאים שאזכרת השם כתובה שם הנה שפתי רש"י ברור מללו דהלאו דלא תעשון

כן הוא רק על השמות אבל לא על כתבי קודש בלי אזכרות הנה אי נימא דגבי עהנ"ד אין אנו הולכין בתר דרבנן לפטור משריפה כמש"כ הראב"ד המובא בחידושי הר"נ סוף סנהדרין שם דלא גריס גבי מע"ש כגון דנפלו מחיצות ואעפ"י שיהי' המחיצות בכ"ז אין פוטרין משריפה מחמת שמחיצות אינן קולטות רק מדרבנן ואינן מפקיעין איסור תורה בודאי שייך לדון כזה גם בכ"ק דרק אם איסור שריפתן הוא מה"ת אז נפטרה כל העיר בשבילן אליבא דר"א דלא מתקיים כל שללה ושרפת כמש"כ רש"י שם (דף ע"א) אבל אם האיסור הוא רק דרבנן בודאי אינה נפטרת כל העיר בשבילן אשר מה"ת קרינן בה את כל שללה ושרפת. ולכן כתב רש"י בדיוק שרק מחמת השמות אינה נעשית העיר נדחת משום דמה"ת לא מתקיים בה כל שללה משום שאיסור שריפתן מה"ת אבל לא תוכל העיר להנצל בשביל כתבי קודש שאין בה אזכרות שאין איסור שריפתן מן התורה:

ב

ואף לדעת הר"ן בחידושיו שם דפליג על הראב"ד ודעתו דגם מחיצות דרבנן מפקיעין מחיוב שריפה וגם רש"י גריס התם כגון דנפלו מחיצות מ"מ יודו במזוזה דאם איסור שריפתה יהי' רק מדרבנן דלא תהיה כל העיר פטורה בשבילה כמו שאבאר בעז"ה הנה הר"ן כתב דלכן מחיצות דרבנן נמי שפיר מפקיעין מחיוב שריפה היינו משום דתק"ח לא גרע מדבר הרשות העושה שלא יכול השלל להיות נקבץ לתוך עהנ"ד דפטורין משריפה שהרי הן מובדלין מהעיר הזאת וכדי הוא תקנת חכמים לעשותן מובדלין מהעיר הואיל והם גזרו שיהיו המחיצות קולטות ולא יצאו משם לעולם ולפי דבריו אין אנו יכולים לדמות מזוזה שאם יהיה איסור שריפתה רק דרבנן להא דמחיצות דקליטת המחיצות מחמת התק"ח שפיר יכולה לעשות את השלל מובדלין מהעיר דלא גרעה מדבר הרשות העושה את השלל מובדלין מהעיר אבל בודאי לא נוכל לפטור את כל העיר משריפה מחמת דמדרבנן לא קרינן בה את כל שללה ושרפת הא אם איזה דברי הרשות יעכב מקצת מהשלל שרפה בודאי לא יפטרו בשביל זה יתר השלל משריפה. והי' מתקיים שפיר כל שללה ושרפת. וא"כ גם דבר דרבנן לא יכול לעכב את יתר השלל משריפה וכיון דמה"ת קרינן בה כל שללה ושרפת מחוייב יתר השלל בשריפה ואין אנו יכולין לפוטרן מחמת שמדרבנן אסור לשרוף כתבי קודש וחילוק זה הוא מוכרח דאל"כ יסתרו דברי רש"י אהדדי ומש"כ הפרמ"ג ביו"ד סי' כ"ח דאפילו טריפות דרבנן פטורין מכיסוי דאינן בכלל אשר יאכל הנה הגאון רעק"א זצ"ל בהגהותיו השיג עליו מהא דחולין (דף כ"ז ודף פ"ו) כמו שיראה המעיין בהגהותיו סוף סימן כ"ח וא"כ גם כאן אם איסור שריפת המזוזה יהי' רק דרבנן לא הי' פטורה כל העיר אחרי אשר מה"ת מתקיים שפיר את כל

שללה ושרפת ולכן כתב רש"י בהמזוזה או בחומשין ונביאים דכתיב בהם אזכרות לכך פוטרין אליבא דר"א את כל העיר דלא מתקיים מה"ת את כל שללה ונראה ברור דדעת רש"י ג"כ בהכ"ק שאין בהם איסור מה"ת לשרפם. כיון שאין בהם שמות המוקדשין כמש"כ כבוד א"א בארוכה בשם התשב"ץ:

ג

וכן הנני להעיר מש"כ כ"א באות י"ח דגם השמות שבכה"ק אף דלא נכתבו בפירוש לשם קדושת השם רק דסתמא דבכתיבת כתבי קודש אין מדקדקין לכתוב השמות לשם קדושת השם. מ"מ ג"כ אסור לאבדן מה"ת משום דסתמא נמי כלשמה חשוב לדעתי מוכח ג"כ שדעת רש"י כן ממש"כ שם בסנהדרין (דף ע"א) דאחד מן החומשין או מהנביאים שיש בהם אזכרות פוטרין את כל העיר משריפה ולכאורה אך למותר לאשמעינן דגם אזכרות שבחומשין ובנביאים ג"כ פוטרין את העיר משריפה כמו השמות שבמזוזה דמאיזה מקום וסברא הי' לחלק ביניהם אלא ודאי דדעת רש"י ג"כ כדעת הסוברין אשר הביא כ"א דרק השמות שנכתבו לשם קדושת השם אסור מה"ת לאבדן ולכן היה מקום לומר דהשמות שבחומשין ובנביאים שאין המנהג לקדשן בפירוש לשם קדושת השם דלא יהיה איסור תורה לאבדן ולכן דבר גדול השמיענו רש"י דגם עליהם נאמר הלאו דלא תעשון כן דמחמת שסתמא כלשמה חשיב וכמו שביאר כ"א באות י"א את דברי הרמב"ם דמתחילה כתב שאין מוחקין השמות שנכתבו בפירוש לשם קדושת השם ואח"כ כתב דאין למחוק גם השמות שבכה"ק אשר לא נכתבו בפירוש לשם קדושת השם כן יש לפרש דברי רש"י הנ"ל כמו שכתבתי. ובכונה השמיט רש"י שם ס"ת שלמה דבוודאי פוטרות אליבא דר"א את כל העיר דבס"ת נכתבו כל השמות בפירוש לשם קדושת השם ולא נצרך לאשמועינן דבר ברור כזה שנכלל במזוזה אבל חומשין ונביאים שאין המנהג לקדש השמות הי' מקום לומר דמה"ת מותר לאבדן השמיע לנו דעתו הגדולה דגם עליהן נאמר הלאו דלא תעשון כן משום דסתמא כלשמה חשוב וזה פשוט דגם בחומשין שאין קוראין בהן בציבור דהמנהג שלא לקדש השמות בפירוש ורק בס"ת שלימה שקוראין בה המנהג לקדש ולכן כתב רש"י אחד מהחומשין ואחד מהנביאים שהרבותא בשניהם שוה ומש"כ רש"י וכש"כ אחד מן החומשין כו' דאף שבמזוזה יש לדון יותר דיהי' האיסור מה"ת משום שבה נכתבו השמות בפירוש לשמן מ"מ שייך לדון באחד מחומשין ומנביאים בקו"ח ממזוזה דבהם נמצאים שמות הרבה יותר ממזוזה ומה שבהם לא נתקדשו השמות הנה סתמן כלשמה דמי ושפיר כתב רש"י בלשון וכש"כ וזה פשוט ולדעתי מוכח מדברי רש"י השלשה דינין מחודשין אשר חידש כ"א בדעתו

הגדולה והרחבה וכן ביאורו הישר באות י"ח בדברי הרמב"ם מבואר זה בכוונת רש"י כמו שביארתי נכון בעז"ה. עוד יש לי הרבה מילין בענין הזה אך בחרתי לי לבוא בקצרה רק בדברים הכרחיים. והנני בנו דוש"ת המשתוקק לשתות בצמא את דברי קדשו:

ד

מה שהאריך כ"א בחלק או"ח סימן ט"ו בענין שבת דחוי' אצל קרבנות ציבור או הותרה. הנה דעת הגר"א זצ"ל ביו"ד סימן רס"ו ס"ק כ"ה דשבת הותרה אצל קרבנות ולדעתי נראה דתליא באשלי רברבי ומחלוקת גדולי הראשונים בדבר זה. והוא דהרמב"ן בתורת האדם בענין הכהנים האריך בסוגיא דברכות (י"ט) ויצא לדון בדבר חדש בסברא נכונה דהיכי אמרינן דהוי דחוי' האיסור גבי המצוה כגון גבי סדין בציצית או עשה דפסח דאינהו גופייהו מצי למיעבד כי לא עבר עלייהו בלאו ומ"מ נדחה האיסור לגבייהו זה מקרי שפיר דחוי' אבל היכי דאי אפשר לעשות המצוה במציאות בלי לעבור האיסור כמו קבורת מת מצוה דאי אפשר בלא טומאה לעולם ומסיק התם וה"נ גבי שבת אשכחן עבודה דדחיא שבת ולא גמרינן מהתם דאתי עשה ודחי ל"ת שיש בו כרת משום דדבר שהיה בכלל ויצא מן הכלל הוא וליתא ללאו בהאי זהו תוכן דברי הרמב"ן שם הרי מבואר בפי' לאחד מגדולי הראשונים הרמב"ן ז"ל דס"ל דשבת לא הוי דחוי' אצל קרבנות צבור רק קרבנות הותרה בו מקרי:

ה

ולכאורה צריך ביאור סוגית הגמרא ביבמות (ה) דקא שקיל וטרי התם ונילף מתמיד דמה לתמיד שכן תדיר דסותר לכאורה דעת הרמב"ן דמשמע דפשיטא להאי סוגיא דשבת דחוי' אצל קרבנות ציבור נראה לי דאדרבה דמהאי סוגיא גופי' הוכחה גמורה לדעת הרמב"ן דהתוס' הקשו שם בד"ה ומכולהו נמי דנילף ממילה ומשארי קרבנות ופשוט נראה כוונת התוס' בקושייתם דנילף ממילה ומשארי קרבנות כגון מוספי ראש חודש או מוספי רגלים שחל להיות בשבת דאז ליכא לפירכת שכן ישנו לפני הדבור. והתוס' תירצו בדוחק משום דהוי תדיר בכל שנה אבל דעת הרמב"ן נראה לן בפירוש דדחיקא ליה לחלק כסברת התוס' דזה מקרי תדיר משום דהוי בכל שנה דא"כ נופל עיקר יסודו שהכריח סברת חילוקו מעבודה דדחיא שבת משום דליתא ללאו בהאי דאם ס"ל כסברת התוס' הא טעמא רבה אית בהו שכן תדיר. אלא ע"כ ס"ל להרמב"ן דשאר קרבנות כמו מוספי ר"ח או מוספי רגלים לא מקרי תדיר ולכן שפיר הוכיח סברת חלוקו וא"כ ממילא מוכח האי סברא לדעת הרמב"ן מסוגית הגמרא דלא תקשה לן כקושיות התוס' דנילף לפי האמת משארי קרבנות דדוחה אלא ע"כ דזה לא הוי בגדר דחי' כלל כיון דאי אפשר

לעשות המצוה אם לא לעבור האיסור והא דקא שקיל וטרי בתחילה לא הוי רק אלא דרך שקלא וטריא כדרך הש"ס בכ"מ דלפי האמת אין שום ילפותא כלל גם מתמיד:

ו

ולשיטת הרמב"ן אפשר דכן דעתו בפירושו בהגמרא מפסח ותמיד שכן צורך גבוה היינו כשיטת הר"נ בביצה וסייעתו דהא דהותרו צרכי אוכל נפש ביו"ט לא מטעם דחוי' רק הותרו כמו כן צורך גבוה צורך המזבח גבי שבת מקרי דבר דלא נאסר וזהו גופי' שינוייא דקא משנינן שכן צורך גבוה ולא הוי בגדר דחי' כלל וזהו מסקנת הסוגיא כן נראה לי בדעת הרמב"ן. ולפ"ז בולטת דעת הרמב"ם אשר האריך כ"א לירד לסוף דעתו אם קרבנות ציבור הבאים לחובת היום אם דחוי' או הותרה ועתה אחרי מצינו דעת הרמב"ן דדעתו דמקרי הותרו וסברתו הוא כיון דאי אפשר המצוה בלי לעבור האיסור כמו קבורת מת מצוה אבל דעת הרמב"ם אינו כן שכתב בה' אבל פ' ב' ה' ט"ו דקבורת מת מצוה הוי דחוי' ולא הותרה וזה לשונו הטומאה לקרובים דחוי' היא היא ולא הותרה לכל א"כ לדעת הרמב"ם דס"ל דקבורת מת מצוה אך דחוי' היא ולא הותרה כמו כן נמי גבי קרבנות ציבור אף דבאין לחובת היום דוקא לא הוי אלא בגדר דחוי' דוקא ולא הותרה הרי מבואר לדעתי דמחלוקת הראשונים בדבר זה. וכן הרשב"א בחדושיו לברכות (י"ט) כתב ג"כ דשבת דחוי' גבי עבודה ולא הותרה כמש"כ התוס' שם:

ז

וראיתי בפני יהושע בברכות (דף כ') שכתב דבמקום דכתיב העשה אצל הל"ת דאז אמרינן דלא נאסר האיסור כלל ואינו בגדר דחוי' כי לא נאסר מעולם ולכן בכ"ג ונזיר דכתיב ולאחותו דאמרינן אבל הם מטמאין למת מצוה דלא נאמר הלאו דטומאה עליהם במת מצוה וכן בכהן הדיוט לא נאמר הלאו דטומאה בקרובים ולפי דבריו ההקטרה בשבת תהיה הותרה משום דאמרינן בשבת (דף כ') דלא תבערו אש בכל מושבותיכם למשרי אברים ופדרים הוא דאתא וכתבו בתוס' שם דעיקר הלמוד מכל מושבותיכם לא מבמועדו.. א"כ נאמר העשה אצל הלאו דהותרה הקטרה לגמרי ולא הוי בגדר דחוי' וכמש"כ הפ"י בטומאת כ"ג ונזיר במת מצוה כיון דילפינן מלאחותו דמטמא למת מצוה דלא נאמר הלאו דטומאה במ"מ אמנם מהא דאמר ר"ש בפסחים (ס"ח ומנחות ע"ב) דחלבים ואברים ופדרים נקטרים בשבת רק משום חביבה מצוה בשעתה. נראה ברור דשבת הוי רק דחוי' ולא מקרי ההקטרה הותרה לגבי שבת וכמו שהוכיח כ"א בבאר יצחק או"ח סימן י"ד ענף ג' מזה דשבת רק דחוי' הוי לגבי עבודה. ונראה דגם בהקטרה דילפינן ממושבותיכם דג"כ הוי רק דחוי' ולא הותרה וכמו שפסק הרמב"ם בטומאת

קרובים אף דהעשה כתיב אצל הלאו ומ"מ הוי רק דחוי' ולא הותרה ודלא כסברת הפני יהושע:

ח

ובעיקר הדבר בדעת ר"ש דאמר משום חביבה מצוה בשעתה או לפי טעמא דמנחות (ע"ב) משום דדחתה שחיטה את השבת יש לעיין אם ס"ל דרשא דמושבותיכם. ויש לעיין הרבה בדברי התוס' ביומא (מ"ו) בכל הסוגיא התם וכבר האריך הרבה המשנה למלך פרק א' מה' תמידין ומוספין ה' ז' אם ישנו לפי האמת דרשא דמושבותיכם לכו"ע ולפ"ז אז לא יסתור דברי הפ"י הנ"ל דלא הוי נאמר העשה גבי ל"ת דלא תבערו וכן לפי מש"כ כ"א בבאר יצחק ח' או"ח סימן כ"ב דבהקטרה יש גם איסור בישול יתיישב דברי הפ"י ג"כ יותר נכון אף אם נימא דר"ש ס"ל נמי שפיר דרשא דמושבותיכם דלכן שפיר קאמר ר"ש דרק משום חביבה מצוה בשעתה נקטרין בשבת דבאיסור בישול לא נאמר העשה גבה דנימא דהאיסור בישול הותרה כמו איסור הבערה אמנם בעיקר חדושא שחידש כ"א דבהקטרה יש ג"כ איסור בישול לא ברירא לי דמהסוגיא דשבת (כ) ומדברי התוס' שם דעיקר היתר הקטרת אימורים בשבת ילפינן ממושבותיכם נראה דליתא איסור בישול בהם. דאם יהיה איסור בישול בהקטרתן מה מהני דהתורה התירה אצלם הבערה הא לבד איסור הבערה יש איסור בישול ואם יש לי הרבה דברים לדון בעיקר חידושא דכ"א ולהסיר בכמה אופנים את ההערה דנא אך באשר לפי ההשקפה פשוטה נראה כסתירה מהא דשבת לכן העליתי לפני כ"א וברור מפשט הסוגיא דבההקטרה ליתא איסור אחר רק איסור הבערה לחוד:

ט

ויש לי להביא כדמות ראיה דקרבנות ציבור הותרה הוי. דזה פשוט דמשום הידור מצוה לא אמרינן דדוחה ל"ת כמבואר בשבת (קל"ג) דאם איכא אחר ליעבד אחר אף שמצוה בו יותר מבשלוחו וכן ביבמות (כ"א) דדוקא אם אמרינן דחליצה לגבי יבום לא הוי מצוה כלל דאז מקרי לא אפשר לקיים שניהם. אבל אם היה חליצה ג"כ מצוה אף שיהיה יבום הדור מצוה דלא היה דוחה ל"ת ואם נימא דשבת דחויה הוי אצל עבודה א"כ אמאי אמרינן בתמיד במנחות (ס"ד) שאומרים לו הבא שמינה לכתחילה ושחוט. איך ידחה שבת משום הידור מצוה לחוד אלא ע"כ דעבודה הותרה וליתא שם איסור כלל ומהא דקצירת העומר דאיתא במנחות (ע"ב) דאם כשר מע"ש דלא דחי שבת פשוט הוא ואין צריך לפנים דלא דמי להא דוהבא שמינה אף שכחושה כשרה בדיעבד דהתם לא דמי להא דתמיד כמש"כ התוס' שם ד"ה אמאי אבל בתמיד גופיה קשה דלמה ידחה היכי דכשר בדיעבד אלא ודאי דבעומר כיון דאין זמנו קבוע בשבת לא אמרינן בו הותרה אבל

בתמיד כיון דזמנו קבוע בשבת כיון דהותרה הותרה לגמרי. וכמו שכתב כ"א בענף ב' אות זיין דדוקא במקום דהוי רק דחוי' אנו דנין להכלל דכ"מ שאפשר לקיים שתיהן אבל לא היכא דהוי בגדר הותרה:

ו

ולפ"ז יש להעיר מש"כ השאג"א סימן נ' דבמילה חוזרין גם בשבת על ציצין שאינן מעכבין משום הדור מצוה וכמו דאומרין לו הבא שמינה לכתחילה:

דבאמת יש לחלק דבקרבן הוי הותרה אבל לא במילה שהיא רק דחוי' אין אנו יכולין לחלל שבת משום הידור מצוה ועלינו לדון להכלל דכ"מ שאפשר לקיים שתיהן. וכן יש להעיר מחולין (כ"ט) בהא דמרק אחר ע"י משום מצוה. למרק שבדיעבד כשר הא מבואר בכמה אחרונים בשם הפרמ"ג בפתיחתו להל' שבת בהמית בהמה שהיא עודנה מפרכסת יש נטילת נשמה א"כ למה ממרק ועובר על אב מלאכה אלא ודאי דתמיד הותרה ולא נאסר כלל מעולם ואין לומר דכמו שמותר משום חביבה מצוה בשעתה הקטר חלבים כו' בשבת כמו כן יהיה מותר בשבת איסור דאורייתא משום הידור מצוה זה אינו דבאמת כתב הרשב"א בחידושיו לשבת (כ"ד בד"ה אי נמי) בעשה דוחה לא תעשה דמשום שיהוי מצוה נמי אמרינן דעשה דוחה ל"ת ולא משהינן למחר כמו שכתב גבי שריפת קדשים אף על גב דאפשר למחר רק כיון דאי אפשר לקיים עכשיו אי אפשר לקיים שניהם מקרי וע"כ דוקא גבי חביבה מצוה בשעתה שפיר נדחה דעיקר הטעם הדחי' לדעת הרשב"א הוא מטעם חביבה מצוה בשעתה משום דשיהוי מצוה לא משהינן במצוה שאין זמנה קבוע מכש"כ בעבודה דזמנה קבוע אבל בהידור מצוה אין סברא דידחה וכמו שביארתי לעיל מהא דשבת ויבמות. כל זה לא העירותי אלא משום דכל הדברים הנאמרים פה צריך הערה והרחקתי הפלפול והחדוד ולא כתבתי רק הדברים הנחוצים לדברי כ"א בספרו היקר ולכ"א המשפט לקרב או לרחק:

יא

מה שכתב כ"א בח' או"ח סימן כ"ו אות ל"ח לחלק בין הא דזבחים (ע"ב) דמשמע מפירכת הגמ' ניבטל ברובא דמהני ביטול ולא אמרינן כיון דבהמה בחייה בחזקת איסור הרי זה איסורין אין מבטלין זא"ז. ויצא כ"א לחלק דהיכי דבידו לתקן האיסור לא מקרי זה בשם איסור להחמיר ולומר דלא מהני ביטול אבל היכא דהאיסור תלוי בזמן אשר בזמן האיסור אין תקנה להתיר להאיסור כמו בפסחים (פ"ח) חוזר האי כללא דאין איסורין מבטלין והביא להא דמנחות (ה') דיש מחוסר זמן לבו ביום ולא הוה מהמותר לישראל אף דאח"כ יהיה היתר. ויש להעיר ממש"כ השעה"מ בפרק ח' מה' לולב ה' ב' דדבר שאסור לכל לא מקרי ראוי לאכילה אף שאפשר לתקנו ולהכשירו כמו מעשר שני חוץ

לירושלים שאפשר בפדיון. הרי דעתו דהא דבידו לתקנו אינו מועיל כלום להקל האיסור לדון עליו שם היתר במה דאפשר לתקן ובידו לתקנו את האיסור ולפי דבריו גם לענין ביטול בוודאי בעת האיסור אף שבידו לתקנו מ"מ קודם התיקון איסור גמור מקרי דהיכי דנתערב עם איסור אחר קיימא האי כללא דאין איסורין מבטלין וכן יש למידק בדברי כ"א בהצד השני של סברת חילוקו שכתב בפשיטות דדבר האסור לזמן כמו פסח בערב יו"ט דאז חמיר יותר למידן בה דלא מהני ביטול משום דאין איסורן מבטלין דאיסור התלוי בזמן דאז תוך הזמן איסור גמור מקרי כמו במשקה ישראל דאסור מחוסר זמן לא ברירא לי לפי מש"כ השעה"מ שם לדחות דברי הכפ"ת בסוכה ודעתו דמקרי היתר אכילה אף שאסור לאותו יום כיון דיהיה מותר באיזה זמן כמו שהביא מדמאי אף דאסור להפקיר ביו"ט וכמו שנראה מדברי רש"י בסוכה (ל"ה ע"ב) דאם היה פדיון לתרומה היה תרומה מקרי היתר אכילה מחמת פדיון אף דאין פודין ביו"ט. ולענ"ד יש להוכיח כדברי השעה"מ מסוטה (כ"ד) דמעוברת ומניקות שותות משום דיהיו ראוין לאחר זמן ראויה לאישות קרינן בה. והא דפסחים (מ"ח) דאם מוקצה דאורייתא לא היה מקרי ממשקה ישראל אף דיהי' מותר לאחר שבת. וכן למסקנת הגמ' מנחות (ה') דיש מחוסר זמן לבו ביום ואם אין אור המזרח מתיר לא היה מקרי קודם העומר ממשקה ישראל אף דיהי' מותר לאחר זמן זה דוקא בדלא נשאר בעולם דבר הנקרב למזבח ועליו בעצמו לא יבוא היתר לעולם ולא מהני מה שיבוא היתר על מינו דבעינן שיהיה מותר אותו הדבר בעצמו אשר אנו דנין עליו אבל בנידון של השעה"מ דאותו הדבר נשאר בעולם ועליו יבא היתר לאחר זמן מקרי ראוי גם קודם שבא ההיתר דזמן ממילא קא אתי. ויש לעיין בנוב"י מהד"ת ח' אהע"ז סימן נ"ד והמל"מ פ' ד' ה' אישות ה' ז':

יב

וזולת זה נראה לי לחלק מחוסר זמן דקדשים משארי מצות דבקדשים הקפידה התורה על הזמן דוקא ולכן צריכין שיהיה הדבר הנקרב ראוי למזבח בעת ההקרבה ולא מהני מה שיבא התירו לאחר זמן ורק במחוסר זמן לבו ביום יש סברא דלא הקפידה התורה ומסקנת הגמ' דגם לבו ביום יש מחוסר זמן אבל בשארי מצות לא איכפת לן אם אינו ראוי בעת עשיות המצוה ומקרי ראוי גם קודם דבא זמן ההיתר דזמן ההיתר ממילא יבא ושפיר כתב השעה"מ דמקרי היתר אכילה גם אם ההיתר יבא למחר ולדעתי נראה דבמנחות (ה') בהקריב קודם העומר עיקר הפסול משום מחוסר זמן דקדשים אבל לולי זה היה מקרי משקה לישראל גם קודם שבא זמן ההיתר משום דמקרי היתר גם בתוך זמן האסור ואף שהדבר בעצמו לא ישאר בעולם שנשרף על המזבח מ"מ מקרי היתר מחמת שהמין

הזה ישאר בעולם ויבא היתר עליו וכל שכן היכא דגוף הדבר אשר אנו דנין עליו נשאר בעולם וזמן היתר יבא עליו וראיה לדברי השעה"מ ממה דקרי הגמ' קודם העומר רק בשם מחוסר זמן דהפסול הזה איתא רק בקדשים אבל בשארי מצות התורה מקרי היתר גם קודם שבא זמן ההיתר דאל"כ איך היה סברא להתיר למ"ד דאין מחוסר זמן לבו ביום הא בעת ההקרבה היה איסור גמור ומה יועיל דיהיה מותר לאחר זמן אלא ודאי דהיכא דאין הפסול דמחוסר זמן בקדשים מקרי היתר גם בתוך זמן האיסור כמש"כ השעה"מ באתרוג של דמאי ותרומה דמקרי היתר אכילה אף אם לא יהיו מותרים עד למחר וע"פ דברי אלה לא זכיתי להבין את דברי קדשו מה דכתב לפלפל בשיטת אביי במחוסר זמן לבו ביום דלפי מה שכתבתי מרחק רב בין הענינים דרק בפסול דמחוסר זמן בקדשים לא מהני מה שיהיה מותר אח"כ אבל לא בשארי מצות ומקרי היתר לענין ביטול ברוב גם קודם דבא זמן היתר אכילת הפסח וזמן היתר ממילא יבא ושפיר נתבטל ברוב גם בערב פסח משום ההיתר דלילה:

יג

ומה שכתב הכפ"ת בסוכה (ל"ד ע"ב) בכוונת רש"י באתרוג של מע"ש חוץ לירושלים דאין יוצאין בה אף דיכול לפדותן אבל כיון דאסור לפדות ביו"ט לא מקרי היתר אכילה דבעינן שיהי' ראוי באותו היום ולכאורה דבריו נגד הגמ' דסוטה הנ"ל דמקרי ראוי' לאישות משום שתהיה ראויה לאחר זמן וכן נגד הגמ' דמנחות (ה') דקרי זה הגמ' רק מחוסר זמן אבל מקרי ממשקה ישראל למ"ד דאין מחוסר זמן לבו ביום וכמו שביארתי למעלה ב"ה נראה לענ"ד לומר דעיקר כוונת דבריו הוא עפ"י מה שכתב הרמב"ם בפי' המשנה דבאתרוג כתוב פרי ודבר שאינו ראוי לאכילה לא מקרי פרי ואף דאתרוג הבוסר הכשירו חכמים (בדף ל"ו) דמשום דגם קודם גמר בישולו ראוי קצת לאכילה ושפיר מקרי פרי גם קודם גמר בישולו ויש לעיין בח"ס א"ח סימן קפ"א אבל באינו ראוי לאכילה כלל באותו יום לא מהני מה שיהיה ראוי לאכילה ליום מחר כיון דבאותו יום לא מקרי פרי ואף כי הפוסקים וגם רש"י לא ס"ל למה שכתב הרמב"ם בפי' המשנה דילפינן היתר אכילה ממה דכתיב פרי ויראה כ"א מש"כ הכפ"ת (בדף ל"ד) במשנה שם וכן מש"כ הח"ס א"ח סימן ק"פ נראה לי דרק עיקר הלימוד דבעינן באתרוג שיהי' מותר גם לישראל לא ידעינן ממה דכתיב פרי אחרי שבעצם ראוי הוא לאכילה ורק לישראל קא רבע עליו איסור לא נפקע ממנו השם פרי ומשום זה כתבה התורה לכם לגלות דיהיה מותר לישראל דוקא ובזה פליגי הפוסקים על פי' המשנה להרמב"ם דהרמב"ם סובר כיון דגילתה התורה דלא מקרי פרי עד שיהיה מותר באכילה לכן מיפסיל אתרוג שאין

בו היתר אכילה גם לשאר ימים והפוסקים ס"ל כיון דלא ידעינן היתר אכילה רק ממה דכתיב לכם ביום הראשון דוקא לכן לא נפסל אתרוג שאין בו היתר אכילה בשאר ימים. אבל ביום הראשון דכתיב לכם יודו ג"כ דאם לא חזי לאכילה לאותו היום לא מקרי פרי ביום הראשון:

יד

ועפ"י דברי אלה נראה לי לתרץ ב"ה מה שהקשה השעה"מ על דברי הכפת תמרים מאתרוג של דמאי דאף דאסור להפקיר ביו"ט מ"מ מקרי ראוי לאכילה משום דיכול להפקיר נכסיו למחר וכן ממש"כ רש"י בסוכה (דף ל"ה ע"ב) בתרומה טהורה דמקרי היתר אכילה אם היה יכול לפדות למחר אף דאסור לפדות ביו"ט. דהכפ"ת לא כתב רק במע"ש חוץ לירושלים דאינו ראוי לאכילה באותו היום לשום אדם מישראל ולכן לא מקרי פרי כלל באותו היום אבל בשל דמאי ושל תרומה טהורה דחזי לאכילה לקצת בני אדם דמאי קודם ההפקר חזי לעניים ותרומה טהורה קודם הפדיון חזי לכהנים שפיר מקרי פרי אף דלא חזי להבעלים ובזה רק החסרון מה דבעינן היתר אכילה להבעלים עצמן כמו שנראה מדברי הר"נ גבי תרומה טהורה דאינו יוצא בה רק כהן ולא ישראל ולא ס"ל מה שכתבו התוס' (דף ל"ה ע"ב) גבי דמאי ובזה ודאי מקרי היתר אכילה גם ביו"ט אף דאי אפשר להפקיר ולפדות אז אבל כיון דיהיה אפשר למחר מקרי היתר אכילה גם מקודם דזמן ממילא אתי וכמו כן לענין ביטול ברוב מקרי נמי היתר גם בתוך זמן האיסור כיון דזמן ההיתר ממילא יבא ואין לדחות ולחלק דהיכי אמרינן דמהני לאחר זמן דוקא בדמאי ובתרומה דקודם זמן ההיתר נמי הי' ראוי לאיזה אנשים כמו לעניים ולכהנים אבל היכא דקודם זמן ההיתר אינו ראוי לשום אדם בעולם לא מהני דיהיה מותר לאחר זמן למקרי שם היתר באותו היום קודם זמן ההיתר זה אינו דהא אנן קיימינן לדעת הר"נ דבעינן דוקא ראוי להבעלים וכיון דלהבעלים אינו ראוי השתא וא"כ אין שום נפקותא בזה מה דראוי לאחר ומ"מ מבואר דמקרי ראוי לאכילה לגבי הבעלים בזה משום שיהיה היתר לאחר זמן. הרי שפיר כתבתי בזה ורק לגבי השם פרי יש שפיר לחלק בין ראוי למקצת בני אדם לאינו ראוי כלל וכן מבואר בדברי השעה"מ גופי' שם:

אף דמחלק תחילה בין ראוי לאיזה בני אדם בעולם ובין היכי דלא חזי כלל כמש"כ התוס' בעירובין מ"מ הקשה על דברי הכפת תמרים מדמאי ולא מחלק לתרץ דשאני דמאי דחזי לאחריני בו ביום לכן אמרינן דאי בעי מפקיר למחר אלא בודאי שהבין כמו שכתבתי דבמחוסר זמן אין חילוק אם ראוי באותו יום לאחרים או אינו ראוי כלל ולכן הקשה מה שהקשה ולגודל הפשיטות בזה קצרתי:

טו

ואחר העיון ראיתי כי יפה כתב כ"א לתרץ קושיית החות דעת בפסחים (פ"ח) אליבא דאביי דאליבא דידיה שפיר יש לומר דפסח בארבעה עשר מקרי בשם איסור ואינו בטל ברוב משום דס"ל בפסחים (פ"ד ע"ב) בשבירת עצם בארבעה עשר למ"ד ראוי לאכילה השתא לאו בר אכילה הוא אלמא דס"ל דמקרי אינו ראוי לאכילה גם אם האיסור תלוי רק בזמן וההיתר יבא ממילא ולכן שפיר מקרי בשם איסור גם לענין ביטול ברוב ומהא דרב פפא דפליג התם וסביר דמקרי ראוי לאכילה משום הסברא דלאורתא מיחזי יש סעד גדול למה שכתבתי ב"ה למעלה דדוקא בהקרבת קדשים הקפידה התורה גם על מחוסר זמן לבו ביום ולכן אין להקשות מה דסביר כאן היפך ממה דס"ל במנחות (ה') דיש מחוסר זמן לבו ביום דיש לומר דרק בהקרבת קדשים סביר כן אבל לא בשארי דברים ולזאת שפיר אמר דפסח בארבעה עשר מקרי ראוי לאכילה משום דההיתר יבא ממילא לאורתא אבל אליבא דאביי מקרי פסח בארבעה עשר אינו ראוי לאכילה ומתורץ היטב קושית החו"ד כמו שכתב כ"א בתורתו הנפלאה והנשגבה. וכן ראיתי כי יפה כתב כ"א לדון בזבחים (דף ע"ב) דבהמה בחייה לא מקרי בשם איסור לענין ביטול ברוב משום דבידו לתקן האיסור דנראה ברור כן מהא דאמר רב נחמן בר יצחק בפסחים שם דיש שבירת עצם בנא דהא חזי לאכילה דמטוי ליה ואכל ליה אלמא דמקרי ראוי לאכילה משום הסברא דבידו לתקן האיסור וכן לענין ביטול ברוב מקרי בשם היתר וכן מוכח ממש"כ התוס' זבחים (מ"ו ע"ב) דה"מ אחת לכלל כו' דאי כתב רחמנא כל טהור ולא כתב יקרב הו"א דקודם זריקה חשוב ניתר לטהורים כיון דיכול לזרוק לכתחילה להכי איצטריך יקרב ליש לו מתירין דאינו חייב קודם שהקריבו המתירין אבל בלתי קרא מפורש היינו אומרים דגם קודם זריקה חשוב ניתר לטהורים משום הסברא דבידו להתיר ויש לעיין בזבחים (ל"ו ע"ב בתוס' ד"ה בשר פסח שלא הוצלה כו') וקצרתי וכעין זה כתבו התוס' ישנים ביומא (ד' ס"ג בד"ה מחוסר פתיחה כמחוסר מעשה כו') בשם הר' אלחנן דלכן ס"ל לרב חסדא בפסחים (ד' ס"ב) דערל מקרי בר כפרה הואיל דאי בעי מתקן נפשי' משום שבכל שעה ושעה בידו לתקן עצמו וכו' הילכך לא חשיב כמחוסר מעשה. וכמו כן י"ל גבי בע"ח אשר עומדים לשחיטה ובידו לשוחטן בכל עת שירצה מקרי בשם היתר גם קודם שנשחטו וכעין הא דקידושין (דס"ב) דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה [ומש"כ המל"מ בפ"ד ה"א ה' ז' גבי מחוסר זמן דזמן ממילא קא אתי כו' אין זה שייכות לענינינו בנ"ד וקצרתי]. והא דזבחים (ד' ק"ה) דמחוסר יציאה כמחוסר מעשה יש לדון בזה להא דאמרו איסור מטומאה לא גמרינן משום דהלכות טומאה חידוש הן

וגם יש לחלק בין הנושאים הללו ומוכרח אנכי לקצר בכ"ז ולכאורה יש מכאן סתירה לדברי השער המלך פ"ח מה' לולב ה' ב' מה שהבאתי למעלה דמעשר שני חוץ לירושלים לא מקרי ראוי לאכילה אף שאפשר לתקן האיסור ע"י פדיון ואין כאן המקום להאריך ולחלק בין הנושאים אשר יש לחלק ביניהם בכמה אופנים ובאתי רק להעיר כי תורת אמת היתה בפי קדשו והדברים ראויים להדר גאונו וקדושת תורתו:

טז

ומש"כ כ"א בחלק אורח חיים סימן כ"ח אות י"ח להוכיח מיבמות (דף ל"ו) דרוב מהני אף בלהבא מהא דאמרו שם וא"ת הלך אחר רוב נשים כו' דמשמע דאם הי' הולד פוטר קודם שיצא לאויר העולם היתה מותרת להנשא בשביל רוב שיהי' הולד בן קיימא הנה הרשב"א ביבמות (קי"ט) כתב לחלק דלשמא תפיל חיישינן ולשמא הפילה לא חיישינן כדאסקינן דשמא מת לא חיישינן ולשמא ימות תנאי הרי שפתי הרשב"א ברור מללו דגם רוב לא מהני להבא. ולפי דבריו מוכרחין אנו לומר מה דאיתא ביבמות שם לר"ל דאם נלך אחר רוב נשים תהי' מותרת להנשא היינו משום דבא לפרש לכו"ע אף למ"ד דלא חייש לשמא ימות מ"מ לא תנשא משום שאין הולד פוטר קודם שיצא לאויר העולם. אבל למ"ד דחייש לשמא ימות דלדידי' גם לשמא תפיל חיישינן דלדידי' אף בלא טעם שאין הולד פוטר קודם שיצא לאויר העולם אסורה להנשא משום דרוב לא מהני בלהבא ורק ר"ל לרוחא דמילתא קא מפרש לכו"ע אף למ"ד דלא חייש לשמא ימות כיון דס"ל דלא חיישינן לשמא ימות היינו משום דס"ל דחזקה מהני בלהבא דאפשר דכש"כ דרוב מהני לדידי' והיינו דוקא למ"ד דלא חייש ועוד י"ל דאף למ"ד דחיישינן לשמא ימות מ"מ מוכרח לר"ל טעמא דאין הולד פוטר לענין לאוסרה להנשא קרוב לזמן לידת הולד דקיי"ל דאף למ"ד דחייש לשמא ימות היינו דוקא לזמן מרובה אבל לזמן מועט לא חייש ובודאי חששא דשמא תפיל אף לדעת הרשב"א לא חמירא לן מחששא דשמא ימות כיון דכל עיקר החששא דלהבא מינה ילפינן וא"כ בודאי לשמא תפיל לזמן מועט נמי לא חיישינן. וא"כ לולא הטעם דאין הולד פוטר עד שיצא לאויר העולם היינו מתירין אותה להנשא משום דלא חיישינן לשמא תפיל לזמן מועט לכן צריך ר"ל לטעמא דאין הולד פוטר וא"כ אין ראי' ממילא לרוב דמהני בלהבא דהא דלא חיישינן לשמא ימות לזמן מועט לא מטעם חזקה אתינן דהא אף מאן דחייש לשמא ימות דלדידי' לא מהני חזקה בלהבא מ"מ מודה דלזמן מועט לא חיישינן אלמא דלאו מטעם חזקה. כמו כן נמי אין ראי' בולד לענין רוב אמנם במקום אחר הוכחתי דלדעת הרשב"א דחייש לשמא תפיל אין חילוק בין זמן מרובה לזמן מועט קודם זמן לידת הולד משום שגם ברגע האחרון

קודם הלידה יש ספק שמא ימות ביציאתו מבית הרחם א"כ מוכרחין לומר בדוקא דר"ל בא לפרש אליבא דכו"ע אף למ"ד דלא חיישינן לשמא ימות לזמן מרובה ג"כ דלדידי' מהני חזקה ורוב בלהבא וכמו שביארתי בתחילה ומה דלא חיישינן למיתה לזמן מועט אין ראי' דרוב מהני בלהבא דזה לא שכיח כלל:

יז

ובעיקר הדבר אם רוב מהני בלהבא נראה מבואר דעת הרא"ש דדעתו דרוב מהני להבא מהא דכתב הרא"ש פ"ב דקדושין סימן ו' דאם הי' רוב דאין האב מוחה בנשואי בתו דאז היתה מותרת לאכול בתרומה וגם הי' מותר אפילו ליטמא לה ולא היינו חוששין לשמא יבא האב וימחה. והרי התם כל עיקר החשש מחמת דחיישינן לשמא ימחה כמו דחיישינן לשמא ימות ומ"מ כתב דאם הי' רוב לא היינו חוששין לשמא ימחה הרי מבואר דעתו בפי' דרוב מהני גם בלהבא ובתשובתי ע"ד נשתטית אשר שלחתי לכ"א בחורף העבר הארכתי הרבה בדברי הרא"ש. אבל זה ברור בדעת הרא"ש דרוב מהני בלהבא ואפשר דכתב כן לשיטת הסוברים דחזקה מהני להבא ולא מחלקי בין עבר ובלהבא בזה וכן מוכח מדברי התוס' חולין (צ"ה ד"ה ובנמצא) שכתבו בבגד שאבד בו כלאים לא ימכרנו לא"י דילמא אתי לזבוני לישראל אע"ג דמן הדין לא הוה לן למיחש דאזלינן בתר רובא הרי דהתוס' כתבו מפורש דסמכינן מן הדין על רוב גם בלהבא אך אפשר דכתבו כן לשיטת הסוברים דגם חזקה מהני להבא ואין לחלק בזה בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן משום דבענין רוב להבא אין סברא לחלק בזה וכן נראה מהא דקיי"ל דאפילו נחש כרוך על עקבו שלא יפסיק בתפילה משום שרוב פעמים נחש אינו נושך אלמא דרוב מברר גם בחשש דלהבא כי כאן החשש על להבא הוא שמא ישכנו נחש בסוף. והרע"ב בריש פ"ה דברכות כתב בנחש שרוב פעמים אינו נושך ובאמת כן הוא שזה רק רוב ואף דלפעמים הוא נושך מ"מ סמכינן על רוב הרי דסמכינן על רוב ג"כ בדבר דלהבא ואין פה המקום לפלפל בהא דהאריכו הפוסקים אם בפקו"נ אנו הולכין גם אחרי מיעוט להקל ולא באתי רק להעיר בחשש דלהבא במקום שיש רוב ואף שמה שכל אחד מחוייב לשמור עצמו שלא להכניס במקום סכנה כמו דאין נכנסין לחורבה משום מפולת וכדומה דטעמא משום דונשמרתם לנפשותיכם דנימא דהוי מה"ת כמו דנראה לכאורה מע"ז (כ"ה) דפריך שם הגמרא ותפ"ל משום דמים דאי נימא דזה הוי רק דרבנן לא הי' הגמרא למיפרך דאיסור יחוד הוא דאורייתא ואכ"מ להאריך עכ"פ מבואר מכאן דגם בדאורייתא אנו סמכינן על רוב בחשש דלהבא:

יח

וכן יש מקום להוכיח דרוב מהני בלהבא מהא דאי' בטור יו"ד והובא בשו"ע סי' של"ב דהאידנא אין נוהגין במתנות עניים משום שהרוב כו' ומקורו מהא דחולין (דף קל"ד כו') ויש לי הרבה להאריך בראי' זו ולפלפל בביאורי הגר"א שם אך מפני יראת האריכות קצרתי ולפי דעת הרשב"א שהוכחתי דלא מהני רוב בלהבא יתיישב קושיות העולם שהקשו בהא דריש ב"מ במשנה דשנים אוחזין דאיך שייך לדון להא דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים הא הרא"ש מפרש התם דהמשנה מיירי בעיר שרובא כו':

וא"כ אינו חב לאחרים דאם הוא לא יגביה יגביה א"י אבל אם לא מהני רוב בלהבא אין מקום כלל לקושייתם דלא מהני לזה מה שרוב העיר א"י כיון דבעת ההגבהה ספק בלהבא עבור המיעוט. ומהא דע"ז (כ"ג) דמחלק רבינא בין לכתחילה לדיעבד לכאורה נראה דחששו למיעוטא בלהבא. אכן גזירת חכמים שאני ואדרבה יש להוכיח מהתם דלא חיישינן למיעוטא בלהבא מהא דפריך הגמרא (דף כ"ב) על הא דאין מוסרין בהמה לרועה לימא דמתיירא משום הפסד שכרו ובודאי דגם זה רק רוב ומ"מ פריך הגמרא דלא נחוש למיעוטא גם להבא אבל לפי מה שביארתי במק"א דחזקה הבאה מכח סברא מהני גם בלהבא יש לומר דזה ג"כ חזקה הבאה מסברא דאין אדם מפסיד ממונו ואין כאן מקומו להאריך ועפ"ז יש להעיר בדברי כ"א בתשובותיו עין יצחק חלק או"ח סימן י"ז אות ד' ובמק"א כתבתי לבאר דעת הרשב"א דמש"כ ביבמות דחיישינן לשמא תפיל זה דוקא ברוב הבאה מכח חזקה והרשב"א מפרש הא דרוב נשים וולד מעליא ילדו זה רוב הבאה מכח חזקה וכמש"כ הנתיבות בסי' רכ"ג ס"ק ג' דגם לעובר יש חזקת חיים ואכ"מ וכן יש להעיר בזה מן השמ"ק כתובות (דף י"א) שכתב דסמכינן התם על רוב דלא שכיח שיחזור ע"ש והתם הא הוי בענין דלהבא ואפשר דכתב כן לפי שיטת הסוברים דגם חזקה מהני על להבא ג"כ וקצרתי:

וכן הוא בשמ"ק לכתובות (דף ג' ע"א ד"ה כל דמקדש כו') דכתב דהא דמחייבינן מיתה בבא על א"א ולא הוי התראת ספק שמא יבא דבר שיעקרו הקידושין מעיקרו. דזה הוא משום דאזלינן בתר רובא דלא מפקעי קידושין דידהו כדאמרינן בפ' סורר ומורה דאזלינן בתר רוב בד"נ עכ"ל. והתם הא הוי בלהבא וכעין דברי התוס' גיטין (דף ל"ג ד"ה ואפקעינהו כו') ואפשר דכתב כן לפי שיטת הסוברים דגם חזקה מהני בלהבא ג"כ:

והנני בנו ותלמידו השותה בצמא את דברי קדשו צבי הירש.

סימן פא

מכתב שני של בני הגאון יחי':

ב"ד מיטויא כ"ד מר"ח תרמ"ט. כבוד א"א מו"ר הגאון נ"י שוכט"ס.

א

מה שהאריך כ"א בחלק יו"ד סי' י"ד אם שייך לדון בתערובות הקדש להא דממונא לא בטל ובאות י"ח הביא ראי' משמי מכריתות (י"ח) דאיסור הנאת הקדש הוא משום ממון וכעת ראיתי כי הראיה הזאת דחויה היא כמו שאבאר ב"ה הנתיבות בסי' כ"ח ס"ק ב' העלה בפשיטות דמש"כ התוס' בכתובות (ל' ע"ב) דתשלומין הקדש לאו משום כפרה רק משום שישלם גזל הקדש זה דווקא בקדושת דמים אבל קדושת הגוף התשלומין הוי משום כפרה ולא משום תשלומין גזל הקדש ויסודו מנותר דלאו בר דמים הוא ומ"מ יש בו דין מעילה משום דבקדושת הגוף לא תליא המעילה בדמים כלל ובעניי לא זכיתי להבין את דבריו מש"כ בנותר דאסור בהנאה ולאו בר דמים הוא להקדש דכתב ההיפוך מדברי רש"י בכריתות (כ"ג ע"א ד"ה בגסה) שכתב בנותר ואע"ג דאיסור הנאה הוא כשאר כל הקדשים האסורים בהנאה שמועילין בהם דהאי נמי חזי לגבוה שאם עלו לא ירדו ויש לעיין ברישׁ מעילה בקדשים ששחטן בדרום למ"ד אם עלו ירדו אין בהם מעילה הנה שפתי רש"י ברור מללו דנותר בר דמים ושוה פרוטה להקדש ולכאורה נסתר כל היסוד של הנתיבות דהביא מהא דנותר דמעילה לא תליא בדמים כלל ודברי הנתיבות צ"ע בעיני וכן הוא בתוס' ישנים בכריתות (י"ג) שם שכתבו כסברת הנתיבות ובעיקר דבריו דתשלומין של קדושת הגוף הוא משום כפרה ולא משום גזל הקדש נראה לענ"ד להביא ראי' דכן הוא בכריתות (כ"ג) למדו דאיסור חל ע"א בקדשים מדרשא דרבי כל חלב כו' לרבות אמורי קדשי קלים למעילה וחל איסור מיתה על חלב דאיסור כרת וה"נ חל נותר על חלב לחייבו חטאת משום נותר באכל כזית שאין בו שוה פרוטה וקרא דכל חלב דמרבה אימורי ק"ק למעילה לאם אכל בשוגג כמ"ש רש"י שם אלמא דחטאה בשגגה מקדשי ה' קרינא בהו. והכ"מ פ"א ה' מעילה ה' ג' כתב מפורש דדרשא דכל חלב לאו לחיוב מלקות במזיד איתמר רק לשוגג ואי נימא דחיוב מעילה בקדשי מזבח הוא משום גזל הקדש בוודאי אין שייך לדון כלל לאין איסור חל על איסור כמו באוכל חלב של חבירו דאין עולה על הדעת לפטור מתשלומין משום דאין איסור גזל חל על איסור חלב א"כ איך ילפינן דאין איסור חל ע"א בקדשים ממעילה אשר החיוב משום גזל הקדש דאין לדון בזה כלל להא דאין איסור חל ע"א ומוכח מכאן דחיוב מעילה דקדשי הגוף הוא ג"כ משום כפרה ואין בו פתיכא דממונא כלל ושפיר דנו בה לאין איסור חל על איסור כמו בכל חייבי חטאות ומלקות ומה שיש להעיר ע"ז מהרמב"ם ה' תרומות פ' י' ה' כ"ה אבאר להלן ב"ה:

ב

וזה ברור בעיני דאם עיקר חיוב הקרן וחומש משום גזל הקדש דאז אין ללמוד דאיסור חל על איסור גם מאשם אחרי כיון דבגזל אין שייך לדון לאין איסור חא"ע והאיסור גזל יש בחלב ממילא מחויב להביא את האשם לכפרה אשר גזל את הקדש ואין שום סברא ללמוד ממנו דאף בנותר וכדומה בקדשים דאיסור השני יהי' נתפס באיסור הראשון להביא חטאת על איסור השני אשר העונש מהראשון לא הניח מקום לענוש על איסור השני משום דאין אחע"א שלא נתפס איסור השני לחטאת ולמלקות ומדאמרה הגמ' מפורש דאיסור מעילה חל על חלב באכל בשוגג משום דבקדשים איסור חל על איסור ואם לא הי' אחע"א לא הי' מעילה בחלב קדשים מוכח ברור לדעתי הקלה דתשלומי הקדש דקדושת הגוף לא תליא בדמים כלל ובאים רק לכפרה כמ"ש הנתיבות א"כ לכאורה סתרי אהדדי מה שאמרו (בד' י"ח) דמעילה הוי ממונא דמיירי גם בקדושת הגוף. אמנם באמת נראה ברור דמ"ש (בד' י"ח דיו"כ לא מכפר על איסור אכילה והנאה דהקדש משום דאין יו"כ מכפר על ממונא אין הכוונה שעיקר האיסור הוא משום גזל הקדש אלא דהכונה פשוטה כיון שמחויב לשלם להקדש באכל או נהנה חצי פרוטה לא כיפר יו"כ עליו ומצינו (בד' כ"ו ע"א) דברי הגמ' גם לחטאות ואשמות ממונא וכמש"כ שם רש"י כיון דאפשר לשלם לא פטר לו יו"כ דבתשלומי ממון לא שייכא כפרה ובאשמות וחטאות אין חיוב הבאתן משום גזל הקדש ומ"מ קרי להן הגמ' ממונא וגם כוונת הגמ' (בדף י"ח) כמש"כ רש"י בחטאות ואשמות ואין שום ראי' מזה דאיסור הנאת הקדש יהי' משום גזל הקדש דנימא בתערובות הקדש דלא יבטל ברוב משום דממונא לא בטל:

ג

ולפי מה דהוכחתי מכריתות (כ"ג) דאמרו אשר אם בקדשים אין אחע"א לא הי' חל איסור מעילה דתשלומי קרן וחומש על חלב דנראה ברור אשר איסור הנאת הקדש לא תליא בדמים כלל יש לתרץ קושית כ"א באות כ"ז וביתר ביאור בח' יו"ד סי' כ"ו אות כ"ט אם הקדש לא בטל משום דהוי ממון גבוה והאיסור בא מחמת ממון גבוה למה בטל ברוב בזרוע בשלה הא הכהן אינו זוכה רק משולחן גבוה ומה גם דלפי מה שרצה הגמ' לומר בביצה מקודם דנבלה שיש לה בעלים לא לבטל אף דהאיסור אינו בא מחמת ממון ולפי מה שכתבתי יתורץ קושי' הזאת דבקדשי מזבח אין בו דין ממון כלל רק איסור לחוד ואין לדון בהם להא. דממונא לא בטיל וזה פשוט דאם בקדשים שיש בהם מעילה ואסור גם לכהנים אמרינן דאיסורם לאו משום ממון וכש"כ בקדשים המותרים לכהנים דזכו משולחן גבוה דודאי אין האיסור לזרים משום ממון הקדש רק איסור אכילה לבד כמו שאר מאכלי איסור דלא תליא הדמים כלל ולקדשי מזבח אין בעלים כלל:

ד
והנני להעיר מש"כ כ"א לתרץ הא דזרוע בשלה משום דבתערובות טעם בעלמא גם ממון בטל לדעתי אם נימא דמה שהכהנים זוכים משולחן גבוה יהי' זה לממון גבוה דלא לבטל ברוב יש להקשות בהא דשקיל וטרי הגמ' ביבמות (פ"ב) בחטאת שנתערב בחולין דלמה אינו בטל ברוב. הא הי' להגמ' לפרש פשוט דמה שהכהן זכי משולחן גבוה מקרי ממון גבוה לגבי ישראל וממונא לא בטל ובזה אין לתרץ כמש"כ כ"א בזרוע בשלה הא כאן חתיכת חטאת נתערבה ולא טעם לחוד אבל לפמש"כ אתי שפיר גם בחטאת דבקדשי המזבח אין לדון כלל להא דממון לא בטיל ולא מקרי איסור שיש לו בעלים אמנם בקדשי בדה"ב דהתשלומין משום גזל הקדש כמש"כ התוס' בכתובות (דף ל') ישארו כל הקושיות שהקשה כ"א בקדשי בדה"ב דלמה יבטלו ברוב הא איסורם בא מחמת ממון גבוה וכן תשאר קושיות הש"ש שמעתא וא"ו פ"ד ביבמות (פ"ח) והתם מיירי בקדושת דמים דממונא מקרי וכמו שמוכח מפסחים (כ"ט) דאין דינו חלוק מן ממון הדיוט:

ה
ולחומר הדבר הייתי אומר מילתא חדתא לתרץ ב"ה כל הקושיות דמר מנדרים (נ"ח) ומירושלמי פ"ג דערלה שהביא באות י"ד ומהתוס' פסחים (כ"ז) לדעתי הקלושה נראה דמה דתשלומי הקדש בדה"ב הוי משום גזל הקדש זהו דוקא בהנאת הקדש דש"פ. אבל מה שריבתה התורה גם בפחות מש"פ בהקדש לא הוי זה משום גזל הקדש:
רק גזה"כ דחיוב השבה יש גם בפחות מש"פ ואיסור הנאת הקדש בפחות מש"פ לאו משום דררא דממונא הוא אלא רק איסור לחוד ותורת אמת היתה בפי כ"א מש"כ בנחל יצחק סי' ז' דפחות מפרוטה לא מיחשב כלל לממון וכן מוכח ממש"כ רש"י בסוכה (כ"ז) דפחות מפרוטה לא מקרי לך למ"ד דסוכה שאולה פסול וכ"כ (בדף ל"ה) דפחות מפרוטה אין בו דין ממון באתרוג ואף דבהקדש אמרה התורה להשיב גם פחות מש"פ מ"מ לא מקרי ממון גם להקדש ומכריתות (י"ח) אין להוכיח דגם פחות מפרוטה דהקדש מקרי ממון דהתם הכונה משום שמחויב להחזיר מאיזה טעם שיהי' אין יו"כ מכפר כמו שביארתי למעלה ונראה לענ"ד להוכיח ב"ה מכריתות (י"ח) דפחות מפרוטה דהקדש אין עליו גם השם ממונא וגרע מחטאות ואשמות דיש עליהם שם ממונא כמו שהבאתי למעלה. הנה האב"ע שם לא ניחא לי' בתירוץ קמא וס"ל דהי' ליו"כ לכפר על חצי פרוטה שאכל קודם יו"כ אם הי' יו"כ מכפר על חצי שיעור אף דחטאות ואשמות נקראים בשם ממון לענין כפרת יו"כ אלמא דחצי פרוטה לא נחשב כלל לממון ולא דמי גם לחטאות ואשמות והסברא פשוטה דכיון שחצי פרוטה דהדיוט לא נחשב כלל לממון אין לו חשיבת ממון גם בהקדש ומה דנתרבה בהקדש להשבה לא נעשה פנים חדשות שיהי'

לה חשיבות דממון ויש לעיין בירושלמי פסחים פ"ב סוף ה' ג' ובגיטין (כ' ע"א) בעלה של זית:

ו

ומש"כ הרמב"ם פ' יו"ד ה' תרומות ה' כ"ה דבאכל תרומת הקדש דחייב חומש גם משום הקדש משום דהקדש הוי איסור מוסיף וחל על תרומה ולכאורה תמוה דלמה הי' להרמב"ם לפרש משום איסור מוסיף הא גם החומש דקדשי בדה"ב ג"כ משום תשלומין גזל הקדש כמש"כ התוס' כתובות (דף למ"ד) ובתשלומי ממון בודאי אינו שייך לדון להא דאין אחע"א אבל לפי מה שכתבתי דבחצי פרוטה דהקדש אין האיסור משום גזל הקדש רק איסור לבד כמו שהוכחתי מהאבע"א דכריתות (י"ח) אתי שפיר דברי הרמב"ם דבא לפרש גם באכל שיעור פרוטה לאו בבת אחת רק ע"י צירוף ומה שנצטרף שתי חצי פרוטה למעילה בזה לא הוי התשלומין גם בקדשי בדק הבית משום גזל הקדש הא בכל עת שאכל לא הי' עליו שם ממון כלל דפחות מש"פ לא מקרי ממון גם להקדש והחיוב רק לכפרה כמו שאר העונשין על איסורי תורה ובזה הצריך הרמב"ם להטעם דהקדש הוא איסור מוסיף דלולי זה הי' פטור באכל תרומת הקדש ע"י צירוף אבל מכריתות (כ"ג) שפיר הוכחתי למעלה דתשלומי קדשי הגוף באים רק לכפרה גם באכל בבת אחת שיעור פרוטה דהתם נראה ברור דמה שאמרה הגמ' דאיסור מעילה חל על חלב רק משום דבקדשים איסור חל על איסור קאי על חיוב מעילה הכתוב מפורש בתורה שיעור פרוטה בבת אחת:

והחיוב מעילה ע"י צירוף ידעינן רק מדרשא:

ז

ולפ"ז דאיסור הנאה בהקדש פחות מש"פ אין איסורו משום פתיכא דממונא אתי שפיר מה שאמרו בנדרים (נ"ח) דהקדש לא בטל משום דשיל"מ ע"י פדיון ולא אמרו משום דממון לא בטל דיהי' נ"מ לנתערב הקדש פחות מש"פ דאיסור הנאתו מה"ת רק דאין בה מלקות כמו שפי' הרמב"ם פ"ז ה' ח' ה' מעילה וכמש"כ המל"מ ה' מעילה פ"ב ה' ט"ז דבלתי אפשר לדון בו להא דממונא לא בטל דבפחות מפרוטה ליתא לדררא דממונא רק איסור לחוד כשאר איסורי תורה ולכן אמרו הטעם משום דבר דיל"מ דלא לבטיל אף תערובת שאינה ש"פ וכן אתי שפיר הא דכתבו התוס' בשבח עצים בפת הטעם דהקדש אינו בטל משום דשיל"מ דהתם הוי תערובת משהו שאין בתערובת הקדש ש"פ ואיסור פחות מפרוטה בהקדש לא מיחשב ממון וכן אתי שפיר מה דצמר מקדשים שאין להם מתירין דבטל בפחות ממלא הסיט משום דפחות ממלא הסיט אינו שוה פרוטה:

ולכן אמרו בקדשים שיש להם מתירין דבמשהו משום דבר שיל"מ ולא אמרו הטעם משום דממונא לא בטל דבפחות ממלא הסיט אינו שוה פרוטה ואין באיסורו פתיכא דממונא כלל. וכן יש לומר ביבמות (דף פ"ח) דהגמ' מיירי בחתיכה שאין בה ש"פ דבזה אין האיסור מחמת ממון גם בקדושת דמים ורק איסור לחוד רמי עליו כשאר איסורי תורה דנאמן משום דבידו לפדותה ובזה אתי שפיר מה שהעיר כ"א דאיך מותר לכתחילה לפדות בש"פ ואדע כי זה דוחק לומר דקושית הגמ' דיבמות בפחות מפרוטה דהי' להגמ' לתרץ דמיירי בש"פ שאינו נאמן מחמת דבידו לפדותה כמש"כ הש"ש דבממון לא מהני בידו אבל אחרי דמוכח ברור מפסחים (כ"ט) דממון הקדש בדק הבית אין דינו חלוק מממון הדיוט וכמש"כ התוס' כתובות (דף ל') וזה לא כמש"כ הש"ש דגם בקדושת דמים אין דנין בו תורת ממון רק תורת איסור שבו ולא יהי' סתירה לזה מיבמות עלינו לתרץ ולאוקמי גם בדוחק ולא יהיו השתי סוגיות הפוכות כמו שפירשתי בעזה"ש:

ח

וזה ברור בעיני דהקדש גם פחות מפרוטה יוצא לחולין ע"י פדיון מדלא חשיב שש פרוטות בב"מ (נ"ה.) וכן מוכח מהא דלא מתרץ הגמ' ביבמות (דף פ"ח דמיירי בחתיכה פחות מפרוטה ואז לא יהי' בידו לפדותה אלא ודאי דגם פחות מפרוטה יוצא לחולין ע"י פדיון וגם מעשר שני פחות מפרוטה מחלל על מעות הראשונות בגמ' ב"מ (דף נ"ג.) וכן נראה דנתפס קדושת הקדש על פדיון פחות מפרוטה לא מיבעא לדעת התוס' בגיטין (י"ב) דהקדש חל על פחות מפרוטה דודאי נתפס קדושת הקדש על פדיון פחות מפרוטה. ואף לדעת רש"י שם דאין הקדש חל על פחות מפרוטה. נראה לי ברור דזה דוקא באמירה בעלמא ואולי רש"י הלך בזה לשיטתו בסוכה (דף כ"ז ודף ל"ה) דפחות מפרוטה לא הוי לכם וכמו כן לא מצי להקדיש פחות מפרוטה דלא מקרי ביתו אבל במסר פחות מפרוטה להגזבר ונכנס לרשות הקדש דודאי זכה הקדש בו כמו דיכול אדם לתת מתנה להדיוט פחות מפרוטה וא"כ בפדיון דמוסר לגזבר נתפס קדושת הקדש בפחות מפרוטה גם לדעת רש"י ואף כי דבר זה פשוט מסברא דלא יהי' כח הקדש גרע מהדיוט לא אמנם להביא ראי' לזה מהא דאיתא בכריתות (דף יו"ד ע"ב) דקרבן דדלי דלות הוי מה"ת בפרוטה נכי ריבעא. ולכאורה לדעת רש"י תמוה דאיך ההקדש נתפס בפחות מפרוטה ומשמע דמה"ת הי' מקדיש רק פחות מפרוטה ולא הי' מביא יותר דנימא שהקדיש ש"פ אך לקרבנו הי' די פחות מאשר הקדיש אלא ודאי כמו שכתבתי דבהכניס לרשות הקדש חל ההקדש גם על פחות מפרוטה ואין להקשות דאף שחל ההקדש מחמת דהכניס לרשות גבוה מ"מ איך הי' יוצא בקרבנו הא בעינן שיהי' שלו בעת ההקרבה כדרשינן מקרבנו ולא קרבן

שהקדיש חבירו וגזלו דיש לומר דדוקא בעיקר ההקדש בעינן שיחול על דבר שמקרי שלו ופחות מפרוטה לא מצי להקדיש לדעת רש"י דלא מקרי זה שלו אבל במה דבעינן שיהי' קרבנו לא אכפית לן מה דאינו שלו ואינו נפסל רק אם הקרבן הוי של אחר [ויש לעיין בח"ס א"ח סי' ק"פ] ומוכח מכריתות דגם לדעת רש"י חל הקדש על פחות מפרוטה בנכנס לרשות הקדש ולכן שפיר כתבתי דגם בפחות מש"פ יש להקדש פדיון ומקרי דבר שיל"מ דלא לבטל ברוב והא דערכין (דף כ"ז) דבעינן בהקדש שיהי' בחומשו פרוטה וכן בכ"מ שאמרו דהקדש שחילל על ש"פ זה אינו בהקדש היכא שאינו ש"פ רק במע"ש נתמעט ממעשרו ולא כל מעשרו:

ט

ואך מדברי התוס' ב"מ (נ"ג ד"ה אין בו כו') נראה דמסברא אמרינן דפחות מש"פ לא חשיב ממון לתפוס פדיון אבל י"ל דיהי' דשיל"מ באשר יכול לחלל על פרוטה ובמע"ש מה דלא חל על פרוטה הקדושה דחצי פרוטה לא ידעינן מסברא רק נתמעט מקרא כמש"כ השמ"ק שם בב"מ אבל בהקדש ליתא קרא למעט וחזר הדין דהקדש שפדה יותר על דמי' תפס הכל כמבואר בירושלמי מע"ש פ' ד' ה' ב' וכן איתא בב"מ (דף נ"ה) כמש"כ שם רש"י ד"ה הקדשו פדוי וכן פסק הרמב"ם בה' ערכין פ' ז' ה' י"א. ובודאי מה דיצטרך להוציא מעט יותר מאשר שוה גוף ההקדש שנתערב מקרי ג"כ דבר שיל"מ כי פחות מפרוטה לא מיחשב כלל לממון וכאן יהי' העודף פחות מפרוטה וכ"ז כתבתי שיהי' מקרי דבר שיל"מ גם באם לא נשאר חוץ מאשר נתערב כלל אבל בנשאר בודאי מקרי דבר שיל"מ גם אם מה שנתערב אינו ש"פ כיון דיכול לפדות עם הנשאר ששוה פרוטה. ולדעתי הקלה נראה זה תירוץ מספיק בעז"ה לכל המקומות שהקשה עליהם, כ"א דלמה לא דנו להא דממונא לא בטל דבפחות מפרוטה בהקדש אין בו תורת ממון כלל כמו שהוכחתי בעז"ה מכריתות (דף י"ח) מהאבע"א ומדברי הרמב"ם פ' י' ה' תרומות ה' כ"ה ולא תשאר רק קושית הש"ש על דברי התוס' דסוף מעילה דהתם מיירי בקדושת דמים ובפרוטה דודאי שייך לדון בה להא דממונא לא בטל ומש"כ הש"ש גם בפרוטה דקדושת דמים אין בה תורת דמים רק תורת איסור לחוד לא זכיתי להבין דאיך הי' נעלם מעיני הגדולה סוגיא מפורשת בפסחים (דף כ"ט) ודברי התוס' בכתובות (דף למ"ד) דתשלומי הקדש הוי משום גזל הקדש דודאי כל דין תורת ממון עלי' גם לענין ביטול ברוב:

י

ומש"כ כ"א דלכן לא דנו בנפל פרוטה לכיס להא דממון לא בטל משום דבידי הבעלים לשאול על הקדישו ולכן לא מקרי זה ממון הקדש לדעתי יש להעיר ממש"כ העטרת פז סוף ביצה בתערובת אשר האיסור נהפך להיתר אין בידי הבעלים לשאול על הקדשו

כמו באכלו כולו ובכל מקום שאמרו שגם בתערובת יכולין הבעלים לשאול זה דוקא בנשאר קצת ולפי דבריו באומר פרוטה בכיס זה הקדש ולא נשאר פרוטה אחרת מהקדש בידו אם תבטל ברוב לא יוכל לשאול על הקדשו א"כ חזר הדין דלא ליבטל מחמת דאם נתבטלה אין בידי הבעלים לשאול על הקדשו וא"כ לא תבטל דאחר הביטול אין בידו לשאול וחזר הדין דממון אינו בטל. ובקצרה הנני להעיר דלפי שיטת הסוברים דמזיק הקדש פטור גם מקרן דאז יש לומר דאין בממון הקדש תורת ממון והתורה לא ציותה לשלם רק באכל או נהנה או שהוציא מרשות הקדש וחזינן דאין בממון גבוה תורת ממון תורת איסור ויש לעיין במעילה (דף י"ח בתוס' ד"ה ואומר וימעלו) ובקדושין (דף מ"ג בתוס' ד"ה שלא) מצינו בכה"ת כו' וברשב"ם ב"ב (פ"ח ע"ב) דה"מ גזל הדיוט כו' מש"כ ואינו נקרא חוטא עד שנהנה ולפ"ז יש לומר דמה שהקשו התוס' בסוף מעילה דלבטל ברוב ס"ל דמזיק הקדש פטור גם מקרן ואין בו תורת ממון רק תורת איסור יש בו ודבר זה צריך עיון ומוכרח אני לקצר במקום שיש לי להאריך הרבה ועוד חזון למועד בעז"ה:

יא

ומש"כ כ"א בחלק אהע"ז סימן ח' אות ט"ו וט"ז דהיכא דליכא בעיר רק קרוב א' דאז אין להסתפק כלל עליו דלמא היה הוא המזנה דיש להעמידו על חזקת כשרות ובאמת סברא טובה וישרה היא למאוד וראויה למי שאמרה אמנם לדעתי יש להעיר דהיכא דאין אנו דנין כלל על הקרוב דלא יועיל החזקת כשרות שלו להולד ודמי זה לדברי הרמב"ן המובא בר"נ פ' ו' דגיטין דאין חזקה של קרובות שאינן באות לדון בפנינו מועלת לו והובא בב"ש סי' ל"ה ס"ק ל':

ומן התוס' קדושין (דף ס"ו ד"ה מאי חזית כו') והתוס' כתובות (דף כ"ו ד"ה אנן אחתינן כו') והתוס' ב"ב (ל"ב) דה"מ אנן מסקינן כו' נראה דחזקת האם מהני להבן אף היכא דאין אנו דנין כלל על האם שכבר מתה. וכן מדברי הנ"י סוף פ' אלמנה ביבמות נראה ג"כ דחזקת האם מועיל להולד אף היכא שאין אנו דנין כלל עליו:

וכן מדברי רש"י קדושין (דף ע"ג) שעל זה בנה כ"א יסודו בדינו החדש נראה ג"כ דחזקת כשרות של האם מהני אף היכא דאין אנו דנין כלל עליה ויש לדון הרבה בסתירת דברי הרמב"ן הנ"ל לדברי התוס' ואין הזמן גורם לי לעיין היטב בכ"ז ומן דברי רש"י בקידושין (דף ס"ו ד"ה היכי דמי כו') שכתב ואי אמרת אוקי תרי כו' ואוקי איתתא אחזקת' ה"מ אי הואי היא קמן והיתה באה לב"ד להתירה כו' וזהו כעין סברת הרמב"ן הנ"ל. ולכאורה סתרי לדברי רש"י בקידושין (דף ע"ג הנ"ל). אבל באמת אין זה סתירה כלל דיש לחלק דשאני היכא דדיינינן אם עשה עבירה בזה אלים החזקת כשרות ולא חשדינן

ליה ברשיעא וזה הוא בגדר רובא דמהני ביותר מן חזקה ובכל גווני סמכינן ע"ז משא"כ התם בקידושין (דף ס"ו) בספק נשבית דלא איתרע כשרותה דהא אנוסה היא רק בשם חזקת היתר יש לדון בזה וע"כ שפיר יש לדון דכיון דלא באה לפנינו דלא מהני חזקת היתר שלה לדון על ענין אחר וכעין חילוק בסברא זו כתב הפני יהושע לכתובות (דף כ"ו בתוס' ד"ה אנן אחתינן כו'). ועיין בפני יהושע לקידושין (דף ס"ו) מזה וכן ראיתי בהפלאה לכתובות (דף כ"ו בתוס' ד"ה אנן אחתינן כו') שכתב בכוונת רש"י דקידושין (דף ס"ו) דשאני היכא שאנו דנין על האם עצמה משא"כ היכא שאין אנו דנין על האם רק על הבת אינו מועיל בזה חזקת האם כלל ולא הביא לדברי הרמב"ן הנ"ל ולפ"ז י"ל דהיכא דשייך חזקת כשרות לברר דלא עשה עבירה בזה אף הרמב"ן מודה דמהני חזקת כשרותו אף היכא דאין דנין עליה וכדמוכח מן רש"י (ד' ע"ג) בקידושין דאל"כ יסתרו דברי רש"י להדדי וכבר מבואר בבאר יצחק ח' יו"ד סימן י"ח דחזקת כשרות עדיפא גם מן חזקת הגוף וכמש"כ שם בשם הפני יהושע לגיטין (דף י"ז וע"כ שפיר כתב כ"א ביסוד דהיתירא דבאדם מבורר אין להסתפק בו משום דמהני בזה חזקת כשרותו ואין אנו מוציאין אותו מכשרותו ולומר דעשה עבירה חמורה אף שאין אנו דנין עליו כן י"ל בכ"ז:

יב

ובעיקר דברי הרמב"ן דאין חזקה מועלת לדבר הבא מחמתו היכא שאין אנו דנין כלל על הדבר שיש בו החזקה נראה לי להביא כדמות ראי' להרמב"ן מהא דארוס וארוסתו בכתובות (י"ג) מה דאמרו ועוד אמר ר"י א"ש הלכה כר"ג ולפי פירוש תוס' ויתר הראשונים בשמ"ק דכוונת הגמ' במת הארוס או דליתא קמן דנשאלו, ונראה דאינו ידוע כלל אם בא עלי' פעם אחת והנוב"י במד"ק סי' ח' כתב דדוקא היכא דיש חזקת כשרות להאשה אז מכשיר ר"ג בצירוף טענת ברי שלה אבל לא היכא דאין לה חזקת כשרות לא מהני הטענת ברי שלה וא"כ יש להקשות דלמה תהיה כאן נאמנת אליבא דר"ג גם באם אין הארוס מכחיש מפורש דג"כ אין להסתפק דלמא ממנו הא יש לנו להעמידו על ח"כ שבודאי לא עבר עבירה לבוא על ארוסתו האסורה עליו מדרבנן. והחזקת כשרות שלו מכחשת להח"כ של האשה ואזלא הח"כ שלה ואינה נאמנת אף לדברי ר"ג. ומה דאמרינן דמאחרים נתעברה לא מרעינן להחזקת כשרות שלהם כמש"כ כ"א בשם התוס' ב"מ (דף קי"ז:):

ולדעתי נראה ברור דאין לנו להוציא הארוס מחזקת כשרותו גם בעבירה דרבנן אף שעי"ז נרע להח"כ של האשה באיסור תורה ובכל אופן שבעולם אין לנו להוציאו מח"כ גם באיסור דרבנן [ויש לעיין מש"כ הסמ"ע בח"מ סי' ל"ד ס"ק ד' וברמב"ם פ"ב מה' סוטה ה'

ח']. ומה דלא מצי טעין ביהודה טענת בתולים כבר כתבתי בשאלה אחת לכ"א דהחזקה דלא מוקי אינש אנפשי' אמרינן גם במקום איסור ולכאורה קשה דלמה הח"כ של הארוס לא מרעי להח"כ של האשה ולא תהיה נאמנת אף לר"ג. וכן יש לעיין עפ"י זה בדברי הנ"י יבמות סוף פ' אלמנה המובא למעלה אבל לפי דברי הרמב"ן דאין חזקה מועלת היכא דאין אנו דנין כלל על הדבר שיש בו החזקה אתי שפיר דגם כאן אין אנו דנין כלל לשום דבר לגבי הארוס בעצמו וחזקתו לא מעלה ולא מוריד לגבי הולד ומזה ראיה דגם בחזקה דלא עשה עבירה לא מהני:

יג

וכן יש להעיר בהיתה מעוברת דאיך נאמנת אליבא דר"ג לומר דמפלוני וכהן ולהוציא איש מבורר מח"כ שעבר על איסור פנויה דלכל הדעות הוא איסור דרבנן ולכמה שיטות זה איסור דאורייתא ולפי דברי השמ"ק אינה נאמנת אליבא דר"ג רק דוקא באומרת מפורש שם האיש הכשר אבל לא בסתמא דיש לחוש לטעות דסברה שהוא כשר ובאמת הוא פסול וכן מדברי הרמב"ם פ' ט"ו ה' איסורי ביאה ה' י"ד ומשו"ע סי' ד' סעיף כ"ו נראה ג"כ דנאמנת אף באומרת שם האיש מפורש ומוציאין איש מבורר מחזקת כשרות שעבר על איסור פנויה ולפי דברי הנוב"י שהבאתי למעלה אינה נאמנת אף ע"י חזקה דבודקת ומזנה היכא דאזלה הח"כ שלה. ולפי דברי הב"מ בסימן ד' ומביא בשם הפ"י דחזקה דבודקת ומזנה לא מהני כלל בלי ח"כ וכאן החזקת כשרות של פלוני מרעי להח"כ שלה וא"כ למה תהיה נאמנת ואין לומר דתהיה נאמנת במיגו דאי בעי לא אמרה מפורש שם האיש ואז לא היתה אמירתה נגד חזקה הנה יש לומר דבכונה אומרת שמפלוני היא מעוברת דסברה שתוכל לתבוע ממנו מזונות הוולד וביותר תקשה לפי השיטות המובא בשמ"ק דאינה נאמנת כלל אם לא אמרה מפורש שם האיש ולפי דברי הרמב"ן הנ"ל אתי שפיר גם בזה דכיון דאין אנו דנין כלל על האיש פלוני אין החזקה שלו פועל כלום לגבי הוולד לא להקל ולא להחמיר ואף לענין חיובו במזונות הוולד אין אנו צריכין לפוטרו דוקא מטעם ח"כ שלו הא גם באם יודה דבא עלי' פעם אחת ג"כ פטרינן אותו משום דאמרינן דכמו דהפקירה לגבי דידיה כן הפקירה לאחר ואין אנו דנין עליו כלל גם בלתי הח"כ שלו וכמש"כ הב"ש בסימן ד' ס"ק מ"א דגם במודה פטור ממזונות הוולד ומכאן מוכח דגם בחזקת, כשרות שלא עשה עבירה דג"כ לא מהני:

יד

ואולי יש לומר היכא דאין הארוס או האיש פ' לפנינו להכחיש מפורש שלאו ממנו. דיהיה דמי למש"כ התוס' בכתובות (דף כ' ע"א) דה"מ אלא אמר ר"נ כו' ורשב"א אומר דהכא לא מוקמינן להו אחזקה משום דאילו הוו קמן דילמא הוו מודה:

וכן יש לומר כאן דלכן לא מרעי החזקת כשרות של הארוס או של איש פלוני להחזקת כשרות של האשה דאמרינן דילמא היה קמן הוו מודו לדבריה ונשארה בחזקת כשרותה עד אשר יכחישו אותה מפורש ולפי זה יהיה דין חדש דאף דנאמר דהיכא דאיכא קרוב אחד מבורר דאין להסתפק עליו דלמא היה המזנה מחמת שאין להוציא איש מבורר מח"כ דזה אינו היכא דאין הקרוב לפנינו להכחיש מפורש דלא בא עלי' ואולי אם היה לפנינו היה אומר דממנו הוולד אך באמת נראה מדברי התוס' כתובות הנ"ל דהרשב"א לא כתב רק היכא דמוכחשים מתרי עדים ובזה יש סברא לומר דילמא אם היה קמן היה מודים להשני עדים אבל לא היכא דאין שני עדים מרעים להח"כ של איש מבורר נשאר האיש בחזקת כשרות לעולם וביותר נראה מדהתוס' קדושין (דף ס"ו) דאף בתרי ותרי נשאר האיש בחזקת כשרות אף דליתא קמן דנשאלו ולא אמרינן דיהיה מרעי הח"כ של האשה דילמא היתה קמן והיתה מודה שהאמת כדברי העדים האומרים שהיתה שבוי' ולפי זה שפיר העירותי מכתובות (דף י"ג) מאיש פלוני וכהן ומארוס וארוסתו דלמה לא יסתירו הח"כ שלהם להח"כ של האשה אף היכא דאינם לפנינו להכחיש מפורש אלא מוכח כשיטת הרמב"ן בחזקת פנויה דקרובות וכמו שכתבתי ולהחולקים. על הרמב"ן מוכרח לומר ולחלק דע"י חזקת כשרות באיסור דרבנן לא מרעינן חזקת כשרות באיסור תורה וכמו שהזכרתי לעיל אבל זה דוחק וידעתי מה די"ל עוד דאף דמהני החזקה מן האיש שאינו לפנינו מ"מ עדיפא לן החזקה של הנידון שלפנינו וגם זה דוחק:

טו

וכן יש להעיר עוד דמה דאסרינן ספק ממזר בקהל אף שיש חזקת כשרות להאם דמשום מעלת יוחסין לא סמכו על חזקת כשרות שלה כן לא מהני גם בדאיכא עוד חזקת כשרות מקרוב מבורר. ומה לנו חזקת כשרות דחד לחזקת כשרות דתרי ומה דכתב הבאר היטב בסימן ו' ס"ק ל"א דתרי חזקות מהני זה דוקא היכא דאחת אינה שייכא כלל בחברתה אבל לא היכא דהתרי חזקות משם אחד. אבל באמת זה אינו דלא מצינו דהחמירו חז"ל משום מעלת יוחסין רק היכא דאיתרעי החזקת כשרות כמו בשתוקי דפנוי' נתעברה ואין לנו ריעותא גדולה מזו וכן באסופי דנמצא הילד מושלך בחוץ דהוי ריעותא וע"כ החמירו חז"ל בזה משום מעלת יוחסין. אבל בחשש שנבעלה לקרוב מבורר לנו בחזקת כשרות ואין לנו שום ריעותא בו בזה לא מצינו דהחמירו חז"ל ואין לנו מעצמינו להחמיר היכא דיש חזקה אלימתא כשרותו וכמש"כ כ"א וכעת ראיתי במקנה לקידושין (דף ע"ג ע"א ברש"י ד"ה שמא ישא אחותו כו') שכתב דחזקת כשרות במקום איסור חמור היא אלימתא מן חזקת כשרות במקום איסור קל וזה הוא דלא כמש"כ לעיל:

והנני בנו ותלמידו השותה בצמא דברי קדשו צבי הירש

סימן פב

מכתב שלישי של בני הגאון יחי'

א

מש"כ כ"א בח' אה"ע סי' כ"ז אות נ"ח דמעלת חזקת פנויה בספק מקודשת יש לה מעלת חזקת מ"ק כמו מוכר ולוקח דדנין על דבר הנמכר. ולדעתי הקלה יש להעיר מדברי התוס' קדושין (ע"ט ד"ה קידשה אביה כו') דכתבו בקדשה אביה לחוד מודה שמואל דאינה מקודשת דאמרינן העמד אשה אחזקת פנוי' כמו שהיתה קודם שקידשה והרי היא בוגרת לפנינו ואין קדושי האב קדושין וכן כתב הב"ש בסי' ל"ז ס"ק ג' ואי נימא דבכל ספק קדושין אנו דנין לחזקת מ"ק שהיתה להאשה מקודם מ"ק מבררת את הספק וכמו שהוכיח כ"א בבא"י ח' יו"ד סי' י"ח דחזקת מ"ק מבררת לנו את המעשה כמו כל חזקה המבררת. וא"כ בנולד לנו ספק בקדושין שקיבל האב בעד בתו אם קיבל בעת שהיתה ברשותו או לאח"כ וידוע לנו שהבת היתה כל ימי נערותה ברשות האב וגם ביומא דמשלים ששה דאין לה חזקת נערות מ"מ יש להאב חזקת מ"ק שהקדושין היה בעוד שהיתה בתו ברשותו כמו במחליף פרה בחמור בב"מ (דף ק') וכדעת הפוסקים גם בשמא ושמא ואף דיום עשוי להשתנות מ"מ לא מרעי זה להחזקת מ"ק כמו בבר שטיא דאף שעומד להשתנות מעתים שוטה לעתים חלים וכמש"כ התוס' ביבמות (דף ל"א) דכיון שדרכו להיות עתים חלים ועתים שוטה לא שייך להעמידו אחזקה כמו שהוא עתה וכן כתבו התוס' כתובות (דף כ'.) ומ"מ מוקמינן אחזקת מ"ק אשר לפי שהוכיח כ"א מיבמות (דף ל"א) דזה לא הוי משום חזקת ממון רק חזקה המבררת דהמכירה היתה בעת שטותו טרם שנשתנה לחלים. וכמו כן בספק קדושין דהאב יש לנו לומר דחזקת מ"ק דהאב מבררת לנו שקבלת הקדושין שלו היה בעת שהיתה ברשותו טרם שנשתנה מנערות לבגרות ולפי"ז למה לא יחוש שמואל גם בקדשה אביה לחוד הא נגד החזקת פנויה שלה יש להאב חזקת מ"ק המבררת לנו את המעשה דקבל הקדושין בעת שהיתה ברשותו ולא ברשות עצמה ולא נשאר לנו רק החזקה דהשתא דהרי בוגרת לפנינו ובזה חייש שמואל וכמש"כ התוס' לפרש דבמקום דאזלה החזקת פנויה לא מהני חזקה דהשתא לחוד אליבא דשמואל וכן יש להקשות דמאי פריך הגמרא ממקוה וחביות דהיה לשמואל לתרץ דהחזקת מ"ק דהאב מרעי להחזקה דהשתא דהרי בוגרת לפנינו וזה עדיפי ממאי דמשני הכא חדא לריעותא וכמש"כ רש"י לאו אחזקת בוגרת ולאו חזקת

נערות אית בה שהיום היא עשויה להשתנות ולכאורה יש בה חזקת נערות ע"י חזקת מ"ק דהאב דמברר לנו שהיה הקדושין בנערותה ברשות האב כמו שהיתה מקודם:

ב

ואולי י"ל דכיון שעתה בודאי יצאתה מרשות האב דהרי היא בוגרת לפנינו ואין שום נ"מ לדררא דממונא להאב לכן אין לנו לדון לחזקת המ"ק שלו. הנה אם נאמר דחזקת מ"ק הוי רק חזקת ממון בודאי אין לדונה במקום דליכא דררא דממונא בין שני בע"ד. אבל לפי הוכחת כ"א בבאר יצחק סי' הנ"ל דזה הוי חזקה המבררת בודאי יש לנו לדונה ולהעמיד על חזקת מ"ק גם במקום דליכא שום דררא דממונא בין שני בע"ד ובקדושין (דף מ"ג) וכן בשאר מקומות מצינו הלשון דמפקעת עצמה מרשות האב וקרינן זה הפקעה מרשותו שהיתה עד שנתקדשה או עד שנתבגרה. ועתה נולד לנו ספק אם יצאתה מרשות האב שתוכל לקבל קדושין בעצמה או לא מאשר האב קדש אותה בעת שהיתה ברשותו לענין קבלת קדושין יש לנו לומר דהחזקת מ"ק של האב מכריע את הספק דלא יצאתה לענין קבלת קדושין בעצמה מרשות הקודם. ומה שמוחזקת כעת בעצמה דמי לתפיסת עבד בעצמו בספק דדנין לחזקת מ"ק של האדון ונשאר ברשות האדון כמו שכתב הקצה"ח בסי' פ"ח ס"ק ט' ובסי' רמ"א ס"ק ג' ואין לדמות זה למש"כ התוס' דכיון שהיא אסורה כעת מע"נ אזלא ממנה החזקת פנויה אף שחזקת פנויה ג"כ הוי חזקה המבררת. זה שייך דוקא היכא דנולד הספק אם מותרת לעלמא או לא דבזה אין לדון לחזקת פנויה לבטל קדושין הראשונים ולהתירה לעולם בלא גט מהראשון דקבל האב הקדושין מחמת החזקת פנויה שמותרת לכל הא גם בלתי הקדושין דהאב ג"כ הא אסורה לכל וחזקת פנויה לא מעלה ולא מוריד לה כעת אבל גבי חזקת מ"ק דהאב החזקה מברר את עיקר הספק אם היה בידו לקבל עבורה קדושין שהתורה זכתה להאב או לא יש לנו לומר דהחזקת מ"ק מבררת דמהני מעשיו ונשארת לענין זה ברשותו דלא תוכל לקבל בעצמה מאחר ע"י מה שהאב הקדים את עצמו להשיאה בעודה ברשותו ומה שלהאב אין כעת נ"מ בדבר זה. מ"מ חזקת מ"ק הוי חזקה המבררת גם במקום שאין אחד מבע"ד תובע שום דבר עבורה [וגם מש"כ התוס' בחזקת פנויה דאין לדונה היכא דכעת היא אסורה ממ"נ הניח הפ"י בצ"ע כמו שיראה המעיין בדבריו ולדעתי הקלה מוכח מדברי התוס' וכן ממה דפריך הגמ' ממקוה וחבית דאין לדון כלל בספק קדושין לחזקת מ"ק שהיה להאב או להאשה גדולה בעצמה וחזקת פנויה הוי חזקה בפני עצמה ואין לה שום שייכות לחזקת מ"ק. והמה שני ענינים נפרדים ואין שום דררא דממונא בספק קדושין אשר יהיה

שייך לדון בו לחזקת מ"ק ולפי מש"כ כ"א בבירור דחזקת מ"ק הוי חזקה המבררת מוכח מכאן דאין לדון בספק קדושין לחזקת מ"ק:

ג

וכן יש לדון מהא דמתרץ רב עד כאן לא קאמר ר' יעקב התם דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו היינו על חזקת מ"ק דהנותן דלכאורה יש גם כאן לומר' כן להעמיד האשה בחזקת מ"ק דהאב דקבל הקדושין בעת שהיתה ברשותו ולפי דברי כ"א גם חזקת מ"ק בממון כמו בבר שטיא הוי משום חזקה המבררת ולא משום חזקת ממון לחוד כמו דמדמה הגמ' ביבמות תרי ותרי במקום חזקה בקדושין וגירושין לתרי ותרי בחזקת מ"ק בממון וכן יש לדמות החזקת מ"ק דהנותן להחזקת מ"ק דהאב לענין קבלת הקדושין ומה דהיום עשוי להשתנות מנערות לבגרות לא מרעי לחזקת מ"ק דהאב כמש"כ למעלה וכאן אין לה חזקת פנויה להצטרף עם החזקה דהשתא דהרי היא בוגרת לפנינו לבטל החזקת מ"ק דהאב כמש"כ התוס' בקבלה קדושין משניהם דאסורה היא ממ"נ ליכא בה חזקת פנויה ואולי לפי פירוש ר"י שם (דף ע"ב בתוס' ד"ה מי) איכא למימר דרגילות הן לבא בבקר דיהיה זה רוב גמור אתי שפיר אליבא דרב דאזיל בממון בתר רובא כש"כ דאזיל בתר רוב נגד חזקת מ"ק וכמש"כ הרא"ש בפ' ב' דקדושין סי' ח' גבי ירושת הבעל דרב אזיל בתר רוב להוציא מחזקת מ"ק דהאב. והרוב דרגילות הן לבא בבקר מרעי להחזקת מ"ק דהאב:

וכן יש לדון בזה אף למ"ד דאין הולכין בממון אחר הרוב דהרוב הזה בצירוף חזקה דהשתא הרי היא בוגרת לפנינו יועילו לבטל החזקת מ"ק דהאב כמש"כ התוס' בכתובות (ט"ז ע"א) דרוב עם חזקה מהני גם בממון אבל הפ"י מפרש לכוונת הר"י דאין זה רוב גמור רק ספק הרגיל כמו שיראה המעיין בדבריו וא"כ למה לא מוקמינן גם כאן אחזקת מ"ק דהאב ולחוש להקדושין דהאב גם נגד חזקה דהשתא דהרי היא בוגרת לפנינו כמו דהעמיד ר' יעקב על חזקת מ"ק דהנותן נגד חזקה דהשתא:

ד

והפני יהושע כתב דר' יעקב דאזיל בתר חזקת מ"ק נגד חזקה דהשתא זה דוקא בטענות ברי אבל בהא דקדשה אביה שהאב אינו יודע אם בגרה בצפרא או לא וגם היא אינה יודעת דבאינה מכחישתו מיירי וה"ל שמא ושמא ומשו"ה אזיל רב בתר חזקה דהשתא ומפרש דזה כונת הגמ' דהתם איכא חזקת מ"ק עם טענת ברי וחדא מנייהו נקט א"כ י"ל דלכן לא אזיל רב בתר חזקת מ"ק דהאב כדאזיל ר' יעקב בתר חזקת מ"ק דהנותן משום דכאן אין האב טוען ברי ובשמא ושמא אזיל רק בתר חזקה דהשתא אבל לענ"ד נראה דאם אנו אומרין דחזקת מ"ק הוי חזקה המבררת ולאו משום חזקת ממון לחוד

בודאי מועיל לברר הספק גם בשמא ושמא כמו כל חזקה המבררת באיסורין ואף לשיטת הפוסקים במחליף פרה בחמור דבשמא ושמא לא מוקמינן אחזקת מרא קמא זה דוקא בממון. אבל אם חזקת מרא קמא מהני לברר גם באיסורין בודאי מהני גם בשמא ושמא ולפי דברי הב"ש בסי' ל"ז ס"ק ג' דכתב בפשיטות דאם קדשה עצמה בלבד אינו אלא ספק קדושין גם אליבא דרב משום דחזקת פנויה מרע להחזקה דהשתא דהרי היא בוגרת לפנינו הנה רואין אנחנו דחזקת פנוי' מרע גם אליבא דרב לחזקה דהשתא וכש"כ חזקת מ"ק דבודאי עדיפי מחזקת פנויה וכמש"כ התוס' בכתובות (ע"ה ע"ב ד"ה אבל היכא כו') דחזקת פנויה לא חשיבא כלל חזקה לגבי חזקת הגוף דנראה דחזקת פנויה לא הוי חזקה אלימתא ומ"מ מרע גם אליבא דרב לחזקה דהשתא:

ולכן בודאי גם חזקת מ"ק אם היא חזקה המבררת באיסורין דמרע לחזקה דהשתא גם בשמא ושמא ולכה"פ חזקת מ"ק הוי כחזקת פנויה לסתור לחזקה דהשתא אליבא דרב ושפיר מוכח מדלא חייש רב לקדושי האב משום חזקת מ"ק דהאב דאין אנו דנין כלל בספק קדושין לחזקת מ"ק דהאב וכמו כן אין לדון בכל ספק קדושין לחזקת מ"ק דהאשה בעצמה:

ה

וראיתי בפני יהושע שמביא בשם העצמות יוסף דמש"כ התוס' בקידשה שניהם דממ"נ היא אסורה ליכא בה חזקת פנויה דהסברא הזאת אינו אלא לטעמא דשמואל ולא אליבא דרב ולפ"ז גם בקידשו שניהם יש אליבא דרב חזקת פנויה ולכן שפיר יש לומר דלא מוקמינן אחזקת מ"ק דהאב [ויש לעיין בדברי הפ"י שם בקדושין מש"כ לדון בדברי התוס' כתובות (דף ע"ה) דחזקת פנויה לא חשיבי] אבל לפי הנראה מב"ש ס"ק הנ"ל דגם אליבא דרב אין לה חזקת פנויה בקידשו שניהם ולכן שפיר הוכחתי ב"ה מדלא חייש רב לקידושי האב משום מ"ק דמרע לחזקה דהשתא לחוד דאין אנו דנין בזה לחזקת מ"ק וכן יש להעיר במש"כ הרא"ש פ"ב דקדושין סימן ח' בנתקדשה לדעת אביה והלך למדה"י ועמדה ונישאת דאם רוב פעמים אין האב מוחה הילכך אוכלת בתרומה ובממונא הוא דלא אזלינן בתר רובא כו' עכ"ל וקצרתי ויש לעיין בשער המלך פ"ט ה' אישות ה' ל"א מה שהביא בשם גדולי הפוסקים בנאמנות ע"א בקידושי אשה. ונראה מדבריהם דאין בקידושי אשה פתיכא דממונא כלל כמו שיראה המעיין שם וקצרתי:

ואחרי כתבי זה ראיתי בספרו היקר ח' אהע"ז סימן ה' ענף א' שהעיר בקדושין (מ"ד) בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דחיישינן שמא נתרצה האב דלמה לא נוקמי מ"ק דהאב ולענ"ד נראה לומר דהתם יש סברא מעליא להרע להחזקת מ"ק דהאב מש"כ הר"ן

בסוגיא זו דכל אדם רוצה להשיא את בתו ומצוה דרמיא עלי' ועי"ז איתרע החמ"ק דהאב ולא נוכל לסמוך עליו להקל כי יש סברא גדולה דנתרצה אבל בקידושין (ע"ט) בקיבל האב קדושין דלבד שחזקת מ"ק מסייע להחמיר הנה התם ליתא לסברת הר"ן והחזקת מ"ק מסייע מבלי לבטל המעשה שלו אשר התורה זכתה לו. וכן י"ל דבקטנה שנתקדשה אין לדון לחזקת מ"ק דהאב ולהקל מחמת זה שלא תהיה צריכה גט כי הגט אינו מפסיד מידי להאב וזה דוחק לומר דמשום שיהא נ"מ להאב לענין קנס או לענין מכירה לכן יש לדון להחזקת מ"ק לכל מילי] ולכן אף היכא דאין רוצה המקדש לגרשה ויוצאת ע"י הקדושין שלו מרשות האב מ"מ לא חלקו בזה והחמירו בכל אופן משום דלא נתנו דבריהם לשיעורין. אבל בקדושין (ע"ט):

1

ומש"כ כ"א באותה התשובה באות צ"ב לפלפל במה שהביא הח"מ בשם תשובת הרמב"ן דכתב וכל שלא עמדה האשה בפני ב"ד אין דברי העד כלום ולכאורה טעמא בעי דלמה צריכה האשה לעמוד בפני ב"ד הא זכין לאדם שלא בפניו ובודאי רוצית היא שיתירוה מכבלי העיגון כדאמרינן טב למיתב וכו' וכמו שהעיר כ"א דזה זכות גמור להאשה. נלענ"ד לפרש טעמא של הרמב"ן דאזיל לשיטתו. דסובר דעיקר נאמנות דע"א בעגונה היא מדרבנן משום הפקעת קדושין וכמו שמביא גם כ"א את דעת הרמב"ן באות ס"ג ולכן ע"י הפקעת קדושין יש קצת חובה להאשה שתהיה עוברת למפרע על איסור זנות דהקדושין נעקרין למפרע וכמש"כ רש"י בכתובות (ג') וכן בשארי מקומות בש"ס וחכמים לא רצו להפקיע הקדושין בלי שום תועלת ולהכשיל למפרע האיש והאשה באיסור זנות דממילא ואולי לא תרצה האשה להנשא וליכא תקנות עגונות לא הפקיעו הקידושין להכשילם באיסור זנות למפרע ללא תועלת ורק אחרי דעמדה בפני ב"ד וגלתה רצונה לפניהם שרוצית להנשא אז מתירין לה ומפקיעין הקדושין למפרע. וכ"ז דלא עמדה לפניהם אין דברי העד כלום להתירה ולהפקיע הקדושין כי בכל דבר שיש קצת חובה אין חבין לאדם שלא בפניו ועיקר הפקעת הקדושין חל בעת ההיתר ב"ד והב"ד אין מתירין לה שלא בפניה משום הקצת חובה שיש לה במה שנמצאת עוברת ממילא למפרע על איסור זנות וכעין זה כתב הרשב"א בגיטין (דף ל"ג) דלכן לא הוי התראת ספק שמא ישלח גט ע"י שליח ויפקע הקידושין למפרע ע"י ביטול הגט משום דאנן סהדי שאינו מבטלו בלבו כדי שלא תהא בעילתו בעילת זנות ואי נימא דלכן הצריך הרמב"ן שתעמוד לפני ב"ד יש לתרץ מה שהקשה כ"א בקטנה דלאו בת איסור היא והדבר נוגע רק להאיש שרוצה לישאנה ולמה מתירין שלא בפניה די"ל דדוקא להאשה בעצמה יש

קצת חובה מה שנכשלת ע"י ההיתר באיסור זנות למפרע ולכן בקטנה דלאו בת איסור היא. וכן האיש שרוצה לישאנה אינו נכשל על ידי ההיתר באיזה איסור למפרע ולא הוי קצת חובה להם ולכן שפיר מתירין שלא בפניהם כי להם ההיתר זכות גמור בלי שום קצת חובה ואי נימא דטעמא של הרמב"ן כמו שכתבתי אז שפיר כתב כ"א לדון דהיכא דנתרצה האשה אח"כ בהיתר ב"ד שהתירוה שלא בפניה דגם כן מהני דהוי זה כמש"כ כ"א בבא"י א"ח סי' א' ענף ח' לדון בארוכה דבדבר זכות שיש בו קצת חובה ואח"כ בא ונתרצה דמהני הריצוי על למפרע וגם דעת הרמב"ן כן כמש"כ המ"מ בפ"ד מה' זכי' ה' ב' ועיקר החשש הוא ע"פ דעת הרמב"ן אבל דעתו הגדולה דריצוי שלאחר המעשה מהני למפרע ולכן לענ"ד אין מקום להחמיר בנידן של כ"א. ומטובו להודיעני דעת תורתו הרמה והנשגבה בדבר זה. וללמוד אני צריך:

ז

ומה שהעיר כ"א בח' אה"ע סי' ל"ז אות י"ח בתוס' גיטין (דף י"ב ע"ב ד"ה שביק ליה). ובדברי הר"ן פ"ב דקדושין מה שהקשו בסוגיא דגיטין (י"ב) דניחוש שמא מכרו לישראל ומיתסר בתרומה. דלמה ניחוש למכירה נגד חזקת מ"ק דהאדון ונראה מזה דדעת התוס' וכן דעת הר"ן בקדושין פ"ב דחזקת מ"ק לא מהני להכריע בספק איסור. נראה לענ"ד לפרש כוונה אחרת בדברי התוס' והר"ן כמו שאבאר ב"ה הנתיבות בסימן שס"ג ס"ק ח' לענין עבדים בימים הקדמונים כתב דעבד שברח אינו יכול רבו למכרו משום שהוא אינו ברשותו ואף אם עבדי כקרקע דמי לכל מילי בכ"ז אינו יכול רבו למוכרו דלענין זה דמי למטלטלין. והקשה מהא דגיטין (י"ב) דנראה אשר רבו יכול למוכרו מהא דאמרו דאי ערק העבד מזבין לדיה לישראל. ותירץ דמיירי כשלא ברח לגמרי אבל כשברח לגמרי לא חל המכירה. ולבד אשר תירוצו זה דחוק מאוד הנה עוד יש להעיר דא"כ מה השיבו חכמים לר"מ הא בידי העבד לברוח לגמרי ולא יכול האדון למוכרו ולאסור אותו בתרומה ולענ"ד נראה לתרץ דיהי' מזה ראיה לדברי השמ"ק ב"ק (ל"ג) דאף דאין אדם מוכר דבר שאינו ברשותו ולכן אין הנגזל יכול למכור את הגזילה אבל אחר שהוציא מיד הגזלן חל המכירה למפרע וא"כ שפיר אמרו דאי ערק מזבין ליה לישראל ויהיה אסור לאכול בתרומה דיש ליה לחוש שמא יתפסנו האדון ויהי' חל המכירה למפרע והוי זה כמו באמר לאשתו הרי זה גיטך שעה אחת קודם מותי דאסורה לאכול בתרומה מיד שמא ימות ולפי"ז שפיר הקשו התוס' והר"ן דלמה לא חייש העבד שמא מכרו אף כי עתה אינו חל המכירה כלל אבל אם יתפסנו האדון יהי' חל המכירה למפרע ויש לו לחוש לשמא יתפסנו האדון. ובמכירה כזו אין שייך לדון חזקת מ"ק הא עד עת התפיסה הוא

ברשות האדון לכל מילי ואינו יוצא כלל מרשותו. ובספק שמא יתפסנו האדון אין להקל מחמת החזקת מ"ק שהוא חזקה המבררת דלא יתפסנו האדון לעולם. הא בספק דלהבא רבו השיטות דלא מוקמינן אחזקה וא"כ אם ימכרנו לא יועיל חזקת מ"ק דהאדון להתיר את העבד לאכול בתרומה אשר יהיה החשש בלהבא אם יתפסנו האדון באיזה זמן או לא. ולכן אין ראיה ברורה מדהתוס' והר"ן דחזקת מ"ק לא מהני באיסורין דיש לומר דגם דעתם דחזקה לא מהני בחשש דלהבא ושפיר הקשו דניחוש שמא מכרו לישראל ומתסר בתרומה מחמת הספק דלהבא שמא יתפסנו האדון אח"כ וכדעת השמ"ק אשר המכירה חל למפרע ובזה לא מהני חזקת מ"ק:

ח

ולפי שיטת השמ"ק הנ"ל דהבאתי ראיה לדבריו מגיטין (י"ב) דחל המכירה בדבר שאינו ברשותו אחרי שיוציא החפץ מיד הגזלן ולכן בעבד כהן שברח אסור לאכול בתרומה אם מכרו לישראל משום שמא יתפסנו האדון והוי זה כמו באמר לאשתו הרי זה גיטך שעה אחת קודם מותו ואף דרבא אמר שם היינו דקא מהדרי ליה במתניתין כו' ולרבא בגיטין (כ"ח) סבר ר' מאיר בהא דהרי זה גיטך דמותרת לאכול בתרומה דלא חיישׁ לשמא ימות מ"מ נוכל לומר דהחשש שמא יתפסנו האדון הוא שכיח יותר משמא ימות. והוי כמו חשש דמיתה לזמן מרובה דגם ר"מ מודה דחיישינן לזה כמש"כ התוס' גיטין (כ"ח ע"א ד"ה הא ר"מ כו') וא"כ כיון דהוא חשש אלים אף למ"ד דמותרת בתרומה בהרי זה גיטך שעה אחת לפני מותי וכש"כ לדידן דאמרינן שם משום הטעם דשמא ימות הנה אם הקדיש הנגזל את הדבר אשר בידי הגזלן יהיה אסור להנות ממנו משום שמא יוציא הנגזל מידי הגזלן ויחול ההקדש למפרע וא"כ למה פריך הגמרא בב"מ (ז') על ההיא עובדא דמסותא מהא דאר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו דהנגזל לא יכול להקדישו לפי שאינו ברשותו דמשמע התם דמותר להשתמש בהמסותא משום דאין הקדש חל כלל. הא לדעת השמ"ק גם במסותא דמטלטלין יהיה אסור להתנו משום שמא יוציאו הבעלים מידי הגזלן ויחול ההקדש למפרע ויעברו על איסור למפרע וכמו שאסור להעבד לאכול בתרומה משום החשש דיחול המכירה למפרע:

ט

אך י"ל דהתם בב"מ יהיה מותר להנות משום ס"ס ספק אחד שמא לא יוציא הנגזל לעולם מתחת יד הגזלן מחמת אלמותו. וספק שני שמא ישתנה החפץ בידי הגזלן בשינוי גמור שיקנה הגזלן מהדין אשר בזה בודאי לא מהני מה שמכר והקדיש קודם השינוי אף אם יבוא ע"י איזה סיבה אח"כ ליד הנגזל וכן מוכח מב"ק (דף ס"ח ע"ב) מה דפריך הגמ'

בהקדישו הבעלים ביד הגנב הא אמר ר"י דשניהם א"י להקדישו ולפי דברי השמ"ק דחל ההקדש אחר שיוציא מיד הגנב:

הא משכחת לה דיחול ההקדש בהוציא ע"י איזה סיבה אחר השחיטה מיד הגנב אלא ודאי כיון דטביחה הוי שינוי גמור וכדאמרינן בב"ק (דף ס"ח ע"א) דטביחה אהני מעשיו וכמש"כ התוס' שם ד"ה מה טביחה כו' אינו חל ההקדש למפרע גם לדעת השמ"ק אף אם בא אח"כ ע"י איזה סיבה לידי הבעלים ואף דיהיה זה ס"ס משם אחד ואינו מתהפך אמנם לפמש"כ כ"א בנחל יצחק סי' ל"ח להוכיח מרשב"א קדושין (דף ע"ג) ומשאר מקומות דבמקום שספק לנו בעיקר הריעותא אמרינן ס"ס גם משם אחד דע"י השני ספיקות יש לנו רוב צדדים להתיר וא"כ בנ"ד נמי בהספק הראשון אין כאן מיחוש כלל. הא עתה אין ההקדש חל משום שאינו ברשותו. ורק לנו לחוש אולי יוציאנו הבעלים ויחול אח"כ ההקדש למפרע לפי דעת השמ"ק הנה יש בזה ס"ס ספק אחד שמא לא יוציא מחמת אלמותו של הגזלן. וספק שני שמא יקנה הגזלן מן הדין ע"י שינוי ויש בזה רוב צדדים להתיר והא דלא אמרינן דחזקת מ"ק של הנגזל יברר דלא יקנה הגזלן אח"כ ע"י שינוי וכן החזקה מהחפץ דלא ישתנה החפץ לעולם י"ל דדעת השמ"ק כהסוברין דחזקה לא מהני בספק דלהבא ואין החזקת מ"ק וחזקה מהחפץ דלא ישתנה לא יכול להכריע לאיסור משום דחזקה בספק דלהבא אינו מועיל גם לאיסור:

ו

אמנם אי נימא דב"מ דף ז' גבי מסותא יהי' מותר להנות גם לפי דעת השמ"ק משום ס"ס כמש"כ למעלה הנה יש לדון ס"ס גם בהא דעבד ספק אחד שמא לא מכרו כלל ואת"ל דמכרו לישראל שמא לא יתפיסנו האדון אח"כ ולא יחול המכירה לעולם לפי דברי הנתיבות בסי' שס"ג גם אם עבדי כקרקע לכל מילי דמי וא"כ מה הקשו התוס' והר"ן דיהי' אסור לאכול בתרומה משום חשש מכירה לישראל הא אין לנו לחוש כלל משום הס"ס הנ"ל ובספק בעיקר הריעותא אמרינן ס"ס גם משם אחד כמש"ל וקשה לנו להעמיס בכונת התוס' והר"ן דהקשו דיהי' אסור לאכול בתרומה משום דיש לו לחוש אולי יתפיסנו האדון ויחול המכירה למפרע כדעת השמ"ק דבזה יש להעבד ס"ס מעליא כמש"כ אלא ודאי דכונת התוס' והר"ן דאם עבדי כקרקע דמי בודאי יכול האדון למכור עבד שברח וכן כתב הפ"י בפשיטות בגיטין (ל"ח) דעבדים אחרי שהוקשו לקרקע לזאת היאוש בהם מטעם הפקר דהפקר מועיל דוקא בדבר שברשותו ואדרבא יאוש אינו מועיל בהם משום דיאוש אינו מועיל לדבר שברשותו ואף הסוברין דיאוש לא הוי מטעם הפקר. אבל בעבדים לכו"ע מטעם הפקר וזה היפך מדברי הנתיבות שבנה כל יסודו דאף

אם עבדי כקרקע דמי לכל מילי בכל זה אינם עומדים ברשות האדון ולא יכול למוכרם ולהפקירם מהא דיאוש מועיל בעבדים ולפי דברי הפ"י שפיר הקשו התוס' והר"ן דלמה עבד כהן שברח אוכל בתרומה ולמה לא נחוש שמא מכרו רבו לישראל הא הקשו זה אליבא דחכמים ואליבא דר"מ אשר אחד מהם ע"כ סובר בב"ק (דף צ"ו) דעבדי כקרקע דמי ושפיר חל המכירה מיד דקרקע יכול למכור אף באינו ברשותו ויהי' רק ספק אחד שמא מכרו לישראל אשר יש לחוש בודאי למיתסר בתרומה ולפי"ז שפיר הוכיח כ"א מדברי התוס' והר"ן דחזקת מ"ק לא מהני באיסורין דאל"כ למה לא מוקמינן אחזקת מ"ק דהאדון שלא יצא מרשותו ולכאורה יש לדון דגם בזה יש ס"ס להתירו בתרומה ספק שמא לא מכרו האדון כלל ואת"ל דמכרו שמא מכרו לכהן וכעין זה הקשה המג"א בסי' תס"ז ס"ק ב' והש"ך ביו"ד סוף סי' נ"ז וא"כ מה הקשו התוס' והר"ן דניחוש למכירה אבל באמת אין לדון זה לס"ס דס"ס נגד רוב לא אמרינן והרוב לא הוי כהנים כמש"כ הט"ז באהע"ז סי' קכ"ט ס"ק י"א והתוס' בחולין (דף צ"ה ד"ה ובנמצא כו') כתבו גבי בגד שאבד בו כלאים דמה"ד לנו לתלות דימכור לא"י משום דאזלינן בתר רובא ולכן בודאי אין לדון ס"ס לקולא שמא מכרו לכהן מהמיעוט ושפיר הקשו התוס' והר"ן דניחוש שמא מכרו לישראל:

יא

ומה שכתבתי בכונת קושיות התוס' והר"ן דהקשו אליבא דר"מ ואליבא דחכמים דע"כ אחד מהם סובר דעבדא כקרקע דמי ואינם צריכים לדברי השמ"ק ב"ק (דף ל"ג) לפי דברי הפ"י דעבדים שהוקשו לקרקע חל המכירה גם באינו ברשותו בכ"ז תשאר הראי' בתקפה לדברי השמ"ק מהא דאמרו חכמים לר"מ דאי ערק העבד מזבין לי' לישראל הא לפי מסקנת הגמ' ב"ק (דף צ"ו) סובר ר"מ עבדי כמטלטלי דמי שבודאי לא חל המכירה בעבד שברח וא"כ שפיר אמר דחוב הוא לעבד אלא ודאי דאף אם עבדי כמטלטלי דמי אסור לעבד לאכול בתרומה אם מכרו רבו משום שמא יתפסנו האדון ויחול המכירה למפרע כדעת השמ"ק בכל דבר שאינו ברשותו ודמי להאומר לאשתו הרי זה גיטך שעה אחת קודם מותי דלפי מסקנת הגמ' סוכה (דף כ"ד) ס"ל לר"מ דאסורה לאכול בתרומה מיד דחייש שמא ימות ואכלה תרומה באיסור למפרע אבל בקושית התוס' והר"ן אין אנו צריכין לדברי השמ"ק וכמו שכתבתי דהקשו אליבא דחכמים ואליבא דר"מ דע"כ אחד מהם סובר בב"ק (דף צ"ו) דעבדי כקרקע דמי וכונתם פשוטה דחל המכירה מיד וכמש"כ הפ"י בגיטין ושפיר הוכיח כ"א מדבריהם דחזקת מ"ק לא מהני באיסורין:

אמנם לפי דברי הנתיבות בסימן שס"ג דאף אם עבדי כקרקע לכל מילי דמי בכ"ז אינו יכול למכור עבד שברח והא דגיטין (דף י"ב) יהי' כונת הגמ' וכן קושית התוס' והר"ן משום הספק שמא יתפסנו האדון אח"כ ויאסר בתרומה למפרע עפ"י דברי השמ"ק הנ"ל והקשיתי מהא דמסותא ותירצתי דהתם אף לדברי השמ"ק מותר להנות משום ס"ס שמא לא יוציא לעולם מחמת אלמותו של הגזלן וספק שני שמא יקנה הגזלן אחר כך בשינוי וכתבתי דלפ"ז יהי' ס"ס גם בעבד ספק שמא לא מכרו כלל ואף אם מכרו שמא לא יתפסנו האדון לעולם והיכא דהספיקות בעיקר הריעותא הוי ס"ס גם משם אחד. נראה לי לומר דאולי דעת התוס' והר"ן דגם בספק בעיקר הריעותא בעינן שיהי' דוקא השני ספיקות לאו משם אחד ואינו מועיל מה שיש רוב צדדים להתיר כמו שנראה מהש"ך יו"ד סי' קפ"ז ס"ק כ"ב אשר מביאו כ"א בנחל יצחק סי' ל"ח ענף ג' וכן נראה מדברי הש"ך בסימן ק"צ ס"ק מ"ה בנמצא דם על עד שאינו בדוק במה שהשיג על המע"מ והעטרת זהב ולכן אין להתיר בעבד שברח מטעם ס"ס הא השני ספיקות הוי משם אחד ואינם מתהפכין ובכ"ז לא תקשו מהא דמסותא ב"מ (דף ז') דהתם יש ס"ס מעליא דנראה אשר קושית הגמ' דלמה פרשו מינה רבנן אף אם יהי' יכולת להוציא בדיינים הא היה להם ס"ס מעליא מקודם שנתברר דשל המקדיש הוא ספק אחד שמא לא הוי שלו ואף אם יבוא עדים ויתברר דשלו הוא יהי' אסור בהנאה מהחשש שמא לאחר כן יוציאו הבעלים מרשות הגזלן ויחול למפרע כדעת השמ"ק דזה הוי רק ספק והשני ספיקות כאן לא הוי משם אחד ספק אחד שמא אינו שלו וספק שני אף ששלו הוא מ"מ לא חל ההקדש דלמא לא יוציאו לעולם מיד הגזלן אף שיברר דשלו הוא ואינו חל ההקדש משום דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו אף ביכול להוציאו בדיינים אבל היכא דאין שום ספק דהחפץ הוי של הנגזל ורק דאינו ברשותו יהי' אסור להנות בהקדש הנגזל גם קודם שהוציא מיד הגזלן משום החשש שמא יוציא אח"כ מיד הגזלן כמו בהר"ז גיטך שעה אחת קודם מותי דאסורה לאכול בתרומה מיד ובמקום אחר הארכתי ב"ה הרבה במה שחקר השער המלך פ"ז ה' אישות ה' י"ב אם יש לסמוך על ס"ס במקום דספק אחד יתברר ממילא והעליתי בראיות חזקות ב"ה דס"ס מהני גם היכא דיכול להיות אשר הספיקות יתברר ממילא בהמשך הזמן ולכן פריך הגמ' שפיר בב"מ גבי מסותא דלמה פרשו רבנן טרם שנתברר בעדים שהוא של המקדיש ואין מכאן שום סתירה לדברי השמ"ק ובקושית התוס' והר"ן מסופק אני אם לא הקשו ג"כ לפי דברי הנתיבות דאף אם כקרקע דמי בכ"ז לא יכול למכור:

והאיסור יהי' רק עפ"י מש"כ מהחשש דלמא יתפסנו האדון:

ולכן אין ראי' ברורה מדבריהם דחזקת מ"ק לא הוי חזקה המבררת באיסורין:

יב

מש"כ כ"א בח' אהע"ז סימן נ"א לפרש בטוב טעם את דעת הפוסקים המובאים בכנה"ג סימן כ"ח דנאמן המקדש לומר שלא הי' החפץ שלו אף דחזקה מה שת"י הוא שלו משום דיש לו מגו דבידו לגרשה וכמו דאמר דיש לו בנים דנאמן במגו דיכול לגרשה וכמש"כ הר"ן בפ"ג דקדושין דמגו דבידו לעשות מעשה מהני גם במקום חזקה:

נראה לענ"ד להוכיח דאינו נאמן ממש"כ הרמ"א באהע"ז סימן מ"ה סעיף א' דהיכא דחיישינן בסבלונות לקדושין לא מהני אם שניהם אומרים דלא כיוונו לשם קדושין הנה רואין אנו דעתו הגדולה של מרן הרמ"א דאין המקדש נאמן לבטל הקדושין אמנם לפי הטעם שכתב כ"א דנאמן משום מגו דבידו לגרשה י"ל דלא יהי' נאמן בסבלונות משום דבסבלונות אין להמקדש מגו דגירושין דבאומר שלא קידש אותה והסבלונות שלח קודם שנתקדשה אליו אז אם יתבטל השידוך חוזרין הסבלונות לו כמבואר באהע"ז סימן נ' סעי' ד' אבל אם שיתן לה גט יהי' כמו הודאה ממנו שקידש אותה וכמש"כ הב"ש בסימן מ"ח ס"ק ג' דלשון הגט כאילו מדבר עמה ומודה בנתינתו שהיתה אשתו וא"כ לפי שיטת רש"י המובא בשו"ע סימן מ"ה דחיישׁ שמא הסבלונות עצמם ניתנו לקידושין אם יגרשנה לא תחזור לו דכסף קדושין אינו חוזר לעולם ומה דהיא מודית דלא הי' לשם קדושין והיתה רק משודכתו מ"מ יפסיד ע"י הגט ולא יכולין להוציא ממנה ע"י הודאתו משום דבתרי הודאות דסתרי אהדדי מוקמינן בידי התופס כמש"כ הקצה"ח בסימן פ"ח ס"ק ט' ולהסוברין דהחשש רק שמא קידש אותה מקודם אבל אין חשש דלמא הסבלונות עצמם ניתנו לקדושין ולכאורה לשיטתם יש לו גם בסבלונות מגו דגירושין ולא יפסיד מאומה ע"י הגט דגם אחר הגירושין תחזיר לו מה ששלח אחר האירוסין כפסק השו"ע סימן נ':

אבל גם לשיטתם יש לדון דיהי' לו הפסד מהגט דאם לא קידש אותה מעולם והיתה רק משודכתו ואם מאיזה סיבה יתבטל השידוך דאז תחזיר לו דברים מועטים גם באכל שם וכמש"כ הט"ז בסימן נ' ס"ק ו' אבל אם תהי' הודאה ע"י גט שקידש אותה תחילה לא תהי' מחויבת להחזיר דברים מועטים באכל שם ולכן אף להסוברין דהחשש שמא קידש אותה תחילה ג"כ אין מגו להמקדש לבטל הקדושין משום מגו דגירושין דלא ניחא לו ליתן גט ולהפסיד עי"ז דברים מועטים באכל שם ומה גם דהרמ"א כתב דיש לחוש לשני הפירושים להחמיר וחושש גם לשיטת רש"י דלא יהי' נאמן לומר דלא כיוון לשם קדושין משום דלפי שיטת רש"י אין לו המגו דגירושין כמו שביארתי ב"ה ולכן אין ראי' דס"ל

להרמ"א דהיכא דיש להמקדש מגו דגירושין דלא יהי' נאמן לבטל את הקדושין. ונוכל לומר דהיכא דיש להמקדש המגו דגירושין דיהי' נאמן אף לדעת הרמ"א לבטל הקדושין:

יג

אבל אחר העיון נלענ"ד ברור דגם לשיטת רש"י דחייש שמא הם עצמם ניתנו לקידושין בכ"ז יש לו מגו מעליא דאי בעי מגרשה ולא יפסיד מאומה ע"י הגט הא יכול לטעון אחר נתינת הגט דקידש אותה בכסף אחר והסבלונות שלח לה אחר הקידושין ובנתינת הגט לא הודה שקידשה דוקא בהסבלונות עצמם וגם אחר הגט תהי' מחויבת להחזיר לו הסבלונות ומה דיפסיד ע"י הגט דברים מועטים באכל שם יש ג"כ מקום להמקדש להוציא ממנה גם את זה באשר יטעון שקידש אותה אחר ששלח לה הסבלונות ולפי דברי הי"א ברמ"א סימן נ' סעיף ג' דבשלח קודם האירוסין חוזרין לעולם. וכמש"כ הח"מ ס"ק י"א גם דברים מועטים וכמש"כ הב"ש ס"ק ט' גם באכל שם ובנתינת הגט לא הודה דשלח לה לאחר האירוסין ואף לדעת היש חולקין שמביא הרמ"א בשם הב"י מדברי הרשב"א ג"כ י"ל דשייך שפיר מגו דגירושין גם לשיטת רש"י דהא שניהם אומרים דלא כיוונו לקדושין א"כ רוצית גם האשה לנתק קשר השידוכין עמו ולהנשא לאחר ובידו לפשר עמה כי תחזור לו אחר הגט כל מה ששלח לה גם דברים מועטים וגם אם אכל שם ולא יפסיד מאומה ע"י הגט וכעין זה כתב המגיה במל"מ בפ"ג מה' יבום הלכה א' דגם באונס ומש"ר דאסור לו לגרשן מ"מ נאמן לפוטרן מחליצה משום דבידם להתגרש מדעתם הטוב ובמקום דהמגו לטובתם אמרינן מגו גם בשנים כמש"כ התוס' קדושין (מ"ג ע"ב ד"ה והשתא כו') וכן נראה מדברי התוס' ב"ב (כ"ט) ע"א דה"מ הני נוגעין כו' ומפשטות וסתימת לשון רמ"א נראה ברור דאין המקדש נאמן לבטל הקדושין אף היכא דאין לו שום הפסד ע"י הגט בחזרת הסבלונות ומוכח דאין המקדש נאמן לבטל הקדושין אף במגו דבידו לגרשה ואולי י"ל כמו דמגו דבידו לגרשה לא מהני נגד רגלים לדבר דאם איתא דגירשה קלא אית לה כמש"כ הרשב"ם ותוס' ב"ב (דף קל"ד ע"ב) וגם נגד קול כדאיתא בשו"ע אהע"ז סימן קנ"ז סעי' ח' ומובא בכללי מגו ס"ק ל"ו כו' לא יועיל גם נגד המנהג:

ואפשר דאף לדעת הר"נ דמועיל מגו דבידו לעשות מעשה נגד חזקה מ"מ לא יועיל נגד המנהג ומחפזי לא אוכל לעיין היטב בזה:

יד

והמל"מ ס"פ ט' מה' אישות כתב לחלק דבמקום דכולם מקדשים תחילה אינו נאמן לטעון נגד המנהג ולומר דלא שלח לה לשם קדושין אבל במקום דרק מיעוט מקדשי תחילה נאמן לטעון דלא שלח לשם קידושין וא"כ אין ראי' דלא יהי' נאמן משום המגו

דגירושין לבטל הקדושין במקום דאין טענתו תמורת המנהג וגם הט"ז בסימן מ"ה ס"ק ה' כתב לפרש דמש"כ הרמ"א דכל היכא דחיישינן אינם נאמנים לומר שלא כיוונו לשם קדושין דהאי כל לאו דוקא הוא דבמיעוט מקדשי והדר מסבלי מהני אם אמרו שניהם וליכא סהדי בסבלונות א"כ אין ראי' מדברי הרמ"א דלא יהי' נאמן לבטל הקדושין גם במקום דאין טענתו נגד המנהג אבל לפי מש"כ הט"ז דרק אם ליכא סהדי בסבלונות דאז נאמנים אבל באם יש עדים אינם נאמנים גם במיעוט מקדשי והדר מסבלי וכן נראה ממש"כ הרמ"א בסוף הסימן דרק אם אין גם מיעוט אז נאמן המשודך אבל במיעוט אינו נאמן ובזה אין טענתו נגד המנהג ומ"מ אינו נאמן לומר דלא כיוון לשם קדושין ושפיר מוכח גם לפי דברי הט"ז דאין אנו אמרינן מגו דבידו לגרשה לבטל הקידושין אף אם אין טענתו תמורת המנהג וביותר יש להוכיח דאין המקדש נאמן לבטל הקדושין אף אם יש לו מגו דבידו לגרשה ממש"כ הב"ש בסימן ל"א ס"ק ס"ט בתנאי דשוא"ת דאף אם שניהם אומרים דעברו על התנאי אינם נאמנים לבטל הקדושין. ולדעתי ברור דאף לפי דברי הסמ"ע בח"מ סימן רמ"א ס"ק כ"ג דבתנאי דשוא"ת מוקמינן הדבר כמו שהי' ומסתמא לא נשתנה מ"מ אין לדון דיהי' זה כמו חזקה גמורה דלא יהי' שייך בו מגו כמו בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וכדומה דהיכא דיש להנותן מגו בודאי נאמן נגד המקבל ומה גם לפי דברי המהרי"ט המובא בקצה"ח סימן הנ' בודאי אמרינן מגו בתנאי דשוא"ת ומ"מ אמרינן דאין שניהם נאמנים לומר דעברו על התנאי וחזינן דאין אנו אומרין המגו דבידו לגרש להאמין להמקדש לבטל את הקידושין אף אם אמירתו אינה נגד החזקה:

טו

ובעיקר הדבר דלמה לא יהי' נאמן לבטל הקדושין דלכאורה יש לו מגו טוב דבידו לגרשה: **נראה** לענ"ד פשוט אחרי דקיימ"ל לדינא באהע"ז סימן קנ"ב דבעל שאמר גרשתי את אשתי דאינו נאמן וכמש"כ הרמב"ם פ' י"ב מה"ג ה' ה' דחוששין שמא כוונתו לקלקלה א"כ אליבא דדינא אין להמקדש מגו דבידו לגרשה דלא עדיף מה שאומר לבטל הקדושין מאם אמר מפורש דגרשתי דלא הי' נאמן ע"י מגו דיכול לגרשה ואולי יש לדון זה לספק ולצרף לס"ס עפ"י שיטת הרשב"ם והתוס' ב"ב (דף קל"ד ע"ב) דדוקא לענין שאמר גרשתי לא מהני מגו משום דאם הי' מגרשה אית לה קלא אבל בטענה אחרת הוי מגו טוב ולפ"ז שפיר כתב כ"א לצרף לס"ס דעת הסוברין דנאמן המקדש לבטל הקידושין משום המגו דבידו לגרשה. אבל מצינו מפורש גם באמירת המקדש לבטל הקידושין דאינו נאמן משום החשש שמא כוונתו לקלקלה מהא דאיתא ברמב"ם פ' ז' מה' אישות ה' ב' ובאהע"ז סימן ל"ח סעי' י"ז וסעיף י"ט דאינו נאמן לומר דאין לו מנה וכן דאין לו

בית כור עפר באותו מקום דשמא יש לו והוא אומר דאין לו כדי לקלקלה ונראה דאף אם המקודשת מודה דגם כן אינו נאמן ויש לעיין בדברי הרמב"ם פ' י"ב מה' גירושין ה' ה' במש"כ השני טעמים דלמה אינו נאמן הבעל לומר גרשתי את אשתי אף בשהיא מודית ואחרי דהרמב"ם והשו"ע פסקו להחמיר מבלי להאמין להמקדש לבטל הקדושין אף היכא דבידו לגרשה וגם במקום דדבריו אינם נגד שום חזקה קשה לענ"ד לצרף לס"ס דעת הסוברין דנאמן המקדש לבטל הקידושין ואין ת"י הספרים מה שהביא הכנה"ג בשמם להקל ולא אוכל לדעת טעמם ונמוקם ולרדת לסוף דעתם הגדולה והרחבה דאיך יפרשו את המקומות שהבאתי ב"ה אשר נראה דאינו נאמן המקדש לבטל הקידושין ויש לעיין ביבמות (קי"ב) ובאהע"ז סימן קס"ז סעיף ו' דלאחר שלשים יום אינן נאמנים לומר דל"ב אף דיש לו מגו בידו לגרשה ולפי דברי הר"ן אמרינן מגו זה גם במקום חזקה וביותר יש לעיין בהגהת רמ"א שם דגם בתוך שלשים יום אף אם מודה לדבריו דל"ב צריכה גט וחליצה משום דכל כנוסה בחזקת בעולה דלמה לא יהי' היבם נאמן לפוטרה משום המגו דבידו לגרשה דבזה בודאי יש לדון לפ"ד הר"ן להמגו דבידו לגרשה וכן יש לעיין באהע"ז סימן קמ"ט סעיף ב' בנתייחד עמה דהיא ספק מקודשת ונראה ברור דהבעל אינו נאמן לומר דהי' רק יחוד לבד דלמה לא יהי' נאמן להתירה בודאי משום המגו דבידו לגרשה ומה שנראה מהרמ"א אהע"ז סימן מ"ו סעי' ד' דדוקא עדים יכולים להכחיש קול דקדושין אבל לא המקדש יש לומר דזה הוא משום דמגו לא מהני נגד קול כמו שהבאתי למעלה מש"כ האו"ת בכללי מגו ס"ק ל"ו:

ואין הזמן גורם לי לעיין היטב:

טז

וכן הנני להעיר דלפי דברי השו"ע באהע"ז סימן קנ"ז סעיף ה' לא מהני המגו דבידו לגרשה במקום חזקה וכמש"כ הגר"א שם ס"ק י"ח ואם נצרף לס"ס דעת הסוברין דמהני מגו זה במקום חזקה וכמו דהניח בצ"ע הב"ש ס"ק ט' אם במקום עיגון יש להקל ולכן יהי' המקדש נאמן באומר דלא הי' החפץ שלו במקום דאיכא עוד ספק אחר וכמש"כ כ"א לדון זה לס"ס נראה לענ"ד דלא תהי' מותרת לכהן כדעת הפוסקים המבואים במל"מ פ' ג' מה' יבום ה' א' ובאו"ת כללי מגו ס"ק ל"א ול"ב דאף אם נאמן לפוטרה מחליצה משום המגו דבידו לגרשה מ"מ אינו נאמן להתירה לכהן וכן הנני מסופק בעניי אם המקדש כהן אולי לא יהי' נאמן אליבא דכ"ע לומר דלא הי' החפץ שלו דיש סברא לומר דאין לו המגו לגרשה כי אולי אינו רוצה לאוסרה עליו לעולם וחושב בלבו אולי בהמשך הימים תתרצה להנשא אליו והא דקדושין (ס"ד) וב"ב (קל"ה) מיירי בשעת מיתה. לכן גם אם

הוא כהן לא ימנע מלגרשה אבל במקום דרוצה לישאנה אם הוא כהן בודאי לא ניחא לו לגרשה ויותר טוב לפניו להגיד דלא הי' הקדושין חלין ולא אפסה תקותו לשוב לקחתה ומאשר כי אנכי עומד על הדרך כפי הנודע לכ"א כתבתי בחפזון נמרץ וטרדותי הרבות לא נתנוני להעביר את דברי אלה בכור הבחינה וד' יאיר עיני בתוה"ק:

יז

הנני להעיר בקצרה במה שמביא כ"א בסימן ס"ג בשם הא"מ סי' ו' ס"ק ח' דהנישואין נחשב כאמרה בפירוש דמותרת לו וראיתי באבני מלואים שמתרץ בזה לקושיות הפ"י על דברי התוס' כתובות (ט') דה"מ לא צריכה באשת כהן דמוקמינן אותה אחזקת כשר לכהונה משום שהנישואין נחשב כברי אבל ראיתי בשמ"ק שם שכתב מפורש בשם גדולי הראשונים דלא מוקמינן אותה אחזקת כשר לכהונה משום דהיא אינה טוענת ברי. ונראה דדעת השמ"ק דהנשואין לא נחשב כברי:

והנני גם להעיר מדברי הש"ך יו"ד סימן א' ס"ק י"ג מש"כ בשם הב"י דאפילו אם הוא שותק ואינו אומר כלום ודאי אלו שהה או דרס לא היה שותק ולא היה מאכילה לנו ומזה יש ללמוד דעשיית מעשה נחשב כמו שאומר מפורש. אך לפי מש"כ הגרע"א זצ"ל בהגהותיו דבמקום שיש לטעות דאז לא סגי במעשה וצריך לומר דוקא מפורש כמו שיראה המעיין בדבריו שם יש לדון דגם בספק אם פסולה היא לכהן מחשש נכרי דיש מקום להאשה לטעות בדין ואולי שמעה מאחד דיש לסמוך על מה שמביא הריטב"א בקדושין (ס"ח) בשם מורו דנכרי אינו פוסל להנשא לכהונה ומצינו כעין זה בגיטין (נ"ה) טעי בדר' ירמיה ובחולין (צ"ג ע"ב) כמה דהוו דכירי לה לדר"י לא מהימני ומה גם לפי מש"כ הרמ"א ביו"ד סימן קכ"ז סעיף ג' דנשים אינן נאמנות באיסור שיש בו צדדים להקל לכן יש לחוש בפסולות כהונה אולי טעתה בדין ושמעה מאחד כי נכרי לא פסלה להנשא לכהונה כדעת מורו של הריטב"א ולדינא אין לסמוך ע"ז כלל ולפי הנראה מגדולי האחרונים דאין לצרף דעה זו אף לאיזה סניף ורק אם אומרת מפורש דמותרת לו ואינה סומכת על המקיל בודאי נאמנת ואין לנו לחוש אולי משקרת וסומכת על דעת המקיל בנכרי כי רק במקום שיש רוב צדדים להקל כתב הרמ"א לחוש בנאמנות נשים אבל לא במקום דיש רק דיעה אחת להקל אך במעשה בלי טענת ברי יש מקום גדול לחלק בין איסור דאין שום מקום לטעות לאיסור שיש מקום לטעות ואף כי יש לחלק במקום שיש לטעות בדין ממש"כ הגרע"א זצ"ל בחשש עילוף דהתם יש מקום לטעות במעשה אבל הסברא פשוטה דגם במקום שיש לטעות רק בדין דג"כ יש לחוש אולי טעתה ולכן עשתה המעשה וכמו דגיטין (נ"ה) וחולין (צ"ג) וכעין זה בש"ך ח"מ סי' מ"ב

ס"ק כ"ב] ותהיה צריכה להגיד דוקא בפירוש ואז תהיה נאמנת ולפ"ז יש לחלק האיסור דפסולי כהונה שהביא הא"מ מיו"ד סימן קפ"ה באיסור נדה דבאיסור נדה אין שום מקום להאשה לטעות אבל בפסולי כהונה דיש לה מקום לטעות לא סגי במעשה לחוד ואין פה המקום לפלפל בדברי הב"ש סימן ד' ס"ק מ"ג אם תלינן בנכרי. ולפי דבריו דלא תלינן כלל בנכרי אין לנו גם להחמיר מחשש נכרי אבל לפי שהאריך כ"א בח' אהע"ז בסימן ז' וגם אנכי הארכתי ב"ה במקום אחר להוכיח דיש לתלות מנכרי שפיר כתבתי דיש בפסולי כהונה מקום להחמיר מחשש נכרי דאשר בזה יש להאשה מקום לטעות ולהנשא לכהן שלא כדין מבלי נוכל לסמוך על המעשה שלה בלי אמירתה בפירוש להוציא מלב הבעל הספק דדלמא אמר לה איזה איש שיש להקל בנכרי:

יח

וכן יש לחלק איסור דפסולי כהונה ושאר איסורין ממש"כ הרמ"א ביו"ד סימן קפ"ה באיסור נדה ע"פ מש"כ הרמב"ן בריש גיטין דבנדה משום שנאמנת על עצמה נאמנת גם לגבי הבעל וראיתי בח"ס יו"ד סימן קמ"ז שמפרש בטוב טעם ודעת את כונת הרמב"ן דכיון דאי אפשר להאשה להזדקק לשום אדם בעולם אם לא תהיה נאמנת גם אליו דטהורה היא וזולת נאמנותה הטומאה יוצאת מגופה לאוסרה לכל העולם ולכן אמרינן דכיון שנאמנת על עצמה נאמנת גם לגבי הבעל ונאמנותה גם לגבי הבעל לאו מתורת עדות רק מתורת בעל דבר. ובע"ד אינו צריך לזה לא ראיה ולא חזקה וכמו דאינה צריכה לעצמה תורת עדות כן לא צריכה גם לגבי הבעל כי אי אפשר לה בשום אופן בעולם להשיג ההיתר לעצמה אם לא תאמין לה אחר אבל בשאר איסורין דאפשר להמעיד להשיג הדבר לעצמו מבלי שיהיה מוכרח שאחר יאמין לו ורק במקרה בא לפעמים דצריך שיאמין לו אחר כמו אשה שנולד עליה ספק אם היא פסולה לכהונה או לא. בכ"ז תוכל להנשא לישראל אשר לא יהיה נצרך להנאמנות שלה והנישואין אפשר לה גם אם לא תהיה נאמנת לכהן אז אם רוצית להנשא דוקא לכהן נאמנותה אליו מתורת עדות ולא בתורת בע"ד וזה תוכן כונת הח"ס כמו שיראה המעיין הישר בדבריו הנחמדים ולכן יש מקום גדול לענ"ד לחלק שאר אירוסין מאיסור נדה דבנדה עיקר הנאמנות שלה להבעל משום דעושית מעשה גם לעצמה והבעל והיא נעשים בע"ד ואינם צריכים עוד לראיה וחזקה אחרת שטהורה היא והמעשה לבד סגי להבעל לסמוך עליו כמו כל בע"ד היודע בבירור שהדבר מותר לו ולא צריך להגיד בפיו כי מותר לו אבל בשאר איסורין כמו ספק דפסולי כהונה וכדומה דהנאמנות של המעיד לגבי אחר אף דגם הוא עצמו עושה המעשה רק מתורת עדות ולא מתורת בע"ד אולי צריך להעיד דוקא מפורש כי הדבר

מותר לאחר והאחר שנצרך לעדותו לא יכול לסמוך על עשיות המעשה לבד ומאשר כי נכון אנכי עוד היום לדרכי ב"ה לא אוכל לעיין אף במקצת בדבר זה הצריך עיון רב ובאתי רק להעיר את כ"א אשר לפי דברי הרמב"ן יש מקום לחלק שאר איסורין מאיסור נדה אולם לפי שיטת כל הפוסקים גם בנדה נאמנותה לבעל לאו מתורת בע"ד רק מתורת עד אין מקום לדברי וגם לפי שיטת הרמב"ן לא בריר בעיני חילוק זה מאשר כי בעדות באיסורין לא בעינן דיני עדות ומהני גם עדות בכתב וכדומה ואין אנו צריכין רק לראיה דהדבר מותר וא"כ גם ע"י מעשה נתברר ההיתר ויואל כ"א להודיעני דעתו הגדולה בזה כי הדבר נוגע הרבה לדינא:

יט

וכן הנני להעיר דלפי שיטת הראשונים המובאים בשעה"מ ה' איסורי ביאה פ' י"ח ה' ב' דזינתה באונס אינה אסורה לכהן מטעם זונה רק משום ובת כהן כי תהיה לאיש זר כמו שיראה המעיין שם. והנב"י מהד"ק ח' אהע"ז סימן ע' כתב דדוקא במה דכתיב בהך פרשה דלא יקחו איתרבו נשים לאזהרה ביבמות (דף פ"ד) אבל מה דלא כתיב בהך פרשה והוא לאו שאינו שוה בכל לא הוזהרה נשים וגם משום הלאו דלפ"ע יש מקום להקל להאשה ולסמוך על דעת הרמב"ן (בדף פ"ד דיבמות) והאמונת שמואל סימן י"ד דליתא בלאו שאינו שוה בכל:

ויש לומר דטעתה בזה כנ"ל] וזולת זה כתב הג"א בפ"א דחולין המובא למטה דמשום לפ"ע אינו נאמן דאין חמיר כ"כ כמו דעושה גוף האיסור ולפ"ז אם נאנסה מאחד הפוסלים להנשא לכהן אין שום איסור רמיא על האשה רק על הכהן הנושא אותה לכן אינו דומה לאיסור נדה דהאיסור גם על האשה ובמה שעושית מעשה לעצמה יכול גם הבעל לסמוך ע"ז כמש"כ הג"א בפ"א דחולין סימן י"ד דאף אם עד אחד אינו נאמן בחזקת איסור בכ"ז אם בעצמו אוכל אמרינן דאינו חשוד לאכול נבילות ונאמן גם לאחרים אבל בפסולי כהונה אם היא אנוסה ואין האיסור חל על עצמה כלל ורק על הבעל אין לו לסמוך על המעשה שלה במה שנישאת לו כיון דהיא לא עשתה בזה שום איסור לגבי עצמה וצריכה להגיד דוקא מפורש כי היא מותרת לו בלי שום חשש ושאינה מכשילתו בשום איסור ומש"כ התוס' כתובות (ט') דאונס לא שכיח. הנה במקום שהספק שמא נאנסה בנידון של הרד"ך המובא בא"מ וכדומה שפיר כתבתי. עתותי בידי לעיין כראוי במה דאיתא בבכורות (כ"א ע"ב) כיון דאיכא איסורא אידועי הוה מודע לו דסמכינן על מה שלא עבר על לפ"ע דנחשב כמו שאמר לו מפורש ולפ"ז לדינא דאיכא לפ"ע גם דלאו שאינו שב"כ יש לומר דגם באנוסה יש לחשוב המעשה כמו אמירת ברי משום הלאו

דלפ"ע אכן לפי מש"כ לעיל דיש לחוש דשמא טעתה בדין בכה"ג אכתי יש לדון בזה ומטרדתי הרבה והעצומה להכנת דרכי ב"ה לא יכולתי לצרף את כל דברי בכור הבחינה וכ"א יעבירם תחת שבט הבקורת בדעתו הגדולה ואם שגיתי הטרדה הגדולה במעל הזה. וה' יצילנו משגיאות ויאיר עיני בתורתו והנני דוש"ת הכותב מרוב טרדה בנו ותלמידו צבי הירש ראבינאוויץ חופ"ק מיטאווי יע"א:

ב"ה יום ה' כ"ב שבט תרמ"ט קאוונא. אל כבוד בני יקירי הרב הגאון וכו' מו"ה צבי הירש נ"י.

כ

מכתבך עם חדושי תורתך היקרים לנכון הגיעני. ולרוב נחת היה לי במה שראית להעיר בכמה ענינים בספרי ובדברים נכונים וראוין בעז"ה וכאשר הגיעני, בעת, שהנני עוסק בהדפסה ב"ה ע"כ לא היה לי פנאי לבא בארוכה בדבריך הנעימים רק בפרט אחד והוא במה שכתבת במכתבך השני באות א' להקשות על הנתיבות בסימן כ"ח ס"ק ב' שכתב לדון בהא דחייב חומש ואשם באכל נותר אף דלא הוי בר דמים זה הוא משום דקדושת הגוף שאני וע"ז הקשית מכריתות (דף כ"ג) ע"א ברש"י ד"ה בגסה כו' הנני להשיבך והוא כי יפה הקשית והנה עיקר דברי הנתיבות כן מבואר בתוס' ישינים לכריתות (דף י"ג) שם ותמהני על הנתיבות שלא הזכירם כלל ולכאורה יש לתמוה על התו"י מכריתות (דף כ"ג) דאמרו דליתי אשם על נותר ומתרצי דלית ביה ש"פ כו' ולדברי התוס' ישנים דשאני קדושת הגוף א"כ מה בכך דאינו ש"פ אבל באמת אינו קשה משום דאף דבקדושת הגוף מועלין אף דלא הוי בר דמים מ"מ בעינן דיהיה הנאתו שיעור ש"פ דמה שנהנה יהיה שווי' פרוטה ואז חייב במעילה אף דלא הוי בר דמים וע"כ הקשו שפיר דהא בעינן שיהיה בהנאתו ש"פ ואיך אמרו יש אוכל וחייב כו' והא בנותר דנתקלקל הבשר אין הנאתו ש"פ ומתרצי ההוא בגסה דאוכל הרבה יש בו שיעור ש"פ או בימות הגשמים דלא נתקלקל הבשר כו' אבל בקדושת דמים אף דהיה הנאתו ש"פ מ"מ כיון דלא הוי בר דמים כמו באוכל חמץ הקדש אין בו מעילה וכן הוא לשון הרמב"ם בפי' המשניות לכריתות פ"ה שם דחיוב מעילה בנותר הוא למי שנהנה ש"פ וזהו כמש"כ דהנאתו בעינן ש"פ:

ומה שכתב רש"י בכריתות שם בד"ה בגסה ואע"ג דאיסור הנאה הוא כשאר כל הקדשים האסורים בהנאה שמועלין בהם דהאי נמי חזי לגבוה שאם עלו לא ירדו י"ל דכוונתו ג"כ דאף דהתם לא הוי בר דמים ואינם קרבים ע"ג המזבח מ"מ כיון דאם עלו לא ירדו ויש עליהם דין קדושת הגוף ע"כ מועלין בהו וכעין דברי התוס' ישנים אך מן לשון התו"י נראה דאף היכא דעלו ירדו ג"כ מועילין כיון דהיה כבר עליהם דין קדושת הגוף ע"כ

מועלין גם עכשיו משום דקדושה שבהן היכן הלכה ושיטת רש"י הוא דדוקא היכא דעלו לא ירדו בזה יש חשיבות דין קדושת הגוף בהו דמועלין אבל היכא דעלו ירדו אין זה מקרי עכשיו בשם קדושת הגוף וע"כ אין מועלין בהו, וגם יש לומר דגם התו"י ס"ל כשיטת רש"י בזה דמיירי היכא דעלו לא ירדו וקיצרו בזה. ועיין בפני יהושע לקידושין (דף נ"ו ע"ב) בתוס' ד"ה המקדש בערלה כו' ובמהרש"א והובא בפני יהושע שם]. ונכונים דברי הנתיבות במש"כ דקדושת הגוף אין חיוב מעילה משום גזל הקדש אלא משום כפרה דהא חזינן דגם בנותר דלא הוי בר דמים דג"כ יש בו דין מעילה. וכמש"כ התוס' ישנים ג"כ כדברי הנתיבות וע"כ יפה כתבת לדון דבקדושת הגוף אין בו דין ממונא ושאני הקדש דמים בזה דיש לו דין ממונא דלא בטל וכמו שכתבת לדון כן בסברות נכונים וראוין. יותר אין ביכולתי כעת לכתוב מה שיש עוד לפלפל בדבריך הנעימים והנני בגודל ת"ח אליך על מה שראית לעיין היטב בספרי ולהעיר בסברות נכונות בעז"ה. וקצרתי כעת:

ממני ידידך אביך דוש"ת יצחק אלחנן החופ"ק:

ומה שכתבת להעיר במכתבך השלישי במש"כ בספרי ח' אה"ע סי' כ"ז אות נ"ח דמעלת חזקת פנויה יש לה מעלת חזקת מ"ק כו' והארכת בדברים נכונים. תעיין במה שכתבתי בחלק אה"ע סי' ה' ענף א' מזה ולפ"ז יש לדון בדבריך וקצרתי שוב ראיתי במכתבך הנ"ל אות ה' שהבאת למש"כ בספרי סי' ה' הנ"ל: