הלכה · אחרונים

שב שמעתתא

רבי אריה לייב הכהן הלר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שב שמעתתא

רבי אריה לייב הכהן הלר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

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/שב-שמעתתא/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 6
שמעתתא א 30
נושא 30
פרק א 30
פרק ב 33
פרק ג 35
פרק ד 38
פרק ה 41
פרק ו 42
פרק ז 45
פרק ח 47
פרק ט 50
פרק י 51
פרק יא 53
פרק יב 55
פרק יג 56
פרק יד 59
פרק טו 60
פרק טז 62
פרק יז 64
פרק יח 64
פרק יט 68
פרק כ 69
פרק כא 72
פרק כב 73
פרק כג 75
פרק כד 76
שמעתתא ב 79
נושא 79
פרק א 79
פרק ב 81
פרק ג 82
פרק ד 83
פרק ה 85
פרק ו 87
פרק ז 89
פרק ח 91
פרק ט 92
פרק י 96
פרק יא 99
פרק יב 101
פרק יג 103
פרק יד 106
פרק טו 107
פרק טז 109
פרק יז 113
פרק יח 115
פרק יט 116
פרק כ 118
שמעתתא ג 122
נושא 122
פרק א 122
פרק ב 124
פרק ג 125
פרק ד 127
פרק ה 130
פרק ו 132
פרק ז 135
פרק ח 137
פרק ט 140
פרק י 143
פרק יא 145

פרק יב 147
פרק יג 149
פרק יד 151
פרק טו 152
פרק טז 155
פרק יז 156
פרק יח 158
שמעתתא ד 159
נושא 159
פרק א 159
פרק ב 161
פרק ג 163
פרק ד 165
פרק ה 167
פרק ו 168
פרק ז 170
פרק ח 172
פרק ט 175
פרק י 176
פרק יא 178
פרק יב 180
פרק יג 182
פרק יד 184
פרק טו 186
פרק טז 188
פרק יז 189
פרק יח 191
פרק יט 193
פרק כ 195
פרק כא 197
פרק כב 199
פרק כג 202
פרק כד 205
פרק כה 206
פרק כו 207
שמעתתא ה 209
נושא 209
פרק א 209
פרק ב 212
פרק ג 215
פרק ד 217
פרק ה 218
פרק ו 220
פרק ז 222
פרק ח 223
פרק ט 224
פרק י 226
פרק יא 227
פרק יב 229
פרק יג 231
פרק יד 232
פרק טו 234
פרק טז 236
פרק יז 239
שמעתתא ו 241
נושא 241
פרק א 241
פרק ב 242
פרק ג 244
פרק ד 246
פרק ה 248
פרק ו 251
פרק ז 254
פרק ח 258

פרק ט 261
פרק י 262
פרק יא 265
פרק יב 266
פרק יג 270
פרק יד 272
פרק טו 274
פרק טז 277
פרק יז 278
פרק יח 281
פרק יט 283
פרק כ 286
פרק כא 289
פרק כב 292
פרק כג 293
שמעתתא ז 296
נושא 296
פרק א 296
פרק ב 299
פרק ג 303
פרק ד 307
פרק ה 310
פרק ו 312
פרק ז 315
פרק ח 317
פרק ט 320
פרק י 323
פרק יא 325
פרק יב 327
פרק יג 329
פרק יד 331
פרק טו 333
פרק טז 335
פרק יז 336
פרק יח 340
פרק יט 341
פרק כ 343
פרק כא 346
פרק כב 347
פרק כג 350

הקדמה

אמר המחבר הקונטרס הזה חברתיהו בעודי בימי הילדות והשחרות ואבני פינותיו טרם היותי לאיש ירה יריתי ומאשר חסתי על מיטב ימי נעורי וחמלתי על רב טרחי ויגיעי בו בימים אלה גם כי פעמים הרבה אזכיר אזכירהו בקרב ספרי קצה"ח ויעדתי להוציאו לאור עולם ומאשר יקר בעיני חבורי זה נעים לי מאד כי יבכר לחידושי וכי הוא ראשית בכורי פרי מזימות לבבי למען אלה הבאתיו אל הדפוס לשלמי נדרי היום דברי הקימותי הפעם אולם מאשר יגורתי מפני השגיאה אשר עלי נתיב מחקר בני הנעורים ומרשתי הטעות אשר לפעמיו פרושה יירא לבי וגם מפני שנתערבו בו הלכות רבות ועניינים יתבוללו בו מאוד מעגלותיו נעו נפוצו על פני כל הש"ס ולבלתי בלולים יעלו על מכבש הדפוס ויצא חצץ כולו ע"כ לא קדמתי להעלותו לבית הדפוס עד יחקו מלי בספר הואלתי לפלס כל נתיבותיהם בפלס ומאזני המשפט ולתור ולחקור ולחפש כל חדריו מששתי כל כליו זקקתיו שבעתים ומכשוליו הרימותי צרפתיו ובחנתיו ואשר לא ישר בעיני הפעם הבדלתי מתוכו ועוד שתי עליו נוספות עתה הפעם פי שנים בה וכאשר מצאה ידי הוספתי וגרעתי וכל הענינים אשר נפזרו בקרבו עתה אקבצם אל מקום אחד יקוו וחצבתי עמודיהם שבעה ואם כי מצער הוא יאותו לאורו רבים בישע אלקים כי הוא בית נתיבות הש"ס נצב כולל ענינים נצרכים כבירים נפגשים בהלכות עמוקות ועצומות והן ימצאו בעיני המשכילים בעזה"י ואמרו ז"ל בפסחים רבא פתח באגדתא כו' וכן הרימותי גם אני בפתיחתי וכפי פרושות השמים מקוה ישראל בשמך אשא כפי פרשתי ידי אליך ובקידה ובכריעה אתן הודאה לשעבר אשר עזרני עד כה ותפלתי להבא להוסיף לי כח ואומץ לעסוק בתורתו ויראתו ולהוציא לאור שאר חדושי הכמוסי' עמדי אל נושא היית בדור ודור מאז אותנו לעם לך קנה קנית רבה צבאך וצא לישע עמך לישע משיחך.

ארי' ליב באאמ"ו מוה' **יוסף הכהן** זלה"ה.

יתברך האחד וישתבח הבורא בחכמתו ורצונו כל צבא השמים ארץ וימים אלה ואלונים בהמת ארץ וחיתו שדי ויברא את האדם על הארץ ויפח באפיו נשמת חיים וימשילהו בכל מעשי ידיו וישת כל תחת רגליו והנה כל היצורים והנבראים אלה הם בכללם איש אחד וזה מופת על אחדותו ית"ש כמ"ש הרמב"ם בספר המורה ח"א פ' ע"ב כי האחד אמנם ברא אחד והנה לזה ראוי לכל איש קודם כל מעשה טוב וכל לימוד לכוין לשם יחוד כו' ובשם כל ישראל ולקבל עליו מצות ואהבת לרעך כמוך וכמו שיבואר.

אמרו חז"ל בשעה שרצה הקב"ה לברוא את האדם ברא כת מלאכים כו' אמרו מה אנוש כי תזכרנו כו' ולכאורה מה אכפת להו למלאכים בבריאת אדם אלא דעיקר בריאת האדם

על הארץ אם כי הנשמה במחצבה נהנית מזיו התפארת וכלום חסר בבית המלך אולם גזרה חכמתו ית"ש להורידה למטה לנסותה בקיום מצותיו ושמירת תורותיו וכאשר תצדק הרבה כן תרבה וכן תפרוץ ותגדל למעלה עד אשר תשוב אל האלהים אשר נתנה ביתר עוז ורב אונים וכתיב בזהר שתה מים מבורך ונוזלים מתוך בארך כי בהיות הנשמה למעלה אינה אלא בחינת בור שאינו נובע רק מתמלא מאחרים ומצד עצמו הוא ריק ובירידתה אל עולם השפל הזה והשיגה מה שעליה להשיג כגזירת חכמתו ית"ש אזי היא בחינת באר הוא מעין המתגבר ונובע מעצמו ובזה לא יהיה נהמא דכסופא ועיקרא דמלתא דכל דלית ליה מגרמיה כלום עני חשוב כמת כמ"ש בגור אריה דמי באר קרוין מים חיים לפי שהוא נובע מעצמו משא"כ מי בור ולזה עני חשוב כמת ושונא מתנות יחיה ע"ש וא"כ כל זמן היות הנפש במקורה והיא בבחינת בור אין לה חיות, כי מעצמה ריקה היא רק מה שמשפיעין אותה עד רדתה הנה ונובעת מעצמה היא בבחינת באר ויש לה חיות לזה אמר ויפח באפיו נשמת חיים והיינו דעיקר בריאת אדם על הארץ בכדי שתהא הנפש בבחינת באר ותקרא נשמת חיים וזהו אלה המצות אשר יעשה אותם האדם וחי בהם.

בהאזינו ויאמר עליהם שימו לבבכם לכל הדברים אשר אנכי מעיד בכם היום לשמור ולעשות את כל דברי התורה הזאת כי לא דבר רק הוא מכם כי הוא חייכם והיינו שלא יאמרו שאין בידם לשמור ולעשות כל דברי התורה ע"ד שאמר איוב על דעתך כי לא ארשע וכדאמרי' פ"ק דב"ב בראת צדיקים בראת רשעים ואין טובם בידם רק מה שנגזרה ממרום קדשו להשפיע טוב לטוב לזה אמר כי לא דבר ריק מכם פי' מעצמותיכם כבחינת בור שאינו מצד עצמו רק מתמלא מאחרים אבל בדבר הזה אתם בבחינת באר הנובע מעצמו בשמרכם את מצות ד' לזה אמר כי הוא חייכם רק בלשון אלא ופי' אלא הוא חייכם ובידכם בעצמותיכם ולזה היה עיקר הבריאה שתהיו חיים כלכם היום וזה כוונת מאמרם ז"ל אין בור ירא חטא, דעל יראת שמים לא נגזר על הטפה כמו שאר המעלות שהם בבחינת בור והיא בבחינת באר ולזה אנו אומרים על התורה ועל העבודה כי הם חיינו פי' חיות עצמיות וגם זה כוונת מאמרם ז"ל רשעים בחייהם קרואים מתים דלאדם אחד מאלף נברא כל העולם לצוות לזה ולאדם הצדיק הכל נברא כמ"ש הרמב"ם לולי כת המשתגעים ההולכים במדברות כו' ע"ש לפ"ז הרשע אין לו חיות עצמיות רק חיותו היא חיות הצדיק ולכן נקרא מת.

גם מסר הקב"ה לאדם ביום ברוא אותו כל הכחות מכל הברואים שנבראו מקדם תחתונים ועליונים ועליוני עליונים כולם נמסרו בידו אל אשר יחפוץ יטם ואם יצדק וימין

אז זכו גם הם היצורים גדולים וקטנים להתעלס במעלתם ואם ישמאיל וירע מעשיו ח"ו אז ירדו גם הם במורד אשר הכין להם וכן מצינו בדור המבול בחטאת וזדון אדם ירדו כל הכתות הנבראים והיצורים דרי מעלה ודרי מטה השחית כל בשר דרכו על הארץ אפילו בהמה וחיה כמאמרם ז"ל מקצת המלאכים נפלו לארץ והורידו כבודן לעפר בפשעיהם ולזה מבואר ראשית מאמרינו אות א' בשעת הבריאה אמר הקב"ה למלאכים נעשה אדם כו' והגיד להם כי שם בלל ד' כל כתות הברואים ומשם נפוצו על כל העולמות והיצורים ולאשר יהיה רוח האדם ללכת על אופניו יסבו בלכתן ברצונו יעלה וברצונו יורידם וגם סיפר להם איך הוסיף לו חלק עצמותו כמאמרם ז"ל ע"פ ויפח באפיו כל הנופח מעצמותו נופח ומבואר בכתבי האר"י כשהאדם פוגם במצות ד' בחטאיו חלק האלהי ישוב למקומו הראשון ולא יתן כבודו לאחר וסר צלו מעליו ולזה כאשר אמר הקב"ה למלאכים נעשה אדם היינו שיתנו לו כולם חלקם להתעלות בעלייתו אמרו לו מה מעשיו אמר להם כך וכך היינו המעלה והמוריד על ידו יסבו הכתות ומלאכי אלהים עולים ויורדים בו והשיבוהו מה אנוש כי תזכרנו ובן אדם כי תפקדנו פי' על חטאיו כי אז ותחסרהו מעט מאלהים פי' החלק האלהי אשר הפחת באפיו ישוב אליך ורק אנחנו נשאר ברעתו ברשתו נלכד תמשילהו במעשי ידיך כי נתת לו הממשלה להטות אותנו לרצונו הרע ולעשות עמנו כחפצו ורצונו כאדם העושה בשלו על כן לא הסכימו על בריאתו כי אמרו לא ייטיב לנו אף לא ירע עד שגזרה חכמתו ית' בבריאת האדם להחיות עם רב כיום הזה המוני מעלה ודרי מטה להטותם לתחיה עצמיית כי כל מעשה האדם למעשיהם יחשב כי בקרבו מצורפים כל הנבראים הנ"ל וע"כ גם הם בנתינת באר וזה עיקר הבריאה.

דבר זה נתקשו בו רבים מדוע לא רצה ד' בתשובת אדם הראשון ולא השיב חרב המות אל נדנה ונ"ל במ"ש באות ג' בשם כתבי האר"י דבחטא האדם הרוח האלהי ישוב אל האלהים וע"י התשובה חוזר עליו וזה כוונת מאמרם ז"ל בעל תשובה כקטן שנולד דמי ועליו נאמר ועם נברא יהלל יה לפ"ז קודם חטא אדם הראשון היה הרכבתו מאתו ית' והיה יציר כפיו של הקב"ה שנתן לו חלקו וראוי היה שלא יכלה ולהתקיים באיש אמנם לאחר החטא כשנסתלק חלק האלהי ואחר כך כשחזר בתשובה והחזיר החלק האלהי והרי הוא כאלו עשה את עצמו והיה בבחינת ועם נברא ומעשי אדם לא יוכלו להתקיים באיש רק במין ומאז עלה מות בחלונינו ובזה יובן הא דאיתא במדרש השיבנו ה' אליך ונשובה חדש ימינו כקדם כימי אדם הראשון והיינו שאנו רוצים שיהיה מקודם אתערותא דלעילא ויהיה התשובה ע"י הקב"ה ואת"כ ונשובה ואז נהיה יציר כפיו של

הקב"ה ונחיה ולא נמות וזהו כימי אדם הראשון קודם חטאו אשר רק בשמרו לעשות מצות ד' יחזיק בקרבו החלק האלהי לעד ויהיה תמיד בבחינת באר וזהו כוונת מאמרם ז"ל וצדיק באמונתו יחיה היינו בבטחונו שאינו בוטח ברוב חילו כי הכסף איננה עצמית כי אם בד' נכון לבו ובאמונתו יחיה והוא הנקרא חיות שנובע מעצמו.

הגם שיש בני אדם שמוכרחין לעשות איזה מסחר צריך המו"מ להיות באמונה וזה הוא תחלת דינו של אדם כמ"ש פ"ב דשבת אמר רב בשעה שמכניסין את האדם לדין אומרים לו נשאת ונתת באמונה והיינו על פי מה דאי' שם והיה אמונת עתיך חוסן אמונת זה סדר זרעים וכתבו התוס' בשם,הירושלמי שמאמין בחי עולמים וזורע והיינו שאינו כעוסקים במו"מ ואומרים כחי ועוצם ידי כו' כי אם זורע משליך זרעותיו ישדד אדמתו ויכסם שם יאבדו יפסדו וירקבו עד ירחם ד' עליו יוריד טללים ישיב הרוח ברנה יקצור וישא אלומותיו ומש"ה זרעים נקרא אמונה וכמו כן ראוי להיות כל מו"מ באמונה היינו שיאמין שמה שהוא קונה או מוכר לוה או מלוה הוא כמשליך זרעותיו בתוך הארץ וע"י חסד הבורא יושלם תפצו וזה פי' נשאת ונתת באמונה עוד שואלין אותו פלפלת בחכמה ומבואר בחובת הלבבות שער החשבון שיחשוב עם נפשו בהתאחרה מהבין ספר תורת אלהים ומנוחת נפשו מבלתי עמוד על ענינו ואינו עושה כן בספר שיגיעהו ממלך אם הוא מסופק בהבנתו מפני הדמות הכתיבה או המלות או לעומק ענינו כו' אבל היה נותן כל לבו ושכלו בו לעמוד על ענינו והיה מצטער צער גדול עד שיבין כוונתו בו כו' כמה הוא חייב לעשות מכפלי זה עד שיבין ספר תורת אלהיו אשר הוא חייו והצלתו כו', והאיך התרת לעצמך אחי להתעלם ממנו ולהסתפק לך ממנו מה שהוא קרוב מענינו ונגלה מפשוטו ותקל בזולתו ע"ש ומזה יתעורר אדם מישראל כמה הוא חייב להשיב על השאלה הנזכרת פלפלת בחכמה ולא להסתפק בפשיטות אלא דהקדמונים ביושר שכלם האמיתי לא היו צריכים כל כך עומקי הפלפול כאשר אנחנו פה היום ואפי' בימי אמוראים אמרו אנן כאצבע בקירא לסברא ומכ"ש אנן יתמי דיתמי כמה אנו צריכים זמן זמנים להבין סברא אחת מקדמונינו ז"ל ולזה צריך פלפול רב.

ומוהר"ם אלמושנינו בביאורו לספר קהלת זבובי מות יבאיש יביע שמן רוקח יקר מחכמה ומכבוד סכלות מעט ע"ש שכתב דהישרים בשכלם אינם חריפים כל כך והחריפות אינו אלא אגב שבשתא ולפי שאלו שאין שכלם ישר ויש להם מעכב בשכלם כאשר יגבר השכל עולה השכל בחריפות גדול כאשר אנו רואין בתבערת האש כאשר יוצק עליו מעט מים אז יתגבר ויתלהב האש ביתר שאת ויתר עז ממוקדה מקדם בלעדי מעט המים כן הדבר הזה אם יש לשכל קצת מנגד והוא הסכלות מעט ואז יתגבר עליו

השכל ויהיה מחודד יותר ויותר ע"ש ובזה נראה לפרש מאמרם ז"ל והנה טוב מאד טוב זה יצר טוב מאד זה יצה"ר והוא לפי שיצר הרע נקרא כסיל ויצר טוב נקרא חכם לזה כאשר יהיה התנגדות מצד הסכלות שהוא יצה"ר אל צד החכמה שהוא יצ"ט ויתגבר השכל שהוא יצ"ט על הסכלות ויתעלה במעלות רבות מאשר היה מקדם משא"כ אם לא היה יצה"ר מנגד לא היה התגברות והיה טוב מצד עצמו אבל לא מאד וע"י היצה"ר המנגד מתגבר היצ"ט ונעשה טוב מאוד וזה נראה כוונת מאמרם ז"ל אשרי איש ירא את ה' אשרי איש ולא אשה אמר רב עמרם א"ר אשרי שעושה תשובה כשהוא איש והיינו שיש לו התנגדות מצד היצה"ר ויתגבר עליו ואז יהיה במצותיו חפץ מאד אבל אם הוא זקן וכלו תאוותיו ונחלש יצרו אע"ג דחפץ במצות לא יהיה במאודיות כנ"ל.

זאת ועוד אחרת כי צריך הלימוד להיות מאהבה לבלתי ישים מדתו זאת אל כל דבר מהדברים כי אם בתורת ה' חפצו וז"ל מדרש תנחומא פ' נח לא קבלו ישראל את התורה עד שכפה עליהן הר כגיגית כו' וא"ת על תורה שבכתב והלא משעה שאמר להם מקבלים אתם את התורה ענו כלם ואמרו נעשה ונשמע כו' אלא על תורה שבע"פ אמר להם כו' וקשה כשאול קנאתה ואין לומד אותה אלא מי שאוהב הקב"ה בכל לבו כו' שנאמר ואהבת כו' ומנין אתה לומד שאין אהבה זו אלא תלמוד ראה מה כתיב אחריו והיו הדברים האלה על לבבך ואיזה תלמוד שהוא על הלב הוי אומר ושננתם לבניך זו תלמוד שצריך שינון ללמדך שפרשה ראשונה שבק"ש אין בה פי' מתן שכרה בעה"ז כמו בפ' שניה והיה אם שמוע כו' ונתתי מטר ארצכם בעתו זו מתן שכר עוסקים במצות ואין עוסקים בתלמוד כו' שכל מי שאוהב עושר ותענוג אינו יכול ללמוד תורה שבע"פ לפי שיש בה צער גדול ונידוד שינה ויש מכלה ומנבל עצמו עליה לפיכך מתן שכרה לעה"ב שנאמר העם ההולכים בחשך ראו אור גדול כו' ולפיכך קבע הקב"ה ב' ישיבות לישראל שיהיו הוגים בתורה יומם ולילה ומתקבצים ב' פעמים בשנה באדר ובאלול ונושאין ונותנין במלחמתה של תורה עד שמעמידין הדבר על בוריו והלכה לאמתתה עי"ש שהאריך ובמדרש אמרו שהכריח הקב"ה אותנו ע"י כפיית ההר שלא תסור התורה ממנו לעולמים דבאונס כתיב לא יוכל לשלחה כל ימיו גם המן שאכלו במדבר היה לכונה זו כמ"ש בס' המגיד לב"י שהמן שאכלו ישראל היה הכרחי לקבל התורה בלי שום בחירה ובילקוט ראובני פ' בשלח וז"ל יפיפיה גי' קצ"ה הוא שר התורה הוא המטיר המן לישראל והם אמרו נפשנו קצ"ה להודיע שקצו ומאסו במן ובתורה ע"ש וזה היה להם הכרח לקבל התורה כי המן בא משר התורה והוא לחם אבירים שמלאכי השרת

נזונין שוב לא היה להם שום נטיה ותאוה חומרית רק תקוע היה בלבם אהבת התורה והמצות וזה נשאר לדורות למשכילים אשר עליהם נאמר אדם כי ימות באהל.

חזות קשות ראיתי הנה בפ' בהעלותך כתיב מקברות התאוה נסעו העם חצרות ויהיו בחצרות ותדבר מרים ואהרן במשה על אודות האשה הכושית אשר לקח והקשו בתוס' יבמות ד' ס"א על מה זה אחרו לדבר במשה זמן רב אחר מתן תורה ותירצו לפי מאי דאיתא בירושלמי דבקברות התאוה שנבחרו ע' זקנים ואמרה מרים לצפורה אשרי לנשותיהם של אלו שנבחרו לגדולה אמרה צפורה אוי להם שהרי בעלי מיום שהתחיל הקב"ה לדבר עמו פירש ממני ואז נתודע להם הדבר ע"ש ונראה בזה דמצינו שם שהתאוו תאוה ואמרו מי יאכילנו בשר זכרנו את הדגה אשר נאכל במצרים חנם כו' ועתה נפשנו יבשה אין כל בלתי אל המן עינינו והמן כזרע גד הוא ועינו כעין הבדולח ופירש"י מי שאמר זה לא אמר זה אלא הקב"ה הכתיב בתורה והמן כזרע גד הוא וכתיב וישמע משה את העם בוכה למשפחותיו איש פתח אהלו ופירש"י למשפחותיו על עסקי משפחות של עריות שנאסר להם ע"ש והוא תמוה דמה ענין תרעומות המן עם עסקי עריות ונראה לפמ"ש רז"ל בהא דאי' בגמ' ויתיצבו בתחתית ההר מלמד שכפה עליהם הר כגיגית אם מקבלים אתם את התורה מוטב ואם לאו שם תהא קבורתכם והקשו דהא כבר נתרצו ואמרו נעשה ונשמע וכתוב בגור אריה דלא יתכן להיות קבלת התורה ע"י בחירה אם ירצו יקבלו ואם לא ירצו לא יקבלו אלא מראה להם הקב"ה שהתורה הוא הכרחי להם ודבר הכרחי יש לו קיום לעולם כדאיתא במדרש דבאונס כתיב לא יוכל לשלחה כל ימיו ע"ש והנה מצינו שהתאוו תאוה והיינו שלא היה להם שום תאוה חומריית וכמ"ש באלשיך שהתאוו שיהיה להם תאוה ע"ש, ולפמ"ש הטעם הוא משום דע"י המן שהיה משר התורה ולחם אבירים היה כל חפצם ותשוקתם רק לתורה ונפשם יבשה וריק מכל תאות החומריות והם התאוו תאוה שיהיה להם קבלת התורה בחפצם ורצונם כמו שאמרו נעשה ונשמע כי אין אדם חפץ באהבה הכרחית לזאת התרעמו על המן והכרחתו לאהבת התורה ואמרו זכרנו את הדגה אשר נאכל במצרים חנם פי' בלי הכרח רק את אשר בחרנו ואשר מצא חן בעינינו כי כן פי' מלת חנם כמבואר בשרשי רד"ק שרש חנן ועתה נפשינו יבשה אין כל בלתי אל המן הוכרחנו ואנחנו רוצים שיהיה הבחירה בידינו אמנם גם ע"י הבחירה נאכל המן כי אם לא היה המן טוב למאכל ונחמד למראה היינו צריכין אל ההכרח אבל באמת המן כזרע גד הוא ועינו כעין הבדולח ובודאי נאכל ממנו אך לא יסור מאתנו כל התאוות ותהיה לנו קבלת התורה ברצון ובבחירה כמו שאמרו נעשה ונשמע.

טרם יקראו והנה נחשף קלונם, דכתיב וישמע העם בוכה למשפחותיו והיינו על עסקי עריות שנאסר להם והנה בספר גור אריה פרשת ויגש הקשה כיון דישראל במתן תורה דין גרים היה להם, וכדאיתא ביבמות דישראל היו צריכין מילה והזאה וטבילה כדין גרים, וקיי"ל גר נושא אחותו משום דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי, ואם כן לאותו הדור היה ראוי להתיר קרובות ערוה ותירץ דלא אמרינן גר שנתגייר כקטן שנולד דמי אלא בגר שנתגייר מדעתו וחפצו אז הוא כקטן שנולד, אבל בשעת מתן תורה שהוכרחו לקבלה שכפה עליהם הר כגיגית, בזה לא הוי כקטן שנולד ע"ש לזה בכו למשפחותיהם על עסקי עריות כיון שהמן הכריחם לקבלת התורה, כמ"ש אות ח' על כן נאסרו בקרובותיהם אבל אם לא היה על ידי הכרח רק ברצון ובבחירה, היו מותרים בקרובותיהם כמו שביארנו והנה ביבמות דף ס"ו פליגי רבי יוחנן וריש לקיש בנכרי שהיה לו בנים ונתגייר, דר"י סבר קיים פרו ורבו שהרי יש לו בנים, ור"ל סבר גר שנתגייר כקטן שנולד דמי וצריך לקיים פרו ורבו ולכאורה תיקשי, הא דאמרו שם בש"ס בפלוגתא דבית שמאי ובית הלל, ב"ש סברי ב' זכרים, וב"ה סברי זכר ונקבה וטעמא דב"ש שם דילפי ממשה שהיה לו שני בנים ופירש מן האשה וב"ה ילפי מברייתו של עולם זכר ונקבה ואמרינן ב"ה לילפי ממשה ומשני משה מדעתו פירש והסכים הקב"ה על ידו ע"ש ואם כן לב"ש דילפי ממשה נהי דקיים פרו ורבו בב' זכרים, הא בשעת מתן תורה דין גרים יש להם, ולר"ל צריך לקיים פרו ורבו דהוי כקטן שנולד, אלא דלפי מ"ש בגור אריה דעל ידי ההכרח אין הגר כקטן שנולד, ניחא גם לר"ל ובזה יתיישב קושית התוס' שלא דברו אהרן ומרים במשה עד אחר קברות התאוה משום דקודם היו סבורים דגר שנתגייר כקטן שנולד וצריך לקיים פרו ורבו אף שהיו לו בנים מקודם, ואם כן ודאי לא ביטל משה המצוה מדעתו, ואמנם הקב"ה ציוה עליו אולם אחרי רואם בקברות התאוה שנאסרו להם עריות, וזה מטעם דגר מוכרח לא הוי כקטן שנולד, כמ"ש בספר גור אריה, וכבר קיים משה פרו ורבו בבניו הראשונים, ומצאו פתח לחשדו שמדעתו פירש כיון שאינו מבטל מצוה בזה, דגם לב"ה קיים פרו ורבו בב' בנים, רק שהם מוסיפין דגם בזכר ונקבה סגי לדעת הירושלמי, ולזה התרעמו הלא גם בנו דבר ה' עד שהשיב להם הקב"ה פה אל פה אדבר בו, אני הסכמתי לדבריו.

ישוב העפר על הארץ כשהיה והרוח תשוב אל האלהים אשד נתנה וכתב מהרי"ע בעקידה, שהורה לנו שתכלית האדם ושלימותו לעת קצו יפרדו שני חלקיו אלה זה מזה הפרדה גמורה כל אחד לעצמו, מבלי השאיר מהם שארית את רעהו כו', ואמנם זה שאמר החכם בהפרדתם הנה והנה יושלם אצלו בהיותו על תכלית הטוב בהיותו בחיים חיותו

עד שלא תתערב נפשו ולא תתקשר עם תכונת חומרו ופחתיותיו להתעצם בהם כלל ואם נטה לזה בצד מה שישתדל שיהיו נפרדים עד שלבסוף ישוב העפר אל הארץ כשהיה מבלי ערוב נפשיי והרוח ישוב אל האלהים אשר נתנה, מבלי ערוב עפריי כמ"ש תנה לו כמה שנתנה לך אמנם זה הענין ההפרדה על זה האופן הוא קשה אצל אנשים כי הנה יש לנפשם נטיה גדולה אצל חומרם בהתעסקם תמיד בעסקי החומר כו', עד שתקשר נפשם ותמסר בידם לכל מלאכת עבודה כו', עד שאהבה אותו אהבה עצומה בחייהם ובמותם לא נפרדו כו', ונשארו אצלה ממנו ענינים רעים ונפסדים כו', ולזה אמר שנפש רשעים קשה לצאת כצמר הנאחז באחד הקוצים כו', כי לא יקוים בהם וישוב העפר על הארץ ע"ש ובספר המגיד לב"י כתב גם כן שהוא ענין כף הקלע, שכחות הגופניות שנתקשרו עם הנפש עם תאוותיהם פעמים לעבירה זו ופעמים לעבירה זו, וכל עבירה יש לה כח ממונה להענישו, ולזה הוא כף הקלע, ומשליכין אותו זה לזה לכל הכחות הממונים ע"ש בזה נראה לישב מ"ש במדרש כי שם קברו את העם המתאוים יכול על שם המאורע תלמוד לומר שם קברו את העם המתאוים ע"כ ועיין מ"ש בעקידה שהיה לו לומר העם שהיו מתאוים ע"ש וזה פירוש יכול על שם המאורע שאירע פעם אחת היה זה המעשה נתאוו לבשר ושוב הפסיק, אך השם נשאר להמקום מזמן ההוא, תלמוד לומר שם קברו את העם המתאוים, פירוש עדיין הם מתאוים, ואינו מאורע רק מתהוה בכל עת וכמ"ש דכל שמתאווה בחייו נקשר בו אחר פרידת הנפש ועדיין הם מתאוים.

כפעולות איש כן משכורתו ומצינו שאמרו חז"ל בקברות התאוה שהיה להם תאוה זרה, שרואים שהבשר ממית ואעפ"כ לא עמדו מתאוותם והוא לפי שהתרעמו על המן והכרחתו אל התורה, כי חפצם באהבה בחירי ומאסו באהבה הכרחי, ולכן כמדתם שילם להם, שגם התאוה זרה הניתנת להם הכרחית היתה, אף שהמיתה לא נטו מאחריה ומזה יוכל המשכיל להבין אם לתאוה זרה כח נפלא כזה להמית עצמו עליה, על אחת כמה וכמה לתורה ולמצוות שיתלהב לב האדם בחשק נפלא ונורא מאד, ולקיים בנפשו אדם כי ימות באהל, ולא יחוש לקמחיה ולהיות אכזרי על עצמו, ויהגה בתורתו יומם ולילה, ואז יהיה טוב לו בזה ובבא ולא ידבק מן החרם בידו לאחר פרידת הנפש, ויהיה חס ושלום בכף הקלע כמ"ש ולזה אמרו בסוטה פ"ב משל לאדם שהיה מהלך בדרך באישון לילה כו', כיון שהגיע לפרשת דרכים ניצל מכולם מאי פרשת דרכים אמר ר"ח זה תלמיד חכם ויום המיתה דכיון שהוא תלמיד חכם התורה מוציאה את נפשו מטיט החומר, ועל ידי כן תשוב הרוח אל האלהים אשר נתנה וכמו שנתנה, והעפר ישוב על הארץ כשהיה

וזה הוא פרשת דרכים, כל איש מאישיו פונה לדרכו, לא יפגשו זה בזה, ואז הוא מוצל מכל וכל.

להשביע נפש הקורא משכיל בענין הפרידה הזאת, כי לכאורה יפול לב אדם על זה איך יתפרדו חברים כמוהם הקשורים בעבותות הרכבתם לבלתי ישאר אף שמץ מאיש ברעהו אומר שזה הענין ודוגמתו הראה הקב"ה למשה תחילת דבר ה' בו דכתיב וירא והנה הסנה בוער באש והסנה איננו אוכל ויאמר משה אסורה נא ואראה כו' ויאמר אל תקרב הלום של נעליך מעל רגליך ע"כ והרבו המפרשים לספר בטעם הרמז הזה ונראה לפי מה שכתב בספר המורה דבמאמר של נעליך הזהירו הקב"ה למשה על הפשטת הגשמיות להסיר מעליו כל כחוות הגופניות ע"ש, ומבואר בכתבי האר"י ז"ל הא דאש של מעלה אינו מכלה ואש של מטה מכלה כל אשר יפגע בו, והוא משום דאש של מעלה לא יתעצם ויתחבר בשום עצם חומרי ולא יתערב בחלקיו ולכן לא ישרפהו, מה שאין כן אש של מטה יתעצם ויתערב בכל החומרים, ויכנס בחלקי העץ ויתערב עמו ויכלהו ולזה הראה ה' למשה המחזה ההוא בתבערת הסנה ושלילת האיכול, אשר יבין כי כמעלת אש עליונה כן מעלת הנפש המשכלת, ואף אם ירדה לשכון בתוך בית חומר לא תתערב בחלקיו ולא תתעצם בו אך אם ישמרה בעליה תשאר במעלתה ועל ידי זה בכל עת יבא אל הקודש להפשיט בגדיה מעליה ואמר לו של נעליך וכמו שכתב המורה ובזה יובן הפירוד התכלית כמ"ש.

מלבד כל אלה שכתבנו נאמר כי בראשית בריאת האדם, כאשר הרכיב הבורא חלקיו ויעשהו שר צבאו על פקודי הנבראים, וישם הנפש המשכלת בתוך ביתו לגברת, על פיה יצאו ועל פיה יבואו כל הכוחות ולא התעצמה הנפש ההיא בקרב כוחותיה, כי אם מנגד עמדה הנפש לבדנה, וכוחות החומריות לבדנה רק יסורו למשמעתה אל אשר תצוה ואיננה בגוף רק הרכבה שכונית אולם האדם בהבראו כי לא שמר את נפשו ויסירה מגברת, אזי במעשיו הרעים יתערבו כוחות נפשיות עם כוחות גופניות, וממזג מזג חדש מעירוב הנפש עם החומר ונעשה בריאה חדשה לרעה וכמו שכתבו חכמי המחקר שהרכבה המזגיית לא תשאר במורכב צורה מצורת כל אחד מהנפרדים שהורכב זה המורכב מהם, אלא יש לו צורה חדשה ופנים חדשות באו לכאן, כהרכבת הסנגבן שאין בו מצורת הדבש והחומץ כלום אלא מזג חדש הוא נקנה, לפי שאין בו חלק יהיה כולו דבש וחלק יהיה כולו חומץ, אלא כל חלקיו הם מורכבים ולזה כאשר האדם הולך בתאוות יותר מדאי, אזי יצא מהם הרכבה חדשה וצורה חדשה יוצא, ואינו חציה אדם וחציה חומר אלא מזג חדש אבל הצדיק במעשיו ועל ידי התורה מוציא את הנפש מטיט

החומר ואינו אלא הרכבה שכונית, וכמו האיברים הידים, והרגל, והעינים, והאזנים, וכיוצא שהם מורכבים מאיברים פשוטים, ויש לכל אחד טבעו ומזגו הראשון, ואין בו טבע הכלל ולא מזגו, שחלק מהיד אינו חלק מהרגל, ואעפ"י שהם מורכבים, נקראים הרכבתם הרכבה שכונית ועיין בתשב"ץ (חלק שני סימן ד') מה שכתב שהפרדה איננה כלאים, אע"ג שבא מסוס וחמור, ומשום דהוי הרכבה מזגיית והוי צורה חדשה אבל חציו עבד וחציו בן חורין אינו יכול לישא מינו משום דאתי צד עבדות ומשתמש בצד בת חורין, וזה אינו רק הרכבה שכונית, וצד עבדות לחודא קיימא ע"ש ותכלית הכוונה הוא שהנפש ישוב אל האלהים כאשר נתנה, והעפר ישוב כשהיה כמ"ש באות י' בשם העקידה וזה כוונת מאמרם ז"ל פ"ק דחולין דכל היכא דכתיב אדם ובהמה למעליותא, היינו שיש לו צורת אדם ובהמה הניכרת כל אחת לעצמה אז טוב לו, כי הנה הוא כאשר נתנה, הנפש לעצמה וחומר לעצמו, משא"כ אם נתערבו זה בזה, אז אין לו צורת אדם דהיינו הנפש, ולא צורת הנהמה הוא החומר, רק בריאה חדשה וזרה, ולא כן תכלית הבריאה וזהו אדם ובהמה תושיע ה', והוא למעליותא להחזירה כנתינתה והבן.

קטינן אריה אבי תרי לא נפל, והא חזינן דנפל, האי דאדמי להו כבהמה, שנאמר נמשל כבהמות נדמו ונ"ל לפי מ"ש בזוהר פ' בראשית פקודא תשיעאה למיתן למסכני כו', דכתיב נעשה אדם בצלמינו כדמותינו, נעשה אדם בשותפא כלול דכר ונוקבא בצלמינו עתירי, ומסטרא דנוקבא מסכני כו' הכי איצטריך ב"נ לתתא למהוי עתירי ומסכני בחבורא חדא כו', רזא דכן חמינן בספרא דשלמה מלכא, דכל מאן דחס על מסכני ברעותא דלבא לא משתני דיוקניה לעלם מדיוקנא דאדם, וכיון דדיוקנא דאדם אתרשים ביה שליט על כל בריה, הה"ד ומוראכם וחתכם יהיה על כל חית הארץ כו', מנ"ל מנבוכדנצר אע"ג דחלם האי חלמא כל זמן דהוי מיחן למסכני לא איענש וכד חב מה כתיב עוד מלתא בפום מלכא כו' מיד אשתני דיוקניה כו' ע"ש וזהו אריה אבי תרי לא נפל פי' אם הוא בלול מתרין דכר ונוקבא עתירי ומסכני כחדא, דיוקניה דאדם קדמאה ושליט על כל בריה, אלא דהמקשה לא הבין לזה פריך והא חזינן דנפל, ומשני האי דאדמי ליה כבהמה, היינו דלא כלול דכר ונוקבא ואפי' מאה מהם כבהמה המה להם, אבל בי תרי בחבורא חדא בצלם ודמות מקויים בו ומוראכם כו' וזה כוונת המשורר תהלים אך בצלם יתהלך איש אך הבל יהמיון יצבור ולא ידע מי אוספם פירוש אם רק בצלם יתהלך האדם ולא כלול בדמות דהוא סטרא דנוקבא מסכני, אז אך הבל יהמיון יצבור ולא ידע מי אוספם ואינו דבר קיום לו.

סלולה אורת ישרים ההולכים דרך צדקה שהוא קיום העולם אשרי משכיל אל דל ובפרט ביום משתה ושמתה ויו"ט, כמבואר בזוהר (ח"ב פח, ב) וז"ל, תא חזי דכולהו שאר זמנין וחגין בעי בר נש למחדי ולמחדי למסכני ואי הוא חדי בלחודוי ולא יהיב למסכני עונשיה סגי כו', עלי' כתיב וזריתי פרש על פניכם פרש חגיכם, ואי איהו בשבתא חדי אע"ג דלא יהיב לאחרא לא יהיב ליה עונשא כשאר זמנין וחגין דכתיב פרש חגיכם ולא פרש שבתכם, וכתיב חדשיכם ומועדיכם שנאה נפשי ואלו שבת לא קאמר, ובגין כך כתיב ביני ובין בני ישראל עכ"ל ובטעם הדבר דבחגין צריך יותר למחדי למסכני מבשבת גם להבין מה דכתיב חדשיכם ומועדיכם שנאה נפשי מה ענין חדשים לכאן ובזוהר לא הזכירו שצריך למחדי בחדשים גם מ"ש הה"ד ביני ובין בני ישראל נ"ל דמקראי קודש אינון אושפיזין עילאין קדישין וצריך למחדי לאושפיזי, וזו היא שמחתם לשמח נפש העניים האומללים הם יקחו חלקם והנה להשגת תכלית הענין אמשול לך משל, למלך שלטון שנתארח לבית כפרי אחד אשר תחת ממשלתו ויכירהו, ולא שת לבו אליו לכבדו כראוי ויחר אף המלך בו, וישא עיניו והנה איש בא אליו והוא ציר שלוח מכפרי אחר לאמר אם על המלך טוב יבא אל המשתה אשר אעשה לו, ויבא המלך אל בית האיש ההוא והנה גם זה האיש לא שת לבו אל המלך ולא כבודו גם הוא, אדין מלכא בנס וקצף סגי ברגז וחמא, אמר הדמין יתעבד וביתיה נולי ישתוי, כי יותר רעה מעשה זה האיש מהראשון, כי אל הראשון מעצמו בא אליו המלך וזה שלח אחריו, גם על השליח קצף כי הוא היה הסבה לבושתו והנה בשבת דקביעי וקיימי ומעצמם באו האושפיזין לאו עונשיה סגי אבל בחגים ומועדים שהם ע"י ישראל כמאמרם ז"ל אלה מועדי ד' אשר תקראו אותם אל תקרא אותם אלא אתם, ואם אז אינו תכבד האושפיזין עונשיה סגי, לזה אמר חדשיכם ומועדיכם שנאה נפשי, כיון דהזמנים נקראים ע"י החדשים, וגם על השליח כועס שהם החדשים, לזה אמר הה"ד אות היא ביני ובין בני ישראל, משום דשבת קביעא וקיימא ואמרינן מקדש השבת וישראל והזמנים דשבת הוא אות בינו ובין בני ישראל וחגים בין ב"י ובינו, ומשום דשבת קביעא וקיימא וזמנים ע"י ישראל נקראים והבן וגם כיון שצריך להראות פני אלהים בחגים וזמנין שנאמר יראה כל זכורך, ע"כ צריך שיהיה עכ"פ בזמנים הללו בצלם ודמות עתירי ומסכני כחדא ולא יהיה ח"ו כבהמה.

עתה ישכיל כל איש ויבין צורך האחדות עתירי ומסכני, ולעשות צדקה בכל עת, וביותר לעניים ת"ח להחזיקם בתורת ה', ואמרו בש"ס כמה טפשאי אינשי דקיימי מקמי ס"ת ולא קיימי מקמי גברא רבא דאלו בס"ת כתיב ארבעים יכנו ואתו רבנן ובצרי חדא והקשו מהא דאמרו בקידושין דף ל"ג מהו לעמוד בפני ס"ת, ואמרו מפני לומדיה עומדין מפניה

לא כ"ש, ומשמע מזה דכבוד התורה גדול משל לומדיה ונ"ל לפמ"ש בס' תפארת ישראל, דכאשר נתבונן במעשה הבורא כל הנבראים צריכין תיקון ועשיה, כדאיתא במדרש כל אשר נברא בששת ימי המעשה צריך תיקון ועשיה אחרת חטין צריכין לטחון החרדל צריכין למתק ומפני כי התורה ניתנה מהש"י ע"י נביא ומעלת השכל גדולה מנביאות, וכדאמרינן חכם עדיף מנביא, וכמו שפעולת השכל גדולה מהטבע כמו כן היא גדולה מנבואה, ולכך החכמים הם עיקר התורה והשלמתה, ומש"ה אתו רבנן ובצרי לה חדא כו', והתורה בא לעולם כמו כל הטבעים שלא באו מבוררים רק האדם בשכלו מבררם והשכל מברר הנבואה כו' ובמדרש שאל טרנוסרופוס את ר"ע איזה מעשים נאים כו', הרי שאפי' מעשה הש"י צריך תיקון כו' ואל יפלא בעיניך איך יוכל האדם לברר בחכמה דברי הנבואה, וכמו כן איך החכמה מבררת הטבע שברא הש"י, משום דהכל מהש"י הטבע והחכמה והנבואה הבריאה והתיקון ע"ש וזה כוונתם ז"ל הני טפשאי דקיימי מקמי ס"ת ולא קיימי מקמי רבנן, דעיקר תיקון והשלמת התורה ע"י החכמים דבצרי חדא, והרי זה כמי שיש לו כרם מלא גפנים נטע שורק, ואדם אין לעבוד את אדמתה, הנה כרמו כלא היה, אולם אם ישכור פועלים ויעבדו עבודת הכרם ויעשו ענבים בקרן בן שמן, אז הידד הידד יקראו הדורכים, כרם חמד ענו לה, ומ"מ לא יהיו הפועלים מיטב קנינו כי אם הכרם הוא העיקר, אך הוא צריך אל הפועלים ובלעדם לא יכון וכמו כן הוא בתורה אם אין ת"ח לברר ולתקן והיה כדברי ספר החתום, שאין לך מצוה מפורשת בתורה, תפילין לא נודע כמה פרשיות ומה לכתוב, וכן ציצית, ומזוזה, ושעטנז, ורבות כהנה, ובמלקות בצרי תדא ובלעדי הת"ח התורה כלא היתה, אבל אם כבר החזקנו ידי המחזיקים הת"ח המתקנים אותה, וכבר אכלנו את לחמה ויינה שתינו אז היא העיקר ולא הפועלים, כמו המרגלית בתחילת מציאתה סתומה ומכוסה ואינה חשובה מאומה, וכשיש עבד נוקב מרגליות אז הוא יעשנה ויחשיבנה מאוד, אמנם לא יחשב העבד לעיקר כ"א המרגליות וכן בתורה אם מפני לומדיה אנו עומדין שהם הפועלים וכבר תקנו אותה והשלימוה מפניה לא כ"ש שהיא העיקר והבן.

פדיון נפשו יתן איש בהטיבו לטובים הם ת"ח שמהנה אותם מנכסיו כי מזה הוא זוכה להחיות נפשו בעת נבלתי יקומון, כמאמרם ז"ל פ' הנושא אמר ר' אלעזר עמי הארץ אינן חיין לעתיד לבא א"ל ר"י לא ניחא ליה למרייהו דאמרת להו הכי א"ל מקרא אני דורש כי טל אורות טליך כו' כיון דחזיה דהוה קא מצטער א"ל רבי מצאתי להם רפואה מן התורה ואתם הדבקים בה' וכי אפשר לידבק בשכינה והא כתיב כי ד' אלהיך אש אוכלה, אלא כל העושה פרקמטיא לת"ח והמהנה ת"ח מנכסיו כאלו מדבק בשכינה, וכתיב חיים

כולכם היום ע"ש, הרי שתחיית המתים אינה אלא ע"י טל של תורה, רק המהנה ת"ח יש לו טלם, כענין יששכר וזבולן וזה כוונת מאמרם ז"ל פ' חלק אלו שאין להם חלק לעה"ב כו' והאומר אין תחיית המתים מן התורה, ואמרו בש"ס הוא כפר בתחה"מ לפיכך אין לו תחיה, פי' אף שמודה בעיקר התחיה אלא שאומר שאינה מסבת התורה והוא כופר בסבתה אין לו תחיה, כי סבה אחרת אין לה רק של תורה, דידיה או של אחרים הנהנים ממנו והוא כופר בה ולכך לא תחייהו, אמנם יאמין כל איש כי זה הוא עיקר התחיה ואז יזכה לקום עם ישיני חברון לשמוח בשמחת ציון תוב"ב.

צרורות וקשורות ונאחזות נפשותינו אשה באחותה כי אין התחיה כ"א ע"י התורה ואם לא יתקשרו ההמון עם הת"ח מאין יבא עזרם וממה יחיו עקבא דמשיחא אמרו שרי חכימיא למהוי כספריא כו' ועמא דארעא אזלי ומדלדלא ואין דורש כו' ואין לנו להשען אלא על אבינו שבשמים וי"ל כוונתם כי עיקר הבריאה אינה רק עבור התורה, וכל ישראל כאיש אחד ובו אברים פנימים וחיצונים וכל חיתם הוא מהלב, וכשיש אבר מדולדל מגוף אז אין לו חיות מלב, וכמו כן ת"ח שבדור הם הלב ובהם משכן החיות וכשמחוברים עמא דארעא עם הלב דהיינו לת"ח ע"י שמהנים אותם מנכסיהם, אז החיות מהלב וכל האברים אחד הם ירגישו איש בהרגשת רעהו, אבל אם פירשו עצמם מתורה ומת"ח הם רק כאברים המדולדלים שאינם מרגישים איש ברעהו, ולכל הגוף בכללו הוא חסרון כשיש אבר אחד מדולדל וכן לכלל ישראל, וזהו עמא דארעא אזלא ומדלדלא ואין דורש ואין מבקש בפרנסת ת"ח שיכולים להגות בתורת ה' ולכך אין לנו להשען אלא על אבינו שבשמים, וביותר יזהר האדם מגדר האהבה והאחוה לבלתי עשות רע איש לרעהו ואמרו ז"ל יהי ממון חבירך חביב עליך כשלך וכ"ש שלא יגזול אותו.

קשה גזל הדיוט מגזל גבוה שזה הקדים חטא למעילה וזה הקדים מעילה לחטא, בגזל הדיוט כתיב נפש כי תחטא ומעלה כו' ובגזל גבוה כתיב נפש כי תמעול מעל וחטאה כו' והוא מאמר ר' לוי פ' הספינה וצריך ביאור וכי משום דהקדים חטא למעילה הוא חמור כיון דבתרווייהו איכא חטא ומעילה ונ"ל לפמ"ש מהרי"ע בעקידה פ' חקת כי האיש אפי' היותר שלם חוטא בשום דבר מהדברים כו', הנה הוא מוכרח מצד טבעו כמו שאמר הכתוב כי אדם אין צדיק בארץ כו', אמנם כאשר יהיה בזה האופן, מקלות החטא, או משלימות התשובה ודאי לא יענש, וכמו שאמרו חז"ל אני הוא קודם שיחטא אני הוא לאחר שיחטא וישוב, אמנם מזה לא יקובל שכל חוטא לא יענש כי אם האדם הוא מוכרח לבלתי היותו אלוה לא הוכרח להיות מעמיק בחטא ומורגל בו ע"ש ונתבאר שלא היה האדם ראוי ליענש על החטא כיון שהוא מוכרח בו ובפרט אם הוא מקלות

החטא, אלא שעיקר העונש הוא על שמעמיק ומורגל בחטא ואינו עושה תשובה, וזה יוכל כל אדם, וכדכתיב לא נפלאת היא ולא רחוקה כו' ואמרו חז"ל שהוא על מצות תשובה, ומשום דגוף המצות נפלאו מן האדם ורחוק הוא ממנו, בעבור שאדם אינו אלהי והוא מוכרח לחטוא, ובפרט בקלות החטא, אלא שהאדם אם הוא מוכרח על החטא לא הוכרח להיות מעמיק ומורגל בו, וצריך חרטה ותשובה, ומצות תשובה לא נפלאת ולא רחוקה ומש"ה דן ר' לוי דקשה גזל הדיוט משל גבוה, דבגזל גבוה הקדים מעילה, משום דבעבור קלות החטא אינו נקרא חטא אל האדם כיון דאין צדיק בארץ שיעשה רק טוב, ועיקר החטא הוא מחמת שהעמיק בו ואינו מתחרט תיכף אחר עשותו, ומש"ה הקדים מעילה לחטא, דהחטא הוא כשאינו מתחרט, לזה כתב והתוודו שיעשו תשובה, אבל המעילה בעצם אינה בגדר חטא כיון דמוכרח הוא על קלות החטא, משא"כ גזל הדיוט שהוא יותר חמור, ויכול האדם לעמוד נגדו אם כי אינו אלוהי אינו מוכרח לגזול חבירו, שהוא מגדר הריעות והאחוה, לזה בגזל הדיוט המעילה עצמה היא החטא ומש"ה הקדים חטא למעילה.

רבי שמעון ב"א אומר כל מי שיש לו מעות ומלוה אותם שלא ברבית עליו הכתוב אומר כספו לא נתן בנשך וגו' עושה אלה לא ימוט לעולם, הא למדת שכל המלוה ברבית נכסיו מתמוטטין, והא קא חזינן דלא מוזפי וקא מתמוטטין, א"ר אליעזר הללו מתמוטטין ועולין והללו מתמוטטין ואין עולין ופירש"י ז"ל והכי משמע קרא כל עושה אלה לא ימוט לעולם, כלומר אף אם ימוט אין מוטתו מוטת עולם, אבל המלוה ברבית ימוט לעולם ע"ש ולכאורה יפלא דכשם שמקשה והא קא חזינן דלא מוזפי ומתמוטטין, ה"נ הא חזינן דלא מוזפי ומתמוטטין ואין עולין ונ"ל דאיתא במדרש פרשת מטות כי לא ממוצא וממערב ולא ממדבר הרים, לא ממה שאדם יוצא למזרח ופורש לים, ולא למי שיוצא למדבר הרים, אלא ה' משפיל אף מרומם, ואף שמשפיל לזה מרומם לזה וגלגל החוזר, אמרו שם מפני מה נקראים נכסים שנכסים מזה ונגלים לזה, מפני מה נקראים זוזים שזזים מזה לזה ע"ש, לזה מי שמלוה ברבית נכסיו מתמוטטין ואין עולין בשום מקום, וזה פירש"י והכי משמע קרא אין מוטתו מוטת עולם, היינו שיהיו עולים עכ"פ לאיש אחר בעולם והנכסים נשארין בעולם, לא כן המלוה ברבית כספו אינו עולה כלל לשום אדם בעולם וכן מבואר במדרש כספם בחוצות השליכו וזהבם לנדה היתה אלו מלוי ברבית, עוד שם קראו כסף נמאס, משא"כ בשאר יורדין אף שהם אין עולין הנכסים עולים.

שבתי זממתי מצאתי און לי שכל העולם כולו איש אחד, מהא דאמרו בפשיטות אין העולם נדון אלא אחר רובו, ואם היה כל אחד איש בפני עצמו מה ענין הרוב לזה, אלא

ודאי הכל איש אחד ואיתא במדרש איכה השביעני במרורים הרוני לענה, מה שהשביעני במרורים בלילי פסח דכתיב על מצות ומרורים יאכלוהו, הרוני לענה בלילי ט"ב ונ"ל לפי מה מה דאיתא במדרש איכה בליל ט"ב נכנס אברהם אבינו לבית קה"ק, אחזו הקב"ה בידו והיה מטייל עמו ארוכות וקצרות, א"ל הקב"ה מה לידידי בביתי, א"ל רבוני בני היכן הם, א"ל חטאו והגליתים בין האומות, א"ל לא היה בהם צדיקים, א"ל עשותה המזימתה, א"ל היה לך להסתכל בטובים שבהם, א"ל סוגיהן בישין דכתיב עשותה המזימתה הרבים, א"ל היה לך להביט בברית מילה שבבשרם, א"ל חייך כפרו בו שנאמר ובשר קודש יעברו מעליך ע"ש וידוקדק לכאורה מעיקרא שאל לא היה בהם צדיקים, והשיבו הקב"ה עשותה המזימתה, הוסיף לשאול היה לך להסתכל בטובים שבהם הרי לא היו ונ"ל לפמ"ש בדרשות מהר"י מסקאטו בהא דעולם נידון אחר רובו, והיינו אם זה רוצח וזה גנב וזה מקבל שוחד וזה מלוה ברבית איסורין מבטלין זה את זה כדאמרינן פיגול נותר וטמא שבללן ואכלן פטור, וא"כ כיון דרובם לאו לוקחי רבית ולא רוצחים הן מבטלין זא"ז ע"ש לפי זה בתחילה שאל אברהם אבינו אם יש בהם צדיקים ממש, והשיבו הקב"ה עשותה וכו', לזה א"ל היה לך להסתכל בטובים, היינו שבכל אחד אף שיש בידו כמה עבירות טובים הם זה נגד זה ומה שיש בזה אין בזה ויוכל להצטרף לבטל עבירות חבירו, וכן השני וכן השלישי וכן כולם, א"ל הקב"ה סוגיהן בישין ואין איסורין מבטלין זא"ז אלא הכל הולך אחר הסוג הוא הכולל עבירות ואין עבירות מבטל עבירות, ואמרו בזבחים שם בהא דאיסורין מבטלין זא"ז, ופליגא אדהלל דאמר כורך מצה ומרור ואוכלן ביחד, דס"ל מצוות אין מבטלין זא"ז, ואם מצוות אין מבטלין זא"ז ה"ה איסורין אין מבטלין זא"ז ע"ש וא"כ שפיר קאמר מה שהשביעני במרורים בלילי פסח דכתיב על מצות ומרורים יאכלוהו, וא"כ מוכח דאין מצוות מבטלין זא"ז, בזה הרוני לענה בליל ט"ב, משום דסוגיהן בישין אין העבירות מבטלין זא"ז.

תרתי בלבי להבין מ"ש בספרי, שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך וגו', כדאי הוא מינוי הדיינין הכשרים להחיות את ישראל ולהושיבן על אדמתם ע"ש ולשון כדאי הוא מינוי הדיינין להחיות כו' אינו מובן דודאי כדאי הוא ליותר ויותר, דמצינו שגוף התורה לא ניתנה לישראל רק על מנת שיקיימו את הדינין כדאיתא במדרש ואלה המשפטים הה"ד ועוז מלך משפט אהב כו' ע"ש ונ"ל לפמ"ש בעקידה פרשת וירא ז"ל ועוד יש לי להפלא וכי משוא פנים יש בדבר מה נשתנו אנשי הגבעה מאנשי סדום כו', והנה הרמב"ן ז"ל הליץ בעדם וכ' אמנם פשט הכתובים משוה אותם לגמרי כו', ע"ש שהאריך והעלה כי אם העיר מוקפת חומת החוקים וגזירות הטובות ודתות הישרות, אע"פ שלפעמים יעלו

שועלים יפרצו גדרים וישביתו חוקים, הנה נא העיר הזאת קרובה להרפא ולהתקן כי יקום אחד בעיר ושנים ממשפחה להוכיח את העם יעורו לבבם וישובו לאיתנם הראשון, אמנם אם אין לה שום גדר לא מתקנה ולא מנהג טוב, ומה גם שיש לה חומה גבוה מנחשים ועקרבים קוצים וברקנים חוקים לא טובים ומשפטים בל יחיו בם כו', והנה באמת זה היה חטאת סדום כו' עד אשר הקימו להם דברים רעים ומגונים לחוקים טובים וקבעו בהם מסמרות בקנסות שלא יעברו עליהם כו', אבל בגבעה היה להם חוקים טובים רק שעברו עליהם לשעה זה יוכל לתקן ע"ש ואפשר שזהו כוונת ספרי כדאי הוא מינוי הדיינין, היינו המינוי בעצמו, אף אם לא ישמעו בעת מן העתים לקול המורים, קרובים הם להושע בתוכחת הזקנים כמ"ש בעקידה על אנשי גבעה והמקיימים משפטי הדיינין הלא הם היושבים ראשונה במלכות נחלתם בלי מצרים, עין לא ראתה אלהים זולתך.

אמר המשורר בתהלים סי' נ', אם ראית גנב ותירץ עמו ועם מנאפים חלקך תשב באחיך תדבר בבן אמך תתן דופי נ"ל עפ"י מה דאיתא בספר נצח ישראל פרק כ"ה נשאלנו איך ישראל משתוקקים אל הרע תמיד כו', כי אותו אשר הוא עמיתו בתורה ובמצוות מבקש רעתו והתורה אמרה ואהבת לרעך כמוך כו', והשבתי כו', אמנם מדה זאת אינה בישראל מצד כי נפש רשע אותה רע, כי עם הקדוש הזה מצד עצמם ראויים לכל החשיבות והמעלות כו', והחשוב מצד הטבע עצמו יבקש המעלה, ולא תמצא כפרי יקנא בשר גדול כי אם חכם בחכם עשיר בעשיר גבור בגבור כו', אך הדבר הזה יוצא מתכונה טובה תכונת החשיבות, וראיה לזה כי נראה לחוש באשר ייצר לאחד מהם כולם כאח לצרה ניגש, וזה הוא מפני כי ישראל עם אחד כו' ואינו כמו מדות הזנות כו', ודבר זה מורה על פחיתות גדול כו', ויש בהם קושי עורף לחזור בתשובה כו', שהם רחוקים מן החומרם אינם מתפעלים רק עומדים בתכונתם כו' ע"ש לזה אמר אם ראית גנב ותירץ עמו ועם מנאפים חלקך, והוא מצד החומר הגס והוא פחיתות, תשב באחיך תדבר כו', הוא מצד הצורה החשובה וכמ"ש בנצח ישראל, והם שני הפכים בנושא אחד, ולא יהיה כזאת בישראל עם הקדוש הבאים מתכונה טובה ויבואר מזה בפרשת נצבים, ואמר הדור האחרון בניכם אשר יקומו מאחריכם והנכרי אשר יבא מארץ רחוקה וראו את מכות הארץ ההיא ואת תחלואיה אישר חלה ה' בה גפרית ומלח שרפה כל ארצה וגו' ואמרו כל הגויים על מה עשה ה' ככה לארץ הזאת מה חרי האף הגדול הזה ואמרו על אשר עזבו את ברית ה' וגו' וילכו ויעבדו אלהים אחרים וישתחוו להם אלהים אשר לא ידעום ולא חלק להם ויחר אף ה' בארץ ההיא כו' ופירש רש"י אשר לא ידעום לא ידעו בהם גבורת אלהות ואונקלוס תרגם לא אוטבא להון, ואותו שבררו אלוה לא חלק להם שום

נחלה וחלק ע"ש ולכאורה ידוקדק, הא אם יחלוק להם טובה עדיין איסורו במקומו עומד כדדרשינן בגמ' משגיא לגוים ויאבדם ושנראה להם שנתרפאו ע"י ע"ז כו' והנה בדור המבול כתיב הנני משחיתם את הארץ, ודרשו רז"ל עם הארץ ג' טפחים של עומק מחרישה נתקלקל, וחטאת הארץ היתה שאמר ה' תוצא הארץ עץ פרי טעם העץ כפרי והיא עשתה עץ עושה פרי, כי היה החומר גס וזה גרם לנטיית האדם לחומריות, ואמר ה' ארורה האדמה בעבורך כי ההיזק ניכר באדם, ומש"ה בדור המבול חטאו ג"כ בחומריות חמס וג"ע וש"ד וזה בעון הארץ ולכן נענשה ובספר המורה כתב שלא מצינו חרון אף וקנאה רק בע"ז על זה יעשן אף ה' ע"ש, וחטא ע"ז הוא מצד הצורה והוא השכל הנפסד כמ"ש בגור אריה, לזה אמר הכתוב ואמרו כל הגוים על מה עשה ה' ככה לארץ הזאת, היינו שהיתה שרפה כל ארצה, כי אם היה חטאם מצד הצורה לא חטאה הארץ, ואם נאמר שהיה חטאם מצד החומר אכתי תיקשי מה חרי האף הגדול הזה, דזה לא הוי רק בע"ז כמ"ש המורה וזהו מצד השכל, ואמרו על אשר עזבו וגו' ויעבדו אלהים אחרים וע"ז היה חרון אף הגדול, אשר לא ידעום ולא חלק להם היינו שלא חלק להם שום טובה ולא ידעום בכחות אלהות, ולא היה זה ע"י השכל המשובש שיהיה משגיא לגוים, רק מצד החומר הגס בהפקירא ניחא להו וזהו חטאת הארץ, ולכן שרפה כל ארצה אמנם כי יצדיקו בני אדם מעשיהם הארץ הנשמה תעבד.

ר' שמעון בר יוחאי אמר אלו הוינא בסיני הוי בעינא תרי פומי חד למלעי באורייתא וחד למילי דעלמא כדחזינא דנפישי לישנא בישא, מאמר בירושלמי לכאורה ידמה שאין גנאי כל כך אם לומד בפה שמדבר במילי דעלמא, אלא דתורה שבע"פ אי אתה רשאי לכותבה, וכתב בספר תפארת ישראל כי התורה היתה מתיחסת לישראל דוקא, וע"י תורה שבע"פ שהוא בפה האדם ממש לא בקלף כו' יש לתורה חיבור עם ישראל כו', וזה אמרם פרק הניזקין לא כרת הקב"ה ברית עם ישראל אלא בשביל דברים שבע"פ שנאמר על פי הדברים כרתי אתך ברית כו' שדבר זה הוא הברית והחיבור שמחבר שני דברים יחד כו', ואילו היתה תורה שבע"פ גם כן כתובה לא היתה התורה מיוחדת לישראל דוקא ע"ש ולפ"ז הפה הוא הקלף מתורה שבע"פ, וכמו הקלף של תורה שנכתב צריך עיבוד לשמה דוקא ויהיה טהור ולא טמא, כן הקלף של תורה שבע"פ, היינו הפה, יהיה רק לשמה, ושפיר בעי תרי פיות חד לתורה וחד למילי דעלמא לפ"ז צריך ליזהר שלא לדבר בפה דברים שאינם מעבודת הבורא ובמדרש תהליס י"ז הקשיבה רינתי - זו רינונה של תורה, בלא שפתי מרמה - זו תפילת המוספין, למה בלא שפתי מרמה - שלא עמדנו לתפילה לא מתוך דברים בטלים ולא מתוך שפתי מרמה אלא מתוך ד"ת ומע"ט ונ"ל

לפמ"ש הרמ"ע מפאנו תמידין כסדרן ומוספין כהלכתן, דתמידין הם נגד תורה שבכתב ומוספין הם נגד תורה שבע"פ, לזה אמרו ומוספין כהלכתן שהיא הלכה, ולתורה שבע"פ צריך יותר פה נקי מלתורה שבכתב שכבר היא כתובה על קלף כשר וזו פי האדם קלפה, וזה האזינה תפילתי היא תפלת המוספין שהוא נגד תורה שבע"פ, בלא שפתי מרמה שלא עמדנו להתפלל מתוך דברים בטלים שומר פיו ולשונו שומר מצרות נפשו ומצינו שאמר אהרן למשה אל נא תשת עלינו חטאת אשר נואלנו ואשר חטאנו, ואיתא בילקוט אם שוגגין אנו מחול לנו כמזידין ונ"ל לפי מה שפירש רש"י פרשת בהעלותך מדוע לא יראתם לדבר בעבדי במשה, בעבדי אפילו אינו משה, במשה אפילו אינו עבדי כו', היה לכם לומר אין המלך אוהבו חנם ואם תאמרו איני מכיר במעשיו זו קשה מן הראשונה ע"כ והנה לפעמים ישב איש באחיו ידבר ושוגה הוא בו כי הוא סובר באמת שהוא רע כמו שאומר עליו, ופעמים יתקנא איש ברעהו יתן בו דופי במרד ובמעל אף כי הוא יודע האמת מעלת עמיתו, והנה אהרן ומרים אם היו שוגגין במעלת משה, יקטן עוונם נגד משה אבל יגדל עד מאד נגד הבורא ית' כי לא בחנם אוהבו וא"ת אינו מכיר מעשיו זו קשה מכולם, אך אם יזידו נגד משה ויודעים מעלתו ומלעיגים, יקטן החטא נגד הקב"ה, כי לא יכפרו במעלת הש"י כלום, ומשה ודאי איקרא דידיה לא קפיד כולי האי, אולם כבוד ה' בלבו לקנא לו לזה אמרו לו אהרן ומרים אם שוגגין אנו, היינו נגדך, מחול לנו כמזידין לנגדך ולא יהיה החטא גדול כל כך לגבי שמיא.

ועסוק אדם בתורה ומצוות אפילו שלא לשמה שמתוך שלא לשמה בא לשמה כדאיתא בש"ס והנה בפסוק ויקחו לי תרומה פירש"י לי לשמי וצריך ביאור דבתרומה בעי לשמה יותר מבשאר מצוות ואדרבה יעסוק אפילו שלא לשמה כו' כנזכר ונראה דבפרק הזהב פליגי רב ולוי בקנין סודר, רב סבר בכליו של קונה ולוי סבר בכליו של מקנה וקיי"ל כרב, והר"ן בפ"ק דקידושין הקשה לרב דס"ל כליו של קונה דוקא ולא של מקנה ואפילו באדם חשוב ובקידושין מסקינן דמקודשת אם נתנה היא לאדם חשוב בהאי הנאה דקיבל מינה, וע"ש שכתב ליישב וז"ל דכי אמרינן דאדם חשוב כי מקבל מתנה מקרי הנאה הני מילי היכא שמקבל מתנה גמורה, אבל כשהיא על מנת להחזיר אין הנותן מתחשב בשביל כך, ומשום דסתם ק"ס ע"מ להחזיר הוא דוקא בכליו של קונה ע"ש ועיין בב"ח חו"מ סימן ק"ל שהוציא מזה דאם נותן ע"מ להחזיר לאדם חשוב לא מהני, אע"ג דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה אין הנותן מתחשב בכך ע"ש וכבר כתבו בתולדות יצחק ואלשיך ויקחו לי תרומה כי ראוי לומר ויתנו, וכתבו דבאדם חשוב קבלתו כנתינה והנותן הוא הלוקח כ"ש הבורא ית"ש שמה שנותנים לו כאילו לוקחים ממנו ע"ש והנה בכל המצוות

אם אומר הריני נותן פרוטה ע"מ שיחיה בני הרי זה צדיק גמור ומתנתו מתנה ואף שהיא ע"מ להחזיר, ה"ה כאן בתרומה אף אם נותן בשביל איזה פרס הוי נתינה, עדיין יקשה לנו היה לו לומר ויתנו כמ"ש בתולדות יצחק ואלשיך, ולא שייך לתרץ כמ"ש המפרשים דנתינה לאדם חשוב הוי כקבלה כיון שהוא ע"מ להחזיר וכמ"ש בשם הר"ן, לכך פירש"י לשמי, ושלא ע"מ לקבל פרס, ואז שייך ויקחו כנ"ל, וע"ש בספרי קצה"ח סי' ק"ל סק"ד מ"מ ידמה כל איש בנפשו כי לא הצדיק עוד במעשיו עם בוראו ית', אך יצפה כי יגיע למעלה כאשר נאמר בתחילת האות שאחר זה.

הנשמה קודם רדתה משביעין אותה הוי צדיק ואל תהי רשע ואפילו כל העולם כולו אומרים עליך שאתה צדיק הוי בעיניך כרשע, והוא מאמר הגמ' בנדה פרק המפלת, ולכאורה זה סותר למה שאמרו באבות אל תהי רשע בפני עצמך ונ"ל דבתהלים ס"ב כתיב אך הבל בני אדם כזב בני איש במאזנים לעלות המה מהבל יחד ובילקוט כדאי הכזבים והבלים שישראל עושים, שהם בני אדם - בני אברהם שהוא אדם הגדול בענקים, במאזנים לעלות - בחדש תשרי שמזלו מאזנים, לעלות המה מהבל יחד וצריך ביאור וכי אין למעלה מחטא כזבים והבלים ונראה דאיתא במדרש יוקח נא מעט מים, ר' אליעזר בשם ר' סימאי אמר, אמר הקב"ה לאברהם אתה אמרת יוקח נא מעט מים - חייך שאני פורע לבניך הדא הוא דכתיב אז ישיר ישראל עלי באר ענו לה כו', אתה אמרת ורחצו רגליכם - חייך שאני פורע לבניך במדבר ובישוב ולעתיד לבוא, במדבר מנין - שנאמר וארחצך במים, בישוב מנין - שנאמר רחצו הזכו, לעתיד לבוא מנין - דכתיב אם רחץ ה' את כו' ולכאורה התשלומין האלה לא ישוו זה לזה, כי במדבר שפיר כתיב וארחצך, וכן לעתיד לבוא אם רחץ ה' כו', ופירושו שהקב"ה בעצמו רוחץ, משא"כ בישוב שכתוב רחצו מה זה תשלום גמול אם הם רוחצים את עצמם בלתי תגמולוהי ונלפע"ד דאיתא במדרש שה"ש, אל תראוני שאני שחרחורת, א"ר יצחק מעשה בקרתנית אחת שהיתה לה שפחה כושית שירדה למלאות מים מן העין היא וחברתה, אמרה לחברתה למחר אדוני מגרש את אשתו ונוטלני לאשה, א"ל למה, בשביל שראה ידיה מפוחמות, א"ל אי שוטה שבעולם ישמעו אזניך מה שפיך מדבר ומה אם אשתו שחביבה עליו ביותר את אומרת מפני שראה ידיה מפוחמות שעה אחת רוצה לגרשה, את שכולך מפוחמת שחורה ממעי אמך על אחת כמה וכמה, ששזפתני השמש כו', למה אנו דומין לבן מלך שיצא למדברה של עיר וקפחתו חמה על ראשו ונתכרכמה פניו, וכיון שנכנס למדינה ורחץ במעט מן המים והלך למרחץ, מן המרחצאות חזר ליופיו והרי הוא כמו שהיה כו', אבל אתם שזופים ממעי אמכם כו' ע"ש ובזה יובן בזכות אברהם נעשו צאצאיו כמותו זך

ונקי, דהאב זוכה לבנו בנוי וביופי כו' וזו בזכות אברהם, ואף אם נתקלקל צורתם אח"כ ע"י החטאים, הנה זה כשזיפת השמש אשר אך את המראה היפה תכסה לעת מה ואחר רחיצה מעוטה ישוב להדרו לעצמותו הראשון וזה היה הבטחת הקב"ה לאברהם, רחצו - פירוש שיהיו יכולים לרחוץ ולהסיר הצואה מעליהם כקרתנית זו החוזרת ליופיה וזה נראה כוונת המקונן, זכו נזיריה משלג אדמו עצם מפנינים חשך משחור תוארם, והיינו שעצמותם יפה ונאה זרע קודש מצבתם, והיינו אדמו עצם מפנינים, רק חשך משחור תוארם היינו מבחוץ התואר.

לפי דרכינו, זה כוונת מאמרם ז"ל באבות אל תהי רשע בפני עצמך, פירוש בעצמותך, כי זרע קודש אנחנו ולא ישתנה בעצמות, וכל עבירות בני ישראל אך תואר הוא להם אשר לא יתמיד כי אם יעמוד עת מן העתים ומה שאמרו אפילו כל העולם כולו אומרים עליך שאתה צדיק הוי 'בעיניך' כרשע, פירוש במראך, כמו ועינו כעין הבדולח שפירושו מראה והוא התואר, ואז תוסיף אומץ, תרבה לך בורית ותלבין בגדיך, ותשלים חפץ בוראך האומר הראיני את מראיך והנה כל מה שאינו בעצמות רק בתואר ובמראה אינו אלא מקרה והמקרה לא תתמיד, לכן זרע אברהם אף אם ידיהם מפוחמות, השחרות לא תתמיד, ובהכרח יתלבנו וישובו ליופים ולעצמותם, אבל מעשיהם הטובים הם עצמותם והנה דבר שאינו מתקיים נקרא כזב כמו ולא יכזבו מימיו, וזהו כוונת המדרש שאמר כדאי הם כל הכזבים והבלים שישראל עושין, היינו כל העבירות קלות וחמורות, כולם רק כזב לפי שהם מקרים, כי עצמותם זך ונקי כאברהם מורישיהם וכנזכר וזהו כוונת מאמרם ז"ל במסכת ראש השנה פ"א, אילפא רמי כתיב ורב חסד, וכתיב ואמת, מתחילה אמת ולבסוף ורב חסד עוד שם ובית הלל אומרים ורב חסד מטה כלפי חסד, היינו לפי שהמע"ט הם עצמיות המתקיימים והם אמת, והעבירות הם כזב, וכמו שמעט מן האור דוחה הרבה מן החושך, כן מעט מן האמת דוחה הרבה מן הכזב, ולכך מטה כלפי חסד ע"י האמת.

יראת ה' היא אוצרו, והיינו מש"ה בח"ה, והזהר שלא יהיו ענייניך במעשיך לאלהים כענין העוף שאמר עליו הכתוב שיולדת הביצה ומחממת אותה על פני הארץ ממיעוט שמירתה אותה עד שיפסידוהו שאר בע"ח, ולא תעשה אפרוח, כמ"ש הכתוב כנף רננים נעלסה כי תעזוב לארץ ביציה כו', וכמו כן אפילו עוסק בתורה ומצוות וגמילות חסדים צריך שמירה והוא היראה, כמו החיטין שצריכין לקב חומטון כמבואר בש"ס וכתיב דבר אתה עמנו ונשמעה פן תאכלנו האש הגדולה, ויאמר אל תיראו כי לבעבור נסות אתכם בא האלהים ולמען תהיה יראתו על פניכם ולכאורה אינו מובן תחילה אמר אל

תיראו, ולסוף אמר למען תהיה יראתו על פניכם ונ"ל לפי מה שנאמר על אחד מהיראים שמצאוהו ישן באחד המדברות וא"ל האינך ירא מן האריה שאתה ישן במקום הזה, א"ל בוש אני מאלהים שיראני יראה זולתו, הובא בחובות הלבבות (שער האהבה פ"ו) ע"ש, וזה כוונת מאמרם ז"ל למען תהיה יראתו על פניכם זו הבושה, פירוש שיבושו מלירא משום דבר זולתו ית', וזהו שאמר להם משה אל תיראו, היינו שלא ייראו מהקולות והאש כמו שאמרו הם פן תאכלנו, אבל תהיה יראתו ית' לבדה על פניכם וזו הבושה וכל מי שהוא במדריגה זו ודאי כל מעשיו יתיחדו לשמו ית', ובזה שמירת תורתו ומעשיו הטובים, וכן אמר קהלת את אלהים ירא ואת מצותיו שמור, פירוש ע"י יראתו לבדה ישמרו מצוותיו כמו החטים בקב חומטון, ולולי השמירה אין קיום להתורה ומצוות ובזהר כינה להיראה בשם בת ולתורה בשם בן, ואפשר בזה רמזו בש"ס בת תחילה סימן יפה לבנים דרביא לבנהא, עפ"י מ"ש באבות כל שיראתו קודמת לחכמתו וכו', וכל שחכמתו קודמת ליראת חטאו כו', וזהו בת תחילה - היינו היראה, סימן יפה לבנים - היינו תורה, דרביא לבנהא, דע"י התורה מתקיימת ובזה יבואר פירוש שירת האזינו, וירא ה' וינאץ מכעס בניו ובנותיו - היינו מה שמקדימין בן לבת, פירוש תורה ליראה, ויאמר אראה מה אחריתם כי דור תהפוכות המה - שמהפכין הסדר, וע"י כך בנים לא אמון בם - פירוש גם התורה לא תתגדל ותתקיים בהם.

בעקרם ואהבת את ה' אלהיך, היות האהבה הגמורה אינה אלא לאחד, אבל כשנתפשטה האהבה לשנים אינה שלימה כל כך כאשר נוטה כל האהבה שלו רק לאחד, ולפי שה' אחד לכך ואהבת את ה' אלהיך ע"ש וזה נראה בכוונת הכתוב שאמר הקב"ה לאברהם קח נא כו' אשר אהבת, ואחר עמדו בנסיון נאמר לו יען אשר עשית כו' את יחידך ממני ושוב לא נאמר אשר אהבת, כי עיקר הנסיון היה על שראה הש"י שאהב את בנו שהוליד למאה, ועל זה נתפשטה האהבה ולא היתה שלימה עמו ית', לכן אמר לו לשחוט את בנו אשר אהב להשבית את האהבה מבנו ולהשלימה לו ית', ואחר עמדו בנסיון וכבר השלים אהבתו לו ית' עד שבאהבתו רצה לשחוט בנו יחידו, אז כבר שבתה האהבה מבנו והשלים כל חלקיו לבורא ית', ולכן לא הזכיר שוב אהבה ליצחק רק יחידו וצריך ליחד היראה והאהבה לשמו ית"ש כאשר ביארנו והנה מתוך היראה הטהורה בא לידי אהבה גמורה ואמרו בש"ס יראת ה' היא אוצרו, משל לאדם שאמר לשלוחו העלה לי חיטין לעליה הלך והעלה לו, א"ל ערבת בהם קב חומטון, א"ל לאו, א"ל מוטב אם לא העלית, ופירש רש"י חומטון משמר את הפירות מהתליע ובמדרש יראת ה' היא אוצרו, משל לאדם שאומר לחבירו יש לי מאה כור חיטין מאה חביתין שמן מאה חביתין יין,

אמר לו יש לך אפותקאות להשים בתוכן, אמר ליה לאו, א"ל אין לך בהם הנאה של כלום וכתב בטור ברקת דבש"ס דילן הוא משל ליראה פנימית ובמדרש דקרי לה אפותקאות הוא משל ליראה חיצונית ע"ש והנה ודאי מי שיש לו חיטין או פירות יותר, הרבה צריך לחומטון והרבה צריך אוצרות לתת בתוכן, ולזאת מי שהוא בעל תורה ומצוות ומעשים טובים הרבה, יותר צריך לאפותקאות ולחומטון כפי ערך מה שיש לו מתבואה וחביתי יין ושמן, וא"כ צריך יותר יראה דהוא אוצרו, וצריך לזה השתתפות וחברות עם היראים יראי ה', וכמו שמשתתפין בזה למי שיש לו תבואה ואין לו אוצרות למי שיש לו אוצרות הרבה, ולזה אפשר לפרש חבר אני לכל אשר יראוך ולשומרי פקודיך, כי ע"י היראה משתמר המצוות, ואת אלהים ירא ואת מצוותיו שמור, כי ע"י היראה את מצוותיו שמור, וכמו קב חומטון שמשמר את הפירות, וכמ"ש באות י' הסמוך.

המלך שלמה ע"ה אמר עד מתי פתאים תאהבו פתי ולצים לצון חמדו להם, ולכאורה יתמה לב איש ומי יאהב הפתי יותר מפתאים ולצון מהלצים ונראה לפמ"ש במערכת אלהות פ"ח וז"ל ויתבונן עוד שורש מאמרם ז"ל שאמרו כל הגדול מחבירו יצרו גדול ממנו, כי לא דברו בצדיק גמור כו' כי מלאך ה' צבאות כו', וכן לא דברו ברשע גמור כו' ונמשל כבהמה וכולו יצר הרע, אבל דברו בבינונים כו', וכאשר האחד גדול מחבירו בתורה ובחכמה הרומזים לבנין, כך הרוח הכלול בכל מדה אשר ממנו התאוה שורה עליו יותר לדרך השלימות, ונמצא כי יצרו גדול כי בהיות הרוח כלול בקרב הצורה הנכבדת מעורר תמיד לצאת מן הכח אל הפועל כי רוח צפונית מנשבת תמיד, משא"כ במקום שאינו כלול כל כך ופועל לעתים, ואינו דומה מי שיש לו פת בסלו למי שאין לו עכ"ל ובפירוש שם ז"ל אבל קשה בעיני המשל הזה כי לא יצדק עם הנמשל אבל הוא סותרו כו', אלא שי"ל שלא הביא בכאן המאמר הזה אלא לומר כי השלם יש לו פת בסלו תמיד בענין ההשגה ואינו כן האחר וע"ש ולי נראה ביאורו דודאי בהא דאמרו שהיו אומרים לשליח שהוליך השעיר המשתלח הא לחם והא מים ואמרו מעולם לא היה צריך אדם לכך רק שאין דומה מי שיש לו פת כו', כן נמי כל הגדול מחבירו ובפניו כל דלתים סגורות מלעבור איזו עבירה, והנה אצלו דבר שאי אפשר בשום אופן לעבור על מצות ה' והרי אין לו פת בסלו, כי בשום אופן לא יוכל לבוא לידי תאוה ההיא, ואז יצרו מתגבר ויבליג עליו, משא"כ הקטן במעלתו שיוכל לעבור באיזה אופן מאופנים על המצוות והרי פת בסלו ולא תקיף עליה יצריה כיון דאי בעי עביד, לזה קאמר דרוח צפונית מנשבת תמיד הוא היצה"ר, דמצפון תפתח הרעה, ואם היצר כלול בקרב הצורה הנכבדת ואי אפשר בשום פנים לעבור על המצוה מתגבר עליו יצרו, כי אין לו פת בסלו,

משא"כ במקום שאינו כלול כ"כ ופעמים יעבור בפועל יש לו פת בסלו ואין יצרו גדול כל כך וזה פירוש עד מתי פתאים תאהבו פתי ולצים לצון חמדו להם, הואיל ויש להם פת בסלם ויוכלו לעשות כרצונם, ומה להם החמדה והאהבה להלצון, יותר היה ראוי החמדה והתשוקה ההיא למי שאינו לץ או פתי והוא אין לו פת בסלו, ומאד צריך לשמור פיו ולשונו מכל הנ"ל, וביותר לת"ח ההוגה בתורה שבע"פ שצריך להיות פיו נקי וטהור כדין הקלף לתורה שבעל פה וכמ"ש בסמוך אות ריש ע"ש.

כרום זלות לבני אדם, ודרשו חז"ל (ברכות ו, ב) אלו דברים שעומדים ברומו של עולם ובני אדם מזלזלין בהם והיא התפילה ובישעיה יען בפיו ובשפתיו כבדוני ולבם רחק ממני לכן הנני יוסיף להפליא העם הזה הפלא ופלא ואבדה חכמת חכמיו כו' ונראה לי דהנה בתהלים ע"ח ויפתוהו בפיהם ובלשונם יכזבו לו ולבם לא נכון עמו ולא נאמנו בבריתו, לכאורה יקשה מה שאמר בלשונם יכזבו לו, דעיקר הכיזוב הוא בלבו שהפיתוי הוא בפיו ובלשונו אמנם אמרו האי שלוחא דציבורא דנחית קמיה דר' חנינא אמר האל הגדול הגבור והנורא כו', אי לאו משה דאמרינהו ואתו אנשי כנסת הגדולה ותקנוהו בתפילה לא הוי אמרינן, ואת שבחתיה כולי האי, משל למלך בשר ודם שהיה לו אלף אלפים דינרי זהב ומקלסין אותו במאה דינרי כסף והיה לו גנאי, וכתב המורה שלא אמרו משל למלך שהיה לו אלף אלפים דינרי זהב ומקלסין אותו במאה דינרי זהב, שהיה מורה זה ששלימותו יתברך יותר שלם מאשר יחדו לו הם ממינם, ואין הענין כן כמו שביארנו במופת, אבל חכמת זה המשל הוא שמקלסין אותו בשל כסף, להורות שאלו אשר הם אצלינו שלימות אין אצלו יתברך דבר ממינם אלא כולם חסרון בחקו, וכמו שביאר ואמר זה המשל והלא גנאי הוא לו עכ"ל וכבר ביאר הרמב"ם שם שאין ליחס לבורא יתברך שום תהילה ושבח ממעלת חכם או גבור והוא רחוק מדמיון, כי הוא מרומם על כל ברכה ותהלה, ע"ש פרק נ"ט, ואם כן עיקר התהילה בלב נבון שירחיק מלבו כל מה שאומר בפה, ויבין שההכרח הוא לדבר בלשון בני אדם אבל בלבו הדומיה תהילה והנה כבר כתב בחובות הלבבות שער החשבון פ"ג וז"ל ומשלו זה עוד לעבד שבא אדוניו לביתו וציוה אשתו ובניו לכבדו ולעשות כל אודותיו, והלך לו הוא והתעסק בשמחה ובשחוק ונמנע מעבוד אותו בעצמו כו', וקצף עליו אדוניו ולא קיבל כבודו ועבודתו והשיב הכל בפניו עכ"ל, ואנחנו מוסיפים קצת להמשיל, שאשתו ובני ביתו לא ידעו ולא הבינו מהות המלך וכבודו כי לא ראו מימיהם עוד שלטון לפניהם ולא כיבדו כראוי למלך רק כלאחד השרים, אז תעלה חמת המלך על עבדו ולא יאשמו אשתו ובני ביתו כי מה עשו בהעדר ידיעתם, לא כן העבד הוא היודע וכן הדבר בתפילה כשיפתוהו בפיהם, כיון דאין גדר

לכבוד הבורא יתברך בפה ולשון כי אינו ממהותו ועניני כלל, שהוא מרומם נבדל ונשגב מכל מה שיוכל להאמר בפה, רק בהכרח יצוייר דבר מה לשבר אזן המדבר והמהלל, אבל אם לבם לא נכון עמם, פירוש בלבם לא יכוונו שכל מה שהם אומרים הם רק על דרך ציור, אז יפתוהו בפיהם ובלשונם יכזבו לו, כי כל התהילות והתשבחות לא יתייחסו בשום אופן לו יתברך וזה פירוש יען בפיו ובשפתיו כבדוני ולבו רחק ממני, היינו שלא כוונו אל מה שזכרנו, לכן הנני יוסיף כו', ואבדה חכמת חכמיו, עפ"י מה שאמר באיוב והחכמה מאין תמצא, שפירושו שעיקר החכמה על השלילה שמשללים את המעלות ליחוסו, אבל אז אבדה חכמת חכמיו אמנם איש אמונים ישמור בלבו יחכם ויאמר אך חסד אל אתנו כי נשבחהו עפ"י מדריגתינו.

הן האדם היה האחד אשר בקרבו משכן אחד, כאשר ביארנו ברוב מאמרי הקדמתינו זאת, וכדאיתא בזוהר פרשת קרח דאחד לא שריא אלא באחד ע"ש, ואחדות ע"י המצוות משרה השכינה בישראל ע"י כ"ב אתוון דאורייתא דביה כלולין תרי"ג מצוות, שס"ה מצוות עשה, ורמ"ח מצוות לא תעשה נגד גידי ואברי האדם, וכן מבואר בסי' ב' בפירוש פסוק כי אם עונותיכם מבדילים ביניכם, כי על ידי המצוות הם נאחדים ונאחזים וע"י העוונות נפרדים זה מזה וזה היה כוונת הלל שאמר להגר ואהבת לרעך כמוך ואידך פירושא זיל גמור, פירוש שאר המצוות הם פירושים להאחדות אשר על ידם יתלכדו בני ישראל ויהיו אחד וזה מבואר ג"כ במדרש דאמר וכי מה איכפת ליה לקב"ה אם שוחט כו', הרי לא ניתנו אלא לצרף בהם הבריות שנאמר אמרת אלוה צרופה, פירוש על ידי המצוות יתאחדו בני ישראל עוד שם במדרש רבה פרשת ויחי אמר יעקב לבניו שמא בשביל שבאתם מד' אמהות יש בכם שמץ עבודה זרה, א"ל כתיב לבית אבותם כשם שאין בלבך אלא אחד, ובעל יפה תואר לא ידע פירושו ונ"ל לפמ"ש הגור אריה בספר נצח ישראל טעם על שמסרה רחל סימנים ללאה, היה לפי שידעה שאינו ראוי יעקב להוליד כל י"ב שבטיו מאשה אחת, שאם היה כן היו כלם אחד וזה אינו ראוי להשפל הזה כי טבעו נוטה מדרך האחדות וזה גורם חטא לישראל עד לעתיד לבוא במהרה בימינו ע"ש וזהו שאמר יעקב לבניו שמא בשביל שבאתם מד' אמהות אי אפשר שתתאחדו וגרם החטא, דאחד לא שריא אלא באחד והשיבוהו כתיב לבית אבותם ואב אחד לכולנו ובלב כולנו אחד ועל ידינו יתאחד הש"י, וכמ"ש מהרי"א בפירוש פסוק והיו לבשר אחד, כמו שפירש רש"י ע"י הולד הנוצר משניהם וחלק כל אחד בו אברים אברים, והולד אמנם אוהב את עצמו, על ידי כן גם האב והאם אוהבים זה את זה, כי הענף מוליד אהבה בשרשים וזה כוונת מאמרם ז"ל ואהבת כו' שיהיו שניהם מתאהבים ע"י,

והיינו הכחות העליונות יתאחדו, כי כולם נתנו חלקם אל האדם והוא הענף מהם ויצמיח אהבה בשרשים ולכן יש לכוון קודם כל לימוד ומעשים טובים היחוד ההוא בקיום מצות ואהבת לרעך כו', והיה כל ישראל איש אחד וגם מולידיהם יתאהבו ויתאחדו ובמה שביארתי יובן מאמרם בשלהי מסכת עדיות, אין אליהו בא לא לרחק ולא לקרב אלא לעשות שלום ביניהם, שנאמר הנני שולח כו', היינו שיקראו על שם אבותם ואב אחד לכולנו והעולם יהיה אז ראוי לכך, ואז נראה בשמחת ציון ובנין ירושלים במהרה בימינו אמן סלה.

ואני תפילה ימהר מעשהו יחיש מפלט לנו, לא יוסיף עוד ליסרנו, אף כי ידענו כי ברחמיו עשה לנו כל אלה, כי כאשר ייסר איש את בנו כו', וכמאמר המשורר ע"ה השכח חנות אל אם קפץ באף רחמיו סלה, פירוש ששכח החנינה הנגלית והנראה בעליל, כי אם הטמין הרחמים באפו וברחמיו יקצוף ליסרנו, אמנם כבר לקחנו מוסר לקינו כפלים יוסף ה' לרצות עוד יקרב פזורנו, יקבץ גליותינו, ינחנו במעגל הצדק והשקט, דודינו ירענו יביאנו אל הר קדשנו, תשמח ציון תגל ירושלים, במהרה בימינו אמן סלה.

שמעתתא א

נושא

בו יבואר ספיקא דאורייתא באיסורין, ספק טומאה ברה"י ורה"ר, ספק ספיקות

פרק א

נקטינן ספיקא דאורייתא לחומרא ודעת הרמב"ם בחיבורו הגדול בכמה מקומות דאינו לחומרא אלא מדברי סופרים, ודבר תורה כל הספיקות שריא וכן דעת הראב"ד והרמב"ן והרשב"א חולקין בזה והוכיחו דזה שאמרו ספיקא דאורייתא לחומרא מן התורה הוא והפר"ח ביו"ד האריך בזה עיי"ש בסימן ק"י.

אכן מ"ש הפר"ח ז"ל, וכן מספק טומאה ברה"ר דספיקו טהור ליכא למידק מיניה כסברת הרמב"ם, דאיכא למימר דשאני התם דאית ליה חזקת טהרה והעמידנו על חזקתו וגם ליכא למימר דתיקשי ליה להרמב"ם מספק טומאה ברה"י דספיקו טמא, דהא אף לדעת הרשב"א תיקשי קרא גבי טומאה למה לי, אלא איצטריך דלא תימא אוקי אחזקתו וטהור הוא, קמ"ל דהוי גזירת הכתוב דאף דאיכא חזקת טהרה ברה"י טמא וא"כ גם לדעת הרמב"ם, אף ע"ג דכל ספק שריא רחמנא הכא גבי ספק טומאה ברה"י הוי גזירת הכתוב דספק טמא כו' ואי קשיא לך דנילף מסוטה שאסורה מספק לא תיקשי דשאני התם דרגלים לדבר, עכ"ל.

והנה מ"ש הפר"ח דמספק טומאה ברה"ר ליכא למילף דשאני התם דאיכא חזקת טהרה מבואר בכמה מקומות בש"ס דברה"ר ספיקו טהור אף על גב דליכא חזקת טהרה, וכמבואר בתוספות ריש נדה [ד"ה והלל] ובפ"ק דחולין דף ט. [ד"ה התם] עיי"ש, אלא דגזירת הכתוב הוא בטומאה לטהר ברשות הרבים ואין למידין איסור מטומאה ומה שכתב וכן מספק טומאה ברה"י לא תקשי להרמב"ם כו', בלאו הכי לא קשה דאף על גב דכל הספיקות מן התורה מותר, גבי סוטה אינו משום ספק אלא דהכתוב עשאו ברה"י לספק כודאי והלכתא גמירי לה מסוטה שיהיה טומאה ודאית ומה שכתב ואי קשיא לך דנילף מסוטה כו' דשאני סוטה דרגלים לדבר, ולפי דבריו תקשי דכל הספיקות שמטמאין ברה"י וכולן מסוטה למדנו כדאיתא בש"ס, והיכי מצי למילף מסוטה כיון דשם רגלים לדבר אלא דלהכי לא ילפינן מסוטה, דהתם גזירת הכתוב בטומאה ואיסור מטומאה לא ילפינן והא דכתב הרמב"ם פרק י' מאבות הטומאה דספק מותר כי היכי דספק טהור ברשות הרבים, ומזה מפרשי קצת מקמאי דעת הרמב"ם דסבירא ליה ספק מן התורה מותר משום דיליף לה מרה"ר אף על גב דהוא איסור מטומאה, יתבאר אצלנו לקמן פרק י"א עיי"ש.

והקשו להרמב"ם ספק ממזר דכתב רחמנא להתירא כדאיתא פרק עשרה יוחסין, וקרא למה לי כיון דכל הספיקות אינו אלא מדבריהם ומוהרי"ט תירץ דכי שריא רחמנא ממזר, לגמרי שריא שיהיה בתורת ודאי ולא בתורת ספק, ונ"מ שיהיה מותר בבת ישראל ובממזרת בבת אחת אע"ג דהוי תרתי דסתרי עיי"ש וקשה דא"כ תרי קראי למה לי חד למשרי ממזר בשתוקית וחד למשרי שתוקי בישראל, ע"ש פרק עשרה יוחסין, דהא מחד קרא נפקא ליה, כיון דלהתיר ממזר בשתוקית או להתיר שתוקי בישראל קרא לא צריך, דכל הספיקות מותר, אלא להתירו בבת ישראל ובממזרת, ואם כן מחד קרא נפיק ליה תרתי ושתים זו שמענו ובחידושי פני יהושע פרק עשרה יוחסין כתב ליישב דהא דכתב רחמנא להתיר ספק ממזר, היינו דאפילו היכא דאיכא רובא לאיסורא, והביא ראיה ממה שכתב הפר"ח דאצטריך למשרי ספק ממזר אפילו היכא דאיכא חזקה, כגון בספק גירושין דאיכא חזקת אשת איש, וא"כ הוא הדין היכא דאיכא רובא, עי"ש.

ולענ"ד היכא דאיכא רובא ודאי אזלינן בתרה אפילו בספק ממזר דבפ"ק דחולין שם מנלן דאזלינן בתר רובא, אתיא ממכה אביו ואמו דלמא לאו אביו הוא עיי"ש, הרי דהא דמחזיקין בתר אבוה אינו אלא משום רוב או משום חזקה, ואי נימא דרובא וחזקה לא מהני בספק ממזר א"כ לא משכחת קהל ודאי ולכן נראה דהיכא דאיכא רובא או חזקה אזלינן בתרה, והפר"ח נמי לא מיירי מחזקה גמורה, דכל היכא דאיכא חזקה גמורה הוי

ליה ממזר ודאי, אלא מיירי בספק גירושין באופן דחזקת אשת איש איתרע, וספק זה אסור מן התורה ומשום דאיקבע איסורא, וכמ"ש הרמב"ם פ"ח משגגות דמביאין אשם תלוי על חתיכה משתי חתיכות ועל אשה שנתגרשה ספק גירושין ע"ש, ובע"כ התם חזקת אשת איש איתרע, דאי מיירי באופן דלא איתרע א"כ בחטאת קאי, אלא באופן דאיתרע לחזקת אשת איש, ומייתי אשם תלוי משום דאיקבע איסורא אסור מן התורה.
ואם כן שפיר כתב הפר"ח דמשכחת ספק ממזר מספק גירושין, דכהאי גוונא בעלמא אסור משום איקבע איסורא ובספק ממזר מותר, אבל היכא דאיכא חזקה ודאית שלא נתגרשה או רובא, כהאי גוונא לאו ספק הוא ואף על גב דהפר"ח נקט בלשונו ספק ממזר הבא מאשת איש שנתגרשה ספק גירושין דאית לה חזקת איסור דבעלמא כהאי גוונא אסור ע"ש, לאו דוקא, דאין צריך חזקה ודאית, אלא אפילו איתרע נמי בעלמא אסור וכמ"ש דאיקבע איסורא ומביאין עלה אשם תלוי וכן כתבו תוס' פ"ב דכתובות דף כ"ב ד"ה הבא עליה באשם תלוי ע"ש, דספק גירושין איקבע איסורא.
ובתוס' פרק לא יחפור (בבא בתרא דף כ"ד) ד"ה לימא משום דסבר כר' חנינא ז"ל, וליכא למימר דשריא משום דספק ערלה בחוץ לארץ מותר, דהא אי לית ליה כר' חנינא אלא רוב וקרוב אזלינן בתר קרוב, אם כן הוי ודאי ערלה עכ"ל ומבואר דאפילו היכא דהתורה התירה את הספק, מכל מקום אם הוא קרוב או רוב הוי ליה ודאי וה"ה חזקה והפר"ח לא מיירי מחזקה אלא מספק, ובעלמא אסור משום איקבע איסורא וכמ"ש.
אלא דלפי זה איכא למידק, כיון דהבן מעולם לא היה לו חזקת איסור ולא איקבע איסורא אלא באמו, ומשום דנתגרשה ספק גירושין ועד הנה היתה בחזקת איסור הו"ל איקבע איסורא, וא"כ בשלמא אם היתה ודאי בחזקת איסור אשת איש, א"כ חזקת האם מועיל לבת וכמ"ש הפר"ח שם ע"ש, אבל אי נימא דלא מיירי מחזקה ממש אלא מאיקבע איסורא, א"כ אינו מועיל איקבע איסורא דאם לולדה, כיון דאיקבע איסורא אינו אלא ספק, ובדידה דאיקבע איקבע והבא עליה באשם תלוי, אבל בולדה דלא איקבע אינו מועיל לבת, ומשום דחזקה דהוי לה כודאי אם כן מהני גם לולדה, כיון דעשאו כודאי מכריח הספק להיות כמותו, ומשום הכי אמרו מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה ועמ"ש בשמעתא ד' פ"ד אבל אי נימא דחזקת אשת איש איתרע ואינו אלא איקבע איסורא, ובזה נראה דאיקבע איסורא דאם אינו מועיל לבת, כיון דאינו אלא ספיקא ולולד הא לא איקבע, ואם כן קרא למה לי ובפרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ב) [ב'] ת"ר גר נושא ממזרת דברי ר' יוסי ר' יהודה אומר גר לא ישא ממזרת, מ"ט דר' יוסי חמשה קהלי כתיבי כו', וחד למשרי ממזר בשתוקי וחד למשרי שתוקי בישראל וקהל גרים לא איקרי קהל,

ורי יהודה תלתא קראי כתיבי, חדא לכהנים לוים וישראלים ומחד קהל נפקא שתוקי בישראל וממזר בשתוקי וחד מיותר לקהל גרים, עיי"ש.
וקשיא לן בדברי מוהרי"ט שמתרץ דאצטריך למשרי ספק ממזר בתורת ודאי ושיהיה מותר בישראלית ובממזרת, דאם כן תרי קראי למה להתיר בישראלית ובממזרת כיון דמחד קרא תרתי נפקא ליה וכמ"ש ויש ליישב דרי יוסי לטעמיה דס"ל בכריתות דף כ"ג דלא בעינן באשם תלוי חתיכה אחת משתי חתיכות עיי"ש, ומאן דסובר דלא בעינן איקבע איסורא, סבירא ליה דספק אסור מן התורה, וכמו שכתב המוהרי"ט דמחלוקת התנאים באשם תלוי אי בעינן חתיכה משתי חתיכות פליגי בזה, דלמ"ד מביאין אשם תלוי על חתיכה אחת, סבירא ליה דספק אסור מן התורה, ומ"ד משתי חתיכות ובעי איקבע איסורא, ס"ל דהיכא דלא איקבע מותר מן התורה, ומשום הכי ליכא אשם תלוי כיון דהוא מותר לאוכלו עיי"ש, ואם כן לרי יוסי שפיר איצטריך תרי קראי, דמחד קרא לא נפקא תרווייהו כיון דלדידיה סבירא ליה דספק אסור מן התורה, ואם כן ר' יוסי דבעי תרי קראי לטעמיה אזיל וכמ"ש.
אלא דאכתי תיקשי בהא דקיי"ל כרי יוסי דגר נושא ממזרת וכמ"ש הרמב"ם פי"ח מאיסורי ביאה, ואם כן לדידן נמי צריך תרי קהלי, ולפי מ"ש המוהרי"ט מחד קהל נפקא תרווייהו וכמו שכתבתי, דהא לדידן ספק מותר מן התורה ולא צריך קרא להתיר בישראלית לחודיה, ועמ"ש בזה שמעתא ב' פט"ו.

פרק ב

ועיקר נראה דאיצטריך למשרי ספק ממזר בנתערב במחבואה ממזר בולד כשר, דכהאי גוונא בעלמא אסור דאיקבע איסורא ובממזר ספיקו מותר, ובמשנה למלך פרק ט"ו מאיסורי ביאה כתב דאף על גב דספק ממזר שרי, מכל מקום ממזר שנתערב לא שריא, כיון דבכהאי גוונא מביאין אשם תלוי ובספק אחד אין מביאין אשם תלוי ע"ש ואין דבריו מוכרחין דמה בכך דמביאין אשם תלוי, כיון דמידי ספיקא לא נפקא, והתורה אמרה ממזר ודאי ולא ממזר ספק וזה ספק הוא.
והרמב"ם (פט"ו מהל' איסורי ביאה ה"י), שלשה ממזרים, ממזר ודאי וממזר ספק הבא מספק קידושין או מספק גירושין וממזר מדברי סופרים ע"ש. ואע"ג דבספק גירושין מביאין אשם תלוי וכמ"ש הרמב"ם משגגות (פ"ח מהל' שגגות ה"ג), ואפילו הכי הוי ליה ספק ממזר ומיהו לפי מה שכתבתי בפרק א' דספק גירושין אינו חזקה ודאית, אלא באופן דחזקת אשת איש איתרע ולא הוי אלא איקבע איסורא, ונהי דבה איקבע בבן לא איקבע ולא מהני איקבע דאם לולדה ע"ש, א"כ שפיר יש לומר דאיקבע איסורא

דבן גופיה אסור מן התורה, אלא דמסברא אית לן למימר כיון דאינו אלא ספק, אפילו איקבע איסורא, כיון דהוא ממזר ספק והתורה אמרה ממזר ודאי ולא ממזר ספק, וכן מצינו בערלה דהלכה ספיקו בחוץ לארץ מותר, ואפילו באיקבע איסורא בגינה נמי מותר וכדתנן יורד ולוקט, ע"ש.

וניחא הא דמקשו בש"ס פרק עשרה יוחסין (קידושין דף עג.) מפני מה אסרו שתוקי ולהרמב"ם דכל הספק מותר מן התורה ואפ"ה חכמים אסרו, ומאי קושיא טפי בשתוקי וע"ש בחידושי הרשב"א שהוכיח מזה דלא כהרמב"ם ולפי מ"ש דאצטריך ספק ממזר להתיר אפילו בספק שנתערב דכה"ג איקבע איסורא, וכיון דהתורה התירה אפילו באיקבע משא"כ בכל הספיקות דאסור באיקבע, א"כ מ"ט אסרו שתוקי כיון דזה לאו בכלל הספיקות אלא אפילו באיקבע התירה התורה, וחזינן בערלה הלכה בחו"ל ספיקו מותר ולא אסרו חכמים, ומשום דיצא מכלל שאר ספיקי תורה כיון דמותר אפילו באיקבע וכמ"ש.

והר"ן כתב סוף פרק האשה נקנית בהא דאמרו ערלה בחוץ לארץ הלכה ודאן אסור וספיקן מותר וכתב עלה ז"ל, ויש מי שהוכיחו מזה דכל הספיקות מן התורה אסור, דאל"כ למה לי הלכה לספיקן מותר, ואינו הוכחה דבכולהו ספיקי אע"ג דמותר מן התורה, מ"מ מי שיודע האיסור אסור ליתן לחבירו שאינו יודע, דעובר אלפני עור, ובערלה בחוץ לארץ הלכה דספיקן מותר ומותר לספוקי אהדדי כדאיתא פרק האיש מקדש עכ"ל והיינו דאמרו שם דף ל"ט רב אויא ורבה בר רב חנן מספקי ספוקי להדדי ע"ש.

אמנם קשיא לי בהא דמספקי אהדדי, דהא כיון דודאן אסור בהנאה, א"כ כי יהיב חד לחבריה איהו ידע שערלה אסור לאתהנויי ביה, ומידי דאסור בהנאה אסור ליתן לחבירו אפילו מותר לחבירו, ואפילו במתנת חנם אסור למיתביה וכמבואר בתוס' פרק כל שעה (פסחים דף כ"ב) ד"ה ואבר מן החי לבן נח, ע"ש שכתבו לאסור ליתן דבר האסור בהנאה אפילו בחנם מפני שמקבלו מחזיק לו טובה ע"ש, וא"כ נהי דחבריה דלא ידע ביה מותרת היא לו, אבל הנותן שיודע בודאי שהוא ערלה היכי מתהני ביה, וצ"ע.

והרמב"ם והטור לא הביאו כלל הך דיכול לספוקי אהדדי, וכתב הב"י ביו"ד סי' רצ"ד דס"ל דהנך רבנן דמספקי אהדדי ס"ל כמ"ד הלכות מדינה, אבל למ"ד הלכה למשה מסיני אסור לספוקי אהדדי ע"ש ולפי מ"ש מוכרח הדבר, דודאי למ"ד הלכה למשה אסור לספוקי אהדדי משום דמתהני נותן, אבל כיון דאינו אלא הלכות מדינה הקילו בו וא"כ לפ"ז לדעת הרמב"ם דלא הביאו להך דמספקי אהדדי תו ליכא למימר כתירוץ

הר"ן, והדרא הקושיא לדוכתיה דלמה לי הלכה להתיר ספיקו ולפי מ"ש איצטריך להיכא דאיקבע איסורא דאפילו ערלה בגינה יורד ולוקט כל שהוא ספק.
ועוד דערלה אפילו חתיכה אחת חשיב איקבע איסורא, כיון דקודם שלש שנים אסור, והשתא דמספקא לן אם הותרו ע"י שלש שנים הו"ל איקבע איסורא, וכמו בספק גירושין דהבא עליה באשם תלוי ומשום דעד הנה אסור היה, וכמו כן באילן קודם שלש שנים אסור היה אלא דלפי מ"ש בפרק א' דגבי בן לא חשיב איקבע איסורא ולא מהני איקבע איסורא דאם לבת, אם כן הכי נמי אלו הפירות לא הוו איקבע איסורא, דאע"ג דאילן איקבע אבל פירות לא הוקבעו באיסורא.
ולפי מה שמבואר אצלינו בשמעתא ג' פרק י"ג דספק בשנים הוי ליה חזקה מעליא, ואף ע"ג דעשוי להשתנות דהא סופו ליגדל, מכל מקום מוקי ליה בחזקת קטנות וע"ש, וכיון דהיכא דאיכא חזקה או רובא לא מקרי ספק וכמ"ש בפרק א' וע"ש, וא"כ ספק ערלה, כיון דנסתפקנו אם היא בת שלש או לא, נימא אוקי אחזקתו ועדיין אינה בת שלש, וכיון דאילן אית ליה חזקה מהני חזקתו גם לפירות וכמו דמהני חזקת האם לבת, וצ"ע.

פרק ג

אמנם נראה להוכיח כשיטת הרמב"ן והרשב"א דספק אסור דבר תורה, מהא דפריך פרק קמא דמציעא בהא דתנן הספיקות נכנסין לדיר להתעשר, אילימא ספק בכורות יהיה קדוש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש, אלא ספק פדיון פטר חמור וע"ש, ואי נימא דספק מותר מן התורה, א"כ ספק בכור מותר בגיזה ועבודה כחולין גמור והיכי ה"ל קדוש כבר, ואף ע"ג דעשירי ודאי ולא עשירי ספק, הא ודאי בכור נמי אינו פטור ממעשר אלא משום דבעינן יהיה קדוש ולא שכבר קדוש, ואם ספק אינו קדוש מן התורה ויוצא לחולין ולגיזה ועבודה ואם כן כודאי חולין הוא, אלא ע"כ דספק אסור מן התורה והו"ל קדוש מספק, ומשום הכי פריך שפיר יהיה קדוש ולא שכבר קדוש וזה שקדוש מספק הוי ליה עשירי ספק, וזה נראה ראיה ברורה.
ועיין בתשובת הר"ן סי' נ"א במי שנדר שלא לאכול בשר ביום פסח, דאין להתיר הנדר עד שיחול ויגיע יום הנדר ונסתפק שם אם יכול להתיר בבין השמשות, והעלה דתליא במחלוקת הרמב"ם והרשב"א, דאי נימא ספק מן התורה מותר, אם כן עדיין לא חל הנדר כלל, ולדעת הרשב"א מיקרי חל הנדר ע"ש ואם כן הכא נמי, אם ספיקא דאורייתא מותר מן התורה, א"כ אינו חל קדושה כלל וה"ל חולין גמורים, ואם כן מאי פריך יהיה קדוש ולא שכבר קדוש.

ונראה ליישב לפי מה דאיתא שם בש"ס פרק קמא דמציעא דף ו' בהא דבעי לה את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו, הקדישה בלא תקפה מהו, כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמאן דתקפה דמי כו', ופשיט לה מדתנן ספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה הממע"ה, ותני עלה אסורין בגיזה ועבודה, והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו דקתני הממע"ה וכי לא תקפו אסורין בגיזה ועבודה, ודחי לה רבה קדושת בכור קא אמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו ואפ"ה אסורין בגיזה ועבודה דקדושה הבאה מאליה שאני וע"ש בשיטה מקובצת דמפרש לה דפשיט מהא דתקפו כהן אין מוציאין מידו דמש"ה אסור בגיזה ועבודה, דכיון דיש לכהן חלק בו כל כך דאם תקפו אין מוציאין מידו, לכך חל ההקדש ואסור בגיזה ועבודה וע"ש.

ודעת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין וכמ"ש בפ"ה מהלכות בכורות ע"ש, ומשו"ה אסור בגיזה ועבודה מן התורה דהקדש הוי ליה כתוקפו, ואם כן שפיר פריך אילימא ספק בכורות יהיה קדוש ולא שכבר קדוש, אבל דעת הרמב"ן והרשב"א ותוס' והרא"ש דתקפו כהן מוציאין אותו מידו, וא"כ הא דאסור בגיזה ועבודה אינו אלא משום דקדושה הבא מאליה שאני, וא"כ אינו אלא ספק איסור, ואי נימא דמן התורה מותר, א"כ אינו קדוש כלל כיון דיוצא לחולין ולא הוי עשירי ספק אלא עשירי ודאי אלא ע"כ מוכרח כשיטתם דספק אסור מן התורה, והוי ליה עשירי ספק דכבר קדוש מספק, ודו"ק.

וביבמות דף פ' איתמר, אכל חלב מבן י"ב ויום אחד עד בן שמנה עשר שנה ונולדו בו סימני סריס ולאחר מיכן הביא שתי שערות, רב אמר נעשה סריס למפרע ושמואל אמר קטן היה באותה שעה והקשו התוס' [ד"ה נעשה סריס] דהא ה"ל התראת ספק, וכתבו דלא הוי התראת ספק, דהשתא מיהא איגלאי מילתא שהיה גדול למפרע וע"ש ולשיטת הרמב"ם דספק מותר מן התורה, א"כ היכי משכחת לה למלקות, כיון דעכשיו ספק הוא ומותר לאכול חלב מן התורה וזכאי ורשאי באכילתו, א"כ נהי דאח"כ איגלאי מילתא שהיה גדול למפרע, כיון דבדין לא אכל חלב למה ילקה.

ומיהו גם לשיטת הרמב"ן והרשב"א דס"ל אסורין כל הספיקות מן התורה נמי קשה, דהא בתר רובא ודאי אזלינן ורוב קטנים לאו סריסין הן, ואפילו בת ל"ו שנה כל זמן שלא הביאה שערות ואינה בת קידושין מן התורה ולא חיישינן לסריס ואיילונית, וא"כ כל זמן שלא הביא שתי שערות מותר היה באכילת חלב, א"כ למה יתחייב מלקות, כיון דבדין קא אכיל אנוס הוא ובתוס' ריש פרק החולץ ד"ה ונמצאת מעוברת ז"ל, בחולץ תוך ג' איירי דומיא דסיפא דהכונס יבמתו דאיירי תוך ג', דאי לאחר ג', אמאי חייב קרבן כיון

דרוב נשים עוברן ניכר לשלש וזו הואיל ולא הוכר עוברה מאי הוי ליה למיעבד, וכה"ג אמרינן בשבועות דף יח פרט לאנוס גבי שלא בשעת וסתה עכ"ל, ע"ש דף ל"ה.
ונראה לפי זה דאיתא בפרק יוצא דופן (נדה דף מ"ו) [א'] דגבי איסור דאורייתא אמרינן משהגיעה לכלל שנים הביאה שערות, ואפילו לא נמצאו אמרינן שמא נשרו ע"ש, וא"כ לא היה רשאי לאכול, דכיון דהגיע לכלל שנים חיישינן שמא נשרו אבל לדעת הרמב"ם דספק מותר מן התורה, וכל שלא באו השערות אינו אלא ספק שמא נשרו, ועמ"ש בשמעתא ה' פי"ג, וא"כ בדין קא אכיל והתורה התירו, וא"כ למה יתחייב מלקות למפרע על אכילתו ברשות התורה.
ואפשר כיון דעכ"פ מדרבנן אסור, דהא ספק אסור מדבריהם וחיישינן שמא נשרו, א"כ י"ל הא דפליגי רב ושמואל אם נעשה גדול למפרע, לאו למלקות הוא אלא לחטאת, וכיון דאסור עכ"פ מדרבנן, תו לאו אנוס מיקרי ומחוייב חטאת כשנתברר שהיה גדול למפרע, וכדמוכח פרק ידיעות הטומאה גבי אשה שאמרה נטמאתי דחייב חטאת, ופריך והא אנוס הוא, ומשני בסמוך לוסתה ע"ש, וקיי"ל וסתות דרבנן אלא כיון דמדרבנן אסור תו לאו אנוס הוא מיהו לחטאת שפיר מצינו למימר כל שאין אנוס גמור ועכ"פ מדרבנן אסור, תו לאו אנוס מיקרי וכל שנתברר איסורו חייב חטאת, אבל למלקות לא יתכן לחייבו מלקות על ידי איסורו מדרבנן, כיון דמן התורה מותר לו לאכול אם כן אינו ראוי לעונש מלקות, וכיון דמפרשי תוספות למלקות, נראה דס"ל דספק אסור מן התורה, ולא היה רשאי באכילתו מספק שמא נשרו דהוא ספק תורה, וכמ"ש שם בשמעתא ה' פרק י"ד ע"ש, משום הכי כשנתברר אחר כך לקי עלה.
ובמוהרי"ט ופר"ח חקרו בדעת תוספות אי ס"ל כדעת הרמב"ם או כדעת הרשב"א (והר"ן) [והרמב"ן] ולענ"ד נראה מוכרח מזה דמפרשי למלקות דס"ל דספק אסור מדאורייתא, דאם היה מותר באכילת חלב מן התורה, לא לקי כשנתברר אח"כ שהיה גדול, כיון דבדין תורה זכאי ורשאי באכילתו, ודוק.
והנה נראה דהרמב"ם לשיטתו מוכח דספק מן התורה שריא דכתב הרמב"ם בספר המצוות שורש א' ז"ל, כי כל מה שצונו חכמים לעשותו וכל מה שהזהירנו ממנו, כבר צווה משה רבינו ע"ה בסיני שהוא צונו לעשותו, והוא אומרו על פי התורה אשר יורוך וגו', והזהירנו ית' מעבור דבר מכל מה שתקנו אותו או גזרו ואמר לא תסור וגו' עכ"ל.
והקשה הרמב"ן כיון דכל איסורי דרבנן בכלל לא תסור הוא, אם כן איך הקילו באיסורי דרבנן לומר ספיקא דרבנן לקולא, כיון דכל מה שאמרו חכמים הרי הוא מן התורה בכלל לא תסור וע"ש ובספר זהר הרקיע כתב ליישב שכך הורשו מאת מתקני התקנות

ללכת בהם לקולא, כדי להפריש ביניהם לד"ת ע"ש ובזה יתיישבו כל הקושיות שהקשה הרמב"ן שם על הרמב"ם.

והרמב"ן בהשגות שם הזכיר עוד אחת, והיא מהא דאמרו בפלוגתא דדבר תורה הלך אחר המחמיר ובדברי סופרים הלך אחר המיקל ע"ש ובזה אינו עולה דברי זהר הרקיע, דבשלמא בספיקא דגוף המעשה, איכא למימר דכך הורשו מאת מתקני התקנות שלא ייאסר אלא בודאי אבל לא מספק ולא גזרו כלל בספק, אבל במחלוקת השנויה בדברי סופרים, דלדברי המחמיר והאוסר לא הורשה להקל לזה שיסתפק בדינם, כיון דהם יודעים שאסור בודאי, וא"כ מאן שרי ומאן מחיל איסור לאו דלא תסור ולכן מוכרח שיטת הרמב"ם דכל הספיקות מדבריהם, אבל מן התורה כל הספיקות מותר, משום הכי כשנסתפק אם אסרו חכמים בזה, כגון מחלוקת בדברי סופרים, ליכא לא תסור, כיון דספק מן התורה שריא, ומדרבנן לא גזרו בספיקות אלא בדאורייתא דוקא ולא בדבריהם, ודוק.

פרק ד

ואחר העיון בזה נראה דהוא מחלוקת ביני אמוראי בש"ס דילן אם ספק אסור מן התורה בפרק קמא דחולין דף ט, בעי מניה ר' אבא מרב הונא בא זאב ונטל בני מעיים מהו מי חיישינן שמא במקום נקב ניקב, א"ל אין חוששין שמא במקום נקב ניקב, איתיביה ראה צפור המנקר באבטיח חוששין שמא במקום נקב ניקב, א"ל מי קמדמית איסורא לסכנתא סכנה שאני, א"ל רבא מ"ש ספק סכנה לחומרא ספק איסורא נמי לחומרא, א"ל אביי ולא שאני בין איסור לסכנה, והא אילו ספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור ואילו ספק מים מגולים אסורין, א"ל התם הלכתא גמירי לה מסוטה מה סוטה ברה"י אף טומאה ברה"י ופירש"י הלכתא גמירי לה מסוטה דברה"ר ספיקו טהור וגזירת הכתוב הוא, דהא ברשות היחיד לחומרא אזלינן וכל ספק דאיסורא נמי בעי למיזל לחומרא שמא יעבור עכ"ל מתיב רב שימי בר רב אשי שרץ בפי חולדה וחולדה מהלכת ע"ג ככרות של תרומה ספק נגע ספק לא נגע ספיקו טהור ואילו ספק מים מגולין אסורין, התם נמי הלכתא גמירא לה מסוטה, מה סוטה דבר שיש בה דעת לישאל אף הכא נמי דבר שיש בו דעת לישאל. וכל הרואה יתפלא במה דרצו אביי ורב שימי להוכיח דחמירא סכנתא מאיסורא מהא דספק טומאה ברשות הרבים ודבר שאין בו דעת לישאל דעל כרחך אינו אלא מצד גזירת הכתוב, דאי לאו מסוטה גמרינן אם כן ודאי לית לן להתיר ספיקות כיון דספיקא דאורייתא לחומרא, וכי פליגי הני אמוראי ולית להו הך דספיקא דאורייתא לחומרא.

ולכן נראה דאביי ורב שימי סוברים דכל הספיקות אינו אלא מדבריהם, ומסוטה לא יליף אלא לטמא ברשות היחיד, אבל טהרה ברשות הרבים או בדבר שאין בו דעת לישראל דספיקו טהור, לאו מסוטה גמרינן אלא משום דכל הספק מדבריהם ולא גזרו בהנך, וכמ"ש הרמב"ם פרק ט"ז מאבות הטומאה ז"ל, ספק טומאה ברשות הרבים דכל הספיקות מדבריהם ע"ש, ומשום הכי הוכיח אביי דחמירא סכנתא מאיסורא, דהא ספק טומאה ברשות הרבים ספקו טהור וע"כ משום דספק מותר מן התורה ולא חיישינן שמא יעבור, דאפילו אם יעבור ליכא איסור כיון דספק מותר מן התורה, אבל בסכנתא ספיקו להחמיר דאם יעבור במקום סכנה אין לו מציל, וא"כ מוכח דחמירא סכנתא מאיסורא ורבא דחי לה דהתם הלכתא גמירי, וס"ל דספק איסור נמי מן התורה לחומרא, ורשות הרבים דספק טהור היינו מסוטה ילפינן לטהר, וכמו כן הוכיח רב שימי דספיקות מדבריהם מדבר שאין בו דעת לישאל, וסבירא ליה דטהור משום דכל הספיקות מדבריהם, ומן התורה אינו אלא איסור ודאי וספק מותר מן התורה, אבל בסכנה, כל שספק סכנה הוא, בנפשו הוא אם יעבור, ודחי לה נמי התם מסוטה יליף לטהר.

ולפי זה אביי ורב שימי בחדא שיטה דכל הספיקות מדבריהם, וקיי"ל כאביי ורב שימי דחמירי סכנתא מאיסורא ולא כרבא, דהא לרבא בריאה חיישינן נמי שמא במקום נקב ניקב ולא ס"ל כרבא, ואם כן לא הוי גזירת הכתוב בטומאה אלא ברשות היחיד, אבל ברה"ר דטהור וכן בדבר שאין בו דעת לישאל הוא משום דכל הספיקות שרי מן התורה, ומשום הכי כתב הרמב"ם בפרק ט"ז מאבות הטומאה דספק טומאה ברשות הרבים דטהור משום דכל הספיקות מדבריהם, ולאו מסוטה גמיר לה אלא משום דפוסק כאביי ורב שימי וכמ"ש.

וניחא בזה ליישב מה שהקשו להרמב"ם דס"ל כל הספיקות מדבריהם, מהא דאמרינן פרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ג) אמר רבא דבר תורה שתוקי כשר מכל מקום ממזר ודאי כו', ומפני מה אמרו שתוקי פסול כו', ומאי קושיא, כיון דחכמים הוא דהחמירו בכל הספיקות, ועמ"ש בפרק ב' ולפי מ"ש דרבא ס"ל דכל הספק מן התורה, וס"ל דספק ברשות הרבים דטהור אינו אלא משום דיליף מסוטה לטהר, אם כן ממזר ודאי ולא ממזר ספק התורה חדשה, מה שאין כן בכל התורה ספק אסור לרבא לטעמיה, ומשום הכי אמר מפני מה אמרו שתוקי פסול.

והרשב"א בחידושיו פ"ק דחולין כתב שם בסוגיא הנזכר, בהא דס"ל לאביי להוכיח ספק להקל מטומאה ברשות הרבים, ע"ש בשם רבינו הרב ז"ל דס"ל לאביי דטומאה ברשות היחיד הוא דילפינן מסוטה, אבל ברשות הרבים דטהור לאו מסוטה גמרינן אלא משום

דכל ספיקות מותרין, ס"ל לאביי באיסור שתלוי במקרה הבא לו אע"פ שאין שם חזקת טהרה, וכהאי דמקואות במקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשו על גביו למפרע ברשות הרבים טהורות לר' שמעון ואע"פ שאין שם חזקת טהרה, שאם אתה אומר העמד מקוה על חזקתו והשתא הוא דחסר, אדרבא העמד טמא על חזקתו ואימר לא טבל, וחתיכה ספק חלב ספק שומן שהיא אסורה, שאין הספק תלוי במעשה אלא מעולם חתיכה זו היתה או חלב או שומן ולא ידענו לה היתר מעולם, ואינו דומה לספק טומאה ברשות הרבים שאנו מסופקים אם נתחדשה שם טומאה, וכן במקוה שאנו מסופקים בשעה שעשו טהרות על גביו אם כבר נתחדש שם מקרה וחסר, ואמר ליה רבא התם ספק טומאה ברשות הרבים דטהור אע"פ שאין שם חזקת טהרה, לאו מדינא הוא אלא מהלכתא גמירי לה מסוטה, ע"ש.

ומבואר מדברי הרשב"א דגם הוא מפרש פלוגתייהו בספיקא דאורייתא אם אסור מן התורה, אלא דהוא מפרש לה בספק הבא מחמת מקרה, אבל בספק שהוא בתולדה לכו"ע מודה דאסור מן התורה, דאשם תלוי הבא על הספק מוכח דאסור, וס"ל להרשב"א דתנאי דפליגי באשם תלוי, לא פליגי אלא לאשם אם בעינן חתיכה אחת משתי חתיכות, אבל לאיסור מן התורה לכו"ע אפילו בחתיכה אחת ונמצינו למדין כלל מחודש מדברי הרשב"א, דאע"ג דהוא ס"ל דכל הספיקות אסור מן התורה, היינו דוקא ספק הבא בתולדה, אבל ספק הבא במקרה שנתחדש, אע"ג דאין לו חזקה נמי מותר מן התורה וכבר כתבנו דקיי"ל כאביי ורב שימי ודלא כרבא דס"ל בריאה נמי חוששין שמא במקום נקב ניקב.

וניחא בזה ליישב מה שהקשה המוהרי"ט לשיטת הרשב"א דספק אסור מן התורה, מהא דתניא בתו"כ לה יטמא, מטמא הוא על הודאי ואינו מטמא על הספק, ואיצטריך קרא למעוטי ספיקא, הא בלא"ה כל הספיקות אסורין מן התורה, ע"ש.

והפר"ח תירץ דאיצטריך קרא לספק מגורשת דאית לה חזקת אשת איש, מהו דתימא ליטמא לה ע"ש וכבר כתבנו בפ"א דכל היכא דאית חזקה או רובא או קרוב, הו"ל ודאי ולא ספק ולפי מה שכתב מיירי באופן דליכא חזקת אשת איש, וכגון דאיתרע חזקת אשת איש ע"י גט ספק קרוב לה, והו"ל ספק הבא מחמת מקרה שנתחדש דכה"ג ספק מותר, קמ"ל גבי כהן לה יטמא ואינו מטמא על הספק.

אלא דאיכא למידק לפ"ז בדברי הרשב"א שכתב להוכיח דספק אסור מן התורה, מהא דאמרו פ"ק דחולין מנ"ל דאזלינן בתר רובא ובעי למיפשט מפסח ועולה וניחוש שמא

ניקב קרום של מוח, ואי נימא דספק מותר מן התורה, אינו מוכח דאזלינן בתר רובא, ע"ש בחידושיו פרק עשרה יוחסין.
ואפשר דהתם קאמר וניחוש שמא ניקב קרום של מוח בתולדה, והו"ל כמו חתיכה ספק חלב דאסור מן התורה לדעת הרשב"א אך קשה בהא דמייתי שם מפרה אדומה דאזיל בתר רובא, הא פרה בת שתים וע"כ דלא נולדה טריפה מבטן מדחייתה שתי שנים, וע"כ צריך לומר אימר אחר כך נעשית טריפה, וא"כ הו"ל ספק הבא מחמת מקרה שנתחדש וזה מותר מן התורה מיהו יש לומר כיון דבפרה איכא חזקת טומאה וראוי לומר העמד טמא על חזקתו, וחזקת פרה שחייתה שתי שנים לאו חזקה היא, וכמ"ש תוס' שם [ד"ה אתיא] דר"ל חזקה שלא נתבררה, וא"כ אי לאו דאזלינן בתר רובא, הו"ל למיחש אפילו לספק הבא מחמת מקרה ומשום דאיכא חזקת טומאה, ודוק.

פרק ה

איברא לענ"ד הקלושה והרטושה נראה מוכח כדברינו לפרש דפליגי אביי ורב שימי ורבא בספיקות דאורייתא, ולאו דוקא בספק הבא מחמת מקרה, דאי נימא דלא פליגי אלא בספק שנתחדש מחמת מקרה אבל ספק הבא בתולדה לכו"ע אסור, א"כ תיקשי למ"ד ספק הבא מחמת מקרה שנתחדש מותר מן התורה, הא דתניא פ"ק דנדה דף י"ד נמצא על שלה לאחר זמן טמאין מספק וחייבין באשם תלוי, ואמרינן עלה ותנא דידן מ"ט לא תני אשם תלוי, בעינן חתיכה אחת משתי חתיכות ואי נימא דספק הבא מחמת מקרה מותר מן התורה ואפילו היכא דליכא חזקה, א"כ הא דתני וחייבין באשם תלוי אמאן תרמייה, הא הו"ל ספק הבא מחמת מקרה שנתחדש ומותר מן התורה, וע"כ התם ליכא חזקה לטומאה, דא"כ בחטאת קאי, ע"כ ליכא לא חזקת טהרה ולא חזקת טומאה וספק מותר, ואפילו מאן דסובר דלא בעי חתיכה משתי חתיכות נמי ס"ל דבא מחמת מקרה מותר, אלא משום דחתיכה אי הו"ל ספק בתולדה.
ולכן נראה כמו שכתבתי בשיטת הרמב"ם דפליגי בכל הספיקות אם מותר או אסור, ומאן דסובר דמותר סבירא ליה כמ"ד בעינן חתיכה משתי חתיכות, וכמ"ש מוהרי"ט דהנך תנאי דפליגי באשם תלוי בחתיכה א' פליגי בזה, ומאן דאוסר ס"ל דאפילו להך תנא דבעי חתיכה משתי חתיכות מודה לאיסורא בחתיכה אחת, וא"כ הא דתני וחייבין באשם תלוי דאתי כהאי תנא דלא בעי חתיכה משתי חתיכות, ולהאי תנא ספק אסור מן התורה, וכיון דקי"ל כאביי ורב שימי ודלא כרבא, אם כן מוכח דכל הספיקות מדבריהם.
והפר"ח הביא ראיה מדברי רש"י דס"ל כהרשב"א, וכתב שכן הוכיח המוהרי"ט מדברי רש"י פרק עשרה יוחסין (קידושין ד' ע"ג ע"א), וכן מוכח עוד בהדיא מדבריו ריש פרק

האשה רבה (יבמות דף פח.) בהא דאמר וקדשתו בעל כרחו, ופריך היכי דמי, וכתב רש"י ז"ל היכי דמי דהא באיסור מפורש ואפילו באיסור ספק לא איצטריך קרא דודאי כייפינן ליה עכ"ל, ולהרמב"ם לא מוקי ליה באיסור ספק דרחמנא שריא וכ"כ רש"י בפ"ק דחולין דף כב. ז"ל, וכיון דלא פשיטא לן לא הא ולא הא מהיכי תיסק אדעתין לאכשרינהו עכ"ל וע"ש.

ולפי מ"ש דפליגי בזה אביי ורבא וס"ל לרבא דספק אסור מן התורה, והתם בפרק האשה רבה שם רבא הוא דמותיב וקדשתו ע"ש, ולרבא דס"ל ספק אסור, ומשו"ה כתב רש"י ודאי או ספק לא צריך קרא ובחולין דף כ"ב נמי רבא הוא דמותיב שם, ע"ש אמר רבא ת"ש פרט לתחלת הציהוב בזה ובזה שפסול ואי אמרת בשלמא בריה שפיר אלא אי אמרת ספיקא איצטריך קרא למעוטי ספיקא, ופירש רש"י וכיון דלא פשיטא לן לא הא ולא הא כו', נמי רבא לטעמיה, וכמ"ש דרבא הוא דס"ל כל הספיקות מן התורה אסור.

ומה שכתב רש"י פרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ג) ד"ה ואיבעית דאיצטריך קרא לספק ממזר, דהו"א כמו בכל התורה ודאי למלקות וספק לאיסורא ע"ש, נמי י"ל כמ"ש ליישב אליבא דהרמב"ם, דמיירי בספק דאיקבע וכגון שנתערב במחבואה, דכה"ג בעלמא אסור מן התורה, ע"ש פ"ב.

עוד כתב שם הפר"ח להקשות לדעת הרמב"ם מהא דאמרו פרק המקשה, חולין עז כל בהמה לרבות את השליא, יכול אפילו יצתה מקצתה ת"ל אותה ולא שלייתה, ופריך מכדי אין שליא בלא ולד למה לי קרא, ופירש"י למה לי קרא למימר ולא שלייתה, פשיטא דאסורה דשמא יצא הולד ואסורה מן התורה וע"ש שמיישב לדעת הרמב"ם משום דהו"ל ספק ספיקא לאיסורא.

ואינו קושיא כלל, דהתם הו"ל איקבע איסורא, כיון דאנן רוצין להכשיר הולד בשחיטת אמו, ואם יצא אז אינו ניתר בשחיטת אמו והו"ל ספק בשחיטה ולא גרע מספק גירושין וז"ל רש"י שם, פשיטא דאסורה דשמא יצא הולד והרי הוא כילוד ושליא בתריה אזיל ולא שריתיה שחיטה עכ"ל, והיינו כיון דה"ל ספק בשחיטה, ודאי אסור מן התורה, ואפילו חזקת איסור מקרי, חזקת שאינו זבוח, ואפילו נימא דלא הוי חזקת איסור ומשום דאיתרע ליה חזקה, עכ"פ איקבע איסורא מיהא הוי, כיון דקודם שחיטה אסור היה ועכשיו נסתפק אם שריתיה שחיטה.

פרק ו

הרמב"ם (פרק ט"ז מהלכות איסורי ביאה הלכה א') ז"ל, פצוע דכא וכרות שפכה אסורים לישא ישראלית ומותרים בגיורת ומשוחררת, ואפילו כהן שהוא פצוע דכא מותר לישא

גיורת ומשוחררת, לפי שאינו בקדושתו, ואפילו נתינה או אחת מהספיקות מותרת לו, הואיל ופצוע דכא אסור לבא בקהל לא גזרו בו על הנתינים ולא על הספיקות, אבל אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה, עכ"ל.

והבית שמואל באבן העזר סימן ה' כתב עלה ז"ל, לכאורה תימה למה מותר בספיקות, הא קיי"ל ממזר ודאי אסור בספק ממזרת, ולמה ספק ממזרת מותרת בפצוע דכא, אע"ג דאיתא בפרק עשרה יוחסין קהל ודאי לא יבא הא ספק יבא היינו מדאורייתא, ומכל מקום קיי"ל ספיקות בודאי אסורין, עכ"ל.

ובשו"ת נודע ביהודה קמא חלק אה"ע סי' ו' הוסיף להקשות על דברי הרמב"ם, דכיון דסבירא ליה להרמב"ם פצוע דכא אסור בממזרת וגם בישראלית אסור, אם כן היכי מותר בספיקות, כיון דהיא ממה נפשך אסורה לו, אם ממזרת אסורה היא לו, ואם ישראלית אסורה היא לו, ואפילו למש"כ המוהרי"ט דספק ממזר מותר לישא ישראלית ודאית וגם ממזרת ודאית מן התורה, היינו בזה אחר זה, אבל בחדא ביאה כיון דממה נפשך אסורה היכי מותר בה.

עוד הקשה מהא דאיתא בירושלמי פרק עשרה יוחסין, דתנן כל האסורין לבא בקהל מותרים זה בזה, ואיפליגו שם אמוראי, דר' ירמיה סבר דפצוע דכא אסור לבא בקהל ומותרין זה בזה ומותר בממזרת, ור' בון אמר פסול הגוף שאני, והיינו דפצוע דכא אינו מפסולי הקהל אלא בקדושתיה קאי, ואסור לבא בקהל מחמת פסול הגוף ומשום הכי אסור בממזרת, ואם כן לר' ירמיה דסבירא ליה כל האסורין לבא בקהל מותרין זה בזה, נכלל גם כן פצוע דכא, ותנן שם במתניתין ודאן בספיקן אסור, ואם כן לר' ירמיה מוכח דסבירא ליה דפצוע דכא אסור בספיקות, ואם כן נהי דלמאן דפליג עליה לא מיירי מתניתין מפצוע דכא, אבל בזה לא פליג דאסור בספיקות.

עוד הקשה שם בהא דכתב הרמב"ם בטעמא, הואיל ופצוע דכא אסור לבא בקהל לא גזרו בו על הספיקות, דהא ממזר ודאי נמי אסור לבא בקהל ואפילו הכי גזרו בו על הספיקות ועיין שם שהאריך ליישב דברי הרמב"ם אמנם בציור רחוק ובספר בית מאיר ראיתי שכתב דמשום הכי פצוע דכא מותר בספיקות, משום דמן התורה ודאי אסור ולא ספק, אלא מדרבנן ומשום דמעלה עשו ביוחסין וכדאמרינן פרק עשרה יוחסין, ופצוע דכא הואיל ולאו בני אולודי נינהו לא עשו מעלה, עיין שם אלא דכבר העלה שם בתשובת נודע ביהודה בשם רב א' לחלק גם כן כיוצא בזה, והשיגו מלשון הרמב"ם שכתב, הואיל ואסור לבא בקהל לא גזרו בו על הספיקות, ולא זכר כלל האי טעמא דלאו בני אולודי, עיין שם בתשובה הנזכרת ובזה תיקשי נמי על דברי ספר בית מאיר.

ולכן נראה לפענ"ד בזה שהקשה בתשובה הנ"ל דהיכי מותר פצוע דכא בספיקות, כיון דממה נפשך אסורה היא לו הן ממזרת הן ישראלית, ואפילו לדברי מוהרי"ט אינו אלא בזה אחר זה המעיין במוהרי"ט יראה דספק התורה התירה בתורת ודאי ולא בתורת ספק דליהוי מותר בממזרת ובישראלית, אם כן מן התורה מותר פצוע דכא בספיקות, דאם היא ממזרת, הרי ממזר ספק התורה התירה דכתיב ממזר ודאי הא ספק יבא, ואם היא ישראלית, כיון דבעינן קהל ודאי ולא קהל ספק, אם כן קהל ספק התורה התירה והכל בתורת ודאי, ואפילו תרתי דסתרי, ואין חילוק בין בבת אחת בין בזה אחר זה, כיון דבתורת ודאי התירה התורה ולא בתורת ספק אלא דהא קשיא מה שהקשה הבית שמואל, דאמאי מותר בספיקות יותר מממזר דאסור על כל פנים מדרבנן.

ונראה דכיון דאמרו בש"ס פרק עשרה יוחסין שתוקי מאי טעמא אסור, ומסיק משום דמעלה עשו ביוחסין ומעלת יוחסין אינו אלא בקהל ישראל נגד פסולי קהל, ומשום הכי הספיקות, כיון דיש בהם ספק ישראלים עשו מעלה שלא יתערבו בפסולי משפחה, והמעלה אינו אלא נגד פסולי קהל, אבל פצוע דכא כהן, דלדעת הרמב"ם פצוע דכא בקדושתיה קאי ואסור בממזרת, והא דלא יבא בקהל ה' אינו אלא משום פסול הגוף, אם כן הוה ליה כמו שאר איסורין ולא שייך בזה משום מעלה, כיון דגם פצוע דכא ביחסותיה קאי, וכיון דלא שייך בזה משום מעלת יוחסין, קאי אדאורייתא דמותר בספיקות, ואפילו בתרתי דסתרי אהדדי וכמו שכתבנו.

ואף על גב דבעלמא החמירו רבנן גם בשאר איסורין בספיקות, גבי ממזר ספק, כיון דהתורה התירה בתורת ודאי ואפילו תרתי דסתרי, לא היו חכמים מחמירין אי לאו משום מעלת יוחסין, וכדאיתא בש"ס מאי טעמא שתוקי פסול, משום מעלת יוחסין ופצוע דכא דביחסותיה קאי לדעת הרמב"ם דסבירא ליה בקדושתיה קאי, אם כן לא שייך נגדו מעלת יוחסין אלא דלא תיקשי, נהי דהספיקות מותרין בפצוע דכא ולא עשו מעלה לפצוע דכא כיון דאיהו בקדושתיה קאי ואסור בממזרת, ואם כן בספיקות היה לו לעשות מעלה ביוחסין שלא ישא את הספיקות, לזה כתב הרמב"ם, כיון דאסור לבא בקהל לא גזרו בו על הספיקות, והיינו דאף על גב דבקדושתיה קאי ואינו אסור בקהל אלא משום פסול הגוף, אפילו הכי כיון דהתורה הרחיקתו מקהל לא עשו בו מעלת יוחסין, ואם כן לא שייך מעלת יוחסין, הן מדידה לדידיה כיון דאיהו גם כן מיוחס ובקדושתיה קאי, וכמו כן מדידיה לדידה, כיון דסוף סוף הרחיקתו תורה מקהל לא החשיבו במעלת יוחסין, וזה נכון ודוק.

וניחא בזה ליישב מה שהקשה בתשובה הנ"ל מירושלמי, דלר' ירמיה דסבירא ליה כל האסורין לבא בקהל מותרין זה בזה היינו פצוע דכא, ואם כן לר' ירמיה דלאו בקדושתיה קאי, משום הכי ודאן בספיקן אסור ומשום מעלת יוחסין דידה, דאפשר ישראלית איהי והוה לה מעלת יוחסין נגד פצוע דכא כמו נגד אחד מפסולי קהל, כיון דלאו בקדושתיה קאי, אבל לדידן דקיימא לן דבקדושתיה קאי ואסור בממזרת, אם כן תו ליכא מעלת יוחסין לדידה נגד פצוע דכא כיון דאיהו ביחסותיה נמי קאי, ולדידיה לא שייך מעלת יוחסין, דכיון דהתורה הרחיקתו, אם כן אף על גב דמיוחס הוא, לא עשו בו משום מעלת יוחסין וכמו שכתבנו, ואם כן הא דמבואר בירושלמי דלר' ירמיה פצוע דכא אסור בספיקות, היינו משום דלדידיה לאו בקדושתיה קאי ועשו מעלת יוחסין לדידה נגד פצוע דכא, אבל לדידן דקיימא לן דבקדושתיה קאי, ליכא מעלת יוחסין נגדו כיון דאיהו נמי מיוחס ודוק.

פרק ז

הלכתא גמירי לה מסוטה, דספק טומאה ברשות היחיד ספיקו טמא, וברשות הרבים ספיקו טהור והוא בש"ס בכמה מקומות (עיין סוטה כח ב) והוכיחו בתוס' חולין דף ט' ובריש נדה דברשות היחיד ספיקו טמא ואפילו היכא דאיכא חזקת טהרה, וברשות הרבים ספיקו טהור ואפילו היכא דליכא חזקת טהרה והקשו התוס' שם בחולין ובריש נדה, כיון דלא למדנו להני כללי אלא מסוטה, וסוטה אי נימא דלית בה חזקת טהרה משום דאיתרע חזקתה, כיון דקינא לה ונסתרה, אם כן היכי יליף מינה לטמא ברשות היחיד ואפילו היכא דאיכא חזקת טהרה, כיון דסוטה לית בה חזקת טהרה, ואי נימא דסוטה בחזקת טהרה קאי ולא איתרע חזקתה, אם כן היכי יליף מינה לטהר ברשות הרבים אפילו ליכא חזקת טהרה, כיון דסוטה אית בה חזקת טהרה, עיין שם בתוס'.

ונראה לפי מה שכתב בדרכי משה ביורה דעה סימן ל"א וזה לשונו, מעשה בא לידינו פה ק"ק קראקא בראש בהמה שהיה בה מים, וקודם שידעו הריעותא חתכו הגולגולת לשנים ומקצת המוח מן הגלגולת, ולא היה נודע אם המוח מקיפו או לא, ואסרנוה, ויש שהיו רוצים להכשירה מהא דתניא נשחטה הותרה עד שיודע לך במה נטרפה, ולא דמי, דהואיל ויש כאן ריעותא ברור מחיים, אין להכשיר משום זה, וכן משמע בתוס' פרק ד' אחין (יבמות דף ל'), עכ"ל.

ומוהר"ם לובלין בתשובותיו (סי' ס"ו) השיג דמבואר בתוס' להיפוך, שכתבו דהוי חזקת היתר אף על גב דנולד מחיים, והביאו ראיה לזה מהא דאמרו שם אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת, ואף על גב דהתם נמי בשעה שנולד הספק היתה אסורה משום אשת

איש, ואם כן הכי נמי כשנולד הספק מחיים משום שאינה זבוחה, אפילו הכי הוה ליה חזקת היתר.

וכבר כתב הש"ך ביורה דעה סימן נ' ליישב דברי הרמ"א, והוא דתוס' לא כתבו דמהני חזקת היתר היכא דנולד הספק מחיים אלא לרבה שם, אבל אביי ורבא דלא סבירא להו האי חזקה דאשה זו בחזקת היתר לשוק, והיינו משום דסבירא להו לאביי ורבא דכיון דנולד הספק בחיי בעלה, דהיתה אסורה משום אשת איש, לא הוי חזקת היתר, ואם כן הוא הדין בספק טריפה שנולד מחיים בעידן איסורא שאינו זבוח, לא הוי חזקת היתר עיין שם.

ולפי זה יש לומר, דסוטה לא איתרע חזקת היתר דידה, ואם כן ברשות היחיד דטמא אפילו אית ביה חזקת טהרה, שפיר ילפינן מסוטה, כיון דסוטה נמי אית בה חזקת היתר לבעלה ואפילו הכי ברשות היחיד ספיקו טמא, וכיון דבסוטה כתיב ונטמאה ונטמאה ב' פעמים אחד לבעל ואחד לבועל, אם כן ילפינן שפיר דברשות הרבים ספיקו טהור אפילו היכא דליכא חזקת טהרה, דהא סוטה לבועל לית לה חזקת היתר, כיון דנולד הספק בחזקת איסור אשת איש, ואפילו הכי ברשות הרבים ספיקו טהור, ואם כן שפיר ילפינן ספק טומאה ברשות היחיד דטמא אפילו איכא חזקת היתר, מבעל דאית ליה חזקת היתר, וספק טומאה ברשות הרבים דטהור אפילו ליכא חזקת היתר, מבועל דלית ליה חזקת היתר דנולד הספק בעידן איסורא דאשת איש, וסבירא ליה לרבא דלא מהני חזקת היתר דבעל, כמו דסבירא ליה לר' אלעזר פרק קמא דכתובות דף יג. מאן דמכשיר בה פוסל בבתה ולא מהני חזקת האם לגבי בת.

ובהא דאמרו בפרק קמא דחולין דף ט', והא אילו ספק טומאה ברשות הרבים ספיקו טהור ואילו ספק מים מגולין אסורין, אמר ליה התם הלכתא גמירי לה מסוטה, מה סוטה ברשות היחיד אף טומאה ברשות היחיד, פירש רש"י ז"ל, מה סוטה שקינא לה בעלה "אל תסתרי עם פלוני" ונסתרה, כתיב ונטמאה ב' פעמים, אחד לבעל כו' ולכאורה הך דרשה ד"ונטמאה" ב' פעמים אינו עניין לסוגיא שם ולפי מה שכתבנו ניחא, דעיקר טהרה ברשות הרבים דילפינן מסוטה אפילו היכא דליכא חזקת טהרה, מבועל הוא דיליף לה, דלבעל אית ליה חזקת היתר וכמו שכתבנו.

ולפי דעת הרמב"ם פרק ט"ז מהלכות אבות הטומאה שכתב דספק ברשות הרבים טהור משום דכל הספיקות מדבריהם, עיין שם, אם כן הא דצריך הלכתא לטהר ברשות הרבים, אינו אלא דלא נימא כיון דגלי קרא לטמא ספק הטומאה ברשות היחיד בסוטה, נימא דהוא הדין ספק טומאה ברשות הרבים, להכי אתי הלכתא לחלק רשויות, וכמו שכתבו

התוספות ריש פרק כשם סוטה כח ב ד"ה מכאן עיין שם, ואם כן מצינן לומר גבי סוטה איכא חזקת היתר, ומשום הכי שפיר ילפינן לטמא ספק טומאה ברשות היחיד מסוטה אפילו היכא דאיכא חזקת טהרה, והא דטהור ברשות הרבים אפילו היכא דליכא חזקת טהרה, היינו משום דכל הספק מדבריהם כמו שכתב הרמב"ם.

אלא דלפי מ"ש בפ"ד דאביי ורבא פליגי בזה (חולין ט ע"ב), וס"ל לאביי הכי דברשות הרבים דטהור, לאו מסוטה גמרינן לה אלא משום כל הספק מדבריהם, והיינו נמי מהך קושיא, דליכא למימר דילפינן ספק טומאה ברשות הרבים מסוטה כיון דסוטה אית לה חזקת היתר, על כרחך משום דכל הספק מדבריהם, ורבא דחי לה דהוא משום הלכתא גמירי אלא דילפינן רשות הרבים מבועל, דגבי בועל ליכא חזקה כיון דנולד הספק בעידן איסור אשת איש והכי ס"ל לאביי ורבא בפ"ד אחין (יבמות ל ע"ב) וכמ"ש הש"ך ולרבה דסבירא ליה בפרק ד' אחין דאפילו נולד הספק בחיי הבעל נמי מוקי לה בחזקת היתר, א"כ הדרא הקושיא לדוכתיה, דהיכי יליף רה"ר היכא דליכא חזקה מסוטה דאית לה חזקת היתר, על כרחך רבה נמי ס"ל כאביי ורב שימי דטעמא דברשות הרבים טהור אפילו היכא דליכא חזקה, לאו מסוטה גמרינן לה אלא משום דכל הספק מדבריהם.

פרק ח

כתב הר"ש פרק ה' דטהרות, בהא דתנן שם עד אומר נטמא ועד אומר לא נטמא, שנים אומרים לא נטמא ושנים אומרים נטמא, ברשות היחיד טמא, ברשות הרבים טהור וכתב שם הר"ש ז"ל, ברשות הרבים ספיקו טהור, משמע הכא דבתרי ותרי נמי ברשות הרבים ספיקו טהור, וקשה, דלא משמע כן בפרק בכל מערבין (עירובין דף ל"ה) גבי הא דתנן תרומה ונטמאת, ספק מבעוד יום ספק משחשיכה, ר' מאיר אומר הרי זה חמר גמל, ופריך עלה מהא דנגע באחד בלילה, דר' מאיר מטהר, וברשות הרבים איירי כדפרישית לעיל, ומשני רבה ורב יוסף דמתניתין דהתם בשתי כיתי עדים, אחת אומרת מבעוד יום ואחת אומרת משחשיכה שמע מינה דכי האי גוונא לא מטהרינן ברשות הרבים, ובפרק ד' אחין נמי משמע דתרי ותרי לכל הפחות הוי ספיקא דרבנן, עד כאן לשונו.

ונראה לפי מה שהשרישונו בעלי תוס', דאין דנין בספק טומאה דלמפרע מסוטה, דכל ספק טומאה דילפינן מסוטה היינו בטומאה דלהבא דוקא, דומיא דסוטה, עיין בדבריהם ריש נדה ד"ה מעת לעת, וכן כתב הרמב"ן בחידושיו שם, ואם כן, הא דמטהר ר' מאיר בנגע באחד בלילה, לאו מסוטה הוא דיליף לה, כיון דהיא טומאה דלמפרע, ואין למידין מסוטה אלא טומאה דלהבא, אלא דהוא משום חזקה קמייתא והשתא הוא דאיתרע, וכן כתב רש"י שם בעירובין דף לה ע"ב ד"ה ר"מ בנגע באחד בלילה, משום דמוקמינן אחזקת

חי והשתא הוא דמת, עיין שם, ולא כתב משום הלכתא דיליף מסוטה לטהר ברשות הרבים אפילו היכא דליכא חזקה, אלא משום דמסוטה לא ילפינן טומאה דלמפרע, ואם כן אינו אלא משום חזקה.

ומשום הכי בשני כיתי עדים, דתרי ותרי על כל פנים ספיקא דרבנן הוי, וכיון דליכא חזקה על ידי תרי ותרי דמרע לחזקה, ממילא ספיקו טמא, כיון דאין למידין מסוטה לטהר אפילו היכא דליכא חזקה בטומאה דלמפרע, אבל משנתינו דטהרות דמיירי מטומאה דלהבא, דהא חילוק רשויות בין רשות היחיד לרשות הרבים אינו אלא בטומאה דלהבא, ומסוטה ילפינן אפילו היכא דליכא חזקה, ומשום הכי אפילו בתרי ותרי דליכא חזקה, דהוה ליה ספיקא דאורייתא או ספיקא דרבנן, מכל מקום ספיקו טהור ברשות הרבים, דילפינן מסוטה לטהר אפילו ליכא חזקה.

ומה שכתב הר"ש דבפרק ד' אחין נמי משמע דתרי ותרי לכל הפחות ספיקא דרבנן, לא ידענא מאי קושיא, דהתם לא אמרינן אלא לעניין חזקה, דספיקא דתרי ותרי מפקי ליה מחזקה, ולא אמרינן תרי ותרי כמאן דליתא ואוקמה אחזקה, אלא כמאן דאיתניהו ותרי מפקי מחזקה קמייתא, אבל בספק טומאה ברשות הרבים דטהור, דלאו מתורת חזקה, דהא אפילו ליכא חזקה ברשות הרבים טהור ומסוטה גמרינן כדאיתא בש"ס ובתוספות, ואם כן, אפילו בתרי ותרי טהור ומיהו דווקא בטומאה דלהבא, אבל טומאה דלמפרע דאינו אלא משום חזקה, דלא ילפינן מסוטה למפרע וכמו שכתבנו, בתרי ותרי ספיקו טמא ודוק.

ואיכא למידק במה שכתב הרמב"ם פרק ח' משגגות הלכה ג' זה לשונו. האוכל חתיכה ועד אחד אומר לו זה שאכלת חלב, ועד אחד אומר לא אכלת חלב, הואיל ונקבע האיסור כו' הרי זה מביא אשם תלוי, עד כאן וכתב בהשגות ז"ל, לא ידעתי היאך נקבע האיסור בכאן, אלא אם כן מעיד העד חתיכת חלב שהיתה עם השומן אכלת, והאחר יאמר לא אכלת אלא השומן, עיין שם וכתב שם הכסף משנה, אפשר לומר שלכך נתכוין רבינו, ויותר נראה לומר דשפיר מיקרי איקבע איסורא על פי עד אחד, ואף על פי שאין שם אלא חתיכה אחת, עד כאן לשונו.

והרמב"ם שכתב פרק ט"ז מאבות הטומאה דספק טומאה ברשות הרבים דטהור משום דכל הספיקות מדבריהם, ועיין במוהרי"ט חלק ב סימן א', וכיון דאינו אלא משום דספיקות מדבריהם, אם כן בשנים אומרים נטמא ושנים אומרים לא נטמא, דהוה ליה איקבע איסורא כהאי גוונא על פי העדים, וכן בעד אומר נטמא דהוה ליה איקבע, ואם כן קשיא משנתינו פרק ה' דטהרות, עד אומר נטמא ועד אומר לא נטמא, שנים אומרים

נטמא כו', ברשות הרבים טהור, ואמאי, כיון דברשות הרבים אינו אלא משום דספיקות מדבריהם, ואיקבע איסורא מדאורייתא, ולדברי הכסף משנה אפילו בחתיכה אחת הוה ליה איקבע.

ולכן נראה לעניות דעתי מוכרח מזה דבחתיכה אחת לא חשיב איקבע, אף על גב דעד אומר אסור ועד אחד אומר מותר והרמב"ם פרק ח' משגגות מיירי בחתיכה אחת משתי חתיכות, וכמו שכתב הכסף משנה דאפשר לומר שלכך נתכוין רבינו ובכתובות פרק ב' דף כ"ב בהא דתני שנים אומרים מת כו' משנשאת לא תצא, ופריך עלה הבא עליה באשם תלוי קאי, וכתבו שם התוס' זה לשונם, אפילו למאן דאמר בעינן חתיכה אחת משתי חתיכות הכא לא בעינן, דמאן דמפרש בפרק ספק אכל דף י"ז טעמא דבעינן חתיכה אחת משתי חתיכות משום דאפשר לברר איסורו, פירוש, אפשר לברר על ידי בקי שיכיר חתיכה הנשארת אם חלב היא אם שומן היא, הכי נמי אפשר לברר על ידי הזמה, ולמאן דמפרש משום דבשתי חתיכות אחת של חלב איקבע איסורא, הכי נמי איקבע איסורא שהיתה בחזקת אשת איש, עד כאן לשונם ומדבריהם נמי מוכח דתרי ותרי לא חשיב איקבע איסורא, מדכתבו דאיקבע שהיתה בחזקת אשת איש, ותיפוק ליה דאיקבע על פי עדים דשנים אומרים לא מת.

אלא דאכתי תיקשי למאן דאמר בפרק ספק אכל בטעמא דבעינן חתיכה משתי חתיכות משום דאפשר לברר איסורו, וכיון דבתרי ותרי נמי חשיב אפשר לברר על ידי הזמה, וכמו שכתבו תוס', אם כן על כרחך ספיקא דעדים חשיב כחתיכה משתי חתיכות, והיכא דמייתי אשם תלוי ספיקו אסור מן התורה לשיטת הרמב"ם, וכמבואר שם במוהרי"ט ופר"ח, דהא מהאי טעמא בעי חתיכה משתי חתיכות, משום דחתיכה אחת מותר מן התורה, ואם כן לדידיה תיקשי משנתינו דעד אומר נטמא או שנים אומרים נטמא כו' דטהור ברשות הרבים, דאינו אלא משום דספיקות מדבריהם, וזה הספק על ידי עד אחד או על ידי תרי ותרי הוי ליה אפשר לברר, והוי ליה כמו חתיכה משתי חתיכות, ואם כן אמאי ספיקו טהור ברשות הרבים.

ולכן נראה מוכרח מזה דגם למאן דאמר משום אפשר לברר, סבירא ליה דוקא בחתיכה משתי חתיכות, דחתיכה הנשארת, על ידי בקי ודאי יכירנו אם חלב אם שומן, אבל על ידי הזמה, אפשר שיבורר ואפשר לא יבואו לידי הזמה, וכיון דחשיב לא אפשר, משום הכי משנתינו דעד אומר נטמא כו' ברשות הרבים טהור, משום דהוה ליה כמו חתיכה אחת ומותר מן התורה.

וניחא בזה הא דכתב הרמב"ם פרק ח' משגגות דבעי אשם תלוי בחתיכה משתי חתיכות ומשום דאיקבע איסורא, והקשה הכסף משנה, כיון דרבא ורב זירא יהבי טעמי אחריני, אמאי שבקיה, ועיין שם ולפי מה שכתבנו, אם כן מוכח משנתינו דמטהר בספק טומאה ברשות הרבים בספיקא דעד נגד עד או בספיקא דתרי ותרי, אם כן מוכח דעל ידי עדים לא חשיב איקבע, ואם כן הך סוגיא דפרק ב' דכתובות, הבא עליה באשם תלוי, וכן בפרק האשה רבה דאמרו הבא עליה באשם תלוי, על כרחך אזלא כמאן דאמר איקבע איסורא, והתם חתיכה אחת חשיבא איקבע משום שהיתה בחזקת אשת איש, ומשום הכי כיון דסוגיית הש"ס אזלא כהך מאן דאמר, דטעמא משום דאיקבע איסורא, פוסק הרמב"ם כסתמת הש"ס.

פרק ט

ואכתי איכא למידק מהא דתנן בטהרות פרק ה' משנה א, השרץ והצפרדע ברשות הרבים, וכן כזית מן המת וכזית מן הנבלה כו' וחכמים מטהרין, עיין שם וכיון דספק טומאה ברשות הרבים טהור אינו אלא משום דכל הספיקות מדבריהם, וכמו שכתב הרמב"ם פרק ט"ז מאבות הטומאה, ושרץ וצפרדע, או כזית מן המת וכזית מנבילה, ודאי איקבע איסורא והוא חתיכה משתי חתיכות, ואמאי טהור ברשות הרבים.

ולפי מה שכתב הש"ך ביורה דעה סימן קי"א במאי שכתב בשולחן ערוך וכן הדין אם לא היה כאן אלא קדירה אחת של בשר שחוטה ונפל בה אחד מאלו שתי חתיכות ואינו ידוע איזהו, תולין דשל היתר נפלה וכתב עלה הש"ך ז"ל, נראה דשתי חתיכות היו ניכרין בפני עצמן קודם נפילתן איזה מהם של היתר, דאי נתערבו מתחילה חד בחד, אם כן כיון דאתחזק איסורא בשתי חתיכות דיינינן ליה כגופו של איסור, ותו לא אמרינן ספיקא דרבנן לקולא, עכ"ל ומשמע מדבריו, דאם ניכרין בפני עצמן לא מקרי איקבע איסורא, ואיכא למימר דשרץ וצפרדע היה כל אחד ניכר בפני עצמו ואינו יודע באיזו מהם נגע, דכהאי גוונא לא מיקרי איקבע.

אלא דכבר השיגו הפר"ח שם והוכיח דכהאי גוונא נמי מיקרי איקבע איסורא, מדמייתי אשם תלוי גבי אשתו ואחותו עמו בבית, כדאיתא פרק ד' דכריתות ועיין שם ועוד, מלשון הרמב"ם משמע דשרץ וצפרדע לא היו ניכרין בפני עצמן, שכתב פרק י"ט מאבות הטומאה הלכה ב' זה לשונו, השרץ והצפרדע ברשות הרבים ואינו ניכר צורתן ונגע באחת מהן טהור, עיין שם, וכיון דאינו ניכר, ודאי מקרי איקבע איסורא.

ולכן נראה דהא דטהור ברשות הרבים בספק דאיקבע, לאו משום האי כללא דספק טומאה ברשות הרבים טהור, כיון דאינו אלא משום דכל הספיקות מדבריהם, ואיקבע

הוה ליה ספיקא דאורייתא ומן התורה אסור, אלא משום דמוקי לגברא הנוגע בחזקת טהור וברשות היחיד דטמא, משום דברשות היחיד אפילו איכא חזקת טהור ספיקו טמא וכהאי גוונא כתבו תוס' ריש נדה ד"ה הלל, דבשני נזירים דאי אפשר למילף מסוטה ומשום דאי אפשר להיות שניהם טהורים, אפילו הכי ברשות הרבים טהור, ולאו מסוטה יליף, אלא משום דמוקי לכל חד בחזקת טהרה עיין שם ואם כן, הוא הדין בספק דאיקבע נמי דטהור, לאו משום דכל הספיקות מדבריהם, אלא משום חזקת טהרה.

והרמב"ם שכתב בטעמא דרשות הרבים דספק טהור משום דכל הספק מדבריהם, משום דברשות הרבים טהור מוכח בש"ס דאפילו היכא דליכא חזקת טהרה, טהור ברשות הרבים, וכמו שהוכיחו תוס' מש"ס, עיין בדבריהם בחולין פרק קמא דף ט' ד"ה התם ובריש נדה, לזה הוא דכתב פרק ט"ז מאבות הטומאה משום דכל הספיקות מדבריהם ובתרי ותרי דליכא למימר משום חזקה, דהא תרי ותרי או ספיקא דאורייתא או ספיקא דרבנן, אם כן על כרחך משום דכל הספיקות מדבריהם וספיקא דתרי ותרי לא מקרי איקבע, וכמו שכתבנו בפרק ח ודו"ק ועיין מה שנכתוב בשמעתא ג פרק א.

פרק י

תמן תנינן ריש נדה (ב' ע"א) שמאי אומר כל הנשים דיין שעתן, הלל אומר מפקידה לפקידה ומסקינן בגמרא דחומרא דהלל אינו אלא לקדשים ולתרומה, אבל לחולין מודה הלל דיה שעתה, ומשום דמוקי לה בחזקת טהרה והקשו התוס' שם, דאמאי לא הוי טומאה ודאית גם לחולין, כיון דכל ספק טומאה ברשות היחיד ודאי טמא, אפילו היכא דאיכא חזקת טהרה, דילפינן מסוטה והעלו דלא ילפינן מסוטה לטומאה למפרע, אלא להבא דוקא הוא דילפינן, דומיא דסוטה דהוא להבא תו הקשו תוספות שם, דבקדשים ותרומה מחמרי בית הלל ואפילו ברשות הרבים, ואמאי הא ספק טומאה ברשות הרבים טהור אפילו היכא דליכא חזקה, דילפינן מסוטה ותירצו, כיון דהשתא טמאה ודאי, אינו דומה לסוטה, עיין שם.

והמהרש"א בחידושיו כתב בדברי תוספות, דאף על גב דלא ילפינן מסוטה לטומאה למפרע שיהיה בו טומאה ודאית, היינו דוקא היכא דאיכא חזקת טהרה, אבל היכא דליכא חזקת טהרה, שפיר ילפינן מסוטה שיהיה טומאה ודאית אפילו בטומאה דלמפרע, עיין שם.

ומוהר"ם מלובלין שם כתב, דאפילו היכא דליכא חזקת טהרה, לא ילפינן כלל טומאה דלמפרע מסוטה לטומאה ודאית, ואינו אלא ספק, כיון דלא ילפינן מסוטה טומאה למפרע, עיין שם.

ומה שהביא למוהרש"א בזה דילפינן טומאה למפרע מסוטה היכא דליכא חזקה להיות טומאה ודאית, היינו מהא דאמרו שם דף ב ע"ב בהא דתנן מקוה שנמדד ונמצא חסר, כל טהרות שנעשו על גביו למפרע, בין ברשות הרבים בין ברשות היחיד טמאות, ר' שמעון אומ ברשות הרבים טהורות, ברשות היחיד תולין, ושניהם לא למדוהו אלא מסוטה, רבנן סברי כי סוטה, מה סוטה ספק ועשאוהו כודאי כו', אי מה סוטה ברשות הרבים טהור כו', כיון דאיכא תרתי לריעותא, כודאי טומאה דמי, ור' שמעון סבר כי סוטה, מה סוטה ברשות הרבים טהור, הכי נמי ברשות הרבים טהור, אי מסוטה, מה סוטה ברשות היחיד טמא ודאי הכי נמי ברשות היחיד טמא ודאי, הכי השתא התם רגלים לדבר, שהרי קינא לה ונסתרה, הכא מה רגלים לדבר איכא, ואי בעית אימא היינו טעמא דרבי שמעון, גמר סוף טומאה מתחילת טומאה, עיין שם בסוגיא.

וכתב שם המוהר"ם לובלין, דלתירוץ ראשון שבגמרא, צריכין אנו לרבנן לטעמא דתרתי לריעותא גם ברשות היחיד, דאף על גב דרבנן סברי בעלמא ברשות היחיד טמא ודאי, מכל מקום בטומאה דלמפרע הא לא ילפינן מסוטה, עיין שם ושיטת מוהרש"א דאין אנו צריכין לרבנן טעמא דתרתי לריעותא רק ברשות הרבים, אבל ברשות היחיד ילפינן מסוטה לטומאה ודאית, דאף על גב דלא ילפינן מסוטה טומאה דלמפרע, היינו היכא דאיכא חזקה, אבל היכא דליכא חזקה, וכמו במקוה שנמדד ונמצא חסר, דאי נימא העמד מקוה על חזקתו, אדרבא העמד טמא על חזקתו, וכל היכא דליכא חזקה ילפינן מסוטה להיות טומאה ודאי גם בטומאה דלמפרע, עיין שם.

והמשנה למלך הסכים לזה, עיין שם פרק י' מהלכות מקואות, והאריך שם להשיג על הרב המנהיר, ועיקר תמיהתו, דאם כן למה הוצרכנו לומר לר' שמעון דלא יליף מסוטה, משום דסוטה רגלים לדבר, הא תיפוק ליה דהוה ליה טומאה למפרע ולא ילפינן מסוטה אלא להבא, ולכך סבירא ליה לר' שמעון ברשות היחיד תולין, אלא על כרחך היכא דליכא חזקה שפיר ילפינן מסוטה אפילו בטומאה דלמפרע להיות טמא ודאי, עיין שם. ולעמוד על בירור שיטת מוהרש"א ומוהר"ם לובלין צריכין אנו בתחילה לפרש לשון התוספות, ומשם נוכל לעמוד לעניות דעתי על בירור שיטתם הנ"ל.

והנה בתוס' ריש נדה בתחילת דבריהם הקשו, שיהיה טמא ברשות היחיד אפילו לחולין, כיון דברשות היחיד לא מהני חזקה והעלו דלא ילפינן מסוטה לטומאה דלמפרע וחזרו והקשו, דאמאי מחמירין בקדשים ותרומה אפילו ברשות הרבים, כיון דברשות הרבים ספיקו טהור אפילו ליכא חזקה ומאי זו קושיא, כיון דכבר כתבו תוס' דלא ילפינן למפרע,

כיון דלא דמי לסוטה, וכי היכי דלא ילפינן למפרע ברשות היחיד הכי נמי לא ילפינן ברשות הרבים, כיון דאינו דומה לסוטה.

והרמב"ן בחידושיו כוללם יחד, שהקשה קושיות הנ"ל, ברשות היחיד אמאי טהור לחולין, וברשות הרבים דטמא לתרומה וקדשים, כיון דילפינן מסוטה, אם כן ברשות היחיד טמא אפילו איכא חזקה וברשות הרבים טהור אפילו ליכא חזקה ותירץ, לפי שאין דנין טומאה דלמפרע מסוטה בין ברשות היחיד ובין ברשות הרבים, עיין שם הרי שכלל תירוץ זה דלמפרע בין לרשות היחיד ובין לרשות הרבים ובתוס' כתבו לגבי רשות היחיד בעניין אחר וברשות הרבים בסגנון אחר, ומה זה חילוק רשויות.

ולכן נראה דלשיטת מוהרש"א ניחא, שכתב דאף על גב דלא ילפינן מסוטה טומאה דלמפרע, היינו דוקא היכא דאיכא חזקה, אבל היכא דליכא חזקה שפיר ילפינן מסוטה אפילו בטומאה דלמפרע, וכדמוכח לה מהא דאמרינן במקוה שנמדד ונמצא חסר, דברשות היחיד טמא ואף על גב דהוי למפרע, דלא אמרו טעמא דתרתי לריעותא אלא ברשות הרבים, ומשום הכי שפיר קשיא להו ברשות הרבים אמאי טמא לתרומה וקדשים, נהי דלא סמכו בקדשים ותרומה על חזקת טהרה, כיון דטהור ברשות הרבים אפילו ליכא חזקה, ואי משום דלמפרע לא ילפינן מסוטה, הא היכא דליכא חזקה שפיר ילפינן גם טומאה דלמפרע, וכיון דליכא חזקת טומאה ולא חזקת טהרה, שפיר ילפינן מסוטה גם טומאה דלמפרע, דהא ברשות היחיד כהאי גוונא היכא דליכא חזקה נמי יליף מסוטה להיות טומאה ודאית, ואם כן הספק ברשות הרבים ניליף לטהרה ודאית גם בטומאה דלמפרע, ומשום הכי תירצו דכיון שעכשיו טמאה ודאית לא יליף מסוטה, ודוק.

פרק יא

ולשיטת הרב המנהיר, הא דחזרו והקשו מרשות הרבים, היינו משום הא דכתבו בתחילה דלא ילפינן מסוטה טומאה דלמפרע, לאו מצד גזירה הוא דכתבו לומר דוקא בטומאה דלהבא הוא דטימא הכתוב ולא למפרע, דמאי שנא, אלא סברא הוא דאמרוהו דיש פנים לחלק ולומר דלמפרע קילא מטומאה דלהבא.

ולפי מ"ש תוספות פרק כשם [סוטה] דף כ"ח ד"ה אינו דין שעשה בו ספק כודאי ז"ל, אבל הא איכא למיתמה, אמאי לא פרכינן מה לסוטה שכן רגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה כדפריך לעיל בריש פ"ק דף ב', ואין לומר משום דלעיל מיירי בטומאה דבתר קינוי וסתירה דמהימן עד אחד התם ודאי איכא רגלים לדבר, אבל הכא ילפינן מסתירה דבתר קינוי גרידא דליכא למיפרך שכן קינא לה, דקינוי לא חשיב רגלים בלא סתירה,

דהא בריש מסכת נדה דמייתי התם מקוה שנמדד ונמצא חסר כל הטהרות שנעשו ע"ג בין ברה"ר בין ברה"י טמא, ר' שמעון אומר ברה"ר טהור ברה"י תולין, ושניהם לא למדוה אלא מסוטה, רבנן סברי כי סוטה מה סוטה ספק ועשאו כודאי אף כו', ופריך אי מסוטה מה סוטה טמא ודאי הכא נמי טמא ודאי, הכי השתא התם רגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה הכא מאי רגלים לדבר איכא, אלמא אע"ג דמסתירה דבתר קינוי יליף כי הכא פריך ואמאי לא פריך הכא, וי"ל דסתירה ע"י קינוי בסוטה הוי כספק מגע שרץ, שהרי בלא קינוי לא היה שום ספק בסתירה גרידא דלא נחשדו על העריות, הלכך קינוי גורם הספק, והכי פי' במס' נדה התם גבי סוטה וספק שרץ, הרי ריעותא דהיינו השרץ והבועל קמן אצל הטהרות והאשה, אבל גבי מקוה קודם טבילה לא ראינו שום ריעותא דאיכא לספוקי על ידו, ולעיל סוף פ"ק קודם העדאת עדים לא היה שום ריעותא, עכ"ל.

והיינו נמי טעמא דנדה דאינה מטמאה למפרע ולא ילפינן מסוטה, משום דלא ילפינן מסוטה אלא טומאה דלהבא, דהוי ליה רגלים לדבר שהשרץ לפנינו וכמו בסוטה דהבועל קמן, וכמו כן כל טומאה דלהבא הו"ל רגלים לדבר, משא"כ טומאה דלמפרע, בשעת הספק ליכא רגלים לדבר וכמ"ש תוס' פרק כשם, ומשו"ה במקוה שנמדד כו' צריכין אנו לטעמא דתרתי לריעותא גם ברה"י, כיון דהיא טומאה דלמפרע והיא קילא, ומשום דאינו דומה לסוטה דהתם רגלים לדבר וכמו כן כל טומאה דלהבא וכמ"ש, וכיון דטעמא דלמפרע לא מטמא לאו מצד גזירה, אלא משום קילתא דלמפרע דליכא רגלים לדבר, משו"ה חזרו והקשו מרשות הרבים גבי תרומה וקדשים, ותו ליכא לתרץ משום דהוא למפרע, דהשתא דטהור ברה"ר בטומאה דלהבא דרגלים לדבר, מכ"ש למפרע דליכא רגלים לדבר, ולזה תירצו דבחד צד למפרע חמירא, ומשום דלהבא אין כאן צד טומאה כלל משא"כ למפרע שהרי לפנינו ודאי טמאה עכשיו.

ותו לא קשה מידי מה שהקשה במשנה למלך לשיטת הרב המנהיר, דלמה הוצרכו לומר בטעמא דרבי שמעון משום דסוטה רגלים לדבר וגבי מקוה ליכא, ותיפוק ליה דמקוה הוי ליה טומאה דלמפרע, ולא ילפינן מסוטה אלא להבא, דלפי מ"ש הא דלמפרע לא ילפינן לטמא, אינו אלא משום דסוטה רגלים לדבר, וה"ה כל טומאה דלהבא, משא"כ למפרע ליכא רגלים לדבר, וא"כ היינו הך דקאמר מה לסוטה שכן רגלים לדבר, ורבנן נמי סברי דלא ילפינן למפרע, ומשום דסוטה רגלים לדבר וה"ה כל טומאה דלהבא אבל למפרע ליכא רגלים, אלא דטעמא דרבנן ברה"ר וגם ברה"י משום תרתי לריעותא הוא, וכמ"ש הרב המנהיר, ודוק.

פרק יב

ולשיטת מוהרש"א דהיכא דליכא חזקה לטהר ילפינן שפיר מסוטה למפרע לטומאה ודאית, איכא למידק בהא דתנן פ"ב דנדה דף יד נמצא על שלו טמאין וחייבין בקרבן, נמצא על שלה אותיום טמאין וחייבין בקרבן, נמצא על שלה לאחר זמן טמאין מספק ופטורין מקרבן, איזהו אחר זמן כדי שתרד מן המטה ותדיח פניה ואח"כ מטמאה מעת לעת, ואמרו שם בגמרא תנא וחייבין אשם תלוי, ותנא דידן מ"ט לא תני אשם תלוי, בעינן חתיכה אחת משתי חתיכות ע"ש, וכיון דחייבין אשם תלוי, ע"כ חזקת טהרה איתרע כל האי שיעורא בכדי שתרד מן המטה, וכיון דחזקה איתרע בהאי שיעורא, א"כ לחייבי קרבן ודאי כיון דילפינן מסוטה לטומאה למפרע כל היכא דליכא חזקה דליהוי טומאה ודאית למפרע, ועיין בתוספות סוטה ר"פ כשם (דף כח. ד"ה ברשות) דנדה ספק ראתה, כיון דהוא מקום סתר לעולם רשות היחיד הוא ואפילו עומדת ברה"ר, ובפרט דמשנתינו נמצא על שלו סתמא רשות היחיד דבמקום סתירה היה הביאה.

ונראה לפי מ"ש תוס' בריש נדה (דף ב) ד"ה והלל ז"ל, וא"ת והיכי ילפינן דברה"י ספיקו טמא אפילו איכא חזקה הא בסוטה איתרע חזקתה כו', וי"ל דילפינן מסוטה שעשה הכתוב ודאי טומאה אע"ג דאית לה חזקה שאינה טמאה ודאית ולא איתרע אלא חזקת טהרה ודאית עכ"ל וע"ש, וא"כ ה"ה בנמצא בכדי שתרד מן המטה, נהי דאיתרע חזקת טהרה ודאית כיון דנמצא תוך האי שיעורא זוטא, אבל חזקת שאינה טמאה ודאי לא איתרע, והיכא דאיכא חזקה לא ילפינן לטמאה למפרע טומאה ודאית, אבל במקוה שנמדד ונמצא חסר דשם לא איתרע חזקת טמא שהיה טמא ודאי, אלא שהחזקות מנגדות דאיכא כנגדו חזקת מקוה ג"כ חזקה טובה, ומשו"ה הו"ל כאילו ליכא חזקה כלל וילפינן מסוטה לטמאה טומאה ודאית למפרע, ובנמצא בכדי שתרד מן המטה דאיכא חזקת טהרה לחודא אלא דאיתרע בהאי שיעורא, ולא איתרע אלא חזקת טהרה, אבל חזקת שאינה טמאה ודאי לא איתרע ומוקי אחזקתה שאינה טמאה ודאי ועדיין אינה טמאה ודאי היתה בשעת ביאה, ונגד חזקה לא ילפינן למפרע, ודוק.

ועוד נראה ליישב לפי מ"ש תוס' פ"ק דבבא קמא דף י"א ד"ה דאין מקצת שליא בלא ולד ז"ל, וא"ת ולר' אליעזר דאמר חוששין משום דאין מקצת שליא בלא ולד אבל אם היה מקצת שליא בלא ולד לא היתה חוששת, היכי דמי אי ברה"ר אפילו ספק ספיקא מטהרי, ואי ברה"י אפילו בספק ספיקא נמי טמא דהא תנן כל ספיקות שאתה יכול להרבות ברשות היחיד אפילו ספק ספיקא טמא, וי"ל דשמעתין איירי לענין לאוסרה על בעלה עכ"ל.

וביאור הדברים, דלא עשתה התורה ספק כודאי אלא לטומאה ברה"י וסוטה דכתיב בה ונטמאה והו"ל איסור טומאה ועשה הכתוב ספק כודאי, וילפינן מינה לכל הספיקות ולחלק ברשויות בין רשות היחיד לרשות הרבים, אבל ספק איסור אין בהם חילוק רשויות, ומשו"ה לענין ספק נדה לטמא טהרות, כיון דהו"ל ספק טומאה אמרינן בה ספק טומאה ברה"י טמא ואפילו ספק ספיקא ועשה הכתוב לענין טומאה כודאי, אבל נדה לבעלה אינו משום טומאה, אלא מה שאסורה לבעלה הוא משום איסור נדה שבה, ומשו"ה כל לבעלה הוי ליה כמו שאר איסורי תורה ואין בהם חילוק רשויות ובספק אסור ובספק ספיקא מותר.

ובחידושי מוהר"ם שיף פ"ק דב"ק שם כתב על דברי תוסי הנ"ל ז"ל, קצת קשה דספק טומאה מסוטה גמרינן לה שהוא לענין לאוסרה על בעלה עכ"ל, ולא קשה מידי, דסוטה לבעלה אסורה משום טומאה, וכדכתיב ונטמאה ונטמאה א' לבעל וא' לבועל, וכיון דאיסור שבה משום טומאה, הו"ל ספק טומאה ברה"י וטמא ודאי, אבל נדה לבעלה אינו כלל משום איסור טומאה אלא כמו שאר איסורי עריות וכמ"ש, וזה ברור.

ומשום הכי ניחא משנתינו לאחר זמן פטורין מקרבן ולא ילפינן לטומאה ודאית מסוטה אע"ג דליכא חזקה, דמשנתינו מיירי לבעלה, וכל לבעלה אינו אלא כמו שאר איסורין שבתורה ואין בהם חילוק רשויות ובתוס' ריש נדה שהקשו אפילו לחולין ברשות היחיד תהיה טמאה, אינו אלא לטומאת נדה ברשות הרבים במגעה לטהרות, אבל לבעלה אין חילוק ברשויות, ודוק.

וראיתי בשו"ת זכרון יוסף סי' ט' תשובה אחת מהרב הגאון המנוח מוהר"ר יוסף אב"ד דק"ק ברעסלי, ושם מפלפל באיסור נדה לבעלה היכא דאיכא ספק ספיקא ולומר דלא מהני, כיון דספק טומאה ברשות היחיד אפילו אתה יכול להרבות ספיקות טמא וע"ש, ולפי מה שמבואר בדברי תוס' ב"ק הנ"ל אין ענין כלל רשות היחיד לאיסור נדה לבעלה, וזה ברור.

פרק יג

בסוטה בריש פרק כשם (סוטה כח), ת"ר ג"פ טומאה אמורים בפרשה אם נטמאה נטמאה ונטמאה למה א' לבעל וא' לבועל וא' לתרומה דברי ר' עקיבא, אמר רבי ישמעאל קל וחומר ומה גרושה שמותרת לתרומה אסורה לכהונה זו שאסורה בתרומה אינו דין שאסורה לכהונה, ופריך עלה ורי ישמעאל דאמר ר' עקיבא תרומה ומהדר ליה איהו כהונה, ותו לרי עקיבא כהונה מנא ליה, וכ"ת כהונה לא צריכא קרא שהרי עשה בהן

ספק זונה כזונה, תרומה נמי לא תבעי קרא שהרי עשה בה ספק זונה כזונה, אלא לרי עקיבא ארבעה קראי כתיבי אי לבעל ואי לבועל וחד לכהונה וחד לתרומה כו' ע"ש.
ופירש רש"י וכ"ת כהונה לא צריך קרא שהרי עשה בה הכתוב בסוטה ספק סוטה כודאי זונה לאוסרה, הלכך לגבי כהונה נמי אסורה דכתיב זונה לא יקחו וזו בחזקת זונה היא, אי הכי לתרומה נמי לא תיבעי קרא כו' ובתרומה הא ידעינן דזונה אסורה דכתיב כי תהיה לאיש זר כו'.
ובתוס' ד"ה שכן עשה ספק זונה ז"ל, תימה אמאי לא אמר כיון דטימא הכתוב מספק מהיכי תיתי דמותרת בתרומה ולכהונה, וי"ל אי לאו קרא איכא למימר דלא טימא אלא לבעלה דאיכא ספק חייבי מיתות ב"ד על ידו אבל לענין תרומה וכהונה הוי אמינא אוקי אתתא אחזקתה, אבל בירושלמי ריש פ"ק מתוך קושיא זו דריש חד מהנך תלתא קראי ליבם וע"ש.
ולפי מ"ש פי"ב דלא עשה הכתוב ספק כודאי בסוטה אלא באיסור טומאה שבה, ומשו"ה סוטה לבעלה דאית בה איסור טומאה כדכתיב ונטמאה משו"ה אסורה לבעלה כודאי ומשום ספק טומאה ברשות היחיד ספיקו טמא וה"ל ונטמאה, ואי לאו קראי ונטמאה ונטמאה לתרומה ולכהונה אלא הוי כתיבי תרי קראי ונטמאה א' לבעל וא' לבועל, ואם כן לכהונה ולתרומה לא הוי ידעינן כלל איסור טומאה אלא איסור זונה, ולשיטת הרמב"ם דכל הספיקות מדבריהם ודוקא בטומאה ברשות היחיד הוא דספיקו טמא, א"כ לכהונה ולתרומה דליכא איסור טומאה ומשום איסור זונה אין הספק אסור דכל הספיקות מדבריהם, ולדעת הרמב"ן והרשב"א דכל הספיקות אסורין מדאורייתא אבל אינו אלא משום ספק, והשתא דכתיב תרי קראי טומאה לכהונה וטומאה לתרומה הוי ליה ודאי, דהא בטומאה ברשות היחיד עשה הכתוב ספק כודאי, ומשום הכי איצטריך קראי לכהונה ולתרומה ונטמאה ונטמאה.
והיינו דפריך בש"ס ורבי עקיבא כהונה מנא ליה וכ"ת כהונה לא צריך קרא, שהרי עשה בהם ספק כזונה ונימא כיון דגלי קרא לענין בעל ובועל שיהיה ספק שלה כודאי ה"ה לאיסור זונה הוי כודאי, א"כ תרומה נמי לא תבעי קרא, אלא ע"כ מדכתב טומאה לתרומה צריך לומר דאיסור זונה אינו נלמד מאיסור טומאה, ודוקא בטומאה עשה הכתוב כודאי ולא כן בשאר איסורי תורה, וה"ה באיסור זונה, א"כ לכהונה מנא ליה דאסור, ומשום הכי מסיק אלא לרי עקיבא ארבעה קראי כתיבי לבעל ולבועל לתרומה ולכהונה, דהשתא בכולהו איכא איסור טומאה מלבד איסור זונה דאיתא לתרומה ולכהונה, ומשום דאיסור זונה שבה אינו כודאי, דהוי ליה כשאר איסורין וכה"ג בנדה לטהרות דהוא טומאה הוי

ליה ברה"י כודאי ולבעלה דאינו משום טומאה הוי ליה ספק, ויתיישב היטב קושיית התוס' דהא צריך קרא לתרומה ולכהונה, דאי לאו ונטמאה לא היה אלא איסור זונה ולא עשה הכתוב כודאי אלא בטומאה אבל בשאר איסורין אינו אלא ספק, ולדעת הרמב"ם מותר מן התורה ולדעת הרמב"ן והרשב"א אינו אלא ספק ולא ודאי ודוק.

וכתב הרמב"ם בפ"א מהל' איסורי ביאה ז"ל, המקנא לאשתו ונסתרה ובא עד אחד והעיד שנטמאה והיה בעלה כהן ובא עליה אחר כך הרי זה לוקה משום זונה, אע"פ שעיקר העדות בעד אחד כבר הוחזקה בה זונה עכ"ל, וס"ל להרמב"ם דמשום טומאה אין לוקין דהוי ליה לאו שבכללות, וכמ"ש הרב המגיד שם דמשום הכי לא הזכיר הרמב"ם משום טומאה אלא משום זונה הוא דלוקה עליה וע"ש, ולפי מ"ש דהא דעשה הכתוב בסוטה ספק כודאי אינו אלא לטומאה שבה אבל לאיסור זונה הרי היא כשאר איסורין שבתורה, וא"כ הא דכתיב ועד אין בה דמינה יליף בש"ס דעד אחד נאמן בסוטה, היינו דוקא לאיסור טומאה ומשום דספק טומאה ברשות היחיד ודאי טמא כל זמן שלא תשתה ועד אחד נאמן בה שלא תשתה, אבל לאיסור זונה שבה, כיון דאין הספק בה כודאי ומן התורה ספיקו מותר דכל הספיקות מדבריהם לדעת הרמב"ם והראב"ד, ומנא לן דעד אחד נאמן בה לאיסור זונה, כיון דעד אין בה לא כתיב אלא בטומאה דכתיב בפרשה והיא נטמאה, וכיון דמשום טומאה אין לוקין דהוי ליה לאו שבכללות, לאיסור זונה שבה מנלן דעד אחד נאמן.

ולדעתי הקלושה נראה דבר זה בכוונת הראב"ד שכתב שם ז"ל, אינו כן, דאינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה, דכל אונס בעד אחד לא קרינן בה זונה אלא משום טומאה, והכי איתא ביבמות בלישנא בתרא דרבה עכ"ל, וכתב עליו הרב המגיד ז"ל, ואני תמה בזה, שהרי דברי רבינו בכאן אינם בשנאנסה ולא הזכיר בכאן אונס כלל, ואפילו באונס אין דברי הרמב"ם ז"ל מחוורין לפסוק כלישנא בתרא דרבה כו' ע"ש, גם במגדול עוז האריך בזה, והביא לשון הש"ס פרק הבא על יבמתו (יבמות דף נו.) דקיימא לן דאשת איש שנאנסה אסורה לכהן משום זונה כו', ועתה התבונן כי בלשון הגמ' לא הוזכר עד אחד ולא שייך כלל לגבי אנוסה והוא דין בפני עצמו והלכה פסוקה כרבא וכדאיכא דאמרי ופסקה ודרשה וכתבה הרמב"ם ז"ל פי"ח מהלכות אלו, ואתמהה מה ענין זה לגבי עד אחד אומר שנטמאה כי לדברי הכל היא אסורה, הואיל וקדם הקינוי והטומאה לבעילתו אין ספק שבעל זונה הואיל והיתה אסורה עליו, וע"ש שהאריך בזה. ולפי מ"ש נראה דזאת היא כוונת הראב"ד דבעד אחד לא קרינן בה זונה והיינו דמשו"ה אינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה, דלטומאה הוא דהימניה רחמנא ולא לשאר

איסורין בדבר שבערוה ומ"ש דכל אונס בעד אחד לא קרינן ביה זונה ולא השיגו בזה פי"ח ע"ש, נראה דהראב"ד בא להשיג על הרמב"ם דסבירא ליה דלוקה משום זונה, אבל משום טומאה ס"ל דאינו לוקה ומשום דהוי ליה לאו שבכללות, והראב"ד ס"ל דבעד אחד אינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה, ולזה הביא ראיה דלוקה משום טומאה, דבאונס ללישנא בתרא דרבה אין לוקין משום זונה אלא משום טומאה אלמא דלוקין משום טומאה, ונהי דלא סבירא ליה כלישנא בתרא דרבה היינו בזה הוא דלא ס"ל כלישנא בתרא, דרבה ס"ל משום טומאה אין משום זונה לא דבאונס לא מקרי זונה, ורבא ס"ל דבאונס נמי הוי זונה באשת כהן, אבל בהא מיהא לית דפליג על לישנא בתרא דלוקין משום טומאה.

ולשון הראב"ד לענ"ד דהכי קאמר, אינו לוקה משום זונה אלא משום טומאה ובע"א טומאה לא קרינן ביה זונה אלא משום טומאה, דכל אונס לא קרינן ביה זונה אלא משום טומאה, והכי איתא ביבמות כלישנא בתרא דרבה, והיינו דמוכח דלוקין משום טומאה, ועיקר כוונת הראב"ד להשיג על הרמב"ם דבע"א אינו לוקה משום זונה, ומשום דלא מצינו דהימניה רחמנא לע"א אלא בפרשה האמורה דכתיב והיא נטמאה, ולטומאה הוא דהימניה דספק טומאה ברשות היחיד ודאי טמא וע"י שתיית מי המרים טהורה היא, וכשבא עד אחד תו אינה שותה והו"ל טומאה ודאית כדינא דספק טומאה ברה"י, אבל לאיסור זונה דספק מותר לא הימניה לע"א, דאע"ג דע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק היתרא ולא איסורא כמו בחתיכה ספק חלב ספק שומן, זונה דהו"ל דבר שבערוה אין עד אחד מהימן בה ואינו לוקה אלא משום טומאה, וכמו בהך דינא דלישנא בתרא דרבה דאין לוקין משום זונה אלא משום טומאה, ה"נ בעד א' אפילו ברצון אינו לוקה משום זונה, דלא מהימן בה עד אחד אלא משום טומאה, וס"ל להראב"ד דלוקה משום טומאה ודוק.

פרק יד

ובשיטת הרמב"ם דסבירא ליה דבעד אחד כשהעיד כשנטמאה לוקה עליו משום זונה, נראה דהרמב"ם לשיטתו, שכתב בפרק ט"ז מסנהדרין [הלכה ו] זה לשונו, ואין צריך שני עדים אלא בשעת מעשה אבל האיסור שבו בעד אחד יוחזק, כיצד אמר עד אחד חלב כליות הוא זה, כלאי הכרם הם פירות אלו, גרושה או זונה אשה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהתרה בו, הרי זה לוקה אף על פי שעיקר האיסור בעד אחד, עד כאן לשונו, ומבואר מדבריו דסבירא ליה דאיסור זונה לכהן לאו כדבר שבערוה הוא אלא כמו שאר איסורים, ועד אחד נאמן בה כמו שנאמן עד אחד בשאר איסורים, ואם כן בעד אחד

שהעיד שנטמאה והיה בעלה כהן, לוקה עליה משום זונה דעד אחד נאמן באיסורים, ודו"ק, ועמ"ש בשמעתא ו' פרק י"ד.

ובזה נראה לעניות דעתי ליישב מה שכתבו קצת מגדולי קמאי בהא דכתב הרמב"ם דכל הספיקות מדבריהם יליף לה מספק טומאה ברשות הרבים דספיקו טהור ואפילו ליכא חזקת טהרה, והוא תמוה, דאדיליף מרשות הרבים לקולא ניליף לחומרא מרשות היחיד דספיקו טמא, ואם איסור מטומאה לא ילפינן היכי יליף מרשות הרבים.

ולפי מה שאמרתי ניחא, דהא חזינן תלתא או ארבעה קראי כתיבי, חד לבעל, וחד לבועל, חד לתרומה, וחד לכהונה, וגלי קרא דברשות היחיד ספיקו טמא לכל הנך, וברשות הרבים טהור לכל הנך, לבעל ולבועל ולכהונה ולתרומה, ואפילו במקום סתירה וכמו שכתבו תוספות בריש נדה [ב ד"ה "והלל"] כגון במבואות האפלים עיין שם, וטהורה ברשות הרבים היא לכל הנך, ואם כן היכי מותרת ברשות הרבים לכהונה ולתרומה, כיון דלכהונה ולתרומה מלבד איסור טומאה שבה לכהונה ולתרומה, וכמו שכתבתי בפרק י"ג, עוד אית בהו איסור זונה לכהונה ולתרומה, ואיסור זונה להיכן הלך, והיכי מותרת ברשות הרבים לכהונה ולתרומה, על כרחך מוכח דספק איסור מן התורה לקולא, ומשום הכי ברשות היחיד כיון דאית בכל הנך נמי איסור טומאה וכמ"ש פרק י"ג, ספק כודאי, וברשות הרבים טהורה לכל הנך, משום דספק טומאה שבה טהור ברשות הרבים, וספק זונה שבה נמי מותר דכל הספיקות אינו אלא מדבריהם, ואם כן מזה ראיה ברורה לדברי הרמב"ם דספק מותר מן התורה, ודוק.

פרק טו

ובעיקר קושיית התוספות שזכרנו פ"ט בהא דתנן כל הנשים דיין שעתן וב"ה נמי מודו לחולין, ודוקא לתרומה וקדשים מחמרי וברה"י דספיקו טמא אפילו איכא חזקת טהרה, א"כ אמאי דיה שעתא, דהא בספק טומאה ברה"י אפילו איכא חזקה ספיקו טמא, ע"ש.

ונראה לענ"ד לפי מה דמבואר בסוגיית הש"ס סוף פרק המדיר (כתובות דף ע"ה) אמר רבא לא תימא ר' יהושע לא אזיל כלל בתר חזקה דגופא, אלא כי לא אזיל ר' יהושע בתר חזקה דגופא היכא דאיכא חזקה דממונא, אבל היכא דליכא חזקה דממונא אזיל ר' יהושע בתר חזקה דגופא, דתניא אם בהרת קדמה לשער לבן טמא אם שער לבן קודם לבהרת טהור ספק טמא ר' יהושע אומר כהה, מאי כהה אמר רבא כהה וטהור, וכתבו שם תוס' בשם ר"ת דמיירי בנזקק לטומאה כו' וקודם שנטהר נולד בו ספק כו', והשתא מייתי שפיר דאזיל ר' יהושע בתר חזקה דגופא דהעמידנו בחזקת שלא היה בו נגע, אע"ג דאיכא חזקה דהעמידנו בחזקת טומאה כנגדו, והכי נמי הוי אמרינן לעיל אי לאו חזקה

דממונא עכ"ל, ומבואר שם בסוגיא דחזקה דגופא ודאי עדיפא מכל החזקות לכו"ע, אלא נגד חזקה דממונא דהוא גם כן אלים טובא לא עדיפא חזקה דגופא.
ובחידושי פני יהושע שם העלה דעדיף חזקת הגוף מרוב דאין הולכין בממון אחר הרוב, וחזקת הגוף מהני להוציא ממון מחזקתו לדידן דקיי"ל כר' גמליאל, ומבואר בשמעתא ב' פ"ד, וכיון דחזקת הגוף עדיף מכל החזקות וספק טומאה ברשות היחיד, דספק טומאה יליף מסוטה דאפילו איכא חזקת טהרה, ומשום דגבי סוטה נמי איכא חזקה שאינה טמאה ודאי, וכמ"ש תוספות בחולין דף י' ובריש נדה [ב] ע"ש, אבל רובא ודאי מהני אפילו ברשות היחיד, כמבואר פרק קמא דחולין דף ט. גבי צלוחית ע"ש, ולא שמענו לסוטה אלא חזקה, אבל רובא דעדיף מחזקה טהור אפילו ברה"י, וחזקת הגוף עדיפה משאר חזקות, א"כ נהי דגלי קרא בסוטה דספק טמא אפילו היכא דאיכא חזקה, היינו דוקא במקום חזקת טהרה, אבל חזקת הגוף דעדיף לא שמענו, ומשום הכי מהני אפילו ברה"י, ודוק.
ואין להקשות דהא בסוטה נמי איכא חזקת כשרות דזה נמי מיקרי חזקת הגוף, זהו נמי כיוון דקינא לה ונסתרה ויחוד אסור מן התורה, א"כ חזקת כשרות איתרע ואין לה אלא חזקת היתר לבעלה וזה אינו חזקת הגוף, ומשום הכי בחזקת הגוף דלא שמענו מסוטה טהור אפילו ברשות היחיד והמוהרש"א בחדושיו בנדה דף י"ט שם במה שהקשה בשם ר"ת בהא דתניא אם בהרת קדמה לשער לבן כו' ספק טמא, והקשה מ"ט דרבנן דמטמאי ולא מוקי לה אחזקתיה, ותי' ר"ת דמיירי בשנזקק לטומאה ע"ש, והקשה המוהרש"א מאי קושיא, הא ספק טומאה ברה"י ספיקו טמא אפילו איכא חזקה, ע"ש שמתרץ עפ"י מ"ש תוספות בריש נדה דלא גמרינן מסוטה אלא ספק מגע ולא ספק ראיה ע"ש ז"ל, אך גבי משארסתני נאנסתי דאזיל ר' גמליאל בתר חזקה דגופא ואמאי הא הוי ספק טומאה ברה"י וזה הוי ספק מגע עכ"ל [המהרש"א], והניח בצ"ע, ולפי מ"ש דחזקת הגוף מהני אפילו ברה"י ניחא, דגבי משארסתני נאנסתי הו"ל חזקת הגוף כדאיתא פ"ק דכתובות דף יב.
אלא דקושיא זו מעיקרא לא ידעתי, דספק טומאה ברה"י דספיקו טמא, היינו אם נולד הספק ברה"י, אבל ספק שאינו ידוע אימת ומתי ובאיזו מקום אם ברה"י אם ברה"ר, בזה לא אמרו ספק טומאה ברה"י ספיקו טמא, וזה הוי ליה ספק רשויות, וה"נ במשארסתני נאנסתי דהזנות אינו ידוע אם ברה"י אם ברה"ר היה, א"כ אין זה ענין לספק טומאה ברה"י, וזה ברור.

ובכתובות דף נ"א אמר אבוה דשמואל אשת ישראל שנאנסה אסורה חיישינן שמא תחילתה באונס וסופה ברצון, והקשה הפני יהושע בחדושיו שם לפי מ"ש תוס' פ"ק דכתובות דף ט' בד"ה ואבע"א באשת ישראל דקביל ביה אבוה קידושין פחות משלוש שנים ז"ל, ואם תאמר ונוקמה בחזקת היתר לבעלה, ויש לומר דאונסא קלא אית ליה והשתא דליכא קלא הוי ליה רצון רובא ואונס מיעוט ע"ש, וא"כ באשת ישראל שנאנסה אמאי חשו שמא סופה ברצון, ונוקמה בחזקת היתר לבעלה והיה סופה באונס, ובזה לא שייך תירוצם שתירצו שם בתוס' וע"ש.

ונראה לפי מ"ש תוספות בסוטה ר"פ כשם [כח. ד"ה ברשות] לענין נדה, דאפילו עומדת ברה"ר הוי ליה דין רשות היחיד, כיון דהדם שבמקור הוא מקום סתר ולעולם אית ליה דין רה"י וע"ש, ומשום הכי ניחא דחיישינן שמא סופה ברצון ואע"ג דאית ליה חזקת היתר, דברה"י טמא אפילו איכא חזקה, וספק רצון הו"ל רה"י דהרצון שבה הוי ליה מקום סתר, ומסיק שם אליבא דשמואל אונס דשריא רחמנא בצווחה מתחילה ועד סוף, א"כ היכא דאנו מסופקין אם באונס, היינו שצווחה מתחילה ועד סוף, א"כ תו לא הוי מקום סתר, ומשו"ה גבי משארסתני נאנסתי לא הוי ספק טומאה ברשות היחיד, כיון דלא נודע הזנות באיזו מקום ואימר היה ברה"ר וצווחה מתחילה ועד סוף והו"ל ספק רשויות, וכן לדידן דקי"ל כל שתחילתה באונס, אפילו סופה ברצון אינו אלא אונס, א"כ כשאנו מסופקים שמא תחילתה באונס היינו שצווחה, א"כ הו"ל ספק רשויות, אבל לשמואל דחייש שמא סופה ברצון הו"ל ספק טומאה ברשות היחיד, דהאי רצון הו"ל מקום סתר וספיקו טמא ברשות היחיד אפילו איכא חזקת היתר, ודוק.

פרק טז

כתב הרמב"ם פ"ב מהלכות סוטה [הלכה ד'] ז"ל, קטנה שהשיאה אביה, אם זינתה ברצונה נאסרה על בעלה, לפיכך מקנין לה, לא להשקותה אלא לפוסלה מכתובתה ע"ש, וכ"כ שם בריש פרק הנזכר ז"ל, ואלו הן הנשים שאינן ראויין לשתות כו', אלא יוצאות בלא כתובה משיבואו עדי סתירה אחר עדי קינוי ויאסרו על בעליהן לעולם, וחמש עשרה נשים הן ואלו הן ארוסה כו' וקטנה אשת הגדול, ע"ש.

וקשיא לי בגוה, דהא בטהרות פ"ג משנה ו' חרש שוטה וקטן שנמצאו במבוי שיש בו טומאה הרי אלו בחזקת טהרה, וכתב שם הרמב"ם בפירושו ז"ל, כבר ביארנו פעמים רבות שספק טומאה ברשות היחיד ספיקו טמא וברה"ר ספיקו טהור ידענו מסוטה, שאם נסתרה עם איש ברה"י נאסרה על בעלה, והענין ספק לפי שהוא לפעמים בועלה או לא, והוא אומרו ונסתרה והיא נטמאה הנה זה מלמד שכל ספק טומאה ברשות היחיד

טמא, ובתנאי שיהיה זה אשר נתחדש לו יש בו דעת לשאול וישיב במאמר, אמנם מי שאין לו דעת לשאול אפילו יהיה ברה"י ספיקו טהור, לפי שאנחנו ידענו ספק טומאה ברשות היחיד ספיקו טמא מסוטה אשר יש לה שכל ואפשר לשאול פיה ויאמר אליה אם נבעלה ותענה מזה, ואז נדון בספיקא שהוא טמא, וכל מי שיש לו שכל ואפשר לשואלו אם נטמא אם לא, הוא אשר ספיקו ברשות היחיד טמא, ולזה העיקר אמר שחרש שוטה וקטן אם נמצאים במבוי שיש בהם טומאה שהן טהורין, ואע"פ שהמבוי רה"י ואנחנו לא נדע אם נגעו בטומאה אם לא, לפי שאין בהם דעת, עכ"ל.

וכן הוא בש"ס בכמה מקומות דילפינן דבר שאין בו דעת לשאול דספיקו טהור ברה"י מסוטה, וכדאמרינן בסוטה דף כ"ח. ובחולין דף ז. ע"ש, וא"כ קטנה אחר קינוי וסתירה למה תאסר על בעלה, כיון דהוא ספק אם בעלה או לא, ובדבר שאין בו דעת לשאול ספיקו טהור אפילו ברשות היחיד, וטעמא דסוטה אינו אלא משום דספק טומאה ברה"י ספיקו טמא, וזאת הקטנה כיון דאין בה דעת, הרי תנן חש"ו שנמצאו במבוי הרי אלו בחזקת טהרה ומבואר דקטן חשיב אין בו דעת לשאול, וצ"ע.

ואפשר ליישב לפי מה שאמרו פ"ק דנדה דף ה' אמר ר' יוחנן ספק טומאה הבאה בידי אדם, נשאלין עליו אפילו בכלי המונח על גבי קרקע עיי"ש, וא"כ ה"נ כיון דהבועל גדול דהיינו ממי שמקנין אותה, הוי ליה ספק טומאה הבאה בידי אדם, דהבועל שהטומאה בא על ידו הוי ליה יש בו דעת לשאול.

אלא דלפ"ז אם זה שמקנין אותה ממנו הוא קטן בן ט' שנים שביאתו ביאה, ומדברי הרמב"ם פ"א מסוטה [הל' ו'] משמע דמקנין לקטן, ז"ל, אין מקנין לקטן פחות מבן ט' ע"ש, ומשמע הא מבן ט' מקנין, וא"כ אם הוא קטן והיא קטנה לא נאסרה, דהוי ליה דבר שאין בו דעת לישאל לא מקטן ולא מקטנה, וא"כ היכי סתם הרמב"ם בקטנה שנאסרה על בעלה, כיון דמשכחת לה בקטנה שלא תיאסר על בעלה.

ועוד היא גופא קשיא, דהיכי למידין מסוטה דבעינן דוקא אשר יש לה שכל, כיון דקטנה נמי נאסרה, וא"כ דלמא סוטה מיירי נמי מדבר שאין בו דעת וכגון בקטן וקטנה וכמ"ש ובזה אפשר ליישב כיון דפרשת סוטה ודאי מיירי בגדולה דוקא, דקטנה נהי דנאסרה על בעלה אבל אינה שותה אלא גדולה דוקא ולפ"ז קטנה שמקנין אותה מקטן בן ט' מותרת לבעלה דהו"ל דבר שאין בו דעת לשאול, וכהאי דחש"ו שנמצאו במבוי הרי אלו בחזקת טהרה, ואכתי צ"ע.

פרק יז

בפ"ח דנזיר [נ"ז] תנן, שני נזירים שאמר להם אחד ראיתי אחד מכם שנטמא ואיני יודע איזה הוא מכם, מגלחין ומביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה כו', ופריך עלה בגמ' שני נזירים והאי דקאי גביה הא תלתא הו"ל ספק טומאה ברשות הרבים וכל ספק טומאה ברה"ר ספיקו טהור, אמר רבה בר רב הונא באומר ראיתי טומאה שנזרקה ביניהם.

והקשו תוס' ז"ל [ד"ה באומר], וא"ת א"כ יביא כל אחד קרבן טומאה ודאי, דכל ספק טומאה ברשות היחיד שורפין עליה תרומה, וי"ל דלא גמירי מסוטה אלא דבר שאפשר להיות כסוטה דאפשר שנטמאת, אבל הכא לא אפשר לעשות שניהם ודאי דאחד טהור, ואם תאמר אם כן מאי פריך מעיקרא והא ספק טומאה ברשות הרבים כלומר ויביאו שניהם קרבן טהרה, והא ספק טומאה ברשות הרבים דמטהרין נמי מסוטה גמרינן ולא ילפינן אלא דבר שאפשר להיות והכא בודאי אחד טמא, וי"ל דספק טומאה ברשות הרבים לאו מסוטה גמרינן, אלא כל חד וחד מוקמינן אחזקתיה עכ"ל וכ"כ תוספות בחולין דף מ. [תוד"ה התם], ובריש נדה [ב ד"ה והלל], ע"ש.

ובתוספות ישנים ריש נדה כתבו עלה דשני נזירים דלא ילפינן מסוטה ברה"י אלא דבר שיכול להיות כו', מיהו הא גופה תימה, כיון דלא גמר מסוטה, מאי שנא דברה"ר טהור משום דמוקמינן אחזקתיה, וע"ש.

ולענ"ד נראה, דכיון דילפינן מסוטה כל ספק טומאה ברה"י דאפילו איכא חזקת טהרה נמי טמא, ומשום דבסוטה נמי איכא חזקה שאינה טמאה ודאי ע"ש בריש נדה, אלא דלא ילפינן מסוטה רק דבר שיכול להיות, אבל דבר שאי אפשר להיות אין למידין מסוטה, ומשו"ה שיהיו ודאי אי אפשר להיות, כיון דע"כ אחד מהן טהור, וזה יכול להיות שיהיו שניהם טמאין מספק, א"כ שפיר קם ליה אדינא דסוטה דברה"י אינו מועיל חזקת טהרה, ואין מורין בהם הוראה ודאית שיהיו טמאין, רק שיהיו טמאין מספק וזה יכול להיות.

פרק יח

הלכה מרווחת דספק ספיקא לקולא, אמנם כתבו הפוסקים דבעינן שיהיו שני הספיקות שקולים, אבל אם ספק א' אינו שקול הוי ליה כמאן דליתא, וכמבואר בתוספות פ"ק דכתובות דף ט ד"ה ואבע"א, שהקשו אכתי נוקמה בחזקת היתר ונימא באונס, ותירצו דאונס קלא אית לה ורובא ברצון, והקשו דא"כ בס"ס נמי תיאסר, דספק אונס כמאן דליתא, ואומר ר"י דהאי רובא דרצון לא הוי רוב גמור אלא מדרבנן ע"ש, ומבואר דהיכא דהספק אינו שקול לא הוי בגדר ספק.

ובחידושי פני יהושע הקשה לפי מ"ש הרשב"א בטעמא דס"ס לקולא משום דאזלינן בתר רובא, וא"כ היכא דספק אחד שקול כגון הכא שספק תחתיו ספק אינו תחתיו הו"ל פלגא ופלגא, אע"ג דאונס הוי מיעוטא אפ"ה מצטרף מיעוטא לפלגא, והו"ל רובא להתירא, וע"ש סוף דבריו ז"ל, ולא הבנתי טעמו של דבר, דכיון שספק אחד שקול, אפילו אם השני לא שכיח שפיר מקרי ספק ספיקא לטעם הרשב"א ז"ל דהוי ליה רובא וצע"ג, עכ"ל ובקונטרס אחרון כתב הפני יהושע בזה וז"ל, וכמדומה לי באמת שראיתי בכמה פוסקים ראשונים ואחרונים דהיכא דספק אחד שקול אע"ג דשני אינו שקול אפ"ה חשבינן ליה ספק ספיקא, מיהו אפשר דתוספות ס"ל דמיעוט לגמרי כמאן דליתא לרבנן דפליגי אדר' מאיר, משא"כ לשיטת ר"ת שפסק במס' בכורות דף כ' ע"ב בד"ה חלב פוטר דקיי"ל כרשב"ג דהיכא דמיעוט מסייע לחזקה הו"ל פלגא ופלגא וכמ"ש בהגהת שו"ע יו"ד, א"כ ה"נ י"ל דהמיעוט מספק שני מסייע לפלגא דספק ראשון והו"ל רובא, והדבר צריך תלמוד, עכ"ל.

והנה מאי דתלי לה בפלוגתא דרבי מאיר ורבנן בסמוך מיעוטא לחזקה, לא אדע, דהא מאי דסברי רבנן דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, היינו משום דסברי רובא וחזקה רובא עדיף, וא"כ אע"ג דמיעוט מסייע לחזקה, כיון דרובא עדיף הוא עדיף מן המיעוט עם החזקה, אבל כאן בס"ס, כיון דספק אחד שקול דהו"ל כמחצה על מחצה, למה לא יסייע המיעוט מן ספק שני בכדי שיהיה רובא נוטה להתיר.

אלא דבעיקר הדין אם בעינן שני הספיקות שקולין, נראה דודאי בעינן שני הספיקות שוין להיות שקול, וראיה מהא דאיתא בנדה ר"פ האשה [נט.], איבעיא להו איש ואשה יושבין מה לי אמר ר' שמעון, כי אמר ר"ש עומדת דדחיק לה עלמא ויושבת דחד ספק אבל בספק ספיקא לא אמר, או דלמא לא שנא, ת"ש כיון דאמר ר"ש חזקת דמים מן האשה ל"ש עומדין ולא שנא יושבין, ע"ש שכתב רש"י מדקתני חזקה אלמא לא מספקא דם באיש כלל ע"ש, ואי נימא דמיעוט מצטרף לספק השקול א"כ היכי מוכח מהא דתנן חזקת דמים מן האשה, נהי דחזקה הוא כך, אבל מיעוט עכ"פ איכא דאתי דם מן האיש, אלא ע"כ דס"ס שאינו שלם בצדדיו לא הוי ספק ספיקא.

אמנם צריך להתבונן בהא דכתב הרשב"א בתשובה סי' ת"א דמהני ספק ספיקא אפילו נגד חזקה, והיכי מהני הא ספק אחד אינו שקול כיון דאיכא חזקה נגד ספק אחד ונראה דודאי בכהאי גוונא שכתבו תוס' ס"ס, דנימא ס"ס ספק תחתיו ואת"ל תחתיו אימר באונס, וכיון דרובא ברצון, אם היה רוב גמור א"כ ספק אונס כמאן דליתא והוי ליה כאילו אין כאן רק ספק אחד ספק תחתיו, אבל בס"ס נגד חזקה ולדמיין נגד חזקת

שאינו זבוח או נגד חזקת אשת איש, וכיון דס"ס כרוב, הרי באין שני הספיקות יחד שהם להתירא, ולהוציא הדבר מחזקת איסור, ורובא וחזקה רובא עדיף, אבל ספק אונס, כיון דרובא ברצון וספק לאו תחתיו אינו מוכרח שיהיה באונס, וא"כ קם ליה ברצון, אלא ספק א' נשאר ספק לאו תחתיו, וספק א' לחומרא, וס"ס נגד חזקה שני הספיקות באין להתיר הדבר ולהוציאו מחזקת איסור, דהא שני הספיקות מורין להתיר, ונגד חזקת איסור שני ספיקות אלימא להוציא מחזקת איסור, אבל ספק אונס אם הוא נגד רוב, הרי ספק אונס כמאן דליתא, דהספק לאו תחתיו אין מסייע לספק אונס, וא"כ ליכא אלא ספק אחד, ודוק.

ובש"ך בכללי ספק ספיקא סי' ק"י ס"ק ל' ז"ל, ויצא לנו הדין דאם יש חתיכה שיש בה ספק אם היא מכשרה או מבהמה שאירע לה ספק בשחיטה, אע"ג דנתערבו הבהמות מתחילה חד בחד, אע"ג דהוי ס"ס בכה"ג וכמו שנתבאר בס' ד', הכא כיון דאיכא חזקת איסור אסור עכ"ל ולפי מ"ש נראה כגון זה כו"ע מודו, דאפילו נימא דמהני ס"ס נגד חזקת איסור, היינו דוקא כשבאין שני הספיקות יחד להוציא הדבר מחזקת איסור, א"כ ליכא חזקת איסור כלל, דרובא עדיף, משא"כ בזה שאירע ספק בשחיטה בבהמה, א"כ זאת הבהמה ודאי באיסורא קאי, כיון דאיכא חזקת איסור הו"ל כמו ספק שאינו שקול ולאו ספק הוא, וספק השני שבא ע"י תערובות אינו מסייע לספק שחיטה שאירע בבהמה, וכיון דבהמה באיסורא קאי הו"ל ספק א', וספק שחיטה אינו מסייע, כיון דאיכא חזקת איסור הו"ל ספק שאינו שקול ואינו מסייע, ודוק.

אך קשה מהא דאמרינן בבהמה המקשה דף ע"ז המבכרת שהפילה שליא ישליכנה לכלבים, מ"ט אמר רב איקא בריה דרב אמי רוב בהמות יולדות דבר הקדוש בבכורה ומיעוט בהמות דבר שאינו קדוש בבכורה ומאי ניהו נדמה, וכל היולדות יולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות והו"ל זכרים מיעוטא, וכתב רש"י ז"ל, דרכן לילד מחצה זכרים ומחצה נקבות, הלכך ולד זה ספק זכר ספק נקבה ונקבה לא קידשה, ואת"ל זכר שמא נדמה הוא עכ"ל, ומבואר דמצטרף לס"ס אע"ג דספק א' והוא ספק נדמה אינו שקול, דהא נדמה אינו אלא מיעוט.

מיהו נראה דהתם לאו בתורת ס"ס אתינן עלה אלא משום רוב ממש, כיון דזכרים ואינו נדמה הו"ל מיעוט גמור נגד מחצה נקבות ומיעוט נדמה, ולרוב ודאי מצטרף, אבל בס"ס אע"ג דעדיף מרובא, מכל מקום כל שהוא דרך ספק ספיקא אינו מועיל אלא בצדדין השקולין, והתם ודאי בתורת רובא אתינן עלה וכן מוכח מלשון הש"ס פרק אלמנה לכ"ג (יבמות דף ס"ז) [עמ' א'] גבי עובר אינו פוסל, ואמרו בש"ס הכא בחוששין למיעוט קא

מיפלגי, ופירש"י לשמא נקבה היא ואין לה חלק במקום בן, ואת"ל זכר שמא תפיל, שכל היולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות, ויש שמפילות, סמוך מיעוט דמפילות למחצה דנקבות הוו ליה זכרים הראוין לירש מיעוט ומיעוט לא חיישינן ע"ש, ומשמע להדיא דמטעם רוב אתינן עלה וכ"כ רש"י שם ז"ל, אין חוששין למיעוט לשמא יהא זכר ויש לו חלק בהן, דבתר רובא אזלינן ורובא יולדות או נקבות או מפילות עכ"ל ובפרק בהמה המקשה נמי איכא רובא ליולדות דבר שאינו קדוש בבכורה נקבות ונדמה, והו"ל דבר הקדוש מיעוט, ורש"י שכתב שם דרך ספק ספיקא, נראה דלאו דוקא אלא משום רובא הוא דאתינן עלה, וכן מוכרח מהא דאמרו שם פרק אלמנה, והכא בחוששין למיעוט קמיפלגי, ואי נימא דספק שאינו שקול נמי מצטרף לס"ס, א"כ היה מועיל ס"ס אפילו למאן דחייש למיעוטא, דהא ר' מאיר דס"ל דחוששין למיעוט ואילו ר"פ האשה בנדה שם רבי מאיר מטהר, ואמרו בש"ס משום ס"ס, הרי דאפילו לר' מאיר מהני ס"ס, וא"כ היכי אמרו בפרק אלמנה קמיפלגי בחוששין למיעוט, הא ס"ס אמרינן אפילו למאן לחייש למיעוטא, אלא מוכרח דבתורת ס"ס לא מהני כלל, ומשום דאין הצדדין שקולין אלא בתורת רוב ובתוס' פרק אלמנה לכ"ג (יבמות דף ס"ז) בד"ה אין חוששין למיעוט ז"ל, ומיהו צ"ע בריש המוכר פירות דאזיל ר' יוסי בתר רובא לזריעה להוציא ממון, אלמא לא חייש רבי יוסי למיעוט לענין ממונא וכ"ש לענין איסורא ע"ש, הרי דאתי עלה בתורת רובא ואע"ג דמשיטת תוספות נראה דס"ל דס"ס עדיף מרובא, מכל מקום לא הוי מקשו בפשיטות מס"ס על רובא, אלא ודאי דהתם נמי תורת רוב הוא ולפ"ז בהאי כללא דספק ספיקא שאינו שקול בכל צדדיו לא מהני צריך התבוננות, דלפעמים מהני בתורת רובא, וכדמוכח האי דפרק בהמה המקשה והאי דפרק אלמנה לכ"ג.

וראיתי בשו"ת הריב"ש סי' שע"א וז"ל, עוד ראיתי מה שכתבתי למורינו ה"ר ניסים נ"ר בסוגיית פתח פתוח כו', ומה שהקשיתי על התוס' דאדרבה אית לן למימר סמוך מיעוט דאונס למחצה דאינו תחתיו, והו"ל תחתיו ברצון מיעוטא, איברא ודאי אפילו לרבנן אמרינן סמוך מיעוטא למחצה, דהא האי דפרק בתרא דיבמות דיצאה שלימה חוששת, מפרש בבכורות טעמא דר' יהושע משום סמוך מיעוטא דמפילות למחצה דנקבות והו"ל זכרים מיעוטא ולמיעוטא לא חיישינן, ומיהו היינו התם דמחצה זכרים ומחצה נקבות הוא ודאי ובהכרח, כי כן יסד המלך מלכו של עולם לקיום המין, וא"כ ע"כ הזכרים הנולדים מן המעוברת מיעוטא נינהו, שהרי מעט מפילות ואין להמלט מזה בשום פנים, אבל כאן אין אנו אומרים שהנבעלות בזנות מחצה תחת בעליהן ומחצה בלתי תחתיהם, כי היכי דנימא סמוך מיעוטא למחצה ונתירה, דמנין לנו זה שיהיה מחצה על מחצה,

אבל אנו אומרים שהדבר בספק שזה אפשר כמו זה, ואף אם נאמר סמוך מיעוטא דאונס לאין תחתיו אכתי לא הוי תחתיו ברצון מיעוטא בודאי, אבל עדיין נאמר שאפשר זה כמו זה, ונראה לי שזה קרוב לדברי הרב ר' ניסים נ"ר, אלא שהוא אומר דלית להו לרבנן סמוך בכי האי גוונא, ואני אומר דאף אם נאמר בזה סמוך אכתי לא הוי תחתיו ברצון מיעוטא אבל עדיין הספק במקומו עומד עכ"ל.

הנה הריב"ש האיר עינינו דאיכא לדון בתורת רוב, דאם אפילו הצדדין אינן שקולין מצטרף למחצה והו"ל רובא, והיינו דוקא היכא דידוע בטבעו של עולם מחצה על מחצה מצטרף גם המיעוט דליהוי רובא, והיכא דאינו בטבעו של עולם אלא דאפשר זה כמו זה, אזי בתורת ס"ס אנו דנין, ובעינן שיהיו הספיקות שניהן שוין ושקולין, ודוק.

פרק יט

בפ"ק דכתובות דף ט' [עמ' ב'] בתוס' ד"ה אי למיתב לה כתובה וז"ל, וקשה דאמאי הפסידה כתובה והא הוי ספק ספיקא, ספק אם הוא בקי בפ"פ אם לאו, ואת"ל פ"פ, הוי ספק באונס ספק ברצון דאפילו אשת כהן באונס לא מפסדה כתובה, ואין לומר דאפילו בס"ס מפסדה כתובה משום דמוקמינן ממונא בחזקתיה, דהא לקמן גבי משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך נאנסת והיה מקחי מקח טעות כו', אבל מנה אית לה, אלמא משום דבאותו מנה הוי ס"ס כו', וי"ל דלא חשיב ס"ס כה"ג, משום דהאי ספיקא שמא באונס לא חשיב ספיקא גמורה למיתב לה כתובה, דאימר קודם שנתארסה נאנסה, והשתא א"ש הא דתנן היא אומרת מוכת עץ אני והוא אומר לא כי אלא דרוסת איש את, וקאמר רבי יהושע שאינה נאמנת ומפסדת כתובתה, אי לר' יוחנן מנה אי לר' אליעזר ולא כלום, ואע"ג דהוי ס"ס, ספק מוכת עץ ויש לה כתובה, אפילו את"ל דרוסת איש, אימר תחתיו נאנסה ונסתחפה שדהו ויש לה כתובה, אלא ודאי ספק באונס לא חשיב ספק, דאימר קודם שנתארסה נאנסה, עכ"ל.

ודברי תוספות צריכין ביאור במ"ש דאימר קודם שנתארסה נאנסה משו"ה ליכא ס"ס, ואמאי דהא אכתי איכא ס"ס אימר אינו בקי, ואת"ל בקי אימר תחתיו באונס, וכן במ"ע נמי אימר מ"ע, ואת"ל דרוסת איש אימר תחתיו באונס ובחידושי פני יהושע כתב וז"ל, וי"ל דלא מיקרי ס"ס, נראה לי בכוונתם דכי היכי דאית לדידה תרי ספיקי ליטול כתובתה, ה"נ אית לדידיה תרי ספיקי להפסידה כתובתה, שמא ברצון ואת"ל באונס שמא קודם שנתארסה והוי מקח טעות, וכן בסמוך במ"ע כן נ"ל, עכ"ל ואכתי אינו מובן, דהיכי נימא ספק דידיה שמא ברצון ואת"ל באונס שמא לאו תחתיו, כיון דאיכא ספק שמא אינו בקי כלל בפ"פ, ולא היה כאן לא אונס ולא רצון בזנות כלל, וכן במ"ע כיון

דאיכא למימר אימר מ"ע ולא היה זנות כלל, וא"כ ודאי לדידה הוא דאיכא תרי ספיקי וכמ"ש, דשמא אינו בקי ולא היה זנות כלל, ואת"ל היה זנות שמא תחתיו באונס, וכן כה"ג במ"ע.

ולכן נראה בכונתם לפי מ"ש פט"ז דהיכא דאין הספיקות שוין לא מצטרף לס"ס, וה"נ נהי דספק אינו בקי הוי ספק שקול, אבל ספק השני ואת"ל בקי אימר תחתיו באונס, דהא אם הוא בקי תו ליכא ספק שקול לומר אימר תחתיו באונס, דהא בזה לדידיה איכא תרי ספיקי, שמא ברצון ואת"ל באונס שמא לאו תחתיו, ותו לא הוי תחתיו באונס ספק שקול דהא ס"ס הוי כרוב, ולבעל איכא תרי ספיקי, דאם ת"ל בקי תו ליכא למימר שמא תחתיו באונס, כיון דאיכא ס"ס שמא ברצון, ואת"ל באונס שמא לאו תחתיו, והו"ל כמו רובא לזה הצד דלא היה תחתיו באונס, ותו לא מצטרף לס"ס וכן ה"נ במוכת עץ, דאם ת"ל דרוסת איש תו לא מצינו למימר שמא תחתיו באונס, כיון דאיכא ס"ס לבעל שמא ברצון, ואת"ל באונס שמא לאו תחתיו, והו"ל מיעוט נגד הספק של תחתיו באונס, ודוק.

אך קשה לפי מ"ש בפרקין דלעיל דטעמא דאונס ורצון לא מצטרף לס"ס אע"ג דאיכא ספק אחד שקול וכיון דאיכא לספוקי בספק השני אפילו במיעוט הו"ל רובא, הלא משום דספק תחתיו ספק לאו תחתיו אינו מסייע להך רובא דרצון, דאפילו את"ל לאו תחתיו נמי נימא שהיה ברצון, כיון דרצון רובא, וכיון דאין שני להקימו תו לא הוי ספק כלל, וכיון דנשאר בדעתינו שהיה ברצון, אבל בספק ספיקא נגד חזקת איסור, אע"ג דבזה נמי אין הספק שקול, דהא נגד ספק השקול איכא חזקת איסור, ואפ"ה מצטרף לס"ס משום דכל שהספיקות מסייעין אהדדי ולהוציא הדבר מחזקת איסור והוי ליה כמאן דליתיה לחזקה כלל, דרובא עדיף מחזקה ומסייעין אהדדי להוציא הדבר מחזקתו, וא"כ הכא נמי כיון דספק אינו בקי הוא ספק שקול, וספק השני דלמא תחתיו באונס, נהי דאינו שקול דאיכא ספק ספיקא נגד זה לומר שמא ברצון ואת"ל באונס שמא לאו תחתיו, מכל מקום מיעוט מיהו איכא לומר ספק תחתיו באונס, וכיון דאיכא ספק אחד שקול לומר אינו בקי, מצטרף נמי המיעוט דשמא תחתיו באונס להיות כרובא, ובזה הספיקות מסייעין אהדדי, דע"י הס"ס דשמא אינו בקי ואת"ל בקי שמא היה תחתיו באונס, הרי נשאר בדעתינו שלא היה רצון ולא היה נמי תחתיו, וכל כה"ג מקרי שפיר ס"ס, ודוק ולקמן בפרק כ"ב יתיישב דבר זה ע"ש.

פרק כ

למדנו מדברי תוס' דס"ל דבס"ס מוציאין ממון, וכ"כ מוהרי"ן לב בספר ג' סי' כ"א בשם התוספות פ"ק דכתובות בהאי סוגיא דפ"פ מצאתי וע"ש ולשיטת תוספות דס"ל דבס"ס

מוציאין ממון, א"כ מכ"ש דמהני ס"ס בחזקת איסור, וכן דעת הרשב"א בתשובה סי' ת"א דס"ס מהני אפילו היכא דאתחזק איסורא, דהא ס"ס הוי כרובא ואפשר דעדיף מרובא, וכיון דקיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף ה"ה בס"ס, וע"ש.

ובחידושי פני יהושע בסוגיא דפ"פ התפלא בזה על דברי תוספות דאיך מוציאין ממון בס"ס, נהי דס"ס הוי כמו רובא הא אין הולכין בממון אחר הרוב כו' תו קשיא לי מהא דאיתא לקמן דף י"ט [עמ' ב'] בשנים החתומים על השטר ובאו שנים ואמרו פסולי עדות היו, ומקשי הש"ס ומגבינן ביה כבשטרא מעליא ואמאי תרי ותרי נינהו, ומאי קושיא הא איכא ס"ס, חדא ספיקא דתרי ותרי, ואת"ל דקמאי פסולי עדות נינהו אפ"ה שמא חתמו באמת על זה השטר, דהא פסולי עדות לא מיפסלי אלא מספק שמא שיקרא קא מסהדי מיהו נראה לי דהתוס' לא כתבו דמפקינן ממונא מספק ספיקא אלא בברי ושמא, אבל בברי וברי אף על גב דהוי ס"ס לבד לא מהני אלא דאכתי קשיא לי מסוגיא דר"פ המוכר פירות [ב"ב צג] דמקשי ש"ס לרב דאמר בממון הולכין אחר הרוב ממתניתין דשור שנגח את הפרה דיחלקו אע"ג שרוב פרות מתעברות ויולדות, ומשני דאיכא למימר מקמא נגחה או מאחורא ומביעתותא הפילה והו"ל גרמא דפטור, וא"כ תיקשי להיפוך, למאי דקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב, וא"כ אמאי קאמר סומכוס יחלוקו והא הו"ל ס"ס, ספק קודם שנגחה ילדה, ואת"ל לאחר שנגחה אימר מביעתותא, אלא ע"כ דלא מהני ס"ס כלל לסומכוס אע"ג שהוא מוחזק, ומסומכוס נשמע לרבנן דאין מוציאין ממון בס"ס, עכ"ל [הפני יהושע].

ובקונטרס אחרון הוסיף הגאון הנזכר והוכיח בראיות דלא מהני ס"ס בחזקת איסור ע"ש וז"ל, דאף לשיטת הסוברים דס"ס הוי כמו רובא או אפשר דעדיף מרובא, אכתי יש לי לתמוה טובא האיך רוצין להכריח דס"ס מהני אפילו באתחזק איסורא להתיר לגמרי אף בחזקת אשת איש, או לענין שחיטה פסולה, ומטעמא דרובא וחזקה רובא עדיף, וה"ה לס"ס דעדיף מחזקה, דאכתי קשה טובא, דהא בהא דקיי"ל רובא וחזקה, היינו דליכא איסור דאורייתא בכה"ג, אצל מדרבנן ודאי לא מהני רובא במקום דאיכא חזקה כנגדה, דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא, כדאיתא להדיא בר"פ האשה שהלכה דף קי"ט ואע"ג דאית דמפרשי לסוגיא דהתם אליבא דר' מאיר דוקא, מכל מקום רובא דרובא מהפוסקים והרשב"א ז"ל גופא מכללן הסכימו דמדרבנן לא מהני רוב במקום חזקה, וא"כ לענין ס"ס נמי, אף את"ל דמדאורייתא אפ"ה יש לאסור מיהא מדרבנן כו', וא"כ מנלן להקל ולהתיר לגמרי בלי שום ראיה, עכ"ל [הפנ"י בקו"א].

והנה מאי דקשיא ליה מסמוך מיעוטא כו', כתב הרשב"א בחידושיו ליבמות לחלק האי מיעוט דהתם וז"ל, דשאני האי מיעוטא דהכא משום דהאי מיעוטא מרע הרוב ממש ומן הרוב אתה מסלקו, כלומר מאותו חלק המרובה שמתעברות יש מקצתן שמפילות, ולפיכך חשוב לעמוד כנגד הרוב בצירוף החזקה, אבל התם שהמיעוט ההוא אינו ממעט ומגרע כחו של הרוב ממש, אלא שהוא מיעוט העומד לגמרי כנגד הרוב, מיעוט כזה אינו חשוב להצטרף כלל, ודוגמתו ה"נ מיעוט שאין מתעברות אינו חשוב להצטרף, והיינו דלא חשיב ליה הכא, עכ"ל [הרשב"א].

והיינו, דהתם גבי תינוק שנמצא בצד העיסה המיעוט כנגד הרוב ע"ש וא"כ ה"נ בס"ס, כיון דס"ס הו"ל כרוב, ומשום דספק אחד הו"ל מחצה ובספק השני הו"ל רובא להתירא, וא"כ אע"ג דאיכא נמי צד לאיסור, כיון דהוא מיעוט העומד נגד הרוב אינו כלום ומה דקשיא ליה בתרי ותרי דהו"ל ספק ספיקא אימר כשרין ואת"ל פסולין שמא חתמו אמת ע"ש, ולענ"ד אין זה בגדר ס"ס ודאי בהדי סהדי שקרי למה לי, והגע עצמך בספק דתרי ותרי מהני תפיסה לדעת הרבה פוסקים, ואילו פסולי עדות בודאי לא מצינו לחד לומר דמהני תפיסה דאימר אמת חתמו, ולשיטת הרמב"ם מהני תפיסה בספק, אלא ודאי כל שחתמו בו עדים פסולים אינו בגדר ספק והו"ל כמאן דליתיה, וא"כ ה"ה בגדר ספק ספיקא אינו ומאי דקשיא ליה מסוגיא דר"פ המוכר פירות דנימא ס"ס ספק קודם שנגחה ילדה, ואת"ל לאחר שנגחה אימר מביעתותא.

המעיין שם בתוס' יתבאר, וז"ל תוס' שם דף צ"ג ד"ה איכא למימר מקמא אתא דמביעתותא הפילה ז"ל, וסמוך מיעוטא דמפילות למיעוטא דמביעתותא הפילה ואיתרע ליה רובא, דרוב מתעברות ויולדות והא מחמת נגיחה הפילה והוי מחצה על מחצה עכ"ל, ומבואר דהך ספיקא דאימר קודם שנגחה ילדה ואימר מביעתותא, הנך תרתי אינו אלא ספק אחד, דהני תרתי מיעוטא נינהו דרוב מתעברות ויולדות, וגם רוב אין מפילות מביעתותא, אלא דהני תרי מיעוטי מצטרפין למשוי ספק ואינו אלא מחצה על מחצה ותו ליכא ספק ספיקא, וז"ב.

אמנם בהא דמהני ס"ס נגד חזקת איסור, נראה ראיה מהא דאיתא פ"ק דב"ק דף י"א אמר עולא א"ר אלעזר שליא שיצאתה מקצתה ביום ראשון ומקצתה ביום שני מונין לה מן הראשון כו', מאי קמ"ל דאין מקצת שליא בלא ולד, ופירש רש"י דאי הוי מקצת שליא בלא ולד לא הוי חיישינן לטמא טהרות דהוי ספק ספיקא, דלמא אין בו ולד, ואת"ל יש בו ולד דלמא לא יצא רוב, תנינא שליא שיצאתה מקצתה אסורה באכילה סימן ולד באשה סימן ולד בבהמה ע"ש ואי נימא דס"ס לא מהני נגד חזקת איסור, א"כ היכי מוכח

דאין מקצת שליא בלא ולד, דלמא יש מקצת שליא בלא ולד, ולענין טומאה אין לטמאה דהו"ל ס"ס, והא דשליא שיצאתה מקצתה אסורה באכילה, התם ס"ס לא מהני דהו"ל ספק בשחיטה, דאם באנו להתיר הולד בשחיטת אמו הוא נגד חזקת שאינו זבוח דחייל אפילו קודם שנולד, ומשו"ה אסורה באכילה ואע"ג דתני התם סימן ולד באשה סימן ולד בבהמה, התם לא מיירי משליא שיצאתה מקצתה וכמ"ש רש"י שם וע"ש, ומוכח מזה דס"ס אמרינן אפילו נגד חזקת איסור.

פרק כא

מיהו לפי מ"ש הש"ך בסי' ק"י דתרי ספיקי הוא דלא מהני בחזקת איסור, דספק הראשון נגד חזקה הו"ל כגופו של איסור, אבל תלתא ספיקי מהני ע"ש, והתם נמי איכא תלתא ספיקי, דבתוס' שם ד"ה שליא שיצאתה מקצתה ז"ל, תימה דסוגיא דהכא מוכח דשרי ר' אלעזר בשליא שיצתה מקצתה אי הוי ס"ס באכילה, ובסוף בהמה המקשה משמע דאפילו בס"ס אסר ר' אלעזר, דעל הך משנה דשליא שיצאתה מקצתה קאמר ר' אלעזר לא שנו אלא בשאינה קשורה בולד אבל קשורה בולד אין חוששין לולד אחר, ובשאינה קשורה ע"כ לא הוי אלא ס"ס, כדקתני בברייתא דתני התם שמא נימוח שפיר של שליא כו', וא"כ כשאינה קשורה תשתרי דשמא אין שם ולד אחר, ואפילו יש שם ולד אחר שמא לא יצא רובו, עכ"ל.

ולפי מ"ש ניחא, דלר"א בתרי ספיקי אסור באכילה, ומשום דס"ל ספק בשחיטה אי שריתיה שחיטת אימיה דכה"ג הו"ל חזקת איסור, והא דפריך תנינא סימן ולד בבהמה, היינו משום דלר"א מיירי אפילו יש שם ולד אחר אלא שאינה קשורה בו, וכדאיתא סו"פ בהמה המקשה (חולין עז, ב) תניא כוותיה דר' אלעזר המפלת מין בהמה חיה ועוף ושליא עמהן בזמן שקשורה בהן אין חוששין לולד אחר אינה קשורה הריני מטיל עליך חומר שני ולדות, שאני אומר שמא נימוח שפיר של שליא, וכן פסק הרמב"ם כר"א בפ"א ממאכלות אסורות, וא"כ שפיר פריך מאי קמ"ל ר"א דאין מקצת שליא בלא ולד תנינא כו', ולר"א מיירי אפילו יש שם ולד אחר אלא שאינה קשורה בו, וא"כ ע"כ דאין מקצת שליא בלא ולד, דאם יש מקצת שליא בלא ולד א"כ איכא תלתא ספיקי, שמא אין בשליא זו ולד כלל אלא הוא מולד שבפנים, ואת"ל יש בה ולד דלמא יש מקצת שליא בלא ולד, ואת"ל יש בו ולד שמא לא יצא רובו, ואיכא תלתא ספיקי דמהני אפילו בספק בשחיטה, אלא ע"כ דאין שליא בלא ולד ליכא אלא תרי ספיקי, ולא מהני נגד חזקת איסור שהוא ספק בשחיטה, ויתיישב בזה קושיית תוס' ד"ה שליא שיצאתה מקצתה, דלפי מ"ש בתרי

ספיקי אסר ר"א ומשום דלא מהני ס"ס נגד חזקת איסור, אלא דאי הוי מקצת שליא בלא ולד הוי ליה תלתא ספיקי, ודוק.

ועיין תוס' ב"ק דף י"א ובפרק בהמה המקשה (חולין דף ע"ו), דלא הקשו תוס' אלא על איסור אכילה, ע"ש תירוצם שכתבו משום דגזרינן מקצתה אטו רובה דאינו אלא לאכילה ודוק.

ועיין פרי חדש יו"ד סי' ק"י שהשיג על דברי הש"ך, וכתב דאין לחלק בין תרי ספיקי לתלתא ספיקי, אך כבר כתב מוהרי"ן לב בח"ג סי' ל"ג וז"ל דבתלתא ספיקי לכו"ע מפקינן מיד המוחזק, ובכנה"ג חו"מ בדיני קים לי שם הביא דברי מוהרי"ן לב הנזכר וכתב עלה וז"ל, ולא נתברר אצלי מאי שנא שלשה ספיקות משני ספיקות ע"ש וכבר אסברה לה בש"ך לענין חזקת איסור, ומשום דספק הראשון הו"ל כגופו של איסור ע"ש, וא"כ ה"ה לענין ממון משום חזקת ממון, הו"ל ספק הראשון כמאן דליתיה מחמת חזקת ממון, ואינך תרי ספיקי חשיבי ספק ספיקא, ודוק.

פרק כב

בש"ך יורה דעה סי' ק"י הביא בשם תשובת הרשב"א לדמות ולהשוות ספק ספיקא בחזקת איסור לספיקא דרבנן בחזקת איסור, ואי נימא ס"ס לקולא נגד חזקת איסור באיסור תורה, א"כ ה"ה בספיקא דרבנן נמי לקולא אפילו נגד חזקת איסור וע"ש ונראה דלא מהני ספיקא דרבנן לקולא נגד חזקת איסור, מהא דאמרינן פ"ב דחולין דף [כ], א"ל רבי אחא בריה דרבא לרב אשי הא דתני רמי בר יחזקאל אין עיקור סימנים בעוף, לא אמרן אלא למ"ד אין שחיטה לעוף מן התורה, אבל למ"ד יש שחיטה לעוף מן התורה יש עיקור, א"ל אדרבא איפכא מסתברא, למ"ד יש שחיטה לעוף מן התורה איכא למימר דהכי אגמריה דאין עיקור, ואפילו למ"ד כבהמה, לענין עיקור לא ליהוי כבהמה, אלא למ"ד אין שחיטה לעוף מן התורה אלא מדברי סופרים מהיכא גמר לה מבהמה כולה מילתא כבהמה.

וכתב רש"י ז"ל, ולית הלכתא כמתני' דרמי בר יחזקאל, דהא תניא בפרקין דלקמן דף כ"ח, שחט את הושט ואח"כ נשמט הגרגרת כשר, נשמט הגרגרת ואח"כ שחט את הושט פסול, שחט את הושט ונמצא הגרגרת שמוטה ואינו יודע אם קודם שחיטה נשמטה או לאחר שחיטה, זה היה מעשה ואמרו כל ספק בשחיטה פסול, אלמא יש עיקור בעוף כו', ואי קשיא מתניתא אמתני', דהא דרמי בר יחזקאל מתניתא היא, תריץ הא כמ"ד יש שחיטה בעוף מן התורה, וכיון דלא איפסק הלכתא קיי"ל בשל תורה הלך אחר המחמיר עכ"ל וא"כ לרב אשי דאמר איפכא מסתברא ואוקי ברייתא דרמי בר יחזקאל כמ"ד יש

שחיטה לעוף מן התורה, א"כ ע"כ אתי מתניתין דשחט את הושט כמ"ד אין שחיטה לעוף מן התורה, ואפילו הכי תני עלה כל ספק בשחיטה פסול, אלמא דאפילו באיסור דרבנן ספיקו להחמיר במקום חזקת איסור.

והא דכתב רש"י כיון דלא איפסק הלכתא קיי"ל בשל תורה הלך אחר המחמיר, ותיפוק ליה דאפילו בדרבנן הו"ל ספק בשחיטה, ומשום דלא אמרינן אוקי אחזקת איסור אלא בספיקא דגוף המעשה ואפילו באיסור דרבנן הו"ל ודאי איסור, אבל בספיקא דדינא דאמרו בשל סופרים הלך אחר המיקל אין חילוק, דאפילו בחזקת איסור הלך אחר המיקל, ומשום דאין החזקה מכריע הלכה, ומשו"ה כתב רש"י בשל תורה הלך אחר המחמיר.

ונסתפקתי לדעת הפוסקים דבחזקת איסור לא מהני ס"ס, וה"ה בספק בשחיטה לא מהני ספק ספיקא, והיכא דאיכא ספק שהייה במיעוט בתרא או שאר דברים הפוסלים בשחיטה דפסולין אפילו במיעוט בתרא, וכמבואר בש"ע יו"ד סי' כ"ג ע"ש וכיון דמכי שחט רובא הרי נשחטה הותרה דרובו סגי לה, ואם נסתפק במיעוט בתרא אם נתהוה בה מהדברים הפוסלים ואית בהו ס"ס תו ליכא חזקת איסור, כיון דכבר יצאתה מחזקת איסור מכי שחט לה רובה, או דנימא כיון דאי היו בה מהדברים הפוסלים בשחיטה דפסול אפילו במיעוט בתרא ואיגלאי מלתא למפרע דבחזקת איסורו הראשון קאי, דהא שהייה או חלדה פוסלין את השחיטה והו"ל כלא נשחטה.

ונראה דכל כה"ג כיון דבשחיטת רוב היתר, אע"ג דהדר כשנולד בה ספק במיעוט בתרא ואם שהה במיעוט בתרא הו"ל כאלו לא נשחטה כלל, מכל מקום מוקי לה בחזקת שהיה קודם שנתהוה במיעוט בתרא דהוי בחזקת היתר, דאי שביק לה אחר שחיטת רובא הותרה וראיה לזה מהא דאמרינן ר"פ האשה רבה (יבמות פח), אלא סברא הוא מידי דהוי אחתיכה ספק חלב ספק שומן ואתא עד א' ואמר ברי לי דשומן הוא דמהימן, מי דמי התם לא אתחזק איסורא הכא אתחזק איסורא כו', מידי דהוי אהקדש וטבל וקונמות כו', הקדש נמי אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו, אי קדושת הגוף אי דידיה משום דבידו לאתשולי עליה, אלא דאחר ואמר ידענא ביה דאתשל מריה עליה היא גופא מנ"ל והתם כי אתשל מאריה עליה הרי נעקר הקדש מעיקרא, דחכם עוקר הנדר מעיקרו, וא"כ ליכא חזקת איסור כלל וראוי להיות נאמן בה עד אחד ולומר דאתשל מאריה עליה, ע"כ צריך לומר כיון דעכ"פ קודם דאתשל עליה הרי היה בחזקת איסור ומוקי לה בחזקתו שהיה קודם, וא"כ הספק הכא בנולד ספק בשחיטה במיעוט בתרא אע"ג דאם שהה

הדרא לחזקת איסור, כיון דקודם שנתהוה הספק כבר הותרה, מוקי לה בחזקתו שהיה קודם שנולד הספק, ודוק.

פרק כג

והא דמבואר מדברי תוס' דמהני ספק ספיקא להוציא ממון, כבר כתבנו במה דקשיא ליה להפני יהושע נהי דנימא דספק ספיקא הו"ל כמו רוב, אכתי תיקשי בממון היכי מהני ס"ס, כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב, הובא בפ"כ, ע"ש שהעלה דהתוס' לא כתבו דמוציאין ממון בס"ס אלא גבי ברי ושמא ובקונטרס אחרון הוסיף לפרש דבריו והוא, דאע"ג דפלוגתא דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן ורובא לרדיא, והתם טוען הלוקח ברי שלקחו לרדיא ומוכר שמא ואפ"ה לא מהני, וכתב דכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב היה לו לפרש דזבין לרדיא עיין שם.

אמנם אכתי אינו עולה לחלק בזה, דהא בתוס' כתובות דף י"ב ד"ה וניחוש שמא תחתיו זינתה כתבו וז"ל, אין לומר דפריך אמאי אינו יכול לטעון טענת בתולים לאוסרה עליו ניחוש באשת כהן שמא תחתיו זינתה דליכא אלא חדא ספיקא ספק תחתיו, דהא מצי לשנויי דהא דאינו יכול לטעון היינו להפסידה מכתובתה דאיכא ס"ס דאפילו תחתיו אימר באונס הוי עכ"ל, וטענת בתולים ע"כ מיירי במכחישתו או בשותקת, דהא באומרת משארסתני נאנסתי נאמנת וכמ"ש הרא"ש פ"ק דכתובות ושאר פוסקים, וא"כ תו ליכא ברי ושמא, ואפ"ה כתבו דמוציאין ממון בס"ס.

ובתקפו כהן הביא דברי מוהרי"ן לב וע"ש שכתב דכיון דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"ה ס"ס אין מועיל, ומדברי תוספות בכתובות פ"ק אין ראיה, דהתם כיון שהוא רוצה להפסיד כתובתה מטעם דאומר שהיא אסורה לו, א"כ פשיטא דבס"ס כיון דמותרת לו, דהא ס"ס שרי בכל דוכתי וא"כ מותרת לו לגמרי, א"כ היכא שייך לומר שמפסיד כתובתה, ואדרבה יש לדקדק מדברי התוס' להיפוך, מדכתבו ואין לומר דאפילו בס"ס מפסדה כתובתה משום דמוקמינן ממונא בחזקתיה, אלמא דטעמא דמוקמינן ממונא בחזקתיה מהני אפילו בס"ס אלא שמקשין על זה מהא דאמרינן לקמן גבי משארסתני נאנסתי כו' דאית לה מנה אע"ג כו', והיינו מטעמא דפרישית, דכיון שמותרת לו היתר גמור מטעם ס"ס לא מפסדה כתובתה, אבל בעלמא קיימא הך סברא דמוקמינן ממונא בחזקתיה אפילו היכא דאיכא ס"ס, עכ"ל.

והנה מדברי התוס' הנזכר מ"ש בדף י"ב, דשם מיירי באשת כהן דאסורה היא לו אפילו באונס וע"י ס"ס מוציאין הכתובה ע"ש ועוד דבעיקר דבריו תמוה לי מאד, דמ"ש כיון שהוא רוצה להפסיד כתובתה משום שהיא אסורה עליו כו', ולמה לא יוכל להפסיד

כתובתה מספק לאו תחתיו, ולמ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות אין לה כלום, ולמ"ד מקח טעות ממנה יפסידנה מנה, וא"כ מאי מקשו תוס' דהוי ס"ס, דנהי דמצד ספק רצון לא יוכל להפסידה כיון דסוף סוף מותרת היא לו משום ס"ס, אבל מספק לאו תחתיו יוכל להפסידה מנה, או הכל לדידן דקיי"ל כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות לגמרי, ובזה אפילו מותרת היא לו כיון דמקח טעות הוא.

ועוד דהא בתוס' שם דף ט' שהקשו והא הוי ס"ס אימר בקי אימר אינו בקי, ומייתי ראיה לדבריהם דבס"ס לא מפסדה כתובתה מדאית לה כתובה מנה מטעם ס"ס וע"ש, ומאי ראיה היא, דהא התם אינו בא להפסידה אותו מנה רק שספק, ובזה שפיר מהני ס"ס כיון דמותרת היא לו מטעם ס"ס וטעמא דרצון אין לה כתובה כדי שתהא קלה בעיניו להוציאה, וכיון דמותרת היא לו שוב איתא בתקנת חכמים שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, אבל גבי פ"פ יוכל להפסידה דאימר לאו תחתיו, ובזה תו לא שייך טעמא דש"ך כיון דמותרת היא לו, כיון דאם לא היה תחתיו הוי מקח טעות לגמרי או להפסידה מנה אלא ודאי דברי תוס' משמע דבס"ס מוציאין ממון, וזה ברור.

ושם בספר תקפו כהן הביא ראיה מדברי הרא"ש פרק כיצד הרגל וז"ל, ולדברי האומר דכל תיקו דאם תפס לא מפקינן מיניה, ה"נ אם תפס הבהמה משלם ממנה חצי נזק, ואע"ג דיש ס"ס לחצי נזק דלמא אורחיה ופטור לגמרי, ואת"ל השתא מחמת ביעוט קא אתי דלמא יש שינוי בצרורות לרביע נזק, ע"כ, אלמא דאפילו תפס שלא ברשות לא מפקינן מיניה משום ס"ס, כ"ש במוחזק מעיקרו, עכ"ל ואפשר דס"ל להרא"ש דלא מהני ס"ס אלא בספק דגוף המעשה, אבל בספיקא דדינא הו"ל כמו חד ספק, וכמ"ש בתשובת מוהרי"ן לב דבספק פלוגתא דרבוואתא לא עבדינן ס"ס דהו"ל כהאי דשם אונס חד הוא ועמ"ש שמעתא ד' פט"ז.

פרק כד

אמנם לענ"ד נראה דהתוס' שכתבו דמוציאין ממון ע"פ ספק ספיקא, לא כתבו אלא גבי כתובה דגם רובא מהני ביה, וכן הוא במרדכי בהגהות פרק אלמנה ניזונית וז"ל תשובות רבינו מרדכי, על ששאלת ראובן הלך לעולמו בלא בנים והניח אח קטן ואשה מעוברת ואחר פטירתו ילדה ומת הולד תוך שלשים יום והיא תובעת מזונות ממה שהכניסה, ועוד טוענת כיון שאינו יכול ליבם כשיגדיל דשמא בן קיימא ילדה, שיפקידו נכסי בעלה ביד איש נאמן עד שיגדיל ויחלוץ או אם ימות שתגבה כתובתה, וגם אמר האפוטרופוס שאין שייך לומר משמיא קנסו אלא היכא דודאי היא זקוקה, אבל הכא לא, ע"כ.

תשובה, מטיבותיה דמר נראה דמזונות לית לה כלל אלא שלשה חדשים הראשונים, כדאי' בפרק החולץ, אבל זאת נראה לי שנוטלת כתובתה לאלתר, דאזלינן בתר רוב המצוי בהן, ורוב נשים ולד מעליא ילדן, ונמצא הגיע עתה לגבות כתובתה, ואין להקשות לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתב ליכי, דאטו אשה שנפל בעלה למים שאין להם סוף וכי לא תגבה כתובה לעולם, וכ"ת ה"נ, א"כ כ"ש שאין האחין יורדין לנחלה ונמצא הממון מונח עד שיבא אליהו כו', דבמים שאין להם סוף ודאי מגבין כתובתה ומחלקין הנחלה ליורשין וכו', ה"נ רובא דנשים ולד מעליא ילדן, ושכיח טובא ומהני להוציא ממון אפילו למ"ד אין הולכין בממון אחר הרוב, כדאיתא שלהי פ"ק דכתובות, אם רוב ישראל למאי הלכתא להחזיר לו אבידה, ופירשו רבוואתא שמוציאין מיד ישראל הזוכה בו, וכ"ש הכא להחזיק שטר העומד לגבות כגבוי דמי, ועוד ראיה דגבי כתובתה אזלינן בתר רובא מפרק הבא על יבמתו, לשלישי לא תנשא ואם נשאת למי שאין לו בנים תצא שלא בכתובה, אבל משני אית לה כתובה, אלמא אע"ג דלגבי איסורא מחזקינן בתרי זימני הוי בחזקת עקרה, לגבי ממון לא הוי מוחזקת עד תלתא זימני, וטעמא כדפי' ר"י ז"ל התם דאזלינן בתר רובא ורוב נשים שאינן יולדות בתרי זימני, וכתובה היינו טעמא דאלים מעשה ב"ד דכתובה וכמוחזקת היא, עכ"ל.

הרי דבכתובה דהוי כגבוי אזלינן ביה בתר רובא, וה"ה דספק ספיקא מהני ביה דהוי ליה כרוב מהני נמי להוציא כתובתה, והיינו שכתבו תוס' ואין לומר דאפילו בספק ספיקא מפסדת כתובתה משום דמוקמינן ממונא בחזקתיה, והיינו דלומר גם בכתובה דמוקי ממונא בחזקת מאריה, והוכיחו בע"כ דספק ספיקא מהני מהא דאמרינן לקמן גבי משארסתני נאנסתי ע"ש בדבריהם דף ט', וא"כ מוכח דבכתובה לא אמרינן אוקי ממונא בחזקתיה ומשום דכמוחזקת ע"י מעשה ב"ד דהוי ליה כגבוי.

ואע"ג דמדברי תוספות פרק הבא על יבמתו (יבמות דף ס"ה) משמע דלא ס"ל לחלק בהכי, דהניחו שם בתימה דהשתא לענין איסורא לא סמכינן ארוב נשים ולענין ממון סמכינן ארוב נשים, ובעלמא אמרינן איפכא דאזלינן בתר רובא באיסורא ולענין ממונא לא אזלינן, ע"ש, הרי דלא מחלקי כתובה משאר ממון, מכל מקום לפי' ר"י שם שכתב דלענין ממון מודה רבי דלא הוי חזקה, א"כ ע"כ צריך לומר דאזלינן בתר רובא להוציא כתובה, וכמ"ש במרדכי, אלא לפעמים החזיקו באיסור שלא לילך אחר הרוב, וא"כ יש לומר דס"ל לתוס' דוקא בכתובה הוא דמהני ספק ספיקא להוציא, דהוי ליה כמוחזקת דהולכין אחר הרוב בכתובה וכדמוכח מהאי דפרק הבא על יבמתו דמשני אית לה כתובה.

ונראה מזה דה"ה בעלמא היכא דאיכא שטרא נמי מהני רובא וה"ה ספק ספיקא דהוי ליה כגבוי וכמוחזק, ואע"ג דקיי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי דהא בכתובה נמי לאו כגבוי, דעיקר פלוגתא דב"ש וב"ה אי כגבוי או לאו בכתובה הוא דפליגי בסוטה, ואפ"ה הולכין אחר הרוב בכתובה, ומשום דאע"ג דשטר העומד לגבות לאו כגבוי אפ"ה לכמה דברים הוי ליה כגבוי, וכדאשכחנא נמי לענין מגו להוציא דלא אמרינן ואילו בשטר אמרינן מגו להוציא ומוהרי"ן לב הקשה בהא דאמרינן מגו להוציא בשטר וקיי"ל לאו כגבוי, וכבר השיג עליו בתקפו כהן סי' ק"ל דכל שיש שטר בידו אינו נקרא מוציא, והביא ראיה מתשובת הרמב"ן סי' ז' וז"ל, ולא מרענא לשטרא בחשש כזה לפי שהשטר מוחזק הוא ביד המלוה וכאילו הממון הכתוב בו מוחזק בידו, כדמשמע בהאי דשבועות הדיינין דסטראי נינהו ג"כ, ואע"ג דקיי"ל במיגו לאפוקי ממונא לא אמרינן, וטעמא דמילתא משום דשטרא מוחזק הוא וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקי ממונא הוא כו', ולא כמי שגבתה ממש קאמר דליכא למימר דשבק ב"ה ועבד כב"ש אלא כדאמרן עכ"ל הרמב"ן וא"כ כי היכי דמהני שטרא למגו להוציא ומשום דהוי ליה ממון מוחזק ביד המלוה, ה"ה לענין רובא מהני שטרא והו"ל כמוחזק לענין זה, ובר"פ האשה שנתארמלה פריך הש"ס וכיון דרוב נשים בתולות נשאות כי לא אתי עדים מאי הוי, וכתבו תוס' שם [טז תוד"ה כיון] ז"ל, לרב פריך דאית ליה הולכין בממון אחר הרוב ע"ש ועמ"ש שם בעל המאור והרמב"ן.

ולפי מ"ש דבכתובה הלך אחר הרוב אם כן לשמואל נמי פריך, משום דהתם כיון דלא ידעינן אם בתולה אם אלמנה ולא נודע מעשה ב"ד דידה כמה הוי אם במאתים אם במנה, בזה ודאי לא הוי כמוחזקת, אבל היכא דידוע שיש לה כתובה מאתים, אע"ג דכשטוען פ"פ ונסתפקנו אימר לאו תחתיו א"כ לא היה לה כתובה מאתים, מכל מקום כל שהיה לפנינו קודם שנולד הספק בחזקת כתובת מאתים כמו כל הנשים, א"כ השתא אף על גב דנולד הספק מוקי לה בחזקתה חזקת מאתים ע"י הרוב דמסייע לה, דהא הראיה שהביא במרדכי דהלך בכתובה אחר הרוב מהא דאית לה כתובה משני, והוא משום רוב המסייע לה דרובא ילדן בתרי זימני וחשבינן לה מוחזקת על פי תנאי ב"ד, ואע"ג דנסתפקנו אימר עקרה היא ולא היה לה כתובה כלל מזה, אלא ע"כ כיון דבשעה שנשאת היתה בחזקת כתובה הו"ל כאילו אתחזק בידה שטר כתובה, ומשו"ה אע"ג דשהתה עם השני ולא ילדה ונולד ספק שמא עקרה, הו"ל כמוחזקת ע"פ מעשה ב"ד, וה"ה בפ"פ נמי כה"ג הוא בשעה שנשאה בחזקת שיש לה כתובה, ואח"כ כשנולד הספק ורובא

מסייע לה הולכין בכתובה אחר הרוב, אבל בהאי דר"פ האשה שנתארמלה דלא נודע אם בתולה אם אלמנה, לא היתה מעולם בחזקת מאתים, ודוק.
ובהגהת מרדכי ריש מציעא ז"ל, ובמקום שיש חזקה או ברי עם המגו אמרינן מגו להוציא, כדאיתא בכתובות גבי משארסתני נאנסתי נאמנת במגו אפילו להוציא מהאי טעמא עכ"ל וכתב עלה הש"ך, ויש לדקדק אמאי לא תירצו דהתם יש שטר כתובה בזה אמרינן מגו להוציא, ואפילו לית לה כתובה הרי מעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא כו' ונראה דהא דאמרינן בשטרא מעליא מגו להוציא, היינו כשהלוה יודע בודאי שחייב לו והשטר מעליא מצד שהממון שלו בידו, מה שאין כן האשה לא הלותה כלום לבעלה, ואי לאו שחייב לה משום כתובה שחייב לתת כתובה לאשתו לא היה חייב לה כלום, והלכך אי הוי בעל נמי טוען ברי לא הוי אמרינן דגובה מתנאי ב"ד, ואפילו היה הבעל כותב לה כתובה והיה אומר בשעה שכתבתי לה כתובה טעיתי כי סברתי שהיא בתולה ועכשיו ברי לי שהיתה בעולה, לא היה מועיל לה מה ששטר כתובה בידה, לכך הוצרכו לטעם ברי ושמא עד כאן לשונו, וע"ש.
ולפי מה דמשמע מדברי המרדכי במ"ש לענין רובא דמהני מה דמשני אית לה כתובה ואע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב אלא משום דהיא כמוחזקת עפ"י מעשה ב"ד, והתם נמי אם עקרה היא הרי לא היה לה כתובה, אלא כיון דהיתה קודם שנשאת בחזקת כתובה הוי ליה כמוחזקת, וא"כ ה"ה לענין מגו להוציא, כל שהיא בחזקת כתובה הוי לה כמוחזקת, וצ"ע ולפי מ"ש א"כ ה"ה היכא דאיכא שטרא נמי מהני רובא וה"ה ספק ספיקא, וכמו דהוי שטר בתורת מוחזק לענין מגו להוציא, ה"ה לענין רובא וספק ספיקא.

שמעתתא ב

נושא

בו יבואר חזקת הגוף וחזקת ממון, ודין ברי ושמא

פרק א

תמן תנינן סוף פרק המדיר (כתובות דף ע"ה ע"א) היו בה מומין ועודה בבית אביה האב צריך להביא ראיה שמשנתארסה היו בה מומין הללו ונסתחפה שדהו, נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה מומין אלו והיה מקחו מקח טעות, ואמרינן עלה בגמ' טעמא דמייתי האב ראיה הא לא מייתי האב ראיה בעל מהימן מני רבי יהושע היא דאמר לא מפיה אנו חיין, אימא סיפא נכנסה לרשות הבעל צריך להביא ראיה טעמא דמייתי הבעל ראיה הא לא מייתי הבעל ראיה האב מהימן אתאן

לר' גמליאל דאמר נאמנת, א"ר אלעזר תברא מי ששנה זו לא שנה זו, אמר רבא לא תימא ר' יהושע לא אזיל כלל בתר חזקה דגופא, אלא כי לא אזיל ר' יהושע בתר חזקה דגופא היכא דאיכא חזקה דממונא, אבל היכא דליכא חזקה דממונא אזיל רבי יהושע בתר חזקה דגופא, דתניא אם בהרת קדמה לשער לבן טמא, אם שער לבן קדם לבהרת טהור, ספק טמא, ר"י אומר כהה, מאי כהה אמר רבה כהה וטהור.

ומפרשי תוספות ד"ה (כי ליכא) [אבל היכא דליכא] חזקה דממונא וז"ל, היינו אפילו היכא דאיכא חזקה אחרת כנגדה כי הכא דבלאו חזקת ממון איכא חזקת פנויה, קמ"ל רבא דר' יהושע נמי מודה דחזקת הגוף אלימא משאר חזקות לבד היכא דאיכא חזקת ממון ע"ש ובתוס' שם ד"ה ספק טמא וז"ל, הקשה ר"ת מ"ט דרבנן דאמרי טמא אמאי לא אזלינן בתר חזקה, דבפ"ק דחולין מייתי לה מקרא, ואומר ר"ת דהכא מיירי בנזקק לטומאה, שהיה בו נגע אחר, שחין או מכוה קודם, והיה מוחלט ממנו וקודם שנטהר נולד בו ספק זה כו', והשתא מייתי שפיר דאזיל ר"י בתר חזקה דגופא דהעמידנו [בחזקת שלא היה, אע"ג דאיכא חזקה] דהעמידנו בחזקת טומאה כנגדה, וה"נ הוי אמרינן לעיל אי לאו חזקה דממונא עכ"ל.

ודברי תוס' נראין דס"ל דמחזיקין מאיסור לאיסור, דאם אין מחזיקין מאיסור לאיסור א"כ אפילו נזקק לטומאה אין מחזיקין מטומאה לטומאה, ומבואר אצלנו בשמעתא ה' באריכות להוכיח דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, וכן הוא שיטת תוס' פרק ד' אחין (יבמות דף ל"א) דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, וע"ש בשמעתא ה' פ"ד ופ"ה ובר"ש פ"ד דנגעים [משנה יא] דוחה שם פירוש ר"ת והוכיח דלא מיירי בנזקק לטומאה, וכתב שם טעמא דרבנן משום דס"ל דרוב קודמת בהרת לשער לבן ע"ש, ולפ"ז יתעורר קושיית תוס' דמאי קמ"ל רבא דאזיל ר' יהושע בתר חזקה דגופא היכא דליכא חזקה המנגדת, ודאי אזיל בתר חזקה כיון דמייתי לה מקרא פ"ק דחולין, וליכא למימר דקמ"ל דאפילו איכא חזקה אחרת כנגדה והיינו חזקת פנויה וכמ"ש, דא"כ היכי מוכח לה מהך דבהרת דרבי יהושע ס"ל טהור כיון דלא מיירי כלל בנזקק לטומאה א"כ ליכא חזקה אחרת נגדה.

ונראה לפי מ"ש לעיל שמעתא א' פי"ג בהא דאמרינן בנדה דיה שעתה ומשום חזקה אמרינן השתא הוא דראתה, והקשו תוס' ריש נדה דהא ספק טומאה ברשות היחיד ספיקו טמא אפילו איכא חזקת טהרה, וכתבנו שם ליישב דטעמא דלא מהני חזקה ברשות היחיד היינו משום דילפינן מסוטה דבסוטה נמי איכא חזקת טהרה ואפילו הכי טמא, וכיון דחזקת הגוף עדיפא מכל החזקות ואם כן לא ילפינן מסוטה אלא שאר חזקות אבל חזקת הגוף עדיפא, ולפי מ"ש הפני יהושע בחידושיו בסוגיין עדיפא ליה חזקת

הגוף מרובא ע"ש, ובספק טומאה ברה"י בט' צפרדעים ושרץ אחד ביניהם דטהור ומשום דמהני רובא אפילו ברשות היחיד, כדאיתא פ"ק דחולין דף ט. ע"ש גבי צלוחית, וא"כ ה"ה חזקת הגוף כיון דעדיפא מכל החזקות אין למידין מסוטה לטמא נגד חזקת הגוף.
והנה בהא דר' יהושע ס"ל ספק טהור, הקשה בחידושי מוהרש"א בנדה דמשמע אפילו ברה"י דלא מהני חזקת טהרה ע"ש, ולפי מ"ש ניחא דחזקת הגוף דעדיף משאר חזקות מהני שפיר ברשות היחיד, ולפ"ז יתיישב דאמר רבא לא תימא ר"י לא אזל בתר חזקת הגוף כלל אלא נגד חזקה אחרת עדיפא ליה לר' יהושע מכל החזקות דתניא אם בהרת קדם כו' ר' יהושע אומר כהה וטהור ומשום חזקה, וברה"י הא לא מהני חזקה, אלא ע"כ משום דחזקה דגופא עדיפא גם לר' יהושע, ועד כאן לא קאמר ר"י אלא משום חזקה דממונא דהוא אלים טפי אפילו נגד חזקה דגופא, אבל נגד שאר חזקות מודה ר"י דחזקה דגופא עדיף וכמ"ש, ודוק.

פרק ב

ובתוס' שם ז"ל, ומיהו תימה לר"י דהיכי מצינו למימר דאי לאו חזקת ממון דהכא הוי אזיל ר' יהושע בתר חזקת הגוף והא הוי חדא במקום תרתי דהעמידנה בחזקת פנויה, וכ"ת אדרבה העמד אותה בחזקת שלימה והשתא הוא דנעשה מום הרי מום לפניך, דכי ה"ג חשבינן תרתי לריעותא גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר כו', ונראה לרשב"א דחזקת פנויה לא חשיבא כלל חזקה לגבי חזקת הגוף עכ"ל ומשמע מדבריהם דכיון דחזקת הגוף עדיפא מכל החזקות מש"ה אפילו חסר לפניך לא חשיבא חזקת פנויה לגבה למשוי על ידה תרתי לריעותא.
וקשה דהא שם בריש נדה (דף ב.) גבי חבית ונמצא חומץ, ואמרו שם כל שלשה ימים הראשונים ודאי מיכן ואילך ספק, ופריך מ"ש גבי מקוה דהו"ל ודאי, ומסקינן חבית מני ר' שמעון, והתם גבי חבית אמרינן העמד טבל על חזקתו ולא אמרינן העמד יין על חזקתו משום דהוי ליה תרתי לריעותא, ואע"ג דחזקת טבל לא הוי חזקת הגוף דגופא לא אשתני אלא כמו חזקת איסור וחזקת פנויה, ואילו היין ודאי הוי ליה חזקת הגוף דע"י שנעשה חומץ הרי אשתני גופא וחזקת הגוף עדיף ולא מהני תרתי לריעותא נגד חזקת הגוף, ואם כן הו"ל להיות ודאי תרומה.
ונראה כיון דאמרינן פרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ע"ג) (בבא מציעא עג, ב) מעיקרא דחמרא חמרא דחלא חלא, ופירש"י קלקולו בתוכו הוא אלא שאינו ניכר ע"ש, וכיון דהחומץ לפניך הרי מעיקרא חלא הוי אלא שאינו ניכר, וכל זמן שלא החמיץ רשאי להפרישו תרומה אבל חזקת הגוף תו לא הוי, כיון דמעיקרא דחלא חלא הוי וקלקולו

בתוכו אלא שאינו ניכר, אבל גבי מומין קודם שנולדו המומין שלימה היתה ומש"ה הו"ל חזקת הגוף ועדיפא מכל החזקות ואפילו חסר לפניך לא הוי תרתי לריעותא, ובמקוה נמי לא הוי חזקת הגוף ואמרינן גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר דהו"ל תרתי לריעותא, חזקת טמא והרי חסר לפניך, ולא הוי מקוה חזקת הגוף כיון דהמקוה לא נשתנה גופה אלא שנחסר מעט מים ממנה, אבל היכא דחזקת הגוף איכא אפילו חסר לפניך לא מקרי תרתי לריעותא נגד שאר חזקות.

פרק ג

(כתובות עה, ב) רבא אמר רישא כאן נמצאו וכאן היו, איתיביה אביי נכנסה לרשות הבעל הבעל צריך להביא ראיה שעד שלא תתארס היו בה מומין אלו והיה מקחו מקח טעות, עד שלא תתארס אין משנתארסה לא ואמאי לימא כאן נמצא כאן היה, א"ל משנתארסה משום דאיכא למימר חזקה אין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו והוי תרתי חזקה, העמד הגוף על חזקתו וחזקה אין אדם שותה בכוס ופירש"י רבא מהדר לאוקמי כולה כר' גמליאל כו', לעולם חזקה דגופה עדיפא ורישא טעמא משום דכיון דבבית אביה נמצאו המומין ואיתרע חזקת האב דאיכא למימר כאן היו קודם אירוסין.

ובפ"ק (דף יב.) נמי פלוגתייהו בנכנסה לרשות הבעל ובה אמר ר"ג דלא הורע חזקת האב בכך וע"ש, רב אשי אמר רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך, ופירש"י רישא דכתובתה לאב לכן לא מהני חזקתה לגבי אב, איתיביה רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי מודה ר' מאיר במומין הראויין לבא עמה מבית אביה על האב להביא ראיה, ואמאי מנה לי בידך הוא, ופירש רש"י קס"ד בכל מומין שיש לספק ולומר שמבית אביה באו שעל האב להביא ראיה ואע"ג שנכנסה לרשות הבעל ואמאי מנה לי בידך, פירש"י ונימא העמד הגוף על חזקתו, ומשני הבמ"ע ביתרת ע"ש בסוגיא.

ונאמרו ונשנו בזו הסוגיא שני שיטות אשר עליהם כל הסוגיא בנויה, והנה שיטת רש"י ותוספות דלרבא ורב אשי ליכא חילוק בין ברי ושמא או שמא ושמא, אלא בין לרבא בין לרב אשי בריש דמשנתארסה נולדו המומין על האב להביא ראיה כיון דאיתרע רשות האב, ואפילו טוען האב ברי והבעל שמא אפילו הכי על האב להביא ראיה, והוכיחו בתוס' מדתני על האב להביא ראיה משמע דלא מהני ליה אלא ראיה ולא מהני ליה טענת ברי, ולהכי הוכיחו לומר דהא דתנן בפ"ק גבי משארסתני נאנסתי היינו נמי שהיא טוענת משכנסתני נאנסתי ע"ש ומשמע נמי מדבריהם דאם טוענת משכנסתני נאמנת אפילו בלא טעמא דברי ושמא, ויבואר לפנינו.

ושיטת הר"ן הוא דודאי פלוגתא דמשארסתני נאנסתי מיירי כפשוטו מאירוסין, אלא כיון דטוענת ברי מהני לה חזקת הגוף בצירוף ברי ושמא, ומש"ה בנולדו מומין מן האירוסין האב צריך להביא ראיה, ומשום דאינו טוען ברי לא מהני ליה חזקת הגוף לחודיה, אבל נולדו ברשות הבעל על הבעל להביא ראיה, וכמו שאמרו גבי מחליף פרה בחמור דקיי"ל כל הנולד ספק ברשותו עליו הראיה ואפילו טוען שמא ובתירוצא דרב אשי ע"ש מפרש הר"ן רישא מנה לי בידך דמיירי שהאשה טוענת ברי והאב אינו יודע, ולכן ברישא שהכתובה לאב לא מהני טענת ברי דאשה לגבי אב, ובסיפא דכתובה לעצמה הבעל צריך להביא ראיה דהוי ברי ושמא זה המתבאר משיטת הר"ן.

והנה לפי שיטת רש"י ותוס' תמוה מאד סוגיית הש"ס ר"פ האשה שנתארמלה, דאמרו שם עד כאן לא קאמר ר' גמליאל התם אלא בברי ושמא, ולפי שיטתם דמתניתין מיירי באומרת משכנסתני נאנסתי אין צריך ברי ושמא, דהא בהאי דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה אפילו בשמא ושמא הוא, וכן בפ"ק דכתובות דף י"ב משמע דטעמא דר"ג משום ברי ושמא ע"ש.

וכן במה שפירשו רש"י ותוס' בתירוצא דרב אשי דמן האירוסין לא מהני חזקתה לגבי אב כיון דהכתובה לאב, וגם זה תמוה דאמאי לא מהני חזקתה לגבי אב, דהא בכל דוכתי מהני חזקת האם לגבי בת, וכבר הקשו בזה על רש"י הר"ן והריטב"א ע"ש וביותר תמוה לי, דהא גבי מחליף פרה בחמור מהני ליה חזקת החמור לבעל החמור וחזקת הבת לא יועיל לאב ובתוספות שם דחו פי' ר"י דמפרש טעמא דרב אשי דברי שלה לא מהני לגבי אב, מדקאמר על האב להביא ראיה ומשמע דבלא ראיה אינו נוטל אפילו טוען ברי, ועוד דמשמע מהאי דשמואל בסמוך דנכנסה לרשות הבעל על הבעל להביא ראיה אפילו טוען האב והבת שמא כו', ומסתמא רב אשי לא פליג עליה דשמואל דקיי"ל כוותיה ונראה לי פי' הקונטרס עיקר דרישא מנה לאבא בידך ולא מהני חזקת האשה לגבי האב עכ"ל ואתי שפיר דמהני לשמואל חזקת החמור לבעל החמור.

פרק ד

והנראה לענ"ד בהקדם לבאר הא דקיימא לן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, ומשום דמוקי החמור בחזקתו חזקת חי והשתא הוא דמת, והיכי מפקינן ממונא ע"י חזקה כיון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ורובא עדיף מחזקה ומכ"ש דלא מפקי בחזקה וכבר עמד בזה הגאון בעל פני יהושע והעלה בזה חדשות והוא דחזקה עדיף מרובא, ובקונטרס אחרון פ"ק דכתובות דף י"ג הוכיח ג"כ דחזקה עדיף מרובא, דלר"ג אזלינן בתר חזקת הגוף בהצטרפות ברי ושמא וברובא אפילו ברי ושמא לא מהני, אלא

ע"כ מוכח דהחזקה בפני עצמה בלא רוב המנגד הוא עדיפא במעלה מרובא ואפשר דאף בחזקה לחוד בלא טענת ברי מוציאין ממון כמו שפירש ר"י לקמן בפרק אלו נערות (כתובות דף ל"ח) ובסו"פ המדיר עכ"ל עיין שם.

אמנם לענ"ד נראה דבחזקה לחוד בלא טענת ברי אין מוציאין ממון, דכיון דאפילו עפ"י רוב אין הולכין בממונא אלא לטעמא דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ומפקא ממון אפילו בשמא וכמו גבי מחט, נראה טעמא דהך מלתא והוא, דודאי היכא דליכא ריעותא ואין מקום להסתפק ודאי לא נחתינן לספיקא, וכגון טבח שלקח בהמה ונאבדה ותובע המוכר הדמים, ודאי לא מצי לוקח טעין אימר טריפה היתה והיה מקחי מקח מעות ואין הולכין בממון אחר הרוב, דכיון דליכא מקום ריעותא לספק ודאי לא מחתינן לספיקא, והא דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו היכא דהספק לפנינו ויש במה להסתפק, וא"כ במחט שנמצא הריעותא לפנינו שגורם הספק לומר אימר טריפה היתה מקודם, ובזה אמרו הך כללא כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, ומשום דאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות, וכיון דריעותא דרשות זה לא מרע לרשות אחרת הוי ליה רשות הקודם כאילו אין בו ריעותא, וכל שלא נולד ריעותא הוי ליה כנאבדה הבהמה דלוקח לא מצי טעין אימר טריפה היתה, ומשו"ה חייב הלוקח לשלם למוכר.

וכן נראה מדברי הרשב"א בחידושיו בחולין דף י"א ע"ש, שכתב שאין לאסור הגבינות דוקא בטריפות שאפשר לומר דהשתא סמוך לשחיטה נולד בה, אבל בטריפות סירכא שא"א לתלותם בשעת שחיטה, בהא ודאי אסורין, דהא א"א לומר העמידנה על חזקתה, דהא ודאי נפקא לה מחזקתה ואי אתה יודע מתי נטרפה ומתי יצאתה מחזקתה, וכיון דודאי יצאתה מחזקתה ואי אתה יכול לברר מתי ולא לתלות בזמן ידוע אוסרין אותה למפרע, וכענין שאמרו בנדה גבי כתמים שהאשה טמאה משעת כיבוס כיון דכתם זה יבש ועל כרחך לא ראתה עכשיו אלא מכבר לא אמרינן בה העמד אשה על חזקתה ולא נחזיקנה טמאה למפרע אלא בכדי שיוכל הכתם להתייבש, אלא אמרינן בשעת כיבוס ראתה, ואע"ג דגבי מומין אמרו העמד אשה על חזקתה, ובחזקת הבעל נולדו ואעפ"י שהמומין הללו שנולדו בה אי אפשר שנולדו בה עכשיו ממש, התם הוא דמכל מקום ברשות הבעל נמצאו ואין לנו להחזיקה מרשות לרשות אלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו, כלומר ברשות זה נמצאו וברשות זה אנו מחזיקין שהיו, כ"כ רבינו ז"ל עכ"ל.

ומבואר להדיא דלאו משום חזקת הגוף אתינן עלה, דהא במומין שא"א שנולדו עכשיו ממש לאו חזקה היא, אלא ע"כ כמ"ש דלאו בתורת חזקה אתינן עלה אלא משום דאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות, והו"ל כאילו לא נולד ריעותא כלל ברשות המוכר,

וכנאבדה הבהמה דאין מקום ספק לומר אימר טריפה היתה, וזה ברירא דהך מלתא, ודוק.

ובהאי דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, והוא בסוף פרק המדיר (כתובות דף עו) במחליף פרה בחמור ומת החמור דבעל החמור צריך להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת מכירת הפרה, ובזה דעת הרי"ף והרמב"ם דתליא ברשויות ממש, דאם עומדת הפרה ברשות מוכר, אע"ג דכבר יצאה מרשותו במה שמכרה ללוקח בקנין חליפין, מכל מקום כיון דאיתרע רשותו ממש צריך המוכר להביא ראיה, ולא אמרו בטבח דצריך להביא ראיה אלא משום דעומד ברשות לוקח והוא הטבח, אבל עומד ברשות מוכר אע"ג דכבר נקנית היא ללוקח, כיון דרשותו איתרע צריך להביא ראיה ובעומדת באגם נמי צריך הטבח ראיה כיון דקנה אותה ע"י קנין ואינה עומדת ברשות המוכר ממש, וכמבואר בשו"ע חו"מ סי' רכ"ד וע"ש בסמ"ע ובט"ז.

ודעת הרא"ש הוא דאע"ג דהבהמה עומדת ברשות המוכר ממש, מ"מ כיון שכבר קנה אותה הטבח באחד מדרכי הקנייה יצאתה מרשות מוכר ונכנסה לרשות לוקח כל היכא דאיתא, וכתב דהא דאמרינן בנולדו מומין ברשות האב צריך להביא ראיה, ומפרש רבא משום כאן נמצאו וכאן היו, אין הטעם משום דעומדת ברשותו ממש, אלא כיון דמכר הרי יצא מרשותו לגמרי, אלא דבנולדו מומין ברשות האב לא הוי יציאה מרשותו לגמרי כיון דעדיין היא ברשותו לכמה דברים, אבל משכנסה או בגרה אע"ג דעומדת ברשותו כיון דכבר יצאתה מרשות האב ע"י קידושין ונשואין הבעל צריך להביא ראיה וע"ש.

וא"כ לשיטת הרי"ף והרמב"ם טעמא דרבא בנולדו ברשות האב דצריך האב להביא ראיה משום דנולד ברשותו ממש, ולשיטת הרא"ש משום דכל זמן שלא נכנסה לחופה עדיין היא ברשות האב לכמה דברים שזוכה בבתו, ומש"ה צריך האב להביא ראיה.

פרק ה

ולפי זה נראה במאי דקשיא לן בטעמא דרב אשי דרישא מנה לאבא בידך ומשום דלא מהני חזקת הבת לאב, ואמאי לא מהני כמו דמהני חזקת האם לבת או כמו דמהני חזקת החמור לבעל החמור, נראה דלשיטת הרי"ף והרמב"ם דאזל בתר רשויות ממש ומן האירוסין דעל האב להביא ראיה אע"ג דנקנית לבעל ע"י קידושין מכל מקום כיון דרשותו ממש איתרע, וכה"ג בטבח נמי אם הבהמה עומדת ברשות מוכר ממש צריך המוכר להביא ראיה, אלא דבעומדת באגם כיון דאינה עומדת ברשות מוכר אלא באגם ונקנה ללוקח בדרכי הקניה הו"ל רשות לוקח, וכמבואר בסמ"ע סי' רכ"ד ע"ש, ומשו"ה אתי שפיר דכשנכנסה לרשות הבעל צריך הבעל להביא ראיה שעד שלא תתארס היו

בה מומין אלו ולא סגי ליה בראייה שראו מומין אלו באירוסין, דכיון דהכתובה לעצמה לא מרע לדידה רשות האב במה שהיתה ברשות האב כיון דאב ל"ל בכתובה והל"ל לדידה כאילו עומדת באגם דאמרינן כיון דנקנית ללוקח בדרכי הקניה צריך הלוקח להביא ראיה, וה"נ בקידושין נקנית היא לבעל דהו"ל רשות האב כאילו עומדת באגם או ברשות אחרת, כיון דלא נולד ברשות מוכר ממש, והבת שעומדת ברשות האב הו"ל כאילו עומדת ברשות אחרת וכמ"ש, כיון דאין הכתובה לאב הו"ל כאחר, אבל ברישא דהכתובה לאב והרי היא עומדת ברשות האב ואיתרע רשות האב כיון שהאב הוא המוכר וברשותו ממש נולד הספק, אבל כשהכתובה לעצמה כמו בסיפא לא מרע לדידה מה שנמצאו המומין ברשות האב, כיון דהאב לאו בעל ממון הוא עכשיו וכמ"ש.

ובשיטת הרא"ש יותר מבואר, דלדידיה לא אזלינן בתר רשות ממש אלא בתר רשות האמיתי, ואפילו קיימא ברשות מוכר הוי נמי דינא דרשות לוקח כיון דכבר קנאה באחד מדרכי הקנין, ומשו"ה ברישא כשנולדו מומין ברשות האב על האב להביא ראיה, כיון דאכתי ברשות האב קאי לכמה דברים אין זה מרשות לרשות ומחזיקין הריעותא ברשות האב שהיא לו לכמה דברים לרשותו ולומר שהיו שם המומין, אבל בסיפא שהכתובה לעצמה א"כ לגבי דידה לא מרע מאי דהיא ברשות האב לכמה דברים, כיון דלענין הדברים שנקנית לבעל לא איתרע, הא למה זה דומה לראובן ושמעון שותפין בבהמה ומכר ראובן חלקו ללוי, ואח"כ נמצא ריעותא דבזה ודאי אמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה וצריך לוי ראיה, ואע"ג דגם לשמעון חלק בה, כיון דראובן עכ"פ מכר כל זכותו ללוי ורשותו לא איתרע, וה"נ בסיפא כיון דהכתובה לעצמה והיא בעלת הממון והיא מסרה עצמה בקידושין לבעל ואיתרע רשות הבעל, ואם עדיין גם לאב חלק וזכות לכמה דברים אינו אלא כמו שותף וכיון דרשותה כבר נמסר לבעל צריך בעל ראיה.

ומשום הכי אתי שפיר טעמא דרב אשי רישא מנה לאבא בידך ולא מהני חזקתה לגבי אב כיון דעדיין עומדת לכמה דברים ברשות האב והאב הוא בעל הממון והו"ל רשות אחד ואיתרע רשות בעל הממון כיון דעדיין לא יצאתה מרשותו לגמרי, סיפא מנה לי בידך שהכתובה לעצמה והבת בעלת הממון והיא לא היתה ברשותה אלא לכמה דברים ברשות האב ולכמה דברים לבעל באירוסין, וכיון דרשות דידה לא איתרע והאב והבעל כמו שותפין א"כ שפיר מהני חזקתה, ואע"ג דראו המומין מאירוסין, כיון דב[שע]ת אירוסין לא היתה ברשותה אלא לכמה דברים לבעל ולכמה דברים לאב, וכיון דאין האב בעל הממון לא מרע זכות האב שהיה לו בה באירוסין, וא"כ אמרינן כל מי שנולד הספק

ברשותו עליו הראיה ומשום דחזקתה שלימה ולא איתרע רשותה בתר דנקנית לבעל מש"ה על הבעל להביא ראיה ודוק היטב.
ושמעינן מזה היכא דמכר ראובן לשמעון שיהיה לו חלק בבהמתו למחצה ולשליש ולרביע ואח"כ נמצאת טריפה, דכה"ג אין הלוקח צריך לשלם עד שיברר המוכר, ואע"ג דעל הטבח להביא ראיה משום דכיון דעדיין למוכר זכות וחלק בה, ועדיין לא יצאתה מזכותו ורשותו הו"ל כהך דנולדו מומין ברשות האב דצריך האב להביא ראיה כיון דעדיין היא לכמה דברים בזכותו, זה נראה לי, ודוק.

פרק ו

ומאי דקשיא לן בפ"ג בשיטת רש"י ותוס' דמפרשי מתניתין דמשארסתני נאנסתי היינו משכנסתני וא"כ תו לא צריך טענת ברי כמו בטבח בסוגיית הש"ס פ"ק דכתובות דף י"ב משמע טעמא דר"ג משום ברי ושמא וכן בפ"ב דכתובות (דף טז) טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים בעל מהימן לימא תנן סתמא דלא כר"ג דאי ר"ג הא אמר איהי מהימנא, אפילו תימא ר"ג ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא בברי ושמא ע"ש, ומבואר דהוא משום ברי ושמא.
ונראה בזה לפי מ"ש בפ"ד דהא דאמרינן בטבח דצריך לשלם דמים למוכר לאו משום חזקת הגוף, דע"י חזקה לחודיה אין מוציאין ממון וחזקה לא עדיף מרובא, אלא משום דאין מחזיקין מרשות לרשות וא"כ הריעותא שנולד ברשות זה לא מרע לרשות הקודם והוי ליה כאילו לא היה שום ריעותא לפנינו דודאי לא נחתינן לספיקא שמא טריפה היתה וכמ"ש שם ע"ש ותינח בהך דמשארסתני נאנסתי דהוא משכנסתני אם כן לא איתרע רשות האשה, אבל בהך מתניתין דהיא אומרת מוכת עץ והוא אומר דרוסת איש את, התם ע"כ משום חזקת הגוף אתינן עלה, דליכא למימר משום דאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות, כיון דלפי דבריה נמי כבר היתה מוכת עץ קודם נישואין, ואימר דרוסת איש היתה, וכיון דבמוכת עץ ע"כ משום דאיהי מהימנא, וא"כ מתניתין דלא כר"ג דאע"ג דהבעל אומר אלמנה נשאתיך וטוען ברי ואיהו הגורם ספק לפנינו, הא ר"ג סבר איהי מהימנא, לזה משני עד כאן לא קאמר ר"ג דמהימנא בתורת חזקה אלא בברי ושמא, אבל ברי וברי לא אמר וכן לפי מה שמבואר לקמן פ"ח גם במתניתין דמשארסתני נאנסתי צריכין לטענת ברי א"ש טפי דאכולה מילתא דר"ג קאי, אלא דבמוכת עץ ע"כ אינו אלא משום ברי ושמא.
והנה לפי המתבאר משיטת הר"ן דמפרש בטעמא דרבא דמיירי שטוענין שניהם שמא, ובמתני' דמשארסתני נאנסתי היא נאמנת משום דטוענת ברי, וכן בתירוצא דרב אשי

דרישא מנה לאבא בידך הו"ל משום ברי דידה לא מהני לגבי אב כו', ומבואר דס"ל דחזקה דגופה בהצטרפות ברי ושמא מהני, ולזה נוטה דעת הרשב"א, וכ"כ הרמ"א באה"ע סי' קי"ז סעיף ח דאפילו נמצאו מומין ברשות האב כשטוען ברי מהני ע"ש.

ואם כי ידעתי מיעוט ערכי ואיני כדאי להרהר אחריהם אך לעורר המעיין באתי, ונראה לענ"ד מוכח דלא מהני חזקת הגוף אפילו בהצטרפות ברי ושמא ראיה ראשונה, מהא דאמרו ר"פ הפרה (דף מו) שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצידה ואינו ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה משלם ח"נ לפרה ורביע נזק לולד, וכן פרה שנגחה את השור ונמצא ולדה ואינו ידוע אם עד שלא נגחה ילדה אם משנגחה ילדה משתלם חצי נזק מן הפרה ורביע נזק מן הולד, אמר רב יהודא אמר שמואל זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין הממע"ה, למה לי למימרא זה כלל גדול בדין, איצטריך דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא הממע"ה ע"ש והתם נמי איכא חזקת הגוף לומר השתא היא דילדה, וכמו במשארסתני נאנסתי, וע"ש בתוספות ד"ה מידע ידע בדף מ"ו שם, ואפ"ה אמרינן המע"ה, ואע"ג דניזק אומר ברי ומזיק שמא וחזקת הגוף בהדי ברי ושמא לומר השתא הוא דילדה וכ"כ הרי"ף דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק שמא ע"ש ר"פ הפרה, וכ"כ הרמב"ם פ"ט מנזקי ממון (פ"ט מהל' נזקי ממון) ע"ש, וכן בטור ושו"ע חו"מ סי' שצ"ט.

ראיה שניה מדברי הרי"ף פרק השואל גבי מחליף פרה בחמור שזה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה יחלוקו, וכתב שם הרי"ף דאפילו לוקח אומר ברי ומוכר שמא ע"ש, וכ"כ הרמב"ם פ"כ ממכירה, ובטור ושו"ע חו"מ סי' רכ"ג, והתם נמי איכא חזקת הגוף לומר השתא הוא דילדה ובחזקת מעוברת עד עתה ובהצטרפות ברי ושמא, ולא מהני אפילו עומדת באגם נגד חזקת מרא קמא, ומכ"ש דלא מהני נגד חזקת ממון ממש.

וכן מוכח מדברי הרמב"ם פ"ג מהל' שאלה (פ"ג מהל' שאלה ה"ג) שכתב בשאלה חצי יום ושכרה חצי יום, המשאיל אומר בשעה שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב, כשיש עסק שבועה ביניהם ע"ש והוא מסוגיית הש"ס פ' השואל דף צ"ז. ומשמע דאפילו להיפוך בשכרה חצי יום ושאלה חצי יום נמי פטור אם לא היה עסק שבועה, והתם נמי איכא חזקת הגוף לומר השתא הוא דמתה בעידן שאלה וברי ושמא כו' ובלחם משנה שם מפרש להאי דינא דהרמב"ם דפוטר באין עסק שבועה ביניהם דהיינו דוקא בשכרה ואחר כך שאלה, אבל שאלה ואחר כך שכרה אפילו אין עסק שבועה ביניהם

חייב ומשום דהו"ל איני יודע אם פרעתיך ע"ש, וא"כ בשכרה ואח"כ שאלה הו"ל חזקת הגוף לומר השתא הוא דמתה בעידן שאלה ובהצטרף ברי ושמא.

ובנימוקי יוסף שם פרק השואל הקשה בהא דקאמר בגמ' אהא דתנן שאלה חצי יום ושכרה חצי יום והשואל אומר איני יודע דחייב לימא תיהוי תיובתא דרב נחמן ור' יוחנן, ומאי קושיא הא שאלה חצי יום ושכרה חצי יום הוי ליה איני יודע אם החזרתיו, להך לישנא דפרק הגוזל בתרא דשומר מתחייב מעידן משיכה, וע"ש שכתב משום דמשמע ממתני' דה"ה להיפוך נמי, דהיינו שכרה חצי יום ושאלה חצי יום דכה"ג הו"ל איני יודע אם נתחייבתי, ובזה תיהוי תיובתא דרב נחמן ורבי יוחנן וע"ש וא"כ עיקר תיובתא אינו אלא משכרה ואח"כ שאלה, וכה"ג אית ביה חזקת הגוף ולומר השתא הוא דמתה בעידן שאלה וחזקת הגוף בהצטרפות ברי ושמא מהני, אלא ע"כ דלא מהני ברי ושמא אפילו היכא דאיכא חזקת הגוף.

מיהו לפי מ"ש הט"ז יו"ד סי' שצ"ז, דבמת לא אמרינן אוקי אחזקת חי והשתא הוא דמת, ומשום דסופו לכך ע"ש, א"כ במתה לא שייך חזקת הגוף ולומר השתא הוא דמתה, אמנם בשמעתא ג' פ"ח שם הוכחנו דגם בחזקה העשויה להשתנות ואפילו במת נמי אוקי בחזקה דמעיקרא ואמרינן השתא הוא דמת ע"ש, ולפי מ"ש הלחם משנה א"כ הא דפוטר הרמב"ם באין עסק שבועה אינו אלא בשכרה והדר שאלה ע"ש פ"ג משאלה.

פרק ז

אלא דנראה לענ"ד דמסתימת לשון הרמב"ם משמע שם דבשאלה ואחר כך שכרה נמי פטור כשטוען השואל איני יודע, ומאי דקשיא ליה לבעל לחם משנה דהא שאלה ואח"כ שכרה הו"ל איני יודע אם החזרתיו, נראה דטעמא דאיני יודע אם פרעתיך דחייב הוא משום דברי ושמא ברי עדיף, ובא"י אם נתחייבתי דפטור היינו דאוקי ממונא בחזקת מאריה וחזקה דמסייע ליה עדיפא ליה השמא כמו הברי, ובא"י אם פרעתיך כיון דאיתרע חזקת ממון דהא כבר נתחייב ומש"ה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, דחזקת ממון איתרע, וכיון דליכא חזקה המסייע לשמא מש"ה ברי ושמא ברי עדיף, ובשאלה ואח"כ שכרה כיון דמסייע חזקה דגופא לומר השתא הוא דמתה, תו לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, כיון דחזקה דגופא לומר השתא הוא דמתה, וכל היכא דמסייע חזקה לטענת שמא הו"ל כמו טענת ברי ומש"ה בשאלה ואח"כ שכרה דליכא חזקת ממון כיון דכבר נתחייב, אית ביה חזקה אחרינא והוא חזקת הגוף וכמ"ש, ומש"ה פסק הרמב"ם כל שאין עסק שבועה ביניהם דפטור ובשאלה ואח"כ שכרה דהו"ל כמו א"י אם פרעתיך דתו ליכא חזקת ממון אית ביה חזקת הגוף המסייע לנתבע, ובשכרה ואח"כ שאלה דחזקת הגוף

מסייע לתובע, נגד זה אית ליה לנתבע חזקת ממון והיא עדיפא מחזקת הגוף, ומשום דלא מהני ברי ושמא נגד חזקת ממון ואפילו אית ליה לתובע מסייע חזקת הגוף אפילו חזקת ממון עדיפא ולמדנו מזה דכיון דבשכרה ואח"כ שאלה נמי פטור באיני יודע אע"ג דאיכא חזקת הגוף לומר השתא הוא דמתה ובהדי ברי ושמא ואפ"ה לא אמרינן ברי עדיף.

ויתיישב בזה קושיית תוס' פרק השואל דף ק' (ד"ה הא מני) ושם הוכיחו דסומכוס מודה היכא דאיכא תרי חזקה חזקת הגוף וחזקת ממון, והקשו דהא במתניתין דשאלה חצי יום ושכרה חצי יום זה אומר א"י וזה אומר א"י יחלוקו ואוקמינא כסומכוס והא מודה סומכוס היכא דאיכא תרי חזקה חזקת ממון וחזקת הגוף לומר השתא הוא דמתה בעידן שכורה וע"ש, ובתוס' ר"פ הפרה ולפי מ"ש ניחא דלעולם ליכא תרי חזקה, דבשאלה ואח"כ שכרה ליכא חזקת ממון כיון דשומר מעידן משיכה מתחייב וא"כ כבר נתחייב ואיתרע לחזקת ממון וכאיני יודע אם פרעתיך וליכא אלא חזקת הגוף ובחדא אית ליה לסומכוס יחלוקו, ובשכרה ואח"כ שאלה דאית ביה חזקת ממון דהו"ל א"י אם נתחייבתי ליכא חזקת הגוף, דהא אדרבה חזקת הגוף למשאיל הוא דמסייע ובחד חזקה אית ליה לסומכוס יחלוקו.

ועוד נראה ראיה לשיטת רש"י ותוס' דלא אמרינן ברי עדיף ואפילו היכא דמסייע ליה חזקת הגוף, מהא דאמרו שם בסוגיא אלא כי אתי רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתינהו להני כללי דכייל יהודא אחי משמיה דשמואל הכי אמר שמואל כל הנולד ספק ברשותו עליו הראיה ותנא תונא כלה ע"ש, וע"כ היינו כלה בבית חמיה דבעל צריך להביא ראיה ומשום דנולד הספק ברשותו, ולשיטת הרשב"א והר"ן אליבא דמאן אמרו ותנא תונא, דהא לר' אלעזר דאמר תברא מי ששנה זו לא שנה זו ורישא כר' יהושע וסיפא כר' גמליאל א"כ משום ברי ושמא הוא דמהימנא לר"ג ולאו משום האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו, ולרבא דאמר סיפא משום דהוי חדא במקום תרתי חזקה אין אדם שותה כו' וחזקה דגופא, נמי לאו משום האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו אלא משום דהו"ל חדא ממקום תרתי, ורב אשי דאמר רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך, א"כ סיפא נמי משום ברי ולאו משום האי דכל מי שנולד הספק ברשותו, וא"כ בין לר"א בין לרבא וכין לרב אשי ליכא סיוע מכלה והר"ן נראה דמפרש ותנא תונא כלה היינו כלה בבית אביה דמחזיר הקידושין ש"מ דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה.

אמנם זה נראה לשיטת הרי"ף והרמב"ם דמפרשי כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה דתליא ברשויות ממש, ואם נולד הספק בהיות הדבר עומד ברשות המוכר על המוכר להביא ראיה, ובהיות הדבר עומד ברשות הלוקח על הלוקח להביא ראיה, יתכן

נמי לפרש ותנא תונא כלה דהיינו כלה בבית אביה ומשום דהספק נולד ממש ברשות האב הוא צריך להביא ראיה ומש"ה מחזיר הקידושין.
אבל לשיטת הרא"ש והטור דס"ל דאין הכלל תליא ברשויות ממש אלא כיון דכבר נקנית ללוקח על הלוקח להביא ראיה, ובבית אביה טעמא כיון דמאירוסין עדיין היא לכמה דברים ברשות האב ועדיין לא יצאתה לגמרי מרשותו מש"ה לא אמרינן ביה כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, וא"כ מהך דכלה בבית אביה ליכא סיוע להאי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו, כיון דבבית אביה אינו ענין להך כללא, דהא אדרבה היא ברשות אביה לכמה דברים וכמ"ש הרא"ש, וע"כ מכלה בבית חמיה הסיוע להאי כללא, ואליבא דמאן אמרו, כיון דלר' אלעזר דאמר תברא, ולשינויא דרבא דאמר בסיפא משום תרתי חזקה, ולרב אשי משום מנה לי בידך, ולכולהו אינו משום האי כללא אלא משום ברי ושמא וכמ"ש אלא ע"כ לשינויא דרב אשי הוא משום האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו ובסיפא דממון הכתובה לעצמה הו"ל נולד הספק ברשות הבעל, וברישא כיון שהכתובה לאביה לא הוי נולד הספק ברשות הבעל וכמ"ש בפ"ה.
וכיון דכבר פסק הרמ"א בחו"מ סי' רכ"ד כדעת הרא"ש דאפילו נמצא החמור מת ברשות בעל החמור נמי בעל הפרה מייתי ראיה כיון דכבר נקנית ללוקח, א"כ ע"כ צריך לפרש ותנא תונא כלה היינו כלה בבית חמיה, והרמ"א באה"ע סי' קי"ז פוסק דמהני ברי בנתארסה וכדעת הרשב"א והר"ן, וזה נראה תרתי דסתרי לפי מ"ש, דאי נימא כדעת הרשב"א והר"ן דמהני ברי ושמא צריך לומר כדעת הרי"ף והרמב"ם ודלא כדעת הרא"ש, ודוק היטב.

פרק ח

מיהו כל זה נראה בחזקה דחסר לפניך הוא דלא מהני ברי ושמא וכמ"ש מכל הנך ראיות דלעיל, אבל בחזקה שלימה מהני שפיר ברי ושמא, דגבי משארסתני נאנסתי מצינו לפרש משכנסתני וכמו שכתב רש"י ומטעם כל מי שנולד הספק ברשותו, אבל בהך דמוכת עץ דס"ל לר"ג נאמנת דבזה ע"כ אינו אלא משום חזקת הגוף, וא"כ מוכח דבחזקה דאינו חסר לפניך מהני ברי ושמא, ובפ"ק דכתובות דף י"ב אמרו שם לימא דר"ג ור"י פליגי בברי ושמא, ודחי שם עד כאן לא קאמר ר"ג התם אלא דאיכא מגו, א"נ ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאיכא חזקת הגוף וע"ש.
ונראה דקיי"ל כהך תירוצא (בתרא) [קמא] דהוא משום מגו, וכדמוכח ר"פ ב' דכתובות (דף טז) גבי מודה רבי יהושע בשדה זו של אביך דקאי על האי דמשארסתני נאנסתי דלית ליה מגו והכא מודה כו', מ"ש מהאי מגו, האי מגו כו' התם שור שחוט לפניך,

ומבואר דטעמא משום מגו הוא וזה נראה לענ"ד בכוונת תוס' בסוגיין שכתבו וז"ל ומתני' דמשארסתני נאנסתי היינו היכא שיכול להיות שנבעלה לאחר נישואין עכ"ל.
והקשו הרא"ה והר"ן דבמשנתינו שנו משארסתני ע"ש ולפמ"ש י"ל דודאי משנתינו משארסתני קאמרה, אלא כיון דיכול להיות שנבעלה לאחר נישואין נאמנת לומר משארסתני נאנסתי במגו דמשכנסתני, ולאפוקי היכא דאי אפשר לומר שנבעלה לאחר נישואין וכגון שבא עליה אחר החופה תיכף דתו ליכא מגו והא דמשמע ברפ"ב דכתובות דטעמא דר"ג גבי משארסתני במגו דבעי אמרה מוכת עץ אני, וכן שם בפ"ק דכתובות דף י"ב, מכל מקום הדבר מוכרח כן לפרש אליבא דרבא בסוגיין דמוקי מתני' דהיו בה מומין כר"ג, משמע דס"ל דלאו משום מגו דמ"ע ס"ל לר"ג דנאמנת, דאי משום מגו דמ"ע אם כן מאי ענין דר"ג להיו בה מומין, כיון דהתם לא הוי שום מגו, ומשום חזקה דגופא בהצטרפות ברי ושמא נמי ליכא למימר כיון דרבא ס"ל דעל האב להביא ראיה דוקא, ולא מהני ליה טענת ברי לפי שיטת התוספות.
ולכן צריך לומר דאליבא דרבא מפרש טעמא דר"ג משום מגו דמשכנסתני, ומגו דמ"ע לית ליה לרבא דבאמת מגו כי האי לא מצינו בש"ס, כיון דלא מהימנא משארסתני אלא במגו דמ"ע, ומ"ע אני תחתיך גופא לא מהימנא אלא משום דהיא טענה מעליא טפי דלא פסלה נפשה מכהונה אמרינן מגו כל דהוא בהצטרפות ברי ושמא, וכמו שפרש"י שם פ"ק דכתובות, ורבא ס"ל אליביה דר"ג דמגו בעינן שיהיה נאמן בטענה שיטעון, ומש"ה במגו דמשכנסתני דאיהי נאמנת משום דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ומש"ה במומין דנמי שייך ביה האי כללא דכל מי שנולד הספק דמייה לר"ג, אבל במגו דמ"ע דמ"ע גופא לא מהימנא לא הוי מגו.
ויתיישב בזה קושיית הר"ן, לפי מאי דפירשו רש"י ותוספות משארסתני נאנסתי היינו משכנסתני נאנסתי, אם כן מאי פריך לרב יהודא אמר שמואל מהך מתני' דטבח, נימא דהך דטבח אתיא כרבי יהושע דלא ס"ל הך כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו ע"ש, ולפי מ"ש דמשארסתני ודאי באירוסין קאמרה, אלא דלר"ג נאמנת במגו דמשכנסתני ור' יהושע לית ליה מגו, וכדאיתא רפ"ב דכתובות, ומשום דשור שחוט לפניך, משום הכי אינה נאמנת לר' יהושע, אבל בטוענת משכנסתני ממש גם לר' יהושע אית ליה האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה.

פרק ט

איתיביה רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי מודה ר' מאיר במומין הראויין לבא עמה מבית אביה שעל האב להביא ראיה הבמ"ע ביתרת וכתבו התוס' וז"ל, תימא אמאי מקשי

לרב אשי טפי מלכל הני אמוראי דלעיל, דלמ"ד תברא הוי מצי לאקשויי מאי חילוק יש בין בית אביה לבית בעלה, ולמ"ד נמי כאן נמצא כאן היה אמאי על האב להביא ראיה הא הוי חדא במקום תרתי, ולא מצי למימר דס"ד דמקשה דראויין לבא עמה משמע שהם ישנים וניכרים שמומין אלו באו מזמן ארוך מקודם אירוסין ואיתרע חזקת הגוף לפיכך על האב להביא ראיה, דא"כ מאי פריך לרב אשי הא רב אשי לא אמר שיהא נאמן אלא משום חזקה עכ"ל.

והנה מ"ש תוספות אין לומר דס"ד דמקשה דראויין לבא מבית אביה היינו שהם ישנים וניכר שבאו המומין מזמן ארוך קודם אירוסין, דא"כ מאי פריך לרב אשי כו', והא דפריך לרב אשי היינו משום דראויין לבא מבית אביה לא משמע אלא מאירוסין, אבל ביתרת ממילא המה קודם אירוסין.

והנראה לענ"ד בזה לפי מ"ש לעיל פ"ד דהא דאמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ומפקינן ממונא על ידי חזקת הגוף אפילו בשמא ושמא, ואילו רובא דעדיף מחזקה לא מהני דהא אין הולכין בממון אחר הרוב, ושם ביארנו דהיינו משום דאין מחזיקין מרשות לרשות והו"ל כאילו לא היה שום ריעותא ברשות המוכר ואלו מגנוב או מתבור ודאי לא מצי אמר הלוקח אימר טריפה היתה כיון דליכא ריעותא, ובזה אע"ג דריעותא לפנינו שהרי ראינו טריפה לפנינו, כיון דאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות הרי לא איתרע כלל רשות המוכר.

ושם הוכחנו כן מדברי הרשב"א בחידושיו לחולין שכתב דגבי כתמים דמטמא למפרע ולא אמרינן אוקי אחזקתה והשתא הוא דראתה הכתם אלא כיון דאיכא כתמים יבשים דודאי לא נעשה עתה ואינו נודע אימת ומתי ולא תוכל להגביל הזמן לומר אימת ראתה תו לא הוי חזקה, והקשה הרשב"א שם במומין כשנכנסה לרשות הבעל ואע"ג דניכר שלא היו המומין עכשיו ואמאי הוי חזקה, ותירץ משום דאין מחזיקין מרשות לרשות ע"ש פ"ד וזה דלא כדברי הפני יהושע דסובר דהוי משום חזקת הגוף ואע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב חזקה עדיפא כל שלא באו בבת אחת הרוב עם החזקה, וע"ש דמותיב לנפשיה הלכתא אהלכתא, דהא קיי"ל כר' יעקב בפרק מי שמת דאם טוען שכיב מרע הייתי נאמן ואין מוציאין ממון ע"י חזקת הגוף וע"ש.

ולפי מ"ש דחזקת הגוף לא מהני לאפוקי ממונא אלא משום דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה משום דאין כאן ריעותא וכמ"ש, וא"כ כל זה כשטוען שמא דאין הספק אלא משום שהטריפות לפנינו, וכיון דאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות הו"ל כאילו אין כאן שום ריעותא, אבל בטוען ברי זה גופא הוי ספיקא דאימר טוען אמת

כדבריו ושהיה שכ"מ וחזקת הגוף לא מהני לאפוקי ממונא, וכן אם טוען הבעל ברי שהיו בה המומין קודם אירוסין הוי ספיקא אלא דלא משכחת לה משום דסבור וקיבל כל שידע בה.

וכן מוכח מדברי הגהת אשר"י פרק האומנין וז"ל ראובן שמכר סוס לשמעון ונמצא בו מום אחר שמשכו וכו' ואם אין עדים שראו המום קודם שמשכו, כך הדין ששמעון צריך לברר שהיו בו מומין קודם שמשכו כיון שאינו ידוע לשניהם, שאם היה ידוע לשמעון סבור וקיבל והשתא שאינו ידוע על שמעון לברר ואם לא בירר הפסיד ויפרע כל המעות לראובן אפילו אם לא נתן עכ"ל, והיינו משום דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה וכמו בטבח, ומשמע דאילו משכחת טענת ברי שהיה בו קודם היה פטור והיינו כמ"ש, דכיון דטעמא משום דאין מחזיקין ריעותא מרשות לרשות והו"ל כאילו אין כאן ספק, אבל כשטוען ברי הספק לפנינו ע"י טענת ברי אימר כדבריו וחזקת הגוף לא מהני לאפוקי ממונא, ומש"ה כשטען ברי שהיה שכ"מ הו"ל ספק וכן אם טוען הבעל ברי שהיו בה מומין קודם אירוסין נמי הוי ספיקא, אלא דלא משכחת לה ומשום דסבור וקבול כל שידע במומין.

[במקור נכפל קטע שלם בטעות, ומחקנוהו. וקטע זה הוא ניסוח אחר לקטע הקודם, וקשה לעמוד איזה הוא לשון אחרון של רבינו: ואע"ג דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, ומשום דאינו אלא משום דאין מחזיקין מרשות לרשות והו"ל כאילו אין כאן ריעותא ברשות מוכר ואין מקום להסתפק, אבל ע"י טענת ברי יש לפנינו מקום להסתפק אלא דלא משכחת ברי ומשום דסבור וקיבל].

ובש"ך חו"מ סי' רל"ב גבי גבינות שהתליעו דלא אמרינן ביה כל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה כמו דאמרינן גבי טבח, דהתם איכא חזקה וגם רוב בהמות אינן טריפות משא"כ הכא ודוק עכ"ל.

ולכאורה דבריו אינן מבוארין, ולפמ"ש ניחא, כיון דעיקר טעמא משום דאין כאן ריעותא וכל שאין ריעותא לפנינו תו לא נחתינן לספיקא כיון דרוב בהמות כשרות, ואע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו כשיש מקום ריעותא אבל היכא דליכא ריעותא וכיון שנבדקה הבהמה ודאי לא מצי טען לוקח אימר טריפה היתה, וכיון דגבינות דרכן להתליע ומצוי בהם התלעה, א"כ נהי דריעותא דעכשיו התליעו לאו ריעותא, ומשום דאין מחזיקין מרשות לרשות, ואפ"ה חיישינן לעצם התלעה דשכיח טובא בגבינות ומשום חזקה או רוב אין מוציאין ממון כל מקום שיש איזו ספק שראוי להסתפק ולזה דוקא בטבח שרוב בהמות אינן טריפות ואין ספק אלא ע"י הריעותא שנולד עכשיו,

וכיון דאין מחזיקין הריעותא מרשות לרשות הו"ל רשות מוכר בלא ריעותא, משא"כ בגבינות דהריעותא הוא בעצמן וא"כ אפילו אית ביה רובא או חזקה לא מהני לאפוקי ממונא ודוק.

ובזה נראה ליישב קושיית התוס' שהקשו בסוגיין בהא דאמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה מהא דתנן המחליף פרה בחמור זה אומר משלקחתי ילדה כו', ואמאי נימא כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה וברשות לוקח ילדה וע"ש ולפי מ"ש ניחא דבפרה מעוברת כיון שהגיע ימי לידה תיכף היא בכלל ספק אימר ילדה, וא"כ נהי דאין מחזיקין מרשות לרשות מכל מקום ברשות מוכר ממילא היה הספק כיון שהגיע ימי לידה, ולא גרע מגבינות שהתליעו דפסק בשו"ע חו"מ סי' רנ"ב דלא אמרינן ביה כל מי שנולד הספק ומשום דדרכן להתליע, וה"ה בפרה מעוברת כיון שהגיע ימי לידה דרכה להוליד ודוק.

ובזה אפשר ליישב קושיית תוס' שהקשו דמאי פריך לרב אשי טפי מלכל הני אמוראי ונראה לפי מ"ש דכל שנולד הספק ברשותו לאו משום חזקה הוא, וכדמוכח לה מדברי הרשב"א דהיכא דאי אפשר להגביל זמן לומר השתא הוא לאו חזקה היא, ובמומין ישנים משום דאין מחזיקין מרשות לרשות היא, וכמבואר לעיל פרק ד' ע"ש היטב.

ולפ"ז לר"א דאמר תברא מי ששנה זו לא שנה זו וסיפא אתאן לר' גמליאל ומשום חזקת הגוף, וכן לרבא דאמר רישא כאן נמצא וכאן היה וסיפא משום דהו"ל תרתי במקום חדא חזקה דאין אדם שותה בכוס וחזקת הגוף, וא"כ שפיר י"ל דברייתא הכי קאמר מודה ר' מאיר במומין הראויין לבא מבית אביה והיינו שהיו מומין ישנים וניכרים שהם מבית אביה דתו חזקת הגוף ליכא, דהא כל שהמומין ישנים דליכא למימר להגביל זמן מתי, תו ליכא חזקה לומר השתא הוא, וא"כ לרבי אלעזר ניחא דקאמר כר"ג דהוא משום חזקה, ובמומין ישנים ליכא חזקה.

ולרבא נמי כיון דליכא חזקת הגוף תו ליכא חדא במקום תרתי וליכא אלא חזקה דאין אדם שותה נגד חזקת ממון, ואם היו מומין ישנים ולא ניכר שהם מבית אביה אמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ואפילו במומין ישנים דליכא חזקת הגוף, ומשום דאין מחזיקין מישות לרשות, וכמ"ש הרשב"א אבל במומין ישנים שניכר שהם מבית אביה תו ליכא חזקת הגוף, והך כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו לא שייך באירוסין ומש"ה לר"א ולרבא ניחא.

אבל לרב אשי דקאמר סיפא מנה לי בידך ורישא מנה לאבא, וע"כ אינו משום חזקה דודאי מהני חזקת האם לגבי בת וה"ה חזקת הבת לאב, אלא ע"כ משום דברישא הממון

לאביה ורשותא דידה איתרע כיון דלכמה דברים עדיין [היא] ברשות האב תו לית בה הך כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו, אבל בסיפא דהממון לעצמה ומש"ה אפילו מייתי בעל ראיה דמשנתארסה נולדו בה המומין, כיון דאינו לאב ורשותא דידה מעולם לא איתרע וכמו שביארנו היטב בפ"ה, אמרינן ביה הך כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה וא"כ אפילו במומין ישנים שראויין לבא מבית אביה דליכא חזקת הגוף אמרינן ביה כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, דזה אינו מטעם חזקה אלא משום דאין מחזיקין מרשות זה לרשות אחר, וכמו שביארנו היטב בפ"ד ופ"ה ע"ש היטב, ומש"ה דוקא לרב אשי הוא דאקשי, ודוק ונכון הוא.

פרק י

גרסינן בכתובות פ"ק דף י' איתמר אמר רב נחמן אמר שמואל משום ר"ש בן אלעזר חכמים תקנו להם לבנות ישראל לבתולה מאתים ולאלמנה מנה והם האמינוהו שאם אמר פ"פ מצאתי נאמן, א"כ מאי הועילו חכמים בתקנתן, אמר רבא חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה והקשה הרמב"ן דגם אם כתובה דאורייתא למה לא יהיה נאמן, אטו מאן דמפיק שטרא בתנאי מי לא אמרינן ליה זיל קיים תנאך, וה"נ כיון שהוא אומר שמצאה בעולה למה לא יהיה נאמן אפילו בלא טעמא דאין אדם טורח בסעודה וכן הקשה הרמ"ה.

ובתוס' שם וז"ל תימה תינח באשת כהן או בפחותה מבת שלש דמיתסר עליה הלכך כיון דמפסידה נאמן, ולמ"ד נמי לקמן כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה אין לה כתובה כלל ניחא דהשתא נמי מפסידה שהרי מקח טעות הוא, אבל למ"ד יש לה כתובה מנה לא מפסיד מידי אלא שבא להפסידה מכתובתה מנה אבל הסעודה לא מפסיד אמאי מהימן עכ"ל תו הקשו התוס' שם דמשמע מכאן דכתובה דרבנן ואנן נהיגין לכתוב בכתובה כסף זוזי דחזי ליכי מדאורייתא, וע"ש שהעלו דלמאן דאמר כתובה דאורייתא אינו נאמן לומר פ"פ, והוא נגד פסק דידן דס"ל כתובה דאורייתא וקיי"ל נמי דאומר פ"פ נאמן ועיין ב"ש באה"ע סי' ס"ו ס"ק י"ד מ"ש בזה.

וליישב כל זה דע דכתבו הרא"ש והר"ן דמימרא זו דרב נחמן דהאומר פ"פ נאמן מיירי בשותקת או במכחישתו ואומרת בתולה הייתי, אבל באומרת משארסתני נאנסתי דקיי"ל כר"ג דאמר נאמנת אבל במכחישתו או בשותקת ליכא ברי ושמא אלא ברי וברי וע"ש והא דלא מהימנא במכחישתו ואומרת בתולה הייתי במגו דאי בעי אמרה משארסתני נאנסתי, כבר כתבו תוס' שם דהו"ל מגו להוציא וברי"ן כתב משום דהו"ל מגו במקום חזקה דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה וע"ש.

ואיכא למידק לפי מה שמבואר בש"ס דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, ובטבח שנמצאת טריפה צריך הלוקח להביא ראיה ובלא ראיה צריך ליתן דמי המקח ומהני אפילו בשמא ושמא, ואין צורך המוכר טענת ברי וכמבואר אצלינו בפרקים הקודמים וכ"כ תוס' בפרק אלו נערות (כתובות דף ל"ו) בד"ה החרשת והשוטה אין להם טענת בתולים, ומוקי לה כר"ג פירש"י דאי הוי פקחת הוי טענה משארסתני נאנסתי, וקשה לר"י היכי טענינן לה הכי מספק לאפוקי ממונא כיון דאיהי לא טענה, ומיהו מביא ר"י ראיה לפירוש הקונטרס דאמרינן בפרק המדיר לא הוגלד פי המכה המ"מ ע"ה, ומפרש דאפילו לא יהיב טבח דמי צריך לשלם דמים עד שיביא ראיה שברשות מוכר נטרפה עכ"ל וע"ש.

וכיון דאפילו בשמא ושמא ואין בו טענת ברי נמי צריך ליתן דמים, ומשום האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, וא"כ אפילו בשותקת ובמכחישתו דליכא טענת ברי ושמא, כיון דנגד ברי דידה שאומרת בתולה הייתי הוא נמי טוען ברי, אכתי נימא שזינתה תחתיו אחר הנישואין מהך כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו דודאי אי אמרינן טעמא משום ברי ושמא ובשותקת או במכחישתו ליכא טענת ברי ושמא, אבל משום הך כללא כל מי שנולד הספק ברשותו דאנן הוא דנקטינן הכא הך כללא דכל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, ואע"ג דאיהי לא טענה אנן נימא הכי דתחתיו זינתה ואין מחזיקין מרשות לרשות.

ואין לומר אילו תחתיו זינתה היתה טוענת, דהא כבר כתבו התוס' פ"ק דכתובות דף ט' בהא דלא עבדינן ספק ספיקא ספק מוכת עץ, ותירצו שאם היתה מוכת עץ היתה טוענת לפי שאין גנאי לה ע"ש, ומבואר דבזנות כיון דגנאי לה אינה טוענת, ומשו"ה מצינו למימר כך שזינתה, וא"כ נימא תחתיו זינתה ואפילו ליכא ברי ושמא.

אמנם נראה כיון דאפילו בפחותה מג' שנים דודאי תחתיו זינתה אפ"ה מפסדת כתובתה באומר פ"פ ושותקת או מכחישתו ומשום דאימר ברצון זינתה, ולא אמר ר"ג משארסתני נאנסתי נאמנת אלא משום דאיהי טוענת ברי והו"ל ברי ושמא, ובספק איני יודע אם החזרתיו מהני ליה ברי ושמא, כמ"ש מוהרי"ט בחידושיו פ"ק דכתובות דף י"ב בהא דאמרו שם עד כאן לא קאמר ר"ג אלא משום חזקה דגופא, והקשה אכתי אימר ברצון, וכתב משום לרצון הו"ל כאיני יודע אם פרעתיך כיון דודאי נתחייב ובספק פרעון ברי ושמא ברי עדיף וע"ש, וא"כ הכא במכחישתו או בשותקת דליכא ברי ושמא, א"כ נהי דנימא תחתיו זינתה ומשום הך כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו, אכתי אימר ברצון דאפילו באיני יודע אם החזרתיו בעינן ברי ושמא ודוק.

וניחא בזה ליישב קושיית הרמב"ן והרא"ה, דהא אפילו כתובה דאורייתא אמרינן ליה זיל קיים תנאך, דכיון דמצד ספיקא דלא תחתיו אינה מפסדת כתובתה דהא אמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה וא"כ ודאי תחתיו היה אלא דאמרינן אימר ברצון, וא"כ כיון שנתקיים התנאי אינו נאמן לומר שזינתה ברצון ומשו"ה צריך לטעמא דהם אמרו והם האמינוהו ודוק.

והנה בתוס' בסוגיין ד"ה כל שנולד ספק ברשותו עליו הראיה ז"ל, וא"ת הא דפריך בפרק השואל גבי מחליף פרה בחמור וילדה ונחזי ברשותא דמאן קיימא ולהוי אידך הממע"ה ומשני כגון דקיימא באגם, ואמאי הא אחר שמשך בעל הפרה את החמור נולד הספק, וצריך לחלק בין ספק שנולד לטיבותא כי התם לספק שנולד לגריעותא כי הכא עכ"ל התוס'.

אמנם בריב"ש סי' שע"ג כתב על דברי התוס' הנזכר וז"ל, ונ"ל הטעם דכל שנולד הספק ברשותו לגריעותא כמו בהך דשמואל, יש לנו לומר שעל בעל הפרה שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, לפי שמפני ספק זה הוא בא לבטל קנין שהיינו מוחזקים בקנינו, וכיון שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראיה, אבל בהאי דהתם אין הקנין מתבטל מפני הספק שאין דנין אלא על הולד ומפני זה אין הולכין אחר מי שנולד הספק ברשותו אלא אחר הממע"ה, זהו מה שנראה לי בביאור לשון התוספות ובכוונתם עכ"ל.

וכן נראה מדברי תוספות חולין דף נ"א (דף נא) ד"ה הממע"ה וז"ל, פי' על הלוקח להביא ראיה שברשות מוכר נטרפה כו', והקשה הר"ר יו"ט דבנדה פרק הרואה תניא בדקה עצמה וחלוקה והשאילה לחברתה היא טהורה וחברתה תולה, ומפרש רב ששת דלענין דינא תנן דלא מחייבת חברתה לכבס הבגד, ואמאי לא אמרינן כאן נמצא וכאן היה כמו גבי בהמה דהכא וגבי מומין דסוף המדיר, וי"ל דלא דמי, דודאי כדי לקיים המכר ובקידושין סברא הוא דאמרינן הכי שאומר המוכר ללוקח קח פרתך שברשותך נטרפה, והאב אומר לבעל קח אשתך שברשותך נולד המום ואין לנו לבטל המעשה הזה, אבל גבי חלוק ליכא למימר הכי עכ"ל.

ומבואר דלא אמרו האי כללא דכל שנולד הספק ברשותו אלא שלא לבטל הקנין והמעשה, ומשו"ה במחליף פרה בחמור אע"ג שאנו באין לבטל מכירת הולד, מכל מקום אין הביטול בעיקר הקנין אלא בולד, תו לא שייך האי דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה וכמ"ש הריב"ש וע"ש בריב"ש סי' הנזכר במ"ש בכוונת התוס' כתב שם להרב ר' חסדאי ז"ל, ואם כוונתי אל האמת ימין שכלך תסעדני ואם יש מילין השיבני, ודעת

תבונה הודיעני עכ"ל, ובודאי כיון לאמת, כמו שמבואר ג"כ בתוספות חולין הנזכר דלא אמרו האי כללא דכל שנולד הספק ברשותו אלא שלא לבטל המקח.
ולפ"ז למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה, ולהפסידה ממנה שפיר יכול להפסידה מהך ספיקא דאימר לאו תחתיו ולית לה אלא מנה, וא"כ אע"ג דכתובה מן התורה מצי אמר קיים תנאך, והיינו ברי שאת בתולה וכקושיית הרמב"ן והרא"ה, ואי משום דלא מצי למימר לאו תחתיו ומשום דכל שנולד הספק ברשותו, דהא למ"ד כנסה בחזקה בתולה ונמצאת בעולה לאו מקח טעות הוא, והיכא דלא מבטל המקח לא אמרינן האי כללא.
ויתיישב בזה קושיית התוספות שהקשו, תימה תינח באשת כהן כו' ולמ"ד כנסה בחזקה בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות ואין לה כתובה כלל ניחא, אבל למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה יש לה כתובה מנה דלא מפסיד מידי אלא שבא להפסידה ממנה כו' ע"ש ולפמ"ש ניחא, דעד כאן לא הוצרכו להך טעמא דאין אדם טורח בסעודה ומפסידה אלא למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות, דלא מצי להפסידה משום לאו תחתיו בכדי שלא לבטל המקח הא אמרינן כל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה וא"כ ודאי תחתיו היה אלא משום רצון, ובזה בעל לא מהימן כיון דודאי חייב הוא לה וכמ"ש, אבל למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה דלא מיבטל המקח, וכה"ג לא אמרינן כל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, וא"כ נאמן בלאו האי טעמא דאין אדם טורח כו', אלא משום דהוא מוחזק מצי אמר ברי, והביאי ראיה שבתולה את וברי לי שבעולה היתה, וכמ"ש הרמב"ן והרא"ה, דאטו מאן דמפיק שטרא בתנאי אמרינן ליה קיים תנאי, ודוק.

פרק יא

ובטור וש"ע אה"ע (סי' ס"ח סעיף ח') מחלוקת הפוסקים באומר פ"פ מצאתי אם נאמן להפסידה תוספת כתובה, ודעת הרמב"ם כיון דנאמנות הבעל אינו אלא משום הם אמרו והם האמינוהו, ותוספת כתובה חיוב גמור שהבעל עצמו מחייב, ודעת (הרמב"ם) [הרא"ש] באומר פ"פ נאמן להפסידה אפילו תוספת כתובה, ועיין בש"ע אה"ע סי' ס"ו ובב"ש שם ולפמ"ש י"ל בדעת (הרמב"ם) [הרא"ש] דנאמן להפסיד אף תוספת אע"ג דזה אינו מדבריהם, משום דכתוב בשלטי גבורים פרק אעפ"י דאם נבעלה אפילו תחתיו קודם נשואין מפסדת כתובה, שלא הוסיף אלא שתהיה בתולה בשעת נשואין ע"ש, וא"כ לענין תוספת מצי להפסידה בטענה דזינתה קודם הנשואין, וכה"ג לא מיבטל המקח

ואמרינן לה קיים תנאך, ונאמן אפילו בלא חזקה דאין אדם טורח כיון דהוא מוחזק, וכמו שהקשו הרמב"ן והרא"ה.

אמנם כל זה כשבא הבעל להפסיד כל כתובתה צריך טעמא דחזקה דאין אדם טורח ומשום הם אמרו והם האמינוהו, דליכא למימר שיהא נאמן משום מוחזק ולומר אייתי ראיה דבתולה את וכקושיית הרמב"ן והרא"ה ומטעמא שכתבנו, כיון דלא מצי להפסידה משום לאו תחתיו דכל שנולד הספק ברשותו עליו הראיה אפילו בשמא ושמא וכמ"ש הפ"י, ולא מצי להפסידה אלא משום ספיקא דרצון ובזה לא מהימן כיון דחייב הוא בודאי והתנאי כבר נתקיים.

אבל אם בא להפסידה מנה שפיר מהימן אפילו בלא טעמא דהם האמינוהו, כיון דמוחזק הוא מצי אמר אימר מוכת עץ היתה קודם אירוסין ונכנסה בחזקת בתולה ונמצאת מוכת עץ כתובתה מנה ולא הוי מקח טעות, ומצי אמר קיים תנאך ואימר מוכת עץ היתה ולית לה אלא מנה, וכה"ג דהמקח לא מיבטל לא אמרינן האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, וקיי"ל כחכמים דר' מאיר בכנסה בחזקת בתולה ונמצאת מוכת עץ כתובתה מנה וכן באומר להפסידה מנה ואומר שמא לאו תחתיו ואינו רוצה לבטל המקח, דאפילו למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות היינו דוקא בבא לבטל המקח, אבל אם אינו רוצה לבטל המקח לא הוי מקח טעות, וכמבואר בר"ן פ' המדיר דכל תנאי שהוא לטובתו ולא נתקיים התנאי יוכל למחול תנאו, וכן פסק בשלחן ערוך אה"ע סי' ל"ח ע"ש, ואם כן להפסידה מנה ודאי יכול למימר קיים תנאך וכקושיית הרמב"ן, או לומר מוכת עץ, או לומר בעולה היתה ולהפסידה רק מנה ולא לבטל המקח, דכה"ג לא אמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה ויכול לומר בזה אימר לאו תחתיו.

אלא אם הוא בא להפסיד כל כתובתה מצד לאו תחתיו ובע"כ צריך לבטל המקח, וכל היכא דהמקח בטל אמרינן האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו וכו', ולא מצי להפסיד כל כתובתה אלא מחשש אימר ברצון, וכיון שאינו בא אלא מכח חשש דרצון, אם כן כבר נתקיים התנאי ואינו נאמן אלא משום הם אמרו והם האמינוהו ומשום דאין אדם טורח בסעודה וכמ"ש.

והנה אפילו למ"ד כתובה דאורייתא היינו בתולה דוקא שכתובתה מאתים דכתיב כמוהר הבתולות, אבל כתובת מנה אליבא דכ"ע אינו אלא מדרבנן, ויתיישב בזה קושיית תוס' דהא אנן קיי"ל כתובה דאורייתא ואם כן היכי נאמן לומר פ"פ ע"ש, וכן ברא"ש שם וז"ל, ותימה דקיי"ל כרשב"ג דאמר כתובה דאורייתא וקיי"ל כרב נחמן בדיני ורב נחמן

דאמר פ"פ נאמן ע"כ סובר כתובה דרבנן ולפמ"ש דאפילו למ"ד כתובה דאורייתא אם בא להפסידה מנה ולטעון אימר מ"ע, יכול לומר קיים תנאך שבתולה את ואית לך מאתן, אם כן נאמן בזה אלא שהוא בא להפסידה כתובתה לגמרי ומצד לאו תחתיו ולבטל המקח אינו יכול משום האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו כו' אלא מצד חשש זנות ברצון, בזה לא היה נאמן אי לאו משום דהם אמרו והם האמינוהו, וכיון דמנה מדינא מפסדא דבמ"ע לא מיבטל המקח וכמ"ש, או באינו רוצה לבטל המקח אפילו לטעון בעולה לאו תחתיו ולהפסידה מנה נמי נאמן מדינא ומשום דמצי אמר קיים תנאך וכמ"ש, ואם כן כיון דאינו אלא כתובה מנה וזה ודאי מדרבנן ומשום הכי הם האמינוהו ודוק.

פרק יב

בפרק אלו נערות (כתובות דף ל"ו) רמי ברייתא אהדדי, דחדא תניא החרשת והשוטה והאיילונית יש להם קנס ויש להם טענת בתולים ובחדא תניא החרשת והשוטה והבוגרת ומוכת עץ אין להם טענת בתולים, אמר רב ששת לא קשיא הא ר' גמליאל הא ר' יהושע, אימר דשמעת ליה לר"ג היכא דקא טענה איהי היכא דלא טענה איהי מי שמעת ליה, אין כיון דאמר ר"ג מהימנא כגון זו פתח פיך לאלם הוא ופירש"י הא ר"ג דאמר בפ"ק היא אומרת משארסתני נאנסתי נאמנת, ה"נ אין להם טענת בתולים דאמרינן אי הוי פקחת לטעון הוי טוענת משארסתני נאנסתי ע"ש.

והרמב"ן בס' המלחמות כתב וז"ל והעיקר כפירש"י וכן פירשו הגאונים, והוסיף שם מדיליה וז"ל דטענינן ליה מוכת עץ, ואפילו כשקידש ובעל לאלתר אפילו הכי אין להם טענת בתולים דטענינן בהדייהו מוכת עץ ואית להו מאתן אף דמוכת עץ אין לה אלא מנה, כיון דחרשת ושוטה אין להם כתובה אם לא רצה לכתוב, א"כ זה שכתב מדעתו מאתים אף אם מוכת עץ היא אית לה המאתיים שכתב כיון דמ"ע לאו מקח טעות הוא, וא"כ כשאנו טוענין בהדייהו מ"ע אית להו מאתיים כיון שהוא כתב מדעתו ע"ש.

וכוונתו בפקחת כיון דאית להו בתנאי ב"ד א"כ כשכתב לה לאו דרך מתנה אלא מוהר הבתולות הוא דיהיב לה וכשנמצאת מ"ע לית לה אלא מנה, אבל חרשת ושוטה דלית להו בתנאי ב"ד ואינו אלא מתנה, א"כ אפילו מ"ע נמי כל דלא הוי מקח טעות אית להו מאתיים ובמשנה למלך פי"א מהל' אישות שם חקר והבין בדעת רש"י מי נימא דפליג בסברת הרמב"ן כיון דכתב דטענינן להו משארסתני נאנסתי, ומשמע דקדיש ובעל לאלתר דלא מצינן למיטען משארסתני נאנסתי תו לא טענינן מוכת עץ, מדלא פירש רש"י דטענינן מ"ע ויהיה בכלל אפילו קידש ובעל לאלתר וע"ש.

מיהו נראה דרש"י נמי מודה בסברת הרמב"ן דכיון דאינו אלא מתנה בעלמא א"כ אפילו נמצאת מ"ע כיון דליכא מקח טעות אית לה מאתיים שכתב לה, והא דפירש"י משארסתני טענינן להו ולא פירש מ"ע, היינו משום דבתוס' שם כתבו וז"ל, וקשה לר"י היכי טענינן להו הכי מספק לאפוקי ממונא כיון דאיהי לא טענה, ומיהו מביא ר"י ראיה לפירוש הקונטרס דאמרו בס"פ המדיר לא הוגלד פי המכה הממע"ה, ומפרש דאפילו לא יהיב טבח דמי צריך לשלם הדמים עד שיביא ראיה שברשות מוכר נטרפה כו' וא"כ דוקא בטענה זו דמשארסתני דהוא משום האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו כו' אפילו בשמא ושמא מוציאין ממון, אבל בטענת מוכת עץ אינה נאמנת אלא מתורת ברי ושמא בהצטרפות חזקת הגוף, ולא טענינן להו מספק לאפוקי ממונא.

והרמב"ן שכתב אפילו בקידש ובעל לאלתר טענינן להו מ"ע קודם אירוסין, ומ"ע ודאי צריך טענת ברי וכמ"ש, ונראה לפי מ"ש בשיטה מקובצת שם כתב וז"ל, ויש שפירש דהכא טענינן לה מ"ע וכטענת ברי חשיבא כיון דרגילה דמחבטה כדאיתא בסמוך עכ"ל, וע"ש ובזה הוא דנחלק רש"י וס"ל דמוכת עץ בעי טענת ברי, ומספיקא לא מפיק ממונא אלא בהאי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו, וכמו בטבח וכמ"ש תוס', אבל בעיקר הדין מודה רש"י דבחרשת ושוטה מ"ע יש להם מאתיים וכמ"ש הרמב"ן.

וניחא בזה דלא תיקשי לפי מ"ש בפרק י' וי"א דהיכא דלא מיבטל המקח לא אמרינן האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו, וא"כ אכתי ניחוש שמא מ"ע היתה קודם אירוסין ולית לה אלא מנה, וכה"ג לא מיבטל המקח וכמ"ש לעיל אבל אי נימא דרש"י נמי ס"ל כסברת הרמב"ן דחרשת ושוטה במ"ע כתובתן מאתיים כמ"ש לה, א"כ א"ש דלדרוסת איש לא חיישינן, כיון דהוי מקח טעות ושלא לבטל המקח אמרינן כל מי שנולד הספק ברשותו כו', ואמרינן משארסתני וכמו בטבח, ולמ"ע ליכא חשש כיון דיש להם מה שכתב ורב ששת דאמר כגון זה פתח פיך לאלם, לא אמר אלא למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה מקח טעות, אבל איהו לדידיה דס"ל פ"ק דכתובות דף י"א דלא הוי מקח טעות א"כ בלא"ה ניחא, דכל היכא דלא הוי מקח טעות אית להו מה שכתב וכמ"ש הרמב"ן, ולמ"ד נמצאת בעולה מקח טעות, א"כ כגון זה פתח פיך וטענינן משארסתני כמו בטבח שלא לבטל המקח.

ובשיטה מקובצת שם בהא דאמרו כגון זו פתח פיך לאלם וז"ל, פירש"י וטענינן לה משנתארסה נאנסה, והקשו עליו בתוס' דהאי טענה טענת שמא לדידן ואנן בעינן טענת ברי לר"ג כדאיתא בפ"ק, ולא קשיא דכי אתיא לדינא בי דינא קושטא דמלתא בעינן דטעין ברי, אבל השתא דאיהי לאו בת טענה אנן טענינן לה אפילו בשמא כגון כל מקום

שטוענין ליורש וללוקח עכ"ל ומדברי תוספות נראה דכה"ג לא טענינן להוציא מספק, וטוענין ליורש וללוקח היינו משום דאי הוי בעל דבר קיים הוי טעין כן בברי, אבל בבע"ד עצמו היכא דלא טעין איהו גופיה אנן לא טענינן מספיקא, ומש"ה כתבו תוס' דאית בה דינא דטבח דאפילו בספק מוציאין ממון, ועמ"ש בקצה"ח סי' פ"ב סק"ה.

אמנם לפ"ז קשה בהא דפירש"י ותוס' בסוגיין דהיו בה מומין דמשארסתני נאנסתי היינו משכנסתני, ואכתי ניחוש שמא מוכת עץ היתה קודם אירוסין, וכה"ג לא מיבטל המקח ולא אמרינן הך כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו וכמ"ש לעיל, ואי משום חזקה דגופה, א"כ באומרת משארסתני נאנסתי נמי אית לה חזקה דגופא, דנהי דהך כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו לא שייך באירוסין וכמ"ש הרמ"ה שם, ומשום דלכמה דברים עדיין היא ברשות האב, אבל חזקת הגוף אית לה, ולפי מ"ש תוספות שם מדתנן על האב להביא ראיה ומשמע דוקא ראיה אבל טענת ברי לא מהני ע"ש, ומוכח דס"ל דלא מהני ברי בהדי חזקת הגוף, וא"כ אפילו במשארסתני נאנסתי דמפרש רש"י ותוס' משכנסתני, אכתי ניחוש שמא מ"ע וכמ"ש, ויש ליישב ודוק.

פרק יג

(כתובות עו, א) אמר רב יהודא אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה ותנא תונא כלה, הי כלה אילימא כלה בבית אביה מי דמי התם מייתי אב ראיה ומפיק הכא מייתי בעל החמור ראיה ומוקים, אמר רבי אבא כלה בבית חמיה, ואכתי לא דמי התם בעל מייתי ראיה ומרע ליה לחזקה דאב הכא בעל החמור מייתי ראיה ומוקים חזקה בידיה כו'.

ובתוס' שם כתבו וז"ל על כן נראה דטעמא דשמואל לא משום חזקת מרא קמא, אלא אית לן למימר כיון דאשתכח החמור דמת, כי היכי דעכשיו מת כן יש לנו להחזיקו שהיה מת גם קודם דכל הטומאות כשעת מציאתן, ודוקא גבי מיתת חמור וגבי מום וגבי מחט שנמצאת בבית הכוסות אית לן למימר הכי, והא דכלה בבית חמיה על הבעל להביא ראיה, משום דכי נמי אמרינן כמו שאנו מוצאין מום עתה כן היה קודם כניסה, אכתי אית לן למימר דמשנתארסה נולד בה מום והלכך אית לה כתובה, דכולי האי לא אמרינן דקודם אירוסין דהיינו קודם שני רשויות היה בה מום על ידי מה שאנו מוצאין עכשיו, אבל בבית אב אימא קודם לכניסת רשות זה היה כמו שהוא עתה עכ"ל תוס'.

ודברי תוס' צריכין ביאור במ"ש דלא אמרינן כשעת מציאתן, ואמאי לא נימא כשעת מציאתן עכשיו כן היו באירוסין והדר נימא כמו שהיה באירוסין כן היה קודם אירוסין,

כיון דעל רשות אחד מהני חזקה דכשעת מציאתן, ונראה כיון דחזקה שלא נתבררה לאו חזקה וכמ"ש תוס' פ"ק דחולין דף י' גבי פרה אדומה שהיתה בת שתים ולא הוי חזקה כיון דטריפה אינה חיה, משום דהו"ל חזקה שלא נתבררה בשעתה אלא לאחר כך שחיתה י"ב חודש איגלאי מלתא למפרע שלא היתה טריפה קודם י"ב חודש, ומש"ה חיישינן שמא תוך י"ב חודש נטרפה כיון דתוך י"ב חודש לא נתבררה חזקה ע"ש, וה"נ חזקה דכשעת מציאתן, נהי דהוי חזקה מעליא כמו חזקה דמעיקרא, כל חזקה שלא נתבררה לא הוי חזקה וא"כ תו לא מצינו למימר כשעת מציאתן דאירוסין, כיון דבשעת אירוסין לא נתבררה החזקה אלא בתר נישואין שנמצאו המומין בבית חמיה אמרינן מחמת חזקה דבשעת מציאתן שהיה כן באירוסין, וא"כ בשעת אירוסין לא נתבררה בשעתו ושוב אין לומר כשעת מציאתן עכשיו כן היה קודם אירוסין ועל שני רשויות לא אמרינן.

אמנם דברי הש"ס תמוה מאד, לפי מה שפירשו תוס' במה דקאמר ר' אבא ותנא תונא כלה בבית חמיה, כיון דבכלה בבית חמיה לא אמרו כשעת מציאתן, ונהי דהתם טעמא משום דלא אמרו חזקה דשעת מציאתן על שני רשויות, על כל פנים בכלה בבית חמיה לא אמרו כשעת מציאתן, והיכי מייתי ראיה מכלה בבית חמיה לומר כשעת מציאתן, ובש"ס דדחי ואכתי לא דמי משמע דאית ביה דמיון, והוא אינו דומה ואדרבה בכלה בבית חמיה לא אמרו כלל ביה כשעת מציאתן, ועמ"ש בחידושי מוהרש"א.

והנראה לענ"ד בזה לפי מ"ש לעיל פ"ד ופ"ח בשם הרשב"א בחידושיו דבמומין היכא דניכרים שלא נולדו עכשיו ואי אפשר להגביל זמן ידוע לומר ג' ימים או ד' דאפשר שני ימים או יותר, וכה"ג לאו חזקה היא וכדמוכח לה שם הרשב"א מכתמים, והא דאמרינן בכלה בבית חמיה על הבעל להביא ראיה, התם משום דאין מחזיקין מרשות לרשות וע"ש, וא"כ לפי הס"ד בש"ס דלית לן האי כללא דכל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, וא"כ כלה בבית חמיה משום חזקת הגוף הוא, ומשמע נמי אפילו במומין ישנים דאי אפשר להגביל זמן ולומר עכשיו, והיכא דליכא זמן להגביל לאו חזקה הוא, אלא דלפי דאמרו בתחילה בשם רב יהודא לומר חזקה כשעת מציאתן, וא"כ כי היכי דבהוגלד פי המכה דידוע היה שלשה ימים דנוכל להגביל זמן דהא אי אפשר בפחות משלשה, ואמרינן אוקי אחזקה שזה שלשה ימים הוא דנטרפה, וא"כ ה"ה בכלה בבית חמיה כיון דאמרינן חזקה כשעת מציאתן על רשות אחד, אלא דעל שתי רשויות לא אמרינן כשעת מציאתן, וא"כ במומין ישנים שנמצאו בבית חמיה עכשיו אמרינן כשעת מציאתן, והיו בה מומין אלו עד שעת אירוסין ולא קודם אירוסין דעל שתי רשויות לא אמרינן.

ולפ"ז נוכל להגביל זמן ולומר תיכף אחר אירוסין נולדו המומין, וכל שאנו יכולין להגביל זמן הוי חזקה שלימה וכמו בהוגלד פי המכה כיון דלפנינו זמן ידוע להגביל מתי, אבל אי לא נימא חזקה דכשעת מציאתן, א"כ במומין דניכר שלא באו עכשיו תו ליכא שום זמן להגביל, דאם תאמר ג' או ד' ימים קודם, תאמר שני ימים או עשרה ימים, אבל ע"י חזקה דכשעת מציאתן לא תוכל לומר בפחות, כיון דעד שעת אירוסין ודאי היו המומין משום חזקה דכשעת מציאתן, וכיון דנוכל להגביל זמן אמרינן שלא היה קודם אירוסין מכח חזקת הגוף ואחר האירוסין נולדו ע"י הגבלת זמן, דהא ברשות אחד אמרינן חזקה דכשעת מציאתן, וא"כ אמרינן שבאו אחר אירוסין, וא"כ מכלה בבית חמיה מוכח חזקה דכשעת מציאתן, דאי לאו חזקה דכשעת מציאתן א"כ לא תוכל להגביל זמן וליכא חזקת הגוף במומין ישנים ודוק.

ודחי לה בש"ס מי דמי התם בעל מייתי ראיה ומרע ליה לחזקה דאב הכא בעל מייתי ראיה ומוקים חזקה בהדיה והוא לפמ"ש בשמעתא ג' פט"ז דחזקה דכשעת מציאתן לא הוי חזקה אלא לחומר תרומה וקדשים, אבל בעלמא חזקה קמייתא עדיפא ואמרינן השתא הוא דאתרע, אבל היכא דליכא חזקה קמייתא שפיר מהני חזקה דכשעת מציאתן, וע"ש שכתבנו דזו היא שיטת רש"י, וא"כ בכלה בבית חמיה לעולם על הבעל להביא ראיה, דממנ"פ אם הוא מומין חדשים שנוכל לומר השתא הוא דאתי, א"כ ודאי כיון דנוכל להגביל זמן ולומר השתא הוא דנולדו המומין א"כ חזקת הגוף ודאי טובה והיא חזקה דאב, ואם הוא מומין ישנים ואמרינן כשעת מציאתן עד אירוסין בכדי שנוכל להגביל זמן, התם נמי ראוי למיזל בתר שעת מציאתן, כיון דבמומין ישנים ליכא חזקה קמייתא דהא לא נוכל להגביל זמן וא"כ ודאי אזלינן בתר שעת מציאתן עד אירוסין, דעל קודם אירוסין לא אמרינן כשעת מציאתן דעל שתי רשויות קודם לא אמרינן כשעת מציאתן, וא"כ חזקה דשעת מציאתן אינו אלא היכא דליכא חזקה קמא, ובתר דאמרינן כשעת מציאתן ונוכל להגביל זמן, דהא ע"כ באירוסין הוו תיכף משנתארסה והוי ליה כמו הוגלד פי המכה, דהיכא דלא נוכל לומר בפחות הוי ליה חזקה, וא"כ קודם אירוסין חזקת הגוף בשלימות, ומש"ה בעל מייתי ראיה ומרע לחזקה דאב, דלעולם איכא חזקה לאב בין במומין ישנים בין בחדשים וכמ"ש ומשום דשפיר מהני כשעת מציאתן היכא דליכא חזקה דמעיקרא הכא בעל החמור מייתי ראיה ומוקים חזקה בהדיה, דהא חזקת הגוף בהדיה, ונגד חזקה קמייתא חזקה דכשעת מציאתן לאו כלום הוא ודוק.

ולמסקנא דמסיק כל מי שנולד הספק ברשותו עליו הראיה, א"כ כלה בבית חמיה אע"ג דאי אפשר לתלותו בזמן ידוע, אפ"ה טעמא אחרינא אית בגוה, ומשום דאין מחזיקין מרשות לרשות ולא משום חזקת הגוף אתינן עלה וכמ"ש בפ"ד.

פרק יד

בפ"ק דכתובות דף י"ג תנן ראוה מדברת עם אחד ואמרו לה מה טיבו של איש זה איש פלוני וכהן הוא ר' גמליאל ור' אליעזר אומרים נאמנת ור' יהושע אומר לא מפיה אנו חיין אלא הרי זו בחזקת בעולה לנתין ולממזר עד שתביא ראיה לדבריה, היתה מעוברת ואמרו לה מה טיבו של עובר זה מאיש פלוני וכהן הוא ר"ג ור"א אומרים נאמנת ורבי יהושע אומר לא מפיה אנו חיין אלא הרי זו בחזקת מעוברת לנתין ולממזר עד שתביא ראיה לדבריה.

ובגמרא מאי מדברת, זעירי אומר נסתרה ר"א אומר נבעלה כו', בשלמא לזעירי היינו דקתני תרתי מדברת ומעוברת, אלא לרב אסי תרתי ל"ל, חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בבתה כו', מיתיבי זו עדות שהאשה כשירה לה ור"י אומר אינה נאמנת, אמר להם ר' יהושע אי אתם מודים בשבויה שנשבית ויש לה עדים שנשבית והיא אומרת טהורה אני שאינה נאמנת, אמרו לו מה הפרש יש בין זו לזו, לזו יש עדים ולזו אין לה עדים, אמר להם אף לזו יש עדים שהרי כריסה בין שיניה, אמרו לו רוב נכרים פרוצים בעריות הם, אמר להם אין אפטרופוס לעריות כו', מאי קאמר להו ומאי קמהדרו ליה, הכי קאמרי ליה השבתנו על המעוברת מה תשיבנו על המדברת, אמר להם מדברת היינו שבויה, אמרו ליה שאני שבויה דרוב נכרים פרוצים בעריות הם, אמר להם הא נמי כיון דאסתתר אין אפטרופוס לעריות כו', ותיפוק ליה דהתם רוב פסולין אצלה והכא רוב כשרין אצלה, מסייע ליה לריב"ל דאמר ר' יהושע בן לוי לדברי המכשיר מכשיר אפילו ברוב פסולים לדברי הפוסל פוסל אפילו ברוב כשרים.

ובתוס' שם ד"ה השבתנו על המעוברת וז"ל, פירוש לדידן ניחא דאשה מזנה בודקת ומזנה ולא דמי לשבויה, אלא לדידך דלית לך האי סברא תינח מעוברת אבל מדברת מא"ל, אפילו לפי דבריך יש הפרש דלזו יש עדים ולזו אין עדים ואיכא מגו כו' ע"ש וקיי"ל הלכתא כר"ג דנאמנת אפילו ברוב פסולים, מיהו לכתחילה בעינן רוב כשרים.

וטעמא דר"ג מסיק בש"ס דף י"ד ע"ש, דפריך דר"ג אדר"ג ורבי יהושע אדרבי יהושע דאלמנת עיסה, ומסיק דר"ג אדר"ג לא קשיא התם ברי הכא שמא, דר"י אדר"י לא קשיא התם חד ספיקא הכא תרי ספיקא, הלכך לר"ג אלים ליה ברי דאפילו בחד ספיקא נמי

מכשיר, וקיל ליה שמא דאפילו בספק ספיקא נמי פסול, ולרבי יהושע אלים ליה חד ספיקא דאפילו בברי נמי פסול, וקיל ליה ספק ספיקא דאפילו בשמא נמי מכשיר.
וכתב הרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה (פ"טו מהל' איסורי ביאה ה"יד) וז"ל, פנויה שזינתה ואמרה בן זה בן פלוני הוא, אם אותו פלוני כשר הרי הבן כשר כו', ואם אותו פלוני ממזר אינה נאמנת להיות הבן ממזר ודאי על פיה כמו שביארנו אלא יהיה ספק ממזר עכ"ל וטעמא דנאמנת להכשיר ולא לפסול כתב הרב המגיד שם וז"ל, מפני שאין האשה נאמנת לפסול אלא האב בלבד, ואעפ"י שנאמנת להכשיר והיה נראה שכל שכן לפסול, ולא היא דלהכשיר דבר תורה אין אנו צריכין לה, דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר וספק ממזר מותר גמור לבא בקהל, אלא דרבנן גזרו עליו והאמינוהו בשל דבריהם, אבל לפסול כיון דמדאורייתא מותר לבא בקהל ואסור בממזרת ודאית, ואם היו מאמינים אותה ומתירין בממזרת ודאית היו מקילין בשל תורה, ולא נתנה תורה נאמנות אלא לאב כו', ואעפ"י שחיה נאמנת כל שלא קרא עליה ערער כנזכר בפרק זה, שאני הכא שאין אדם משים עצמו רשע, ועוד שהיא קרובה לו, וזהו שבגמרא לא אמרו בודקין את אמו אם אמרה לפסול נבעלתי, ולא הזכירו אלא האומרת לכשר נבעלתי עכ"ל.

פרק טו

ובית שמואל (סי' ד' ס"ק ל"ט) הקשה בדברי הרב המגיד במ"ש דלהכשיר האמינו משום דבלא עדותה ספק ממזר מותר מן התורה בישראלית, דהא קיימא לן הלכתא כר"ג ואפילו ברוב פסולים וכה"ג מן התורה אסור בישראלית, וכתב ליישב משום דאכתי אינו אלא ספק דאימר אזלא איהי לגבייהו והוה ליה קבוע וכמחצה על מחצה, ואף על גב דכתב הטור סימן ו מסתמא הלך הבועל אצלה, היינו לקולא דווקא עיין שם.
וקשה דאם כן הדרא קושיית הש"ס לדוכתיה, בהא דמקשה אדרבי יהושע דמדמה מעוברת לשבויה ותיפוק ליה דהתם רוב פסולים אצלה, ומסיק כרבי יהושע בן לוי דאמר מאן דמכשיר מכשיר אפילו ברוב פסולים, וכיוון דמספקא לן דילמא אזלא איהי לגבייהו אם כן לעולם ליכא רוב, וגבי שבויה רוב פסולים בודאי, וגם מאי שכתב הב"ש דהטור לא כתב מסתמא הבועל הלך אצלה אלא לקולא, לא נהירא וכמ"ש בשמעתא ד פרק ב.
ולכן נראה לעניות דעתי לפי מ"ש בשיטה מקובצת פרק קמא דמציעא דף ז גבי קפץ אחד מן המניין לתוכו דפטור מן המעשר דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, והקשו דהא כל דפריש מרובא פריש, ותירצו משום דכל דפריש מרובא פריש אינו ודאי והתורה אמרה עשירי ודאי ולא עשירי ספק ועיין שם, והיינו דאף על גב דאנו הולכים בתר דפריש מרובא פריש בין להקל ובין להחמיר, אינו אלא מצד הלכה אבל אינו ודאי,

ואינו מסברא לומר דפריש יותר מרובא ויכול להיות דפריש מן המיעוט כמו מן הרוב, ומשום הכי בעשירי ודאי ולא עשירי ספק כיון דמצד עצמו ספק שקול אלא דהתורה התירה משום דכל דפריש מרובא פריש, אבל מידי ספיקא לא נפקא והתורה אמרה עשירי ודאי, ואם כן הוא הדין בממזר דהתורה אמרה ממזר ודאי ולא ממזר ספק, אם כן אפילו היכא דפריש נמי לא נפיק מכלל ספיקא ומותר מן התורה לבוא בקהל, ואפילו ברוב פסולים וידעינן שפירש ודוק.

והא דכתבנו בשמעתא א פרק א דגם בממזר ספק היכא דאיכא רובא או חזקה הוי ליה ממזר ודאי, ולאפוקי ממ"ש הפני יהושע בחידושיו ועיין שם, היינו רובא דליתיה קמן וכמו הך רובא שאמרו דלמא לאו אביו שמע מינה דאזלינן בתר רובא, הוי ליה רוב הבא מן הסברא דרוב הוא כן שהוא אביו, אבל גבי פריש מרובא אינו רוב דתליא בסברא, ואדרבה מסברא יכול להיות דפריש מן המועט כמו ממרובה וכדמוכח מדברי שיטה מקובצת בעשירי ודאי, אבל היכא דלא כתיב בתורה למעט ספק, אזלינן בתר רובא בפירש מצד גזירת הכתוב הלכה למשה מסיני לילך בתר פריש מרובא פריש.

ובזה ניחא ליישב מה שהקשו הרשב"א והר"ן בהא דכתב הרמב"ם כל הספיקות מותר מן התורה, מהא דאמרינן פרק עשרה יוחסין (קידושין דף עד), אמר רבא דבר תורה שתוקי מותר בישראלית מאי טעמא רוב כשרים, מאי אמרת דלמא אזלה איהי לגבייהו והוי ליה קבוע, ממזר ודאי אמר רחמנא ולא ממזר ספק ומאי טעמא אסרוה, ולמה לי קרא הא כל הספיקות מדרבנן אסור.

ולפי מ"ש דבממזר אפילו היכא דאיכא רוב פסולין ופירש, דבכל איסורין שבתורה אמרינן מצד הלכה כל דפריש מרובא פריש ואילו בממזר מותר, אם כן גם חכמים לא היה להם לאסור כיון דאפילו מאי דודאי לנו מצד הלכה בממזר מותר וכמ"ש, והא דאמרו דבר תורה שתוקי כשר מאי טעמא רוב כשרים, ולפי מ"ש לא אמרו כלל בממזר כל דפריש מרובא פריש, היינו כמה דלא אסיק אדעתין מהך דממזר ודאי ולא ממזר ספק ואם כן הוי כמו בשאר איסורי תורה דמצד הלכה אזלינן בתר פירש מרובא, אבל בתר דמסיק משום ממזר ודאי ולא ממזר ספק אם כן אפילו היכא דפריש מרובא נמי לא נפיק מכלל ספיקא.

וניחא בזה ליישב מה שהקשה הפני יהושע בחידושיו פרק עשרה יוחסין בהא דסבירא ליה לרבי אליעזר גבי שתוקי ספיקן בודאן מותר דהא שתוקי רוב כשרין אצלה, ואם כן היכי מותר שתוקי בממזרת ודאית כיון דהוא ישראל גמור דכל דפריש מרובא פריש

ועיין שם ולפמ"ש כיון דרבי אליעזר סבירא ליה קהל ודאי ולא קהל ספק אם כן אפילו ברוב כשרים ופירש הוי ליה קהל ספק וכמו בעשירי ספק ודוק.
והפני יהושע בחידושיו שם כתב ליישב גם כן משום דבממזר לא אזלינן בתר רובא ומשום דקמי שמייא גליא ולא הוי קהל ה' בודאי עיין שם, ולפמ"ש אם הוא רובא דליתא קמן וכמו בהך דלמא לאו אביו, הוא רובא דתליא בסברא, אבל בהך רוב דכל דפריש מרובא פריש זה הוא רוב דלא תלייא בסברא אלא דהתורה ציוותה כן, אבל מידי ספק לא יצא, ורוב כשרין דאמרו בשתוקי היינו מקמי דמסיק ממזר ודאי ולא ממזר ספק ולא גרע משאר איסורין מותר עכ"פ ברוב כשרין וכמ"ש, ובתר דמסיק ממזר ודאי ולא ממזר ספק, אם כן הספק בקהל ודאי ולא קהל ספק לא מהני רוב כשרין או רוב פסולין לומר כל דפריש, דאכתי הוי ליה ספק וכמו בעשירי ודאי ולא עשירי ספק ודוק.
ובמה שכתב הרב המגיד ואף על פי שחיה נאמנת כו', שאני הכא שאין אדם משים עצמו רשע, איכא למידק דהא כיון דלדעת הרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה בכל חייבי לאוין בעל ולא קידש אינו לוקה, ועיין שם שכתב הרב המגיד שאינו לוקה משום ממזרות אבל לוקה משום פנויה עיין שם, ואם כן האיסור אינו חמור יותר בחייבי לאוין משאר פנויה, וא"כ בין לכשר בין לפסול היכא דלא קידש אינו אלא משום לא תהיה קדשה, וכיון דכריסה בין שיניה וידוע שנבעלה ואמרה לפסול, היכי שייך בזה טעמא דאין אדם משים עצמו רשע כיון דליכא איסור יותר בפסול מבכשר.
ובנימוקי יוסף סוף פרק אלמנה לכהן גדול כתב נמי בפנויה שילדה דאין לה נאמנות אלא שנבעלה לכשר לה משום דמסייע לה חזקה דגופה, וכן בארוסה שעיברה נמי אין הולד ממזר ודאי על פיה שלא האמינתו לפסול אלא להכשיר דמסייע ליה חזקה דגופה עיין שם, ונראה דאין הכוונה חזקה דגופה חזקת כשרות וצדקת דלכשר נבעלה, דבפנויה שילדה, כשר ופסול שווין הן באיסורין לשיטת הרמב"ם דבחייבי לאוין בעל ולא קידש אינו לוקה וכמ"ש, אלא חזקה דגופה היינו חזקת היתר דידה, ומסייע לה נמי לבתה, דחזקת האם מועילה לבת וכמו שכתב הר"ן סוף פרק המדיר עיין שם.

פרק טז

אמנם מ"ש הרב המגיד דלא האמינו אותה אלא להכשיר, דבלא עדותה ספק ממזר מותר מן התורה, קשה טובא דתינח לולדה, ובש"ס אוקי לה רישא להכשיר בה סיפא להכשיר בתה ומכשיר ר"ג בה לכהונה וספק זה אסור מן התורה לשיטת רוב הפוסקים, דספק אסור מן התורה בשאר איסורין, וגם לפי מ"ש בית שמואל דברוב פסולים נמי הו"ל ספק ממזר ומשום דלמא אזלא איהי לגבייהו, ותינח מעוברת אבל מדברת דמוקי רב אשי

דהיינו נבעלה וראינו דאזל הבועל לגבה וברוב פסולים דבזה הו"ל רוב ודאי, שוב ראיתי שעמד בזה בס' בית מאיר יע"ש.

והנה גם בשיטת התוס' שכתבו בטעמא דנאמנת אפילו ברוב פסולים ולומר לכשר נגד הרוב, ואילו בשבויה כיון דרוב פרוצים אינה נאמנת נגד הרוב, וכתבו משום חזקה דאשה בודקת ומזנה, וכתב בחידושי הרא"ה הא דלא חיישינן שנאנסה ותו לא שייך הך חזקה דבודקת ומזנה, היינו משום דסתם ביאה הוא ברצון, וכ"כ בשיטה מקובצת ע"ש, וקשה לפמ"ש תוס' בפ"ק דכתובות דף מ' ד"ה ואבע"א באשת ישראל דקיבל בה אביה קידושין פחות מבת שלש וז"ל, וא"ת ונוקמה בחזקת היתר לבעלה, וי"ל דאונסא קלא אית לה כדאמרינן בירושלמי אונסא יש לו קול והשתא דליכא קול הו"ל רצון רובא ומיעוט אונס ורובא וחזקה רובא עדיף, וא"ת א"כ בספק ספיקא נמי תיאסר, דספק אונס כמאן דליתיה וכו', ואומר ר"י דהא רובא דברצון אינו רוב גמור אלא הוי מדרבנן, והלכך במקום ס"ס שרי ובמקום חד ספיקא חשבי רבנן רצון לגבי אונס רובא עכ"ל וע"ש, וא"כ היכי סמכינן בהך חזקה דבודקת ומזנה וסתמא ברצון, כיון דהך רובא דברצון אינו אלא מדרבנן ולא מהני דבריהם אלא להחמיר ולא להקל, וא"כ היכי מקילין ע"י הך רובא דברצון, ולהכשיר הולד מצינו למימר כיון דבלא עדותה מותר מן התורה וכמ"ש בפט"ו דאפי' ברוב פסולים מותר מן התורה, ואינו אלא מדרבנן והם אמרו רובא ברצון וסמכו על הך חזקה דבודקת ומזנה בדבריהם וכמ"ש, אבל בהכשירא דבה דסמכינן על הך חזקה דבודקת ומזנה, כיון דלהכשירה לכהונה הוי איסורי תורה והיכי סמכינן על הך חזקה דבודקת ומזנה כיון דרצון לאו רוב מן התורה, וא"כ אימר באונס וליכא חזקה דבודקת ומזנה.

ונראה ליישב דבשבויה רוב פרוצות אינה נאמנת נגד הרוב, וברוב פסולים כיון דמידי ספיקא לא נפקא דאימר ברצון ובודקת ומזנה, ובספק שקול מהני טענת ברי דידה ודוק, וניחא בזה ליישב הא דאמרו בש"ס הלכך לר"ג אלים ליה ברי דאפילו בחד ספיקא נמי מכשיר, והו"ל למימר דאלים ליה ברי דמכשיר אפילו ברוב פסולים, ואלים ברי אפילו נגד רובא, ועוד כיון דטעמא דר"ג משום בודקת ומזנה היכי קאמר אלים ליה ברי, כיון דעיקר טעמא דידיה משום חזקה דבודקת ומזנה, ולפמ"ש ניחא דמשום בודקת ומזנה לא נפיק מידי ספיקא דאימר באונס דרובא ברצון לאו מן התורה הוא, אלא דבספק שקול מהני ברי דידה, ומש"ה אמרו אלים ליה ברי דאפילו בחד ספיקא נמי מכשיר, וגבי רוב פסולים נמי אינו אלא ספיקא כיון דחזקת בודקת ומזנה הו"ל ספק אימר ברצון ובודקת ומזנה מהני אפילו ברוב פסולים.

ועוד נראה לענ"ד דהך חזקה בודקת ומזנה אינו עושה אלא מחצה, דליהוי רוב פסולים כמחצה על מחצה ע"י חזקה הנ"ל, ומשום הך חזקה דאינה מוסרת עצמה לפסול לה הוי ליה מיעוט כשרים כמחצה על מחצה, ומצאתי סיוע לזה מדברי הרשב"א בחידושיו פ' עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ג) וז"ל, מכלל שמועה זו נראה שלא אמרו ממזר ודאי אמרה תורה ולא ספק אלא כשמחצה מיהא כשרים דכל כי האי הוא דהוי ספק, אבל היכא דהוי רוב פסולים כממזר ודאי משוי ליה דרובא דאורייתא, אלא א"כ בדקו את אמו ואמרה לכשר נבעלתי כר"ג ור"א ואבא שאול, וארוסה שעיברה שהולד שתוקי אע"ג דרוב פסולים, שאני ארוסה דתלינן בארוס והוי כמחצה על מחצה עכ"ל, ובארוס הו"ל היתר גמור לדידה, ואפ"ה נגד רוב פסולים אינו אלא כמחצה, מכ"ש מיעוט כשרים דלאו היתר גמור הוא כמו ארוס דאינו אלא כמחצה על מחצה.

ובפ"ק דכתובות דף י"ג בהאי עובדא דארוס דאמרה מיניה ואמרו הלכה כר"ג, ופריך והא אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כר"ג ואת לא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרין והכא רוב פסולין אצלה ע"ש, והרי מדמה בש"ס ארוס להאי דרוב פסולין, וכיון דגבי ארוס אינו אלא כמחצה נגד רובא דעלמא, ומשום דארוס היתירא וכמ"ש הרשב"א, וה"ה ברוב פסולים ע"י חזקה דבודקת ומזנה ואינה מוסרת עצמה לפסולים הו"ל כמחצה, ומש"ה פריך כיון דברוב פסולים לא עבדינן כר"ג, אע"ג דע"י חזקה בודקת ומזנה הו"ל כמחצה והו"ל ספק שקול ולא שרי עד דאיכא רוב כשרין, וא"כ בארוס נמי דהו"ל כמחצה לא עבדינן עובדא, ומסיק משום דהו"ל כדיעבד, וכיון דע"י חזקה בודקת ומזנה אינו אלא כמחצה והו"ל ספק השקול נגד רוב פסולים, מש"ה אמרו בש"ס לר"ג אלים ליה ברי דאפילו בחד ספיקא נמי מכשיר, דע"י חזקה דבודקת הו"ל ספיקא, ואם אינה טוענת ברי וכגון שאינה לפנינו, אפילו ברוב פסולים לא הוי אלא ספק ומשום דע"י חזקה דבודקת הו"ל ספק שקול והו"ל מחצה על מחצה ודוק.

אמנם מדברי הרשב"א בחידושיו שכתב וז"ל, אבל היכא דרוב פסולים כממזר ודאי משוי ליה דרובא דאורייתא אלא א"כ בדקו את אמו, ע"ש פ' עשרה יוחסין בחידושיו, וכיון דס"ל דהיכא דלא בדקו את אמו הו"ל ממזר ודאי ומן התורה אסור בישראלית, ע"כ צ"ל דלא ס"ל כסברת התוס' דחזקה בודקת, דאי נימא הך חזקה, א"כ אפילו לא נבדקה אמו מידי ספיקא לא נפקא וכמ"ש, וגם ס"ל להרשב"א דאפילו לא נודע אי אזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע נמי הוי ממזר ודאי ומשום דמשוי ליה ברוב פסולים לספק ספיקא, ספק דלמא אזלו אינהו לגבה והו"ל כל דפריש מרובא פריש, ואת"ל אזלא איהי לגבייהו

שמא לפסול נבעלה, וכה"ג נמי ברוב כשרין ס"ל להרשב"א והריטב"א דהו"ל ס"ס ע"ש פ' עשרה יוחסין בדבריהם דף ע"ד.

ולפי דברי הרשב"א דהיכא דלא נבדקה אימו ברוב פסולים הו"ל ממזר ודאי, וא"כ צ"ל דלית ליה הך חזקה דבודקת ומזנה וכמ"ש, ומהני בדיקת אמו אפילו נגד רוב ממש, וא"כ מאי שנא גבי שבויה דאינה נאמנת משום דרוב פרוצים בעריות, ומאי שנא האי רובא מהאי רובא, וא"כ מאי תירץ לר"ג מ"ש מעוברת משבויה, ובתוס' מש"ה מחלקין ברוב פסולים משום דחזקה בודקת, ולהרשב"א דלית ליה הך חזקה א"כ מ"ש משבויה דלא נאמין לברי דידה וברוב פסולים נאמין לברי דידה.

ואפשר לחלק בין הך דרוב פסולין, דכל דפריש כו' דאינו רוב דתליא בסברא, אלא דהתורה אמרה לילך בתר רובא ולומר כל דפריש מרובא פריש, ויכול להיות דפירש מן המועט כמו מן המרובה, משא"כ שבויה דרוב נכרים פרוצים, הו"ל רוב על כל נכרי ונכרי, והו"ל רובא דתליא בסברא ובהכרח שנבעלה, לא מהימנא לומר לא נבעלה כיון דידעינן שנבעלה בהכרח ובסברא, וכיוצא בזה מבואר אצלינו בשמעתא ו' פ"ז.

שוב ראיתי בשיטה מקובצת ספ"ק דכתובות דף י"ד דפריך אמתניתין דתינוקת שנאנסה אם רוב משיאין לכהונה תנשא לכהונה, ופריך עלה מני אי ר"ג אפילו ברוב פסולים, וכתב שם (וז"ל) הרשב"א [וז"ל], איכא למידק דלמא ר"ג עד כאן לא אכשר ברוב פסולים אלא במזנה מרצונה דאיכא למימר בדקה וזינתה, אבל הכא נאנסה דהו"ל כשבויה דאינה נאמנת מפני שיכול לבא עליה בעל כרחה, וי"ל דשאני הכא כיון דידעינן לה שנאנסה ולא כסיפא לה מלתא לאודויי דנבעלה, כי קאמרה לכשר נבעלתי נאמנת דאינה עשויה לקלקל זרעה, משא"כ בשבויה דכיון דלא נודע שבא עליה, ודאי כי אמרה לא נבעלתי כלל לא מהימנא דכסיפא לה למימר, וע"י כך לא חיישא לקלקול זרעה עכ"ל, ונראה מדברי הרשב"א דלא אתינן עלה משום בודקת ומזנה, אלא משום דחיישת לקלקול זרעה כיון דידוע שנבעלה, ובשבויה כיון דאין ידוע אם נבעלה כסיפא לה למימר נבעלה ולא חיישא לקלקול זרעה.

אמנם יש מקום עיון מהא דאמרו בש"ס פרק האשה רבה (יבמות דף צ"ד) איצטריך סד"א הואיל ואמר ר' עקיבא יש ממזר מחייבי לאוין אימא חיישא לקלקולא דזרעא ודייקא, קמ"ל דלקלקולא דידה חיישא לקלקולא דזרעה לא חיישא ע"ש, ומשמע דלא חיישא לקלקולא דזרעה, וע"ש בפירש"י דלא גרס הך גירסא אבל פשיטא ליה לרש"י שם דלא חיישא לקלקול זרעה, דתני אינה נאמנת לומר מתה אחותה שתכנוס לביתו ע"ש, והרשב"א שכתב משום קלקול זרעה נאמנת להנשא לכהן ולא נקט משום קלקול דידה,

אפשר כיון דמכשיר בה מכשיר בבתה ולהכי קאמר משום קלקול זרעה, ובש"ס הנזכר מוכח דלא חיישא רק אקלקולא דידה שלא תצא מזה ומזה, אבל לזרעה לא חיישא וצ"ע.

פרק יז

הדרן לדברי הרב המגיד במה שכתב דנאמנת להכשיר משום דמן התורה בלא עדותה הו"ל ספק ממזר ומותר מן התורה, וקשיא לן תינח בבתה בה מאי איכא למימר, דאם נבעלה לפסול לה אסורה לכהן מן התורה, וספק מן התורה לחומרא ע"ש מ"ש בפט"ז ובחידושי פני יהושע פ' עשרה יוחסין כתב דלשיטת תוס' שכתבו בטעמא דר"ג דנאמנת הוא משום חזקה דבודקת ומזנה, א"כ יש לחלק בין להכשיר או לפסול, דלהכשיר מסייע לה בודקת ומזנה משא"כ לפסול ע"ש.

ולפי מ"ש דגם ע"י חזקת בודקת ומזנה מידי ספיקא לא נפקא, או שמא אונס, או משום חזקת בודקת אינו אלא כמחצה על מחצה, וכמבואר לעיל פט"ו ע"ש, וא"כ מוכח דאלים לר"ג ברי בחד ספיקא, וא"כ באומרת לפסול נבעלה ואיכא רוב פסולים, נהי דע"י חזקה דבודקת הוי ליה ספק שקול, הא לר"ג מהימנא בברי בספק השקול, וא"כ גם לשיטת התוס' צריכין אנו לחלק בהא דנאמנת לכשר אפילו ברוב פסולים ואינה נאמנת לומר לפסול לה.

ולכן נראה לענ"ד ודאי טעמא דר"ג אמרו בש"ס משום דאלים ליה ברי וס"ל לר"ג ברי ושמא ברי עדיף, והיינו כיון דאנן לא ידעינן ואיהי אמרה ברי הו"ל ברי ושמא, אלא דטענת ברי לא מהני אלא לבעל דבר עצמו, וכדאיתא פרק המדיר (כתובות דף ע"ה) רישא מנה לאבא בידך סיפא מנה לי בידך ע"ש, ואינו מועיל טענת ברי שלה לגבי אביה, ואע"ג דהספק מומין הוא בה, מכל מקום כשאין הכתובה לעצמה אלא לאביה לא מהני טענת ברי דידה לאביה, וא"כ להכשיר עצמה לכהונה מהני טענת ברי דידה, אבל לולדה לא מהני ברי דידה.

ולזה צריך לומר הא דנאמנת להכשיר בתה לאו משום דאלים ברי דידה, כיון דברי לא מהני אלא לדידה שהיא בעל דבר ולא לולדה, וא"כ לולדה אינו משום ברי ושמא, אלא כמ"ש הרב המגיד משום דבלא עדותה מותר מן התורה, ואפילו ברוב פסולים אינו אלא ספק לפמ"ש הב"ש, דאימר אזלא איהי לגבייהו והו"ל קבוע, או לפי מ"ש פט"ו דאפילו פירש נמי מותר מן התורה דהו"ל ממזר ספק וכמו בעשירי ספק ע"ש, או משום חזקה דבודקת ומזנה הו"ל כמחצה על מחצה, וכמ"ש פט"ז ע"ש, אבל לפסול את הולד אינה נאמנת, אבל הא דנאמנת על עצמה להכשיר עצמה לכהונה וספיקא דידה אסור מן התורה מהני לה ברי ושמא, אבל לולדה לאו משום ברי ושמא אתינן עלה דברי דידה לאו

מהני אלא לעצמה, ולולדה אינו אלא משום דספק ממזר מן התורה מותר ובלא עדותה מותר מן התורה וכמ"ש הרב המגיד.

וראיה לדברינו דטענת ברי דידה לא מהני לולדה, ממ"ש הריב"ש בסי' מ"א באחת שתבעה את שמעון איך הרתה משמעון ותבעה אותו שכר הנקה ומזונות להולד ושמעון אומר להד"מ, והעלה דשמעון פטור משבועת היסת, לפי שזה זכות העובר לאחר שיולד ולא זכות האשה ואין טענת ברי של האשה מועיל כלום לזכות הולד, וטענת הולד אינו אלא ספק ואין נשבעין על טענת ספק ע"ש ולפ"ז הכשירא דידה היינו משום טענת ברי ואלים ליה ברי, אבל הכשירא דבתה אינו משום טענת ברי דידה, דאינו מועיל כלום טענת ברי דידה לולדה אלא משום דבלא עדותה כשר מן התורה, וכמ"ש הרב המגיד דולדה ספק ממזר מותר מן התורה.

וכן נראה ראיה ממ"ש בנימוקי יוסף ס"פ אלמנה לכ"ג בעובדא דארוס, דהיא אמרה מיניה ע"ש, היכא דאיהי אמרה מיניה והארוס מכחישה דהולד ממזר ודאי משום דאב נאמן לומר בני זה ממזר, אבל אינו נאמן לפוסלה מן הכהונה כיון שטוענת ברי ע"ש, וכן פסק בשו"ע אה"ע סי' ד', ועיקר טעמא דר"ג דנאמנת משום דאלים ליה ברי, והרי הארוס מכחישה וטוען ג"כ ברי והו"ל ברי וברי, אלא ע"כ כמ"ש דברי לא מהני אלא לבעל דבר ומשו"ה איהי לעצמה מהני לה ברי דידה, וארוס דטוען ברי הו"ל ברי דאחר ולאו כלום הוא, וה"נ טענת ברי של האשה שהיא בע"ד עצמה לא מהני נגד הולד וכאחר דמיא.

ויתיישב בזה הא דאמרו שם בסוגיא דף י"ג [א] חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בבתה, וכתבו תוס' דרישא להודיעך כחו דרבי יהושע וסיפא כחו דר"ג, ודקדק הריטב"א בחידושיו דא"כ לא הוי ליה למימר חדא להכשיר בה, אלא הל"ל חדא לפסול בה אליבא דר' יהושע ע"ש, ולפמ"ש בטעמא דר"ג הכשירא דבה אינו מטעם הכשר בתה, דהכשירא דבתה הוא משום דבלא עדותה כשר מן התורה וכמ"ש הרב המגיד, אבל משום ברי לא מהני לולד, והכשירא דבה דספיקא מן התורה אסור כשאר איסורין שבתורה, דבממזר הוא דאמר רחמנא ממזר ודאי וא"כ הכשירא דבה מטעם אחר הוא, והוא משום דאלים ליה ברי, וא"כ צריכא חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בתה.

והא דהקשה הב"ש על דברי הרב המגיד, דהא כי היכי דספק ממזר מותר מן התורה לישראלית ה"נ מותר בממזרת דהו"ל קהל ספק, היטיב אשר דיבר בזה בס' בית מאיר, והוא דס"ל להרב המגיד כשיטת הריטב"א פרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ג) דרבא לית ליה הך דרשא דקהל ספק יבא אלא הך דרשא דממזר ודאי, ומש"ה ספק ממזר מותר מן התורה בישראלית ואסור בממזרת, וא"ש דאינה נאמנת אלא להכשיר ולדה

ולא לפסול ע"ש אלא דאכתי אינו עולה לשיטת הרמב"ם דכל הספיקות בכל איסורין מדבריהם, וא"כ נהי דליה ליה הך דרשא דקהל ודאי, לא גרע משאר איסורין דספק מותר מן התורה.

ונראה כיון דבאיקבע איסורא ודאי אסור מן התורה בשאר איסורין, והוא אשם תלוי דמייתי בחתיכה משתי חתיכות, ובספק ממזר אפילו איקבע איסורא נמי מותר מן התורה, וכמ"ש בשמעתא א' פ"ב ע"ש, וכיון דרוב פסולים מידי ספיקא לא נפקא, דנהי דאזלא איהי לגבייהו והו"ל קבוע עכ"פ איקבע איסורא מיקרי, כיון דהפסולים לפנינו והכשרים ג"כ לפנינו הוי ליה איקבע איסורא, ובממזר ודאי ולא ממזר ספק מותר מן התורה, אבל בקהל ספק אסור מן התורה כמו בשאר איסורין, ואיקבע איסורא אסור מן התורה, וכן באיסורא דבה לכהן נמי אסור מן התורה כמו בשאר איסורין והו"ל איקבע איסורא וכמ"ש.

אך קשה לפ"ז הא דאמרו בש"ס בהא דאמר רבי אלעזר מאן דמכשיר בה פוסל בבתה, מ"ט דר"א בשלמא איהי אית לה חזקת כשרות אבל בתה לית לה חזקת כשרות, והו"ל למימר איהי טענה ברי בתה אינה טוענת ברי כיון דברי דידה לא מהני לבתה, ונראה כיון דמאן דפוסל בבתה פוסל אפילו ברוב כשרים, ולדעת בעה"מ פ"ק דכתובות ברוב כשרים אפילו לא בדקו אימיה נמי כשר לר"ג ע"ש, וא"כ תו ליכא למימר משום דאינה טוענת ברי, דאם כן ברוב כשרים דא"צ ברי מ"ט דפוסל בבתה טפי מדידה כיון דאיהי נמי א"צ טענת ברי, לזה קאמר איהי אית לה חזקת כשרות ולדעת הרמב"ם פי"ח מאיסורי ביאה (פ"יח מהל' איסורי ביאה) דבחד רוב כשרין צריכין טענת ברי עד דאיכא תרי רובי, כבר כתב שם בכסף משנה דלדידיה הא דאמרינן לא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרים, היינו תרי רובי ע"ש, וא"כ למאן דפוסל בבתה היינו נמי אפילו ברוב כשרין, ורוב כשרין היינו תרי רובי דודאי א"צ ברי, מש"ה קאמר איהי אית לה חזקת כשרות.

פרק יח

בתשובת רמ"א סי' י"ח הקשה בהא דלא כתב הרמב"ם בהלכותיו הכשירא דבתה לכהונה, כיון דאנן קיי"ל כר' יוחנן לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה וע"ש.

לפי מה שנתבאר בדברינו לעיל, א"כ טענת ברי דאמה לא מהני כלל לבתה, והכשירא דבתה אינו אלא משום דבלא עדותה כשר מן התורה ומשום דספק ממזר מותר וכמ"ש לעיל בשם הרב המגיד, וא"כ אינו אלא לפסולי קהל ונאמנת האם להכשיר הבת לקהל ישראל, אבל אינה נאמנת להכשיר לקהל כהונה, ודוקא ספק ממזר מותר מדאורייתא בקהל ישראל דכתיב ממזר ודאי ולא ממזר ספק, אבל לכהונה הרי הוא כשאר איסורי

תורה ואסור מן התורה כיון דאיקבע איסורא, וכמ"ש בפי"ז דהפסולים לפנינו, ואפילו ברוב כשרים כיון דלשיטת הרמב"ם פי"ח מהלכות איסורי ביאה (פ"יח מהל' איסורי ביאה) חד רוב לא מהני ומשום גזירה דקבוע, וגבי קבוע הו"ל איסור תורה וגזרו רוב אטו קבוע, וא"כ הכשירא דבת אינו אלא לקהל, אבל לכהונה לא עד דאיכא תרי רובי.

ובש"ס דאמרו מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה מיירי בהכשר דקהל ישראל, וכיון דבש"ס לא מיירי אלא לקהל ישראל, וכבר הביא הרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה דהולד כשר עפ"י בדיקת האם ברוב פסולים, ואע"ג דרש"י מפרש להכשיר בתה לכהונה, אכן מדברי הרב המגיד שכתב דבלא עדותה כשר מן התורה, נראה דמפרש לקהל ישראל, וכן משמע בפרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ה) גבי אבא שאול שהיה קורא לשתוקי בדוקי, ופריך הא תניא ר"ג ור"א אומרים נאמנת ומאן דמכשיר בה מכשיר בבתה וע"ש, ואבא שאול מיירי מפסולי קהל דבפרק עשרה יוחסין מתני לה לקהל ישראל, וא"כ הך דמכשיר בבתה נמי לקהל ישראל, ואע"ג דבתרי רובא מהני לבתה אפילו לכהונה דלא בעינן טענת ברי בתרי רובא כיון דבש"ס מיירי נמי ברוב פסולים, וא"כ ע"כ אינו אלא משום דבלא עדותה כשר מן התורה ומשום דספק מותר מן התורה בספק ממזר, והרמב"ם לא מייתי רק מה שנאמר בש"ס.

ורש"י דמפרש להכשיר בתה לכהונה ולא מפרש לקהל ישראל, כתב בשיטה מקובצת משום דאי לקהל ישראל הו"ל למימר מאן דמכשיר בה מכשיר בזרעה ע"ש ומדברי הרב המגיד דמפרש לקהל ישראל וכמ"ש, היינו לרבותא דאע"ג דבבתה כיון דפסולה לכהונה מחשש נתין וממזר אימא ס"ד דמהאי טעמא נמי תיפסל לקהל ישראל, דלא יתכן דבחשש אחד יוכשר לזה ולא לזה, וכהאי גוונא כתב בתבואת שור בטריפה שנתערבה בין הכשרות וחציה פירש, דאפילו אותה שפירש אסורה, כיון דחציה שנשאר בחנות אסורה א"כ חציה שפירש נמי אסור דלא ליהוי מילי דרבנן כחוכא ע"ש, וא"כ ה"נ אע"ג דבת פסולה לכהונה מחשש נתין וממזר ואפ"ה לקהל ישראל שריא, וכן במשנתינו אמר ר' יהושע הרי זו בחזקת בעולה לנתין וממזר, משמע דמיירי לקהל ישראל, ומשום הכי הרמב"ם בהלכותיו לא הביא הכשר הבת לכהונה אלא לקהל ישראל, וכבר הביאו הרמב"ם בהלכותיו הכשר הבת לקהל ישראל בפט"ו מאיסורי ביאה (פ"טו מהל' איסורי ביאה).

פרק יט

ובנימוקי יוסף סוף פרק אלמנה לכ"ג כתב בארוסה שנתעברה אין הולד ממזר על פיה, שלא האמינוה לפסול אלא להכשיר דמסייע לה חזקה דגופה ע"ש, והיינו חזקת כשרות

דלכשר נבעלה, ובס' בית מאיר הקשה מהא דכתב הרמב"ם (פט"ו מהל' איסורי ביאה הי"ט) דאם היא אומרת מכותי נתעברתי דנאמנת, והרי אם נבעלה לכותי או לישראל חומר האיסור שוה, וגם נפסלה לכהונה בנבעלה לנכרי או לישראל, כיון דמיירי שם הרמב"ם באשת איש, ומאי חזקה דגופה ישנו באשת איש בין נבעלה לישראל או לכותי, וכן פסק בשו"ע אה"ע סי' ד' דבאשת איש נאמנת לומר מכותי נתעברתי להכשיר הולד, ואמאי הא בזו שהיא אשת איש ליכא שום חזקה דכשרות לומר שנבעלה לנכרי יותר מישראל ע"ש.

אמנם לפענ"ד נראה דלהכשיר הולד לקהל איכא חזקה דכשרות לולד עצמו, לפמ"ש בשיטה מקובצת ר"פ אלו נערות במתני' דתנן הבא על הכותית וז"ל, הקשו בתוס' לרבא דאמר בפרק עשרה יוחסין דפסול כותי משום דעבד ושפחה נטמעו בהם, אמאי יש להם קנס נימא לה אייתי ראיה דלאו שפחה את ושקילי כו', אבל הרא"ש ז"ל כתב וז"ל, וי"ל משום דכל חדא וחדא מוקמינן אחזקת אביה, דשפחה שנתערבה בהם לכותי נשאת מוקמינן לה בחזקת אביה, וכן עבד שנתערב בהם נשא כותית מוקמינן לה אחזקת אימה, אעפ"י שפסלוה לרבא משום איסור שפחה, לענין קנס לא מחזיקינן לה בשפחה כדי שלא יהא חוטא נשכר עכ"ל, וא"כ נראה דה"ה בספק ממזר מוקמינן לה בחזקת אימה דכשרה היא לקהל וה"ה ולדה.

והך חזקה דאבוה נראה מוכח מהא דאמרינן בפ"ב דכתובות דף כ"ו שם ואתא עד אחד ואחתינן כו', אנן אחתינן ואנן אסקינן ליה, וכתב רש"י ז"ל ואי קשיא תרי ותרי נינהו אוקי תרי להדי תרי ואוקי אחזקה קמייתא דאסקינן על פי עד ראשון שהיה נאמן ע"ש והרמב"ן כתב עלה וז"ל משמע מכלל דבריו דחזקת אבהתא לאו חזקה היא לגבי דידיה, כיון דסהדי לא מסהדי אאבוה ועל חזקתיה אלא עליו הוא דמסהדי כו', ולא אתחוורא לי האי סברא, דכיון דהאי חזקה באה מכח עדות של עדים אלו הרי היא כעדות ואין כאן חזקה כו', ולדברי רש"י ז"ל איכא למימר דחזקה דאבוה ודאי מהני ליה לאצטרופי גבי סהדא ע"ש ובחידושי הרא"ה כתב דעיקר חזקה דמוקי להאי אחזקתיה דמוחזק לן באבוה דהאי דכהן הוא, וכ"כ בחידושי הרשב"א ז"ל דחזקה דמוקי להאי אחזקתיה היינו בחזקת אבוה ולא חזקה דעדים, דחזקה הבאה מחמת גופא של עדות לאו חזקה היא ע"ש, וא"כ ה"ה לענין ספק ממזר מוקמינן לולד בחזקת אימה שכשרה לקהל, דמה לי חזקת אבוה או חזקה דאימה, וכיון דמסייע לה חזקת כשרות והיינו חזקה דאימה, משום הכי מהימנא לומר מכותי נתעברתי כדי להכשיר הולד, דכותי הבא על ישראלית הולד כשר.

ובחידושי פני יהושע ראיתי שכתב בפרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ג) שם חד למשרי ממזר בשתוקי וחד למשרי שתוקי בישראל וז"ל, לכאורה נראה דלאו דוקא שתוקי נקט כו', אלא דעיקר קרא לשאר ספיקי ממזרים אתא, וכגון באשה שנתקדשה ספק קידושין או ספק גירושין וזינתה וילדה הולד ספק ממזר כו', כך הוא נראה לכאורה. אלא דלאחר העיון היטב, ואחר שדקדקתי בלשון הרשב"א והריטב"א ז"ל שהקשו קרא למה לי והא הוי ספק ספיקא דלמא אזלו הנך לגבה והו"ל כל דפריש מרובא פריש, ואת"ל אזלא איהי לגבייהו שמא לכשר נבעלה, משמע לכאורה דפשיטא להו דעיקר קרא דספק ממזר דהיינו דוקא בשתוקי, ויש לי ליתן טעם בדבר, דבכל הנך שכתבתי איכא לאוקמי אחזקתיה ואחזקה דאבהתיה שאביו של הספק מוחזק בכשרות, משא"כ בשתוקי דלית ליה חזקה דאבהתיה כלל דלא ידעינן אבוהי מני, ואפשר דאבוה גופיה ממזר עכ"ל.

והרי עמד בחזקה דאבוה לענין ספק ממזר, אלא שסובר דוקא חזקה דאבוה, וכבר כתב השיטה מקובצת החזקה גם לאימה, וכמו דאמרינן חזקה דאבוה כמו כן אמרינן אוקי בחזקה דאימה, ולפ"ז כיון דמהני לולד חזקה דאבהתיה וגם חזקה דאימא, א"כ קשה טובא הא דאכשר רחמנא ספק ממזר משום דממזר ודאי אמר רחמנא ולא ממזר ספק, קרא למה לי תיפוק ליה דספק מותר לישא ישראל, דהא מוקמינן לה בחזקה דאימא שהיא כשרה לקהל.

ואפשר לומר כגון באשה שנתגרשה ספק גירושין וילדה, דכה"ג מוקמינן לה לאשה בחזקתה שלא נתגרשה וא"כ הולד ממזר, ולולד נמי חזקה דאימא שאינו ממזר, והו"ל חזקה נגד חזקה והו"ל ספק ממזר, ולפמ"ש בפט"ו דעיקר קרא דספק ממזר לא צריך אלא ברוב פסולים, דבמחצה על מחצה להרמב"ם כל הספיקות מדבריהם וא"כ קרא למה לי, וכמו שהקשו עליו הרשב"א והר"ן קרא דממזר ודאי למה לי, וכתבנו שם דאיצטריך קרא להיכא דרוב פסולים, דכל כה"ג נמי ספק הוי, וכמ"ש בשיטה מקובצת בפ"ק דמציעא גבי עשירי ספק דכל דפריש מרובא פריש נמי ספק הוי, אלא דהתורה אמרה לילך אחר פריש מרובא, וכיון דקרא אתי לאשמעינן ברוב פסולים וידעינן דאזל הבועל אצלה, דכה"ג ספק דפריש מרובא פריש, וא"כ חזקה דאימא לא מהני דהא רובא וחזקה רובא עדיף ודוק.

פרק כ

בפרק קמא דכתובות (כתובות דף י"ג:) האי ארוס וארוסתו דאתאי לקמיה דרב יוסף, היא אמרה מיניה והוא אמר אין מנאי, אמר רב יוסף למאי ניחוש לה חדא דהא קא מודה, ועוד הא אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כר"ג ובשיטה מקובצת ז"ל, כתב הרמב"ן ז"ל

חדא הא קא מודה ועוד הלכה כר"ג, פירוש לאו אי קא מכחיש לה קאמרינן, דאי מכחיש לה ברי וברי הוא ושויה אנפשיה חתיכה דאיסורא, אלא הכי קאמר אפילו אי ליתיה קמן נמי מהימנא, וי"א היכא דאמר בודאי שבאתי עליה אבל איני יודע אם הפקירה עצמה לאחר כמו שהפקירה עצמה לי, כך פירש הר"ר יהוסף הלוי ן' מג"ש ז"ל, ואיני מכיר בלשון הזה, דכי מודה מי ידע בה דלא הפקירה עצמה לאחר, וכי נועל דלת הוא בפניה, והא דרב יוסף אתיא כלישנא בתרא פרק אלמנה כו', אבל ללישנא קמא דאמרינן אע"ג דלא דיימא מעלמא ומשום כי היכי דאפקרה נפשה לגבי ארוס כו', הודאה דארוס לאו כלום היא, אלא דהתם אבייי הוא דדחי לה ולא קיימא הכי, אי נמי לגבי ולד חיישינן אבל היא שריא לבעלה, עכ"ל הרמב"ן ז"ל.

ולענ"ד נראה ליישב דברי הר"ר יהוסף הלוי ן' מג"ש ז"ל, והוא לפמ"ש הרמב"ם פ"ג מהלכות יבום [הל' ד'] וז"ל, מי שזינה עם פנויה או עם אשת איש ונתעברה, ואמרה זה העובר ממנו הוא, ואפילו הוא מודה לה, אעפ"י שהוא בנו לירושה הרי זה ספק לענין יבום, שכמו שזינתה עמו כך זינתה עם איש אחר כו' ע"ש, ובתשובת הרא"ש כלל פ"ב סי' א' כתב על זה שדבריו תמוהין, מאחר שקוראהו ספק למה כתב שיורשו ומוציא ממון מחזקת היורשים הודאין, ואי משום שהאב נאמן על בנו כרב יהודא, א"כ לענין חליצה נמי יהא נאמן כו' ע"ש.

אמנם נראה לפי ענ"ד בטעמא דהרמב"ם, דס"ל כיון דהאב נאמן על בנו דקיי"ל כר"י ומשום דכתיב יכיר, וא"כ כי היכי דבעל דין עצמו היכא דמאמין לאחד וסומך דעתו עליו, הו"ל כאילו ידע והודה בעצמו ושויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, אע"ג דהוא עצמו אינו יודע, אבל כשסומך דעתו במה שמגיד לו אחר הו"ל כהודה מעצמו, וה"ה באב לגבי בנו אע"ג דאינו יודע בעצמו, כשסומך דעתו על אחר ומאמין לדבריו הו"ל כיודע ומגיד בעצמו, והו"ל תורת יכיר בזה דיכירנו לאחרים על ידי סמיכת דעתו לאחר וכן מבואר בדברי הב"ש סי' ק' ס"ק כ"ז, באשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי דמותרת לבעלה ואחר מיתת בעלה אסורה לכהן שהרי הודית שזינתה, וכתב הב"ש וז"ל, נראה אם נשאת לכהן בניה כשרים דאינה נאמנת לפסול בניה, ודוקא לאב נתנה תורה נאמנות ולא לאם, ואם האב אומר שמאמין לדבריה יכול לעשות לבניו חללים כמו שנאמן לומר בן גרושה הוא עכ"ל, ומבואר דבתורת יכיר, אע"ג דאב אינו יודע בעצמו אלא שמאמין לאחר וסומך דעתו עליו ודומה לו לאמת, נאמן בזה לעשות הבן לחלל על ידי זה והו"ל יכיר יכירנו לאחרים, זה נראה לי ודו"ק.

ומשום הכי לענין ירושה כיון דסומך על דבריה שהוא מיניה הו"ל יכיר, דאב נאמן לומר זה בני בתורת יכיר הן לירושה והן לפוסלו, אבל לחליצה דאינו ענין הנוגע לגוף הבן, ואומר יש לי בנים דנאמן אינו אלא משום מגו דבידו לגרשה כדאיתא פרק יש נוחלין, אבל אינו בתורת יכיר כיון דאינו נוגע לבנו אלא לאשה אם זקוקה לחליצה או לא, והיכא דהוא עצמו אינו יודע דלא שייך ביה תורת מגו, דאע"ג דקושטא קאמר שמאמין לדבריה, כיון דאין זה בתורת יכיר א"כ נאמנות שנותן לאחר לאו כלום הוא, אבל לירושה כל שסומך דעתו הו"ל תורת יכיר דנאמן, וכמ"ש הב"ש לענין לפוסלו לחלל.

והרא"ש לטעמיה דס"ל דאב אינו נאמן בתורת יכיר לומר זה בני בכורי אלא היכא דמוחזק בבנו לומר שהוא בכור, אבל אם אינו מוחזק בבנו אינו נאמן לומר שהוא בנו בתורת יכיר, אלא בתורת מגו דאי בעי יהיב ליה כל נכסיו, וכן הוא דעת התוס' והרשב"ם, הובא אצלינו בספר קצה"ח סי' רע"ז סק"א ע"ש, וכיון דהו"ל ספק שמא זינתה עם אחרים, א"כ תו ליתא בתורת יכיר, ומשום מגו נמי ליכא כיון דהוא עצמו אינו יודע וכמ"ש, ומש"ה קשיא ליה להרא"ש מאי שנא ליורשו או לחליצה, והרמב"ם דס"ל דאפילו אינו מוחזק בבנו נאמן בתורת יכיר לומר שהוא בנו וכמבואר בשו"ע חו"מ סי' רע"ז ע"ש, משו"ה לירושה הוי בנו כיון שהוא סומך דעתו עליו ומאמין לדבריו, ולדידיה דומה לאמת דמיניה הוא הו"ל תורת יכיר, אבל ליבום כיון דאינו נוגע לבנו לית ביה תורת יכיר, ומשום מגו דבידו לגרשה ליכא כיון שהוא עצמו אינו יודע וכמ"ש ומ"ש הרא"ש ואי משום שהאב נאמן על בנו כר' יהודא א"כ לחליצה נמי, אינו מכוון לשיטתו, דלא אמרינן יכיר אלא בידוע שהוא בנו, וא"כ אפילו לר' יהודא אינו נאמן, וצ"ע.

וניחא בזה דברי הר"ר יוסף הלוי, דאינו מודה היינו שאומר אינו יודע שמא הפקירה עצמה לאחרים, וכי מודה היינו שמאמין לדבריה הו"ל תורת יכיר, ובתורת יכיר נאמן להכשירו כמו שנאמן לפוסלו, וכמ"ש הנימוקי יוסף ס"פ אלמנה דאם הארוס טוען מיניה והיא מכחישתו די"א דהו"ל ספק ממזר דהו"ל ברי וברי, וי"א שאם היה טוען שלא זזה ידה מתוך ידו שהוא נאמן להכשירו, דכיון שהאמינו התורה לפוסלו כ"ש שנאמן להכשירו, דאית לאמו חזקה דכשרות כו', וכתב הריטב"א שהוא טעמא דמסתבר עכ"ל, וכיון דנאמן להכשירו בתורת יכיר, א"כ כי היכי דנאמן לפוסלו בתורת יכיר היכא שסומך דעתו על אחר וכמ"ש הב"ש, א"כ מכ"ש להכשירו ודוק.

וניחא בזה מה דקשיא להו לראשונים בהא דאמרו שם הני מילי לכתחילה והא כדיעבד דמי, דתינח באשה עצמה הו"ל כדיעבד, אבל לולד הו"ל לכתחילה, דאשה שכבר נתארסה לזה הו"ל דיעבד ורש"י כתב דעובר כיון דפסלית ליה לקהל הו"ל דיעבד,

ובשיטה מקובצת כתב שיטה אחרת, דאין ה"נ דלא מהני הך טעמא דהלכה כר"ג בדיעבד אלא לאשה אבל לא לולדה ע"ש.

ולפי מ"ש נראה דהנך תרי טעמי שאמרו, חדא דהא קא מודה ועוד הא אמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כר"ג, דלפי מ"ש הך טעמא דקא מודה אינו אלא בתורת נאמנות וסמיכת דעת על האשה שהוא מיניה ונאמן בתורת יכיר, אבל הארוס אינו יודע בבירור, דכשם שהפקירה לזה כן הפקירה לאחרים, ואינו אלא משום שמאמין לדבריה, והיינו דקא מודה לה ומאמין לה, וכל שמאמין נאמן הוא בתורת יכיר יכירנו לאחרים, כיון שהוא סומך דעתו על זה שאומר, ובתורת יכיר נאמן להכשיר הולד כשם שנאמן לפוסלו בתורת יכיר וכמ"ש, אלא דהך טעמא דיכיר לא מהני אלא לולד, אבל לאשה דלית בה תורת יכיר וארוס בעצמו אינו יודע אם מיניה דאפשר הפקירה עצמה לאחר, ולזה קאמר לגבי אשה ועוד הא אמר רב יהודא הלכה כר"ג, והא דיעבד דאשה ודאי כדיעבד, וא"כ הנך תרי טעמי צריכי אהדדי להכשיר בין לאשה בין לולדה, ודוק.

ויתיישב בזה קושיית תוס' פרק איזהו נשך (בבא מציעא דף ע') ד"ה אתא מאריה ע"ש שהקשו בהא דפריך בש"ס, ובהא כי לא מודה מכשיר ר"ג והא הו"ל רוב פסולים כו', ומשני הא נמי כדיעבד, ומאי פריך נימא דהך ועוד הלכה כר"ג אטעמא קמא קא סמיך דהא מודה, דכהאי גוונא אמרינן בש"ס בפרק איזהו נשך חדא דקא יהיב סימנין ועוד הא לא אמיד, דהך טעמא לא אמיד לא מהני כלום אלא בצירוף טעמא קמא דקא יהיב סימנין והך טעמא עיקר ע"ש, ולפמ"ש ניחא דהא כיון דאמר רב יוסף למאי ניחוש לה כו', ומשמע בין לולד בין לאשה, והך טעמא דקא מודה לא מהני כלל לאשה וכמ"ש, דאי אפשר לידע בבירור דאפשר הפקירה עצמה ג"כ לאחר, ולא מהני הך טעמא אלא לולדה בתורת יכיר, אבל להכשיר את האשה לא מהני יכיר, וכיון דאין הארוס יכול לידע בבירור א"כ צריכין להכשירא דאשה משום דר"ג, ומשו"ה פריך והא אמר כו' את לא תעביד עובדא עד דאיכא רוב כשרים ומשני הא כדיעבד דמי ודוק והא דכתב הרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה [הלי י"ב] ז"ל, או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין, אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו, הרי זה הילוד ספק כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר ע"ש, אפשר דמיירי שאינו מאמין לדבריה.

ואיכא למידק לפי מ"ש הבית שמואל דבתורת הכרה מהני היכא דמאמין אפילו לא נודע לו בעצמו, ולפי מ"ש ה"ה לירושה, ובש"ס פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ז) דפריך לרבנן יכיר למה לי ומשני בצריך הכירא, ופריך ותיפוק ליה מגו דאי בעי יהיב ליה כולי נכסיה ע"ש בפירוש רשב"ם, ולפי מ"ש משכחת לה שפיר בצריך הכירא, אלא שהאב

בעצמו אינו יודע רק שסומך דעתו ומאמין לאשתו או לאחר, והו"ל יכיר ומשום מגו ליכא כיון דהוא גופיה אינו יודע ליכא מגו וכמ"ש, וכעת צ"ע.
ואפשר דלדידיה דקיי"ל כרי יהודא דאב נאמן על בנו אפילו נגד חזקה והו"ל בעל דין נמי לזה לומר שסומך דעתו על אחר, וכמו בע"ד שנאמן בכך שסומך דעתו על זה, אבל לרבנן כיון דאינו נאמן נגד חזקה, שאם אינו מוחזק בבכור אינו נאמן להחזיקו בבכור, אלא בצריך היכרא דנאמן אינו אלא משום דליכא חזקה להכחישו, א"כ כיון דאינו נאמן אפילו נגד חזקה, ה"ה דאינו כמו בע"ד לומר שסומך דעתו על אחר, דסמיכת דעת אינו אלא לבעל דין, שהוא עצמו הנאמן עליו, ואכתי צ"ע.

שמעתתא ג

נושא

בו יבואר חזקה דמעיקרא וחזקה דהשתא וחזקה העשויה להשתנות

פרק א

גרסינן בריש נדה (נדה ב.), תנן מקוה שנמדד ונמצא חסר כל הטהרות שנעשו על גביו למפרע בין ברשות הרבים בין ברשות היחיד טמאים, לשמאי קשיא למפרע, להלל קשיא ודאי, דאילו מעת לעת שבנדה תולין לא אוכלין ולא שורפין ואלו הכא טומאה ודאי, התם משום דאיכא למימר העמד טמא על חזקתו ואימר לא טבל, אדרבה העמד מקוה על חזקתה ואימר לא חסר, הרי חסר לפניך, ה"נ הרי דם לפניך, השתא הוא דחזאי, ה"נ השתא הוא דחסר, הכי השתא התם איכא למימר חסר ואתא, הכא מי איכא למימר חזאי ואתא, ומאי קושיא דלמא הגס הגס חזיתיה, התם איכא תרתי לריעותא הכא איכא חדא לרעותא, ומאי שנא מחבית דתנן היה בודק את החבית להיות מפריש עליה תרומה והולך ואח"כ נמצא חומץ כל ג' ימים ודאי מכאן ואילך ספק קשיא לשמאי כו', התם איכא תרתי לריעותא הכא איכא חדא לריעותא.
ורמי חבית אמקוה, מאי שנא הכא ודאי ומ"ש הכא ספק, אמר ר' חנינא מסורא מאן תנא חבית ר' שמעון היא דלגבי מקוה נמי ספיקא משוי ליה דתנן מקוה שנמדד ונמצא חסר כל הטהרות שנעשו על גביו למפרע בין ברה"ר בין ברה"י טמאות, ר' שמעון אומר ברה"ר טהורות ברה"י תולין, ושניהם לא למדוהו אלא מסוטה, רבנן סברי כי סוטה מה סוטה ספק ועשאוה כודאי ה"נ ספק עשאוה כודאי, אי מסוטה מה סוטה ברה"ר טהור אף ה"נ ברה"ר טהור, כיון דאיכא תרתי לריעותא כודאי טומאה דמיא, ר' שמעון סבר כי סוטה מה סוטה ברה"ר טהור אף ה"נ ברה"ר טהור, אי מסוטה מה סוטה ברה"י טמא ודאי אף

ה"נ ברה"י טמא ודאי, הכי השתא התם רגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה הכא מאי רגלים לדבר איכא, ואבע"א היינו טעמא דר"ש גמר סוף טומאה מתחילת טומאה, מה תחילת טומאה ספק נגע ספק לא נגע ברה"ר טהור אף סוף טומאה ברה"ר ספק טבל ספק לא טבל טהור, ורבנן הכי השתא התם גברא בחזקת טהרה קאי מספק לא מחתינן ליה לטומאה הכא גברא בחזקת טמא קאי מספק לא מפקינן ליה מטומאתו.

והרמב"ם כתב בפ"י מהלכות מקואות (פ"י מהל' מקואות ה"ו) דכל הטהרות שנעשו על גביו למפרע בין ברה"ר בין ברשות היחיד טמאות לפי שהטמא בחזקתו ע"ש, והרי זה כרבנן דר"ש, וגבי חבית בפ"ה מתרומות (פ"ה מהל' תרומות ה"כד) דשלשה ימים הראשונים ודאי מכאן ואילך ספק וע"ש, והרי זה כר"ש, והקשו עליו בזה דסתרי אהדדי הנך פסקי, ה"ה הרשב"א והריטב"א פ' עשרה יוחסין ע"ש.

וראיתי במשנה למלך פ"י ממקואות שהאריך בזה והעלה בישוב דהרמב"ם סובר כהך תירוצא בתרא ואבע"א, והטעם הוא משום דהוי סוף טומאה, ולכך דוקא גבי טומאה דאשכחן דעשאו הכתוב ברה"י ודאי טומאה ולכן אף ברה"ר עשאוהו כודאי גבי סוף טומאה, אבל גבי חבית דאיסורא אינו אלא ספק, ולפי שהוקשה לתוס' בהך תי' ואבע"א מה חילוק יש בין תחילת טומאה לסוף טומאה, הא קיי"ל ברה"ר טהור אפילו ליכא חזקה, ולזה פירשו הכא סוף טומאה והוי תרתי לריעותא וסמיך אתירוצא קמא, והוא תמוה דא"כ מה זו הוספה שמוסיף ואבע"א, ולזה הביא שם המ"ל תירוץ אחר בשם הרשב"א, דלהך תי' ואבע"א אין הטעם כלל משום תרתי לריעותא, אלא הטעם לרבנן דכיון דאשכחן בטומאה דברה"י עשאו הכתוב ודאי אף שאינו אלא ספק, כן בסוף טומאה אמרו שיהיה ודאי טומאה, ולא משום תרתי לריעותא, ולכן פסק הרמב"ם גבי מקוה דטמא בין ברה"י בין ברה"ר ובחבית פסק דאינו אלא ספק עכ"ל וע"ש.

ואכתי תמוה דכיון דאינו אלא ספק, דהא להך ואבע"א תו לא אמרינן הך סברא דתרתי לריעותא וא"כ אינו אלא ספק, וכמו בחבית, א"כ נהי דברה"י עשה הכתוב ספק כודאי טומאה, הא ברה"ר עשה הכתוב נמי ספק כודאי לטהרה, א"כ בסוף טומאה ברה"ר נימא טהור ודאי וכקושית התוס' כיון דברה"ר טהור אפילו ליכא חזקת טהרה, א"כ מה לי סוף טומאה או תחילתו כיון דאינו אלא ספק, דנגד חזקת טמא איכא נמי חזקת מקוה, ולזה הוכרחו התוס' לפרש דסמיך אתי' קמא דהו"ל תרתי לריעותא, אבל אי נימא דספיקא הוי א"כ להוי טהור ודאי ברשות הרבים וכקושיית התוספות.

פרק ב

מיהו נראה לפי מ"ש הרמב"ם פט"ז מהלכות אבות הטומאה (פ"טז מהל' אבות הטומאה ה"א) דספק טומאה ברשות הרבים טהור לפי שכל הספיקות מדברי סופרים ע"ש, והוא שיטתו בספרו הי"ד, ומבואר אצלינו בשמעתא א' ע"ש, וא"כ עיקר הלכה בספק טומאה אינה אלא לעשות ספק טומאה ברה"י כודאי, אבל ספק טומאה ברה"ר דטהור אינו אלא משום דכל הספיקות מדברי סופרים, ובאיסור נמי ספק מן התורה מותר, וא"כ היכא דאיקבע איסורא דבזה מייתי אשם תלוי, ספק זה ודאי אסור מן התורה, ומש"ה אתי שפיר דלא ילפינן סוף טומאה מתחילת טומאה, דבתחילת טומאה אפילו היכא דליכא חזקת טהרה טהור ברה"ר ומשום דכל הספיקות מותרות, משא"כ בסוף טומאה דהרי איקבע איסורא כמ"ש הרמב"ם פ"ו משגגות (פ"ו מהל' שגגות), ומביאין אשם תלוי על אשה שנתגרשה ספק גירושין, והוא מוכח בכתובות פ"ב דף כ"ב דפריך הבא עליה באשם תלוי קאי, וכתבו התוס' שם דהו"ל איקבע איסורא כיון שהיתה בחזקת אשת איש, ואע"ג דאיתרע חזקה דאשת איש משום דייקא ומנסבה וכמ"ש התוס' שם ע"ש, וא"כ ה"נ נהי דליכא חזקה משום דנגד חזקת טמא איכא חזקת מקוה, מ"מ איקבע איסורא מיהא הוי, וכל היכא דאיקבע איסורא אסור מן התורה, ורה"ר דטהור אינו אלא משום דספיקות מדבריהם, וכה"ג דאסור בכל איסורין ברה"ר נמי טמא, ומש"ה לא ילפינן סוף טומאה מתחילתו.

ובתוס' דקשיא להו מאי חילוק יש בין תחילת טומאה לסופו, היינו משום דתוס' ס"ל דספק אסור מן התורה, ואיקבע איסורא דבעינן אשם תלוי אינו אלא לענין אשם תלוי אבל איסורא אין חילוק, ומש"ה קשיא להו מאי חילוק יש בין תחילת טומאה לסופו, והוכרחו לפרש דסמיך אתירוצא קמא דהו"ל תרתי לריעותא, אבל לשיטת הרמב"ם דסבירא ליה דספק טומאה ברה"ר דטהור אינו אלא משום דספיקות מדבריהם, ובסוף טומאה וכה"ג הוי ליה איקבע איסורא לאסור מן התורה, גם ברה"ר טמא ודוק, עמ"ש בשמעתא א' פ"ז וח', ומש"ה ס"ל להרמב"ם במקוה בין ברשות היחיד בין ברה"ר טמאות, משום דבטומאה הלכה לעשות ספק כודאי, וברה"י ספיקו כודאי לטומאה, וברה"ר ספיקו כודאי לטהרה, והיכא דאיקבע איסורא דברה"ר הו"ל ספק וכל ספק כודאי והוי ליה ודאי טומאה, וזה על דרך הרשב"א שהביא המ"ל, ויותר נראה להרמב"ם שכתב בין ברשות הרבים בין ברה"י טמאות היינו שמטמאין הן מספק ברה"ר, ולשון טמאות אינו מורה דוקא ודאי טומאה, וכן משמע מדברי רש"י ז"ל שפי' בגמרא שם דפריך דאילו מעת לעת שבנדה תולין ואילו הכא טומאה ודאי, ופירש רש"י מדקתני ברשות הרבים

טמאות אלמא כודאי משוי ליה ע"ש, וא"כ לבתר דמשני ליה דלא ילפינן סוף טומאה מתחילתו, וא"כ בסוף טומאה ראוי להיות ברה"ר טמא, וא"כ איכא למימר דטמאות ברה"ר היינו מספק.

פרק ג

כתב הרמ"א ביו"ד סימן א' וז"ל ואם בדקו איזה שוחט ובודק ונמצא שאינו יודע, אם נטל פעם אחת קבלה אין מטריפין למפרע מה ששחט דאמרינן השתא הוא דאיתרע, אבל לא נטל קבלה מעולם כל מה ששחט צריכין הכשר, הרשב"א סימן רי"ח עכ"ל.

ובט"ז האריך להשיג על דין זה, ותורף דבריו דבפ"ק דחולין פליגי רב הונא ורב חסדא בשוחט בסכין בדוק קודם שחיטה ולא בדקו אחר שחיטה מילד ונמצא פגום, לרב הונא פוסל אפילו שיבר בה עצמות אחר שחיטה דלמא בעור נפגמה, ורב חסדא ס"ל דשמא במפרקת נפגמה, וקיי"ל כר"ח בשיבר בה עצמות, ופריך לר"ח מטבל ועלה ונמצא עליו דבר חוצץ אעפ"י שנתעסק באותו מין כל היום טמא, אלמא ספק חציצה מוציא מידי ודאי טבילה, ומשני סכין איתרע בהמה לא איתרעי, והקשו בתוספות מ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר, דאמרינן העמד טמא על חזקתו והרי חסר לפניך, ולא אמרינן מקוה איתרעי בהמה לא איתרעי, ותירצו בזה שלשה תירוצים, א' שאני מקוה דחסר ואתאי משא"כ בסכין, ב' דהכא טעמא דעצם ודאי פוגם, וגבי מקוה אין לומר ודאי טבל דהא שמא טבל במקוה חסר, ג' דאין חילוק בין ריעותא דסכין לריעותא דבהמה, אלא הטעם הוא משום ספק ספיקא.

וא"כ בנטל קבלה אמאי מהני ביה חזקתו, כיון דביה נמי שייך חסר ואתאי דאין דרך לשכוח בבת אחת, ועצם ודאי פוגם נמי לא שייך ביה, ואם סמך אתירוץ בתרא וה"נ הוי ספק ספיקא שמא השתא הוא דשכח, ואת"ל מקודם שכח אפשר דאפ"ה שחיט שפיר, א"כ קשה הא אנן קיי"ל כרב הונא בלא שיבר עצמות, ודוקא כששיבר עצמות הוא דכשר משום דעצם ודאי פוגם ואע"ג דאיכא ס"ס אפילו בלא שיבר עצמות, אלא ע"כ משום דלא מהני ספק ספיקא משום דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת ולא מהני ס"ס, ועוד אי מהני ס"ס א"כ אפילו בלא נטל קבלה נכשיר מטעם ס"ס, דלמא השתא שכח ואת"ל מקודם שמא שפיר שחט עכ"ל, וע"ש.

והש"ך בנקודת הכסף ז"ל, דעד כאן לא מצרכינן התם שיבר בה עצמות אלא משום דשמא לא שחט במקום הפגימה לאו ספק הוא, דדרך הסכין להוליך בכולו, אבל הכא י"ל דס"ס הוא, שמא ידע ואם ת"ל לא ידע שמא שחט שפיר עכ"ל ואכתי תיקשי קושיית הט"ז, דא"כ אפילו בלא נטל קבלה נכשיר מטעם ספק ספיקא זה, שמא ידע ואת"ל לא ידע

שמא שחט שפיר, ועוד דהיכי מצינו לסמוך על ס"ס כיון דהאחרונים הכריעו דלא מהני ספק ספיקא בחזקת איסור עומדת לענין ספק שחיטה.

ונראה לענ"ד דודאי שיטת האגודה שהוא מקור הדין שכתבו הרמ"א ס"ל מטעם ס"ס, דהא האגודה לא הביא אלא תירוצא בתרא שבתוס' שהוא מטעם ס"ס וכמ"ש הט"ז, ומה דקשה לן דהא ספק ספיקא אינו מועיל במקום חזקת איסור, נראה לפמ"ש הרמב"ם פרק ה' מתרומות בחבית מכאן ואילך ספק ע"ש, וז"ל כר' שמעון דתרתי לריעותא לא הוי כודאי אלא כספק, ועמ"ש פ"א, ומשו"ה היכא דאיכא ס"ס שפיר מהני, כיון דנגד חזקת איסור דבהמה איכא נמי חזקת השוחט ואמרינן השתא הוא דשכח, ולא הוי אלא ספק דהוי ליה חזקה נגד חזקה וא"כ שפיר מהני ס"ס.

ומיהו נראה דאפילו לשיטת התוס' והרשב"א דתרתי לריעותא חשיב כודאי והרי הוא כחזקה ודאית, מכל מקום נראה דבזה מהני ס"ס, לפמ"ש הש"ך בכללי ס"ס בסימן ק"י וז"ל, מ"מ היכא דאיכא ס"ס בלא הספק הראשון ודאי דשרי, דלא יהא אלא גופו של איסור דמותר מס"ס כו', וכן משמע מתשובת הרשב"א שהבאתי לעיל דס"ס דחזקת איסור לא גרע מגופו של איסור, והוא פשוט בעיני עכ"ל, ובקיצור כללים כתב וז"ל, דבר שיש לו חזקת איסור, אע"פ שיש בו ס"ס גמור הרי זה אסור, שהרי בספק הראשון אנו מעמידין אותו על חזקתו חזקת איסור, א"כ אין כאן אלא ספק איסור כו', היה כאן שלש ספיקות מותר, שאף אם תעמידנו על חזקתו חזקת איסור יש כאן ס"ס, לא יהא זה חמור מודאי איסור שאין לך חזקת איסור גדול מזה ומותר בספק ספיקא עכ"ל.

וכבר כתבנו בשמעתא א' פי"ט דזה הוא ג"כ דעת מוהרי"ן לב לענין ממונא לחלק בין תרי ספיקי לתלתא ספיקי ע"ש, וכיון דמהני ספק ספיקא בתר ספק הראשון אפילו בחזקת איסור, א"כ ה"ה היכא דליכא אלא תרי ספיקי בחזקת איסור, א"כ ספק הראשון הו"ל כגופו של איסור וספק השני משוי ליה לספיקא, ואין החזקה מכריעו לודאי כיון דאיכא שני ספיקות להתירא והו"ל ספק שני ספק, וברישׁ נדה מוכח דהיכא דליכא תרתי לריעותא ודאי אמרינן אוקי אחזקתיה והשתא הוא דאתרע, כדאמרי' בנדה דיה שעתה משום חזקה והשתא הוא דראתה, אלא היכא דאיכא תרתי לריעותא כמו במקוה שנמדד דאיכא חזקת טמא וחסר לפניך, בזה הוא דהו"ל תרתי לריעותא והו"ל כודאי לשיטת התוס' והרשב"א.

וא"כ בזה השוחט שנטל קבלה דאית ביה חזקה וראוי לומר בו השתא הוא דשכח, וכמו שאמרו בנדה דיה שעתה, וכיון דאיכא ס"ס נגד חזקת איסור דבהמה, דשמא ידע ואת"ל לא ידע שמא שפיר שחט, וא"כ נהי דזה הספק ואת"ל לא ידע שמא שפיר שחט לאו ספק

הוא, דמחמת חזקת איסור הו"ל כודאי, אבל הך ספיקא שמא ידע נשאר בספיקו ואין חזקת איסור דבהמה מכרעת בו דלא ידע, כיון דכבר אמרת דספק שמא שפיר שחט לאו ספיקא משום חזקת איסור, וא"כ נשאר בספק שמא ידע, וכיון דליכא חזקת איסור נגד ספק דידע הרי אנו מוקמינן השוחט בחזקתו, דהיכא דליכא חזקה המנגדו ודאי אמרינן השתא הוא דאתרע, ובזה חזקת איסור דבהמה אינו מנגד כיון דכבר עשיתו כגופו של איסור לספיקא דשמא שחט שפיר, ומש"ה בלא נטל קבלה דליכא חזקת השוחט, לא סמכינן על ס"ס גרידא, דספק שמא שפיר שחט לאו ספק והרי הוא כגופו של איסור וליכא אלא הך ספיקא שמא ידע וחד ספיקא אסור.

וביאורו של דבר, דנגד שמא ידע לא מצינו למימר אוקי הבהמה בחזקת שאינו זבוח ועדיין אינו זבוח, כיון דאפילו לא ידע אכתי איכא לספוקי שמא שחט שפיר, וא"כ היא זבוחה, אלא דחזקת שאינו זבוח אתיא בתר דתימא אם תמצא לומר לא ידע שמא שחט שפיר, וכיון דלא ידע נגד שמא שחט שפיר איכא חזקת שאינו זבוח ואכתי אינו שחוט שפיר, וא"כ נגד הך ספיקא שמא ידע ליכא חזקת בהמה שאינו זבוח, וא"כ אוקי השוחט בחזקתו, דהא היכא דליכא תרתי לריעותא שפיר מהני חזקת השוחט אע"ג דהשתא לא ידע, וכמו בנדה דאמרינן דיה שעתה לחולין אע"ג דהשתא איתרע ודוק היטב.

ובט"ז סימן ק"י (ס"ק ט"ו) דאינו מחלק בין תרי ספיקי לתלתא ספיקי, וחזקת איסור מהני אפילו נגד תלתא ספיקי, א"כ חזקת איסור דבהמה שאינו זבוח מהני אפילו נגד ספק דלא ידע וספק דשמא שחט שפיר, ואמרינן מחמת חזקת איסור דלא ידע ולא שחט שפיר, וכיון דאיכא חזקת איסור שוב לא מהני חזקת השוחט, כיון דאיכא חזקת איסור דבהמה הו"ל תרתי לריעותא, ודוק היטב.

פרק ד

כתב הבית יוסף בספר בדק הבית (יו"ד סי' קי"ט) וז"ל, כתב א"ח בשם התוספתא דאפילו מי שהמיר אינו חשוד למפרע, שאם שחט או ניקר חלב ואח"כ המיר באותו יום הכל כשר עכ"ל ובתשובת הגאונים בתראי שם ראיתי כתוב תשובה אחת להחמיר בזה בשוחט, ומשום דמוקי בהמה בחזקת איסור והרי הרשיע לפניך, וכמו במקוה שנמדד ע"ש.

ובתבואת שור פסק ג"כ להחמיר בזה בשוחט שהמיר כיון דהרי הרשיע לפניך, וע"ש בסי' ב' וז"ל, הב"ח בסי' קי"ט ס"ל דבשוחט ובודק אסור למפרע כשנעשה חשוד, וכן דעת הט"ז סי' קי"ט, אמנם הש"ך סי' א' ופר"ח כתבו בפשיטות דלעולם אין לאסור למפרע, דאוקי גברא אחזקתיה ועד אותה שעה כשר היה ולענין דינא תמיה ליה טובא אמאי

דפשיטא ליה להש"ך להקל, הא אנן קיי"ל כרב הונא לאסור בשוחט בסכין בדוק ונמצא פגום לאחר שחיטה, דלא אתי חזקה דסכין דאיתרע ומוציא מידי חזקת איסור דבהמה, וע"ש שהביא דברי תוספות בחולין בפלוגתא דרב הונא ורב חסדא ומה שהקשו תוס' שם, והעלה דכאן לא שייכי כל התירוצים שבתוספות, וא"כ דומה למקוה שנמדד ונמצא חסר, דבזה נמי שייך חסר ואתאי, דהרשיע ואתאי.

ועיין שם בתב"ש במה שדחה ראיית הפר"ח מס"פ השוחט גבי שחט ואחר כך חישב כו', וסוף דבריו וז"ל, ואע"ג דהביא מוהרש"ל פרק גיד הנשה תשובה אחת שם להקל, הדברים סתומים ולא איתפריש טעמא, דלא דחינן כל הא דלעיל באיסורא דאורייתא מקמי הא, עכ"ל התב"ש ע"ש.

ואחר העיון נראה בזה כדברי הש"ך שנוטה אחרי דברי הב"י להכשיר הבהמה בהמיר השוחט ואין לפסול שחיטתו למפרע, וראיה לזה מהא דקיי"ל עד זומם למפרע הוא נפסל, ואינו נפסל אלא משעה שהעיד עדותו השקר אבל עדותו שהעיד קודם כשר אליבא דכו"ע, ובפרק מרובה (בבא קמא דף ע"ב) פליגי רבנן ור' יוסי בעדים שהעידו על הגניבה ואח"כ על הטביחה, דסברי רבנן תכ"ד לאו כדיבור דמי, דאם הוזמו על הטביחה לא נפסל במה שהעידו על הגניבה, ולא אמרינן כיון שהוא עכשיו חשוד שמא הרשיע קודם, ואי נימא דגבי שוחט אמרינן הרשיע ואתאי ונפסל שחיטתו למפרע משום דהעמד בהמה בחזקת איסור ואית ליה דינא דמקוה שנמדד כו' כמו שעלה על דעת תב"ש, א"כ מכ"ש עדותו שהעיד בממון דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מאריה, וחזקת ממון עדיפא מכל החזקות, כמבואר בסוגיא דהיו בה מומין, ועמ"ש בשמעתא ב' פ"ב, וכיון דמוכח בש"ס דעדותו שהעיד בממון כשר במה שהעיד קודם שנעשה חשוד, מכל שכן עדותו שהעיד באיסור וכן מבואר בטור ושו"ע חו"מ סי' ל"ד דעד זומם אינו נפסל למפרע אלא משעה שהעיד עדותו שהוזם, וכל מה שהעיד קודם עד אותה שעה, כל שלא היה תכ"ד כשר, כמבואר בפרק מרובה בעדי גניבה ועדי טביחה.

ועוד ראיה מתוספות פ"ק דחולין דף י"ב שהקשו בשוחט בשבת דמוקי לה במזיד, א"כ הוי מומר לחלל שבת ושחיטתו פסולה, ותירצו דבאותו פעם לא חשיב מומר למיפסל שחיטתו ע"ש, והרמב"ם בפירוש המשניות כתב דכיון דקודם ששחט הרוב מקולקל הוא, ולא נעשה מומר אלא כי גמרה לשחיטה ומשו"ה שחיטתו כשירה ע"ש, ואי נימא כל שהרשיע לפניך אמרינן אימר הרשיע קודם ושחיטתו פסולה, א"כ כיון דלפנינו חילל שבת אימר הרשיע קודם וא"כ הו"ל מומר כבר, מכל זה מוכח פשוט דאין מחזיקין אותו ברשע למפרע.

ומה שכתב בתב"ש על מה שכתב מוהרש"ל להקל דהדברים סתומים ולא איתפרש טעמו ע"ש, אני אפרש בענ"ד דלא תיקשי ממקוה שנמדד כו', והנה נראה דלשיטת רש"י פרק האומר דף ס"ו גבי פלוגתא דר' טרפון ור' עקיבא במקוה שנמדד ונמצא חסר, דר' טרפון יליף מבן גרושה וחלוצה דלא חילל עבודה למפרע, ור"ע יליף מבעל מום, ואמרו טעמא דר"ע דלא יליף מבן גרושה שפסולו בשנים, אבל מקוה ובעל מום פסולו ביחיד דשלוף ואחוי לך וע"ש, וא"כ לפ"ז בחשוד דפסולו בשנים אין לפוסלו למפרע, וגם בט"ז סי' א' לא אסר בשוחט שנמצא אינו יודע אלא משום דהתם נמי יכולין לומר תא ואחוי לך טעותך ע"ש, אבל חשוד ודאי פסולו בשנים.

אלא דבתוס' שם פירשו בזה פירוש אחר, וכתבו שם דפלוגתא דמקוה שנמדד אינו שייכות לבן גרושה וע"ש שכתבו דפליגי בתרתי, וא"כ צריך טעמא בחשוד למה לא נפסל למפרע, וכמו דאמרינן במקוה שנמדד כיון דשייך נמי הרשיע ואתאי, ובממון הו"ל תרתי לריעותא חזקת ממון והרשיע לפניך, וכמו כן בבהמה חזקת איסור, ולכן עיקרא דהך מלתא דאין מחזיקין למפרע אלא כמו במקוה שנמדד ונמצא חסר דנסתפקנו אימתי נעשה החסרון הזה אם עכשיו או קודם, וכן בסכין שנמצא פגום ולא נודע אימת נעשה הפגם הזה אשר מצאנו עכשיו, וכן בשוחט שנמצא ריק מכל, אימת נעשה הריקות הזה אם קודם אם עכשיו, אבל בשוחט שהמיר ועשה עבירה לפנינו ואתה רוצה לספק עליו אימר גם קודם לזה עשה מעשה רשע זה, לאו שמיה ספק, ואין המעשה רשע שעשה לפנינו גורם לספק במעשה רשע גם קודם, כיון דאין אנו מסופקים על עבירה זו אימת נעשית, אלא על מעשה רשע אחרת נוסף על זה, ואין אנו יכולין להוסיף, ומשו"ה מוקי לה בחזקת כשרות, ועתה הוא דנעשה רשע, וזה ברור ודו"ק.

וכן מוכח מדברי תוס' ריש נדה דף ג' (דף ג.) בד"ה לאביי איכא מוך וז"ל, הוה מצי למימר דאיכא בינייהו שוטה, דלליש נא קמא דאשה מרגשת מודה שמאי בשוטה, דאין לומר דלליש נא דאי הוי דם מעיקרא הוי אתי מודה נמי בשוטה דשמא דם אחר נפל קודם בדיקה, משום דמשמע דעל דם שנמצא עכשיו קאמר עכ"ל התוס', ומבואר דאפילו לבית הלל דאמרי מפקידה לפקידה, ומחמרי לקדשים ותרומה לומר כשעת מציאתן, אין אנו חוששין לדם אחר, אלא על דם הנמצא אימר זה הדם כבר היה בבית החיצון, אבל אין אנו מוסיפין מספיקא עוד דם אחר, וכן בהרשיע לפניך אין אנו מוסיפין מספיקא עוד רשע אחר, ומשו"ה כל עדותו שהעיד מקודם, הן עדות ממון הן עדות איסור, אפילו נגד חזקה עדותו כשר, וזה נכון.

אלא דלפי זה היכא דבאו עדים והעידו באחד שעשה עבירה שנפסל על ידו לשחיטה או לממון, ואין יודעין מתי אם קודם זמן מרובה או היום, בזה שפיר דומה למקוה שנמדד, כיון דאנו מסופקים על אותו מעשה אימת נעשה, וא"כ הו"ל תרתי לריעותא, חזקת ממון או חזקת איסור והרשיע לפניך, והקשיתי בזה בס' קצה"ח סי' ל"ד סק"ה במ"ש הרמ"א ואפילו פסול מן התורה אין לפוסלו אלא בודאי אבל לא מספק, כגון שהעיד בב"ד ואח"כ באו עדים והעידו עליו דעבר עבירה שנפסל בה מן התורה אבל אין יודעין אם עבר קודם שהעיד או אח"כ, מוקמינן גברא אחזקתיה וכל מה שהעיד כשר עד דידעינן שעבר קודם לכן ע"ש, והוא מדברי הריב"ש סי' רס"ו, ושם קשיא לן דזה דומה למקוה שנמדד ונמצא חסר והו"ל תרתי לריעותא, חזקת ממון והרשיע לפניך.

וע"ש שכתבנו דמוכח כדברי הריב"ש ממ"ש הרי"ף בפרק זה בורר גבי עדי שטר שהוזמו דבעינן ראו חתימתן, דאל"כ אמרינן עכשיו הוא דחתמו שקר וע"ש, ומוכח דס"ל ג"כ דכל דלא ידעינן מתי עבר מוקי בחזקתו, וע"ש מ"ש בזה, ואפשר דהרי"ף אזל בשיטת רש"י פרק האומר דפליגי ר' טרפון ור"ע במקוה שנמדד, דר"ט יליף מבן גרושה ור' עקיבא מבעל מום, וטעמא דר"ע דלא יליף מבן גרושה משום דבן גרושה פסולו בשנים אבל מקוה ובעל מום פסולו ביחיד, וא"כ חשוד דפסולו בשנים אין לפסול למפרע וכמ"ש לעיל, אבל לשיטת תוספות אינו ענין מקוה שנמדד לבן גרושה, א"כ היכא דאנו מסופקין על אותה עבירה מתי נעשית, ראוי לומר אוקי ממונא בחזקת מאריה והוי ליה תרתי לריעותא, ודוק.

פרק ה

מבואר מסוגיא ריש פ"ק דנדה דעד כאן לא פליגי ב"ש וב"ה בנדה דב"ש סברי דיה שעתה וב"ה אמרי מפקידה לפקידה אלא לקדשים ותרומה, אבל לחולין כו"ע מודו דאמרינן דיה שעתה, דמוקי בחזקתה דהשתא הוא דראתה, וכתבו שם התוס' דהא דאמרינן בנגע באחד בלילה כל הטומאות כשעת מציאתן דאינו אלא לתרומה וקדשים, אבל לחולין לא אמרינן כשעת מציאתן, ודרבא מוקי לה בחזקה דמעיקרא, וכ"כ תוס' בעירובין דף ל"ג דהך דכל הטומאות כשעת מציאתן לא אמרו אלא להחמיר גבי קדשים ותרומה, וכ"כ תוס' ס"פ המדיר וע"ש.

ומזה אני תמה במה שראיתי גדולי חקרי לב שהשתמשו בחזקה זו דכשעת מציאתן עד שדנו בה אפילו לקולא, והיא גופה אינה חזקה אלא לחומרא ובתרומה וקדשים דוקא, והנה באו"ח סי' תס"ז סעיף י"א וי"ב כתב הרמ"א דאם נמצאת בעיסה אוסרין הכל דאמרינן כאן נמצא וכאן היה, וכתב שם הט"ז דיליף איסור מטומאה דאמרינן נגע אחד

בלילה ואינו ידוע אם חי אם מת ולמחר מצאו מת ר' מאיר מטהר וחכמים מטמאין שכל הטומאות כשעת מציאתן עכ"ל, וכבר נתבאר דלא אמרינן כשעת מציאתן אלא לחומר תרומה וקדשים, אבל בעלמא אמרינן השתא הוא דנתהוה, ואפשר דמדמין חומרא דחמץ לחומרא דקדשים, אך בש"ס לא הוזכר חומרא זו גבי חמץ.

ובמגן אברהם סקכ"ה סי' הנזכר הביא שם מעשה באחד שנטל לתוך פיו חתיכת מצה וחתיכת תרנגול ואכל שניהם יחד והרגיש בפיו כו', ועיין בנדה דף ג' ע"ב בקופה שנמצא בה שרץ, דמשמע שאם בשלו תבשיל בקדירה וסלקוה מהכירה למקום אחר ונצטננה ונמצא על גבה חטה דאמרינן עתה נפלה דלא מחזקינן איסור ממקום למקום ע"ש, ונמשכו אחרונים לזה ע"ש.

ולדידי צ"ע דהא שם במחלוקת שנויה, קופה שנשתמשו טהרות בזויות בית זה וטלטלוהו בזויות אחרת ונמצא שרץ בזויות אחרת, חזקיה סבר לא מחזקינן טומאה ממקום למקום, ור' יוחנן סבר מחזיקינן, ופסק הרמב"ם פי"ז מהלכות שאר אבות הטומאה (פ"יז מהל' שאר אבות הטומאה ה"ב) כר' יוחנן שם, וא"כ ראוי שנחזיק באיסור ג"כ ממקום למקום, כיון דלמדו איסור מטומאה.

ובתשובת מוהר"ם לובלין כתב דאם נמצא חמטה בקערה מתירין את החבית לפי שאין מחזיקין ממקום למקום ע"ש, ובזה אפשר להקל לפי מ"ש הראב"ד שם פי"ז מאבות הטומאה על מ"ש הרמב"ם המערה מכלי אל כלי ונמצא באחד טהור מפני שאין בו דעת לשאול, וכתב עלה הראב"ד ז"ל הא הוי טומאה שבא ע"י אדם ונשאלין עליה, אלא הטעם משום דאף דמחזיקין טומאה ממקום למקום אבל מכלי אל כלי ודאי לא מחזיקין עכ"ל, וא"כ לדברי מוהר"ם לובלין יש להם סמיכה לדברי הראב"ד, אבל לדברי המג"א שכתב אם טלטלוהו ממקום למקום דאין מחזיקין ממקום למקום, צ"ע דהא אנן קי"ל כר' יוחנן וכמו שכתבתי.

ובספר תורת השלמים שחבר בעל חק יעקב כתב שם בסי' י"ז תשובה בעצם שנמצא בתבשיל של חלב ולא היה עליו בשר, שאנו מסופקים אם היה עליו בשר בשעה שנפל לקדרה, ודן בזה כל הטומאות כשעת מציאתן, והביא ראיה מהא דתנן מחט שנמצאת חלודה או שבורה טהורה שכל הטומאות כשעת מציאתן ע"ש שהאריך, וכבר בארנו דהך חזקה דכשעת מציאתן אינה אלא לחומר תרומה וקדשים, והא דאמרינן מחט שנמצאת מלאה חלודה וכו' כל הטומאות כשעת מציאתן, ומשמע אפילו לקולא, כבר כתבו התוס' שם פ"ק דנדה דף ד' ד"ה שכל הטומאות כשעת מציאתן וז"ל, פירוש היינו דוקא לקדשים, והא דמחט שנמצאת חלודה טהורה דכל הטומאות כשעת מציאתן

ואפילו להקל, לאו משום דהוי כשעת מציאתן דאורייתא, אלא משום דמוקמינן הטהרות אחזקתן עכ"ל, ומבואר דהך חזקה דכשעת מציאתן לקולא ודאי לא אמרינן ליה, ואפילו להחמיר אינו אלא בקדשים ותרומה.

מיהו אפשר להקל נמי להאי טעמא בעצם שנמצא בתבשיל משום חזקת היתר, דאוקי תבשיל בחזקתו חזקת היתר, אלא דנראה דגם במחט שנמצאת חלודה נמי אין התירו משום חזקת טהרה, דהא ברשות היחיד קיי"ל דספיקו טמא, ואפילו היכא דאיכא חזקת טהרה, אלא עיקרא דמחט שנמצאת חלודה היינו משום דהו"ל דבר שאין בו דעת לשאול דטהור אפילו היכא דליכא חזקת טהרה, וכן משמע מדברי רש"י פ"ק דנדה דף ד' ע"ב, בהא דפריך בש"ס מכדי האי ככר הוי ספק טומאה ברשות היחיד וכל ספק טומאה ברשות היחיד ספיקו טמא, ומשני משום דהוי דבר שאין בו דעת לשאול, וכתב רש"י ז"ל דכי היכי דפריך אככר מצי למפרך אמחט ומטלית ולשנויי כדמשני עכ"ל, הרי מבואר דעיקרא דמחט שנמצאת חלודה משום דבר שאין בו דעת לשאול הוא, דאילו משום חזקת טהרה, הא ברשות היחיד ספיקו טמא אפילו היכא דאיכא חזקת טהרה.

ונראה דגם תוס' ס"ל דטעמא דמחט חלודה משום דבר שאין בו דעת לשאול הוא אפילו ליכא חזקת טהרה, אלא דאי לאו חזקת טהרה, אדרבה היה חזקה לטמא, דכיון דכשעת מציאתן לאו חזקה הוא כלל אלא לחומר תרומה וקדשים, וא"כ מוקמינן למחט בחזקתו שהיתה שלימה והשתא הוא דנשברה או נחלדה, ובדבר שאין בו דעת לשאול נמי היכא דאיכא חזקה לטמאו ודאי טמא, לזה כתבו התוס' דאיכא חזקת טהרה, ואם כן אף על גב דאיכא נגדה חזקת המחט שהיתה שלימה, הוי ליה חזקה נגד חזקה, וספק טומאה בדבר שאין בו דעת לשאול ספיקו טהור היכא דליכא חזקה לטמאו, ואם כן לפי זה בעצם שנמצא בו תבשיל, לא מצינו למסמך על חזקת התבשיל בחזקת היתר, דנגד זה איכא נמי חזקה דעצם, ואם כן בהך דעצם שנמצא בתבשיל יש להחמיר.

פרק ו

ובתוס' רי"ד פרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ח) שם בהא דהרי היא בוגרת לפנינו דפליגי רב ושמואל כתב שם וז"ל, עוד ראיתי שמקשים מהא דתניא נגע באחד בלילה ואינו ידוע אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת, ר' מאיר מטהר וחכמים מטמאין שכל הטומאות כשעת מציאתן, א"כ לימא רב ושמואל כתנאי, ונראה לי שאין זה דומה לזה כו', דהתם אתילד ספיקא בטומאה גופה, דבעידנא דנגע לא ידעינן אי הוית טמאה או לא, והלכך אמרינן כשעת מציאתן בין להקל בין להחמיר, שהרי גבי מחט שנמצאת מלאה חלודה או שבורה, בהאי נמי אמרינן כל הטומאות כשעת מציאתן להקל, אבל

הכא גבי נדה הדם המטמא ברור הוא שהוא טמא ואין בו ספק, אלא שלא ידענו מתי נטמאת האשה ממנו, וכן סימני בוגרת ברורין ומצויין הן אלא שלא ידענו מתי נולדו באשה, הלכך אין לדמות זה לזה, וזה של נדה דומה לספק מגע שהטומאה ברורה היא, ואותו שנגע במת הרי ודאי נגע וספק טומאה, ואין להקשות מזה על זה עכ"ל, ונראה מדברי תוס' רי"ד דהך חזקה דכשעת מציאתן הוי חזקה גמורה בין להקל ובין להחמיר, ומזה נראה כדברי תורת השלמים שכתב נמי חזקה דשעת מציאתן להקל ומהאי דמחט שנמצאה חלודה.

אמנם לכוונת תוס' רי"ד לא ירדנו במה שמחלק בין נדה דאמרו דיה שעתה ובנגע באחד בלילה אמרו כשעת מציאתן, ומשום דנדה הו"ל כספק מגע כיון דהדם המטמא ברור הוא, ונגע באחד בלילה חשיב ספק טומאה גופא ע"ש, וקשה דהא בריש נדה גבי קופה שהשתמשו טהרות בזוית זו ונמצא שרץ בזוית אחרת דטהרות הראשונות טמאות, ומדמה לה בש"ס שם דף ד' להאי דנגע באחד בלילה וע"ש, והרי קופה ספק מגע דהשרץ המטמא ברור, ומדמה לה להאי דנגע באחד בלילה דהתם אתילד בטומאה גופא, וא"כ ע"כ צריך לומר כמ"ש תוס' ריש נדה דהך דקופה וכן הך דנגע באחד בלילה, שניהם אינו אלא לחומר תרומה וקדשים.

וכן בעירובין דף ל"ב פריך הש"ס דר' מאיר אדר' מאיר דסובר בעירב בתרומה ונטמאת סמוך לחשיכה הוי חמר גמל, ובנגע באחד בלילה סובר ר' מאיר דטהור ע"ש, ומשמע לחכמים דסברי בנגע באחד בלילה כשעת מציאתן, בעירוב נמי אמרינן כשעת מציאתן, ואע"ג דבעירוב הוי ליה ספק מגע.

ובפ"ג דטהרות דתנן כל הטומאות כשעת מציאתן, אם טמאות טמאות אם טהורות טהורות, אם מכוסות מכוסות אם מגולות מגולות, מחט שנמצאת מליאה חלודה או שבורה טהורה שכל הטומאות כשעת מציאתן, ומפרש לה הר"ש אם מכוסות מכוסות היינו כגון כלי חרס המוקף צמיד פתיל, דלא אמרינן שמא בשעה שהיה המת היה מגולה ועכשיו הוא מכוסה, או אם מצאו מגולה לא אמרינן בשעה שהיה המת מכוסה היה מוקף צמיד פתיל ע"ש, וזה דומה לספק מגע דהטומאה ג"כ ברורה אלא שהספק אם נטמא במת או לא, והוי ליה כמו בנדה דהדם המטמא ברור.

ועוד קשה במ"ש תוס' רי"ד דחזקה דשעת מציאתן להקל, מדאמרו במחט שנמצאת חלודה כל הטומאות כשעת מציאתן ע"ש, ואם הטעם מתורת חזקה, א"כ תיקשי ברה"י היכי מהני, דהא ברה"י ספיקו טמא אפילו איכא חזקת טהרה, וא"כ ע"כ לאו מטעם

חזקה הוא אלא משום ספק טומאה בדבר שאין בו דעת לשאול, וכמ"ש רש"י ותוס' הובא לעיל פ"ה ולא משום חזקה.

מיהו אפשר ליישב דברי תוס' רי"ד דמפרש לה משום חזקה וגבי רשות היחיד אינו מועיל חזקת טהרה, ומשום דאיתא חזקה אחת דכשעת מציאתן וחזקת טהרה ג"כ, והו"ל שני חזקות דהו"ל כמו רוב, וכמ"ש בתשובת הריב"ש סי' שע"ח, ורוב מהני אפילו ברה"י כדאיתא בחולין דף י' גבי צלוחית ע"ש, אמנם קופה תוכיח דהיא ספק מגע ואפ"ה מדמה לה בש"ס להך דכשעת מציאתן, וא"כ בע"כ אינו אלא לחומר תרומה וקדשים וכמ"ש תוס'.

ובתשובת מוהרמ"ע מפאנו סי' צ"ז כתב בעוף שנשברו רגליו ולא נודע אם קודם שחיטה או אח"כ, אין להתיר מטעם ס"ס, אי משום שאינו מתהפך, ואי משום דאיכא לאוקמי אחזקה דהשתא דכל האיסורין כשעת מציאתן, דומיא דנגע באחד בלילה ולא ידע אם חי אם מת ולמחר השכים ומצאו מת שהוא טמא מהך טעמא, דה"נ אמרינן הכא דהוי כמו כן מעיקרא כמו שהוא לאחר שחיטה וע"ש.

ובתשובת משאת משה ראיתי שחולק עליו בדין זה, וכתב שם דלא דמי הכא להאי כללא דכל הטומאות כשעת מציאתן, והוא דנגע באחד בלילה הטומאה היא הגורמת כשנגע רק דהספק הוא אם מת היה או לא, לכן אמרינן דטמא היה בשעת הנגיעה ומת היה בשעת הנגיעה כשעת מציאתן ובזה מקיימין תרתי, גם חזקת חי דקודם נגיעה באמת אפשר שהיה חי, כיון דאין נפקותא על קודם נגיעה, אבל הכא אי נימא קודם שחיטה נמי שבור היה, לא תמצא גבול אימת, וא"ת דבאמת שבור זה זמן רב, אי אפשר כיון דודאי היה לו חזקת שאינו שבורה, וע"ש שהביא ראיה לדבריו שהרי בהמה שנחלבה ונעשה הימנה גבינות ואח"כ נשחטה ונמצאת טריפה, אם יש לתלות הטריפות שנעשה לאחר שחיטה, כגון ניקב קרום של מוח וכיוצא, תלינן דהשתא אירע, כמבואר סי' פ"א ביו"ד מטעם ספק ספיקא, אפשר אינו טריפה ואפשר קודם שחיטה, ואי כדברי מוהרמ"ע מפאנו לא היה לנו להתירו מטעם ס"ס, כיון דזה הספק שמא אח"כ אינו ספק כלל, דכל הטומאות כשעת מציאתן, וע"ש בתשובת משאת משה חלק י"ד סי' א' שהאריך בזה, ואנו בעניותינו לא לדברי מוהרמ"ע ולא לדברי החולק ירדנו, דכבר כתבנו דהך חזקה דכשעת מציאתן אינו בגדר חזקה ואינו אלא לחומר תרומה וקדשים, וכמ"ש תוס' ולא לשאר איסורין.

והפר"ח ביו"ד סי' מ"א הביא שם תשובת צמח צדק שנשאל על מעשה שבליל שבת מצאו בחתיכת כבד לאחר שצלאו ובשלו מחט תחובה, וסוף דבריו דלעולם יש לתלות ולהקל

ולומר כיון דלא נמצא המחט בכבד מיד לאחר שחיטה, אלא אחר שחלקו הכבד להרבה חתיכות והביאה החתיכה לביתה והדיחוה וצלאוה ובשלוה ומשמשו בה הרבה, אמרינן כאן נמצא וכאן היה שנפלה לחתיכת הכבד בבית האשה, וגדולה מזו כתב מוהר"ם לובלין בתשובה סי' ע"ח בחבית מלאה כרוב כבוש שלקחו ממנו בפסח וכאשר הביאה לבית ואכלו ממנה מצאו גרעין של שבולת שועל, ופסק שאין לאסור הכרוב שבחבית, משום טעם זה דכאן נמצא וכאן היה.

וכתב עלה הפר"ח וז"ל, ולכאורה יראה דלא שפיר הורה, דבשלמא בעובדא דמוהר"ם לובלין כיון שהקונה קנה מהכרוב שבחבית והניחו בכלי והוליכו לבית ואח"כ נמצא שם גרעין אחד, מסתמא אמרינן בכלי זה כאן נמצא וכאן היה ולא בחבית, אבל בהמשך הזמן ראוי לומר שעכשיו נפל ולא מקודם, וענין כאן נמצא וכאן היה אין לו שייכות לזה, וכמ"ש בביאורי לאו"ח סי' תס"ז עכ"ל.

והנה לפמ"ש המג"א בסי' תס"ז דלא מחזיקינן ממקום למקום, א"כ ודאי שפיר הורה הצ"צ, דהא התם הוי ליה ממקום למקום ולא מחזיקינן אותה שהיתה המחט תחובה בחיים, אלא דגם לפמ"ש בפ"ה דקיי"ל כר' יוחנן דמחזיקינן ממקום למקום, כל זה אינו אלא לחומר קדשים, אבל בעלמא לא אמרינן כשעת מציאתן, ואדרבה אמרינן אוקי אחזקה והשתא הוא דאתרע.

פרק ז

כתב הרמ"א ביו"ד סי' ק"ה סעי' א' ז"ל, וספק כבוש אסור, מלבד בבשר בחלב דאזלינן לקולא דמן התורה אינו אסור רק בבישול ממש עכ"ל, ובט"ז כתב וז"ל, ונראה דמדמה זו לספק אם היה ששים נגד האיסור שנשפך בסי' צ"ח, אלא דצ"ע דשאני התם שהאיסור הוא ברור אלא שהשפיכה ספק משא"כ כאן, ויש ראיה ברורה להתיר מסי' ר"א סעיף ה' במקוה שלא הוחזק להיות מימיו מתמעטין, דאעפ"י שלפעמים אתמעט אין צריך לחזור ולטבול מן הדין, ק"ו לכאן, דמה התם שיש ודאי טמא אפ"ה תלינן לקולא מחמת חזקת המקוה, ק"ו לכאן דאין כאן רק חזקה טובה לאוקמה אחזקת כשרות דבתחילה דלא נחזיק ריעותא מספק עכ"ל, ובנקודת הכסף כתב דק"ו פריכא הוא, דהתם העמד מקוה על חזקתו והרי שלם בפנינו, אבל הכא איתרע ליה חזקת כשרות דידיה כיון דנשרה בו עכ"ל.

ולפי מ"ש לעיל דחולין מוקי אחזקה דמעיקרא והשתא הוא דאתרע, ואפילו בנדה דודאי ראתה אמרינן דיה שעתה לחולין ולא אתרע בכך מה דעכשיו ראתה, א"כ בספק כבוש דלא אתרע מה דנשרה לפנינו, ואמרינן השתא הוא דנשרה וגם עתה עדיין אינו כבוש

ואפשר דבספק תערובות כיון שאין האיסור בגופו אלא מחמת תערובות האיסור שבו, א"כ לא אמרינן בזה חזקת היתר, דלא שייך חזקת היתר אלא היכא שהאיסור בגופו, וכמו ספק טריפה אמרינן אוקי בהמה בחזקת היתר ועדיין היתר הוא, וכן בספק טומאה שייך חזקת טהרה, אבל בזה שאין האיסור בגופו, אלא התערובת שבתוכו הוא האיסור, דלא אמרינן חתיכה נעשה נבילה אלא בבשר בחלב ולא בשאר איסורין, וא"כ גם אחר שנפל האיסור אין ההיתר נאסר אלא שהאיסור שבתוכו אסור, ולא שייך בזה חזקת היתר, דאיסור שבתוכו מעולם אסור היה וההיתר לא נאסר.

וכיוצא בזה כתב הרא"ש פרק גיד הנשה (סי' יט) במי שניקר את הגיד ולא ידענו אם ניקר כהלכתו ובשלו אותו דהוא מותר, משום דרוב מצויין אצל ניקור מומחין הן, ואינו דומה להא דאמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, כי בהמה בחייה אין לה שום היתר, לפי שאי אפשר לכזית בשר בלא שחיטה, ומש"ה קיימא בחזקת איסור עד שיודע לך במה נשחטה, אבל ירך כולה בחזקת היתר הוא חוץ מן הגיד, הלכך אמרינן ביה רוב המתעסקין בניקור מומחין הן עכ"ל, והיינו דבהמה כולה בחזקת איסור ואנו רוצין להתיר מה שנאסר עד הנה, אבל בניקור הגיד אין אנו רוצין להתיר האיסור, אלא אמרינן שהוסר הגיד ע"י ניקור, וא"כ כי היכי דלא הוי חזקת איסור בספק אם הוכר התערובות, כמו כן לא הוי חזקת היתר אם נסתפק אם נפל בתוכו איסור, כיון דאין חתיכה נעשה נבילה בשאר איסורין, אלא האיסור שנתערב הוא האיסור ואין אוסרין את המותר, ואפילו לדעת הפוסקים דאמרינן חתיכה נעשה נבילה בשאר איסורין, אינו מדינא אלא משום גזירה דבשר בחלב.

ועיין בט"ז יו"ד סי' ס"ט באשה אחת שבשלה בשר ושכחה ולא ידעה אם מלחה תחילה או לא, והעלה להתיר משום דדם שמלחו ובשלו אינו אלא מדרבנן וספיקא דרבנן לקולא ע"ש, ובנקודת הכסף השיג דכיון דאיכא חזקת איסור שלא נמלח, ובחזקת איסור לא אמרינן ספיקא דרבנן לקולא ע"ש, ולפי מ"ש אין זה חזקת איסור, כיון שהחתיכה כולה היתר אלא הדם שבתוכו, ואנו תולין שהוסר הדם ע"י מליחה, וכמ"ש הרא"ש כיוצא בזה בניקור הגיד.

ולפי זה יתיישב מאי דקשיא לן בפ"ה בדברי הרמ"א באו"ח סי' תס"ז, דאם נמצאת בעיסה אוסרין הכל דאמרינן כאן נמצא וכאן היה ע"ש, וקשיא לן דהא לא אמרינן כשעת מציאתן אלא לחומר תרומה וקדשים אבל בעלמא מוקמינן על חזקתו אע"ג דאיתרע השתא ע"ש, ואי נימא דבספק תערובות לא אמרינן חזקת היתר, והיכא דליכא חזקה אזלינן בתר שעת מציאתן לפמ"ש בפרק י"ד, אלא דצ"ע בעירובין דף ל"ג ושם משמע בספק אם נדמעו

תרומה בחולין דסובר ר' יוסי ספק עירוב כשר, ומשמע שם משום חזקת היתר, אלמא אפילו בספק תערובת מהני חזקת היתר, ואפשר דהתם מוקי בחזקתו דכשר לעירוב קודם שנדמעו, ואמרינן דגם עכשיו כשר לעירוב.

פרק ח

כתב הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז וז"ל, כתב מוהר"מ מינץ סי' צ"ה מי ששמע שמת לו מת ואינו יודע אם תוך שלשים אם חייב להתאבל, והאריך בזה כו', אך מטעם חזקה נ"ל להחמיר, דתנן בפרק כל הגט המביא גט והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים כו', והביא הרבה דינים שהולכין בתר חזקה, ע"כ י"ל העמד המת על חזקתו והשתא הוא דמת, ולא החליט הפסק, ומסיק לבסוף דאין לו ראיה ברורה לא לחיוב ולא לפטור ובתשובת מוהרי"ן לב פסק לחיוב מהאי דפרק כל הגט, וכן פסק מו"ח ז"ל כאן, ולפענ"ד לא נראה כן מכח ראיות ברורות כאשר אבאר בסייעתא דשמיא.

ראשונה דאמרינן במשנה בפסחים דף צ"א האונן והמפקח את הגל מעל האדם ואינו יודע אם ימצאנו חי או מת שוחטין עליו את הפסח, חוץ מן המפקח בגל ונמצא המת תחתיו שחייב בפסח שני שהוא טמא מתחילתו, שהרי האהיל על הטומאה משעה שהתחיל לפקח, וכתבו התוס' תימא לר"י מפקח הגל נמי חי היה כשהתחיל לפקח, וי"ל כיון שנמצא מת אית לן למימר שמתחילתו היה מת, שכל הטומאות כשעת מציאתן עכ"ל, הרי לפניך דלא אמרינן אוקי אותו בחזקת חי והשתא הוא דמת כו'.

שנית מפרק המדיר (כתובות דף ע"ד) אמר רב יהודא אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור, על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה, וקשה למה יביא ראיה לזה אמאי לא נוקים אותו בחזקת שהיה חי תחילה והשתא הוא דמת, וכן במסקנא דאמר רמי בר יחזקאל על בעל הפרה להביא ראיה שהספק נולד ברשותו, תיפוק ליה דאוקי החמור בחזקת שהיה חי, כהאי דפרק כל הגט דלעיל, מאי שנא חזקת אדם חי או בהמה חיה.

שלישית ממ"ש הטור ושו"ע אה"ע סי' י"ז מצאו הרוג ומכירין אותו בטביעות עין ואין יודעין מתי נהרג, י"א שתולין שנהרג תוך ג' ימים ומעידין עליו ויש אוסרין, ומבואר בב"י בשם הרשב"א דאזלינן לחומרא שמא כבר נהרג, וקשה אמאי לא נימא השתא הוא דמת דנוקמיה בחזקת חי עד השתא, כהאי דפרק כל הגט.

וע"כ לתרץ הני תלתא קושיות אלימתות, דעד כאן לא אמרינן בפרק כל הגט דמוקמינן ליה בחזקת חי אלא כל שלא ידענו עדיין שמת, משא"כ בהני תלת מילי דהשתא ודאי מת

שפיר אמרינן דכבר היה מת וכמשמעות לשון התוס' בפסחים שהבאתי, ואין להקשות מאי שנא משאר חזקות דאמרינן חזקה אפילו בכה"ג כגון במקוה דפריך בריש נדה נימא השתא הוא דחסר, וכן בסי' פ"א בגבינות דאמרינן השתא הוא דנטרפה, וכן בכמה דוכתי, נראה לענ"ד לומר דשאני במיתה דכל חי עומד למות והוא מועד לכך בלא ספק, ע"כ שפיר אמרינן דודאי כל זמן שאינו מבורר שמת אזלינן בתר חזקת חי, אבל כשמבורר שמת אזלה החזקה לומר השתא הוא דמת, דאדרבא אמרינן שמעיקרא מת כיון שעומד לכך כו' עכ"ל, וע"ש.

ולענ"ד כל זה הוא נגד דברי תוספות שכתבו בפירוש בריש נדה [ב] ובעירובין דף ל"ה. ובפרק המדיר (כתובות דף ע"ו.) דמאי דתנן נגע באחד בלילה וכו' וחכמים מטמאין שכל הטומאות כשעת מציאתן אינו אלא לחומר קדשים ע"ש, ומבואר דאפילו במת לא אמרינן כשעת מציאתן אלא לחומר קדשים.

וכן משמע מריש נדה דאמרו דיה שעתה ומשום דמוקי לה בחזקתה והשתא הוא דראתה וכמו שמבואר בגמ' ריש נדה, ואף ע"ג דנדה עלולה ומועדת לכך לראות, ואפילו הלל דסובר מפקידה לפקידה אינו אלא לחומר קדשים וכמ"ש תוס' שם.

וכן מוכח בהא דאיפלגי רב ושמואל בפרק עשרה יוחסין גבי קידשה אביה בדרך וקידשה היא עצמה בעיר דאמר רב הרי היא בוגרת לפנינו, ושמואל אמר חוששין לקידושי שניהם ע"ש, ומדאמר שמואל חוששין לקידושין ולא מוקי לה בחזקה דכשעת מציאתן אע"ג דעומדת לכך ביומא דמשלם שית, ואפילו ר"ג דאית ליה הרי בוגרת לפנינו כבר כתב רש"י דטעמא משום דיומא דמשלם שית לית לה חזקת נערות כלל, ותוס' פירשו שם דרוב פעמים רגילות להביא מצפרא, וכ"כ תוס' ריש נדה ע"ש, ומבואר דאי לאו הני טעמי גם רב היה מודה דלא אזלינן בתר השתא ואע"ג דמועדת לכך ובודאי היום תבואינה סימני בוגרת.

ועוד קשה לפי מ"ש הט"ז טעמא דשמואל על בעל החמור להביא ראיה דאזלינן בתר השתא ומשום דעומד לכך, א"כ תיקשי דשמואל אדשמואל דס"ל בפרק עשרה יוחסין חוששין לקידושי שניהם ולא מוקי לה בחזקת דשעת מציאתן ואע"ג דעומדת לכך, ואפילו ביומא דמשלם שית דליכא חזקת נערות כלל וכמ"ש רש"י שם, ומכ"ש במת דאיכא חזקת חי כל זמן שלא מת דלא אזלינן בתר השתא.

וכן מוכח בתוס' פרק גיד הנשה (חולין דף צ"ו) דהוכיחו בש"ס שם דטביעות עין עדיף מסימנים, דאילו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא והאי סימנא קטל נפשא לא קטלינן ואילו אמרי אית לן טב"ע בגויה קטלינן ליה, וכתבו תוס' ז"ל וא"ת והלא משיאין

את האשה ע"פ סימן להך לישנא דאמר רבא סימנים דאורייתא בפרק בתרא דיבמות, ואם לאחר שנשאת באו עדים שזינתה קטלינן לה דסמכינן אסימנין להחזיקה באשת איש מן השני, ואפילו נתבררה בעדים שבעלה הראשון כבר היה מת בשעת הזנות, ולא אמרינן שמא בעלה היה חי בשעת קידושין ואין קידושיו קידושין, וי"ל דבכה"ג נמי לא סמכינן אסימנין למיקטליה ולהחזיקה באשת איש מן השני אלא אמרינן שמא בעלה היה חי ולא היה קידושיו קידושין, וכן אם נשאת על פי ע"א וזינתה לא קטלינן לה אע"פ שבעלה הראשון כבר היה מת בשעת הזנות דלאו לכל דבר מהימנינן ליה, דאין האחין יורדין לנחלה על פיו וגם צרתה אסורה עכ"ל, ואי נימא דבמת אזלינן בתר השתא וכשעת מציאתן א"כ אמאי לא קטלינן לה כשנתברר שכבר היה מת בשעת הזנות, אלא דמספקא אם מת היה בשעת קידושין דשני או חי היה, וכיון דאזלת בתר שעת מציאתן במת, א"כ כי היכי דהשתא מת כבר היה מת בשעת קידושין דשני, ומוכח מזה דבמת נמי לא אזלינן בתר השתא.

ולכן נראה כדברי הש"ך בנקודת הכסף דהוא סותר שם כל ראיות הט"ז ע"ש, וכן נראה מהא דתנן סוף פרק מי שאחזו (גיטין עו, ב), כתבו לאחר שנים עשר חדש ונתנו לאחר שנים עשר חדש ומת, אם הגט קודם למיתה הרי זה גט ואם המיתה קדם לגט אינו גט, ואם אינו ידוע זו היא שאמרו מגורשת ואינה מגורשת ע"ש, ומוכח מזה דגם במת לא אזלינן בתר השתא, דאי נימא כשעת מציאתן הוה ליה מיתה קודם לגט ואינה מגורשת ודאי.

אלא דלכאורה קשיא לפי מה שנתבאר דבמת נמי אזלינן בתר חזקת חי ואמרינן השתא הוא דמת, א"כ ליהוי מגורשת ודאי, והר"ן כתב שם בפרק מי שאחזו וז"ל ואם אינו ידוע לא מוקמינן בחזקת חי כיון דמת לפנינו ע"ש, ומה בכך דמת לפנינו כיון דאמרינן השתא הוא דמת ונראה משום דהתם איכא כנגדו חזקת אשת איש ולא נתגרשה ומשום הכי הוי ספק, ומזה נראה ראיה למה שכתב הרמב"ם פ"ה מתרומות (פ"ה מהל' תרומות ה"כד) גבי חבית דתרתי לריעותא לא הוי אלא ספק וכמ"ש בפ"א ע"ש, דאי נימא דתרתי לריעותא הו"ל ודאי א"כ תיהוי אינה מגורשת ודאי כיון דהיא בחזקת אשת איש והרי מת לפניך והו"ל כמו מקוה שנמדד וע"ש מ"ש פ"א.

מיהו אפשר ליישב גם לדעת התוס' והרשב"א דס"ל בתרתי לריעותא דהו"ל ודאי, היינו משום דבמקוה שנמדד ונמצא חסר, חזקת טמא הו"ל חזקה שלימה לומר דהוא עדיין טמא, וחזקת המקוה אינה שלימה כיון דעכשיו חסר לפניך משום הכי הו"ל ודאי, אבל הכא כשם דחזקת חי חסר לפניך, ה"נ חזקת אשת איש חסר לפניך דהשתא מיהת פנויה

היא, ומש"ה אינה ודאי והו"ל ספק מגורשת, אלא דאכתי תקשי דנוקי לה בחזקת זקוקה ליבם ובחזקת היתר ליבם, וכדאמרינן פרק ארבעה אחין (יבמות דף ל') ע"ש, וזה הוי חזקה שלימה דעדיין בחזקת היתר ליבם היא וחזקת חי חסר לפניך, ועמ"ש שמעתא ה' פ"ז.

פרק ט

כתב בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' י"א וז"ל, לאה שנתקדשה לראובן ומיאנה בו, ועמדה ונתקדשה לשמעון, וכת אחת מעידה שהיתה קטנה בשעת קידושי ראובן וכת אחת מעידה שהיתה גדולה, יורנו המורה לצדקה אם היא אסורה לשני מטעם ששני כתות המכחישות זו את זו, או אם נאמר יגרש ראובן וישא שמעון, או אפילו איפכא תשובה ריש מסכת נדה שמאי אומר כל הנשים דיין שעתן הלל אומר מפקידה לפקידה ע"ש, ומסוגיא דהתם משמע בין לשמאי בין להלל היכא דליכא ריעותא בגופה אזלינן בתר חזקה קמייתא, ודוקא התם בנדה משום דאית לה ריעותא בגופה ואע"ג דהשתא היא טמאה לפנינו אמרינן העמד דבר על חזקתו, וכך הם דברי התוס' שם, ומינה לנידון דידן אע"ג דאשה זו הרי היא גדולה לפנינו אמרינן העמד דבר על חזקתו שהיתה קטנה בשעת קידושי ראובן בחזקתה קמייתא וכו'.

אלא מיהו ביבמות פרק אלמנה לכ"ג (יבמות דף סז.) שנינו העובר והיבם והאירוסין והחרש ובן ט' שנים ויום א' פוסלין ולא מאכילין, ומסיים סיפא דמתניתין ספק בן ט' ספק אינו, פוסל ואינו מאכיל, והקשו שם התוס' ולמה לא נעמידנה בחזקתה הראשונה שהיה פחות מבן ט', ותירצו דכיון דהשתא דאתי קמן הוא ודאי בן ט' אעפ"י שהיה ספק כשבא עליה לא מוקמינן אחזקה דחזקה קמייתא איתרע לה ומיהו דברי התוס' דיבמות אינם סותרים מ"ש שם בנדה, והדברים פשוטים ומבוארים למבין, דהתם בנדה לא הורעה חזקתה כלל, שהרי לא באנו לכלל ספק עד שראינו ודאי טמאה, מהך דיבמות בשעה שבא עליה פסול זה היינו מסופקים אם היה בן ט' או לא ובאותה שעה הורעה חזקתו הראשונה, אעפ"י שאם היינו דנים אז על הדבר היינו מעמידין אותו על חזקתו הראשונה, השתא שבא לפנינו כשהוא ודאי בן ט', לגבי השתא חזקתו הראשונה הורעה, ואין לטעות ולומר דהא דאמרינן ספק בן ט' פוסל היינו מספיקא דאזלינן לחומרא, דאי מספק הו"ל לאוקמי אתתא בחזקת כשרות ולמה נפסלה, א"כ בנידון דידן כיון דהשתא היא גדולה לפנינו, בשעת הקידושין נפל הספק אם היתה קטנה או גדולה, אזלינן בתר השתא שהיא גדולה ולא בתר מעיקרא דחזקה קמייתא איתרע לה, כההיא דספק בן ט' דסתם מתניתין היא וליכא מאן דפליג עלה.

אך בקידושין פרק האומר גבי ינאי כו', ופיר"י דתרי ותרי ספיקא דרבנן היא, וכיון שכן השתא בנידון דידן נמי כיון דתרי ותרי הוא לא אזלינן בתר השתא וניחוש לקידושי שניהן ואפשר דבהא אזלינן בתר השתא אפילו בשל תורה, ולא אמרינן דמחמירין אלא דוקא היכא שהספק בא אחר החזקה כי האי דהתם חזקת כשרות קדמה ואח"כ נפל הספק ומרע לה לחזקת כשרות, אבל היכא שהספק קודם ועכשיו הרי היא גדולה לפנינו, לא אתי ספק ומרע לה להאי דהשתא, הלכך אפילו בכל התורה אזלינן בתר השתא, עד כאן תורף דברי מורי הרב זלה"ה שמצאתי כתוב בכתב יד.

ובמהרי"ט שם האריך להשיב על דברי הרב ע"ש, ותורף דבריו בישוב קושיית [ה]רב מתוס' יבמות לתוס' נדה ז"ל, מעתה צריך ליישב הך דיבמות דלא תקשי אכולהו סוגיא דאמרי בתלמודא דמוכח מיניהו דאזלינן בתר חזקה קמייתא אלא היכא דאיכא תרתי לריעותא כו', ונראה דהך דיבמות דמיא לנדה דמטמאה מעת לעת ולא אזלינן בתר חזקה כדמפרש טעמא בגמרא, כיון דמגופה קא חזיא אתרע לה חזקתה, ופי' רש"י כיון דמגופה קא חזיא מועדת ועלולה היא לכך ואין לה חזקת טהרה, אלמא כל שהיא מעותדת ומועדת לכך אין לה חזקה, דמעיקרא נמי להכי קיימא, וה"נ בספק בן ט' אין זו חזקה מה שמתחילה קטן היה, דמעיקרא נמי להכי קאי ובכל יום גדול ואתאי ומיהו אם השתא דאתי לקמן נמי לא ידעינן אם הוא בן ט' אי לאו, ודאי טפי הוי לן לאוקמי אתתא בחזקת כשרות, להכי כתבו תוס' כגון דהשתא דאתא קמן הוא ודאי בן ט' וכיון שכן הורעה חזקתו הראשונה, וחזקת כשרות נמי הורעה שנאמר כמו שהוא עכשיו אפשר שהיה כן מקודם ונפסלה בביאתו וכו'.

ובהא דכתבתי ניחא לי הא דאמרינן ריש פרק האשה רבה (יבמות פח, א) גבי הוחזקו להיות משיאין את האשה עד מפי עד מפי אשה, דסברא הוא מידי דהוי אחתיכה ספק חלב ספק שומן ואתא ע"א ואמר ברי לי דשומן הוי דמהימן, ודחי תלמודא מי דמי התם לא אתחזק איסורא הכא אתחזק איסורא דאשת איש, אלמא דע"א לא מהימן היכא דאתחזק איסורא, והא דע"א נאמן באיסורין מנדה ילפינן לה כדאמרינן פרק המדיר כו' והתם אע"ג דאתחזק איסורא, אלא שיש עלינו לומר דהך חזקה דנדה לאו חזקה היא, שיודעים אנו שלסוף ימיה ישלמו לה ימי טומאתה, הלכך כי אמרה נמי שלא ראתה עוד ולא סתרה מניינה מהימנה, אבל חזקה דאיסורא דאשת איש אינה עשויה להתבטל וחזקה אלימתא היא, ומינה לכל חזקה דתלויה בזמן כגון זו שהשנים גורמים לאו חזקה מיקרי, וכיון שהעלינו שאין כאן חזקה הויא לך הך אתתא דנידון דידן ספיקא ואזלינן

בה לחומרא, דומיא דמעת לעת שבנדה דתולין לא אוכלין ולא שורפין, ה"נ תלינן בה וחיישינן לקידושי שניהם, עד כאן תורף דברי מוהרי"ט.

והמוהרי"ט שם סי' מ"א סובב הולך על קוטב סברא זו דספק קטנות לאו חזקה היא, דדמיא לנדה כיון דמגופה קא חזיא אלמא כל שהיא מועדת לכך לאו חזקה מקרי, והביא שם ראיה מהא דאמרינן בפרק בתרא דנזיר (דף סד.), אהא דתנן שחזקת הטמא טמא וחזקת הטהור טהור, ואמרינן התם נזיר ועושה פסח שהלכו בקבר התהום בשביעי שלהם טהורים, וא"ל רבא מודינא לך בעושה פסח דלא מחוסר כלום, א"ל אביי הא מחוסר הערב שמש, א"ל שמשא ממילא ערבא, מוכח לה דכל חזקה העשויה להשתנות אינה חזקה, ואע"ג דבמעת לעת שבנדה לא מטמאין לה אלא לקודש אבל לא לחולין, לאו היינו משום דמוקי לה אחזקתה, אלא כדכתבו תוס' בריש נדה דלא ילפינן מסוטה לטמא למפרע, מאחר דבאותו שעה עדיין לא היה שום ספק טומאה לא מטמאין למפרע וע"ש.

שוב מצינו במוהרי"ט סי' נ"א ושם האריך הרחיב להחכם השלם כמהר"ר משה קאשטאליץ ז"ל שם, עוד תמה על מה שכתבתי דהא דלא מטמאין בנדה לענין חולין לאו משום דמוקי לה אחזקתה אלא משום דלא ילפינן מסוטה לטמאה למפרע, ואמר שהעלמתי לשון תוס' שכתבו אבל לחולין אוקמה אחזקתה כו', ומה חרד עלינו את כל החרדה הזאת, כי אני אמרתי דאי לאו מטעמא דהך טומאה דמעת לעת קיל טפי משום דלמפרע הוא לא הוי סמכינן אהאי חזקה דלאו חזקה היא אלא משום דטומאה קלה היא, כדאמרינן הנח מעת לעת דרבנן דמדאורייתא ליכא למילף מסוטה אמרינן אוקי אחזקה, ובקונטרס שלי הבאתי ההיא דהנח מעת לעת דרבנן שהביא הוא אח"כ במה שהקשה על עצמו, וטעמא משום דלא ילפינן מסוטה הוא כדכתבתי, עכ"ל מוהרי"ט.

והנה אחרי עיוני בדברי הרב רבו של מוהרי"ט, וגם במה שכתב מוהרי"ט מדנפשיה ליישב דברי התוס' יבמות בספק בן ט', לפי מה שיבואר לקמן דאפילו היכא דליכא חזקה דמעיקרא אפ"ה לא אזלינן בתר השתא ושעת מציאתן, ומשום דחזקה דהשתא לאו שמיה חזקה כלל אלא לחומר קדשים, ושם יבואר דהוא שיטת תוס' ע"ש פי"ד, א"כ תו ליכא לפרש כמו שמפרש רבו דמוהרי"ט בספק בן ט' משום דליכא חזקה דמעיקרא, דהא אפילו היכא דליכא חזקה דמעיקרא נמי לא אזלינן בתר השתא.

גם מה שכתב רבו דמוהרי"ט בענין תרי ותרי דהו"ל עכ"פ ספיקא דרבנן, דהיינו דוקא בחזקה דמעיקרא אבל בחזקה דהשתא מוקי לה בחזקה זו אע"ג דאיכא תרי ותרי, תמה אני דהא חזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא, דהא היכא דאיכא חזקה דמעיקרא

אזלינן בתרה ולא בתר השתא, וכיון דתרי ותרי מפקי מחזקה קמייתא מכ"ש מחזקה דהשתא.

וכן נראה ראיה לזה מדברי תוספות פ"ב דכתובות ע"ש דף כ' ד"ה אלא אמר רב נחמן אוקי תרי בהדי תרי, וא"ת ולרב נחמן אמאי לא מגבינן ביה בשטרא הא סבר רב נחמן כרב הונא בשני כתי עדים המכחישים זו את זו דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה כו', וי"ל דהתם באה כל אחת בפני עצמה ומעידה משום דמוקמת כל אחת בחזקת כשרות, אבל הכא שאומרים קטנים היו או קרובים משנולדו עד שנתרחקו עתה ליכא למידק אוקי אחזקתיה דפסלי אותן משנולדו עכ"ל, והא עכשיו נתרחקו וכשרים לפנינו וכמ"ש תוס' עד עתה שנתרחקו, וכ"כ תוס' שם ד"ה ואם כת"י יוצא ממקום אחר דעתה מודים שהם כשרים, דאל"כ אמאי אין נאמנים ע"ש, ואי נימא דבתרי ותרי אזלינן בתר השתא, א"כ כיון דלפנינו כשרים ניזל בתר השתא, אלא מוכח דלא אזלינן בתר חזקה כלל בתרי ותרי ודוק, וגם מוהרי"ט השיב על סברת רבו דיותר עדיפא כחה דחזקה דמעיקרא מחזקה דהשתא.

פרק י

ובעיקר סברת מוהרי"ט במה שהעלה דחזקה העשויה להשתנות לאו חזקה היא, וכתב לפרש בזה דברי תוס' בספק בן ט' ומשום דחזקת קטנות לאו חזקה כיון דסופו ליגדל, ועיקר ראייתו מנדה דמטמאה מעת לעת ולא הוי חזקה כיון דעלולה לכך לא הוי חזקה, והא דטהורה לחולין לאו משום חזקה אלא משום דלא ילפינן מסוטה טומאה דלמפרע, המעיין בתוס' יראה דע"כ אינו אלא מטעם חזקת טהרה, וע"ש דקשיא להו אמאי טהורה לחולין אפילו ברשות היחיד, דהא ברשות היחיד ספיקו טמא אפילו היכא דאיכא חזקת טהרה, וכתבו בתירוצם משום דלא ילפינן מסוטה טומאה דלמפרע ע"ש, והיינו כיון דאינו דומה לסוטה דהוא להבא מש"ה ממילא טהור משום חזקה, ואי לאו משום חזקה, נהי דלא יליף מסוטה טומאה דלמפרע ליהוי ממילא כמו כל הספיקות היכא דליכא חזקה ספיקו להחמיר.

ומוהרי"ט נראה דמפרש דילפינן מסוטה דומיא דסוטה שהוא להבא אבל למפרע טהור, וכמו דיליף רה"ר לטהר לפי שאינו דומה לסוטה שהוא ברשות היחיד דוקא, וכמו שאמרו לענין דבר שאין בו דעת לישאל דומיא דסוטה, וכל שאינו דומה לסוטה הלכתא גמירי בטומאה דספיקו להקל.

ומצאתי כזה בחידושי הר"ן ריש פרק קמא דנדה וז"ל, והלל אומר מפקידה לפקידה כו', והלל כי אמרו העמד דבר על חזקתו ואפילו לתרומה וקדשים היכא דלית לה ריעותא

מגופה, והך אשה כיון דמגופה קא חזיא לא אמרינן אוקמה אחזקה אלא חיישינן, הלכך בחולין אע"ג דאיכא למיחש במלתא, כיון דלא מכרעת מלתא דטמאה מוקמינן טהרות אחזקתיה כו', ויש מפרשים דאע"ג דליכא חזקה מיהו הו"ל ספק טומאה ומסוטה גמרינן מה התם מכאן ולהבא ולא למפרע אף כל ספק טומאה לא מטמאין למפרע אלא משום מעלה דקדשים עכ"ל, וא"כ דברי מוהרי"ט נמי על דרך זה דילפינן מסוטה לטהר טומאה דלמפרע וכמ"ש.

אמנם מדברי התוס' נראה דלא ילפינן מסוטה לטמא למפרע אבל לא לטהר למפרע אלא משום חזקה וכמ"ש וראיה ברורה לזה דבתוס' שם ריש נדה הקשו דנדה ברשות הרבים אמאי טמא לקדשים כיון דילפינן מסוטה לטהר אפילו ליכא חזקה, וכמו דמטהר בנדה לקדשים בדבר שאין בו דעת לשאול, ותירצו דלא ילפינן מסוטה לטהר ברשות הרבים היכא דהיא עכשיו טמאה, משא"כ דבר שאין בו דעת לשאול דלא מסוטה יליף אלא מדרב גידל וע"ש בדבריהם, ואי נימא דיליף מסוטה לטהר בטומאה א"כ בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים אמאי טמא לקדשים, דהא כיון דיליף מהלכה א"כ אפילו לקדשים ותרומה טהור, אלא ע"כ מוכח דלא יליף כלל למפרע מסוטה לא רשות היחיד ולא רשות הרבים, וכיון דלא ילפינן לא לטהר ברשות הרבים ולא לטמא ברשות היחיד אוקי אדינא לטהר משום חזקה, ולקדשים החמירו דלא ליהני חזקה, אבל היכא דילפינן לטהר אפילו ליכא חזקה אפילו לקדשים טהור כמו בדבר שאין בו דעת לשאול.

ועוד נראה ראיה ברורה דע"כ מעת לעת שבנדה מדין חזקה הוא, דאי מסוטה יליף לטהר טומאה דלמפרע, א"כ לאוסרה על בעלה דזה אינו ענין לטומאה אמאי טהורה, דהא כתבו תוס' פרק קמא דב"ק דף י"א ד"ה אין מקצת שליא בלא ולד, והקשו היכי דמי אי ברשות הרבים אפילו חד ספיקא טהור ואי ברשות היחיד אפילו ס"ס טמא, ותירצו דשמעתין איירי לאוסרה על בעלה ע"ש.

ומבואר דלאוסרה לבעלה לא יליף מסוטה לא לרשות היחיד ולא לרשות הרבים, ועיין מ"ש בשמעתא א' פרק י', וא"כ תיקשי הא דתנן פרק קמא דנדה דף י"ד במשנה שם נמצא לאחר זמן מביאין אשם תלוי, אחר אחר פטורין מן הקרבן ע"ש, ואמאי הא בנדה אמרת דליכא חזקה ומשום דעלולה לכך, ומסוטה לא יליף אלא טומאה ולא איסור נדה לבעלה, א"כ אפילו באחר אחר נמי יביאו קרבן, ע"כ מוכח דבנדה נמי איכא חזקה ואע"ג דעלולה לכך ועשויה להשתנות, ומש"ה באחר אחר מוקי בחזקת טהרה, ולאחר זמן כיון דנמצא בכדי שתרד מן המטה איתרע חזקתה מש"ה מביאין אשם תלוי, וזה ראיה ברורה ודו"ק.

פרק יא

ומה שכתב מוהרי"ט ראיה לדבריו מהא דאשה נאמנת לספור ז' נקיים דכתיב וספרה לה ואיך היא נאמנת כיון דאתחזק איסורא, וע"כ כיון שיודעין לסוף ששלמו ימי טומאתה, אמנם כבר הקשו תוספות קושיא זו ברישׁ גיטין (דף ב.) ומתרצו לה בד"ה ע"א נאמן באיסורין, וא"ת מנ"ל דע"א נאמן באיסורין, וי"ל דילפינן מנדה דדרשינן סוף פרק המדיר וספרה לה, וא"ת א"כ אפילו אתחזק איסורא, וי"ל דאינה בחזקת שתהא רואה כל שבעה וכשעברו שבעה טהורה ממילא ולא אתחזק איסורא וגם בידה לטבול, וכ"כ תוספות פרק האשה רבה (יבמות דף פ"ח) ד"ה ברי לי דשומן מהימן וז"ל, יש מפרשים דגמרינן מנדה דאמר בהמדיר וספרה לה לעצמה, וא"ת א"כ אפילו אתחזק איסורא נמי ואומר ר"י נדה שעכשיו ראתה מכל מקום לא אתחזק איסורא שתראה כך לעולם עכ"ל, והיינו דאע"ג דהוחזקה להיות רואה ג' או ד' ימים, לא הוחזקה שתראה כך לעולם, ולכן כי אמרה שפסקה מלראות אינו נגד חזקה ונאמנת, והיינו דבחזקת אשת איש אמרינן כיון שנתקדשה וכבר היתה אשת איש עדיין בחזקה זו קיימת עד שיבורר לך שיצאתה מחזקתה הראשונה, אבל בנדה זה לא הוי חזקה במה שראתה יום אחד שתראה עוד, כיון דלמחר הוא ראייה אחרת ולא הוי חזקת איסור ומש"ה נאמנת, אלא דאכתי תיקשי מטבילה דהיא בחזקת טומאה הראשונה דכל זמן שלא טבלה בטומאתה היא, לזה כתבו התוס' דהטבילה בידה, ועיין חידושי מהרש"א רישׁ פ"ק דגיטין שם.

ובחידושי הרמב"ן רישׁ פ"ק דגיטין כתב וז"ל ע"א נאמן באיסורין, ויש מפרשים משום דכתיב וספרה לה, וקשיא לי התם אתחזק איסור שאפילו פרסה נדה עמו במטה או שיולדת סופרת לעצמה ונאמנת על טבילתה ונגמור מיניה דע"א נאמן באיסורין ואפילו אתחזק איסורא, ובתוס' תירצו דהתם בידה לתקן שתספור ותטבול אע"פ שאין בידה לתקן עכשיו אם לא שלמו ימיה מ"מ יכולה היא לספור ולטבול, וכל שבידה לתקן ע"א נאמן אע"ג דאתחזק איסורא כדאמרינן פרק האשה רבה עכ"ל, וביאור דברי הרמב"ן עמ"ש בשמעתא ו' פי"ח, והרי מבואר מדברי התוס' והרמב"ן דחזקה העשויה להשתנות הו"ל חזקה, דהא אע"ג דידוע ששלמו ימי טומאתה אפ"ה הוי חזקה, ולזה כתבו טעמים אחרים ליישב הא דנאמנת בספירה.

ובמוהרי"ט שם סי' מ"א הביא עוד ראיה דספק קטנות לא הוי חזקה כיון דסופו ליגדל, מהא דכתב הר"ן בתשובותיו במקוה שהוחזק להיות מימיו מתמעטין ולעמוד על פחות מארבעים סאה, וטבלה בו, דצריכה לחזור ולטבול כל זמן שלא ידענו בודאי שבשעה שטבלה היה בה ארבעים סאה, אלמא דחזקה העשויה להשתנות לא הוי חזקה, וא"כ

מכ"ש חזקת קטנות ע"ש ואינו ראיה לענ"ד, דהתם במקוה כבר הוחזק להיות מימיו מתמעטין בפחות מארבעים סאה, א"כ חיישינן שמא בשעה שטבל כבר היה נתמעט בפחות מארבעים סאה כיון דדרכו כבר בזה, ועוד עשויה להתמעט בפחות מארבעים סאה, אבל בספק קטנות עדיין לא הוחזק מעולם להיות גדול בן ט', וכיון דמעולם לא היה בן ט' מוקי לה בחזקתו שעדיין אינו בן ט', והר"ן לא כתב אלא במקוה שהוחזק להיות מתמעטין בפחות מארבעים סאה, אבל במקוה שהוחזק להיות מימיו מתמעטין וחוסרין והולכין אבל לא הגיע מעולם לשיעור פחות מארבעים סאה לא חיישינן לה, ואע"ג דזה דרכו להיות פוחת והולך, ומוקי המקוה בחזקתו שלא נפחת משיעור ארבעים סאה אע"ג דדרכו להיות חסר, וא"כ ה"ה בבן ט' אע"ג דדרכו מעולם להיות גדול והולך, כיון דלא היה בחזקת גדול בן ט' מוקי ליה שפיר בחזקתו דעדיין אינו בן ט', וצ"ע.

ועוד דהמעיין בתשובת הר"ן יראה דהתם טעם אחר איתא בגויה ע"ש, הובא בב"י תשובת הר"ן ז"ל, כתב הר"ן שנשאל על מקוה שהוחזק להיות בו ארבעים סאה וטבלו נשים בתוכה ולמחרת נמדד ונמצא כשיעור מכוון כו', אם הוחזק להיות מימיו מתמעטין ולעמוד על פחות מארבעים סאה, קרוב הדבר שאין לסמוך על חזקתו הראשונה אעפ"י שעכשיו ג"כ נמצא שלם וצריכה לחזור ולטבול, וראיה מדגרסינן פרק עשרה יוחסין (קידושין דף עט), איתמר קדשה אביה בדרך וקדשה היא עצמה בעיר והרי היא בוגרת, רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חוששין לקידושי שניהם, ואמרינן עלה לימא כתנאי מי מוציא מיד מי, הוא מוציא מידם בלי ראיה והן אין מוציאין מידו בלא ראיה דברי ר' יעקב, ר' נתן אומר אם בריא הוא עליו להביא ראיה שהיה שכיב מרע ואם שכ"מ הוא עליהם להביא ראיה שבריא הוא, נימא רב דאמר כר' נתן ושמואל דאמר כר' יעקב, אמר לך רב אנא דאמרי כר' יעקב עד כאן לא קאמר רבי יעקב התם דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו אבל הכא מי נימא העמד גוף על חזקתו, וקיי"ל כר' יעקב, וטעמא משום דכיון דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו לא אמרינן העמד אדם זה בחזקתו חזקת בריא כמו שהיה מתחילה ואעפ"י שעכשיו ג"כ בריא, לפי שאותה חזקה עשויה להשתנות שהרי החולי מצוי, ולפיכך אפילו עכשיו נמי בריא אין אומרים חזקה מבטלת חזקת ממון, וה"נ אם מקוה זה הוחזק להיות מימיו מתמעטין ולעמוד על פחות מארבעים סאה אין חזקתו הראשונה שהוחזק להיות בו ארבעים סאה מוציא הטמא מחזקתו ואיכא למימר העמד טמא על חזקתו ואימר לא טבל, ולפיכך אם הוא מוחזק להיות מימיו מתמעטין ולעמוד על פחות מארבעים סאה כו', אבל אם לא הוחזק להיות

מימיו מתמעטין כל כך שיעמדו בפחות מארבעים סאה, אעפ"י שפעמים מימיו עולין ופעמים מתמעטין מה בכך, עכ"ל.

ומבואר מדברי הר"ן דלא אתי עלה אלא משום חזקת טמא, והוא נמי טעמא דר' יעקב משום חזקת ממון, דכיון דעשויה להשתנות הו"ל כמו התם בדר' יעקב דהחולי מצוי, ומבואר דהיכא דליכא חזקה כנגדה הו"ל חזקה מעליא אע"ג דעשויה להשתנות, והיכא דלא הוחזק להיות מתמעטין בפחות מארבעים סאה, אע"ג דפעמים עולין ופעמים מתמעטין, אע"ג דאיכא חזקת טמא אפ"ה אין צריך טבילה אחרת כיון דלא הוחזק להיות הפחת בפחות מארבעים סאה, וא"כ חזקת קטנות דלא הוחזק בגדלות של ט' וגם אין חזקה כנגדה הו"ל ודאי חזקה מעליא.

ובמרדכי פרק מי שמת כתב וז"ל, נשאל לרבינו מאיר על ראובן ששכר את שמעון ללמד את בנו, ואמר לו אני עם הארץ ואיני יודע אם תדע ללמוד את בני, לך אצל קרובי לוי שינסה אותך ואם יאמר שאתה יודע בא אלי ללמד את בני, ושוב בא ולימד את בנו, ואח"כ נודע לראובן שלא הלך שמעון אצל קרובו לנסותו ולא רצה ליתן שכרו ודחהו ימים רבים, עד שלבסוף ירד עמו לדין וטען שמעון מידי הוא טעמא אלא משום שהיה לי לילך אצל לוי לנסות אם אני יודע ללמד את בנך, אני רוצה להוכיח עכשיו שאני יודע ללמד את בנך, ולראובן היה לו עד אחד שאמר שלא היה יודע ללמד את בנו באותו שעה, והשיב נראה לי שהדין עם שמעון, והבאתי ראיה מכאן, דכי היכי דאמר הכא אם בריא הוא עכשיו עליו להביא ראיה ששכ"מ היה, דכי היכי דהוי עכשיו אמרינן מעיקרא נמי הכי הוי אפילו לאפוקי ממונא, הכי נמי בנידון זה, כיון דהשתא ידע יש לומר מעיקרא נמי הוי ידע, דהלכתא כר' נתן דהוי דיינא ונחית לעומקא דדינא, כדמשמע פרק מי שמת, ואפילו למאי דדחי תלמודא דכו"ע בחזקת בריאים, ה"נ נימא דכ"ע המשכירין עצמן ללמד יודעין, כ"ש זה שהתנה מעיקרא ע"מ שידע ללמדו, דמלתא דעבידי לגלויי לא משקרי אינשי, הלכך לא אמרינן שוב למד אלא כי היכי דהשתא יודע ה"נ מעיקרא נמי ידע עכ"ל, והרמ"א בחו"מ סי' של"ה פסק שם כן במלמד ע"ש.

פרק יב

והא דפסק הרמ"א כדברי המרדכי אע"ג דאנן קיי"ל כר' יעקב כמבואר בשו"ע סי' רנ"א סעיף ב' ברמ"א שם, דלפי מ"ש בשם הר"ן בתשובה טעמא דר' יעקב אינו אלא לפי שאותה חזקה עשויה להשתנות, שהרי החולי מצוי ולפיכך אפילו עכשיו נמי בריא אין אומרים חזקה מבטלת חזקת ממון, ובמלמד כיון דרוב המשכירין עצמן ללמוד יודעין הן, אמרינן שפיר למיזל בתר השתא כיון דאיכא נמי רובא בהדיה דרוב המשכירין

עצמן ללמוד יודעין הן, וכהאי דרוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן, והך רוב אינו מצוי להשתנות ומשו"ה אזלינן בתר השתא, אפילו לדידן דקיי"ל כר' יעקב, ומשום דעד כאן לא קאמר ר' יעקב אלא בשכיב מרע, ומשום דאף ע"ג דרוב בריאים הם, מכל מקום כיון דהחולי מצוי ועשוי להשתנות לא מהני הך רובא, וכמ"ש בתשובת הר"ן וזה ברור.

ובפרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ט) בפלוגתא דרב ושמואל דסבר רב הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל סבר חוששין לקידושי שניהם, נימא כתנאי דתניא מי מוציא מיד מי, הוא מוציא מהם בלא ראיה והן אין מוציאין מידו בלא ראיה דברי ר' יעקב ר' נתן אומר אם בריא הוא עליו להביא ראיה כו', נימא רב דאמר כר' נתן ושמואל דאמר כר' יעקב, אמר לך רב אנא דאמרי אפילו כר' יעקב עד כאן לא קאמר [אלא] התם דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו אבל הכא מי נימא העמד גוף על חזקתו, וכתבו תוס' ריש נדה [ב. ד"ה השתא] בטעמא דרב דאמר הרי בוגרת לפנינו דהיינו משום דרגילות הן לבוא מצפרא, והא דקאמר לימא רב דאמר כר' נתן, היינו משום דהתם נמי רוב העולם בריאים הם ואית לן למימר דבריא היה כמו שהוא עכשיו, וכ"כ תוס' בקידושין שם ע"ש ולפי מ"ש בתשובת הר"ן דטעמא דר' יעקב משום דחזקת בריאים עשוי להשתנות והחולי מצוי, א"כ רב שפיר מצי קאמר כר' יעקב ומשום דרובא דמצפרא אינו עשוי להשתנות, אלא דלפי מ"ש פי"א אפילו עשוי להשתנות לא מרע בכך אלא משום דאיכא חזקה בהדיה חזקת ממון, וא"כ צריך לומר ע"כ לא קאמר ר' יעקב אלא משום חזקת ממון, וכיון דאיכא חזקת ממון מרע לה לחזקה דהשתא במה דרוב בריאים ועשוי להשתנות ודוק.

והדרן למ"ש מהרי"ט ראיה מהא דאמרינן פרק בתרא דנזיר גבי נזיר ועושה פסח וא"ל רבא מודינא בעושה פסח דלא מחוסר כלום, וא"ל אבייי הא מחוסר הערב שמש אלא שמשא ממילא ערבא, ומוכח דכל חזקה העשויה להשתנות לאו חזקה הוא, הנה בראיה זו סובב הולך על שיטתו שהעלה מוהרי"ט בח"א סי' פ"ב שם דמפרש שחזקת הטמא טמא הוא מתורת חזקה ממש, ומזה הוכיח שם דמחזיקין מאיסור לאיסור ע"ש, ובשמעתא ד' פ"ב שם הוכחנו בראיות מוכרחות דהא דתנן שחזקת הטמא טמא לאו מתורת חזקה אתינן עלה ע"ש, וכיון דאינו בתורת חזקה אלא מתורת רגלים לדבר, שלא טיהר הלכה למשה מסיני טומאת התהום למי שהוא טמא כבר טומאת מת, ומש"ה אמרו נמי מסברא דזה שהוא בשביעי שלו כיון דשמשא ממילא ערבא לאדם כזה הותר מהלכה למשה מסיני טומאת התהום, וע"ש בשמעתא ד' פ"ב ופ"ג אז תבין.

ובעיקר סברת מוהרי"ט שהעלה דנדה לית לה חזקה משום דעשוי להשתנות, והא דטהורה לחולין היינו משום דילפינן לה מסוטה לטהר למפרע, וכבר כתבנו בזה פ"כ להוכיח שם דעל כרחך אינו מסוטה אלא מתורת חזקה וע"ש.

ועוד אני מוסיף דהא בהדיא שנינו בנדה פרק כל היד (נדה דף טו) כל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן ואפילו נשים שאין להס וסת בין ערה בין ישינה, וע"ש בגמרא, והרי אשה שאין לה וסת הו"ל כמו מקוה שהוחזק להיות מימיו מתמעטין דכבר היתה נדה וסופה ועלולה בכך להיות עוד נדה, ואפ"ה מוקי לה בחזקת טהרה דהא קרי לה חזקה, וגם לבעלה אינו ענין לסוטה וכמ"ש בפרק י' שם, אלא ע"כ כמ"ש בפי"א דטעמא דהר"ן אינו אלא משום דבמקוה איכא חזקת טמא, ואי לאו חזקת טמא אפילו היכא דמקוה הוחזקה להיות פוחת מארבעים סאה אכתי בחזקתו קאי.

ועוד בעיקר הסברא שכתב המוהרי"ט שם דהא דטהורה היא לחולין לאו משום חזקה הוא אלא משום דילפינן לה מסוטה לטהר טומאה דלמפרע, אי נימא דליכא חזקה כלל בנדה ומשום דעלולה לכך, א"כ אפילו בלא ראיה דלפנינו ראוי להסתפק אם כבר ראתה והדם בבית החיצון, וא"כ אין זה טומאה דלמפרע אלא טומאה דלהבא, אלא ע"כ דנדה אית לה חזקה מעליא ואע"ג דעשוי להשתנות, וכל זמן שלא ראתה לפנינו ליכא ספיקא כלל שמא ראתה והדם בבית החיצון, כיון דכל הנשים בחזקת טהרה, ואפילו ברשות היחיד דלא מהני חזקה, כל זמן דלא איתרע לא מחזיקינן ריעותא, ואין הריעותא אלא משום ראיה דעכשיו נסתפק שמא אותו ראיה כבר היה בבית החיצון שפיר הו"ל למפרע, אבל אי נימא כיון שעלולה לכך לא הוי חזקה ומדמה אותו מוהרי"ט למקוה שדרכו להיות פוחת והולך, והתם בהך דתשובת הר"ן אפילו המקוה עכשיו שלם נמי הוי ספק, וכמבואר שם בתשובת הר"ן, א"כ אפילו עדיין לא ראתה הו"ל ספק, וכמו במקוה והובא תשובת הר"ן פי"א ע"ש, וא"כ הו"ל טומאה דלהבא, אלא ע"כ כמ"ש פי"א דהר"ן לא אתי עלה אלא משום חזקת טמא, אבל היכא דליכא חזקה המנגדה שפיר הוי חזקה אפילו עשוי להשתנות, וליכא ריעותא כלל בנדה קודם שראתה, ואפילו כבר ראתה ואין לה וסת, ואין הספק אלא מחמת ראיה שראתה עכשיו, מש"ה הו"ל ספק דלמפרע, ודו"ק היטב.

פרק יג

ובתוס' פרק האומר (קדושין דף ס"ד.) בהא דתניא בני זה בן י"ג שנים ויום אחד בתי זו בת י"ב שנים ויום אחד נאמן לנדרים דע"א נאמן באיסורין, תימא הא אינו נאמן אלא בדבר שבידו, וי"ל כיון דעשוי לגדל עשאוהו כדבר שבידו ע"ש, ומזה נראה נמי מבואר דחזקת

קטנות הוי חזקה, דאי לאו חזקת קטנות ומשום דעשוי להשתנות א"כ מאי קושיא כיון דהיכא דליכא חזקה נאמן אפילו אינו בידו, וכן בתירוצם שכתבו דעשאוהו כדבר שבידו, ותיפוק ליה דלא בעי כלל בידו כיון דליכא חזקה, אלא ע"כ דאפילו בקטנות ובשנים נמי הוי חזקה.

ולפ"ז צריך ליישב דברי התוס' פרק אלמנה לכ"ג [יבמות ס"ח ע"א ד"ה רישא] שהקשו בספק בן ט' דלוקמה אחזקה, ותירצו כיון שעכשיו בן ט' כו', ומה בכך כיון דחזקת קטנות הו"ל חזקה מעליא א"כ אוקמה אחזקה דמעיקרא והשתא הוא דנעשה בן ט'.

והיטב הוטב בעיני מה שאמר בזה אחי הרב המופלג מוהר"ר יהודא כהנא ש"ן במה שנחבטו ונתלבטו בדברי תוס' הנזכר רבו דמוהרי"ט ומוהרי"ט, והוא דכתבו תוס' שם דף ס"ח ד"ה רישא פסולי כהונה וז"ל, וא"ת וספק בן ט' היאך פוסל בביאתו נוקמה אחזקה קמייתא דהוי פחות מבן ט' ונוקי אתתא בחזקת כשרות, ומיהו לכהונה ניחא דלא אזלינן בתר חזקה ליוחסין, כדקאמר ר' יהושע פ"ק דכתובות דף י"ג לא מפיה אנו חיין אלא הרי היא בחזקת בעולה לנתין וממזר, ואפילו ברוב כשרים אצלה כדאמר התם, ולא מוקמינן לה אחזקה, ואפילו לר"ג ור"א דמכשרי היינו משום דאמרה לכשר נבעלתי, אבל הכא דלא ידעה אם הוא בן ט' לא, אבל לתרומה קשיא אמאי לא מוקמינן לה אחזקה, דאפילו לענין תרומה איירי כמו עובר ויבם, ולתרומה מוקמינן אחזקה, דהא בכתובות פ"ב דף כ"ו גבי מוחזק לן באבוה דהאי דכהן הוא כו', וי"ל דהכא כגון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן ט' אעפ"י שהיה ספק כשבא עליה לא מוקמינן לה אחזקה קמייתא אלא אזלינן בתר השתא שהוא ודאי בן ט' דחזקה קמייתא איתרע לה עכ"ל, וכיון דקושיית התוס' אינו אלא לתרומה, דהא לכהונה כבר כתבו ליישב דהוא משום מעלה ביוחסין, ומשו"ה שפיר מתרצי לה כגון דהשתא ודאי בן ט', דכה"ג בתרומה וקדשים אזלינן בתר שעת מציאתן, דהא בנדה ובקופה לתרומה וקדשים מחמרי למיזל בתר שעת מציאתן, וחזקה קמא איתרע לחומר תרומה, אבל בעלמא אזלינן גם בתר חזקה לקטנות, ואפילו השתא לפנינו גדול אמרינן השתא הוא דנעשה גדול, עד כאן דברי הרב נר"י והוא נכון.

ולפי מ"ש דחזקת קטנות הוי חזקה אע"ג דעשוי להשתנות דגדל והולך אפ"ה הוי חזקה מעליא, יש מקום עיון בהא דמשמע דע"א נאמן באיסור חדש וכמבואר בתוס' פ"ב דכתובות דף כ"ד ד"ה שלי חדש ושל חברי ישן, ע"ש דמפרשי לה לענין איסור חדש ע"ש, וכיון דע"א אינו נאמן במקום חזקה א"כ נוקי אחזקה ולומר השתא הוא דנשרש אחר הפסח, והיכי נאמן ע"א נגד חזקה ולומר שהוא קודם הפסח נשרש, וכמו שהקשו תוס' פרק האומר גבי בני זה בן י"ג לנדרים דהא אינו נאמן אלא בדבר שבידו ומשום

חזקת קטנות, והתוס' שתירצו כיון דעשוי לגדל עשו כדבר שבידו ע"ש, משמע דאינו אלא מדבריהם להחמיר עשאוהו כדבר שבידו, וא"כ להקל היכי נאמן מיהו לפי מה שכתבנו בשמעתא ו' פי"ח דכל שעתיד לגדל הו"ל כדבר שבידו מן התורה ומהני אפילו להקל א"ש, ואכתי צ"ע.

אך בהא דכתב הטור בשם הרא"ש ביו"ד סי' רצ"ג בסתם תבואה דשרי לאחר הפסח מכח ספק ספיקא, ספק שמא היא משנה שעברה, ואת"ל משנה זו מ"מ אימר נשרש קודם העומר ע"ש, וכ"כ הרמ"א שם ע"ש, וכיון דבתבואה איכא חזקה לומר השתא הוא משנה זו, דהו"ל כמו חזקת קטנות כשנסתפק אם שתי שנים או שנה אחת, וראוי לומר אוקי אחזקה והשתא הוא דנשרשה בשנה זו אחר העומר, ולא הוי ספק ספיקא כיון דהעלו הפוסקים דלא מהני ספק ספיקא נגד חזקה ואפשר בחדש הקילו, וצ"ע.

פרק יד

כבר ביארנו בפרקים הקודמים דלא אמרו כשעת מציאתן אלא לחומר תרומה וקדשים, אבל בעלמא לא אזלינן בתר השתא אלא בתר חזקה דמעיקרא, ובפ"ב דגיטין דף י"ז איתמר מפני מה תיקנו זמן בגיטין ר' יוחנן אמר משום בת אחותו כו', א"ל אביי לרב יוסף שלשה גיטין פסולין ואם ניסת הולד כשר מה הועילו חכמים בתקנתן, אהני דלכתחילה לא תנשא, ופירש"י וכיון דהכי הוא אי בעי לכתוב גט בלא זמן לחפות על בת אחותו לא כתבי לה ספרי הדיינים ולא חתמי עלה סהדי עכ"ל.

ובטור אה"ע סי' קכ"ז משום בת אחותו, שפעמים אדם נושא קרובתו ותזנה תחתיו וירצה לחפות עליה, נותן גט אחר הזנות ולא יכתוב בו זמן היא תאמר קודם הזנות נתגרשתי, אבל כיון שתיקנו לכתוב הזמן אם תאמר כן צריכה להביא ראיה ע"ש וכתב הבית יוסף כלומר אם תאמר קודם הזנות נתגרשתי בגט זה לפי שאין בו זמן מדרבנן פסול אבל מן התורה כשר, ואם תטעון שהזנות היה אחר נתינת הגט אינה חייבת מיתה ובניה כשרים ולא נאסרה עליו, והוא שתברר בעדים שקבלה הגט קודם הזנות ע"ש והקשה בזה הב"ח דאכתי היכי קטלינן לה מספיקא אם לא תברר בעדים, וע"ש שתירץ דקאי הטור על שאר דברים, דהיינו בניה יהיו כשרים דמחמירין בהו וצריכא לברורי שיהיו כשרים, ולזה כתב הטור שאם תאמר שזינתה אחר גירושין צריכה להביא ראיה ולזה מועיל תיקון הזמן שתקנו חכמים בגט.

והמעיין באשר"י יראה דעיקר תקנת זמן משום בת אחותו לעונשין ע"ש וז"ל, ואף בזמן הזה דליכא למיחש לחיפוי פסלינן בגט בלא זמן כו', דאיכא למיחש שמא מחפה על בניה ממזרים כו', והני טעמי לא מחוורן לי, דאם היה ראוי לתקן זמן מהני טעמי לא

היה צריך ר' יוחנן לומר משום בת אחותו, דהני טעמי שייכי בכל הנשים כו', ואפשר דהני טעמי סעד הם לטעמא דחיפוי, ור' יוחנן עיקר טעמא נקט עכ"ל, וכיון דעיקר תקנה לעונשין א"כ היכי כתב הטור דצריך לברר כיון דלא קטלינן מספיקא, ועוד קשה דאמאי הוסיף הטור טעם אחר דהא בש"ס כבר אמרו אהני דלכתחילה לא תנשא, וע"ש בט"ז. ונראה במה שהקשו הב"ח והט"ז אם לא תברר היכי קטלינן מספיקא, דבתוס' שם ד"ה משום בת אחותו ז"ל, שלא יחפה עליו כשאין בו זמן, דלא אמרינן אוקמה אחזקת אשת איש והשתא הוא דאיגרשה כיון שהיא גרושה לפנינו, ועוד אדרבה אוקמה בחזקת כשרות שלא נבעלה כשהיא אשת איש עכ"ל, וע"כ חדא תירוצא הוא, דמה בכך שהיא גרושה לפנינו כיון דלא אזלינן כלל בתר השתא וחזקה קמייתא הוא העיקר, אלא כיון שהיא גרושה לפנינו ועוד חזקת כשרות דאשה הו"ל כמו תרתי לריעותא, וכדאמרינן במקוה שנמדד ונמצא חסר וכמבואר לעיל בפרקים הקודמים, וכ"כ בחידושי פני יהושע דהך "ועוד" הוא חד תירוץ עם האי דגרושה לפנינו ע"ש.

והריב"ש כתב בסי' רס"ו בעדים שהעידו בב"ד ובאו עדים והעידו עליהם שעברו עבירה ולא נודע מתי, מוקי לעדים בחזקת כשרות ואמרינן השתא הוא דנפסלו, וכ"כ הרמ"א בחו"מ סי' ל"ד ע"ש, וא"כ בגט בלא זמן דהעדים נפסלו כיון דאין רשאין לחתום על גט בלא זמן, וכמו שחתמו על מוקדם דנפסלו העדים ה"נ כשחתמו בלא זמן, כיון דחכמים תיקנו שלא יחתמו בלא זמן, וא"כ כשנסתפק מתי נכתב הגט אם קודם הזנות או לאחר הזנות, ראוי לומר אוקמה אחזקת אשת איש, ואי משום דגרושה לפנינו הא חזקה קמא עדיפא טפי וכמ"ש, ואי משום חזקת כשרות דאשה, כיון דכבר תיקנו זמן בגיטין ואהני דלכתחילה לא תנשא, וכיון דלכתחילה לא תנשא א"כ אין העדים רשאין לחתום בלא זמן, וכמו שפירש"י, ואם חתמו הו"ל פסולין כמו במוקדם, וא"כ נגד חזקת כשרות דאשה איכא חזקת כשרות דעדים ואמרינן השתא הוא דחתמו על גט בלא זמן והשתא הוא דנפסלו, ומשו"ה לפי מה שאמרו בש"ס אהני דלכתחילה לא תנשא א"כ העדים חתמו בפסול, ומשו"ה ממילא צריכה לברר ואם לא תברר קטלינן לה מחמת חזקת אשת איש, ונגד חזקת כשרות דאשה איכא חזקת כשרות דעדים דלא חתמו על גט בלא זמן והשתא הוא דחתמו, ודוק.

פרק טו

כתב בשו"ע יורה דעה סימן כ"ח וז"ל השוחט חיה לא יכסה עד שיבדוק הריאה ואם נמצאת ספק טריפה מכסה בלא ברכה, וה"ה לכל פיסול שהוא מחמת ספק כגון האי דחיישינן שמא בעור נפגמה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, והב"ח חולק בזה וכתב דגבי חשש

שמא בעור נפגמה מחזיקין אותה כנבילה גמורה לפטור בלא כיסוי, ולא דמי לספק טריפה דמכסה בלא ברכה כיון דאירע הספק בשחיטה עצמה כו' ע"ש.
והפרי חדש כתב וז"ל, והב"ח חולק בזה בדברים שאינם נכונים, דהכא מחזיקין בנבילה גמורה כו', ודברי תימה הן, דאפילו בספק השקול פשיטא דצריך לכסות מספק דהו"ל ספיקא דאורייתא לחומרא, ושחיטת חש"ו שאני דר' מאיר היה מחייב על שחיטתן משום נבילה הואיל ורוב מעשיהן מקולקלין, ותדע דהא רבנן דפליגי אדר' מאיר ומחייבי לכסות מספק כדמסיק התם אלמא דאספק שחיטה מחייבי לכסות, וכבר השיגו הש"ך וברור הוא עכ"ל וז"ל הש"ך גם מה שחילק בין ספק טריפה לספק בשחיטה לא נהירא כלל, והכי מוכח להדיא בש"ס פרק כיסוי הדם דף פ"ו גבי חש"ו דאי לאו דרוב מעשיהן מקולקלין אזלינן לחומרא להצריך כיסוי מספק ע"ש.
ולענ"ד דברי הב"ח נכונים, דודאי ספק שחיטה שאני, דבהמה בחזקת שאינה זבוחה והו"ל ודאי נבילה משום חזקה, וכדאמרינן בחולין דף י' לא בדק בסימנין הו"ל נבילה ומטמאה במשא, וכ"כ הרי"ף והרא"ש, והוא משום חזקת איסור שאינו זבוח כדאיתא בש"ס שם.
ומ"ש הפר"ח ראיה מדרבנן דר' מאיר, יתיישב לפמ"ש תוס' שם דף פ"ו ד"ה מ"ט דר' מאיר הואיל ורוב מעשיהן מקולקלין וז"ל, והקשה הר"ר שמואל מוורדין ורבנן מ"ט, אם רוב מעשיהן מתוקנין א"כ יהא מותר לאכול משחיטתן, ועוד השוחט אחריהם אמאי אינו סופג את הארבעים, ואי פלגא ופלגא א"כ סמוך פלגא דמקולקלין לחזקה דעומד בחזקת איסור ואיתרע ליה מחזקה דמתוקנים, א"כ יהא מותר לשחוט אחריהם וגם יתחייבו על שחיטתן משום נבילה, וי"ל דמספקא להו לרבנן אי רוב מעשיהן מקולקלין אי רוב מעשיהן מתוקנין, והשתא לא מהני חזקה מידי, ולר' מאיר פשיטא ליה דרוב מעשיהן מקולקלין עכ"ל, וכיון דמספקא להו לרבנן אי רוב מעשיהן מתוקנין תו ליכא חזקת איסור, דרוב עדיף מחזקה והו"ל כספיקא דתרי ותרי ולא מהני חזקה כיון דתרי מפקי מחזקה.
ואפילו למ"ד תרי ותרי ספיקא דרבנן אבל מן התורה אוקי אחזקה, אכתי יש לחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא, דכה"ג מספקא להו ברוב מעשיהן הו"ל ספיקא דדינא, וכמ"ש תוס' בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ב) ד"ה הלכתא כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי דטעמא משום ספיקא דדינא, והקשו מנכסי דבר שטיא, וכתבו לחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא ע"ש, וה"נ כיון דלרבנן ספיקא הוי, הו"ל ספיקא דדינא אם רוב מחזיקינן, ומשו"ה לא מוקי לה בחזקת איסור והו"ל ספק לכיסוי ואפילו למאי

שכתבו האחרונים בתשובותיהם דאפילו בספיקא דדינא אמרינן אוקי ארעא בחזקת מרא קמא, וכמבואר בתשובת מוהרי"ן לב ח"ד סי' ל"ב וז"ל, וזכורני שיש שם דיבור חוזר בו וע"ש, מ"מ נראה דהיינו דוקא בממונא דאין מוציאין ממון אלא בראיה ברורה, אבל באיסורא לא מהני חזקה להכריע הספק שנסתפק בדינו.

ומ"ש הש"ך דהכי מוכח להדיא, דאי לאו דרוב מעשיהן מקולקלין אזלינן לחומרא להצריך כיסוי מספק, התם לר' מאיר הוא דצריך לומר דס"ל רוב מקולקלין, דאי פלגא ופלגא א"כ כיון דר' מאיר ס"ל דחייש למיעוט במקום רוב, א"כ מכ"ש דחייש לפלגא במקום חזקה, משו"ה צ"ל לר' מאיר דס"ל רוב מעשיהן מקולקלין, דהשתא הו"ל רוב וחזקה ובזה מודה ר' מאיר, וכ"כ בחידושי מוהרש"א שם ע"ש.

ובדברי התוס' שדברנו יש לדקדק במה שכ' דחכמים מספקא להו שמא רוב מעשיהן מתוקנין או שמא רוב מקולקלין, ואמאי לא סגי להו לומר דמספקא להו שמא רוב מתוקנים ושמא פלגא ופלגא דהוי נמי נבילה משום חזקת איסור ואפשר דכה"ג הוי שרי לגמרי משום ספק ספיקא, שמא רוב מתוקנין ואת"ל פלגא ופלגא אימר שפיר שחט, וכענין ס"ס זו כתב הריטב"א פרק עשרה יוחסין גבי שתוקי דרוב כשרין אצלה ומספקא לן דנימא אזלא איהי לגבייהו והו"ל קבוע וכמחצה על מחצה, וכתב שם להקשות דהו"ל ס"ס, חדא דילמא אזלא אינהו לגבה והו"ל רובא דכל דפריש מרובא פריש, ואת"ל דאזלא איהי לגבייהו אכתי הו"ל פלגא ופלגא ואימר לכשר נבעלה, ועמ"ש שם בזה, ולהכי כתבו דמספקא להו שמא רוב מעשיהן מתוקנין או שמא רוב מקולקלין דהשתא ליכא ס"ס כיון דאינו ספק השקול, ולדעת הפוסקים דלא אמרינן ס"ס נגד חזקת איסור אכתי הוי סגי בשמא רוב מתוקנין ושמא פלגא ופלגא וכמ"ש.

ובדברי השו"ע דכתב ספק בשחיטה מכשה בלא ברכה, נראה דהיינו דוקא בספק שמא בעור נפגמה דנגד חזקת איסור שאינו זבוח איכא נגדו חזקת הסכין והשתא הוא דנפגמה במפרקת, וס"ל כפסק הרמב"ם פ"ה מתרומות (פ"ה מהל' תרומות) גבי חבית דאינו אלא ספק ותרתי לריעותא לא הוי כודאי, ועמ"ש פ"א, ומדוקדק בשו"ע שכתב וה"ה לכל פיסול שהוא מחמת ספק כגון האי דחיישינן שמא בעור נפגמה כו', ולכאורה ספק בשחיטה יצוייר בכמה גווני ספק דרסה שהייה חלדה, אלא משום דשאר ספק שחיטה הו"ל נבילה ודאי משום חזקת איסור וכמ"ש ומטמאה במשא כנבילה ודאית, אלא דוקא כענין ספק שמא בעור נפגמה דכה"ג הו"ל ספק וכמ"ש.

מיהו לדעת תוס' והרשב"א והריטב"א דתרתי לריעותא הו"ל ודאי ומשום דחזקת טמא וחסר לפניך הו"ל ודאי, א"כ ה"נ הו"ל ודאי נבילה, דסכין איתרע ופגום לפניך ובהמה

בחזקת איסור אינו זבוח, ובזה אזיל שיטת הב"ח דאין צריך כיסוי, אלא דהשו"ע אזיל בשיטת הרמב"ם דתרתי לריעותא אינו אלא ספק, ומשו"ה כתב בשו"ע כגון האי דחיישינן שמא בעור נפגמה וכן כל כיוצא בזה, והיינו דלא ליהוי ביה חזקת שאינו זבוח, ודוק.

פרק טז

ראוי לספק היכא דאיתרע חזקה דמעיקרא באופן דליכא חזקה דמעיקרא אי אזלינן בתר שעת מציאתן, דאפשר עד כאן לא אמרינן דלא מהני חזקה דהשתא, וכמו שמבואר בפרקים הקודמים, אלא משום חזקה דמעיקרא עדיפא, אבל היכא דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר חזקה דהשתא, או דלמא חזקה דהשתא לאו כלום הוא ולא אמרו כשעת מציאתן הוי חזקה אלא לחומר תרומה וקדשים ובעלמא לאו חזקה היא כלל.

ולכאורה נראה מהא דאמרינן במקוה שנמדד ונמצא חסר דכל הטהרות שנעשו ע"ג טמא בין ברה"י בין ברה"ר, ומשום תרתי לריעותא חזקת טמא והרי חסר לפניך והו"ל ודאי טומאה, ומשמע משום דנגד חזקת מקוה איכא חזקת טמא ונשאר חזקה דהשתא דחסר לפניך ומשו"ה הו"ל ודאי דאזלינן בתר השתא ואפשר דהתם שאני דאיכא חזקת טמא, אע"ג דאיכא נגדו חזקת מקוה, מ"מ חזקת טמא עדיף שהיא שלימה דאמרינן עדיין הוא טמא, אבל חזקת מקוה קטיע כיון דחסר לפניך, אבל היכא דליכא חזקה כלל לא מהני חזקה דהשתא.

ונראה דבר זה במחלוקת שנויה רש"י ותוספות פרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ט), איתמר קידשה אביה בדרך וקידשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת, רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו ושמואל אמר חוששין לקידושי שניהם כו', לא צריכא דקידש ביומא דמשלם שית רב אמר הרי בוגרת לפנינו מדהשתא בוגרת בצפרא נמי בוגרת ושמואל אמר השתא הוא דבגרה כו', נימא כתנאי מי מוציא מיד מי, הוא מוציא מהם בלא ראיה והן אין מוציאין מידו בלא ראיה דברי ר' יעקב, ר' נתן אומר אם בריא הוא עליו להביא ראיה שהיה שכ"מ ואם שכ"מ הוא עליהם להביא ראיה, לימא רב דאמר כר' נתן ושמואל דאמר כר' יעקב, אמר לך רב אנא דאמרי אפילו כר' יעקב עד כאן לא קאמר ר' יעקב התם דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו אבל הכא מי נימא העמד גוף על חזקתו, וכתב רש"י ז"ל מי איכא למימר העמד גוף על חזקתו ותיהוי נערה יומא דמשלם שית ואין בה לא חזקת נערות ולא חזקת בוגרת שהיום היא עומדת להשתנות עכ"ל, ומבואר משיטת רש"י דס"ל דכיון דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר השתא ומשו"ה ס"ל לרב הרי בוגרת

לפנינו, וקיי"ל כרב וכמ"ש הרמב"ם פ"ג מאישות (פ"ג מהל' אישות) ובטור ושו"ע אה"ע סי' ל"ז.

אמנם מדברי תוספות משמע דאם היה ספק שקול ביומא דמשלם שית לא הוי אזלינן בתר השתא, ע"ש בתוס' ד"ה מי איכא למימר העמד גוף על חזקתו וז"ל, פירוש ותיהוי נערה יומא דמשלם שית הרי היא עשויה להשתנות, וא"כ אין בה חזקה דנערות ולא חזקה דבוגרת, ור"י פירש דרגילות הן לבוא מצפרא ע"ש, וכ"כ תוספות ריש נדה ד"ה השתא הוא דחזאי וז"ל, ורב דאמר בפרק עשרה יוחסין הרי בוגרת לפנינו כו' ביומא דמשלם שית ולא קאמר השתא היא דבגרה, היינו משום דרגילות שערות לבוא מצפרא כו', והא דקאמר התם לימא רב דאמר כר' נתן כו' אע"ג דרב דוקא בשערות קאמר, התם נמי רוב העולם בריאים ואית לן למימר דבריא היה כמו שהוא עכשיו עכ"ל, וא"כ משמע דוקא משום דרובא נינהו, הא אי הוי ספק שקול אע"ג דחזקה איתרע אפ"ה לא אזלינן בתר השתא, אלא היכא דנוטה לרובא כמו בשערות או ברוב בריאים אז הוא דאזלינן בתר השתא.

ויש מקום עיון לפי מה שכתבנו בשיטת רש"י דהיכא דליכא חזקה קמא אזלינן בתר השתא, וקשה בהא דתנן פ"ב דנדה דף י"ד נמצא על שלו טמאין וחייבין קרבן, נמצא על שלה אותיום טמאין וחייבין קרבן, לאחר זמן טמאין מספק ופטורין מקרבן, איזהו אחר זמן כדי שתרד מן המטה ותדיח פניה, ואח"כ מטמאה מעת לעת ואינה מטמאה את בועלה כו', ואמרו שם בגמ' תנא וחייבין אשם תלוי, ותנא דידן מ"ט לא תני אשם תלוי, סבר בעינן חתיכה משתי חתיכות ע"ש, והתם ע"כ בכדי שיעור הזה ליכא חזקה קמא, דאם היה חזקה לא היה אשם תלוי, וכיון דאיתרע חזקה קמייתא בכדי האי שיעורא א"כ ליחייבי קרבן ודאי, דניזל בתר השתא כמו גבי בוגרת לפנינו, וצ"ע.

פרק יז

ונראה לפי מ"ש תוס' ריש נדה (דף ב' ע"א) ד"ה והלל וז"ל, וא"ת והיכי ילפינן מסוטה לטהר ברה"ר אפילו היכא דליכא חזקה הא סוטה אית לה חזקת טהרה, וי"ל כיון דקינא לה ונסתרה איתרע חזקתה כו', וא"ת א"כ היכי מצינן למילף דברה"י ספיקו טמא אפילו איכא חזקה הא בסוטה איתרע חזקתה כו', וי"ל דילפינן מסוטה שעשה הכתוב ודאי טמאה אע"ג דאית לה חזקה שאינה טמאה ודאי ולא איתרע אלא חזקת טהרה ודאי עכ"ל וע"ש.

ולפ"ז י"ל דה"ה בנמצא לאחר זמן בכדי שתרד מן המטה איתרע חזקת טהרה ודאית, ומשו"ה טמאין מספק ומביאין אשם תלוי לתנא ברא, אבל חזקה שאינה טמאה ודאית

לא איתרע ומשו"ה לא אזלינן בתר השתא ולומר דכשם שהיא עכשיו טמאה ודאי כן היתה קודם, כיון דחזקה שאינה טמאה ודאי לא איתרע א"כ אזלינן בתר חזקה דמעיקרא שאינה טמאה ודאי, דחזקה דמעיקרא עדיף מחזקה דהשתא.

ובהא דאמר רב הרי בוגרת לפנינו, התם י"ל דאיתרע אפילו הך חזקה שאינה בוגרת ודאי, דכיון דיומא דמשלם שית עשויה ועומדת להשתנות בודאי מנערות לבגרות איתרע לגמרי חזקתה הראשונה, ואפילו חזקת שאינה בוגרת ודאי נמי איתרע, ומשו"ה אזלינן בתר השתא, ואמרינן כיון שהיא בוגרת לפנינו מעיקרא נמי בוגרת ודאי כיון דליכא חזקה כלל, ודוק.

ובתוס' פ"ב דכתובות דף י"ט ע"ב גבי שנים חתומין על השטר ומתו ובאו שנים מן השוק ואמרו אנוסים היו כו', ופריך ומגבינן ביה ואמאי תרי ותרי נינהו, וכתבו תוס' וז"ל, וא"ת אמאי לא מגבינן ביה הא שני כתי עדים המכחישים זא"ז כל אחת באה בפני עצמה ומעידה, אע"ג דלפי עדותן כל א' חברתה פסולה, ה"נ כיון דאין מכחישין לומר שלא לוה אלא אומרים אינכם נאמנים דפסולים הייתם, וי"ל דהתם באה כל אחת בפני עצמה ומעידה משום חזקת כשרות, אבל הכא שאומרים קטנים היו או קרובים משנולדו עד עתה שנתרחקו ליכא למימר אוקי אחזקתיה דפסלי אותן משנולדו כו' ע"ש.

וכיון דע"כ מיירי דעתה נתרחקו וכמ"ש תוס' ד"ה ואם כת"י יוצא ממקום אחר, א"כ תיקשי נהי דליכא חזקה דמעיקרא דהא אמרי קרובים היו משנולדו, מ"מ כיון דעתה נתרחקו א"כ נוקמה אחזקה דהשתא, כיון דלשיטת רש"י לפי מ"ש היכא דליכא חזקה דמעיקרא אזלינן בתר חזקה דהשתא ומיהו לשיטת רש"י שם דמפרש פסולי עדות היינו משחקי בקוביא ע"ש ולא מפרש לה כפירוש התוס' א"ש, ותוס' לשיטתייהו דסברי אפילו היכא דליכא חזקה דמעיקרא לא אזלינן בתר חזקה דהשתא אלא היכא דאיכא רוב נוטה וכמ"ש פט"ז.

ובטור אה"ע סי' ל"א וז"ל, כתב הרמ"ה אי קדיש במידי דלא ידעינן השתא אי שוה פרוטה בעידן קידושין או לא, אזלינן בתר השתא ואי אית ביה השתא ש"פ הוי קידושי ודאי עד דמתברר בסהדי דלא הוי ביה ש"פ בעידן קידושין עכ"ל, ומזה מוכח דס"ל דכל היכא דליכא חזקה דמעיקרא המנגד אזלינן בתר חזקה דהשתא, ולשיטת התוס' לפמ"ש אפילו אית ביה השתא שוה פרוטה לא הוי קידושי ודאי, דאימר בשעת קידושין לא היה ש"פ. וקשה מהא דאיתא פ"ק דקידושין דף י"ב ההוא גברא דקדיש באבנא דכוחלא יתיב רב חסדא וקא משער ביה אי אית ביה ש"פ אין אי לא לא, א"ל אימיה והא ההוא יומא דקדשה הוי בה ש"פ, אמר לה לאו כל כמינך דאסרת לה אבתרא, ואי נימא דלא אזלינן

כלל בתר השתא אפילו היכא דליכא חזקה דמעיקרא, א"כ מה מהני הא דמשער עכשיו אי אית ביה ש"פ, דלמא בשעת קידושין הוי בה ש"פ ומידי ספיקא לא נפקא, ואין לומר משום חזקת פנויה, דא"כ אפילו עכשיו ש"פ נימא השתא הוא דש"פ ובשעת קידושין לא היה ש"פ כיון דלא אזלינן כלל בתר השתא לשיטת תוס', וצ"ע ועמ"ש בחידושי (אבני מילואים) לאה"ע סי' ל"א.

פרק יח

כתב בשו"ע יו"ד סי' פ"ו סעיף ג', ספק אם היא ביצת נבילה או אם היא ביצת שחוטה מותרת וע"ש, והוא משום דביצת נבילה כל שכמוה נמכרת בשוק אינו אלא מדרבנן וספיקו לקולא וכתב שם הש"ך ז"ל, אפילו אם ידענו בודאי מאיזו תרנגולת אלא שספק הוא אם היא נבילה או לא, כגון ספק בשחיטה דקיי"ל שהוא פסול, הביצה מותרת עכ"ל. וכתב עליו בספר מנחת יעקב ז"ל, וצ"ע דהא הש"ך בסי' ק"י בדיני ספיקות פסק דאפילו איסור דרבנן כל שיש לו חזקת איסור אסור בספק, וא"כ כיון דקיי"ל כל ספק בשחיטה פסול דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת, וא"כ ביצה זו יש לה חזקת איסור דמנבילה קאתי, א"כ יש לאסור מספק עכ"ל.

ובספר פרי מגדים כתב עלה וז"ל, אמאי לא הוקשה לו אפילו למאן דמתיר ספיקא דרבנן באתחזק איסורא, אמאי לא נגרר הביצה אחר העוף, עיין סי' א' בט"ז בשוחט שלא קבל קבלה עכ"ל ולענ"ד נראה בט"ז סי' א' שם כתב דאין להתיר הכלים לאוקמינהו בחזקת היתר כו', כיון דאיכא ריעותא במקוה ובטבל שם ה"נ כן הוא כאן ע"ש, והיינו כיון דאין הספק בעצמותו על הכלים אלא על הטבול, וכיון דהטבול טמא מחמת תרתי לריעותא ואוקי הטבול בחזקת טמא, א"כ ממילא כל הנוגע בו טמא, והספק בשוחט אם הבהמה אסורה ממילא כל הכלים אח"כ לא מצינן לאוקמי בחזקתייהו, כיון דאין הספק בכלים אלא גוף הספק בבהמה, דכיון דהבהמה אסורה ממילא אסורין הכלים, אבל הכא הביצה שהיא בתרנגולת והספק אם הוא שחוט או לא, א"כ אותו הספק שנולד בתרנגולת אם נבילה היא או לאו, אותו הספק בעצמותו על הביצה, אין ספיקו נגרר אחר התרנגולת כיון דספיקו מחמת עצמו, ותרנגולת דהוא דאורייתא ספיקו אסור, והביצה דהוא מדרבנן וספיקו אינו נגרר אחר התרנגולת כיון שהספק בעצמותו בזה כמו בזה.

ומה שהקשה בספר מנחת יעקב דהא בספק בשחיטה דהו"ל חזקת איסור ואסור ספיקו אפילו בדרבנן, נראה כיון דטעמא דספק בשחיטה פסול היינו משום דמוקי לה בחזקת שאינו זבוח, וביצה זו אם היתה יוצאת קודם שחיטה היתה מותרת, דאין בביצה משום אבר מן החי כל שהיא נגמרת, ואין איסורה אלא משום ביצת נבילה ולא משום אינו

זבוח, א"כ אין החזקה אלא בתרנגולת, דאם לא נגמרה אסורה ודאי כמו התרנגולת, ואם נגמרה לא שייך איסור אמ"ה או אינו זבוח כיון דאם היתה יוצאת קודם שחיטה אין בה משום אינו זבוח וכמ"ש, ואין איסור כלל רק מצד ביצת נבילה מדרבנן וספיקו להקל, וס"ל להש"ך דאע"ג דספק אחד על התרנגולת ועל הביצה, התרנגולת שיש לה חזקת שאינו זבוח אסורה ודאי, והביצה שאין בה חזקה וכמ"ש מותרת היא לגמרי, ודוק. ועמ"ש שמעתא ד' פרק ג'.

שמעתתא ד

נושא

בו יבואר דיני רוב וקרוב, רוב בממון, דין מוחזק

פרק א

נקטינן רוב וקרוב הולכין אחר הרוב בפ"ב דב"ב (דף כ"ג ע"ב), אמר ר' חנינא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב, ואע"ג דרובא דאורייתא וקורבא דאורייתא אפ"ה רובא עדיף, אמר אביי אף אנן נמי תנינא דם שנמצא בפרוזדור ספיקו טמא שחזקתו מן המקור ואע"ג דאיכא עליה דמקרבא ע"ש, פירש"י ספיקו טמא, ספק זה טומאה ודאית מדקתני שחזקתו מן המקור, וזה ספיקא יש כאן ברישא דמתניתין במסכת נדה משלו משל באשה החדר ופרוזדור ועליה דם החדר טמא והוא המקור, ומפרש בגמרא החדר מבפנים בעובי גופה לצד אחוריה והפרוזדור מבחוץ לצד פניה והעליה בנויה על גבי שניהם, ודם העליה טהור ולול פתוח מעליה לפרוזדור, וקתני נמצא בפרוזדור חזקתו מן המקור בא ויצא לחוץ הואיל ורוב דמים מצויים בו, ולא אמרינן מן העליה נטף דרך הלול ואע"ג דעליה קרוב לפרוזדור שעל גבו, א"ל רבא רוב ומצוי קאמרת רוב ומצוי ליכא למאן דאמר, ופירש"י רוב ומצוי דמיו רבים יותר משל עליה ועוד שהן תדירין לצאת, בהא ליכא מאן דפליג על ר' חנינא ע"ש, דתני ר' חייא דם הנמצא בפרוזדור חייבין על ביאת מקדש וקדשיו ושורפין עליו את התרומה ובתוס' שם ז"ל אי גרסינן דתני תימא היכי מייתי ראיה מהכא דרוב ומצוי הוא, דלמא לאו משום דרוב ומצוי קאמר ר' חייא דשורפין עליו את התרומה אלא משום דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב כר' חנינא וע"ש.

ונראה ליישב דאביי רצה להוכיח דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב משום דמחזיקינן בדם המקור אע"ג דעליה מקרבא טפי, אלא ע"כ דרובא עדיף במקור יותר מדם שבעליה, ורבא דחי לה התם משום דהוי רוב ומצוי, והיינו חדא דבמקור יותר דמים מדם שבעליה ועוד מצוי לזוב יותר דם המקור מזיבת דם העליה וכמו שמבואר מפירש"י הנזכר והנה

קיי"ל כשמואל דאמר בפרק הרואה כתם (נדה נז.) דאין אשה טמאה מן התורה עד שתרגיש בבשרה, וע"ש דפריך ממתניתין טובא, ומסיק מדרבנן, וכן מבואר בשו"ע יו"ד סי' קפ"ג אשה שיצא דם ממקורה בין באונס בין ברצון טמאה והוא שתרגיש ביציאתו, ומיהו משתרגיש בו שנעקר ממקומו ויצא טמאה אפילו לא יצא לחוץ ע"ש, ומדברי סופרים הוא דטמאה בלא הרגשה, וכל קבוע כמחצה על מחצה, ואם נולד הספק במקום הקביעות כגון שראינו שלקח נכרי לפנינו מאחת החנויות הו"ל נמי קבוע וכמ"ש תוס' פרק גיד הנשה (חולין דף צ"ה), וכן כתב שם הרשב"א (דף צה ד"ה) והר"ן, וכן בטור סי' ק"י, וכן פסק הרמ"א שם ע"ש, וקבוע כמחצה על מחצה בין להקל בין להחמיר, וא"כ מהא דתני ר' חייא דם שנמצא בפרוזדור חייבין עליו על ביאת מקדש וקדשיו ע"כ טומאה דאורייתא היא, דבטומאה דרבנן ליכא חיוב קרבן בטומאת מקדש, וכיון דסובר ר' חייא דטמאה מן התורה, תו ליכא למימר משום רוב וקרוב ומשום שיותר דמים במקור מבעליה, דכיון דטומאה דאורייתא אי אפשר בלא הרגשה, וכיון שהרגישה ביציאת דמים מבשרה אלא שלא נודע לה אם מן המקור אם מן העליה, הו"ל נולד הספק במקום הקביעות וכל קבוע כמחצה על מחצה, אלא ע"כ משום דמצוי לזוב יותר מן המקור, וא"כ ה"ה במתניתין דקתני שחזקתו מן המקור הטעם משום רוב ומצוי, ולזה שפיר הוכיח מדתני ר' חייא, דממתני' דקתני שחזקתו מן המקור מצינו למימר משום דרוב דמים במקור ובלא הרגשה ומדרבנן וכדמוקי כמה מתניתין בפרק הרואה כתם מדרבנן, אבל בדר' חייא דע"כ מדאורייתא כיון דתני חייבין עליו על ביאת מקדש, וא"כ ע"כ בהרגשה והו"ל נולד הספק במקום הקביעות, וע"כ משום דמצוי לזוב יותר, ובזה לא שייך קבוע והו"ל רוב ומצוי וליכא למאן דאמר.

ואע"ג דרובא לא מהני ביה כיון דבהרגשה הו"ל קבוע כמחצה על מחצה, מ"מ בהדי מצוי מצרפין נמי את הרוב, וכעין זה בש"ך יו"ד סי' ק"י ע"ש בש"ך ז"ל, ואע"ג דלא מהני ס"ס היכא דספק א' בגוף וספק א' בתערובות כיון דספק הראשון אסור מן התורה, דהכא דין קבוע חידוש הוא, דבכל דוכתי אזלינן בתר רובא וכמ"ש הר"ן, ואין לך בו אלא חידושו, והיינו כשהוא בפני עצמו ולא כשנתערב ע"ש, וה"ה הכא אע"ג דרובא לחודיה לא מהני משום דקבוע כמחצה על מחצה, כיון דחידוש הוא מצטרף בהדי מצוי להכריע נגד הקרוב, ועיקר הוכחת רבא דאינו משום רוב דמים וכסברת אביי אלא משום מצוי, ובהדי מצוי מצטרף נמי רוב דמים אע"ג דהוה ליה קבוע וכמ"ש, ודוק.

ובזה יתיישב הסוגיא שם, דאמר רבא ש"מ מדר' חייא תלת, ש"מ רוב וקרוב הולכין אחר הרוב, וש"מ רובא דאורייתא, וש"מ איתיה לדר' זירא כו', והא רבא הוא דאמר רוב ומצוי

ליכא למ"ד, הדר ביה רבא מהאי, וכתבו תוס' שם ז"ל ש"מ רובא דאורייתא חשיב ליה רובא דליתיה קמן, דברובא דאיתיה קמן לא צריך, דקרא כתיב אחרי רבים להטות ע"ש ואיכא למידק דהיכי מוכח מדר' חייא רובא דליתיה קמן, כיון דדמי החדר מרובין מדמי עליה ודאי הו"ל רובא דאיתיה קמן.

ולפי מ"ש נראה דבתר דהדר רבא מסברא זו דרוב ומצוי ליכא למאן דאמר סבירא ליה דאפילו ברוב ומצוי אי נימא דקרוב עדיף מרוב לחודיה עדיף נמי מרוב ומצוי, וא"כ שפיר הוכיח מרבי חייא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב, אלא לס"ל דרובא דמקור אינו משום רוב דמים, דכיון דר' חייא ע"כ בדארגשה הו"ל כפירש לפנינו דהו"ל כמחצה על מחצה, ואין הרוב משום דמצוי יותר לזוב מן המקור, וזה הו"ל רובא דליתיה קמן דהו"ל כמו רוב בהמות אינן טריפות וכיוצא מהנך רובא דליתא קמן, ודוק.

פרק ב

פרק ב' דנדה דף י"ח ע"א, אמר ר' יוחנן בשלשה מקומות הלכו בו חכמים אחר הרוב ועשאום כודאי, מקור שליא חתיכה, ופריך ותו ליכא והא איכא תשע חנויות מוכרות בשר שחוטה ואחת מוכרת בשר נבילה ולקח מאחת מהן ואינו יודע מאיזה מהם לקח ספיקו אסור ובנמצא הלך אחר הרוב, וכתבו שם תוס' ד"ה אחר הרוב וז"ל, הכא איכא חזקה כנגד הרוב, דבהמה בחזקת איסור עומדת, דאי לא הוי חזקה כנגד הרוב לא הוי פריך מידי, דמצינו לומר דרבי יוחנן לא חשיב אלא היכא דאיכא חזקה כנגד הרוב עכ"ל.

ומבואר מדבריהם דכה"ג הו"ל חזקת איסור שאינו זבוח, כיון שאנו מסופקים שמא נבילה היא זאת החתיכה והיא היתה בחזקת שאינו זבוח, אלא משום דרובא עדיף מחזקה, וא"כ לפ"ז שני חתיכות אחת שחוטה ואחת נבילה שנתערבו חד בחד, הו"ל ודאי איסור משום חזקת איסור שאינו זבוח דאיתא בכל חתיכה וחתיכה, ובמנחות דף כ"ג ע"א אמר רב חסדא נבילה בטלה בשחוטה שאי אפשר לשחוטה שתעשה נבילה, ושחוטה אינה בטילה בנבילה שאפשר לנבילה שתעשה שחוטה, דלכי מסרחה פרחה לטומאתה, ופירש רש"י שחוטה אינה בטילה בנבילה, אם שני חתיכות נבילה ואחת שחוטה ביניהם אינה בטילה, ואם נגעה אחת מהן בתרומה אינה נשרפת עליה, ותוס' פירשו היכא דקבעי ברה"ר ואינו יודע באיזו מהם נגע ספיקו טהור ע"ש.

וקשה לפי מה שמבואר דחתיכת נבילה שנתערבה חד בחד עם חתיכה כשירה הו"ל כל א' ודאי איסור ומשום חזקת איסור שאינו זבוח, וכמו כן קיי"ל בשני כתי עדים המכחישות זא"ז דכל כת וכת מוקמינן בחזקת כשרות דמעיקרא, א"כ מאי נפקא לן

דשחוטה אינה בטילה בנבילה, כיון דאפילו חד בחד הו"ל ודאי נבילה מחמת חזקה שאינו זבוח.

ואין לומר דחזקה שאינו זבוח לא מהני אלא לאיסור אכילה אבל לטומאה ליכא חזקה, דהא בחולין דף י' גבי לא בדק בסימנים דפליגי אמוראי שם בחזקת איסור אמרינן בחזקת טומאה לא, ואנן קיי"ל כמ"ד שם דמטמאה במשא, וכ"כ הרי"ף שם ע"ש, ואפילו למ"ד שם דאינה מטמאה במשא, כתבו תוס' ז"ל משום דרוב פעמים שוחט שפיר ושריא מדאורייתא לכן לא החמירו בו לעשותו נבילה ע"ש, ומבואר דאם היה ספק תורה היה מטמאה לכו"ע במשא ומשום חזקה שאינו זבוח, וכל שאינו זבוח מטמאה במשא, וא"כ מאי נ"מ דשחוטה אינה בטילה בנבילה, ואפילו ברה"ר כל שהוא ודאי משום חזקה הרי היא מטמאה.

ולכן נראה דלא כתבו תוס' דכה"ג הו"ל חזקה שאינו זבוח אלא בפירש אחת מהם, וכיון דבחתיכה זו שפירש מעולם לא אתברר אם יצאתה מחזקתה שאינו זבוח מוקמינן לה בחזקתה קמייתא, אבל בחתיכה נבילה שנתערבה חד בחד עם שחוטה, כיון דנתברר שאחת מן החתיכות כבר נשחטה ויצאה מחזקת איסור שאינו זבוח אלא שאינו ידוע איזו, בזה לא מוקי לה בחזקת שאינו זבוח, כיון דאחת מן החתיכות בודאי יצאתה מחזקתה וכמ"ש.

ואע"ג דבשני כתי עדים המכחישות זו את זו מוקי כל כת בחזקת כשרות וזו באה בפני עצמה ומעידה כו', והתם נמי כת אחת מהן בודאי יצאתה מחזקת כשרות, התם כיון דמעולם לא נפסלו ולא נתברר פסולה, משו"ה כל כת וכת מוקי בחזקת כשרות, אבל הכא שידוע מאחת מן החתיכות כבר נשחטה ונתברר שכשירה היתה, ואח"כ נתערבה, בזה לא מוקי לה בחזקת שאינו זבוח אלא הוי תערובות ומידי ספיקא לא נפקא, ודוק.

ולפי זה בשוחט שני בהמות אחת בסכין בדוק ואחת בסכין פגום, ולא נודע איזו בסכין בדוק ואיזו בסכין פגום, כיון דלא נתברר כלל מעולם אם יצאה מחזקתה שאינו זבוח, הו"ל כל אחת נבילה ודאי, וכמו בשתי כתי עדים דמוקי כל אחת בחזקת כשרות.

אלא דגם בפירש אחת מן החתיכות שאנו דנין עליה לבד אם נבילה אם שחוטה, דמשמע מדברי תוס' דכה"ג הו"ל ודאי חזקת שאינו זבוח והו"ל ודאי איסור, אינו נראה כן מדברי הפוסקים, דבשו"ע יו"ד סי' ק"י סעיף ד' כתב רוב חנויות מוכרות בשר שחוטה ומיעוט בשר נבילה ולקח מאחת מהן ואינו ידוע מאיזו מהם לקח ונתערבה באחרות ואינה ניכרת, בטילה ברוב משום ספק ספיקא ע"ש, ואי נימא דכה"ג הו"ל חזקת איסור, א"כ בלקח מן הקבוע דכמחצה על מחצה הו"ל ודאי איסור משום חזקת שאינו זבוח, ובחזקת

איסור לא מהני ס"ס מיהו הך דינא דשו"ע הובא בטור בשם הרשב"א ע"ש, והרשב"א בתשובותיו סי' ת"א ס"ל דמהני ס"ס בחזקת איסור.

ואכתי קשה דאי נימא דכה"ג בספק נבילה הו"ל ודאי איסור משום חזקת שאינו זבוח, ומשום דאנו דנין עליה בפני עצמה, א"כ ראוי לומר כה"ג בספק טריפה דנשחטה הותרה ובחזקת היתר קיימא, ובפוסקים מבואר בפשיטות בטור ובשו"ע יו"ד בספק טריפה כה"ג שלקח מן הקבוע דספיקו אסור, וכמו כן בספק טריפה שנתערבה חד בחד עם כשירה, דהו"ל איסור תורה ולא מוקי לה בחזקת היתר דהא לא נולדה טריפה, וכן סוגיא דפרק התערובות (זבחים עג, ב) גבי שור הנסקל שנתערב באלף כולן ימותו, ופריך ונכבשינהו דניידי, ונימא כל דפריש מרובא פריש ע"ש, ותיפוק ליה כל דפריש ודנין עליה בפני עצמה מוקי לה בחזקת היתר, אלא ע"כ צריך לומר דכל שנתערבה, אפילו פירש תו לית בה משום חזקת היתר, וכמו כן לית בה משום חזקת איסור.

ועוד קשה דאי נימא דעל החתיכה שפיר אנו דנין איסור ודאי משום חזקה שאינו זבוח, א"כ ט' חנויות מוכרות בשר שחוטה וא' בשר נבילה דקיי"ל דכל דפריש מרובא פריש, וליתסר מדרבנן על כל פנים, דהא לדעת כמה ראשונים אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא מדרבנן ולפמ"ש בשמעתא א' פי"ח יש ליישב דבר זה ע"ש.

אמנם לולי דברי תוספות נראה בהא דהקשו תוס' בנדה דרבי יוחנן לא חשיב אלא רוב שהוא נגד חזקה, נראה כיון דאמר ובנמצא הלך אחר הרוב, משמע אפילו נמצא קרוב לחנות נבילה וכמ"ש תוס' בפרק לא יחפור (בבא בתרא דף כ"ג) שם בשם ר"י, דלא קמ"ל ר' חנינא דרוב וקרוב הלך אחר הרוב אלא אפילו בקורבא דמוכח, אבל קורבא דלא מוכח שפיר מוכח כבר מהאי דנמצא הלך אחר הרוב דמשמע אפילו נמצא קרוב לנבילה ע"ש, וא"כ כשם דמהני רוב נגד חזקה דקרוב וחזקה נראה דשקולים המה, ולא אמרו אלא דרוב וקרוב רובא עדיף, אבל חזקה לא עדיף מקרוב וכחדא נינהו.

פרק ג

כתוב בתשובת הגאונים בתראי שאלה מהגאון מוהר"ם בק"ק ווילנא להגאון מוה' העשיל, באחד ששחט שבעה בהמות ואח"כ נמצא באחת שניקב בית הכוסות ונתערבו הטריפות בכשירות, וקודם שנולד הספק נמכר חציה של בהמה אחת בחזקת כשרות, מי נימא דגם חצי השני מותר, מאחר דחציו הנמכר מותר מטעם כל דפריש מרובא פריש, ואנו יודעין בודאי שזה חציו השני, וא"כ איך נחלק בהמה אחת לומר שחציו מותרת וחציו אסורה, וע"ש מ"ש בזה הגאונים שם.

והובא דין זה בפר"ח יו"ד סוף הספר, וכתב עלה ז"ל, ואנכי הרואה ששום אחד מהם לא כיון להלכה יפה, לפי שכל זה הולך על טעותא שכתב הט"ז שכבש אחד אינו בדין שיהיה מקצתו מותר ומקצתו אסור, ולפיכך אלו חכמים מקצתם אוסרים הכל ומקצתם מתירים הכל, וכבר כתבתי בפנים שזה הוא טעות גמור ביד הט"ז וביד כל האומרים כן, וכן המנהג פשוט אף בכבש אחד להתיר מה שנמכר כבר ופירש, ולאסור מה שנשאר בחנות שעדיין לא פירש, וכל שיעורי חכמים כך הוא, ומי שאינו מורה כן לא ידע באיסור והיתר בין ימינו לשמאלו עכ"ל הפר"ח.

ומבואר דעת הפר"ח דהך רובא שאנו דנין על מקצתו שפירש לא מהני אלא לגבי עצמו אבל לא לחתיכה הדבוקה עמה והנה גבי חזקה אשכחן דמהני חזקת מקוה לגבי טמא, דכיון שהמקוה בחזקתו וכי טבל במקוה שלם טבל וכדאיתא ריש נדה אי לאו משום תרתי לריעותא, וכמו כן גבי חבית מהני חזקת החבית לגבי טבל ע"ש, וא"כ הכא גבי בהמה דאחת היא, אמאי לא נימא דמהני רוב שבמקצתו שפירש לגבי מקצתו הדבוקה, כיון דחזקה כה"ג מהני נגד כולו.

ונראה דהתם גבי מקוה וחבית אין הספק בטמא ובטבל מחמת עצמו אלא הספק בא מחמת המקוה, דאם המקוה חסר הרי זה טמא, וכמו כן גבי טבל אם החבית החמיץ הרי זה טבל, וכיון דאין הספק אלא מחמת המקוה וכיון דאיכא חזקה במקוה ממילא הטובל בו טהור, וכמו כן בטבל וחבית אם החבית בחזקתו תו ליכא ספיקא בטבל, אבל כאן שנולד ספק טריפות בכל הבהמה העצמיית בכל הבהמה כולו, ואין ספיקו של חציה הנשאר בחנות מחמת חציו שפירש, אלא הספק מחמת עצמו אם כשירה אם טריפה, ומשו"ה אע"ג דאיכא רובא בחציו שפירש, אין הרוב מהני אלא נגדו ולא נגד כולו, וכמו כן בהיו בה מומין דעת הר"ן והריטב"א שם בסוגיא דמהני חזקת הבת לאב אע"ג דהכתובה לאב, משום דעיקר הספק אינו אלא מחמת מומין שבבת, וכיון דהבת אית לה חזקה ממילא אית לה כתובה ולאב, משא"כ הכא דספיקו מחמת עצמו וכמ"ש, וא"כ מה שהותר ע"י רוב הותר והשאר בספיקו, ודוק.

וראיה לזה מהא דאמרינן פ"ק דחולין דף י' לא בדקו מאי, ר"א בן אנטיגנוס משום ר"א בר' ינאי אמר טריפה ואסורה באכילה, במתניתא תני נבילה ומטמאה במשא, במאי קמפלגי בדרב הונא דאמר בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, מר סבר בחזקת איסור קיימא והשתא מתה, ומר סבר בחזקת איסור אמרינן בחזקת טומאה לא אמרינן, וקיי"ל כמ"ד דמטמאה במשא וכמ"ש הרי"ק שם ע"ש, ואמאי מטמאה במשא, כיון דאין החזקה אלא מחמת איסור שאינו זבוח ומעולם לא היתה טמאה, וראוי

לומר דחזקה לא מהני אלא לאיסור ולא לטומאה, ואפילו מ"ד אסורה באכילה כתבו תוס' שם משום דרוב פעמים שוחט שפיר ושריא מדאורייתא לא החמירו לעשות נבילה ע"ש. ולפמ"ש ניחא, דהתם אין הספק בא אלא מחמת שחיטתה אם נשחטה כהוגן או לא, וכל שלא נשחט כהלכה ממילא מטמא במשא כדין מתה, וכיון דעל ספק שחיטה אנו דנין שלא נשחטה מחמת חזקה שאינו זבוח ממילא מטמאה במשא, ומשו"ה קאמר מר סבר בחזקת איסור קיימא והשתא מתה, והיינו כיון דקיימא בחזקת שאינו זבוח ואנו דנין שלא נשחטה כראוי, א"כ השתא מתה ומטמא כדין מתה, אבל נידון דידן דספק העצמיית אם כשירה אם טריפה בכל הבהמה היא בכל חלק וחלק, ולכן אינו מכריע הרוב שבמקצתו שפירש להתיר הנשאר, כיון דבמקצתו הנשאר ג"כ ספק מחמת עצמו, וכל זה לדעת הפר"ח.

פרק ד

אמנם אחר העיון רואה אני את דברי המתירים הכל, גם חלק הנשאר בחנות קבוע, מהא דתנן פ"ק דכתובות דף י"ג ראוה מדברת עם א' ואמרו לה מה טיבו של איש זה, איש פלוני וכהן הוא, ר"ג ור"א אומרים נאמנת, ור' יהושע אומר לא מפיה אנו חיין אלא הרי זו בחזקת מעוברת לנתין ולממזר עד שתביא ראיה לדבריה ואמרו בש"ס התם חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בבתה, ואיכא מ"ד התם מאן דמכשיר בה פוסל בבתה ע"ש, אלא דאנן קיי"ל כמ"ד מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה, וכמ"ש הרמב"ם (פט"ו מאיסורי ביאה הלכה י"א), והוא משום דמהני חזקת האם לבת וכמ"ש תוס' פרק האומר, ובר"ן שם פ"ק דכתובות ע"ש.

והרי התם הספק שנסתפקנו אם נבעלה לנתין ולממזר הוי הולד ממזר והאם נפסלה לכהונה, וא"כ הספק העצמיית ממילא באם ובולד, ופסול הולד לאו מחמת פסול האם בא, אלא כשנבעלה לפסול לנתין ולממזר [הולד] הולך אחר הפגום שבשניהן והוי ספק עצמיית לבן ולאם, וחזינן דמהני חזקת האם לבת, ואמרינן כיון דהאם בחזקת כשרות שלא נבעלה לפסול לה, מהני חזקת האם להכריע גם לבתה וכשרה לקהל, וכיון דחזקה מהני לחציה שאין לו חזקה דומיא דאם לבת ואמרינן דמהני חזקה נגד כולו, א"כ רובא דעדיף מחזקה מכ"ש דמהני רובא של החציה שפירש להכריע חציה השני דמותר ומזה נראה ראיה ברורה כפסק של הגאון מוהר"ר העשיל זלה"ה דמתיר את כולה, אלא דהגאון הנזכר לא אתי עלה אלא משום דהוי דרבנן ע"ש, ולפי מ"ש אפילו בדאורייתא כה"ג מהני רוב כנגד כולו, וזה ברור.

ובטהרות פ"ו (טהרות ו, א) נראה דאפלגי תנאי בכגון זה שם, המסוכן ברה"י והוציאו לרה"ר והחזירוהו לרה"י, כשהוא ברה"י ספיקו טמא כשהוא ברה"ר ספיקו טהור, ר' שמעון אומר רה"ר מפסקת וכתב שם הרמב"ם בפירושו ז"ל, מאחר שאמרנו שאשר שנגע בו ברה"ר טהור לפי שהיה שם בחזקת חי, הנה מן הראוי שיהיה טהור אשר נגע בו לפני זה והוא ברה"י, כי איך יאמר שהוא עתה ברה"ר חי ולפני זה כשהיה ברה"י היה מת, זה יהיה שקר, וזהו ענין אמרו רה"ר מפסקת ר"ל ולסור משפט הספק הקודם ברה"י, ולשון התוספתא בביאור מאמר ר' שמעון כן הוא, ור"ש מטהר שהיה ר"ש אומר רה"ר מפסקת למפרע, שאינו יכול לומר מת היה ברה"י וחי ברה"ר, ואין הלכה כרבי שמעון עכ"ל.

הרי מבואר דלר' שמעון מכריע קצתו את קצתו, כיון דקצת הזמן שהיה ברה"ר חי היה, מכריע את קצת הזמן שהיה ברה"י שהיה אז חי, אבל חכמים סברי דאין קצתו מכריע קצתו אע"ג דסתרי אהדדי, אלא כל חדא וחדא כהלכתו וכדינו, משו"ה סברי דברה"י הוא טמא ואמרינן מת היה, ואח"כ ברה"ר אמרינן שם חי הוא וכיון דקיי"ל הלכה כחכמים, א"כ ה"נ בנידון דידן אין קצתו מכריע קצתו וכל חדא כהלכתו ודינו, ומה שהוא פירש נדון כרוב ומה שנשאר בחנות נדון כקבוע ואסור מספק וזה היפוך ממה שהוכחנו דחזקת האם מהני לבת.

איברא כד דייקינן אשכחן פירוקא להך מלתא, ואדרבא ראיה מזה לדברינו להכריע קצתו את קצתו, ומדרבי שמעון נשמע לדרבנן, דהא חזינן דר"ש סובר כן וכמ"ש, אלא הא דפליגי ר"ש ורבנן נראה דר"ש לטעמיה וחכמים לטעמייהו, והוא דקיי"ל ספק טומאה ברה"י ספיקו טמא ודאי, וכמו כן ספק טומאה ברה"ר טהור ודאי, וגמרינן לה מסוטה מה סוטה ספק ועשאוהו כודאי, וכמבואר בש"ס בכמה סוגיות, ועמ"ש שמעתא א' פ"ו, ומיהו לר' שמעון שמעינן דס"ל ספק טומאה ברה"ר טהור ודאי וספק טומאה ברה"י טמא מספק ואינו ודאי, וכמבואר ריש פ"ק דנדה (דף ב) גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר, דסבר ר"ש ברה"ר טהור ודאי וברה"י תולין, ומסוטה לא יליף דמה לסוטה שכן רגלים לדבר, וכתב שם רש"י דף ג' ז"ל, וש"מ דקסבר בשאר ספק טומאה דעלמא נמי ברה"י תולין דהא אין רגלים לדבר עכ"ל.

ובזה יתבאר טעמא דר"ש ורבנן, והוא דסבר רבי שמעון כיון דברה"ר טהור ודאי, א"כ ברה"ר ודאי חי היה, וראוי להיות הודאי מכריע הספק שהיה לנו קודם כשהיה ברה"י שהיה ספק מת, וכיון דעכשיו ברה"ר ודאי חי א"כ מכריע הספק, אבל חכמים לטעמייהו דסברי דכמו שברה"ר טהור ודאי כמו כן ברה"י, וא"כ איך יכול הודאי להכריע נגד הודאי, דכשם שברה"ר חי ודאי, כמו כן ברה"י היה טמא ודאי, ומשו"ה כל חדא וחדא

תיקום בדוכתיה כהלכתו ודינו וא"כ מדר"ש נשמע לרבנן בעלמא היכא דקצתו ודאי וקצתו ספק, וכהאי נידון דידן דהחלק שפירש הוא ודאי היתר, דהא רובא להיתרא והו"ל ודאי היתר, וקצתו שנשאר בחנות אינו אלא ספק מחמת קבוע, מכריע הודאי את הספק להיות כמוהו, והוא ג"כ מותר ודאי, ודוק.

ויתכן בזה מאמר ר"ש רשות הרבים מפסקת, ולכאורה משכחת לה נמי רשות היחיד, וכגון בספק שרץ ספק צפרדע דברה"ר טהור וברה"י טמא וכדתנן בטהרות פ"ה (טהרות ה, א) ע"ש, ומשכחת לה כשהיה ברה"ר והוציאו לרה"י דאז יהיה רה"י מפסקת, דאי אפשר להיות ברה"י שרץ וברה"ר צפרדע ולפי מ"ש ניחא דוקא רה"ר מפסקת, ומשום דברה"ר טהור ודאי ולר"ש ברה"י אינו אלא ספק טומאה, ומשו"ה הודאי מכריע את הספק להיות כמוהו, אבל רה"י אינו אלא ספק ואינו מכריע את הודאי, ולר"ש כה"ג גבי ספק שרץ, אפילו היה בתחילה ברה"ר ואח"כ ברה"י, הרה"ר מכריע את רה"י וכמ"ש, ודוק.

ובספר כרתי ופלתי סי' ק"ו הביא בשם גאון אחד שטען בזה הנידון דפירש מקצתו ונשאר מקצתו בחנות, לפי מ"ש בשיטה מקובצת פ"ק דמציעא גבי נפל אחד מן המנויין לתוכה עשירי ודאי ולא עשירי ספק, והקשו בתוס' דליבטל ברובא, ותירץ בש"מ דכל דפריש מרובא פריש אינו ודאי כן אלא שהתורה התירה, ואכתי הו"ל עשירי ספק ע"ש, ומשו"ה גם בזה מה שפירש מן התורה מותר אבל אינו ודאי, ומשו"ה מקצתו שנשאר קאי בספיקו, וע"ש שקילס את דבריו.

ולפי מ"ש ראיה מהך דר' שמעון דרה"ר מפסקת ומכריע את הספק שברה"י, וספק טומאה שברה"ר טהור אינו ודאי אלא שהתורה התירה ואפ"ה מכריע את הספק, וא"כ ה"ה כל דפריש מרובא פריש, אע"ג דאינו ודאי, כל שמותר מן התורה מכריע את הספק להיות כמוהו מותר ודאי, ואפילו רבנן דפליגי על ר' שמעון, אינו אלא משום דברה"י נמי ודאי טומאה עשאו תורה ואין הודאי יכול להכריע את הודאי, דזה ודאי וזה ודאי, ומשו"ה כל חדא תיקום בדוכתיה וכמ"ש, אבל היכא דמותר ודאי, מכריע הספק להיות כמוהו, וזה ברור ונכון, ודוק.

פרק ה

הרמב"ם (פ"ה מהל' בכורות ה"ג) פסק בספק בכור דאם תפס הכהן אין מוציאין מידו, ותמהו עליו שהוא נגד מסקנת סוגיית הש"ס פ"ק דמציעא דף ו., אמר רבה לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין מידו כו', א"ל אביי תניא דמסייע לך הספיקות נכנסין לדיר

להתעשר ואי אמרת תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן, ע"ש בסוגיא, ומוכח במסקנא דלא מהני תפיסה בספק בכור.

ובני הנבון מוהר"ר יוסף דובער נ"י הכהן ש"ן כתב אלי בזה וז"ל, ואשר אחזה לי בישוב דבריו והוא, דיש להקשות מאי מדמה הש"ס ספק בכור לספק פדיון פטר חמור, דבספק בכור לית להו לבעלים חזקת מרא קמא, שהרי מיד כשנולד ספיקו עמו אם של כהן או של בעלים, אבל בפדיון פטר חמור אית להו לבעלים חזקת מרא קמא, והך דספיקות נכנסין לדיר להתעשר מוקי לה בש"ס בספק פדיון פטר חמור, ואע"ג דגם בבכור אית ביה חזקת מרא קמא, והוא משום דבמעי אמו חולין, שאין הבכור קדוש עד שיצא לאויר העולם, מ"מ לאו חזקת בעלים ממש חשיב כמו בפדיון פטר חמור, דבמעי אמו הו"ל דבר שלא בא לעולם, וכמ"ש בשו"ע חו"מ סימן ר"ט, וא"כ לא הוי דבעלים אלא אגב אמו, וגם בחידושי פני יהושע שם בסוגיא הביא בשם הרשב"א בתשובותיו דגבי בכור לא חשיב חזקת מרא קמא, ע"ש.

ולכן נראה דרבה לטעמיה דס"ל במסכת חולין דף ע' בכור מכאן ולהבא קדוש, דהיינו משעת יציאת רובו המיעוט שיצא חולין גמורים, וא"כ עכ"פ חזקת בעלים ממש אית להו במיעוט אשר יצא וממילא כולו נגרר אחריו, לפי שאי אפשר לחלקו ולומר מקצתו בכור ומקצתו אינו בכור, וכמבואר כיוצא בזה בתשובת הגאונים בתראי ז"ל, בפירש מקצתו ונשאר בחנות מקצתו קבוע דהכל מותר כיון דאי אפשר לחלק, אבל רב הונא דס"ל למפרע קדוש, א"כ אם הוא בכור מעולם לא היה לו חזקת מרא קמא דבשעה שנולד ספיקו עמו, וא"כ ליכא ראיה מספק פטר חמור לספק בכור, ומשו"ה ניחא הא דאמר אביי תנא דמסייע לך, והיינו לשיטתך דסבירא לך מכאן ולהבא קדוש, שפיר יש להביא ראיה מהך דספיקות נכנסין לדיר להתעשר.

והרמב"ם דפוסק כרב הונא דלמפרע הוא קדוש, כמ"ש בפ"ד מבכורות (פ"ד מהל' בכורות) ליכא ראיה מספק פטרי חמורים וכמ"ש, והרא"ש והטור ביו"ד סי' שע"ו דפסקו כרבה דמכאן ולהבא הוא קדוש, א"כ שפיר מוכח מהך דספיקות נכנסין לדיר להתעשר, ומשו"ה פסקו הרא"ש והטור דאם תקפו כהן מוציאין מידו, עכ"ד הנחמדים, ודוק.

פרק ו

קיימא לן דאין הולכין בממון אחר הרוב, ר"פ המניח (בבא קמא כז, ב). ובר"פ המוכר פירות (בבא בתרא צב, ב) איתמר המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, רב אמר הרי זה מקח טעות ושמואל אמר יכול לומר לשחיטה מכרתיו כו', רב אמר ה"ז מקח טעות בתר

רובא אזלינן ורובא לרדיא זבני, ושמואל אמר לך כי אזלינן בתר רובא באיסורא בממונא לא, ע"ש.

ובתוס' פ"ק דסנהדרין דף ג' ד"ה מה דיני נפשות דחמירי אזלינן בתר רובא דיני ממונות לא כ"ש וז"ל, תימא דבריש המוכר פירות קאמר שמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ואמאי לא נליף בק"ו מדיני נפשות, ואין לומר דדיני נפשות גופיה לא אזלינן בתר רובא ברובא דליתא קמן אלא ברובא דאיתיה קמן, דהא בריש פרק בן סורר (סנהדרין דף ס"ט) משמע דבכל דוכתי אזלינן בתר רובא בדיני נפשות, כגון רוב נשים לט' ילדן, ורובא דאינשי דטעו בעיבורי דירחא, וצ"ל דרובא לרדיא זבני לא חשיב כהנך רובי הלכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות עכ"ל וצריך ביאור במ"ש תוס' דרובא לרדיא לא חשיב ולא כתבו מאיזה טעם לא חשיב רובא כהנך רובי והב"ח בחו"מ סי' רל"ב כתב לפרש דבריהם דמשו"ה רובא לרדיא לאו רוב מעליא, לפי שכנגד אדם אחד שקונה מאה שורים לרדיא, יש מאה בני אדם שקונין עשרה שורים לשחיטה וע"ש, וכבר השיגו אחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהנא ש"ן בקונטרס הכללים כלל ו' סי' א' ע"ש.

ונראה לפרש לפי מ"ש הרמב"ן בס' המלחמות פ"ב דקידושין גבי סבלונות, דאמרינן דרובא מסבלי ואח"כ מקדשי, והקשו בזה כיון דרובא מסבלי והדר מקדשי אמאי חוששין לסבלונות הא בכל דוכתי אזלינן בתר רובא, וכתב עלה הרמב"ן ז"ל, אבל הטעם לשאלה זו שאין רוב זה דומה לפלוגתא דר' מאיר וחכמים, דהתם רוב חיוב וטבע הוא ואי אפשר אלא כן, אבל כאן אינו אלא מנהג ופעמים הרבה שאדם נוהג כמנהג המועט, הלכך במקום איסור אשת איש החמירו עכ"ל.

ובריטב"א שם פ"ב דקידושין דף נ' לא צריכא דמסבלי והדר מקדשי, מהו דתימא לא ניחוש למיעוטא וז"ל, ואי קשיא לך והא קיי"ל כרבנן דלא חיישי למיעוטי ואפילו לחומרא, דהתם הוא ברובא דבחיוב וטבע שאינו תלוי ברצון, כגון האי דקטן וקטנה שחולצין ומייבמין ולא חיישינן לסריס ואיילונית, וכהאי דאמרינן רוב נשים מעוברות יולדות ומיעוט מפילות, אבל ברוב התלוי במנהג שאינו חיוב וכל אדם שרוצה יכול לנהוג כמנהג המועט ודאי חוששין למיעוט לחומרא, שהרי כיון שהדבר תלוי בדעת, פעמים שאדם נוהג כמנהג המועט עכ"ל ע"ש, וזה כדברי הרמב"ן, אלא שנראה מדברי הרמב"ן דגם רוב כהאי שתלוי ברצון ובמנהג נמי מדינא רובא הוי, אלא דבמקום איסור אשת איש החמירו ברובא כהאי, דאי לאו משום חומרא דאשת איש היה מהני רוב כהאי, ובזה ניחא דברי תוס' דרובא לרדיא לא חשיב כהנך רובי, והיינו משום דרובא לרדיא תליא בדעת וברצון בני אדם ופעמים שאדם רוצה לקנות לשחיטה, ורוב כזה נמי

רוב מעליא הוא, אלא כיון דאינו כמו שאר רובי ס"ל לשמואל דהני מילי באיסורא אבל בממונא לא מהני רוב כהאי, אבל בשאר רובי דהוא בחיוב וטבע גם בממונא מהני.
ובתוס' יומא דף פ"ה ע"א ד"ה לא צריכא דנגחיה תורא דידן, ע"ש שכתבו דברוב ישראל היכא דנגחיה תורא דידן לתורא דידיה צריכין לשלם לו וע"ש, והוא תמוה דהא קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב, וכן דעת הטור ושו"ע אה"ע סי' ד' דלנזקין פטור אפילו ברוב ישראל כיון דאין הולכין בממון בתר רוב, ובבית שמואל שם סקכ"ו ז"ל, ואם נגחיה תורא דידן לתורא דידיה כתבו תוס' ביומא משלם לו נזק שלם, אע"ג דבממון אין הולכין אחר הרוב, היינו כשבא לידו מדעת הבעלים עכ"ל, ודבריו תמוהין דודאי מוחזק מעיקרו עדיף טפי מבא לידו מדעת בעלים, וראיה מהא דפריך בש"ס ר"פ המוכר פירות לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב משור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה משלם חצי נזק לפרה ורביע נזק לולד, ואמאי לימא הלך אחר רוב פרות ורוב פרות מתעברות ויולדות ע"ש, ומשמע דלשמואל ניחא, ואי נימא דשמואל לא קאמר אלא במוכר שור דבא ליד המוכר המעות מדעת בעלים, והתם גבי שור שנגח את הפרה לא בא מדעת בעלים, וכן כולה סוגיא שם דפריך לרב מרוב נשים בתולות נשאות, התם נמי לא בא לידו מדעת בעלים וא"כ לשמואל נמי תיקשי, אלא ודאי דמוחזק בהיתר מעיקרו אין לך תפיסה גדולה מזה, וזה פשוט וברור.
ודעת הרב המגיד פט"ו מאיסורי ביאה דברוב ישראל, אם נגח תורא דידן לתורא דידיה, אין צריך לשלם דאין הולכין בממון אחר הרוב, וברוב עכו"ם אם נגח תורא דידיה לתורא דידן צריך לשלם, לא אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב, לפי שאין לו חזקת ממון כיון שהוא מסופק אם הוא עכו"ם עכ"ל. ונראה בדעת תוס' ביומא דכתבו ברוב ישראל ונגח תורא דידן לתורא דידיה דצריכין לשלם אע"ג דאין הולכין אחר הרוב בממון וכמ"ש הרב המגיד, היינו דאזלי לשיטתייהו שכתבו רפ"ק דסנהדרין דהא דסבר שמואל אין הולכין אחר הרוב היינו דוקא ברובא לרדיא דאינו רובא מעליא וכמ"ש ביאור הדברים, אבל בעלמא אזלי בתר רובא אפילו בממונא.

פרק ז

אמנם כולה סוגיא דר"פ המוכר פירות משמע דשמואל לא אזיל בתר רובא דממונא אפילו ברוב מעליא, וכדמשמע שם דאמרו שם מיתיבי האשה שנתאלמנה או נתגרשה כו' אם יש עדים שיצאתה בהינומא וראשה פרועה כתובתה מאתים, טעמא דאיכא עדים הא ליכא עדים לא ואמאי הלך אחר רוב נשים ורוב נשים בתולות נשאות, ומשמע

דלשמואל ניחא, והתם רוב מעליא הוא וכן מהא דפריך שם משור שנגח את הפרה ואמאי לימא הלך אחר רוב פרות כו', התם נמי רוב מעליא.

מיהו ברפ"ב דכתובות דפריך שם טעמא דאיכא עדים ואמאי לימא הלך אחר רוב נשים ורוב נשים בתולות נשאות, וכתבו שם תוס' לרב פריך, והבעל המאור כתב שם דקשיא נמי לשמואל ומשום דמודה שמואל היכא דאיכא נמי חזקת הגוף בהדי רובא ע"ש ומבואר לדברי בעל המאור דמפרש דלשמואל נמי קשה, א"כ ע"כ הא דאמרו שם מיתיבי האשה שנתאלמנה כו' ואמאי הלך אחר רוב נשים, ומשמע דלרב הוא דפריך, היינו משום דלרב פריך בפשיטות טפי ולקושטא דמילתא לשמואל נמי קשיא, וא"כ לשיטת תוס' בפ"ק דסנהדרין דשמואל מודה בשאר רובי, דניחא סוגיית הש"ס ר"פ האשה שנתארמלה דפריך ואמאי הלך אחר רוב נשים, לפריך נמי לשמואל ומשום דמודה בשאר רובי.

אלא דהתם בש"ס ר"פ המוכר פירות בהא דאיתא שם לימא כתנאי שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו, אף ע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח אין אומרים בידוע שזה נגחו וזה נשכו, ר' אחא אמר גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו בידוע שזה הרגו, סברוה דרובא וחזקה כי הדדי נינהו לימא רב דאמר כר' אחא ושמואל דאמר כת"ק, אמר לך רב אנא דאמרי אפילו כת"ק כו', ושמואל אמר לך אנא דאמרי אפילו לר' אחא עד כאן לא אמר ר' אחא אלא דאזלינן בתר חזקה דאיהו גופיה מוחזק אבל בתר רובא לא אזלינן ע"ש, ומזה משמע דלשמואל לא אזלינן אפילו בתר רוב מעליא, דאל"כ הוי מצי למימר אנא דאמרי כר' אחא עד כאן לא אמר ר' אחא אלא בהך חזקה מעליא דהוא בטבע, אבל רוב לרדיא אינו בטבע אלא תליא ברצון, מזה משמע לשמואל לא אזיל בתר רובא כלל בממון.

ודעת הרב המגיד שזכרנו דס"ל בנגח תורא דידן לתורא דידיה דאין צריכין לשלם לו ומשום דאין הולכין בממון אחר רוב, ס"ל נמי דאין הולכין כלל אחר הרוב בממון אפילו ברוב מעליא, אולם מ"ש הרב המגיד וברוב עכו"ם כו' צריך לשלם כו' לפי שאין לו חזקת ממון כו', כ"כ הרשב"א ג"כ בחידושיו סוף פ"ק דכתובות ע"ש, ומוהרי"ט בחידושיו ספ"ק דכתובות הקשה דהא כיון דהוא מסופק אם נתחייב או לא, הו"ל איני יודע אם נתחייבתי ע"ש.

והמעיין בחידושי הרא"ה מבואר שם יותר וז"ל, דוקא מחצה על מחצה אבל רוב עכו"ם משלם נזק שלם, ותימא אכתי לימא להו אייתי ראיה דלאו ישראל אנא, דהא אין הולכין בממון אחר הרוב, איכא למימר דכיון דאם איתא דהוי עכו"ם לית ליה חזקה לממונא, והשתא מספקא לן בגופיה אי הוי עכו"ם, לא אמרינן בכי הא אין הולכין בממון אחר

הרוב, דלא איתמר אלא להוציא מחזקתו עכ"ל ע"ש והן הן דברי הרשב"א ודברי הרב המגיד.

וכיוצא בזה כתבו הרבה מהמשתמשים בדגל קים לי בענין חזקת חנות דהוא ספק אם הוא קרקע או מטלטלין, דלא מצי למימר קים לי כיון שהוא עצמו הספק אם הוא מוחזק או לא, וקים לי לא אתמר אלא למוחזק, והוא מבואר בתשובת מוהרי"ן לב ספר א' כלל י"ג סי' ע"ד, דהיכא דהוא ספק אם הוא מוחזק לא מצי טעין קים לי ע"ש והרבה מאחרונים בתשובותיהם שחתרו להביא ראיה להך דמוהר"י ן' לב, ועיין בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' קנ"א, ושם האריך להביא ראיה לזה דהיכא דהוי ספק בתפיסה עצמה אם נקראת תפיסה או לא, אי הוי מוחזק מספק לטעון קים לי וע"ש הרי לפנינו ראיה ברורה להך דמוהרי"ן לב מדברי הרשב"א והרא"ה והרב המגיד וע"ש בס' קצה"ח סי' פ"ח ובסי' רנ"ח סק"א.

וניחא בזה סוגיית הש"ס סוף פ"ק דכתובות (דף טו.), מחצה על מחצה ישראל למאי הלכתא, אמר ריש לקיש לנזקין, דנגחיה תורא דידיה לתורא דידן, פלגא משלם ואידך פלגא אמר להו אייתי ראיה כו' ובתוס' שם וז"ל, תימא דה"נ הוי מצי למימר מחצה על מחצה נכרי ובנגח תורא דידן לתורא דידיה ע"ש, ולפי מ"ש הרשב"א והרא"ה והרב המגיד ניחא, דלא מצי למימר לנזקין דנגח תורא דידן לתורא דידיה, דא"כ למאי קאמר מחצה על מחצה, דהא כה"ג אפילו ברוב ישראל פטור דאין הולכין בממון אחר הרוב, אבל בנגח תורא דידיה לתורא דידן, אם היה רוב היו הולכין אחר הרוב וכמבואר בטעמים, ניחא דנקט מחצה על מחצה, ודוק.

פרק ח

איברא שיטות חלוקות המה בתוס', דמדברי תוס' ר"פ המניח [בבא קמא כז. תוד"ה קמ"ל] מבואר כדברי הרב המגיד דאפילו ברוב מעליא נמי ס"ל לשמואל דאין הולכין אחר הרוב ע"ש וז"ל, תימא מ"ט אין הולכין בממון אחר הרוב ליתי בק"ו מדיני נפשות, כדאמרינן פרק קמא דסנהדרין ור' יאשיה מייתי לה בק"ו, ואפילו רובא דליתיה קמן אזלינן בדיני נפשות בתר רובא כדאמר ר"פ סורר ומורה, וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מאריה, דהא ב"ד מפקי מיניה, אבל גבי שאר ממון דאיכא מיעוט וחזקה, לא אזיל בתר רובא עכ"ל, ומבואר דאפילו ברוב מעליא לא אזלינן בממון בתר רובא, ואפילו בדיינים אי לאו דמיעוט דידהו חשיב כאינו דאינהו מפקי לא הוי אזלינן בתר רובא, וזה נמי שיטת הרשב"א והרא"ה והה"מ וכמ"ש.

ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודא כהנא ש"ן הקשה דהיכא אזלינן בדיני נפשות בתר רובא ואפילו ליתא קמן, וכמו שהוכיחו תוס' מר"פ בן סורר ומורה, מאי שנא ממון דאין הולכין אחר הרוב משום דמסייע למיעוט חזקת ממון דאלים טובא, ולמה לא נימא כן בדיני נפשות כיון דמסייע ליה חזקת גופיה, ואם גופו נידון ליהרג ע"י רובא ממונו לא כ"ש, והיא קושיא עצומה.

ונראה בזה והוא, דהתם ר"פ בן סורר (סנהדרין דף ס"ט ע"א) א"ר כרוספדאי כל ימיו של בן סורר ומורה אינו אלא ג' חדשים בלבד כו', אמרי במערבא בן ולא הראוי לקרות אב, פירש רש"י והיינו לאחר ג' חדשים שראוי להיות העובר ניכר אם היה בא על האשה משהביא שתי שערות כו', ש"מ מדר' כרוספדאי יולדת לשבעה אין עוברה ניכר לשליש ימיה, דאי ס"ד עובר ניכר לשליש למה לי ג' בתרי ותילתא סגי, לעולם אימא לך עוברה ניכר לשליש ימיה זיל בתר רובא, ופירש"י דאזלינן בתר רובא שיולדות לט' ואין עוברה ניכר בפחות מג' חדשים, אמרוה קמיה דרב הונא בריה דרב יהושע א"ל ובדיני נפשות מי אזלינן בתר רובא, והתורה אמרה ושפטו העדה והצילו העדה ואת אמרת זיל בתר רובא, אהדרוה קמיה דרבינא, א"ל ובדיני נפשות לא אזלינן בתר רובא, והתנן אחד אומר בשנים בחודש וא' אומר בשלש עדותן קיימת, שזה יודע בעיבורו של חודש וזה אינו יודע בעיבורו של חודש, ואי ס"ד לא אזלינן בתר רובא נימא הני דוקא קא מסהדי ואכחושי הוא דקא מכחשי אהדדי, אלא לאו משום דאזלינן בתר רובא, אמר רב ירמיה מדפתי אף אנן נמי תנינא, בת שלש שנים ויום א' מתקדשת בביאה כו', ואם בא עליה א' מכל העריות האמורות בתורה מומתין עליה והיא פטורה, ואמאי אימא איילונית היא ואדעתא דהכי לא קידשה, אלא לאו דאזלינן בתר רובא ורוב נשים לאו איילונית נינהו, ומזה הוא דהוכיחו בתוס' דאזלינן בדיני נפשות בתר רובא אפילו ליתיה קמן.

אמנם לענ"ד נראה דבדיני נפשות ובדיני ממונות לא אזלינן כלל בתר רובא, ודוקא עפ"י שנים עדים יקום דבר ולא רוב ולא חזקה, והא דסוקלין על החזקות וכדאיתא בפרק עשרה יוחסין גבי בנה כרוך ע"ש, נראה לפי מ"ש הרמב"ם פט"ז מהל' סנהדרין (פ"טז מהל' סנהדרין ה"ו) דאין צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה, אבל האיסור עצמו בעד אחד הוחזק, כיצד אמר עד אחד חלב כליות הוא זה, גרושה או זונה אשה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו, הרי זה לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בעד אחד עכ"ל ע"ש. ומשו"ה סוקלין על החזקות, דכיון דכבר הוחזק ע"י החזקה שזה בנה, ומשו"ה אחר שהתרו בו לוקין וסוקלין על החזקות, דעיקר האיסור גם בעד אחד הוחזק, וכשם שאינו קם ע"א לכל עון ולכל חטאת ואפ"ה האיסור הוחזק עפ"י ע"א, כמו כן החזקות אינו אלא

לקבוע האיסור ע"י החזקות, אבל לאחר מעשה לא מהני חזקות ליסקל על ידו, דהא ע"א משמע מדברי הרמב"ם דעדיף מחזקה, דהא משמע מדבריו פ"ט מנזירות דע"א [נאמן] נגד חזקה ע"ש, וכיון דע"א אינו קם לכל עון ולכל חטאת, ה"ה חזקה אינו קם לכל עון, אלא דהאיסור הוקבע ע"י ע"א וגם ע"י חזקה, א"כ כיון דכבר הוקבע האיסור, ממילא כשהתרו בו אח"כ סוקלין על ידו, וכמו בע"א ורוב נמי כה"ג הוא, אם הוקבע האיסור ע"י הרוב, ממילא דנין אח"כ מלקות ומיתה.

ומשו"ה בבת שלש שנים ויום א' דמתקדשת בביאה, ואיסור אשת איש הוקבע ע"י הרוב דרוב נשים לאו איילונית נינהו והו"ל אשת איש גמורה, וכשהתרו בו מומתין, כיון דכבר הוקבע איסור.

וכמו כן במכה אביו, דאמרו פ"ק דחולין דף י"א דלמא לאו אביו, אלא לאו משום דאזלינן בתר רובא, התם נמי כיון דאיקבע איסורא ע"י הרוב שהוא ודאי אביו, ואח"כ מומתין על ידי הרוב.

וכן הא דבן סורר ומורה נמי הרוב בא קודם המעשה, ולפי שרוב נשים לתשעה ילדן, וא"כ עד תלתא ירחי אית ליה דין בן סורר ומורה, ממילא כשעשה מעשה בן סורר אחר שהוקבע בו כבר דין בן סורר ממיתין אותו, דכה"ג אפילו ע"י ע"א הוקבע איסור ודאי ומומתין על ידו.

ואם בא העד אחר המעשה ואמר שזה שאכל חלב היה, אינו קם לכל עון ולכל חטאת, ומשו"ה בהנך רובא דלרדיא זבני אין הולכין בממון אחר הרוב, כיון דהרוב בא אחר מעשה אין דנין דין ממון עפ"י רובא.

והא דאזלינן בדיני נפשות בתר רובא בבן סורר, וכן גבי אשה מתקדשת בת שלש ולא חיישינן לאיילונית, היינו משום דהרוב בא קודם מעשה.

ובדיינים דאזלינן בתר רובא, היינו משום דגבי דיני ממונות נמי בדיינים אזלינן בתר רובא, ומשום דהמיעוט כמי שאינו, וכמ"ש תוס' פרק המניח וכן בטעו בעיבורא דירחא דאזלינן בתר רובא בדיני נפשות, היינו נמי משום דגם בדיני ממונות מהני רובא דעדיף, וכמ"ש בטור ושו"ע חו"מ סי' ל' וכבר כתב מוהר"י חביב בסוף הספר גט פשוט בכללים שם, דהא דסמכינן אעדים בהך רובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא, דהוא נמי מטעמא שכתבו תוס' בדיינים, ומשום שהם מפקי הממון ומיעוט כמי שאינו, ה"נ סמכינן על עדים והמה המוציאין את הממון ע"ש ועיין בקונטרס הספיקות כלל ז' סי' א'.

פרק ט

ולפי מה שביארנו דיני נפשות ודיני ממונות שוין, והיכא דמהני רובא בדיני ממונות כמו בדיינים ובעדים שטעו בעיבורא דירחא מהני ג"כ בדיני נפשות, והא דאזלינן בתר רובא בנפשות גבי בת שלש, היינו משום דהרוב בא קודם ולא גרע מע"א דהוקבע האיסור על פיו, וכיון דמהני רובא באיסורין הרי הוקבע האיסור ואח"כ ממיתין, הן ע"י ע"א הן ע"י חזקה ורוב וכמ"ש בפ"ז, והיינו דאמר שמואל כי אזלינן בתר רובא באיסורא אבל בממונא לא, ומשמע דוקא באיסורא אבל בדיני נפשות נמי לא, דאל"כ הל"ל כי אזלינן בתר רובא באיסורא ובדיני נפשות אבל לא בממון, ולפי מ"ש ניחא דלא אזלינן בתר רובא אלא באיסורין, אבל בממונא ובדיני נפשות בעינן קרא כדכתיב ע"פ שנים עדים יקום דבר, אלא היכא דהוקבע האיסור ע"פ רוב או חזקה מומתין על ידו וכמ"ש.

ויתיישב בזה קושיית תוס' בפ"ק דסנהדרין דף ג' ע"ב דאיתא שם, שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב כו' אזלינן בתר רוב הדיינים, ומייתי לה שם בק"ו ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא דיני ממונות לא כ"ש, וז"ל, תימא דבריש המוכר פירות קאמר שמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ואמאי לא נילף בק"ו מדיני נפשות, ואין לומר דדיני נפשות גופייהו לא אזלינן בתר רובא ברובא דליתיה קמן אלא ברובא דאיתיה קמן, דהא בר"פ בן סורר (סנהדרין דף ס"ט) משמע דבכל דוכתי אזלינן בתר רובא בדיני נפשות, כגון רוב נשים לט' ילדן ורובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא ע"ש.

ולפי מ"ש ניחא, דבריש פרק בן סורר התם אינו אלא לקבוע איסורא ע"פ הרוב, ומשום דהרוב בא קודם מעשה, ורובא דדיינים ודעדים בעיבורא דירחא בדיני ממונות וגם בדיני נפשות מהני, ואפשר דה"ה בממון כה"ג היכא דאיתרמי דהרוב בא קודם מעשה, וכגוונא דרוב ישראל ישראל דכבר הוקבע האיסור להיות ההורגו חייב מיתה אחר שהתרו בו, כיון דהוקבע להיות ישראל קודם מעשה, וא"כ ה"ה לענין ממון נמי חייבין על שורו בדין נזקין, כיון דכבר הוקבע בישראל קודם מעשה ממילא חייב בנזקין.

ובזה ניחא דברי תוס' ביומא דף פ"ה מ"ש דברוב ישראל אם נגח תורא דידן לתורא דידיה חייבין לשלם, והוא תמוה דהא קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב, ועמ"ש בזה פ"ו, ולפי מ"ש אפשר כיון דכבר הוקבע בישראל קודם מעשה חייבין נמי על ממונו, אלא דבזה יש לחלק דלענין מיתה שפיר חייבין עליו לפי מ"ש, כיון דעל ידי רוב הוחזק לישראל ונעשה איסור ומלקין והורגין אחר שהתרו בו, כיון דהרוב מהני לקבוע איסור ולא גרע מע"א וכמ"ש, אבל לענין ממון לא שייך קביעות איסור.

וארווחנא בזה ליישב קושיית תוס' בזבחים ריש פרק התערובות [עא ד"ה אפילו] שהקשו בהא דאמרינן הנסקלין בנשרפין ידונו בקלה ואמאי ניזל בתר רובא ע"ש, ולפי מ"ש ניחא, דלא אזלינן בתר רובא היכא דהרוב בא אחר מעשה וכה"ג לא אזלינן בתר רובא בדיני נפשות, דלא גרע דיני נפשות מדיני ממונות, דלא אזלינן בממון אחר הרוב אלא אם הרוב בא קודם מעשה נקבע האיסור ע"י הרוב, ונסקלין בנשרפין הרוב הוא אחר המעשה, ודוק.

והרציתי דברי אלה לפני אחי הרב המופלג מוהר"ר יהודה כהנא ש"ן, והשיב לי שיתיישב בזה קושיית תוס' פרק גיד הנשה (חולין דף צ"ו) [א ד"ה פלניא], ושם אמר רב יצחק בריה דרב משרשיא תדע דאילו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא והאי סימנא קטל נפשא לא קטלינן ואילו אמרי אית לן טביעות עינא בגויה קטלינן ליה, והקשו תוס' שם והא משיאין את האשה ע"פ סימנין להך לישנא דאמר רבא סימנין דאורייתא, ואם לאחר שנשאת באו עדים שזינתה קטלינן לה דסמכינן אסימנין להחזיקה כאשת איש מן השני, ואפילו נתברר ע"י עדים שבעלה הראשון כבר היה מת בשעת הזנות, ולא אמרינן שמא בעלה היה חי בשעת קידושין, וי"ל דבכה"ג נמי לא סמכינן למיקטלה ולהחזיקה כאשת איש מן השני, אלא אמרינן שמא בעלה היה חי ולא היה קידושיו קידושין, וכן אם נשאת ע"פ ע"א ע"ש.

ואמר אחי הנ"ל דיתיישב בזה האמור, דאיכא למימר דסימנין לא עדיף מרובא, ולכן היכא דאתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא כו' קטל גברא לא קטלינן ליה, ומשום דלא מהני סימנין לדון דיני נפשות אחר מעשה, אבל סימנין הבאין קודם מעשה והוקבע איסור אשת איש ע"י סימנין ואח"כ כשהתרו בו מומתין ע"י סימנין, דלא גרע מע"א וכמ"ש, וכן במשיאין האשה עפ"י ע"א כיון דכבר הימנוהו חכמים לע"א, וצ"ל כמ"ש תוס' ר"פ האשה רבה דבדבר הגון יש כח לחכמים לעקור דבר תורה בקום ועשה ע"ש, א"כ לא גרע מהוקבע איסור אשת איש עפ"י ע"א ואח"כ כשהתרו בו מומתין על ידו וכמו שביארנו, עכ"ד ודוק.

פרק י

תנן פרק השואל (ב"מ דף ק' ע"א) המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה, זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה יחלוקו, ובגמ' שם וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך הממע"ה, אמר ר' חייא בר אבין אמר שמואל בעומדת באגם, שפחה נמי דקיימא בסימטא, ונוקמה אחזקת מרא קמא וליהוי אידך הממע"ה, הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין.

ובתוס' שם ד"ה וליחזי ברשותא דמאן קיימא, וא"ת וכי נמי הולד כרשות הלוקח אין זה הוכחה דקנאה, דהא אמרינן בחזקת הבתים הגודרות אין להם חזקה כו', וי"ל כיון דאיכא דררא דממונא ויש ספק בדבר בלא טענותיהם וטוען ברי הלוקח, אם הוא ברשותו אין להוציא מידו, אבל אם היה טוען שמא סברא הוא שלא יועיל חזקתו מספק, ולא דמי לאחד שהפקיד טלה חי אצל בעה"ב ויש לבעה"ב כמו כן טלה חי ומת אחד מהן, דאמרינן בבכורות דף י"ח דהמפקיד הוי הממע"ה ומועלת חזקת בעה"ב אעפ"י שטוען ספק, דהתם היה מוחזק בודאי בטלה חי מעיקרא, אבל כאן לא הוחזק מעולם לוקח בולד זה בודאי, אבל מוכר אם הוא מוחזק מועיל אפילו טוען שמא, שהיה מוחזק בודאי מתחילה קודם המכירה, כשהיתה מעוברת, ואע"ג דלא דמי ממש להאי דבכורות דהתם היה מוחזק בודאי מתחילה בולד אכל הכא לא הוחזק מעולם בודאי ולד אחר שנולד אלא בעובר, ולפי מה שפירשנו שחזקת לוקח מועלת כשטוען ברי, אתי שפיר דמשני דקיימא באגם ולא משני דקיימא ברשות לוקח, עכ"ל תוס'.

ומבואר מדבריהם דמהני תפיסה היכא דאיכא דררא דממונא, היינו בלא טענותיהם יש ספק לב"ד, והוא פלוגתא דסומכוס ורבנן גבי ספק דררא דממונא, דהיכא דליכא דר"ד מודה סומכוס דהממע"ה, והיכא שהמוכר מוחזק מהני אפילו בשמא ולתפיסת הלוקח צריך ברי ובתוס' שם ד"ה הא מני סומכוס וז"ל, מדלא קאמר אלא הא מני סומכוס משמע דלא הדר ביה ממה דאוקמה כשעומדת באגם ומודה סומכוס היכא דהוא מוחזק ממש, וקשה לר"י דלעיל אמרינן זה אומר איני יודע אם שאולה אם שכורה וז"א א"י יחלוקו, ואוקמה כסומכוס, ואע"ג שהשוכר מוחזק במעותיו, וי"ל התם שהמוחזק טוען שמא אין חזקתו מועלת אבל הכא אוקמינא בעומדת באגם כדי לאוקמי אפילו בברי וברי דאם היה מוחזק חד מינייהו היה חזקתו מועלת עכ"ל.

וקשה לפמ"ש תוס' דתפיסת המוכר מהני אפילו בטוען שמא כי האי דבכורות, א"כ בזה אומר שאולה וז"א שכורה, אעפ"י שהשוכר טוען שמא אמאי לא מהני תפיסתו מספק כיון דהוא מוחזק ממש, והתם בשאולה וז"א שכורה נמי הוי דררא דממונא, מדאמרינן עלה דאתי כסומכוס וסומכוס לא אמר אלא בדררא דממונא, וצ"ל דהתוס' לא כתבו דמהני תפיסתו של מוכר אפילו בטוען שמא אלא לרבנן דס"ל הממע"ה, ומאי דאמרינן בבכורות דאין מוציאין הטלה מבעה"ב לפי מה שהוחזק, הוא נמי לדידן דקיי"ל כחכמים דפליגי עליה דסומכוס, אבל לסומכוס אפילו במוחזק מעיקרא כמו בז"א שאולה וז"א שכורה לא מהני חזקתו אלא כשטוען ברי.

ומדברי השו"ע חו"מ סי' רכ"ג סעיף א' משמע דאפילו טוען לוקח שמא נמי מהני תפיסתו, שכתב ואם לוקח מוחזק על המוכר להביא ראיה, מדלא חילק בין ברי לשמא משמע דלעולם מהני תפיסתו אפילו בשמא וכן משמע יותר בשו"ע שם סעיף ב' ז"א א"י וז"א א"י ואינו ברשות אחד מהם על הלוקח להביא ראיה, ומשמע דאפילו טוען לוקח איני יודע כשהוא ברשות לוקח אין מוציאין מידו.

ונראה דתוס' לשיטתייהו שכתבו בפ"ק דמציעא דמסקנא הוא תקפו כהן מוציאין מידו, והא דאמרו בפרק השואל גבי שוכר מרחץ דבא בסוף החדש כלו לשוכר, משום דהתם בהיתר נכנס, אבל בתקפו כהן לאו בהיתר תפסיה, אבל אם טוען ברי מהני תפיסה וכמבואר שם בתוס' דף ו' ד"ה פוטר ממונו וע"ש באשר"י, ומשו"ה נמי ס"ל בדררא דממונא דמהני תפיסה דאינו מהני אלא מוחזק בהיתר ותפיסת מוכר מהני אפילו טוען שמא, אבל תפיסת לוקח שהוא באיסור אינו מועיל אלא בטוען ברי, אמנם דעת השו"ע דאזיל בשיטת הרמב"ם דס"ל בתקפו כהן אין מוציאין מידו ומהני תפיסה בשמא ואפילו באיסור וכמ"ש בשו"ע יו"ד סי' שט"ו ע"ש, ומשו"ה בדררא נמי תפיסה מהני, אפילו תפיסת לוקח ואפילו בטוען שמא.

פרק יא

ואיכא למידק במ"ש תוס' דמהני תפיסה בספק דררא דממונא, מהא דאמרינן סוף פרק המניח שם (בבא קמא לה, ב), [דאמר] רבה בר נתן טענו חיטין והודה בשעורין פטור אף מן השעורין, תנן היו מזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן כו', הא לא מייתי ראיה שקיל כדאמר מזיק אמאי חיטין ושעורין נינהו, ומשני ראוי ליטול ואין לו, והתניא הרי זה משתלם לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן, ומשני בדתפס, והתם ע"כ נמי הוי ליה דררא דממונא, דאיתא שם בגמרא על משנה זו, זאת אומרת חלוקין עליו חביריו על סומכוס ע"ש, וסומכוס לא אמר אלא בדררא דממונא, וא"כ ע"כ התם נמי הוי דררא דממונא, וא"כ בדתפס אמאי לא שקיל כדאמר ניזק, והתם נמי ע"כ כשניזק טוען ברי, דאם ניזק טוען שמא לא הוי דין טענו חיטין והודה בשעורין, דהא באומר ניזק איני יודע אם גדול אם קטן לא מיפטר מדין טענו חיטין והודה בשעורין וכמבואר שם בש"ס ובשו"ע סי' ס"ח.

ונראה לפמ"ש הראב"ד בפ"ב מהלכות גניבה (פ"ב מהל' גניבה הלכה י"ב) בהשגות על הרמב"ם שכתב גנב ונקטע ממנה אבר ואח"כ מכרה, או שמכרה חוץ ממלאכתו, או שמכרה חוץ לל' יום אין מוציאין ממנו תשלומי ד' וה', ואם תפס הניזק אין מוציאין מידו, וכתב עלה הראב"ד ז"ל, לא מחוורא לי דתפיסה מהני בהא, כיון דיותר ממה שהזיק אין כח לחייבו אלא לב"ד ובדין פסק בלא ספק, וזה כיון שספק הוא אצלם איך גמרו את

דינו ע"ש וכ"כ הראב"ד פ"ח מעבדים והיינו משום דקנס לא מחייב אלא אשר ירשיעון אלקים, וכל שאין הדיינים מחייבים אותו אין בו חיוב כלל, ומשו"ה בספיקא דדינא דב"ד אין מחייבין אותו לא יוכל למיעבד דינא לנפשיה ולתופסו.

ומש"ה ניחא באחד גדול ואחד קטן דלא מהני תפיסה כדאמר מזיק, כיון דספיקא הוא ואין הב"ד מחייבין אותו מספיקא דפלגא נזקא קנסא, וכל שאין הב"ד מחייבין אותו לא מהני תפיסה ואפילו לדעת הרמב"ם דס"ל דמהני תפיסה מספק בקנס, נראה דהיינו דוקא בספיקא דדינא כיון דאיכא עדים על גוף המעשה אלא דספק בדינא, מצי למיעבד דינא לנפשיה כיון דאלו משכח דיינא דדאין הקנס וסבר שראוי לחייבו מצי למיעבד דינא לנפשיה, אבל היכא דליכא עדים בגוף המעשה, דשום ב"ד אין מחייבין קנס בלא עדים, ודאי לא מהני תפיסה בלא עדים על גוף המעשה.

דומה לזה מצינו האידנא דלא דיינינן דינא דקנסא ומשום דליכא מומחין שראוין לדון דיני קנסות ותפס מהני, וכדאיתא בש"ס פרק החובל, וכן הוא בטור ושו"ע חו"מ סי' א' ע"ש, ואי ליכא עדים על גוף המעשה ודאי לא מצי תפס, ואפילו אית ליה מגו דכה"ג בממון מהני ליה מגו, אבל בקנס דעת כמה מרבוואתא דלא מהני בקנס מגו כיון דליכא עדים על המעשה, ועיין מ"ש בס' קצה"ח סי' א' סק"ד.

אלא דאכתי תיקשי מבבא דהיה אחד תם ואחד מועד אחד גדול ואחד קטן, ניזק אומר מועד הזיק כו', ומוקי לה בש"ס הא דתניא הרי זה משתלם לקטן מן המועד ולגדול מן התם דמיירי בדתפס, והתם הדרא קושיא לדוכתיה, כיון דנזקי מועד ממונא וא"כ אמאי לא מהני תפיסה כדאמר מזיק ליטול לגדול מן המועד.

ונראה לפמ"ש מוהרש"ל בישו"ש פרק המניח דכל היכא דמהני תפיסה כגון בספק איבעיא או כיוצא, לא מהני תפיסה אלא היכא שלדבריו הוא זוכה בגוף החפץ ובא לטעון על גוף החפץ, אבל היכא שהחפץ אינו ולא ישאר תחת ידו רק בא לתפוס עבור חובו בזה לא מהני תפיסה ע"ש, וכ"כ בתשובת מוהרי"ט ח"א סי' ע"ב וז"ל, ויש לנו לחקור בזה הכלל שתפוס בידינו מדברי האחרונים דבכל מלתא דהוי פלוגתא דרבוואתא אין יכול להוציא מיד המוחזק ויכול המוחזק לומר קים לי כהני דמזכי לי כו', או דלמא לא, דלא אמרינן הכי אלא כשהוא מוחזק בדבר שלדברי אותו הפוסק הוא שלו והיה שלו מעולם, אבל בדבר שהוא תופס שאפילו לדבריו אין לו בגופו של חפץ זה כלום, אלא שהוא תפוס בו שיהיה נאמן על דבר אחר, לא מקרי הוצאה מיד המחזיק, וזה ימים שעמדתי על דבר זה ובעניותי נראה בעיני בכל כה"ג מפקינן מיד התופס, ע"ש שכתב דגבי מחליף פרה בחמור וכן בתקפו כהן דאין מוציאין מידו משום דהתם תופס עבור

גופו של חפץ וע"ש ומשו"ה במועד כיון דמשתלם מן העליה לא מהני תפיסה כיון דאינו תופס עבור גופו של חפץ, ובתמין דתופס עבור גופו של חפץ כיון דקנס הוא לא מהני תפיסה וכמ"ש.

ונראה דאפילו לדעת הש"ך בספרו תקפו כהן שהשיג על דברי מוהרש"ל והעלה דאפילו אינו טוען על גופו של חפץ אלא עבור חובו נמי מהני תפיסה, נראה דהיינו דוקא בספיקא דדינא, שהספק אם מגיע על פי הדין אי לא, אבל בספק דררא דממונא, דהיינו שהספק לב"ד בלא טענותיהם, לא מהני דררא דממונא אלא לגופו של חפץ, ומשו"ה במועד לא מהני תפיסה מצד דררא דממונא, כיון דמצד דררא דממונא אינו אלא על גוף החפץ וכל שאינו בגופו של חפץ לא שייך ספיקות דררא דממונא, ודוקא בספיקא דדינא דהספק לב"ד אם נשתעבדו נכסיו או לא בזה שייך תפיסה אפילו עבור חובו, אבל בדררא דממונא בעינן בגופו של חפץ ודוק וכבר האריך והרחיב בזה אחי הרב המופלג בקונטרס הספיקות כלל ב' ע"ש.

פרק יב

כתב הרמב"ם (פ"כ מהל' מכירה ה"י) וז"ל. המחליף פרה בחמור ומשך בעל הפרה את החמור ועדיין הפרה בביתו וילדה וטען בעל הפרה שילדה קודם שמשך החמור, ובעל החמור טוען אחר משיכת החמור ילדה, על הלוקח להביא ראיה אפילו אין הפרה והשפחה ברשות מוכר אלא עומדת באגם, ואפילו אם הלוקח טוען ברי והמוכר שמא זה אומר איני יודע וזה אומר א"י ואינו ברשות שום אחד מהם יחלוקו עכ"ל והקשו בזה דהא בש"ס מוקי לה למתניתין כסומכוס ואנן קיי"ל כרבנן דסומכוס דאמרי הממע"ה וע"ש בהרב המגיד שהקשה מדבריו בפ"ט מנזקי ממון (פ"ט מהל' נזקי ממון הלכה ב-ו) ושם פסק כחכמים והניח בצ"ע.

ונראה דבפרק השואל דף ק' בהא דפריך שם ונוקי בחזקת מרא קמא וליהוי אידך הממע"ה, הקשו תוס' שם דלמא הכא היינו טעמא דחולקין משום דאיכא חזקה ללוקח חזקת מעוברת והשתא הוא דילדה, וי"ל דחזקת מרא קמא חשיבא טפי עכ"ל ודבריהם צריכין ביאור במ"ש דחזקת מרא קמא חשיבא מפי, ואע"ג דחזקת ממון חשיב טפי מכל החזקות, דהא בכל דוכתי רובא וחזקה רובא עדיף, ובממון קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דחזקת ממון שאני דהוא מוחזק עכשיו בממון, משא"כ חזקת איסור אינו אלא חזקה קמא, וא"כ חזקת מרא קמא דאינו מוחזק עכשיו בממון לא עדיף משאר חזקות וכמו שיבואר לקמן פ' כ"ד ע"ש.

ולכן נראה לפי מה שאמרו רפ"ק דנדה [ב.] גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר כל הטהרות שנעשו על גביו טמאות בין ברה"י ובין ברה"ר ומסיק שם בגמ' משום דהוי תרתי לריעותא, חזקת טמא והרי חסר לפניך ע"ש, וה"נ כיון דחזקת מעוברת איתרע דהרי ילדה לפניך וחסר לפניך וחזקת מרא קמא לא איתרע משו"ה חזקת מרא קמא עדיף והרמב"ם לשיטתו דפסק בפ"ה מתרומות גבי חבית דאם בדק החבית להיות מפריש עליה תרומה ואח"כ נמצאת חומץ דהוי ספק, וכתב שם בכסף משנה דהרמב"ם דחי לסוגיא דריש נדה דחשיב לנו ודאי מכח תרתי לריעותא וסמך על סוגיא דפרק הספינה דמשמע שם דאינו אלא ספק ע"ש, ועמ"ש בשמעתא ג' פ"א, וכיון דסמך הרמב"ם על סוגיא דפרק הספינה דתרתי לריעותא אינו אלא ספק, משו"ה במחליף פרה בחמור נמי הו"ל ספק נגד חזקת מרא קמא דאינו אלא כמו שאר חזקות, א"כ נגד חזקת מרא קמא איכא חזקת מעוברת, ומשו"ה יחלוקו אפילו לרבנן, והך סוגיא דפרק השואל דס"ל דחזקת מרא קמא עדיף ומשום תרתי לריעותא וכמ"ש נדחית מהך סוגיא דפרק הספינה דתרתי לריעותא ספיקא הוי.

והא דכתב הרמב"ם בפ"ט מנזקי ממון בפרה מעוברת שנגחה ונמצא עוברה בצדה ואינו ידוע אם קודם נגיחה ילדה ואם משנגחה ילדה הממע"ה, והתם נמי איכא חזקת מעוברת לומר השתא ילדה נגד חזקת מרא קמא, דהתם ספיקא אחרינא הוא דאיכא, כדאיתא ר"פ המוכר פירות (בבא בתרא דף צב.) דפריך לרב דאית ליה הולכין בממון אחר הרוב ואמאי לימא רוב פרות מתעברות ויולדות והאי ולד מחמת נגיחה הוא דמת, ומשני התם משום דאיכא למימר מקמא אתא ומחמת ביעתותא הפילה ואיכא למימר מאחוריה אתא והו"ל ממון המוטל בספק וחולקין ע"ש וא"כ לדידן דקיי"ל כחכמים ומוקי לה בחזקת מרא שוב לא מהני חזקת מעוברת, דהא חזינן דלרב אפילו רובא לא מהני, ומשום דאיכא ספיקא שמא מקמא ומביעתותא הוא דהפילה, אבל היכא דאיכא חזקת מעוברת נגד חזקת מרא קמא חולקין אפילו לדידן דקיי"ל כחכמים ודוק.

ומיהו מ"ש הרמב"ם ואפילו טוען הלוקח ברי והמוכר שמא, נראה דלא קאי אירישא דמילתא לומר דאינו נוטל כלום, דהא כיון דהמוכר טוען שמא א"כ אפילו היה לוקח טוען שמא חולקין, וברי לא גרע, אלא כמו שמפרש לה הרב המגיד דקאי באידך פלגא דאינו נוטל לוקח אפילו טוען ברי אבל מדין חלוקה לא מפסיד ואין להקשות כיון דאם היו טוענין שניהם שמא היו חולקין ומשום דאיכא חזקת מעוברת נגד חזקת מרא קמא, א"כ כשטוען הלוקח ברי נימא ברי ושמא ברי עדיף, דהא ע"כ לא אמרינן בברי ושמא הממע"ה אלא משום חזקת ממון, וכיון דשניהן שקולין בחזקות א"כ אם הלוקח טוען

ברי נימא ברי עדיף, דכבר כתבו תוס' ר"פ הבית והעליה דף קט"ז ע"ב [ד"ה לימא] בהא דפריך הש"ס לימא תיהוי תיובתא דרב נחמן ור' יוחנן דאמרי פטור, וכתבו שם תוס' וז"ל, אע"ג דטעמא דידהו משום דאוקי ממונא בחזקת מאריה והכא אוקמה דקיימא בחצר שאינו של שניהם כו', ועוד דבפ' השואל פירשתי דכל ממון המוטל בספק חשוב כאילו שניהם מוחזקים בו עכ"ל, וא"כ לעולם אין מוציאין בברי ושמא אפילו היכא דדינא בשניהם שמא יחלוקו.

פרק יג

כבר העלו הפוסקים הלכה מרווחת דקי"ל כחכמים דהממע"ה, ואפילו קיימא באגם נמי אמרינן הממע"ה, ומשום דמוקי לה בחזקת מאריה קמא, אלא דבש"ך סי' צ"א שם סותר במקצת להך כללא ע"ש שכתב. ולענין דינא של הסמ"ג כו', א"כ לדינא צ"ע אי נימא דגם בזה אוקי בחזקת מאריה קמא, חדא דלא מצינו כן אלא בעומדת באגם שהוא מקום הראוי לקנות לשניהן אבל לא בחצר של שניהם, וכ"ש כששניהן אדוקין בו, ואף במונח הדינר ברשות הרכים צ"ע, דיש לומר דוקא בפרה ושפחה וכה"ג י"ל מוקמי לה בחזקת מאריה קמא משום דכל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה קמא איתיה, אבל דינר כיון דלהוצאה ניתנה, א"כ לא שייך לומר מרא קמא וכו', ונראה דאם שניהן אדוקין בדינר יחלוקו בשבועה כדין שנים אוחזין כטלית כו', ואם הדינר מונח ברה"ר כל דאלים גבר כהאי ארבא דאין שום א' מוחזק עכ"ל.

ונראה מדבריו דלא אמרינן אוקי בחזקת מאריה קמא אלא בעומדת באגם ובסימטא, אכל בחצר של שניהן יחלוקו, ובמטבע כיון דמעות להוצאה ניתנה אפילו באגם וסימטא לא שייך ביה חמ"ק.

והנה מ"ש בש"ך דבחצר של שניהן לא אמרינן אוקי בחמ"ק הוא לשיטתו, שכתב בסי' קל"ח שם או יושבין בצד ערימה של חטים כו', הטור כתב בסי' קל"ט דין זה בשם הרמב"ם, נראה דס"ל דכיון שהיא מונחת בסימטא שהוא מקום הראוי לקנות לשניהן ושניהן יושבין בצדה חשיב כאילו שניהן מוחזקין בה עכ"ל, נראה דדוקא קאמר ושניהן יושבין בצדה, דאל"כ אעפ"י שהוא בסימטא לא חשיב כאילו שניהן מוחזקין בו, והכי מוכח בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ה) דפריך מהמחליף פרה בחמור ושפחה אארבא, וארבא ע"כ אין שניהן מוחזקין בו כדלקמן ריש סי' קל"ט, ופרה ושפחה ע"כ מיירי בעומדת באגם ובסימטא כדאיתא פרק השואל דף ק' עכ"ל, וס"ל להש"ך דסימטא לא חשיב כמו חצר של שניהן אלא אם שניהן יושבין בצדה, ומשו"ה נמי סבירא ליה דוקא ברה"ר או באגם וסימטא הוא דמוקי לה בחזקת מרא קמא, ומשום דאין שניהם

מוחזקים בהם דלא חשיב סימטא כמו חצר של שניהם, אבל חצר של שניהם כיון דשניהם מוחזקים בו לא מוקי לה בחזקת מרא קמא.

אמנם לענ"ד נראה דסימטא הו"ל נמי כמו חצר של שניהם ממש, וכדמוכח בתוס' קידושין דף כה. [ד"ה בהמה] ע"ש שכתבו בשם רבינו חיים כהן, דהיינו טעמא דמשיכה קונה בסימטא משום דהוי כחצירו כיון שיש לו רשות להניח שם חפציו, ומכי אנח ליה מוכר הו"ל חצירו ואח"כ כשמשכה לוקח והזיזה ממקומה למקום אחר הו"ל חצר של לוקח, ומה"ט נמי לא מהני מסירה בסימטא משום דהו"ל רשות מוכר ע"ש, אלמא כל דין חצר עלה, דסימטא הו"ל חצר דכולי עלמא וכל א' יש לו רשות להניח שם חפציו, ומשו"ה קונה משיכה שם, אלא הא דכתב הרמב"ם ושניהן יושבין בצדה, היינו משום דנדונים על הערימה זה אומר שלי וזה אומר שלי, דאי לאו דיושבין בצדה לא היו אלו מוחזקין בו יותר מכולי עלמא, ודלמא של אחר הוא, אבל במחליף פרה בחמור דאין הספק אלא בין שניהם המוכר והלוקח, נראה דאפי' אין יושבין בצדה דלא קיימא באגם וסימטא נמי הו"ל שניהם מוחזקין בו, כיון דאגם תורת חצר ממש עליה ואפ"ה לרבנן מוקי לה בחזקת מאריה קמא, א"כ ה"ה חצר של שניהם, דסימטא וחצר של שניהם שוין הן וכמ"ש.

ואפשר דסימטא אע"ג דיש לכל אחד רשות להניח שם חפציו, אפ"ה לאו שמיה חצר כיון דאינו משתמר ובעי עומד בצדו, ומשו"ה כתב הרמב"ם ושניהן יושבין בצדה, אלא דלפמ"ש בס' קצה"ח סי' ר"ב סק"ו דתפיסה מהני אפי' בחצר שאינו משתמר ואינו עומד בצדו, ומשום דקנין חצר בעי קרא לרבות מונתן בידה ובעינן דומיא דידו, אבל מונח בחצירו ומוחזק בה כיון דמוחזק לא צריך קרא, וכדאמרינן שם בריש פרק הפרה הא לא צריך קרא דמאן דכאיב ליה כאיביה אזיל לגבי אסיא וסברא הוא ע"ש, א"כ אפי' אינו משתמר ואינו עומד בצדו, כל שעומד הדבר בחצירו מוחזק ותפוס הוא, וא"כ כשם דמוקי לה בחזקת מאריה קמא בסימטא דהו"ל נמי בחזקת שניהם אפילו אינו עומד בצדו, וסימטא הו"ל חצר של שניהם וכמ"ש בשם תוס' קידושין, א"כ ה"ה בחצר של שניהם נמי מוקי בחזקת מאריה קמא.

ומ"ש הש"ך להביא ראיה דאי לא תימא הכי מאי פריך בחז"ה מהמחליף פרה בחמור אארבא, כיון דארבא ע"כ אין שניהם מוחזקין ופרה ושפחה ע"כ בדקיימא באגם ע"ש, וזה אינו מוכרח דדוקא בדקיימא באגם, דכבר כתבו תוס' שם דף ק' וז"ל, ומיהו הוי מצי לשנויי דקיימא ברשות הרבים ע"ש ואין לומר דהוכחת הש"ך הכי הוא, דמאי פריך אארבא נימא דפרה ושפחה מיירי בדקיימא באגם, מדכתב "פרה ושפחה על כרחך

בדקיימא באגם", ומשמע מדבריו דההכרח לומר דקיימא באגם, ובאמת אינו הכרח דהא מצינו לומר נמי דקיימא ברה"ר ועוד ולדבריו מי ניחא, נהי דנימא דאגם וסימטא לא חשיב כחצר של שניהם נימא דמיירי דעומדין בצדה, דכה"ג ודאי הו"ל שניהם מוחזקין, אלא ע"כ צ"ל דמתני' דמחליף פרה בחמור סתמא תנן בכל דוכתי שיד שניהן שוין בו בין בחצר של שניהן בין בחצר שאינו של שניהם, וא"כ מיירי נמי ברה"ר וכמ"ש תוס'.

ועוד דלפי מ"ש הש"ך דבחצר של שניהן לא אמרינן אוקי בחזקת מאריה קמא, א"כ הא דפריך בפרק השואל דף ק' שם במחליף פרה בחמור ולוקי בחזקת מאריה קמא ומוקי לה כסומכוס, נימא כחכמים ומיירי בחצר של שניהן או באגם וסימטא ושניהן יושבין בצדה ומיהו לדעת הש"ך בחצר של שניהן יחלוקו בשבועה, וכיון דלא תנן במשנה דהמחליף יחלוקו בשבועה וכדתנן במתני' דשנים אוחזין בטלית, ע"כ לא מצי מיירי בחצר של שניהן ומוקי לה באגם וסימטא, דלא תיקנו שבועה אלא בשניהם מוחזקים ולרבא דמפרש שם בגמ' בשמא ושמא ותני זה אומר שמא עד שלא מכרתי וז"א שמא משלקחתי, וא"כ בשמא ושמא ליכא שבועה, נמי לא מצי מוקי לה בחצר של שניהן דהיו מוחזקין בו שניהם, דכיון דאפילו היכא דלוקח הוא מוחזק ממש ועומד ברשותו לבדו לא מהני תפיסתו כשטוען שמא, וכמ"ש תוס' שם ד"ה וליחזי ברשותא דמאן קיימא, ע"ש שכתבו דתפיסת מוכר מהני אפילו בשמא כיון שהוא מוחזק מעיקרו, אבל תפיסת לוקח לא מהני בשמא ע"ש, וא"כ שפיר פריך ונוקי בחזקת מרא קמא ולא מצי לאוקמי בחצר של שניהן דהוי שניהן מוחזקין בו, דממ"נ, אי נימא דמיירי בשמא ושמא וכדרבא, א"כ השתא מוחזק לגמרי לא מהני ללוקח בשמא, מכ"ש היכא שיד המוכר נמי מוחזק בו דלא מהני תפיסת הלוקח להיות מוחזק בשמא, ומשו"ה לא מוקי לה בשניהם מוחזקין ע"י חצר של שניהם, דלרבא דמוקי בשמא ושמא לא מהני מוחזק של הלוקח בשמא, ולמ"ד בברי וברי נמי לא מצי לאוקמי בשניהן מוחזקין ע"י רשות של שניהן, דא"כ שבועה בעי ובמשנה לא תני שבועה ולפ"ז גם לשיטת הש"ך דה"ל בחצר של שניהן יחלוקו ולא מוקי לה בחזקת מאריה קמא היינו דוקא בברי וברי, אבל בשמא ושמא מוקי בחזקת מרא קמא דלא מהני תפיסה נגד חזקת מרא קמא בשמא מיהו לפמ"ש בפרק י' דלדעת השו"ע בסי' רכ"ג מהני תפיסת לוקח אפילו בשמא, א"כ הדרא קושיין לדוכתיה דנוקי לה בחצר של שניהן.

פרק יד

ובעיקר הדין בחצר של שניהן, נראה לענ"ד דגם בזה מוקמינן בחזקת מאריה קמא, ולא אמרינן כיון דאם תפס בכולה הוי מוחזק בכולה השתא דברשות שניהן הו"ל כאילו

זה מוחזק בחציה וזה בחציה, דכל שאינו תפוס בכולה הו"ל כמו לא תפיס כלום נגד מרא קמא.

וראיה מהא דאיתא ריש פ"ק דמציעא דף ח' אמר רמי בר חמא זאת אומרת המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו דאי ס"ד לא קנה חבירו תיעשה זו כמי שמונחת ע"ג קרקע וזו כמי שמונחת ע"ג קרקע ולא יקנה לא זה ולא זה אלא לאו ש"מ המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ע"ש, ומבואר דאי לאו דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו הו"ל כמונחת ע"ג קרקע, אלמא דאין הגבהה וזכיה לחציה אלא מצד מגביה מציאה לחבירו דאז הו"ל כאילו מגביה כל אחד חלקו בעד חבירו, וא"כ הכא במונח בחצר של שניהן הו"ל נמי כמונח ע"ג קרקע, דרשותו או ידו אינו זוכה לו אלא אם מגביה כולו או שהוא כולו ברשותו, והכא כיון דרשות מוכר נמי הוא מעכב על הלוקח שלא לזכות בו והו"ל כמונחת ע"ג קרקע ומוקי לה בחזקת מרא קמא, דבזה לא שייך מגביה מציאה לחבירו, דבעלים לא מצו מזכה לאחר אלא ע"י אחר ולא על ידו.

וכן מוכח בפרק הספינה דף פ"ד דחצר השותפין אין קונין זה מזה אלא במודד לתוך קופתו, אלמא דחצר השותפין אינו קונה מרשות בעלים אפילו למחצה, ותפיסה תליא בקנין וכמבואר ברמב"ן בספר הזכות ע"ש פרק הכותב וז"ל, וכיון דלמדנו בראיות ברורות שאין נאמן בשטר הכתוב על שם חבירו לומר לקוח הוא בידו, ש"מ בין שטען כתב לי ואבד שטרי בין שטען אגב קרקע הקנה לי כו' אינו נאמן אלא מוציאין השטר מידו, הטעם לפי שהמטלטלין כיון דנקנין באמירה והגבהה ותפיסתו עצמה שהוא תופס בהן היא קונה לו, נאמן הוא לומר לקוח הוא בידו ולא מפקינן ממונא מידא דמוחזק, אבל בשטר שאין תפיסתו קנין ואינו מוחזק כלל אלא בנייר שלו אם טען בענין כך וכך נמסר לי, עליו הראיה, אלא למ"ד אותיות נקנין במסירה קסבר רבא כיון דתפיסתו קנין דהא בכל מסירה קונה עשאו כשאר מטלטלין דנאמן עכ"ל, הרי דתפיסה תליא בקנין, וכיון דרשות השותפין אין קונין זה מזה, ה"ה תפיסה לא מהני זה נגד זה והו"ל כמונח ברשות הרבים. ואע"ג דכתבתי בפרק י"ג דתפיסה עדיפא מקנין לענין חצר שאינה משתמרת, דאפילו אינו עומד בצדו מהני לתפיסה ולא לקנין, היינו משום דעכ"פ חצירו מיהא והוי ליה רשותו דנימא ביה הממע"ה, אבל רשות של שניהן לאו כלום הוא נגד בעלים, דהו"ל כמונח ע"ג קרקע כל זמן שאינו כולו ברשותו.

ועוד נראה דיותר שייך חזקת מרא קמא היכא דשניהן מוחזקים בו מהיכא דאינו עומד ברשות שניהן, וראיה מהא דאמרינן פרק הכותב (כתובות דף פ"ד) ולר' טרפון דמנחי היכא, רב ושמואל דאמרי תרווייהו והוא שצבורין ומונחין ברה"ר אבל בסימטא לא,

ופירש"י לא אמר ר' טרפון כל הקודם זכה, דכיון דמקום הראוי לקנין הוא כדאמרינן בעלמא למשיכה קונה התם אין זה הפקר וזכו בהן היורשין משעת מיתה והמחזיק בו שם כמחזיק בביתו, ור' יוחנן ור"ל דאמרי תרווייהו אפילו בסימטא ע"ש ומבואר דלרב ושמואל אם היה מונח ברה"ר מהני תפיסת כל הקודם להוציא מחזקת היורשים, ובסימטא משום שאינו מקום הפקר הוי כמונח בבית היתומים, ואף ע"ג דתופס נמי אית ליה רשות בסימטא, אפ"ה כיון שהיה בחזקת היתומים והשתא נמי מונח ברשות שיש גם ליתומים רשות, הרי הוא בחזקת היורשין ולא מהני תפיסת הקודם, ומוכח מזה דיותר אלים חזקת מרא קמא כשמונח ברשות שיש גם לבעלים חלק בו וכיון דלרבנן מהני חזקת מר"ק אפילו ברה"ר ראוי לומר יותר חזקת מרא קמא בסימטא וברשות שניהן.

ובשניהן אדוקין נראה דאם שניהן תפסי בכרכשתא, וכהאי דשנים אוחזין בטלית פ"ק דמציעא, בזה נמי מוקי לה בחזקת מאריה קמא, דכל זמן שאינו תחת ידו לגמרי הו"ל כמונח ע"ג קרקע אי לאו דמגביה מציאה לחבירו, וכדמוכח פ"ק דף ח' דמתני' שם מיירי דתפסי לה בכרכשתא, ובמוכר ולוקח לא שייך מגביה מציאה לחבירו דהבעלים אינן יכולין לזכות אלא ע"י אחר וכמ"ש, אבל אם שניהן אדוקין בו ממש, זה בידו מחציתו וזה בידו מחציתו, בזה כיון דהו"ל כמאן דפסיק וכדאיתא פ"ק דמציעא דף ז' האי סודרא כמאן דפסיק, ובזה כל אחד מאי דנקט בידיה דידיה הוא ומהני תפיסה ודוק.

פרק טו

ולפי מ"ש דבחצר של שניהם או אם תפסי בכרכשתא, כל שאינו מוחזק בכולו אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרא קמא, יתיישב בזה קושיית בעל המאור ריש מציעא גבי שנים אוחזין בטלית זה ישבע כו', ובגמ' ונימא מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, אבל אמר חיישינן שמא מלוה ישינה יש לו עליו, והקשה הבעה"מ ז"ל א"כ נטעון ולימא הכי והכי אית לי גביה בפירוש ואמטו להכי תפיסנא ליה כו', ומהא שמעינן שאין לו לאדם לתפוס בשל חבירו במה שהוא ברשות חבירו לטעון ולומר כך וכך היה לי עליו חוב וע"ש, ואנן דקיי"ל נאמן לטעון עד כדי דמיו וכמבואר בטור ושו"ע חו"מ סי' ע"ב יתעורר קושיית בעה"מ.

ונראה לפמ"ש הטור בחו"מ סי' ק"ן בשם רבי יונה גבי משכונות קרקע וז"ל, ומיהו כתב הר"ר יונה דוקא שאכל כבר הפירות כדי התביעה שטוען עליו אז הוא נאמן לעכבם בחובו במגו, אבל אם בא לתובעו קודם שאכל הפירות, אז אינו נאמן לעכב הקרקע בידו במגו, שלא מצינו מגו אלא במי שבא לזכות בממון מתוך שהיה יכול לזכות באותו ממון עצמה בטענה אחרת, אבל הכא מיד כשהודה שכלו ימי המשכונא, הקרקע בחזקת

בעלים הוא ע"ש, וכן פסק בשו"ע סי' ק"ן שם ס' ד', ובסמ"ע שם הטעם דבקרקע אינו נאמן במגו, אף שכבר החזיק בה שלש שנים אחר שני המשכונא, לא שייך בה תפיסה כמו במשכון דמטלטלין דנאמן לטעון כדי דמיו במגו דלקוח, וכיון דמודה דלא לקחה הרי היא בחזקת בעלים עומדת, אלא שיש לו מגו, ומגו כזה לא אמרינן דהוי מגו להוציא ע"ש.

ועיין מ"ש בס' קצה"ח סי' ק"ן סק"ב דאע"ג דקיי"ל הלכתא כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי בפרק חז"ה דף ל"ב, ומפרשי תוס' דבזוזי הו"ל מגו להוציא, אלמא דבקרקע אע"ג דאוקי ממונא בחזקת מאריה אמרינן מגו כיון דאינו תופס בה אידך, וכתבנו שם דהיינו דוקא אם טוען על גופו של קרקע הוא דאמרינן מגו בקרקע להוציא מחזקת מאריה קמא, אבל אם מודה שהקרקע אינו שלו אלא שתובע חוב, בזה אמרינן תיכף שהודה שהקרקע אינו שלו הרי היא ברשות בעלים והו"ל מגו להוציא, מה שא"כ במטלטלין אע"ג דהודה שהוא של חבירו ותובע כדי דמיו, כיון דמוחזק במטלטלין הוי ליה מגו להחזיק ע"ש.

וא"כ כיון דאם תפסי בה תרווייהו מוקמינן לה בחזקת מאריה קמא כיון דאינו מוחזק בכולו וכמ"ש, וא"כ במתניתין דשנים אוחזין בטלית מיירי דתפסי בכרכשתא, דאם היה בידו חציה היה נוטל עד מקום שידו מגעת בלא שבועה, וכיון דתפסי בכרכשתא, א"כ אם יטעון כך וכך מגיע לי לא יהיה נאמן דהו"ל מגו להוציא, דהא כל ששניהם מוחזקים אית ליה דין קרקע לומר בו מגו להוציא אם טוען כדי דמיו, אבל אם תופס בכולו שפיר אמרינן מגו דהו"ל להחזיק וזה נכון ודו"ק.

ומה שכתב הש"ך דבדינר לא שייך חזקת מרא קמא משום דמעות להוצאה ניתנו, אינו, דלא אמרינן מעות להוצאה נתנו אלא אם נתנו בהלואה, אבל כל זמן שלא נתנו בהלואה הדרי' בעיניה, ולא מצי לאהדורי זוזי אחריני אלא צריך להחזיר לו אותן מעות בעינייהו, וכן מבואר בתוס' פרק המדיר (כתובות דף ע"ו) ד"ה על בעל החמור להביא ראיה כו', אלא טעמא דשמואל דמוקי לפרה בחזקת מאריה קמא כו', ומיהו תימא כו' והא שמואל גופיה אית ליה בריש המוכר פירות המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאין המעות חוזרין ולא מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא ע"ש, הרי דגם במעות אמרינן אוקי בחזקת מרא קמא. אלא דגם קושיית תוס' שהקשו ממוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דנימא אוקי מעות בחזקת מרא קמא, אינו קושיא, לפי מ"ש בנימוקי יוסף ר"פ המוכר פירות דבמקח טעות הו"ל מעות הלואה ודינו כבע"ח ע"ש, וכן פסק הרמ"א בחו"מ בסוף סימן רל"ב, א"כ ודאי לא שייך מרא קמא כיון דאינו אלא חוב, והתוס' שהקשו דנימא במעות מרא קמא גבי מוכר שור לחבירו, היינו לשיטתם ר"פ המוכר פירות דמקח טעות הו"ל מעות פקדון ע"ש,

וא"כ ודאי שייך מרא קמא, אבל היכא דתפס דינר ודאי שייך ביה מרא קמא וכמ"ש, וזה ברור.

פרק טז

בתקפו כהן סימן קכ"ג וז"ל, ודע דבפלוגתא דרבוואתא היכא דמצי למימר קים לי, היינו אפילו הוא מיעוט הפוסקים יכול לומר קים לי כהמועט ולא כהרוב ומהני תפיסתו, כן פשוט בדברי האחרונים בכמה דוכתי, והוציאו כן מהא דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב וכדאיתא פרק המניח ובשאר דוכתי, וכ"כ בתשובת מוהר"י ן' לב וכו', ואין לומר דהיינו בהיה מוחזק מעיקרו אבל לא כשתפס, דאין טעם לחלק, דכיון דאמרינן דמהני תפיסתו א"כ הו"ל כמוחזק מעיקרו, ועוד דכיון דאמרינן דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ משמע דאין לחלק עכ"ל.

ולעניות דעתי נראה דבתופס לא מצי למימר קים לי, דאפילו לדידן דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב היינו דוקא במוחזק מעיקרו וראיה ברורה מהא דאמרו סוף פ"ק דכתובות (דף טו.) אם רוב ישראל ישראל למאי הלכתא אמר רב פפא להחזיר לו אבידה, ופירש"י רבותא היא דמוציאין מיד ישראל הזוכה בו, וכתבו תוס' ז"ל, ואפילו לשמואל דאמר אין הולכין בממון אחר הרוב, היינו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שבהיתר בא לידו המעות ומדעתו נתנם לו הלוקח, אבל הכא מודה דאזלינן בתר רובא עכ"ל וכן פסק הרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה (פ"טו מהל' איסורי ביאה), וכתב שם הרב המגיד לפי שאין למוצא אבידה חזקת ממון בה ע"ש וכ"כ במרדכי סוף פ"ק דכתובות וז"ל, להחזיר לו אבידה פירש"י רבותא היא דמוציאין מיד ישראל הזוכה בו, ופירש ר"י דאפילו למ"ד דאין הולכין בממון אחר הרוב דוקא כשהממון שאנו רוצין להוציא בא לידו ברשות בעלים כגון מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, אבל הך מציאה דשמא שלא כדין בא לידו, כו"ע מודו דהולכין אחר הרוב ע"ש וכ"כ הרשב"א בחידושיו שם וא"כ מה שכתב בתקפו כהן דאין טעם לחלק כו' והוי כמוחזק מעיקרו, הרי לפנינו דנגד רובא ודאי לא מהני תפיסה, ואפילו לשיטת הפוסקים דמהני תפיסה בספיקות, אבל נגד רובא לא מהני חזקת ממון אלא חזקת ממון בהיתר, אבל אם בא לידו ע"י תפיסה לא מהני ומשו"ה ברוב ישראל מוציאין האבידה מיד הזוכה, וזה ברור, ודוק.

ולפי זה נראה דה"ה בספק ספיקא, דאפילו לשיטת הפוסקים בתשובותיהם דלא מהני ס"ס להוציא ממון משום דלא עדיף ס"ס מרוב ואין הולכין בממון אחר הרוב, היינו דוקא במוחזק מעיקרו, אבל בתופס דלא מהני נגד רובא ה"ה דלא מהני נגד ספק ספיקא.

והא דכתב הרא"ש בפרק כיצד הרגל וז"ל, ולדברי האומר דכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיניה ה"נ אם תפס הבהמה משלם חצי נזק, ואע"ג שיש ספק ספיקא לחצי נזק, דדלמא אורחא הוא ופטור לגמרי ואת"ל השתא מחמת ביעוט קאתי דלמא יש שינוי בצרורות לרביע נזק עכ"ל, ומזה הביא בת"כ סי' ק"כ ראיה דלא מהני ספק ספיקא בממונא, וז"ל שם, אלמא אפילו תפס שלא ברשות לא מפקינן מיניה משום ס"ס כ"ש במוחזק מעיקרו עכ"ל ולפי מ"ש א"כ מיד התופס ראוי לומר דמוציאין ממנו בס"ס, משום דאפשר שלא כדין בא לידו ואזלינן בתר רובא כה"ג וס"ס הו"ל כרוב.

ומיהו האי דאשר"י אפשר דס"ל דס"ס בדינא לאו שמיה ס"ס, וכמ"ש בתשובת מוהרי"ן לב בספר שלישי סי' נ"ה מדברי תוס' שכתבו דשם אונס חד הוא, דבספק פלוגתא דרבוותא נמי חד הוא ע"ש, וא"כ ה"ה בספק שנסתפקו בש"ס נמי חד הוא, אבל היכא דאיכא רוב ממש ודאי מוציאין מיד התופס או אפשר דס"ל להרא"ש דס"ס לא הוי כמו רוב, דברוב כבר הוכחנו מדברי תוס' והרשב"א והמרדכי והה"מ מהא דמוציאין אבידה ברוב ישראל.

פרק יז

אף על גב דבכל דוכתי אזלינן בתר רובא, ביוחסין החמירו חז"ל דלא מהני רובא אלא א"כ היו שם תרי רובי, והוא בש"ס כתובות דף ט"ו הולכין אחר רוב העיר והוא דאיכא רוב סיעה בהדה כו', מ"ט גזירה רוב סיעה אטו רוב העיר, ורוב העיר נמי אי דקא אזלי אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, לא צריכא דקא אזלי איהי לגבייהו דהו"ל קבוע וכמחצה על מחצה דמי, ומי בעינן תרי רובי והתניא תשע חנויות כו' ובנמצא הלך אחר הרוב, וכ"ת בשאין דלתות מדינה נעולות דקא אתי ליה רובא מעלמא, והא א"ר זירא אעפ"י שדלתות מדינה נעולות, ומסיק מעלה עשו ביוחסין ולפי שהוא ענין עמוק ראיתי לבאר האי כללא דיוחסין.

והנה בתשובת הגאון נודע ביהודא חלק אה"ע סי' ז' וז"ל, פנויה שעיברה וילדה ולא נבדקה ממי נתעברה וילדה והולד נתגדל ובין כך מתה האם מה דינו של הולד הזה לבא בקהל אם הוא שתוקי ופסול או לא. תשובה, לברר דין זה צריך אני להאריך קצת, כי בעו"ה אם באנו לפסול הולד יצא מזה כמה מכשולים, ואמרתי לשום עין עיוני בדבר הזה. וע"ש שהעלה, ולכן נראה שיש הפרש בין פנויה שילדה ולא ידעינן ממי נתעברה ובין תינוק הנמצא בשוק אפילו ודאי נולד מפנויה, כגון במקום שאין שם אשה שיש לה בעל ונמצא תינוק בשוק שהרי ודאי נולד מאחת הפנויות שנתעברה בזנות, וההפרש הוא שאם ילדתו פנויה וידעינן את אמו שהיא ילדתו והוא אצל אמו ויש לנו לדון על האם

עצמה ממי נתעברה, שאז אפילו ברוב כשרים חיישינן דלמא אזלא איהי לגבייהו והו"ל קבוע וכמחצה על מחצה דמי, אבל בתינוק הנמצא בשוק ואין אנו יודעין אמו מי היא, ואין לנו עסק לדון על האם כלל, רק אנו דנין על התינוק הזה שנמצא בשוק, ואם יש שם רוב כשרים ומיעוט פסולים אפילו נימא דאזלא איהי לגבייהו והוי קבוע, מ"מ תינוק זה שנמצא בשוק הו"ל פירש וכל דפריש מרובא פריש, ודומה תינוק זה לעשר חניות תשעה מוכרות בשר שחוטה ואחת נבילה, אף דהו"ל קבוע מ"מ בשר הנמצא בשוק אמרינן כל דפריש מרובא פריש והלך אחר הרוב כו', א"כ הולד תמיד מיקרי פריש, רק מתוך שאנו דנין גם על אמו צריכין לאסור גם הולד כו', ומעתה אני אומר דשתוקי שלא נבדקה אמו כלל עד שמתה כו', וכיון שמתה אין לנו שום עסק לדון על האם ממי נבעלה ואין אנו דנין רק על הולד והולד מקרי פריש כו', א"כ אם רוב כשרים הולד כשר כו'.

ועוד נראה לפי ענ"ד סברא, דהרי ספק ספיקא עדיף מרוב, ועכ"פ לא גרע מרוב וכמבואר בתשובת הרשב"א סי' ת"א, וכאן יש ספק ספיקא, שמא לכשר גמור נבעלה ואת"ל לפסול שמא לערבי כו', ובתרי רובי לרוב השיטות אפילו לא אמרה ברי מותרת אפילו לכתחילה כו', ועיין כל זה בבית שמואל סי' ו' סק"א, הרי לגבי הולד חשיב דיעבד ומותר לכו"ע בתרי רובי, ולדעת הטור לא חיישינן מספק לומר דלמא אזלא איהי לגבייהו, ואפילו לדעת הרמב"ם דחיישינן מספק דלמא אזלא איהי לגבייהו והוי קבוע, הרי כבר כתבתי דהיכא דהאם מתה הולד מיקרי פירש ולא איכפת לן באזלא איהי לגבייהו כו', סיומא דפסקא שהולד הזה כשר בקהל ישראל, וע"ש שהאריך.

ולפי זה הא דאמרו בפרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ד) אמר רבא דבר תורה שתוקי כשר, מאי טעמא רוב כשרים, מאי אמרת דלמא אזלא איהי לגבייהו הו"ל ספק והתורה אמרה ממזר ודאי ולא ממזר ספק, וצ"ל דשם מיירי היכא דהאם לפנינו וכמו שכתב רש"י שם שתוקי והאם לפנינו ע"ש, והיכא דהאם לפנינו דעת הגאון הנזכר דכיון שאנו דנין על האם וצריכין לאסור האם אנו אוסרין גם הולד.

אלא דבספר בית מאיר השיג על דברי תשובה הנזכרת וכתב עלה וז"ל, ותמהני דא"כ הא דאמר מאי איכא דאזלא איהי לגבייהו, ומה קבוע שייך בדבר תורה על התינוק הנפרש, אטו יאמר דסברתו סברא דאורייתא מתוך דדנין על אמו אף התינוק חשוב קבוע, אבל לענ"ד במחכ"ת נעלם ממנו דברי תוס' כתובות דף ט"ו ד"ה דלמא כתבו וכן גבי תינוק מושלך בעיר לא חשיב קבוע הואיל ולא נמצא בבית, הרי מבואר דשתוקי אם אזלא איהי לגבייהו אף שהתינוק שאיתה בבית לא חשיב פירש כי אם קבוע, ודבריהם מוכרח

מרבא הנ"ל, ומ"ש ביו"ד סי' ק"י סעיף ו' בהגה"ה ואם נתערבה כו', ונמצא ביניהם ביצה הביצה מותרת ג"כ, צ"ל דגבי ביצה החצר לא נחשב ביתו עכ"ל.

ונראה שהבין דהא דחשיב הולד קבוע היינו לפי שנמצא איתה בבית, וא"כ היכא דהשתוקי הלך למדינה אחרת ראוי להיות מיקרי פריש, ולא מצינו חילוק בין שתוקי שבבית או שבשדה, והראיה שהביא בית מאיר מהא דכתבו תוס' גבי תינוק מושלך דלא חשיב קבוע הואיל ולא נמצא בבית, התם בתינוק אם הוא בבית ולא פירש כלל ודאי הו"ל קבוע ממש, כיון דכמה תינוקות פסולים בעיר ומספקא לן שמא זה התינוק הוא מתינוקות הפסולים וקבוע כמחצה על מחצה, אבל פנויה שילדה אם הולד חשיב פירש אפילו איתה בבית, כיון דאין הספק אלא שמא נתעברה מפסול, וכיון דהתינוק חשיב פירש הו"ל דין פירש אפילו בבית, ודוק.

פרק יח

אמנם בשו"ת מוהרי"ט נראה דהולד לעולם חשוב קבוע ואפילו היכא שאין אנו דנין על האם, ע"ש בחלק אה"ע סי' י"ז במ"ש מוהרי"ן לב בח"א שבאנוסים הקבועים מכמה דורות היה ראוי להקל, משום דלפעמים אחד בעיר או אחד מאלף נושאים נשים כותית והו"ל קבוע וכמחצה על מחצה, וא"כ יהיה ספק ספיקא, ספק אם זה היבם האנוס זוקק ליבם כו'.

וכתב עלה המוהרי"ט ז"ל, נמצא לפי זה הואיל ואנו מסופקים באמו של יבם זה או באם אמו ואם אביו, ומטעמא דקבוע מחזקינן ליה בחזקת הבא מן הזרה, שאעפ"י שהיה בא ופירש ובא לכאן ממקומות הללו, לא מפני כן הוכשר שנאמר כל דפריש מרובא פריש, מאחר שיש בו ספק בעיקר לידתו שנולד באיסור מחמת אמו הקבועה, הרי הולד ספק בכל מקום שילך ספיקו עמו, הא למה זה דומה לשתוקי דאמרינן רוב כשרים אצלה ומשום דקבוע איסורו בלידתו דלמא אזלא איהי לגבייהו נאסר כדאמרינן פרק עשרה יוחסין, ואם היו כאן עשרה מהם, מסברא רובא כשרים דרוב כשרין אצל אמותיהן, ופשיטא דמשום דנייד חד מינייהו והלך לעיר אחרת לא הוכשר, דספיקא קביעא ביה בכל מקום שילך ואף זו כיוצא בו עכ"ל ומבואר דס"ל למוהרי"ט דולד לעולם חשוב קבוע, משום דנולד בקביעות כל מקום שהולך ספיקו עמו.

ואחר העיון נראה דמ"ש הנו"ב לחלק בין היכא דאנו דנין על האם ובין היכא דאין האם לפנינו, משום דכשאנו דנין גם על אמו צריכין לאסור גם הולד, זה ודאי אין סברא לחלק מן התורה בזה וכמ"ש בספר בית מאיר, אלא דנראין דברי הגאון נו"ב ולא מטעמיה.

אמנם נראה בזה לפי מ"ש הרשב"א בתורת הבית הארוך בשער ראשון מדיני תערובות (בית ד' שער א') וז"ל, ומה שאמרו כל קבוע כמחצה על מחצה דמי, הני מילי בשלקח הוא מן הקבוע לפי שהספק נפל לו בקבוע, אבל אם לקח אחד מן הקבוע ונפל מידו, או שהניחו במקום חוץ ממקום קביעתו, ולא נודע אם מן ההיתר המרובה או מן האיסור המועט, אין זה קבוע שהרי לא נפל לנו הספק אלא בפירש, ובכל כי האי אמרינן כל דפריש מרובא פריש, והיינו סיפא דתניא ובנמצא הלך אחר הרוב, ואעפ"י שדלתות מדינה נעולות ואין בשר נכנס למקום זה אלא מאותן חניות וכל שבא לכאן מאותן חניות בא אפ"ה מותר, דהא לא נפל לנו הספק בקבוע אלא בדפריש וכדאמרינן בשלהי פ"ק דכתובות א"ר זירא אע"פ שדלתות מדינה נעולות, וה"מ בשלא ראינו יוצא מן המקולין, אבל ראינוהו לוקח ויוצא מן המקולין הרי נפל לנו הספק בקבוע ואסור כו' עכ"ל, וכ"כ בשיטה מקובצת לכתובות סוף פ"ק שם וז"ל, ובנמצא הלך אחר הרוב ואע"פ שממקום קבוע לקחה מי שנפלה לו אפ"ה שרינן, דמ"מ כשנולד ומוצא ספק בחתיכה זו כד פריש נולד לו עכ"ל, ומבואר דין קבוע דספיקו אסור היינו דוקא ספיקא דלוקח וספיקו אסור אפילו לדידן, אבל אם נפל מן הלוקח מותר למוצאה, כיון דביד המוצא נולד ספק כד פריש, ואף ע"ג דודאי מן הלוקח באזלא איהי לגבייהו.

ולפי זה אתי שפיר דהו"ל הולד קבוע דאורייתא, ומשום דהאשה שנתעברה במקום הקביעות אית לה לאשה דין לוקח על העובר, והו"ל כלקחה את העובר ממקום הקביעות, וכיון דהאשה היא הלוקח לפנינו אסור לכו"ע, אבל אם אין האם לפנינו דהיא הלוקח, אע"ג דהעובר ודאי ממקום קביעות בא, כיון דלדידן הו"ל פירש ונולד הספק כד פריש א"כ הו"ל כנפל מן הלוקח, דכיון דאין הלוקח לפנינו מותר בפירש, ומשום דקבוע דאסור אינו אלא מחמת ספיקו דלוקח שלקח במקום הקביעות וספיקו דלוקח אסור אפילו לדידן, והאם חשוב כלוקח וכמ"ש, אבל אם אין האם לפנינו שהיה דין לוקח על העובר, אף ע"ג דודאי בא ממקום הקביעות, וכמו בנפל מן הלוקח וכמ"ש דמותר וכמ"ש הרשב"א.

והא דאמר רבא פרק עשרה יוחסין [קידושין עג] מאי אמרת דלמא אזלא איהי לגבייהו והו"ל קבוע, היינו משום דהתם מיירי שהאם לפנינו וכמ"ש רש"י שם, וחילוק דאם לפנינו הוא דאורייתא, ומשום דאם על עוברה כד אזלא איהי לגבייהו במקום הקביעות הו"ל לאם על העובר דין לוקח וכמ"ש, ודין לוקח דספיקו אסור לכו"ע אם לוקח לפנינו הוא דאורייתא, ודוק היטב.

ובירושלמי סוף פ"ק דכתובות (פ"א ה"ט) ר' שמואל בר רב יצחק בעי מעתה אין שתוקי כרבן גמליאל וכר' אליעזר אלא כר' יהושע, חזר ואמר יש שתוקי כר' גמליאל וכר"א בשותקת תימר במדברת באומרת איני יודעת ע"ש, והיינו דר"ג ור"א סברי נאמנת לומר לכשר נבעלתי וא"כ אין שתוקי, ומסיק דיש שתוקי באומרת איני יודעת או בשותקת, ולכאורה הוי מצי למימר נמי יש שתוקי באינה לפנינו למבדקה והרמב"ם בפרק ט"ו מאיסורי ביאה (פ"טו מהל' איסורי ביאה ה"יא) וז"ל, פנויה שנתעברה בזנות אמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה, אם אומרת בן כשר הוא ולישראל נבעלתי הרי זו נאמנת והבן כשר ואעפ"י שרוב העיר שזינתה בה פסולים, ואם לא נבדקה אמו עד שמתה, או שהיתה חרשת או אלמת או שוטה כו', הרי זה הילוד ספק ממזר ע"ש וא"כ בירושלמי למה שבק שתוקי שאין האם לפנינו.

ולפי מ"ש ניחא, דכיון דשתוקי רוב כשרין אצלה וכדאיתא פרק עשרה יוחסין, אלא היכא דאזלא איהי לגבייהו הו"ל קבוע, והיינו דוקא אם האם לפנינו דהאם בשעה שנתעברה הוי לה דין לוקח וספיקה אסור אפילו לדידן, וכדינא דקבוע דבלקח מן הקבוע אסור לכולי עלמא, אבל אינה לפנינו, אע"ג דידוע שלקחה מקבוע נמי לדידן הוי פירש, וכמו בנמצא הלך אחר הרוב אע"ג דדלתות מדינה נעולות וידוע שבא ממקום הקבוע וכמ"ש הרשב"א, ומשו"ה מפרש לה בשותקת או באומרת איני יודעת והאם לפנינו.

והרמב"ם דנקט לא נבדקה אמה עד שמתה ואינה לפנינו, משום דהרמב"ם קאי על רוב פסולים, ועוד דשיטת הרמב"ם דאפילו היכא דאיכא רובא, פסול משום מעלת יוחסין עד דאיכא תרי רובי, וכמו שיבואר לקמן, אבל שיטת הירושלמי נראה דס"ל דסגי בחד רוב, ומשו"ה בשתוקי דרוב כשרין אינו פסול אלא משום דאזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע, והולד אינו בדין קבוע אלא כשהאם לפנינו וכמ"ש, ודוק.

פרק יט

ובכתובות דף ט"ו הולכין אחר רוב העיר והוא דאיכא רוב סיעה כו', ורוב העיר נמי אי דקא אזלא אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, לא צריכא דקא אזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע ואמר ר' זירא כל קבוע כמחצה על מחצה דמי, ומי בעינן תרי רובי והתניא תשע חניות כו', ובנמצא הלך אחר הרוב, וכ"ת כשאין דלתות מדינה נעולות דקא אתי ליה רובא מעלמא, והא א"ר זירא אעפ"י שדלתות מדינה נעולות, ומסקינן מעלה עשו ביוחסין וע"ש גירסת רש"י ז"ל ומשני איכא דאזלא איהי לגבייהו ולא גרסינן מאי איכא, יש שהולכת היא אצלו והו"ל קבוע הלכך אפילו ברוב כשרים או רוב העיר או רוב

סיעה פסול כר' יהושע ומשום תרי רובי אכשרינן ע"ש והך גירסא דמאי איכא אין לו ביאור כלל.

ובשיטה מקובצת שם וז"ל, ובספרים ישינים על קלף מצאתי נוסחא אחרינא, ויש ספרים דגרסי מאי איכא היינו סיום פירכא דפריך מעיקרא ורוב העיר נמי כו', והכי פירושא ורוב העיר נמי כו', והיכי גזרינן רוב סיעה אטו רוב העיר והא רוב העיר גופייהו אי דקא אזלא אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, מאי איכא דאזלא איהי לגבייהו, בתמיה אטו משו"ה נגזור אפילו רוב סיעה משום לתא דהיאך, ומשני דהו"ל קבוע פירוש דפסול היושב בעיר אע"ג דאינו אלא מיעוט מ"מ קבוע מיקרי וא"ר זירא כל קבוע כו', ע"ש.

ולפי מ"ש נראה דאפילו אזלא איהי לגבייהו לא הוי קבוע אלא משום דהאם לפנינו והספק ללוקח ספיקו אסור לכו"ע, ולשיטת רש"י שם דסוגיא אזלא כר' יהושע ואפילו באומרת ברי לי דלכשר נבעלתי לא מפיה אנו חיין, וכיון דרוב כשרים ואיהי טוענת ברי דלכשר נבעלתי א"כ לדידה ליכא ספיקא אלא דאנן לדידן לא מפיה אנו חיין לדברי ר' יהושע, וכיון דהולד הו"ל פירש, אפילו באזלה איהי לגבייהו אינו אלא משום ספיקא דידה ואיהי הא אמרה ברי דלכשר נבעלתי, וספיקא דידן דלא מפיה אנו חיין נמי מותר, כיון דלדידן חשיב הולד פירש וספיקא דלוקח היא האם ליכא כיון דהיא אומרת ברי דלכשר נבעלתי, ולא גרע ברי דידה דלכשר נבעלה מהיכא דאינה לפנינו דחשיב הולד פירש, ובע"כ צריך לומר דסברא דהולד לא חשיב פירש משום דכיון דבא בודאי ממקום הקבוע הו"ל דין קבוע אפילו בלא ספיקא דלוקח, וא"כ הכי קושיית הש"ס אי דאזלא אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, מאי איכא דאזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע וא"ר זירא כל קבוע כמחצה על מחצה, וכיון דספיקא דלוקח היא האם ליכא, דהא היא אומרת ברי דלכשר נבעלתי, ע"כ צ"ל דהולד בלא האם נמי חשיב קבוע כיון דבא בודאי ממקום הקבוע, ומשו"ה בעינן תרי רובי, א"כ מדחשבת כה"ג קבוע א"כ תיקשי והתניא תשע חניות כו' ובנמצא הלך אחר הרוב, והתם נמי ודאי בא ממקום הקבוע דהא אין בשר נכנס אלא מחניות ואפ"ה מותר, וכ"ת כשאין דלתות מדינה נעולות ולא בא ממקום הקבוע והא א"ר זירא אע"פ שדלתות מדינה נעולות, ומוכח דאפילו בא ודאי ממקום הקבוע כיון דהספק לפנינו כד פריש מותר וכמ"ש הרשב"א מזה בת"ה, והובא דברי הרשב"א לעיל פי"ח, וא"כ ה"נ אפילו באזלא איהי לגבייהו הו"ל הולד פירש כיון דליכא ספק מלוקח שהיא האם, כיון דהאם אומרת לכשר נבעלתי, ואנו דלאו מפיה אנו חיין הו"ל פירש וכמש"ל, ולזה מסיק דמעלה עשו ביוחסין, ודוק.

פרק כ

עוד שם כתב הגאון בעל נו"ב (אה"ע ז') ז"ל, ואף דאמרינן בכתובות דף ט"ו דבעינן תרי רובי ליוחסין, נראה לענ"ד דהיינו ליוחסין דכהונה, אבל ליוחסין דישראל סגי בחד רובא כו', אמנם נראה לענ"ד להוכיח דסגי בחד רובא, שהרי אבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי ואם אמרה לכשר נבעלתי נאמנת ואפילו ברוב פסולין כו', דלגבי הולד הוי כדיעבד, ותו אמירה דידה אפילו ברוב פסולים, שאם אתה פוסל הולד אפילו לקהל הוי כדיעבד, ומעתה אני אומר אם מועיל להולד אמירה דידה בלי רוב כשרים כלל ואפילו ברוב פסולים, ק"ו דמהני רוב כשרים אפילו בלא אמירה דידה, דהרי רובא ודאי עדיף מחזקה כו', וא"כ רובא דוחה החזקה לגמרי ואפילו להקל, וע"א מספקא לן ביבמות בריש האשה רבה (יבמות דף פ"ח) אי מהימן במקום דאתחזק איסורא כו', וא"כ מוכח דרובא עדיף מעדות עד אחד אפילו עד כשר, ומעתה קם ק"ו דידי, אם מועיל עדות האם באומרת לכשר נבעלתי אפילו ברוב פסולים, ק"ו דמועיל ברוב כשרים מצד הרוב אפילו בלא עדות האם כו'.

אבל היסוד הזה אשר יסדתי כי רוב כשרים אלים טפי מאמירת ברי דידה ברוב פסולים, הנה מצאתי סתירה לזה בדברי רבינו הגדול, שהרי בפי"ח מאיסורי ביאה (הלכה י"ד) פסק שאם נשאת לא תצא והיינו אפילו ברוב פסולים, וכן מוכח מדבריו (פרק ט"ו מהל' איסורי ביאה הלכה י"א) שמכשיר העובר ע"פ אמירה דידה אפילו ברוב פסולים, משום דלגבי העובר הוי דיעבד, ובפי"ח כתב, היתה אלמת או חרשת, או שאומרת איני יודעת למי נבעלתי, או קטנה שאינה מכרת בין כשר לפסול, הרי זה ספק זונה ואם נשאת לכהן תצא אלא א"כ היו שני רובין המצויין אצלה כשרים הרי דבלא אמירה דידה אפילו איכא חד רובא אפילו בדיעבד תצא, הרי דאמירה דידה עדיף מרובא.

ואומר אני במה שנשים לב לדברי רבינו הגדול שכתב היתה אלמת והדבר תמוה, דמה בכך שהיא אלמת, והלא בת דעת היא ויכולה לרמז רמוזי כו', ולכן נראה לענ"ד דהרמב"ם סובר דהא דסומכין על דבריה באומרת לכשר נבעלתי הוא מפני שיש סיוע לדבריה, דאשה מזנה בודקת ומזנה כו', וא"כ סיוע דסברא דבודקת ומזנה מהני ברי דידה כו', ובאלמת נלע"ד דסובר הרמב"ם שכיון שהיא אלמת, אינה רגילה כ"כ עם בני אדם ואינה בקיאה באנשים לידע מי כשר ומי פסול, ולא שייך גבה בודקת ומזנה, ועוד שהרי באנוסה לא שייך בודקת ומזנה, אלא דאנוסה לא שכיח, דאונס קלא אית ליה כמבואר בירושלמי, ובתוס' כתובות דף ט' הטעם דיש לו קול, דמסתמא צועקת ונשמע קול צעקתה מרחוק ומתוך כך יש לו קול, ובאלמת דאי אפשר לה לצעוק ואין לאונס

דידה קלא חיישינן לאונס, ולא סמכינן על בודקת ומזנה, להכי אפילו אומרת שלכשר נבעלה לא מהני כו', אבל אם לא בדקו את האם עד שמתה, שפיר אמרינן מסתמא בודקת ומזנה, א"כ היכא דאיכא רוב כשרים הולד כשר, וע"ש [בנודע ביהודה] שהאריך.

וגם בזה השיגו בספר בית מאיר והעלה בפשיטות דגם לענין הולד, באינה טוענת ברי הולד פסול לקהל עד דאיכא תרי רובי ע"ש עוד השיגו ממ"ש דבאלמת אפילו מרמזת מזה נתעברתי והוא כשר דפסולה לכהונה, ע"ש שכתב דעינינו רואים כל יום אלמים והיה כי יכאוב לו ינהום אף כי אינו יכול לדבר, אלא דהרמב"ם דיבר בהוה על עיקר הדין ועל רוב הבועל דאזל לעלמא, אבל במרמזת מזה הוא, הרי היא כפקחת לכל דבריה וכשירה וע"ש.

ומקור הדין בחד רוב אי מהני לכהונה או להכשיר הולד, בזה שיטות חלוקות, וצריכין אנו להעתיק לשון הש"ס שם סוף פ"ק דכתובות דף י"ד, במתני' א"ר יוסי מעשה בתינוקת שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה, א"ר יוחנן בן נורי אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה הרי זו תנשא לכהונה, א"ל רבא לרב נחמן ריב"ן דאמר כמאן, אי כר"ג אפילו ברוב פסולים נמי מכשיר אי כר' יהושע אפילו רוב כשרים נמי פסול, א"ל הכי א"ר יהודה אמר רב בקרונות של צפורי הוי מעשה וכדר' אמי, דא"ר אמי והוא שהיתה סיעה של בני אדם עוברת לשם כו', מ"ט גזירה רוב סיעה אטו רוב העיר, ורוב העיר נמי אי דאזלא אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, לא צריכא דקאזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע כו', ומי בעינן תרי רובי והתניא תשע חניות כו' ובנמצא הלך אחר הרוב, וכ"ת בשאין דלתות מדינה נעולות כו' והא א"ר זירא אף עפ"י שדלתות מדינה נעולות כו', מעלה עשו ביוחסין אתמר רב חייא בר אשי אמר רב הלכה כר' יוסי, ורב חנן בר רבא אמר רב הוראת שעה היתה מתיב ר' ירמיה וליוחסין לא בעינן תרי רובי, והתנן מצא בה תינוק מושלך אם רוב נכרים נכרי אם רוב ישראל ישראל מע"מ ישראל, וא"ר לא שנו אלא להחיותו אבל ליוחסין לא, אשתמיטתיה הא דא"ר יהודה אמר רב בקרונות של צפורי היה מעשה, ולרב חנן בר רבא דאמר הוראת שעה היתה קשיא, האי מאן דמתני הא לא מתני הא, ע"ש בגמ'.

ושיטת בעל המאור דסוגיא דבעי תרי רובי הוא הכל אליבא דרבי יהושע, אבל לר"ג ברוב פסולים מהני ברי דידה בדיעבד כגון אם נשאת לכהן, והולד לעולם כדיעבד שיהיה מפסולי קהל, וברוב כשרים סגי בחד רוב אפילו אינה טוענת ברי כלל, ולית ליה לר"ג דמעלה עשו ביוחסין ע"ש וזה הוא נמי שיטת רש"י שם דסוגיא אזלא אליבא דרבי יהושע.

והרמב"ן במלחמות השיגו והוכיח דע"כ סוגיא אזלא כר"ג, ומיירי באינה טוענת ברי ומשו"ה בעי תרי רובי ואפילו בדיעבד כל שאינה טוענת ברי, ואפילו נשאת לכהן תצא כל דליכא תרי רובי ולא טענת ברי וע"ש שהקשה על שיטת בעה"מ דמפרש הסוגיא אליבא דר' יהושע, מהא דפריך ומי בעינן תרי רובא והתניא תשע חניות, עד דמסיק מעלה עשו ביוחסין, ולר' יהושע כבר מפורש בברייתא לעיל דר' יהושע פוסל אפילו ברוב כשרים, וכדאיתא פ"ק דכתובות דף י"ג, אלא ע"כ דסוגיא אזלא כר"ג ומיירי באינה טוענת ברי, ומשו"ה ס"ד דש"ס דר"ג לא סבר מעלה עשו ביוחסין, עד דמסיק דגם ר"ג סבר מעלה עשו ביוחסין היכא דאינה טוענת ברי ע"ש וכן הרא"ה בחידושיו הקשה על פירש"י דמפרש הסוגיא אליבא דר"י וז"ל, וקשיא להאי פירושא הא דמתמיהין עלה לקמן ומי בעינן תרי רובי, אטו עד השתא לא שמעינן דר' יהושע פסיל בחד רובא, והא בהדיא אמרינן לעיל לדברי הפוסל פוסל אפילו ברוב כשרים ע"ש.

עוד הקשה הרמב"ן במלחמות שם במה שמכשיר בעה"מ בחד רובא ואפילו אינה טוענת, מהאי דאלמנת עיסה שנטמע בה ספק חלל, ואע"ג דרובא כשרים ופירש אחד מהם למקום אחר ונשא שם.

עוד הקשה שם מהא דאמרו פרק עשרה יוחסין בהא דאבא שאול היה קורא לשתוקי בדוקי, הא תנינן חדא זימנא ראוה מדברת כו', ר"ג ור"א אמרי נאמנת, ומשני אי מהתם הוי אמינא הני מילי ברוב כשרים קמ"ל אפילו ברוב פסולים, והיכי מצינו למימר דמיירי מתני' ברוב כשרים, דהא תנן ר"ג ור"א אומרים נאמנת, ואי ברוב כשרים לא בעינן נאמנות דידה, כיון דאפילו באינה טוענת מכשיר ר"ג ברוב כשרין ומזה העלה דלר"ג נמי כל שאינה טוענת אינו מכשיר עד דאיכא תרי רובי ע"ש.

וכן הוא שיטת הרמב"ם בפי"ח מאיסורי ביאה דאפילו איכא רוב כשרים פסול אפילו בדיעבד כל שאינה טוענת ברי, וכן הוא בשו"ע סי' ו' (סעיף י"ח).

פרק כא

ולייישב שיטת רש"י ובעה"מ ממה דהקשו הרמב"ן והרא"ה דמאי פריך ומי בעינן תרי רובי, אטו עד השתא לא ידע דרבי יהושע פוסל אפילו ברוב כשרין, נראה לפי מה דאיתא בירושלמי פ"ק דכתובות בסוגיא דראוה מדברת, הוי בעין מימר מה פליגין רבי יהושע ואילין רבנן במקום שרוב פסולים, אבל במקום שרוב כשרין אף ר' יהושע מודה, אתא ר' יעקב בר אחא בשם רבי יוחנן ור' אילא בשם רבי אלעזר אפילו במקום שרוב כשרין הוא המחלוקת, סבר רבי יהושע הזנות רצה אחר הפסולין, א"ר זעירא מתניתא אמרה אפילו כשרין מזנה, דתני אפילו חסיד שבחסידים אין ממנין אותו אפוטרופוס על העריות ע"ש.

ומשו"ה בהא דפוסל ר' יהושע אפילו ברוב כשרים ליכא לאקשויי מתשע חניות, דמצינו למימר טעמא דרבי יהושע משום דזנות רצה אחר הפסולים, וא"כ ודאי בפסולים זינתה, אבל למאי דאמרו אליבא דר' יהושע דתרי רובי מהני, תו ליכא למימר משום טעמא דזנות רצה אחר הפסולים, דא"כ בתרי רובי נמי שייך האי טעמא דזנות רצה אחר הפסולים, וא"כ אפילו תרי רובי נמי לא מהני כיון דאמרת הזנות רצה אחר הפסולים, לזה מסיק משום מעלה ביוחסין הוא דבעי תרי רובי, ולא משום דזנות רצה אחר הפסולין.

עוד נראה, כיון דעיקר קושיית הש"ס אי דקא אזלא אינהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, ומשני איכא דאזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע וגזר אטו קבוע, ולמה מקשה מתשע חניות דלא גזרינן התם פירש אטו קבוע ולפי מ"ש בבית שמואל סי' ד' ס"ק ל"ט היכא דלא ידעינן אם אזלא אינהו לגבה לא הוי רוב דחיישינן שמא אזלא איהי לגבייהו, וא"כ קושיית הש"ס אינו אלא אם ידעינן בודאי דאזלא אינהו לגבה דהשתא ודאי איכא רוב והרמב"ם בפרק ג' מהלכות יבום ובפט"ו מאיסורי ביאה פסק דכל היכא דזינתה, אמרינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר ע"ש, וא"כ אפילו ידעינן דאזלא אינהו לגבה לא מהני רוב, דהא חיישינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, וכיון דאיכא מיעוט פסולים חיישינן כשזינתה עם אחר אזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע, וא"כ רוב כשרין לא מהני כלל, וניחא הא דאמרינן לעיל מאן דפוסל פוסל אפילו ברוב כשרין, משום דרוב לא מהני אלא בזנות שראו, אבל בזנות שזינתה עם אחר ליכא רוב וכמ"ש.

אמנם בסוגיא דמקשה רבא לרב נחמן ריב"ן דאמר כמאן, אי כר"ג אפילו ברוב פסולים אי כר' יהושע אפילו ברוב כשרים נמי, ומתני' דמיירי בנאנסה כדתנן שירדה למלאות מים ונאנסה, ובאנוסה ליכא הך חששא דכשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, וליכא חשש אלא בזנות זה, וא"כ שפיר אזלינן בתר רוב כשרים היכא דידעינן הרוב דאזלא אינהו לגבה, אלא ע"כ דרבא לא ס"ל טעמא דר' יהושע משום דזינתה עם אחר, אלא ס"ל דר' יהושע לא אזיל בתר רובא כלל אפילו היכא דאיכא רוב כשרים, ומשו"ה פריך שפיר מתשע חניות.

ובירושלמי בסוגיין שם, א"ר יוסי מעשה בתינוקת, רב יהודא בשם רב כהן בקרונה של צפורי הוי עובדא, ר' ירמיה ור' חמא בר עוקבא תרוייהו אמרי בשם ר' חנינא בשם ר' ינאי מודה רבי יהושע באנוסה, ר' חזקיה ור' אבוהו בשם רבי יוחנן מודה ר' יהושע באנוסה ע"ש, ואינו מובן, דמאי שנא אנוסה דמיקל ר' יהושע טפי, ואליבא דר"ג מחמרי טפי באנוסה ומשום דברצון אמרינן בודקת ומזנה משא"כ באנוסה, אבל להקל טפי באנוסה מברצון לא נתברר טעמא.

ולפי מ"ש ניחא, דברצון הוא דפוסל ר' יהושע אפילו ברוב כשרים, משום דאע"ג דלפנינו אזלא אינהו לגבה, חיישינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, והזנות האחר אפשר דאזלא איהי לגבייהו והו"ל קבוע, אבל באנוסה מודה ר' יהושע דמהני רוב כשרים, כיון דבאנוסה לא חיישינן דזינתה עם אחר, ורבא דפריך על מתני' דמיירי נמי בנאנסה אי אמר ר' יהושע אפילו ברוב כשרין, היינו משום דרבא לטעמיה דס"ל ס"פ אלמנה דלא אמרינן כשם דאפקרה נפשה לגבי האי אפקרה נמי לאחר ע"ש.

ובסוגיין שם תוס' ד"ה מאן דמתני הא לא מתני הא וז"ל, ור"ח פירש דרב חנן לא מתני אבל ליוחסין לא וסגי לדידיה לדורות בחד רובא, אבל קשה לרב חנן תיקשי ר' יוחנן דאמר כמאן דסגי בחד רובא כדפריך לעיל עכ"ל ולפי מ"ש י"ל דס"ל לרב חנן נמי כהנך אמוראי בירושלמי דמודה ר' יהושע באנוסה מהאי טעמא שכתבנו, והא דהלכה כר' יוסי אע"ג דקיי"ל כר' גמליאל, היינו משום דלכתחילה מודה ר"ג דבעינן רוב כשרין ודוק.

ומה שהקשה הרמב"ן בהא דמכשר בעה"מ בחד רובא אפילו באינה טוענת ברי, מהאי דאלמנת עיסה ואעפ"י דרובא כשרים ופירש אחד מהם למקום אחר ונשא שם ע"ש נראה כיון דלא קשיא ליה להרמב"ן אלא מפירש אחד מהם למקום אחר, משמע דכל שלא פירש למקום אחר הו"ל קבוע, ואע"ג דלא נודע וניכר הקבוע במקומו, מ"מ קבוע דרבנן מיהא הוי, דהא אפילו בעלי חיים חשיבי קבוע דרבנן, וכמ"ש תוס' בסנהדרין גבי נסקלין בנשרפין דליבטל ברובא, ותירצו דהו"ל קבוע ע"ש, וא"כ אפילו פירש למקום אחר כיון דבמקומו קבוע הוי, תו לא מהני פירש, דחיישינן דלמא אתי ליקח מן הקבוע וכדאיתא ריש פרק כל הזבחים ודעת הרא"ש והרבה פוסקים דאפילו פירש ממילא נמי גזרינן שמא יקח מן הקבוע, ולא דמי לתשע חניות דמותר בפירש, דכיון דאיסור ניכר במקומו ודאי לא אתי ליקח מן הקבוע, אבל היכא דהכל מעורב גזרינן שמא יקח מן הקבוע ועיין טור יו"ד סי' ק"י ובש"ך שם סק"י ובאלמנת עיסה דהכל מעורב במקומו, גזרינן אפילו פירש, שמא יקח מן הקבוע.

פרק כב

ומה שהקשה במלחמות מהא דאמרינן פרק עשרה יוחסין אי מהתם הוי אמינא ברוב כשרים, דהיכי מצי למימר דמתני' מיירי ברוב כשרים, דהא תני ר"ג ור"א אומרים נאמנת וברוב כשרים לא בעי נאמנות דידה כיון דאפילו אינה טוענת ברי מהני רוב ע"ש יתיישב לפי מ"ש הריטב"א פ"ק דכתובות דף י"ג, בהא דפריך לזעירי דאמר מאי מדברת נסתרה והא אמר רב מלקין על היחוד ואין אוסרין על היחוד נימא דלא כר' יהושע, וכתב הריטב"א ז"ל, לימא דלא כר' יהושע, פירוש דאילו לר"ג לא קשיא דמוקי לה בטענת ברי

כו', משום דכי לא טענה הכי הרי היא כמודה שנבעלה באיסור, משא"כ באשת איש אפילו אמרה שזינתה אינה נאמנת שמא עיניה נתנה באחר הלכך לא בעי טוענת עכ"ל.
וכ"כ הרא"ה שם וז"ל, הא דמקשינן מהא דאמר רב מלקין על היחוד כו', וקשיא לן הא דלא כר"ג נמי היא, דעד כאן לא מכשר ר"ג אלא בטוענת כו', ואילו הכא אפילו באינה טוענת אמרינן אין אוסרין על היחוד וי"ל דלר"ג לא קשיא, כיון דשמעינן מיהא אליבא דר"ג דסתירתה אין ראיה על הטומאה, הלכך באשת איש לא בעי טוענת כיון דאין סתירתה ראיה, ואי משום אמירה דידה לית בה ממשא, דאפילו אמרה טמאה אני לך צריכה להביא ראיה לדבריה כו', אבל הכא דינא הוא דנבעי טוענת, אף ע"ג דמשום ראיה דסתירה לא מיפסלא, דלמא אמרה נבעלה ולפסול לה ומהימנא עכ"ל.
וא"כ ברוב כשרין נמי אע"ג דלא בעי טענה, שפיר הא דתנן ר"ג ור"א אומרים נאמנת דבעי טענה, דלמא אמרה נבעלה לפסול לה ומהימנא למשוי נפשה חתיכה דאיסורא אפילו ברוב כשרים.
וכל זה כתבנו ליישב שיטת רש"י ובעה"מ דסברי דסוגיא אזלא כר' יהושע אבל לר"ג סגי בחד רובא ואפילו בלא טענה.
אמנם דעת הרמב"ם מבואר דס"ל דהיכא דלא טענה ברי לא מהני תרי רובי, ואפילו בדיעבד אם ניסת תצא, וממילא דה"ה לענין הולד אע"ג דהוי כדיעבד, כיון דאפילו בדיעבד בעינן תרי רובי, א"כ ה"ה לענין הולד לא מתכשר לבא בקהל עד דאיכא תרי רובי ומ"ש הנודע ביהודא דלשיטת הרמב"ם מהני חד רובא, ודאי ליתא, וכמבואר ברמב"ם וטור ושו"ע, ומשו"ה כל שאינה טוענת או אלמת וקטנה, אם נשאת תצא.
אלא דמ"ש הרמב"ם באלמת הרי זו ספק זונה, צריך ביאור דאמאי לא מהני מרמזת ומ"ש הנו"ב משום דאינה מכרת בין כשר לפסול, וגם מ"ש דאינה יכולה לצעוק, כבר השיגו בזה בספר בית מאיר וגם מ"ש בית מאיר משום דמיירי מסתמא שאין הבועל לפנינו, גם בזה לא נהירא, דאפילו אין הבועל לפנינו נמי משכחת רמיזה אם לכשר אם לפסול.
ולכן נראה טעמא דאלמת אם נשאת תצא, כיון דתני בפ"ק דכתובות דף י"ג בדברי ר"ג ור"א זו עדות שהאשה כשירה, אלמא קרי לה עדות, ואין מקבלין עדות מן האלם, ואפילו ע"י הרכנה או ע"י רמיזה הו"ל מפי כתבם, כמ"ש בסמ"ע סי' מ"ו ס"ק פ"ח דהרכנת ראשו לא הוי מפיהם ע"ש ואפילו בעדות דרבנן דעת כמה פוסקים דאלם פסול, ועיין בשו"ע אה"ע סי' י"ז סעיף ב' וב"ש שם וכיון דקרי לה עדות כדקתני זו עדות שהאשה כשירה לה בעינן מפיהם, וכל שאינו ראוי לבילה פסול מפי כתבו, וכמו כן הרכנה ורמיזה נמי לא הוי מפיהם.

ובעיקר הדין שהעלה בשו"ת נו"ב להכשיר עפ"י רוב כשרים לחודא אפילו לא נבדקה אימיה, הוא נגד דעת רוב הפוסקים, דחד רוב לא מהני היכא דאינה טוענת ברי ואפילו בדיעבד ומכל מקום בנידון השאלה המבואר בתשובת נו"ב שכתב, אם באנו לפסול הולד יצא מזה כמה מכשולים ע"ש, בזה נראה בשעת הדחק לסמוך על שיטת רש"י ובעה"מ דס"ל דסגי בחד רוב, וכמבואר.

ועוד נראה אפילו לדעת הפוסקים דלא מהני חד רוב, לא חיישינן למיעוטא אלא היכא דאיכא מיעוט פסולים בעיר, אבל היכא דליכא מיעוט פסולין בעיר כו"ע מודו דכשר הולד, וכמ"ש ב"ש סי' ז' ס"ק ל"א ע"ש, והאידנא לא שכיח כלל אפילו מיעוט דמיעוט מפסולי קהל, מצרי ואדומי ונתיני כולם נתבלבלו, ומשום חשש ממזר נמי לא חיישינן היכא דלא קביע ממזר בעיר והכל כשרין אצלה, וא"כ הולד שנולד מפנויה אפילו לא נבדקה אימיה כשר אלא דלפי מ"ש בנימוקי יוסף סו"פ אלמנה לכ"ג דהיכא דאיכא אביה או אחיה בעיר דהו"ל לדידה חייבי כריתות והולד ממזר וחיישינן למיעוטא ע"ש, וא"כ האידנא נמי איכא למיחש למיעוט, דליהוי ספק ממזר ממיעוט ספיקי ערוה.

אמנם לפי ענ"ד נראה מסתימת הב"י ורמ"א דלא הביאו הך דנימוקי יוסף לא ס"ל, ואפשר דלא חשו לה, ומשום דכיון דבכל התורה כולה מהני רובא אלא משום מעלת יוחסין הוא דחשו בחד רוב, א"כ דוקא היכא דפסול קבוע במקומו, הוא דדנו חז"ל דליהוי כמחצה על מחצה אפילו באזלא אינהו לגבה, אבל היכא דאינו פסול בעצמו אלא שהוא פסול לזו האשה, לא דנו בזה דין קבוע להחמיר בחד רוב.

וז"ל הרמב"ם פי"ח מאיסורי ביאה (הלכה טו), ראוה שנבעלה בעיר או נתעברה בעיר, אפילו לא היה שוכן שם אלא נכרי אחד או חלל אחד ועבד וכיוצא בהן, הרי זו לא תנשא לכתחילה לכהן, שכל הקבוע כמחצה על מחצה עכ"ל ומשמע דלא מיפסל אלא ע"י פסול הניכר במקומו בפני עצמו, ולא ע"י עריות.

וכן מוכח לענ"ד מהא דתנן סוף פ"ק דכתובות דף י"ד תינוקת שנאנסה א"ר יוסי אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה הרי זו תנשא ע"ש ואי נימא דחיישינן לאביה ולקרוביה, א"כ ליתיה להך כללא אם אנשי העיר משיאין לכהונה, דהא קרוביה משיאין לכהונה וע"ש פירש"י רוב העיר משיאין לכהונה, היינו דרוב העיר כשרין להשיא בנותיהן ואלמנותיהן לכהונה, ומשמע הא כל שמשיאין לכהונה תו לית לן למיחש למידי, והרי אביה ואחיה משיאין לכהונה בנותיהן ואלמנותיהן, אלא ע"כ מוכח דלא חשו למיעוטא אלא בפסול שניכר במקומו בפני עצמו ולא ע"י שאר ערוה זה הנראה לענ"ד.

ונהי דאם ידוע דאזלא איהי לגבייהו, אית לן למיחש גם לפסול קורבא כיון דהו"ל כמחצה על מחצה, אבל כל היכא דידעינן דפירש ומסתמא נמי הלך הבועל אצלה כמבואר בטור אה"ע סי' ו' ע"ש, א"כ לא חיישינן מדרבנן אלא לפסול ידוע, דזה הוי גנאי ומשום מעלת יוחסין החמירו, אבל היכא דאינו פסול בעצמו אלא ע"י שאר ערוה ועל ידה, כל כה"ג לא חיישינן אפילו מדרבנן, וכדמוכח מהך דמשיאין לכהונה, ודוק.

פרק כג

ועוד נראה דאפילו באנו לחוש לדברי הנימוקי יוסף ולחוש למיעוט קרובי ערוה, מ"מ נראה להקל והוא משום דמסתמא איכא תרי רובי והיכא דאיכא תרי רובי ודאי מותר, וכמו שנתבאר.

וז"ל הטור באה"ע סי' ו' כתב הרמב"ם דוקא שנבעלה בפרשת דרכים שאין שם דבר קבוע, אבל ראוה שנבעלה בעיר או שנתעברה בעיר, אפילו אינו שוכן בה אלא נכרי או עבד אחד לא תנשא לכתחילה שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, ואם נשאת לא תצא הואיל ואומרת לכשר נבעלתי, ע"כ [מהרמב"ם] ונראה דאפילו נתעברה בעיר, אם הלך הבועל אליה תנשא לכתחילה כיון דאיכא רוב העיר ורוב סיעת כשרים, אלא א"כ הלכה היא אליו, וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך למי נראה דתנשא לכתחילה עכ"ל [הטור].

וכתב הבית יוסף ז"ל, דברי רבינו הם לפי הגירסא שכתבתי לא דקאזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע אבל רש"י כתב ומשני איכא דקאזלא איהי לגבייהו, ול"ג מאי איכא, יש שהולכת היא אצלו והו"ל קבוע, והלכך אפילו ברוב כשרים או רוב העיר או רוב סיעה פסול ומשום תרי רובי אכשרינן דליכא למיגזר מידי וכן נראה שהוא דעת התוס' שהיו גורסים דלמא אזלא איהי לגבייהו וכ"כ הריטב"א וז"ל, פירש א' מצפורי ובעל הולד שתוקי, פירוש אעפ"י שפירש ודאי ואזלי אינהו לגבה דתרי רובי בעי, וכולה סוגיא רהטא להדיא דאפילו שידעו ודאי דהך דנבעלה הוי חד רובא דכשרות לא מכשרינן לה כלל, ולא כמאן דמפרש דכל היכא דידעינן דאזלי בני העיר לגבה בהכי סגי ולא בעינן תרי רובי אלא היכא דלא ידעינן אי אזלי אינהו לגבה, וליתיה כלל להאי פירושא עכ"ל כו' כך הם דברי הרמב"ם ז"ל שסתם וכתב דנבעלה בעיר לא תנשא לכהן כו', ונראה מדבריו דאפילו בדאיכא תרי רובי רוב העיר ורוב סיעה, כל שנבעלה בעיר לא תנשא לכתחילה, ולא מכשרי בתרי רובי אלא כשנבעלה בפרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברים שם והיו רוב העוברים שם כשרים ורוב העיר שפירשו אלו העוברים ממנה כשרים ומ"ש רבינו עפ"י גירסתו ושיטתו עכ"ל [הבית יוסף] ע"ש.

וקשה טובא, דאי נימא דהטור גרס כהך גירסא לא צריכא דקא אזלא איהי לגבייהו, אבל היכא דידוע דאזלא אינהו לגבה בהכי סגי ולא בעי תרי רובי, דהא כתב הטור דאפילו נתעברה והלך הבועל אליה תנשא לכתחילה כיון דאיכא רוב העיר ורוב סיעה כשרים, הרי מבואר דס"ל להטור נמי דאפילו בידוע שהלך הבועל אליה בעינן תרי רובי רוב העיר ורוב סיעה, וכדברי הריטב"א ובודאי דהך גירסא לא צריכא דקא אזלא איהי לגבייהו אינו עולה כלל לפי שיטת הש"ס, דא"כ מאי פריך מתשע חניות דבנמצא הלך אחר הרוב, כיון דהתם בידוע שפירש מהחניות מהני רוב אלא ע"כ כגירסת רש"י וגזרינן אפילו ידוע שפירש משום קבוע, משו"ה בעי תרי רובי, לזה מקשה מתשע חניות דלא בעי תרי רובי ולא גזרינן נמצא אטו קבוע ומחוורתא בדעת הטור כמ"ש אא"ז הגאון בתוי"ט דהטור ס"ל דתרי רובי שבש"ס היינו רוב העיר כשרין וגם העוברין דרך העיר מעלמא רובן כשרים, וזה הוי תרי רובי רוב העיר ורובא מעלמא שעוברים דרך העיר.

וכן נראה מוכח מש"ס מה[א] דפריך ומי בעינן תרי רובי והתנן תשע חניות כו' ובנמצא הלך אחר הרוב, וכ"ת כשאין דלתות מדינה נעולות דקא אתו ליה רובא מעלמא, והא א"ר זירא אעפ"י שדלתות מדינה נעולות ומבואר דכל שאין דלתות מדינה נעולות הו"ל תרי רובי, ואע"ג דנמצא תוך העיר ולא בפרשת דרכים, וא"כ ה"ה ביוחסין דבעי תרי רובי ולא סגי בחד רוב, היינו כשדלתות מדינה נעולות, אבל אין דלתות מדינה נעולות ורוב העוברים דרך העיר כשרים זה הוי תרי רובי.

אלא דקשיא לי כיון דעיקר גזירה משום קבוע, והיינו דגזרינן אזלי אינהו לגבה אטו אזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע, וא"כ מה מהני רוב העוברים דרך העיר כיון שנבעלה תוך העיר, ואילו הוי אזלא איהי לגבייהו אע"ג דרוב העוברים דרך העיר כשרים, כיון דאיכא מיעוט פסולים קבוע בעיר, הו"ל כמחצה על מחצה גם נגד רוב העוברים דרך העיר.

אמנם בעיקר הדין נראה מוכח כדברי הטור מהא שאמרו וכ"ת כשאין דלתות מדינה נעולות וכמ"ש וצ"ל דלא גזרו פירש אטו קבוע אלא היכא דליכא אלא רוב העיר גרידא, אבל היכא דאיכא נמי רובא דמעלמא תוך העיר לא גזרו פירש אטו קבוע ומיהו פירש עכ"פ בעינן, דאי אזלא איהי לגבייהו הו"ל מיעוט דקביעי וכמחצה נגד רוב העיר, ואפילו אין דלתות מדינה נעולות דאיכא נמי רוב העוברים דרך העיר, דכל דאזלא איהי לגבייהו הו"ל מיעוט פסולים דקביע בעיר כמחצה וכמ"ש.

והבית יוסף כתב וז"ל, וסתמא נמי שאין ידוע מי הלך למי תינשא לכתחילה, נראה שטעמו דכיון דאין זה מן הדין אלא משום מעלה בעלמא, כל היכא דלא ידעינן אזלינן לקולא עכ"ל ותמהני דמעלה אינו אלא אם ידוע שפירש ובא אצלה, דבכל התורה אזלינן

בתר חד רוב, ומשום מעלה בעי תרי רובי, אבל אם לא ידעינן אם פירש או לא הוי ספק תורה.

ואפשר לפי מה דמשמע מדברי הרשב"א והריטב"א בחידושם פרק עשרה יוחסין גבי שתוקי רוב כשרין אצלה, דהיכא דלא ידעינן אם אזלא איהי לגבייהו או לא הו"ל ספק ספיקא, ספק שמא אזלי אינהו לגבה דהו"ל רוב, ואת"ל דאזלא איהי לגבייהו שמא לכשר נבעלה ע"ש, וא"כ כיון דאיכא ס"ס לקולא אינו אלא משום מעלה בעלמא אמרינן מסתמא הבועל הלך אצלה אלא דמסתימת הפוסקים משמע דכה"ג אם אנו מסופקים בקבוע אם פירש או לא, לא הוי ס"ס דהוי כמו שם אונס חד, וכמו ספק אחד יחשב.

ובבית שמואל בסי' ד' סקל"ט גבי רוב פסולים דלא הוי ממזר ודאי דלמא אזלא איהי לגבייהו והו"ל קבוע, וז"ל, אע"ג דכתב הטור סי' ו' דאמרינן מסתמא הלך הבועל אצלה, שם אמרינן לקולא כן, אבל לא אמרינן כאן דבודאי הלך הבועל אצלה והוא ממזר ודאי ואינו אלא ספק ע"ש והבין כן משום דבסי' ו' אינו אלא משום מעלה בעלמא, ולהכי לקולא הוא דאמרינן כן וכבר כתבנו דאם אזלא איהי לגבייהו דהו"ל קבוע אינו משום מעלה.

ויותר נראה דס"ל להטור בין לקולא בין לחומרא דמסתמא הלך הבועל אצלה אפילו נגד ספק תורה, דהא ספק זונה מן התורה אסורה, וכיון דמסברא אומר כן א"כ ה"ה ברוב פסולים נמי אמרינן מסתמא הבועל הלך אצלה והוי ממזר ודאי, ועמ"ש בשמעתא ה' וכיון דלדעת הטור כל שאין דלתות מדינה נעולות ורוב העוברים דרך העיר כשרים הו"ל תרי רובי, א"כ שתוקי נמי האידנא דמסתמא אין דלתות מדינה נעולות והו"ל תרי רובי, רוב העיר כשרים, דאפילו נכרי הבא על בת ישראל הולד כשר ומיעוט קרובי עריות, וכיון דאין דלתות מדינה נעולות א"כ רוב העוברים נמי כשרין ותרי רובי הוי.

ועוד נראה כיון דבנידון השאלה שכתב הנודע ביהודה דיצא כמה מכשולים מזה אם באנו לפסול הולד ע"ש, וכבר כתבנו דבשעת הדחק כדאי הוא רש"י ובעה"מ להכשיר בחד רוב, וכמ"ש בפרקים הקודמים ע"ש, אלא אפילו לדעת הפוסקים דבעי תרי רובי, מ"מ כל כה"ג נראה להקל, דהא דבעי תרי רובי אינו אלא משום מעלה בעלמא, וא"כ בשעת הדחק טובא ראוי לסמוך בחד רוב, כיון דאיכא נמי דעת רבינו חננאל הובא בתוס' כתובות דף ט"ו ד"ה מאן דמתני הא להכשיר אפילו בחד רוב.

וגם לפירש"י ותוס' דמפרשי מאן דמתני הא לא מתני הא, דקרונות של צפורי לא היה אלא חד רוב הלכך הוראת שעה היתה ע"ש, וע"ש בלשון רש"י ז"ל הוראת שעה צורך שעה היתה שם, או ראו שם שאר צדדי היכר דברים להתיר, אבל לדורות תרי רובי בעינן

עכ"ל ע"ש, ומדכתב צורך שעה או שאר צדדי היתר, משמע דלצורך שעה ג"כ מותר אפילו לא היה צדדי היתר, וא"כ בנידון האמור בתשובת נו"ב שיצא כמה מכשולים אם באנו לפסול הולד, אין לך צורך שעה יותר, והוראת שעה אליבא דכו"ע מותר, ודוק.

פרק כד

כתב בתשובת מוהרי"ן לב ספר ראשון כלל י"ב סי' ע"ד וז"ל, ומטעמא דס"ס היה נראה לכאורה לומר דספק מכר להאכיל ספק מכר להניח שמא נטל רשות מב"ד, אלא יש מקום לחלוק ולומר דכשם שאין הולכין בממון אחר הרוב ה"נ אין הולכין אחר ספק ספיקא, אלא אוקי ארעא בחזקתיה ובחזקת מרא קמא היתומים עכ"ל.

ולענ"ד נראה דכל כה"ג נגד חזקת מרא קמא שפיר מהני רוב ואפילו בממון, דכיון דבתוס' ר"פ המניח כתבו בטעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דאיכא מיעוט וחזקה חזקת ממון לא אזלינן בתר רובא ע"ש, ולכאורה תיקשי דבכולה ש"ס קיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף, אלא דטעמא דמילתא משום דחזקת ממון אלים טובא ועדיפא מכל החזקות, וכדמוכח סו"פ המדיר בסוגיא דהיו בה מומין, ומשום דהא דרובא עדיף מחזקה היינו משום דרוב הוא השתא לפנינו הרוב אבל חזקה אינו אלא חזקה דמעיקרא שהיה מעיקרא כך, לכן אוקמוה אחזקה קמא, אבל רוב הוא עתה לפנינו ועדיפא מחזקה דמעיקרא, וחזקת ממון שהוא נמי עכשיו מוחזק בממון הוי כמו רוב, ואין מוציאין ממון מחזקת בעלים שהוא מוחזק עכשיו ע"י רובא.

ולכן נראה לענ"ד בקרקע נגד חזקת מרא קמא מהני רובא, דחזקת מרא קמא אינו אלא כמו שאר חזקות, חזקת אשת איש או חזקת טמא, וכה"ג אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף. וכן נראה בפרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף ל"ב) (בבא בתרא לב, א) בהא דאמרו שם הלכתא כרבה בארעא וכרב יוסף בזוזי, וכתבו שם תוס' משום דבזוזי לא מהני מגו דהו"ל מגו להוציא, אבל בקרקע אמרינן מגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים ע"ש הרי מבואר דחזקת ממון שהוא מוחזק עכשיו עדיף מחזקת מרא קמא ובשו"ת מוהרי"ן לב סי' י"ד הקשה בדברי תוס' הנזכר דהא בקרקע נמי הו"ל נגד חזקת מרא קמא והניחו בצ"ע, ואינו קושיא משום דאע"ג דלא אמרינן מגו להוציא, היינו נגד חזקת ממון שהוא מוחזק עכשיו, אבל נגד חזקת מרא קמא שפיר מהני מגו.

וכה"ג אשכחן בפלוגתא דסומכוס וחכמים דסברי חכמים ממון המוטל בספק ואיכא חזקת מרא קמא אמרינן הממע"ה אוקי בחזקת מרא קמא, ואילו בחזקת ממון ממש גם סומכוס מודה דהממע"ה, וכמ"ש תוס' בפרק השואל דף ק', הרי מבואר דחזקת ממון אלים טפי מחזקת מרא קמא, ואע"ג דחכמים סברי בממון המוטל בספק דמוקמי בחזקת

מרא קמא, אינו אלא בספק, אבל היכא דאיכא מגו מהני ליה שפיר נגד חזקת מרא קמא אע"ג דלא מהני מגו נגד חזקת ממון, ומשום דחכמים נמי סברי דחזקת ממון ודאי עדיף מחזקת מרא קמא, וא"כ כי היכי דלענין מגו מחלקין בין חזקת ממון לחזקת מרא קמא, ה"ה ברוב נמי אע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב, והיינו דרוב לא מהני נגד חזקת ממון, אבל נגד חזקת מרא קמא שפיר מהני רובא להוציא נגד חזקת מרא קמא.

והא דפריך בש"ס ר"פ המוכר פירות לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב משור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ונימא רוב פרות מתעברות ויולדות ע"ש, ומשמע דלשמואל ניחא, והתם מוקי לה בפרק השואל דף ק' בעומדת באגם, וא"כ ליכא אלא חזקת מרא קמא ולשמואל נמי תיקשי ואפשר דס"ל למקשה דמיירי בשמא ושמא, והיכא דטוען שמא ס"ל לסומכוס חולקין אפילו במוחזק ממש דיחלוקו, וכמ"ש תוס' שם פרק השואל ד"ה הא מני סומכוס.

פרק כה

כתב הטור בחושן משפט סי' תי"ד וז"ל, אבל תבן וקש שהם מזיקים יותר לפי שהן ארוכין ומחליקין בהם אדם ובהמה אין לו רשות להוציא, ואם הוציאם וזכה בהם אחר הרי הן שלו כו', וכל זה לא איירי אלא בזכה בהן אחר לאחר שהשביחן, אבל זכה בהן קודם שהשביחן מיבעיא ולא איפשטא, וכתב הרמ"ה שאין מוציאין מידו, ואדוני אבי ז"ל כתב דמוציאין מידו עכ"ל.

וכתב הבית יוסף ז"ל, ומ"ש הרמ"ה שאין מוציאין אותו מידו, כ"כ הרמב"ם פי"ג מהל' נזקי ממון, ולטעמיה אזל דבכל ספיקא דדינא אין מוציאין אותו מידו והרא"ש פסק פרק המניח בדין זה דמוציאין אותו מידו, ואיהו נמי אזל לטעמיה דסובר דספיקא דדינא אם תפס מפקינן מיניה כמבואר עכ"ל ע"ש.

ובתקפו כהן השיג בזה על הב"י, וכתב דטעמא דהרא"ש הוא משום דס"ל כיון דקנס הוא שקנסו שכל שיבא ויזכה בו יהיה זוכה בו, לכן בספק מוציאין אותו מידו כמ"ש הראב"ד בפ"ב מגניבה, דבקנס אינו יכול לזכות אלא בדין ברור ופסוק עכ"ל.

ולעניות דעתי נראה דהראב"ד לא כתב אלא בקנס שקנסה תורה, דבעינן אשר ירשיעון אלקים ואם מודה בקנס פטור, וכל שאין הב"ד מחייבין אותו ליכא חיוב כלל, אבל בקנסות שקנסו חכמים, כמו בהיזק שאינו ניכר או בדיני דגרמי לדעת הפוסקים דהוא מדרבנן, שנתחייב ע"פ הודאת עצמו, וכמ"ש בש"ך בסי' שפ"ח דבקנס דרבנן לא אמרינן מודה בקנס פטור, ע"ש שהביא מדברי המרדכי פרק הגוזל בתרא וז"ל, ואם הודו כמה גרמו להם להפסיד חייב לפרוע כל מה שהודו, דאע"ג דמודה בקנס פטור ודיני דגרמי

קנס הוא, הני מילי בקנסא דאורייתא משום דכתיב אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע את עצמו, אבל בקנס דרבנן מחייב בהודאת עצמו, ושלום, אביגדור בר' אליה הכהן עכ"ל [המרדכי], ע"ש בש"ך וא"כ כיון דלא בעינן בקנס דרבנן אשר ירשיעון אלקים, א"כ בספיקא דידיה מהני תפיסה כמו בשאר ממון, ומשו"ה שפיר כתב הב"י בטעמא דהרא"ש דלטעמו דס"ל דלא מהני תפיסה כלל.

והא דכתב הראב"ד פ"ח מעבדים (פ"ח מהל' עבדים) גבי מכרו לשלשים יום, דכתב עלה הראב"ד ז"ל, א"א אין בקנסא תפיסה מועלת ע"ש, והתם נמי קנסא דרבנן הוא דשאני הך קנס דחשבוה לקנס תורה לכל דבריו, דהרמב"ם כתב בפ"ח מעבדים וז"ל, קנס זה אין גובין אותו ואין דנין אותו אלא בב"ד מומחין ע"ש, ואילו שאר קנסות דרבנן לא בעי מומחין, ובע"כ צ"ל דקנס זה דמכרו לעכו"ם דנו אותו כמו קנסי תורה, ומשו"ה שפיר כתב עלה הראב"ד דמספק אינו מועיל תפיסה בקנסא.

ובאמת הרשב"א כבר כתב על דברי הרמב"ם שכתב במכרו לעכו"ם דקנס זה אין גובין בבבל, כתב עלה ז"ל, ותמהתי על הגאון דמה ענין זה לקנסות דאין גובין בבבל, דהיינו קנסות שחייבה תורה בעינן מומחין דוקא, אבל קנסות שתקנו חכמים למה לא יגבו בבבל, ע"ש בראש"ש פרק השולח, אלא כיון דהרי"ף והראב"ד כתבו דאין גובין קנס זה בבבל ע"כ חשבוה להך קנס כמו קנס תורה, ומשו"ה כתב נמי הראב"ד דאין בקנסות תפיסה, אבל בשאר קנסות דרבנן מהני תפיסה, ולהרא"ש אפילו בהך קנסא דמוכר עבדו נמי לא גרע משאר קנסות דרבנן ולא בעי אשר ירשיעון אלקים ואפילו בהודאת עצמו חייב, ואם כן למה לא מהני תפיסה, ומשו"ה הוכרח הב"י לומר דהרא"ש לטעמיה דס"ל דלא מהני תפיסה כלל.

פרק כו

כתב בתשובת מוהרי"ט סי' קנ"א וז"ל, ולענין פסק הלכה, הנה החכם השלם המורה נר"ו חקר בזה שלשה חקירות ושלשתן חקירת חכם הא' בספק שבועה בפלוגתא דרבוותא אי מצי הנתבע לומר קים לי כמי שפוטרני מן השבועה כי היכי דמצי למימר קים לי לפוטרו מן הממון, או דילמא לא דמי, דאשכחן דאמרינן מגו לאוקמי ממונא ולא אמרינן מגו לאפטורי משבועה והביא מתשובת מוהרי"ן לב בח"ב סי' מ"ז שכתב בפשיטות דכי היכי דאמרינן בממון אוקי ממונא בחזקת מרא ה"נ לענין שבועה לא משבעינן ליה כו', אבל היכא שהתובע מוחזק כנידון דידן שמפקיד תפוס בנכסי הנפקד ואומר השבע לי וטול, בזה צריך ללמדה ממקום אחר ומנא אמינא לה מהאי דפרק הכותב דא"ר שמעון כל זמן שתובעת כתובתה יורשין משביעין אותה, והרי"ף פסק כת"ק, ור"ח ור"ת

פסקו (כהרא"ש) [כר"ש] וכתב הרא"ש ז"ל, כיון דאיכא פלוגתא דרבוואתא לא עבדינן עובדא לחייבו שבועה, אעפ"י שהאשה באה להוציא לא מחייבין לה שבועה מספק עכ"ל [מהרי"ט].

ותמהני דהא מבואר ההיפוך, דהיכא דאיכא ספיקא בשבועה והוא בא להוציא אינו נוטל אלא בשבועה, וכמ"ש הרי"ף והרא"ש גבי פוגמת כתובתה בעדים דעלה בתיקו בפרק הכותב וכתבו הלכך מספק לא תפרע אלא בשבועה, וכן באינך איבעיות דפוגמת לא תפרע אלא בשבועה, וכמו שמבואר בטור ושו"ע סי' פ"ז.

וגם בעיקר ראית מוהרי"ט התפלא אחי הרב המו' מוהר"ר יהודא כהנא ש"ן, דהא התם ספיקא דשבועה היא היכא שאינה תובעת כתובתה אם משביעין אותה שבועת אפטרופוס, וע"ש ברא"ש, ולהכי כתב שפיר דלא עבדינן עובדא לחייבה שבועה מספק, אבל בתובעת כתובתה ליכא ספיקא כלל, וא"כ מה זה שכתב מוהרי"ט אעפ"י שהאשה באה להוציא.

אמנם כיון דנפיק מפומיה דמוהרי"ט ראיתי ליישב והוא, דודאי היכא דספק שבועה על הנוטל אם ראוי לו ליטול בלא שבועה או בשבועה דוקא, ודאי אינו נוטל אלא בשבועה ואינו יכול להוציא שלא בשבועה, והוא הך דפוגמת כתובתה בעדים דמספקא לן אם נוטלת שלא בשבועה או אינו אלא בשבועה, אבל בנידון דמוהרי"ט שם דעובדא הכי הוי דהיה על הנפקד שבועת השומרים אלא שהיה לו עד המסייע, והעלה דספיקא דדינא הוא אם עד המסייע פוטר, וא"כ מספיקא לא משביעין ליה, אלא שהמפקיד תפס מנכסי הנפקד ותובע שבועה, ובזה כיון דאין הספק אלא אם ראוי לחייבו שבועה אינו מועיל תפיסה מספק, ודוקא בתפס ממון וספק אם מגיע לו ממון הוא דמהני תפיסה, ואמרינן כיון דתפס והוי מוחזק אין מוציאין מידו, אבל אם אין לו תביעת ממון אלא תביעת שבועה, בזה לא מהני תפיסה.

ולזה הוא דמביא ראיה שפיר מדברי הרא"ש פרק הכותב, שכתב דאין לחייבה שבועה מספק ואעפ"י שהאשה באה להוציא, והיינו דנהי דמיירי באינה תובעת כתובתה, מ"מ באה להוציא בכל יום מזונות ודירה, וא"כ היורשין מוחזקין במזונות ודירה, ולהוי תפיסה מספק עד שתשבע שבועת אפטרופוס, אלא מוכח דלא מהני תפיסה עבור תביעת שבועה, ושפיר הביא ראיה לנידון דידיה במפקיד שתפס עבור תביעת שבועה דלא מהני בזה תפיסה מספק, אבל בהאי דפוגמת כתובתה בעדים, דהספק על אותו ממון עצמו שבאתה ליטול אם ראוי שלא בשבועה או בשבועה, ודאי אינה נוטלת אלא בשבועה ודברי מוהרי"ט נכונים.

איברא לפי מ"ש בקצה"ח סי' פ"ז סקי"ד דבספק שבועה דרבנן ותפס התובע לא מהני תפיסה, משום דשבועה דרבנן אם אינו רוצה לישבע אין ב"ד יורדין לנכסיו אלא מנדין אותו עד שישבע, משו"ה לא מהני תפיסה, דהוא משום דעביד אינש דינא לנפשיה, ובשבועה דרבנן ליכא דין שעבוד על הנכסים אלא נידוי שהב"ד מנדין אותו, ובספק שבועה דאין הב"ד מנדין ממילא ליכא דין תפיסה ע"ש, ובשבועה דאורייתא, כיון שהב"ד יורדין לנכסיו ואיכא שעבוד בנכסים, שפיר מצי למיעבד דינא לנפשיה כמו דיין לירד לנכסיו, ותופס עבור שבועה ע"י קים לי שחייב לי שבועת התורה.

וא"כ בנידון דמוהרי"ט דתפס המפקיד, כיון שהיא שבועת התורה שבועת השומרין, וספק אם עד המסייע פוטר, ואם אינו פוטר מגיע לו הממון אם חייב שבועת התורה, דב"ד יורדין לנכסיו ועביד אינש דינא לנפשיה, ותו ליתיה לראיה שהביא המוהרי"ט מהאי דהרא"ש דבאתה להוציא מזונות ודירה וכמ"ש בביאורו, דהתם שבועת אפוטרופסים אינו אלא מדרבנן, ואם אינו רוצה לישבע אין הב"ד יורדין לנכסים וליכא שעבוד בנכסים, א"כ ודאי לא מצו היורשין לתפוס מזונות ודירה עבור ספק שבועת אפוטרופסים, כיון דאין דין הורדת נכסים לשבועה דרבנן, רק הב"ד מנדין לעשות כאשר הב"ד מחייבין אותו לישבע, וכיון דבספק שבועה אין הב"ד מנדין ולא עבר על דברי ב"ד, א"כ ממילא ליכא תורת הורדה לנכסים כיון דהיא שבועה דרבנן, ונידוי פשיטא דלא שייך מספיקא, זה נראה לי ברור, ודוק.

שמעתתא ה

נושא

בו יבואר מחזיקין מאיסור לאיסור, חזקה דרבא

פרק א

תנן פרק ד' אחין (יבמות ל' ע"ב), וכולן שהיו בהן קידושין או גירושין בספק הרי אלו הצרות חולצות ולא מתייבמות, כיצד ספק קידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה זהו ספק קידושין, ספק גירושין כתב בכתב ידו ואין עליו עדים, ואמרינן עלה בגמ' ואילו בגירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא קתני מ"ט, אמר רבא אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק, א"ל אביי אי הכי בקידושין נמי נימא הכי אשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק, התם לחומרא כו', איתיביה אביי נפל הבית עליו ועל בת אחיו ואינו ידוע איזו

מהם מת ראשון צרתה חולצת ולא מתייבמת, אמאי ה"נ נימא אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת, ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק כו'.
וכתבו תוס' בד"ה אשה זו בחזקת היתר לשוק כו', וא"ת דהכא מוקמינן אשה בחזקת היתר לשוק אעפ"י שבשעה שנולד הספק היתה עומדת בחזקת איסור שבעלה עדיין חי, ובפ"ק דחולין דף ט' אמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, נשחטה בחזקת היתר עומדת עד שיודע לך במה נטרפה, ומשמע דוקא לענין ריעותא דאתיילד לאחר שחיטה, כגון בא זאב ונטל בני מעים והחזירם כשהם נקובים דלא חיישינן שמא במקום נקב ניקב, אבל אם נולד הספק מחיים כגון ספק דרוסה לא, משום דבשעה שנולד הספק היתה עדיין בחזקת איסור, ואור"י דהתם חיישינן לספק דרוסה משום דשכיח ומוכחא מלתא לאיסורא טפי מלהתירא, וכן האי דישב לה קוץ בושט דחיישינן שמא הבריא למאן דחייש לספק דרוסה כו', מ"מ מסתברא מילתא לאיסורא טפי מלהתירא עכ"ל.
ומבואר מדבריהם דהיכא דהוא ספק שקול ואינו שכיח לאיסור יותר, מוקמינן בחזקת היתר ואע"ג דנולד הספק בעידן איסורא, כיון דאיסור הראשון ודאי חלף הלך לו אין מחזיקין מאיסור לאיסור.
ובדרכי משה יו"ד סי' ל"א כתב וז"ל, מעשה בא לידינו פה ק"ק קראקא בראש בהמה שהיה בו מים, וקודם שידעו הריעותא חתכו הגולגולת לשנים, ומקצת המוח מן הגולגולת, ולא היה נודע אם המוח מקיפו או לא ואסרוהו, ויש שהיו רוצים להכשירו מהא דתניא נשחטה הותרה עד שיודע לך במה נטרפה, ולא דמי, דהואיל ויש כאן ריעותא ברור מחיים אין להכשיר משום זה, וכן משמע בתוספות פרק ד' אחין (יבמות דף ל"א) עכ"ל וכבר השיג עליו מוהר"ם לובלין בתשובותיו סימן ס"ו, דהא מדברי תוספות מבואר להיפוך, דאפילו בכה"ג שנולד הריעותא מחיים, נמי מוקי בחזקת היתר אי לאו דלאיסור שכיח יותר, וע"ש.
ובש"ך יו"ד סי' נ' מיישב דברי הרמ"א וז"ל, אבל נ"ל דדעת הרב הוא דהתוס' כתבו כן לרבה דאמר בש"ס התם אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת כו', אבל אביי הא אקשי לרבה התם מהך דנפל עליו הבית כו' אמאי נימא אשה זו בחזקת היתר לשוק כו', ומסקי אביי ורבא דלא מוקמינן אשה זו בחזקת היתר לשוק, א"כ התוספות דמדמי דין זה, מוכח דכי היכי דלא מוקמינן אשה זו בחזקת היתר ה"נ לא אמרינן נשחטה הותרה היכא דאתיילד ריעותא מחיים, ואף ע"ג דאפשר לומר דלמסקנא נמי אמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק אלא דלחומרא אמרינן דבעי חליצה, וכמ"ש הב"י שם כו', מ"מ כיון דאינו

מוכרח ויש פנים לכאן ולכאן, וגם פשטא דש"ס משמע התם דאביי ורבא אעיקרא דדינא פליגי כו', אבל לאביי ורבא דקיי"ל כוותייהו יכול להיות החילוק ההוא אמת וקיים, עכ"ל ולשיטת הש"ך מחזיקין מאיסור לאיסור, דכיון דנולד הריעותא מחיים מחזיקין מאיסור אמ"ה לאיסור טריפה.

ובתשובת מוהרי"ט ח"א סי' פ"ב גם הוא העלה הלכה דמחזיקין מאיסור לאיסור ע"ש וז"ל, והרא"ש ז"ל כתב בהלכותיו בהנזקין, והיכא דלא אתחזק לא התירא ולא איסורא עד אחד מהימן להתיר וכ"ש לאסור, והך מילתא ודאי לא מקרי אתחזק התירא, שזה האיש מארץ רחוקה בא ולא ידענו מאיזה עם הוא תמול בואו והיום נשא אשה, וכמעט שעבר נתגלה הדבר עפ"י אותו העד שהיה בן עירו ומכירו ובקי באחיו, ואימת נתחזק זה בלא אחים, ולא קרינן חזקה לשוק אלא כי ידעינן דלית ליה אחין, אלא דמספקא לן אם נולד לו אח"כ אח כדאמרינן בריש האשה בתרא, היה לו חמות אינה חוששת שמא ילדה בן ומפרשינן בגמ' משום דבחזקת היתר לשוק קיימא, או דומיא דאמרינן פ"ד אחין גבי וכולן שהיו להם קידושין או גירושין מספק הרי אלו צרותיהן חולצות ולא מתייבמות, דאמרינן אלו הן ספק קידושין ספק קרוב לו, ופרכינן בגמ' ואילו לגבי גירושין ספק קרוב לו לא קתני, ומשני רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת, והיינו משום שהיא לפנינו צרת ערוה ואם נולד ספק בקידושי הערוה מוקמינן לה בחזקת שלא נתגרשה, אבל זה שאנו מסתפקים מעיקרא אם יש לבעלה אחין הא לא אתחזק.

וכי תימא העמד האשה בחזקת היתר, שהאשה הזאת בחזקת היתר עומדת עד שלא תנשא, ואח"כ שנשאת הוחזק בה איסור אשת איש, מ"מ כשמת בעלה איסורא דאשת איש פקע ונשארה מותרת לשוק כמו שהיתה, אין לך לומר כן, אלא אדרבא אשה זו משנתקדשה בחזקת איסור לכל העולם עומדת, וע"י מיתת בעלה אתה בא להתירה, אל תתירנה מספיקא, ולא תימא איסורא קמייתא פקע במיתת הבעל, מספיקא לא מחתינן לה איסורא אחריתא דיבמה לשוק, אלא עדיין בחזקת איסור עומדת.

ומנא תימרא דתנן בסוף נזיר (דף סג) ירד לטבול במערה ונמצא מת בקרקע המערה, ירד להקר טהור, ליטהר מטומאת מת טמא, שחזקת טמא טמא וחזקת טהור טהור שרגלים לדבר הרי כאן דטומאה קמייתא טהרה ע"י טבילתו במקוה, ואעפ"י כן מספיקא מחתינן לה טומאה אחריתא וסותר הקודמים הואיל ונזקק לטומאה דאמרינן חזקת טמא טמא והא דבטומאה ידוע אעפ"י שירד להקר טמא, היינו טעמא משום דספק טומאה ברשות היחיד היא, ומכל מקום בטומאת התהום דהלכתא גמירי לה דטהור בנזיר ועושה פסח ואף על פי כן כשירד ליטהר מטומאת מת אמרינן חזקת הטמא טמא:

ותו אמרינן התם בשבעה דרכים בודקים את הזב עד שלא נזקק לזיבה, משנזקק לזיבה אין בודקין אותו, אונסו וש"ז טמאים שרגל"ד, ומפרש תלמודא ספיקו לא תימא ספק חזי ספק לא חזי, אלא ודאי חזי ספק מחמת ש"ז ספק מחמת ראיה, כיון שנזקק לטומאה ספיקו טמא, חוזר וסותר הקודמים ומביא קרבן עליו.

וכן מוכח מהא דאמרינן בפ"ק דחולין בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, וכי מספקא לן אם שהה אם דרס או החליד ואסרינן לה מספק דמוקמינן לה בחזקת איסורא, ולא אמרינן דאיסורא איסור אבר מן החי הוא ופקע מהאי איסורא בנחירה ואשתריא לבן נח, ומספיקא אמאי מחתינן לה אחריתי דנבילה דשרי לבן נח ומטמא במשא, אלא חזקת איסור, אף כאן משנזקקה לאיסור אשת איש אסורה.

וכן מוכח מלישנא דגמ' פרק יש נוחלין, אם הקילו בשבויה ניקל באשת איש, אלמא אכתי חזקה דאשת איש קאי עליה, וכן פירש רשב"ם ז"ל ניקל באשת איש דאיכא איסור תורה, והרי היא בחזקת איסור עד עתה אל תתירנה מספק עכ"ל [המהרי"ט].

והנה מוהרי"ט תקע יתדות להוכיח דמחזיקין מאיסור לאיסור, ובארבע פינות תקע יתדותיו.

פרק ב

אם אמנם ידעתי מיעוט ערכי, מ"מ אחר העיון לענ"ד יש תשובה להשיב, וזה יצא ראשונה, במה שהביא בראיה ראשונה מהא דתנן ירד להקר טהור, ליטהר מטומאת מת טמא שחזקת הטמא טמא, ואע"ג דטומאה ראשונה כבר טהרה ע"י טבילתו כו', מהתם לא שמעינן אלא היכא דאיסור השני הוא משום איסור הראשון, וכמו האי דירד לטהר מטומאת מת, דראשונה ושניה שם אחד לשניהן טומאת מת, אבל היכא דאיסור השני אינו משם איסור הראשון, וכהאי דמחזיקין מאיסור אשת איש לאיסור יבמה לשוק או מאיסור אמ"ה לאיסור נבילה זו מנלן, ותדע דהא שם בירד לטבול מטומאת שרץ ונמצא מת משוקע בקרקע טהור הוא, וכמ"ש תוס' שם בנזיר דף ס"ג ד"ה כיצד דין טומאת התהום, ע"ש שכתבו דבירד לטבול מטומאת שרץ לא אמרינן שחזקת טמא טמא ומוכרח שם, וא"כ אי מהתם עכ"פ מוכח דמשני שמות אין מחזיקין מזו לזו.

אלא דקושטא דמילתא נראה לפי ענ"ד דאפילו היכא דהוא משם אחד, כל שאיסור הראשון חלף הלך תו אין מחזיקין מאיסור לאיסור, וחזקת איסור לא אמרינן אלא היכא דמספקא מילתא אם יצא מאיסורא קמא או לא, והתם בנזיר לאו מתורת חזקה אתינן עלה כיון דכבר נטהר מטומאתו הראשונה ע"י טהרה במקוה, אלא טעמא דמילתא מבואר בתוס' שם וז"ל שחזקת הטמא טמא, דכי גמירי דטומאת התהום דמת הותרה, היינו

דוקא לאדם שלא היה בחזקת טומאת מת שחזקת טמא טמא, כלומר שרגלים לדבר, כלומר שטעם גדול יש בדבר לומר הואיל והוא בחזקת טומאת מת לא הותרה טומאת התהום אצלו עכ"ל ע"ש.

וביאור דבריהם דלאו בתורת חזקה אתינן עלה אלא מסברא אמרה משנה, דכיון דטומאת התהום חידוש הוא הלכה למשה לחלק בין טומאת התהום לטומאה מגולה גבי נזיר ועושה פסח, משא"כ בכל הטומאות אין חילוק כין טומאה מגולה לטומאת התהום, וכיון דחידוש הוא מסתבר לומר שלא נתחדשה הלכה לנזיר ועושה פסח בטומאת התהום אלא לאדם שלא היה בחזקת טומאת מת, ולאו משום חזקה אתינן עלה, דאין מחזיקין מטומאה לטומאה כל שנטהר מטומאתו הראשונה.

וראיה ברורה לזה נראה ממ"ש הרמב"ם פ"ו [הל' י"ג] מהלכות קרבן פסח וז"ל, מי שנטמא במת והזה עליו שלישי ושביעי ובשביעי שלו נטמא בקבר התהום ולא ידע ועשה פסח ואח"כ נודע לו שהוא טמא בטומאת התהום אינו חייב בפסח שני, שכיון שטבל בשביעי פסקה טומאה הראשונה, אבל אם נמצא טומאת התהום בששי לטומאתו ולא ידע עד שעשה הפסח הרי זה חייב בפסח שני, שחזקת הטמא טמא עד שיהיה טהור ודאי שרגלים לדבר ע"כ.

וע"ש בהשגת הראב"ד שהבין מדברי הרמב"ם דוקא בששי הוא דלא הותר אצלו טומאת התהום, אבל בשביעי אע"ג דעדיין לא הוזה ולא טבל הותר אצלו טומאת התהום ע"ש, ואי נימא בתורת חזקה אתינן עלה א"כ מאי חילוק בין ששי לשביעי, דודאי כל שלא הוזה ולא טבל עדיין טומאתו עליו, אלא ע"כ משום רגלים לדבר בלבד הוא ומסברא, כמ"ש תוס' דכה"ג שיש עליו טומאת מת לא הותר טומאת התהום, וא"כ י"ל דוקא בששי אבל לא בשביעי אע"ג דלא הוזה ולא טבל, כיון דעומד ליטהר היום ואמרינן כה"ג נמי הותר הלכה.

וכן אפילו לדעת הראב"ד שם נמי מודה דלאחר הזאה וטבילה ודאי הותר טומאת התהום, ואע"ג דמחוסר הערב שמש, ואכתי בחזקת טומאה שמחוסר הערב שמש, אלא ע"כ דלאו בתורת חזקה אתינן עלה ומה"ט נמי בירד לטבול מטומאת שרץ אוקמוה אהלכתא שהוא טהור בטומאת התהום, אע"ג דאית ליה חזקת טמא, ומשום דכיון דטומאה ראשונה ודאי חלף הלך ע"י טהרה במקוה ליכא תורת חזקה דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, ומשום רגלים לדבר דסברא דלא הותר הלכה בטומאת התהום בזה שהיה עליו טומאת מת, וא"כ דוקא בטומאת מת ולשיטת הרמב"ם כפי שהבין הראב"ד

אפילו קודם הזאה וטבילה, כל שעומד בשביעי שלו הרי הוא כהלכתו, ולדעת הראב"ד קודם הערב שמש וזה ברור.

והשנית שהביא מוהרי"ט מהא דאמרינן בשבעה דרכים בודקין את הזב כו', והוא בנזיר דף ס"ו בשבעה דרכים בודקין את הזב עד שלא נזקק לזיבה, במאכל ובמשתה במשא ובקפיצה בחולי כו', משנזקק לזיבה אין בודקין אותו, אונסו וספיקו וש"ז טמאים שרגלים לדבר, התם נמי לאו משום חזקה אתינן עלה אלא רגלים לדבר, דכיון שנזקק לזיבה רגלים לדבר שלא בא מחמת שכבת זרעו אלא מחמת זיבה כיון שכבר נזקק לזיבה. ותדע דהא אמרינן התם אונסו וספיקו לא תימא ספק חזי ספק לא חזי, אלא ודאי חזי ספק מחמת ש"ז ספק מחמת זיבה כיון שנזקק לטומאה טמא, ואי נימא משום חזקה א"כ בספק חזי נמי נימא אוקי אחזקת טמא, אלא ע"כ דאין אנו מוסיפין טומאה על טומאתו ולומר שראה עוד, וכמ"ש תוס' ריש גיטין (דף ב.) בנדה דכתיב וספרה לה והא אין ע"א נאמן היכא דאתחזק איסורא, וכתבו משום דלא אתחזק שתראה כל ימיה ע"ש, וא"כ ע"כ אינו משום חזקה, אלא משום רגלים לדבר בלבד הוא דאמרינן כיון שנזקק לזיבה, מסתמא אותו ראיה נמי מחמת זיבה הוא ולא מחמת ש"ז וזה ברור.

והשלישית לבי אליה אשית, במה שהביא מוהרי"ט מפ"ק דחולין בהמה בחייה בחזקת איסור כו', הנה כבר כתבו תוס' [ביצה] פרק אין צדין (ביצה דף כ"ה ע"א) ד"ה בחזקת איסור עומדת וז"ל, פרש"י בחזקת אמ"ה ולא נהירא, דא"כ למה לי עד שיודע לך במה נשחטה כיון דחזינן שמתה א"כ לא שייך בה איסור אמ"ה, דאיסור אמ"ה לא שייך אלא מחיים, לכך נראה לר"י דחזקת איסור אסור ר"ל בחזקת שלא נשחטה כו', ומשום איסור שאינו זבוחה דרחמנא אמר וזבחת ואכלת שחוט ואכול, ובזה ניחא נמי אפילו למ"ד בהמה בחייה לאו לאברים עומדת עכ"ל, ומבואר מדברי תוס' דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, אלא התם טעמא משום חזקת איסור שאינו זבוח, וגם במ"ש רש"י משום אבר מן החי יתיישב לפנינו בע"ה.

ועל ארבעה לא אשיבנה, מה שהביא מהא דאמרינן פרק יש נוחלין (בבא בתרא קלה, א) אם הקילו בשבויה ניקל באשת איש, היינו דגבי שבויה טעמא דהקילו ולא חיישינן לעדים שבצד אסתן משום דמנוולא נפשה לגבי שבאי, אבל באשת איש ליכא הך טעמא ומשו"ה חיישינן והרמב"ם לא גרס הך דמנוולא נפשה לגבי שבאי, להכי מפרש לה משום חזקת איסור, אבל הרמב"ן בחידושיו כתב שם דעיקר הוא כנוסחאות דילן, וכתב דהכי איתא בנוסחי עתיקי, ועל פירוש רשב"ם כתב שאינו מובן ע"ש, וכן הוא גירסת תוס' בקידושין דף י"ב ע"ש, וכיון דעיקר הוא כנוסחאות דילן א"כ ליכא ראיה.

פרק ג

אמנם מפירוש המשניות להרמב"ם (נזיר פ"ט מ"ב) נראה דמפרש להך דנזיר דרגלים לדבר הוא משום חזקה ממש, ע"ש שכתב וז"ל, ירד ליטהר מטומאת מת כו' שחזקת טמא טמא שרגלים לדבר, מה טעם בזה מה שאמר שחזקת הטמא טמא, ופי' רגלים לדבר שהענין יצא לדבר שאין לו תכלית כל זמן שנלך אחר האפשריות, ואמנם העיקר כשנתקיים איזה ענין שיהיה נניחהו בחזקתו עד שיבא דבר מבואר שיבטלהו מזאת החזקה, וכל דבר שיהיה בו ספק ואפשרות אחר הרי זה לא יסתלק החזקה אח"כ הביא כל מה שדומה לזה עכ"ל.

ומבואר מזה דמפרש הכל מטעם חזקה ממש, וכן אינך שהביא במתני' רגלים לדבר הכל מתורת חזקה, אולם לענ"ד נראה עיקר כמ"ש, דהך רגלים לדבר לאו מתורת חזקה אלא רגלים לדבר כמ"ש תוס', דהוא טעמא דמסתבר דלא הותר טומאת התהום לזה שהיה עליו טומאת מת.

ולברר דע"כ אינו משום חזקה ממש צריך אני להעתיק דברי הש"ס שם נזיר דף ס"ג, ת"ר המוצא מת מוטל לרחבה של דרך, לתרומה טמא ובנזיר ועושה פסח טהור, בד"א שאין לו מקום לעבור אבל יש לו מקום לעבור אף לתרומה טהור, בד"א שמצאו שלם, אבל משובר או מפורק אפילו אין לו מקום לעבור חיישינן שמא בין הפרקים עבר, בד"א במהלך ברגליו אבל טעון או רכוב טמא, לפי שמהלך ברגליו אי אפשר שלא יגע ושלא יסיט ושלא יאהיל וכתב רש"י ז"ל, אבל טעון או רכוב טמא בתרומה לפי שא"א כו', אבל לנזיר ועושה פסח לעולם טהור, דהכי גמירי לה בטומאת התהום, והאי דכתוב בספרים אפילו בנזיר ועושה פסח טעות הוא עוד שם ברש"י ד"ה בד"א בטומאת התהום אבל טומאה ידועה שלשתן טמאין עכ"ל.

ומבואר דטומאת התהום דהלכתא גמירי דטהור, היינו אפילו ודאי נטמא אפ"ה טהור, דהא טעון או רכוב א"א שלא יגע ושלא יסיט ושלא יאהיל ואפ"ה בנזיר ועושה פסח טהור, ולאו משום ספיקא הוא דטהור, אלא אפילו נטמא ודאי טהור בטומאת התהום וכ"כ רש"י להדיא בפסחים פרק כיצד צולין (פסחים דף פ"א) ד"ה שאין לו מקום לעבור וז"ל, שמחזיק וממלא את כל רוחב הדרך אף ע"ג דטומאה ודאית היא, כיון דהאי שעתא דעבר עליה טומאת התהום היא כו', הלכה למשה מסיני שזורקין עליו את הדמים עכ"ל וכ"כ רש"י שם לעיל ד"ה ומי דייני ק"ו מהלכה וז"ל, והא טומאת התהום לאו משום ספיקא מטמאינן לה דנימא גילוי מלתא בעלמא הוא, השתא אפילו בודאי נטמא נמי, אלא בשעה שנטמא היתה טומאת התהום שלא הכיר בה אדם מעולם עכ"ל הרי מבואר

דטומאת התהום לאו משום ספיקא הוא אלא הלכתא גמירי דאפילו נטמא ודאי טהור לנזיר ועושה פסח, ולתרומה אפילו בספק נמי טמא.

וכן מבואר בתוס' בנזיר דף ס"ג שכתבו ג"כ דבנזיר ועושה פסח דטהור אפילו טעון או רכוב דא"א שלא יגע ושלא יסיט ע"ש, וכיון דטהור אפילו ודאי נטמא תו ליכא למימר שרגלים לדבר מתורת חזקה, דלעולם אין תורת חזקה אלא במקום ספק לומר אוקי אחזקה קמא שנטמא, אבל אם אפילו נטמא ודאי נמי טהור בנזיר ועושה פסח, מה ענין חזקה לודאי טומאה, אלא ע"כ כמו שפירשו תוס' דרגלים לדבר אינו בתורת חזקה, אלא כמו סברא דלא הותרה לאיש שהיה עליו טומאת מת, וכמ"ש בפ"ב, וזה ראיה ברורה.

אלא דהרמב"ם נראה דס"ל טומאת התהום אינו רק במקום ספק, וז"ל הרמב"ם פ"ו מקרבן פסח (הלכה י"א), מי שעבר בדרך ומצא מת מושכב לרחבה של דרך, אם היה המת טומאת התהום, אע"פ שהוא טמא לתרומה הרי זה טהור לפסח, ואף עפ"י שהמת שלם והוא מן הקצה אל הקצה ה"ז עושה פסח עד שידע בודאי שנטמא בו, בד"א כשהיה מהלך ברגליו שהיה אפשר שלא יגע, אבל אם היה רכוב או טעון משא ה"ז טמא אע"פ שהיא טומאת התהום, לפי שא"א שלא יגע ושלא יסיט ושלא יאהיל עכ"ל וזה הוא כגירסת רש"י שהובא בנזיר ודחאו ע"ש, וכיון דאינו אלא במקום ספק שפיר שייך בו תורת חזקה.

אך גם לפי שיטת הרמב"ם וגירסתו קשה, דהא ע"כ לא מיירי בספק השקול, דהא בספק השקול ברשות הרבים ספיקו טהור וא"כ לתרומה נמי טהור והתם ברה"ר מיירי, אלא ע"כ דטומאת התהום דטהור בנזיר ועושה פסח היינו בספק שנוטה יותר לטמא מלטהר, דכה"ג לתרומה טמא ובנזיר ועושה פסח כל שאפשר שלא יגע טהור, וא"כ תיקשי בתורת חזקה נמי יהיה טהור כיון שאפשר שלא יגע, דהא קיי"ל בכל דוכתי רוב וחזקה רובא עדיף, ואם הלכה שטהור בנזיר ועושה פסח לטהר אפילו נוטה יותר לטמא דהו"ל רובא לטמא, א"כ מכ"ש נגד חזקה דטהור.

ועוד קשה לי טובא לשיטת הרמב"ם דלא אמרינן הלכתא בנזיר ועושה פסח אלא במקום ספק שיהיה אפשר שלא יגע אבל ודאי לא, דהא אמרינן בפרק כיצד צולין (פסחים דף פ') שם בהאי דפריך וטומאת התהום דזיבה לא מרצה, והתניא ר' יוסי אומר שומרת יום כנגד יום ששחטו וזרקו עליה בשני שלה ואח"כ ראתה אינה אוכלת ופטורה מפסח שני, מ"ט לאו משום דמרצה, ומשני קסבר ר' יוסי מכאן ולהבא הוא דמטמא ע"ש, ומבואר דלמאי דס"ד דטומאת התהום גם בזיבה הוי ניחא אע"ג דמטמא למפרע, וזה טומאה ודאית היא וא"כ מוכח דטומאת התהום בטומאה ודאית היא וטהור בנזיר ועושה פסח,

וא"כ תו ליכא למימר מתורת חזקה, דמה ענין חזקה לטומאה ודאית, ע"כ מתורת רגלים לדבר ומסברא וכמ"ש תוס'.

שוב מצאתי בספר אורח מישור לנזיר ושם הביא שיטת הרמב"ם וכתב עלה שהוא תמוה, והעלה דיותר נראה לו דטעות נפל בספרים גם בהלכות קרבן פסח, וכן משמע בפי"ח מהל' אבות הטומאה (ה"ג) שחזר וכתב הרמב"ם כמו שמשמע בגמ' שלנו דדוקא לתרומה טמא אבל בנזיר ועושה פסח אפילו ודאי נגע טהור דהוי טומאת התהום, וצ"ל אחת משתים, או טעות נפל בספרים, או באמת מתחילה גירסא משובשת היה לפניו ולבסוף בפי"ח מאבות הטומאה חזר בו ומשנה לא זזה ממקומה עכ"ל ע"ש, וכיון דנתברר לפנינו דטומאת התהום אפילו בודאי טומאה, א"כ תו ליכא למימר שחזקת טמא טמא משום חזקה וכמ"ש, וא"כ תו ליכא ראיה דאזלינן בתר חזקה מאיסור לאיסור.

פרק ד

והנה מדברי תוס' נראה דמחזיקין מאיסור לאיסור ע"ש פרק המדיר (כתובות דף ע"ה), אמר רבא לא תימא ר' יהושע לא אזיל בתר חזקה דגופא כלל כו', דתניא אם בהרת קודם לשער לבן טמא אם שער לבן קודם לבהרת טהור ספק טמא, ור' יהושע אמר כיהה, מאי כיהה אמר רבה כיהה וטהור, וכתבו תוס' ז"ל, הקשה ר"ת מ"ט דרבנן דאמרי טמא אמאי לא אזלינן בתר חזקה, דהא בפ"ק דחולין מייתי מקרא דאזלינן בתר חזקה, ואומר ר"ת דהכא מיירי כשנזקק לטומאה שהיה בו נגע אחד שחין או מכוה קודם והיה מוחלט ממנו, וקודם שנטהר נולד בו ספק, ואחר שנטהר מן הראשון לא נשאר בו אלא ספק זה, והשתא מייתי שפיר דאזיל ר' יהושע בתר חזקה דגופא דהעמידנו בחזקת שלא היה בו נגע, אע"ג דאיכא חזקה דהעמידנה בחזקת טומאה כנגדו, וה"נ הוי אמרינן לעיל אי לאו חזקה דממונא עכ"ל, ומבואר מדבריהם דאית להו מחזיקין מאיסור לאיסור, דהא עכשיו כבר נטהר מטומאתו הראשונה.

אך מדברי הפוסקים נראה דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, דהא בספק בשחיטה העלו רוב האחרונים דלא מהני ס"ס משום דלא מהני ספק ספיקא נגד חזקת איסור, ועיין ט"ז וש"ך יו"ד סי' ק"י, ואילו בספק טריפות אפילו אירע מחיים נמי מהני ס"ס, וכמבואר ברמ"א ביו"ד סי' נ"א בספק מחמת חולי ספק מחמת קוץ דמותר מטעם ס"ס, ואי נימא מחזיקין מאיסור לאיסור וכחזקה ודאית היא, וכמ"ש מוהרי"ט בהאי דירד לטהר מטומאת מת מפני שרגלים לדבר דאתי עלה בתורת חזקה ממש, א"כ אפילו בספק טריפות נמי לא ליהני ספק ספיקא כיון דמחזיקין מאיסור אמ"ה לאיסור טריפה.

מיהו נראה דאפילו נימא דמחזיקין מאיסור לאיסור וכשיטת ר"ת פרק המדיר, כיון דס"ל לר"ת דהא דכיהה וטהור אע"ג דאיכא חזקת טומאה ומשום דמחזיקין מטומאה לטומאה, אלא משום דחזקת הגוף אלים טפי מחזקת טומאה, וא"כ ה"ה בספק טריפות כל שהוא ספק השקול מוקמינן בחזקת הגוף, דספק טריפות ודאי הוי ספק בשינוי הגוף יותר ממומין דהוי חזקת הגוף, ולפ"ז מה שהעלה בד"מ במעשה דק"ק קראקא בספק השקול דאסור משום דמחזיקין מאיסור לאיסור ומשום דקיי"ל כאביי ורבא דלית להו חזקת היתר דאמר רבה, וכמ"ש הש"ך הובא בפ"א, מ"מ ראוי להתיר בספק השקול משום חזקת הגוף דעדיפא מחזקת איסור, וכמו דעדיף חזקת הגוף מחזקת טומאה, וטריפות לא גרע ממומין וכמ"ש.

אמנם נראה דתוס' חזרו מפירושם בפרק המדיר, דבנדה דף י"ט פירשו בו פירוש אחר ע"ש, וגם מדברי התוס' פרק אין צדין [ביצה כה תוד"ה בחזקת] משמע דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, מדהקשו על פירש"י דמפרש בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת חזקת אמ"ה, והקשו דאמ"ה תו לא הוי כיון דנשחטה, ואפילו מתה תו לא הוי אמ"ה ע"ש, ואי נימא מחזיקין מאיסור לאיסור, א"כ מחזקת איסור אמ"ה מחזיקין לאיסור נבילה, אלא ע"כ דתוס' סברי אין מחזיקין מאיסור לאיסור, ובנדה דף י"ט שם מפרשי פירוש אחר ע"ש.

פרק ה

ובעיקר הדין שבשו"ת מוהרי"ט אשר עליו כרכר כמה כרכורים, הוא בזה האיש שבא מארץ רחוקה ולא ידענו מאיזה עם הוא והיום נשא אשה, ובמקום שעבר נתגלה עפ"י אותו העד שהוא בן עירו ומכירו ובקי באחיו, ומעולם לא נתחזק זה בלא אחים, אי נימא העמד האשה בחזקת היתר, שהאשה הזאת בחזקת היתר עומדת עד שלא תנשא ואח"כ נשאת שהוחזק בה איסור אשת איש, מ"מ כשמת בעלה, איסורא דאשת איש פקע ונשארה מותרת לשוק כמו שהיתה, זה הוא ספיקו דמוהרי"ט ועליה דן דמחזיקין מאיסור לאיסור עפ"י ראיותיו הנזכרות פ"א.

וכד דייקינן בהא מלתא נראה דכה"ג לא הוי חזקת היתר אפילו נימא דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, וראיה ברורה מדברי התוס' (יבמות ל, ב) ד"ה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת וז"ל, וא"ת תינח כנס ואח"כ גירש שכבר היא צרת ערוה, אבל גירש ואח"כ כנס הא לא הוי בחזקת היתר לשוק, ועוד לר' ירמיה דוקא בגירש ולבסוף כנס מיירי, וי"ל דמ"מ היא בחזקת היתר לשוק דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה עכ"ל תוס', ונתבאר מזה ספיקו של מוהרי"ט, דאי נימא אפילו באשה דמעולם לא נתחזק בלא אחי

נמי הוי חזקת היתר ומוקי לה בחזקת היתר לשוק שהיה לה קודם שנשאת, ואח"כ כשנשאת אעפ"י שנאסרה לא מרע לה לחזקת היתר קמא, ומשום דכשמת בעלה איסורא דאשת איש פקע והדרא להתירא קמא, א"כ לא הוי מקשו תוס' מידי גירש ואח"כ כנס מאי איכא למימר, דהא בגירש ואח"כ כנס נמי הוי חזקת היתר לשוק, דקודם שנשאת היתה מותרת לשוק ואיסורא דאשת איש פקע במיתת הבעל והדרא להתירא קמא.

ולשיטת התוס' שם אין מחזיקין מאיסור לאיסור לרבה שם דס"ל אשה זו בחזקת היתר לשוק, וא"כ כמו בכנס ואח"כ גירש הוי חזקת היתר, כמו כן בגירש ואח"כ כנס נמי הוי חזקת היתר, אלא ע"כ דאפילו נימא אין מחזיקין מאיסור לאיסור, כל כה"ג לאו חזקת היתר הוא לומר אוקי בחזקת היתר דקודם שנשאת, וכמו שהוכחנו מדברי תוס' דבגירש ואח"כ כנס לא הוי חזקת היתר וזה ראיה ברורה.

וביאור דבר זה דלמה לא יהיה גירש ואח"כ כנס בחזקת היתר דקודם שנשאת כיון דאיסורא דאשת איש פקע ואין מחזיקין מאיסור לאיסור לרבה שם, נראה דודאי כל שנולד הספק בעידן איסורא תו לא מקרי חזקת היתר כיון דנולד הספק בעידן איסורא, ואע"ג דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, מ"מ חזקת היתר נמי לא מיקרי כיון דעידן איסורא הוי עלה.

אלא הא דאמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק אע"ג דהיתה אסורה משום אשת איש, כבר נתיישב מלשון הקודש שכתב רש"י ז"ל, אמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק קודם לכן אם ימות בעלה שהרי צרת ערוה היא עכ"ל, הרי דחזקת היתר דקאמר רבה היינו כמו שהיתה קודם לכן מותרת כשימות בעלה כן אל תאסרנה מספק כשימות בעלה, ומשו"ה אפילו בחיי בעלה שהיתה אסורה משום אשת איש נמי הוי חזקת היתר, דכמו שקודם לכן היתה מותרת במיתת הבעל כמו כן עכשיו אל תאסרנה במיתת הבעל, ומשו"ה בכנס ואח"כ גירש דנין על האשה חזקת היתר שהיתה לה במיתת הבעל קודם שנתגרשה גירושי ספק ערוה ואל תאסרנה במות בעלה, אבל בגירש ואח"כ כנס ליכא חזקת היתר כלל, דהיתר דקודם שנשאת פקע בנישואין ע"י איסור אשת איש, ואף על גב דאיסור אחר הוא, עכ"פ חזקת היתר תו לא הוי כיון דאסורה מיהת היא, וחזקת היתר לכשימות בעלה ליכא, דהא תיכף בנישואי בעלה אנו מסתפקין אם תהיה לה היתר במיתת הבעל משום איסור יבמה לשוק, ומשו"ה לא שייך חזקת היתר אלא דוקא בספק לאחר נישואין, וכיון דקודם הספק ודאי היתה מותרת במיתת הבעל כן לא תאסרנה מספק לכשימות בעלה, אבל גירש ואח"כ כנס, דתיכף בנישואי בעלה ספיקו עמו אימר לא תהיה לה היתר במות בעלה מחמת איסור יבמה לשוק, וחזקת היתר דקודם שנשאת כבר פקע ע"י

נישואיה באיסור אשת איש, ואנן בעינן חזקת היתר ממש, ומשו"ה פירש"י חזקת היתר דאמר רבה היינו כשימות בעלה, וא"כ בגירש ואח"כ כנס ליכא חזקת היתר.
וארווחנא מזה הך ספיקא דמוהרי"ט דהו"ל כמו גירש ואח"כ כנס, דהספק נולד תיכף עם נישואי בעל אם יש לו אחין, ודאי לא מוקמינן בחזקת היתר דקודם שנשאת וכמ"ש וזה ברירא דהך מלתא ודוק.

פרק ו

ובזה נראה ליישב דברי רש"י בפרק אין צדין (ביצה דף כה. ד"ה לאפוקי) בהא דאמר רב הונא בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, דחזקת איסור שבחייה משום אמ"ה, והקשו תוס' דהא איסורא דאמ"ה פקע אפילו בנחירה ע"ש, והיינו משום דאין מחזיקין מאיסור לאיסור אם איסור הראשון כבר הותר ולפי מ"ש ניחא, דהא טעמא דרבא דאשה זו בחזקת היתר לשוק אע"ג דנולד הספק בעידן איסורא, אלא דמוקי לה בחזקת היתר לכשימות בעלה אל תאסרנה מספק במות בעלה, והשתא כיון שמת הרי זו מותרת כמו שהיתה מותרת קודם שנולד הספק ע"י מיתת הבעל, ודכוותה בנולד ספק טריפות, אפילו נולד הספק מחיים שהיתה אסורה משום אמ"ה, אפ"ה מוקי לה בחזקת היתר כמו שהיתה מותרת בשחיטה קודם שנולד אל תאסרנה מספק משנשחטה, דהא לשחיטה בחזקת היתר קיימא, אבל אם נולד הספק בשחיטה עצמה אם היתה שחיטה ראויה, שפיר מחזיקין אותה באיסור מאיסור אמ"ה לאיסור נבילה, וליכא למימר אוקי בחזקתה כמו שהיתה מותרת קודם לכן, כיון דאסורה היתה משום אמ"ה, ולומר אוקי בחזקתה לכשישחטנה, כיון דהספק בשחיטה עצמה אי נשחטה כראוי וכל שלא נשחטה כראוי שחיטה כזו מעולם לא היה מתיר, אבל ספק טריפות שנשחטה כראוי, שפיר מוקי לה בחזקת היתר שהיתה מותרת קודם לכן לכשישחטנה, ה"נ אל תאסרנה אחר שחיטה, כיון דקודם לכן ודאי היה שחיטה כזו מתיר אותה, אבל ספק בשחיטה עצמה לא שייך חזקת היתר לשחיטה, כיון דאם לא נשחטה כראוי לעולם לא היתה בחזקת היתר בשחיטה שאינה ראויה וזה נכון היטב, ודוק.
והנה ראיתי בספר כרתי ופלתי בסי' ל"ג (ס"ק י"ד), ושם העלה בספק נקובת הסימנין דהוי ספק בשחיטה, וישב לה קוץ בושט נמי הוי ספק בשחיטה, ולא שייך נשחטה הותרה ע"ש מ"ש בזה באווזות הלעוטים ולפי מ"ש דעיקר טעמא דרבה דאשה זו בחזקת היתר לשוק היינו לומר כמו שהיתה מותרת קודם לכן כשימות בעלה כן לא תאסרנה מספק כשמת בעלה, וא"כ בספק נקובת הסימנין נמי, אע"ג דנקובת הסימנין לאחר שחיטה נבילה, מוקי לה בחזקת היתר שהיה קודם שנולד הספק והיה לבהמה חזקת היתר

לכשישחטנה, דהא שחיטה זו שנעשה בלא שהייה ודרסה, אם היתה קודם לכן ודאי היתה מותרת, כן לא תאסרנה אחר שחיטה, אבל בספק שהה או דרס, א"כ בשחיטה כזו ע"י שהיה ודרסה לעולם לא היתה מותרת.

וראיה ברורה לזה דאפילו נקובת הושט, דאיכא למימר אוקי לה בחזקת שאינו זבוח, נמי מותר ע"י חזקת היתר שהיה לבהמה קודם שנולד הספק בסימנין ע"י שחיטה, כן עכשיו נמי שנשחטה מותרת בשחיטה זו כמו שהיתה מותרת קודם שנולד הספק בשחיטה כזו וכמ"ש, והראיה לזה מהא דאמרו שם פרק ארבעה אחין ואילו בגירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא קתני מ"ט, אמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק, א"ל אביי אי הכי בקידושין נמי נימא הכי אשה זו בחזקת היתר ליבם עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק, ומאי קושיא דהא בקידושין ודאי חזקת איסור איכא, דהא בחיי בעל ודאי היתה אסורה על אחיו משום אשת אחיו, דאיסור אשת איש ואשת אח בבת אחת חל, וכה"ג ודאי הוי חזקה מאותו איסור שהיה ושמא נתקדשה ועדיין איסור אשת אח עליה, וא"כ מאי פריך בקידושין נמי נימא הכי, דהא בגירושין הוי מאיסור לאיסור, מאשת איש לאיסור יבמה לשוק, ובקידושין ליבם הו"ל חזקת איסור ממש מאיסור אשת אח, ועדיין לא הותרה מאיסור אשת אח אם נתקדשה הערוה ואל תתירנה מספק, אלא ע"כ דחזקת היתר הכי הוא, כמו שהיתה קודם שנולד ספק קידושי ערוה בחזקת היתר ליבם לכשימות כעלה, אל תאסרנה מספק במות בעלה.

וא"כ הוא הדין בספק נקובת הסימנין, אף ע"ג דהוא מאותו איסור הראשון, איסור שאינו זבוח לפי מ"ש תוס' בפרק אין צדין גבי בהמה בחייה בחזקת איסור, אפ"ה מוקי לה בחזקת היתר שהיתה לה קודם לכן לכשישחטנה, אל תאסרנה מספק כשישחטנה, כיון דאין הספק בשחיטה עצמה וכמ"ש, ודוק.

והא דאמרינן בחולין דף י' בספק נשמטה הגרגרת ספק קודם שחיטה ספק לאחר שחיטה, ואמרו עלה כל ספק בשחיטה פסול, ולא אמרינן אוקי בחזקת היתר שהיה לה קודם שנולד הספק שהיתה מותרת בשחיטה כן אל תאסרנה בשחיטה, נראה לפי מ"ש הר"ן בחידושיו פרק אלו טריפות בשם הרמב"ן דסימנין שנעקרו שלא בשעת שחיטה טריפה, אבל נעקרו בשעת שחיטה הו"ל נבילה, וטעמא דמלתא, דכל שהן עקורין מתחילה אפשר לאוחזם בידו בשעת שחיטה ולשחוט כראוי ומשו"ה מהני ביה שחיטה לטהר מידי נבילה, אבל נעקרו בשעת שחיטה א"א שישחט כראוי, ומשו"ה הו"ל נבילה שאין השחיטה מטהרתה עכ"ל, וכיון דשמוטה בשעת שחיטה דנבילה

היינו משום דא"א שתשחט כראוי, והרי הוא כספק שהה או דרס, דכל שלא נשחטה כראוי הרי מעולם לא הותר בשחיטה שאינו כראוי, אבל נקובת הסימנין, אותה שחיטה עצמה ששחט עכשיו, אם היתה שחיטה כזה קודם שנולד הספק בסימנין היתה מותרת כשחיטה ראויה, עכשיו אל תאסרנה בשחיטה הגונה, אבל ספק שהה או דרס או שמוטה בשעת שחיטה דאין השחיטה אפשר שתהיה כראוי, הרי לא נשחטה כלל, וכל שלא נשחטה כראוי מעולם לא הותר, ודוק היטב.

פרק ז

הדרן לשמעתין, וז"ל התוס' פרק ד' אחין (יבמות דף ל.) ד"ה אשה זו בחזקת היתר לשוק, וא"ת תינח כנס ואח"כ גירש שכבר היא צרת ערוה, אבל גירש ואח"כ כנס הא לא הוי בחזקת היתר לשוק, ועוד לר' ירמיה דוקא בגירש ולבסוף כנס מיירי, וי"ל דמ"מ היא בחזקת היתר לשוק דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה, וא"ת דהכא מוקמינן אשה זו בחזקת היתר לשוק אע"פ שבשעה שנולד הספק היתה עומדת בחזקת איסור שבעלה עדיין חי, ובפ"ק דחולין אמרינן בהמה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, נשחטה בחזקת היתר עומדת עד שיודע לך במה נטרפה, ומשמע דוקא לענין ריעותא דאתיילד לאחר שחיטה הוי בחזקת היתר, כמו בא זאב ונטל בני מעים והחזירם כשהם נקובים, דלא חיישינן שמא במקום נקב ניקב, אבל אם נולד הספק מחיים כמו ספק דרוסה, לא, משום דבשעה שנולד הספק היתה עדיין בחזקת איסור, ואור"י דהתם חיישינן לספק דרוסה משום דשכיחא עכ"ל.

ואיכא למידק דמאי קושיא מהא דמוקי הכא בחזקת היתר ובפ"ק דחולין משמע כו' אבל נולד הספק מחיים כמו ספק דרוסה לא כו', כיון דכבר כתבו התוס' דהכא אפילו בגירש ולבסוף כנס, דכה"ג לאו חזקת היתר ואינו אלא משום דמוקי הערוה בחזקת שלא נתגרשה.

ונראה דהא דהוכיחו תוספות דמוקמינן אשה בחזקת היתר אע"ג שבעלה עדיין חי, לאו מדברי רבה הוא דמוכח, כיון דטעמא דרבה ע"כ אינו אלא משום דמוקי הערוה בחזקת שלא נתגרשה, וכמ"ש תוס' מגירש ואח"כ כנס, אלא דהתם איתיביה אביי לרבה נפל הבית עליו ועל בת אחיו ואינו ידוע איזה מהם מת ראשון צרתה חולצת ולא מתייבמת, אמאי ה"נ נימא אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק, והתם ע"כ אינו אלא משום חזקת היתר דאשה גופא, דליכא למימר משום חזקת הערוה דמוקי לה בחזקת חיה והשתא היא דמתה אחרי מות בעלה, והא גם הבעל הוא בחזקת חי ונימא השתא הוא דמת אחרי מות הערוה, והו"ל חזקה נגד חזקה, אלא ע"כ

משום חזקת היתר דאשה גופא הוא דקא מותיב אביי לרבה, ומוכח דמהני חזקת היתר דאשה, לזה הקשו תוס' שפיר מספק דרוסה.

ואין להקשות דהיכי מוכח דהיכא דאתיילד ריעותא מחיים מוקמינן בחזקת היתר, דהא בספק גירושין משום חזקת הערוה שלא נתגרשה הוא, והא דמותיב אביי לרבה מנפל הבית דהוי משום חזקת היתר, בנפל הבית לא הוי נולד הספק מחיים, אלא לאחר מיתת הבעל הוא דנולד הספק, דכה"ג ודאי הוי חזקת היתר, וליתא, דעד כאן לא אמרינן נשחטה הותרה אלא בבא זאב ונטל בני מעיים אחר שחיטה דכבר היה בחזקת היתר משנשחטה, אבל בנפל הבית עליו ועל בת אחיו, דבמיתת הבעל נולד ספיקו עמו אם הותרה או לא, הרי הוא כספק שנולד מחיים, כיון דמעולם לא היה בחזקת היתר.

וכן מוכרח לדברי הש"ך שכתב ליישב דברי הד"מ דסובר כאביי דאקשי לרבה מנפל הבית עליו ועל בת אחיו כו', אלמא ס"ל דלא מהני חזקת היתר דאשה בנולד הספק מחיים, הובא דבריו לעיל פ"א, ואי נימא דנפל הבית עליו כו' הו"ל כנולד הספק לאחר מיתת הבעל, וכהאי דבא זאב ונטל בני מעיים דנשחטה הותרה, א"כ לאביי נמי תיקשי כיון דמודה בנולד הספק לאחר שחיטה, אלא ע"כ דכה"ג בנפל הבית עליו ועל בת אחיו, דבמיתת הבעל נולד ספיקו עמו אם הותרה לשוק, הו"ל כמו נולד הספק מחיים, כיון דעדיין לא היתה בחזקת היתר וכמ"ש ודוק.

פרק ח

ומעתה מבואר דמוכח מדברי תוספות דספיקא דמחיים נמי מהני ביה חזקת היתר משום דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, דליכא למימר דתוס' לא כתבו אלא לרבה, דהא לפי מ"ש מהך דרבה אינו מוכח כלל בנולד הספק מחיים דהוי חזקת היתר, כיון דע"כ טעמא דרבה משום דמוקי הערוה בחזקת שלא נתגרשה, כיון דמיירי נמי בגירש ולבסוף כנס וכמ"ש תוס', ואדרבה הוכחת תוס' אינו אלא מהא דמותיב אביי לרבה, ע"כ ס"ל דספק שנולד מחיים בחזקת היתר הוא, דנפל הבית הו"ל כספק שנולד מחיים וכמ"ש, וכמו שהוכחנו מדברי הש"ך פ"ז, וא"כ אי נימא דאביי לא ס"ל חזקת היתר בנולד הספק מחיים, א"כ לא מקשי מידי לרבה, כיון דטעמא דרבה לאו משום חזקת היתר דאשה אלא מחמת חזקה דערוה שלא נתגרשה, ובנפל הבית ליכא חזקת הערוה שהיתה חיה, דנגדו איכא חזקת הבעל שהיה חי וכמ"ש בפ"ז, אלא ודאי טעמא דאביי אינו אלא משום חזקת היתר, והכי הוא דמותיב לרבה כיון דסברת משום חזקה לא מצרכה חליצה, א"כ בנפל הבית עליו ועל בת אחיו נמי איכא חזקת היתר, ואם מועיל חזקה שלא נתגרשה א"כ ה"ה חזקת היתר, אלא ע"כ משום חומרא דחליצה אינו מועיל חזקה כלל, וא"כ ה"ה חזקה שלא

נתגרשה לא מהני, וא"כ ע"כ טעמא דאביי אינו אלא משום חזקת היתר, וכיון דנפל הבית עליו כו' הו"ל כמו ספיקא דמחיים, א"כ מוכח דמהני חזקת היתר בכה"ג משום דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, וזה ברור.

ולשיטת הש"ך דס"ל בטעמא דאביי דאינו משום חומרא דחליצה, אלא משום דס"ל דלא מהני חזקת היתר בנולד הספק מחיים, א"כ ע"כ נ"ל דס"ל בנפל הבית הו"ל כמו ספיקא דמחיים, וא"כ מאי מותיב לרבה דלמא רבה נמי לא ס"ל חזקת היתר בנולד מחיים, אלא בספק קרוב לה היינו משום דמוקי הערוה בחזקת שלא נתגרשה, כיון דמיירי נמי בגירש ולבסוף כנס ובנפל הבית ליכא הך חזקה וכמו שכתבנו, אלא ע"כ כמ"ש דאביי ס"ל חזקת היתר בנפל הבית דהו"ל כמו נולד הספק מחיים, ומותיב לרבה דס"ל בחזקה אינה צריכה חליצה, דהא בנפל הבית כו' נמי איכא חזקה חזקת היתר וצריכה חליצה, ובע"כ משום חומרא דחליצה לא מהני שום חזקה ודוק.

פרק ט

מבואר בפרקים הקודמים בספק השקול מוקי בחזקת היתר, ואע"ג דנולד הספק מחיים, משום דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, והא דחוששין לספק דרוסה ובושט שמא הבריא, היינו משום דנוטה יותר לאיסור וכמ"ש תוספות.

אמנם דעת הרשב"א והר"ן בספק טריפות אפילו בספק השקול אסור, ודוקא בא זאב ונטל בני מעים הוא דשרי משום דשכיח להיתר יותר, הא בספק השקול ספיקו אסור, וכן דעת הר"ר יונה וכבר נחלקו בזה הראשונים גם האחרונים, ועיין פר"ח יו"ד סי' כ"ט שהאריך בזה.

ונראה טעמא דידהו דאסרי בספק השקול ולא מוקי לה בחזקת היתר, דסברי מחזיקין מאיסור לאיסור וכמ"ש הרשב"א בפ"ד אחין שם, בהא דאמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק וז"ל, איכא דקשיא להו והא באיסור אשת איש קיימא, הלכך כיון דבחזקת איסור הוי קיימא השתא דמת נעמידנה בחזקת איסור, ואע"ג דאיסורא קמא אסתלק להו, דכוותה אשכחן בעלמא דמחזיקין מאיסור לאיסור כדאמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת, כלומר בחזקת איסור אמ"ה, עד שיודע לך במה נשחטה, ואף על גב דמשעה שנשחטה נסתלק איסור אמ"ה, אפילו הכי חוששין לה משום נבילה, אלמא מחזיקין מאיסור לאיסור ועיין שם שכתב לתרץ דהתם כיון דצריך מעשה להתיר, דבמתה מאליה לא משתרי וצריך מעשה שחיטה, וכיון דבעי מעשה הוא דמחזיקין מאיסור לאיסור, אבל הכא דאין צריך מעשה להתירו דהא מיתת הבעל ממילא מתיר, משו"ה אין מחזיקין מאיסור לאיסור וע"ש.

וא"כ כיון דס"ל להרשב"א מחזיקין מאיסור לאיסור, ומאיסור אמ"ה לאיסור נבילה כיון דלא מצי להתיר איסור אמ"ה אלא ע"י מעשה שחיטה דאז ממילא תהיה אסורה משום נבילה, א"כ מהאי טעמא נמי לענין טריפה מחזיקין מאיסור אמ"ה לאיסור טריפה, ומשו"ה ס"ל להרשב"א בספק השקול דאסור, והא דבא זאב ונטל בני מעים דמותר, היינו משום דשכיח יותר להיתר מלאיסור, וכמבואר בפוסקים, ודעת הר"ר יונה דס"ל נמי בספק השקול דאסור, נמי מהאי טעמא משום דמחזיקין מאיסור אמ"ה לאיסור טריפה. ויתיישב בזה מה שהקשה המוהר"ם לובלין בתשובה סי' ס"ו בהא דמכשיר הר"ר יונה בהמה שנמצאת טריפה ואינו יודע מתי נטרפה, דהחלב והגבינות מותרים ומוקמינן לה בחזקת היתר לומר השתא הוא דנטרפה, ואילו בספק השקול דעת הר"ר יונה לאסור ולא מוקי לה בחזקת היתר ע"ש.

ולפי מ"ש ניחא, דלגבי חלב דאין צריך מעשה להתירו ולא שייך בזה מחזיקין מאיסור אמ"ה, משו"ה מכשיר החלב ע"י חזקת היתר, אבל בבשר הבהמה מחזיקין מאיסור אמ"ה לאיסור טריפה, וכבר פסק הפר"ח ביו"ד בבהמה טריפה שנתערבה בין הכשרות ופירש מקצת מהבהמה, דאותו מקצת שפירש מותר מטעם כל דפריש מרובא פריש, ומקצת שלא פירש דליכא רובא אסור.

ובזה נראה ליישב שיטת הפוסקים בנאבדה הריאה דטרפה משום דסרכות הריאה שכיח, וטען רש"י אתמול אכלנו מחלבה ועכשיו נחזיקנה בטרפה, ע"ש בפ"ק דחולין דף י"א ולפי מ"ש י"ל דנהי דסרכות הריאה שכיחי עכ"פ מידי ספיקא לא נפקא ולא עדיף מספק השקול, וכיון דסרכות הריאה בעגלים הרכים לא שכיחי, מהאי טעמא מכשירין נאבדה הריאה בעגלים הרכים, דלא שכיחי סרכות אלא בגדולים מחמת מאכלים, א"כ ראוי לומר אוקי בחזקת היתר, דהא בשעה שנולדה לא היתה בסרכות, אלא משום דמחזיקין מאיסור לאיסור ומחזיקין מאיסור אמ"ה לאיסור טריפה, וא"כ בחלב דלא רמי עליה איסור אמ"ה משו"ה מקילין בחלב וגבינות.

ובזה ניחא ליישב מה ששמעתי להקשות בשם חכם אחד, בהא דס"ל לר' מאיר סמוך מיעוטא לחזקה והו"ל פלגא ופלגא והוי ספיקא דאורייתא, והקשה המוהרש"א פ"ק דחולין לר' מאיר ניחוש בפרה אדומה לספק טריפות ונימא סמוך מיעוטא לחזקת טמא, ותירץ דטריפות מיעוט דלא שכיח ומודה ר' מאיר דלא חיישינן למיעוט דלא שכיח, ע"ש והקשה חכם א' דאכתי ניחוש לטריפות הריאה דהוי ממיעוטא דשכיחי ולפי מ"ש דסרכות הריאה אינו שכיח בלידתה, דהא בעגלים הרכים מכשירין נאבדה הריאה, ואינו

שכיח אלא בגדולים, וא"כ כי נימא סמוך מיעוטא דסרכות נגד חזקת טמא, איכא כנגדה חזקת היתר שהיה לה בשעה שנולדה לשיטת הפוסקים דאין מחזיקין מאיסור לאיסור.

פרק י

כתב בתבואת שור סימן כ"ט וז"ל, ונ"ל דבנשבר עצם מארכובה ולמעלה וכדומה, דלא ידע אי מחיים נעשה או לאחר שחיטה, בכה"ג מודו התוס' דלא מוקמינן אחזקה כו', דאין לומר העמידנה על חזקתה ועתה נשברה, דהא בהמה בחייה בחזקת שאינה זבוחה ובחזקת שאין רגליה שבורים עומדת, והשתא היא שחוטה ושבורה, ומאי חזית דאמרת עתה נשברה אחר שחיטה, אימא איפכא עתה נשחטה אחר שבירה עכ"ל.

ולענ"ד נראה דהיכא דנודע זמן השחיטה באיזו רגע מן השעה, ואין ספק אלא על זמן השבירה משום שלא ראו זמן השבירה, ודאי אמרינן אוקי אחזקתה שאינה שבורה והשתא הוא דנשברה אחר השחיטה, ואין לך לומר עתה נשחטה אחר השבירה כיון דידוע לנו זמן השחיטה, אלא אפילו אם לא נודע לא זמן השחיטה ולא זמן השבירה, דכה"ג אפשר לומר מאי חזית לאחר השבירה, אדרבא תאמר לאחר שחיטה, כיון דבחייה בחזקת שאינו זבוחה וכמ"ש התב"ש.

אמנם נראה לפי מה דאמרינן בריש נדה (דף ב.) במקוה שנמדד ונמצא חסר דכל הטהרות שנעשו ע"ג למפרע טמאות בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים, משום דהו"ל תרתי לריעותא העמד טמא על חזקתו אבל חזקת המקוה חסר לפניך ע"ש, וא"כ ה"נ מוקי לה בחזקת היתר לדעת התוס' דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, וכמבואר בפרקים הקודמים, ועתה הוא דנשברה, ואע"ג דאיכא כנגדה חזקת שאינו זבוחה ולומר השתא הוא דנשחטה אחר השבירה, כיון דחזקת היתר אינו חסר לפניך, וחזקת שאינו זבוחה הרי חסר לפניך שהרי שחוטה לפניך, הו"ל כודאי.

ואפילו לדעת הרמב"ם דס"ל בתרתי לריעותא אינו אלא ספק, וכמ"ש הרמב"ם פ"ה מתרומות (פ"ה מהל' תרומות ה"כד) גבי חבית, ועמ"ש בשמעתא ג' פ"א, מ"מ כיון דבהמה בחייה בחזקת שאינה שבורה ואינה זבוחה עומדת, והשתא נמצאת שבורה ושחוטה והחזקות מנגדות זו לזו, א"כ מוקמינן לה בחזקת היתר.

וראיה ברורה לזה מהא דמותיב אביי לרבה מנפל הבית עליו ועל בת אחיו דצרתה חולצת ולא מתייבמת, ע"ש פ"ד אחין דף ל"א [א] , ואע"ג דהבעל בחזקת חי וראוי לומר השתא הוא דמת אחרי מות בת אחיו, אלא ע"כ כיון דהחזקות מנגדות זו לזו, דהא בת אחיו נמי יש לה חזקת חיה והשתא היא דמתה אחרי מות בעלה וכמ"ש פ"ז ע"ש, ולכן מוקי לה בחזקת היתר לשוק, וא"כ ה"נ בשבורה ושחוטה דהחזקות מנגדות זו לזו, שבורה

לשחוטה ושחוטה לשבורה, מוקמי לה בחזקת היתר לשיטת תוס' דאין מחזיקין מאיסור לאיסור.

פרק יא

בפרק יוצא דופן (נדה דף מ"ו ע"א) אמר רבא כל שתים עשרה שנה ממאנת והולכת מכאן ואילך אינה ממאנת ואינה חולצת, הא גופא קשיא אמרת אינה ממאנת אלמא גדולה היא ואי גדולה היא תחלוץ, וכי תימא מספקא ליה, ומי מספקא ליה והא אמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנים, ה"מ בסתמא אבל היכא דבדקו ולא מצאו לא, אי הכי תמאן חוששין שמא נשרו, הניחא למ"ד חוששין שמא נשרו אלא למ"ד דא"ח מא"ל, דאתמר רב פפא אמר א"ח שמא נשרו רב פפי אמר חוששין, הני מילי לענין חליצה אבל לענין מיאון חוששין, מכלל דמאן דאמר חוששין חולצת והא חוששין בעלמא קאמר, ומסקינן אלא לעולם דלא בדקוה ולענין חליצה חיישינן וכי קאמר רבא חזקה למיאון אבל לחליצה בעי בדיקה ע"ש.

ומתבאר מהסוגיא דחזקה דרבא אינו אלא לחומרא שלא תצא במיאון, אבל לחליצה בעי בדיקה ולא אמרינן ודאי הביאה סימנין משהגיעה לכלל שנותיה, וכן מבואר בטור ושו"ע סי' ל"ה לענין עדות דפסול עד שיביא שתי שערות אחר י"ג שנים ע"ש, וכן משמע בתוס' פרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ו) ד"ה בודקין לקידושין, וכן ברשב"ם שם דכל זמן שלא נבדקה לא הוי קידושי ודאי אע"ג דאתיא לכלל שנים ע"ש, ואם כן הך חזקה דרבא אינו אלא להחמיר לענין שלא תמאן, אבל לשאר מילי מידי ספיקא לא נפקא עד שתביא שתי שערות, וכן משמעות הפוסקים בכמה דוכתי.

ואיכא למידק בפרק יוצא דופן (נדה דף מ"ו) דשם משמע דחזקה דרבא הוא ודאי, בהא דאמרו שם הקדיש הוא ואכלו אחרים, רב כהנא אמר אין לוקין רבי יוחנן ור"ל דאמרי תרווייהו לוקין, וכתבו תוס' שם וז"ל, וא"ת והא סבר ר"ל התראת ספק לא שמיה התראה כו', והא התראת ספק הוא דשמא לא יביא שתי שערות עד ב' או ג' שנים ונמצא דאכתי לא הוי מופלא סמוך לאיש, ואי מיירי שאכלו אחרים לאחר שהגדיל, א"כ הו"ל למימר כשאכלו הוא בעצמו, וי"ל דאזלינן בתר רוב שמביאין שתי שערות בזמן דהיינו בני י"ג ויום אחד עכ"ל, וכ"כ תוס' שם דף מ"ה ד"ה אילימא לנדרים וז"ל, ובלא הביא שתי שערות אפ"ה נדרו נדר אם ידע למי נדר, כיון שהיא שנה לפני גדלות, דמסתמא יביא שתי שערות כשיהיה בן י"ג ויום אחד כדאמר רבא לקמן חזקה הביאה שערות עכ"ל, ומבואר דחזקה דרבא הוא כודאי, דאי לא תימא הכי היכי לוקה כשאכלו אחרים קודם שהגדיל, ואפילו לאחר שהגדיל נמי הו"ל התראת ספק וכמ"ש תוס', אלא ע"כ דהו"ל

כודאי, ולפ"ז הא דאמרו לחליצה צריכה בדיקה, אינו אלא לחומרא מדרבנן שלא תחלוץ עד שתיבדק, אבל מן התורה בלא בדיקה מותרת לחלוץ, וכן הא דאמר שמואל בודקין לקידושין, נמי מדרבנן להחמיר שיהיה קידושי שני תופסין בה להחמיר.

אלא דמדברי השו"ע חו"מ סי' ל"ה שכתב דקטן פסול לעדות עד שיביא שתי שערות, משמע דאפילו ליתיה קמן למיבדקיה אין עדותו עדות כלל, ונראה מזה דחזקה דרבא אינו אלא להחמיר למיאון, דאי חזקה דרבא היא ודאית ולענין מיאון וקידושין להחמיר, היה מהראוי לעדות ממון לסמוך על חזקה דרבא, וא"כ קשה הא דאכלו אחרים דלוקין על הקדשו הא התראת ספק הוא, ועוד דמופלא סמוך לאיש משמע דהוא מן התורה, והיכי אסרי לה מספק שמא עדיין אינו סמוך לאיש, ובפרט לפי דעת הרמב"ם כל הספיקות אינן אלא מדבריהם ומן התורה מותר.

ולכן נראה לפמ"ש הרמב"ם פי"א מנדרים [הל' א - ד] וז"ל, קטן בן שתים עשרה שנה ויום אחד וקטנה בת אחת עשרה שנה ויום אחד שנשבעו או נדרו כו' אם יודעין לשם מי נדרו כו', קודם הזמן הזה אעפ"י שאמרו יודעין אנו לשם מי נדרנו כו' אין נדריהן נדר, ואחר הזמן הזה שנמצאו הבן בן י"ג ויום אחד והבת בת י"ב שנה ויום אחד, אעפ"י שאמרו אין אנו יודעין לשם מי נדרנו ולשם מי הקדשנו, דבריהם קיימים והקדישן הקדש ונדריהם נדר ואעפ"י שלא הביאו שתי שערות, וזו היא עונת נדרים האמורה בכל מקום, הואיל והגיעו לשנים הגדולים נדריהם נדר אעפ"י שלא הביאו סימנין ועדיין לא נעשו גדולים לכל דבר, ודבר זה מדברי תורה שהמופלא סמוך לאיש הקדשו הקדש ונדרו נדר עכ"ל.

ולפי שיטת הרמב"ם נדרי איש שאינו צריך בדיקה, היינו משהגיע לשנות הגדולים דהיינו בזכר י"ג ובנקבה י"ב, ואפילו לא הביאו שערות, משהגיעו לכלל שנים שוב אין צריכין בדיקה, ואעפ"י שאמרו אין אנו יודעין לשם מי נדרנו וכגדול יחשב, ומופלא הסמוך לאיש היינו משיגיע סמוך לשני הגדלות, נדריהן נבדקין וכשאמרו יודעין אנו לשם מי נדרנו נדריהן נדר וזהו מופלא סמוך לאיש וא"כ תו לא קשה היכי לוקין על הקדשו שמא לא יביא שערות בשנות י"ג, דהא אפילו לא יביא שערות נמי הוי מופלא הסמוך לאיש, כיון דאיש דנדרים היינו בשנים בלא שערות.

אלא דסוגיית הש"ס פרק יוצא דופן (נדה דף מ"ה) תיקשי להרמב"ם ע"ש, רב ור' חנינא דאמרי תרווייהו תוך זמן כלפני זמן ר' יוחנן ור' יהושע בן לוי דאמרי תרווייהו תוך זמן כלאחר זמן, מתיב רב המנונא אחר הזמן הזה אעפ"י שאמרו אין אנו יודעין לשם מי נדרנו נדריהן נדר כו', הא לאחר זמן היכי דמי, אי דלא אייתי שתי שערות קטן הוא, ופירש"י ואמאי נדרו נדר הא לאו בחזקת גדול הוא כל זמן שלא הביא שתי שערות, ומופלא סמוך

לאיש נמי לא הוי דהא אינו יודע לשם מי נדר כו', אלא לאו דאייתי שתי שערות, וטעמא דלאחר זמן הוא דגמרינן לה למלתא הא תוך זמן כלפני זמן ועוד מתיב ר' זירא, איש כי יפליא לנדור נדר, מה ת"ל איש לרבות בן י"ג ויום אחד שאעפ"י שאינו יודע להפליא נדריו קיימים, ה"ד אי דלא אייתי שתי שערות קטן הוא, אלא לאו דאייתי שתי שערות, וטעמא דבן י"ג ויום אחד דהו"ל איש הא תוך זמן כלפני זמן תיובתא ולשיטת הרמב"ם דבן י"ג ויום אחד אע"ג דלא אייתי שערות נדרו נדר אפילו אינו יודע לשם מי נדר, א"כ מאי מותיב אי דלא אייתי שערות קטן הוא וכבר הניח בצ"ע המשנה למלך מסוגיא זו על הרמב"ם.

ונראה דודאי לדידן דקיי"ל תוך זמן כלפני זמן, ואם הביא שערות תוך זמן אי אפשר להיות גדול ותלוי הגדלות בשנים, שפיר מצינו למימר דאיש דנדרים לא בעי שערות אלא סגי ליה בשנים, ומופלא הסמוך לאיש נמי בשנים אע"ג דודאי לא יביא שתי שערות אח"כ בשנות י"ג, אבל למ"ד תוך זמנו כלאחר זמנו א"כ ס"ל דאין הגדלות תלוי בשנים אלא בשערות, דהא אפילו מביא שערות תוך זמנו נמי גדול הוא, וא"כ איש דנדרים לאו בשנים קאמר אלא בשערות, וא"כ מופלא הסמוך לאיש נמי סמוך לשערות משום דודאי יביא שערות בזמנו, וא"כ למ"ד תוך זמנו כלאחר זמנו דס"ל ע"כ איש דנדרים בשערות תליא, א"כ אפילו הגיע לשנים נמי קטן הוא כל שלא הביא שערות, אבל לדידן דקיי"ל תוך זמנו כלפני זמנו שפיר מצינו למימר דאיש דנדרים בשנים תליא, וכשהגיע לשנים אפילו בלא שערות איש מקרי, והש"ס דפריך אי דלא אייתי שערות קטן הוא, היינו למ"ד תוך זמנו כלאחר זמנו, א"כ ע"כ בשערות הוא דמקרי איש, וא"כ ממילא כל שלא הביא שערות אפילו הגיע לשנים קטן הוא ולפ"ז לדידן לפי שיטת הרמב"ם דאיש דנדרים בשנים, ומופלא הסמוך לאיש לא בעינן שיהיה סמוך לשערות רק שיהיה סמוך לשנים נדריו נבדקים, וא"כ שפיר מצינו למימר דחזקה דרבא אינו ודאי, והא דלוקה אחר על הקדש דמופלא סמוך לאיש, היינו משום דלא בעינן בנדרים שערות כלל, ודוק.

פרק יב

ושיטת הרמב"ם בזה דאיש דנדרים לא בעי שערות, כן נראה מדברי בה"ג בהלכות מיאון וז"ל, אמר רבה שלש מדות בקטן כו', הגיעו לעונת נדרים קטן בן י"ג שנה ויום א' וקטנה בת י"ב שנה ויום אחד נדריהן נדר והקדישן הקדש, וכנגדה בקטנה חולצת, ומחלץ לא חלצה עד דהוית בת י"ב שנים ויום א' והוא דאתיאת שתי שערות כו', ובת י"א שנים ויום אחד נבדקת לנדרים כו', קודם הזמן הזה אעפ"י שאמרו יודעין אנו כו' ואין הקדשן הקדש, אחר הזמן הזה אעפ"י שאמרו אין אנו יודעין לשם מי נדרנו כו' נדריהן נדר ע"ש.

ומבואר מדבריו דאחר הזמן הזה, דהיינו שנות זכר ושנות נקבה, אעפ"י שאמרו אין אנו יודעין לשם מי נדרנו נדריהן נדר, משום דאיש דנדרים בשנים תליא, מדכתב והוא דאתיאת שתי שערות דוקא בחליצה, משמע דבאינך לא בעי שערות, והיינו דקרי להו עונת נדרים כשהגיעו לשנות הגדלות, דמופלא הסמוך לאיש לא מיקרי הגיע לעונת נדרים, כיון דבעי בדיקה לשם מי נדר ולא הוי הגיע לעונת נדרים גמורה, אבל אחר י"ב לנקבה וי"ג לזכר זה מקרי עונת נדרים ודאי, דנדריהן נדר אעפ"י שאין יודעין לשם מי נדרו.

ובשיטת בה"ג והרמב"ם יתיישב קושיית התוס' שהקשו בפרק התקבל (גיטין דף ס"ה) בהא דאמר רבא שלש מדות בקטן, הגיע לעונת נדרים נדרו נדר וכנגדו בקטנה חולצת, משמע דקטנה בעונת נדרים דידה חולצת דהיינו בת י"א ויום אחד, ורבא גופיה ס"ל דחליצה בעי בדיקה ע"ש ולשיטת בה"ג נראה דמפרש עונת נדרים דאמר רבא בפרק התקבל, היינו שנות הגדולים ושלא יהיה הנדר צריך בדיקה, והיינו בת י"ב ויום אחד לנקיבה וזכר בן י"ג ויום א' זהו עונת נדרים שאין צריך בדיקה ואפילו לא הביא שערות, וכנגדו בקטנה חולצת היינו דבעי שני גדלות, אלא דלחליצה בעי נמי שערות אבל שנים מיהת בעי דתוך זמנו כלפני זמנו.

ובחידושי הרשב"א פרק התקבל (גיטין דף ס"ה) וז"ל הגיעו לעונת נדרים כו', וכנגדו בקטנה חולצת כו', ובעל ההלכות זצ"ל נראה שפירש שהגיעו לעונת נדרים נדריהן קיימין בין יודעין לשם מי נדרו ובין אין יודעין, דהיינו בקטן בן י"ג שנים ויום א' ובאשה בת י"ב שנים ויום א', והוא דאתיאת שתי שערות כדאיתא התם בנדה, וז"ל שכתב בהלכות מיאון, הגיעו לעונת נדרים קטן בן י"ג שנה ויום א' וקטנה בת י"ב שנים ויום א' נדריהן נדר והקדישן הקדש, וכנגדו בקטנה חולצת, ומיחלץ לא חלצה עד דהוית בת י"ב שנים ויום א' והוא דאתיאת שתי שערות ע"כ [לשון הבה"ג המועתק ברשב"א], ונראין דבריו מדאמרינן הכא נדריהן נדר והקדישן הקדש, דאילו קודם הזמן הזה אין נדריהן נדר עד שבודקין אותו, ולא קתני בהו במתני' נדריהם נדר אלא נדריהם נבדקים כו', אלא ודאי מדנקט הכי שהגיעו לעונת נדרים, שנדריהם קיימים אעפ"י שאין יודעין וע"ש [ברשב"א].

ומשמע מדברי הרשב"א שהבין מדברי בה"ג דמה שאמרו והוא דאתיאת שתי שערות, קאי נמי להגיעו לעונת נדרים, ואם הגיעו לשנים ולשערות לא היה צריך רבא לומר הגיעו לעונת, דבכה"ג פשיטא דגדול הוא לעונשין ולמכות, אלא דברי בה"ג לומר בהגיעו לעונת נדרים היינו לשנות גדלות לחודיה בלא שערות, ואמר רבא וכנגדו בקטנה חולצת

והיינו שתגיע לשנים דהיינו בת י"ב ויום א', ומחלץ לא חלצה עד שתביא שתי שערות, אבל בעונת נדרים לא בעי שערות לשיטת בה"ג ודוקא בחליצה כתב מחלץ לא חלצה והוא דאתיאת שתי שערות, אבל בעונת נדרים לא כתב משערות, וזה ברור.

ובהגהת מיימוני (פי"א מנדרים ה"ג) ז"ל, וזו עונת נדרים האמור בפרק התקבל ובכל מקום וכן פירשו בה"ג, אבל רש"י פירש שעונת נדרים הוא שנה שלפני גדלות עכ"ל, והיינו דברי בה"ג שזכרנו מדכתב בעונת נדרים בן י"ג כו', וגבי חליצה הוא דנקט שערות ולא בעונת נדרים, ושיטת בה"ג והרמב"ם חדא שיטה הוא.

פרק יג

הנה לשיטת רש"י ותוס' דסברי מופלא הסמוך לאיש היינו סמוך לשערות, וא"כ ע"כ הא דמופלא סמוך לאיש דאורייתא ולוקין עליו, ומנא ידעינן דיביא שערות בשנת י"ג, ע"כ צריך לומר משום חזקה דרבא אמרינן שהוא ודאי, וכמ"ש בפי"א בשם התוס'.

ונראה לענ"ד לפ"ז בשנת י"ב ויום א' הוי דאורייתא, דאמרינן משום חזקה דרבא ודאי יביא שערות בזמנו ונדריו נבדקין כדין מופלא הסמוך לאיש, אבל אם הגיע לשנות י"ג ויום א' ולא הביא שערות אין נדרו נדר כלל, ולא הוי בדין מופלא הסמוך לאיש, כיון דלא הביא שערות בזמנו תו ליתא לחזקה דרבא, וא"כ מנא ידעינן שיביא שערות בשנה שאחריה אפשר יביא שערות אחר ד' או ה' שנים.

וכן מבואר בתוס' פרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ד) ד"ה סימנין עשויין להשתנות וז"ל, וא"ת למה יש לנו לומר שהוא קטן כיון שהגיע לכלל שנותיו, והא אמרינן בנדה פרק בא סימן קטנה שהגיעה לכלל שנותיה אינה צריכה בדיקה חזקה הביאה סימנין, וי"ל שאחר שהיה זה גדול שהגיע לכלל שנותיו לא היה לו סימני גדלות, ולהכי איכא לספוקי שמא עדיין קטן היה עכ"ל ומבואר דכיון שלא הביא שערות בזמנו, תו לית ביה חזקה דרבא ואמרינן שמא עדיין קטן הוא, וא"כ מופלא הסמוך לאיש נמי לא הוי, דשמא לא יביא אחר שנה כיון דלא הביא בזמנו לית ביה חזקה דרבא.

ולפי זה כשהגיע לשנות י"ג ויום אחד ולא הביא שערות, לדעת בה"ג והרמב"ם נדרו נדר ואפילו אינו יודע לשם מי נדר, ולשיטת רש"י ותוס' כשהגיע לשנות י"ג ולא הביא שערות קיל ליה משנות י"ב ויום אחד, דבשנות י"ב ויום אחד הו"ל ודאי מופלא הסמוך לאיש מדאורייתא, כיון דסמכינן על חזקה דרבא בודאי יהיה לו שערות אחר י"ג, אבל כשהגיע לי"ג ולא הביא שערות, אפילו יודע לשם מי נדר לא הוי מופלא סמוך לאיש ודאי, כיון דתו ליכא חזקה דרבא, א"כ שמא לא יביא שערות עד לאחר שלש או חמש

שנים, ומספיקא לא מהני נדרו והקדשו, וראוי לומר אוקי בחזקת היתר מה שהקדיש או נדר.

ובזה נראה לענ"ד לפרש הא דאיתא בפרק יוצא דופן (נדה דף מ"ה) בהא דתנן אחר הזמן הזה אעפ"י שאמרו אין אנו יודעין לשם מי נדרנו נדריהן נדר כו', הא לאחר זמן היכי דמי, אי דלא אייתי שתי שערות קטן הוא, ופירש"י ומופלא הסמוך לאיש נמי לא הוי דהא אינו יודע לשם מי נדר ומהיכי תיתי נדרו נדר ע"ש, ולישנא דש"ס דאמרו קטן הוא, משמע דאינו כלל מופלא הסמוך לאיש ואפילו יודע לשם מי נדר, ולפי מ"ש ניחא, דכיון דהוא לאחר זמן ולא הביא שערות, קטן לגמרי הוא ואינו בכלל מופלא הסמוך לאיש, דכיון דאתי לכלל שנים ולא הביא שערות לית ביה חזקה דרבא וכמ"ש, א"כ מי יודע מתי יביא השערות וכמ"ש, ומספיקא לא מחזיקינן בנדריהן וכמ"ש, ודוק.

פרק יד

כתב מוהרי"ט בתשובה ח"א סי' מ"א בהא דכתב הרשב"א בתשובה סי' אלף רי"ו וזה לשונו, הלכך אשה זו כיון שנסתפקו במספר שנותיה אנו חוששין שמא לכלל שנים הגיעה ומקודשת מן התורה, ואם נבדקה ולא מצאו לה סימנין אנו חוששין שמא נשרו וכדרבא כו', אלא שיש להתיישב כאן לפי שיש בזה ספק ספיקא, ספק אם באה לכלל שנים ספק לא באה, ואת"ל הגיעה לכלל שנים ספק הביאה סימנין ונשרו ספק לא הביאה, וכל ספק ספיקא אפילו בשל תורה אזלינן לקולא, ואפ"ה איני רואה בזה להקל כי יש עוד להתיישב בדבר עכ"ל [הרשב"א].

ונ"ל הטעם שאמר כי לא ראה בזה להקל, דאין מקום לומר כאן ספק ספיקא, דאת"ל דבאה לכלל שנים שוב אין להסתפק ולומר שמא נשרו, דחזקה אלימתא היא דמשבאה לכלל שנים הביאה סימנין וכדרבא, ולא אמרינן דלא חיישינן שמא נשרו אלא להחמיר בשל תורה בחליצה אפילו בספק הרחוק אע"ג דאיכא חזקה דרבא, אבל לעולם חזקה גדולה היא שהביאה, ואין כאן אלא ספק אחד ספק באה לכלל שנים כו', אף כאן כיון דאמרינן שבאה לכלל שנים חזקה הביאה סימנין, אין כאן ספק, דטפי איכא למימר שהביאה ונשרו דשכיח טפי ממה שנאמר שלא הביאה סימנין, דאין רגילות שלא תביא כו', והא דבודקין למיאון בקידושין דרבנן ולא אמרינן חזקה הביאה סימנין ונשרו, התם לאו משום דלא חיישינן לחזקה דרבא אלא כיון דרבנן הם שתיקנו קידושין בקטנה, הם עצמם אמרו שתמאן כל שלא הביאה שערות לפנינו ומעיקרא הכי תיקנו, והם אמרו והם אמרו, עכ"ל [מהרי"ט] ע"ש, ומבואר מדבריו דס"ל דחזקה דרבא לית ביה ספיקא כלל

וכודאי ייחשב, ואפילו נבדקה ואין לה שערות אמרינן דנשרו ודאי, דהא חזקה כשהגיעה לכלל שנים הביאה שערות, ע"ש.

ובזה נראה ליישב מה שהקשה בשו"ת נודע ביהודא (מהד"ק חו"מ סימן ד') בדברי תוס' ב"ב דף קנ"ד ד"ה ועוד סימנין עשויין להשתנות, שהקשו למה יש לנו לומר שיהיה קטן כיון שהגיע לכלל שנותיו, והא אמרינן קטנה כו' חזקה שהביאה סימנין, ע"ש בתוס' שתירצו דמיירי שנבדק אחר שהיה גדול ולא היה לו שערות ולכך חיישינן שמא עדיין קטן הוא, והקשה בתשובה הנ"ל דא"כ קשה במסקנא דאפיך מיפך ומסיק בדף קנ"ה הכי קאמר ליה ר' יוחנן לריש לקיש בשלמא לדידי דאמינא ראיה בקיום השטר היינו דמשכחת לה דנחתי לקוחות לנכסי, אלא לדידך דאמרת ראיה בעדים היכי משכחת דנחתי לקוחות לנכסי כו', ומאי קושיא דלמא מיירי דלא נבדק כלל ואז לכו"ע סגי בקיום השטר וכסברת התוס' הנ"ל, אלא ודאי דהא ליתא כו', וראיה זו היא אצלי גדולה שאין להשיב עכ"ל [הנודע ביהודה] וע"ש שהוכיח מזה דחזקה דרבא אינו אלא ספק.

ולפי מ"ש מוהרי"ט דאפילו נבדקה ולא נמצאו שערות, נמי אמרינן מחמת חזקה דרבא שהביאה שערות ונשרו, דרגילות בכך שינשרו, וא"כ תו לא מצינו למימר דלא נבדק כלל, דא"כ מאי מהני בדיקת המשפחה שרצו לבודקו ולהראות קטנותו, דהא גם אם לא ימצאו לו סימנין אמרינן ודאי הביא ונשרו, וגם ר' עקיבא דהשיב למשפחה סימנין עשויין להשתנות לאחר מיתה, הא אפילו מחיים נמי לא מהני בדיקה, דהא אמרינן מסתמא נשרו ומשום חזקה דודאי הביאה סימנין בזמנו, אלא ע"כ מיירי כשנבדקו ולא נמצאו שערות, והבדיקה היה באופן דהיה בירור גמור שלא היה לו שערות, והיינו שנבדק קודם הפרק ונמצאו שערות, ואחר הפרק נמי היה בו אותן השערות דהשתא ודאי קטן היה בזמנו, ועיין ב"ש סי' קנ"ה ס"ק כ"ט, וכיון דע"כ מיירי לה בנבדק באופן שלא היה לו שערות בשעה שהיה מגיע לשנים, א"כ תו ליכא חזקה דרבא, וא"כ היכי משכחת דנחתי לקוחות לנכסי.

והמוהרי"ט שם בח"א סי' נ"א כתב שם להחכם השלם מוהר"ם קאשטאליץ ז"ל, שוב כתב על מה שכתבתי דאין לומר כאן ספק ספיקא משום דאי קים לן דהגיעה לכלל שנותיה שוב לא מספקא לן שמא נשרו דחזקה אלימתא היא, דמשבאה לכלל שנים הביאה סימנין, ואמר שרציתי למחוק הגמ' דקאמר בבעל דאיכא ספיקא דאורייתא, הרי דאינה ודאי חזקה דרבא, ואני תמה היכן מצא בדברי שאמרתי דחזקה דרבא ודאי היא דהביאה, ואדרבא בפירוש כתבתי ולא אמרינן דלא חיישינן לחזקה דרבא אלא שיש להחמיר בשל תורה בחליצה אפילו בספק הרחוק, והוא הלשון שתלה בי טעות והאריך

בדברים שאינם של עיקר, הרי שלא אמרתי דחזקה דרבא ודאי היא אלא דספק רחוק לומר שלא הביאה, דרגילות הוא דמשבאה לכלל שנים מביאה סימנין, ובכמה דוכתי אשכחן שהקילו בספק הרגיל, כדאשכחן בפ"ק דפסחים (דף ט) גבי שפחתו של מציק ברמון שהטילה נפל לבור ובא כהן והציץ, ובא מעשה לפני חכמים וטהרוהו מפני שחולדה וברדלס מצויין שם, וכתבו תוס' דגררוהו ואכלוהו הוי ספק הרגיל וכן בכמה דוכתי.

אבל הוא נראה מפרש דחזקה דרבא רוצה לומר כיון דספיקא דאורייתא לחומרא הו"ל בחזקת שהביא כו', דאי חזקה כלל אין כאן אלא דספק דאורייתא לחומרא, היכי מחלק תלמודא בפרק בא סימן בין תוך הפרק לאחר הפרק כו', דאמרינן לאחר הפרק דאיכא חזקה דרבא סמכינן אנשים, תוך הפרק דליכא חזקה דרבא לא סמכינן אנשים דאין משיאין ספיקות עפ"י נשים, דחזקה אלימתא היא דמשבאה לכלל שנים ודאי הביאה כיון דרגילות הוא שתביא כו' ובתשובת הריטב"א סי' קכ"א אגב גררא הביא ואמר כי אין עדות נשים כלום, זולת במקצת מקומות שהאמינום, ולענין סימנין שנבדקין על פי נשים כדאיתא בפרק בא סימן, התם משום דגילוי מלתא היא דכל שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנין ע"כ [מהריטב"א], מוכח דחזקה דרבא מלתא היא ולא ספיקא לחומרא כמו שעלתה על דעתו, ולזה אמרינן דלא חשבינן הכא ספק ספיקא, כיון דאי קים לן דהגיעה לכלל שנים אין לומר עוד שמא קטנה היא דאיכא חזקה דרבא, עכ"ל [המהרי"ט], ע"ש.

פרק טו

מיהו נראה לענ"ד דאפילו נימא דחזקה דרבא מילתא היא, מ"מ בנבדקה ולא נמצאו שערות, לומר מסתמא נשרו מחמת חזקה דרבא וכמ"ש מוהרי"ט סי' מ"א שם, ודעתו דרגילות בכך שנשרו מחמת הרחיצה וכיוצא ע"ש, לענ"ד זה לא אמרינן, דודאי כל שלא נמצאו שערות לפנינו מידי ספיקא לא נפקא אם נשרו או לא.

וראיה מהא דאיתא פ"ק דיבמות דף י"ג ע"א בהא דאמר רב זביד אין בנים בלא סימנין, ופריך וליבדקי', ומסיק דאפילו למ"ד לא חיישינן שמא נשרו, מחמת צער לידה עבידי דנתרי, וכתבו תוס' שם דלרב זביד למכות ולעונשין ספיקא הוי ע"ש, הרי דאפילו בצער לידה דשכיחי יותר דנתרי, דהא אפילו למ"ד לא חיישינן שמא נשרו, מחמת צער לידה עבידי דנתרי, ואפ"ה מידי ספיקי לא נפקא ואפשר דהתם כיון דמיירי תוך הזמן וליכא ראיה אלא על ידי הבנים דהרי הוא כסימנין, משו"ה מידי ספיקא לא נפקא, אבל היכא

דהגיעה לכלל שנים, אפילו ליכא שערות לפנינו אמרינן מסתמא נשרו ומחמת חזקה דרבא.

אמנם בעיקר מחלוקת שבין מוהרי"ט ודעמיה, הלוא הוא מוהר"ם קאשטאליץ שם, דלדברי מוהר"ם ס"ל בבעל דספק נשרו אינו אלא מדרבנן אבל מן התורה הו"ל ודאי קטנה, ולדברי מוהרי"ט אדרבא מן התורה הו"ל ודאי גדולה דמסתמא נשרו, ומדברי הרב המגיד למדנו לא כדברי זה ולא כדברי זה, אלא דספק נשרו הו"ל ספיקא דאורייתא, ע"ש פי"א מגירושין [הל' ה'] וז"ל, וממה שאמרו חוששין שמא נשרו דן אותה רבינו כספק מקודשת מן התורה עכ"ל, הרי מבואר דספיקא הוי והוא ספק דאורייתא, אלא דזה בנבדקה ולא נמצאו שערות, אבל אם לא נבדקה, בזה מצינו למימר דחזקה דרבא מילתא כיון דליכא ריעותא לפנינו, וכן משמע מדברי לחם משנה שם ע"ש איברא מדברי הטור ושו"ע חו"מ סי' ל"ה משמע דחזקה דרבא נמי אינו אלא ספיקא, מדכתבו שם קטן פסול להעיד עד שיביא שתי שערות אחר י"ג שנים גמורות, ומשמע דקודם בדיקה פסול להעיד ולא אמרינן ודאי גדול ע"י חזקה דרבא, ומוכח דחזקה דרבא אינו אלא להחמיר למיאון וכמ"ש בפ"י ע"ש.

וכן נראה אחר העיון, כיון דמוהרי"ט נמי לא עשה לחזקה דרבא כודאי ממש, כיון דמבואר להדיא בש"ס בבעל דאיכא ספיקא דאורייתא, ואפילו למ"ש דהיכא דלא נבדקה עדיף כיון דליכא ריעותא, מ"מ כיון דמוהרי"ט לא אתי עלה בתורת ודאי אלא משום דקרי לה ספק הרגיל, וראייתו מהא דאשכחן דהקילו בספק הרגיל בשפחתו של מציק ברמון שהטילה נפל לבור וטהרוהו מפני שחולדה וברדלס מצויין שם, וכתבו תוס' דגררוהו ואכלוהו הוי ספק הרגיל, וכן בכמה דוכתי, הובאו דבריו לעיל פרק י"ד ע"ש.

ומשם מוכח להיפוך, דהא מסקינן שם דאין ספק מוציא מידי ודאי, והיכא דודאי ראתה מי יימר דטבלה הו"ל ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי, ופריך והתניא מעשה בשפחתו של מציק ברמון כו' וטהרוהו מפני שחולדה וברדלס מצוין שם, והא הכא דודאי הטילה נפל, ספק גררוהו ספק לא גררוהו, וקאתי ספק ומוציא מידי ודאי, ומשני לא תימא נפל אלא כמין נפל דה"ל ספק וספק, ואבע"א כיון דחולדה וברדלס מצוין שם ודאי גררוהו ומפרשי תוס' שם כל הסוגיא בספק הרגיל וס"ד דבספק הרגיל מוציא מידי ודאי ע"ש, והרי מסקנת הש"ס דאפילו ספק הרגיל אינו מוציא מידי ודאי, וא"כ חזקה דרבא נמי כיון דאינו אלא ספק אלא דקרי לה ספק הרגיל, והרי מבואר דאפילו ספק הרגיל אינו מוציא מידי ודאי, וא"כ ה"ה בודאי קטנות, דהא עד השתא בחזקת קטנות היא, אין ספק שערות מוציא מידי ודאי קטנות ואפילו ספק הרגיל ועיין שמעתא

ג' פ"י ושם מבואר דחזקת קטנות חזקה שלימה היא כמו כל החזקות אף ע"ג דעשויה להשתנות, ונשים דנאמנות לאחר הפרק, כיון דעכ"פ חזקה דרבא הו"ל ספק הרגיל, סמכו בזה להאמין לנשים.

ובזה ניחא ליישב מה דקשיא לן במופלא הסמוך לאיש לשיטת רש"י ותוס' דהוא סמוך לשערות ולוקין על הקדשו ונדרו, ומי יימר דאייתי שערות בשנות י"ג, ע"כ משום דמסתמא יבואו שערות בזמנו ומשום חזקה דרבא, וא"כ מוכח דחזקה דרבא ודאי היא ועיין [[מ"ש פ"י.

ולפי מ"ש דחזקה דרבא הו"ל ספק הרגיל שיבואו השערות בזמנו, אלא דאפ"ה לענין קידושין ולענין עדות לא סמכינן בהו על ספק הרגיל, משום דלא אתי ספק ומוציא מידי ודאי קטנות, ואמרו בש"ס [גיטין] פ"ב דף כ"ח שמא מת לא חיישינן שמא ימות חיישינן, ופירש"י שמא מת לא חיישינן דאוקי ליה אחזקתיה שהניחו חי, אבל זה שנתן גט ע"מ שיחול שעה אחת סמוך למיתתו, לשמא ימות מיד ודאי חיישינן דלא מרע לחזקה בהך ע"ש, ומשו"ה כשהגיע שנת י"ג ואנו מסופקים אם הביא שערות לא אתי חזקה דרבא ומוציא מידי ודאי קטנות, והיינו אין ספק מוציא מידי ודאי וכמ"ש דחזקה דרבא אינו אלא ספק הרגיל, אבל מופלא הסמוך לאיש דאמרינן מסתמא יבואו לו שערות בזמנו שפיר סמכינן על ספק הרגיל, דכה"ג לא מרע לחזקה ולא שייך ביה אין ספק מוציא מידי ודאי, כיון דגם עכשיו קטן הוא, שפיר סמכינן על חזקה דרבא, ודוק.

ותוס' שכתבו בנדה דף מ"ו משום דאזלינן בתר רוב שמביאין שערות בזמנן, לאו דוקא רוב, אלא משום חזקה דרבא דהו"ל ספק הרגיל קרי ליה הכי, אבל רובא לא הוי וכמבואר במוהרי"ט דלא קרי ליה אלא ספק הרגיל ובתוס' נדה דף מ"ה שם ד"ה לנדרים כתבו שם במופלא הסמוך לאיש דמסתמא יביא שתי שערות בזמנו כדאמר רבא לקמן חזקה הביאה שערות ע"ש, ולישנא דמסתמא יביא שתי שערות ולא כתבו מטעם רוב, משמע כדברי מוהרי"ט, דהוא משום ספק הרגיל, אלא דכשהגיע זמנו, ספק הרגיל אינו מועיל לעשותו גדול משום דאין ספק מוציא מידי ודאי קטנות, אבל בסמוך לאיש שפיר סמכינן על ספק הרגיל דלא מרע לודאי בהכי, כיון דעכשיו נמי קטן הוא וכמ"ש.

פרק טז

והיכא דנמצא עכשיו גדול מחזיקין אותו בגדול למפרע משעה שהגיע לשנים, כ"כ הרא"ש בתשובה כלל ל"ג, ע"ש שהביא ראיה מסוגיא דב"ב דף קנ"ד שאמר ר' עקיבא סימנין עשוין להשתנות לאחר מיתה, דמשמע שאם היה חי היה מועיל בדיקה, ואמאי

ניחוש שמא השתא הוא דהביא, אלא ודאי אמרינן מדהשתא גדול, למפרע הוא גדול משעה שהגיע לכלל שנים.

ועוד הביא ראיה מדאמר שמואל בודקין לקידושין ולגירושין כו', אלא להכי מהני בדיקה דאם נמצאו שערות ופשטה ידה וקיבלה קידושין מאחר שאינה צריכה גט משני, ואם לא נמצאו שערות צריכה גט משניהם דחיישינן שמא נשרו, ופירש ר"י וכו', אבל הכא כיון שהגיע לכלל שנותיו, ודאי אית לן למימר כיון שלאחר קידושין מצאו שערות חזקה דגם בשעת קידושין היו, כל זה פי' ר"י, וכ"ש אליבא דהלכתא דקיי"ל כרב דאמר הרי היא בוגרת לפנינו, עכ"ל [הרא"ש].

והיינו אפילו לדידן דלא ס"ל כר' נתן דאזיל בתר השתא, אבל אם נמצאו לו שערות אזלינן בתר השתא ואפילו לאפוקי ממונא, דראיית הרא"ש סו"פ מי שמת דף קנ"ד שם הוא למ"ד נכסי בחזקת יורשין קיימי, לית ליה דר' נתן למיזל בתר השתא לאפוקי ממונא, ואפ"ה לענין גדלות אזלינן בתר השתא, דאם היה חי היה מהני בדיקה להחזיקו כגדול למפרע, ומשום דמסייע ליה חזקה דרבא דמשהגיע לכלל שנים מסתמא היה לו שערות, ואע"ג דבהאי דר' נתן נמי איכא רובא דבריאים דמסייע ליה ואפ"ה לא אזיל ר' נתן בתר השתא אם עכשיו בריא, היינו משום דנהי דרוב בחזקת בריאים, מ"מ כיון שהחולי מצוי לא סגי שלא היה חולה פעם אחת, איתרע חזקת בריאים דידיה ומצי טעין שכ"מ הייתי, ועמ"ש לעיל שמעתא ג' פי"א בשם הר"ן בתשובה במקוה שהוחזקה להיות מימיה נפחתין, אבל חזקה דרבא נהי דמצוי ג"כ שלא יהיה שערות כשהגיע לשנים, מ"מ כיון דבהאי גברא לא איתרע חזקה, לרבא אמרינן מדהשתא גדול, למפרע נמי גדול כיון דחזקה דרבא מסייעו, ועדיפא נמי מהרי בוגרת לפנינו וכמ"ש הרא"ש בתשובה, דאפילו לשמואל דלית ליה הרי היא בוגרת לפנינו.

וטעמא נראה משום דאיתא שם בפרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ט) בפלוגתא דרב ושמואל בהרי בוגרת לפנינו, לימא רב דאמר כר' נתן ושמואל דאמר כר' יעקב כו', אמר לך שמואל אנא דאמרי כר' נתן, עד כאן לא קאמר ר"נ אלא דכו"ע בחזקת בריאים ואיהו מפיק נפשיה מחזקה ע"ש, וא"כ ס"ל לשמואל דיומא דמשלם שית לאו רוב הוא כל כך כמו רובא דבריאים, אבל בחזקה דרבא הו"ל ספק הרגיל טפי, ומשו"ה לשמואל נמי ס"ל דאם נמצא עכשיו גדול מחזיקין למפרע בגדול, משו"ה קאמר שמואל בודקין לקידושין, זה המתבאר בטעמא דהרא"ש, וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' ל"ה לענין עדות דאם נמצא עכשיו גדול מחזיקין אותו בגדול למפרע, ע"ש.

אמנם בחידושי הרמב"ן נראה דפליג בזה, ע"ש בסוגיא דפרק מי שמת (בבא בתרא דף קנ"ד) וז"ל, שמכר בנכסי אביו ומת, פירוש מת מיד, שאם היה חי אין בדיקתו ללקוחות ראיה שמא אחרי כן הביא סימנין, והיינו דקאמרי קטן היה בשעת מיתה עכ"ל, ומבואר מדבריו דאפילו נמצאו לו שערות אין מחזיקין אותו בגדול למפרע עכ"ל, וכבר כתב הב"י באה"ע סי' מ"ג אחר שהביא דברי הרא"ש הנזכרים כתב בשם מורו הר"י בי רב שהרשב"א והר"ר דוראן חולקין בדבר וכתבו שצריך שיעידו עדים ששה חדשים היו לה ב' שערות, כדאמרינן אין בין נערות לבגרות כו', וכל זמן שלא יעידו על זה, אפילו תהא בת ט"ו שנה היא בספק קידושין, ואם פשטה ידה וקבלה קידושין מאחר צריכה גט משניהם, ועיין חידושי הרשב"א פרק מי שמת עכ"ל והוא מחידושי הרמב"ן הנזכרים פרק מי שמת.

והנה גם לשיטת התוס' צריך לפרש שמכר מנכסי אביו ומת דהיינו מת מיד, דהא בתוס' שם הקשו למה יש לנו לומר שהיה קטן הא חזקה שהביא שערות משום חזקה דרבא, ותירצו דמיירי שנבדק אחר שהיה גדול ולא היו לו שערות ולכך חיישינן שמא עדיין קטן היה ע"ש, וא"כ תיקשי מה מהני בדיקה שנמצאו לו שערות, ניחוש שמא השתא הוא דהביא, ולמה היה צריך ר"ע לומר סימנין עשויין להשתנות לאחר מיתה, הא אפילו היה חי לא מהני דניחוש שמא השתא הוא דהביא, ואי משום דאמרינן מדהשתא גדול למפרע נמי גדול, דהא בסוגיא שם ס"ל דלא כר' נתן דאזיל בתר השתא וכמ"ש, אלא משום חזקה דרבא אמרינן מדהשתא גדול למפרע נמי גדול, וכיון דנבדק אחר שהיה גדול ולא נמצאו לו שערות תו ליתא לחזקה דרבא, דהא חזינן שזה לא הביא שערות בשנים, וא"כ מנא ידעינן שהיה גדול למפרע, אלא ע"כ צריך לפרש דמת מיד, וכיון דגם לשיטת התוס' צריך לפרש במת מיד, א"כ אזיל ליה ראיית הרא"ש מהך דפרק מי שמת, ודוק.

אך קשה לי במה שהעידו בשם הרשב"א נמי דסובר דאין מחזיקין אותו בגדול למפרע, מהא דאמרו ביבמות דף ל"ד בשופעת מתוך שלש עשרה לאחר שלש עשרה לחיובי אינהו, ופירש"י דמשכחת לה כגון שנולדו הזכרים בא' בתשרי והנקיבות ג"כ בא' בתשרי לשנה הבאה, וביום תשלום י"ב לנקיבות שהם י"ג לזכרים מסרו הקידושין שיחולו ליום המחרת כשכולם נעשו גדולים כו', נמצא שהנדות והקידושין חלין בבת אחת, וכתב עלה הרשב"א בחידושיו וז"ל, הקשה עליו הרמב"ן דהא אין נעשין גדולים בשנה בלבד אלא א"כ הביאו שערות לאחר הפרק, ואפילו הביאו קודם הפרק ועודם בו לאחר הפרק שומא בעלמא נינהו, וכיון שכן היאך אפשר לצמצם שיבואו כולם כאחת, ולי נראה דאי מהא לא תיקשי לרבינו ז"ל, דאפשר לאוקמה כגון שהביאו כולם באותו יום ומסתמא אמרינן

מדהשתא גדול מצפרא נמי גדול הוא, כדאמרינן פרק עשרה יוחסין, קידשה אביה בדרך וקדשה היא עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי בוגרת לפנינו כלומר ואין חוששין לקידושי האב כלל, ושמואל אמר חוששין לקידושי שניהם, ואוקי פלוגתייהו בהאי יומא דמשלם שית דבין נערות לבגרות, וטעמא דרב מדהשתא בוגרת מצפרא נמי בוגרת וסומכין על חזקה להקל ולהתירה לשני בלא גט, וקיי"ל כרב כדאיפסקא הלכתא התם בהדיא, ה"נ כשבדקנום בסוף היום ונמצאו גדולים, דבכל חד וחד אמרינן מדהשתא גדול מצפרא נמי גדול ומביא קרבן ונאכל עכ"ל [הרשב"א], ומשמע להדיא דס"ל להרשב"א דאם נמצא גדול מחזיקין אותו בגדול למפרע.

פרק יז

והנראה לענ"ד בזה, והוא דשם בהא דאמר רב הרי בוגרת לפנינו ומדהשתא בוגרת בצפרא נמי בוגרת, כתבו תוס' דטעמא משום דרגילות לבוא מצפרא, ע"ש בתוס' פרק עשרה יוחסין ובריש נדה, וכן בשכ"מ למאן דאזיל בתר השתא היינו נמי משום דרוב העולם בריאים ע"ש, ואם אנו מדמין סימני גדלות לסימני בוגרת, צריכין אנו לומר דגבי גדלות נמי רגילות להביא בשנים ומשום חזקה דרבא, א"כ היה לו להרשב"א להזכיר הך חזקה דרבא, ועוד מדכתב ובדקנום בסוף היום ונמצאו גדולים, דהא אפילו בדקנום לאחר י' ימים נמי מחזיקין בגדול למפרע משום חזקה דרבא.

ולכן נראה דהרשב"א מפרש מדהשתא בוגרת בצפרא נמי בוגרת, היינו משום דסימני גדלות רגילות שיבואו בתחילת היום, והיינו בתחילת מעת לעת ואין רגילות שיבואו סימני גדלות באמצע היום, ותחילת מעת לעת הוא דקרי לה בש"ס מצפרא, כיון דהתם מיירי שקידשה אביה בבקר ע"ש, ומשו"ה אמרינן מדהשתא בוגרת מצפרא נמי בוגרת כבר היתה, כיון דאין רגילות שיבואו סימני בוגרת באמצע היום או בסוף היום, ולזה מדמה הרשב"א לסימני בוגרת, דכשם שסימני בוגרת רגילות שיבואו בתחילת המעת לעת ולא באמצע ולא בסופו, ה"ה סימני נערות וגדלות רגילות שיבואו בתחילת היום ולא בסופו ולא באמצע, לזה כתב הרשב"א בדקדוק כשבדקנום בסוף היום ונמצאו גדולים דבכל חד וחד אמרינן מדהשתא גדול מצפרא נמי גדול, וא"כ היינו דוקא כשהבדיקה היה באותו היום, אבל לאחר ג' ימים או לאחר אותו יום לא מחזיקין אותו בגדול למפרע, אלא דוקא כשהבדיקה באותו יום מחזיקין אותו בגדול מתחילת היום, והא דפריך פרק עשרה יוחסין (קידושין דף עט) אילימא תוך ששה בהא לימא רב הרי בוגרת לפנינו, היינו כיון דאשתני שיבואו סימני בוגרת תוך ששה, חיישינן נמי שבאו שלא כסדרן ובאו

באמצע היום או בסופו, אבל אם באו אחר ששה כסדרן כדרך הנשים, אמרינן מסתמא באו בתחילת היום, משום דרגילות לבוא בתחילת מעת לעת, זה הנראה לענ"ד, ודוק.
ונראה ראיה לדעת הרמב"ן והרשב"א והר"ר דוראן דס"ל דאפילו אשתכח גדול אין מחזיקין בגדול למפרע, מהא דאיתא בנזיר דף כ"ט תניא מעשה בר' חנינא שהדירו אביו בנזיר והביאו לפני ר"ג והיה ר"ג בודקו לידע אם הביא שתי שערות אם לא הביא, ר' יוסי אומר לידע אם הגיע לעונת נדרים אם לאו, אמר לו רבי אל תצטער לבודקני, אם קטן אני אהיה בשביל אבא, ואם גדול אני אהיה בשביל עצמי, עמד ר"ג ונשקו על ראשו כו', ואמרו שם בגמ' עלה דאי אייתי שתי שערות מעיקרא קאי בנזירות דידיה ולבסוף קאי בנזירות דאבוה, ואי אייתי במיצעי מאי, הניחא לר' יוסי בר"י דאמר עד שיגיע לעונת נדרים, אלא לרבי דאמר עד שיביא שתי שערות מאי איכא למימר, אמרו לרבי ליכא תקנתא עד דיתיב דיליה ויתיב דאבוה ע"ש.
וכתבו תוס' שם ד"ה ה"נ אייתי, והכי פירש ר' חננאל אי אייתי מעיקרא, כלומר אם בדקוהו באותו שעה שבא לפני ר"ג ביום שהדירו אביו ומצאו לו שתי שערות, קאי בנדר דידיה ונדרו בשביל עצמו, ואי לבסוף, כלומר עכשיו שלא נבדק באותו יום, אם לא יביא שתי שערות עד לבסוף ל' יום דאשתכח דאלו ל' יום היה בשביל נדר אביו, אלא אייתי במיצעי, כלומר נראו בו סימנין תוך שלשים היאך יוצא נזירות באותן שלשים יום, שהרי נזירות אביו מתבטל אחר הבאת סימנין ואיך יביא קרבנותיו לסוף שלשים שהדירו אביו ע"ש וכן פרש"י שם, אי דאייתי במיצעי אחר שהדירו אביו קודם שבא לב"ד, ולא ידעינן אי הני שערות הוי ביה כשהדירו אביו או לא הוי ביה עד השתא, ע"כ ימנה שתי נזירות מספיקא, דדלמא לא היה ביה שתי שערות מעיקרא עד השתא ע"ש.
ומבואר מכל זה דאע"ג דנמצאו לו שערות השתא, אין מחזיקין אותו בגדול למפרע, וע"ש בתוס' שכתבו וז"ל, וא"ת אמאי לא פריך הכי במתני' דמדיר את בנו בנזיר כי אייתי בי מיצעי מאי כו', אי נמי יש לפרש דאמתני' ליכא למיפרך, דודאי בדקינן במלאות ימי נזרו ואי מספקינן אי אייתי במיצעי לא נקריבם ע"ש.
ומבואר מדברי ר' חננאל ודברי רש"י ותוס' דכולהו ס"ל דאע"ג דנמצא עכשיו גדול, אין מחזיקין אותו למפרע בגדול, ונתבאר לפנינו דעת הרמב"ן והרשב"א והר"ר דוראן, ועוד יסכימו לדעתם לפי מ"ש גם דעת הני רבוואתא ר' חננאל ורש"י ותוס' בנזיר, והמה רובא דמינכר נגד דעת הרא"ש בתשובה דס"ל דמחזיקין בגדול למפרע, ומן התימה במה שפסק בשו"ע חו"מ סי' ל"ה ס"א כדעת הרא"ש.

שמעתתא ו

נושא

בו יבואר דין ע"א נאמן באיסורין וספיקא דתרי ותרי

פרק א

שקלינן וטרינן ריש פרק האשה רבה (יבמות פז, א) מדקתני סיפא נשאת שלא ברשות מותרת לחזור לו שלא ברשות ב"ד אלא בעדים, מכלל דרישא ברשות ב"ד ובעד אחד אלמא עד א' מהימן כו', אלא סברא הוא מידי דהוי אחתיכה ספק חלב ספק שומן ואתא עד אחד ואמר ברי לי דשומן הוי דמהימן, מי דמי התם לא אתחזק איסורא הכא אתחזק איסורא דאשת איש ואין דבר שבערוה פחות משנים, הא לא דמיא אלא לחתיכה דודאי חלב כו' הכא כיון דכי אתו בתרי מהימני חד נמי להימן מידי דהוי אטבל והקדש וקונמות, האי טבל היכי דמי, אי דידיה משום דבידו לתקנו אלא דאחר, מאי קסבר אי קסבר תורם משלו על של חבירו אין צריך דעת בעלים משום דבידו לתקנו, ואי קסבר צריך דעת בעלים ואמר אנא ידענא ביה דאיתשל מריה עליה היא גופא מנלן, הקדש נמי, אי קסבר יש מעילה בקונמות וקדושת דמים נחתא עליה משום דבידו לפדותו, ואי קסבר אין מעילה בקונמות ואיסור בעלמא הוא דרכיב עליה אכתפיה, אי דידיה משום דבידו לאתשולי עליה, אלא דאחר ואמר אנא ידענא דאתשל מריה עליה היא גופא מנלן, א"ר זירא מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלתה עליה בתחלתה.

ודעת התוס' והרא"ש והמרדכי דהיכא דאתחזק איסורא אין עד אחד נאמן אלא אם כן בידו, אבל דעת הרשב"א בחידושיו ליבמות ולקידושין העלה דלמסקנא קיי"ל דאפילו היכא דאתחזק איסורא עד אחד מהימן ואפילו אין בידו, ועיין שולחן ערוך יורה דעה סי' קכ"ז, מיהו בדבר שבערוה לכו"ע אינו פחות משנים וכדאמרינן ריש גיטין (גיטין ב.) אימר דאמרינן עד אחד נאמן באיסורין כו', אבל הכא דאתחזק איסורא דאשת איש הו"ל דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים וכמבואר בכמה סוגיות בש"ס.

ונראה דגבי דבר שבערוה דבעינן שנים, אפילו היכא דבידו נמי אינו נאמן משום דבידו לאו בתורת מגו הוא, וכמ"ש הרא"ש פרק הנזקין (גיטין פרק ה' סימן ח) וז"ל, כל דבר שהוא בידו של אדם אפילו אתחזק התירא נאמן עד אחד לטמא ולאסור, ואפילו מכחישו או אומר איני יודע כדתניא הכא היה עושה עמו בטהור ואמר לו טהרות שעשיתי עמך נטמאו נאמן, ומפרש הכא טעמא הואיל וברשותו הן הרי הוא כשלו ונאמן עליו, ולאו מטעמא דאי בעי מטמא להו דאי מטמא בעי שלומי, ועוד דמשמע גבי ס"ת דאי ס"ת ביד לבלר נאמן לומר לא כתבתי אזכרות לשמן אעפ"י שכבר נכתבו, ועוד אמרינן בהאשה

רבה דאי סבר התורם משלו על של חבירו אין צריך דעת בעלים משום דבידו לתקנו, ואטו בשופטני עסקינן שיתרום משלו על של חבירו, אלא כיון שבידו לתקנו הוי כבעליו ואפילו תרם משל חבירו עכ"ל, וכיון דבידו לאו משום מגו הוא, ואלו גבי ממון ודאי לא מהימן רק בתורת מגו ומגו למפרע לא אמרינן גבי ממון, ואלו גבי איסור אפילו היה בידו כבר נמי נאמן, וא"כ ה"ה דבר שבערוה דילפינן דבר דבר מממון הרי הוא כממון ולא מהני בידו רק בתורת מגו, וא"כ באיסור דמהני כל שהיה בידו כבר אבל בדבר שבערוה כיון דילפינן מממון ואינו אלא בתורת מגו ממש וכל שהיה בידו כבר לית ביה משום מגו דהא מגו למפרע לא מהני.

והא דמשמע בסוגיא ר"פ האשה רבה אפילו בדבר שבערוה דמהני בידו, דשם ס"ד למילף עד אחד באשה מטבל והקדש ודחי לה התם בידו, ומשמע דבידו היה נאמן אפילו בדבר שבערוה, דהא עד אחד באשה הוי דבר שבערוה, התם דס"ד למילף עד אחד באשה מטבל והקדש, כבר הקשו תוס' שם דהא עד אחד באשה הוי דבר שבערוה ואינו פחות משנים, וכתבו תוס' שם דס"ד בש"ס דבר שבערוה דבעי שנים היינו דוקא לאיסור, אבל להיתר הרי הוא כמו שאר איסורין ע"ש, וא"כ שפיר נמי דחי לה התם בידו, משום דלפי מה דס"ד דבר שבערוה להתירא הרי הוא כשאר איסורין, אבל למסקנא דקיי"ל דבר שבערוה אינו פחות משנים בין לאיסור בין להיתר, וכיון דילפת מממון, כל דין תורת ממון לו ואינו נאמן אלא בתורת מגו ממש, אבל בידו לא מהני ביה וכמ"ש.

וראיה ברורה לזה מהא דאיתא פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ד) כי אתא רב יצחק בר יוסף אמר ר' יוחנן בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן כו', איני והאמר ר' חייא בר רבין א"ר יוחנן בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן, לא קשיא כאן למפרע כאן להבא, איבעיא להו אמר למפרע מהו להימנוהו להבא מי פלגינן דיבורא כו', ומבואר דלמפרע ודאי לא מהימן, ואלו בנטמאו טהרותיך י"ל דכל שהיה בידו אעפ"י שעתה אינו בידו נאמן כיון שהיה בידו פעם אחת, וכמו שמבואר בפרק הנזקין ובפרק האומר דף ס"ה בתוס' ובאשר"י שם, וכן פסק בטור ושולחן ערוך יו"ד סי' קכ"ז גבי נתנסך יינך, וא"כ אמאי אינו נאמן בגירושין למפרע כיון דבידו היה לגרשה, אלא ע"כ דגבי דבר שבערוה אינו נאמן אפילו בידו, משום דאית ליה כל דין תורת ממון ואינו אלא משום מגו גבי ממון ומגו למפרע לא מהני ודוק.

פרק ב

ובתוס' שם פרק יש נוחלין (ב"ב קל"ד ע"ב) ד"ה למפרע אינו נאמן וז"ל, ותימה דמאי קמ"ל פשיטא דאינו נאמן לומר למפרע גרשתי את אשתי, שאם היה נאמן מה הועילו

חכמים בתקנתן שתקנו זמן בגיטין שלא יחפה על בת אחותו אם תזנה תחתיו, דלעולם יחפה שיאמר גרשתיה קודם הזנות ויהיה נאמן, בשלמא למ"ד בסמוך לא פלגינן דיבורא א"ש דאצטריך לאשמעינן דאפילו מכאן ולהבא אינו נאמן כשיאמר גרשתי מקודם, אבל למ"ד פלגינן דיבורא ונאמן מכאן ולהבא אלא למפרע אינו נאמן קשה דמלתא דפשיטא היא עכ"ל.

ולפי מה שכתבתי נראה ליישב, כיון דבש"ס ר"פ האשה רבה (יבמות פח, א) דבעי למילף עד אחד באשה מטבל והקדש דדבר שבערוה להתירא הו"ל כמו שאר איסורין שבתורה, וא"כ כל שהיה בידו פעם אחת נמי מהימן, דהא כי דחי לה שם ר"פ האשה רבה טבל והקדש בידו, א"כ גבי דבר שבערוה להתירא נמי מהני בידו, ולפ"ז גרשתי למפרע נמי נאמן כמו בנתנסך יינך כיון שהיה בידו פעם אחת, ובגירושין דלמפרע נמי היה בידו לגרשה, ואי משום שיחפה על בת אחותו ויאמר גרשתי קודם הזנות, נראה דהתם אחר הזנות ולענין מיתה ודאי אינו נאמן אע"ג דלענין איסור נאמן, דהרמב"ם כתב בפ' ט"ז מהל' סנהדרין דאין צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק, כיצד אמר עד א' חלב כליות הוא זה כלאי הכרם פירות אלו גרושה או זונה אשה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו, הרי זה לוקה אע"פ שעיקר האיסור בעד אחד עכ"ל, ומבואר דקודם מעשה עד אחד נאמן לאסור ולוקין עליו כשאכלו, אבל אם בא לאחר מעשה להעיד דמה שאכל חלב היה ולהלקותו ודאי אינו נאמן, וא"כ ה"ה הכא כיון דודאי בת אחותו היה בעדים ובהתראה והיא במיתה, שוב אינו נאמן אח"כ לומר גרשתי למפרע, משום דעד אחד למיתה אינו קם וכמו שאינו קם לחייב מיתה, וכדכתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון, ה"ה לפטור ממיתה עד אחד לא מהני, דלא גרע עונש מיתה מעונש ממון ואין עד אחד מהני ביה לא לחיוב ולא לפטור, וכמ"ש הרא"ש כיוצא בזה ריש פ"ק דמציעא (סי' ג) גבי עד המסייע דפוטר משבועה, אבל אם היה בדין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, שוב לא מצי עד המסייע לפוטרו כיון דאין עד אחד קם לממון ע"ש, וה"נ אם כבר זינתה בעדים ובהתראה שוב אין עד אחד מהני ביה, דלענין מיתה בין לחיוב בין לפטור אינו קם וכמ"ש, אבל לענין איסור גרידא היכא דליכא עונש מיתה כגון שלא בהתראה, איכא למימר דלמפרע נמי נאמן משום דעד אחד נאמן באיסור כל שהיה בידו, וגירושין למפרע היה בידו, וא"כ טובא קמ"ל ר' יוחנן דלמפרע אינו נאמן, משום דדבר שבערוה בעי שנים בין לאיסור בין להיתר וכל דין תורת ממון עלה כדיליף דבר דבר מממון, וא"כ אינו נאמן אלא בתורת מגו ולמפרע ליכא מגו וכמ"ש, וזה נכון ודוק.

ובתוס' פ"ב דגיטין דף י"ח בד"ה הני קלא אית להו הקשו, בזמן הזה דליכא עונש מיתה למה תיקנו זמן משום בת אחותו, ותי' שלא יחפה על בניה ממזרים או שמא יחזיר גרושתו ע"ש, ולפי מ"ש א"כ לחפות על בנים ממזרים מה הועילו חכמים בתקנתן אי נימא דנאמן על גירושין דלמפרע, וא"כ הדרא קושיית התוס' פ' י"נ לדוכתיה כיון דלזה ליכא עונש מיתה, וניחא לפי מה שבארנו לקמן פ' ט"ו דלפסול אדם מקהל או לכהונה, כיון דהוא פסול הגוף ודאי בעי שנים ע"ש, וא"כ לחפות על בניה ממזרים נמי לא יהיה נאמן בתורת עד אחד משום דבידו, כיון דלענין ממזרים בעי שנים, א"כ ה"ה להכשירם היכא דהמה בחזקת ממזרים בעי שנים, כיון דגבי פסול הגוף אין עד אחד נאמן וכמו שיבואר לפנינו בעז"ה, א"כ ה"ה להכשיר אינו נאמן בתורת ע"א.

פרק ג

ודבר שבערוה היכא דליכא חזקה, נמי נראה לענ"ד דאין עד אחד מהימן ביה ומטעמא שכתבנו בפ"ב, דכיון דילפינן דבר דבר מממון כל דין תורת ממון עלה, וגבי ממון אפילו ליכא חזקה כלל נמי אין ע"א מהימן, דהא אמרינן בפרק אלו מציאות סימנין וסימנין וע"א יניח, והתם ליכא מוחזק כלל ואפילו הכי אין ע"א קם לעדות ממון כלל, א"כ ה"ה לדבר שבערוה אינו קם ואפילו ליכא חזקה.

אמנם מתשובת מיימוני נראה מבואר דהיכא דליכא חזקה שפיר מהימן עד אחד ואפילו בדבר שבערוה, עיין שם בהלכות אישות סי' ג' וזה לשונו, שאלת על ראובן ששלח לקדש לו את לאה וכאשר בא שמה הושיב שמעון השליח לחשובי הקהל כמו שרגילים לעשות, והראה להם ההרשאה שמינהו ראובן לקדש לו את לאה, וברורו עדים לקדשה לראובן בפניהם ובעת הקידושין כשהיה לו לומר הרי את מקודשת לראובן אומרים העדים ששמעו שאמר הרי את מקודשת לי ואמרו לו העדים למה לא אמרת לראובן, ונשבע השליח כסבור הייתי שאמרתי לראובן ולא נתכוונתי כי אם לקדשה לראובן כו', וחזר מיד וקדשה לראובן שנית, ושאלת אם צריכה גט מן השליח ואם יש ממש בקדושי השליח שקדשה לעצמו, נראה לי דאינה צריכה גט מן השליח, דקיי"ל הקדש טעות אינו הקדש, והמתכוין לומר תרומה ואמר מעשר עולה ואמר שלמים אינו הקדש והוי חולין גמורים, ומהימן לומר שכן היה בדעתו להוציא מפיו וטעה והוציאו בענין אחר ואפילו אינש אחרינא סמוך עליו, ומצי שחיט הבהמה בחוץ ולהאכיל התרומה לזרים, וע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק איסורא, ואע"ג דאתחזק לגביה איסורא כל כמה דלא אמר דאטעיה בדיבורא, הא לא מיקרי אתחזק איסורא אלא היכא דאף לדברי העד הבא להתיר האיסור מכאן ולהבא מודה הוא דמעיקרא אסור היה, וכגון האי דריש גיטין גבי

בפני נכתב ובפני נחתם דאתחזק איסורא דאשת איש אף לדברי השליח, ועוד דאפילו אתחזק איסורא ע"א מהימן היכא דהוא בידו, מידי דהוי אשחיטה והפרשת תרומה ומעשרות דאתחזק איסורא דאפילו מה שהעד מעיד שהוא מותר היה לכתחילה הכל אסור, דקודם הפרשה היה הכל טבל וסמכינן עליה כי אמר שחטתי והפרשתי מעשר משום דהוי בידו, וכן פירש"י בפרק קמא דגיטין (גיטין ב.), וכן משמע בריש פרק האשה רבה (יבמות פח), וה"נ מהימנינן ליה במה דאמר טעיתי ולא נתכוונתי לומר אלא לראובן משום דבידו לגרשה, ואע"ג דבמסקנא בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן, שאני התם דהו"ל מגו במקום עדים, דאם איתא דגרשה קלא אית ליה למילתא כו' אבל באומר זה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה ליכא מאן דפליג וכו', א"כ בנדון זה כ"ש וכ"ש דנאמן לומר טעיתי ונתכוונתי לומר לראובן הואיל ובידו לגרשה כו' ע"ש.

ומדכתב להתיר משום דלא אתחזק איסורא לדברי העד ואע"ג דהו"ל דבר שבערוה, וא"כ משמע דאפילו בדבר שבערוה ע"א נאמן היכא דלא אתחזק, והנה מה שכתב ועוד דאפילו אתחזק איסורא נאמן משום בידו מידי דהוי אשחיטה והפרשת תרומה כו', ולפי מ"ש בפ"ב דגבי דבר שבערוה לא מהני בידו אלא בתורת מגו, נראה דהאי דתשובת מוהר"ם נמי משום מגו אתי עלה כדמייתי מהך דבעל שאמר גרשתי דהתם בתורת מגו, דהא משום בידו אין לחלק בין למפרע בין להבא וכמ"ש בפ"ב, והכא נמי אית ליה מגו דאי בעי מגרשה.

ובבית שמואל סי' ל"ה ס"ק כ"ט שם על דברי הרמ"א דנאמן השליח לומר שטעה כתב עלה וז"ל, ואע"ג דקיי"ל דאינו נאמן לומר טעיתי אלא במגו כמ"ש בחשן משפט, וכיון דליכא מגו צ"ל כאן איכא רגלים לדבר שטעה דהוא שליח של פלוני וחזקה דשליח עושה שליחותו עכ"ל, ואיני מבין מאי קשיא ליה, דהא בזה נמי איכא מגו דאיבעי מגרשה וכמ"ש, אך מ"ש בתשובה הנזכרת משום דלא אתחזק לדברי העד קשיא לי, כיון דדבר שבערוה מממון יליף וגבי ממון אפילו ליכא חזקה אין ע"א נאמן, וכמ"ש בפרק ב' מהאי דסימנים וסימנים וע"א יניח ואפשר דעיקר סמיכת תשובה הנ"ל על טעמא בתרא דבידו לגרשה, ולפ"ז השליח אסור בקרובותיה דכי מגרש לה נמי אסור בקרובותיה, וכן אם המשלח כהן נמי אסורה לו כיון דאי מגרש לה אסורה לכהן, ועיין ברשב"ם ב"ב דף קל"ד ובתוס' שם, ואלו מדברי הרמ"א משמע דלעולם נאמן ואפילו משלח כהן, וא"כ נראה דעיקר טעמא כמ"ש בתשובה הנזכרת, ומשום דלדברי העד לא אתחזק איסורא ואמאי הא יליף מממון וכמ"ש.

ולכן נראה דהא דיליף דבר דבר מממון, היינו היכא דידוע שהוא ודאי דבר שבערוה וכגון דאתחזק איסורא דערוה, אבל היכא דאינו ידוע אם יש כאן דבר שבערוה וע"א מעיד שלא היה כאן דבר שבערוה, וכהאי דשליח מעיד שלא קדשה מעולם לעצמו, בזה הו"ל כמו שאר איסורין וע"א מהימן בה, וניחא בזה הא דאמרו ריש פרק קמא דגיטין אבל הכא דאתחזק איסורא דאשת איש הו"ל דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים, והיינו משום דכל זמן דלא אתחזק איסורא דאשת איש ע"א מהימן, אבל היכא דאיכא דבר שבערוה אע"ג דליכא חזקה לא מהימן ע"א, ועיין בר"ן פרק התקבל גבי האומר לשליח צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים ע"ש, ומשום דהתם ודאי קידש אחת ולא נודע איזה, הו"ל דבר שבערוה ולא מהימן ע"א אפילו ליכא חזקה וכמ"ש ודוק.

אחר כתבי זאת מצאתי בשו"ת מוהרי"ק שורש ע"ב האריך בענין זה, וע"ש שכתב דמן הדין היה לנו לומר דאשה נאמנת לומר מת בעלי, מידי דהוי אנדה דנאמנת על עצמה כדילפינן מוספרה לה, ואע"ג דהוי דבר שבערוה ואינו פחות משנים, אי לאו משום דאתחזק איסורא, וכן הדעת מכרעת דלא אמרינן אין דבר שבערוה פחות משנים אלא דוקא היכא שבשעה שמעיד עליה ע"א להתירה היא בחזקת איסור ערוה כו', ועוד כיון דגמרינן דבר דבר איכא למימר דון מינה ומינה, ומה התם להוציא ממון מחזקתו אף כאן להוציא אשה מחזקת איסור או מחזקת היתר, וכן מוכח ריש פ"ק דגיטין (גיטין ב.) דפריך אימר דאמרינן ע"א נאמן באיסורין כו', אבל הכא דאתחזק איסורא דאשת איש הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים, משמע דאי לאו אתחזק איסורא דא"א לא הוי אמרינן הוי דבר שבערוה ע"ש.

ולענ"ד נראה דגבי ממון אפילו היכא דאינו להוציא ממון מחזקתו נמי בעי שנים, וכהאי דסימנים וסימנים וע"א יניח, וכן מהאי דהרא"ש ריש פ"ק דמציעא (סי' ג) דאין עד המסייע פוטר ממחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, הובא פ"ב, והתם אינו להוציא ואדרבא להחזיק אפילו הכי בממון אינו קם, מיהו גבי דבר שבערוה נראה דע"כ לא יליף דבר דבר מממון אלא היכא דודאי אית ביה דבר שבערוה, אבל היכא דלדברי העד מעולם לא היה בו דבר שבערוה אינו בכלל דבר דבר מממון וכמ"ש, ודוק.

פרק ד

והנה לפי מ"ש בתשובת מוהר"ם, דעד כאן לא אמרינן דבאתחזק איסורא עד אחד אינו נאמן אלא דוקא היכא דאף לדברי העד מודה דמעיקרא אסורה היתה, איכא למידק בהא דאמרו ר"פ האשה רבה מידי דהוי אטבל והקדש וקונמות כו', קונמות אי דידיה משום דבידו לאתשולי עליה, אי דאחר ואמר ידענא דאתשל מאריה עליה היא גופה

מנלן, והתם באתשל מאריה עליה הרי החכם עוקר הנדר מעיקרו, וא"כ לדברי העד לא אתחזק איסורא כיון דלפי דברי העד לא היה אסור מעולם, ונראה דוקא בהאי דשליח שאומר טעיתי ולא נתכוונתי לקדשה אלא למשלח א"כ לפי דברי העד לא היה איסור כלל מעולם, אבל באומר ידענא דאתשל מאריה עליה, כיון דעכ"פ גם לדברי העד קודם דאתשל מאריה עליה היה אסור, שוב אינו נאמן להוציא מחזקתו, ואמרינן עדיין לא אתשל מאריה עליה והרי הוא בחזקתו.

אמנם הא קשיא, לפי מה שמבואר אצלנו פ"ב ופ"ג דגבי ממון ודאי לא מהני בידו אלא בתורת מגו ממש, ואפילו היכא דהיה בידו לא מהני בממון רק בתורת מגו ולמפרע לא אמרינן מגו, ואפילו אינו להוציא ממון נמי לא מהימן בממון וכמ"ש לעיל, א"כ הא דאמרו הקדש אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו, והא כיון דבידו אינו משום מגו וכמ"ש הרא"ש פרק הנזקין (סי' ח) דאטו בשופטני עסקינן ע"ש הובא פ"ב, וה"נ אין זה משום מגו דבידו לפדותו, דאינו מגו דשמא אינו רוצה להוציא ממונו על פדיון, וע"כ אינו אלא משום בידו, וא"כ מה לי ממון הדיוט או מכרו לשמים והיכי נאמן לאפקועי ממונא דהקדש, דהא כתב הר"ן בחידושיו פרק זה בורר גבי מי שבא ואמר ראיתי את אביכם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלוני הם של מעשר שני הם, בבית לא אמר כלום בשדה דבריו קיימין, זה הכלל כל שבידו ליטלן דבריו קיימין, והקשה והא מעשר שני איסורא הוא וקיי"ל ע"א נאמן באיסורין אפילו אינו בידו, וכתב בשם הרמב"ן דמעשר שני נמי אפוקי ממונא הוא, שהוא מוציא ממון מרשות הדיוט לרשות גבוה, וע"א לא מהימן אלא באיסורא גרידא, ואפילו יש נפקותא בו לענין איסור אפ"ה אינו נאמן כל שיש בו משום הוצאת ממון מרשות לרשות ע"ש, וכ"כ הר"ן פרק האומר ע"ש, וא"כ בהקדש נמי היכי נאמן בהוצאת ממון מרשות לרשות דהיינו מרשות גבוה לרשות הדיוט, ובידו לפדותו אינו משום מגו וכמ"ש הרא"ש, דאטו בשופטני עסקינן שיוציא ממונו בשביל חבירו, ואין בזה אלא משום בידו דנאמן בכל איסורי תורה, ואמאי הא בהקדש יש בו משום הוצאת ממון, וצ"ע.

ולכן נראה לענ"ד מוכרח מזה, דנהי דבמעיד להוציא ממון מרשות הדיוט לרשות גבוה הו"ל משום הוצאת ממון ואין ע"א נאמן בו, אבל להיפוך להעיד מרשות גבוה לרשות הדיוט לא איכפת לן בהקדש משום תורת ממון שבו אלא משום תורת איסור שיש בו, לכן אמרינן ביה ע"א נאמן באיסורין היכא דבידו וכן נראה מדברי תוס' מעילה דף כ"א בהא דתנן סלע של הקדש שנפל לכיס מלא מעות והוציא אחת דמעל מספיקא, והקשו תוס' דליבטל ברובא ע"ש, ומאי קושיא דהא דקיי"ל ממונא לא בטיל וכדאיתא בביצה

פרק משילין (ביצה לח.), הרי שנתערבה לו קב חטין בעשרה קבין של חבירו יאכל הלה וחדי ע"ש, ואע"ג דשם אמרינן דאיסור תחומין שבו שפיר בטל ע"ש בסוגיא, היינו משום דאיסור תחומין הוא איסור בפני עצמו ואינו תלוי באיסור גזל, דאפילו השאיל לו כליו נמי הוי כרגלי הבעלים בין השמשות, אבל גבי הקדש איסור מעילה הוא תלוי במה שמעל בנכסי גבוה, וא"כ היכי שייך ביטול כיון דממונא לא בטל הרי מעל מספיקא בממון גבוה, אלא ע"כ צ"ל דבנכסי גבוה לעולם אין דנין בו תורת ממון רק תורת איסור שבו ודוק.

ואכתי צריך עיון בהא דנאמן אדם מישראל לומר על בהמה המבכרת שילדה איך שכבר מכר הולד לנכרי, כיון דהוא נכסי כהן, וכל שיש בו משום ממון אף לענין איסור שבו אינו נאמן לפי מ"ש הרמב"ן גבי מעשר שני, והנה אם יאמר שמכרו בעודה מעוברת שפיר מהימן משום מגו דיכול למוכרו, דגם בממון מהני מגו, אבל אם כבר ילדה זכר והוא בחזקת בכור ובעה"ב אומר שכבר מכר, דזה תו לא הוי מגו, דלמפרע לא מהני מגו, ואינו נאמן אלא משום בידו שהיה בידו כבר, וגבי ממון לא מהני בידו וכמ"ש ואפשר כיון דספק ממונא לקולא והמוציא מחבירו עליו הראיה, א"כ אין לכהן חלק ממון בו ואין בו אלא משום איסור גרידא, ומשו"ה נאמן לאיסור שבו שכבר מכרו לנכרי בעודה מעוברת, ולא אמרינן חזקה כל מה שיש תחת ידו הרי הוא שלו ומסתמא לא מכרו, כיון דאם לא מכרו הרי הוא נכסי כהן ולא שייך ביה חזקה כל מה שיש תחת יד אדם הוא שלו, ואכתי צ"ע.

פרק ה

כתב הרמ"א ביו"ד סי' קכ"ז וז"ל, וכל דבר שלא אתחזק לא להיתר ולא לאיסור ע"א נאמן עליו אפילו לאוסרו, וכל היכא דאתחזק דבר באיסור כגון טבל או חתיכת בשר שאינו מנוקר, אין העד נאמן עליו להתירו אלא א"כ בידו לתקנו עכ"ל, וכתב עלה הט"ז ז"ל, ותמהתי על פה קדוש שיאמר כן דדוקא בטבל וכיוצא בו שהוא אסור בודאי כולו לאכול קודם התיקון ולא היה שום היתר בכל הכרי הזה, אמרינן כיון דאתחזק איסורא בודאי אין ע"א נאמן להוציא מחזקתו להתיר, אבל בשר שאינו מנוקר הא לא אתחזק הבשר לאיסור כלל אלא משום גיד או חלב שיש בו, ודומה למ"ש אח"כ דאם היו כאן ב' חתיכות א' של היתר וא' איסור ע"א נאמן להתיר כו', וכן נראה מדברי התוס' פ"ג דקידושין ד"ה ונטמאו וז"ל, ע"א נאמן היינו דוקא להתיר כגון בשר זו מנוקרת או חתיכה זו של שומן כו', וזהו ע"כ אפילו אין בידו לתקן כמו גבי שומן, וע"כ לומר דאלו נקראו בכלל שלא היתה לו חזקה לא להיתר ולא לאיסור מתחילה משו"ה נאמן בכל גווני, וכן מעשים בכל

יום שמאמינים לכל אדם לומר שזהו בשר מנוקר ואוכלים על פיו, ואע"פ שאותו הבשר בידו אינו יכול לנקר, ולפי הג"ה זו היה לנו לאסור כיון שאין בידו אינו נאמן אלא ודאי כדפרישית עכ"ל.

והש"ך בנקודות הכסף כתב וז"ל, לא קשה מידי דחתיכת בשר שאינה מנוקרת דמיא לטבל, [כי] היכא דטבל קודם תיקונו כולו אסור ואח"כ כשמפריש ממנו המעשר הוא מותר, ה"ה בחתיכה שאינו מנוקר שקודם הניקור כולו אסור ואתחזק איסורא בהאי חתיכה, ומה לי בזה שיש כאן ספק איסור, סוף סוף אתחזק איסורא פעם א' בודאי בהאי חתיכה, משא"כ בב' חתיכות דמעולם לא אתחזק איסורא ודאי בהאי חתיכה אלא כל חתיכה וחתיכה בפני עצמה ספק איסורא הוא כו', ומה שהביא מדברי תוס' קידושין נמי לאו ראיה, דהתוס' שם לא נחתי להכי ולא בעי אלא לומר דע"א נאמן להתירא דוקא, ומ"ש כגון בשר זו מנוקר, היינו היכא דאיכא כאן שני חתיכות אחת מנוקר וא' שאינו מנוקר ואומר זו מנוקר כו', ומה שהביא ממעשים בכל יום, כבר ידוע דדבר שאינו מצוי לא שייך בו מנהג וכו', וגם אפשר דאם אירע לפעמים שהאמינו לאדם כך ולא היה שלו היינו משום שהיה המנקר בעיר והיה אפשר לשואלו, או אפילו אינו בעיר וידוע שאין מנקר זולתי אחד או שנים כמו שרגילין באמת אין רגילין להיות מנקרין בזמן הזה רק א' בעיר ושנים במשפחה שבקיאין בניקור, והוי מילתא דעבידא לגלויי ולא משקרי אינשי, ומה שהביא מהרא"ש פ' ג"ה לאו ראיה, דהתם קאי דאם ניקר אחד אמרינן מסתמא מומחה הוא, וכתב וז"ל, ואינו דומה להא דאמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, כי בהמה אין בה שום היתר לפי שאי אפשר לכזית בשר בלא שחיטה, ומשו"ה קיימא כולה בחזקת איסור עד שיודע לך במה נשחטה, אבל ירך כולה בחזקת היתר הוא חוץ מן הגיד עכ"ל, הרי לא בא אלא לחלק בין ירך לבהמה שנשחטה, והיינו כיון דידוע שניקרו אחד עכ"פ א"כ מסתמא ניקרו יפה, אבל הכא כל זמן שאינו ידוע שהיא מנוקרת בחזקת שאינה מנוקרת היא עכ"ל, ע"ש.

והנה מה שמחלק הש"ך בין הך דהכא לבין האי דהרא"ש דפרק ג"ה, דבריו סתומים, דכיון דחשיב לניקור חזקה שאינו מנוקר, א"כ מ"ש בהמה דהו"ל בחזקת איסור אע"ג דידוע ששחט אחד, ובניקור כל שידוע שניקר אחד לא חשיב בחזקת שאינו מנוקר ונראה דודאי חזקת איסור לא שייך בירך כיון דירך כולה היתר הוא אלא הגיד שבתוכה אסור, אלא דאפ"ה חשיב ליה חזקה חזקת שאינה מנוקרת, וכמ"ש הב"י באו"ח סי' תל"ז גבי בית ספק בדוק דמוקי הבית בחזקת שאינו בדוק ע"ש ואעפ"י שאין איסור על הבית, וה"נ גבי ירך אע"ג דאין איסור בגוף הירך, מ"מ ע"א אינו נאמן נגד חזקה דמוקי לה בחזקת

שאינו מנוקר, אבל כל זמן שידוע שניקרו אחד אע"ג דלא ידעינן אם כדין אם שלא כדין, עכ"פ יצא מחזקת שאינו מנוקר, כיון דמנוקר לפניך, אבל בבהמה דהתם בחזקת איסור קיימא, א"כ כל זמן שלא ידעינן אם כדין נשחטה א"כ בשחיטה שלא כהוגן לא יצאתה מחזקת איסור, והרי הוא באיסורו חזקת איסור עד שיודע לך שנשחטה כדין, אבל בניקור ירך דלית ביה משום חזקת איסור אלא משום חזקת שאינה מנוקרת, א"כ כל שהוא בידוע שהוא מנוקר עכ"פ בודאי יצאתה מחזקת שאינו מנוקר, וזה נכון.

אמנם מ"ש הש"ך בדברי התוס' קידושין לפרש דמיירי שהיו שני חתיכות א' מנוקר ואחד שאינו מנוקר, ע"ש משמעות לשון התוס', ועוד קשה מדברי תוס' ריש פ"ק דגיטין (גיטין ב.) ד"ה ע"א נאמן באיסורין וז"ל, פירש הקונטרס שהרי האמינה תורה כל אחד ואחד על הפרשת תרומה ושחיטה וניקור הגיד וחלב, ולא היה לו להזכיר הפרשת תרומה ושחיטה, דבהני נאמן אע"ג דאתחזק איסורא משום דבידו לתקנם עכ"ל, ומשמע דניקור הגיד ניחא ליה, ולפי דברי הש"ך ניקור הגיד נמי מיקרי אתחזק ואינו נאמן אלא משום דבידו.

ולכן נראה דע"א נאמן באיסורין באחד משני פנים, בלא אתחזק וכמו חתיכה ספק חלב נאמן אפילו אינו בידו, ובאתחזק איסורא אינו נאמן אלא היכא דבידו, וניקור הגיד צריכין אנו לשני פנים הנזכרים, משום דאם אנו מסופקין אם מנוקר מן הגיד, וא"כ בחתיכת ירך יש בו חתיכת גיד, בזה לא שייך לומר בידו כיון דאנו מסופקין על זה גופא אם הוא בשר או גיד ואינו בידו להתיר גוף הגיד אלא להסירו מן הירך, וכיון דאינו בידו בזה צריכין אנו לומר נאמנות דניקור הגיד משום דלא אתחזק איסורא שזה גיד, ואם אנו באנו לומר כיון דאתחזק הירך בחזקת שאינו מנוקר ואין ע"א נאמן נגד חזקה, בזה נאמן נגד החזקה מפנים השני, כיון דבידו להסיר הגיד מן הירך ובידו לבטל החזקה, וא"כ בניקור הגיד צריכין אנו לשני פנים הנזכרים.

ומשום הכי לא קשיא להו לתוס' ריש פ"ק דגיטין על דברי רש"י רק מהפרשת תרומה ושחיטה, דבהנך אינו נאמן אלא משום בידו ולא משום ע"א נאמן באיסורין, אבל בניקור הגיד אע"ג דבידו, אפילו הכי אית ביה נמי משום ע"א נאמן באיסורין, דהא כיון דאנו מסופקים שמא חלק ירך הוא גיד וגוף הגיד אינו בידו להתיר, ואינו אלא משום דע"א נאמן בלא אתחזק וניחא נמי דברי תוס' בקידושין ד"ה נטמאו וז"ל, ע"א נאמן היינו דוקא להתיר כגון בשר זו מנוקרת או חתיכה זו של שומן כו', והיינו משום דנהי דבידו להוציא הירך מחזקתו, אבל גוף הגיד אינו בידו להתיר ושמא אוכלין גיד האסור, וא"כ אינו אלא בתורת ע"א נאמן היכא דלא אתחזק כיון דחלק זה הו"ל כמו חתיכה ספק חלב, אבל

הירך להוציאו מחזקתו צ"ל משום בידו להוציא מחזקתו וכמ"ש, והפרשת תרומה בידו להתיר ע"י הפרשה ממקום אחר.

פרק ו

ומה שכתב הט"ז ממעשים בכל יום שמאמינים לכל אדם לומר שזה בשר מנוקר ואוכלין על פיו ואעפ"י שאותו שהבשר בידו אינו יכול לנקר, ובנקודת הכסף כתב דאין ראיה מדבר שאינו מצוי ע"ש, העתקנו דבריו פרק ה', ואינו קושיא כלל, דאע"ג שאינו יודע בניקור הגיד מ"מ חשוב בידו, וכמו שכתבו תוס' ריש פ"ק דגיטין ד"ה ע"א נאמן באיסורין וז"ל, ושחיטה אע"ג דהשתא אינו בידו לתקן מעיקרא היה בידו לשחוט כו', ומה שאנו סומכין על הנשים בשחיטה אעפ"י שאין יודעין הלכות שחיטה, כיון שבידה ללמוד לשחוט או להשכיר אחרים שישחטו לה כבידה דמי עכ"ל, וא"כ ה"ה בניקור, אע"ג דאינו בקי בניקור חשוב בידו ללמוד או להשכיר בקי בניקור וזה ברור, והא דכתב הרמ"א דאינו נאמן בניקור הגיד אלא א"כ בידו, אינו אלא לאפוקי אם הירך מחותך לחתיכות קטנים, וכגון שלקחו מחותך דהשתא לא היה בידו מעולם לפי שלקחו כך מחותך מנכרי ובא עד אחד והעיד שהיה מנוקר בבית הנכרי ובזה אינו נאמן כיון דאינו בידו וגם לא היה בידו מעולם, כן מוכרח לפרש דברי הרמ"א, אבל אם הוא באופן שבידו לשכור או ללמוד חשוב בידו, וכמו שכתבו תוס' במה שסומכין על הנשים שאומרים שנשחט כהוגן.

ובט"ז שם העלה לדעת הרמ"א דאינו נאמן בניקור הגיד היכא שאינו בידו שימכרנה או יתננה לזה שמעיד עליו, דאז הוא נאמן משום שהוא שלו ואח"כ יחזור ויתננה לנותן ע"ש, ומבואר מדבריו דאדם נאמן על שלו אף שלא היה מעולם בידו ואפילו אתחזק איסורא, וכן משמע מדברי הרא"ש דבעלים נאמנין בשלהן, מדכתב טעמא דבידו נאמן משום דכל שבידו הו"ל כבעלים ע"ש בפרק הנזקין, ולפ"ז הא דהקשו תוס' ר"פ האשה רבה וריש פ"ק דגיטין בהא דאשה נאמנת על הספירה וטבילה דהא אתחזק איסורא ע"ש, ותיפוק ליה דהוי מתורת בעלים, וצריך לומר דבעלים אין להם נאמנות אלא בקנין כספם ולא בשל עצמן.

מיהו קשה מהא דאמרו בפרק האשה רבה אי טבל דידיה משום דבידו לתקנו, וכן שם גבי הקדש אי דידיה משום דבידו לפדותו וכיון דבידו אינו אלא משום דהו"ל כבעלים, והתם אי דידיה הא בעלים נאמנין ולמה צריך לטעמא דבידו, וגבי הקדש אפשר לומר כיון דאקדשינהו תו לאו דבעלים הוא, ומשו"ה צ"ל אי דידיה בידו לפדותו או למתשל עליה, דכל שבידו אע"ג דלאו דידיה הו"ל כמו בעלים, אבל גבי טבל שאמרו אי דידיה משום דבידו לתקנו ודאי קשה, תיפוק ליה דבעלים נאמנין בשלהן, וצ"ע כעת.

ובשולחן ערוך יו"ד סי' קכ"ז סעיף א' האומר לחבירו נתנסך יינך, אם הוא בידו נאמן, ואפילו אם אינו עתה בידו שכבר הוחזר לבעלים, אם בפעם הראשון שמצאו אמר לו נתנסך יינך נאמן אם הבעלים מכחישים אותו ע"ש, והוא מפסקי תוס' והרא"ש ומרדכי, וכיון דעיקר טעמא דבידו אינו אלא משום דהו"ל כבעלים וכמ"ש הרא"ש בפרק הנזקין, וא"כ הבעלים שהם מכחישים מאי אולמיה דבידו כיון דאינהו נמי בעלים נינהו, וצ"ל דזה שבידו חשיב ליה בעלים טפי נגד בעלים האמיתיים כיון שזה בידו, ואכתי צ"ע.

ובמוהרי"ק שורש ע"ב כתב גבי ממון שייך שלו ואדם נאמן על שלו בין לאיסור בין להיתר, אבל גבי טבילת נדה פשיטא דלא הוי האי טעמא, אלא הטעם משום כיון דבידה לטבול מהני לגרוע חזקת איסור שלה, ומשום הכי ילפינן מינה דעד אחד נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק איסורא אע"ג דאינו בידה, משום דכיון דבידה לטבול אינו אלא לגרוע חזקת איסור שלה, א"כ מכל שכן היכא דליכא חזקת איסור ע"ש ומבואר דבעלים נאמנין בשלהם אפילו אינו בידו, ומיהו בנדה כיון דעל עצמה מעידה אינה בתורת בעלים אלא משום בידו וכמ"ש לעיל.

אמנם מ"ש מוהרי"ק דבידו לא מהני אלא לגרוע חזקת איסור, לא משמע כן מדברי תוס' ריש פ"ק דגיטין, שהשיגו על פירש"י שכתב ע"א נאמן באיסורין כגון הפרשת תרומה ושחיטה וניקור הגיד וחלב, וכתבו דלא היה לו להזכיר הפרשת תרומה ושחיטה דהני אתחזק איסורא ומשום דבידו לתקנם ע"ש, ואי נימא דבידו לא מהני אלא לגרוע חזקת איסור, א"כ שפיר מוכח דע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק, אלא ודאי ס"ל לתוס' דבידו דנאמן לאו משום טעמא דמגרע חזקת איסור, והא דע"א נאמן ילפינן מוספרה לה, לאו מטבילה יליף דהתם משום דבידה לטבול, אלא מספירה יליף ומשום דספירה לא חשיב אתחזק וכמ"ש תוס' ריש פ"ק דגיטין ומשום דלא אתחזק שתהא רואה עוד ע"ש.

שוב מצאתי בחידושי הר"ן לגיטין ריש פ"ק, ע"א נאמן באיסורין, פירש"י ז"ל שכל אחד המנוהו תורה על הפרשת תרומה וניקורי הבשר וגיד הנשה ושחיטה, ולא היה לו ז"ל לומר כן אלא דבהני אתחזק איסורא, וכ"ת היה בידו לתקן וכמ"ש ז"ל בסמוך, אינו נוח לי, דלישנא דגמרא משמע דכי אמרינן ע"א נאמן באיסורין היכא דלא אתחזק איסורא, אלא א"כ תאמר אתחזק איסורא ובידו לתקן שוה כלא אתחזק איסורא ואין בידו לתקן, ופשרה היא זו, אלא מוספרה לה לעצמה נפקא לן דע"א נאמן באיסורין, וכ"ת פרסה נדה עמו במטה מאי איכא למימר דהא אתחזק איסורא, ליתיה, דכל שראתה טובלת בסוף שבעה ויצאה מאיסורה הראשון, אלא מיהו אי לאו דע"א נאמן באיסורין היה לו לחוש

שמא ראתה לאחר מיכן, זה נ"ל עכ"ל, ומבואר דלא ס"ל להר"ן הך פשרה דמוהרי"ק, אלא מספירת נקיים הוא דיליף ע"א נאמן באיסורין וכמ"ש.
ומזה ראיה ברורה נראה למה שכתבתי בשמעתא ה' פ"ב דאין מחזיקין מאיסור לאיסור אפילו אם הוא מעין איסור הראשון, אלא כיון שהאיסור הראשון חלף הלך לו תו לא מחזיקין מאיסור לאיסור, ובמוהרי"ט ח"א סי' פ"ב כתב להוכיח דמחזיקין מאיסור לאיסור, והביא ראיה מהא דתנן סוף נזיר (נזיר סג) ירד לטבול במערה ונמצא מת בקרקע המערה, ירד להקר טהור ליטהר מטומאת מת טמא שחזקת הטמא טמא וחזקת טהור טהור שרגלים לדבר, הרי כיון דטומאה קמייתא טהרה ע"י טהרה במקוה ואעפ"כ מספיקא (לא) מחתינן לה טומאה אחריתי וסותר הקודמים הואיל ונזקק לטומאה דאמרינן חזקת הטמא טמא וע"ש, ולפי דברי הר"ן מוכח דאין מחזיקין מאיסור לאיסור, כיון שמאיסור הראשון טהרה כשטובלת בסוף שבעה, ואי נימא דמחזיקין מאיסור לאיסור, א"כ היכי נאמנת בספירתה ניחוש שמא ראתה אח"כ כיון דמחזיקין מאיסור לאיסור, אלא ע"כ כל שידוע שמחמת איסור הראשון הותר אח"כ אין מחזיקין מאיסור לאיסור, ודוק.
מיהו קשה למ"ש תוס' ריש פ"ק דגיטין [ב. ד"ה ע"א] ובר"ן טעמא דאשה נאמנת על ספירתה משום דאינה מוחזקת בראיה שתהא רואה כל ימיה, מהא דתני ברייתא בנדה דף ס"ו נאמנת אשה לומר מכה יש לי באותו מקום שהדם יוצא ממנה ע"ש, והא טעמא דאשה נאמנת אינו אלא משום דע"א נאמן באיסורין, והוא נגד חזקה והוא חזקת הגוף, וכמו בהיו בה מומין דקרי לה חזקת הגוף דעדיפא מכל החזקות, כדאיתא בסוגיא דהיו בה מומין, וע"א אינו נאמן נגד חזקה,.
ומזה נראה לי מוכרח כדברי הרמב"ן בחידושיו שהקשה נמי איך נאמנת אשה על הטבילה ועל הספירה, וכתב בשם תוס' דבידה לתקן לספור ולטבול, ואעפ"י שאין בידה לתקן עכשיו אם לא שלמו ימיה, מ"מ יכולה היא לספור ולטבול ע"ש, והובא לקמן פרק י"ח, וא"כ הכי נמי בידה לספור ולטבול וחשיב לעולם בידה, ואעפ"י שאין בידה לתקן עכשיו אפילו הכי חשיב בידה לענין נאמנות.
ואכתי תיקשי דמבואר שם ובפוסקים ראשונים גם אחרונים ובשולחן ערוך סי' קכ"ז לענין אשה שרואה מחמת תשמיש דנאמנת לומר מכה יש לי, והתם ליתא להך טעמא דבידה לספור ולטבול, דאם אינו דם מכה אלא דם נדה אין בידה לתקן כלל, דרואה מחמת תשמיש אסורה לבעלה ואפשר לומר כיון דרובא דעלמא אינן מן הרואות מחמת

תשמיש ועדיף מחזקה, משום הכי נאמנת נגד חזקה לומר מכה יש לי, דרובא וחזקה רובא עדיף.

פרק ז

והיכא דמעיד עד אחד נגד רובא, וכגון שהיו לפנינו ב' חתיכות אחת חלב ואחת של שומן ולא נודע איזו שומן, והעיד ע"א על חתיכה אחת זו שומן, לכאורה נראה דלדעת תוס' והרא"ש והמרדכי דאין ע"א נאמן נגד חזקה אלא א"כ בידו, רובא דעדיף מחזקה נמי אינו נאמן.

מיהו כבר התעורר בזה הרב הגאון בעל פני יהושע בחידושיו פרק האומר ומפשט פשיטא ליה דנאמן נגד הרוב, ומייתי ראיה ממעשים בכל יום שאדם נאמן כשיש במקולין רוב טריפות ואומר זו הכשרה, וכן בחלב ושומן אע"ג דרובא חלב בבהמה, וטעמו של דבר כתב הגאון הנ"ל ז"ל, דהא דלא מהימן ע"א נגד חזקה היינו דוקא היכא שבלא דברי העד הוי חזקה גמורה ולא אתרע כלל כו', דחזקה כי האי דלא אתרע כלל עדיף מרובא כמ"ש בכמה מקומות, משא"כ היכא שיש מקום ספק בלא דברי העד דאתרע חזקה, שפיר סמכינן אעד אחד, וה"ה לגבי הרוב, כיון דאיכא מיהו מיעוטא המסייע לדברי העד ואינו אלא כמברר המיעוט מתוך הרוב, וע"ש שסיים ועדיין צע"ג בכל זה עכ"ל ע"ש.

ולענ"ד לא מצאתי בשום מקום לומר חזקה עדיף מרובא, והגאון הנזכר נמשך לשיטתו סוף פרק המדיר ע"ש שהעלה דחזקה דלא אתרע עדיף מרובא, והכריחו לזה במה דקשיא ליה בהא דקיי"ל כל הנולד ספק ברשותו עליו הראיה ומשום חזקת הגוף, ואע"ג דגבי רוב קיי"ל דאין מוציאין ממון, ומזה הוכיח שיטתו דחזקה עדיף מרובא ע"ש, כבר כתבנו בזה שמעתא ב' דהתם גבי מחט טעמא אחרינא איתי בגוה ע"ש.

ולכן נראה לענ"ד בזה דודאי רובא וחזקה רובא עדיף, אלא הא דע"א נאמן נגד רובא ולא נגד חזקה, היינו לפי מ"ש בתשובת מיימוני להלכות אישות סי' ג' גבי שליח שקידש, ורצה לומר הרי את מקודשת לפלוני ואמר "לי", ואח"כ אומר שטעה בדיבורו, וכתב שם ז"ל דנאמן משום ע"א נאמן באיסורין, ואע"ג דהיכא דאתחזק איסורא כל כמה דלא אמר דאטעיה בדיבוריה, הא לא מיקרי אתחזק איסורא, אלא היכא דאף לדברי העד הבא להתיר האיסור מכאן ולהבא מודה הוא דמעיקרא אסור היה, כגון האי דריש גיטין גבי בפני נכתב ובפני נחתם דאתחזק איסורא דאשת איש אף לדברי השליח עכ"ל ומבואר דהא דאין ע"א נאמן נגד חזקה היינו דוקא היכא שגם לדברי העד מעיקרא אסורה היתה והוא בא להוציא מחזקתו, אבל חתיכה שנתערבה בין החתיכות לא הוי רובא אלא למאן

דלית ליה ידיעה והכרה איזו היא, אבל להמכיר ויודע שחתיכה זו שומן אין זה מעיד נגד הרוב, דמאן דאית ליה הכרה א"כ הרי היא כמונחת בפני עצמה ואין בה תערובות כלל למי שמכיר ויודע, וא"כ אין העד בזה מעיד נגד הרוב דלא שייך רוב אלא בתערובות, אבל נגד חזקה אע"ג דהשתא מותרת לדברי העד, מודה העד דעד עכשיו אסורה היתה, וזה ברור.

ולפי זה נראה דהא דעד אחד נאמן נגד הרוב היינו ברובא דאיתיה קמן, דאינו רוב אלא ע"י תערובות וע"י ספק שלא נודע כלל מי הכשרה ומי הטרפה, ומשום הכי במקולין אע"ג דשם רוב טריפות או רוב חלב, כיון דהעד שנודע לו זו הכשרה וזו השומן ואין בכלל התערובות, א"כ לפי דברי העד אינו בכלל רוב כלל, אבל ברובא דליתא קמן וכגון רוב בהמות אינן טריפות ובא ע"א ואמר שנמצא מחט בחלל הגוף וכיוצא, נראה דאין ע"א נאמן להעיד נגד רוב, דהא רובא דליתא קמן אינו מחמת תערובות אלא רוב בפני עצמו והוא רוב בטבע, ולדברי העד ג"כ מעיד נגד הרוב, וכיון דאינו נאמן נגד חזקה מכ"ש נגד רובא.

ואע"ג דבכל דוכתא רובא דאיתא קמן עדיף מרובא דליתא קמן כיון דרובא עדיף נמי מחזקה, ואפילו הכי נגד חזקה אינו נאמן ונגד רובא דאיתא קמן נאמן ומטעמא שכתבנו, וא"כ רובא דליתא קמן כזה שוה לחזקה דאינו נאמן ע"א נגד חזקה וה"ה נגד רובא דליתא קמן דעדיף מחזקה, ולפי זה הא דטבח מעיד שמצא טריפות בריאה וכיוצא דנאמן ומעשים ככל יום, היינו משום דמקרי בידו דהא טבח בידו היה לנבלה, וא"כ אחר שאינו שוחט אינו נאמן נגד רוב וכמ"ש.

והא דכתב בשולחן ערוך יו"ד סימן ל"ט הקונה ריאה ואמר שמצא בה סירכא במקום שהיא טריפה והמוכר אומר שהיתה במקום שהיא כשירה, כיון שבאו בבת אחת לב"ד אין כאן עדות והרי זה כבהמה שנאבדה הריאה ע"ש, משמע מזה דאי לאו הכחשת המוכר היה נאמן לוקח אע"ג דאתחזק התירא מעיד נגד רוב בהמות, דהתם כיון דלוקח הוא בעלים ובעלים נאמנים אפילו אינו בידו כמו שכתבתי בפרק ו' ע"ש.

ואכתי קשה ממה נפשך, אי מיירי מריאה לחוד א"כ כיון דלוקח בעליו ודאי בעלים נאמנין יותר מאחר, ואי מיירי משאר בהמה ולוקח לא קנה אלא הריאה, א"כ בלא הכחשת מוכר נמי אינו נאמן בשאר בשר כיון דלאו בעליו הוא אלא בריאה, וכמ"ש ביו"ד סימן קכ"ז גבי נתנסך יינך של שני שותפין ואחד מאמינו ואחד אינו מאמינו דחלקו של אינו מאמין מותר, וה"נ חלק הבעלים ייאסר והשאר יהיה מותר אפילו אין המוכר מכחישו ואפשר כיון דלפי מה שכתב הרא"ש טעמא דבידו דחשיב כבעלים, וכיון דבידו

מהני אפילו היה פעם אחת בידו ועתה אינו בידו, א"כ ה"ה בעלים מהני כל שהיה בעליו אעפ"י שעתה אינו בעליו, וא"כ שפיר מצינו למימר דמיירי מריאה לחוד וחשיבו שניהם בעלים הלוקח שהוא עתה בעליו, והמוכר נאמן ג"כ בתורת בעלים כיון שהיה בעליו כבר, וכמו בידו דמהני מתורת בעלים ואפילו אין עתה בידו, ואכתי צ"ע בזה.

ולכאורה תיקשי לפי מה שכתב בתשובת מיימוני דהא דע"א אינו נאמן באתחזק איסורא דהיינו דוקא היכא דגם לדברי העד מודה דעד עתה היתה אסורה, א"כ הא דאמרו בהנזקין דף נ"ד האי דאתי לקמיה דר' אמי אמר ליה ספר תורה שכתבתי לפלוני אזכרות שלו לא כתבתי לשמו, א"ל ס"ת ביד מי, א"ל ביד לוקח, א"ל נאמן אתה להפסיד שכרך ואין אתה נאמן להפסיד ס"ת ע"ש, והתם לדברי העד מעולם לא היתה ס"ת כשרה ולדבריו אינו מוציא מחזקה קמא, וכיון דאפילו להתיר כהאי גוונא היכא דלדברי העד לא היתה אסורה נאמן, א"כ מכל שכן לאיסור כהאי גוונא דלדברי העד לא היתה כשרה מעולם ואמאי אינו נאמן.

ולכן נראה דתרי גווני חזקה איכא, א' חזקה קמא שהיתה עד עתה אסורה או מותרת והוא חזקת איסור או חזקת היתר, השני חזקה שהוחזק לפנינו, וכהאי דאמרו בפרק עשרה יוחסין סוקלין ושורפין על החזקות ע"ש, בנה כרוך אחריה והוחזקה נדה בשכנותיה דלוקין עליה, וזה מיקרי חזקה שהוחזק לפנינו בכך וחזקה זו אלימא טפי מחזקה קמא, משום הכי בספר תורה שהוחזקה לפנינו בחזקת כשרות כיון דכל הסופרים כותבין ספריהם לשמו, ומשום הכי הוחזקה הס"ת בחזקת כשרות, משום הכי אין ע"א נאמן להוציא מחזקה, אבל בהך דתשובת מיימוני בשליח שטעה ואמר לי, וחזר ואמר שטעה, דמעולם לא הוחזקה לפנינו בחזקת אשת איש דכיון דאפשר שטעה, וכמ"ש בתשובת מיימוני דאדרבא כיון דאמר בתחילה שרצה לקדש למשלחו א"כ מקרי לא הוחזק לפנינו וגם חזקה קמא ליכא לדברי העד משום הכי נאמן.

וראיה לזה דהא דעת כמה מרבוותא הרשב"א והר"ן דס"ל דאפילו באתחזק איסורא ע"א נאמן, ובש"ך יו"ד סי' קכ"ז כתב שכן גם דעת הרמב"ם, וא"כ תיקשי הא דר' אמי אמאי אין הסופר נאמן להעיד שכתב אזכרות שלא לשמן ע"ש על כרחך משום דהך חזקה שהוחזק לפנינו עדיפא מחזקה קמא, וכמו בהוחזקה נדה בשכנותיה, וכהאי דבנה כרוך אחריה, דוודאי אין ע"א נאמן להוציא מחזקה זו ואע"ג דבשאר חזקות כמו הוחזק בשאר בשר בעינן חזקה שלשים יום וכמ"ש הרמב"ם בפ"א מאיסורי ביאה [הל' כ/ כ"א] וז"ל, מי שהוחזק בשאר בשר כו' אם הוחזקה בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עליה

ע"ש, הכא בספר תורה לא בעי שלשים יום, אלא כיון דרוב סופרים כותבין לשמו הו"ל הוחזק ע"י רובא.

ולפי מה שכתבתי דע"א אינו נאמן נגד רובא דליתא קמן, וא"כ אפילו לשיטת הפוסקים דע"א נאמן נגד חזקה, מצינו למימר דוקא נגד חזקה הוא דס"ל נאמן, אבל נגד רובא דעדיף מחזקה אינו נאמן אך קשה לפי זה הא דאשה נאמנת לומר ברי לי שאין דם זה בא מן המקור וכמבואר בתשובת מוהר"י ווייל סי' כ"ה, והובא ברמ"א יו"ד סי' קפ"ז, ואמאי הא אמרינן פ"ב דב"ב (בבא בתרא כד) גבי דם שנמצא בפרוזדור ספיקו טמא שחזקתו מן המקור ואע"ג דאיכא עליה דמקרבה כו' עד רוב ומצוי קאמרת רוב ומצוי ליכא למאן דאמר ופירש"י דמיו רבים יותר משל עליה ועוד שהן תדירין לצאת ע"ש דף כ"ה וא"כ כיון דע"א אינו נאמן נגד רוב היכי נאמנת שאינו מן המקור אלא מצדדין כיון דרוב ומצוי מן המקור ואפשר ליישב לפי מ"ש הרמב"ן דבידה לספור ולטבול ואעפ"י שאין בידה לתקן עכשיו נמי הוי ליה בידה, הובא לעיל סוף פרק ו'.

אך קשה ברואה מחמת תשמיש היכי נאמנת כיון דאם הוא מן המקור אסורה לעולם והכא ליכא למימר הך טעמא שאמרו ספ"ו משום דרוב נשים אין רואין מחמת תשמיש ע"ש, דהא חזינן דרואה היא מחמת תשמיש, ומה לי מן המקור או מצדדין נפקא מרובא דאין רואין מחמת תשמיש וצ"ע.

מיהו במנחת יעקב הלכות נדה (סימן קפ"ז ס"ק י"א) כתב שם ליישב דברי הב"ח שכתב דכל שבא דם מן המקור א"כ שוב אין חילוק בין האצבעות וכחות דבכולהו תראה דם, והקשה בתשובת אמונת שמואל דלדבריו קשה למה מתירין לשני ע"ש, וכתב ליישב משום דכל שהוחזקה לרואה דם מחמת תשמיש אמרינן דאין דרך דם לבא מן המקור על ידי תשמיש וכן כתב בית יוסף סי' ק"ה, ותלינן לקולא שבא מהצדדים והא דאסרינן לראשון הטעם כיון דעכ"פ הוחזקה אצל בעלה הראשון לראות מחמת תשמישו, אף שבא מהצדדים מ"מ שמא פעם אחת תראה דם ממקור ותשמש עם בעלה על כן תנשא לשני, ולפי שאין האצבעות שוות אולי לא תראה כלל אצלו ע"ש וא"כ מהאי טעמא נמי נאמנת לומר מן הצדדין אע"ג דרוב דמים מן המקור, כיון דרוב נשים אין רואין מחמת תשמיש, והא דחזינן דרואה, מכל מקום יותר שכיח שתראה מחמת תשמיש מצדדין יותר מן המקור אלא דא"כ מאי אהני לן לנאמנותה, נהי דבא מן הצדדין, הא אמרינן בלאו עדותה דמן הצדדין היא, אלא דאסורה משום שמא פעם אחת תראה ממקור, ואם הוחזקה לשלשה אנשים א"כ לעולם תראה כן ותו ליכא למימר שמא לא תראה כלל לפי שאין האצבעות שוין, כיון דהוחזקה לכל אצבעות ולכן נראה דמהרי"ו ס"ל דבלא עדותה

לא אמרינן דודאי מן הצדדין בא, אלא לספיקא משוי לה דרוב דמים מן המקור, וגם רוב פעמים אינו רואה מן המקור מחמת תשמיש אלא מצדדין והוי ליה ספיקא, ולכן מהני עדות אשה שבא מצדדין.

פרק ח

כתב בתשובת מוהרי"ן לב (כלל ו' סי' מ"א) וז"ל, מצאתי כתוב בתשובת רבני פרובינציא במעשה שהיה בימיהם בטוליטולה על איש אחד שהוציא קול שקידש את בתו בעודה קטנה, ונשבע שקידשה לפלוני בן פלוני ואח"כ עמדה זאת האשה ונשאת לאחר, והגיעו הדברים לכל חכמי פרובינציא וצרפת, וקצת מהם היו אומרים שהיו חולקין דדוקא באשה אמרו בגמ' ואם נתנה אמתלא לדבריה אבל לא באב, ומשום דאמרינן בגמ' פרק האומר לדידיה הימניה רחמנא לדידה לא הימנה רחמנא, והאב הימניה כשני עדים בבתו ומשום הכי אינו מועיל אמתלא עכ"ל ע"ש.

והיינו מהא דאיתא פרק האומר (קידושין דף ס"ג) גבי אב שאמר קדשתי את בתי איבעיא להו מהו ליסקל על ידו רבא אמר אין סוקלין על ידו ורב אסי אמר סוקלין, רבא אמר אין סוקלין כי הימניה רחמנא לאיסורא לקטלא לא הימניה, רב אסי אמר סוקלין לכולה מילתא הימניה רחמנא, אמר רב אסי ומודינא באומרת נתקדשתי שאין סוקלין, לאב הימניה רחמנא לדידה לא הימנה ופירש רש"י דלדידה לא הימנה רחמנא לומר נתקדשתי, אלא הא דנאסרת משום דשויה אנפשה חתיכה דאיסורא ולכך אין סוקלין, אבל לאב הימניה רחמנא לכך נאמן ליסקל ע"ש ומהאי טעמא נמי מחלקין חכמי פרובינציא נאמנות האב מנאמנות דידה משום דלדידה לא הימנה רחמנא, ומשום הכי באומרת אשת איש אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת, כיון דאינו אלא משום דשויה אנפשה חתיכה דאיסורא אבל האב דהימניה רחמנא הרי הוא כשנים בבתו, וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אפילו על ידי אמתלא.

אמנם נראה מוכח דאפילו היכא דהימניה רחמנא מהני אמתלא, מהא דאמרו פ"ב דכתובות (דף כב) בעי מיניה שמואל מרב אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני מהו, א"ל אף בזו אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת, תנא מיניה ארבעין זימנין ואפילו הכי לא עבד שמואל עובדא בנפשיה ע"ש והכי קיי"ל דמהני אמתלא וכמבואר ברי"ף וברמב"ם פ"ב מהל' איסורי ביאה ובטור ושולחן ערוך יו"ד סי' קפ"ה ואשה נאמנת מן התורה ורחמנא הימנה דכתיב וספרה לה, ומזה ילפינן דעד אחד נאמן באיסורין ואפילו הכי מהני אמתלא ויתיישב בזה ספיקא דשמואל, דלכאורה תיקשי מאי מספקא ליה, דמאי שנא מאשת איש דאם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת כמבואר שם, ובר"ן שם כתב

וז"ל, אף בזו אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת, ואע"ג דבידה לתקן סמכינן אאמתלא ולא אמרינן לה הא מיא בנהרא זילי טבלי ע"ש.

ולפי מה שכתבתי ניחא דאמר ליה אף בזה דהימנה רחמנא דכתיב וספרה לה אפילו הכי מהני אמתלא, וא"כ מוכח דעד כאן לא אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא בהגדת שני עדים, ובהו כתיב אם לא יגיד ונשא עונו דבעי הגדה בפני בית דין ושוב אינו חוזר ומגיד, אבל העדאת ע"א באיסורין דלא בעי ב"ד, משום הכי אפילו אומר בפני ב"ד יכול לחזור אם נותן אמתלא לדבריו, ואפילו הכי חש שמואל ולא עבד עובדא כדאיתא בירושלמי, ומשום הכי חש לה כיון דרחמנא הימנה מוספרה לה וכמ"ש.

מיהו ליישב שיטת חכמי פרובינציא דס"ל דאפילו באב כל דהימניה רחמנא שוב אינו חוזר ומגיד אפילו באמתלא, ובאשה דנאמנת באמתלא אע"ג דהימנה רחמנא מדכתיב וספרה לה, היינו לפי מה שיבואר אצלינו בפרק י"ט דאשה שאמרה לבעלה טמאה אני אין לה דין ע"א, כיון דע"א אינו נאמן באיסורין היכא דאתחזק איסורא או התירא, והתם אתחזק התירא, דכל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן, כדתנן בנדה כל הנשים בחזקת טהרה כו' ואין צריכות בדיקה, ואפילו נשים שאין להם וסת בחזקת טהרה לבעליהן וכמ"ש ביו"ד סי' קפ"ו, וא"כ הא דאשה נאמנת לבעלה לומר טמאה אני לך אינו אלא משום דשויא אנפשה חתיכה דאיסורא, וקרא דכתיב וספרה לה אינו אלא בספירת נקיים, בזה הוא דנאמנת משום דע"א נאמן באיסורין, דבספירת נקיים מקרי לא אתחזק לא איסור ולא היתר, וכיון דאינו אלא משום דשויא אנפשה חתיכה דאיסורא בזה ודאי מהני אמתלא.

אמנם לפי שיטת הרשב"א והר"ן ולפי מה שכתב הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז דגם הרמב"ם סובר הכי דמהני ע"א אפילו באתחזק, וא"כ אשה שאומרת טמאה אני, רחמנא הימנה מתורת ע"א ואפילו הכי מהני אמתלא, א"כ ה"ה באב אע"ג דהימניה רחמנא מהני אמתלא, וטעמא כמ"ש כיון דלא בעי ב"ד לא חשיב הגדה אפילו כשמעיד בב"ד ובט"ז ביו"ד סי' ל"ט בהא דכתב בשולחן ערוך אמר הבודק שלא כסדרן היתה, וא' מכחישו ואמר כסדרן היתה, מעמידין הבהמה בחזקת היתר כו', כיון שבאו שניהם בבת אחת לב"ד אין כאן עדות וכתב עלה הט"ז וז"ל, ובשולחן ערוך קאמר לא זו אף זו, דבתחילה בסעיף י"ז קאמר דהאוסר והמתיר הם מסתמא שניהם לפנינו, והוסיף אח"כ אע"ג דהקונה אמר תחילה להמוכר שהוא אסור, מ"מ כיון שבאו לב"ד כאחת לא משגחינן במה שאמר חוץ לב"ד עכ"ל ומשמע מדבריו דהגדת ע"א באיסורין נמי בעי ב"ד דוקא, ולא נהירא דנראה דע"א באיסורין לא בעי ב"ד, דהא ילפינן ע"א באיסורין מוספרה לה וספירתה לאו בפני ב"ד

אומרת, וכן בע"א בהפרשת תרומה ושחיטה וטבל לאו בפני ב"ד, וכן מצאתי בפשיטות בתשב"ץ ח"א דע"א נאמן באיסורין אע"ג שאומר חוץ לב"ד עדותו חשיב כשנים ואין האחרון נאמן ע"ש.

ובפרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ז) האומר זה בני וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן, אמר עבדי וחזר ואמר בני נאמן, שזה שאמר עבדי שהוא לו כעבד, וחלופו בבית המכס אמר בני וחזר ואמר עבדי נאמן כו', לפי שאמר להבריחו מבית המכס ונראה מוכח מזה דהאב נאמן לחזור ע"י אמתלא, דהא אב נאמן לומר על בנו שהוא פסול וכדכתיב יכיר, וכשם שנאמן לומר על בנו שהוא ממזר כמו כן נאמן לומר שהוא עבד ובא מן השפחה, ועיין בשולחן ערוך חו"מ סימן רע"ט, וא"כ היכי נאמן לומר אח"כ בני הוא ולומר דמה שאמר עבדו שהוא לו כעבד, דזה אינו אלא אמתלא, ולשיטת חכמי פרובינציא אינו חוזר ומגיד במקום דרחמנא הימניה ע"י אמתלא.

ונראה לי מזה דאפילו לדעת חכמי פרובינציא דאינו חוזר ומגיד ע"י אמתלא במקום דרחמנא הימניה, דהיינו דוקא כשמכחיש דבריו הראשונים, דהיינו שאומר האב קדשתי את בתי וחוזר ואומר אמתלא למה שאמר מתחלה קדשתי את בתי ועכשיו חוזר ואומר לא קדשתי מעולם, משו"ה אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אבל באומר קדשתי את בתי ואח"כ חוזר ואומר אין קדשתי אבל קדשתי בפני פסולים, דזה הוי כמו אמתלא לפרש דבריו הראשונים, כה"ג אע"ג דבשני עדים לא מהני שום חזרה לפרש דבריהם ע"י אמתלא, אבל בע"א אע"ג דרחמנא הימניה יכול לפרש דבריו הראשונים ע"י אמתלא, ומשו"ה באומר עבדי, כל שחוזר ומפרש דבריו דהא שאמר עבדי היינו כוונתו שמשמשו כעבד מהימן.

ובשולחן ערוך אה"ע סי' ד' סעיף כ"ט כתב הרמ"א האב שאמר על בנו שהוא ממזר וחזר אח"כ ונתן אמתלא לדבריו למה דיבר כך מתחלה נאמן ע"ש, ומזה נראה מבואר דס"ל להרמ"א דאפילו היכא דהימניה רחמנא, דהא אב נאמן על בנו שהוא ממזר, אפ"ה חוזר ומגיד באמתלא ובשולחן ערוך אה"ע סי' ל"ז סעי' כ"ז אב שאמר קדשתי את בתי ואח"כ קדשה לאחר ואמר קידושי ראשון היה בפסול עדות ואינו כלום נאמן, וע"ש בט"ז שכתב דהוא משום דזה הוי כאמתלא ע"ש ומיהו לפי מ"ש דבזה שחוזר ומפרש כוונתו ודאי מהימן, א"כ אין ראיה מדברי השו"ע, אך מדברי הרמ"א סי' ד' מוכח דס"ל דיכול לחזור לגמרי ע"י אמתלא אפילו במקום דהימניה רחמנא.

פרק ט

ומיהו באומר בני הוא וחזר ואמר עבדי דנאמן לומר שאמר בני להבריחו ממכס, בזה ודאי מהימן ע"י אמתלא, ומשום דרחמנא לא הימניה לומר בני הוא כל שאינו ידוע בבנו אלא משום מגו דאי בעי יהיב לו במתנה נאמן גם לירושה, וכיון דרחמנא לא הימניה, משום הכי נאמן כשאומר אח"כ עבדי ועיין מה שכתבתי בספר קצה"ח סי' רע"ט סק"א, ובתשובת הר"ן סי' ס"ז כתב בפשיטות דעד אחד המעיד חוזר ומגיד ע"י אמתלא ע"ש, ומוכח דס"ל ג"כ אפילו היכא דרחמנא הימניה מהני חזרה ע"י אמתלא, ודוקא בשני עדים הוא דלא מהני אמתלא.

ובפרק האשה שלום (יבמות דף קי"ח) בעי מיניה רבא מרב נחמן המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו, כיון דסניא ליה זכות הוא וזכין לאדם שלא בפניו, או דלמא כיון דזמנין דרחים ליה חוב הוא לה ואין חבין לאדם שלא בפניו, א"ל תנינא חוששין לדבריה חולצת ולא מתייבמת, והיינו מדתנן שם האשה שהלכה היא ובעלה למדינת הים ובנה עמהם ובאתה ואמרה מת בעלי ואח"כ בני נאמנת, מת בני ואח"כ מת בעלי אינה נאמנת וחוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת ובתוס' שם ד"ה א"ל תנינא וחוששין לדבריה וז"ל, וא"ת האי דאינה מתייבמת משום דשויא אנפשה חתיכה דאיסורא, וי"ל דדייק מדקתני חולצת משמע שכן הדין מדלא קאמר מבקשין לחלוץ, א"נ משמע דחולצת אפילו נתנה אמתלא לדבריה עכ"ל ומזה נראה מוכח דס"ל לתוס' דהיכא דרחמנא הימניה לא מהני אמתלא, ודוקא היכא דלא הימנה אלא משום שויא אנפשה חד"א הוא דמהני אמתלא, דאי נימא דבע"א אע"ג דהימניה רחמנא מהני אמתלא, א"כ היכי פשיט לה מדתנן חולצת ולא מתייבמת ומשמע אפילו נתנה אמתלא, דהא אפילו נימא דלא סניא ליבם ומהימנה מ"מ חוזרת ע"י אמתלא, אלא ע"כ מוכח דס"ל לתוס' דהיכא דע"א נאמן אינו חוזר באמתלא, ומשום הכי מוכח לה בש"ס שפיר מדקתני חולצת ולא מתייבמת משמע אפילו ע"י אמתלא, דע"כ אינו משום שויא אנפשה חד"א מדלא מהני אמתלא, ע"כ דמהימנה בתורת עד ומשום הכי לא מהני שום אמתלא, וכמו בשני עדים דאינו חוזר ומגיד כלל.

אמנם בעיקר קושיית התוס' שהקשו דלמא הא דקתני חולצת ולא מתייבמת הוא משום דשויא אנפשה חד"א, נראה ליישב כיון דמשעבדא ליה ליבם לא מצית למשוי אנפשה חד"א, וכמ"ש הר"ן בסוף נדרים גבי טמאה אני לך אינה נאמנת והקשה דהא שויא אנפשה חד"א, וכתב משום דמשעבדה ליה לבעל לא מצית שויא אנפשה חד"א ע"ש, וא"כ ה"נ ביבם אי נימא דלא מהימנה בתורת עד לומר ניתן לי בן, וא"כ היא בחזקת

זקוקה ליבם, היכי מצי לאפקועי עצמה מיבם כיון דמשעבדה ליה ליבם, ע"כ דמספקא לן דלמא קושטא קאמרה וע"ש בחידושי מוהרש"א שכתב דלפי שיטת תוס' שמעינן דספיקא הוי אי סניא אי מרחמא ליבם, משום הך בבא לחודיה דתני ניתן לי בן במדינת הים חולצת ולא מתייבמת ע"ש.

ובתשובת הרא"ש כלל ל"ה באחד שהוציא קול שקידש אשה והיא מקודשת לאחר, ומחמת יראה הלכה האשה ושכרה עדי שקר לכתוב גט על שם שהוציא הקול, וכתב עלה דלא הוי כהודאה שקידשה זה, אלא כיון שראתה מחשבותיו של זה עשתה כן ע"ש, ובתשובת ב"י הקשה דתיפוק ליה היכי מהני הודאתה למשוי נפשה חד"א לאפקועי עצמה מבעלה, ובדרכי משה סימן מ"ו כתב ליישב זה, ע"ש.

ובשו"ת מוהרי"ט (ח"א סי' צ"ב) כתב וז"ל, וראיתי להחכם השלם בעל ע"י שכתב בהא דאמרינן בשמעתתא דקידושין לאו כל כמינה דאימך כו', היינו דוקא משום שהיתה נשואה דלא אמרינן לשויא אנפשה חד"א ותהא אסורה לישב עם בעלה, דמאחר דעד אותו זמן בא עליה בהיתר לאו כל כמינה לחוב לבעלה ולאסור עליו מה שכבר קדם לו שהיה בא עליה, אבל אם היתה מאורסת ואמרה שקיבלה קידושין מאחר, הואיל ושויא אנפשה חד"א מונעים הבעל מלבא עליה, ולמד כן מדברי רבינו ישעיה שהבאתי למעלה שאמר התם משום דלא אגידא ביה כי קאסרה נפשה עליה מהימנה ע"ש וא"כ אי נימא דבארוסה מצית שויא אנפשה חד"א, א"כ הקשו תוס' שפיר דיבמה שזקוקה אינו אלא כדין ארוסה.

אלא דכבר השיגו שם בשו"ת מוהרי"ט ע"ש שכתב וז"ל, ולא ידעתי היאך מצא מקום לטעות לדבריו, דאדרבא משם סתירה לדבריו, מדמפליג בין האי לקדשתני מטעם דלא אגידא ביה כו', הא אם היתה אגידא ביה אפילו בקידושין לא מצית למשוי אנפשה חד"א עליו, ומתני' דחזרו לומר שלא תהא אשתו נותנת עיניה באחר ומקלקלת על בעלה, אף בארוסה איתא מהך טעמא, והמרדכי כתבה בפי' שמעתין דקידושין גרידא כדכתבתי לעיל, עכ"ל ע"ש, וכיון דאפילו בארוסה לא מצית משוי אנפשה חד"א, א"כ יתיישב קושיית תוס' וכמ"ש, דלא מצינו למימר משום שויא אנפשה חד"א דשומרת יבם משעבדה ליה ליבם, ודוק.

פרק י

והנה כבר כתבנו בפרק ט' בשם תשובת הר"ן דגם בעד אחד מהני חזרה ע"י אמתלא, ואיכא למידק במ"ש הרמב"ם פט"ז מסנהדרין וז"ל, אין צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק, כיצד עד אחד אומר חלב כליות הוא

זה כלאי הכרם פירות אלו גרושה או זונה אשה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו, הרי זה לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בעד אחד עכ"ל, ואי נימא דמהני אמתלא בע"א היכי לוקין על עדותו, דודאי כל היכא דמהני חזרה אח"כ ע"י אמתלא אין לוקין על פיו, וכדמוכח מדברי הרמב"ן והרשב"א גבי הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה, וכתבו דלא מהני אמתלא דילה מדלוקה עליה, אלמא כנדה ודאי משוינן לה, ועיין בית יוסף ביורה דעה סי' קפ"ה, והיינו דאם היה מהני חזרה דילה ע"י אמתלא לא היה איסור ברור למלקי עלה, וא"כ בע"א כיון דמהני אמתלא היאך לוקין על עדותו.

ובשו"ת חוט השני סי' י"ז האריך בדברי הרמב"ן והרשב"א בראיה שהביאו דלא מהני אמתלא מדבעלה לוקה עליה, וכתב לפרש דאי הוי מהני אמתלא הוי ליה התראת ספק ולא שמיה התראה ע"ש, והדברים כפשטן דאי הוי מהני חזרה ע"י אמתלא לא הוי איסור ברור למלקי עלה, וא"כ בע"א למה לוקין על פיו.

ולכן נראה לענ"ד בזה לפי מה שכתב הרמב"ם פ"ט מהלכות נזירות [הל' י"ז] וז"ל, וכן עד שאמר לאחד בפני נזרת בנזירות, אם הכחישו אינו חייב כלום ואם לא הכחישו נוהג נזירות על פיו, אפילו אמר לשנים ראיתי אחד מכם שנזר ואיני יודע מי הוא, הואיל ואין מכחישין אותו נוהגין נזירות על פיו, נהג נזירות על פי עד אחד ושתה יין או נטמא והתרו בו שנים, לוקה אף על פי שעיקר הנזירות על פי עד אחד עכ"ל, והוא בירושלמי ע"ש ומדכתב הרמב"ם נהג נזירות על פי ע"א ושתה יין או נטמא לוקה, משמע דאם עדיין לא נהג נזירות על פיו, אף ע"ג דהנדר תיכף חל עליו ואפילו בבית הקברות וכמ"ש הרמב"ם פ"ו מנזירות, אין לוקין עפ"י ע"א, ומזה נראה דס"ל דעל פי ע"א אין לוקין, וכדמוכח מהא דאמרינן הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה, ומשמע דאם אמרה טמאה אני לך אין בעלה לוקה ואע"ג דהימנה רחמנא כמו ע"א דכתיב וספרה לה, ולדעת הרמב"ם לפי מ"ש הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז ס"ל דאפילו באתחזק ע"א נגד חזקה מהימן ואפילו הכי אינו לוקה באמרה טמאה אני לך, אלא ע"כ מהאי טעמא שאמרנו דכיון דבע"א מהני חזרה ע"י אמתלא לא הוי איסור ברור למלקי עלה, אלא בהוחזקה נדה בשכנותיה הוא דבעלה לוקה משום דהוחזקה בשכנותיה תו לא מהני אמתלא, דהוי כהאי דבנה כרוך אחריה דהוה ליה איסור ודאי וכהאי גוונא סוקלין על החזקות, ומהאי טעמא נמי בנהג נזירות על פיו, והיינו שראינו אותו נוהג תורת נזירות גדל פרע ומתרחק מן המתים ושאר ענייני נזירות, הוי ליה כהוחזקה נדה בשכנותיה דכהאי גוונא לוקה, אבל כל זמן שלא נהג נזירות על פי העד אינו לוקה ומטעמא דאמרן כיון דמהני אמתלא, וה"ה באומרת טמאה אני לך דנאמנת בתורת עד ואינו לוקה עד שהוחזקה נדה.

ולפי זה גם דברי הרמב"ם פט"ז מסנהדרין [הל' ו'] שכתב אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק כו', היינו נמי יוחזק על פי ע"א, וענין החזקה בחלב כליות נראה על דרך שכתב הרמב"ם פ"א מאיסורי ביאה וז"ל, מי שהוחזק בשאר בשר, דנין על פי חזקה זו אעפ"י שאין שם ראיה ברורה שזה קרוב, ומלקין וחונקין וסוקלין על פי חזקה זו, איש ואשה שבאו ממדינת הים היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי, אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עליה ע"ש והנה כתב הב"ח באה"ע סי' י"ט דוקא לחייב איש אחר הבא עליה בעינן שלשים יום, משום דקודם שלשים יום יכול לומר דלא היה יודע שהיא אשתו, אבל אחד שאמר על אשה אחת שהיא אחותו ובא עליה חייב אפילו תוך שלשים ע"ש ובחלקת מחוקק השיג בזה על דברי הב"ח וכן הט"ז שם, וכתבו דקודם שלשים מהני אמתלא שאומר, וכן אשה שאמרה שהיא נדה ושמשה עם בעלה תוך שלשים מהני אמתלא, אבל לאחר שלשים תו לא מהני אמתלא, ואם לבשה בגדי נדות לא מהני אמתלא אפילו תוך שלשים הואיל ועשתה מעשה עכ"ל, ועיין בית שמואל שם וא"כ ה"ה באיסור כלאי הכרם ובגרושה וזונה וכמו כן בחלב, בכולן בעינן הוחזק והיינו שלשים יום דשלשים יום חשיב הוחזק, ולזה כתב הרמב"ם אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק, והיינו אע"ג דלא אתחזק כי אם על פי עד אחד הוי חזקה, וכמו הוחזקה נדה או אמרה טמאה אני לך דהוי ליה חזקה בשלשים יום אף ע"ג דלא הוחזק אלא עפ"י ע"א, אבל קודם שהוחזק אין לוקין.

והרמב"ם שכתב בפ"ב מהל' שגגות וז"ל, אמר לו עד אחד חלב הוא ושתק וחזר ואכלו בשוגג מביא חטאת, ואם התרו בו לוקה עליו אף על פי שעיקר האיסור בעד אחד ע"ש, ולא כתב לשון הוחזק שסמך עצמו על מה שכתב פ"ט מנזירות נהג נזירות על פיו דמשמע דוקא הוחזק, וכמו כן במה שכתב הרמב"ם פ"ט ה' ז' מסנהדרין אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק דמשמע דוקא הוחזק עפ"י ע"א, וכן צ"ל במה שכתב הרמב"ם פ"כ מאיסורי ביאה וז"ל, מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני אינו נאמן, ואין מעלין אותו לכהונה על פי עצמו, ולא יקרא בתורה ראשון, ולא ישא את כפיו, ולא יאכל בקדשי הגבול, עד שיהא לו עד אחד, אבל אוסר עצמו בגרושה זונה וחללה, ואינו מטמא למתים, ואם נשא או נטמא לוקה עכ"ל, וזה נמי על כרחך מיירי דהוחזק שלשים יום, דאם לא הוחזק שלשים יום ודאי אינו לוקה על פי עצמו, וכמו שכתב הרמב"ם פ"א מאיסורי ביאה וז"ל, איש ואשה שבאו ממדינת הים הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עליו, אבל בתוך שלשים אין הורגין עליו משום אשת איש עכ"ל, ומבואר דתוך שלשים אפילו היא עצמה הודית זה בעלי אין הורגין בלא הוחזק, ואם כן

על כרחך צריך לומר מה שכתב הרמב"ם פ"כ מאיסורי ביאה, דאם נשא או נטמא לוקה דמיירי בהוחזק שלשים יום, וקיצר בדבריו לפי שסמך עצמו על מה שכתב פ"א מאיסורי ביאה דבעינן הוחזק שלשים יום וכן כתב במשנה למלך שם פ"ב מאיסורי ביאה וז"ל, וכאן סתם הדברים ובודאי סמך על מה שכתב לעיל דאין לומר שיהא לוקה על פיו אם לא הוחזק עכ"ל.

ובספר תבואות שור סוף קידושין כתב על מה שכתב הרמ"א בתשובה (סימן ב') מדקאמר הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה ולא קאמר דהיא לוקה, שמע מינה דהיא שיודעת האמת אינה לוקה, וכתב עלה ז"ל, ולענ"ד אדרבה היא לוקה אפילו בלא חזקה כי אם באמירה בעלמא שאמרה טמאה אני ולא חזרה באמתלא, וראיה מדברי הרמב"ם פ"כ מאיסורי ביאה דהאומר כהן אני ובא על גרושה לוקה עכ"ל, וכבר מבואר ההיפוך מדברי הרמב"ם פ"א מאיסורי ביאה דאינו לוקה על פי עצמו עד שיוחזק שלשים יום, והך דפ"כ מאיסורי ביאה נמי על כרחך בהוחזק מיירי וכמו שכתב במשנה למלך שם, וזה ברור.

פרק יא

ולפי מ"ש דהרמב"ם פ"כ מאיסורי ביאה מיירי בהוחזק שלשים יום, ומשמע דכהן הוא דלוקה הא אשה הנבעלת לו אם היא גרושה או זונה אינה לוקה, וכ"כ הרב המגיד שם דהאשה הנבעלת לו אינה לוקה, וקשיא לי דהא בפ"א מא"ב [הל' כ"א] באיש ואשה כו', אם הוחזקו שלשים יום הורגין עליה משום אשת איש לאיש השוכב.

ונראה דהתם בפ"א מא"ב כשאמרו זה בעלי וזאת אשתי והוחזקו אצל העולם באיש ואשתו, הרי היא כאשת איש ודאי והורגין לאיש השוכב משום אשת איש, כיון דכבר הוחזקה אצל כל העולם בחזקת א"א, אבל כהן המחזיק עצמו בכהונה, כיון שאין מעלין אותו לכהונה על פיו ואין קורא בתורה ראשון, ואינו אוכל בקדשי גבול, ואדרבא אצל העולם הוא בחזקת ישראל והוא מובדל מקהל כהונה, לכן אין בו משום חזקה אלא לגבי נפשיה דכיון דשויא אנפשיה חתיכה דאיסורא, אלא דהיה יכול לחזור ע"י אמתלא וכל שחוזר באמתלא אין לוקין דלא הוי איסור ברור וכמ"ש לעיל פ"ט, וכשהחזיק עצמו שלשים יום דתו ליתיה בחזרה אפילו ע"י אמתלא משו"ה לוקה, אבל לגבי אחרים כיון שאין מעלין אותו לכהונה עפ"י עצמו לא הוי חזקה, ומשו"ה אשה הנבעלת לו אינה לוקה, אבל באיש ואשה שהוחזקו הו"ל חזקה נמי לעלמא משו"ה הורגין הבא עליה, ודוק.

ובמשנה למלך פ"ב מא"ב וז"ל, אלא שדברי הרב המגיד קשים הם בעיני כפי זה שכתב והנבעלת ספק חללה ביאורו מפסולי כהונה וזרעה ספק, ולפי מה שפירשנו דבהוחזק

מיירי, נהי דאין האשה לוקה על פיו ממה שהוחזק הוא עצמו בכהן דמהני מה שהחזיק לגבי דידיה, מיהו זרעא ליהוי חלל ודאי דברא כרעא דאבוה עכ"ל, וכתב בפשיטות דאין האשה לוקה ממה שהחזיק הוא עצמו בכהן, ולא ביאר החילוק דמאי שנא מאיש ואשתו דמהני מה שהחזיקו עצמם גם לעלמא, אלא דנראה לחלק כמ"ש.

ומה שתמה בדברי הרב המגיד דזרעיה ליהוי חלל ודאי דברא כרעא דאבוה, לא ידעתי איה מצינו סברא זו לומר בכגון זה ברא כרעא דאבוה, ובפרק החולץ גבי מעשה שבא אחד ואמר נכרי אני ונתגיירתי ביני לבין עצמי ואמר לו ר' יהודה נאמן אתה לפסול עצמך ואין אתה נאמן לפסול בניך ע"ש, ומבואר דאע"ג דהוא אסור בישראלית וכמ"ש תוס' אבל זרעיה כשר ולא אמרינן ברא כרעא דאבוה.

והא קשיא לי דהא קיי"ל נאמן אדם לומר בני זה גרושה, וכמבואר ברמב"ם פט"ו מא"ב, ובשולחן ערוך אה"ע סי' ד', ומשום דקיי"ל כר' יהודה דס"ל יכיר רחמנא הימניה לאב, וא"כ כשאומר על עצמו שהוא כהן ונשא אחת מפסולי כהונה, א"כ לדבריו זרעיה חלל והתורה הימניה לפסול זרעיה והיכא דזרעיה מיפסל ע"י עצמו נמי נאמן, כדאיתא פרק החולץ (יבמות דף מ"ז) גבי מעשה בא' שבא לפני ר' יהודה ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי א"ל ר"י יש לך עדים א"ל לאו א"ל יש לך בנים א"ל הן א"ל נאמן אתה לפסול עצמך ואין אתה נאמן לפסול בניך, ופריך אבנים לא מהימן והתניא יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר ר' יהודה נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה, אמר רב נחמן בר יצחק הכי קאמר ליה לדבריך נכרי אתה ואין עדות לנכרי, ומבואר דאי לאו דנכרי הוא היה נאמן לפסול הבנים מחמת עצמו.

ואפשר דאב אינו נאמן אלא לפסול הבנים שבעולם ולומר זה בן גרושה כדיליף לה מדכתיב יכיר יכירנו לאחרים ובהכרה ליתיה אלא כשבא לעולם בחיי אביו, וכדאיתא פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ב) בכור שנולד לאחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים משום דכתיב יכיר ע"ש, וה"ה למפסל בניו אפשר דאינו נאמן אלא היכא דנולדו בחיי אביו, וזה שהוחזק בכהן עפ"י עצמו ואח"כ נשא גרושה והוליד בנים, לא נפסלו ע"י מאמרו שאמר כהן הוא קודם שנולדו הבנים אלא דבפרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ו) תנן בהדיא ר' יהודה אומר נאמן אפילו על עובר שבמעיה ע"ש, ואע"ג דעובר אינו בתורת הכרה, וצ"ע.

פרק יב

בחידושי פני יהושע (קדושין ס"ג ע"ב) הקשה בדברי הרמב"ם פ"א מאיסורי ביאה [הל' כ"ג] שכתב וז"ל, האב שאמר בתי זו מקודשת היא לזה אף על פי שהוא נאמן ותנשא

לו, אם זינתה אינה נסקלת על פיו עד שיהיו שם שני עדים שנתארסה בפניהם, וכתב עלה הגאון בעל פני יהושע ז"ל, וקשיא לי טובא, ממה שכתב הרמב"ם פט"ו מסנהדרין דאין צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק, וא"כ אמאי אין סוקלין על פי האב, הא ע"כ כבר הוקבע האיסור על פי האב לאשת איש קודם שבא עליה אחר בזנות, דאל"כ פשיטא דאין סוקלין דהא אין כאן התראה של איסור כלל, דהא בחזקת פנויה לגמרי היא, וא"כ מאי טעמיה דרב אסי דאמר סוקלין, ע"כ מיירי שכבר הוחזקה מקודשת קודם שבא עליה אחר, וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה וע"ש בחידושיו פרק האומר ובקונטרס אחרון וז"ל, ולדעתי היא קושיא עצומה, וחזרתי על כמה צדדין ליישב ולא עלה לי כהוגן עכ"ל, ע"ש.

והנה ודאי הא דפליגי אמוראי פרק האומר (קידושין דף ס"ג) ע"ש, איבעיא להו מהו ליסקל על ידו רבא אמר אין סוקלין ורב אסי אמר סוקלין, רבא אמר אין סוקלין כי הימניה רחמנא לאיסורא לקטלא לא הימניה רחמנא, בודאי פלוגתא זו אינו אלא באומר האב קדשתי את בתי קודם שזינתה עם אחר, דלאחר זנות רב אסי נמי ודאי מודה דאין האב נאמן ליסקל על ידו, ועל פי שנים עדים יקום דבר בעינן, אלא דמיירי באומר קודם שזינתה עם אחר, אלא דמיירי בלא הוחזקה שלשים יום, דאם הוחזקה שלשים יום ע"י אמירת האב גם רבא מודה דסוקלין על ידו, דהא אפילו בהוחזקו ע"י עצמן נמי סוקלין, וכמו שכתב הרמב"ם בפ"א מאיסורי ביאה באיש ואשה שבאו ממדינת הים היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עליה ע"ש, וא"כ מכל שכן באב שהוחזקה על ידו באשת איש שסוקלין על ידו, וכן נראה מדברי הרמב"ם להדיא פ"א מאיסורי ביאה וז"ל, האב שאמר בתי זו מקודשת לזה אף על פי שהוא נאמן ותנשא לו אם זינתה, אינה נסקלת על פיו עד שיהיו שם שני עדים שנתארסה בפניהם, וכן האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת על פיו עד שיהיו שם שני עדים או הוחזק עכ"ל, והך או הוחזק אכולהו בבי קאי גם על פי האב.

ולפי זה הא דכתב הרמב"ם דאין סוקלין עפ"י האב היינו דוקא בלא הוחזק, וכהאי גוונא בעד אחד נמי כל זמן שלא הוחזק עפ"י העד אין סוקלין על ידו, וכמו שהוכחנו מלשון הרמב"ם פ"א מנזירות שכתב נהג נזירות על פיו דהיינו הוחזק וכמו הוחזקה נדה בשכנותיה דבעלה לוקה וכמ"ש בפרק י', ונראה דנהג נזירות היינו שראינו אותו גדל פרע ומתרחק מן המתים ושאר ענייני נזירות, ובזה אפילו לא הוחזק שלשים יום נמי הוי חזקה, וכמו בהוחזקה נדה בשכנותיה כיון דהוי ע"י מעשה הוי חזקה בפחות משלשים יום, וכיון דע"י ע"א נמי אין סוקלין עד שיוחזק, וכמ"ש הרמב"ם פט"ז מסנהדרין אבל

האיסור עצמו בע"א יוחזק דהיינו תורת הוחזק, וכמ"ש לעיל פרק י' ע"ש, ואם שדברי הרמב"ם נראין סתומים בקצת מקומות, סמך עצמו בסתום על המפורש, שכתב הרמב"ם בכמה מקומות דבעינן הוחזק, וכמ"ש לעיל באורך דסוקלין ומלקין ע"י ע"א אינו אלא בהוחזק, וא"כ כיון דע"י האב נמי סוקלין כשהוחזק א"כ תו ליכא סתירה וקושיא בדברי הרמב"ם, דזה שכתב הרמב"ם דאין סוקלין עפ"י האב מיירי בלא הוחזק, והא דכתב הרמב"ם בפט"ז מסנהדרין דאיסור עצמו בע"א יוחזק היינו הוחזק שלשים יום כדין חזקה, אבל אם לא הוחזק שלשים יום בין באב בין בע"א אין סוקלין, אע"ג דכבר אמר האב או העד שהוא איסור וכמ"ש, ודוק ובפרק האומר שם מהו ליסקל על ידו, רבא אמר אין סוקלין על ידו כי הימניה רחמנא לאיסור לקטלא לא הימניה רחמנא, וכתבו תוס' שם וז"ל, וא"ת והא כתיב באותו פרשה דאמר את בתי נתתי לאיש הזה וסקלוה, אלמא לקטלא נמי הימניה רחמנא, עכ"ל.

ולייש נראה דהא דפליגי רבא ורב אסי אם סוקלין על ידו תליא בסברת חכמי פרובינציא באב שאמר קדשתי את בתי אי מהני חזרה ע"י אמתלא, דלדעת קצתם לא מהני אמתלא אלא בדידה דלא הימנה רחמנא לדידה אלא משום שויא אנפשה חתיכה דאיסורא, ומשום הכי בדידה הוא דמהני אמתלא, אבל אב, כיון דלאב הימניה רחמנא הוי ליה תורת עד משום אינו חוזר ומגיד, ומשו"ה סובר רב אסי כיון דהימניה רחמנא הו"ל עליה תורת עד וסוקלין על ידו, ומשו"ה קאמר ומודינא באומרת נתקדשתי דאין סוקלין על ידה, משום כיון דלדידה לא הימנה רחמנא אלא משום שויא אנפשה חד"א וחוזרת ע"י אמתלא, והיכא דמהני אמתלא שוב לא הוי איסור ברור ליסקל או למלקי על ידו, וכמ"ש פרק ח' ופרק י' ע"ש, ורבא סובר אין סוקלין על ידו משום דס"ל דאע"ג דהימניה רחמנא אינו בתורת שני עדים, דכל היכא דליכא שני עדים מהני אמתלא לחזרה, וכמ"ש פ"ט בשם תשובת הר"ן, אבל כל מקום שהאמינה תורה לע"א יכול לחזור ע"י אמתלא, וכיון דמהני חזרה ע"י אמתלא תו לא הוי איסור ברור למילקי או ליסקל על ידו.

והרא"ה כתב בפ"ב דכתובות דהא דמהני אמתלא באשה שאמרה אשת איש אני, היינו דוקא באומרת מקודשת אני סתם, אבל אמרה מקודשת אני לפלוני לא מהני אמתלא לחוב לפלוני, וכן פסק בשולחן ערוך אה"ע סימן מ"ז סעיף ד' ע"ש, ומחלוקת דרב אסי ורבא שם הוא על משנתינו ששנינו האומר קדשתי את בתי, ובכהאי גוונא הוא דס"ל לרבא דאין סוקלין על ידו, כיון דס"ל דמהני חזרה ע"י אמתלא, וכל היכא דמהני אמתלא לא הוי איסור ברור למילקי עליה, אבל בקרא דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה, כיון שאומר שקידשה לזה תו לא מהני אמתלא לחזרה וכמ"ש הרא"ה, והו"ל כמו הוחזקה

נדה בשכנותיה דלוקה עליה משום דלא מהני אמתלא בהוחזקה, וכל היכא דלא מהני אמתלא הוי ליה איסור ברור למילקי עלה, וה"ה לסקילה, ופלוגתא דרב אסי ורבא על משנתינו דתנן האומר קדשתי את בתי סתם ולא אמר לפלוני, וכה"ג הוא דס"ל לרבא דמהני אמתלא וכי תימא אי באומר קדשתי את בתי סתם ולא אמר לפלוני, היכי אמר רב אסי סוקלין על ידו אימר לזה הוא דנתקדשה, כבר כתב בתוס' רי"ד שאומר האב ברי לי שאין זה בעלה ע"ש, וזה נכון, ודוק היטב.

ובתשובת מוהרי"ן לב (כלל ו' ח"א סי' מ"א) וז"ל, ולפי שאני סובר דדעת הרא"ה ז"ל דברי יחיד וכל הפוסקים אשר מעולם חולקין עליו, ולא שנא דאמרה מקודשת סתם ולא שנא דאמרה מקודשת אני לפלוני, אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת, דאי הוי ס"ל כדברי הרא"ה לא לשתמיט חד מינייהו לכתוב זה החילוק, דודאי חידוש כי האי צריך לאודועי כו', ולא הניחו הדברים להיותם ברורים, כי אדרבה איפכא מסתברא, דכיון דאלימא האמתלא לאפקועי איסורא דאשת איש, איך נאמר דבשביל שאמרה לפלוני ויש לו זכות לאותו פלוני באותה האשה דלא אלימא האמתלא לאפקועי אותו זכות, והלא אם אמר על חפץ שהוא של פלוני יכול לחזור בו, אף אנו נאמר בנדון דידן דאם אמרה מקודשת אני לפלוני, אעפ"י שיש בדברים הללו איסורא וממונא, אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת, ואין אנו חוששין משום ממונא, דלא גרע אמתלא מטענת שלא להשביע את עצמו, כלל העולה מהדברים שאם היה בא מעשה לידי באשה האומרת מקודשת אני לפלוני ואח"כ נתנה אמתלא לדבריה, הייתי קרוב לומר שהיתה נאמנת וכו', גם להאי דהרא"ה לא הייתי חושש להחמיר אלא א"כ היתה אומרת מקודשת אני לפלוני בבית דין ולפני המקדש, בזה הייתי חושש להחמיר מכח קצת טעמים שיש בידי עכ"ל.

וכיון דכתיב בקרא ואמר אבי הנערה אל הזקנים את בתי נתתי לאיש הזה, וקרא כדכתיב באומר אבי הנערה אל הזקנים את בתי נתתי לאיש הזה, וכיון דמיירי באומר אל הזקנים שהוא ב"ד ובפני המקדש שאומר לאיש הזה, וכהאי גוונא אפילו מאן דחולק על הרא"ה היינו באומר שלא בפני ב"ד, אבל בפני ב"ד ובפני המקדש מודה דלא מהני אמתלא וכמ"ש מוהרי"ן לב, וקרא כדכתיב בפני ב"ד דהיינו הזקנים ובפני המקדש, וכה"ג דלא מהני אמתלא סוקלין על ידו דזה הוי איסור ברור למלקי עליה, כיון דליתיה בחזרה ע"י אמתלא וכמ"ש, ודוק.

ויתיישב בזה נמי לפי מ"ש הרמב"ם פ"א מאיסורי ביאה האב שאמר קדשתי את בתי לזה כו' ע"ש, ומשום דקרא מיירי לפני הזקנים והרמב"ם מיירי שלא בב"ד.

אלא דאיכא למידק לפי זה בהא דאמרו בפ"ב דכתובות (דף כ"ב) מנין לאב שנאמן לאסור את בתו שנאמר את בתי נתתי, לאיש הזה למה לי, לכדתני ר"י כו', ותיפוק ליה דצריך "הזה", דאי לאו הזה לא היה נאמן ליסקל ובקרא כתיב וסקלוה, דאפשר דפריך לרב אסי דס"ל דאב נאמן ליסקל על ידו אפילו היכא דאמר בתי מקודשת סתם, וס"ל דלא מהני אמתלא היכא דרחמנא הימניה וכמ"ש, ועוד דאפילו לרבא לא היה צריך לכתוב הזה משום סקילה, דממילא ידעינן דהזה קאמר דקרא שם מיירי במוציא שם רע, ואב שתובע הבעל המוציא שם רע ודאי לאיש הזה קאמר.

פרק יג

אמנם מה שכתב מוהרי"ן לב דלא גרע אמתלא מטענת שלא להשביע, ומשמע מדבריו דמהני בהודאת ממון חזרה ע"י, כבר כתבנו דעתנו הקלושה בזה בספר קצות החשן (סימן פ' סק"א וסימן פ"א סקכ"א) ע"ש, ובתוספתא פ"ו מסנהדרין וזה תוארה, העדים יכולין לחזור בהם עד שתחקר עדותן בבית דין, נחקרה עדותן בב"ד אין יכולין לחזור בהם, וזהו כללו של דבר עדים שהעידו לטמא ולטהר לרחק ולקרב לאסור ולהתיר לפטור ולחיוב, עד שלא נחקרה עדותן אמרו מבודים אנו הרי אלו נאמנים, משנחקרה עדותן ואמרו מבודין אנו אין נאמנין עכ"ל התוספתא, ולא הבנתי דרישה וחקירה מאי בעי באיסור והיתר או בטומאה וטהרה, הא אין הגדתן צריך ב"ד כלל, וכמ"ש לעיל פרק ח' בשם התשב"ץ, וכיון דאין צריך ב"ד מה לי אומרם בב"ד בחקירה ודרישה או לא, וצ"ע. שוב ראיתי בשו"ת הר"ן (סימן מ"ז) שכתב וז"ל, תחילה אני דן על מה שאמר העד הראשון בתחילה חוץ לב"ד שהיתה זקוקה ליבם אם יש לסמוך עליו במה שהעיד בב"ד ששמע זה זמן רב שמת, מי אמרינן כיון דבעדות אשה אינו צריך שיעיד העד בב"ד, וכי היכי דבעדות שנתקבל לפני ב"ד אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והכי נמי בעדות זה כיון שהגיד חוץ לב"ד שוב אינו חוזר ומגיד אפילו לב"ד, או דלמא אפילו הכי כל שלא העיד בב"ד חוזר ומגיד בב"ד אעפ"י שמכחיש דבריו הראשונים, לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב"ד, ומסתברא דהכי קושטא דמלתא שאפילו בעדות אשה אעפ"י שהגיד חוץ לב"ד חוזר ומגיד בב"ד, אף עפ"י שמכחיש דבריו הראשונים, ויש ראיה לזה מאותה ששנינו העדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לרחק בין לקרב בין לאיסור בין להיתר בין לזכות בין לחיוב, אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו הרי אלו נאמנים, אם משנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו אין נאמנין, הרי שכללו כאן כל מיני עדיות, אפילו אותן שאין צריכין שיהיו נעשין בפני ב"ד, שהרי שנינו בין לאיסור בין להיתר, ואפילו הכי אמרינן שאעפ"י שהעידו בב"ד כל שלא נחקרה עדותן

יכולין לומר מבודין אנו, לפי שאין העדים מעידים עד שעת גמר עדותן בב"ד, וזו ראיה שאין עליה תשובה, עכ"ל הר"ן, ע"ש.

ומבואר דעת הר"ן דאפילו באיסור והיתר דלא בעי ב"ד, אפילו הכי חוזר ומגיד בב"ד, וכדמוכח לה מהתוספתא ובתשובות הר"ן (סימן ל"ד) וז"ל, עוד שאלת שאעמידך על דעתי בדין כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד בעדות על פה שלא על כתב ידו, על איזה צד נאמר בין לאיסור בין להיתר בין לחוב בין לזכות, אם אחר שבאו לב"ד וקבלו עדותן כראוי בעדות דלא בעי חקירה מדינא או מתקנתא ולכך לא עשו חקירה, אם יכולין לחזור ולסתור עדותן כל זמן שלא יצאו מב"ד, או אפילו יצאו מב"ד כל זמן שלא נחקרה עדותן אע"ג דלא בעי חקירה, ואפילו לא נתנו אמתלא למה שהעידו בראשונה, כמו שנראה לכאורה מהאי דרמי בר חמא דפרק האשה שנתארמלה כו', אלמא חזרת הגדה בחקירה תליא מלתא, וכמו שנראה מבואר מן הירושלמי שהביאו קצת מן המפרשים והביאו הרב בעל העיטור, העדים שהעידו בין לאיסור בין להיתר כו', וחזרו ואמרו מבודין אנו אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד נאמנין, אלמא דבכל עדות אין בה משום חוזר ומגיד כל זמן שלא נחקרה, והקשית על זה א"כ הוא שיכולין הן לסתור דבריהם כל זמן שלא נחקרה עדותן בלא אמתלא גם אחר שיצאו מב"ד אפילו בעדות דלא בעי חקירה, א"כ אם נפסק הדין ונפרע החוב ונאכל הדבר או נשאת האשה דיחזרו העדים ויאמרו מבודין אנו ההשיב ישיב הממון ותצא האשה מאישה, וזה מן התימה, אלו דבריך.

תשובה, דע שהעיקר בזה הוא שמכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, וכל שנגמרה עדותו קרוי שהגיד, וכל שלא נגמרה מפני שעדיין אינו נקרא שהגיד הרי הוא יכול להפך עדותו כמו שירצה, וזהו שאמרו בירושלמי שהעדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לרחק בין לקרב בין לאיסור בין להיתר בין לזכות בין לחוב, אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין אנו הרי אלו נאמנין, משנחקרה עדותן בב"ד אין נאמנין, ואל תחשוב שנשתמשו בזה הלשון אם עד שלא נחקרה ומשנחקרה בדקדוק גמור, ותלמוד ממנו שאפילו בדיני ממונות דלא בעי דרישה וחקירה אחר שנתקבל עדותן יכולין לחזור בהן כיון שלא נחקרה עדותן, שזה בודאי אינו, שכיון שנגמר עדותו ואין אנו צריכין עוד לדבריו, הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד, אלא מפני שכל העדיות מן הדין צריכין דרישה וחקירה כו', כללו של דבר כל שנגמרה עדותו אעפ"י שלא נחקרה באותן שאין צריכין חקירה שוב אינו חוזר ומגיד, ולא אמרו נחקרה עדות אלא כדי לתפוס הלשון שהוא שוה בכולן, וזה ברור, עכ"ל הר"ן.

פרק יד

והנראה לענ"ד מתבאר מדברי תשובת הר"ן בסי' מ"ז ובסי' ל"ד, כי מדבריו סי' מ"ז נראה דבכל ענין צריכין דרישה וחקירה לענין שאינו חוזר ומגיד, ואלו בסי' ל"ד נראה מבואר דבהני דאין צריכין דרישה וחקירה כמו בדיני ממונות שוב אינו חוזר ומגיד, וא"כ ה"ה באיסור והיתר וטומאה וטהרה דאין צריכין דרישה וחקירה שוב אינו חוזר ומגיד, אלא דעכ"פ בעינן בכולהו שיעידו עדותן בב"ד, וכל שהעידו עדותן חוץ לב"ד ואפילו באיסור והיתר דלא בעי עדותן בב"ד, מ"מ כל שלא נגמרה עדותן בב"ד חוזר ומגיד אפילו בלא אמתלא, והא דעד מעיד חוץ לב"ד שמת בעלה ובא הדבר לפני ב"ד והתירוה לינשא ונשאת, אם בא אח"כ עד הראשון ואומר מבודה אני דאינו חוזר ומגיד להוציא אשה מיד אישה, היינו משום דכל שבא אח"כ הדבר לב"ד והתירוה לינשא ונשאת על פי העד הוי ליה כנגמרה עדותן בב"ד, כיון דכבר נעשה מעשה בב"ד על פי עדותו, ואעפ"י שלא העיד בב"ד כיון דנגמר עדותו בב"ד זה הוי כהעיד עדותו בב"ד ושוב אינו חוזר ומגיד, ואפשר דלא תנשא תנשא ממש, אלא אפילו התירוה בב"ד עפ"י עד מפי עד שהעיד חוץ לב"ד חשיב ליה כאילו נגמרה עדותו בב"ד, אבל כל שלא התירוה לינשא אע"ג דלא בעי ב"ד, חוזר ומגיד כל שלא נגמרה עדותו בב"ד, אבל כל שהעיד בב"ד באיסור והיתר לא גרע מדיני ממונות דלא בעי דרישה וחקירה ושוב אינו חוזר ומגיד כל שנגמרה עדותו בב"ד, זה הנראה לענ"ד, ודוק.

והנה כתב הר"ן בחידושיו פרק שבועת העדות (שבועות לב.) בהא דאמר רב פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב, והכל מודים בעד מיתה שהוא פטור דאמר לה לדידה ולא אמר לה לב"ד, וכתב עלה הר"ן ז"ל, ולאו למימרא שתהא נאמנת אפילו עכשיו שבא העד אמרה בשמו מת ואמר שלא מת, דודאי בכהאי גוונא לא מהימנה, שכך הדין בכל עד מפי עד אם הראשון כופר אין השני האומר בשמו נאמן, וראיה לדבר כו', וכי תימא א"כ הכא אמאי פטור, משום דהיא גרמה לנפשה שהשביעה לב"ד, שאילו רצתה לומר מת בעלי סתם מצי אמרה הכי עפ"י דברים של עד עכ"ל.

וראייתו מפרק המדיר דאם הראשון כופר אין השני האומר בשמו נאמן, מהא דאמרו שם פלוני חכם טיהר לי הכתם ואשתכח שיקרא, והיינו עפ"י החכם ע"ש פרק המדיר, ולפי מ"ש הר"ן דחוץ לב"ד יכול העד לחזור ולומר מבודה אני, א"כ תיפוק ליה דהראשון הכופר נאמן יותר מן השני במגו דאי בעי אמר מבודה אני כיון דעדיין לא הותרה עפ"י ב"ד ובק"ע למוהרח"ש הוכיח דהראשון הכופר נאמן יותר מהא דאשמעינן רב פפא הכל מודים בע"א שהוא פטור דאמר לה לדידה ולא אמר לה לב"ד, ואי נימא דהראשון לא מצי

להכחישה, א"כ מאי קמ"ל רב פפא שהוא פטור, תיפוק ליה דליכא בזה שום כפירה כיון דהיא נאמנת יותר, אלא ודאי דהראשון נאמן יותר ומפסדה בכפירתו ואפילו הכי קמ"ל רב פפא דפטור משום דהיא גרמה לנפשה במה שהשביעתו לב"ד וכמ"ש הר"ן ע"ש ולפ"ז תיקשי לדעת הפוסקים דהראשון הכופר אינו נאמן יותר, וכן הוא דעת הרא"ש פרק המדיר דפלוני חכם טיהר לי הכתם ואשתכח שיקרא היינו בעדים וכדאיתא בירושלמי ע"ש, וכן כתב הרשב"א, וא"כ לדידהו תיקשי קושיית מוהרח"ש.

ולפי מ"ש י"ל דבכל מקום שהראשון כופר נאמן יותר, ומטעמא שכתבנו דנאמן במגו דאי בעי אמר מבודה אני, כיון דחוץ לב"ד חוזר ומגיד וכמו שכתב הר"ן בתשובה סי' מ"ז, אבל בהך דפלוני טיהר לי הכתם דלא שייך חזרה בהוראת חכם, ומשום הכי כתב הרא"ש פרק המדיר דבעינן אשתכח שקרא בעדים, וכן שם גבי פלוני תיקן לי את הכרי, דמיירי שאומרת בפני תיקן לי הכרי הזה דנמי לא שייך בו תורת חזרה, אבל בעד מפי עד, הראשון נאמן יותר במגו דאי בעי אמר מבודה וחוזר מדבריו הראשונים כל שלא העיד בב"ד, ודוק.

ובזה ניחא ליישב מה שהקשו על הרא"ש, דבפרק המדיר כתב אשתכח שקרא בעדים וכדאיתא בירושלמי, ואילו בפרק שבועת העדות כתב הרא"ש את דברי הרמב"ן דכל שאומר השני משם הראשון דהראשון נאמן יותר, וכתב עלה וכן מסתבר ע"ש, והבית יוסף ביו"ד סימן קפ"ה כתב לחלק, דלענין ממון להפסידה כתובתה אין הראשון נאמן יותר, אבל בפרק שבועת העדות מיירי לענין איסור, ועיין באה"ע סימן קנ"א בחלקת מחוקק ובבית שמואל שם ולפי מ"ש יש ליישב ולומר, דהתם בפרק שבועת העדות טעמא דהראשון נאמן יותר הוא משום מגו דאי בעי הדר ביה כל שאומר חוץ לב"ד, אבל בהך דפרק המדיר לא שייך מגו ודוק.

ובפרק הנזקין בביאור י"ד חלקים באומר טבל הלה מתוקן אמרו לו היאך ואמר אמרתי לפלוני לתקנו והלכו ושאלוהו ואמר לא תקנתיו כו', כיון שהוא מודה שלא אמר אלא לאחר לתקנו והלה אומר לא תקנתיו הרי הוא בחזקת טבל גמור ע"ש, י"ל דהתם נמי מיירי שלא ראה התיקון אלא שאמר לו לתקנו, וא"כ אע"ג דאמר לו כבר תקנתיו יכול לחזור ומשום הכי נאמן במגו דאי בעי הדר ביה וכמ"ש, אבל בפרק המדיר דבעי עדים מיירי שראתה בעצמה התיקון, ומשום הכי לא שייך מגו ובעי עדים דאשתכח שקרא.

וראיית מוהרח"ש דהראשון נאמן יותר מהא דאמר רב פפא הכל מודים בע"א שהוא פטור כו', ואי נימא דהראשון לא מצי להכחישה א"כ מאי קמ"ל רב פפא דתיפוק ליה דליכא בזה משום כפירה כיון דהיא נאמנת יותר, אלא ודאי דהראשון נאמן יותר ומפסדה

בכפירתו ע"ש, ואינו ראיה לענ"ד, דאפילו נימא דהראשון אינו נאמן יותר אבל הכחשה מיהא הוי, ואכתי מצי להכחישה והיא אינה נאמנת יותר והיא תפסיד כתובתה.

פרק טו

כתב בתוס' רי"ד פרק האומר (קידושין דף ס"ו) גבי אשתו זינתה בע"א, רבא אמר הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים, וז"ל, ובמעיד על אשה שנשבית או שהיא גרושה ורוצה לפוסלה לכהונה הוי דבר שבערוה וכדמוכח בשמעתין עכ"ל.

ולפרש ולבאר ראייתו נראה מדאמרינן שם אמר רבא מנא אמינא לה דתנן מעשה במגורה של דסקיא ביבנה כו' אמר ר' טרפון משל לעומד ומקריב על גבי המזבח ונודע שהוא בן גרושה או בן חלוצה עבודתו כשירה, א"ר עקיבא משל לעומד ומקריב ע"ג המזבח ונודע שהוא בעל מום עבודתו פסולה, א"ר טרפון אתה דמיתו לבעל מום ואני דמיתי לבן גרושה ובן חלוצה נראה למי דומה כו', התחיל ר' עקיבא לדון מקוה פסולו ביחיד ובעל מום פסולו ביחיד ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצה שפסולו בשנים כו', היכי דמי אי דקא מכחיש ליה מי מהימן, אלא דשתק ודכוותה בן גרושה ובן חלוצה דשתק וקתני מקוה פסולו ביחיד ובעל מום פסולו ביחיד ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצה שפסולו בשנים ע"ש, ומבואר דבן גרושה ובן חלוצה לפוסלו לכהונה הוי ליה דבר שבערוה ובעי שנים.

והרמב"ם כתב בפט"ז מהלכות סנהדרין [הל' ו'] וז"ל, אין צריך שני עדים אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה כלאי הכרם הם פירות אלו גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרה בו הרי זה לוקה אעפ"י שעיקר האיסור בע"א עכ"ל, וכיון דמוכח מש"ס דבן גרושה ובן חלוצה פסולו בשנים ע"כ צ"ל דפסולי כהונה כדבר שבערוה יחשב, וכדמוכח לה בתוס' דמעיד על אשה שנשבית או שהיא גרושה וחלוצה לפוסלה לכהונה בעי שנים והוי דבר שבערוה, וא"כ היכי כתב הרמב"ם דגרושה או זונה ע"א נאמן בה לאוסרה לכהונה.

ולכן נראה לענ"ד דהרמב"ם ס"ל במעיד על אשה שנשבית לאו דבר שבערוה הוא, דאפילו מעיד זונה אשה זו ע"א נאמן לפוסלה לכהונה ומעיד על אשה שנשבית הו"ל כמעיד זונה אשה זו, ואפילו אתחזק התירא ע"א נאמן נגד חזקה לדעת הרמב"ם לפי מ"ש הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז לדעתו ע"ש, והא דבן גרושה ובן חלוצה פסולו בשנים, נראה דלאו משום דבר שבערוה, דא"כ הו"ל אשה זונה או גרושה נמי דבר שבערוה וכמ"ש בתוס' רי"ד, והנה לפנינו דעת הרמב"ם דגרושה או זונה לאו דבר שבערוה הוא וע"א נאמן בה וכמו שאר איסורין הוא, אלא דבן גרושה ובן חלוצה כיון דפסולו בגופו והוא מפסולי כהונה,

וכיון דהוא מפסולי קהל כהונה זה הוא דבעי שנים, וכמו להעיד על אחד שהוא ממזר דודאי בעי שנים לפוסלו לקהל ישראל, דהא האב דנאמן לומר בני זה ממזר יליף לה מדכתיב יכיר וכמו כן להעיד שהוא בן גרושה וחלוצה מדכתיב יכיר כדאיתא בפרק עשרה יוחסין, וא"כ מוכח דלית ביה משום נאמנות ע"א באיסורין, דלא אמרו ע"א נאמן באיסורין אלא להעיד על דבר שנתהוה במקרה, כמו להעיד אשה זו נעשית גרושה או זונה דזה הו"ל כמו נתנסך יינך, אבל להעיד על פסולי קהל בתולדה, הן להעיד ממזר או בן גרושה וחלוצה, דהוא חלל בתולדה ולפוסלו מקהל כהונה או קהל ישראל, בזה אין ע"א נאמן אלא האב מדכתיב ביה יכיר יכירנו לאחרים כדאיתא פרק עשרה יוחסין, והא דמייתי רבא ראיה לענין אשתו זינתה בע"א דזה ודאי הו"ל דבר שבערוה, היינו משום דרבא ס"ל דאפילו שותק בעל דין לא מהני היכא דבעי שנים, ואביי חולק וס"ל דאע"ג דדבר שבערוה בעי שנים אפילו הכי שתיקת בע"ד מהני, וכמבואר בתוס' שם ד"ה רבא אמר אביי, ומייתי ראיה דהיכא דבעי שנים לא מהני נמי שתיקת בע"ד, מהא דבן גרושה ובן חלוצה פסולו בשנים ומשום דהוא פסול הגוף לפוסלו מקהל כהונה ולא מהני אפילו שותק, וא"כ ה"ה בדבר שבערוה לא מהני שתיקת בע"ד.

וא"כ לפי מ"ש לשיטת הרמב"ם דע"א נאמן לומר גרושה או זונה אשה זו לפוסלה לכהונה, אבל להעיד שהוא בן גרושה וחלוצה שהוא פסול הגוף ודאי בעי שנים, וזה נראה לע"ד בכוונת הרמב"ם בלשונו שכתב גרושה או זונה אשה זו, ושבק חללה ולא כתב גרושה זונה וחללה אשה זו, אלא כיון דחללה היינו בת גרושה או בת חלוצה, וזה הו"ל פסולי הגוף מפסולי כהונה, וזה ודאי בעי שנים וכדהוכחנו מהך דרבי יהודה דאמר יכיר דנאמן לומר בני זה בן גרושה או בן חלוצה, ומשמע דאחר אינו נאמן אלא דוקא להעיד על גרושה או זונה שהוא פסול שנתהוה במקרה, בזה הוא דע"א נאמן בה, והוא דקדוק נאות ומכוון, ודוק היטב.

והנה כתב הרמב"ם פי"ב [הלכה יט] מגירושין, עד אומר מת ועד אומר לא מת ונשאת לאחד מעדיה ואומרת ברי לי לא תצא, והרמב"ן והרשב"א חולקין עליו בזה משום דע"א בהכחשה לאו כלום הוא והו"ל כמאן דליתא ואם נשאת לאחד מעדיה תצא, והקשה המוהרח"ש בקונטרס ענונות לדעת הרמב"ן והרשב"א מהא דאיתא פרק האשה רבה (יבמות דף פ"ח), מתיב רבא מנין שאם לא רצה דפנו ת"ל וקדשתו בע"כ, היכי דמי אילימא דלא ניסת לאחד מעדיה ולא קאמרה ברי לה צריכא למימר דפנו, אלא לאו דניסת לאחד מעדיה וקאמרה ברי לי וקתני דפנו, אלמא מפקינן לה מיניה, ומשני איסור כהונה שאני, ואבע"א כשבאו עדים ואח"כ נשאת ור' מנחם בר' יוסי היא, והקשה המוהרח"ש

לשיטת הרמב"ן והרשב"א נימא דמיירי בחד נגד חד ונשאת לאחד מעדיה וקאמרה ברי לי ומש"ה דפנו, דהא בחד וחד לא מהני ברי דידה ע"ש.
ונראה לפי מ"ש ליישב קושיא זו והוא, דודאי אי אפשר לומר בחד נגד חד ונשאת עפ"י העד שאמר מת ואח"כ בא לומר עד השני לא מת, דהא בכה"ג כל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ולא תצא מהתירה הראשון, וצ"ל דמיירי בבת אחת ונשאת לאחד מעדיה, וכן נמי צ"ל שעכשיו נודע דודאי מת אבל לא ידעי אם מת קודם שנשאת או אח"כ, דאם לא כן בלאו הכי תצא משום איסור אשת איש ולא תליא באיסור כהונה וכן פירש"י שם, אלא כהאי גוונא דנשאת תחלה לאחד מעדיה ואח"כ באו עדים שהיה חי באותו שעה ע"ש, וכיון דמיירי בע"כ באופן דליכא איסור אשת איש אלא איסור כהונה גרידא, דהא תני דפנו והוא כהן ע"כ דליכא איסור אשת איש, ולפי מ"ש בשם הרמב"ם דמעיד על אשה שהיא זונה אין בזה משום דבר שבערוה אלא משום איסור גרידא וע"א נאמן בה, ובאיסור כהאי גוונא בחתיכה ספק חלב ספק שומן ודאי כל שאמר ברי לי דשומן הוא מותר לדידיה אע"ג דאתי חד ומכחיש ליה, כיון דבעל דבר טוען ברי שהוא מותר ודאי מותר לאכול לזה שאומר ברי לי, ומכל שכן אם יש ע"א שמעיד כדבריו שהוא מותר, ועד כאן לא כתבו הרמב"ן והרשב"א בחד נגד חד דתצא אלא בדבר שבערוה דלא מהני אלא שני עדים וע"א בהכחשה לאו כלום הוא וא"כ הו"ל העד כמאן דליתיה, וכל שהוא כמאן דליתיה העד האומר מת א"כ ודאי לא מהימני לומר מת בתורת בעל דבר, דהא גבי דבר שבערוה בעי שנים ואפילו ע"א דמהימן ביה היינו כל דלא מכחשי ליה, אבל כל דמכחשי ליה הרי הוא כמאן דליתיה, ומשום הכי תצא, אבל באיסור כהונה דאין זה משום דבר שבערוה אלא משום איסור גרידא ובאיסורא בעלים מהימני, וכל שנשאת לאחד מעדיה ויודעין דלית בה איסור זונה מהימני, דע"א נאמן באיסורין אפילו נגד חזקה, וכמו שכתב הש"ך סימן קכ"ד ביו"ד לדעת הרמב"ם, ואינהו הבעל והאשה שיודעין דלית בה איסור זונה בעלים מהימני, ואפילו אתי אחד ומכחיש להו, אין ע"א נאמן להכחיש הבעלים, ומשום הכי לא מצי מוקי לה בחד וחד, דכל כהאי גוונא שאינו אלא איסור כהונה דהוא מתורת ע"א נאמן באיסורין אפילו נגד חזקה, א"כ אינהו מהימני באיסורין ואפילו ע"א מכחיש, וזה נכון, ודוק.
אמנם קשיא לי לפי דעת הרמב"ם במעיד על אשה שהיא זונה או גרושה דנאמן משום דהוי ליה איסור וע"א נאמן באיסורין, הא דתנן פרק האומר (קידושין דף ס"ד) קדשתי את בתי קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא קטנה נאמן, קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא גדולה אינו נאמן, נשבית ופדיתיה בין כשהיא קטנה בין כשהיא גדולה

אינו נאמן ואמאי אינו נאמן לומר נשבית נהי דרחמנא לא הימניה אלא בתורת נשואין, לא גרע מע"א דעלמא דנאמן אפילו אשה וקרוב באיסורין, ואין לומר דמיירי במכחישתו והו"ל ע"א בהכחשה כיון דבעלים מכחשי, דתינח גדולה קטנה מאי איכא למימר, דהא קטנה לא ידעה אם נשבית בעודה בת שלש או בת ארבע ומידי משא במילי דקטן, וצ"ע כעת.

פרק טז

רוב הפוסקים העלו בספיקא דתרי ותרי דהוי ספיקא דרבנן ומן התורה אוקי אחזקתיה, ועיין תוס' כתובות דף כ"ו ד"ה אנן אחתינן וע"ש בר"ן ובפרק האומר דף ס"ו, מעשה בינאי המלך כו' ויאמר יהודה בן גדידיה לינאי המלך ינאי המלך רב לך כתר מלכות הנח כתר כהונה לזרעו של אהרן שהיו אומרים אמו נשבית במודיעים, ויבוקש הדבר ולא נמצא כו', ופריך היכי דמי אילימא דבי תרי אמרי אשתבאי ובי תרי אמרי לא אשתבאי מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני, וכתב רש"י ואי אמרת אוקי תרי להדי תרי ואוקי אתתא אחזקתה, הני מילי אי היא קמן והיתה באה לב"ד להתירה, אבל בנה זה הנדון אין לו חזקה בכשרות שהרי מעידין על תחלת לידתו בפסול, ובתוס' הקשו דהא אמרינן פ"ק דכתובות דף י"ג לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ומשום דמהני חזקת האם לבת ע"ש, וע"ש בחידושי הרשב"א ובתוס' רי"ד מ"ש בזה.

ונראה לפי מ"ש תוס' בכורות ר"פ הלוקח (בכורות כ.), ובפ"ק דחולין דף י"א ד"ה לר' מאיר דחייש למיעוטא וז"ל, מדקאמר לר' מאיר ולא קאמר היכי אכלינן בישרא משמע דלא קיי"ל כר' מאיר דחייש למיעוטא, וקשה דבפרק הלוקח פסק ר' יוחנן כרשב"ג דאמר הלוקח בהמה מניקה מן הנכרי פטורה מן הבכורה כשבנה כרוך אחריה דלא מרחמה אלא א"כ ילדה ולא מיפטר מטעם רוב בהמות אינן חולבות אא"כ יולדות, אלמא חיישינן למיעוטא אע"ג דליכא חזקה בהדי מיעוטא, דאי אמרת אוקי הפרה בחזקת שלא ילדה אדרבה העמד ולד בחזקת שאינו קדוש בבכורה שהיה חולין במעי אמו עכ"ל.

ובפרק אלמנה לכה"ג ביבמות דף ס"ז גבי בת ישראל שניסת לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר, ואמרינן בגמ' משום דס"ל לחכמים עובר במעי זרה זר הוא, וע"ש ברי"ף ורא"ש דפסקו להלכה כן, ואפילו חכמים דפליגי נמי מודו דעובר במעי זרה זר הוא, אלא דסבירא להו לחכמים עובר לאו בר ירושה הוא ע"ש, וא"כ ניחא דלא מהני חזקת האם לינאי אע"ג דבעלמא מהני חזקת האם לבת, היינו משום דכיון דאית לה לאם חזקת כשרות מכריח חזקה זו נמי לספיקא דבת, אבל הכא אדרבא איכא חזקת זרות נגד חזקת האם, והוא דכיון דבמעי אמו זר היה אוקי אחזקתיה

דעדיין זר הוא, וכמ"ש תוס' לענין בכור דקדוש אחר שנולד, וכיון דאיכא חזקה להיפוך תו לא מהני חזקת האם כיון דאיכא נמי חזקה להיפוך חזקת זרות וכמ"ש, ודוק.
ובזה נראה ליישב דברי הרמב"ם פ"כ מהל' איסורי ביאה [הל' א'] דאין ע"א נאמן להאכיל בתרומה ולהעיד שהוא כהן אלא בתרומה דרבנן אבל לא בדאורייתא ע"ש, ותמה עליו הר"ן פ"ב דכתובות ובדאורייתא אמאי אינו נאמן דהא קיי"ל ע"א נאמן באיסורין ע"ש ולפי מ"ש ניחא דכיון דע"א אינו נאמן אלא בחתיכה ספק חלב ספק שומן דלא אתחזק איסורא, אבל היכא דאתחזק איסורא אינו נאמן, וכן הוא דעת תוס' והרא"ש פרק האומר, ועיין בטור ושולחן ערוך סי' קכ"ז ביורה דעה, וכיון דחזקת זרות דבמעי אמו ודאי זר היה, מוקי בחזקתו דעדיין הוא זר ואין ע"א נאמן במקום חזקה, ואפילו היכא דאתרמי במעיד על חבירו שהוא כהן ואמו כהנת דכה"ג במעי אמו כהן הוא, דדוקא במעי זרה זר הוא מוקי ליה בחזקה דאבוה דזר היה, דאי אפשר שלא יהיה לאבותיו עד אהרן הכהן חזקת זרות אם היתה אמם זרה, ומוקי לזה בחזקת אבהתיה דזר הוא ודוק והש"ך שכתב ביו"ד סי' קכ"ז בשיטת הרמב"ם דס"ל דע"א נאמן באיסור אפילו נגד חזקה ע"ש, אינו מוכרח.
והא דאמרינן פ"ב דכתובות דף כ"ו גבי פלוגתא דרשב"א ור' אליעזר דמוחזק לן באבוה דהאי דכהן הוא, ונפיק עליה קלא דבן גרושה או בן חלוצה הוא ואחתיניה, ואתא ע"א ואמר ידענא ביה דכהן הוא, וסבר רשב"ג אנן אחתינן ואנן מסקינן ליה, ואע"ג דהוי תרי ותרי ומשום חזקה דאבוה דכהן הוא, ואמאי לא נימא אוקי כנגדה בחזקת זרות דבמעי אמו זר היה, אלא דהמעיין ברש"י נראה דמפרש לה בחזקה אחרת, והוא דמוקי ליה בחזקה קמא דכבר הוחזק בכהן בשעה דאסקינן ליה עפ"י עד הראשון ע"ש, ואפשר דמה"ט כתב רש"י חזקה זו ולא כתב משום חזקה דאבוה, משום דנגד חזקה דאבוה איכא חזקת זרות במעי אמו, אבל חזקה שהיה לו בשעה שהעיד עליו העד הראשון שפיר הוי חזקה, דהיה ודאי כהן מחמת שהוחזק לן בכהן ע"י העד, ובתחילה היה העד נאמן, דנגד חזקת זרות יש לו חזקת אבוה, ומשו"ה אנן מסקינן ליה ע"י אותה חזקה, ודוק.

פרק יז

כתב בתשובת מוהרי"ט (ח"א סי' י"א) וז"ל, לאה שנתקדשה לראובן ומיאנה בו ועמדה ונתקדשה לשמעון, וכת אחת מעידה שהיתה קטנה בשעת קידושי ראובן, וכת אחת מעידה שהיתה גדולה בשעת קידושי ראובן, יורנו המורה לצדקה אם היא אסורה לשני מטעם ששתי כתות מכחישים זה את זה, או אם נאמר יגרש ראובן וישא שמעון, או אפילו איפכא תשובה, ריש מסכת נדה שמאי אומר כל הנשים דיין שעתן הלל אומר מפקידה לפקידה כו', ומסוגיא דהתם משמע בין לשמאי בין להלל היכא דליכא ריעותא

מגופה אע"ג דהשתא הרי היא טמאה לפנינו אמרינן העמד דבר על חזקתו, וכך הם דברי תוס' שם, ומינה לנידון דידן אע"ג דאשה זו הרי היא גדולה לפנינו, אמרינן העמד דבר על חזקתו שהיתה קטנה בשעת קידושי ראובן בחזקה קמייתא כו', אלא מיהו ביבמות פרק אלמנה לכהן גדול (יבמות סז.) שנינו העובר והיבם והאירוסין והחרש ובן ט' שנים ויום א' פוסלין ולא מאכילין, ומסיים בסיפא דמתני' ספק בן ט' ספק אינו בן ט' פוסל ולא מאכיל, והקשו שם תוס' ולמה לא נעמידנו בחזקה הראשונה שהיה פחות מבן ט' ותירצו כיון דהשתא דאתי לקמן הוא ודאי בן ט' אעפ"י שהיה ספק כשבא עליה לא מוקמינן אחזקה, דחזקה קמייתא איתרע ליה וכו', ע"כ תורף דברי מורי הרב זלל"ה.

ובמוהרי"ט שם האריך להשיב על דברי הרב וז"ל, ונראה דהך דיבמות דמיא לנדה דמטמאה מעת לעת ולא אזלינן בתר חזקה כדמפרש טעמא בגמ', דכיון דמגופה קא חזיא איתרע לה חזקתה, ופירש רש"י כיון דמגופה קא חזיא מועדת ועלולה היא לכך ואין לה חזקת טהרה, אלמא כל שהיא מעותדת ועלולה ומועדת לכך אין לה חזקה, דמעיקרא נמי להכי קאי, וה"נ בספק בן ט' אין זה חזקה מה שמתחילה קטן היה, דמעיקרא נמי להכי קאי ובכל יום גדל ואתאי, ומיהו אם השתא דאתי קמן נמי לא ידעינן אם הוא בן ט' או לאו, ודאי טפי הוי לן לאוקמי אתתא בחזקת כשרות, להכי כתבו תוס' כגון דהשתא דאתי לקמן הוא ודאי בן ט', וכיון שכן הורעה חזקתו הראשונה, וחזקת כשרות נמי הורעה שנאמר כמו שהוא עכשיו אפשר שהיה כן מקודם ונפסלה בביאתו כו'.

ובהא דכתבתי ניחא לי הא דאמרינן ריש פרק האשה רבה כו' מי דמי התם לא אתחזק איסורא הכא אתחזק איסורא דאשת איש, אלמא דע"א לא מהימן היכא דאתחזק איסורא, והא ע"א נאמן באיסורין מנדה ילפינן כו', והתם אע"ג דאתחזק איסורא דנדה ודאית מהימנה להתיר עצמה, א"כ ניליף בכל דוכתי שיהיה ע"א נאמן אפילו היכא דאתחזק איסורא, אלא שיש לומר דהך חזקה דנדה לאו חזקה היא, שיודעים אנו שלסוף ימים ישלמו לה ימי טומאתה, הלכך כי אמרה נמי שלא ראתה עוד ולא סתרה מניינה מהימנה, אבל חזקה דאיסורא דאשת איש אינה עשויה להתבטל וחזקה אלימתא היא, ומינה לכל חזקות התלויות בזמן כגון זו שהשנים הם הגורמים לאו חזקה מקרי, וכיון שהעלינו שאין כאן חזקה, הוי לה להך אתתא דנידון דידן ספיקא ואזלינן בה לחומרא, דומיא דמעת לעת שבנדה דתולין לא אוכלין ולא שורפין, הכי נמי תלינן בה וחיישינן לקידושי שניהם, ע"כ תורף דברי מוהרי"ט.

והנה כבר הארכנו בזה בשמעתא ג' פ"י וי"א וי"ב וי"ג דחזקת קטנות אע"ג דעשויה להשתנות חזקה מעלייתא היא, ונדה דמטמאה לעת לעת אינו אלא לחומר קדשים

ותרומה, אבל לחולין שפיר הוי חזקה אע"ג דנדה עתידה ועלולה לכך לא נפיק מכלל חזקה וע"ש, ולכן נראה לענ"ד בזה הנדון שכתב מוהרי"ט והוא, דכיון דחזקת קטנות חזקה אלימתא א"כ קידושי ראובן לאו כלום הוא ומשום דמוקי לה בחזקת קטנות, וכי תימא אכתי תרי ותרי מיהו ספיקא דרבנן הוי וראוי לחוש לקידושי שניהם, נראה דהיינו דוקא היכא דליכא אלא חזקה חדא הוא דהוי תרי ותרי, אבל היכא דאיכא תרי חזקות אפילו בתרי ותרי מוקי לה בחזקתו.

ומנא תימרא, מהא דאיתא פרק בכל מערבין (עירובין דף ל"ה), רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו הכא בשני כתי עדים עסקינן אחת אומרת מבעוד יום נטמאה ואחת אומרת משחשיכה, רבא אמר התם תרי חזקה לקולא והכא חדא חזקה, ופירש רש"י ז"ל רבא אמר גבי נגע בא' בלילה אפילו יש שני כתי עדים חלוקים אחת אומרת קודם שנגע בו מת ואחת אומרת עכשיו מת נמי ר' מאיר מטהר, ואפ"ה לא תיקשי התם תרי חזקה לקולא נינהו לטהר ומשו"ה אזלינן לקולא דאוקי תרי להדי תרי והעמד מת על חזקתו הראשונה כל הלילה וחי היה, ועוד העמד נוגע על חזקתו הראשונה וטהור היה, הכא במתני' חדא חזקה היא דאיכא למימר העמד תרומה על חזקתו, ומשום חדא חזקה לא מרעינן סהדי הלכך אזלינן לחומרא עכ"ל, ע"ש.

ומבואר דהיכא דאיכא תרי חזקה מרעינן סהדי ושפיר סמכינן על תרתי חזקה לארועי סהדי, והכא בנידון דידן נמי תרתי חזקה הוא דהוי, חזקת קטנות לאשה דהו"ל חזקה מעליא וכמ"ש, ועוד חזקת פנויה והו"ל תרתי חזקה לקולא ומרעי סהדי, ודוק ואם שלא מצאתי כעת כלל זה בדברי הפוסקים להקל בתרתי חזקה בתרי ותרי הנלענ"ד כתבתי מוכח מדברי הש"ס.

והא דמשמע מדברי תוס' פרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ט) דהיכא דהיא אשת איש ממ"נ או משום קידושי אביה או משום קידושי דידה לית בה משום חזקת פנויה וחוששין לקידושי שניהם ע"ש, כבר כתב הגאון בעל עצמות יוסף שם דאין ללמוד מדבריהם לאשה שנתקדשה קידושי ספק ואח"כ קידושי ודאי ע"ש, וא"כ חזקת פנויה חזקה מעליא היא ובתרתי חזקה מרעי סהדי וכמ"ש.

ואין להקשות מפרק ארבעה אחין (יבמות דף ל"א שם), ואילו בגירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא קתני מ"ט, אמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת כו', ואקשו עלה ואלו בגירושין ספק קרוב לו מי לא תנן, והתנן היתה עומדת ברה"ר וזרקו לה קרוב לה מגורשת כו' מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת, ואמרינן למאי הלכתא דאי כהן הוא אסורה לו ואי ערוה צרתה בעי חליצה כו', ומשני הא אתמר עלה רבה ורב יוסף

דאמרי תרווייהו הכא בשני כתי עדים עסקינן אחת אומרת קרוב לו ואחת אומרת קרוב לה דהו"ל ספיקא דאורייתא ומתני' דהכא בכת אחת דהו"ל ספיקא דרבנן ע"ש, והתם נמי איכא תרתי חזקה, חדא העמד צרה בחזקת היתר לשוק, וחדא העמד ערוה בחזקת שלא נתגרשה דהוי חזקה מעליא, וכמ"ש תוס' שם ד"ה אשה זו בחזקת היתר לשוק וז"ל, וא"ת תינח כנס ואח"כ גירש אלא גירש ואח"כ כנס מאי איכא למימר, וי"ל דמ"מ היא בחזקת היתר לשוק דמוקי הערוה בחזקת שלא נתגרשה ע"ש, וא"כ בכנס ואח"כ גירש איכא תרתי חזקה, חזקת הצרה בחזקת היתר לשוק, ועוד חזקת הערוה שלא נתגרשה, דהא למ"ד מיתה מפלת מיירי אפילו בכנס ואח"כ גירש, ועיין מה שכתבתי בשמעתא ה' פ"ה.

אמנם נראה דודאי למ"ד תרי ותרי הוי ספיקא דאורייתא ומשום דתרי סהדי מפקי מחזקה, א"כ מה לי חדא חזקה או תרי חזקה, כשם דתרי סהדי מפקי מחדא חזקה כמו כן מפקי מאלף חזקות ולעולם מידי ספיקא לא נפקא, אלא לדידן דקיי"ל תרי ותרי ספיקא דרבנן אבל מן התורה מוקי לה על חזקה קמייתא, בזה הוא דס"ל בחדא חזקה מדרבנן להחמיר, ובתרי חזקה לא רצו חכמים להחמיר, ורבה ורב יוסף דס"ל ספיקא דתרי ותרי מדאורייתא משו"ה לא מחלקי בין תרתי חזקה לחדא חזקה, ולמסקנא שם דקיי"ל אפילו בכת אחת ספק קרוב לה דצריכה חליצה ולא מוקי לה בחזקת היתר, ומשום חומרא דחליצה לא מהני חזקה, וכמ"ש בשמעתא ה' פ"ז ע"ש, א"כ ה"ה בספיקא דתרי ותרי אפילו לדידן דבתרתי חזקה מרעי סהדי, אבל משום חומרא דחליצה לא מהני אלא היכא דבכת אחת ספיקא דידה מותר משום חזקה, א"כ ה"ה בספיקא דתרי ותרי ואיכא תרתי חזקה סמכינן על תרתי חזקה, ואפילו ספיקא דרבנן לא הוי וכמ"ש, ודוק.

פרק יח

ובמוהרי"ט (סי' מ"א) בנדון שאלה בקטנה שלא נודע מספר שנותיה ונשים העידו בה שהיא עדיין קטנה כדי שתמאן בבעלה, והעלה דאין הנשים נאמנות כיון דחזקת קטנות לא מיקרי חזקה שהיא עשויה להשתנות, וז"ל ומעתה בנדון שלפנינו כיון דליכא למימר אוקמה בחזקת קטנות כדפרישית, וגם אין לומר העמידנה בחזקת פנויה, דמ"מ לכל הפחות קידושי דרבנן אית עלה אלא שבאת להפקיעה במיאון, הא ודאי אית עלה חזקת איסור ומספק אתה בא להתירה במיאון אל תתירנה מספק, שהרי יש כאן ספק של תורה דשמא כשקידשה כבר היתה גדולה וחיילי בה קידושין מדאורייתא, הלכך נראה דיש להחמיר בזו להצריכה גט משני צדדים, חדא בזו לא יהיו נאמנות הנשים להעיד על השערות דלעולם נשים אין נאמנות להקל באיסורא דאורייתא כו', ועוד מצד אחר

יש להחמיר בה אפילו אם נבדקה יפה עפ"י אנשים כו', דכיון דספיקא דאורייתא הוא אזלינן בה לחומרא, וחיישינן שמא נשרו ע"ש.
ונראה מדבריו דחזקת פנויה לית בה כיון דעכ"פ נתקדשה קידושי דרבנן, ומה נעשה שלא נוכל לירד לסוף דעתו הרמה, דמה ענין קידושי דרבנן לקידושי תורה, וכיון דאיכא חזקת פנויה דודאי לא נתקדשה קידושי תורה ואין כאן חשש קידושי תורה ממילא תצא במיאון, ואיך נגלגל מקידושי דרבנן על קידושי תורה, וא"כ ממילא תו ליכא חשש קידושי תורה מחמת חזקת פנויה, וא"כ כיון דאיכא חזקת פנויה בספק קטנה ואיכא נמי חזקת קטנה לפי מ"ש הפוסקים הקודמים דחזקת קטנות הוי חזקה, וא"כ הו"ל תרתי חזקה ואפילו בספיקא דתרי ותרי מרעי סהדי וסמכי בתרי חזקה לקולא וכמו שהוכחנו מהך דעירובין דף ל"ב.
וניחא בזה ליישב הא דאמרינן בפ"ב דכתובות דף כ"ו, הכא במאי עסקינן דמוחזק לן באבוה דהאי דכהן הוא, ונפיק עליה קלא דבן גרושה ובן חלוצה הוא ואחתיניה, ואתא עד אחד ואמר ידענא ביה בהאי דכהן הוא ואסקיניה, ואתו בי תרי ואמרי בן גרושה ובן חלוצה ואחתיניה, ואתא ע"א ואמר ידענא ביה דכהן הוא כו', ורשב"ג סבר אנן אחתינן ואנן מסקינן, וכתבו שם רש"י ותוס' אע"ג דתרי ותרי הוא מוקמינן בחזקתו, ורש"י פירש חזקה על פי העד דכהן הוא, ותוס' פירשו חזקה דאבהתיה ע"ש, והקשו שם דתרי ותרי עכ"פ ספיקא דרבנן מיהא הוי, וכתבו תוס' דבתרומה דרבנן הקילו ע"ש, ולפי מ"ש דבתרתי חזקה לקולא אפילו בתרי ותרי, והתם נמי איכא תרתי חזקה לקולא, חזקה דאבוה דכהן הוא ועוד חזקה דפירוש רש"י דמוקי לה בחזקה קמייתא דאסקיניה על פי העד הראשון ע"ש.
ויתיישב בזה הא דפירש רש"י הך חזקה דעל פי העד, ולא סגי ליה בחזקה דאבוה וכמ"ש תוס', ולפי מ"ש ניחא דלא תיקשי דהא בתרי ותרי ספיקא דרבנן הוי, לזה הוסיף רש"י עוד חזקה דעל פי העד דאסקיניה, ובתרתי חזקה מרעי סהדי.
ובחידושי מוהרי"ט בקידושין פ"ק וז"ל, אבל הרי"ף כתב בבעיא דכלב ורץ אחריה לקמן בפרקין דסלקא בתיקו והוי ליה ספיקא דאורייתא ולחומרא, והקשו עליו אמאי לא נימא אוקי אתתא אחזקת פנויה, ונראה לי דכי אמרינן העמד דבר על חזקתו היינו אחזקה דגופה דלא איתרעי עד השתא, אבל חזקת פנויה הא אתרע לה שהרי פשטה ידה וקיבלה קידושין, אלא שאנו מסופקין במעשה הקידושין, ומאותה שעה שפשטה יצאתה מכלל פנויה שהיתה מקודם לכן, ושוב אין להעמידה על חזקתה שתהא מותרת מן התורה, דהא בפ"ב דכתובות (כתובות כב.) גבי שנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה

הרי זו לא תנשא ואם נשאת לא תצא, ומפרש לה אביי בעד אחד, והקשו שם בתוס' אמאי לא תנשא לכתחילה הוי לן לאוקמה על חזקתה, וי"ל כיון שאנו יודעים שזרק לה קידושין ומספקא לן אי קרוב לו אי קרוב לה, וכיון דודאי זרק לה קידושין לית לן למימר אוקמה אחזקתה להתירה לכתחילה, ואף על פי שהם תפסו בלשונם להתירה לא בעי למימר דחומרא דרבנן היא, אלא הכי קאמר לית לן למימר דמדאורייתא אוקמה אחזקה להתירה לכתחילה אלא שאם נשאת לא תצא, שאין בכך להוציאה מתחת בעלה אם לא היכא דאתחזק איסורא דתרי ותרי דהוי באשם תלוי, כדאמרינן התם לעיל מכדי תרי ותרי נינהו הבא עליה באשם תלוי קאי, דעל פי השנים שאומרים נתקדשה קרי אתחזק איסורא, אבל הכא נהי דאתרע חזקה דהתירא אכתי לא אתחזק איסורא, והא דאמרינן בפ"ק דחולין מנלן דאזלינן בתר חזקה, מדכתיב ויצא הכהן מן הבית דלמא אדנפיק ואתי בצר ליה שיעורא, והא התם נמי הורעה החזקה שהרי חסר לפניך, התם איכא למימר השתא הוא דחסר אבל קודם לכן לא הורעה עכ"ל ולפ"ז בנדון דידן נמי שנתקדשה בעדים ונסתפקו במנין שנותיה ליכא חזקת פנויה.

אמנם דברי מוהרי"ט שגבו ממני, דודאי תוס' לא כיוונו כלל לאיסור תורה, ומעולם לא שמענו לחלק בדאורייתא בין לכתחילה לדיעבד, ובתוס' כוונתם לחלק בין לכתחילה לדיעבד מדרבנן, והוא דעכ"פ אין להתירה לכתחילה מדרבנן, וזה פשוט וברור.

פרק יט

אמנם לפי מה שביארנו דחזקת קטנות אע"ג דעשויה להשתנות הוי חזקה, ונדה דעשויה להשתנות נמי הוי חזקה, והא דמטמאה מעת לעת אינו אלא לתרומה וקדשים אבל לחולין הוי חזקה אע"ג דעלולה ומועדת לכך ועשויה להשתנות, וכמ"ש בפט"ז וכבר הארכנו בזה בשמעתא ג' ע"ש, ולפ"ז קשיא לן הא דאשה נאמנת לומר לבעלה טמאה אני לך, דכיון דהא דאשה נאמנת אינו אלא בתורת ע"א נאמן באיסורין ומשום דכתיב וספרה לה, והא דנאמנת על ספירת שבעה נקיים אע"ג דאתחזק איסורא ואין ע"א מהימן נגד חזקה כבר כתבו תוס' ריש פ"ק דגיטין ובריש פרק האשה רבה ליישב, הובא דבריהם בשמעתא ג' פ"י ע"ש, אבל היכי נאמנת לומר לבעלה טמאה אני לך, כיון דכל הנשים בחזקת טהרה לבעליהם ואין ע"א מהימן נגד חזקה ואין לומר דנאמנת מתורת בעלים דנאמנין בשלהן ואפילו נגד חזקה, דא"כ לא מקשי תוס' ריש פ"ק דגיטין מספירת ז' נקיים כיון דהוא מתורת בעלים, אלא ע"כ דלא אמרינן תורת בעלים דנאמנין בשלהם אלא בממונם וכמ"ש לעיל בפ"ו ע"ש.

ואפשר הא דאשה נאמנת לומר לבעלה שראתה נדה לאו מוספרה לה יליף, דוספרה לה בשבעה נקיים הוא דכתיב ובטהרתה, אבל תחילת נדתה הוא משום דשויא אנפשה חתיכה דאיסורא ואין להקשות דהא כתב הר"ן סוף נדרים במשנה האומרת טמאה אני לך נאמנת חזרו לומר שמא עיניה נתנה באחר וכתב שם הר"ן דמדינא אינה נאמנת למשוי נפשה חד"א כיון דהיא משועבדת לבעלה וע"כ משעבדא ליה ע"ש, דהיינו דוקא לאפקועי נפשה מבעלה הוא דאינה נאמנת, אבל לומר שראתה נדה אינה מפקעת עצמה מבעלה, ובתחילת נשואין נשאת על דעת כן שלא יהא כופה ומשמשתו בעת שתאמר טמאה אני לך ואחרי טהרתה עוד תשוב לבעלה וכהאי גוונא יכולה עצמה למשוי נפשה חד"א, וכן משמע מלשון הר"ן שם שכתב וז"ל, דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו ע"ש, ומשמע דוקא להפקיע לגמרי מבעלה הוא דאינה נאמנת.

אלא שיש להסתפק לפ"ז דאשה שאמרה טמאה אני לך דנאמנת משום שויה אנפשה חד"א, אם האיסור גם לבעל הבא עליה, או אין האיסור אלא לאשה דשויא אנפשה חד"א, וכהאי גוונא יש להסתפק בכל מקום דשויא אנפשה חד"א, כגון באשה שאמרה אשת איש אני, אם האיסור כמו כן לבא עליה.

ולכאורה נראה מדברי תוס' דשויא אנפשה חד"א אינו אלא לדידה, ע"ש בתוס' סוף פרק בתרא דנדרים (נדרים צ.) וז"ל, וא"ת וטמאה אני לך אמאי לא מהימנה הא שויא אנפשה חד"א כו', ותירץ הרב ר' אליעזר דלא מצינו זונה שהיא אסורה לכהן, דודאי הוא מוזהר עליה אבל היא אינה מוזהרת עליו, הלכך גם לדבריה אינה אסורה בו ע"ש ומשמע מדבריהם דשויא אנפשה חד"א אינה אלא לדידה אמנם אי נימא טעמא דשויא אנפשה חד"א מתורת נדר, הובא טעם זה במוהרי"ט ח"ג סי' א', א"כ כמו שיכול לאסור אדם על עצמו כמו כן יכול לאסור עצמו וממונו על אחרים, אלא דכבר דחה שם המוהרי"ט טעם זה, דאי משום נדר א"כ ליתשל עליה, אלא ע"כ דאינו מתורת נדר ע"ש, וא"כ אין האיסור אלא לעצמו ולא לאחרים, אלא דממילא אסור לכל אדם לבוא עליה כשאמרה אשת איש אני משום לפני עור.

איברא דלפי מ"ש דטמאה אני לך אינו בתורת נאמנות אלא משום שויא אנפשה חד"א, קשה מסוגיא דפרק ידיעות הטומאה (שבועות יז.), דתנן התם איזו מצות עשה שבנדה, היה משמש עם הטהורה ואמרה לו נטמאתי ופירש מיד חייב, ואע"ג דלא ידע בנדתה אלא על פיה, ואם אינו מצד נאמנות אלא משום שויא אנפשה חד"א בעל אמאי מחייב קרבן, ומשום לפני עור ליכא קרבן, ואפילו למאן דמוקי לה התם בשעת וסתה, לא אתרע

חזקתה מן התורה דהא קיי"ל וסתות דרבנן סו"פ כל היד, והיכי נאמנת היא לחייב הבעל קרבן ואפשר כיון דהבעל שותק אמרינן שתיקה כהודאה, וכדאיתא ריש פרק האשה רבה, גבי אמר לו אכלת חלב ושותק דחייב קרבן, וכתבו קצת מרבוואתא דאפילו במקום דלא הוי ליה לידע נמי אמרינן שתיקה כהודאה ואפילו אתחזק התירא, ועיין ש"ך יו"ד סי' קכ"ז דוקא במכחיש לו הבעלים, דהיינו שאמר לעד איני מאמינך, אבל בשותק אפילו בדבר שלא היה לו לידע, דעת הרשב"א בתשובה סי' שע"ו והר"ן פרק האומר והריטב"א והנימוקי יוסף ר"פ האשה רבה דאפילו לא אמר לו נתנסך יינך בפניך ולא היה לו לידע ושותק ג"כ העד נאמן ע"ש, ואתי שפיר דאשה שאמרה לו נטמאתי, אע"ג דכל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן, חייב הבעל קרבן מחמת שתיקה.

אבל לדעת תוס' והרא"ש והמרדכי בקידושין דלא אמרו שתיקה כהודאה אלא דוקא באומר לו נתנסך יינך בפניך דאז מדשתק הוי קצת רגלים לדבר, וכיון שהיה לו לידע חשיב שתיקה כהודאה, אבל נתנסך יינך שלא בפניך אפילו שתק הך שתיקה אינה כהודאה, דמשום הכי שתק לפי שאינו יודע בירור הדבר ע"ש, והכי נמי אשה שאמרה לבעלה נטמאתי, כיון דלא היה לו לידע לא הוי שתיקה כהודאה, וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה בהא דחייב הבעל קרבן על פי האשה, וכיון דכל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן אין העד נאמן נגד חזקה, ומשום שויא אנפשה חד"א אין מקום לחייב הבעל קרבן וכמ"ש.

ולכן נראה לפי מ"ש תוס' פרק האומר (קידושין דף ס"ד) בהא דתניא בני זה בן י"ג שנים ויום אחד נאמן לנדרים ולחרמים ולהקדשות, וכתבו שם תוס' ז"ל תימה הא אין ע"א נאמן באיסורין אלא בדבר שבידו, וי"ל כיון דסופו ליגדל עשאוהו כדבר שבידו עכ"ל, והכא נמי כיון דמועדת ועלולה לכך שתראה וסופה שתראה, אע"ג דהשתא אתחזק טהרה, הוי ליה כדבר שבידו כמו התם בסופו ליגדל, ובחידושי פני יהושע כתב לפרש דעשאוהו כדבר שבידו אינו אלא חומרא דרבנן, וע"ש מאי דקשיא ליה בזה דתנן נמי נאמן לקרבן והניח בצ"ע.

ולעניות דעתי נראה דעשאוהו כדבר שבידו הוא מן התורה, וכמו כן מצינו בחידושי הרמב"ן ריש פ"ק דגיטין (ב.) וז"ל ע"א נאמן באיסורין, ויש מפרשים משום דכתיב וספרה לה לעצמה, וק"ל התם אתחזק איסורא, שאפילו פרסה נדה עמו במטה או שילדה סופרת לעצמה ונאמנת על טבילתה, ונגמור מיניה דע"א נאמן באיסורין אפילו אתחזק איסורא כו', ובתוס' תירצו דהתם בידה לתקן שתספור ותטבול, אעפ"י שאין בידה לתקן עכשיו אם לא שלמו ימיה, מ"מ יכולה היא לספור ולטבול, וכל שבידה לתקן ע"א נאמן אע"ג דאתחזק איסורא כדאמרינן פרק האשה רבה עכ"ל, ונראה מדבריו דאע"ג דהשתא אינו

בידו דהא אם לא שלמו ימיה אין בידה לתקן, אלא ע"כ הכוונה כיון שסופה ליטהר הו"ל כמו בידה, וא"כ הא דאב נאמן לשנים לקרבן נמי כיון שסופו ליגדל הו"ל כמו בידו.
אלא דאינו משמע כן מדברי תוס' שלפנינו שכתבו ריש גיטין וז"ל, וא"ת דע"א נאמן באיסורין מנ"ל, וי"ל דילפינן מוספרה לה, וא"ת א"כ אפילו אתחזק איסורא, וי"ל דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה וכשעברו שבעה טהורה ממילא ולא אתחזק איסורא וגם בידה לטבול עכ"ל, ומשמע מדבריהם דוקא הטבילה בידה אבל הספירה אינו בידה, אלא דהספירה לא חשיב אתחזק איסורא דאינה מוחזקת שתהא רואה לעולם, וכמ"ש ביאור דבריהם לעיל שמעתא ג' פ"י, ועוד דאי נימא דנדה הכל בידה הספירה והטבילה ומשום דעתידין שישלמו ימיה וכמ"ש, א"כ מנ"ל דע"א נאמן באיסורין בדלא אתחזק איסורא היכא דאינו בידו כיון דנדה חשיב הכל בידה ואפשר דהרמב"ן ס"ל דבידה אינו אלא לגרוע חזקת איסור וכמ"ש המוהרי"ק סי' ע"ב, הובא דבריו לעיל פ"ב, וכבר כתב הר"ן דזה אינו אלא פשרה, הובא לעיל פ"ו, וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה, דאיך הבעל חייב קרבן עפ"י מאמר האשה נטמאתי, כיון דע"א אינו נאמן נגד חזקה וכל הנשים בחזקת טהרה, ומשום שויא אנפשה חד"א אינו בר קרבן וצ"ע.
ולפי מ"ש דאשה שנאמנת לומר נטמאתי בנדה דאינו אלא משום שויא אנפשה חד"א, ומשום דאינה נאמנת נגד חזקת טהרה דאין ע"א נאמן במקום חזקה, ודוקא לאפקועי נפשה מבעלה הוא דאינה נאמנת, אבל במה שראתה אינה מפקיעה עצמה אלא עוד תשוב אליו אחרי טהרתה, או בשותק ומאמין לה וכמבואר, א"כ נראה באשה שאמרה שראתה אחר תשמיש וכמו כן בשלשה פעמים ואין הבעל מאמין לה, אינה נאמנת, כיון דהוא נגד חזקת טהרתה ואין ע"א נאמן במקום חזקה, והכא שמפקיעה עצמה מבעלה ע"י כן אינה נאמנת.
ויתיישב בזה מה שהקשה בספר כרתי ופלתי (הלכות נדה סימן קפ"ז) בהא דתנן טמאה אני לך למשנה אחרונה אינה נאמנת שמא עיניה נתנה באחר, ומאי הועילו חכמים בתקנתם, הלא תוכל להערים וליקח עמה במטה מוך מלוכלך בדמים ולומר דמצאה על העד לאחר קינוח בכדי אותיום, פירוש מיד, ונאמנת לומר כי נדה היא דהתורה האמינה, וא"כ ע"כ תצא ולא תפסיד כתובתה, ומאי הועילו חז"ל ע"ש, ולפי מ"ש אינה נאמנת כהאי גוונא כל שהוא לאפקועי עצמה מבעלה והבעל אינו מאמין לה, ודוק.

פרק כ

כתב בתרומת הדשן (סי' של"ד) דע"א מסייע פוטרו משבועה אפילו במודה במקצת ושבועת שומרין ועד אחד מכחישו והאריך בראיות ע"ש ובש"ך (חו"מ סי' פ"ז סקט"ו)

משיג על דבריו וז"ל, וכל דבריו לא נתחוורו לי, אלא נראה דאוקי חד לגבי חד וסלק עדותן כמאן דליתא וחייב שבועה דאורייתא משום שבועת השומרים או משום מודה במקצת כו', ועוד נראה דגם בשני כתי עדים המכחישים זו את זו אמרינן סלק עדותן כמאן דליתא, ואי הוי חייב שבועה דאורייתא בלא עדותן, כגון שבועת השומרים או מודה במקצת או היסת, השתא נמי משתבע הך שבועה, והיכא דנתחייב תחילה שבועה דאורייתא משום ע"א לחוד, אפילו בא עד המסייע אחר שפסקו לו הבית דין שבועה דאורייתא נראה דמ"מ עד המסייע פוטרו וכ"כ הנימוקי יוסף שם שכן העלה הר"ן בחידושיו, ואע"ג דדברי הר"ן לא נתחוורו אצלי במה שכתב דכל שלא נעשה מעשה על פיו אע"ג שבאו בזה אחר זה כבאו בבת אחת דמי, דמפירוש רש"י בסוטה פרק מי שקינא ותוס' שם וכן מתוס' דכריתות ר"פ אמרו לו ושאר מקומות לא משמע כן, אלא כל שבאו בזה אחר זה, אע"ג דלא נעשה מעשה עפ"י הראשון, אמרינן דהראשון הו"ל כתרי ואין דבריו של השני שהוא כחד כלום כנגד שנים, מ"מ נראה דרש"י ותוס' שם לא מיירי אלא היכא שהראשון נאמן כתרי ולא השני, כגון גבי סוטה דגלי לן קרא דעד שאומר נטמאת כשנים ולא גלי קרא דעד שאומר לא נטמאת כשנים, וכן בשאר דוכתי ופוסקים מיירי בכהאי גוונא, וכן הר"ן לשיטתו אזיל דס"ל דעד המסייע אינו פוטר משבועה להכי אצטריך לטעמא דלא נעשה מעשה על פיו כו', אבל לדידן דקיי"ל עד המסייע נמי נאמן מדאורייתא כמו העד המחייב, והוי כתרי לגבי תרי דאין חילוק בין באו בבת אחת בין באו בזא"ז, אלא בכל ענין אוקי סהדי לגבי סהדי וסלק עדותן כמאן דליתא, ונראה דה"ה איפכא, היכא שפטרוהו ב"ד באחד משום עד מסייע ואח"כ בא ע"א והכחישו, אמרינן אוקי חד לגבי חד וסלק עדותן כמאן דליתא, ואי הוי שבועה דאורייתא או היסת בלא זה השתא נמי חייב, ולא אמרינן כיון דכבר פטרוהו ב"ד עפ"י ע"א הו"ל כבאו בזה אחר זה דאמרינן פרק האשה שנתארמלה ובפרק האשה שלום דסהדא בתרא הו"ל כחד לגבי תרי, דשאני התם דסהדא קמא מהימן כתרי ולא סהדא בתרא, אבל הכא הך סהדא בתרא לענין שבועה מהימן כמו הך סהדא קמא, כן נראה לי ברור בדינים הללו עכ"ל.

והנה מ"ש דבחד לגבי חד או אפילו בתרי ותרי, היכא שהיה מחויב שבועה דאורייתא או היסת אמרינן סלק עדותן כמאן דליתא, כבר הארכנו בזה בספר קצה"ח (סימן פ"ז סק"ח) דלא אמרינן סלק עדותן, והיכא דתרי אמרי על שטר שהוא פרוע ותרי אמרי אינו פרוע לא אמרינן סלק עדותן, אלא אדרבה השטר פרוע מספק וכמ"ש הש"ך בסי' ע"א, וא"כ ע"כ מוכח דתרי ותרי כמאן דאיתנהו דמי, וא"כ ה"ה לענין שבועה פטור, דכי היכי דמהני תפיסה למוחזק בתרי ותרי לממון, א"כ ה"ה לענין שבועה.

אלא שכתבנו שם דשבועה שאני, דכל שהוא חייב אינו יוצא ידי שבועתו עד אלא כשנתברר עפ"י שנים, או עפ"י ע"א המסייע למאן דס"ל עד המסייע פוטר, ומסייע לא הוי אלא כשנודע בבירור שהוא מסייעו, אבל כל שאנו בספיקא לא נפיק מידי שבועה, דכל ענין שבועה אינו אלא לברר האמת, וכל שנפל ספק בעדים ולא ידעי אמאן סמכי צריך שבועה ע"ש ועיין מה שכתבתי שם בסימן פ"ב סק"ט.

אמנם מן התימה על הש"ך שסתר משנתו ששנה לנו ביו"ד סי' קכ"ז סקי"ד, ושם הביא דברי נימוקי יוסף ר"פ האשה רבה בשם הריטב"א שכתב בשם רבו וז"ל, דוקא בעדות דבר שבערוה דבעינן שנים והאמינו לזה שאומר מת כשנים, אבל באיסור דעלמא דסגי בחד, כיון שלא האמינוהו אלא כחד, כי אתי אחריני ומכחשי ליה הוי הכחשה כחד לגבי חד כו' עכ"ל [הנימוק"י] ואחריו נמשכו מוהרש"ל פ"ק דחולין סי' ט' וב"ח ס"ס א', ופסקו דלא כמוהרי"ק שורש ל"ג שפסק על אחד שאמר על השוחט ששחט שלא כהוגן והשוחט מכחישו, שהשחיטה כשירה מטעם כיון דהאמינו לשוחט הו"ל כשנים ואין דבריו של א' במקום שנים, אבל המחבר סו"ס א' פסק כמוהרי"ק, וכן נראה להדיא מדברי הרא"ש פרק הנזקין ומרדכי פרק האשה רבה כו' ונראה לי ראיה לדבריהם מסוף סוטה (דף מז.) גבי ע"א אומר ראיתי ההורג ואחד אומר לא ראיתי, דאמרינן נמי התם כל מקום שנאמן ע"א הרי הוא כשנים ואפשר לומר דדעת הריטב"א וסייעתו דוקא היכא דגלי קרא דע"א נאמן הו"ל כשנים, דהא התורה האמינתו כשנים, אבל היכא דלא גלי לן קרא אלא מסברא או מתקנת חכמים הוא נאמן, כגון חתיכה ספק חלב ספק שומן ואמר ע"א שהוא שומן, או היכא דא"ל נתנסך יינך והוא שותק, וכה"ג ובכל דוכתי דאמרינן ע"א נאמן באיסורין, כיון דלא גלי לן קרא אינו חשוב כשנים, אלא בעדות אשה דמדינא בעי שנים וחז"ל האמינוהו כשנים ואין דבריו של אחד במקום שנים, והתם גבי עגלה ערופה ילפינן מקרא דלא נודע מי הכהו דע"א מהימן וכדאיתא התם, ולפ"ז י"ל דהרמ"ה מודה להריטב"א דאיהו בשבועה קמיירי דגלי קרא דקם לשבועה עכ"ל [הש"ך], הרי דס"ל דבאיסורין הראשון כתרי, ומכל שכן בשבועה דגלי קרא והוא ההיפוך ממה ששנה כאן. אלא דלענין דינא נראה עיקר לענ"ד כמ"ש הריטב"א וסייעתו, דבאיסורין דסגי בחד לא אמרינן כל מקום שהאמינה תורה כיון דהשני נמי כשנים, ומ"ש הש"ך ביו"ד ראיה מדברי המחבר דפסק ביו"ד סו"ס א', נראה דודאי היכא שהאמינה התורה לראשון ולא לשני כמו בעד מיתה, אז הוא דהוי הראשון כשנים והשני שבא אחר זה הוי כחד ואינו כלום, אבל אם באו בבת אחת, דאז הו"ל ע"א בהכחשה והו"ל הראשון כמאן דליתא, ובסוטה הראשון שאומר נטמאה התורה האמינו מדכתיב ועד אין בה וכדיליף בסוטה, ואע"ג

דבכל מקום דבר שבערוה אינו פחות משנים, גלי קרא ועד אין בה שיהיה ע"א נאמן בה, אבל השני שאומר לא נטמאה דלא גלי קרא שיהיה נאמן, הרי הוא בכלל אין דבר שבערוה פחות משנים, ובדבר שבערוה הן לאיסור הן להיתר ע"א לאו כלום הוא, וא"כ הראשון בלבד הוא דנאמן מדכתיב ועד אין בה ולא השני, משום הכי כל מקום שהאמינו תורה הרי הוא כשנים, אבל באיסורין בחתיכה ספק חלב הרי זה שאומר מותר נאמן כמו זה שאומר אסור הו"ל השני נמי כשנים, ומ"ש בשולחן ערוך סו"ס א' בשוחט שהעיד עליו ע"א ששחט שלא כהוגן והוא מכחישו דע"א בהכחשה לאו כלום הוא, היינו משום דאתחזק איסורא, ואין ע"א נאמן בו אלא משום בידו וכמבואר בתוס' ורא"ש ריש פ"ק דחולין, והיינו משום דבידו לשחוט כהוגן, וזה שבידו דהו"ל כמו בעלים וכמ"ש הרא"ש, ונאמן זה שבידו יותר מבעליו האמיתי וכמבואר בטור ושולחן ערוך יו"ד סי' קכ"ז, ומכל שכן אחר שאינו נאמן להכחיש לזה שבידו, אבל היכא דשניהן אין בידן השני נאמן כמו הראשון ודוק.

ובזה נסתלק השגת מוהרש"ל פרק קמא דחולין והב"ח בסי' א' על השולחן ערוך דפסק דהשוחט נאמן מדברי הריטב"א בשם רבו דבאיסורין נאמן השני כמו הראשון ע"ש, ומשום דכאן השוחט שבידו לשחוט כהוגן דנאמן אפילו בעלים מכחישין אותו, מכל שכן נגד אחר, וניחא נמי בזה ליישב מה שהקשו בדברי שולחן ערוך סו"ס א' דמשמע מדבריו אפילו באו בבת אחת, וכה"ג לכו"ע לא אמרינן כל מקום שהאמינה התורה ע"א הרי הוא כשנים עיין שם, ולפי מ"ש טעמא דמלתא משום דכל היכא שבידו הוא נאמן יותר ואפילו בהכחשת בת אחת.

פרק כא

ומה שכתב הש"ך (יו"ד קכ"ז ס"ק י"ד), ונראה לי ראיה מסוף סוטה גבי עד אחד אומר ראיתי ההורג ואחד אומר לא ראית דאמרינן נמי התם כל מקום שהאמינה התורה עד אחד הרי הוא כשנים, התם אין עד אחד נאמן בו מצד עד אחד נאמן באיסורין, דהא לקרבן אין עד אחד קם, ותדע מדאמרינן שם בגמ' סוף סוטה טעמא דמכחשי ליה הא לא מכחשי עד אחד מהימן מנא לן, אמר קרא לא נודע מי הכהו ע"ש, ואם כן מוכח דלאו משום איסורין הוא, דאיסורין מוספרה לה יליף דעד אחד מהימן, וכיון דלקרבן בעינן שנים, אם כן הראשון דמהימן מדכתיב לא נודע הא השני דלא גלי קרא אינו נאמן לקרבן. ועוד נראה לענ"ד דהתם בעגלה ערופה כיון שהשני אומר לא ראית, אינו מעיד שום עדות אלא שמכחיש הראשון לומר לא ראית, וכל מקום שהאמינה התורה אין השני נאמן להכחישו, ודוקא בחתיכה ספק חלב שהראשון מעיד עדותו שהוא שומן והשני כמו כן

מעיד שהוא חלב, וכשם שהראשון נאמן בעדותו, כך השני נאמן בעדותו, וכהאי גוונא נראה בעד אחד שאומר נתנסך יינך זה, לדעת כמה פוסקים דעד אחד נאמן באיסורין ואפילו אתחזק התירא, ובא השני והכחישו ואומר לו ביום פלוני העדת שראית בו ביום נתנסך אני אומר לא ראית, כהאי גוונא אין השני נאמן בהכחשה בזה אחר זה, ונתקבל כבר עדות הראשון, ומשום דהשני שבא אחר זה אינו נאמן אלא להעיד ולא להכחיש לזה שכבר האמינו התורה, ולפי זה בשבועה נמי דעד אחד מסייע פוטר והשני נאמן כמו הראשון, אם כן אם בא הראשון לחייב שבועה ובא השני והעיד לפוטרו אפילו בזה אחר זה, השני נאמן כמו הראשון.

ואחי הרב המופלג מוהר"ר יהודא כהנא ש"ן אמר דאפילו נימא באיסורין כל שבא הראשון שוב אין השני נאמן, וכדעת הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז, היינו דוקא באיסורין דאינו נאמן אלא בספק חלב ספק שומן, וכיון שהאמינה התורה לראשון, שוב אינו נאמן השני נגד חתיכה שהוא ודאי חלב או ודאי שומן על פי הראשון, מה שאין כן לענין שבועה, כיון דהעד הראשון לא האמינו התורה רק לחייבו שבועה, ואם כן השני דנאמן לפטור משבועה, פוטרו גם משבועה דאתי על פי עד אחד, ואפילו אי הוי משכחת פתרי שיהיו שנים מחייבים אותו שבועה, כיון שאינו אלא שבועה השני כפוטרו, דעד מסייע פוטרו משבועה, ודבריו נכונים, ודוק.

אחר כתבי זאת מצאתי כדברינו אלה בתשובת תשב"ץ (ח"ב סי' פ"ט) וז"ל, והענין אינו אלא אם האוסר בא ראשון והמתיר בא אחרון, אם דומה לע"א שבא ואמר נטמאה ואח"כ בא השני ואמר לא נטמאה אם הוא דומה לזה כו', אבל נראה ודאי שאין זו דומה לזו, שלענין טומאה לא האמינה תורה אלא האומר נטמאה, וכן לענין עגלה ערופה לא האמינה תורה אלא האומר ראיתי ההורג, משום הכי אם בא הוא ראשון הוי כשנים, והמכחישו הוי אחד במקום שנים ואם בא אחרון אינו נאמן, אבל לענין איסורין בין לאיסור בין להיתר ע"א נאמן, שאעפ"י שלא הוצרכה תורה לזו אלא להתיר וכדכתיבנא, בלא ספק הדין שע"א נאמנותו לאסור מן התורה, וכל שכן הוא, שאם להיתר נאמן קל וחומר לאיסור, ודבר הבא מק"ו דאורייתא הוא שאדם דן ק"ו מעצמו, והכי איתא בכריתות שע"א נאמן לומר חלב הוא זה והאוכלו לוקה אעפ"י שלא הוחזק האיסור אלא על פי ע"א, וכ"כ הרמב"ם ז"ל בהלכות שגגות ובהלכות סנהדרין פט"ז, וא"כ אפילו בא האוסר ראשון והמתיר אחרון, הוי כבת אחת או כשתי עדים המכחישים זה את זה עכ"ל [התשב"ץ] ע"ש.

מיהו מה שכתב או כשתי עדים המכחישים זה את זה, לפי מ"ש, הפרש יש בין עד נגד עד ובין שני עדים נגד שני עדים, והוא דבשני כתי עדים המכחישים זה את זה, אפילו באה כת השניה ואמרו לכת ראשונה לא ראיתם נמי הוי הכחשה כיון דתרי ותרי נינהו, אבל באיסורין, אע"ג דע"א נאמן באיסורין, אינו נאמן אלא להעיד על הדבר הן לאיסור הן להיתר, אבל להכחיש לראשון ולומר לא ראית, דזה אינו ענין לאיסורין אלא הכחשה לגוף העדות, וכל שבא ראשון שוב אין השני נאמן להכחישו ולומר לא ראית, אלא אם כן מעיד בתורת עדות להפוך מאיסור להיתר, בזה השני נאמן כמו הראשון, זה הנראה לענ"ד.

ודע שראיתי בשיטה מקובצת ריש בבא מציעא (דף ב.) בענין עד מסייע פוטר משבועה, ובמה שהוכיחו דאם כן כי מייתי להעדאת עדים מק"ו מע"א, לפרוך מה לע"א שכן אינו בהכחשה כיוצא בו, אלא ע"כ דעד המסייע פוטר, וכתב שם דאפילו למ"ד אין עד המסייע פוטר מ"מ מכחיש הוא הראשון, וכי תימא אכתי איכא למיפרך שכן אינו בהכחשה בכיוצא בזה אחר זה דכל מקום שהאמינה התורה ע"א הרי הוא כשנים, דהיינו דוקא כשנעשה מעשה על פיו אבל לשבועה, אע"ג דפסקו לו בית דין שבועה, כל שלא נשבע עדיין כאילו באו בבת אחת דמי, עד כאן תורף דבריו ע"ש [בשיטה מקובצת].

אמנם לענ"ד נראה דהא דאמרינן כל שבאו בבת אחת ע"א בהכחשה לאו כלום, היינו דוקא באיסורין שהאמינה התורה אפילו לאשה וקרוב, ומשום הכי כל שהוא מוכחש הו"ל ע"א בהכחשה ולאו כלום הוא, אבל ע"א הקם לשבועה דבעינן שיגיד בפני ב"ד והוא שיהיה כשר, זה אינו בתורת הכחשה כלל, ותדע דהא בכל מקום ע"א בהכחשה לאו כלום הוא, ואפילו אם בעל דבר מכחישו, ואלו בע"א לשבועה דבעל דין מכחישו ואפילו הכי ע"א נאמן לשבועה, ומשום הכי נמי אין ע"א אפילו כשר נאמן להכחישו, אי לאו עד מסייע פוטר משבועה, ומשום דע"א לשבועה כשנים לממון, ומשום הכי אפילו באו בבת אחת, אי נימא דע"א קם לשבועה לחיוב ולא לפטור, אם כן אפילו בבת אחת הוי ליה השני כמו קרוב ואשה דאין בדבריהם כלום לעד שהאמינה תורה, וזה נראה לענ"ד ברור.

וכן נראה מדברי מוהר"ם מרוטנבורק הביאו הרא"ש בראייתו דעד המסייע פוטר משבועה, מדלא פריך מה לע"א שאינו בהכחשה בכיוצא בו, ע"ש ברא"ש ריש פ"ק דמציעא, ומבואר מדבריו דאי נימא עד המסייע אינו פוטר, אפילו בהכחשה אינו ואפילו בבת אחת, והוא מטעמא דאמרן, דלא אמרינן ע"א בהכחשה לאו כלום הוא אלא היכא דפסול ואשה נמי מעיד בה, ומשום הכי כל שבא אחד והכחישו בבת אחת הוי ליה

ע"א בהכחשה, אבל ע"א דקם לשבועה, עיקרו בהכחשת בעל דין ואפילו הכי אינו נאמן להכחישו עד שישבע, הכי נמי עד אחר אינו יכול להכחישו, ומשום דע"א לשבועה כשנים לממון ואין בו תורת הכחשה, אלא אי נימא עד המסייע פוטר, וזה ברור.

ויתיישב בזה מה שהקשה אחי הרב המופלג מוהר"ר יהודא כהנא ש"ן בדברי תרומת הדשן (סימן של"ד) שכתב דעד אחד מסייע פוטר משבועה אפילו משבועת מודה במקצת ושבועת שומרין ועד אחד מכחישו, והקשה אחי הנזכר דהא קיי"ל דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא, ואם כן אין המסייע פוטרו כל שיש אחד המכחישו, דנהי דיהבה תורה נאמנות לעד אחד לפטור משבועה, היינו דוקא היכא דאין אחר מכחישו כמו בכל מקום דעד אחד מהימן, ואם אחר מכחישו אין בעדותו כלום, והובא דבריו בספרי קצה"ח (סימן פ"ז סק"ח) ע"ש, ולפי מה שנתבאר דלא אמרינן עד אחד בהכחשה לאו כלום אלא במקום דאפילו קרוב ופסול ובעל דין ונוגע נמי יכולין להכחישו, אבל עד אחד דקם לשבועה כשנים לממון ליתא כלל בהכחשה, אלא דעד אחד המכחישו הוי ליה נמי עד והוי ליה עד נגד עד, וסבירא ליה לתרומת הדשן דכהאי גוונא לא אמרינן סלק עדותן כמאן דליתא, אלא כמאן דאיתנהו דמי ופוטר מספיקא, ודוק.

פרק כב

והנה בהא דקיי"ל תרי ותרי ספיקא דרבנן אבל מן התורה אוקי אחזקה קמייתא, ונסתפקתי היכא דליכא חזקה אלא רובא, כיון דרובא עדיף מחזקה א"כ לא ליהוי נמי אלא ספיקא דרבנן כמו בחזקה אמנם נראה דהיכא דליכא חזקה אלא רוב הו"ל ספיקא דאורייתא, ומשום דתרי סהדי עדיף מרובא ואין הרוב יכול להכריע בתרי ותרי, ודוקא חזקה קמא הוא דמהני מן התורה, משום דכיון דלפנינו ספיקא דתרי ותרי אזלינן בתר חזקה, ואינך יכול להוציאו מחזקתו קמא עד דאתברר שיצא מחזקתו הראשונה, אבל רובא אינו אלא ראיה שנוטה להתיר יותר מלאיסור, אבל כיון דאיכא תרי ותרי לעולם ספיקא דידהו ספק שקול אפילו במקום רוב, ומשום דרוב אינו מכריע במקום עדים כלום, משום דתרי כמאה ומכ"ש תרי ותרי ורובא דלא עדיף מתרי, ולפ"ז נראה בשנים שאומרים שנמצא יתרת בבהמה ושנים מכחישים שלא היה יתרת, כיון דחזקה ליכא, דהא לפי דברי העדים שנמצא יתרת נולדה טריפה מבטן, אע"ג דאיכא רובא אינו מכריע נגד עדים, והו"ל ספיקא דאורייתא וכמ"ש.

וכן מוכח מדברי תוס' מרובה [ב"ק עב. ד"ה אין] ופרק חז"ה שכתבו בהא דאמרינן מאי חזית דסמכת אהני דלהימני לבתראי במגו דפסלי לקמאי בגזלנותא, ותירצו דמגו לא עדיף מעדים, דהא מגו במקום עדים לא אמרינן ותרי כמאה, וה"ה תרי נגד תרי ואיכא

רובא בהדייהו וא"כ אע"ג דרוב בהמות אינן טריפות, אכתי הו"ל ספיקא דאורייתא, אלא דוקא חזקה כיון דהו"ל ספק קמן מוקי לה בחזקה קמא.
ומהאי טעמא נראה דה"ה תרי אמרי פרע תוך זמנו ותרי אמרי לא פרע, אין הלוה חייב לפרוע, ולא אמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי אחזקה דלא פרע אינש גו זימניה, דהך חזקה אינו אלא כמו סברא דלא פרע ועדיפא מרובא, ואלפי ראיות וסברות לא מהני בתרי ותרי, אלא דוקא חזקה קמא הוא דמהני.
ובתוס' פ"ב דכתובות דף כ' הקשו בהא דאמרינן גבי שנים חתומין על השטר ובאו שנים מן השוק ואמרו ידענו שכתב ידם הוא זה אבל אנוסים היו קטנים היו פסולי עדות היו, אם יש עדים שכת"י יוצא ממקום אחר אין אלו נאמנין, ואמרינן עלה דתרי ותרי נינהו ואוקי ממונא בחזקת מאריה, והקשו בתוס' ד"ה אלא אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי וז"ל, וא"ת ולרב נחמן אמאי לא מגבינן ביה בשטרא, הא סבר רב נחמן כרב הונא בשני כתי עדים המכחישין זא"ז דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה, אע"ג דלפי עדות כל אחת חברתה פסולה לכל עדיות, ה"נ כיון דאין מכחישין אותן לומר שלא לוה כלום, אלא אומרים אינכם נאמנים בדבר הזה דפסולין הייתם, ליתכשרי ואמאי לא מגבינן ביה בשטרא, וי"ל דהתם באה כל אחת בפני עצמה ומעידה משום דמוקמינן כל אחת בחזקת כשרות, אבל הכא שאומרים קטנים היו או קרובים היו משנולדו עד עתה שנתרחקו ליכא למימר אוקמינהו אחזקתייהו, דהא פסלי אותן משנולדו עכ"ל.
והרא"ה בחידושיו הקשה דהא דקטנים או פסולי עדות מחמת קורבה משנולדו, נמי איכא חזקה דאין העדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה בגדול, וכדאיתא פ"ק דכתובות דף י"ח, דפירש רש"י דכל מעשה שטר בגדולים, המוכר והלוקח והעדים, ע"ש ולפי מ"ש ניחא, דהך חזקה דאין העדים חותמין אלא א"כ נעשה בגדול, לא הוי חזקה אלא מחמת סברא, וכמו הך חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, וסברא לא מכרעת כלום במקום עדים, ומידי ספיקא לא נפקא, אלא דוקא חזקה קמייתא כמו חזקת כשרות וכיוצא חזקה קמא הוא דמהני בספיקא דתרי ותרי, וזה נראה לי ברור, ודוק.

פרק כג

נסתפקתי בספק טומאה ברשות היחיד ובא ע"א והעיד שיודע בבירור שלא נטמא, אם נאמן ע"א בזה, לפי מה שמבואר מדברי תוס' והרא"ש והטור דע"א אינו נאמן אלא היכא דלא אתחזק כמו בחתיכה ספק חלב, אבל נגד חזקה אין ע"א נאמן, וכיון דספק טומאה ברה"י ספיקו טמא אפילו היכא דאיכא חזקת טהרה, והוא מבואר אצלינו בשמעתא א' פ"ו, וכיון דאפילו חזקה לא מהני בספק טומאה ברה"י כל שכן ע"א דלא מהני, דע"א

גרע מחזקה, כיון דאין ע"א נאמן נגד חזקה, והא דכתיב וספרה לה דמינה שמעינן ע"א נאמן והיא עומדת ברה"י והוי ליה ספק טומאה ברה"י ואפילו הכי נאמנת, דכבר כתבו תוס' ריש נדה (דף ב) דלא ילפינן ספק טומאה ברה"י אלא דוקא ספק מגע דומיא דסוטה ולא ספק ראיה ע"ש.

ואין להביא ראיה דע"א אינו נאמן בספק טומאה ברה"י מסוטה גופא דהכתוב טימא כודאי, ואע"ג דסוטה היא אומרת לא נטמאתי ובאיסורין ע"א נאמן אפילו בעל דבר עצמו, דהא וספרה לה כתיב, די"ל דסוטה חשוב כחשוד לאותו דבר דאינו נאמן, כיון דקינא לה ונסתרה ועברה על יחוד שהוא מן התורה, ועוד דהוי ליה דבר שבערוה כדלקמן.

אמנם נראה להביא ראיה דע"א נאמן בספק טומאה ברה"י, מהא דאמרינן ריש פ"ק דחולין (דף ב.) הכל שוחטין, הכי קתני הכל שוחטין ואפילו טמא בחולין שנעשו על טהרת הקודש, כיצד הוא עושה, מביא סכין ארוכה ושוחט בה כדי שלא יגע בבשר, ובמוקדשים לא ישחוט שמא יגע בבשר, ואם שחט ואמר ברי לי שלא נגעתי בה שחיטתו כשירה כו', אלא אטמא במוקדשין בברי לי סגי, ומשני דליתא קמן דלשייליה, וכתבו שם תוס' ד"ה דליתיה קמן וז"ל, ואע"ג דעזרה רה"ר היא כדאמר פ"ק דפסחים, לא דמי לשאר ספק טומאה ברה"ר, משום דרוב פעמים לא יכול ליזהר מליגע, ואי איירי בבמה אתי שפיר עכ"ל, ואי נימא דע"א אינו נאמן בספק טומאה ברה"י, א"כ במה דהוי ליה רה"י היכי סגי לה בברי, כיון דע"א אינו נאמן לטהר ברה"י בספיקא, וא"כ בעינן שפיר אחרים רואין אותו, ומאי פריך בברי לי סגי, אלא ע"כ מוכח מזה דע"א נאמן בספק רה"י אלא דבזה יש להשיב כיון דבידו נאמן אפילו נגד חזקה, וזה דהוי ליה בידו ליזהר מליגע משום הכי בברי לי סגי, אבל במקום שאינו בידו דאינו נאמן במקום חזקה, הוא הדין דאינו נאמן ברה"י, כיון דספק טומאה ברשות היחיד לא מהני חזקה, הוא הדין ע"א לא מהני.

ולכאורה נראה ראיה דלא מהני ע"א, מהאי דאיתא בסוטה סוף פרק מי שקינא (סוטה דף לא) עד אומר נטמאה ועד אומר לא נטמאה, אשה אומרת נטמאה ואשה אומרת לא נטמאה היתה שותה, ופריך בש"ס וכיון דמדאורייתא ע"א מהימן אידך היכי מצי מכחיש ליה, והא אמר עולא כל מקום שהאמינה התורה ע"א הרי כאן שנים, אלא אמר עולא תני לא היתה שותה, ואי נימא דע"א נאמן לטהר בספק רה"י, א"כ לפי מה שכתב הריטב"א, הובא בנימוקי יוסף ריש פרק האשה רבה, דדוקא בעדות דבר שבערוה בעי שנים והאמינו לזה שאומר שמת כשנים, אבל באיסור דעלמא כיון שלא האמינוהו אלא

כחד, כי אתי אחרינא ומכחיש, הוי הכחשה כחד לגבי חד עכ"ל, וא"כ בסוטה שהוא ספק טומאה ברה"י דנאמן ע"א לטהר, א"כ להימניה לשני כמו לראשון.
אלא דליתיה, דסוטה הוי ליה דבר שבערוה, ואין דבר שבערוה פחות משנים וכדיליף דבר דבר מממון, וגבי ממון אין ע"א נאמן בין להקל בין להחמיר, אלא דעד שאומר נטמאת התורה הימניה מדכתיב ועד אין בה, אבל השני אינו נאמן בטהרתה, כיון דהוי ליה דבר שבערוה אינו נאמן בטהרתה, אבל בעלמא יש לומר ע"א נאמן בטהרתה בספק רה"י.
אלא דלפי מ"ש לעיל פרק ט' דהא דאין ע"א מעיד בדבר שבערוה, היינו היכא שיהיה לפנינו דבר ערוה ואתחזק דבר ערוה, וכגון להעיד על גירושין או על קידושין, הוא דבעי שנים דוקא, אבל אם עד מעיד שלא היה כאן דבר שבערוה כלל ע"א נאמן ע"ש, א"כ הוא הדין בסוטה, כשאומר השני לא נטמאה וטהורה ואין בה דבר שבערוה אמאי אינו נאמן.
מיהו נראה דלפי מ"ש הריטב"א דוקא בעדות דבר שבערוה דבעי שנים והאמינו לזה כשנים, אבל באיסור דעלמא דסגי בחד, כיון שלא האמינוהו אלא כחד, כי אתא אחריני ומכחשי הוי הכחשה כחד לגבי חד, ולכאורה נראה מדברי הפוסקים באיסורין משום הכי נאמן השני כמו הראשון, כיון דבאיסורין העד מעיד בחתיכה ספק חלב ספק שומן הן לומר חלב הן לומר שומן, והובא לעיל פי"ט ופ"כ ע"ש, וא"כ למה צריך הריטב"א לומר טעמא משום דבעדות דבר שבערוה דבעי שנים והאמינו לזה כשנים, לא היה צריך לחלק אלא משום דבדבר שבערוה השני אינו נאמן.
לכן נראה דלא תיקשי, דגבי סוטה ראוי לומר דהשני נאמן כמו הראשון, דזה שאומר לא נטמאה אינו מעיד בדבר שבערוה כיון דלא אתחזק דבר שבערוה, וכמ"ש לעיל פרק ג', לזה קאמר דוקא בדבר שבערוה דבעי שנים וא"כ האמינה תורה לזה שאומר נטמאה כשנים, והשני אע"ג דנאמן משום דלא אתחזק דבר שבערוה ומעיד בטהרתה, אינו אלא בתורת ע"א, והראשון שאומר נטמאה דלא אתחזק דבר שבערוה וזה מעיד שנטמאה והוא דבר שבערוה כמו במעיד שנתקדשה לזה דאיבעי שנים, וכיון דהאמינה התורה לראשון במקום שנים, אין השני שהוא במקום ע"א נאמן נגד שנים, ובנימוקי יוסף שם הביא דברי הריטב"א לגבי סוטה, ע"ש.
ועוד נראה דהתם השני שאומר לא נטמאת, אין הפירוש שיעיד בודאי לא נטמאת אלא טהורה היא, דא"כ היכי תני התם אחד אומר נטמאת ושנים אומרים לא נטמאת היתה שותה, ואמאי שותה כיון דשנים אומרים טהורה היא, אלא התם שנים אומרים לא נטמאת היינו בפניך לא נטמאת, שראינו יחד הסתירה ובפנינו ובפניך לא היה טומאה,

אבל יכול להיות אח"כ טומאה באותה סתירה כשהלכנו משם, וכהאי גוונא הוא דשותה וכדפירש רש"י ע"ש, והיכא שאינו מעיד על טהרה אלא להכחיש הראשון, כהאי גוונא אפילו באיסורין נמי עד הראשון מהימן, ואין השני הבא להכחישו אח"כ נאמן כיון שהאמינה התורה לראשון, וע"א דנאמן באיסורין אינו אלא במעיד על איסור או על היתר, וכמ"ש בפרק י"ט ע"ש, אבל להכחיש אינו נאמן לזה שבא בתחילה והאמינתו תורה, והכי נמי עד אומר נטמאה ועד אומר לא נטמאה, אין השני מעיד בטהרתה, אלא מעיד בהכחשה לומר לראשון בפניך לא נטמאה, ובכהאי גוונא אין השני נאמן, וכמ"ש בפרק י"ט ע"ש.

אמנם נראה ראיה דמהימן ע"א לטהר בספק טומאה ברה"י, מהא דתנן בטהרות פרק ה' [משנה ט'] עד אומר נטמא ועד אומר לא נטמא, שנים אומרים נטמא ושנים אומרים לא נטמא, ברה"י טמא ברה"ר טהור, והתם על כרחך מיירי דכבר נסתפק הספק ברה"י או ברה"ר אם נטמא או לא, דליכא למימר דהספק נתהוה על פי העדים, א"כ בעד אומר נטמא ועד אומר לא נטמא אמאי טמא, הא אין ע"א מהימן היכא דאתחזק התירא, ואפילו לדעת הפוסקים דמהימן אפילו אתחזק התירא, עכ"פ היכא דבאו בבת אחת הוי ליה ע"א בהכחשה ולאו כלום הוא ואמאי טמא ברה"י, על כרחך מיירי דכבר נסתפק אם נטמא, ומשמע דוקא משום שאומר עד נטמא, הא אי לאו עד שאומר נטמא, היה נאמן ע"א לומר לא נטמא בספק טומאה ברה"י, ודוק.

שמעתתא ז

נושא

בו יבואר דין ע"א במיתה, מסיח לפי תומו, דיני סימנים וטב"ע

פרק א

קיימא לן עד אחד במיתה מהימן, וטעמא כתבו התוס' (יבמות פ"ח ע"א ד"ה מתוך) דאינו אלא מדרבנן, ואע"ג דאין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, מ"מ כיון שדומה הדבר הגון להאמין משום חזקת דייקא ומנסבא, ומתוך חומר שהחמרת עליה בסופה ובדבר שיש קצת טעם וסמך לא חשיב עוקר דבר מן התורה, ע"ש בתוס' ר"פ האשה רבה ושיטת רש"י בשבת דף קמ"ה [ד"ה לעדות] דאקילו בה רבנן משום עגונה, וכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה ע"ש.

ומיהו לכו"ע אם באו עדים אח"כ שהוא חי חייבת קרבן, וכמבואר בש"ס פרק האשה רבה (יבמות דף צ"ב) ליתיה למתני' מדתני בי מדרשא ע"ש, ולא אמרינן הא כבר

עקרו רבנן לקידושין מיניה, משום דלא עקרוה אלא משום דראו חכמים להאמין לעד שאומר מת, אבל כל שנתברר בודאי ששקר העיד העד וחי היה לא עקרוה לקידושין, אלא כשהיה הדבר עומד כמו שהיה בהעדאת העד, אבל כשיתברר הדבר, לא עקרוה לקידושין והו"ל הולד ממזר וחייבת קרבן.

ובשיטת הרמב"ם נחלקו הפוסקים אם דעתו לומר דעד אחד מהימן במיתה מן התורה ומשום מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי, ועיין בתשובת הריב"ש סי' קנ"ה וסי' קפ"א וקפ"ב ומוהרי"ק שורש ל"ב כתב וז"ל, דפשיטא בעניותינו אין לנו להקל משום עגונה אלא במקום שהקילו חכמים, כגון בעדות אשה שהם היה כח בידם להקל, או משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש כמ"ש הרשב"א, או משום דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה כו' כדפירשו תוס', או משום דאפילו מדאורייתא נאמן עד אחד כיון שהדבר עשוי להגלות כדמשמע מתוך דברי רבינו משה, ואף גם זאת אי לאו מטעמא משום חומר שהחמרת עליה בסופה לא היינו מתירים משום עגונה, כדמוכח ריש פרק האשה רבה (יבמות דף פ"ח) דגרס שם א"ר זירא מתוך חומר שהחמרת בסופה כו', ופריך לא לחמור ולא ליקול, ומשני משום עגונה אקילו בה רבנן, משמע להדיא דאי לאו משום מתוך חומר כו' לא היינו מקילים משום עגונה, דלא הדר ביה ר' זירא, מדלא קאמר אלא משום עגונה, ובשום ספר לא גרס אלא עכ"ל [מהרי"ק] ע"ש.

וביאור דבריו, ליישב דלא תיקשי לשיטת הסוברים דעד אחד מהימן במיתה מן התורה משום מילתא דעבידא לגלויי, וא"כ למה אמרו בש"ס משום עגונה ומשום חומר כו', לזה מפרש נהי דמן התורה נאמן, אפ"ה היה ראוי לחכמים להחמיר משום חומר דאשת איש, אלא משום עגונה ומתוך חומר כו' ודייקא ומנסבא העמידו על דין תורה וכ"כ הריטב"א בחידושיו בשיטת הסוברין דמן התורה מהימן, דהא דאמרו משום עגונה אקילו בה רבנן, היינו במה שלא החמירו בה משום חומרא דאשת איש יותר משל תורה, ע"ש.

ובשו"ת נודע ביהודא סי' ל"ג הוכיח דעד אחד מהימן מן התורה, מהא דאמרו בפרק שבועת העדות (שבועות לב:) אמר רב פפא הכל מודים בעד אחד במיתה, ותיקשי הא דתנן שבועת העדות אינו נוהג אלא באנשים ולא בנשים, והא משכחת לה בנשים בעדי מיתה דאשה נמי מהימנא, אלא ודאי דאשה אינה נאמנת מן התורה בעד מיתה, אבל עד אחד כשר נאמן מן התורה ע"ש [בנו"ב].

ומיהו גם לפ"ז תיקשי מהא דאמרינן שם הכל מודים בעד א' בעד סוטה, וזה ודאי מן התורה אפילו מפי נשים, וכבר נתקשה בזה הגאון המחבר בספרו שם, אלא דכבר הקשה דבר זה המשנה למלך בספר פרשת דרכים בדרך מצותיך סי' ק"ל, בהא דתנן אינו נוהג

בנשים דמשכחת בעד מיתה, ומתרץ לה דכיון דאשה אינה ראויה להעיד בעלמא, אע"ג דלהך מילתא נאמנת להעיד, אינה חייבת בשבועת העדות ע"ש.
וכעין זה מצאתי כתב אא"ז בתוי"ט פ"ב דהוריות [מ"ה] דאיפלגי ת"ק ור' עקיבא בנשיא אם חייב קרבן שבועת העדות, דת"ק ס"ל דחייב ור' עקיבא ס"ל דפטור, וכתב שם הא דת"ק מחייב בנשיא היינו בעדות נפשות, דהא מלך אינו מעיד, ור' עקיבא ס"ל דפטור, דכיון דאינו ראוי להעיד בעלמא, אע"ג דבדיני נפשות מעיד, אינו עד להתחייב עליה קרבן שבועה ע"ש.
מיהו אכתי תיקשי, כיון דהתם קיי"ל דנשיא חייב שבועה וכמ"ש הרמב"ם פ"י משגגות (פ"י מהל' שגגות ה"ז) המלך וכהן משיח מביאים קרבן על שבועת העדות, וע"כ מיירי בדיני נפשות, דבדיני ממונות אין המלך מעיד וכדאיתא ריש פרק שבועת העדות דאינו נוהג אלא בראוי להעיד, ואמר רב פפא למעוטי מלך, וע"כ צ"ל דמיירי בדיני נפשות, ומבואר דאע"ג דאינו עד בכל מילי, מ"מ להאי מילתא דראוי להעיד חייב קרבן, א"כ אשה נמי בעדות מיתה דראויה להעיד אמאי לא מחייבה קרבן.
ובספר תוספת יום הכיפורים להרב מוהר"ם חביב ריש פרק יה"כ כתב על דברי תוי"ט הנזכרים וז"ל, וזה לא אפשר מכמה אנפי, חדא, דמרן בכסף משנה פ"ג מהלכות מלכים כתב דמלך אינו מעיד אפילו בעדות נפשות, והביא ראיה לדבריו, ע"ש שכתב ותו דאפילו תימא דמלך חייב בדיני נפשות, מ"מ לא מתרצא קושיא בהכי, משום דבשבועות אינו אלא בעדות ממון, כמ"ש הרמב"ם פ"ט מהל' שבועת העדות, ומאד אני תמה על תוי"ט איך נעלם ממנו דין זה, דזה לא אמרה אדם מעולם לחייב קרבן שבועת העדות בעדות נפשות, דאינה אלא בעדות ממון, ע"ש.
ולייישב דברי תוי"ט, דודאי בעדות נפשות לחודיה ליכא דין שבועת העדות דאינו אלא בעדות ממון, מיהו משכחת לה בעדות נפשות שיש בו דין ממון, כגון שיש לבעל עדים שזינתה אשתו ובא להפסידה כתובתה, דכה"ג המלך חייב קרבן שבועה, כיון דתובע עדות ממון, כיון דמחויב להעיד מחמת נפשות שבו, שאין חכמה ואין תבונה נגד ה' וצריך להעיד, וממילא מחויב קרבן שבועה על תביעת התובע בממון שבו, וכיוצא בזה טובא עדות נפשות שיש בו דין ממון.
ומה שהקשה מוהר"ם חביב מדברי הכסף משנה דמלך אינו מעיד אפילו בעדות נפשות, וע"ש ראייתו ואינו מוכרח, ובתוס' סנהדרין ריש פרק כה"ג (סנהדרין יח.) כתבו להדיא דאפילו כ"ג ומלך חייבים להעיד לאפרושי מאיסורא, ומדברי הרמב"ם אין הכרח דפליג בזה על דברי תוס', כמ"ש המשנה למלך פ"א מעדות ע"ש.

ומ"מ קשיא הך דאינו נוהג בנשים, דהא אע"ג דבעלמא אינה עד, דהא מלך נמי בעלמא אינו עד, ולמאי דחזי מסהיד וחייב קרבן שבועה וכמ"ש.

ולכן נראה דאע"ג דאשה ועבד כשרים לעדות מיתה, אינו בתורת עדות דאין עדות לפסולים, אלא שראו חכמים להאמין בתורת אומדנא ודיעה, וכמו שאמרו בש"ס בפסולי עדות הלך אחר רוב דיעות, ומשו"ה עד כשר אומר מת ונשים רבות אומרות לא מת הרי זה כמחצה על מחצה, ועיין שולחן ערוך אה"ע סי' י"ז ובחלקת מחוקק ובית שמואל שם, ומבואר דאפילו במקום שנאמנים אשה וקרוב ופסול וכשר, החילוק ביניהם דבפסולי עדות הלך אחר רוב דיעות, ומשום דהם לאו בני עדות נינהו אלא אומדנא ודיעה שראו חז"ל להאמין, ומשו"ה הלך אחר רוב דיעות, ועד כשר שהוא בגדר עדות ממש, הרי הוא נגד מאה פסולים כמחצה על מחצה.

וכיון דפסולים אינו בגדר עדות אלא בתורת אומדנא ודיעה, משו"ה לאו בר קרבן בשבועת העדות איתיה, וכדאיתא בירושלמי, והוא עד, לאפוקי אומר הרי את מקובל עלינו כשנים ומשום דאינו עד, והובא בר"ן ר"פ שבועת העדות, וכיון דאינו בתורת עדות, דפסולים לאו בני עדות נינהו אלא בתורת אומדנא ודיעה, כיון דקינא לה ונסתרה בסוטה, או בעד מיתה משום דייקא ומנסבא ומתוך חומר כו' ראו חכמים להאמין בתורת אומדנא ודיעה, וכיון דאינו בגדר עד, אע"ג דמהני ומועיל בדבריו, אינו בשבועת העדות, וכמו בהרי את מקובל עלינו כשנים, אבל עד כשר דהוא בתורת עד, אלא היכא דאינו נאמן ולא מהני עדותו לממון אינו בשבועת העדות, והיכא דנאמן הוא עכ"פ מדרבנן, הו"ל בתורת עד ומחייב קרבן שבועה, וכמ"ש תוס' פרק שבועת העדות (שבועות דף לא), דאפילו לרב פפא דס"ל משחק בקוביא מחזי חזי מדאורייתא, אפ"ה ס"ל דהיכא דנאמן מדרבנן דאזיל נמי בתר דרבנן לחומרא, ומשו"ה ס"ל בעד מיתה דמחייב אע"ג דלא חזי אלא מדרבנן ע"ש, וא"כ היינו דוקא עד כשר הוא בגדר עד, אבל פסולי עדות אפילו מדרבנן אינו בגדר עד, ומשו"ה בפסולי עדות הלך אחר רוב דיעות ובעד כשר נגד מאה פסולים כמחצה על מחצה, ומשו"ה אינו בשבועת העדות אלא בראויין להעיד וכמ"ש, ודוק.

פרק ב

מיהו נראה לענ"ד בשיטות הסוברין דעד אחד במיתה אינו אלא מדרבנן, דאי משום מילתא דעבידי לגלויי נראה כיון דדבר שבערוה ילפינן דבר דבר מממון, וגבי ממון לא מהימן עד אחד אפילו במילתא דעבידי לגלויי, וכמו שהוכיח הריב"ש בסי' קנ"ה ובסי' קפ"א, וכן פסק הרמ"א בחושן משפט סי' ל' דבממון לא מהימן עד אחד במילתא דעבידי לגלויי ע"ש, א"כ ה"ה בדבר שבערוה לא מהימן במילתא דעבידי לגלויי.

ולפ"ז אפשר לומר במה שכתב הב"ש סי' קנ"ח בזמן הזה [דאיכא] חרם רבינו גרשום שלא ישא איש על אשתו, דאין עד אחד נאמן שמתה אשתו, דהוי דבר שמוחזק באיסור ואין עד אחד נאמן שמתה אשתו ע"ש, ולפי מ"ש י"ל דעד אחד נאמן בזה, ומשום מילתא דעבידי לגלויי ונאמן עד אחד מן התורה אפילו היכא דאתחזק, דזה לא הוי דבר שבערוה, והא דאין עד אחד נאמן לומר מת יבמי שתנשא לשוק שם בסי' קנ"ח, התם נמי דבר שבערוה מיקרי וכמ"ש המרדכי ע"ש.

ובתוס' פרק האשה שלום (יבמות דף קי"ח) שאין האחין יורדין לנחלה על פיו וז"ל, והא דאמרינן בפרק המפקיד (בבא מציעא דף ל"ח) בשמעו בו שמת כו"ע לא פליגי דמורידין קרוב לנכסי שבוי, מצי לאוקמי בשמעו בו בשני עדים, דאי בעד אחד מיירי, הא אשה דהכא כעד אחד דמיא ואפ"ה אין האחין יורדין לנחלה על פיה, וא"ת מ"מ תיקשי אדמסיק התם כי פליגי כשלא שמעו בו שמת, פירוש בשני עדים אלא בע"א, דאי לא שמעו כלל פשיטא דאין מורידין, וי"ל דהכא מיירי לירד ולמכור, והתם מיירי לאכול כדמשמע התם, עכ"ל.

וראיתי במוהרח"ש שהקשה בהא דפריך התם מהא דתניא והיו בניכם יתומים ונשותיכם אלמנות כו', בניכם דומיא דנשותיכם כו', ע"ש פרק המפקיד (בבא מציעא דף ל"ח), וכיון דמיירי בע"א הרי הותרו הנשים עפ"י ע"א, וע"ש שכתב שכבר הקשה קושיא זו מוהריב"ל והניח בקושיא ע"ש ולפי שיטת תוס' דעד אחד בעדות אשה אינו אלא מדרבנן ומדאורייתא אין עד אחד נאמן, א"כ שפיר מידרש קרא בניכם דומיא דנשותיכם דאין להם היתר עפ"י ע"א.

ובתוס' פרק האשה שלום שם בהא דתנן האשה שהלכה היא ובעלה למדה"י ואמרה מת בעלי תנשא ותטול כתובתה וצרתה אסורה, היתה בת ישראל לכהן תאכל בתרומה וכתבו תוס' עלה וז"ל, מספקא לר"י אי דוקא בתרומה דרבנן, אי נמי בתרומה דאורייתא דאוקמה אחזקה דדייקא ומנסבא, ועל צרתה אין להאמינה ואוקמה אחזקת אשת איש מידי דהוי אשני שבילין, מיהו איכא הכא חדא דעביד איסורא ממ"נ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה כדמוכח ריש נדה עכ"ל ומדברי הרמב"ם פ"ט מהל' תרומות שסתם, משמע דאוכלת גם בתרומה דאורייתא.

ואיכא למידק בזה, דהא בירושלמי שם מקשה על עצמה לא תהא נאמנת, ומסיק מתוך שהיא יודעת שלא עשו דבריה רושם אצל חברתה אף היא אומרת אמת, והקשו שם בירושלמי מעתה אפילו על צרתה תהא נאמנת, ותירצו א"כ חזרה לקלקולה הראשון חשודה היא לקלקל עצמה כדי לקלקל חברתה ועיין בדברי הרב המגיד פי"ב מהל'

גירושין הובא שם וא"כ השתא דאינה נאמנת על חברתה ויודעת שלא יעשו דבריה רושם ואומרת מת בעלי, א"כ ודאי האמת אומרת, כיון שצרתה לא תנשא, וא"כ אמאי תאכל בתרומה, כיון שודאי אמת שמת בעלה וליכא למימר שמקלקלת עצמה בשנאתה לצרתה שלא תאכל חברתה בתרומה ולהפסידה מאכילת תרומה, דא"כ לר' עקיבא דס"ל שם במשנה אין זו דרך מוציאה מידי עבירה עד שתהא אסורה לינשא ואסורה מלאכול בתרומה ע"ש, וא"כ גם היא לא תנשא דנימא דאומרת כן כדי שלא תאכל חברתה בתרומה, אלא ע"כ דלא חיישינן אלא לקלקול צרתה בקלקול בעלה, אבל בקלקול בתרומה משום זה לא תקלקל עצמה.

ועוד דהא לפי מ"ש תוס' לומר דלא תאכל בתרומה דאורייתא משום דחדא עבדה איסורא, וא"כ היאך תנשא היא עצמה, נימא דאמרה כן כדי לקלקל צרתה מתרומה דאורייתא, ע"כ לא אמרינן הכי שמתכוונת לקלקול צרתה אלא כדי שתנשא ולקלקל על בעלה, וא"כ הדרא קושיין לדוכתיה היאך תאכל בתרומה דאורייתא, כיון דהשתא דלא תנשא צרתה ויודעת שלא יעשה דבריה רושם ואומרת אמת והיאך תאכל צרתה תרומה דאורייתא.

ואפשר משום חזקה דדייקא ומנסבא לא אסרי לצרתה לאכול בתרומה כיון דאינו מוכח בבירור, דאע"ג דמתירין לינשא ע"י חזקה זו, אבל אינו ברור בודאי דהא אין האחין יורדין לנחלה על פיה, ומשו"ה לא אסרינן לה לצרה לאכילת תרומה מחמת חזקה דייקא ומנסבא, דהיא גופה אינו אלא להקל משום עגונה, ודוק.

ובתוס' שם שכתבו ועל צרתה אין להאמינה ואוקמה אחזקת אשת איש, מידי דהוי אשני שבילין, מיהו איכא הכא דעביד איסורא ממ"נ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה כדמוכח ריש נדה עכ"ל, ודבריהם סתומים בלי ביאור, דהא גבי שני שבילין נמי איכא חד דעביד איסורא, דהא אחד הלך בודאי בשביל טמא, ואפ"ה שניהם טהורין וכל חד וחד מותר לאכול בטהרות, וגם מאי ענין סוטה לכאן.

ונראה ביאור דבריהם דבריש נדה (ב.) בד"ה והלל [כתבו] וז"ל, ודוקא ספק נגע ספק לא נגע הוי ודאי טמא, אבל טמא שנגע באחד מן החביות ואינו יודע באיזו מהן נגע הוי שניהם טמאים מספק, ואין טמאין שניהם בודאי, דלא גמרי מסוטה אלא דבר שיכול להיות והכא האחד טהור בודאי, וכן משמע בריש שני נזירים דקתני אמר להם ראיתי אחד מכם שנטמא ואיני יודע איזו מכם, מביאים קרבן טומאה וקרבן טהרה, ולא מייתי כל אחד קרבן טומאה, משום דלא גמרינן מסוטה אלא דבר שיכול להיות, והא דפריך התם אמאי מייתי קרבן טומאה לייתי קרבן טהרה תרווייהו דהו"ל שלשה והוי רשות

הרבים וספק טהור, אע"ג דאינו יכול להיות שיהיו שניהם טהורים דהאחד ודאי טמא, וכן גבי שני שבילים פ"ק דפסחים מטהרינן שניהם בבאו לשאול בזה אחר זה, אע"ג שבודאי נטמא האחד, התם לאו מסוטה גמרינן אלא דמוקמינן כל אחד בחזקת טהרה עכ"ל.

וה"נ רצו תוס' לומר דצרתה מותרת אפילו בתרומה דאורייתא והיא תנשא, מידי דהוי אשני שבילין דכל חד וחד טהור, אע"ג דסתרי אהדדי דאי אפשר להיות שניהם טהורים, וחזרו וכתבו, מיהו איכא הכא דעביד איסורא ממ"נ, ובכה"ג לא ילפינן מסוטה, וביאור הדברים דכל היכא דאנו מורין הוראה ודאית, אי אפשר להורות הוראה ודאית בדבר דסתרי אהדדי, ומהאי טעמא בשני נזירים אי אפשר להורות הוראה ודאית שיהיו שניהם טמאים מכללא דספק טומאה ברה"י ודאי טמא, כיון דאי אפשר להיות שיהיו שניהם טומאה ודאית, אבל בשני שבילין הא דטהורין שניהם לאו הוראה ודאית מיקרי, אלא דאנן לא מטמאין אותו מספיקא כיון דלכל אחד חזקת טהרה, וכל היכא דאיכא חזקת טהרה אין אתה יכול לטמאו עד שנדע שיצא מחזקתו.

וזה נמי כוונת תוס' ריש נדה גבי שני שבילין מטהרין שניהם אע"ג שבודאי נטמא, התם לאו מסוטה גמרינן אלא דמוקמינן כל אחד בחזקת טהרה, ואע"ג דחזקה דילפינן בש"ס הוא מדכתיב ויצא הכהן מן הבית דלמא אדנפיק ואתא בצר ליה שיעורא, ע"ש פ"ק דחולין דף י', וא"כ בחזקה נמי נימא דוקא היכא שיכול להיות כן, ולא כן בשני שבילין דאי אפשר שיהיו טהורין שניהם, אלא דחזקה אינו הוראה ודאית אלא דאנן הוא דלא מפקי מחזקתו, ולכל אחד ואחד אין אנו יכולין להוציא מחזקתו.

וענין חזקה עיין בפירוש המשניות להרמב"ם סו"פ בתרא דנזיר וז"ל, שחזקת טמא טמא שרגלים לדבר, והטעם בזה מה שאמר שחזקת הטמא טמא ופירוש רגלים לדבר, שהענין יצא לדבר שאין לו תכלית כל זמן שנלך אחר האפשריות, ואמנם העיקר כשנתקיים איזה ענין שיהיה, נניחהו בחזקתו עד שיבוא דבר מבואר שיבטלהו מזאת החזקה, וכל דבר שיהיה בו ספק ואפשרות אחר הרי זה לא יסתלק החזקה עכ"ל, הרי דחזקה אינו הוראה ודאית אלא שאנו מניחין אותו בחזקתו עד שיבוא דבר מבואר שיבטלהו מזאת החזקה, אבל כל היכא דאיכא הוראה ודאית אין אנו מורין אלא בדבר שיכול להיות, ומשו"ה כתבו התוס' מיהו איכא הכא דעבד איסורא ממ"נ, ובכה"ג לא ילפינן מסוטה.

וה"נ כיון דאיכא הוראה ודאית שתנשא וא"כ ודאי מת, וזו תאכל בתרומה וא"כ ודאי חי, וכל כה"ג לא ילפינן מסוטה לענין טומאה ברה"י, משום דאי אפשר הוראה ודאית בדבר שאי אפשר להיות, אלא דוקא בשני שבילין דהוא מחמת חזקה, וזו אינה הוראה ודאית ומטעמא שכתבנו, דחזקה אינו ודאי אלא שאנו מניחין הדבר בחזקתו, ואין מטמאין

אותו מספיקא, ולפי שאין אנו הולכין אחר האפשריות וכמ"ש, וא"כ אין לחזקה הוראה ודאית, ודוק היטב.
ולפי שיטת רש"י והרשב"א שהובא במוהרי"ק דהא דעד אחד נאמן בעדות אשה, היינו משום דאפקעינהו רבנן לקידושי מיניה, ניחא דתאכל בתרומה דאורייתא וליכא חדא דעבדה איסורא, דזו שתנשא עקרוה רבנן לקידושין מיניה ולא עבדה איסורא, וזו שתאכל בתרומה דאורייתא ולא תנשא, לא עקרוה רבנן לקידושין מיניה, ומשו"ה סתם הרמב"ם פ"ט מהל' תרומות (ה"ד) דתאכל בתרומה, ומשמע אפילו בתרומה דאורייתא, וליכא איסור כלל לא לזו ולא לזו ודוק, ועמ"ש פ"א.

פרק ג

בפרק שבועת העדות (שבועות ל"ב ע"ב) אמר רב פפא הכל מודים בעד אחד במיתה, והכל מודים בעד אחד שהוא פטור דאמר לה לדידה ולא אמר לב"ד, וכתב שם הר"ן בשם הרמב"ן, בכל עד מפי עד אם בא הראשון וכפר אין השני שאמר בשמו נאמן, והא דאמר לה לדידה ולא אמר לב"ד אע"ג דהראשון נאמן יותר, היינו משום דהיא הפסידה לעצמה במה שתובעתו להעיד בב"ד כיון דלא צריכה ליה ע"ש.
ועיין בתשובת ב"י בדין מסיח לפי תומו סי' ד' שכתב שם וז"ל, ואפילו כשהעד הראשון כשר ועד שני מפסולי עדות, משמע בפרק שבועת העדות ששומעין לדברי העד שמעיד ששמע כן מפי האחר, אעפ"י שאותו האחר מכחישו, דאמרינן התם הכל מודים בעד מיתה שהוא פטור דא"ל לדידה ולא אמר להו לב"ד כו', וקאמר שאם אמר לה עד אחד מת בעלך, וכשרצתה להביאו לב"ד כפר והשביעתו, אינו חייב קרבן שבועה, לפי שלא הפסידה ממון במה שלא העיד לה, דמאחר שכבר שמעה מפיו שמת בעלה, [אם] באה לב"ד ואומרת כן מתירין אותה לינשא, ואעפ"י שהעד כופר ונשבע שאינו יודע שמת לא משגיחין ביה, והא הכא דעד זה בחזקת כשרות הוא ואשה מפסולי עדות היא ועוד שהיא נוגעת בדבר, ואפ"ה מהימני לה ולא משגיחינן בדברי העד הכשר הכופר עכ"ל.
ותמהני במה שכותב כן בפשיטות נגד דברי הר"ן שקיבל כן מפי הרמב"ן וכ"כ הרא"ש פרק שבועת העדות ע"ש ובתשובת שארית יוסף סי' ל"ב כתב דאפילו עד הראשון פסול כגון שפחה ועבד, הראשון נאמן יותר ע"ש ובשלטי גבורים פרק שבועת העדות כתב נמי דאמר לה לדידה ולא אמר להו לב"ד, דפטור משום דהיא נאמנת יותר ע"ש, וזה כדברי תשובת ב"י והוא נגד דברי הר"ן והרא"ש ועיין בש"ג סוף יבמות.
ובקונטרס עגונות למוהרח"ש הוכיח דהראשון נאמן יותר, מהא דאשמעינן רב פפא הכל מודים בעד אחד שהוא פטור דאמר לה לדידה ולא אמר להו לב"ד ואי דלא מצי להכחיש

הראשון, א"כ מאי קמ"ל רב פפא דפטור, תיפוק ליה דליכא בזה שום כפירת ממון כיון דהיא נאמנת יותר, אלא ודאי דהראשון נאמן יותר ומפסדה בכפירתו, ואפ"ה קמ"ל דפטור משום דהיא גרמה לעצמה במה שהשביעתו, ובגרמתה הביאתו לב"ד וכמ"ש הר"ן ע"ש.

ואפשר ליישב דקמ"ל רב פפא דפטור אע"ג דליכא כפירת ממון דהיא נאמנת יותר, דהוה אמינא כיון דס"ל שם בפרק שבועת העדות (שבועות לא) בהא דתנן אינו נוהג אלא בראוי להעיד, דאמר רב פפא לאפוקי מלך אבל משחק בקוביא לא, כיון דמדאורייתא מחזי חזי הו"ל עד ע"ש, ולפי שיטת הסוברים דעד אחד במיתה נאמן מן התורה ועיין פ"א, אבל עד מפי עד לכו"ע אינו אלא מדרבנן, וא"כ נהי דהיא נאמנת, אכתי הו"ל כפירת ממון, כיון דמדאורייתא מחזי חזי העד הראשון, דמדאורייתא הראשון הוא העד ולא היא עד מפי עד, וקמ"ל רב פפא דאפ"ה פטור, ומשום דהתם במשחק בקוביא הטעם מבואר בחידושי הרשב"א דמתמה עלה מה בכך דמדאורייתא חזי, כיון דאפילו יעיד אינו מועיל כלום מאחר דרבנן פסלוהו, וכתב עלה דמכאן מוכח דבכל הני פסולי דרבנן, אם תפס אפילו בעדים לא מפקינן מיניה, ומשו"ה מחייב משחק בקוביא, כיון דע"פ עדותו הוי מהני ליה תפיסה וחשיב ליה כפירת ממון ע"ש והכא אע"ג דמדאורייתא מחזי חזי, דהא היא אינה נאמנת מן התורה כיון דהיא עד מפי עד והראשון הוא העד, מ"מ כיון דסוף סוף לא מהני כלום, דהא מדרבנן היא ג"כ עד.

ובזה ניחא ליישב מה שהקשה מוהרח"ש על הרמב"ם במה שלא הביא בהלכותיו סיפא דרב פפא דפטור היכא דא"ל לדידה ולא אמר לה לב"ד ע"ש דהא עיקר מה דאשמעינן רב פפא לפטור, אינו אלא משום דס"ד כיון דמן התורה הוא העד ולא היא, ורב פפא ס"ל כיון דמדאורייתא מחזי חזי, אבל הרמב"ם שפסק בפ"י מהל' שבועות כרב אחא בר יעקב דמשחק בקוביא נמי פטור, ואזיל בתר דרבנן, וא"כ השתא דתקון רבנן עד מפי עד נאמן, א"כ פשיטא דפטור, כיון דלא מפסדה מידי, כיון דהיא נאמנת שנאמר לה מת בעלה, וכדעת תשובת ב"י ושלטי גבורים.

אמנם במ"ש הרשב"א בחידושיו בטעמא דרב פפא במשחק בקוביא כיון דמדאורייתא מחזי חזי, והלא אינו מפסיד כלום בשתיקתו כיון דהוא פסול מדרבנן, והעלה בטעמא דמילתא משום דבכל הני פסולי דרבנן מהני תפיסה, ואיכא למידק בהא דתנן פרק שבועת העדות (שבועות לג:) משביע אני עליכם שתבואו ותעידוני שהדליק גדישי בשבת פטור ע"ש, ומשום דלאו כפירת ממון הוא דקים ליה בדרבה מיניה פטור, וכיון דבקים ליה בדרבה מיניה מהני תפיסה, וכמ"ש רש"י בפרק הפועלים דף צ"א ע"ש, דקי"ל

בדרבה מיניה אינו אלא דב"ד לא מחייבי משום שתי רשעיות, אבל מחויב הוא לצאת ידי שמים ואם תפס לא מפקינן מיניה ע"ש, וא"כ לחייב קרבן שבועה, דהו"ל כפירת ממון כיון דמהני בעדותו לתפיסה וכמו במשחק בקוביא.

וכן תיקשי בהא דאמרינן פרק שבועת העדות (שבועות דף ל"ג), איבעיא להו משביע עדי קנס מהו כו', ת"ש חצי נזק ע"ש, והא בחצי נזק דעת הראב"ד אפילו מודה ביה מהני תפיסה, ומשום דקרן אית ליה גביה אלא דלא כייפי ליה בי דינא, וכשתפס אידך לא מפקינן ואפילו תפס בסהדי, משא"כ בשאר קנסות, וכ"כ הרשב"א בחידושיו לב"ק פ"ג ע"ש, וא"כ היכי פשט ליה מחצי נזק, הא טעמא דמשביע עדי קנס דפטור אינו אלא משום דכי מודה מקמי דאתו סהדי מפטר, ובחצי נזק עכ"פ בתפס מהני, וכל היכא דמהני תפיסה מחייבי קרבן שבועה, כמו במשחק בקוביא.

ואפשר דגם הרשב"א לא קאמר בטעמא דפסולי דרבנן דמחייבי קרבן שבועה משום תפיסה אלא היכא דמדאורייתא מחזי חזי, והו"ל עד ממש בלא תפיסה, אלא דלא מהני כלום בעדותו כיון דחכמים פסלוהו, לזה אמרינן כיון דעכ"פ תפיסה מהני ומפסיד בעדותו, ועד מיהא הוי מן התורה אפילו בלא תפיסה, אבל היכא דאינו עד כלל ולא מהני כלום בעדותו לחייב לא מדאורייתא ולא מדרבנן, ואינו מועיל אלא לתפיסה, בזה לא מחייב קרבן שבועה, וזה נראה מוכח מדברי רב פפא דאמר במשחק בקוביא כיון דמדאורייתא מחזי חזי, ותיפוק ליה דמועיל לתפיסה, אלא משמע דאינו מחויב להעיד משום תפיסה אלא היכא דהוי עכ"פ עד מדאורייתא וכמ"ש.

אך קשה לפי מה שכתבתי בס' קצות החושן סי' ל"ד סק"ג בשם הכסף משנה דעדים משלמין כאשר זמם אם הפסידו לענין תפיסה, דבקל יכול לתפוס ע"ש, א"כ נראה מזה דמשום תפיסה לחוד הו"ל ממון, דאל"כ אמאי משלמין כאשר זמם, וא"כ הדרא קושיין לדוכתיה דלחייב במדליק גדישו בשבת משום תפיסה, וכן בחצי נזק משום תפיסה לחודיה, וצ"ע.

אמנם בעיקר דברי הב"י בתשובה והש"ג שכתבו טעמא דרב פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא פטור היכא דא"ל לדידה כו' משום דלא מפסדה מידי כיון דהיא נאמנת יותר, וקשה דהא על כל פנים הראשון מכחיש אותה ועד א' אינו כלום בהכחשה, וגם הר"ן לא קשיא ליה הא דא"ל לדידה אלא לפי קבלת הרמב"ן דהראשון נאמן יותר, ומשום דאי לאו דהראשון נאמן יותר הוי ניחא ליה, ואמאי הא אפילו נימא דהראשון אינו נאמן יותר עכ"פ הכחשה מיהא הוי, ועד אחד בהכחשה לאו כלום הוא ואכתי מפסדה בכפירתו,

וצריך נמי לומר משום דהיא גרמה במה שהביאתו לב"ד, וא"כ מאי תליא זה בקבלת הרמב"ן.

ובחלקת מחוקק (סי' י"ז ס"ק י"ז) כתב וז"ל, אבל אם בא העד שאמרה משמו, פירוש אפילו בא אחר שהתירוה לינשא, דאם בא קודם שהתירוה לינשא אפילו עד אחר נמי לא תינשא ע"ש ואין לומר דהך דאמר לה לדידה מיירי שכבר התירוה לינשא, ומשו"ה לא מפסדה מידי דאיהי נאמנת יותר אי לאו קבלת הרמב"ן, וכן בתשובת ב"י וש"ג נמי נאמר כן דמיירי דא"ל לדידה וכבר התירוה לינשא, דאכתי תיקשי לפמ"ש הרמב"ם פי"ב מגירושין דאם אשה אומרת מת או היא עצמה שאומרת מת בעלי והתירוה לינשא ואח"כ בא עד כשר, תצא מהתירה הראשון ע"ש, ושבועת העדות ע"כ בעד כשר דאינו נוהג בנשים, ועמ"ש פ"א, וא"כ הכא שהיא עצמה אומרת מת בעלי בשם הראשון הכשר, ואם הכשר מכחישה לא מהני מה שהתירוה לינשא, ואפילו הרמב"ן והרשב"א שחולקין על הרמב"ם באשה, מודים בהיא עצמה דלא מהני התירוה לינשא, ומשום דהיא עצמה אינה בגדר עד לומר כל מקום שהאמינה התורה עד א', וכן פסקו בח"מ ובב"ש סי' י"ז סעיף ל"ח ע"ש.

ועוד קשה דאפילו בהתירוה לינשא משמע בפ"ב דכתובות דלכתחילה לא תינשא כל שבא עד אחד להכחיש, וע"ש בתוס' דהתירוה לינשא לא תצא מהתירה הראשון, היינו לענין דלא תצא אם נישאת, אבל לכתחילה לא תינשא משום הסר ממך עקשות פה, וכ"כ הטור אה"ע סי' י"ז והרמ"א שם סעיף ל"ז, וכל היכא דלכתחילה לא תינשא אינה גובה כתובתה לדעת הרמב"ם והראב"ד, ומשום דלא קרינן ביה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, ועיין ב"ש ס"ק כ"ז, ובפרק שבועת העדות דמיירי לכתובה, וא"כ אמר לדידה אמאי פטור, הא הפסידה כתובתה אפילו אם התירוה לינשא אם מכחיש הראשון, כיון דלכתחילה לא תינשא אין לה כתובה.

ואפילו לדעת הגהת מיימוני ודעת השולחן ערוך סי' י"ז סעיף ל"ה דגובה כתובתה במים שאין להם סוף אע"ג דלכתחילה לא תינשא, כבר כתבו בח"מ וב"ש שם דוקא כשיש שני עדים על זה שנפל למים שאין להם סוף, דבממון לא סמכינן על עד אחד ע"ש בדבריהם, והכא דליכא שני עדים אלא על פיה דאין האחין יורדין לנחלה, ומה שגובה כתובתה אינו אלא משום תנאי כתובה לכשתנשאי לאחר, והיכא דלכתחילה לא תינשא ליכא תנאי כתובה, והדרא קושיא לדוכתיה במ"ש הב"י בתשובה והש"ג לפרש דאמר לדידה משום דלא מפסדה מידי, ואמאי לא מפסדה כיון דהראשון מכחיש, וא"כ אפילו התירוה לינשא אין לה כתובה וגם מדברי הר"ן משמע דאי לא קבלת הרמב"ן, הוי מפרש טעמא

דאמר לדידה משום דלא מפסדה ע"י הכחשת הראשון, ואמאי נהי דאין הראשון נאמן יותר, הכחשה מיהא הוי, ואפילו התירוה לינשא אין לה כתובה וכמ"ש.
ולכן נראה דאי לאו קבלת הרמב"ן דהראשון נאמן יותר, אמרינן דהיא נאמנת יותר, משום דעד מפי עד כיון שהאמינו חכמים שאמר כן הראשון, א"כ הו"ל השני כמו תרי לענין זה, ואפילו לא התירוה לינשא דנאמן הראשון להכחיש, היינו דוקא לומר לא מת, אבל בזה שאמרה מפי הראשון והוא בחזקת שאמר הראשון כן, תו אינו יכול להכחיש ולומר לא אמרתי כן, דהו"ל בחזקת חוזר ומגיד.
וכה"ג בעדים החתומים על השטר דאמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ואפילו אם העדים החתומים אומרים לא חתמנו, כיון דהעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואין צריך קיום מן התורה, שוב אינם נאמנים לומר לא חתמנו, ואילו עדים אחרים מהימני לומר מזויף הוא, ומשום דאלו עדים החתומים כיון שאנו דנין דודאי חתמו דהו"ל כמי שנחקרה עדותן בב"ד, א"כ כשאמרו לא חתמנו הו"ל חוזר ומגיד, אבל עדים אחרים שפיר מהימני לומר מזויף, וה"נ זה הראשון שאנו דנין מפי השני שאמר משמו איך שהעיד כך, אינו נאמן הראשון לומר לא העדתי, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועיין מה שכתבתי בס' קצות החושן סי' מ"ו סק"ה.
ולפ"ז מ"ש בחלקת מחוקק ס"ק י"ז וז"ל, אבל אם בא העד שאמרה משמו, פירוש אפילו בא אחר שהתירוה לינשא, דאם בא קודם שהתירוה לינשא ואפילו עד אחר נמי לא תנשא ע"ש, ולפי מ"ש אינו צריך לזה, אלא אפילו קודם שהתירוה לינשא, אי לאו דהראשון נאמן יותר היה השני נאמן יותר, משום דכיון שהוא בחזקת שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, והשני מהימן כבי תרי אפילו קודם שהתירוה לינשא שהראשון אמר כן, ואכתי צ"ע.

פרק ד

כתב המשנה למלך פי"ב מגירושין וז"ל, נסתפקתי בהא דקיי"ל דחמש נשים אין מעידות, אי הוי אשת איש גמורה, דכיון דאין מעידות מוקי לה בחזקת חי, ואיהי נמי מוקי לה בחזקת אשת איש, או דלמא נהי דקיי"ל דאין מעידות, היינו משום דמספקא לן שמא מתוך שנאה העידה ומתכוונת לקלקלה, ומשו"ה אינה ניתרת בעדות זו, אך לעולם מידי ספיקא לא נפקא דלמא העידו אמת, ונפקא מינה למי שקידש אשה זו שהעידו עליה אחת מחמש נשים, אם ייאסר בקרובותיה, דלמא הקידושין חלו ונאסר בקרובותיה כו'.
ונראה שדין זה תלוי בפלוגתא שנחלקו רבינו והראב"ד פ"ט מתרומות [הלכה ד'] בבת ישראל הנשואה לכהן שהעידו עליה אחת מחמש נשים הללו שמת בעלה, דרבינו ס"ל דאוכלת בתרומה בחזקת דבעלה קיים, והראב"ד פסק כר' עקיבא דאסורה לינשא

ואסורה לאכול בתרומה, ולדעת רבינו נראה דחשיב לה כאשת איש גמורה, ומשו"ה מותרת לאכול בתרומה, וא"כ לדידיה מי שקידש אותה לא נאסר בקרובותיה, ולדעת הראב"ד דס"ל דאסורה לאכול בתרומה, אלמא דאית ליה דהוי ספק אשת איש, וא"כ לדידיה מי שקידש אותה נאסר בקרובותיה, ואם זינתה הולד ספק ממזר ואסור בממזרת, עכ"ל.

ולענ"ד נראה בזה דודאי אין כאן קידושין תופסין כלל, והוא דכיון דמדינא אין עד אחד נאמן בדבר שבערוה, ועיקרא דמילתא שראו חז"ל להאמין עד אחד אינו אלא משום עגונה, כדאיתא ריש פרק האשה רבה (יבמות פח), וכתבו תוס' דיש כח ביד חכמים להאמין במקום שהדבר הגון, ועקרו דבר מן התורה ע"ש, ורש"י והרשב"א כתבו משום עגונה הקילו ועקרוה לקידושין מיניה, ועמ"ש בפ"א, וכיון דחמש נשים אין אנו חיין מפיהן תו ליכא משום עגונה, וכיון דליכא משום עגונה ממילא הדרא לדין תורה דאין דבר שבערוה פחות משנים.

וראיה לזה נראה, דכיון דצרה אינה נאמנת אפילו להכחיש וכדאיתא פרק האשה שלום (יבמות דף קי"ח), דכל לא מת בעדות אשה לאו הכחשה, והיינו דהכחשת צרה לאו הכחשה, ומשו"ה תנן שם אחת אומרת מת ואחת אומרת לא מת, זו שאומרת מת תינשא ותטול כתובתה, וזו שאומרת לא מת לא תינשא ע"ש, ואי נימא דמידי ספיקא לא נפקא עדות צרה ומשו"ה לא תינשא, א"כ אמאי לא מהני דברי צרה להכחיש, כיון דאמרת שמא אמת כדבריה, אלא ע"כ כמ"ש דכיון דמדינא אין דבר שבערוה פחות משנים בין להקל בין להחמיר, ומשום עגונה בלבד הקילו חכמים וכח בידם וכמ"ש מטעמים הנ"ל, אבל בצרה שלא ראו חכמים להאמין הו"ל כמאן דליתיה, ומשו"ה לא מהני דברי צרה אפילו להכחשה.

והא דס"ל להראב"ד דאסורה לאכול בתרומה, הנה לפי מה דאיתא בירושלמי בהא דתנן האשה שהלכה היא ובעלה למדה"י ובאה ואמרה מת בעלי, תינשא ותיטול כתובתה וצרתה אסורה, ומקשה מעתה על עצמה לא תהא נאמנת, ומסיק מתוך שהיא יודעת שלא עשו דבריה רושם אצל חברתה אף היא אומרת אמת, ומקשה מעתה אפילו על צרתה תהא נאמנת, ותירצו א"כ חזרה לקלקולה הראשון, חשודה היא לקלקל עצמה כדי לקלקל חברתה ע"ש א"כ י"ל דצרה לא הויא עד כלל, ומשום שנאה מתכוונת לקלקלה, וא"כ ליכא חשש קידושין כלל, והא דאסורה לאכול בתרומה, היינו משום דכיון דצרה לא תינשא ויודעת שלא עשו דבריה רושם, תו אינה חשודה משום קלקול ומשו"ה היא עצמה תינשא, ומהאי טעמא נמי אסורה צרה בתרומה, כיון דהשתא לא עשו דבריה

רושם וזה לא אמרינן דמחמת שנאה מקלקלת עצמה כדי לקלקל את חברתה שלא תאכל בתרומה, דלא מצינו בש"ס קלקול כזה, וכמ"ש בפ"ב ע"ש, או אפשר משום דחדא עבדה איסור ממ"נ, כיון דחברתה תינשא משו"ה צרתה לא תאכל בתרומה, וכמ"ש תוס' פרק האשה שלום (יבמות דף קי"ח) דאפילו לר' טרפון דס"ל דתאכל בתרומה אינו אלא בתרומה דרבנן, אבל תרומה דאורייתא לא תאכל משום דחדא עבדה איסורא ממ"נ ע"ש, וא"כ הא דס"ל לר' עקיבא דלא תאכל בתרומה נמי מהאי טעמא הוא.

ועוד נראה הא דס"ל לר' עקיבא דלא תאכל בתרומה והראב"ד פסק כוותיה, היינו משום דעד אחד נאמן באיסורין, וכשם שנאמן אדם לומר פלוני זה כהן להאכילו בתרומה משום דעד אחד נאמן באיסורין וכמבואר בר"ן פ"ב דכתובות, ה"נ ראוי לומר בעד אחד שמעיד שמת בעלה דלא תאכל בתרומה מדינא, ומשו"ה אפילו צרתה נמי נאמנת בה, כיון דאפשר דלא אמרה לשנאה והו"ל עד אחד מדינא, אבל לינשא דהו"ל דבר שבערוה דמדינא בעי שנים אפילו במקום דליכא חשש שנאה, ואינו אלא מדרבנן ומשום עגונה הקילו, וכל שלא תינשא דליכא עגונה, ממילא אוקמוה על דין תורה דבעי שנים וכמ"ש וגם כיון דאין הדבר דומה להאמין בבירור, תו ליכא תקנת חכמים בזה כלל, ומשו"ה אפילו ספק קידושין לא הוי.

והרמב"ם דפסק דתאכל בתרומה כר' טרפון, אע"ג דעד אחד נאמן באיסורין, ולפי מ"ש הש"ך בסי' קכ"ז ביו"ד אפילו אתחזק התירא או איסורא עד אחד מהימן, ולכאורה ראוי לומר שלא תאכל בתרומה מחמת עד אחד, דהא אינו ברור שתאמר מחמת שנאה וכמו שיבואר לקמן נראה לפי מ"ש הר"ן בחידושיו פרק זה בורר [סנהדרין] דף ל', בהא דאיתא שם בעד אחד שאמר המעות של מעשר שני הם, לא אמר כלום אם הם בבית, וכתב עלה הר"ן ז"ל, ואע"ג דעד אחד נאמן באיסורין והיה בדין שיהיה נאמן לענין מעשר שני, אפשר שעדות זה של מעשר שני דין ממון יש בו, שהמעשר שני ממון גבוה והוא בא להוציא הממון מחזקתו, ודבר שבממון אינו פחות משנים, ואעפ"י שיש איסור בדבר, וכן דעת התוס' ז"ל עכ"ל, ועמ"ש בשמעתא ו' פ"ג, וא"כ ה"ה בעד המעיד שמת בעלה, כיון שעדות זו בדבר שבערוה הוא מעיד דהו"ל דין ממון, דהא יליף דבר דבר מממון, תו אינו נאמן אפילו לאיסור שבו דהיינו אכילת תרומה, וכמו היכא דאית ביה דין ממון אינו נאמן אפילו לאיסור שבו, ומשו"ה תאכל בתרומה, דמדינא אין עד אחד נאמן בה אלא מדרבנן, ועדות צרה דאין הדבר [נראה] לחכמים ראוי להאמין, אוקמוה אדינא וכמ"ש, ודוק.

ובהגהת משנה למלך פ"א מסוטה כתב הרב המגיה בהא דחמש נשים ששונאות זו את זו מעידות זו על זו לומר שנטמאת, וכתב עלה ז"ל, עיין בדברי הרב המחבר לעיל פי"ט

מגירושין שכתב דלדעת הרמב"ם הני נשי למדו לשונם דבר שקר, וחשבינן לה כאשת איש גמורה, ומותרת לאכול בתרומה, ולפי זה צריך לדעת אמאי הכא נאמנת לאוסרה על בעלה לדעת הראב"ד שפסק כר' עקיבא דאסורה לאכול בתרומה, נראה דה"נ נאסרה על בעלה מספק, לא שתהיה אסורה עליו בודאי, עכ"ל.

ולפי מ"ש ניחא, דודאי לענין מת בעלה דמדינא בעי שנים, דאין דבר שבערוה פחות משנים, ואפילו לאיסור שבו והוא אכילת תרומה, כיון דעיקרו דבר שבערוה דהו"ל כמו דין ממון וכמ"ש, וכיון דלא ראו חכמים להאמינה אוקמוה אדאורייתא, ואפילו ספק קידושין לא הוי, אבל בסוטה דגלי קרא ועד אין בה דאפילו עבד ושפחה נאמן בה, אלא דחשו חכמים בחמש נשים שמחמת שנאה אמרו, אבל מידי ספיקא לא נפקא, דאם אין כאן שנאה, הרי זו נאמנת דבר תורה כסוטה, ומשו"ה נאמנין לומר נטמאת לאוסרה על בעלה ולא להפסידה כתובתה, ודוק.

אלא דהיא גופא טעמא בעי, הא דכתב הרמב"ם פ"א מסוטה דחמש נשים אינן נאמנים להפסיד כתובתה, והא מדינא עד אחד נאמן בסוטה ואפילו עבד ושפחה מדכתיב ועד אין בה, אלא משום חשש שנאה, ובדיני ממונות שונא גמור נמי כשר להעיד ואע"ג דכתב מוהרש"ל בשו"ת דשונא גמור שהוא אויב ומתנקם רעתו, פסול להעיד, אינו מוכרח דצרה תהיה בגדר שונא כזה, ועוד דהאחרונים חולקין בזה על דברי תשובה הנזכרת ולכן נראה דוקא בעד כשר הוא דשונא כשר להעיד, אבל הפסולים להעיד דכשר בסוטה אינו אלא משום אומדנא והוכחה דקושטא קאמרי כיון דקינא לה ונסתרה, וכל ששונא ואיכא למימר דמחמת שנאה קאמר, פסול להעיד, ומשו"ה אין הצרה נאמנת להפסיד כתובתה.

פרק ה

כתב בשולחן ערוך אה"ע סי' י"ז סעיף ו' בשעת הגזירות מתירים נשים עפ"י בעלי תשובה שמעידים מה שראו בעת צרה, אעפ"י שהמירו דתן מכח אונס, והוא מתשובת הרא"ש כלל נ"ד סי' א' ע"ש, דלא הוי תחילתו בפסול כיון דאנוסים היו ואיכא למידק בזה, דנהי דכתב הרמב"ם באלו שלש עבירות שעליהם נאמר יהרג ואל יעבור, דאם עבר ביטל מצות עשה ונקדשתי, ומשמע דאינו אלא עשה, אכתי ראוי להיות פסול לעדות, ואע"ג דרשע לא מיקרי אלא בעובר עבירה שיש בו מלקות או מיתת ב"ד, אבל מבטל עשה אינו רשע להיות פסול לעדות, היינו היכא דעושה להכעיס דאין בו חשש חימוד, אבל כל שעושה משום חשש חימוד, אפילו לא עבר עבירה שיש בו מלקות, פסול להעיד משום רשע דחמס, וכמבואר בסי' ל"ד, והני נמי שאין עושין להכעיס, ראוי לפסול משום רשע דחמס כיון דעושין לתאבון.

ולכן נראה דעיקר הטעם דכשרים משום דיצרו תקפו, ואשכחן בגמ' פרק זה בורר גבי חשוד לעריות, דס"ל לרב נחמן דכשר לעדות, ופירשו מקצת מפרשים אפילו ודאי עבר משום דיצרו תוקפו, וא"כ מכ"ש באלו שנאנסין בנפשן דיצרן תוקפן ואע"ג דבא על ערוה פסול, היינו משום דהתם מצי טפי לכוף יצרו, אבל באונס הריגה, אע"ג דעבר אמימרא דרחמנא, אינו פסול להעיד משום דיצרו תוקפו ובשו"ת נודע ביהודא חלק אה"ע שם [מביא] תשובה אחת מהרב הגאון החכם מוהר"ר יצחק בכה"ר דוד הקשה בזה מהא דאמרינן בכתובות פ"ב דף י"ט בהא דאמר ר' מאיר אין נאמנין לפוסלו, וא"ר חסדא קסבר ר' מאיר עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו, ייהרגו ואל יחתמו שקר, ומבואר דכה"ג דאנוסים, כל שיהרג ואל יעבור פסול לעדות, ע"ש.

וכבר כתבנו בזה בס' קצות החושן סי' ל"ה ס"ק ד' דלא קשה מידי, דאע"ג דאנוסין אין פסולין בכך לעדות, מ"מ כל שעשו שלא כדין וכתורה, אין אדם משים עצמו רשע לומר שעשה שלא כתורה והלכה, וכמ"ש שם ראיה לזה מהא דאמרו בעדים שאמרו אמנה היה דברינו אין נאמנים, משום דעולה הוא ואין אדם משים עצמו רשע, ולא מצינו שנפסלו עדים שחתמו עצמן על אמנה, אלא ע"כ דאפילו במקום שלא נפסלו לעדות, כל שאינו כתורה הו"ל משים עצמו רשע ואין אדם נאמן על עצמו בכך ע"ש.

וכעת הנה מצאתי כדברינו אלה מפורש בחידושי הרשב"א פ"ב דכתובות, ע"ש בהא דאמר רב חסדא קסבר ר' מאיר עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו, ייהרגו ואל יחתמו שקר וז"ל, ואע"ג דקיי"ל אין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אלא שלשה דברים כו', מ"מ מדות חסידות הוא דליקטליה ולא יחתמו שקר, ואי לא עביד הכי משוי נפשיה רשיעא, וקסבר ר' מאיר דאפילו בכה"ג אין אדם משים עצמו רשע שאינו חסיד עכ"ל ומבואר דאפילו היכא דליכא איסור תורה אלא שאינו חסיד בכך, הו"ל משוי נפשיה רשיעא, ומכ"ש היכא דעובר על דת שמחויב לעשותו דהו"ל משוי נפשיה רשע, וזה ברור, ודוק.

ובתומים הקשה מתשובת הרשב"א סי' א' ריי"ו שכתב באומר אני זניתי עם אשתך, דלא פלגינן דיבורא לומר לאונסו, דאנוס לא משכחת, דאין קישוי אלא לדעת, ובאנסוהו גוים יהרג ואל יעבור, הרי דמיפסל לעדות באלו שיהרג ואל יעבור ע"ש ובס' קצות החושן סי' ל"ה שם ישבתי ג"כ בזה דאינו נאמן לומר אני זניתי עם אשתך, דאפילו באנסוהו דלא מפסל לעדות, אבל אכתי משים עצמו רשע, כיון שבדין היה לו ליהרג ולא לעבור, ואין אדם משים עצמו רשע אפילו בדבר דלא מיפסל על ידו ע"ש.

וכעת התבוננתי דבדברי הרשב"א ליכא למימר הכי, דהא מוכח בש"ס דהיכא דלא מיפסל לעדות משוי נפשיה רשע, וראיה מהא דאמרו ביבמות פ"ב דף כ"ה בהא דתנן הרגתיו לא ישא את אשתו, הוא ניהו דלא ישא הא לאחר תינשא, והאמר רב יוסף פלוני רבעני לאונסי הוא ואחר מצטרפין להורגו, לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס, וכי תימא שאני עדות אשה דאקילו בה רבנן, והאמר רב מנשה גזלן דדברי תורה פסול לעדות אשה ע"ש, ומשמע דאילו גזלן לדברי תורה כשר לעדות אשה מהימן לומר הרגתיו, ואע"ג דמשים עצמו רשע וכן משמע בהא דאמר רב יוסף לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע, ומבואר דוקא היכא דפסול לעדות הוא דאין אדם משים עצמו רשע.

ולכן נראה דהא דכתב הרשב"א בהא דאמר רב חסדא קסבר רבי מאיר עדים שאמרו להם חתומו כו', וקסבר ר' מאיר אפילו בכה"ג אין אדם משים עצמו רשע שאינו חסיד, היינו דוקא התם דאין נאמנין לומר בתורת עדות אנוסים היינו מחמת נפשות, דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אלא כל שאין כת"י יוצא ממקום אחר ואמרו כת"י הוא זה, אבל קטנים היינו פסולי עדות היינו אין נאמנים לחכמים אלא בתורת מגו דאי בעי שתקי, ולר' מאיר שם אין נאמנים, משום דתורת מגו לא מהני, כיון דשלא כדין עבדי הו"ל מגו במקום חזקה דאמרינן מסתמא כדין וכשורה עבדי, והיינו במגו הוא דלא מהימני בכך, אבל כל היכא שנאמן בתורת עדות ממש לא מיפסל אלא היכא דמשוי נפשיה רשע הפסול לעדות, הא היכא דמשוי נפשיה רשע דלא מיפסל לעדות, הו"ל שפיר עד וכמו שהוכחנו מהך דיבמות דף כ"ה.

וקושיא שהקשה החכם מוהר"ר יצחק בכה"ר דוד נתיישב לפי דברינו, דהא בדברי ר' מאיר כיון דאין נאמנין בתורת עדות אלא בתורת מגו, וכיון דלא כדין עבדי, לא מהימני בתורת מגו דהו"ל מגו במקום חזקה, ולכן מסתבר דהרשב"א בתשובה חולק, וס"ל דאנוסים נמי כל היכא דיהרג ואל יעבור פסול לעדות, ואע"ג דלא ביטל אלא מצות עשה דונקדשתי, מ"מ כל שהוא לתיאבון מיפסל אפילו בעבירה דרבנן, ומכ"ש בעבירה דאורייתא והרא"ש בתשובה דמכשיר, היינו מטעמא שכתבנו דיצרו תוקפו, וכמ"ש לעיל, ודוק.

פרק ו

בתשובת מוהריב"ל נסתפק בעד שלא היה רוצה להעיד עדותו המועיל להתרת האשה עד שיתנו לו שכר הרבה, וע"ש שחקר אם פסול נוטל שכר להעיד הוי מדרבנן, א"כ בעדות אשה כשר, ואם פסולו מן התורה גם לעדות אשה פסול, ובנוגע גופיה נמי מספקא

ליה אם פסולו משום דחשדינן ליה למשקר בשביל הנאתו, א"כ נוטל שכר להעיד נמי פסול מהאי טעמא, משום דחשדינן ליה למשקר בשביל שכרו, או נימא פסול משום דאדם קרוב אצל עצמו אבל לא חשדינן ליה למשקר, וא"כ נוטל שכר כשר מן התורה, וע"ש שכתב דאי נימא נוטל שכר להעיד פסול מן התורה, ונימא דנוגע נמי פסולו משום משקר, א"כ הא דנוטל שכר להעיד עדותו בטילה מדרבנן, היינו דוקא היכא שאינו נוטל אלא שכר טורחו דבר מועט, אבל נוטל שכר הרבה יותר מכדי טרחתו פסול מן התורה ע"ש וכבר כתבנו מזה בס' קצה"ח סי' ל"ד ס"ק ד'.

ובשו"ת נודע ביהודא חלק אה"ע סי' כ"ז כתב שלדעת הרמב"ם פי"ב מגירושין בטעמא דעד אחד במיתה משום מילתא דעבידי לגלויי לא משקרי אינשי, איכא למיפשט מהאי דיבמות דף ע"ז, דפריך ומי מהימן והאמר ר' אבא א"ר כל ת"ח שמורה הלכה ובא אם קודם מעשה אמרה כו', ואם לאו אין שומעין לו, ומשני שאני הכא דשמואל ובית דינו קיים, ופירש"י ומילתא דעבידי לגלויי לא משקרי אינשי, וע"ש שיתרא הוא נוגע בדבר, שהיה צריך לאותו הוראה שהרי בת ישי נשא ע"ש, אלמא דבמילתא דעבידי לגלויי אפילו נוגע נאמן אך שיש לשדות נרגא בהוראה זו, דהרי אמרו ביבמות פרק החולץ (יבמות דף מ"ז) גבי פלוגתא דר' יהודא ורבנן גבי גר אם צריך ראיה, ופסקו הרמב"ם והרא"ש שאפילו אמר נתגיירתי בפני ב"ד של פלוני לא מהימן, ואף שהוא מילתא דעבידי לגלויי ע"ש.

ואני בעניי איני רואה קושיא מזה מהאי דנתגיירתי בב"ד, דאע"ג דהוא מילתא דעבידי לגלויי, כיון דהתם ע"כ מיירי שהיה בחזקת נכרי, דאם היה בחזקת ישראל ודאי נאמן במגו, וכמ"ש שם הרמב"ן בחידושיו פרק החולץ ע"ש, וכיון דהוא בחזקת נכרי, א"כ ליתיה בעדות כלל ואפילו במילתא דעבידי לגלויי, ואינו נאמן בשום עדות אלא במסיח לפי תומו ומשום עגונה, ופשוט.

אמנם בעד מיתה אפילו לדעת הרמב"ם נחלקו הפוסקים, וס"ל להרמב"ם נמי אינו אלא מדרבנן, וכמו שנראה מדברי הרמב"ם פ"ב מהל' עדות דאשה ועד אחד אינו נאמן מן התורה אלא בשני דברים, בעגלה ערופה ובסוטה ע"ש, אלא דבעיא בש"ס בטעמא דעד אחד ביבמה ועד אחד במלחמה, אי נימא משום מילתא דעבידי לגלויי, או משום דייקא ומנסבא, וכולהו לאו מדאורייתא, אלא בטעמא דתקנה שתיקנו שיהיה עד אחד מהימן, מאיזה טעם תיקנו כך, אי משום מילתא דעבידי לגלויי, אי משום דייקא ומנסבא, והי מינייהו עיקרא דמילתא, וכמ"ש הריב"ש בסי' קנ"ב וקפ"א ע"ש, אבל משום מילתא דעבידי לגלויי לחודיה לא מהימן מן התורה בעדות אשה, משום דילפינן דבר דבר מממון

וכמ"ש בפ"א, אבל בהוראה שפיר מהימן במילתא דעבידי לגלויי כמו הך דשמואל וב"ד קיים, וא"כ בנוגע י"ל דאע"ג דהוי מילתא דעבידי לגלויי, כיון דבעדות אשה לא מהימן בזה לחודיה וכמ"ש דיליף דבר דבר מממון, ובממון לא מהני מילתא דעבידי לגלויי, וא"כ אינו אלא משום תקנת חכמים, א"כ שפיר י"ל דבנוגע לא האמינו חכמים, משא"כ בהוראת יתרא דנאמן מן התורה.

וע"ש שכתב הנודע ביהודא ז"ל, ועדיין יש לנו לחתור אל היבשה ולומר דנוגע כשר לעדות, והדבר תלוי באשלי רברבי, בפלוגתת הע"ש והסמ"ע והש"ך, והנה בחשן משפט ריש סי' ל"ז בדין נוגע כתב הע"ש דפסול נוגע אינו משום דחשוד למשקר, רק משום דאדם קרוב אצל עצמו ופסול מגזירת הכתוב, והסמ"ע והש"ך השיגו וכתבו הטעם משום דחשוד למשקר כו'.

והנה אומר אני שלדעת הלבוש דהטעם משום קורבה, לא שייך פסול נוגע בעדות אשה, כיון דקרוב כשר לעדות אשה, ובעדות אשה לא בעינן עדות רק שיהיה הדבר אמת, ולא שייך עדות שבטלה מקצתה כיון דגוף הדבר אמת, הגע עצמך רשע דאורייתא פסול לעדות אשה, ובמסיח לפי תומו נאמן כיון דמסיח לפי תומו אומר האמת, וע"ש [בנודע ביהודה] שהאריך בזה.

ונראה מדבריו שלא היה לפניו תשובת מוהריב"ל הנזכרת, דכל ספיקו אינו אלא בספק שנסתפק בנוגע, דאי נימא משום דחשוד למשקר א"כ בנוטל שכר נמי חשוד למשקר, ואי נימא משום דקרוב אצל עצמו א"כ בנוטל שכר כשר מן התורה, והיינו משום דנוטל שכר להעיד אע"ג דנהנה מעדות זה, אבל אינו מעיד לעצמו ואינו נוגע לגוף העדות, ולפ"ז מ"ש הנו"ב דלפי טעמו של ע"ש דנוגע פסול משום קרוב, בעדות אשה כשר, כיון דקרוב נמי כשר, ודאי לפי טעמא של ע"ש משום קרוב, א"כ נוטל שכר להעיד אינו פסול משום קרוב, דעדותו אינו לעצמו, וכבר ביארנו היטב דין נוגע ודין נוטל שכר להעיד בס' קצות החושן סי' ל"ז סק"ה ע"ש.

וע"ש עוד בנו"ב שכתב וז"ל, ואומר אני עוד שיש להביא ראיה שנוגע כשר לעדות אשה, ממ"ש בש"ג בשם ריא"ז דחמיה ובן בעלה נאמנין, והנה בן בעלה הוא נוגע גמור, שהרי לדבריו שמת אביו א"כ יטול חלק ירושתו, אלמא דנוגע כשר לעדות אשה, ואין לומר כיון דלענין ירושה אינו נאמן כמבואר שאין האחין יורדין לנחלה על פי עד אחד א"כ אינו נוגע, דהרי הש"ך בחושן משפט סי' ל"ח ס"ק כ"א כתב דגבי נוגע אף דפלגינן דיבוריה, מ"מ חיישינן שהוא משקר ובשביל עצמו אומר כן ע"ש, וא"כ מה בכך שאין אנו מורידין

אותו לנחלה, מ"מ ניחוש דאיהו משקר בשביל ירושתו, א"כ מוכרח להיות דנוגע כשר לעדות אשה, עכ"ל.

פרק ז

והנה בענין נוגע אם כשר לעדות אשה, נראה דכשר, וכן משמע לענ"ד מדברי רבינו ירוחם ח"ג נתיב כ"ג וז"ל, ודוקא כשהיא עצמה אינה מסייעה לאשה ראשונה, אבל היא עצמה מסייעת ואומרת ברי לי שמת, הו"ל שנים כנגד שנים ולא תצא, אבל הבעל עצמו זה שבא, אינו מצטרף עם שום אחד דנוגע בעדות הוא, אבל היא עצמה מצטרפת אעפ"י דנוגעת בעדות, דמשום עגונה אקילו בה, ומשום חומר שהחמרת עליה בסופה עכ"ל ומזה מבואר דנוגע כשר לעדות אשה, דהא האי דעגונה ומשום חומר שהחמרת עליה בסופה נאמר בעדות עד אחד ובעדות עצמה.

אמנם בעיקר הדין במי שאינו רוצה להעיד עד שיותן לו שכרו בכדי שיעיד עדות המועיל להתירה, נראה לענ"ד דפסול ולאו מטעמיה דנוגע הוא, דהא לפמ"ש נוגע כשר לעדות אשה, אלא טעמא אחרינא איתא בגוה, והוא לפי מה שאמרו בפרק האשה שלום מת בעלי והתירוני לינשא, מתירין אותה ונותנין לה כתובתה, מת בעלי והתירוני לינשא ותנו לי כתובתי, איבעיא להו בש"ס [קיז] שם, ופסקו הרא"ש והטור דאין מתירין אותה, וגם אין נותנין כתובתה, ובנימוקי יוסף שם כתב בשם הריטב"א דה"ה אם הביאה עד אחד לב"ד להעיד שמת בעלה ותובעת כתובתה, כיון דאדעתא דכתובה אתאי לא שרינן לה ע"ש, והב"י בסי' י"ז כתב עלה דאין דבריו נראין ע"ש, אבל הב"ש כתב בטעמא דמשום חימוד ממון לא דייקא ומנסבא, ועד אחד אינו נאמן אלא משום חזקה דידה דדייקא ומנסבא ע"ש.

ומבואר דאע"ג דבעלמא נוגע מיקרי אפילו בדרך נפלאה ורחוקה, ואפילו לא הזכיר צד ממונו וכמבואר בשולחן ערוך חושן משפט סי' ל"ז, אבל בעדות אשה, כל שבאה סתם לב"ד ואומרת התירוני לינשא, לא חשדינן לה כלל ומתירין אותה, וכל שמזכרת תביעת כתובתה, חשדינן לה בחימוד ממון ומשקרת, וא"כ ה"ה בעד אחד שבא להעיד ואומר שלא יעיד עד שיתנו לו שכרו משלם, וכל שתובע ממון בפירוש חשדינן למשקר בשביל חימוד ממון וזה שחלוק עדות אשה משאר עדות, דבעלמא אפילו אינו מזכיר צד ממון כלל הראוי אליו, כל שהוא נוגע אפילו בדרך נפלאה ורחוקה פסול לעדות, ובעדות אשה כל שאינה תובעת כתובתה בפירוש, אע"ג דנוגעת היא דבודאי תטול כתובתה כשרה היא, וכל שתובעת ממונה בפירוש פסולה, ה"ה נמי בעד אחד, אם אינו מזכיר צד ממונו,

וכמו בהאי דש"ג דבן בעלה, אע"ג דנוגע הוא לירושה כשר לעדות אשה, ואם אמר בפירוש תנו לי ירושתי, הו"ל נוגע וחשדינן למשקר בשביל ממון.
אלא דלפי פירש"י שם פרק האשה שלום, תנו לי כתובתי אדעתה דכתובה אתאי, וכתב רש"י וז"ל, אדעתא דכתובה ולאפוקי ממונא בעי העדה עכ"ל, ומשמע מדברי רש"י דכל שעיקר העדות להתיר, אז ממילא נותנין לה כתובתה, ומשום עגונה הקילו להתיר ומגיע לה כתובה מצד תנאי כתובה לכשתנשאי לאחר כו', אבל אומרת תנו לי כתובתי, הו"ל כעיקר העדות לממון, ובממון בעי העדה והיינו שנים עדים יקום דבר, וא"כ בהאי דש"ג נמי בבן בעלה שמעיד, אם בא לב"ד ואומר מת אבי ותנו לי ירושתי, הוי נמי עיקרו לממון ובעי העדה עפ"י שנים עדים, אבל בהאי דמוהריב"ל דעדותו ודאי אינו אלא להתיר, אלא שאומר שיתנו שכרו, ואין זה מעיד על ממון לומר דבממון בעי העדה, ולמשקר לא חיישינן לפירש"י אפילו הזכיר ממון, אלא דלפי דעיקרו על ממון קאי בעי העדה, ולא שייך זה בנוטל שכר להעיד וכמ"ש.
ומוהרח"ש בסוף הקונטרס כתב בתחילה טעמא דהריטב"א שכתב דה"ה אם הביאה עד אחד לב"ד להעיד שמת בעלה ותובעת כתובתה דלא שרינן לה, כתב משום חימוד ממון חשוד למשקר, וכתב עוד דאיכא למימר דהריטב"א נמי מפרש אדעתא דכתובה אתאי כפירש"י, דכיון שבא להעיד על הכתובה דהוי ממונא, דאפוקי ממונא בעי סהדי, וה"נ כיון שהביאתו לב"ד לתבוע כתובתה ובממונא בעי העדה עכ"ל ע"ש, וא"כ בנוטל שכר להעיד כשר לפ"ז, אבל בהאי דש"ג בבן בעלה כשתובע ירושתו הוי עיקרו לממון וכמ"ש.
אלא דאיכא למידק בהא דאמרינן פרק שבועת העדות (שבועות לב) אמר רב פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב, ופירש"י בעד מיתה, בעד אחד היודע שמת בעלה והשביעתו שיעיד בה כדי שתטול כתובתה מיורשין ע"ש, והוכרח לפרש כדי שתטול כתובתה, דאם השביעתו להעיד שמת בעלה להתירה לינשא, אין כאן כפירת ממון, ושבועת העדות אינו אלא לממון, ואע"ג דממילא תטול כתובתה, אזלינן בתר עיקר הדבר תביעה, וכדאמרינן בהאי דאנסת ופתית את בתי דפליגי ר' שמעון ורבנן, מר סבר עיקרו קנס קא תבע דלא שבק מידי דקץ ותבע מידי דלא קץ, ורבנן סברי עיקרו בושת ופגם קא תבע, דלא שבק אינש מידי דאי מודי לא מיפטר ותבע מידי דכי מודי מיפטר ע"ש, ומשו"ה פירש"י והשביעתו להעיד כדי שתטול כתובתה, והיינו דעיקרו לממון תבעה את העד להעיד, דשבועת הפקדון ושבועת העדות בעי כפירת ממון ואזלינן בתר עיקר הדבר.
וא"כ לפי מ"ש הריטב"א דבעד אחד שבא להעיד שמת בעלה והיא תובעת כתובתה דלא שרינן לה, א"כ היכי משכחת לה דהכל מודים בעד מיתה, דממ"נ, אם עיקרו להתירא

בא והיא לא תבעה להעיד על ממון כתובתה, אין כאן כפירת ממון, ואע"ג דממילא בא לה כתובתה, כיון דאזלינן בתר עיקר תביעתה, ואם דעתה בפירוש להשביע את העד להעיד שתטול כתובתה וכמו שפירש"י, א"כ אין העד נאמן כלל ולא שרינן לה ולא תטול כתובתה, וצ"ע.

פרק ח

אמור רבנן (קכ"א ע"ב) נכרי שהסיח לפי תומו כשר לעדות אשה, וכתב בתשובת מיימוני הל' נשים וז"ל, ושנסתפקתם מאחר שהקרובים הוציאו קול בכל העיירות שמסביב דדמי קצת לאיה חברינו, לא דמי, דהתם שייליה בהדיא, אבל הכא דלא שייליה להאי נכרי גופיה מיקרי שפיר מסל"ת, אע"ג דידע שמחפשין אותו ע"ש וכ"כ בתרומת הדשן בפסקיו סי' קס"א וז"ל, וכה"ג מיקרי שפיר מסיח לפי תומו, הואיל ולא שאלו כלום מאותו נכרי המסל"ת, אע"ג דנפיק קול דשאלה כדאיתא בתשובת מוהר"ם ע"ש וכ"כ מוהרי"ק שורש קכ"א, והביא ראיה לדברי תשובת מיימוני מהא דאמרינן פרק הגוזל בתרא (בבא קמא דף קי"ד), שהרי שנינו שם א"ר יוחנן בן ברוקה נאמנת אשה וקטן לומר מכאן יצא נחיל זה, ופריך ואשה וקטן בני עדות נינהו, ומשני א"ר יהודא אמר שמואל הבמ"ע שהיו הבעלים מרדפין אחריהן והיו מסיח לפי תומו ואומרים מכאן יצא נחיל זה, ומשמע לכאורה אע"ג שהבעלים מרדפין בפני האשה, ומתוך כך נתעוררה ואומרת מכאן יצא נחיל זה, אפ"ה חשיב מסל"ת, ואע"ג ששמעה מפי הבעלים עצמן שאמרו שהוא שלהם, כיון שלא אמרו לה דבר ולא שאלוה להעיד להם, דדחוק הוא להעמידה דוקא בדלא שמעו הרדפת הבעלים מדלא פירש התלמוד, ואדרבא מדקאמר כגון שהיו מרדפין אחריהן והיו מסיח לפי תומו משמע דע"י רדיפת הבעלים הכרתו עכ"ל.

ומוהרש"ל ביש"ש בב"ק פרק הגוזל סי' כ"ח וז"ל, אשה וקטן בני עדות נינהו ומשני כשבעלים מרדפין אחריהן ואשה וקטן מסל"ת, ופירש"י הבעלים מרדפין אחריהן קודם דבר הקטן דרגלים לדבר שהן שלו, ואין פירושו קודם דבר הקטן הן מרדפין והקטן והאשה משיבין על דבריהם או על רדיפתן, דא"כ אין זה מסיח לפי תומו, אלא האשה והקטן מדברים מעצמן בלי ידיעה שהבעלים רדפו כלל אחריהן עכ"ל ותמיהני במה שלא הביא כלל דברי תשובת מיימוני ותה"ד ומוהרי"ק הנזכרים שכתבו להדיא דאפילו ידעו מרדיפת הבעלים חשיב מסיח לפי תומו.

ואם שאלוהו בתחילה ואמר אחר זמן במסל"ת, כתב הב"ש דכה"ג הו"ל מסיח לפי תומו, ע"ש סי' י"ז סק"א וז"ל, כתב בח"מ נראה מלשון הג"ה אם יהודי אחד שאל לכותי איה

פלוני והשיב מת, וזמן רב אחר זה הגיד הכותי מסיח לפי תומו שמת פלוני אינו נאמן, אך באמת חומרא גדולה היא זו, וכי בשביל שאשתקד שאלו אותו לא יהיה נאמן עתה, עכ"ל. ובתשובת צמח צדק סי' מ"ב כתב להוכיח דכל שנשאל גוי זה לא הוי מסיח לפי תומו אפילו זמן רב אח"כ, וראיה לזה מהא דכתבו האחרונים בפשיטות, ה"ה מוהר"א מזרחי סי' ע"ג, שאם היה הכותי מתחילה מסיח לפי תומו ולא ביאר דבריו לגומרו, יכולין לשואלו אח"כ, אפילו שנתיים ימים אח"כ, ובתשובת בנימין זאב סי' י"ז, הרי מבואר כשהיה תחילת הגדת הכותי לפי תומו, סמכינן אהגדתו אח"כ, ואמרינן כל מה שהגיד אח"כ הוא על סמך מסיח לפי תומו תחילה, וה"ה נמי להיפוך, כשאומר תחילה ע"י שאלה, תו לא מהני הגדתו במסיח לפי תומו אפילו זמן רב אח"כ, דהכי מבואר בב"י להדיא וז"ל, וכתב נימוקי יוסף בשם המפרשים דכן נמי י"ל דכי היכי דכל שהתחיל לומר במסיח לפי תומו אעפ"י ששאלוהו לבסוף והגיד להם עפ"י שאלתם נאמן, כן נאמר דכל שאומר לו איה פלוני, כל מה שישיב להם מכאן ואילך אינו נאמן במל"ת, וכ"כ הרב המגיד בשם הרשב"א וע"ש, וא"כ כיון שביארנו דפשוט הוא לאחרונים דאם היה מסיח לפי תומו מתחילה, אע"ג דבזמן רב אח"כ שאלוהו הוי הכל במסל"ת, דכל מה שמגיד אח"כ היינו על מסיח לפי תומו שהיה מתחילה מגיד, ה"נ י"ל בהיפוך, כשלא היה מסיח לפי תומו אלא עפ"י שאלה, כל מה שיגיד אח"כ במסיח לפי תומו, אפילו זמן רב אח"כ, לא מיקרי מסיח לפי תומו, אלא תלינן לומר על סמך שאלה ששאלוהו מתחלה מגיד אח"כ, עכ"ל [הצמח צדק].

ומדבריו מבואר שסובר דהא דאינו נאמן כל שהיה שאלה בתחילה ואפילו מסיח לפי תומו אח"כ, אינו מחמת חומרא אלא דינא הכי, וכמו שביאר בטעמו בראיה, ואפילו לא אמר מת בתחילה כששאלוהו ואמר אח"כ במסיח לפי תומו, נמי תו לא הוי מסל"ת, וכדמוכח מתוך ראייתו מדברי הנמוקי יוסף בשם המפרשים והרב המגיד בשם הרשב"א, ושם לא הגיד כלום בשעת שאלה, אלא ע"כ במסיח לפי תומו, אפ"ה אינו נאמן, ומשום דכל מה שהגיד אח"כ, הכל על סמך השאלה ששאלוהו בתחילה.

אמנם לענ"ד נראין דברי הח"מ והב"ש, והא דכל מה שהגיד אח"כ במסיח לפי תומו, אפילו שהיה שאלה בתחילה הו"ל מסיח לפי תומו מדינא.

ולהשיב על ראיית צמח צדק צריכין אנו להעתיק לפנינו לשון הש"ס מקור הדין הנזכר בשלהי יבמות במשנה שם (קכ"ב ע"א), אמרו לו מעשה בבני לוי שהלכו לצוער עיר התמרים וחלה אחד מהם והביאוהו בפונדק ובחזרתם אמרו לפונדקית איה חברינו אמרה להם מת וקברתיו והשיאו את אשתו ולא תהא כהנת כפונדקית, אמר להם

לכשתהא הפונדקית נאמנת הפונדקית הוציאה להם מקלו ותרמילו כו', ואמרינן עלה בגמ' מאי גריעותא דפונדקית, אמר רב כהנא פונדקית גויה היתה ומסיח לפי תומו היתה זה מקלו כו', ופריך והא איה חבירנו קאמרי לה, כיון דחזיתינהו בכיא אמרי לה איה חברינו אמרה להם מת וקברתיו.

וכתבו תוס' ז"ל ד"ה פונדקית, וא"ת מאי מייתי רבנן ראיה מן הפונדקית דהא מסיח לפי תומו היתה, וי"ל דלא היתה ממש מסל"ת, דמה שהוציאה מקלו ותרמילו היתה יכולה לעשות כן לעדות, ור' עקיבא אמר להם כי אין זה ראיה דודאי אין לך מסיח לפי תומו גדול מזה כיון דקא בכיא, כן משמע קצת מירושלמי דקאמר עשו אותה כמסיח לפי תומו, משמע שלא היתה ממש מסיח לפי תומו אלא שמביאין ראיה דלא גרע מעד אחד עכ"ל, ובאלפסי שם כתב בהאי דאמרו כיון דחזיתינהו בכיא וז"ל, שמע מינה מיהא היכא דמתחיל הגוי מסיח לפי תומו, אע"ג דהדרינן ומגלינן למלתא נמי שפיר לא נפיק להו מתורת מסיח לפי תומו אלא נאמן ומשיאין על פיו עכ"ל.

ואיכא למידק בדברי ר' עקיבא שאמר הפונדקית הוציאה להם מקלו ותרמילו כו', ומשמע דע"י דקא בכיא לא הוי מסיח לפי תומו גמור, כיון דאכתי לא מגלינן למילתא עד שאמרו לה איה חברינו, אלא מכיון דהוציאה להם מקלו ותרמילו דאיכא אומדנות מוכיחות ומצטרף למאי דקא בכיא בעיקרא, ונעשה מזה כמו מסל"ת, וא"כ היכא דליכא הוכחות ואומדנות כה"ג, מנלן דמהני התחלת הנכרי במסיח לפי תומו אע"ג דהדרינן ומגלינן למילתא ומוהרי"ק בשו"ת סי' קכ"א הוכיח מדברי הרי"ף דעל כרחין אין לחלק בין האי דפונדקית לשאר דוכתי, מדיליף הרי"ף מהאי דפונדקית ע"ש ובזה קשיא לי דאם אין לחלק, א"כ למה הוצרך רבי עקיבא לומר הוציאה להם מקלו ותרמילו, כיון דאפילו בלא הוכחה נמי הוי מסיח לפי תומו משום דבתר התחלה אזלינן.

ובאמת בתה"ד סי' קל"ט בפסקיו שם נראה מבואר דהאי דפונדקית, בהא דהוציאה מקלו ותרמילו היה קצת הוכחה למאי דבכיא מעיקרא ע"ש וגם בתשובות האחרונים הבאים אחריו הולידו ג"כ מהך דפונדקית דכל היכא דלא הוי מסיח לפי תומו גמור ואיכא הוכחות ואומדנות מצטרף דליהוי מסל"ת ומוהרי"ק גופיה בסי' הנזכר כתב וז"ל, ועוד שיש כאן הרבה הוכחות שהוא הוא שראו היהודים שנמצא החלל וכו', וגם נמצאו כליו וספריו בביתו כו' דדמי להאי דזה מקלו ותרמילו עכ"ל, ועל כרחך אינו סומך להתיר על אלו הוכחות לבד, אלא כוונתו שם שאף אם תמצא לומר שמחמת ששאלו הרוצח על הריגתו והודה דלא נחשב מסיח לפי תומו ממש, אפ"ה כיון שיש הוכחות מצטרפין למסיח לפי תומו, וכמו בהאי דזה מקלו וזה תרמילו דשם נמי לא היה מסיח

לפי תומו גמור אלא בצירוף הוכחת דמקלו ותרמילו ע"ש וגם בתשובת מוהר"ם לובלין סי' ק"י העלה דהיכא דהוי מסיח לפי תומו קצת אף ע"פ שאינו גמור מהני בצירוף אומדנות המוכיחות וז"ל, וכן נראה מדברי מוהרי"ק סי' קכ"א שכתב וז"ל ועוד שכאן הרבה הוכחות שהוא הוא כו', וגם נמצאו כליו וספריו בביתו כו', דדמי להאי דזה מקלו ותרמילו עכ"ל, וע"כ דאין ר"ל שיש לסמוך ולהתיר על אלו הוכחות לבד כו', ע"ש.

ומכל הלין מוכח דהאי דפונדקית לא היה מסיח לפי תומו גמור אלא ע"י הוכחת מקלו ותרמילו, וא"כ קשה בדברי הרי"ף דהיכי למד מיניה לשאר מסל"ת ובתשובת ב"י סי' ו' כתב להסתפק בעובדא דפונדקית אי משונה משאר מסל"ת, ובעי דוקא זה מקלו ותרמילו, או זה מקלו ותרמילו לאו דוקא, והעלה שנראה יותר דלאו דוקא מקלו ותרמילו ע"ש, ולפ"ז א"ש דברי הרי"ף שלמד מינה לשאר דוכתי, כיון דלאו דוקא הא דזה מקלו ותרמילו, ובפונדקית עיקר טעמא משום התחלה וא"כ בשאר דוכתי נמי מהני, אמנם לפי מ"ש האחרונים בתשובותיהם דהתם בפונדקית בצירוף הוכחת דמקלו ותרמילו הוא דהוי מסל"ת, וכמ"ש בשם מוהרי"ק ותה"ד ומוהר"ם לובלין וצ"צ סי' מ"ב ע"ש, א"כ הדרא קושיין לדוכתיה, דהיכי למד מינה הרי"ף לשאר דוכתי דליהוי מסיח לפי תומו ע"י התחלה.

פרק ט

והנראה לענ"ד בזה, דודאי רבנן דר' עקיבא מודו דכותי אינו נאמן אלא במסל"ת, וצריך להבין הא דמביאין רבנן ראיה מהך דפונדקית, כיון דפונדקית ע"כ במסיח לפי תומו היה ורבנן מיירי מתורת עדות אלא דמוהר"ם לובלין בתשובה כתב לפרש דיבור תוס' שם, והעלה דאליבא דכו"ע בשביל הבכיה לא נחשב מסיח לפי תומו ממש אלא התחלה קצת, וס"ל לחכמים דבכל הני הוכחות, דקא בכיא וגם במה שבידה מקלו ותרמילו, לא גרע מעדות עד אחד, ולכך הביאו חכמים ראיה מכאן, דאי אמרינן דאשה נאמנת בתורת עדות, ה"נ ניחא שהתירוה בכל הני הוכחות, משום דע"י כל אלו הוכחות הנזכרות, אעפ"י דלא הוי מסיח לפי תומו גמור, לא גרע מעד אחד שהיא אשה, אלא אי אמרת דאשה אינה נאמנת כעד אחד לא היו מתירין אותה, ור' עקיבא ס"ל דע"י הוכחות דמקלו ותרמילו נעשית מסיח לפי תומו גמור בצירוף דקא בכיא מעיקרא ע"ש [במוהר"ם].

והיינו דודאי מסיח לפי תומו גמור עדיף מעדות אשה, דהא ר' עקיבא הכי ס"ל דעדות אשה אינו מועיל ומסיח לפי תומו גמור מהני אפילו בגוי, אלא היכא דאינו מסיח לפי תומו גמור אלא בצירוף הוכחות, לא עדיף מעדות אשה, ומשו"ה ילפי חכמים מינה לעדות אשה, ור' עקיבא ס"ל דע"י צירוף הוכחות הוי כמסיח לפי תומו גמור ועדיף

מעדות אשה, ולהכי קאמר ר' עקיבא הפונדקית הוציאה מקלו ותרמילו, והיינו דע"י הוכחות ואומדנות הו"ל כמו מסיח לפי תומו גמור זה המתבאר בטעמא דרבנן ור' עקיבא לפי שיטת מוהר"ם.

אלא דאכתי צריך ביאור הא דא"ר עקיבא פונדקית הוציאה מקלו ותרמילו, כיון דלחכמים נמי התם אינו אלא משום הוצאת מקלו ותרמילו, אלא דרבנן סברי דע"י הוכחות אכתי לא הוי מסיח לפי תומו גמור, אלא דהאמינוהו ע"י אומדנות והוכחות והוא בגדר עדות אשה, ולר' עקיבא הוא בתורת מסיח לפי תומו גמור ע"י הוכחות, וא"כ מה הוסיף ר' עקיבא באומרו הוציאה מקלו ותרמילו כיון דלחכמים נמי ע"י מקלו ותרמילו.

ולכן נראה לענ"ד דחכמים סברי נאמנות הפונדקית לאו משום מקלו ותרמילו, דר' עקיבא הוא דחידש מקלו ותרמילו, אלא דרבנן סברי מחמת התחלת מסיח לפי תומו דקא בכיא האמינוה מסל"ת, אע"ג דאינו מסיח לפי תומו גמור, ומשום צירוף הוכחה דאשה דייקא ומנסבא, ומה"ט דחזקת דייקא ומנסבא עשו מקצת מסיח לפי תומו כמסיח לפי תומו גמור, וכמו שיבואר לפנינו מדברי תשובת מיימוני בסמוך, דהא דמהני מקצת מסיח לפי תומו הוא משום צירוף חזקת דייקא, ומשו"ה ס"ל לרבנן דכי היכי דהתירו מקצת מסיח לפי תומו רק משום חזקת דייקא ומנסבא, וא"כ ה"ה עדות אשה, ומשום דלא עדיף מקצת מסיח לפי תומו מעדות אשה, ור' עקיבא הוא דהשיב דהתם הו"ל כמו מסיח לפי תומו גמור בצירוף הוכחת דהוציאה להם מקלו ותרמילו, ומסיח לפי תומו גמור ודאי עדיפא מעדות אשה ולפ"ז א"ש דמביא הרי"ף ראיה דמהני בכל דוכתי מסיח לפי תומו במקצת, דהא לחכמים דקיי"ל כוותייהו התם, לאו משום מקלו ותרמילו, אלא משום מקצת מסל"ת, ומשום צירוף חזקת דייקא ומנסבא.

וכן נראה מתשובת מיימוני שסמך על חזקת דייקא ומנסבא להאמין אפילו במקום שאינו נראה מסיח לפי תומו גמור, ע"ש בסי' ט' שהעלה דאפילו ידע הגוי מן הרדיפה שרדפו הקרובים דמהני, כיון דלא שייליה להאי גוי גופיה וז"ל, אבל הכא דלא שייליה להאי גוי גופיה, מקרי שפיר מסיח לפי תומו אע"ג דידע שמחפשין אותו, דאל"כ היכי מהימנינן לשום עכו"ם מסיח לפי תומו בעדות אשה שהלך בעלה למדה"י, נימא דילמא משקר, ולפי שיודע שהלך למדה"י ואי אפשר לה להינשא עד שיעידו לה שמת, אומר כן כדי לקלקלה, ודאי לא פליגי רבנן בין עכו"ם המכיר בדת יהודית ובין עכו"ם שאינו מכיר, אלא סמכינן אכל עדות עכו"ם שבשעה שבאו לפנינו הוא מסיח לפי תומו מאליו, מהימנינן ליה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלנו עליה בתחילתה משום עגונה,

וכדברי משמע בדברי רבינו האלפסי שכתב בפ"ב דיבמות וז"ל, גזלן דדברי תורה כו' מסיח לפי תומו משיאין אשה על פיו דלא גרע מעכו"ם, ואע"ג דהתם כל ישראל יודע דמשיאין עפ"י ע"א, ואפילו פסול ואפילו ע"י נכרי מסיח לפי תומו וקרינן ליה מסל"ת, ויליף לה דמהימן מק"ו מנכרי, אלמא דגבי נכרי כה"ג שרינן בעדות לפי תומו אפילו דידע, דלא פלוג רבנן רק כל היכא דבשעת עדות לא מוכחא מלתא בדבריו דנתכוין להתירה או לעדות או למילתא אחריתי, מהימן, עכ"ל.

ומבואר דהא דסמכינן בעכו"ם מסיח לפי תומו, אף שאינו מסיח לפי תומו גמור כיון שידע מן הרדיפה או שיודע ומכיר בדת יהודית, אינו אלא מתוך חומר שהחמרת, והוא חזקה דייקא ומנסבא דהוא במקום הוכחה דליהוי מהימן, ומה"ט נמי ה"ה במסיח לפי תומו במקצת, כגון האי דבכיא מעיקרא שהתחלה היה עפ"י מסל"ת, אעפ"י שהגמר היה ע"י שאלה, הכל משום חומר שהחמרת ומשום חזקת דייקא והוא במקום הוכחה ואומדנא, ושוב אין אנו צריכין להוכחות אחרות, ורבנן הוא דלמדוה מפונדקית לעדות אשה, כיון דהתם נמי לא היה מסיח לפי תומו גמור, דכיון דהיה רק התחלה במסיח לפי תומו והגמר ע"י שאלה, אלא משום הוכחה דדייקא ומנסבא, וא"כ בעדות אשה נמי מהימנא משום הך הוכחה דדייקא ומנסבא, ור' עקיבא ס"ל דלאו משום חזקה דדייקא ומנסבא, אלא הפונדקית הוציאה מקלו ותרמילו, וא"כ אין זה ראיה לעדות אשה וכיון דקי"ל כרבנן דר' עקיבא, א"כ לאו משום מקלו ותרמילו, אלא חזקה דדייקא והוא אומדנא במקום הוכחה ומשו"ה למד הרי"ף שפיר בכל דוכתי דמהני התחלת מסל"ת ולפ"ז מה שהחמירו אחרונים בהתחלת מסיח לפי תומו דבעינן נמי אומדנות והוכחות וכמו בהך דפונדקית מקלו ותרמילו, ולפי מה שכתבתי כל הוכחות ואומדנות הוא חזקה דדייקא, והוא אליביה דרבנן במקום הוכחה וכמ"ש זה הנראה לענ"ד במחלוקת דרבנן ור' עקיבא. ובתשובת ב"י במסיח לפי תומו סי' ז' כתב דרבנן סברי דמה שהוציאה מקלו ותרמילו מגרע מסיח לפי תומו דידה, דנראה הכוונה להעיד, ולזה קשיא ליה דא"כ מקלו ותרמילו מסייע לרבנן, ולא הוזכר בדבריהם אלא בדברי ר' עקיבא שהיא טענה מנגדת לו, ומה שהיה צ"ל דהיינו חזיתינהו דבכיא לא הזכיר, וע"ש שהניח בצ"ע ולפי מ"ש ניחא, דטעמא דרבנן דודאי התם לא הוי מסיח לפי תומו גמור, כיון דאח"כ היה ע"י שאלה, אלא ע"כ משום חזקת דייקא, ומזה למדו נמי להתיר נמי עדות של אשה, ור' עקיבא ס"ל דהתם משום מקלו ותרמילו דהו"ל הוכחה ואומדנא, ומזה משוי ליה כמו מסיח לפי תומו גמור וכמ"ש, ודוק.

פרק י

ולכאורה נראה ליישב בזה דברי מוהרש"ל ביש"ש פרק הגוזל (סי' כ"ח) במ"ש דאם האשה והקטן יודעין מרדיפת הבעלים לא הוי מסל"ת, והוא נגד דברי מוהר"ם בתשובת מיימוני ותה"ד ומוהרי"ק דכתבו להדיא אע"ג דידע נכרי מרדיפת הבעלים לא נפיק מכלל מסל"ת, כבר הנחנו דברי מוהרש"ל פ"ח בתימה, ולפי מ"ש דעיקר הטעם [דנאמן] במסיח לפי תומו גרוע, דהיינו התחלה או כשיודע מרדיפה, דאינו אלא משום חומר ומשום חזקה דדייקא, וא"כ היכא דלא שייך חזקה זו, לא מהני מסיח לפי תומו כשיודע מרדיפה, דהא עיקר הטעם משום חזקה דדייקא, וכמבואר מתשובת מיימוני סי' ט', והתם בפרק הגוזל להעיד מכאן יצא נחיל זה, לא מהני כל שידעו הבעלים מרדיפה, כיון דהתם ליכא אומדנא זו, וא"כ אינו סותר לא לדברי תשובת מיימוני ולא לדברי תה"ד, אלא מתשובת מוהרי"ק משמע דהתם נמי גבי מכאן יצא נחיל זה מהני מסיח לפי תומו אפילו יודע מרדיפה, והובא דבריו לעיל פ"ה ע"ש.

אמנם נראה כיון דבתשובת מיימוני משמע כל שיודע ומכיר בדת ישראל אינו אלא משום חומר שהחמרת בסופה ומשום חזקת דייקא, וקשה לפ"ז הא דהאמינו בתרומה במסיח לפי תומו ואפילו על פי עצמו כדאיתא בכתובות דף כ"ו, וכן בשפחה מסיח לפי תומו ע"ש, ואע"ג שיודעין ומכירין בדת כהונה והתם לא שייך האי טעמא דחומר שהחמרת כו', ובתשובת מיימוני מדמה יודע ענין הרדיפה עם מי שיודע ומכיר דת ישראל.

ולכן נראה דנכרי מסיח לפי תומו גרע מישראל מסל"ת, ומשו"ה בנכרי מסיח לפי תומו כשיודע מהרדיפה, לזה הוא דאתי עלה בתשובת מוהר"ם משום חזקה דדייקא ומנסבא, והביא ראיה מיודע מדת יהודית דזה הו"ל כמו יודע מהרדיפה, הא אי לאו משום חזקה דדייקא, לא היה נכרי מהימן במסיח לפי תומו כל שיודע מרדיפה או שיודע ומכיר בדת יהודית, אבל במסיח לפי תומו ישראל, אפילו יודע מהרדיפה או יודע בדת שלו, בזה שפיר מהימן אפילו בלא הך חזקה דדייקא ומנסבא.

ותדע דהא מוהר"ם בתשובה הביא ראיה מדברי הרי"ף שכתב דגזלן מסיח לפי תומו לא גרע מנכרי, ומשמע דנכרי דומיא דישראל מהימן, אע"ג דכל ישראל מכיר ויודע דמשיאין על פיו, ולמה לא דייק מגזלן גופיה דמהימן במסיח לפי תומו כיון דישראל ודאי יודע ומכיר בדת, אלא ע"כ דבישראל לא מגרע מסיח לפי תומו דידיה במה שיודע מרדיפה או במה שיודע מדת יהודית, ולא הוצרך להביא ראיה אלא מנכרי דומיא דישראל דמהני והוא משום חזקה דדייקא ומנסבא, אבל בישראל שפיר מהני מסיח לפי תומו אפילו בלא חזקה דדייקא, ומשו"ה בתרומה שפיר מהני מסיח לפי תומו בישראל או אפילו בשפחה,

אפילו שיודעין בדת כהונה, וא"כ התם בנחיל של דבורים דאשה וקטן מהני מסיח לפי תומו אפילו יודעין מהרדיפה, דמה לי יודע מהרדיפה או כשיודעין בדת ישראל דשוין הן לפי המתבאר מתשובת מיימוני, ודו"ק.

ובזה יתיישב דברי הפרישה והב"ח ביו"ד סי' ס"ט שכתבו דנכרי היודע ומכיר בטיב ישראל ואומר שהדיח הבשר לא הוי מסל"ת, ובש"ך השיג מהא דמומר כשר לעדות אשה אע"ג דיודע ומכיר בטיב ישראל ע"ש ולפי מ"ש ישראל פסול שאני, אבל נכרי שיודע ומכיר בדת יהודית אינו נאמן אלא לעדות אשה, ומשום דייקא ומנסבא, וגבי מליחה בעינן בנכרי שלא ידע מטיב ישראל.

וביש"ש פרק הגוזל בתרא סי' כ"ח שם וז"ל, ויש לי תימה בסוגיא זו, מאי פריך רבינא לרב אשי דאמר אין מסיח לפי תומו כשר אלא לעדות אשה, והרי נחיל של דבורים דכשר מסל"ת, ומשני שאני נחיל דקנין דרבנן הוא, דהרי בנחיל של דבורים לא איירי במסיח לפי תומו לחוד אלא צריך אף רדיפת הבעלים אחריהם, וע"ש שהעלה מזה דאין צריך רדיפת הבעלים, אלא בכדי שיהיה ידוע שלא נתייאשו הבעלים, ואע"ג דסתם לא מייאש, הכא כיון דאין לו אלא מסל"ת, להכי צריך בירור שבודאי לא נתייאשו הבעלים, ואולי אף רש"י פירש כן דרגלים לדבר שהן שלו כלומר שלא נתייאשו ע"ש [ביש"ש].

ומשמעות לשון רש"י אינו כן, אלא רגלים לדבר שהן שלו, היינו כיון דהבעלים מרדפין רגלים לדבר להך מסל"ת ובשיטה מקובצת שם וז"ל, ובפרק הגוזל האמינו קטן לומר מכאן יצא נחיל זה, ומשום דהתם קנין דרבנן, ובכה"ג שהבעלים מרדפין אחריהם והם מסיח לפי תומו רגלים לדבר דקושטא קאמר כו', הריטב"א ז"ל, עכ"ל [השיטה מקובצת].

ומבואר דהך רדיפת בעלים הוי רגלים לדבר דקושטא קאמר, וא"כ הדרא קושיית מוהרש"ל ביש"ש לדוכתיה, דמאי פריך והרי נחיל, דהא התם לא מהני מסיח לפי תומו אלא ע"י רגלים לדבר דקושטא קאמר מחמת רדיפת בעלים, אלא דכבר הקשה קושיא זו מוהריב"ל ח"א סי' ג' ומוהרשד"ם חלק אה"ע סי' קס"ה ולפי מ"ש ניחא, כיון דבעדות אשה נמי איכא הוכחה ואומדנא מחמת חומר שהחמרת ודייקא ומנסבא, אין לך רגלים לדבר יותר מזה, ומדקאמר דאין מסיח לפי תומו כשר אלא לעדות אשה, משמע דבשאר דוכתי אע"ג דאיכא נמי רגלים לדבר דומיא דעדות אשה לא מהימן, ופריך והרי נחיל דמהני ע"י רגלים לדבר דרדיפה, ומשני נחיל של דבורים שאני דהוא דרבנן.

וראיתי בשו"ת שער אפרים סי' ק"ג, ושם הביא מ"ש בתשובת מוהרשד"ם סי' קס"ה בשם הרדב"ז שהשיג על מוהרי"ק בראייתו שמביא מנחיל של דבורים לתשובת מיימוני, דאע"ג דידעו מן הרדיפה דמשמע אע"ג שהבעלים מרדפין בפני האשה ומתוך כך

נתעוררה האשה, והובא דברי מוהרי"ק לעיל פ"א ע"ש, ושהשיג מוהרדב"ז דמשמע אשה דומיא דקטן, שאין הקטן יודע רדיפת הבעלים ואע"ג דשמע אין שמיעתו כלום, כן האשה בדלא שמעה, וחכם א' שם בתשובה שמשיג על הרדב"ז, דאדרבה נקט קטן ואשה, מה אשה שומעת ומבחנת בין טוב לרע ה"נ קטן, וזו היא סברא מעליא כו', וכתב על זה בתשובת שער אפרים ז"ל, ואני אומר שיש קצת הכרח מסוגיא דמיירי בקטנים שאין מבינים, דמקשי בגמ' ודלמא קמצא שכיב ואסיקו ליה בשמיה, ואמרינן בגמ' דשבת המוציא חגב חי טמא כל שהוא שמצניעין אותו לקטן חייב וכו' ור' יהודא אי מיית קטן מספיד ליה כו', וא"כ כשאביו מצניע לקטן לשחוק מיירי בקטן לגמרי, כי באם הגדיל קצת אין מדרך העולם שיצניע לו אביו חגב לשחק, וכבר אמרו עד בר שית לא תקבל מיכן ואילך ספי ליה כתורא, וא"כ גם ביבמות מיירי בקטן כזה שמצניעין לו חגב לשחוק בו וקטן מספיד ליה, וא"כ קטן כזה אין לו הבנה עכ"ל, ע"ש [בשער אפרים].

ולפי מ"ש הט"ז באה"ע סי' י"ז סק"ט דהא דקטן נאמן במסל"ת, היינו דוקא בקטן שהגיע לעונת הפעוטות דמקח וממכר שלו קיים, אבל פחות מזה לא מהני אפילו מסל"ת ע"ש, וא"כ בקטן שהוא פחות מבן שש לא מהני מסל"ת, וא"כ ע"כ מיירי בקטן שיש לו הבנה קצת.

פרק יא

והנה המרדכי בסוף יבמות (סי' פ"ז) כתב וז"ל, בירושלמי דיבמות גרסינן איזהו מתכוין, ר' יוחנן אמר כל שמזכירין לו אשה, ר' שמעון בן לקיש אמר כל ששואלין אותו והוא משיב כו', וגמרא דידן דר' יוחנן מחמיר ולא מכשיר אלא במסל"ת, וריש לקיש מיקל ולא פוסל נכרי אלא במתכוין להתיר, לכן צריך לפרש הירושלמי דלר' יוחנן אפילו אין שואלין, אלא מזכירין לו שם האשה שמת בעלה לא הוי מסל"ת, ומיהו בבכתה ותו אמרי איה חברינו מודה ר' יוחנן דהוי עדות, ולריש לקיש כ"ש דא"ש טפי הא דפריך והא איה חברינו קאמר, אבל בירושלמי במעשה דפונדקית גרסינן ר' אחא אמר עשו אותה כחיה שנאמנת על אתר, ר' שמואל בר סכורתא עשו אותה כגון שמסל"ת, חד אריסטוון בעי קומי ר' מנא לית הדין דפליג על ר' שמעון בן לקיש דאמר כל ששואלין אותו והוא משיב, פירוש דאיה חברינו היו שואלין אותה והיינו מתכוין להעיד דאינו עדות, לית כאן כהאי דר' שמואל בר סכורתא, אתא כן כהאי דר' אחא דאמר עשו אותה כחיה שנאמנת על אתר, פירוש לר' אחא אפילו שואלין אותה איה חברינו דלאו מסיח לפי תומו נאמנת דומיא דחיה, כדאיתא פרק בתרא דקידושין, וטעמא משום שהיתה מראה פנים לדבריה

במקלו ותרמילו, ובגמ' דידן אוקמינא לפונדקית שהיתה מסיח לפי תומו, והיינו כר' שמואל בן סכורתא עכ"ל [המרדכי], ע"ש.
וקשה לי טובא, דהא בש"ס דילן דמשני כיון דקא בכיא, נמי אינו מסיח לפי תומו גמור, אלא עשו אותה כמסיח לפי תומו ע"י הוכחות ואומדנות מקלו ותרמילו, לפי מ"ש בתשובת מוהר"ם לובלין הובא בפ"ח, עשו אותה בהתחלת מסיח לפי תומו כמו מסיח לפי תומו גמור, וגם לפי מ"ש בפ"ט נמי להתחלת מסיח לפי תומו בעינן הוכחה, אלא דלפי מ"ש הוכחה דחזקת דייקא נמי [מהני], עכ"פ הוכחה בעינן, עמ"ש בפ"ט.
ובתוס' כתבו דהיינו כמו דאיתא בירושלמי עשו אותה כמסל"ת וא"כ מאי פריך לריש לקיש מהאי דר' שמואל בן סכורתא, כיון דהא דר' שמואל היינו משום דקא בכיא ואין לומר דירושלמי סובר דהתחלת מסיח לפי תומו לא מהני כלל, אלא טעמא דשמואל משום דס"ל דאפילו ע"י שאלה לגמרי נמי עשו אותה כמסל"ת, ופליגא דריש לקיש דהוא ס"ל דכל ע"י שאלה לא הוי תו מסל"ת, עכ"פ נראה מדברי הירושלמי דריש לקיש פליג אדר' שמואל, וצ"ל דר' שמואל ס"ל דאפילו ע"י שאלה הו"ל מסל"ת, וא"כ היכי כתבו תוס' משמע דש"ס דילן ס"ל כר' שמואל, והיכי מצינו להשוותן יחד, כיון דבירושלמי מבואר להדיא דמאן דס"ל עשו אותה כמסיח לפי תומו לית ליה דריש לקיש, וריש לקיש כר' אחא מוקי לה ומטעם דעשו אותה כחיה דנאמנת על אתר.
והנראה לענ"ד בזה לפי מ"ש בתשובת מוהר"א מזרחי סי' ע"ג ובתשובת בנימין זאב, דכל שהיה התחלה במסיח לפי תומו, אפילו אחר כמה זמנים לא נפיק מכלל מסיח לפי תומו ע"ש, וזה ודאי כל מה שהגידה הפונדקית אחר שאמרו לה איה חברינו, לאו כלום הוא כיון דהיה עפ"י שאלה, אלא דמהני התחלת מסיח לפי תומו, והיינו דעשו אותה כמסיח לפי תומו גמור בצירוף הוכחות, ועשו מקצת מסיח לפי תומו כמו כולו מסיח לפי תומו והוכחות לזה, או משום מקלו ותרמילו וכמ"ש מוהר"ם לובלין, או לפי דרכינו הוכחה דדייקא ומנסבא ומוהרי"ן לב בח"ג בתשובותיו סי' ע"ו שם כתב, דהיכא דכותי מסיח לפי תומו קודם שבא לב"ד ואח"כ בא לב"ד להעיד, לא אמרינן דהוכיח סופו על תחילתו ונאמן, אבל אם בפעם השנית נתכוין הנכרי להתיר שהוא גרע מנתכוון להעיד, נסתפק די"ל בזה הוכיח סופו על תחילתו, ע"ש.
והנה לריש לקיש דס"ל כל ששואלין אותו אינו נאמן, ע"כ צ"ל דס"ל לריש לקיש דכל ששואלין אותו ומשיב כוונתו להתיר, דליכא למימר דס"ל דע"י שאלה אית ביה דין כוונה להעיד, דהא ר' שמעון בן לקיש ס"ל דאפילו מתכוין להעיד כשר, ואינו פסול אלא במתכוין להתיר וכדאיתא בש"ס דילן שלהי יבמות ע"ש, וכיון דס"ל דע"י שאלה דין

כוונה להתיר אית ביה, א"כ ע"כ פליג אדר' שמואל דאמר עשו אותה כמסל"ת, ומשום דקא בכיא עשו מקצת מסיח לפי תומו ככולו וכמ"ש, ואי נימא דע"י שאלה כוונתו להתיר ובמתכוין להתיר אמרינן הוכיח סופו על תחילתו, וא"כ אפילו מקצת מסיח לפי תומו ליכא, דכיון דהוכיח סופו על תחילתו הרי התחלתו דקא בכיא נמי הכוונה על שם סופה להתיר, ומשו"ה מוקי לה דלא כר"ל, וע"כ לר"ל משום דר' אחא ונאמנת משום חיה.

אבל בש"ס דילן דס"ל דשאלה לא מהני, וכדפריך והא איה חברינו אמרו, אלא דלאו מדין כוונה להתיר פסול לשאלה, אלא משום דכל ע"י שאלה הכוונה להעיד, וש"ס דילן ס"ל דמתכוין להעיד פסול, ומשו"ה משני לה שפיר כיון דקא בכיא מעיקרא, והיינו דהו"ל התחלת מסיח לפי תומו, ובמתכוין להעיד לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו, וא"כ תחילתו ודאי מסיח לפי תומו ומהני ליה מקצת מסיח לפי תומו ככולו, ולנתכוין להתיר לא חיישינן אפילו ע"י שאלה, וא"כ בש"ס דילן שפיר מהני בהתחלת מסיח לפי תומו, ודוק.

פרק יב

ומתוך מ"ש מבואר דע"כ הא דקא בכיא לא הוי מסיח לפי תומו בעצם, דאי הוי מסיח לפי תומו בעצם, א"כ היכי מייתי רבנן ראיה מיניה לעדות אשה, כיון דמסיח לפי תומו גמור ודאי עדיפא מעדות אשה, אלא דלפי מ"ש דהוא משום הוכחה ואומדנא, סגי לה במקצת מסיח לפי תומו והוכחה, או משום מקלו ותרמילו, או משום דייקא ומנסבא, הכל מבואר לעיל פ"ט, ולפ"ז הא דכתב הנימוקי יוסף בשם המפרשים דכי היכי דכל שהתחיל במסיח לפי תומו לומר, אעפ"י ששאלוהו לבסוף דנאמן, כן נאמר דכל שאומר לו איה פלוני, כל מה שישיב מיכן ואילך אינו נדון כמסיח לפי תומו ע"ש, דזה יתכן אי אמרינן דהאי דקאי והיה התחלה במסיח לפי תומו דנידון ע"י התחלה כמו מסיח לפי תומו גמור, וא"כ מוכח דאזלינן בתר התחלה, א"כ ממילא להיפוך נמי, כל שהתחלה היתה ע"י שאלה אעפ"י שקצתו השני היה במסיח לפי תומו דלא מהני, כיון דאזלינן בתר התחלה, כן צ"ל לדברי יש מפרשים.

אמנם לפי מה שמבואר מדברינו דהתחלת מסיח לפי תומו לא מהני ככולו אלא בצירוף הוכחות, ולפי מ"ש מוהר"ם לובלין מקלו ותרמילו, או לפי מ"ש הוכחה דדייקא ומנסבא, סמכו במקצת מסל"ת, וא"כ כיון דע"י הוכחה הוא דסמכינן במקצת מסל"ת, א"כ כי היכי דמהני מקצת מסיח לפי תומו בהתחלה ע"י הוכחה ואומדנא, ה"נ מהני קצתו השני מסיח לפי תומו ככולו ע"י צירוף הוכחה ואומדנא, ואין חילוק בין קצתו הראשון לקצתו

השני, דלפי מה שמוכרח בש"ס לפרש טעמא דרבנן דר' עקיבא שלמדו עדות אשה מהך דפונדקית, ע"כ אינו מסיח לפי תומו גמור אלא בצירוף הוכחה וכמ"ש פ"ט, וא"כ אין התחלה עושה הכל, אלא דסגי לה בקצת מסיח לפי תומו ע"י צירוף הוכחה ואומדנא, וא"כ ה"ה קצתו השני מהני, ודוק.

ובצמח צדק סי' מ"ב הביא דברי הנימוק"י בשם יש מפרשים הנזכר, וכתב עלה שכתב כן הרב המגיד בשם הרשב"א, הובא דבריו לעיל פ"ח ע"ש, והמעיין בדברי הרב המגיד שם אינו, ע"ש פי"ב מגירושין וז"ל, וכתב הרשב"א מדמקשי והא איה חברינו שמעינן דכל שאומרים לו איה פלוני שהלך עמך, אין זה מסיח לפי תומו עכ"ל, והיינו לומר אע"ג דלא שאלו אותו אם חי אם מת אלא סתם איה פלוני, נמי חשיב שאלה, אבל מדין מסיח לפי תומו, מזה לא הוזכר שם, ע"ש.

ועיין בתשובת מוהרי"ו סי' ט' וז"ל, ואם נפשך לומר כיון שלא העידו ר' יעקב ור"י אלא מה ששמעו מר"א ומר"מ, לישדר להתם למדינת ברנדיבורק ולשאלינהו גופיה מאי דקאמרי, אי דינא הכי, א"כ מתני' דקתני אפילו שמע מן הנשים אומרות מת פלוני דיו ר' יהודא אומר אפילו שמע מן התינוקות כו', וסיפא דמתני' דקתני והוחזקו להיות משיאין עד מפי עד ואשה מפי אשה, וכן הרמב"ם שהבאתי לעיל, בא אחד ואמר אמרו לי כו', בכל הני מתני' והרמב"ם אמאי לא אמרי לישיילינהו אינהו גופייהו ודוחק לומר דכולהו איירי בליתנהו, עכ"ל [מוהרי"ו].

ובח"מ סי' י"ז ס"ק י"ח הקשה מסוגיית הש"ס דפריך דלמא קמצא שכיב ואסיקו ליה בשמא, ואי הוי מיירי שהמה בעיר, נשאלה את פיהם ע"ש והנה לפי מה שמבואר שם במוהרי"ו בשם א"ז דקטן אינו נאמן אלא במסיח לפי תומו ע"ש, א"כ תו לא מצינו לשאול את פיהם, דכל ע"י שאלה לא הוי מסל"ת והא דמהני בפונדקית דקא בכיא ואע"ג דסופו ע"י שאלה, כבר כתב בתשובת מוהר"ם לובלין דהוי משום מקלו ותרמילו ועשו אותה כמסיח לפי תומו גמור ע"ש, וא"כ היכא דליכא הוכחה ואומדנא לא מהני מקצת מסל"ת. אלא דלפי מ"ש בפ"ט דהוכחה ואומדנא הוא דייקא ומנסבא, ובכל דוכתי מהני מטעם זה מקצת מסיח לפי תומו אע"ג דקצתו השני ע"י שאלה, וא"כ בתינוקות דכבר היו מדברים בהתחלה במסיח לפי תומו, א"כ יוגמר דבריהם ע"י שאלה, והדרא קושיית ח"מ לדוכתיה ומיהו נראה לפי מ"ש בפסקי מוהרא"י סי' ר"ך דלא מהני דברי תינוקות אלא לאלתר שאמרו עכשיו באנו מהספד פלוני, אבל לאחר זמן לא מהני דבריהם כלל, וכן פסק הרמ"א סי' י"ז, א"כ תו לא מצינו נשאלה את פיהם, דלא מהני אלא לאלתר וכבר עבר זמן.

פרק יג

ביבמות (דף ק"כ ע"א) תנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו, וכתבו התוספות וז"ל, ואומר ר"ת היינו דוקא כשאין שם אלא הפרצוף, אבל אם כל גופו שלם אפילו אין כאן פדחת וחוטם, ניכר היטב על ידי סימני הגוף, ועוד דשמא דוקא בסימנין הוא דקאמר הכי, אבל ע"י טביעות עין ניכר היטב ע"י סימני הגוף, כיון שיש כל גופו, ואפילו אחר כמה ימים, עכ"ל ובתשובת ב"י סי' ו' כתב לפרש דברי ר"ת שיכולין להכיר בטב"ע לדעת ר"ת אפילו בלא סימני הגוף, וטעות נפל בכל הספרים מ"ש ע"י סימני הגוף, וכדמוכח מדברי הטור שכתב שניכר בטב"ע ולא הזכיר על ידי סימני הגוף, ע"ש.

וראיתי תשובה אחת מיוחסת להגאון מגיני שלמה, והוא בתשובת גאוני בתראי סי' נ' שכתב, דהא דכתבו הרא"ש ונימוקי יוסף בדברי ר"ת טב"ע ע"י סימני הגוף, ר"ל סימן דטב"ע שמכיר גופו שתוארו כך וכך, וכן משמע מדלא כתבו טב"ע וסימני הגוף, עכ"ל והיכא דאיתיה לפרצוף פנים עם החוטם, נראה דמעידין אפילו אין שם גוף כלל, דבתשובת מוהרי"ן לב הביא בשם בנו דפרצוף פנים בלי בנין הגוף כלל לא מהני ע"ש, וכבר כתב עלה מוהרח"ש בקונטרס עגונות דלא נהירא, ע"ש וכן נראה מוכח מהא דאמרינן פרק יש בכור דף מ"ה אמר ר"ל פדחת לכל פוטר חוץ מנחלה דכתיב יכיר ור' יוחנן אמר אף לנחלה, ואקשי עלה ממשנתינו דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם כו', ומשמע דלריש לקיש ניחא דאית ליה פדחת אינו פוטר ובעי כל הראש, ותיקשי נמי היכי פוטר ביציאת ראשו ואפילו ראשו כולו, כיון דלא מינכר בלא גופו ועדיין לא יצא גופו מיהו אפשר דהיכא דנפרד הראש מן הגוף הוא דלא מהני הכרה בפרצופו, אבל היכא דמחובר הראש עם הגוף אלא שלא יצא עדיין כל הגוף, שפיר מינכר בראשו לחודיה.

אמנם מ"ש תוס', ועוד דשמא דוקא בסימנין הוא דקאמר הכי אבל ע"י טב"ע ניכר היטב, אין לזה ביאור כלל, דמשמע בפרצוף פנים מהני סימנין אפילו בלא טב"ע, וקשה טובא, כיון דמתני' מיירי בסימנין שאין מובהקים כלל להך לישנא דסימנים דאורייתא, ומוקי לה בש"ס להא דתנן אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו, דמיירי בארוך וגוץ, וא"כ בראשו היכי מהני סימנין כהאי, וכן נמי להך לישנא דסימנים לאו דאורייתא ומוקי מתני' אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו, בסימן בינוני, נמי קשה היכי מהני סימן בינוני בפרצוף, כיון דסימנים לאו דאורייתא.

ומוהרח"ש כתב שהאריכו בזה מוהרי"ן לב והרב מוהרד"ך בפסקיו, ולא רצה בפירושם ובדבריהם, וכתב מנפשיה פירוש תוס', והוא דאין הפרש בין פירוש ראשון לפירוש שני, רק דלפי פירוש ראשון מתני' מיירי דוקא כשאין גופו שלם כלל, ולפירוש שני מתני' מיירי אף כשגופו שלם, וכי קאמר אעפ"י שיש סימנים בגוף ובכליו דלא מהני, היינו מתורת סימנים בלא טב"ע, פירוש היכא שאין מכירין אותו בגופו רק הסימן לבד, אבל בטב"ע מהני ומתני' הכי קאמר, אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו אין מעידין מתורת סימן רק בטב"ע, ומשכחת לה פרצוף פנים עם החוטם וה"ה דהוי מצי למימר טב"ע בגופו ע"י סימן, אלא שדיבר בהוה, דטב"ע מילתא דשכיח הוא בפרצוף פנים, או דוקא פרצוף פנים דמשתכח בהו טב"ע בלא סימנים, אבל בגוף לא משכחת טב"ע בלא סימן והתנא לא נחית למימר רק דאין מעידין מתורת סימנים אלא ע"י טב"ע, ע"ש.

ולענ"ד נראה להבין כוונת תוס' מתוך דברי ר"ת שהובא בתשובת מיימוני להלכות אישות סימן נ' וז"ל, ע"כ האי אין מעידין אלא עד ג' ימים, לאו אאדם ידוע וניכר למעידיו, דאפילו עד ד' ימים מהני כיון שיודעין שזה הוא, אלא ע"כ שאין ידוע אלא ע"י סימני פרצופו ופדחתו וחוטמו כו', וכ"כ בה"ג כו', עכ"ל ר"ת, ועוד האריך הרבה ואני קצרתי, אלמא אם המעיד עליו היה מכירו מחיים ומעיד עליו לאחר מותו שהכירו בטב"ע, מהימן אף לאחר מותו כמה ימים, עכ"ל תשובת מיימוני עיין שם ונראה מדבריו דר"ת מפרש משנתינו שלא ידוע ממש למכיריו בטב"ע, אלא שראו אדם מת ואמרו סימני פרצופו וחוטמו, והיינו פרצוף עגול או ארוך וכן בפדחתו וחוטמו, ומכיריו בחייו ואף שלא ראו אותו, ידעינן אנן עפ"י העדים אלו שמכירין אותו בסימנין הללו שהוא ראובן ויבואר עוד לפנינו.

אלא שראיתי במוהרח"ש שהביא תשובת מיימוני הנזכרת, וכתב עלה, לכאורה נראה שהכוונה דלאו באדם ידוע וניכר למעידיו, אלא שלא הכירו אותו רק שראו אדם מת ונתנו סימני פרצופו ופדחתו וחוטמו עגול או ארוך וקצר וכן חוטמו וכו', והשומעין דבריהם שהיו מכירין בו בחייו, אמרו שזה ודאי ראובן שהיה לו פרצוף כזה אמנם זה ודאי לא אפשר, דכיון שהמעידין לא הכירוהו בחיים רק שנתנו סימני פרצופו וחוטמו, הא ודאי דסימנין אלו הוי כמו ארוך וגוץ דאמרינן בגמ' דלא הוי סימן כלל אמנם יראה הכוונה דלאו באדם ידוע וניכר למעידיו כלומר שגופו ופרצופו קיים, דבכי האי גוונא ודאי ניכר למעידיו בלי שום עיון ודקדוק, דאז אפילו לאחר ג' ימים מעידין, אבל מתניתין בשאין גופו שלם, או שאין כל הפרצוף שלם, אלא שנשארו הלחיים והפדחת והחוטם ואין ידוע להם אלא בדקדוק ועיון ע"י טב"ע של פרצוף וחוטם ופדחת, ובזה אין מעידין אלא עד ג'

ימים וחשבתי לומר כוונה אחרת, דלאו אאדם ידוע וניכר, כלומר חבירו הרגיל עמו, דאז יכולין להכירו במותו אף לאחר שלשה ימים, אלא מיירי שאין ידוע להם בחיים חיותו ע"י שהיה רגיל עמו, אלא שהיה ידוע להם ע"י פרצופו וחוטמו כשהיו רואין אותו וכו'. אמנם מה שכתבתי תחילה נראה יותר, עכ"ל.

פרק יד

וליבי אומר לי מה שרבו הפירושים בדברי ר"ת ואת כל התלאה אשר מצאתנו בדבריו, הוא היות שדברי ר"ת המה בקיצור ולא נדע הפתח נבוא שעריו, ואחר העיון היטב בדברי ר"ת, כמו שהובא בתשובת מיימוני דברי ר"ת, ועלה כתב וכן כתב בה"ג, וגם דברי הלכות גדולות לא הביא מקומו איה, ואחר החיפוש והעיון בדברי בה"ג נראה יגעתי ומצאתי דברי בה"ג אשר עליהם דברי ר"ת נסמכין, והנה ז"ל בה"ג [הל' יבום וחליצה דף ס'], נפל במים שאין להם סוף בשני עדים ודאי מימית מיית, לגבי ממון נחתינן יורשין לנכסיו, לגבי אשה אחמירו ביה רבנן עד דאמרי סימני פדחתו וחוטמו ושאר סימנין שלו עכ"ל, ע"ש.

ומדכתב בה"ג סימני פדחתו וחוטמו ושאר סימנין שלו, מוכח דמפרש משנתינו כולה דאין מעידין אלא על פרצוף פנים וחוטם, דלאו בטב"ע מיירי אלא בסימני פדחתו וחוטמו, ומשום דכל שמצייר בסימנין כל פרצופו ופדחתו וחוטמו, זה הוי כמו סימן מובהק, כיון שאומר כל סימני הפרצוף יחד, וזהו הכרת פניהם ענתה בם, ע"י סימנין ולא בטב"ע ומאי דכתב בה"ג ושאר סימנין שלו, אי ס"ל סימנים דאורייתא היינו סימן מובהק ממש, והוא הדרך הראשון רצתה נפשי במה שעלתה בתחילה על דעת מוהרח"ש, ואם כי איתו היתה ושלחה, לדעתי הוא הדרך הנכון, ומה דקשיא ליה למוהרח"ש דארוך וגוץ לאו סימן הוא, נראה דהיינו בשאר הגוף, אבל בפרצופו הו"ל סימן מובהק ממש.

וזהו שכתב ר"ת בתשובה, א"כ האי אין מעידין לאו אאדם ידוע וניכר למעידיו, דאפילו עד ד' ימים מהני כיון שיודעין שזה הוא, אלא ע"כ שאינו ידוע אלא ע"י סימני פרצופו כו', וכ"כ בה"ג כו', ולא מצינו בדברי בה"ג ראיה לדברי ר"ת זולת דברי בה"ג הנזכרים, והיינו מדכתב בה"ג סימני פרצופו וחוטמו, ומשמע דמפרש למשנתינו בסימנין, ומשו"ה ס"ל לר"ת דהיינו דוקא בסימני פרצופו, כיון דאינו אלא סימני תמונה וציור חוטמו ופרצופו, ובזה הוא דאמרינן דנשתנה לאחר ג' ימים מצורתו ותמונתו, אבל טב"ע מהני אפילו לאחר שלשה ימים.

והיינו נמי דברי ר"ת שבתוס' לפנינו וז"ל, ועוד דשמא דוקא בסימנין הוא דקאמר הכי, אבל ע"י טב"ע ניכר היטב ומשום דדוקא סימני תמונה הוא משתנה אבל טב"ע לא

נשתנה ומדברי בה"ג שכתב עד דאמרי סימני פרצופו וחוטמו ושאר סימנין שלו, משמע להדיא דפרצופו וחוטמו ע"י סימנין הוא, וזהו הכרת פניהם ואינו סובל פירושו של מוהרח"ש שפירש בדברי ר"ת, אינו סובל בלשון בה"ג, וכיון דר"ת נשען על דברי בה"ג, א"כ דברי ר"ת נמי על דרך האמור הוא.

ובקונטרס עגונות של חלקת מחוקק הביא בשם הרא"ם סי' ל"ז שכתב בשם בה"ג דמהני טב"ע אפילו לאחר ג' ע"ש, ונראה שהבין מדברי ר"ת שכתב בתשובה וכ"כ בה"ג, דקאי על הך דינא דמהני טב"ע לאחר ג' ימים, ואנחנו לא מצאנו בדברי בה"ג שיזכיר זה דטב"ע מהני לאחר שלשה, אלא דר"ת שכתב וכ"כ בה"ג, היינו לומר דמיירי בסימנים, וכמו שמצינו בדברי בה"ג שכתב עד דאמרי סימני פרצופו וחוטמו, וא"כ ממילא נוכל לומר דבטביעות עין מהני אפילו לאחר שלשה ימים גם במוהרח"ש כתב וז"ל, לר"ת מעידין אפילו לאחר ג' ימים שבטב"ע יכולין להכירו, וכ"כ ר"ת בתשובה בשם רב יהודאי גאון, והריב"ש הביא ג"כ בשם ר"י עכ"ל [מוהרח"ש], והבין ג"כ דר"ת כתב בשם בה"ג הך דטביעות עין מהני לאחר שלשה ימים ולפי מ"ש לאו בפירוש איתמר בדברי בה"ג אלא מכללא וכמ"ש.

ובתשובת מוהר"ם אלשקאר סי' כ"ז הביא תשובת הרמב"ם ז"ל, ואנו העדים ח"מ, היינו בשוק המדינה הנזכרת שעבר עליה נכרי מלח מכלל הספנים, והוא מסיח לפי תומו אמר יודע לאשת ראובן היהודי שהוא טבע והשליכו הים ליבשה אחר טביעתו, ונתאמת אצלי הכרתו וכיסיתיו בעפר, וסיפר לנו העדים ח"מ זה הנכרי הנזכר הסימנים הגלויים על תמונת הנפטר וסימני פרצוף פניו, ונתקיימה אצלנו ידיעת גופו ותמונתו וצורתו כו', יורנו אדונינו כו' תשובה, כבר הותרה זאת האשה אשת הנפטר במאמר זה הנכרי מסל"ת.

וכתב עלה מוהר"ם אלשקאר דאין ההיתר משום עדות הנכרי, כיון דלא אמר דחזייה לאלתר, אלא משום שהרמב"ם סמך על סימנים מובהקים שהם דאורייתא ע"ש ומוהרח"ש הביאו, וכתב עלה דתמונת גופו וסימני פרצוף, משמע דלא בסימן מובהק מיירי אלא הוי כמו ארוך וגוץ ע"ש ולפי מ"ש סימני תמונת וציור הפרצוף עם החוטם ופדחת בתמונתו וציורו בארוך וקצר, הו"ל כמו סימן מובהק, אע"ג דבכל הגוף לא מהני ארוך וגוץ, אבל בפרצופו זה הוי הכרת פניהם.

זה הנראה לע"ד בדברי תשובת מיימוני שכתבו בשם בה"ג, אמנם הגם כי כתבנו זאת לפרש דברי ר"ת, אך מדברי הפוסקים קדמאי ובתראי נראה שחולקין על זה, וס"ל דלא

מהני לעולם סימנים אפילו בפרצופו וחוטמו, וכן מדברי הרמב"ם בספר הי"ד פי"ג מגירושין כתב להדיא דאין מעידין על צורתו ותמונתו בלא היכר טב"ע.

פרק טו

והנה במ"ש ר"ת דטב"ע מהני אפילו בלא פדחת וחוטם היכא שכל הגוף קיים ושלם, ומשנתינו כשאין הגוף קיים, חלקו עליו רוב הפוסקים והעלו דלא מהני טב"ע בשאר הגוף, אלא בפרצוף פנים עם החוטם ולענ"ד נראה ראיה לדברי ר"ת דמהני טב"ע בכל הגוף, מהא דאמרינן בפרק יש בכור דף מ"ה אמר ריש לקיש פדחת לכל פוטר חוץ מנחלה דכתיב יכיר, ר' יוחנן אמר אף לנחלה, ופריך עליה דר' יוחנן ממשנתנו דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם, ופירש רש"י וקשיא לר' יוחנן, ומשני משום חומרא דאשת איש ע"ש, וקיי"ל כר' יוחנן וכמבואר בטור ושולחן ערוך חו"מ סי' רע"ו, והא דראש פוטר היינו ביצא כתיקונו, אבל אם יצא שלא כתיקונו אינו פוטר עד שיצא רובו, ובנדה פרק המפלת (נדה דף כ"ח) ר"ל דר' יוסי ס"ל ביצא מסורס לא נפטר ברובו, ופריך עלה והא רובו ככולו ע"ש, ואי נימא דלא מהני טב"ע בכל הגוף אלא דוקא בפרצוף פנים עם החוטם, א"כ יצא מסורס לא נפטר לנחלה ברובו, כיון דבעינן יכיר ובגוף ליכא הכירא, ולא מצינו בשום מקום לומר דיצא מסורס אינו פוטר ברובו, ומלשון הש"ס פרק המפלת דפריך והא רובו ככולו, משמע בפשיטות דרובו ודאי מהני לכל מילי, ועוד דא"כ הו"ל לר"י ור"ל לומר רוב לכל פוטר חוץ מנחלה, דר"י גופיה נמי סובר יכיר אלא דסובר דניכר ע"י פדחת, וגם מסתימת הפוסקים משמע דרובו ככולו לענין נחלה, וא"כ מוכח דמהני הכרה בכל הגוף.

ואע"ג דמדברי ר"ת נראה דבעי כל הגוף שלם, כבר כתב הגאון בעל מגיני שלמה דלר"ת רובו ככולו, הובא בתשובת הגאונים בתראי סי' נ"ט וז"ל, אעפ"י דלר"ת בעינן כל הגוף שלם וכאן חסר קצת, אפשר דרובו ככולו, ע"ש.

ולענ"ד מזה ראיה ברורה דע"י רוב הגוף נמי מכירין אותו בטביעות עין, דאי לא תימא הכי, א"כ יצא רובו מסורס לא יפטור לנחלה כיון דבעי יכיר, ואע"ג דרובו ככולו, אי לאו בר הכירא ודאי לא מהני כלל, דהא פדחת נמי לכל פוטר ולכל מילי כילוד דמי ואפ"ה לנחלה אינו פוטר לר"ל ומשום דנחלה בעי יכיר, ור' יוחנן דפליג ס"ל דפדחת נמי בר הכירא, וא"כ ברוב נמי, אי לאו בר הכירא הוא לא הוי פוטר לנחלה, וכיון דמשמע מסתימת הפוסקים דרובו ככולו גם לנחלה, מדלא אשתמיט חד מפוסקים ראשונים לומר דרוב אינו פוטר לנחלה, מזה נראה מוכח דרוב הגוף נמי בר הכירא, וכן בש"ס לא פליגי ר' יוחנן ור"ל אלא בפדחת, ולא אשמעינן בש"ס דרוב אינו פוטר לנחלה לכו"ע, אלא צ"ל

דניכר הוא בטב"ע ברוב הגוף ולכן נראה לענ"ד דהיכא דאיכא עוד צדדים להקל, ראוי לצרף דעת ר"ת דמהני טב"ע בכל הגוף.

ובשולחן ערוך חושן משפט סי' רע"ו כתב דבכור לנחלה הוי מכי יצא הרוב פדחתו בחיי אביו ובסמ"ע שם וז"ל, אע"ג דברוב פדחתו לא הוי יכיר, מ"מ כיון דרובו ככולו הו"ל כאילו יצא כל פדחתו ע"ש וקשה דא"כ מאי פריך לר' יוחנן ממשנתינו דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם, נימא טעמא דר' יוחנן דאמר פדחת פוטר לנחלה משום דפדחת הו"ל רוב ראשו וכדאיתא פרק המפלת (נדה דף כ"ח), יצא כדרכו עד שיצא רוב ראשו, ואיזה רוב ראשו משיצא פדחתו ע"ש, וכיון דפדחת הו"ל רוב ראשו, ונימא דר' יוחנן דאמר פדחת פוטר היינו כל הפדחת, א"כ הו"ל רוב ראשו ורובו ככולו והו"ל כאילו יצא כל הראש, ובכל הראש ודאי בר הכירא הוא אלא ע"כ דלא מהני הך כללא דרובו ככולו לנחלה כל דליתא בהכירא ומשום דכתיב יכיר, והא דמהני רוב פדחת לר' יוחנן, היינו משום דלר' יוחנן כי היכי דהוי בר הכירא בכל הפדחת, ה"נ הו"ל בר הכירא ברוב פדחת, ודוק.

אמנם הב"ח שם מוחק תיבת רוב אצל פדחת, וכתב דלא מהני רוב כיון דליתיה בהכירא ע"ש, ונראה כדבריו, וראיה מדברי תוס' שם ד"ה חוץ מן הנחלה וז"ל, תימה דפריך לרבנן יכיר למה לי הא אצטריך לכדהכא, גם לר' יוחנן דס"ל אף לנחלה, היינו משום דזה הוי בכלל יכיר ע"ש, ומאי קושיא, דהא לר' יוחנן דין נחלה אינו חלוק כלל משאר דברים, דממ"נ, אם לא יצא רוב פדחתו אינו כילוד לכל דבר, ואם יצא רוב פדחתו הא פוטר לנחלה נמי, (אע"ג) [אע"כ] דס"ל דרוב פדחתו אינו פוטר לנחלה, ולשאר דברים הו"ל כילוד, וא"כ אכתי בעי יכיר גם לר' יוחנן לרוב פדחת, ואין לומר דלר' יוחנן בעי יכיר לרוב גופו ביצא מסורס, דכבר כתבנו לשיטת תוס' מהני הכירא ברוב גופו, ועוד דמשמעות סתימת הפוסקים דמהני רוב גופו לנחלה וכמ"ש לעיל, וא"כ יכיר לר' יוחנן אינו אלא לרוב פדחת וכמ"ש, ודוק.

ומיהו בכסף משנה פ' עשירי מהל' אבל כתב דלא הוי כילוד ברוב פדחת, אלא בכל הפדחת דהו"ל רוב ראשו ע"ש, וא"כ לפ"ז לא בעי יכיר כלל לר' יוחנן, דאם יצא כל הפדחת בר הכירא הוא, ואם לא יצא רק רובו לא הוי כילוד כלל ולא בעי יכיר, ולא קשה קושיית תוס', ודוק.

ובפרק מי שמת (ב"ב דף קמ"ב:) אמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא בן שנולד לאחר מיתת אביו, אינו ממעט בחלק בכורה, מ"ט וילדה לו אמר רחמנא והא ליכא, בסורא מתני הכי בפומבדיתא מתני הכי, אמר מר בריה דרב יוסף משמיה דרבא בכור שנולד

לאחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים, מ"ט יכיר אמר רחמנא והא ליתיה דיכיר, וכתבו שם תוס' וז"ל, מ"ט יכיר בעינן, קשה לר"י דאמאי לא מפיק ליה מוילדה לו דלעיל ע"ש, ואי נימא דרוב פדחת הו"ל כילוד לכל מילי, אלא דלגבי נחלה בכור בעינן יכיר וברוב פדחת לא מינכר, וכדברי הב"ח הנזכרים, א"כ הרי אצטריך יכיר למעט רוב פדחת לר' יוחנן, ולר"ל אפילו כולו פדחת נמי אימעט מיכיר, ודוק.

פרק טז

שם בבכורות (מו:) בהא דפריך לר' יוחנן ממשנתנו דתנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם, ומשני התם משום חומרא דאשת איש כו', ואבע"א יכיר לחוד והכרת פנים לחודיה, ופירש רש"י יכיר לחוד, מי כתיב יכיר פנים הלכך סגי בהכרת פדחת ע"ש, והדברים סתומים, דממ"נ, אם ניכר ע"י הפדחת לחודיה בלא הפנים, א"כ אמאי אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם, וכיון דניכר הפדחת הרי נודע מי הוא ולא גרע מסימן, ולמה הצריך התנא להיכר פנים, ואם אינו ניכר ע"י הפדחת, היכי הוי היכר לנחלה כיון דכתיב יכיר וליתיה בהכרת טב"ע.

ונבוך הייתי בזה עד שמצאתי תשובה אחת מיוחסת לאא"ז הגאון בעל תוי"ט, הובא בתשובת הגאונים בתראי סי' י', ושם הביא לשון הש"ס וז"ל, ואבע"א יכיר לחוד, פירש רש"י כו', והשתא לפי האבע"א אין לנו הא דאקילו רבנן בסופה, אלא דמן הסתם אין הכרה אלא בפניהם, כדקאמר קרא הכרת פניהם ענתה בם, ועל הסתם נאמר, אבל בלידה כתיב יכיר ולא פניהם, קרא מסהיד דא"צ אלא פדחת לחוד, ולמה לא הוי מילי דסברא נמי שבתחילת לידת התינוק ניכר מפדחת לחוד, עכ"ל.

ונראה מדבריו שהרגיש לפרש לנו דברי הש"ס, אמנם לא ירדתי לכוונתו הרמה, כי לכאורה נראה כוונתו דהא דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם, היינו בסתם הכרה דאינו אלא בפנים וכדכתיב הכרת פניהם, אבל לזימנין דמשכחת נמי הכרה בטב"ע ע"י הפדחת לחודיה וכיוצא בזה כתב המרדכי בהא דתנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים ואין מעידין אלא עד ג' ימים, דהיינו בסתם, אבל אם מעיד שיודע בבירור בטב"ע שהוא זה מהני ע"כ, ע"ש ומשו"ה בפדחת לחודיה כשיודע בבירור יש לו הכרה בטב"ע, והמקשה ס"ד כיון דתנן אין מעידין אלא על פרצוף פנים, א"כ יכיר דכתב רחמנא, קפיד קרא דליהוי דוקא בסתם הכרה ובעינן הכרת פנים, ולזה משני יכיר לחודיה, והיינו מדלא כתיב יכיר פנים, גלי קרא דלא בעי סתם הכרה, אלא כל היכא דאיתיה בהכירא באפשר מהני, ומצי מכיר בבירור בפדחת לחודיה.

ולפי זה נשמע מיניה דאם עד בא להעיד שמכיר בבירור בטב"ע את המת בפדחת לחודיה, אע"ג דליתיה לפרצוף פנים עם החוטם נמי מהני, כיון דאפשר להכיר בפדחת לחודיה, וזה דין מחודש שלא מצינו אותו בפוסקים לומר דמהני הכרה בבירור בטב"ע בפדחת לחודיה, ולפי המבואר מש"ס על דרך פירוש התוי"ט, א"כ צ"ל דבפדחת לחודיה איתיה בהכרה.

ומ"ש תוי"ט, ולמה לא הוי נמי מילי דסברא שבתחילת לידת התינוק ניכר בפדחת לחודיה, קשה לי, דא"כ דיש חילוק בין תינוק לגדול, א"כ לא הוי לש"ס למימר יכיר לחודיה והכרת פנים לחוד, כיון דעיקר החילוק הוא בין גדול לקטן ועיקר חסר מן הספר, וצ"ע.

והנה לפי מ"ש לעיל פרק י"ד בשיטת ר"ת ובשיטת בה"ג דמפרשי למשנתינו דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם, דהיינו בסימני פרצופו וחוטמו, אבל טב"ע מהני בכל הגוף ע"ש, א"כ תיקשי מאי פריך לר' יוחנן ממשנתינו, כיון דבמשנה מיירי בסימנין, ויכיר שפיר משכחת לה בטב"ע, ויש לו הכרה בטב"ע בפדחת לחודיה.

ונראה כיון דסתם הכרה דכתיב הכרת פניהם, היינו בסימני פרצופו וחוטמו, ועל דרך שפירשנו שם דברי בה"ג ור"ת, וא"כ יכיר דכתב רחמנא גבי בכור, נמי מיירי בסתם הכרה דהוא הכרת פנים, והיינו ע"י סימני פרצופו וחוטמו ברוחב וגובה וכמ"ש, ולזה משני בש"ס שפיר יכיר לחודיה והכרת פנים לחוד, והיינו מדלא כתיב יכיר פנים, גלי קרא דלא בעי הכרת פנים שהוא בסימני פרצופו וחוטמו, אלא יכיר בהכרה שיוכל להכיר והיינו בטב"ע, ומשנתינו מיירי בסתם הכרה דכתיב הכרת פניהם דהוא ע"י סימני פרצופו וחוטמו וכמ"ש שם.

אלא דכבר כתבנו לעיל דמדברי כל הפוסקים נראה דס"ל דלא מהני שום הכרה בסימנין בפרצוף פנים אלא ע"י טב"ע דוקא, אבל ע"י סימני פרצופו קצר או עגול או ארוך, לא הוי סימן כלל, דארוך וגוץ לאו כלום הוא אפילו בכל הפרצוף, ציור תמונתו ותוארו לא מהני.

פרק יז

כתב בתשובת מבי"ט סי' קל"ח, אם נאבד יהודי בדרך שהלך ממקום פלוני למקום אחר ואח"כ באותו דרך נמצא הרוג, ע"ש שהעלה דמן התורה תלינן שזה הוא הנאבד ועדיפא ממים שאין להם סוף ע"ש, והוא תמוה בעיני האחרונים, ובתשובת שב יעקב הביא ראיה לזה מפלוגתא דרבי ורשב"ג בשדה שנאבד בה קבר, דס"ל לרבי דהיינו קבר שאבד היינו קבר הנמצא, ע"ש.

ולענ"ד יש להשיב, דהתם בקבר כיון דאם לא היה ידוע בודאי שנאבד קבר בשדה זו, ודאי לא הוי מחזיקין מספק שום טומאה בשדה, וכיון דלא הוחזק טומאה אלא מחמת קבר שאבד ונמצא קבר אחד, תו לא מחזקינן שמא היה עוד שם קבר אחר, כמו דלא חיישינן בכל השדות שלא הוחזקו בטומאה, אבל הכא למה לא נחוש דזה שנמצא הרוג איש אחר, והאיש שהלך דרך זה כבר הלך מזה לדרכו.

ועוד, דעד כאן לא אמרו דקבר שאבד הוא שנמצא, אלא היכא שאבד קבר ונמצא קבר, או כהאי דבכורות דף כ"ה שנתערב בעל מום בין הבהמות ונמצא בעל מום, ובזה נמי אמרינן היינו שאבד היינו שנמצא, כיון דהנמצא הוא ממש כמו הנאבד, אבל היכא שנאבד אדם חי ונמצא אדם מת, בזה שלא נמצא מה שנאבד, שזה חי וזה מת, בזה לא אמרינן היינו הך וכיוצא בזה אמרו [פסחים י] גבי חמץ שנאבד ככר ונמצא ככר אמרינן הוא הנאבד הוא הנמצא, אבל נאבד ככר ונמצא פרורין אפילו כדי כל הככר לא אמרינן היינו ככר שנאבד, וכמבואר באו"ח סי' תל"ט, אלא דוקא בתינוק ועכבר שדרכן לפרר, בזה הוא דאמרינן היינו שנאבד, ומשום דכיון דדרכן לפרר הו"ל כנאבד פרורין ונמצא פרורין, אבל מה שנאבד אדם חי ונמצא מת, כיון דאין מוכרח שימות, אינו ראוי לומר בזה שנאבד.

ובתשובת נודע ביהודא סי' מ"ו כתב בנמצא הצלוב הוכר אחר שלשה דלא הוי הכרה אחר שלשה ימים, ואתי עלה ג"כ מהך דרבי ורשב"ג ע"ש, ובזה אפשר לומר כיון דרוב הנצלבין למיתה אמרינן שפיר הוא הצלוב, ואע"ג שראינו אותו צלוב חי בתחילה ועכשיו מת, כיון דרובן למיתה, הו"ל כמו בככר שלם ונמצא פרורין כשיש תינוק או עכבר שדרכן לפרר וכמ"ש, ודוק.

מיהו בב"ש סי' י"ז ס"ק צ"א כתב דאפילו מצאו עצמות בכבשן או בגוב אריות לא מהני, דחיישינן שמא מאדם אחר הוא ע"ש, ואע"ג דדרכן של אריות להמית, אפ"ה חיישינן שמא אחר הוא, וצ"ל דכיון דחששו חז"ל להנך דאין מעידין עליהם והוי להו בחזקת חיים, וכל הנך דאין מעידין עליהם בצלוב ובגוב אריות, ואפילו אם נשאת תצא, וכמ"ש הריב"ש סי' שע"ט ע"ש, וכיון דהנך בחזקת חיים, אמרינן זה הנמצא פירש למיתה, והצלוב או זה האדם שהולך בגוב אריות פירש לחיים, משא"כ בככר הנמצא במקום שדרכן לפרר הוי בחזקת שנפרר, ומשו"ה כשנמצא ככר נפרר אמרינן דהוא הככר שנאבד.

ובנודע ביהודא שם הקשה מהא דכתבו הפוסקים בהאי דשלשלוהו לים ונמצא רגל, דמיירי שהיה סימן מובהק ברגל הנמצא, הא לאו סימן המובהק שברגל, חיישינן שמא

אחר הוא או שאחזוהו בחבל וכמ"ש הרשב"א, ואמאי לא נימא היינו קבר הנמצא היינו קבר שנאבד, וא"כ אפילו ליכא סימן ברגל נמי נימא היינו שנאבד ע"ש.
ולא קשה מידי, דאפילו בנאבדו עשרה ונמצאו תשעה, כל שהיו מקושרים אמרינן דהנך ט' הנמצאות אחרות נינהו, וכמבואר באו"ח סי' תל"ה וביו"ד סי' ס"ג, ומכ"ש בזה שנמצא רגל מן הגוף השלם המקושר באבריו דלא אמרינן היינו האי, וכולהו חד טעמא, דלא אמרינן הך שנאבד הוא נמצא אלא כשנמצא דומה ושוה לנאבד, אבל היכא שהנמצא אינו שוה ודומה לנאבד, אמרינן זה הנמצא אחר, אלא בככר שנאבד במקום שדרכן לפרר דהוו"ל מאבד פרורין וכמ"ש.
עוד ראיתי שם בנודע ביהודא שכתב להתיר בצלוב שנמצא מת לאחר שלשה ימים מטעם כאן נמצא וכאן היה, שאם אתה אומר שזה אחר הוא, א"כ לא היה כאן מתחילה וזה הנצלב מחדש הוא, ולזה אמרינן כאן נמצא וכאן היה והוא הראשון הנצלב, משא"כ בהאי דב"ש במצאו עצמות בגוב אריות או בכבשן, אמרינן אלו עצמות מאדם אחר שהיה זמן רב קודם שנפל זה לתוך הבור, וע"ש שכתב ליישב בזה דברי הרמ"א בנמצא נטבע בבגדיו ולהיות כי בכלל זה דכאן נמצא וכאן היה רבים מדמין ועושין מעשה, ולבבי לא כן ידמה, לכן צריך אני להאריך קצת בזה.
הנה הרמ"א באו"ח סי' תס"ז בנמצא חטה בעיסה אוסרת הכל דאמרינן כאן נמצא וכ"ה, וע"ש בט"ז שכתב דלמדו איסור מטומאה דאמרינן נגע באחד בלילה כו', ורוב האחרונים השתמשו בחזקה זו בין להקל בין להחמיר אמנם מבואר בתוס' ריש נדה [ב], דהך דנגע בא' בלילה וכן כל הטומאות כשעת מציאתן, אינו אלא לחומר תרומה וקדשים, וכן בקופה שנמצא שרץ דטמאין הטהרות למפרע, הכל אינו אלא לתרומה וקדשים, אבל לחולין אוקמוה אחזקה קמייתא, ואמרינן השתא הוא דאיתרע, ונדה תוכיח דקיי"ל כל הנשים דיין שעתן, ואפילו לב"ה דאמרי מפקידה לפקידה, אינו אלא לתרומה וקדשים, וא"כ מבואר דלא אמרינן כאן נמצא וכאן היה אפילו מזמן לזמן אלא לחומר תרומה וקדשים, וכבר הארכנו בזה בשמעתא ג' פ"ה ע"ש.
אלא דנראה לכאורה מדברי הרמב"ן והנימוקי יוסף שהשתמשו נמי בחזקה זו דכאן נמצא וכאן היה, וצריכין אנו לפרש דבריהם והוא, דאמרו פרק האשה שלום (יבמות דף קט"ו), יצחק ר"ג בר אחתיה דרב ביבי הוי קאזיל מקורטובא לאספמיא ושכיב, שלחו מהתם יצחק ר"ג בר אחתיה דרב ביבי הוי קאזיל מקורטובא לאספמיא ושכיב, מי חיישינן לתרי יצחק או לא, אביי אמר חיישינן, רבא אמר לא חיישינן אמר אביי מנא אמינא לה, דהאי גיטא דאשתכח בנהרדעא וכתיב בצד קלוניא מתא אנא אנדרילינאי נהרדעא

פטרית ותרוכית ית פלונית אנתתי, ושלחוה אבוה דשמואל לקמיה דרב יהודא נשיאה ושלח ליה תיבדק נהרדעא כולה כו', אמר רבא מנא אמינא לה, דהנהו תרי שטרי דנפקי במחוזא וכתב בהו חבי בר ננאי וננאי בר חבי ואגבי בהו רבא בר אבוה זוזי, והא חבי בר ננאי וננאי בר חבי במחוזא שכיחי טובא כו', וכתב הרמב"ן, פירוש אביי סבר חיישינן דהא שיירות מצויות היו וקי"ל במקום שהשיירות מצויות אע"פ שלא הוחזקו כו', ורבא סבר כיון שהעדים שראו בו שמת העידו שהיה הולך מקורטובא לאספמיא, הרי שראו אותו בקורטובא, וכיון שכן אומרים כאן נמצא וכאן היה, ואין חוששין שמא ממקום אחר בא לכאן ואותו יצחק שהוא מכאן הלך לו למקום אחר, אלא תולין שזה הנמצא שראו אותו עכשיו בקורטובא, הוא הידוע שהיה דר בעיר קורטובא, וע"ש בחידושיו ומזה משמע דאמרינן כאן נמצא וכאן היה.

אמנם לענ"ד דברי הרמב"ן יתפרש בכדי שלא תיקשי כלל למ"ש, והנה בנימוקי יוסף פרק האשה שלום הקשה על דברי הרמב"ן הנזכרים בהא דקיי"ל כרבא בזה, ואם הוא מטעם כאן נמצא וכאן היה, הרי עיקר דין זה בפרק המדיר ושם לא קיי"ל כרבא דס"ל כאן נמצא וכאן היה, אלא כרב אשי שם דלא ס"ל כאן נמצא כו', וע"ש שכתב לחלק בין איסור לממון, ודוקא גבי איסור סמכינן על האי סברא דכאן נמצא אבל לא בממון ע"ש. ובתשובת נו"ב סי' ל"ו הקשה על דברי הנימוקי יוסף שמחלק בין איסור לממון, דהא גבי שאלה וגבי סימנין מהני יותר בממון, וא"כ אדרבא ממון קיל ליה מאיסור אשת איש וכתב ליישב דכוונת הנימוקי יוסף שמחלק בין איסור לממון, דדוקא להוציא ממון מחזקתו חמיר יותר מאשת איש, אבל בהאי דכתבו תוס' דלא חיישינן לשאלה, היינו במוצא פירות בכלי וכן באבידה בסימנין, כיון שזה שמצאו ודאי אינו שלו ואין מוציאין משום חזקת אדם, ע"ש.

ונראה מדבריו שהוא מחלק בין האי דהמדיר משום דהוא להוציא ממון מחזקתו, והמעיין בסוגיא שם בהמדיר יראה מבואר דלרב אשי דפליג על רבא בחזקה דכאן נמצא כו', ס"ל דאפילו להחזיק לא מהני כאן נמצא כו', דהא רב אשי הוכיח שם ממתני' דנמצאו מומין ברשות הבעל, על הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה נולדו בה מומין, ולא תני עד שיביא ראיה שמשנתארסה היו בה מומין ע"ש, וא"כ מוכח דאפילו להחזיק לא מהני כאן נמצא, דהא הבעל מוחזק בכתובתה, וצריך הבעל למיתב לה כתובה ואפילו מביא ראיה שמשנתארסה היו בה מומין, וחזקה דכאן נמצא מסייע לבעל, אלמא דלרב אשי לית ליה כלל הך חזקה דכאן נמצא לגבי ממון ואפילו להחזיק.

ומה שהקשה הנו"ב דהא גבי חשש שאלה וגבי סימנין הקילו יותר בממון, אינו קושיא, דכבר אמרו בש"ס סו"פ ב' דמציעא [כז.] למ"ד סימנים לאו דאורייתא היכי מהדרינן אבידה בסימנין, ומסיק משום תקנת חכמים ומשום דניחא ליה לבעל אבידה כו' ע"ש, וכן גבי מהדרין פירות בכלי דלא חיישינן לשאלה, כבר כתבו תוס' והרא"ש שם סוף פרק ב' דמציעא דתקנת חכמים הוא להחזיר פירות בכלי, וכמו שתיקנו לענין סימנין משום דניחא לבעל אבידה ע"ש, וא"כ אין זה משום קילתא דממון, אלא תקנת חכמים הוא דהוי, ומשום דניחא ליה לבעל אבידה, ולפי מ"ש הנו"ב לחלק משום דגבי אבידה אין שום אדם מוחזק, א"כ מאי פריך למ"ד סימנין לאו דאורייתא היכי מחזירין אבידה, נימא דסימנים לאו דאורייתא דוקא באשת איש ומשום חזקת אשת איש, משא"כ בממון דאבידה דאין שום אדם מוחזק, אלא ע"כ דאין לחלק בכך, ועיקרו אינו אלא משום תקנת חכמים שראו לתקן בסימנין להחזיר, ואפילו פירות בכלי דלא נחוש לשאלה, וזה פשוט וברור.

פרק יח

אמנם במה שכתב הנימוקי יוסף לחלק בין איסור לממון, אינו נראה כן מדברי הרמב"ן בספר המלחמות פרק האשה שלום, ע"ש בשיטתו בתרי יצחק משום כאן נמצא, ומותיב לנפשיה, דלפי מה דקיי"ל כרבא בתרי יצחק, א"כ בהאי דשומשמין דאיפסק הלכתא דחיישינן שמא פינן, והא לרבא לא חיישינן לכך, משום דאמרינן כאן נמצא כו', וע"ש מ"ש בזה, ולפי מ"ש בנ"י לחלק בין איסור לממון, א"כ מאי קושיא מממון לאיסור.

ולכן נראה לענ"ד לולי דברי הנ"י ליישב מאי דקשיא ליה מפרק המדיר, דודאי כאן נמצא וכאן היה לא ס"ל, וכדאיתא פרק המדיר לרב אשי והכי קיי"ל כרב אשי שם, ומ"ש הרמב"ן בתרי יצחק דלא חיישינן לה משום כאן נמצא, ביאור דבריו נראה לפי מ"ש הרמב"ן בחידושיו פרק לא יחפור בסוגיא דרוב וקרוב, בהא דאשתכח חביתא דחמרא בפרדיסא ע"ש בש"ס, אבל עינבי מצנעי כו', וכתב עלה הרמב"ן ז"ל, פירוש עבידי דמצנעי, ואפילו לר' חנינא דס"ל רוב וקרוב הלך אחר הרוב הכא אסור, דכי הא לאו קרוב בלחוד הוא אלא במקומו ממש, וחזקה כאן נמצא וכאן היה, וה"נ מוכח בקידושין פ"ק דאמרינן בברייתא כרם נטוע ירק וירק נמכר חוצה לו בארץ אסור, והיינו משום דדרכן של כל הגננין למכור על פתחי גנותיהן הלכך כמו שהוא במקומו דמי, וכיון דמקום שהוא מקומן ומצוי ליכא למ"ד רוב עדיף עכ"ל וה"נ בזה שאנו מסופקין בזה יצחק קורטובא, אם הוא יצחק שהוא מקורטובא או מעלמא אתי לקורטובא ואזיל לאספמיא, ואמרינן כיון שהוא במקומו ממש הו"ל קרוב שהוא מקומו, וקרוב כזה שנמצא במקומו

עדיף מרובא, והיינו כאן נמצא וכאן היה, דכן הוא נקרא הך חזקה, כל שנמצא במקומו הו"ל כאן נמצא, וכמ"ש הרמב"ן גבי עינבי מצנעי דבמקומו ממש חזקה כאן נמצא וכאן היה, וה"ה גבי אנדרינלאי נהרדעא כיון שהוא במקומו ממש, הו"ל קרוב שהוא מקומו ואמרינן כאן נמצא וכאן היה ועדיף מרובא.

וא"כ תו לא קשה מידי מסוגיא דפרק המדיר בהא דלא קיי"ל כרבא בחזקה דכאן נמצא אלא כרב אשי פרק המדיר, משום דהתם גבי מומין ליכא הך טעמא דקרוב אלא חזקה מזמן לזמן, וחזקה כי האי לא ס"ל, דאדרבא מוקי לה בחזקה קמא והשתא הוא דאתרע, אבל בתרי יצחק במיתה ובגט, טעמא אחריני הוא דאיכא, ומשום דקרוב שהוא במקומו עדיף מרובא והוא הנקרא כאן נמצא וכאן היה, וכמו שביאר הרמב"ן טעם זה לענין עינבי מצנעי, ואם השמות שוין, הענינים חלוקין ונפרדין, לא קשיא מידי מחזקה דכגון שבפרק המדיר זה הנראה לפענ"ד בכוונת הרמב"ן.

ולפי זה נראה בהך דינא שכתב הב"ש בסי' י"ז, בנמצא עצמות בגוב אריות דיש להקל עפ"י חזקה זו, דכיון שהושלך במקום הזה אדם, ראוי לומר דהיינו הוא ממש והמה עצמותיו, ולא חיישינן שמא כבר הושלך שם אדם אחר, דכה"ג לא אמרינן, וכמ"ש הרמב"ן פרק לא יחפור (בבא בתרא כד, א) בהא דאמר רב נמצא כנגד עיר שרובה ישראל מותרת, וז"ל, וקס"ד משום דקסבר רוב וקרוב קרוב עדיף, ליכא למיחש דלמא נכרי שבאותו צד של העיר שהוא קרוב מן הישראלים הדרים שם, כיון דרוב ישראל, לית לן להחזיק קרוב אלא א"כ הקורבה לפניך עכ"ל, וא"כ ה"נ לית לן להחזיק קרוב אלא הקרוב שהוא לפנינו והוא האדם שהושלך שם.

ומיהו אפשר לחלק דכיון דאין זה מקומו ממש אלא שהושלך שם במקרה, ודרך למצוא עצמות בגוב אריות משנים רבות, הו"ל כאילו הוחזק קורבה לפנינו, ולכן יש לחוש שמא מאדם אחר כיון דשכיחי שם עצמות, משא"כ בתרי יצחק, שאנו אומרים זה ששמו יצחק קורטובא הוא מתושבי העיר לפי שהוא מקומו ממש [טפי] מהנך דאזלי שם דלאו מקומן הוא, ואזלינן בתר קרוב הנמצא במקומן ממש.

פרק יט

ובעיקר הדין של המבי"ט, הובא בפי"ז ע"ש, בנמצא הרוג עלי דרך אשר הלך שמה, נראה להקל מטעם אחר, והוא לפי מ"ש כיוצא בזה בתשובת מוהרי"ו סי' ע"ט ע"ש, דאתי עלה משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, דכיון שידוע כי זה ודאי היה שם באותו דרך, ואחר ספק היה שמה באותו דרך, הו"ל ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי יע"ש, אלא שזה הוא דעת השואל, ומוהרי"ו השיב עליו מהא דרבא אית ליה פרק האשה שלום (יבמות

קטז, א) דחיישינן דלמא בגמלא פרחא אתא, גבי האי גיטא דאשתכח בכוריא מתא ענן בר חייא נהרדעא כו', אע"ג דלענין הזמה אמר רבא דלא חיישינן לגמלא פרחא וקטלינן להו לסהדי כדאיתא פ"ק דמכות (מכות ה), מ"מ לענין גט חיישינן ע"ש.

ובתשובה שאחריה שם כתב עוד מזה וז"ל, ומה שהבאתי ראיה דחיישינן לגמלא פרחא מרבא פרק האשה שלום, והשבת על זה, שאני התם דאיכא גברא לקמן דאיכא לספוקי ביה, ואהא אמינא איפכא מסתברא, דהתם ליכא לספוקי אלא בחד גברא והכא איכא לספוקי בכולי עלמא, גם מהא אין ראיה, דלא ילפינן איסורא דאשת איש אממונא, דהא גבי גט ס"ל לרבא דחיישינן לגמלא פרחא, ובפ"ק דמכות ס"ל לרבא דלא חיישינן לגמלא פרחא וקטלינן להו, עכ"ל.

ותמהני, דהוא נגד דברי תוס' במקומו שם פרק האשה שלום שהקשו קושיא זו, דרבא ס"ל דחיישינן לגמלא פרחא ובפ"ק דמכות ס"ל לרבא גבי עדים זוממין דלא חיישינן לגמלא פרחא, ותירצו בזה שני תירוצים ע"ש, ולא חילקו כלל בין עדים זוממין לאשת איש.

ומסקנא דמלתא במוהרי"ו שם וז"ל, כיון דחזינן דמר שוקד וחרד טובא על שריותא דהאי אתתא, נתתי גם אני אל לבי לתור ולדרוש, ובינותי בספרים ויגעתי ומצאתי סעד לדבריך, הנה זו תשובה של הרא"ש כו', ואותה תשובה הובא בטור אה"ע כו', דוק בתשובה ונמצאה כתובה וז"ל, ואלו המעשים יש לידע שהרבה הקילו חז"ל בעדות אשה משום עגונה, כמעשה הראשון דלא הכיר הנכרי את היהודי ולא ידע את שמו אלא אמר שיהודי שנתלוה עמו מת, והיו עדים יודעים שאותו יהודי נתלוה עם זה הנכרי, ובאו לפני ב"ד ואמרו שנתלוה עם זה הנכרי, והנה הנכרי אומר שמת והתירו את אשתו כו', אלא כיון שאותו הנכרי נתלוה עמו, תלינן בודאי שאותו היה שמת עכ"ל, הנה בעובדא דידן, כיון שבודאי ידעינן שאותו יהודי היה על הדרך, תלינן שאותו יהודי נהרג עכ"ל מוהרי"ו וא"כ ה"ה בנדון דמבי"ט נמי מהאי טעמא יש להתיר, דכיון שהיה זה בודאי עלי דרך שנמצא הרוג, אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי.

אלא דאכתי יש לחלק מהאי דתשובת הרא"ש הנזכר, דבהאי דמבי"ט כיון דהשיירות מצויות הו"ל כמו ודאי וודאי, דהא ברור לנו שגם רבים הלכו שם עלי דרך זה, ובהאי דאשר"י כיון דידוע שאותו יהודי נתלוה עם זה הגוי וידוע שהנתלוה עם הנכרי מת, לא אמרינן שמא אחר ג"כ נתלוה עם זה הגוי והראשון הלך, כיון דזה ודאי נתלוה ואידך ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, ואע"ג דשיירות מצויות ועברו רבים דרך שם, אבל אינו מוחזק שההולכים שמה נתלוו עם זה הגוי, לכן הוי ספק וודאי, אבל בהאי דמבי"ט אע"ג

דודאי ידוע שזה הלך דרך זה, כיון דרבים בוקעים דרך שם כיון דשיירות מצויות, הו"ל ודאי וודאי וכמ"ש.

ומהאי דמוהרי"ו דלא נתלוה אלא שהלך על הדרך ההוא והתיר נמי לאו ראיה, דהתם דעת השואל היה להתיר כיון שהיה ב' ימים אחר יה"כ, ודאי ר"א הוא, דאם הוא אדם אחר לא היה בלא מנין באותו זמן, ומוהרי"ו דחה זה דמה ראיה היא, תאמר יהודי אחר היה והקרה לו מקרה בדבר שלא יכול לבא למנין עכ"ל, ע"ש, וא"כ כיון דאינו אלא על דרך מקרה שיהיה שם, הו"ל כמקום שאין שיירות מצויות, שיהיו יהודים מצויים שם באותן הימים בלא מנין, ומשו"ה אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי, דאותו יהודי אליעזר בודאי, ואחר ספק היה שם באותו דרך, אבל בעלמא היכא שהשיירות מצויות, לא הוי ספק וודאי אלא ודאי וודאי וכמ"ש, ומ"מ נראה דהיכא דנמצא הרוג ביער במקום שאין השיירות מצויות, וידוע בודאי שזה הלך דרך היער, בזה כיון דאין השיירות מצויות, הו"ל ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי, ודוק.

ובתשובת חכם צבי סי' קל"ד וז"ל, וממילא למדתי מדברי התשובה הלזו של הרא"ש ז"ל ענין מועיל מאד לנדון שלפנינו, והוא פתח פתוח לרווחה שכתב הרא"ש בסוף התשובה השניה של מכלול וז"ל, כי נמצאו הרוגים ואין דרך כו', אלא מוליכין אותו למקום יחוד והורגין אותו שם, הלכך לא שכיחי שיירתא ולא הוחזקו עכ"ל כו', ונקטינן מינה דאפילו ביב"ש דחיישינן לשני יוסף בן שמעון משום דאינו סימן מובהק, היכא דברי לן שהיה במקום פלוני יב"ש והוא אתרא דלא שכיחי שיירתא ולא הוחזק לן באחר, דשריא אתתא לכו"ע, ובנ"ד כך הם הדברים, שהלך ביער, והוא מקום דלא שכיח שיירתא מחמת מורא ופחד של הצרפתים כו', וביותר ביער ההוא שמצאוהו קשור באילן, וא"כ סמכינן על רושם המצח אף שאינו סימן מובהק, ולא חיישינן לאחר כיון שלא הוחזק ולא שכיח שיירות, וזה כדאי להתיר אפילו בלא היכר בגדים, וכ"ש בצירוף היתר בגדים כו' עכ"ל, ע"ש.

ולפי מ"ש, במקום שאין שיירות מצויות וידוע שהלך בדרך ההוא, אפילו ליכא סימן כלל, אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, והאי דתשובת חכם צבי שכתב להתיר במקום שאין שיירות מצויות ע"י סימן אמצעי, נפקא מיניה היכא דאינו ידוע שהלך בדרך הזה, ובזה הוא דבעינן סימן אמצעי.

פרק כ

והנה במ"ש הגאון חכם צבי דחיישינן לשני יב"ש משום דאינו סימן מובהק, נראה מתוך סברתו הרחבה דדן ליב"ש כמו סימן, אלא שאינו סימן מובהק כיון דאיכא עוד יב"ש,

אבל סימן בינוני עכ"פ הוי האי שמא דיב"ש ויתיישב בזה לענ"ד קושיית תוס' סוף פ"ק דמציעא [כ. ד"ה איסורא], בהא דנפק רבה דק ואשכח כל מעשה ב"ד הרי זה יחזיר, ואמרו עלה בש"ס היכי פשיט מר איסורא מממונא, והקשו תוס' דהא אדרבה ממון חמיר דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"ש ולפי מ"ש מדברי ח"צ דיב"ש הו"ל סימן אלא שאינו סימן מובהק, וכיון דגבי ממון אפילו סימן בינוני נמי מהני, דהא תיקנו חכמים להחזיר אבידה בסימן בינוני, אבל באיסורא דלא מהני סימן אמצעי, ה"ה דלא מהני יב"ש וחיישינן לשני יב"ש, ושפיר קאמר היכי פשיט איסורא מממונא, כיון דיב"ש הו"ל כמו סימן בינוני, ובממון כבר תיקנו סימן בינוני אבל לא באיסורא.

אלא דבעיקר דמיונו שמדמה הגאון ח"צ יב"ש לסימן בינוני, לבבי לא כן ידמה, דאם באנו לדמות סימן אמצעי לשני יב"ש, א"כ נימא נמי כי היכי דבשני יב"ש אפילו שכיחי שיירות, כל שלא הוחזקו תו ליכא איסור תורה, וכמ"ש תוס' שם סוף פ"ק דמציעא דאינו אלא מדרבנן ע"ש, וא"כ בסימן בינוני דהו"ל כמו יב"ש, נמי נימא כל שלא הוחזק עוד בסימן כזה דתו ליכא חשש מן התורה, דהא סימן בינוני הו"ל כמו ב' יב"ש, וקשה לפ"ז בהא דפריך להך לישנא דסימנים דרבנן היאך מחזירין אבידה בסימנים, ומאי פריך, הא כיון דבא אחד לפנינו ואומר הסימן בינוני, א"כ תו ליכא למיחש שמא זו אחרת, כיון שלא הוחזק אבידה אחרת כזה בסימנין, דאם בא השני ואומר ג"כ סימן, א"כ פשיטא דאפילו למ"ד סימנים דאורייתא, כל שזה אומר סימן וזה אומר סימן הו"ל סימנים וסימנים ויניח, כדאיתא פרק אלו מציאות, וכן כל השקלא וטריא שבש"ס בסימנים דאורייתא או דרבנן לענין עדי מיתה או גט, והא לא הוחזק עוד בסימן כזה, ועוד דהא בתרי יצחק פסק הרא"ש דכל שלא הוחזקו לא חיישינן לתרי יצחק אע"ג דשכיחי שיירתא, ודוקא בגט חששו משום דאפשר בגט אחר, ולענין עדי מיתה כל שלא הכירו אותו בסימן מובהק אין מתירין על ידו, ואע"ג דלא הוחזק שמת אחר בסימן כזה.

ולכן נראה דהא דלא חיישינן לשני יב"ש בדלא הוחזק, פירש רש"י פ"ק דמציעא שהיה מוחזק וידוע שאין באותו שוירי אלא יב"ש אחד ע"ש, והרמב"ן בחדושיו פרק כל הגט (גיטין דף כ"ז) וז"ל, ורש"י פירש ולא הוחזקו שני יב"ש באותה העיר ולא בירר דבריו, ובמציעא פ"ק מפרש שהיה מוחזק וידוע שאין באותה שוירי אלא יב"ש אחד עכ"ל, וא"כ גבי סימנין לא שייך למימר מוחזק וידוע, דלא שייך זה אלא בשם שהוא נודע ומפורסם, ושייך לומר הוחזק שאין באותו שוירי אלא יב"ש אחד, אבל בסימנין ליכא למימר הכי, דסימן הוא תחת בגדיו בגופו, ומי יודע אם יש עוד אדם בסימן כזה, וכמו כן באבידה אין נודע אם יש עוד אבידה בסימן כזה, ומשו"ה בסימן בינוני, אע"ג דמדמה הגאון ח"צ

לשני יב"ש, לעולם חיישינן בעדי מיתה אימר אדם אחר מת והיה לו סימן כזה, וכן בגט אימר עוד גט כזה נפל, כיון דבסימן לא שייך הוחזק כמו ביב"ש לומר מוחזק וידוע שאין עוד סימן כזה וכמ"ש.

אלא דאכתי תיקשי מהיכא דלא שכיחי שיירות, דאפילו הוחזקו שני יב"ש לא חיישינן לרבה שם פרק כל הגט (גיטין דף כ"ז), ואם אנו באנו לדמות סימן בינוני לשני יב"ש, א"כ היכא דלא שכיחי שיירות נימא דמהני סימן בינוני מן התורה ומיהו לפי מ"ש תוס' שם פרק כל הגט (גיטין דף כ"ז) בהא דהוחזקו ולא שכיחי שיירות דלא חיישינן לרבה, דמנא ידעי דנפל מיב"ש זה ולא מאחר, ותירצו כיון דידוע שזה ודאי אבד גט, לא חיישינן שמא יב"ש אחר ג"כ אבד גט ע"ש, וא"כ גבי מיתה ואבידה ליכא למימר הכי, דכיון דשכיחי נמי סימנין כזה, א"כ מנלן לומר דזה הוא שמת, דלמא [מת] אדם אחר בסימן כזה, וכן באבידה דלמא אבידה אחרת, כיון שלא נודע שזה אבד אבידה בסימן כזה.

והמוהרח"ש כתב בשיטת הרא"ש והטור, דגם בתרי יצחק, כל שהוחזקו ולא שכיחי שיירות מקורטובא לאספמיא, מותר כמו בלא הוחזקו, ומשום דכיון דידענו שזה שאנו מבקשין להתיר אשתו הלך לאספמיא, ומעידין שמי שהלך לאספמיא מת, תו לא חיישינן דהאחר ג"כ הלך לאספמיא, כיון שאין השיירות מצויות ע"ש, וא"כ ה"ה במי שידוע שהלך דרך יער, והוא מקום שאין השיירות מצויות, ונמצאו לו סימן אמצעי, דלא גרע סימן בינוני משם יצחק דלא חיישינן לתרי יצחק במקום שאין שיירות מצויות, ובדברי הגאון ח"צ משמע שהיה ידוע שהלך דרך שם ע"ש, וא"כ לדברי מוהרי"ו הובא בפי"ט ולפי מ"ש שם אפילו אין שם סימן כלל, נמי מתירין במקום שאין שיירות מצויות כשידוע שהלך שם, משום אין ספק מוציא מידי ודאי, ומכ"ש כשיש סימן אפילו אמצעי דיש להתיר, דלא גרע סימן בינוני מתרי יצחק, דלא חיישינן במקום שאין שיירות מצויות.

והנה לפי מ"ש רש"י בשני יב"ש דלא חיישינן בלא הוחזקו, דהיינו שמוחזק וידוע שאין באותו שוירי אלא יב"ש אחד, ומשמע דאם לא נודע כלל חיישינן לשני יב"ש, ובריש פ"ק דגיטין (גיטין ב.) בהא דאמרו שם סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי ורבנן הוא דאצריך, כתב רש"י ז"ל, ורבנן הוא דאצרוך למיחש למילתא משום דאיכא דאשכח כתוב ועומד, כגון שנכתב לשם א' מבני עירו ששמו כשמו ושמה כשמה ונמלך לגרש עכ"ל, והקשו בתוס' שם וז"ל, וקשה דבהוחזקו שני יב"ש אפילו נכתב לשמו פסול לגרש לר' מאיר כו', דבעי שיהיה מוכח מתוכו כו' ע"ש, וכן הרשב"א והר"ן בחידושיו כתבו וז"ל, ואעפ"י שאין חוששין לשני יב"ש אלא א"כ הוחזקו, כיון דאיכא נמי מיעוטא דמיעוטא דספרי דלא גמירי, חיישינן ע"ש, ולפי מ"ש רש"י דע"כ לא חיישינן לשני יב"ש בדלא הוחזק,

אלא כשהוחזק שאין שם עוד יב"ש אחד, א"כ היכא דלא נודע כלל, שפיר חיישינן לשני יב"ש.

אמנם קשיא לי בדברי תוס' שזכרנו, במ"ש פרק כל הגט [גיטין כז] בהא דהוחזקו ולא שכיחי שיירות דלא חיישינן, ומשום דזה ודאי אבד תו לא חיישינן דאחר ג"כ אבד, דא"כ מוצא אבידה במקום שאין שיירות מצויות וידוע שזה אבד אבידה, נמי נימא דמחזירין לו משום דזה ודאי אבד ובתוס' פ"ב דמציעא דף כ"ב ד"ה אי דליכא סימן וז"ל, ורש"י שפירש דמוצא מכריז מקום, שיאמר מצאתי חפץ במקום פלוני, והוא יאמר חפץ פלוני ויקחנה, קצת קשה דהא תנן בפרקין אמר אבידה ולא אמר סימניה לא אמר כלום, אלמא במה שמכוין החפץ אינו סימן, וי"ל דהתם נמי לאו משום שהוא חשוד למשקר, אלא משום דא"ל כי היכי דאת אבדת חפץ ה"נ אדם אחר אבד, אבל הכא מהדרינן, דאין רגילות ששני בני אדם אבדו חפץ כזה ובמקום אחד עכ"ל, ומשמע דחיישינן אפילו במקום שאין שיירות מצויות, מדלא חילקו בזה באבידה ואפשר דגבי גט ידוע שנאבד הגט במקום הזה, ובמקום אחד לא חיישינן וצ"ע בכל זה.

פרק כא

כתב הטור באה"ע סי' י"ז, מצאו הרוג ומכירין אותו בטב"ע ואין יודעין מתי נהרג, י"א שתולין שנהרג תוך שלשה ימים ומעידין עליו, ודעת המתירין הוא ר"ת ודעימיה, וס"ל דהא דתנן אין מעידין אלא עד שלשה ימים הא לאחר שלשה אין מעידין, [הוא] מחשש שמא תפח ואינו אלא מדרבנן, וכמבואר בריטב"א, והו"ל ספיקא דרבנן לקולא, ודעת הרשב"א והר"ן להחמיר בספק, משום דס"ל לאחר שלשה ימים מן התורה אין מעידין והו"ל ספיקא דאורייתא לחומרא.

ובט"ז ביו"ד סי' שצ"ז הקשה בדעת האוסרין, דאמאי לא נימא אוקי אחזקתו חזקת חי והשתא הוא דנהרג והו"ל תוך שלשה, וע"ש שהעלה דגבי מת אזלא לחזקת חי, ואדרבא כיון שמצאוהו מת אית לן למימר שמתחילתו מת כיון שסופו לכך ע"ש, וכבר כתבנו מזה בשמעתא ג' פ"ח דגם במת אמרינן אוקי אחזקת חי והשתא הוא דמת, והא דאוסרין בספק תוך שלשה, כבר כתב שם בנקודת הכסף משום דאיכא כנגדו חזקת אשת איש, ע"ש.

והב"ש סי' י"ז ס"ק פ"ד הביא קושיית הט"ז שהקשה בספק שלשה אמאי לא נימא אוקמוהו אחזקת חי והשתא הוא דמת, וכתב עלה ז"ל, וי"ל כאן מיירי שראובן הלך מיכן ואינו ידוע היכן הוא ואוקמוהו לראובן בחזקת חי, ומת זה אעפ"י שנראה להם שהוא ראובן, אמרינן שהוא מת קודם שלשה ימים ונשתנה והוא איש אחר אשר לא ידענו אותו, ולא שייך לומר אוקי אחזקתו וראובן הוא חי, עכ"ל.

ובתשובת נודע ביהודה התפלא עליו וכתב עלה וז"ל, שותא דמר לא ידענא, דמה חזקת חיים יותר מלאיש אחר מן החיים שתאמר שראובן הוא חי עדיין משום דאוקמינן אותו אחזקתו וכו', אדרבא אני אומר תן לאותו אדם יהיה מי שיהיה עכ"פ חזקת חי שעדיין הוא חי, ומת זה הנמצא עתה אינו אדם אחר רק ראובן הוא שמת וע"ש בסי' כ"א שהאריך בזה לומר משום חזקה שלא נתבררה והדר ביה לפי שלא נתבררה ע"ש.

ולדידי לא קשה מידי, דודאי אפילו היכא דהחזקות מנגדות זו לזו, מוקי כל חד וחד בחזקתו הראשונה, וכמבואר בכמה מקומות בש"ס, אמרו בשני שבילין א' טמא וא' טהור והלכו בו שנים, דכל חד וחד מוקי ליה בחזקת טהרה, ושניהם טהורין אע"ג דהחזקות מנגדות זו לזו, וכן בשני כתי עדים המכחישין זו את זו, אע"ג דכת א' ודאי פסולין, מ"מ כל כת וכת באה בפני עצמה ומעידה ומשום דמוקי כל כת וכת בחזקת כשרות, אע"ג דחזקת כשרות דידהו מנגדות מזו לזו, וא"כ ה"ה הכא לא נפיק ראובן מחזקת חי דידיה בשביל האחר שיש לו ג"כ חזקת חי, ובפרט דאותו אחר שאנו אומרין עליו שמת, אינו לפנינו ואין אנו דנין עליו.

אלא שאני אומר דה"ה בשתי נשים שהלכו בעליהן למדה"י, ואמרו עדים מת בעלה של אחת מהן ואין יודעין אם בעלה של זו או של זו, דשניהן הו"ל ודאי בחזקת אשת איש, ומשום דמוקי בעלה של כל אחת מהן בחזקת חי, וכמו בשני שבילין, ואפילו באו לשאול בבת אחת דבשני שבילין טמא, אינו אלא לחומרא, אבל מן התורה אין לחלק בין באו לשאול בבת אחת או בזה אחר זה, ולהקל לא אמרינן במה שבאו לשאול בבת אחת, ולפ"ז אפילו נימא דחשש תפח שמא לאחר שלשה אינו אלא מדרבנן וכמ"ש הריטב"א, מ"מ יש לאסור בספק תוך שלשה, משום דבמקום חזקה לא אמרינן ספיקא דרבנן להקל, והכא איכא חזקת חי לראובן, וכמ"ש הב"ש, וגם חזקת אשת איש כמ"ש הנקודת הכסף, ועמ"ש שמעתא א' פרק י"ט.

פרק כב

בפרק שני דב"מ (דף כ"ז ע"א) איבעיא להו סימנין דאורייתא או דרבנן, מאי נפקא מינה לאהדורי גט אשה בסימנין, אי אמרת דאורייתא מהדרינן, ואי אמרת דרבנן, כי עבוד רבנן תקנתא בממונא אבל באיסורא לא כו', ת"ש אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו, ש"מ סימנים לאו דאורייתא, אמרי גופו דארוך וגוץ, כליו דחיישינן לשאלה ומזה העלו הפוסקים דאין מעידין עדי מיתה ע"י סימני הגוף, כיון דמספקא לן אי סימנים לאו דאורייתא, אלא ע"י סימן מובהק ודאי מעידין, דסימן

מובהק ודאי דאורייתא, וכדמוכח לה בש"ס שם, ובסימני כליו אין מעידין אפילו ע"י סימן מובהק משום דחיישינן לשאלה.

ומוהרי"ל מפראג בתשובה כתב, דעד כאן לא אמרו בש"ס דחיישינן לשאלה אלא למ"ד סימנים דאורייתא, וקשה ממשנתנו דאין מעידין אעפ"י שיש סימנים בגופו ובכליו, והוכרח לתרץ גופו דארוך וגוץ, וכליו משום דחיישינן לשאלה, אבל למ"ד סימנים דרבנן דלא קשיא ממתני', א"כ לא צריך למימר גבי כלים דחיישינן לשאלה ולזה העלה, דהיכא דהיה סימן בינוני בגופו וסימן מובהק בכליו או טב"ע בכליו דמותרת ממ"נ, למ"ד סימנים דאורייתא ע"י סימן בינוני שבגופו, ולמ"ד סימנים דרבנן ע"י טב"ע או סימן מובהק שבכליו, ע"ש.

וב"ש סי' י"ז ס"ק ס"ט כתב עלה וז"ל, מיהו אינו מוכרח, כי י"ל לפי אוקימתא דסימנים דרבנן דאז בעינן סימן מובהק ביותר, דאז ממילא חיישינן לשאלה דבעינן סימן מובהק ביותר והיכא דאיכא חשש שאלה לא הוי סימן מובהק ביותר, וארנקי וטבעת דאמרינן בגמ' שם דלא מושלי אינשי, פסק בתשובת ב"י דחיישינן לשאלה, ובח"מ מסופק בזה, וצ"ל ג"כ כמ"ש, לפי התירוץ סימנים דרבנן אז בעינן סימן מובהק ביותר, ואז אפילו בכלים דלא מושלי אינשי ליכא סימן מובהק ביותר, דאעפ"י דאין שכיח להשאיל אותם, מ"מ לפעמים משאיל והא דאיתא בש"ס דלא חיישינן לשאלה בכלים אלו, היינו דוקא לאוקימתא דסימנים דאורייתא דאז אין צריך לסימן מובהק ביותר, ואז לא חיישינן לשאלה בכלים אלו, אבל לאוקימתא דסימנים דרבנן חיישינן לשאלה גם בכלים אלו, והיינו שיטת הריטב"א שהובא בב"י עכ"ל [הבית שמואל], ע"ש.

והנה ז"ל הב"י בתשובה סי' ז', מדלא הביאו היתר הרמב"ם והרא"ש ע"י טב"ע של כליו, משמע דס"ל דחיישינן לשאלה וכן שום א' מהפוסקים לא הזכיר דמעידין אם מכירין כיס וטבעת וארנקי שלו, ומשמע דס"ל להפוסקים כתירוץ אחר שכתבו תוס', דמעיקרא כי באו לאתויי מברייתא דמצאו קשור בכיס וכו' דסימנים דאורייתא, הוי ס"ד דאדם אחר מצאו ומחזירו ע"י סימן זה שקשור בכיס, ולכך בעי למיפשט דסימנים דאורייתא, וכי אמר רבא דכו"ע סימנים דרבנן, סבר דמיירי שמצאו בעצמו ומכיר הכיס בטב"ע, ונאמן במגו שיכול לומר לא אבדתיו, והכי אוקי הרא"ש הא דתנן פרק כל הגט מצאו בחפיסה או בדלוסקמא אם מכירו כשר, דהיינו דוקא כשמצאו הוא עצמו וסמכינן אהכרתו ונאמן במגו עכ"ל [הרא"ש], וא"כ גבי עדות אשה דליכא מגו, אין מעידין אפילו על כיס וארנקי וטבעת, עכ"ל הב"י בתשובה.

ונראה שיטתו כמ"ש הב"ש דס"ל כשיטת הריטב"א דלמ"ד סימנים דרבנן לא סמכינן אפילו על כיס וארנקי וטבעת, ואע"ג דהנך לא מושלי אינשי, לא מהני סברא זו אלא למ"ד סימנים דאורייתא, אבל למ"ד סימנים דרבנן דבעינן מובהק ביותר, א"כ אפילו הנך כלים נמי, כיון דלפעמים מושלי אינשי תו לא הוי מובהק.

ומוהרח"ש בקונטרס עגונות בשו"ת סי' נ"א הקשה שם בהא דכתב הב"י בתשובה אבל בעדות אשה דליכא מגו כו', דהא טעמא דבעי מגו ואי לא לא מהימן, היינו גבי שליח שאבד הגט, וכתב הר"ן דחיישינן דלמא משקר משום הפסד שכרו, והרשב"א כתב משום דלא ליהוי מארי דגיטא תרעומות עליה, וא"כ הכא גבי עדות אשה שמעיד שמכיר בטב"ע, דליתיה להאי חששא דמעידין בטב"ע כל דליכא למיחש לשאלה ותו שכל הכרח הרב ז"ל הוא שלא הזכירו שמעידין בכיס וארנקי, ואיך ניצל הרב מזה, הרי אפילו לדבריו שאין מעידין אטב"ע גבי עדות אשה דליכא מגו, היינו בעד אחד, אבל בשני עדים שהוא עדות גמור פשיטא שנאמנים ע"ש וכן ראיתי בתשובת הב"ח סי' פ"ז הביא תשובת הב"י ותמה עליו ג"כ בזה וכן בתשובה המיוחסת להגאון מגיני שלמה, והוא בתשובת הגאונים בתראי סי' כ"א ג"כ תמה בזה, וכמו שהקשה מוהרח"ש והנך גאוני בתראי, כולם ראו וכן תמהו בתשובת ב"י.

אמנם דברי הב"י פשוטין, כיון דס"ל דלמ"ד סימנים דרבנן, אפילו בכיס וארנקי חיישינן לשאלה, כיון דאינו מובהק ביותר, כיון דלפעמים מושלי גם הנך, וא"כ הך ברייתא דכיס וארנקי מיירי שמצאו בעצמו ואומר שלא השאיל לשום אדם ונאמן במגו, אבל בעדות אשה דליכא למימר מגו, והיינו אפילו שני עדים המכירין בכיס וארנקי, כיון דליכא למימר מגו, דהא אין יודעין אם השאיל, והנך כיון דלפעמים מושלי אינשי, תו לא הוי סימן מובהק ואין מעידין עליו.

אמנם עיינתי היטב בתשובת ב"י, וראיתי שלא לחנם הרעישו הני תלתא סגני דאורייתא על הב"י, וז"ל הב"י שם בתשובה, וכ"ת א"כ מאי האי דכתב הרא"ש כלל נ"ב סי' ז' ואותו שמצאו והכירו הבתי שוקיים שלו, סימן מלבושים לא הוי סימן, דלפעמים משאיל אדם מלבושיו לאחרים עכ"ל [הרא"ש], ומשמע מלשונו דטעמא דסימן דכלים לא הוי סימן, היינו משום דחיישינן לשאלה, ואם כן בארנקי וכיס וטבעת דליכא למיחש לשאלה, נימא דהוי סימן וצריך לומר דלרבותא נקט דלפעמים משאיל אדם מלבושיו לאחרים, לומר דאפילו למ"ד סימנים דאורייתא, מודה בכה"ג דלאו סימן הוא משום דחיישינן לשאלה, אבל כיון דמספקא לן סימנים דרבנן, אפילו בכלים דליכא למיחש לשאלה לא הוי סימן, עכ"ל הב"י בתשובה, ע"ש.

ואי נימא טעמא דב"י בכיס וארנקי משום דלפעמים מושלי גם הנך, וכמ"ש הב"ש, ולא הוי מובהק ביותר, א"כ מאי קשיא ליה להב"י בתשובת הרא"ש בתשובה שכתב טעמא דשאלה ומדייק מיניה הא כיס וארנקי דליכא למיחש לשאלה כו', כיון דבכיס וארנקי נמי משום שאלה אית ביה, ולכן הבינו הנך תלתא סגני דאורייתא טעמא דב"י בכיס וארנקי דלא מהני, לאו משום חשש שאלה, אלא משום דאין סימן מובהק בכלים אלו, וטביעות עין לא מהני משום דליכא מגו, ומשו"ה קשיא להו להנך גאוני בתראי, דאכתי הו"ל להפוסקים להביא היתר בשני עדים דודאי נאמנין, ועוד דאפילו בעד אחד מהימן, כיון דלא שייך לפוסלו מהנך טעמי דפסול בגט, וכמ"ש מוהרח"ש, ולכן הניחו הנך רבנן דברי הב"י בצ"ע.

והב"ש שכתב בכוונת ב"י לפי מ"ש הריטב"א דלא הוי סימן מובהק משום דלפעמים מושלי אינשי גם הנך כלים, והרי לפנינו מוכח מתשובת ב"י דלאו מהאי טעמא אתי עלה, דאי משום שאלה, א"כ מאי קשיא ליה להב"י מדברי תשובת הרא"ש וכמ"ש ולכן לדברי הב"י לא ירדנו לעומק דעתו, וכמו שהניחו הנך רבנן דברי הב"י בתימה גם מ"ש הב"ש בדברי הב"י שהוא כשיטת הריטב"א שהובא, וכן מצאתי לשון זה באחרונים שכתבו שהוא שיטת הריטב"א, וכולהו גרירי בחד [בתר] דברי ב"ש, ואנחנו לא מצאנו שיטת הריטב"א לא בב"י ולא בתשובת ב"י.

ולכן לדינא העיקר כדברי מוהרח"ש ומגיני שלמה וב"ח שכתבו בפשיטות דבכיס וארנקי וטבעת דלא מושלי אינשי לא חיישינן לשאלה, וה"ה בשאר אנפי דליכא למיחש לשאלה, וכמו האי שכתבו בצ"צ סי' ק"ט בעד שהעיד שהכיר הסידור שלו שהשאיל אותו, דכל כה"ג לא חיישינן לשאלה דאין השואל רשאי להשאיל, וכיוצא, דמהני בעדות אשה כל שהיה סימן מובהק בכלים אלו או טביעת עין.

ובתשובה אחת הארכנו בהך דצמח צדק, כיון דהוא המעיד שהכיר הסידור שהשאיל לו, הרי הוא נוגע, שרוצה שיוחזר לו הסידור, ובענין נוגע כבר כתבנו בפ"ז, ושם העליתי דאם הנוגע אינו מזכיר תביעת ממון שלו, שפיר כשר לעדות אשה, אע"ג דבכל דוכתי נוגע אפילו בדרך רחוקה פסול, אבל היכא שמזכיר בפירוש תביעת ממון שלו, הוי נוגע ופסול, וכמו שמבואר שם בפ"ז.

פרק כג

ביבמות (דף ק"כ ע"א) אף על פי שיש סימנים בגופו ובכליו כו', למימרא דסימנים לאו דאורייתא, ורמינהו מצאו קשור בכיס וארנקי ובטבעת או שנמצאו בין כליו אפילו לזמן מרובה כשר, אמר אביי לא קשיא הא רבי אלעזר בן מהבאי הא רבנן, דתניא אין מעידין

על השומא ר"א בן מהבאי אומר מעידין, מאי לאו בהא קמיפלגי, דמר סבר סימנים דאורייתא ומר סבר סימנים דרבנן, אמר רבא דכולי עלמא סימנים דאורייתא הכא בשומא מצויה בבן גילו קמיפלגי כו', ואיכא דאמרי אמר רבא דכולי עלמא סימנים דרבנן הכא בשומא סימן מובהק קמיפלגי, מר סבר סימן מובהק ומר סבר לאו סימן מובהק ובתוס' ד"ה אמר רבא דכו"ע סימנים דרבנן וזה לשונם, ואם תאמר ברייתא דמצאו קשור בכיס כמאן אוקמה, עיין שם.

ונראה לפי מה שכתב הרמב"ם פ"ג מגירושין [ה"ט] מצאו בחפיסה או בדלוסקמא אם מכירו כשר, ועיין שם שכתב דבעי סימן בחפיסה וגם שיהיה מכירו, והר"ן תמה עליו, כיון דאיכא סימן בחפיסה למה צריך שיהיה מכירו, ע"ש ודעת רש"י נמי דתרתי בעינן ע"ש, ובהגה אשר"י פרק כל הגט בשם אור זרוע דתרתי בעי, שיהיה יודע סימן בכלי שהוא שלו וגם שיכיר הגט בטביעות עין ע"ש.

וליישב דבריהם דבעי תרתי, נראה לפי מה שכתבו הרשב"א והר"ן דאם מצאו אחר ודאי נאמן בטביעות עין שמכיר הגט, אלא דשליח הגט אינו נאמן אלא בסימנים, ומשום דהשליח חשיב כנוגע, משום דלא ניחא ליה דליהוי מארי דגיטא בתרעומות עליה, והר"ן כתב משום דחיישינן דמשקר בשביל הפסד שכרו, ועיין בית שמואל סימן קל"ב.

והנה לפי מה שכתב הרשב"א משום תרעומות, אם כן מן התורה ודאי נאמן, וכמבואר אצלינו בספר קצות החושן (סימן ל"ז סק"ד) בשם מוהרי"ט (חלק חושן משפט סימן פ') שהוכיח בראיות דנוגע לא הוי אלא בנגיעת ממון, והא דכתב הרמב"ם דהוי נוגע אפילו בדרך נפלאה ורחוקה, נמי מירי בנגיעת ממון דוקא ועיין שם במוהרי"ט שהוכיח מדכתב המרדכי דנרצח מעיד על הרוצח אע"ג דהוי זכותיה דגואל הדם, והרא"ש בתשובה (כלל נ"ז) כתב דקרובי הנרצח אין יכולין להעיד על הרוצח וקרובי גואל הדם יכולין להעיד, והקשה מוהרי"ט ממה נפשך, אי חשיב זכותיה דגואל הדם, אם כן קרובי גואלי הדם אמאי מעידין, ואי לא חשיב זכותיה דגואל הדם, אם כן קרובי נרצח נמי יעידו לזאת העלה בטעמא דהרא"ש דס"ל כיון דלא הוי הנאת ממון די בזה לפסול גואל הדם גופיה, אבל קרובי גואל הדם שפיר מעידין, עיין שם, וע"ש בקצה"ח וכיון דתרעומות אין בו משום נגיעת ממון, ואם כן אינו אלא מדרבנן.

וכן לפי מה שכתב הר"ן משום דחשוד למשקר בשביל שכרו, נמי נראה לפי מה שהעליתי בקצות החושן (סימן ל"ד סק"ד) דנוטל שכר להעיד גופיה אינו פסול אלא מדרבנן, אבל מן התורה אפילו נוטל שכר להעיד כשר מן התורה עיין שם, ואם כן מכל שכן במה דחיישינן למשקר בשביל שכרו, דמן התורה ודאי נאמן.

וכיון דמן התורה נאמן השליח, אלא מדרבנן אינו נאמן משום הני טעמי שכתבו הרשב"א והר"ן, או משום תרעומות או משום ששכרו חשוד למשקר, וכבר כתבו הגאונים בזה דהיכא דאין האיסור אלא מדרבנן מהני סימנין, דאע"ג דסימנים לאו דאורייתא אבל מדרבנן סימנים מהני, ולכן מהני ליה באיסור דרבנן, וכמו שכתבו האחרונים דבמים שאין להם סוף, כיון דאינו אלא מדרבנן מהני סימן אפילו אינו מובהק ע"ש וכ"כ בתשובת מוהר"ם אייזין שטאט (ח"ג סי' ב') עיין שם ומשום הכי ניחא דמצאו בחפיסה או בדלוסקמא אם מכירו כשר, דכיון דמכירו נאמן מן התורה, אלא מדרבנן הוא דאינו נאמן וכמו שנתבאר, ומשום הכי סגי ליה אפילו בסימן שאינו מובהק.

והנה מה שכתב מוהר"ם אייזין שטאט דמהני סימן אמצעי במידי דרבנן, וכן כתב הגאון מוהר"ר עוזר, והוא בסוף שולחן ערוך הקטנים ע"ש.

ולכאורה נראה ראיה לדבריהם, מהא דאמרו איכא דאמרי אמר רבא דכולי עלמא סימנין דרבנן, ולכאורה הוא שפת יתר במה דאמר רבא דכולי עלמא סימן דרבנן, ולא היה צריך לומר אלא דכולי עלמא סימן לאו כלום הוא ובפרק ב' דבבא מציעא יש לומר דקאמר לענין אבידה דמחזירין בסימנים, ומשום דסימנים דרבנן והפקר בית דין הפקר, אבל גבי איסור מאי נפקא מיניה דסימנים דרבנן או ליתיה אפילו מדרבנן אלא לפי דבריהם דמתירין איסור דרבנן בסימן אמצעי, אם כן נפקא מינה להתיר איסור דרבנן.

ולפי זה יתיישב קושיית התוס' להך איכא דאמרי דאמר רבא דכולי עלמא סימנים דרבנן, אם כן ברייתא דמצאו בחפיסה ובדלוסקמא כמאן אוקמה דיש לומר דמיירי שהשליח מכיר את הגט בטביעות עין, ומשום הכי מצאו קשור בכיס כו' מהני אפילו סימן שאינו מובהק וכמו שנתבאר, דכיון שמכיר בטביעות עין, אם כן תו ליכא חשש רק מדרבנן, משום תרעומות או משום שכרו וכמו שביארתי דאינו אלא מדרבנן, ומשום הכי מהני בדרבנן אפילו בסימן אמצעי כיון דמהני סימנים מדרבנן והמקשה דמקשה מברייתא דמצאו קשור בכיס, דקא סלקא דעתיה אי סימנים לאו דאורייתא גם מדרבנן לא מהני, ואם כן לא מהני אפילו באיסור דרבנן, עד דאמר רבא דכולי עלמא סימנים דרבנן, וכיון דסימנים דרבנן מהני ליה על כל פנים באיסור דרבנן, מיירי ברייתא בגוונין דמתניתין דמכיר השליח את הגט בטביעות עין והוי ליה איסור דרבנן וכמו שנתבאר, ומהני באיסור דרבנן סימן דרבנן.

מיהו בעיקר הדין במים שאין להם סוף דאינו אלא דרבנן, וכיוצא באיסור דרבנן, אי מהני סימנין שאין מובהקים הנה הביא הגאון מוהר"ר עוזר ראיה דמהני באיסור דרבנן,

מהא דאמרו במוצא חבית יין ואומר ישראל בה סימן דמותר בשתיה, ומוכח דמהני סימן באיסור דרבנן גם מוהר"מ א"ש הביא ראיה זו ע"ש.
מיהו בחידושי הריטב"א בפרק ב' דמציעא ראיתי שכתב בהא דאמרו בבשר שנתעלם מן העין דמהני סימנין, והקשה דהא סימנים לאו דאורייתא, ותירץ משום דבשר שנתעלם מן העין אינו אלא משום חומרא בעלמא ע"ש ונראה דהיינו דוקא בדבר שאינו אלא חומר בעלמא, והיינו נמי טעמא דסתם יינם דלא הוי אלא חומרא בעלמא, אבל באיסור אשת איש דעיקרו דבר תורה וחכמים החמירו בספיקו אפילו בדבר שרובן למיתה כמו במים שאין להם סוף וכיוצא, איכא למימר דלא מהני סימן אמצעי, ואדרבא כיון שחשו אפילו בדבר שרובו למיתה, מכל שכן שחשו לדבר דלא מהני סימן אמצעי.
ומוהר"ם א"ש בסימן הנזכר בנה יסודו, במה שהקשה מוהרח"ש בדברי נימוקי יוסף שכתב בעובדא דשני תלמידי חכמים דמוקי לה בש"ס דקאמרי סימנין, וכתב שם הנימוקי יוסף דקאמרי סימן מובהק כדרך שמחזירין אבידה, ומשמע דהיינו מובהקים קצת כמו גבי אבידה דאינו מובהק לגמרי, ובפרק האשה בתרא עלה דמתניתין דאין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם, ואף על פי שיש סימנים בגופו ובכליו, כתב הנימוקי יוסף ז"ל, ומיהו ודאי אם יש סימן מובהק מעידין עליו בכל מקום שבגופו, וכדאמרינן בריש האשה שלום גבי עובדא דשני תלמידי חכמים דקאמרי סימנין כלומר בסימנין מובהקים וכו', ומשמע דהכא מיירי במובהקים לגמרי וסותר למה שכתב כאן בריש האשה שלום דצריך סימן מובהק כדרך שנותנים באבידה, משמע דלא בעי הכא סימן מובהק לגמרי רק סימן דאבידה עכ"ל וכן כתב הנימוקי יוסף בסוף האשה בתרא, באדם שהשליכוהו לים והעלו רגל אחד אין מעידין עליו אלא אם כן יש לו בהם סימן מובהק, שאני אומר רגל אחר הוא, וכדמוכח מעובדא דשני תלמידי חכמים כו', ומיהו סימן מובהק בידו או ברגלו כו', נמי משמע סימן מובהק, דהא סימן אמצעי לא מהני בעדי מיתה, ועיין שם במוהרח"ש שהניח דברי הנימוקי יוסף בצריך עיון ומוהר"ם א"ש האריך ליישב דברי הנמוקי יוסף על פי מה שהעלה דבמים שאין להם סוף מהני סימן אמצעי, ועיין שם בישובו.
ואחרי נשיקות עפרות זהב לו למוהרח"ש, אין כאן קושיא כלל בדברי הנימוקי יוסף, דודאי מה שכתב הנימוקי יוסף פרק האשה שלום בעובדא דשני תלמידי חכמים דקאמרי סימנין דהיינו סימן מובהק, היינו ודאי סימן מובהק ממש דבעינן בעד מיתה, וכמו שכתב הנימוקי יוסף פרק האשה בתרא, ומה שכתב כדרך שמחזירין אבידה הוא לכוונה אחרת, וזה לשון נימוקי יוסף, סימן מובהק שמחזירין בהם אבידה והיינו במקום המוצנע עכ"ל,

וכן כתב הרמב"ן בחידושיו זה לשונו, בדאמר סימנא עסקינן, כלומר סימן מובהק כדרך שנותנין סימן לאבידה, ולא שידעו פלוני ופלוני טבעו והכרתו בהם בסימן פלוני, דאם כן לא מהימני כו', אלא כגון שלא היו מכירים שהם, או שאמרו סימן שיש להם במקום המוצנע, שמחזירין אבידה בענין הזה, ואין לחוש לרמאי, עיין שם.

והיינו משום דהתם בעי לה עד אחד במלחמה, ופירשו תוס' וכן הרמב"ן דעד אחד לא הוי אמירתו בדדמי, אלא איבעיא משום דאשה לא דייקא בסימני מלחמה, וחיישינן דלמא משקר ע"ש ואם כן אילו הוו ידעי הנשים מן הסימנים, דהיינו שיאמרו בעת שעלו מן הים אנחנו מכירים בהם בסימנין שיש לנו בהם, לא הוי מהימני כיון דחיישינן למשקר, אלא דאמרי סימן במקום המוצנע וכדרך שמחזירין אבידה דבעל אבידה אומר סימנים, וכיון דאמרו סימנין במקום המוצנע תו לא חיישינן למשקר, וכן כתב הרמב"ן בספר מלחמות בעובדא דשני תלמידי חכמים דקאמרי סימנין ושלא יהיה רמאי כדרך שמחזירין אבידה, דרשהו אם הוא רמאי ע"ש.

וזהו שכתב הנימוקי יוסף בסימן מובהק שמחזירין בהם אבידה, והיינו במקום המוצנע, דאם בעל אבידה רואה הסימנין באבידה אינו נאמן לומר שאבד בסימן כזה, ואם כן סימן מובהק ממש ודאי בעינן, אלא שנוסף לזה הצריך הנימוקי יוסף שלא יהיה רמאי, ושיהיה הסימן במקום המוצנע כמו באבידה, ולזה שפיר מייתי הנימוקי יוסף ראיה מפרק האשה בתרא דסימן מובהק מהני מהך דשני תלמידי חכמים, דהתם נמי סימן מובהק ממש בעינן, אלא שיהיה באופן שמחזירין בהם אבידה והיינו במקום המוצנע, וזה ברור בדברי הנימוקי יוסף ותמה אני על מוהרח"ש מה שנתקשה בדברי הנימוקי יוסף והמה פשוטים וברורים כמ"ש.

ומעתה נפל יסודו של מוהר"ם א"ש אשר בנה על קושיא הנזכרת בדברי הנימוקי יוסף, ולפי מה שנתבאר מוכח להיפוך, דבעינן סימן מובהק אפילו במים שאין להם סוף דהוא מדרבנן, דבעובדא דשני תלמידי חכמים דקאמרי סימנא דכתב הנימוקי יוסף, דהיינו סימן מובהק, והתם מים שאין להם סוף הוא דהוי.

וכן מצאתי בחידושי פני יהושע לגיטין, הוכיח דאפילו בדרבנן לא מהני סימן בינוני, מהא דאיתא בבכורות דף מ"ו גבי פדחת דהא דצריך פרצוף פנים עם החוטם דהיינו משום חומרא דאשת איש, ועלה תנן אע"פ שיש סימן בגופו ובכליו ע"ש.

מיהו ראיה זו אינו מוכרח, דשם בבכורות אמרו שם ואיבעית אימא יכיר לחוד והכרת פנים לחוד, ולהך איבעית אימא אם כן מן התורה בעי פרצוף פנים, ולתירוץ הראשון שבגמרא משום חומרא דאשת איש, הוי מפרש להך דאף על פי שיש סימנים בגופו

ובכליו בהך לישנא דמפרש בש"ס להך לישנא דסימנים דאורייתא, דאף על פי שיש סימנים בגופו ובכליו היינו ארוך וגוץ.

עוד הביא בפני יהושע ראיה מהא דאמר רב אשי נקב יש בו בצד אות פלוני, וחששא דשני יוסף בן שמעון אינו אלא מדרבנן, מדלא חיישינן לתרי יצחק בפרק האשה שלום, ומוכח דאפילו הוחזקו אינו אלא מדרבנן ע"ש וגם זו אינו ראיה לפי מה שכתב הרא"ש דהא דלא חיישינן לתרי יצחק אינו אלא משום עגונה, והרבה הקילו בעגונה על דבר תורה אפילו מפי עבד ושפחה.

מיהו מדבעי נקב בצד אות פלוני אפילו בלא הוחזקו, וכמו שכתב הרשב"א שם מדמוקי רב אשי נקב בצד אות פלוני, מוכח דסבירא ליה בשיירות מצויות אע"ג דלא הוחזקו, דאם לא כן לוקמה בדלא הוחזקו, וכן כתב שם הר"ן, וכן מבואר בדברי הרמב"ם דבעי נקב בצד אות פלוני ואפילו לא הוחזקו ע"ש, והיכא דלא הוחזקו ודאי אינו אלא מדרבנן, וכמו שכתבו תוס' להדיא סוף פרק קמא דמציעא [כ. ד"ה איסורא], בהא דנפק רבה דק ואשכח ע"ש, וזה ראיה ברורה. ועיין מה שכתבתי בענין סימנים דאורייתא בספרי קצות החושן סימן רנ"ט סק"ב.