שו״ת · אחרונים · שואל ומשיב

שואל ומשיב מהדורא חמישאה

רבי יוסף שאול נתנזון

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שואל ומשיב מהדורא חמישאה

רבי יוסף שאול נתנזון

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/שואל-ומשיב-מהדורא-חמישאה/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
סימן ב 13
סימן ג 20
סימן ד 31
סימן ה 33
סימן ו 35
סימן ז 42
סימן ח 51
סימן ט 59
סימן י 67
סימן יא 78
סימן יב 89
סימן יג 95
סימן יד 101
סימן טו 109
סימן טז 111
סימן יז 117
סימן יח 126
סימן יט 132
סימן כ 143
סימן כא 152
סימן כב 158
סימן כג 166
סימן כד 169
סימן כה 169
סימן כו 183
סימן כז 194
סימן כח 206
סימן כט 210
סימן ל 216
סימן לא 225
סימן לב 233
סימן לג 238
סימן לד 243
סימן לה 247
סימן לו 249
סימן לז 259
סימן לח 264
סימן לט 272
סימן מ 281
סימן מא 289
סימן מב 296
סימן מג 301
סימן מד 310
סימן מה 322
סימן מו 333
סימן מז 343
סימן מח 350
סימן מט 358
סימן נ 359
סימן נא 369
סימן נב 384
סימן נג 393
סימן נד 398
סימן נה 403
סימן נו 415
סימן נז 424
סימן נח 433
סימן נט 438
סימן ס 453
סימן סא 462
סימן סב 469

סימן סג 471
סימן סד 484
סימן סה 494
סימן סו 505
סימן סז 514
סימן סח 532
סימן סט 536
סימן ע 538
סימן עא 556
סימן עב 564
סימן עג 575
סימן עד 583
סימן עה 589
סימן עו 603
סימן עז 609
סימן עח 627
סימן עט 640
סימן פ 657
סימן פא 665
סימן פב 675
סימן פג 684
סימן פד 700
סימן פה 706
סימן פו 717
סימן פז 728
סימן פח 737
סימן פט 745
סימן צ 761
סימן צא 765
סימן צב 765

סימן א

א לחכם אחד.

ב הנה ע"ד מ"ש ראיה למ"ש הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ע"ד במי שמכר שט"ח לשמעון והוא חייב בעצמו לאותו הלוה דדעת המהר"ל בן חיים סי' כ"ב דבכה"ג לא יכול למחול דהו"ל כגבוי ועומד והש"ך כתב דז"ג וז"ג כמבואר סי' פ"ה ס"ד וס"ו ולכך יכול למחול וע"ז הקשה דא"כ מה קאמר הש"ס בב"מ שם ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ואכתי ניחוש דלמא מכרה למי שחייב לבעל בכה"ג א"י למחול וע"כ דבכה"ג ג"כ יכול למחול. הנה אמת שכן ראיתי בספר יהושע מש"ב הגאון מטארניפאל שכתב כן ובאותו פרק תמהתי עליו דבכתובה גם המהראנ"ח יודה דכה"ג לא חשוב כגבוי דכתובה לא ניתן לגבות מחיים וכעת עיינתי בתומים שגם הוא מביא ראיה זו והרגיש בזה וכתב דלפמ"ש מיירי דבעת המציאה היתה גרושה וא"כ ניתן לגבות. אבל לפענ"ד נראה דגם זה ל"ח דכל הטעם דחיישינן הוא לפי שנפל אתרע ולפ"ז כל כה"ג ל"ח דהרי בב"ב דף קע"ג נחלקו אביי ורבא אי חיישינן לנפילה ואף לאביי דחייש לנפילה מחלק בין נפילה דרבים לנפילה דיחיד ודעת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קל"ד דאף בשאלה דיחיד לא חיישינן אף שהוא בכוונת שואל ומשאיל אבל כל שהענין הסימן הוא מקרה ל"ח ע"ש שהאריך ולפ"ז גם כאן ניהו כיון דנפל אתרע וחיישינן לכל החששות שמא מכרה כתובתה אבל לחוש שמכרה רק לאותו איש שחייב לו הבעל זה לא חיישינן דהוה כנפילה ושאלה דיחיד דלא חיישינן לכ"ע ואף באשת איש לא חשו לזה וז"ב לדעתי. אך בגוף דברי הש"ך לכאורה מצאתי סתירה לזה מדברי הרשב"א הובא בב"י חו"מ סי' כ"ד שכתב דאם יש לו שטר מקויים נזקקין לטענת הנתבע שא"ל שתחסר מאה מהמאתים שחייב והוה כאומר יש לי בידך כנגדו ואם איתא דזה גובה וזה גובה יקשה היאך יכול לטעון יש לי בידך כנגדו הא זה גובה וזה גובה. אך באמת לפ"ז צריך להבין הא קי"ל דזה גובה וזה גובה ואפ"ה קי"ל בסי' ע"ה דיכול לטעון יש לי בידך כנגדו ואמאי יכול לטעון הא זה גובה וזה גובה ועיינתי בב"י בסי' ע"ה מחודש י"ח שכתב בשם תלמידי רשב"א דבאמת מיירי ששניהם שווים עדיית ועדיית בינונית ובינונית וכדומה אבל באינם שווים זה גובה וזה גובה ואין יכול לטעון סתם יש לי בידך כנגדו וא"כ גם כאן בהך דסי' כ"ד מיירי בכה"ג ששניהם שווים ועכ"פ בסי' ה' בב"י מבואר בהדיא כהש"ך וצ"ל דבתר שעת גבייה אזלינן דהרי קי"ל בסי' ק"א ס"ג דיכול ליתן לו מעות אף שהמלוה רוצה קרקע ע"ש וא"כ צ"ל דש"ה דבשעת הגבייה נותן לו מעות מזומן אבל כאן דכעת אינו נותן לו מעות רק שא"ל שיש לי בידי ננגדו וזה כבר אזדא ליה לכך כל שיש פסידא זה גובה וזה

גובה וע"כ דברי הש"ך עיקר ובלא"ה לא ידעתי מ"ש הראנ"ח דחשוב כגבוי ועומד והא שטר לאו כגבוי מקרי דלא קי"ל כב"ש וצ"ל דשאני כאן דיש לו בידו כנגדו חשוב כגבוי תיכף אבל מ"מ העיקר כהש"ך כיון דזה גובה וזה גובה ואף אם יש לשניהם קרקעות שווים הא כאן מקרי יש לו פסידא דהא זה היה מוחל לו ובודאי מקרי פסידא וזה גובה וזה גובה וראיתי במחנה אפרים הלכות גביית חוב סי' מ"ד שהשיג על הש"ך דכל דאין נ"מ לא אמרינן זה גובה וזה גובה ובמחכ"ת זה אינו דאין לך פסידא גדול מזה דיש נ"מ לענין המחילה וז"ב:

ג וראיתי להר"ן פרק שבועת הדיינים גבי סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלה אומר ג' דנרין היה שוה והקשה הרמב"ן דהא הו"ל חמשין ידענא דלית לך וחמשין לא ידענא דהא כל כמה דלא יהיב ליה משכונא אינו חייב לשלם לו ע"ש ובאמת שלכאורה צ"ע דאמאי לא נימא דשתי תביעות הן וזה גובה וזה גובה וא"כ שפיר הוה מודה במקצת גמור דזה מודה לו שיש בידו דינר רק שתובע לו תביעה אחרת במשכון אבל אין דינו של ב"ח לגבות חובו מהמשכון ודינו של ב"ח במעות ואף דקי"ל בסי' ע"ה דיכול לטעון יש לי בידך כנגדו כ"כ לעיל בשם תלמידי הרשב"א דמיירי בגוונא שאין כאן פסידא וכאן מגיע לו פסידא להמלוה דעי"ז שיטעון יש לי בידך כנגדו לא יצטרך לשבע ומי יימר דמשתבע ובפרט שא"י אם אולי באמת נאבד ואין לך פסידא גדולה מזה וצ"ל דסברת הרמב"ן דכ"ז שהלוה טוען שיתן לו משכונו והוא ישלם ממילא יוכל לומר לדידי שוה לי כדי כל חובי וכ"ז שאין משכוני בידו לא אשלם אף פ"א. והרי גדולה מזו מצינו מחלוקת הקדמונים בסי' ע"ב וסי' קט"ו אם המלוה יוכל לומר לדידי שוה כל חובי אבל הלוה פשיטא דיכול לומר משכוני שוה כל דמי חובי לדידי ולא אשלם ושפיר מקשה דיכול לומר כ"ז שלא תתן לי משכוני לא אשלם לך. ובזה הבינותי תירוצו של הרמב"ן דאינו מובן למעיין. ולפמ"ש א"ש דהכי כוונתו דבאמת אם היה בידו ואין המלוה רוצה לתת המשכון פשיטא דיכול הלוה לטעון לדידי שוה לי כל חובי אבל באמת המלוה טען שנאבד ונאמן בכך בשבועה שוב הו"ל זה גובה וזה גובה וז"ש הרמב"ן דתרתי מילי הוא והיינו דהא באמת א"י לטעון שיש לו בידו כנגדו דהא א"י בבירור שיש לו בידו כנגדו והמלוה טוען שאין לו בידו והמלוה נאמן בזה דלענין טענות המשכון המלוה נאמן בשבועת היסת דהוה כופר הכל וא"כ שוב הוא מודה במקצת גמור דהא על החוב באמת מודה במקצת הוא ורק שטוען שיש לו בידו כנגדו וכל שזה נאמן בשבועה שאין לו בידו שוב הו"ל מודה במקצת גמור וזה שכתב הרמב"ן דהא תרתי מילי נינהו והיינו דזה גובה וזה גובה וז"ב מאד מאד למעיין בלשון הרמב"ן פה קדוש ז"ל ועיין קצוה"ח סימן צ"ז ס"ק י"א שחולק על הכה"ג

שכתב דגם בהחזרתי אינו נאמן דמ"מ חייב לפרוע והוא חולק דכל שאינו מחזיר לו משכונו אינו חייב לפרוע לו ע"ש ונעלם ממנו מחלוקת הרמב"ן והר"ן האלו וצ"ע. ואם חומה היא ממילא יתיישב בזה כל קושית הר"ן דמה שהקשה הר"ן דאכתי אמאי יתחייב שבועה הלוה הא אינו רק גורם לממון כיון דיוכל למפטר עד שיתן לו משכונו והו"ל כמו ע"א דפטור מקרבן שבועה דהו"ל גורם לממון וגם להס"ד דא"צ המלוה לשבע שא"ב טרם שחידש ר"ה דינו דמשביעין שבועה שא"ב ולא ס"ד דמיירי במאמינו א"כ לקשי' ליה דאמאי הלוה נשבע דהא כ"ז שאינו נותן לו משכונו א"צ לישבע כלל ע"ש שהאריך ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת שפיר הוה מודה במקצת דל"ש דלדידי שוה לי דכיון שזה טוען שאבד המשכון והמשכון לא היה שוה באמת רק ג' דינרים וזה רוצה להפסיד רק הדינר הרביעי רוצה שיתן לו ואם כן דמה"ת נאמן המלוה לטעון שאבד ולא חיישינן לשמא עיניו נתן בה שוב לא שייך לומר דלא מקרי מודה במקצת דהא זה גובה וזה גובה ופשיטא דבשביל שזה טוען לדידי שוה לי ל"ש שבועה וע"כ לא הצריך הרמב"ן שישבע הלה רק לפי מה דחידש ר"ה דחיישינן שמא עיניו נתן בה שוב אינו נאמן רק בשבועה אבל כל שנשבע שנאבד שוב הוה הלוה מודה במקצת גמור דהרי מודה במקצת הסך הלואה ואף שטוען שיתן לו המשכון זה הוה מילי אוחרי ותביעה אחרת היא וז"ב מאד:

ד ובזה יש ליישב הא דפריך הש"ס בב"מ דף ל"ד ואם איתא לדר"ה כיון דמשתבע מלוה שאינו ברשותו היכי מצי מפיק לה והקשה הרש"ק בתפארת שמואל דלשיטת הרמב"ם דמינו מצוי בשוק א"צ לישבע שוב אין מקום לקושית הש"ס דלישני דמיירי במצוי בשוק ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת הריטב"א הקשה על זה דמה בכך שמינו מצוי דלמא מ"מ נתן עיניו בו וחמד אותו וצריך לומר כמ"ש במק"א ומצאתי בתומים בסימן ע"ב שהרגיש בזה דעכ"פ כיון דגם ללוה ליכא נ"מ למה נשביע בשביל זה הא יוכל לקנות אחר ובכה"ג שאין כאן דררא דממונא שוב ל"ש תקנת ר"ה להשביע זה מספק ולפי זה שפיר פריך הש"ס דכאן ודאי צריך לשבע אף שמינו מצוי בשוק דל"ש לומר דל"ל פסידא דכאן אית ליה פסידא דזה יטען למה אתן הדינר וצריך שבועת מודה במקצת דכ"ז שלא תתן לי החפץ א"צ לישבע וכקושית הרמב"ן וכ"ז דלא נשבע שוב שייך החשש שמא עיניו נתן בו אף במינו מצוי בשוק וזה ברור מאד:

ה ובזה מיושב היטב מה שהקשו בתוס' דלוקי במאמינו דכאן ודאי לא יאמין לו כדי שזה לא יהיה מודה במקצת וכעין זה כתבו התוס' וגם לפמ"ש הר"ן אף שמאמינו ל"ש שבועה דאם לא היה מאמינו ל"ש שבועה לגבי לוה א"כ אף שמאמינו פטור משבועת מודה במקצת וכמו בשבועת ע"א ודו"ק היטב. ובזה נכון גם כן מה שמחלק הרמב"ן בין זה

לכ"מ שצריך המלוה לישבע דאין הלוה מתחייב בשביל זה ולפמ"ש אתי שפיר דבכאן מילי אוחרי הוא וזה גובה וזה גובה משא"כ שם ודו"ק. ובזה נתיישב היטב מה שהקשו האחרונים בהא דמבואר בש"ע סי' ע"ב סכ"ב אם המלוה כופר במשכון ושניהם מודים בהלואה וכו' אם הי' שוה פחות נשבע שמשכונו הי' שוה כך ומשלם השאר והוא מבעל העיטור והקשו דכאן יקשה קושית הרמב"ן כיון דהמלוה כופר שלא היה לו משכון הרי מודה שלא נאנס עכ"פ וא"כ שוב יכול לישבע בסתם שיש לי בידך כנגדו ויכול לישבע סתם שאינו חייב לו כמבואר בסמ"ע סימן ע"ב ס"ק נ"ה ובש"ך שם ע"ש ולפמ"ש א"ש דכיון שזה גובה וזה גובה וזה נשבע היסת שלא היה לו משכון שוב לא שייך לומר לדידי שוה לי וכמ"ש ודו"ק:

י ובזה מיושב מה שמקשים העולם בשם הרב המאה"ג אבד"ק חמעלניק בהא דתירץ הרמב"ן לקושייתו כיון דהמלוה נשבע שאינו ברשותו שוב הוה הלוה מודה במקצת והקשה לפמ"ש הרא"ש בסוגיא דשכיר דנאמן במיגו דלא שכרתיך והקשה הא הוה מיגו דהעזה וכתב הרא"ש דמה"ת נאמן בלא שבועה והשבועה תקנת חכמים א"כ כל דיש לו מיגו אף דהוא מגו דהעזה אוקמא אדינא וע"ז הקשה דהא גם מודה במקצת יש לו מיגו דכ"ה ורק דהוה מיגו דהעזה א"כ כיון דמדאורייתא אין המלוה נשבע שוב לא היה הלוה מודה במקצת דאוקמא אדינא ולפמ"ש אתי שפיר דמן התורה שהמלוה נאמן בלי שבועה בודאי היה הלוה מודה במקצת גמור דל"ש שיתן לו המשכון דעל המשכון נאמן המלוה אף בלי שבועה וז"ב ודו"ק. מיהו בלא"ה אין התחלה לקושיא דשם הבעה"ב נאמן מן התורה והשבועה אינה רק דרבנן ושם הלוה היה צריך שבועה מן התורה רק שהיה יכול לפטור עצמו במה שיטעון על המשכון וכיון שמדרבנן האמינו למלוה בשבועה ולא מצי טעין על המשכון שוב הו"ל הלוה מב"מ גמור ודו"ק:

יא והנה בהא דמבואר בסי' ע"ב סמ"ד בחו"מ דאם ראובן הלוה מעות מיד עכו"ם ושמעון ביקש ג"כ שירשהו ראובן שיהיה המשכון גם בעד חובו ואח"כ נשרף המשכון ביד העכו"ם דשמעון פטור וכתב בתומים כיון דהעכו"ם צריך לשבע שבועת שומרים והוא חשוד ורק דבערכאות פטור עכ"פ שמעון שחייב לעכו"ם מעות נשתעבד לראובן מדר"נ ע"ש. ולפענ"ד הוא תמוה כיון דחיישינן שמא המשכון עדיין בעין ביד העכו"ם א"כ שוב לא נתחייב שמעון כלל לשלם עד שיחזיר לו המשכון וכמ"ש למעלה בשם הרמב"ן וגם הר"ן מודה בזה עכ"פ באם אינו עודף ההלואה יותר מהמשכון א"כ שוב אינו חייב כלום ואף דבערכאות חייב עכ"פ שעבודא דר"נ ל"ש בזה כל שאינו מחוייב עפ"י הדין אבל לענין עודף אולי יש לדון דתלוי במחלוקת הרמב"ן והר"ן הנ"ל. ומ"ש הקצה"ח לתמוה

על התומים כיון דעכו"ם אמעיט מדין שומר א"כ להיפוך גם עכו"ם פטור דלא מקרי רעהו. הנה מלבד דבפשיעה יש שני דיעות אף גם כיון דאבד הקתא אבד מעותיו למאן דפסק כרבה ולדידן הוה ספיקא ומשום דהוה כאילו פירש שיאבדו מעותיו א"כ בכה"ג גם עכו"ם חייב ועיין חק יעקב ר"ס ת"מ וכן מצאתי בתומים סי' ע"ב ס"ק י"ג שדייק כן מדברי התוס' שבועות דף מ"ד דלשמואל דאבד קתא אבד מעותיו אף בגוי חייב וא"כ דברי התומים נכונים ועיין מחנה אפרים הלכות שומרין. והנה לכאורה תמוה לי במ"ש הטוש"ע חו"מ סי' רל"ב סי"ג דאם שינה ועשה מום אחר קודם שיוודע לו המום דחייב לשלם ע"ש וק"ל כיון דהוה מקח טעות והמעות הלואה גביה כמבואר שם סכ"ז בהג"ה דדינו כבע"ח וא"כ זה גובה המעות וזה גובה המקח שמכר לו וא"כ ניהו שעשה לו מום הא לא גרע ממזיק דכל שלא נתכוין להזיק דהוא חשב דבאמת יהיה שלו וא"כ הו"ל שוגג דאף דאדם מועד לעולם אף בשוגג היינו באונס קרוב לאבידה אבל באונס הקרוב לגניבה פטור כמ"ש התוס' בב"ק בכמה מקומות ועבתוס' ב"ב דף צ"ד וכן קי"ל וא"כ כאן אין לך שוגג גדול מזה ואף דנימא בגניבה ואבידה חייב דמ"מ הו"ל כש"ש כל עוד שאין מחזיר לו מקחו ועיין בש"ע שם סעיף ס"ב ובסמ"ע ובב"ח שם מ"מ זה אונס מקרי ופטור והיא לכאורה קושיא גדולה להמעיין היטב בעומק מיצוי הדין בסכ"ב שם ובב"י ובב"ח שם ולפמ"ש הרמב"ן דכל עוד שאינו מחזיר לו משכונו א"צ לשלם לו כלום י"ל דמכ"ש במקח דכל שאינו מחזיר לו מקחו כמות שהיתה אינו חייב לשלם לו ועכ"פ דמי פחת המום צריך לשלם לו כנלפענ"ד ועדיין צ"ע:

ח והנה בהא דאמר רב נחמן אר"א בר אבהו מנין שאין נזקקין אלא לתובע תחלה שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם יגיש ראיה אליהם ופירש"י כגון ראובן תובע משמעון מנה ושמעון משיבו תפסת משלי או משכון הי' בידך ונפחת דמיו דתחלה נזקקין לטענת ראובן התובעו ואח"כ נזקקין לטענת שמעון והיינו משום דר"נ לשיטתו דס"ל זה גובה וזה גובה וא"כ כיון דכל אחד גובה ואינו עומד בשלו א"כ צריכין לדעת מי גובה תחלה ולכך חידש ר"נ דהתובע גובה תחלה אבל לר"ש דס"ל דזה עומד בשלו וזה עומד בשלו א"כ לא שייך דנזקקין לתובע תחלה דהא אם יתברר טענת הנתבע כל אחד עומד בשלו ואטרוחי ב"ד בכדי לא מטרחינן. איברא דצ"ב דלפי מה שאמרו בכתובות דף ק"י דהיכא דלזה עידית ולזה עידית או זבורית וזיבורית דכ"ע מודים דכל אחד עומד בשלו א"כ כאן דמיירי דליכא פסידא דאם יש פסידא הא מודה ר"נ היכא דזילי ניכסי' וא"כ ממנ"פ אם יש לכל אחד שוה כגון זה קרקע עידית או בינונית ולזה ג"כ כן מה נ"מ ואם דלזה בינונית ולזה זיבורית דמה חזית דאתי בעל זיבורית ברישא לגבי בעל בינונית ברישא

ואף דקדים ותבעיה סוף סוף כי אתי למגבי בהדי הדדי קאתי וצ"ל דנ"מ דאית ליה לחד עידית ובינונית ובשלו הן שמין וכדאמרו שם בכתובות וז"ב ונכון. ובזה מיושב היטב מה שתמה הגאון מוהר"י בע"ז בעל עין משפט דלמה השמיט הרמב"ם הך דינא דר"נ דנזקקין לתובע תחלה ולפמ"ש א"ש דהרי הה"מ הקשה על הרמב"ם פכ"ד ממלוה ה"י דכיון דפסק בשל עולם הן שמין א"כ היאך פסק להך דר"נ וכתב דס"ל דאף דבשל עולם הן שמין מ"מ נ"מ אם אמר בעל הזיבורית אני רוצה לגבות תחלה והכ"מ דחה דבריו דהא בש"ס פריך סוף סוף כי אתי למגבי בהדדי קאתי וצ"ל דבאמת התוס' הקשו דהא נזקקין לתובע תחלה וכתבו דהיכא דאית ליה פסידא אין נזקקין ע"ש ולפ"ז זהו דוקא לנהרדעא אבל ר"נ בעצמו אפשר דלא ס"ל כן ולפ"ז לדידן דקי"ל כנהרדעא לכך השמיט רבינו הך דינא דהא אין נ"מ כלל ועיין קצה"ח ונתיבות המשפט סי' כ"ד ולפמ"ש האחרונים דיש לחלק בין נזקין לב"ח דבנזקין הוא דבשל עולם הם שמין א"כ לפמ"ש התוס' בשם י"מ הך דנזקקין לתובע קאי על נזקין וכ"כ הר"י בע"ז דהרמב"ם פירש כן המימרא ואף דהרמב"ם לא ביאר כן בהדיא ועיין תומים סי' כ"ד עכ"פ א"ש בנזקין אין נ"מ כלל וכמ"ש ודו"ק:

ט והנה מדברי רש"י אלו יש ראיה לכאורה דאין החוב תלוי המשכון ולכך נזקקין לתובע תחלה וקצת משמע דלא כרמב"ן הנ"ל והנה אם אחד חייב לאחד מנה והמלוה חייב לאחר והלך הלוה השני ופרע למלוה של מלוה שלו ובאופן דל"ש שעבודא דר"נ אם נפטר ממלוה שלו דפרע חובו מצאתי בתומים סי' ק"ה ס"ק יו"ד דמשמע מדבריו דזה גובה וזה גובה ויכול המלוה לטעון פרע לי חובי ומה שיש לך תביעה על הלה לך ותבע אותו. ולפענ"ד כל דאית פסידא בודאי זה גובה וזה גובה אבל מהתומים שם אין ראיה דשם מיירי בשלח ע"י שליח לפרוע למלוה מעות וזה השליח היה לו חוב על המלוה ושפיר יכול לומר מה לי ולך אני שלחתי מעות לפרוע לב"ח שלי ואני לא נפטרתי עדיין מידו דהלה לא ירצה לקבל חובך בפרעון שלי אבל במי שפרע חובות של מלוה מה בכך דזה גובה וזה גובה מ"מ כבר פרע החוב ומ"מ עיקר הדין לפענ"ד דודאי כשפורע חובו ואינו מרוויח בזה בודאי מועיל אבל כשזה מרוויח כמו אם הלה קפץ ידו מלשלם וירדו שטרותיו עשר מעלות אחורנית וזה קונה אותם בזול ורוצה לגבות אח"כ מהמלוה פשיטא דאין לך פסידא גדול מזה ואינו נפטר מחובו עד שישלם לו ויגבה ממנו שטרותיו וז"ב לפענ"ד ועיין בנ"מ שם שתפס בפשיטות כן להלכה וכתב כן בשם התומים ומהתומים אין ראיה וכמ"ש. מיהו גוף דבריו שם טעה טעות גדול במחכת"ה ע"ש ובתשובה לענין ממונו שנהנה ממונו של חבירו והארכתי בזה ובאמת נראה בגוף הדין דהוה כפורע חובו שלא מדעתו דפטור מלשלם דיכול לומר הוינא מפייס לי' ובפרט

באיש שקפץ ידו מלשלם דבודאי לא היה נוגש כ"כ וזה פרע שלא מדעתו ופשיטא דחייב לשלם לו מה שלוה ממנו ובכה"ג אף אם אם נימא דל"ש זה גובה וזה גובה דהפוכי מטרתא הוא מ"מ כאן זה פרע שלא מדעתו ונפטר לשלם וא"כ למה לא יתחייב לשלם לו חובו וז"ב. והנה לכאורה קשה לי בהא דפריך בב"ק שם בהא דאמר רשב"נ בתחלה מנין שהמע"ה דכתיב מי בעל דברים יגש אליהם יגיש ראיה אליהם ופריך שם למה לי קרא סברא היא מאן דכאיב ליה כאיבא אזיל בי אסיא וקשה לי טובא לפמ"ש התה"ד סי' שמ"ט דלכך אין הולכין בד"מ בתר רובא אף דחזקה ורובא רובא עדיף משום דרובא לאו ראיה היא ואנן המע"ה ובתשובה הארכתי בזה ולפ"ז מ"פ סברא היא הא מצד הסברא הוה אמינא דאזלינן בתר רובא ופשיטא דהוה אזלינן בתר רובא אי לאו הקרא דיגיש ראי' ורובא לאו ראיה היא וצ"ל דהש"ס פריך אליבא דרב דס"ל דאזלינן בתר רובא בד"מ וא"כ שפיר פריך וע"ז הוצרך לחדש דבר אח"כ דנזקקין לתובע תחלה ולפ"ז י"ל דלכך השמיט רבינו הדין דלדידן דקי"ל כשמואל אצטריך הקרא דלא ניזיל בד"מ בתר רוב וא"כ שפיר השמיט הרמב"ם הך דנזקקין לתובע תחלה ודוק היטב. שוב ראיתי בפ"י שכתב בב"ק שם כעין זה אבל לא ראה דברי התה"ד ואילו ראה דברי התה"ד הוה דלה מרגניתא טבא.

י והנה במרדכי פרק המניח סי' למ"ד כתב דאף דעביד איניש דינא לנפשיה ה"מ בחפץ המבורר שהוא שלו אבל בדבר אחר אסור והביא ראיה מהא דאמרו בברכות פ"ק בתר גנבא גניב וטעמא טעים אף דעביד איניש דינא לנפשיה וע"כ משום דלקח זמורות אחרים שלא גנב האריס ובאמת בזמורות נגד זמורות ודאי דיכול לתפוס כנגדו כמו במנה נגבי מנה דאינו רק חושבנא בעלמא כמ"ש הפוסקים והובא בב"י סי' ע"ה שהזכרתי לעיל. ולפענ"ד נראה דאף המרדכי מודה בזה כמ"ש בב"י שם בשם המרדכי פ"ק דמציעא אבל באמת יכול לתפוס אבל אינו מדת חסידות ועל ר"ה הוא דאמר מ"ט לא יהיב מר שיבשא לאריסיה והיינו דאף שמצד הדין מצי לתפוס כנגדו אבל מ"מ כל שאינו חפץ מבורר אינו רשאי לכתחלה לתפוס דשמא יש לו לשני איזה טענה נגדו רק דאם תפס לא מפקינן מיניה בדבר דל"ש ז"ג וז"ג ולפענ"ד טעם הדבר דבאמת י"ל דחבירו הי' לו מלוה ישינה ע"ז ואיך יתפוס כנגדו ולכך בחפץ מבורר יוכל לעשות דין לנפשו דאף אם זה יש לו מלוה ישינה אבל אין דינו על אותו חפץ דוקא ולכך זה ג"כ יכול לעשות דין נגדו אבל באם אינו חפץ מבורר א"כ א"י לתפוס דשמא יש לו לחבירו איזה טעם בדבר. מיהו לשון המרדכי דאינו אותו חפץ שידוע לו שהיא שלו לא משמע כן וצ"ל דזה באמת החילוק שלו דאם תופס אותו דבר שבודאי שלו שפיר יכול לתפוס דאף שיש לומר שמא יש לו להנתפס מלוה ישינה מ"מ אין דינו על אותו חפץ דוקא אבל במקום שאינו אותו הדבר

ממש א"כ יש לחוש שמא יש לחבירו מלוה ישינה ואף דגם שהשני א"י לתפוס חפץ בשביל ממון כיון דיכול לסלקו הא גם זה א"י לתפוס חפץ בשביל שמגיע לו ממון וא"כ זה השני שכבר תפס תפס והוא אינו רשאי לתפוס וזהו לפענ"ד דזה הענין שאמרה תורה לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו והיינו כיון דהוא נשה בו מעות א"כ זה יכול לסלקו אף בסובין ונמצא שהדין דז"ג וז"ג וא"כ מה שתופס חבירו אינו רק בתורת משכון ולא בתורת גובייגא וזה אסור אבל ע"י ב"ד דהוה תורת גובייגא שפיר מותר וא"כ ז"ש המרדכי דאם לא הוה אותו חפץ עצמו הוה כעובט עבוטו דאסור כיון דז"ג וז"ג ועיין בתקפו כהן שכתב ג"כ דעיקר החילוק הוא דכל דשייך לא תעבוט עבוטו הוא דאסור וע"ז תמה דא"כ בהך דזמורות דל"ש הלאו דלא תבא אל ביתו למה יהיה אסור ולפמ"ש א"ש דבאמת עיקר הכוונה היא דאם אינו בתורת גובייגא והדין דז"ג וז"ג שוב אסור דשייך החשש דשמא יש לחבירו מ"י וכדומה דמה"ט אסרה התורה לעבוט עבוטו כיון דהלה יכול לסלקו בד"א ודו"ק היטב ועיין בחו"מ סי' ד' ובתומים ס"ק ב' ולפמ"ש יש ליישב הרבה קושיות. ובזה נראה לפענ"ד במ"ש ר"ת דבדיני קנסות דא"י לגבות בבבל ואם תפס לא מפקינן מיניה דמ"מ צריך לתפוס אותו דבר ממש וצ"ב מ"ט יש בדבר. ולפמ"ש א"ש דבאמת אין לנו ב"ד לגבות בבבל רק דאם תפס הוה בכלל עביד אינש דינא לנפשיה דאין לך פסידא גדול מזה ולפ"ז כל שאינו תופס אותו חפץ א"י לעשות דין לנפשי' ודו"ק. שוב נזכרתי שבספר נחלת יעקב בצוואת הגאון מוהר"י ז"ל כתב לפרש הך דזמורות דאסור שמא יש לחבירו מ"י ונכדו הרב נ"י הקשה למה לא הביא הך דבן בג בג והיא תימה דבאמת אנן קיי"ל כב"ב ויכול לעשות דינא לנפשיה אבל דוקא בחפץ מבורר וז"ש הגאון ועיין במרדכי פרק המניח ורמז לזה ובזה יתיישב כל מה שהאריך שם נכדו ודו"ק. ובזה לא קשה מה שהקשה נכדו דלמה לא הביא מהך דבן בג בג דבלי ידיעה אסור ולפמ"ש א"ש דשם בחפץ ידוע שגזל דיכול לעשות דין לנפשו ול"צ לתפוס שלא בידיעתו שפיר אסור לעשות שלא בידיעה רק שבור שיניו והוצא את שלך אבל בחפץ שאינו מבורר דאם לא יתפוס לא יכול להוציא בדין ה"א דיכול לעשות טצדקי ולמעבד דינא לנפשיה ולתפוס משלו קמ"ל דלא וע"ז הביא מהך דר"ה וז"ב:

יא והנה בשנת תרכ"ב ח' אדר א' ראיתי בתוס' רי"ד הנדפס מחדש בפרק הפרה גבי הא דאין נזקקין אלא לתובע תחלה כתב מ"ש הא"ז ריש הפרה בשה"ג משמו וחתם מז"ה והוא ר"ת מורי זקני הרב והוא תוס' רי"ד הנ"ל ועיין קצה"ח סי' כ"ד מ"ש בפירושו לחלק בין מטבע לחפץ וקרקע וכן הוא האמת והנתיבות השיג עליו ועיין משובב מ"ש בזה

והטיב לדבר וכאן מבואר כן ומטעם דזה גובה וזה גובה ודלא כנתיבות ובנתיבות השני נשמט קצת:

סימן ב

א נסתפקתי בהא דכתב הרמב"ן דעד מפי עד הראשון נאמן כיון שזה השני אומר משמו וכ"ה בש"ע יו"ד סי' קפ"ה ובאהע"ז סי' קט"ו מהו הדין בשנים האומרים מפי שנים אם נאמנים הראשונים יותר כיון שהשנים אומרים משמם או דלמא כיון שהם שנים ותרי כמאה ואין הראשונים נאמנים יותר ובפרט דהעדים השניים מכחישים ואומרים שכן אמרו להם והראשונים כופרים ואומרים שלא אמרו כן (ועיין חלקת מחוקק סי' י"ז ס"ק ע"ט ויש לדחות ולחלק) והנה לכאורה יש להם מיגו דאי בעי אמרו שהם ראו בעצמם כן. מיהו יש לומר דיראו שמא יוזמו ויתכחשו וגם בלא"ה דעת הרמב"ן בב"ב דף ל"א דעדים צריכים להיות נאמנים מצד דיבורם ולא מצד מגו והוה כעד הצריך שבועה דאינו עד ע"ש וכאשר השקפתי בזה ראיתי בחו"מ סי' כ"ג שכתב שם המחבר דוקא בדיין אחד אבל שנים נאמנים לעולם ואפילו אם יש שני עדים מכחישים אותם. ולכאורה משמע דמה"ט הוא משום דהראשונים נאמנים יותר מהשניים איברא דלפ"ז צריך להבין אמאי בדיין אחד אינו נאמן משנסתלקו לפניו הא זה הבע"ד אינו בא רק מכח שזיכה לו אותו הדיין וכיון דהדיין מכחישו למה לא יהיה נאמן יותר מהשני וכבר נתקשה בזה הקצה"ח שם ויצא לדון בדבר החדש. אבל לפענ"ד יש לומר כיון דשם מוקמינן בשודא דאל"כ נהדר ונידייני' וא"כ בשודא לא שייך זאת דע"כ לא כתב הרמב"ן דעד מפי עד הראשון נאמן יותר רק בדבר שהעד השני אינו יודע כל מאומה רק מפיו של הראשון הוא מעיד א"כ הוא בעצמו מודה שהראשון הוא עיקר וכל שמכחישו הראשון נאמן אבל בשודא דזה אינו תלוי בפלפול רק כפי הבנת הדיין וכפי אשר יגיד אף בלי טעם ועיין בסי' קל"ח וסי' רנ"ג וא"כ מה אולמא דהראשון משני הא גם הראשון לא הגיד אשר ראה וידע בפלפול וסברא רק כאשר ענה מלבו והשני מכחישו ואומר שכן אמר א"כ מה"ת יהיה הראשון יותר נאמן וז"ב לדעתי ולפ"ז לפמ"ש התוס' דשודא לא שייך רק בדיין מומחה דדן יחידי ע"ש וא"כ בשנים הדנים ע"כ לא מיירי בשודא א"כ הראשונים נאמנים יותר. איברא דלפ"ז צריך להבין להס"ד שם דלא ידע דמיירי בשודא מפ' ונהדר ונידייניה הא בלא"ה מהראוי להיות נאמן כיון שמכחישו וצ"ל דהס"ד ס"ל כיון דיכול למדייני' שנית א"כ אין הראשון נאמן יותר דכל שיכול לחזור ולדונו למה לן לנאמנותו ול"ש נאמנות וכמ"ש בש"ע דל"ש נאמנות ועיין בסמ"ע וש"ך דפירשו דאין סומכין על נאמנותו וצריך

לחזור ולדון מחדש. אמנם עדיין צריך להבין לפמ"ש המהרשד"ם והובא בש"ך סי' י"ז דאחר שפסק הדיין א"י לחזור ולישב בדין דמחזי כנוגע וא"כ עדיין צריך לנאמנותו דא"י לחזור ולדון דמחזי כנוגע אבל זה אינו דש"ה דכבר גילה דעתו בפסק שוב לא יוכל לשויא נפשיה הדרנא אבל כאן כיון דיוכל לחזור ולדון לא מחזי כנוגע דהא כיון דלא רמיא אנפשי' למדכר היכן פסק דמה"ט אינו נאמן אח"כ א"כ יוכל להתנצל אח"כ שלא זכר וסבר שזיכה לחבירו וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית הריטב"א בהא דפריך הש"ס ונחזי זכוותא מאן נקט והקשה הריטב"א כיון דאינו נאמן שוב יש חשש שמא נכתב הפסק אח"כ ע"ש. ולפמ"ש א"ש דכאן יקשה להס"ד דלא ידע בשודא הא הראשון נאמן וכאן ל"ש לומר דיכול לחזור ולדונו דז"א דכאן מחשב כנוגע כיון שכבר גילה דעתו בפסק וכמ"ש הרשד"ם וכיון דלא יכול לחזור ולדונו שוב נאמן הראשון וע"ז משני בדקריע זכוותי' וע"ז שפיר מקשה ויחזור ונדייני' וע"ז משני בשודא ודו"ק היטב כי הוא כפתור ופרח. עכ"פ נחזור לענינינו דבשנים הטעם שהם נאמנים יותר אבל בסמ"ע וש"ך מבואר שם להיפך דשנים אינם נאמנים רק לפי שנוכל לתלות שטעו בשמיעתם וע"כ הדין צ"ע ויש להאריך שם ואכ"מ:

ב והנה במ"ש לעיל מיושב היטב מה דהקשה התומים סי' כ"ה ס"ק ה' בהא דפריך הש"ס ולחזור ולדייניה דלמא מיירי דטעה הדיין בשיקול הדעת וא"כ אם קם דינא הדין דין אבל אם יחזור וידיינו א"כ יצטרך לדון כפי האמת ויזכה לשכנגדו וא"כ ע"ז אנו דנין אם נאמן לאחר שנסתלקו מלפניו ע"ש שהתפאר שם בראיה זו לדעת הרי"ף. ולפמ"ש א"ש דבזה יקשה דשוב מהראוי להאמין לראשון דהיינו לדיין וכקושית הקצה"ח ול"ש לומר דכיון דנוכל לחזור ולדיינו לא שייך נאמנות וכמ"ש לעיל דז"א כיון דכאן איכא נ"מ במה שיחזור וידונו כיון שמודה שטעה בשיקול הדעת וא"כ שוב מהראוי שיהיה נאמן וע"כ דלא מיירי בטעה בשקול הדעת ושוב פריך שפיר ולחזור ולדייניה ובלא"ה י"ל בישוב קושית התומים דבמודה שטעה אף בעודן לפניו מהראוי להאמין להבע"ד השני שמכחיש הדיין דמהראוי לומר שבודאי טעה הדיין במה שאמר שזיכה לחבירו ומודה שטעה בשיקול הדעת ומוטב לתלות שטעה עכשיו ואינו זוכר שזיכה לשכנגדו מלתלות שטעה דפשיטא דאין לתלות מן הסתם שטעה בדין דכיון דמיירי במומחה דהרי כיון שמוקי בשודא ע"כ דמיירי במומחה דשודא א"י לעשות רק מומחה לפירוש התוס' בכתובות דף צ"ד וע"כ דמשמע להש"ס דמיירי ביחיד וכפשטת הלשון נאמן הדיין דמשמע דמיירי ביחיד מומחה וא"כ מה"ת לתלות בטעות וע"כ דלא מיירי כלל שטעה בשיקול הדעת ושפיר פריך ודו"ק היטב ועיין שו"ת בית יעקב סי' קכ"א שכתב דבדיין

שטעה לא מחזיקין למפרע שטעה ואמרינן השתא הוא דטעי ע"ש שהאריך ולפענ"ד ממ"ש ראיה ברורה לזה וכנ"ל ודו"ק ועיין שו"ת תשב"ץ ח"ב סי' נ"ה בסופו שכפי הנראה לא זכר שם דברי הרמב"ן בעד מפי עד הנ"ל ודו"ק. והנה בחידושי אמרתי בהא דכתב הטור בחו"מ סי' ע"א בשם רבינו קלונימוס שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בדבר אחר לא מהני נאמנות וכתב הב"י בשם תשובה אשכנזית ראיה מהא דאמרינן פלוני חכם טיהר לי את הכתם ואשתכח שיקרא והא הכא דמדאורייתא מהימנא וכיון דמשקרא לא מהימנא ודבריו תמוהים לכאורה דהתם כלה בחד ענינא והו"ל כהוחזק כפרן לאותו ממון דתו לא מהימן עלה משא"כ בהוחזק כפרן בדבר אחר וכבר התעורר בזה אא"ז הח"ץ ז"ל סי' ל"א ע"ש שהאריך ובכ"ז הניח בצ"ע. ולפענ"ד נראה דהנה שם מיירי במשמשתו נדה והיכא ידענו זאת כגון דאמרה פלוני חכם טיהר לי את הכתם ואשתכח שיקרא והנה הא באמת התורה הימנה דטהורה מדכתיב וספרה לה וקשה נימא פלגינן דיבורא דמה שאמרה שאותו חכם טיהר לה זה שקר אבל למה נחזיק שמשמתו נדה דלמא חכם אחר טיהר לה או שטבלה וכדומה והרי התורה נתנה לה נאמנות על גוף איסור נדה ניהו דהוחזקה כפרנית על מה שאמרה דהחכם פלוני טיהר אותו דם מ"מ דלמא לא שמשתו נדה וחכם אחר טיהר לה או שטבלה וכדומה ודלמא כבר ספרה והכתם בא ממקום אחר להגירסא שם ברי"ף כתם וע"כ כיון דבאמת אין מהראוי להאמינה כלל דאשה אינה נאמנת ובפרט באתחזק איסור ורק דהתורה האמינתה ועיין תוס' גיטין ע"ב וכל שהוחזקה כפרנית שוב אינה נאמנת וז"ב כשמש ולפ"ז נ"ל דע"כ התשובה אשכנזית ס"ל דמיירי דאשתכח שיקרא עפ"י עדים וכמ"ש הרא"ש בכתובות דף ע"ב שם דלשיטת הרמב"ן דהטעם דהעד מפי העד הראשון נאמן יקשה דניהו דהראשון נאמן יותר אבל פשיטא דלא מקרי הוחזק כפרן בזה דסוף סוף אינו רק אחד וע"כ דמפרש כשיטת הרא"ש הנ"ל דמיירי בשני עדים והוחזקה כפרנית ודו"ק. אך אם כי ישבתי דברי התשובה אשכנזיות עכ"ז נראה עיקר כמ"ש הח"ץ ז"ל שם בכוונת דברי רבינו קלונימוס דדוקא לענין מה שהאמין לו יותר ממה שהאמין לכל ישראל הוא דאמרינן דכל שהוחזק כפרן בדבר אחד לא המניה אבל במה דנאמן מצד שעפ"י ד"ת נאמן ל"ש לומר דכל שהוחזק כפרן בדבר אחד לא יהיה לו שוב נאמנות ע"ש ותדע דהרי החשוד לדבר אחד אינו חשוד לשאר דברים. ובזה נראה מ"ש בנתיבות המשפט לשארי הגאון מליסא ז"ל בסי' ע"א דה"ה החשוד לד"א לא מועיל הנאמנות. ולפמ"ש יש לחלק דדוקא הוחזק כפרן הוא דל"מ נאמנות אבל מה שחשוד לדבר אחד יש לומר דמ"מ לענין ממון הימניה ויש לו נאמנות. ובלא"ה יש לחלק דממון אפשר בחזרה ולכך כל שהוחזק כפרן ל"ש נאמנות

דסבר דאפשר בחזרה ולכך יכפור גם בזה אבל בשביל זה לא יהיה חשוד שלא יהיה לו נאמנות בדבר איסור במה שאין לו תיקון ותדע דהרי תשובה מועיל גם בעוברת על דת אף שהוחזקה פעם אחת לשקרנית ועיין בח"ץ שם ובחוות דעת סי' קפ"ה ס"ק א' בסופו שדחה לתשובה אשכנזיות הנ"ל וכבר קדמו הח"ץ ז"ל ע"ש שכל דבריו דברי תורה וגם במ"ש ליישב קושית הגאון אבד"ק ליסא מנודר ועובד יורד ומגרש שדבריו מוכרחים והנני יוסיף להפליא דלפי דברי הגאון מליסא א"כ לשיטת הרשב"א היאך אמרו בב"מ דף ה' דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא וע"ש בתוס' משום דשבועה חמורה שנזדעזע הר סיני והא מושבע ועומד מהר סיני שלא לגזול ואיך ניתן לו עוד שבועה. ובאמת שהיא תמיה גדולה על הרשב"א דעכ"פ בחשוד לאותו דבר ודאי ל"מ שבועה ועיין בנקה"כ יו"ד סי' ב' שם וא"כ נפל פיתא בבירא א"כ איך משכחת לה כלל שבועה הא כיון דחשוד אממונא והרי הוא מושבע ועומד מה"ס. ולכאורה רציתי לומר דבאמת מטעם זה נחלק אביי על רבה וס"ל דאמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ורק דאמרינן ספק מלוה ישינה יש לו עליו וא"כ שוב עכ"פ אינו מושבע ועומד מהר סיני דכל שיש לו ספק מלוה ישינה שפיר יוכל לשבע וז"ב. ובזה מיושב היטב מה דהקשו בתוס' שם דא"כ גזלן וכופר פקדון אמאי פסולין לשבועה נימא שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו. ולפמ"ש אתי שפיר דכל שהוחזק כפרן בבירור א"כ שוב ל"ש להמני' בשבועה דהרי חזינן שחשוד על השבועה דהרי מושבע ועומד מה"ס ואף דשיטת הנקה"כ דוקא בחשוד לאותו דבר מ"מ גזלן ידוע ודאי מקרי חשוד אף שאינו גזלן באותו דבר ומכ"ש בכופר בפקדון שחשוד באותו דבר וז"ב:

ג ובזה מיושב היטב מה דהקשה בהפלאה בק"א סי' צ"ו בהא דאמרו וניחוש שמא תיזל גבי חכם ומשני דצריך לפרט הנדר אכתי מה מועיל הנדר הא כל החשש שמא ספק מלוה ישינה יש לה והרי היא נשבעת שאם קבלה תחזור וא"כ גם משבועה לא תפרוש שאם תזכור לאחר זמן תוכל להחזיר ולא נשבעת שוא ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מצד הסברא יש לומר דחשוד אממונא לא חשוד אשבועה דשבועה חמור ורק דעיקר הקושיא דאיך מאמינין לה על השבועה הא היא מושבעת ועומדת וא"כ כל דתלינן בספק מלוה ישינה שוב אינה מושבעת ועומדת ושפיר תקנו לה השבועה ויש להאריך שם בסוגיא ואכ"מ. אך עכ"פ על רבה קשה דמ"ט דשבועתא הא מושבע ועומד הוא ולפמ"ש לעיל לחלק בין ממון לאיסור דממון איתא בחזרה א"כ י"ל דמש"ה מועיל השבועה דניהו דעבר על לא תגזול מה דמושבע ועומד מה"ס מ"מ איתא בחזרה משא"כ השבועה דליתא בחזרה ודו"ק. ובחידושי אמרתי בישוב קושית הקצה"ח דהנה ביאור דברי הרמב"ן דעד

מפי עד הראשון נאמן נראה לפענ"ד דכמו דאמרינן דהשליש נאמן דהא המניה והיינו כיון שסמך עליו הרי המניה כל מה שיאמר ומה"ט נאמן ע"א כל שהיה בידו כבר אף שאינו בידו כעת וכמ"ש הפ"י בגיטין דף נ"ד דהא המניה מעיקרא ולפ"ז גם בעד מפי עד כיון דזה השני מודה שהוא לא ידע רק ששמע מזה א"כ המניה להאי עד א"כ פשיטא דהוא נאמן להכחישו דהא השני מודה דא"י כלום רק שכן אמר לו הראשון והרי זה טוען שכן אמר לו. ולפ"ז נראה דבדיין ג"כ הרי סמך על דבריו וא"כ מהראוי שיהיה נאמן ולפ"ז זהו כשלא נסתלקו מלפניו אבל אחר שנסתלקו מלפניו אמרינן כיון דלא נתכוין שיהיה עד א"כ ל"מ לשיטת התוס' ישנים בכריתות דף י"ב דבעינן שיתכוין לעדות א"כ פשיטא דכאן לא עלה על לב הדיין שיצטרך להעיד אלא אף אם נימא דלא כהתוס' ישנים הא כאן כל עיקר נאמנות הדיין הוא דהא המנוהו בעלי דינים ולפ"ז כיון דבאמת דהוא מלתא דל"ש שלא יהיו עדים או פס"ד וא"כ מתחלה לא נתנו לו נאמנות להדיין על אחר גמר דין ולכך לא נאמן. ובזה נראה לפענ"ד דלכך מוקי לה בשודא דשם שייך שסמכו על הדיין אבל בדין התלוי בטענות דיכול לחזור ולדון א"כ ל"ש לומר שסמך על הדיין דהא יוכל לחזור ולדון וגם יוכלו לברר טעותו וא"כ לא סמכו עליו וא"כ שוב אינו נאמן יותר מהבע"ד. ובזה יש לברר כל פרטי הדינים שהאריך הש"ך בסי' כ"ג שם וקצרתי ולא כתבתי רק מה שיש להעיר בזה ומשכיל על דבר ימצא בזה טוב טעם ודעת ודו"ק וע' בתשב"ץ ח"ב סי' נ"ה מ"ש בסופו בענין עמ"ע שהרמב"ן כ' שאינו נאמן וכתב ע"ז לא תתלו בוקי סרוקי ברבינו ע"ש ודבריו צ"ע שלא הזכיר כלל דברי הרמב"ן אלו וצ"ע. ודרך אגב ארשום מה שהשבתי למה שהקשה אחד מהתלמידים בהא דכתבו התוס' בסנהדרין דלמה נקט שנים שדנו דאף באחד הדין כן והקשה המהרש"א דלמא נקט שנים כדי שיהי' סהדי וע"ז הקשה דהרי התומים סי' י"ב ס"ק וא"ו כתב בשם הר"א ששון דאם הבע"ד מכחישים הדיינים שלא נעשו דיינים דאין הדיינים נאמנים והקשה הא נאמנים הדיינים לומר לזה זכינו וכתב דשאני התם דכבר נעשו הדיינים ודיין נעשה עד משא"כ היכא דמכחישין הדיינות כלל ע"ש וצ"ב דהא גם שם בדיינים יכולין להכחיש הדיינות וצ"ל דהא שם מוקי בשודא דדייני וא"כ הוה כפשר ועד נעשה פשר ולפ"ז בשנים שדנו דין ממש לא הוו כסהדי זה תורף דבריו ואני ביארתי הדברים וע"ז השבתי דכל הטעם דאין הדיינים נאמנים כשאינו שודא משום דיכולין לדון שנית ולפ"ז בשנים שדנו דלכתחלה לא יוכלו לדון בשנים א"כ כל שכבר דנו אף שאינו שודא דדייני נאמנים ובזה שפיר הקשה המהרש"א דשם שייך לומר דנעשו סהדי דא"ל דבדין לא נעשו סהדי דז"א דבשנים נעשו עדים אף בדין דהא א"א לחזור ולדונו ודו"ק היטב. אחר שנים רבות מצאתי בשו"ת

תשב"ץ ח"א סי' א' דף וא"ו ד"ה וראיתי ע"ש שמחלק ג"כ בין עד מפי עד בין איסורים דנאמן ע"א ובין דבר דבעי שני עדים ע"ש ומשם יש ללמוד לנ"ד ודו"ק:

ד והנה במה דפריך בקידושין דף ע"ד הנ"ל ונחזי זכותא מאן נקט ומשני דקריע זכות' וקשה לי לפמ"ש בשו"ת מהר"ם מינץ סג"ל סי' ק' דאין הדיין יכול לעשות פירוש על פסק שיצא ממנו ע"ש א"כ לשני דבאמת הפסק הוא לפנינו רק שיש בו ענין סתום ואינו נאמן הדיין לפרש הזכות שיש לזה כל שאינו מבואר וע"כ דנאמן לפרש הזכות ובאמת שראיית מהר"ם מינץ מהא דאמרו בב"מ דף פ"ו מאן מוכח מוכח רבה בר נחמני ולמה נחלקו עם הקב"ה הא הקב"ה כתב ונתן התורה ולמה לא פירשה וע"כ דהיו דנין לפי משמעות הכתב ולא תלי שוב בהקב"ה ע"ש באמת קשה ולטעמיך ניהו דבדיין אין תלי בפירושו דשמא לא כוון מתחלה כך ובשגגה או בזדון מפרש כעת אבל בהקב"ה ובתורתו הקדושה ל"ש כן אבל באמת לפמ"ש הר"ן בדרשות דהתורה תלי כפי מה שיסכים שכל האנושי אף אם הוא היפוך השכל האלקי ע"ש א"כ אין מקום לדבריו שכך רצה הבורא שתורתו הקדושה יתפרש לפי מה שיסכים השכל האנושי ולא כפי שכל אלקי אבל מ"ש קשה. ובאמת לפמ"ש הריטב"א דהקושיא קאי על הרישא דנאמן ל"ק קושיתי ואכתי צ"ע ודו"ק. אחר זמן רב מצאתי בשו"ת מהר"י בן לב ח"ג סי' קט"ז שכתב בהדיא דדיינים או פשרנים כל שהם שנים נאמנים לפרש דבריהם והביא סוגיא דקידושין ודברי הטור בענין זה ע"ש ולא ראה המהריב"ל דברי המהר"ם מינץ הנ"ל. והנה במ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ד מקה"ח דאם שנים אומרים לא נשב ונראה אם צריך עיבור ואחד אומר נשב בטל יחיד במיעוטו אמרו שנים נשב ונראה ואחד אומר לא נשב מוסיפין עוד שנים וכו' ב' אומרים צריך עיבור וג' אומרים ל"צ בטלו שנים במיעוטן ג' אומרים צריך עיבור ושנים אומרים ל"צ מוסיפין שנים וכ"ה בסנהדרין דף יו"ד ע"ב ובפהמ"ש לרבינו יש שם השמטה אבל הדין צ"ל כמ"ש בש"ס וברמב"ם שם ה"ט יו"ד והנה המפרש בקה"ח שם הקשה מ"ש באם אמרו לא נשב בטל יחיד במיעוטו ומ"ש באם אומרים שנים נשב ואחד אומר לא נשב דמוסיפים שנים וגם באם אמרו צריך עיבור ג"כ הדין כן ולמה הא אחרי רבים להטות הוא מקרא מפורש ולמה מוסיפין ע"ש ובתוס' יו"ט בסנהדרין שם ולפענ"ד הדבר מבואר דבאמת אחרי רבים להטות ובטל יחיד במיעוטו וזה כשאומרים שלא נשב והם הרוב או כשהאומרים שא"צ עיבור הם הרוב א"כ בטל יחיד במיעוטו אבל כשהאומרים נשב הם הרוב וכן כשאומרים צריך עיבור הם הרוב תו לא סגי כל שלא יוסיפו דהא אותן שנחלקו עמהם כיון שכבר אמרו כן תו לא חזו להיפוך דעביד איניש לאחזוקי דיבורא ולכך כשצריכין לעיין אז צריכין להוסיף ואז יהי' רבים מבלעדי הם וא"ל דגם אותן

שאמרו שצריך לישב או שאמרו צריכין לעבר יעמדו בדבריהם דעכ"פ השנים האחרים שנוספים הם יוכלו להכריע שלו גלו עדן דעתם והגם ששניהם יעמדו בדיבורם אותן שנוספו יכריעו כצד האחד וז"ב כשמש. והנה בהא דאמרו ריש גיטין דאי מצרכת לי' תרי לא אתי בעל ומערער ופסיל ליה חד אתי בעל ומערער ופסיל ליה לכאורה צ"ב כיון דמסר הגט להשליח לגרש את אשתו א"כ מהראוי להאמין להשליח יותר דהרי הוא כפלוני חכם טיהר לי הכתם דהראשון נאמן יותר. אמנם ז"א דכל דהבעל מכחיש ואומר דלא כתב לשמה או שלא הי' שלוחו א"כ לא המניה כלל ולא סמך עליו וא"כ הו"ל חד לגבי חד וע"ז שפיר אמרו כיון דאמר מר בפני כמה נותנו לה וכו' מעיקרא מידק דייק ולא אתי לאורועי נפשיה והיינו שלא יהיה נאמן כלל כיון דכבר האמינו לשליח שנעשה שלוחו ושוב הו"ל כפלוני חכם טיהר לו כתם שהראשון נאמן יותר ובזה יש ליישב קושית התוס' דלמה נקט לשמה דוקא ולפמ"ש א"ש דלשמה האמינו לגרש אותה אשה משא"כ שאר פסולים לא שייך נאמנותו לענין השליחות ודו"ק ויש לפקפק בזה ודו"ק:

ה והנה במ"ש למעלה לענין שנים שמעידים מפי שנים אם נאמנים הראשונים כמו בעד מפי עד הנה בשנת תרי"ט י"א אדר א' ראיתי מה דהביא הש"ך בחו"מ סי' מ"ו ס"ק י"ב בשנים החתומים על השטר שאמרו אין זה כת"י ואחרים אומרים דזה כת"י דהאחרונים נאמנים ואמאי הא האחרונים אמרו מפי הראשונים וכיון שהראשונים אמרו שלא חתמו מהראוי להאמין הראשונים יותר. הן אמת דלפמ"ש הש"ך שם דהראשונים לא מעידים רק כל אחד על כת"י והשנים מעידים על שני חתימות א"כ הוה תרי לגבי כל חד לק"מ אבל הקצה"ח שם ס"ק יו"ד הוכיח מהתוספתא דאף שמעידים הראשונים כ"א על כת"י של חבירו ג"כ האחרונים נאמנים א"כ מוכח דלא כמ"ש וקשה הא הראשונים נאמנים יותר. אמנם נראה דש"ה שכיון שעדים החתומים על השטר הוה כנחקרה עדותן א"כ מה שאומרים אח"כ שמזוייף הוא הוה כחזרה ולכך האחרונים נאמנים יותר משא"כ כשאינו בשטר רק ששנים מעידים מפי שנים פשיטא דהראשונים יותר נאמנים ודו"ק ועיין בשו"ת הרשב"א שהביא הב"י באהע"ז סי' מ"ב והובא בח"מ שם ס"ק י"א ומדבריו שם משמע דהראשונים נאמנים יותר ודלא כתוספתא המובא בקצה"ח שם ודו"ק. הן אמת שדברי הרשב"א שם קצת מגומגמים שמתחלה משמע דמיירי שבאו העדים החתומים ואמרו דלהם אמר לזייף ואח"כ משמע דלא באו עדים רק שהאשה טוענת שהוא מזוייף ולא יכולתי לעמוד על אמיתת הדברים וצ"ע. ודרך אגב אזכיר מ"ש הרשב"א שם דמה שמוציא האשה מחזקתה הוה כמו שמוציא ממון עיין תומים כללי מגו ס"ק ז' ודבריו צ"ע עפ"ז ודו"ק:

סימן ג

א אמרו חז"ל בשבת דף למ"ד ומאי דבריו סותרין זא"ז כתיב אל תען כסיל כאולתו וכתיב ענה כסיל כאולתו ל"ק הא בד"ת הא במילי דעלמא. ולכאורה צ"ב הא לא מוזכר שום רמז במקרא והיכן מצאו זאת לחלק כן. אך נראה דהכוונה פשוטה דהנה מה שצריך לענות את הכסיל הוא למען לא יחשוב הכסיל כי מה ששותק כהודאה דמיא ומודה לכסילתו והנה במילי דעלמא לא יגיע החסרון רק שהכסיל יחשוב כי גם החכם מודה לדבריו וישוה אותו לו זה אינו חסרון כ"כ ומוטב שלא יענהו משינצח הכסילים וכבר כתב הרמב"ם כי מדת נפשו תיקר בעיניו משינצח הכסילים לא כן בד"ת כי אם הכסיל בסכלותו מלגלג על ד"ת הנה כשישתוק יחשוב הכסיל כי יפה השיב ובחכמתי כי נבונותי השבתי על דברי תורה ובזאת אין לו לחוס על נפשו ומצוה לטרוח ולהשיבו כדי שלא יהיה חכם בעיניו והמעיין יראה שזה מבואר בכתובים דבכתוב הראשון כתיב אל תען כסיל באולתו פן תשוה לו גם אתה והיינו במילי דעלמא דאין החסרון רק שע"י השתיקה יחשוב הכסיל כי שוה לו ע"כ הזהיר שלמה בחכמתו שאל תען כסיל באולתו מחשש פן תשוה לו גם אתה כי מה בצע בזה ויקר נפשו בעיניו ואח"כ אמר ענה כסיל כאולתו פן יהיה חכם בעיניו והיינו בד"ת שאז השותק עושה רע שהכסיל מלגלג ע"ז ולא יחוס על נפשו וזה שאמרו כאן בד"ת כאן במילי דעלמא מרומז בכתובים ועיין רש"י שם ואלו כוון לזה. והנה על זה באתי במגלת ספר כתוב יען כי ראיתי קונטרס אחד נקרא בשם ילד זקונים ושמו העצם בל אשא על שפתי פגול הוא לאחד מהמתחכמים בזמנינו ובו מלגלג על גזירת חז"ל בשלשה דינים וד' יודע כי רחפו עצמותי איך זקן שכמותו יעסוק בדברים בטלים ויתן להדפיס דברי תיעובים כאלה על הספר ולא יבוש ולא יכלם בדברי רוח כאלה להשיב על חכמינו ז"ל האמתיים וע"כ אמרתי אם כי בעיניך פרץ ד' פרץ עזה וכשם שמצוה לומר דבר הנשמע וכו' בכ"ז יען כי לבי ככנור יהמה אמרתי לציין דברי שגגה שמצאתי בו. הנה זה יצא ראשונה שכתב להתיר השמעת קול בכלי שיר הנקרא ארגעל בשבת וז"ל הסרוח כבר הורה זקן הר"י בעל התוס' ד"ה תנן וז"ל וכו' דלדידן שאין אנו בקיאין לעשות כלי שירים ליכא למגזר ועפ"ז כתב הרמ"א בסי' של"ט וי"א דבזה"ז הכל שרי עכ"ל יחנק בפיו. והנה על דבר זה ידוו כל הדווים ובראשונה מראש צורים נראה לכאורה בראשית ההשקפה תמהני דכבר נודע דכל דבר שהי' בגזירה אף דבטל הטעם לא בטל הגזירה וראיתי בב"י שהרגיש בזה וכתב דאף דאמרו פ"ק דביצה דכל שהיה בגזירה אף שנתבטל הטעם לא בטל האיסור אפשר דהתוס' מדמי לי' למשקין מגולין דעכשיו שאין הנחשים מצויין דשרי ומאד תמהני דל"ד לשם דבמשקין מגולים

גם בימי חז"ל דהיה הגזירה הי' מקומות דלא חשו לזה משום שלא הי' נחשים מצויים וא"כ אנן בזה"ז כאותן מקומות דמי משא"כ בזה דבימים הראשונים אסרו בכל המקומות א"כ אף שבטל הטעם לא בטל הגזירה וכמ"ש התוס' בע"ז דף ל"ד בהדיא וכבר האריך הרחיב בזה הדיבור הפר"ח ביו"ד סי' קי"ו ותמהני שהמ"א בסי' תס"ח ס"ק א' מביא החילוק הלז בשם המזרחי הלכות חמץ ולא הזכיר שכן הוא בהדיא בתוס' ועפר"ח שם ובאמת שהב"י כתב דמהרי"ק חולק ע"ז וכתב שכן נראה מכל הפוסקים שלא חלקו בזה וראיתי בט"ז שכתב בשם הב"י לחלק דש"ה דל"ש ותמהני דהביא כן בשם הב"י מה דלא נמצא בב"י וגם גוף החילוק לא נזכר ועיין מ"א סי' ס' ס"ק זיי"ן מה שמחלק בשם הרא"ש וגם חילוק זה לא שייך כאן וגם הרא"ש עצמו לא סמך על חלוקו כ"א לחפש קצת זכות כמ"ש הב"י שם בשמו ע"ש וע"כ צ"ע גוף חלוקו של התוס' ואף אם נקבל חלוקו של התוס' כבר האריך בזה בן אא"ז בשער אפרים סי' ל"ו דע"כ לא התירו התוס' רק טיפוח וריקוד ביד ורגל דחיישינן שמא יעשו כלי שיר ע"ז כתבו דלא בקיאין בזה אבל לתקן כלי שיר כולנו בקיאין ע"ש שהאריך בזה ודבריו נכונים לכל הישר הולך וגם לשון הרמ"א הוא רק על סיפוק וריקוד וכתב דלא בקיאין בעשיית כלי שיר ועיין סי' של"ח ס"ב בהג"ה ומג"א שם ועיין ט"ז יו"ד סי' רפ"ד ס"ק ג' והש"ע אוסר שם אף בחוה"מ לנגן בכלי שיר ואף דמתוס' ביצה דף למ"ד ד"ה אין מטפחין משמע קצת דשרי בחוה"מ (וביותר משמע כן בתוס' מ"ק דף כ"ג ע"ב ד"ה אבל) יש לדחות למעיין שם ודו"ק עכ"פ מבואר באר היטב דלתקן כלי שיר יש חשש גם האידנא ומאד תמהני כיון דמתיר לנגן בארגעל היאך שייך דלא בקיאין בכלי שיר הא הפורטים על פי הנבל ודאי בקיאין בזה וע"כ אין לדבר הזה מקום. אחר שכתבתי כ"ז ימים רבים אח"כ בא לידי קונטרס אלה דברי הברית אשר נדפס באלטונא שנת תקע"ט שם נקבצו אבירי הרועים הרבנים גאוני הדור אשר עמדו בפרץ בדבר שינוי התפלות והארגעל אשר כוננו המציקים והמתפקרים בימים האלו וגם האיש ההוא עוד ילדות היתה בו ובוצין בוצין מקטפיה ידיע גם בעוד צעיר לימים פרחה בו צרעת ממארת ורבו עליו חכמי הדור וע"כ הודה ולא בוש כי טעה ואח"כ כי זקן בא בימים חזר על הראשונות ככלב שב על קיאו והדפיס הדברים על ספר והנה דברים רבים אשר יש לי עוד בענין זה אך כי כבר קדמוני הרבנים שמה אינו בדין שיניף המקצר על המאריך ואתה תחזה שם אנשי חיל יראי אלקים אשר בערה בם אש ד' וקמו לעזרת ד' בגבורים תנצב"ה יעלזו חסידים בכבוד ויבדלו החיים ויחיו לחיי עד. שוב זכיתי לראות ספר צרור החיים ובחלק קול השיר מאריך בזה ות"ל שכבר הרגשתי בכל מ"ש גם לא ידע משו"ת שער אפרים הנ"ל יעו"ש ובתוס' מ"ק שרמזתי לעיל הדבר מבואר

בהדיא דבחה"מ ל"ש שמתקן כלי שיר דלא כשער אפרים ובנו הרב בהג"ה ז"ל שלא זכרו זאת. ומ"ש הטעם השני דכיון שאמרו חז"ל במגילה חביבין ישראל שבכ"מ שגלו שכינה עמהם ודרשו על ואהי' להם למקדש מעט אלו בתי כנסיות שבבבל ובח"ל וא"כ כיון דיש להם קדושת המקדש הא קיי"ל אין שבות במקדש והטעם כמ"ש הכ"מ בסוף הלכות בית הבחירה דכהנים זריזין הם וא"כ ה"ה לדידן ב"ד שבכל עיר ועיר וראשי העדה זריזין הן שישמרו משמרתם שלא יבואו לידי חילול שבת ע"י מלאכה והביא ראיה דאם התירו לשנים לקרות בספר דאם ישכח האחד חבירו יזכירהו מכ"ש לב"ד וציבור משגיחין להמקום המקדש שלא לחוש לחשש רחוקה שמא יתקן כלי שיר זה תו"ד. הנה נבהלתי על המראה איך ימלא לב אנוש לאמר כדבר הזה אשר אין לו שחר ואינו כדאי לדבר בזה. אך כבר כתבתי כי אמרו חז"ל דבד"ת ענה לכסיל ואף כי לכסיל רשע זקן אשמאי כזה מצוה לענותו ביד חזקה. והנה על כל פרט ופרט יש להשיב דלדבריו שחשב בהכ"נ ובתי המדרש לקדושת המקדש דלא שייך שבות א"כ לדבריו יפלו ח"ו כל השבותין של שבת בבהכ"נ ובהמ"ד והנה מבואר להיפך ולדבריו מותר להשמיע קול בפעמונים שבפרוכת והט"ז אוסר ביו"ד סי' רפ"ב ס"ק ג' והמ"א שהקיל בסי' של"ח ס"ק א' כמה טרחות טרי' לרישי' עד שהתיר ולדברי הנרגן הזה ל"ש שבות דקול בבה"כ כלל וגם תמהני דמדוע חרד על דבר הארגעל שבודאי עכ"פ אין בו מצוה וחיוב לא מדאורייתא ולא מדרבנן רק שחשבו להתעוררות לתפלה עי"ז מה שהוא באמת להיפך ועינינו הרואות בכל מדינת פולין וליטא ורוב מקומות ישראל שאינן יודעין מזה והתפללו ויתפללו בכוונה נכונה מה שהוא להיפך בעוה"ר במקומות שמשתמשין הארגעל עכ"פ מצות לולב ושופר ומגלה וכדומה שנדחו בשבת בשביל שבות דרבנן ולמה לא חרד לדבר ד' ולקיום מצותיו אין זה כ"א רוע לבבו לב הותל הטעהו להסית ולסמא עינים עורות בדברים בטלים וגם הא כבר נודע דאין שבות במקדש לא אמרו רק בדבר שהוא לצורך קרבן או לצורך המקדש בעצמו אבל לא מה שהוא צורך מצוה שנעשה במקדש ותדע שהרי ערבה לא דחה במקדש כ"א ביום אחד ולא כל שבעה ומה דפירש רש"י בר"ה דף כ"ט דלכך במקדש תוקעין משום דל"ג על שבות במקדש הוא באמת תמוה וכבר האריך בזה בטורי אבן שם ע"ש שדחה פירש"י ובמק"א כתבתי דכוונת רש"י דכיון דבמקדש הי' תוקעין מלבד השופר בחצוצרות רק שהשופר מאריך כמבואר בר"ה דף כ"ו כ"ז וא"כ החצוצרות שהי' רק במקדש זה הוה שבות דמקדש שאינו נוהג רק במקדש ולכבוד הקרבן וזה היה מותר א"כ אם נאסר השופר יהי' יציבא בארעא וכו' דמצות היום הי' עיקר בשופר דלכך הי' מאריך ולא יתכן לכך התירו גם לתקוע בשופר אבל לחדש דכל מצות אף שאינו לצורך

קרבן ומקדש ביחוד ג"כ מותר ודאי לא יאמר אדם שיש לו ריח תורה ומכ"ש להוסיף טלאי ע"ג טלאי דגם בבהכ"נ שלנו יש לו דין מקדש זה לא יעלה על לב ואף דעשאוהו לקצת דברים כמקדש היינו בתורת חומרא לנהוג בו קדושה אבל פשיטא דאין לבהכ"נ דין מקדש. ובלא"ה כיון דעיקר הטעם הוא משום דהכהנים זריזין א"כ קשה קושית חז"ל בפסחים דף ל"ו אם אמרו בזריזין יאמרו בשאינן זריזין. ומ"ש דבפני הב"ד וראשי הקהל מקרי זריזין זה ודאי ליתא ואף דאמרו בפסחים שם ציבור שאני ופירש"י דכיון שנעשה מעשה בב"ד הוה כזריזין ש"ה דכל מעשה לא היה רק עפ"י צווי ב"ד אבל כאן שאין הב"ד אומרים כלום רק שעומדים לשמוע והמנגן יטעה ויתקן הכלי שיר מה מועיל עמידת הב"ד וגם ל"פ חז"ל ואם הב"ד לא יבאו לבהכ"נ או בבהכ"נ אשר אין הב"ד מתפללין יאסר ובכל כה"ג אמר ולא פלוג ואסרו בכלן ובפרט בדבר שאינו לצורך כ"כ ולדבריו הי' כל אמירה לנכרי בבהכ"נ מותר דאינו רק שבות והוא שבות קיל כדאמרו בעירובין דף ס"ו ולא שאני לך בין שבות דאית ביה מעשה לשבות דאין בו מעשה לחד פירוש שם. וראה כמה טרחו בשבות דכבוי נרות בשבת בבהכ"נ שיש בו סכנה מפני הדליקה ח"ו וכמה טרחות טרח השב יעקב חלק או"ח להתיר ולא עלה על לבו דאין שבות בבהכ"נ וכמה פוסקים טרחו בזה ולא ענו דבר מזה וע"כ דפטומי מילי נינהו. ומ"ש שהתירו בסי' ער"ה ס"ח לקרות ביוה"כ לאור הנר מפני שאימת יוה"כ עליו היינו מפני אימת יוה"כ לא משום דאין שבות בבהכ"נ ובא וראה שהרי"ף התיר לתקוע בר"ה בשבת בב"ד שלו וכל הראשונים חלקו עליו בזה ומי לנו ב"ד קבוע יותר מהרי"ף ואפ"ה אין מחזיק בידו ועיין בשו"ת תשב"ץ ח"ב סי' קצ"ג שהביא זאת וכתב שכל הראשונים חלקו עליו וע"כ דל"פ חז"ל בתקנתם וגם חששו לב"ד שאינו יפה ואף כי בעוה"ר בזמנינו שאין הדור יפה ואם יהיה חלילה ב"ד כמותו לא ירבה בישראל אז יפרקו עולו של הקב"ה ויראת שדי יעזובו ואיך נסמוך על הב"ד זה והוא הביא זאת ודחה בחלקלחות לשונו בלי מענה. ולמען יסכר פה דוברי שקר אראנו מה שמצאתי בתוספתא פ"א דיומא משנה ח' איזה הוא אצבע צרדה זו אצבע גדולה של ימין בפה לא בנבל ולא בכנור הרי דגם במקדש לפני הכה"ג לא היה בנבל וכנור משום דאסור ביוה"כ וכ"כ המפרש שנדפס מחדש שמו מנחת בכורים על התוספתא ואצבע צרדה לא היה שבות כלל כמ"ש בפסקי מהרא"י סי' קנ"ד ובאמת אין שבות במקדש ל"ש בזה דלא אמרו רק בלצורך קרבן או לצורך המקדש ובזה מיושב קושית המלמ"ל פ"ח מבית הבחירה הי"ב ועיין עירובין דף ק"א ודו"ק:

ב ומ"ש בהיתר ההליכה בשבת בעגלה החדשה אשר מקרוב נתגלה התחבולה להוליכה ע"י קיטור ואש וכתב של"ש כל הטעמים שנאמרו בסי' רמ"ח לא משום חבית של שייטין

ולא משום עינוי נפש וגם איסור תחומין לא שייך לאשר האדם ההולך בעגלה גבוה יותר מעשרה טפחים מקרקע האדמה והעגלה אינה מחוברת לארץ גם רגלי העגלה הם האופנים אינם רחבים ארבעה ואין בינה כארעא סמיכתא וגם איסור ההפלגה משום דהוה כמתנה לחלל שבת בנ"ד אין לחוש כמ"ש הרמב"ן כיון שאינו שוכר בשביל הישראל ע"ש. והנה מצד תחומין ודאי שייך דכיון דהקרון רחב ארבעה אף שהוא למעלה מעשרה כארעא סמיכתא ועיין בב"י סי' רס"ו ובסי' ת"ד וע' מג"א סי' ש"ד ס"ק ז' וגם יתר הטעמים לפענ"ד ששייך בזה רק כיון שאין אני בקי בענין העגלה הלז לא אוכל להאריך בזה וגם לפי מה שהוגד לי דהקיטור ואש הוא לפי ערך האנשים וא"כ צריך לעשות בשביל כל איש ואיש אש וקיטור וענן א"כ אסור כמבואר בסי' רע"ו ס"ב. ומ"ש שהרמ"א בסי' ת"ד כתב חוץ לתחום לי"ב מיל אזלינן לחומרא למ"ד תחומין דאורייתא וכו' דהוא דוקא למ"ד דחוץ לי"ב מיל דאורייתא אבל לכמה גדולי האחרונים דגם חוץ לי"ב מיל דרבנן אזלינן בספיקו להקל וכיון שספק הוא אם הוא דאורייתא או דרבנן אזלינן בס"ס להקל. והנה חלילה לסמוך על ספק זה כיון דספק אחד אם הוא דאורייתא ובזה אזלינן להחמיר א"כ ח"ו להקל ולגבב קילות בזה וע"כ ח"ו לסמוך ע"ז ואין להשגיח בקילי קילות שהקל בזה הנבל הזה ואם ח"ו נתיר זאת לא יוודע איפוא ענין שבת כלל כי לא ישבות המסחר אף בשבת כי יוכל לנסוע גם בשבת ומתוך כך יבא להתיר כל המלאכות ח"ו וע"כ אין להתיר. (ועיין שעה"מ פ"ז מאישות ה"ב שהקשה דהו"ל ס"ס להחמיר ע"ש):

ג והנה הב"י בסי' רמ"ח הקשה על המהרי"ק שכתב שמותר להפליג בספינה קודם ג' ימים אפילו למטה מעשרה דל"ש איסור תחומין והשיג הב"י דהא הרמב"ם כתב מפורש דאסור בספינה להלך בשבת חוץ לתחום ע"ש ובסי' ת"ד מביא ג"כ דברי המהרי"ק ולפענ"ד דברי המהרי"ק נכונים דחלילה להמהרי"ק שלא יסבור דאסור בשבת בספינה משום תחומין וכוונת המהרי"ק הוא דבאמת צריך ביאור ל"ל להרמב"ם ולהרי"ף לחדש טעם אחר על איסור הפלגת הספינה ת"ל משום איסור תחומין. אבל באמת הרמב"ם ס"ל דבימים ונהרות איסור תחומין אינו רק מדרבנן דלא דמו לדגלי מדבר והוה ככרמלית כמ"ש הב"י כאן בשמו ובסי' ת"ד ולפ"ז לאסור להפליג קודם השבת שמא יבא ללכת בשבת פשיטא דבשביל איסור דרבנן לא נאסר ואדרבא כל שהתחיל בהיתר שרי אף כשעובר בשבת ג"כ דמה יעשה כל שכבר התחיל ללכת בספינה הוא מוכרח ללכת אל מקום שהרוח הולך והרי התוס' בעירובין דף מ"ג כתבו דלא הצריכו אף כשמגיע ליבשה בשבת דבספינה כל שכבר התחיל בהיתר מותר ומעתה לכך הוצרך הרי"ף לחדש טעם

אחר בשביל עונג שבת ולפ"ז זהו קודם שבת אבל בשבת עצמו אסור להלך בספינה דשייך עכ"פ תחומין מדרבנן ודו"ק היטב:

ד והנה בתוס' עירובין מ"ג בד"ה הלכה בסה"ד מבואר דמשתמש בבע"ח אסור גזירה שמא יחתוך זמורה ובזה מיושב דברי רש"י בשבת קנ"ד בהא דאמר אביי משתמש מר בבע"ח ופירש"י ותנן אין רוכבין ע"ג בהמה וה"ה לכל תשמיש והדבר היה תמוה בעיני בראשית ההשקפה דשם הטעם משום שמא יחתוך זמורה. אך בדברי התוס' מבואר דגם שמוש בבע"ח אסרו בשביל זה והכל גזירה אחת שוב מצאתי במג"א סי' ש"ה ס"ק יו"ד שהרגיש בזה. ובזה אמרתי במה דאמר אביי לרבה קמשתמש בבע"ח והלא הי' צ"ל למדתנו רבינו שאין משתמשין בבע"ח או למדתנו רבינו שאין רוכבין ע"ג בהמה. ולפמ"ש א"ש דבאמת במשנה שם י"ל דשמוש מותר רק שאין רוכבין ע"ג בהמה ומשום חיתוך זמורה רק שמשמע ליה לאבי' דגם זה בכלל אין רוכבין וע"ז אמר לי' קמשתמש מר בבע"ח ואולי אין איסור כלל בזה וע"ז השיב לו דבאמת אסור רק שהיה בצידי בע"ח ודו"ק היטב. ומזה לכאורה ראיה ברורה דשימוש בבע"ח אינו רק משום גזירה שמא יחתוך זמורה דלא כרמ"א דאל"כ היה לו לומר למדתנו רבינו אין משתמשין בבע"ח. אמנם העיקר נראה לפענ"ד דבאמת צ"ב למה לא יהיה אסור ורכוב ע"ג בהמה משום דמצווה על שביתת בהמתו והשתא דנטירותא יתירתא אסרו משום למען ינוח כמ"ש רש"י ותוס' שם ומכ"ש לרכוב ע"ג בהמה. אך באמת נ"מ לענין בהמה שאינה שלו דלא שייך משום שביתת בהמתו ואסרו משום גזירה ולפ"ז בבהמה שלו י"ל דאסור לשמש בבע"ח הוא בשביל דאם נתיר לשמש שוב לא יהיה מנוח להבהמה וע"כ הרחיקו שלא להשתמש כלל ושפיר העתיק רמ"א דשימוש בבע"ח אסור מצד עצמו והיינו באופן שהוא בהמתו ואביי שם ידע דאינה בהמתו של רבה ולכך הוכרח לפרש משום דאין רוכבין ע"ג בהמה. ובזה ניחא מה שהעתיק המחבר דיני דשימוש בע"ח בסי' ש"ה משום דיש בו גם משום שביתת בהמתו ואתי שפיר דברי רמ"א ודו"ק. ולפ"ז הי' מקום תקנה להפקיר הבהמה ביום השבת דאז ל"ש שביתת בהמתו והי' מותר ע"ד המבואר בסי' רמ"ו ואז שוב מותר העכו"ם או אחר להוציאה וגם הוא בעצמו כל שאינו רוצה לזכות בה בשבת והיתה מותרת לצאת בשבת בכל הדברים וזה דבר חדש:

ה מה שהאריך לסייע לפירש"י דגולל היינו כסוי הארון דלא כפירוש הרמב"ן והרא"ש שהב"י ביו"ד סי' שע"ה הכריע כפירושם והביא שהרמב"ם פ"ב מאהלות משנה ד' פירש גולל היינו כסוי אשר יכסו בו אבל אין הכרע בזה דאולי כיון להמצבת אבן אשר יכסה בו. ומ"ש שמצא תוספתא גל של צרורות שעשאו גולל לקבר וכו' דאינו טמא אלא סדר

הפנימי דמשם מבואר דגולל היינו כסוי הארון וזה מקרי סדר פנימי והב"י לא זכר זאת. הנה עזות שיש בו מלא לבבו לדבר סרה ברבינו הב"י וכל הראשונים שקדמוהו וכמדומה לו שכלם לא ראו אותה התוספתא שראה הוא אבל יראו עיניו כידו שהר"ש פ"ב מאהלות משנה ד' מביא תוספתא זו ומפרשה על נכון והוא פירש שם בעצמו דגולל היינו כסוי המצבה ע"ש (ועיין תוס' סוכה דף כ"ג שהביאו ג"כ התוספתא הלז ופירשוהו לפי שיטתם) אך לפענ"ד לולא דמסתפינא הייתי אומר שאף לפירש"י זה סתם גולל דנקטי במשנה ובריייתא יש לפרש סתם כסוי אבל סתימת הגולל לענין אבילות ודאי משמע דהוא משנסתם בקבר בארץ שכ"ז שהוא בארון בבית לא בא אל מנוחתו עדיין וזה נ"ל ברור לולא שפה קדוש הרמב"ן וצבא מהאחרונים דלא כתבו כן אליבא דרש"י ובזה נחה שקטה כל תלונותיו. ושוב מצאתי בש"ך סי' שע"ג ס"ק י"א שכתב כעין זה ע"ש ושמחתי ועכ"פ אין להקל ראש נגד כל הפוסקים לענין מנין אבילות שיתחיל משיסתום בארון דחלילה לזוז כ"ש ממה שהעלה הב"י בש"ע וכל רז לא אניס להם ועיין שו"ת נודע ביהודא מהד"ת סי' ר"א בחלק יו"ד בסופו והכלל אם באנו לדון אחר מה שקימו וקבלו היהודים עליהם מ"ש בש"ע ואחרונים ינתקו כל יסודי הארבעה ש"ע ח"ו ואנו אין לנו רק לשמוע בקולם ויסכר פי דוברי שקר המלעיבים במלאכי אלקים וזבוב מות יבאישו שמן רוקח ויחפשו רק לבקר מומין וכי זו בלבד עשה לנו האיש הלזה הלא הוא הדפיס (כפי שהוגד לי ולא ראיתיו) קונטרס אחד להדיח את בית ישראל להחליף את יום השבת ביום א' יען כי עמד השמש כיום תמים בימי יהושע הדור אתם ראו תועבות ושפתי רשע וכבר כתב החוות יאיר בהשמטות כי ירא הי' שלא ישנו כזאת ע"ש וכבר דבריו נשמעו בין החיים ומי ביקש מידו להתתפש בלבוש אדרת שער למען כחש אוי לעינים שכך רואות שכ"כ נפרץ הדור בזמנינו וד' יגמור פרצת עמו ישראל ברחמים וישלח לנו נזר קדשינו ולאורו נסע ונלך ויסיר לב העקוב כי בחר ד' ביעקב. שוב אחר כמה שנים הגיע לידי ספר יקר הערך צרור החיים להרב הגאון מוה' אברהם אבד"ק עמדין וראיתי כי בחלק קול השיר האריך בדברי הארגעל וכמ"ש למעלה. והנה ראיתי שם בחלק כסוי חטאה שהאריך אם מותר לעמוד בגילוי הראש בבהכנ"ס לפי המנהג שעומדין עכשיו לפני השרים בגילוי הראש והפושעים רצו להתיר יעו"ש שכתב שבתוס' יומא דף כ"ה והא כתב ר"ת דגנאי לעמוד בלא מצנפת והר"י בר ברוך כתב תירוץ אחר והמחבר הנ"ל כתב שגם הריב"ב אינו חולק על ר"ת וכוונתו שודאי הי' לו בעת הזאת כובע אחר ור"ת ס"ל שגם זה גנאי שלא יהי' במצנפת בעזרה רק בכובע אחר והריב"ב חולק ע"ז. הנה לפענ"ד דבר זה מוכרח שהרי בתמיד במשנה ראשונה כתב המפרש שהוא ריב"ב כר"ת

דגנאי לעמוד בלא מצנפת בעזרה יעו"ש וצ"ע על המפרש בתמיד שהוא הר"י בר ברוך שבתמיד הסכים לפירוש ר"ת כמ"ש וביומא חולק עליו. אבל עכ"פ זה ברור דגם ריב"ב ס"ל להאי דר"ת דגנאי ללכת בגילוי בלא מצנפת ודו"ק:

1 אחר זמן רב נתעוררתי במעלי יומא דכיפורי במה דאמרו בתענית דף כ"ו ע"ב לא הי' ימים טובים לישראל כט"ו באב וכיוה"כ שבהן יוצאות בנות ירושלים לחול בכרמים ופירש"י כמו לחול במחולות וכפי הנראה היה שם טפוח וריקוד וקשה הא מבואר במשנה בביצה דף ל"ו דאיכא שבות בזה גזירה שמא יתקן כלי שיר וקשה היאך הותר ביוה"כ. ולכאורה רציתי לומר לומר דבר חדש דשבותין לא נאסר כלל ביוה"כ רק גוף מלאכה ולא שבותין ורציתי להביא ראיה משבת דף קי"ד מדברי רש"י ד"ה אלא שכתב דלכך קניבת ירק אסור בשבת וביו"כ שחל בשבת וביוה"כ שחל בחול שרי וכתב דאף דכתיב שבתון שבות לאו מלאכה היא אלא מכל דבר המעכב להתענות ומשמע דשבותין לא נאסר. אבל א"א לומר כן דמלבד דמשנה היא אין בין שבת ליוה"כ אלא שזה זדונו בסקילה וכו' ומשמע דכל שבותין אסור וכ"כ הרמב"ם פ"א משביתת עשור ואף דהרמב"ם ס"ל דשבתון שבות נדרש גם ביוה"כ מ"מ בזה לא יחלוק על רש"י וגם רש"י מודה דשייך שבותין והרי כה"ג לא כנס לחופה ביוה"כ משום שבות ועיין בסמ"ק ועיין מ"א סי' של"ט ס"ק ה' ועמ"א שם ס"ק ב' במה דמקשה ממה שהי' מכין לכה"ג באצבע צרדא להקישו אף דאסור משום שבות ובגליון המ"א כתבתי דכבר קדמו המהרא"י בכתביו סי' קכ"ד ובמלמ"ל פ"ח מבית הבחירה ועכ"פ מוכח דכל השבותין אסור. ובאמת מה דהותר קניבת ירק צ"ל דמפני עגמת נפש לא גזרו ע"ז. ותדע שהרי אף להפוסקים דבקניבת ירק הוה איסור תורה ואפ"ה הותר ביוה"כ שחל בחול ועלח"מ פ"א משביתת עשור שם ובמ"א סי' תרמ"א ועכ"פ זה ודאי דכל השבותין נאסרו ביוה"כ וא"כ צ"ע היאך הותר לחול ביוה"כ. וצ"ל כיון דהמנהג הי' עוד בימי דוד ושלמה כדדריש מקרא דצאינה וראינה בנות ציון במלך שלמה בעטרה שעטרה לו אמו ביום חתונתו וביום שמחת לבו וא"כ אז לא היה הגזירה דשמא יתקן כלי שיר ולכך גם אח"כ שהי' האיסור הניחו המנהג הלז במקומו ולא יכלו לבטל והוה כמו אם נדרו קדמה לגזירתינו כיון שהיה מנהג של מצוה הניחו על מקומו ואף דלענין שופר ומגלה וכדומה גזרו ובטלו המצוה צ"ל דכיון דהי' משום מצות פו"ר הניחו המנהג על מקומו וצ"ע בזה. ואולי כיון שהיו רבים חולות במחולות ל"ש החשש ובפרט במילי דמצוה ועמ"א סי' ער"ה ס"ק ה' מ"ש בשם המהרי"ל ומ"ש הוא לישב ודו"ק. ועכ"פ מתיישב מה שהביא המשנה הך קרא דצאינה וראינה בנות ציון להורות שהיה מנהג קדום ועיין תוסיו"ט שם. והנה במה שהארכתי למעלה

דיש היתר בכל הני דאסירי לצאת בהמה בשבת כשיפקיר ולא יהיה שייך שביתת בהמתו ונסמכתי על רש"י ותוס' שכתבו דאסור משום שביתת בהמתו אבל הפ"י האריך שם דאינו רק מדרבנן דל"ש לאסור משום ניחותא דבהמה דהרי התורה התירה להעמידה ע"ג עשבים דזה צער לה וכמ"ש רש"י בחומש וא"כ למה יהיה מותר לשמור שמירה כדרכה דאין זה ניחותא דבהמה ויותר ראוי לאסור לשמור מלנוי. ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה כבר נודע מ"ש בפסקי מהרא"י סי' ר"ה דכל מה שהוא לצורך האדם ליכא משום צעב"ח ע"ש ובחידושי ליו"ד סי' שמ"ח ביארתי הדברים בשרשם דבאמת לא משום שחסה הקב"ה על נפש בהמה רק להקנות אותנו מדות טובות ולכך כל שהוא לצורך האדם ל"ש משום צעבע"ח וא"כ לפ"ז גם מה שהוא צריך שמירה ל"ש שהתורה יזהיר משום נייח בהמתו ולא עדיף מצער בע"ח דמותר מכ"ש מה שאינו רק נייח לבד ואף שהתורה רצתה שיקבע בלבותינו אמונת החידוש ונשבות אנחנו ובהמתינו אבל כל מה שהוא צורך לשמירה ולצורך האדם שלא תברח וכדומה זה לא אסרה התורה אבל לנוי שעכ"פ א"צ לאדם וכן כל שהוא משום תענוג לבהמה אסרו דלא קפדה תורה על תענוג הבהמה ולא על צערה ורק בשביל האדם ולכך כל שהוא לנוי אסור וז"ב ופשוט והוא דבר חדש לפענ"ד. ולכך כל שהיא נטירותא יתירתא שפיר אסור דהא כל שא"צ לאדם שוב מצווה על שביתת בהמתו ולפ"ז לכך במורדת התירו משום דזה שוב הוה צורך האדם ול"ש משום נייח הבהמה וז"ב לפענ"ד. איברא דאכתי קשה לשמואל דס"ל לנוי אסור לשמור מותר והיינו אף בניטורתא יתירתא דבזה שוב ל"ש לומר דהטעם משום דנוי אינו צורך האדם דהא לשמרה ג"כ א"צ לאדם וצ"ל דס"ל לשמואל דבשלמא לשמור כיון שעכ"פ היא צריכה שמירה רק דסגי לה בשמירה פחותה שוב ל"ש משום נייח בהמה דהא באמת הוא עושה בשביל שמירה ואף דהיה יכול לעשות בשמירה פחותה מה שלא טרח לחפש אחר השמירה פחותה זה ל"ש לומר שתזהיר התורה ע"ז שהרי לא בשביל הבהמה קפדה רק בשבילנו וכל שהוא צריך לשמירה עכ"פ לכך מותר וז"ב לפענ"ד:

ז והנה מצאתי בפ"י בדף נ"ב בתוס' ד"ה יוצאין כרוכין שכתב הטעם דלנוי שרי ולשמור אסור אף דתכשיט שרי טפי לאדם משום דלנוי מחזי כמאן דאזיל לחינגא דבשעה שרוצה למוכרה מיפה אותה ומטיל עליה דברים שהם לנוי ובאמת שהם דברים חדשים והרי בכלבים ועופות וחתולים דל"ש דאזיל לחינגא ועמג"א ס"ק ו' ואפ"ה אסור לנוי ועוד דהרי פוקק זוג שבצוארה דאמרו בהדיא הטעם דמחזי כמאן דאזיל לחינגא ואפ"ה התירו בחצר כדאמרו בשבת ס"ד ובש"ע סי"א והרי כל לנוי אסור בשביל דמחזי דאזיל לחינגא ומהראוי שיהיה מותר בחצר. וע"כ נראה ברור דלתנהו לדברים האלו. והרווחתי בזה

דמיושב היטב בזה דברי הסמ"ג שפירש דלכך אסרו זוג שבצוארה אע"ג דפקוק משום משאוי ודבריו תמוהים כמ"ש המ"א ס"ק ו' דהא בש"ס אמרו משום דמחזי כמאן דאזיל לחינגא ואני תמה ביותר דא"כ למה מותר בחצר. ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דמחזי כמאן דאזיל לחינגא שייך משאוי וכמ"ש הפ"י והוה כמו לנוי דאסור דבזה בודאי שייך הטעם דאזיל לחינגא ומטיל עליהם דברים שהם לנוי כדי ליפותם וז"ב. שבתי וראיתי שבלא"ה דברי הסמ"ג נכונים דבחצר ליכא משום שביתת בהמתו וכמ"ש הריב"ש סי' כ"ד בשם הרשב"א ועיין מג"א סי' רמ"ו ס"ק י"ב ולפ"ז בכל הני דאסרו חז"ל לצאת אינו רק לרה"ר אבל בחצר מותר ומלשון הפוסקים לא משמע כן ועיין בתוס' דף נ"ג ד"ה מהו ליתן שכתבו דאין לפרש דבעי למיסר חצר אטו רה"ר כדאמר גבי אשה דגבי בהמה לא גזרו כדתניא בסמוך ומטיילת בחצר. ולפענ"ד היא תימה גדולה דאיך אפשר לאסור בחצר כיון דעיקר האיסור הוא משום שביתת בהמתו והרי בחצר אינו עובר על שביתת בהמתו ועיין מג"א ס"ק וא"ו וא"כ בחצר ליכא משום שביתת גופו ואינו אסור רק להוציא משא ברה"ר ולמה יהי' אסור בבהמה ודברי רשב"א מוכרחים דהא כל שבחבירו פטור אבל אסור בבהמה לא גזרו כמבואר בשבת קכ"ד ובמג"א ס"ק וא"ו. הן אמת דהתוספת שבת חילק על המג"א דדוקא במחמר ומשום פסידא התירו זאת אבל לא ראה דברי הר"ן בע"ז גבי שאלה ונסיוני שכתב בהדיא בשם הרשב"א שגם הוא הסכים כן דאין לחוש לא משום שביתת בהמתו ולא משום מחמר בבהמה דכל שבחבירו פטור אבל אסור בבהמתו לא גזור במקום פסידא. גם מה שרצה לחלק שם דבמחמר דאיכא תרתי משום שביתת בהמתו ומשום מחמר אסרו אף בכרמלית ג"כ תמוה דלא ראה דברי הר"ן שם דא"כ אין מקום לקושייתו בע"ז שם. וע"כ נראה דהתוס' חלקו על הרשב"א וס"ל דאף בבהמה גזרו וצ"ע בזה. אך י"ל דבאמת זה כוונת התוס' במ"ש דבבהמה לא גזרו משום דכל שפטור אבל אסור באדם בבהמה מותר ומה שהביאו מזוג פקוק הוא משום דס"ל כהסמ"ג דמפרש ג"כ משום משוי מיהו תימה דא"כ איך נחלקו בדף ס"ד אי בפקוק אסור משום כל מה דאסרו חז"ל והא בבהמתו לא גזרו ומה גם דהסמ"ג עצמו אוסר בכרמלית וע"כ הדברים צ"ע. גם מ"ש התוס' דהבהמה נטלת בשבת צ"ע דהא אסור משום משתמש בבע"ח ואולי ע"י צדי צדדים וגם דבחצר מותר דהא אינו רק משום שבות ובבהמתו לא גזור ודו"ק. ועכ"פ נראה לי ראיה ברורה למ"ש הב"י סי' ש"ה והרמ"א סי' רמ"ו דביו"ט ל"ש שביתת בהמתו דהרי לא מצינו שגזרו חז"ל בבהמה לצאת באותן דברים ביו"ט כיון דאסור משום שביתת בהמתו וע"כ דל"ש לאסור בשביל זה ביו"ט דאינו אסור שביתת בהמתו. והנה לפמ"ש דמשתמש בבע"ח ג"כ ל"ש בחצר ובזה נראה לי דמה דמבואר

בסי' ש"ח סעיף ל"ט וסמ"ז דאסור לטלטל בהמה חי' ועוף ולא אסור משום משתמש בבע"ח ובגליון הש"ע כתבתי דל"ש שמוש בע"ח רק להנאת האדם וצרכו ותועלתו. וכעת נראה דבלא"ה מותר כיון דאינו רק מדרבנן בחצר לא גזרו. שבתי וראיתי דזה טעות דכיון דמשתמש בבהמה הוא איסור משום שמא יחתוך זמורה וזה שייך אף בחצר וא"כ הוה חדא גזירה ודוקא במקום דהאיסור משום משוי דלא אסור רק ברה"ר ל"ש לגזור משום רה"ר אבל בשמוש בע"ח אסור אף בחצר ולפ"ז דברי התוס' שכתבו דבהמה נטלת צ"ע ואולי ע"י חבל וכדומה. ומן האמור מבואר דעכ"פ בבית מותר לקשור התרנגולים שתי רגלים יחד שלא יוכלו לברוח דמה דאסרו אינו רק בכרמלית עכ"פ אבל בבית וחצר שרי לכע וכ"כ בחיי אדם דשרי והמהרי"ח בהג"א ס"פ במה בהמה דנסתפק הוא דוקא לצאת לרה"ר ככל הני דאסרו בפרק במה בהמה ובאמת שאנן קיי"ל דעקוד דוקא יד ורגל ואף למאן דאוסר בעוקד שתי ידים או שתי רגלים לבד הוא דוקא בקשור לגמרי לא בכה"ג שאינו רק שלא יוכלו לברוח ועיין בק"נ ס"פ במה בהמה אות י"ג ע"ש ועכ"פ בחצר ובית ודאי מותר לכ"ע ובאמת שלא ראיתי בב"י מוזכר כלל הך דהג"א בשם מהרי"ח וצ"ע. אבל הדין דין אמת דעכ"פ בחצר מותר ואולי גם בכרמלית אף אם נימא כהת"ש דלא כמג"א משום שהערוך מתיר בהדיא וכבר כתבתי דדברי הת"ש תמוהין. וזכורני שראיתי בספר מאמר מרדכי בדרך העבר שצועק ככרוכיא על ספר חיי אדם וכעת אינו ת"י ולא ידעתי למה והדברים נראים נכונים:

ח ודרך אגב אומר במ"ש הנוב"י מהד"ת סי' מ"ט באו"ח לענין ספינה אם הותר בשבת לענין מצוה והנה מ"ש שם לענין אם קנה שביתה בספינה עם הקנאת שביתה במקום רחוק אם סותרין זא"ז והביא ראיה דלא אכפת לן מהך דמבואר בסי' ת"ח בהג"ה דאם לן בתוך העיר מהלך כלה. הנה לפענ"ד דוקא בעיר שהוא ביתו ומקומו ממש בזה לא נעקר מקומו אף שקונה שביתה במקום אחר משא"כ במק"א ומצאתי בתוס' עירובין דף מ"ט ע"ב ד"ה ואפילו שכתבו כעין זה דבעומד בעירו לא עקר דעתו מעירו ע"ש וגם בזה נראה מדברי התוס' שם שדעתו היה שאם לא יקנה שביתה משום שביתה לא יפסיד תחום ביתו אבל תרתי שביתות לא מצינו וע"כ צ"ל דמה שמהלך כל העיר בלן בתוך העיר הוא משום דמקומו ועירו שאני לענין זה שיוכל להלך בכלה ובאמת בגוף הדין של הש"ע סי' ת"ח הנ"ל שנחלקו הרמב"ם עם הפוסקים הנה מצאתי בהג"א ס"פ מי שהוציאוהו בשם מהרי"ח שהקיל בזה עפ"י הירושלמי אבל לא הובא ביתה יוסף ובאמת רש"י ותוס' עירובין מ"ב בתוס' ד"ה ועובדי ככבים שנחלקו על מהרי"ח. ואני תמה תמה אקרא דרש"י לא הזכיר כלל הירושלמי והתוס' הזכירו דברי הירושלמי מ"מ מה שחולק

רש"י מוזכר ג"כ בירושלמי שרמזו התוס' שם וע' בק"ע שם ובריטב"א עירובין שם וצע"ג. ועכ"פ דברי הנוב"י ודאי תמוהין לפענ"ד להמעיין בעירובין דף מ"ט ברש"י ותוס' שם בכל השיטה וצע"ג. שוב מצאתי בתוס' ד"ה ויצא שהקשו דהא אסור לו לחזור לעיר והיא תימה דשיטת הפוסקים בזה דלא כרמב"ם ובלן בתוך העיר מותר ודברי המהרש"א שם תמוהין ביותר דמביא דברי המהרי"ח ע"ז ע"ש ולא הרגיש שדברי המהרי"ח נדחים מהלכה וגם התוס' בעצמם דף מ"ב כתבו להיפך וצע"ג ומצאתי בספר יד דוד שבתוס' ד"ה ויצא הביא דברי השמש צדקה סי' י"ט שכתב דלן לאו דוקא רק אם הוא מקום דירתו ואין הספר לפני ולפענ"ד העיקר כדבריו ועיין ברש"י דף נ"ב בד"ה כי פליגי ובמהרש"ל ומהרש"א שם ודו"ק. ודרך אגב אזכור מה שראיתי בספר המפתח לרבינו נסים גאון שנדפס מחדש בהא דאמרו בברכות דף כ"ה כל הבית כלו כד"א דמי רשב"א היא ורש"י כתב לא ידעתי מקומו ור"נ גאון הראה מקורו מתוספתא דעירובין ובש"ס עירובין כ"ב ארשב"א כל אויר שתשמישו לדירה וכו' שמעינן מזה דמתיר לטלטל בכל כי האי גוונא מפני שתשמישו לדירה וכולו כד"א דמי עכ"ל ע"ש ודבריו תמוהין לפענ"ד דמה ענין טלטול שכל שתשמישו לדירה ומוקף ומכוסה בגג מקרי בית אבל מה ענין זה לענין שיהיה אסור לקרות ק"ש שם שיהי' כל הבית כד"א לזה ולדבריו סותרין הפסקים דאנן קיי"ל לענין טלטול כרשב"א כמבואר סי' שנ"ח ואילו לענין ק"ש לא קיי"ל כהך דרשב"א ועוד לדבריו הרי לא רשב"א לבד אמרו ואדרבא ר"י ור"ע בעירובין מ"ב אמרו דכל הבית כד"א דמי וע"כ דאין ענין זה לזה וצע"ג:

סימן ד

א לחכם אחד.

ב ע"ד אשר שאלת איך להגעיל תיבה שיש בה כמה דפין קבועין בתוכה אם מלמעלה למטה או להיפך ממטה למעלה. הנה שאלת נשים היא זו. ולכאורה לא ידעתי מה החשש ושמעתי שהחשש הוא שלמעלה למטה ינטף המי הגעלה למטה והמים מחומצין. אבל לא ידעתי מה בכך הא בלא"ה עדיין מחומץ הדפין התחתונים וכשיגעילו אותן אח"כ יוכשרין גם ממי הגעלה וגם קודם פסח אין נ"מ כלל כמבואר סי' תנ"ב. אבל לפענ"ד נראה דיש להגעיל מלמטה למעלה וחילי דילי מהא דמבואר במשנה פ"ה ממכשירין משנה יו"ד דהמערה מחם לחם ומצונן לצונן ומחם לצונן טהור מצונן לחם טמא והרמב"ם והר"ש ביארו שם הטעם משום דזיעה מחם לצונן אינו דהצונן התחתון אין בו כח להזיע והחם העליון אין בו כח לאסור התחתון משא"כ מצונן לחם דהחם התחתון

מזיע ונאסר העליון וממנו למד המרדכי פכ"ה לענין איסור והובא בש"ע יו"ד סי' צ"ב סעיף ה' בהג"ה ולפ"ז בשלמא כשמגעיל ממטה למעלה א"כ אף שהזיעה עולה למעלה אח"כ כשמגעיל למעלה מכשירו ומה שעולה אח"כ הזיעה ממעלה למטה לית לן בה דמחם לצונן לא אכפת לן אבל כשיגעיל למעלה א"כ ניהו שיגעיל אח"כ אבל כשמגעיל אח"כ למטה יעלה למעלה ואוסר וז"ב ועיין בתויו"ט שם במשנה ובמשנה שלאחריה ובתוס' חדשים אבל בגוף המשנה משמע משם לכאורה דתתאה גבר כדקיי"ל להלכה אבל צ"ע דא"כ למ"ד עלאה גבר איך יפרנס המשנה ואולי יסבור דטומאה שאני או דשאני ניצוק משאר דברים ועדיין צ"ע עכ"פ הדין נראה לי נכון וכמ"ש:

ג והנה בשנת תרי"ז ה' וארא נתעוררתי על מה שמצאתי בפרמ"ג או"ח בהקדמתו שם בסדר הנהגת או"ה בסדר שני אות ל"ז כתב על דין המבואר בסי' צ"ב ס"ה בהג"ה כתב דזה דוקא במשקה אבל זיעת אוכלין כתב הרמב"ם בפ"ז מטומאת אוכלין הלכה ד' דבזיעת אוכלין אין הניצוק שלהם חיבור ולפ"ז את מחבת תרבא עומדת למטה חם ולמעלה עליה עומד בשר והזיעה עולה אפילו יד ס"ב זיעה או קדירה עליונה חמה יש להתיר דזיעת אוכלין אפילו נתכין אין ניצוק כמ"ש הרמב"ם שם להחלב המהותך אין נקרא נצוק ע"ש והביא שכ"כ בשו"ת משאת משה חלק יו"ד סי' ד' כתב ג"כ כעין זה לענין שתיית טיטין מנר חלב ע"ש וגם אם מאלץ מונח למטה והעשן עולה ולמעלה מונח בשר לא נעשית חמוצה בזה ע"ש. והנה היה נ"מ לדבריו לענין כיסוי שאוסרין אפילו אינו ב"י ומהטעם שהזיעה עולה למעלה ועיין בש"ך סי' צ"ג ס"ק ד' ולפ"ז הרי בהבשר ל"ש זיעה דאוכלין הן ואף אם נדחוק כיון דהבשר הוא עם רוטב הזיעה של הרוטב עולה דהו"ל משקין. מיהו הי' מקום לדון דרוטב עבה הי' לו דין אוכלין ועיין בחולין דף ק"ח הבמ"ע ברוטב עבה ואף אם נאמר דיש לו דין משקה הי' נ"מ אם הי' בשר צלי מצטמק במחבת ועליו הי' מניחין כיסוי שאב"י דבזה הוה ודאי אוכלין ולא נאסר. אבל לפענ"ד במח"כ זה ליתא. ומ"ש בשם הרמב"ם ימצא דיש שני מיני ניצוק יש ניצוק מצונן לחם וזה במשקין ובאוכלין ויש ניצוק אף מחם לצונן כגון דבש צוף ודבש הצפחת ובנזיר דף נ' מבעיא לי' אי הטעם משום דיש להם ריר או משום דהן סמוכין ועבים ומסקינן דאין נצוק לאוכלין דהטעם של אלו משום דאית ביה רירין ואוכלין אחרים לית בהו רירין ואף שאין עבים לא הוה ניצוק ולפ"ז זהו דוקא בחם לצונן אבל בצונן לחם דאית ביה ניצוק אף במשקה צלול ולית ביה רירין שאין סולדות לאחוריהם והמעיין ברמב"ם ימצא שכן היא כמ"ש שהרי הרב אומר כן נחיל דבש וכו' הניצוק שלהן חיבור ואפילו היה מערה מצונן לצונן מפני שיש להם רירין וכו' לפיכך כל האוכלין אין ניצוק שלהם חיבור ואפילו הי' עבים

וכו' לפי שאין להם ריר וכן שאר כל המשקין אין הניצוק שלהם חיבור אלא א"כ עירה מצונן לחם. הנה מבואר דלא שלל אוכלין מניצוק רק מצונן לצונן דלא נימא דמפני שהם עבים הוה ניצוק אבל מצונן לחם שוים עם המשקין כמ"ש וכן שאר כל המשקין וכו' וז"ב ופשוט בעיני ודברי הפרמ"ג ומשאת משה תמוהין לפענ"ד ועיין בשו"ת זקני הח"ץ ז"ל סימן כ' שהביא בשם הריב"ש שכל זיעה שעולה מן החמין דינו כחמין עצמן ובפרמ"ג שם כתב דזה דוקא במשקה ולפמ"ש כל זיעה העולה מן החמין מלמטה למעלה אף באוכלין הדין כן ועיין בשו"ת משאת בנימין סימן נ"ח שנראה שהבין הדברים כפשטן אף באוכלין. וגם הפרמ"ג נרגש בשו"ת מ"ב הנ"ל אבל באמת הדבר ברור כמ"ש:

ד והנה בפ' בא שנת תרי"ז למדתי בטוש"ע או"ח ומצאתי בסי' תנ"א סט"ז שכתב כיסוי של ברזל שמשימין אותו על החררה כשנאפית על החררה צריך ליבון וביאר הטור הובא במג"א שם ס"ק למ"ד דמזיע מהבל החררה ומבואר בהדיא דאף זיעת אוכלין ג"כ חשוב זיעה. שוב האיר ד' עיני ומצאתי בתשובת מיימוני הלכות מאכלות אסורות סימן ה' שמתיר אם אפו על כירה פשטידא וכסו עליו כלי של ברזל ושוב אפו תחתיו פלאדין בלא ליבון או להיפך כי לא נמצא ריחא ופיטום לכלי שיחזור ויפטם לאוכל ואפילו כלי בת יומא רק שלא יגע ממש ומצאתי בת"ח כלל ל"ה ס"ו שהביא הך דתשובת מיימוני ושם ט"ס מ"ש סוף המ"א וצ"ל כמ"ש ס"ה והקשה הת"ח דמ"ש מכיסוי הקדרה וכתב דהואיל והוא יבש אינו מעלה זיעה והמנחת יעקב שם הקשה מאו"ח סימן תנ"א סט"ז ואם איתא לדברי הפרמ"ג הנ"ל אין התחלה לקושית הת"ח דשם היא זיעת קדירה של משקין משא"כ הכא הוא אוכלין וע"כ דאין חילוק וכמ"ש באו"ח סי' תנ"א הנ"ל ודו"ק ועיין ביו"ד סי' ק"ח ס"א בהג"ה ובש"ך ס"ק י"ב שם. שוב זכיתי לראות בפרמ"ג בסי' תנ"א באו"ח באשל אברהם ס"ק למ"ד שהרגיש בזה דמכאן משמע דזיעת אוכלין כאוכלין וד' יודע שאני זכיתי בה תחלה:

סימן ה

א לחכם אחד.

ב ע"ד מה שכתבת באחד שנטל שכר כדי שיחפש אחר עדות אי שרי או לא. הנה בב"י חו"מ סי' כ"ח והעתיקו הרמ"א בסי' ל"ד סי"ח בהג"ה הביאו תשובת הרשב"א שכתב דהא דאמרו הנוטל שכר להעיד עדותו בטלה היינו דוקא שכבר ראו המעשה ומחוייב להעיד אבל מי שאינו מחוייב להעיד ונוטל שכר כדי לילך ולראות שיהיה עד שרי ולפ"ז גם כאן לחפש שיהיה עד שרי. איברא דבש"ע אהע"ז סי' ק"ל סכ"א לא משמע כן שהרי

כתב שם דלא יטלו שכר עדי הגט יותר מכדי בטילה דמוכח ואם איתא לחלוקו של הרשב"א הא שם הולך להיות עד ואינו מחוייב בדבר ולמה לא יהיה מותר. וכפי הנראה רמז לזה הש"ך בחו"מ שם וכתבתי בגליון הש"ע אהע"ז שם דלפענ"ד מכאן ראיה למ"ש הר"ר שמחה הכהן דדוקא שכר הליכה שרי הרשב"א ולא שכר עדות וא"ש. איברא דראיית הר"ש הכהן מכתובות דף ק"ה דאמרו לא רצו אטו ברשיעי עסקינן ופירש"י שנוטלין שכר לדון יותר מכדי חייהן והרי אותן החכמים לא הי' מחוייבים להיות דיינים ואפ"ה אסור וה"ה לענין עד ע"ש ולפענ"ד אין ראיה דהגוזרי גזירות הי' קבועין לדון ולגזור והוה כמו עד שכבר ראה דאסור ליטול שכר אבל ללכת ולהעיד ודאי י"ל דמותר. וראיתי במחנה אפרים הלכות שכירות פועלים סי' ח' שהשיג על הר"ש כהן דשאני עד מדיין דעד כ"ז שלא ראה לא עושה שום מצוה אבל בדיינות אף אם אינו קבוע מ"מ אסור למשקל שכר על ההוראה משום דהוראה גופה מצוה היא והיא בחנם ע"ש. ולפענ"ד דאי מהא לא קשיא דכל שאינו קבוע אינו מחוייב לדון וכל החושך עצמו מן הדין וכו' אבל עדיין קשה מה שהקשיתי. וראיתי במח"א בהלכות שכירות סימן י"ז שהביא בשם מהר"ש כהן הנ"ל דבעדות שכבר ראה אף שכר טרחא לא קשקיל והוא האריך שם ונפלאתי ע"ז דהרי דיין חמור מעדות דדיין יותר מחויב לדון מלהעיד ואפ"ה אמרו בכתובות שם דקרנא שכר אגרא קשקיל הרי דגם בדיין שרי ומכ"ש בעד. וראיתי בשו"ת רדב"ז ח"ג סימן תק"ז שמחלק מדעתא דנפשיה דכל שלא ראה עדן העדות הוא יכול ליקח שכר כדי להעיד ולא הזכיר דברי הרשב"א הנ"ל. עכ"פ נראה עיקר כמ"ש הרשב"א ולא כמ"ש המהר"ש כהן ז"ל. והנה לפמ"ש הרשב"א דכל שאינו מחוייב להעיד ל"ש הך דינא דנוטל שכר כדי להעיד קשיא לי דהרי המשנה בבכורות אמרה הנוטל שכר לדון דיניו בטלים להעיד עדותו בטלה ולשון להעיד משמע בע"א והרי עד אחד אינו מצווה להעיד מן התורה כמבואר בב"ק דף נ"ו אלא בחד ועיין ברמב"ם פ"א מעדות ה"א ובכ"מ שהאריך בזה ודברי היראים בענין זה מצוה רמ"ג תמוהים כמ"ש בגליון היראים שם דוק ותשכח וא"כ כיון שאינו מחויב להעיד א"כ הוה כהולך לראות העדות שמותר ליקח שכר כמ"ש הרשב"א ובשלמא הנוטל שכר לדון ל"ק דהרי המהרי"ט בראשונות סימן ס"ט מוקי לה בשודא וא"כ לפירוש התוס' בכתובות דף צ"ד דשודא ל"ש רק במומחה א"כ יחיד מומחה יכול לדון לבדו וגם יכול לאוקמא במומחה אבל בעד קשה וע"כ כמ"ש הר"ש כהן דרק שכר הליכה שרי לא שכר עדות והיא ראיה נפלאה לפענ"ד. והנה בשו"ת הרדב"ז ז"ל שם רצה לחדש דבעדות אין עדותן בטילה כשלקח שכר דמה יעשה זה שיש לו עד זה ואינו רוצה להעיד בחנם האם יפסיד עדותו בזה. ודבריו לא נראין לפענ"ד כיון דבמשנה מפורש

שעדותו בטלה איך אפשר לדחות המשנה ולומר דאגב גררא נקטה ומ"ש שאין בידו לעשות אין זה טענה דיכול לבא לב"ד ויטעון שזה יודע לו עדות והב"ד יכפוהו להעיד מה שיעיד כפי המבואר בחו"מ סימן כ"ח ומה שמביא הרדב"ז שם ראיה ממה דהשמיט רבינו הדין דהנוטל שכר להעיד ואילו לענין דיין הזכירה פכ"ג מסנהדרין. אך לפענ"ד נראה בישוב דברי הרמב"ם ע"ד השמטה דהנה באמת הדבר תמוה מה צורך לפסול נוטל שכר להעיד בשביל מה אני בחנם ת"ל שיש חשש שמשקר בשביל שהוא נוגע וכבר האריך בזה המהריב"ל באורך בח"א דף נ"ה וכתב בתירוץ השני דדוקא כשנוטל שכר כדי טרחו הוא דצריך לפסול משום מה אני בחנם אבל יותר מדאי פסול מחשש נוגע בעדות ע"ש והובא בג"פ סימן ק"כ ולפ"ז כיון דשכר טרחא שרי ליקח כמבואר בירושלמי ועיין בג"פ שמחלק שם בזה ולהרמב"ם לא ניחא ליה בזה לכך פירש דמה שפסלו הנוטל שכר להעיד הוא באמת משום חשש משקר ורק שהתנא כללו בהדי אותן דברים שפסולים משום מה אני בחנם ופסול גם משום זה אבל באמת דפסול משום חשש נוגע דזה פסול מן התורה. ולפ"ז לכך לא הוצרך להזכיר הפסול דת"ל דפסול משום חשש משקר וז"ב לדעתי. ובזה מיושב גם קושיתי על הרשב"א הנ"ל דע"כ לא הכשיר הרשב"א בנוטל שכר כדי לראות העדות רק בשני עדים דל"ש חשש דמשקרים דהאמינם התורה רק דנוגע פסול והנוטל שכר הוא נוגע ולפ"ז בעת ראיית העדות עדן לא נוגע הוא אפשר דכשר אבל בע"א דלא האמינה תורה זה שייך חשש שקר וא"כ פסול אף שאינו מצוה להעיד מ"מ פסול משום חשש משקר אחר שראה העדות וז"ב ודו"ק ויש לי אריכות דברים בדברי הג"פ וברדב"ז שם ואכ"מ:

סימן ו

א בענין כל דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי.

ב אשר הארכת במה שהקשה הקצוה"ח סימן נ"ה בהא דאמרו פז"ב דף ל' וכן קי"ל בש"ע שם דאם טעו ומשלמין דאם הי' שלשה והלכו אחר שנים שבהם דמשלמים שני חלקים והחלק השלישי מפסיד הבע"ד דקשה דהרי אמרו בב"ק דף נ"ג לר"נ דאי לית לי' לשלומי מהאי משתלם מהאי וכן קי"ל בסי' ת"י סל"ג וה"נ ראוי שישתלמו מהשנים בעד השלישי וע"ז הארכת ליישב והנה בראשית ההשקפה תמהני דלכאורה ל"ד לשם דשם כיון שחבירו הזיק ג"כ רק שפטור לשלם בכה"ג אמרינן דאי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי משא"כ כאן דהדיין השלישי באמת פטור שהוא לא חייבו ולמה ישלמו האחרים בעדו. אך לפ"ז יקשה דאכתי למה לא ישלמו השנים שהרי הם גרמו כל ההיזק

ולמה לא ישלמו הם כלו. והנ"ל עיקר בזה דהנה באמת התוס' בב"ק דף כ"ז הקשו דאמאי הולכין אחר רוב בדיינים הא אין הולכין בממון אחר הרוב ומה שתירצו בזה סתום ועיין מהרא"ש סימן ר"ז שנתקשה בזה בהבנתם. אמנם לפענ"ד נ"ל דבאמת אם נימא דמן התורה צריך שלשה מומחין ורק דרבנן הקלו בשלשה הדיוטות וכן קי"ל כמ"ש הש"ך בסימן ג' ס"ק א' ולפ"ז הא דאמרה התורה אחרי רבים להטות היינו דעשתה תורה דעת היחיד כדעתם דהא בעינן שלשה וכל שהרוב אומרים כך בטל היחיד לגבייהו והוה כאילו אמרו כלם כן דהמיעוט כמאן דליתא נגדם ודעתו אינו מכרעת והוה כאילו אמרו כלם כן וא"כ ל"ש לומר דאין הולכין בממון אחר רוב דגם המועט שחולק בטל נגדם והוה כאילו אמרו כמו הרוב וז"ב לפענ"ד. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה המרדכי פ"ק דחולין דנחשוב המועט לקבוע ולפמ"ש א"ש דלא אקבע כלל דדעתו בטל לגבי הרוב וז"ב לפענ"ד. ולפ"ז צ"ל דמה שפטור הדיין השלישי היינו משום דמ"מ הוא לא גרם לו היזק דהוא באמת פטרו רק שהתורה בטלה דעתו אבל מ"מ לא חייב הדיין עי"ז דהוא לא גרם לו היזק. ומעתה ל"ש לומר דהם גרמו לו כל ההיזק וכל אחד ואחד עשה לו כל ההיזק דזה אינו דהא באמת הם הי' צריכין לצירוף השלישי דזה שבטלה דעתו ל"מ הרוב דאין הולכין בממון אחר הרוב וז"ב לפענ"ד ובלא"ה י"ל כיון דהשלישי היה יכול לומר א"י והי' צריכין להוסיף דיינים כמבואר בסי' י"ג ובסי' י"ח ואם היה אומר א"י א"צ לומר טעם כלל וא"כ לולא השלישי שהכריע להיפך ובזה בטלה דעתו ל"מ מה שהי' רוב וא"כ הם לא גרמו כל ההיזק והשלישי בודאי פטור שהוא לא עשה שום היזק ואדרבא צווח כנגדם ולכך מפסיד חלק השלישי. ובאמת אם נימא דמה"ת בחד סגי והא דצריך שלשה הוא רק משום יושבי קרנות א"כ לכאורה היה מקום לומר כיון דעכ"פ הי' שלשה שוב כל אחד גרם לו כל ההיזק. אך לפענ"ד י"ל דכיון דרבנן אצרכי' לשלשה משום יושבי קרנות עכ"פ נחית אדעתא דתלתא ולא גמר האחד בלתי חביריו וזה ברור. איברא דלפ"ז יקשה בהא דמבואר בש"ע דאם הי' חמשה ושלשה אמרו שחייב שמשלמים כלם והרי נחית אדעתא דחמשה ולא מצי גמרו בלתי כלם ביחד כמבואר סימן מ"ח לענין פשרה וכבר הקשו כן האחרונים. אך לפענ"ד נראה דלפמ"ש לעיל א"ש דבשלמא שלשה צריכין כלם דאל"ה אין הולכין בממון אחר הרוב אבל בחמשה דכיון דשלשה הורו כן א"כ ודאי דדינם כן רק דהוא נחית אדעתא דחמשה עכ"פ הם גרמו לו ההיזק ושפיר משתלמי מהם כיון דלית לי' לאידך והם באמת פטורים שאמרו להיפך וז"ב ודו"ק ועיין בשערי משפט שהאריך ג"כ בזה והקשה על התומים סי' כ"ט לענין עדים דמ"ש מדיינים ולפמ"ש א"ש. ולכאורה רציתי לומר דבר חדש דלכך בדיינים א"צ לשלם בעד השלישי דבאמת לכאורה

צ"ב דאמאי יפטור השלישי הא גם השלישי גרם הנזק דאי לא הוא לא הי' הנזק דהא היה צריך שלשה וא"כ גם הוא גרם לו הנזק דע"י שישב עמהם והי' הרוב הי' מחייבין אותו ושנים אין דינם דין לדידן דקי"ל דשלשה בעינן וצ"ל דניהו דגם השלישי גרם אבל כל שהוא אמר שפטור עכ"פ לא ידענו שיעור היזיקו דבאמת הוא צווח אילו הייתם אומרים כמו אני לא הפסדתם וכי בשביל שכוונתי לאמתה של דין אפסיד וא"כ א"א לחייבו דעכ"פ היזק שאינו ניכר הוא דהא לא ניכר על ידו ההיזק דבאמת אמר להיפך וכאן ל"ש הטעמים לחייב בהיזק שאינו ניכר דבאמת הי' שוגג ועתוס' גיטין דף נ"ג מ"ש בשם רבינו אפרים ולפ"ז כיון דבאמת גרם הנזק רק דהו"ל היזק שאינו ניכר וכיון דהיזק שאינו ניכר לצי"ש חייב א"כ הוה כהך דינא דהרב יחזקי' שמביא הטור סי' ת"י דהיכא דחייב השני אלא שאין לו לשלם דשיטת הטור דכל דחייב רק שאין לו לשלם דפטור וה"ה כאן דבאמת גרם ההיזק רק שעשה היזק שאינו ניכר וכיון דעכ"פ נתחייב לצי"ש ואנן לא נוכל לכפותו להתחייב עכ"פ חביריו א"צ לשלם בעדו וגם אם נימא כשיטת הראב"ד דכל דמתכוין לטובתו ל"ש דיני דגרמי א"כ יכול לומר אני פטרתי ולא נתכוונתי עכ"פ להזיק ובכה"ג אפשר דג"כ חייב לצי"ש וא"ש ודו"ק:

ג והנה באמת צ"ב שיטת הרמ"ה שמביא הטור שם דאם הזיקו שניהם והאחד אין לו לשלם משתלם מאותו שיש לו. ולכאורה טעמא בעי. ולפענ"ד טעמו של הרמ"ה הוא דבשעשו שניהם ההיזק שניהם נעשו ערבים זה בעד זה וכמבואר סי' ע"ז בשנים שלוו ביחד או שהפקידו ביחד ובשו"ת רמ"א סי' כ"ו הובא בש"ך שם ס"ק א' מבואר דגם בשני מזיקים כל שעשו שניהם ההיזק צריכין לשלם ההיזק ביחד מטעם ערבות. ולפ"ז מה נ"מ במה שזה נתחייב כל שאין לו לשלם צריך זה לשלם בעדו מטעם ערב ובאמת כשיהיה לזה אח"כ לשלם יצטרך לשלם לחבירו חלקו. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש הרמ"ה דאינו חייב רק עד שיעור שהיה חייב על נזק זה אילו עשאו שניהם ובסמ"ע ס"ק נ"ז רצה בתחלה לפרש דאם ניזק בדחיפת שנים יותר מבדחיפת אחד א"צ לשלם ודחה זאת ופירש דהיינו מה שלא הי' חייב כלל כגון ד' דברים א"צ לשלם בעד חבירו ע"ש ולפמ"ש הדברים נכונים כפירוש השני דבאמת לפירוש הראשון קשה דסוף סוף נעשה ערב בעד השני וצריך לשלם עבורו אף שזה לא עשה נזק כ"כ כמבואר בש"ך סי' ע"ז ס"ק א' דאף דזה לא עשה הנזק מ"מ צריך לשלם עבורו רק שאם יוכל להתפרע מחבירו נפרע ממנו אבל הפירוש השני נכון דדוקא בדבר שנתחייב אם היה עושה הנזק שייך ערבות אבל בד' דברים שהתורה פטרה לשור היאך שייך שיתחייב בערבות דהא לא נתערבו בהדיא רק דכל שעשו ההיזק ביחד הוה כאילו נתערבו אבל פשיטא דלא נתערב על מה שהתורה

פטרה אותו ולענין זה לא עשו ההיזק ביחד וז"ב מאד. ובזה נלפענ"ד לדחות ראיית הטור שהביא מוהר"ר יחזקי' שכתב דהאידנא בשור שדחף בהמה לבור דפטור כיון שאין דנין דיני קנסות פטור בעל הבור לשלם עבורו והבין הטור מזה דהטעם הוא דבאמת חייב בעל השור לשלם רק שאין דנין דיני קנסות הוה כברח או שאין לו לשלם דפטור זה. ולפמ"ש אינו ראיה דש"ה דל"ש ערבות בעדו דהא זה פטור משום דאין דנין דיני קנסות ואיך יהיה זה ערב במקום דהלוה בעצמו פטור פשיטא שלא נתחייב זה לשלם בעדו. ובזה מיושב היטב מה דאמרו בב"ק דף מ"ה ע"ב גלית אדעתך דשותפא אית לי והקשו בתוס' דאכתי לשתלם מדר"נ כל דליכא לאשתלומי מהאי וכתבו כיון דיכול להשתלם אין לו לבעל הפרה לשלם בעד הולד. ובאמת זהו לשיטת הטור אבל לשיטת הרמ"ה קשה דאף דיש לו לשלם רק שברח פוטר הרמ"ה. ולפמ"ש א"ש דגם להרמ"ה אינו חייב רק מתורת ערב וא"כ זה דוקא היכא דיוכל הערב לפרוע מבעל הולד אבל כיון דבעל הולד ידחהו מטעם ספק א"כ שפיר יוכל בעל הפרה לטעון גלית אדעתך דשותפא אית לי ואין אני חייב לבדי. ובאמת גם אני נעשית ערב בעדו אבל זה כהשלוה נתחייב אבל כאן הלוה פטור דיוכל לדחותו ולומר שלא היה בשעת הנזק ואתה גלית אדעתיך דנעשה שותף בעל הולד והיאך אתחייב מטעם ערבות בעד הוולד והא בעל הולד לא יצטרך לשלם ובאמת הוא מחוייב לשלם. ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דאמר הש"ס לעולם האי פלגא היזיקא והאי פלגא היזיקא עביד ודקא קשיא לך רבעא יפסיד דא"ל בעל השור לבעל הבור אנא תוראי בבירך אשכחתי'. ולפמ"ש א"ש דהא לא נעשה ערב בעד בעל השור רק חצי נזק דשור אינו משלם אלא ח"נ וא"כ זה שא"ל אנא תוראי בבירך אשכחתי' וא"כ אתה מתחייב עבור בעל השור אבל בעל השור לא נעשה ערב רק על חצי נזק דיותר ממה שהיה מתחייב אילו עשה לבדו כל הנזק אינו שייך ערבות וכמ"ש. ובזה מיושב קושית התוס' ד"ה לעולם ודו"ק היטב. ובזה יש ליישב הא דשלמים שהזיקו דאינו גובה מאימורים משום דאמורים לא נתחייבו כלל ול"ש ערב עבורם. ובזה מיושב הקושיא הנ"ל דגבי דיינים ג"כ לא שייך שנעשו ערבים בעד השלישי דהא הוא בעצמו פטור והיאך יתחייב הערב והוה כמי שמחייב עצמו באסמכתא דגם בערב פטור וכמבואר בחו"מ סי' קכ"ט ודו"ק. איברא דגוף הדבר שכתבתי דהמזיקים נעשו ערבים לכאורה לפי מה דמבואר בסי' שע"ח דבזרוק מנה לים ל"ש ערב דהא לא נהנה בן דעת מזה והיאך יעשה ערב ולפ"ז יקשה דבמזיקין שלא נהנו מזה היאך שייך ערבות. אך נראה דזה גופא נהנו במה שנעשו כלם ערבים דכל אחד לא יצטרך לשלם רק לפי ערך ועי"כ נתערבו זה לזה. ובזה עמדתי על לשון הש"ס בב"ק דף נ"ג דאמר לעולם דכל אחד כלה נזקא קעביד ורק

דאמר בעל השור שותפתאי מאי אהני לי' לכאורה צ"ב דמה טענה היא זו אף אם לא אהני מ"מ יצטרך לשלם ולפמ"ש א"ש דזה הטענה אחר ששור אינו משלם רק ח"נ א"כ אף כשהייתי לבדי לא אצטרך לשלם רק חצי נזק ממילא לא אהני לי' השותפות דעל יותר מה שחייב שוב לא נעשה ערב דמה נהנה מזה אם משלם כפי שהיה עושה לבדו וז"ב. ובזה מבואר היטב לשון הרמ"ה שכתב דעל יותר מה שהזיק אינו מתחייב לשלם בערבות דע"ז ל"ש ערבות כיון דלא נהנה מזה וז"ב. ובזה יש ליישב דברי הטור דבברח או שאין לו מה לשלם ונתגלה למפרע דלא נהנה במה נעשה ערב דלשמא יתעשר לא חיישינן וא"כ שוב ל"מ ערבותו דהא לא נהנה. ובזה מיושב קושית הקצה"ח סי' ת' ממה דמשלם השור כופר והא גם אדם צריך לשלם רק דקלב"מ וכל קלב"מ אם תפס לא מפקינן רק דהב"ד אין כופין והוה כברח ולשיטת הטור לא נתחייב זה לשלם עבורו ולפמ"ש א"ש דשם עכ"פ על גוף הנזק נהנה בערבותו ושוב צריך לשלם גם הכופר דעכ"פ נעשה ערב בעדו דהרי נהנה מזה דעכ"פ גוף ההיזק משלמין בין שלשתן דלענין נזקין כלם חייבין ודו"ק וצ"ע בזה. ובזה יש ליישב הרבה קושיות של הקצה"ח שם אלא שלא נפניתי כעת ודו"ק היטב כי הוא ענין נבחר. אמנם אי קשיא הא קשיא בהא דכתב הרא"ש פ"ק דב"ק וכן קי"ל בטור וש"ע סי' תי"א ס"ז דאם הוחלקו רגלי בהמה והזיקו בהילוכם חייב בעל הבהמה החצי ובעל התקלה החצי ואם התיזה הבהמה והזיקה דרך הלוכה משלם בעל הבהמה רביע ובעל התקלה ג' חלקים והיינו משום דכל דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי מדר"נ והרי כאן ל"ש דהבור עביד כל ההיזק משום שגמר ההיזק ודומה כאילו עשאו כלו וליכא נמי טעמא דאנא תורך בבירא אשכחתיה דאדרבא הבהמה התיזה ברגליה וא"כ אמאי ישלם בעל התקלה בעדו דבכה"ג נראה מדברי התוס' ב"ק דף נ"ג וכן נראה מדברי הגהת מיימוני פי"ג מנזקי ממון דבכה"ג אינו משלם מדר"נ ועיין קצה"ח סי' ת' ס"ק ג' שהאריך בזה והרי כאן מבואר להיפך וצע"ג. ובאמת ברא"ש פ"ק לא מבואר רק דתלוי בפלוגתת ר"נ ורבנן ויש לדחוק דבכה"ג אפשר דל"ש הך דר"נ והרא"ש לא כתב שם רק דתלוי באותה פלוגתא וכתב ולקמן נדקדק בו אבל הטוש"ע שהעתיקו כן לדינא צ"ע. ובאמת לפמ"ש דהכל תלוי אם נעשה ערב בעד חבירו יש ליישב גם דברי הרא"ש הנ"ל. מיהו כיון דזה לא נתחייב רק רביעה הנזק בצרורות א"כ ל"ש ערב עבורו וכמ"ש לעיל. וראיתי בספר שערי משפט שנדפס מחדש בסי' כ"ה שהקשה ג"כ קושית הקצה"ח הנ"ל מדיינים והביא בשם התומים שכתב בסי' כ"ט לענין עדים שאם אחד אמר ששקר העיד וחבירו אינו מודה דצריך לשלם כלו בעד חלק חבירו כמו בסי' ת' הנ"ל וע"ז הקשה בשערי משפט דאשתמיטתי' הך דדיינים דאינם משלמים רק חלקם. ולפמ"ש מיושב

היטב דשאני דיינים דל"ש ערבות בעד חלק חבירו כל דחברו פטור מדינא ואיך יתחייב הערב בעד הלוה כל שהלוה פטור מדינא משא"כ בעדים דכל שזה הודה שהעיד שקר א"כ באמת גם השני חייב רק שא"י להוציא מידו שכופר אבל היא נעשה ערב בעדו. והא דכתב הש"ך בחו"מ סי' שפ"ח ס"ק מ' בשם המרדכי דבמסור כל שזה פטור מצד שהיה אנוס השני חייב לשלם עבורו ע"ש היינו דשם אינו פטור רק מצד דאנוס הוא ואין אדם נתפס על צערו אבל השני מה לו ולאונסו של זה והוא מה הו"ל דלזקי' ועשה ההיזק כלו והשני באמת מסר ג"כ רק דאין אדם נתפס על צערו ובכה"ג חייב השני וידעתי שיש להאריך בכ"ז אבל עיקר הסברא שחדשתי דהוא מטעם ערבות נראה לפענ"ד נכון מאד. ואחר זמן רב מצאתי בשו"ת מיימוני לספר משפטים סי' ס"ג שכתב בשנים שלוו מאחד דנעשו ערבים זה לזה וה"מ כשאין לאחד לשלם אבל כל שיש לכל אחד לשלם משלמין כל אחד מחצה דע"כ לא פליגי ר"נ ורבנן בפ' הפרה אלא בכי ליכא לאשתלומי מהאי אבל באיכא לאשתלומי מהאי ומהאי משתלמי מכל חד מנתא דידיה ע"ש ראו עיני ושמחו דמשמע דפירש דפלוגתת ר"נ ורבנן משום ערבות הוא דמשתלם דגם בהא דפטר הטור כשאין לאחד לשלם מבואר שם בשם מהר"ם דאדרבא היכא דאין לו לשלם משלם זה עבורו משום ערבות וכמ"ש ודו"ק. ובלא"ה נראה לפענ"ד בכוונת הש"ס דאמר ולמרו לי' אי לאו את בהדן לא הוה סליק דינא מידי ולכאורה הדבר יפלא דמה זה הלשון אומרת ולמרו לי' אטו הוא עשה מידי אדרבא צווח כנגדם שאין הדין עמהם ומה היה לו לעשות אף שגם על ידו נגמר הדין. אך נראה דבאמת יש מקום לומר כיון דעכ"פ התורה אמרה אחרי רבים להטות וא"כ התורה צותה שילך אחר הרוב וא"כ באמת עפ"י דין מצוה להדיין השלישי שיבטל דעתו נגד הרוב ויכתוב דעתו זכאי וכמו דאמר"י זכאי והיינו משום שכן חובה להדיין שיכתוב זכאי דבאמת צריך לבעל דינו וא"כ ממילא בגמר הדין גם הוא פסק כמותם וא"כ ה"א דלשלם והא גם הם לא הזיקו ממש רק שגרמו היזק וה"ה הוא גרם היזק וצ"ל דמ"מ פטור הוא דניהו דגרם היזק אבל עכ"פ אין לך אונס גדול מזה דמוכרח לפסוק כהרוב ולבטל דעתו וא"כ פשיטא דפטור ולפ"ז כיון דהתורה פטרו א"כ איך אפשר שישלמו הם בעדו דניהו דאנוס רחמנא פטריה אבל אונס רחמנא חייביה לא אמרינן וא"כ אי לאו הוא לא היה נגמר הדין וא"כ הוא גרם להם היזק וניהו דהיה באונס אבל מה להם ולאונסו סוף סוף אנוסים הם ג"כ שלבם אנסום וניהי דעל אונס שלהם חייבם רחמנא אבל לא על אונס שלו דאונס רחמנא חייבי' לא אמרינן ועיין ש"ך חו"מ סי' כ"א ולפ"ז ל"ש לומר דהם ישלמו חלקו כיון דליכא לאשתלומי דזה דוקא כשבאמת עשה היזק וחייב לשלם רק שאין לו לשלם אבל כל שהוא פטור באמת דאין לך אונס

גדול מזה וא"כ היאך ישלמו הם בעד אונסו של זה וז"ב מאד. ובלא"ה נראה דבאמת כבר הבאתי למעלה דברי התוס' בב"ק דף כ"ז שהקשו דלמה ניזיל בתר רוב בדיינים בד"מ הא אין הולכין בממון אחר הרוב ומ"ש ליישב דבריהם סתומים וכתב התומים בקונטרס תקפו כהן דהכוונה היא דשאני שאר רוב דעכ"פ המיעוט ישנו במציאות גם לפי הרוב דעכ"פ מיעוט יש שאינו רק כהרוב משא"כ בדיינים דלפי דברי רוב הדיינים אין הדין רק כפי דעתם והמיעוט כמאן דליתא ע"ש ודפח"ח והארכתי בזה בתשובה ולפ"ז לכאורה צ"ב דמה זו טענה ולמרו ליה אי לאו את בהדן לא הוה סליק דינא דהא באמת הוא אמר להיפך ורק שלפי דבריהם אין לדבריו מקום כלל וא"כ הוה כאלו לא הי' כלל ואיך יצרפו אותו לענין התשלומין דבשלמא אם היו לדבריו מציאות כלל וצירופו צירוף שפיר יש מקום לצרפו בהדייהו אבל כל שהתורה בטלה דעתו וסגי ברוב מתוך הכלל כמ"ש הרשב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סי' י"ג וא"כ מה מקום לצירופו. אך נראה דניהו דבשעת גמר דין אין לדבריו מקום כלל אבל אי לאו שנצטרף בהדייהו לא הי' לדבריהם מקום כלל וגם אם היה הולך ולא גילה דעתו כלל קודם גמר דין לא הי' דיניהם דין כמ"ש הרשב"א בתשובה שם דאנן בעינן רובא מתוך כלו וא"כ שפיר אמרו ליה דאי לאו את בהדן לא הוה סליק דינא והיינו שלא הי' נקרא גמר דין כל שלא הי' מתוך הכלל והיאך נשלם בעדך ולפ"ז שפיר א"צ לשלם בעדו דע"כ לא אמרו דכל דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי רק היכא דגם זה עשה או גרם היזק אבל כאן בעת גמר דין הרי מבטלים דעתו כלו ואין מציאות לדבריו כלל דאל"כ לא היינו דנים כדברי הרוב ואיך אפשר שישלמו עבורו והוה כרוב מתוך הכלל וא"כ אינם צריכין לדעתו וליתא במציאות לדבריו כלל וז"ב ודו"ק ועיין בב"ק דף ס' אמרו ליבה ולבתו הרוח אם יש בליבויו כדי ללבותו חייב ואם לאו פטור אמאי להוי כזורה ורוח מסייעתו וקשה מה קושיא והא באמת הקשה בשיטה מקובצת שם דאמאי יתחייב בכלו כשיש בלבויו כדי ללבותו והא כיון דברוח יש ג"כ כדי ללבותו הוה כשנים שהזיקו וכמו אחד מביא את העצים ואחד את האש דשניהם חייבין ולמה יתחייב זה בכלו וכתב דאתיא כר"נ דאי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי ע"ש ולפ"ז יקשה דלפי דעת הפוסקים דאם כל אחד לא היה יכול להזיק לבדו ל"ש תשלומין דר"נ ועי' בסמ"ע סי' ת"י ס"ק נ"ז א"כ י"ל דמה דאמרו ואם לאו פטור היינו על חצי השני שהרוח עשה כיון דיש לו לבדו רק החצי לא חייב על השני וגם לפמ"ש הרמב"ן במלחמות דהא דלא גבי מבשר כנגד אמורין משום דבשר בלא אמורין אין בו אף פלגא נזקא ע"ש ולפ"ז גם כאן הא בלי הרוח לא הי' יכול להזיק ולכך פטור בחצי השני וא"כ מ"פ דלהוי כרוח מסייעתו וצ"ל דמשמע לי' להש"ס דפטור בכלו

וע"ז שפיר מקשה ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם ועש"ך סי' תי"ח ודו"ק ועיין במכות דף ג' כגון דאתזום חד מינייהו דמשלם פלגא דידי' ומי משלם והתניא אין העדים נעשו זוממין עד שיזומו שניהם ושאל אותי הרב החריף מוה' איצק שמעלקיש נ"י דלשיטת הרז"ה דבשטר ל"ש הזמה ופטור מלשלם א"כ משכחת לה שהיה אחד בכתב ואחד בע"פ והוזמו שניהם וא"כ אותו שבע"פ משלם חלקו והשבתי דא"כ כיון דליכא לאשתלומי מהאי שבשטר משתלם מהאי דבע"פ ודו"ק ובלא"ה י"ל דבכה"ג דאינו רק ע"א בכתב גם הרז"ה מודה דצריך לשלם ודו"ק:

סימן ז

א מה שהארכת בדין מודה בשטר שכתבו אם הלקוחות יוכלו לטעון מזוייף וכדומה והבאת דברי המבי"ט והש"ך בסי' ק"ו ס"ק ו'. והנה באמת לכאורה מפשטת לשון הש"ס משמע בב"מ דף ע"ב דאמרו מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וגובה מנכסים משועבדים וכמ"ש הש"ך שם דכן נראה מתוס' שם ומ"ש הש"ך שם דבריו דחוקים. והנה לכאורה רציתי לומר דאין ראיה משם דשם קאי למ"ד דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וא"כ ע"כ דל"ח למזויף דאל"כ היה לו להיות נאמן במגו ועיין תוס' כתובות י"ט ע"א וא"כ ממילא מה"ת לחוש לקנוניא ומהסתם השטר בחזקתו עומד ולכך גם גבי לקוחות ל"ח משא"כ למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן לומר פרוע במגו דמזוייף א"כ אף שמודה שלא פרעו חיישינן לקנוניא ועיין בפ"י בחידושיו לכתובות דף צ"ב בתוס' שם שנחית ג"כ לסברא זו. אמנם באמת יש לחלק דאף דהוא בעצמו צריך לקיימו מ"מ י"ל דלגבי לקוחות ל"ח דהרי באמת דעת הר"ר אביגדור הכהן דאם הוא בעצמו טוען מזוייף צריך קיום מה"ת ועיין בש"ך סי' מ"ו וא"כ שפיר י"ל דלכך צריך לקיימו דאל"כ הי' לו מגו דאי בעי טעין מזויף ואז הי' צריך קיום מה"ת ולגבי עצמו לא אמרינן דכמו שנחקרה עדותן בב"ד משא"כ לגבי לקוחות דכל שמודה שלא פרע שוב הוה כמו שנחקרה חתימתן בב"ד ול"ח לקנוניא. אמנם נראה לפענ"ד לחלק דהנה באמת צ"ב ניהו דחיישינן לקנוניא מ"מ אטו דבר ברור הוא ואינו רק ספק א"כ הו"ל א"י אם פרעתיך ועיין קצה"ח סי' ל"ט ס"ק ה' וצ"ל כיון דצריך לקיימו וכל שלא קיימו הי' יכול לטעון מזויף וגם פרוע במגו דמזויף א"כ מעולם לא אתחזק עליו החיוב דהוה חזקה שלא נתבררה וא"כ ניהו דהוא מודה שכתבו עכ"פ כיון דצריך קיום שוב הו"ל לגבי לקוחות כא"י אם נתחייבתי משא"כ למ"ד דא"צ לקיימו א"כ אחזיק חיובא דהא דא"צ לקיימו הוא משום דמן התורה הוה כמו שנחקרה עדותן בב"ד וא"כ כל שאתחזיק חיובא שוב הו"ל א"י אם פרעתיך וחייב ולכך

ל"ח לקנוניא וז"ב ודו"ק. ומעתה אין ראיה מב"מ דף ע"ב דשם דקאי למ"ד א"צ לקיימו שפיר גובה ממשועבדים דהו"ל א"י אם פרעתיך ובזה י"ל הא דמחלק שם דש"ה דניתן לכתוב הכא לא ניתן לכתוב והיינו דהתם אתחזיק חיובא כיון דניתן לכתוב משא"כ הכא ויש ליישב בזה קושית התוס' שם וא"כ לדידן דקיי"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו א"כ הו"ל א"י אם נתחייבתי וא"כ שפיר מהראוי לחוש לקנוניא וכמ"ש הש"ך ועיין ש"ך סי' ל"ט ס"ק כ"ט וסי' ע"ט ס"ק ל' שהלכה זו העלה דכל שיכול לטעון פרעתי שוב א"י לטרוף מלקוחות (ועיין בשיטה מקובצת בב"מ שם דמבואר בקדמונים דכל שיכול לטעון פרעתי א"י לגבות מלקוחות) והנה התומים והקצה"ח שהביאו ראיה מב"מ דף ז' בהא דאמר שטר דאית בי' זמן כמה שוה וכו' ופירש"י דמשום חתימת עדים ליכא דרשב"ג ס"ל דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ע"ש ומשמע דמועיל אף למשעבדי דהא האי דתורף גובה ממשעבדי ע"ש והנה לפמ"ש בחידושי לב"מ ליישב שיטת רש"י מכל קושיות התוס' בדרך נכון מיושב גם זאת ואכ"מ. אמנם כעת נ"ל בפשיטות דלפמ"ש הקצה"ח להסתפק היכא דהלקוחות עצמן מכירין חתימתן ויודעין בעצמן שאינו מזויף אם גובה עפ"י הודאת הלקוחות דגבי לוה שייך מגו דמזוייף וכאן אף שיטעון מזויף הא הלקוחות יאמרו שאינו מזויף ע"ש ולפ"ז כיון דבאמת אצל מי שיש לו התורף ישנו הקיום א"כ הלקוחות עכ"פ יודעין שאינו מזויף א"כ שוב א"צ לקיימו דל"ש קנוניא ודו"ק היטב ולפמ"ש בלא"ה א"ש דכל שא"צ לקיימו ודאי מועיל אף למשעבדי וכנ"ל ולפ"ז גם מתוס' שם אין ראיה וכמ"ש. אמנם אי קשיא הא קשיא דמדברי התוס' בשבת דף ע"ח מבואר בהיפך כמ"ש בד"ה ת"ק דלכך צריך לו השטר לטרוף ממשעבדי אם יודה הלוה שאינו מזויף והרי התם קיימינן דת"ק סבר דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ואפ"ה גובה ממשעבדי כשמודה הלוה שאינו מזויף ול"ח לקנוניא. הרי מבואר דאף למ"ד דצריך לקיימו אפ"ה כל שמודה גובה מלקוחות והוא היפוך דברי הש"ך. ובאמת שבחידושי מהר"ם לובלין כתב שהן דברי תימה דהיאך אפשר לומר דבשביל הודאת הלוה יגבה מלקוחות ועיין בחידושי פני יהושע שם שכתב שאין כאן תימא דש"ס ערוך הוא בב"מ דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וגובה מנכסים משועבדים ובאמת שהוא גופא הרגיש דיש לחלק בין למ"ד א"צ לקיימו ולח"ש למזוייף משא"כ למ"ד דצריך לקיימו וכמו שחילק בכתובות דף צ"ב ורצה לדחותו כלאחר יד ע"ש ודבריו אינם נראין ובפרט לפמ"ש החילוק מבואר ונגלה דכל שצריך לקיימו שוב הו"ל א"י אם נתחייבתי ומ"ש דמיירי מלקוחות שקנו אחר הודאת הלוה שלא נפרע. אם אמת שהדין נכון דבכה"ג הו"ל א"י אם פרעתיך דכבר נשתעבדו הנכסים בהודאת הלוה ועיין בקצה"ח סימן ל"ט

שם מ"מ פשטת לשון הש"ס מורה שהכוונה מלקוחות שקנו קודם. ולפענ"ד נראה בישוב דברי התוס' דהנה רש"י פירש שם דצריך לקיימו קאי על הלוה שצריך לקיימו ולומר לא פרעתי ובאמת שבכ"מ הכוונה דצריך לקיימו היינו שהמלוה צריך לקיימו וכבר הרגיש בזה המהר"ם לובלין ועיין בפנ"י שם דשם משמע ליה לרש"י דקאי על הלוה והשטר הוא מקוים תיכף ולפי זה נראה דבאמת ס"ל להש"ס שם דל"ח למזויף דעדים החתומין על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי ורק דכשהלוה בעצמו טוען מזוייף הוא דצריך קיום מדאורייתא וממילא נאמן לומר פרעתי במגו דמזויף ולפי זה שפיר תלוי בלוה דכל שאומר לא פרעתי שוב ל"ש טענת מזויף דכל שמודה שלא פרע שוב א"צ קיום מן התורה ולפ"ז י"ל דבכה"ג ס"ל לתוס' דגובה ממשועבדים דהו"ל א"י אם פרעתיך דכל שמודה שלא נפרע שוב הו"ל ודאי חיוב ואף דהיה יכול לומר מזויף וצריך קיום אבל כיון שתלוי בלוה וכל שאומר לא פרעתי א"צ קיום כלל א"כ ס"ל להתוס' דבכה"ג ל"ח לקנוניא כיון דאתחזק השטר והחיוב אצל הלוה א"כ ממילא הוא נכנס בהשעבוד והלוקחים נכנסים בשעבוד דהא ביד הלוה לקיים השטר תמיד דא"צ קיום המלוה ודו"ק:

ב ובזה מיושב קושית התוס' דנוקי אפכא דר"י ס"ל דצריך לקיים השטר ולכך מותר להשהות ע"פ צלוחיתו משא"כ לת"ק דס"ל דא"צ לקיימו אסור להשהותו מחשש שמא יגבה ולפמ"ש אתי שפיר דכפי מה דס"ל להש"ס שם דבהלוה תלוי הקיום א"כ יש חשש אצל לקוחות כשיודה הלוה שלא פרעו ושוב אסור להשהותו. ובזה יש ליישב גם קושית מהרש"א שם דנימא דת"ק ס"ל דא"צ לקיימו וא"כ א"צ למלוה שיחזירו ללוה דלא אכפת ליה דיוכל לטעון שהוא מזויף ע"ש ולפמ"ש עדיין איכא חשש שמא יגבה בו מלקוחות דכיון דבהלוה תלוי ודאי לא טענינן ללקוחות וכמ"ש ודו"ק. ובזה י"ל גם קושית המהרש"א במ"ש דמה תועלת יש בשטר כיון שא"י לקיימו והקשה המהרש"א ובמהר"ם לובלין דהא צריך לצור לו עפ"י צליחותו דאין איסור לשהותו כלל ומ"ש התוס' דאף בכה"ג אסור לשהותו כמ"ש התוס' אח"כ זה דחוק דעדיין לא ידעו התוס' מזה. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת מ"מ אסור לשהותו דיבא לגבות מלקוחות דבס"ד הוה ס"ל לתוס' דלא טענינן ללקוחות ומכ"ש כאן דס"ל דתלוי בלוה וע"ז חידשו דא"כ מגיע תועלת לו באמת לענין הלקוחות ודו"ק איברא לפ"ז צריך להבין הא דאמר בברייתא דלעיל שם דהמוציא שטר פרוע השיעור כדי שתי אותיות או לכרוך פלייטון וכו' ובמה מיירי ולא אתי לא כת"ק ולא כר"י ועיין מהרש"א שכתב דבשיעור כדי לכרוך כ"ע מודים דחייב וראיתי לה"ה פח"י משבת הלכה ט"ו שכתב על דברי רבינו ודין שטר פרוע הוא כת"ק דברייתא אחרת ודבריו תמוהין לכאורה דא"כ משפרעו פטור ולפמ"ש המהרש"א א"ש

ודו"ק. עכ"פ יהי' איך שיהיה דברי הטור כהש"ך דחיישינן לקנוניא וגם דברי התוס' פירשתי דלדידן דקיי"ל דצריך לקיימו ובמלוה תלוי דהוא צריך לקיימו פשיטא דלא גבי מלקוחות. אמנם כ"ז בשטר שאינו מקוים אבל במה שהעלה הש"ך בסי' ל"ט ס"ק כ"ד ובסי' ע"ט דבכ"מ שיכול לטעון פרעתי אינו גובה מלקוחות בזה נראה לפענ"ד דכל שמודה ל"ח לקנוניא והטעם דכיון דעכ"פ נתחייב בודאי שוב גובה ממשעבדי דהו"ל א"י אם פרעתיך וצדקו דברי הסמ"ע והמהר"ל בן חביב שדעתם דגובה ממשעבדי אף שיכול לטעון פרעתיך דבאמת לא חיישינן לקנוניא כל דליכא ריעותא דנפילה ואף אם ניחוש לזה מ"מ עכ"פ מידי ספק לא יצא וכל שנתחייב בוודאי שוב הו"ל לגבי לקוחות א"י אם פרעתיך. וראיתי בתומים סימן ל"ט שהסכים ג"כ להסמ"ע הנ"ל דלא כש"ך והשיג על אא"ז הב"ח שכתב דאם הודה בניסן שחייב ובאייר הודה שלא פרע דאין המלוה גובה מנכסים שקנה בניסן רק ממה שקנה לאחר אייר והוא תמה דממנ"פ אם חיישינן לקנוניא גם מאייר לא יגבה ואם ל"ח לקנוניא יגבה מניסן וע"כ דחה דבריו. ולפענ"ד יש להדר פני זקיני הב"ח ז"ל די"ל דבאמת כל שיכול לטעון פרעתי שוב הוה חזקה שלא נתבררה בשעתה דהי' יכול לטעון פרעתי בכל עת וא"כ לגבי לקוחות ל"מ חזקת חיוב עד ר"ח אייר שהודה שלא פרע ויש להסכים גם דברי הראב"ד שבבעה"ת לזה ודו"ק. עכ"פ יהיה איך שיהיה בזה צדקו דברי הסמ"ע דלא כש"ך ודו"ק. ובלא"ה י"ל דבשלמא הלוה בעצמו שפיר יש להאמינו בטוען פרעתי דחזקת ממון מסייעתו אבל הלקוחות לגבייהו ל"ש חזקת ממון דהם אינם חייבין מצד עצמם רק מכח הלוה וחזקת הלוה לא מהני לגבי אחר כעין דמחלקו התוס' בכתובות דף ע"ו גבי כלה בבית אביה דלא מהני חזקה שלה לגבי אבוה וכ"כ הרמב"ן דלא מהני חזקת אשה זו לגבי חבירתה ע"ש ובב"ש סי' ל"ז ודו"ק ויש להאריך בזה ואכ"מ:

ג והנה לכאורה יש ראייה להסמ"ע דאף דיכול לטעון פרעתי גובה מלקוחות דהרי בהא דאמרו בב"ק דף ח' דכלם נכנסו תחת הבעלים הקשו בתוס' שם דהא ניזקין מלוה ע"פ נינהו ואיך גובה ממשעבדי וכתבו דמיירי שעמד בדין והו"ל כמלוה בשטר א"נ דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא ע"ש. ולפ"ז לכאורה זה ודאי דעל נזקין יכול לטעון פרעתי דהרי באמת מלוה ע"פ היא ובשלמא לתירוץ התוס' דמיירי כשעמד בדין א"כ י"ל דאינו נאמן לטעון פרעתי ועיין סימן ל"ט אבל לתירוצם השני דהוה מלוה הכתובה בתורה קשה ניהו דגובה ממשעבדי דאית לי' קלא מ"מ פרעתי בודאי נאמן דעכ"פ ל"ש שטרך בידי מה בעי והרי אף דיכול לטעון פרעתי מ"מ גובה ממשעבדי. וראיתי בנמוק"י בפ"ק דב"ק שם שהביא בשם הרמ"ה שכתב דמיירי באופן דאתברר דלא פרע וא"כ אין

ראיה מזה אבל לתירוץ התוס' קשה וע"כ כהסמ"ע והמבי"ט הנ"ל. והנה ראה זה דבר חדש מצאתי בשו"ת הרמ"ע מפאנו סימן קי"ג שכתב דאף דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא היינו לענין למגבי ביה ממשעבדי ניהו דלא הוה כשטר אבל לטעון פרעתי אינו נאמן דקיי"ל הטוען אחר מעשה ב"ד פרעתי אינו נאמן וא"כ מכ"ש למ"ד דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא דאינו נאמן לטעון כלל פרעתי וא"כ ל"ק על הש"ך. ובאמת בדברי הנימוק"י הנ"ל מפורש דלא כרמ"ע וכבר הרגיש בזה בשערי משפט על חו"מ סי' ע'. ומה שהביא ראיה דלא כרמ"ע מש"ס ב"מ דף ק"ב אי בתו"ז תנינא אי לאחר זמן תנינא דתנן מת האב בתוך שלשים בחזקת שלא נפדה דלמא התם הטעם משום דהוה מעשה ב"ד דפדיון הבן הוה ודאי מלוה הכתובה בתורה והוה כמאן דנקיט שטרא וכמ"ש הרמ"ע ולכך א"נ לומר פרעתי משא"כ בשוכר דלאו מלוה בתורה היא ע"ש. ובאמת אי מהא לא אריא דכל הטעם דמעב"ד כמאן דנקיט שטרא בידיה ומסתמא לא פרעו שלא בעדים ולפ"ז זהו בשאר מלוה הכתובה בתורה כגון נזקין וכדומה אבל פדיון הבן דמקרי ממון שאין לו תובעין א"כ למה יחוש לנפשו ולפרע בעדים הא לא יוכל שום אדם לתבעו ולכך שפיר נאמן לטעון פרעתיך ודומה לשוכר ולפי זה אין ראיה לדחות דברי הרמ"ע ואף שמהנימוק"י בב"ק הנ"ל מבואר דלא כוותיה אדרבא מתוס' משמע כוותיה דאל"כ למה לא כתבו דאתברר דלא פרע דהרי נראה מדברי הרמ"ה ג"כ דכל דהוה מצי למטען פרעתי לא היה גובה ממשעבדי וע"כ דלא יכול לטעון פרעתי במלוה הכתובה בתורה וכמ"ש הרמ"ע מפאנו ז"ל ועיין בקצה"ח סי' ער"ח ס"ק ו' שכתב בפשיטות דאף במלוה הכתובה בתורה יכול לטעון פרעתי ולא הרגיש כלל בדברי הרמ"ע הנ"ל ולדברי הרמ"ע י"ל באמת דדוקא אם יכול לטעון פרעתי הוא דלא מקרי מוחזק בבכור כמ"ש הרשב"ם משא"כ במלוה הכתובה בתורה מקרי מוחזק כיון דכתיב בתורה שיתן לו דהוה כמעשה ב"ד דמקרי מוחזק ודו"ק:

ד ובזה י"ל הא דהקשה הש"ך בסי' ס"ו סעיף ל"ה ובסי' קי"ט ס"ק ז' בהא דמבואר בסי' ס"ו דהמוחל מזיק ואינו גובה ממשעבדי והקשה הש"ך הא נזיקין גובה ממשעבדי משום דיש לו קול וכמ"ש ה"ה ולפמ"ש יש ליישב דבאמת יקשה היאך גובה ממשעבדי הא יכול לטעון פרעתי וע"כ כמ"ש הרמ"ע מפאנו דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא ולפ"ז זהו בנזקין הכתובין בתורה כגון שור ובור וכדומה אבל מוחל שטר דודאי לאו כתובה בתורה דמה"ת אינו יכול למכור שטר כלל וגם לא עשה היזק בידים רק קליה בדיבוריה והיזק כזה לא כתוב בתורה ובכה"ג שוב יוכל לטעון פרעתי ואינו גובה ממשעבדי ודו"ק ועיין קצה"ח סי' קי"ט דפשיטא ליה דבנזקין יכול לטעון פרעתי ולא

זכר דברי הרמ"ע הנ"ל ויש להאריך בזה ואכ"מ שוב אחר כמה שנים מצאתי דבר פלא בסמ"ע בסי' ס"ט ס"ק ה' כתב דבכת"י אף אם הלוה מודה אינו גובה מלקוחות דחיישינן לקנוניא והש"ך ס"ק ו' השיג עליו דל"ח לקנוניא כל דלא נפל ומהתימה שהחליפו שיטתם דהסמ"ע ס"ל בכ"מ דל"ח לקנוניא כל דמודה שלא פרעו והש"ך חולק ע"ז וצ"ע. והנה בחו"מ סימן ש"ך ס"ב כתב משנכתב השטר א"י לחזור בו וכתב הסמ"ע דהו"ל כמלוה בשטר לטרוף ע"י ממשעבדי ודוקא כשקצוב בתוך השטר קצבה ידוע ע"ש והדבר תמוה דהא בשטר שכירות יכול לטעון פרעתי דהוא משום דלא נכתב רק כי היכא דלא לחזק עליו ולא נכתב לגוביינא כמבואר בטוש"ע סי' שי"ז ס"א ועסמ"ע שם וא"כ היאך יכול לטרוף ממשעבדי הא חיישינן דלמא פרע וכבר נתקשה בזה הקצה"ח שם ולפמ"ש הסמ"ע בעצמו דאף דיכול לטעון פרעתי גובה ממשעבדי א"ש דברי הסמ"ע. אך לפענ"ד בלא"ה ל"ק קושית הקצה"ח דכל הטעם הוא משום דא"ל לכך כתבו לך שטרא כי היכי דלא תחזיק כמבואר בסוף השואל דף ק"ג וזה שייך שם אבל במקבל שדה דנותן לו כך וכך פירות וא"כ בלא"ה לא יוכל להחזיק בו דיכול לומר לפירות הורדתיך כמבואר בב"ב דף ל"ו ואי א"ל לפירות הורדתיך נאמן וז"ב לפענ"ד:

ה והנה בהא דאמרו בב"ב דף מ' הודאה בפני שנים וצ"ל כתובו ופירש רשב"ם דהא כל שלא נכתב השטר יכול לומר פרעתי משא"כ כשיהיה שטר ולפמ"ש הש"ך קשה דיוכלו לכתוב שטר ג"כ דהרי כל הטעם דא"י לטעון פרעתי בשטר הוא משום דגובה ממשעבדי והרי בהודה שחייב מנה לחבירו בשטר אינו גובה ממשועבדים ואף כשכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אלא א"כ מסרו לו בפני עדים למ"ד עדי מסירה כרתי מכ"ש כשלא צוה לכתוב לו שטר אף שיכתבו שהודה אינו גובה ממשעבדי כמבואר בחו"מ סי' מ' ס"א ועיין ש"ך ס"ק ג' שם וא"כ פשיטא דיוכל לטעון פרעתי ומזה ראיה למ"ש הש"ך סי' ס"ט דכל שיש שם שטר עליו א"י לטעון פרעתי אף שא"י לגבות ממשעבדי. ואגב אזכור בהא דאמר רב נחמן בכתובות דף י"ט אר"ה א"ר אמר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וא"ר נחמן גנובא גנובי למה לך אי ס"ל הלכה כר"מ לימא הלכה כר"מ והקשו בתוס' דלמא מש"ה לא קאמר הלכה כר"מ משום דאיכא דמפיך ליה דר"מ לדרבנן ותירצו דלימא הלכה כרשב"ג דאית ליה בהדיא דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וע"ז שאל אותי אחד מליטא ושמו מוהר"ר יחיאל דוד מווילנא דהא בב"ב דף ק"ע אמרו גם בדרשב"ג איפוך ולא מצי אמר הלכה כרשב"ג ג"כ. והשבתי בראשית ההשקפה דהתוס' כתבו שפיר דהרי רב נחמן דפריך כן לר"ה הוא לשיטתו אמר בהדיא דפליגי בשאינו מקויים דרבי סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ורשב"ג ס"ל דא"צ לקיימו וא"כ

שפיר פריך לימא הלכה כרשב"ג דהוא ס"ל דרשב"ג ס"ל כן ולא תיפך וכתירוצא בתרא דפליגי בלברר דבריו ודו"ק כנלפענ"ד לפי חומר הנושא:

1 עוד נראה לי דהנה בהא דאמרו בגיטין דף י"ז ע"ב איפוך גבי תקנו זמן בגיטין ופירש בעל העיטור איפוך בקמייתא והתוס' והרא"ש פירשו איפוך בתרייתא ופירש הרא"ש דאל"כ הי' לו להש"ס לומר אלא איפוך וראיתי בבאר יעקב בכללותיו הקצרות דהביא ראיה להתוס' והרא"ש מהא דאמרו בכתובות דף יו"ד ומה חזית דמפכת בתרייתא איפוך קמייתא ומה קושיא דלמא באמת איפוך קמייתא וע"כ דאפוך בתרייתא כל שלא אמר אלא. והנה באמת כבר קדמו הר"ן בסוגיא דזמן בגיטין בראיה זו מש"ס כתובות ולפ"ז נראה לפענ"ד דכאן פירשו התוס' דאיפוך היינו איפוך קמייתא והא דלא קאמר אלא משום דהרי אמרו ואבע"א לעולם לא תיפוך והכא בלברר קמפלגי והנה הא דבלברר קמפלגי הוא בקמייתא וא"כ גם איפוך קאי ע"ז דדוקא היכא דליכא גילוי דעת על מה קאי איפוך צריך לומר אלא דמשמע דחזר בו מקמייתא דאל"כ בודאי קאי אדסמיך ליה אבל כל שאמר ואבע"א לעולם לא תיפוך והכא בלברר קמפלגי וזה קאי על קמייתא גם האיפוך קאי בקמייתא כנלפענ"ד כלל מחודש ובזה נראה לפענ"ד ליישב ראיית הר"ן והבאר יעקב הנ"ל דלכך ידע המקשן דאיפוך בתרייתא בכתובות שם דהרי הש"ס אמר ואבע"א כלה רשב"ג היא וחסורי מחסרא וא"כ זה קאי בבתרייתא ולכך ידע המקשן דגם האיפוך הי' קאי על בתרייתא וכמ"ש רק שהש"ס הפסיק להקשות בנתים ומה חזית דאיפוך בתרייתא בתוך התירוצים כנלפענ"ד ועיין בתוס' כתובות דף ק"ב ע"ב ד"ה אימר שכתבו דלכך אצטריך לטעם דאין כתובין ולא קאמר הטעם דחיישינן להתפסת צררי משום דנ"מ אם הודה האב שלא התפיס צררי ובראשית ההשקפה תמהתי דהיאך מועיל הודאת האב לגבי לקוחות דסוף סוף חיישינן שמא התפיס צררי וקנוניא עשה ומצאתי בהפ"י שם שהתעורר בזה. ולפמ"ש המבי"ט א"ש דכל שמודה גובה מהלקוחות וא"כ מכ"ש בזה דל"ח להתפסת צררי בזה. ומיהו בלא"ה נראה דל"ק דהרי באמת אף שהתפיס לה צררי ביארתי בתשובה אחת דלשיטת הר"י מג"ש לא קנה משכון אם נתן הלוה שלא בעת הלואה ולא בתורת גביית ב"ד וא"כ אם נגנב או נאבד לא קנו הבנות ופטורין ועיין בא"מ סי' ק"ה שביאר מטעמים אחרים דהוה פשיעה בבעלים וא"כ אפשר דגם לענין הבנות שהסמיכות על שלחן אביהם דמחשב שמירה בבעלים ועכ"פ אם טוענות נאנסו בודאי היו פטורות ושוב כל שהודה שלא התפיס צררי שוב נאמן גם לגבי לקוחות דל"ש קנוניא דהי' יכולין לטעון באמת דהתפיס צררי רק שנאנס או נגנב והיו נאמנים בשבועה עכ"פ ולכך נאמן האב להודות שלא התפיס צררי וז"ב ויש להאריך בזה ואכ"מ ועש"ך

חו"מ סי' ע"ח ס"ק י"ד בשם הסמ"ע דאף במודה שלא פרע צריך לשבע נגד הלקוחות והנה מדברי הר"ן פ"ק דגיטין גבי אם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו נראה לכאורה ג"כ דאף שיכול לטעון פרוע מ"מ גובה מלקוחות שהרי כתב בשם התוס' ראיה דלא טענינן מזוייף מדאמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק לא יחזיר והאי ע"כ בלאו מקויים עסקינן ואפ"ה אמרינן דיחזיר ואמאי ניחוש שמא מזוייף הוא וע"כ דלא טענינן וע"ז כתב וכ"ת דהיא הנותנת דכיון שיכול לטעון מזוף א"כ למאי ניחוש שמא יגבה מלקוחות דנטעון מזוף ואם נפרע בפני' איהו טעין ואי מודה מודה ליתא דהא מוכח התם דכל שיש לחוש שמא מזוף וטוען מזוף אין מחזירין על סמך שלא יגבה אלא בקיום שטר והביא מהך דמצא שט"ח ע"ש וקשה מה ראיה דשם חיישינן שמא יש בע"ח מאוחר ויבא לפסול השטר המוקדם והוא לא ידע דאתרע בנפילה וא"כ לא יטעון כלל נגדו ולכך כל שאין חייב מודה אין מחזירין ואף דאם לא יטעון אנן טענינן בעבורו דלמא יקיים השטר אח"כ והוא לא ידע לטעון ואנן נמי לא נטעון כל שהלוה יודה אח"כ אבל כל שאין חייב מודה כעת שפיר חיישינן שמא יעשה קנוניא אח"כ ולכך שפיר פריך אבל במוצא שטר הקנאה בשוק ולא נודע מה אומר הלוה והבע"ח המאוחר אין כאן לפנינו כלל מה ניחוש לה אם יבא לגבות ויטעון יהיה נאמן ואם לא טען הבע"ח המאוחר פשיטא דבשביל בע"ח מאוחר אנן לא טענינן כל שאינו טוען דדוקא ליתומים ולקוחות טוענין ולא בשביל בע"ח וכל שלא טען איהו דאפסיד אנפשיה משא"כ כשאנו יודעין שהלוה בעצמו טוען מזוף פשיטא דחיישינן שמא יחזור בו אח"כ ויעשה קנוניא ויש לנו לחוש לתקנת הבע"ח ג"כ כל שאנו רואים ריעותא דנפילה והלוה אינו מודה וע"כ דלא חיישינן לקנוניא וכמ"ש המבי"ט והיא לכאורה ראיה נפלאה ובאמת שהר"ן נדחק מאד בזה דאף שהוא טוען שמזוייף נוסיף אנחנו דלמא הוה כתב ללות ולא לוה ועיין ברא"ש גבי הא דאמר ודוקא אחספא אבל אמגילתא לא ובשו"ת מזרחי הובא בב"י חו"מ סי' ס"ט באורך ובט"ז שם דלא משמע כן ועכ"פ מדברי התוס' והר"ן משמע דלא כהש"ך וכן מבואר שם ע"ב דאם נשאת בגט שאמר בפנ"כ דנאמן כיון דמותרת להנשא קרינן בה לכשתנשא לאחר אבל בלא אמר בפנ"כ אינו נאמן לגבי לקוחות משמע דזה דוקא כשלא נודע אם מערער הבעל או לא אבל אם הבעל היה מודה דנתנו להשליח היה נאמן אף דיש לחוש לקנוניא. ומיהו יש לדחות דשם כיון דקרינן בה לכשתנשאי לאחר לכך נוטלת אף מלקוחות ואף לתוספת כתובה דל"ש הדרש משא"כ בגט ל"ח לקלקולא דבעל והרי אם הבעל מביא גיטה א"צ שיאמר בפנ"כ משום דל"ח לקלקולא ומסתמא גובית כתובה אף מלקוחות ול"ח לקלקולו ודו"ק. והנה בהא דאמרו בב"מ דף ט"ו כשעמד בדין והקשו

כל הקדמונים הובא בשטמ"ק שם דאיך גובה ממשעבדי הא יכול לטעון פרעתי ע"ש שנדחקו מבואר דא"י לגבות ממשעבדי כל דיכול לטעון פרעתי. ובגוף קושית הקדמונים נראה לפענ"ד דמזה ראיה למ"ש הרמ"ע מפאנו סי' קי"ג דאף דמלוה הכתובה בתורה אינו גובה ממשועבדים מ"מ לענין פרעתי א"י לטעון דהו"ל כמעשה ב"ד דא"נ לומר פרעתי ע"ש ובתשובה הארכתי ליישב קושית השערי משפט סי' ע' ע"ש וא"כ כיון דמיירי בגזלן דהו"ל מלוה הכתובה בתורה ובודאי א"י לטעון פרעתי ודו"ק ועיין חו"מ סי' ל"ט סט"ו ובש"ך שם ס"ק כ"ד השיג על הסמ"ע ואזיל לשיטתו ועיין ט"ז ומהרש"ך בהגהות שם שהביא שו"ת מהרי"ט והוא בחלק חו"מ סי' מ"ו:

ז והנה בשנת תרח"י ג' משפטים היה אצלי החריף מוה' מרדכי מיזיש נ"י ואמר לי על קושית המהרש"א בברייתא דשטר פרוע חייב והקשה דהוא דלא כרבנן דאסור להשהות שטר פרוע וכר"י ג"כ לא אתי דא"כ שטר קטן נמי וע"ז אמר הוא דאם נימא דלהשהות ע"פ פשיטי דספרא שרי כמ"ש הריטב"א הובא בש"ך חו"מ סי' נ"ז ס"ק ב' א"כ א"ש דמיירי בכה"ג והוא חייב. וע"ז השבתי דא"כ יקשה היאך אמרו רבנן דמשפרעו פטור והא משכחת לה דחייב כגון שמשהה על פשוטי דספרא. ובאמת לשיטת הריטב"א קשה זה ולכאורה רציתי לומר דאם נימא דלהס"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו שוב לא ישהה על פשיטי דספרא דהא הלוה לא יחזיר ליה דמה איכפת ליה בשטר דהא יכול לטעון פרעתי. אבל אין זה סברא דמ"מ ניחא ליה ללוה שלא יצטרך למיקם בדינא ודיינא. אמנם העיקר נראה דעכ"פ צריך לו לא מקרי כיון דגוף השטר אין בו תועלת רק שהלוה יחזיר לו עי"ז פשיטי דספרא וא"כ גוף השטר א"צ לו מקרי דמה בצע לו בשטרו הא הלוה מחוייב בלא"ה להחזיר לו פשיטי דספרא ועכ"פ מלאכה שא"צ לגופה היא דיותר היה נוח לו שיחזיר לו השטר והוא יתן לו פשיטא דספרא ובשלמא כשלא פרע הרי השטר תועלת שיוכל להוציא מידו בלא שבועה וכדומה וגם מהלקוחות א"כ צריך לגוף השטר אבל כאן עכ"פ גוף השטר א"צ לו ניהו דהוא מותר לעכב משום פשיטי דספרא מ"מ הוא א"צ לזה והוה מלאכה שאצל"ג דפטור. איברא דלפ"ז יקשה למה לא מוקי פלוגתא דר"י ורבנן דר"י לשיטתו דס"ל משאצל"ג חייב וא"כ אף משפרעו חייב באם צריך לזייר על פשיטי דספרא. אמנם הדבר נכון דהרי סתמא אר"י והרי בשכבר פרע פשיטי דספרא שוב א"צ לו כלל וע"כ דר"י מתיר להשהותו סתמא ודו"ק ועיין בתוס' ד"ה ת"ק שכתבו דאין לו תועלת בשטר דאם יודה זה לא מכח השטר והוא כעין הסברא שכתבתי דלשהות אפשיטי דספרא אין תועלת לו בגוף השטר. ובגוף הדבר דמותר להשהות על פשיטי דספרי לפענ"ד היה נראה דתלוי בזה אי כשכותב שובר אסור להשהות השטר או לא דאם

נימא דאף בשכתב שובר צריך לשרפו מטעם שמא יאבד השובר ויגבה ממנו א"כ פשיטא דאם חשו לחששא כזו מכ"ש דאסור להשהותו אפשיטי דספרא שמא ימות המלוה או שיכפור בו ויראה השטר או היורשים ויצטרך הלה לשבע נגדו או שהיתומים יגבו בלא שבועה אבל אם נימא כשיטת הש"ך בסי' נ"ז דכל שכותב השובר יכול להשהות השטר ול"ח שמא יאבד ה"ה דל"ח גם לזה שמא ימות המלוה או יכפור בו ומותר להשהותו על פשיטי דספרא ולפ"ז כאן דכתב רש"י דאף בכותב שובר ג"כ חיישינן וה"ה על פשיטי דספרא דל"מ להשהות אבל באמת לא קיי"ל כן רק דכאן לענין שבת כל שיש צורך קצת חייב לענין שבת וכמ"ש התוס' ד"ה ת"ק דאף לר"י אסור להשהותו דשמא יקיימנו באקראי בעלמא וא"כ ע"כ דחיישינן לענין שבת דמ"מ יש צורך קצת וחייב בשבת על הוצאה א"כ ממילא גם על פשיטי דספרא ג"כ שייך איסור הוצאה דיש חשש בזה ובזה מיושב היטב הא דמקשה בשערי משפט וביד דוד על הש"ך דכתב דכל שכותבין שובר אין חשש והקשה מדברי רש"י אלו ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לא קיי"ל כן רק לענין חיוב הוצאה בשבת כתב רש"י כן וכמ"ש ודו"ק היטב. והנה בשנת תרכ"ב מצאתי בתוס' כתובות דף ק"ב ד"ה לברור לו כהן שכתבו דהול"ל שכתב לו משום דלא לימא פרעתי והרי פדיון הבן הוה מלוה הכתובה בתורה וא"י לטעון פרעתי וכאן ל"ש מ"ש למעלה דלא חש לפרוע שלא בעדים משום דהו"ל ממון שאין לו תובעין דז"א דהא כאן מיירי במכירי כהונה כמ"ש התוס' וא"כ ודאי א"י לטעון פרעתי דכל כמה דלא הדרי בי' ודאי דלא פרע לו ודוחק לומר כיון שהיה יכול לחזור בו שוב לא חש לפרוע בעדים דז"א דס"ס הו"ל מכירי כהונה ומסתמא לא חזר בו וע"כ דלא כרמ"ע ומדברי התוס' מבואר דיכול לחזור בו כמ"ש בב"ק דף קכ"ג ומזה ג"כ קשה על המהרי"ל שמובא בקצה"ח סי' ער"ח ס"ק ט"ו ודו"ק:

סימן ח

א לחכם אחד.

ב מה ששאל בהא דאמרו בשבועות דף ל"א במשנה השביע עליהם חמשה פעמים חוץ לב"ד ובאו לב"ד והודו פטורין כפרו חייבין על כל אחת וכו' אר"ש מ"ט הואיל ויכולין לחזור ולהודות והקשית היאך יכול לחזור ולהודות כיון שכבר נשבע לשקר וארבעים בכתפיה וכשר והא בשבועת שקר נפסל לעדות. הנה יפה הקשית אבל תמהני דכבר קדמך התומים סי' כ"ח ובקצה"ח שם בקושיא זו ואחרי שדפקת על דלתי אמרתי להשיב. דהנה בסי' ל"ד מבואר דדוקא בשבועה דלשעבר הוא דפסול ולא בשבועה דלהבא

והטעם מבואר בריב"ש דבשבועה דלשעבר יצא שקר מפיו וחשוד לשקר בעדות משא"כ בלהבא לא נחשד שיצא שקר מפיו היוצא מזה דמה שפסול בשבועת שקר ושוא הוא משום דנחשד לשקר ולפ"ז באם השביעו שיודעין לו עדות והם כופרים שא"י לו עדות ואח"כ חזרו ואמרו ששכחו בשעת השבועה וכדומה וא"כ ממנ"פ מהראוי שיכשרו דאם אמת העידו כעת א"כ טוב ויפה דלא אברי סהדי אלא לשקרי ואם אינו אמת א"כ העידו אמת בשעת השבועה שאין יודעין לו עדות וכיון שלא נשבעו לשקר מה"ת למפסלי אח"כ כשאומרים ששכחו הא לא נשבעו לשקר וע"כ כשאתה חושדן שנשבעו לשקר הוא בשביל שיודעין לו באמת עדות א"כ ממנ"פ מהראוי להאמינם וז"ב לדעתי. ובזה יש ליישב גם דברי ר"מ הארוך שהובא בב"י וש"ע סי' כ"ח סט"ו שם דאם העידו עפ"י חרם שלא בפני בע"ד יכולין לחזור ולהעיד שנית לפני בע"ד ואף שישנו ממה שהעידו בתחלה והביא ראיה מהמשנה דהשביעין חמשה פעמים ותמהו העבוה"ג סי' ג' והתומים והקצה"ח שם דהרי עכ"פ חשידי אשבועה. ולפמ"ש אתי שפיר דממנ"פ כשרים. אמנם זה אינו דשם שהגידו אח"כ שלא כדבריהם הראשונים א"כ יש לחוש שמא גם עכשיו שקרו בכמה פרטים דהרי חזינן דנשבעו לשקר וכפי הנראה כוון הר"מ הארוך דכל שנשבעו חוץ לב"ד יכולים העדים להתנצל דסברי דכמו דשבועת העדות ליתא חוץ לב"ד כמו כן גם שבועת ביטוי ל"ש חוץ לב"ד לכך נשבעו לשקר דל"ח מה שנשבעו לשקר חוץ לב"ד ואף דבאמת אסור לשבע בשקר מ"מ יכלו להתנצל כך ולכך לא מקרי חשידי על השבועה וראיתי באחרונים שהבינו שהר"מ הארוך הביא ראיה דיכולים לחזור ולהעיד ול"ח שמא יחזיקו דיבורם כל שכבר העידו וע"ז הביא מהמשנה דהשביעם חמשה פעמים וע"ז הקשו האחרונים דל"ד לשם דשם היה חוץ לב"ד והאריכו בזה ובמחכ"ת הלא הר"מ הארוך מיירי כששינו בעדותם מפעם הראשון ול"ש לאחזוקי דיבורם ועיקר ראייתו היא אם נאמנים אף שכבר נשבעו או קבלו בחרם וז"פ. שוב ראיתי בב"י סי' כ"ח שהביא בשם הר"מ הארוך גם לזה ראיה מהמשנה הנ"ל דלא אמרינן דנוגע בעדות ועביד לאחזוקי דיבורי' בשביל שכבר נשבע ע"ש ולזה רמזו האחרונים. ולפענ"ד ראיית מהר"ם הארוך הוא מהשביעם בב"ד וכפרו דאינם חייבין אלא אחת ומטעם דא"י לחזור ולהודות ות"ל דאמרינן דעביד לאחזוקי דיבורא מיהו גם זה יש לדחות. נחזור לראשונות דדברי המהר"ם הארוך לענין מה שקבלו בחרם נראין דעיקר הכוונה הוא דכל שהוא חוץ לב"ד יוכלו להתנצל ולומר דל"ח לשבע לשם שא"י לו עדות וגם בלא"ה י"ל לפמ"ש הר"ן שם גבי שכנגדו חשוד על השבועה אחד שבועת העדות וכתב הר"ן דיכלו העדים לומר ששכחו א"כ לכך לא נפסלו משום שבועת שקר וכ"כ בקצה"ח שם אלא שהקשה דאל"כ

בב"ד נמי. אך לפענ"ד נראה דבאמת דעת הרשב"א דמי שנשבע א"י להתנצל ולומר דשוגג הייתי או שכחתי וכן קי"ל בסי' ל"ד ועיין ש"ך סי' צ"ב שחשבן לתרתי דסתרי. אך לפענ"ד נראה דבאמת הא דכתב הר"ן דיוכלו להתנצל ולומר שכחנו הוא באמת טענה גרועה וצ"ל כיון דהוה מלתא דלא רמיא עליה דאיניש לאו אדעתיה. אך באמת צ"ב כיון דעובר על אם לא יגיד ומצוה להעיד אמת ל"ש מלתא דלא רמיא עליה דאיניש דרמי ורמי להגיד האמת ולא להיות כובשי עדותן וצ"ל דכיון דאיכא למ"ד דאין עליהן מצות ותורת עדות וא"כ שוב יוכלו להתנצל ולומר שכחנו דהוה מלתא דלא רמיא עליו דאיניש ומעתה לכך בהשביעם חוץ לב"ד דהוה מלתא דלא רמיא עליו דאיניש שפיר חייבים על כל אחת ואחת דיוכלו לחזור ולהעיד אבל בהשביעם בב"ד לא יוכלו להתנצל בטענת שכחה שוב א"י לחזור ולהודות וז"ב כשמש: ובזה מיושבין דברי הע"ש והסמ"ע סי' צ"ב דשם מיירי כגון דחשודין על שבועת עדות היינו בנשבעו חוץ לב"ד ואף דחוץ לב"ד לא מקרי שבועת עדות אבל כיון שבא השבועה ע"י עדות לא על כפירת ממון מקרי שבועת עדות. ובזה יש ליישב קושית הרב מוה' ליב סינץ שהביא הבה"ז בכריתות דף י"ב בהא דאמרו מודה ר"מ באמרו לו שנים יודע אתה בעדות מיגו דיכול לומר לא נתכוונתי וכו' והקשה ת"ל דיכול לומר אשתלי ולפמ"ש שם מיירי בהשביעו בב"ד ול"ש לומר אשתלי דשם רמי אנפשי' לשבע באמת דשם צריך להעיד ודו"ק. ובזה יש ליישב דברי הר"ר מנחם גם מה שהביא ראיה דלא אמרינן דעביד לאחזוקי דיבורא והקשו האחרונים דמה ראיה דשם היה חוץ לב"ד ולפמ"ש עיקר ראיית הר"מ הארוך דאם נימא דעביד לאחזוקי דיבוריה ולא נאמן אח"כ א"כ שוב ל"ש לומר אשתלי דהא רמי אנפשי' ומדכר דאם יאמר שא"י שוב א"י להעיד דנימא דעביד לאחזוקי דיבורי' ולכך רמיא אנפשי' ומדכר. ועדיין יש לפקפק קצת בזה. עכ"פ מ"ש לעיל יש לו פנים. ויש ליישב בזה הרבה דברים מה שהאריך התומים בסי' צ"ב ובקצה"ח סי' כ"ח ולא נפניתי כעת ודו"ק:

ג והנה לכאורה ק"ל דאמאי יהי' חייבין ק"ש הא יוכלו לומר דמה שאמרו תחלה שא"י לו עדות היינו שלא כוונו לשם עדות כדאמרו בכריתות דמודה ר"מ דיכול לומר לא נתכוונתי להעיד וא"כ ל"מ אם נימא כשיטת רוב הפוסקים דס"ל דאף שלא כוונו להעיד מ"מ בדיעבד כשרים להעיד אף שלא כוונו והא דאמרו בכריתות דיכול לומר לא נתכוונתי להעיד היינו שבזה יכול לפטור עצמו מק"ש דסבר כשלא כוון פסול להעיד. ובאמת שכן נראה גם מקידושין מ"ג בהא דאמרו גבי שליח דאין נעשה עד אילימא דלא א"ל הוו עלי עדים וכו' ולמה לא אמר דלא כוון להעיד ועי' בתוס' שם וא"כ יוכלו לומר דעכשיו שמו אל לבם והעידו וא"כ א"ח ק"ש כלל אלא אף לפמ"ש התוס' ישנים בכריתות שם דאם לא

כוונו. להעיד פסולים להעיד מ"מ יוכלו לומר דמתחלה סברי דלא כוונו להעיד ועכשיו נזכרו שכוונו להעיד ואף להרשב"א דעדים אינם נאמנים לומר ששכחו היינו שישכחו כל העדות זה מלתא דל"ש שישכח כל הענין ופשיטא דכל שנשבע שלא ידע לא יוכל להתנצל בזה לומר ששכח כל הענין אבל אם יאמר שלא כוון ועכשיו נזכר שכוון בזה פשיטא דנאמן והיא קושיא גדולה והנראה בזה דהנה בלא"ה הקשה הר"ן בהא דקתני במשנה דאם אמרו אין אנו יודעין לך עדות ונשבעו דחייבין והא כיון שאמרו אין אנו יודעין כיון שהגידו שוב אין חוזרין ומגידין וכתב דמאין יודעין ליודעין ל"ח חוזר ומגיד דכל שא"י ל"ח הגדה כלל ע"ש ועיין בב"י סי' כ"ט ולפ"ז זהו כשאומר א"י אבל אם יאמר דמיון בתחלה שיודע רק שלא כוון להעיד ואח"כ נזכר שכוון להעיד א"כ הו"ל חוזר ומגיד וזה אינו נאמן לחזור ולשנות וז"ב מאד. ובזה מיושב היטב דברי הר"מ הארוך הנ"ל דשפיר מייתי מהמשנה דזה החילוק שבין השביעם בב"ד ובין השביעם חוץ לב"ד דבב"ד כיון שא"י לחזור ולהגיד א"כ שפיר חייב דלא יוכל להתנצל אבל חוץ לב"ד דיכול לחזור ולהעיד א"כ שוב לא הוה שבועת שקר דבשעה שיצא מפיו לא הוה שקר דהא יכול להתנצל ולומר שכוון באמרו א"י שלא כוון להעיד וא"כ ניהו דאח"כ אומר שכוון להעיד אבל כל שבשעה שנשבע היה יכול להתנצל ולומר שלא כוון להעיד א"כ שוב דומה לשבועה דלהבא דלא נפסל ומטעם שכתב הריב"ש דכיון שבשעה שנשבע לא יצא שבועה לשקר מפיו אף הוא אינו חשוד לשקר וא"כ גם בזה לא נפסל משום שבועת שקר וחייב משום שכפר בעדות דבחוץ לב"ד היה יכול לחזור ולהעיד ולא נפסל בזה וז"ב ודו"ק היטב כי הוא חריף:

ד והנה הסמ"ע בסי' כ"ט כתב בשם תשובת הרא"ש דאם אמרו אין אנו זוכרין סתם לא יוכלו לחזור ולהעיד ואם אמרו אין אנו זוכרין עתה יוכלו לחזור ולהעיד והט"ז חולק עליו דאף באין אנו זוכרין סתם ג"כ יכלו לחזור ולהעיד ע"ש ובתומים שהסכים לזה ולא זכיתי להבין דא"כ גם באמרו אין אנו יודעין לך עדות יאמרו דבשביל שלא זכרו אמרו שלא ידעו דכל שלא זכרו מעדות סברו דלא ידעו כלל מעדות וא"כ מה הקשה הר"ן דהו"ל חוזר ומגיד והא באין אנו זוכרין יוכלו לחזור ולהעיד וע"כ דבסתם א"י לחזור ולהעיד אף באין אנו זוכרין וז"ב לדעתי. וראיה ברורה מהא דאמרו בכריתות מגו דיכלו לומר לא נתכוונתי יקשה אף אם נימא דעדים לא יוכלו לומר דאשתלי וכשיטת הרשב"א היינו ששכחו העדות אבל שלא יזכרו זה ודאי שכיח שאדם אינו זוכר וא"כ יוכלו להתנצל מאי אין אנו יודעין דאמרנו שלא זכרו וזה יותר במשמעות הלשון ממה דלא כוונו לעדות וע"כ דאין אנו זוכרין שוה לאין אנו יודעין. ובזה יש ליישב הקושיא הנ"ל דהרי הט"ז

הקשה על הסמ"ע מהא דאמרו בכתובות ולא דכיר מר וכו' הרי דהעידו אף שלא זכרו אבל בהגהת הרא"ש תירץ דשם כיון דהי' חוץ לב"ד יוכלו לחזור ולהעיד כשנזכר ועיין תומים ולפ"ז שפיר י"ל דלכך לא נפסל לשבועה דיוכלו להתנצל כל שנשבעו חוץ לב"ד דמאי אין אנו יודעין דקאמרו אין אנו זוכרין דבזה אף לשיטת הרשב"א יוכלו להתנצל וכמ"ש למעלה וא"כ הי' יכולים לחזור ולהעיד ושפיר חייבין משום שבועת עדות ודו"ק היטב כי נכון הוא מאד: והנה במ"ש למעלה בשם התוס' ישנים בכריתות דעדים שלא כוונו להעיד א"י להעיד באמת דבריהם תמוהים וכ"כ בזה במק"א ולא ידעתי כעת מקומו אבל כעת תמהני דא"כ היאך מהני עדי חזקות שאכלו ג' שנים וכדומה ואטו בשעת מעשה כוונו להעיד הא אז לא היה מערער כלל ועבב"י חו"מ סי' קמ"ה ובש"ך שם ס"ק א' שפלפלו דחטים וקטנית הוה מלתא דלא רמיא עלייהו ע"ש ואפ"ה מועיל עדותן אף שלא כוונו להעיד וביותר יקשה דהיאך מועיל סילוק בפיסול ממון כמבואר סי' ל"ג וסי' ל"ז וסי' קכ"א וסי' ק"מ הא עכ"פ טרם שנסתלקו הי' פסולים להעיד ולא כוונו עכ"פ להעיד דלא ידעו שיסתלקו אח"כ והיאך יכשרו אח"כ וגם גוף דברי התו"י נעלם הטעם דלמה לא יכשרו. ולכאורה רציתי לומר כיון דבעי דו"ח וא"כ כל שלא נתכוונו להעיד היאך שייך דו"ח הא הוה מלתא דלא רמיא עליה ולא מדכרו שפיר וא"כ איך יפסלו בדו"ח. אך שבאמת לפ"ז שוב אין מקום לדבריהם דא"כ לדידן דקי"ל דבד"מ נתבטל הדו"ח משום נ"ד וא"כ ממילא יכשרו להעיד ובזה אמרתי ליישב דברי הירושלמי בפ"ב דקידושין שנחלקו אמוראי אם בקידושי כסף כשרין להיות שליח נעשה עד וח"א דבכסף לא ור"י אמר כיון שהאמינתו תורה אף בכסף כשר והדבר תמוה דהא ע"כ הא דבכסף אין נאמנים הוא אחר שתקנו שבועת היסת וכמ"ש התוס' בקידושין מ"ג וא"כ מ"ט דר"י דמכשיר הא הוו נוגעים. ולפמ"ש א"ש דבאמת הריטב"א הקשה דלסלקו מייניהו דמלוה ויכשרו. אך באמת י"ל כיון דבעי כוונה לעדות ורק משום דבד"מ א"צ דו"ח א"כ כאן ממנ"פ פסול דאם אזלת בתר ד"ת שוב פסול דמה"ת צריך דו"ח בד"מ ואם בתר דרבנן אזלית שוב הוו נוגעין לדידן דתקנו שבועת היסת ומעתה זהו שנחלקו דר"י אמר שמכיון שהאמינתו תורה וא"כ עכ"פ כוונו להעיד דמה"ת כשרין להעיד ושפיר נ"מ טובא דעכ"פ מה"ת יהי' הקידושין קידושין שוב אף דמדרבנן פסולין שוב מועיל סילוקן וז"ב. ובזה יש ליישב קושית האהע"ז בחידושיו לב"ב דף כ"ט בהא דאמר כגון דנקיטי אגר ביתא והקשה הוא דלמא באמת כבר שלמו ורק דאערומי קא מערמי כדי שלא יצטרכו לשלם שנית וא"ל דיש להם מגו דיאמרו פרענו למשכיר הא השתא דתקון שבועת היסת אין להם מגו כמ"ש התוס' שם וא"כ לדידן אין כאן מגו. ולפמ"ש א"ש דבאמת לכאורה

קשה דהא לא גרע מאילו נסתלקו אח"כ דמועיל וכמבואר בטוש"ע סימן ק"י ס"ט בשם רבינו יונה וא"ל דממנ"פ לא מועיל דמה"ת לא כוונו להעיד ופסולין ומדרבנן שוב הוו נוגעין דז"א כיון דמה"ת נאמנים שוב לא הוה לא כוונו להעיד וכדאמר ר"י ואף דאנן קיי"ל דשליח אינו נעשה עד בקידושי כסף היינו משום דבקידושין כל שמדרבנן פסולין הוה כמקדש בלא עדים משא"כ שם ודו"ק. אבל העיקר נ"ל דגם התו"י מודים באם ראו בעצמם לא פסילי רק באם שמעו מבעלי דבר דהיינו עדי הודאה כדנראה מלשונם ודו"ק וכ"כ בכוונתם בשערי משפט סימן צ"ב ול"ק כל הקושיות שהקשיתי. ומצאתי אחר זמן רב בשו"ת פמ"א ח"ג שהביא דברי התו"י הנ"ל ותמה על הפוסקים שלא הזכירו דבריהם ומהתימה לתמיהתו שלא נתעורר כלל דדבריהם כפשטם מוקשים המה אך לכבוד רבותינו הקדושים שלא יהי' דבריהם תמוהין כ"כ יגעתי ומצאתי סמך לדבריהם מש"ס ערוך בכתובות דף כ"ח ע"ב וכלן אם היה נכרי ונתגייר עבד ונשתחרר אינם נאמנים וריב"נ ס"ל דנאמנים ופירש הש"ס דת"ק סבר דהואיל ונכרי הוה לא הוה דייק וריב"נ סבר כיון דדעתי' לאגיורי מידק דייק הרי דעכ"פ כשלא דייקו אינם כשרים להעיד אף דשם לא בעינן שיהיה תחלתו וסופו בכשרות אפ"ה פסול כיון שלא הי' יכולים להעיד בעת ההוא לא דייקו וע' בחידושי ריטב"א שם. הן אמת דצריך להבין דמה בכך דלא דייקו הא בממון לא אברי סהדי אלא לשקרי וכיון שכעת הוא מעיד שהיה כן הענין ולא חשדינן לי' שמשקר א"כ מה בכך שלא כוון להעיד. אך נראה דהדבר תלוי מה שהפסול תלוי בו דאם הפסול הוא בשביל שחשדינן לו שמשקר כמו גנב וגזלן וכל פסול בעבירה דחשדינן דבשביל הנאת ממון ישקר א"כ כל שכעת הוא מעיד אף שלא כוון להעיד כל שכעת הוא מעיד ואומר שראה הענין כך הוא כשר לאפוקי אם הפסול הוא להיותו קרוב וא"כ מה בכך שאח"כ נתרחק שוב הוא פסול דלא כוון להעיד בשעת מעשה דאז היה פסול ול"ש לומר דמה בכך כעת ידענו דלא היה משקר דז"א דאטו קרוב פסול בשביל דמשקר הרי אף משה ואהרן פסולין וגזה"כ דקרוב אין עליו שם עד וא"כ הרי לא כוון בשעת מעשה להעיד ולפ"ז גם נכרי ועבד דאף דידענו דלא משקרי פסולין ודברי רבינו יקיר שבהג"א פ"ק דגיטין והובא בב"י חו"מ סי' ל"ד שמכשיר בעכו"ם אשר ידענו דלא משקרי נדחין הם כמ"ש הב"י שם וא"כ שפיר אמרו הטעם דלא מידק דייק משום דשם פסול מצד שאין שם עדות על נכרי ועבד וא"כ שפיר אמרינן דאף שכעת נתגייר ונשתחרר בעת ההוא לא דק ולא הי' עליו שם עד:

ה ובזה נראה לפענ"ד הטעם דבממון מועיל סילוק אף דלא הוה תחלתו בכשרות משום דכל הטעם דבעי תחלתו וסופו בכשרות הוא משום דאל"כ הרי לא כוון להעיד. ולפ"ז

זהו אם הפסול בשביל קורבה א"כ לא חשדינן למשקר רק שאין עליו שם עד ולכך פסול כל שאין תחלתו בכשרות אבל בממון דאין הפסול רק בשביל דחשדינן דמשקר להנאתו ונוגע אינו מטעם קרוב ועיין בסמ"ע ר"ס ל"ז ובש"ך שם וא"כ כל שנסתלק ואינו נוגע שוב הוא כשר אף שלא נתכוין להעיד וז"ב. ומן האמור נראה דיש ליישב דברי הש"ך בחו"מ סי' ל"ד ס"ק ל"ג שדעתו דבפסולי עבירה כל שחזרו בתשובה כשרים להעיד והיינו מטעם שכתבתי כיון דעיקר מה דתחלתו בפסול פסול הוא משום שלא נתכוין להעיד ולפ"ז זה בפסול קורבה אבל מה דפסול משום שחשדינן למשקר כל שהוסר החשש שוב כשר וז"ב. ובזה הן נסתר מחמתו מה שהאריך התומים לדחות דל"ש בזה תירוץ התוס' דפסול נוגע אינו פסול לכל אדם ולכך כל שנסתלק כשר וזה ל"ש בפסול בעבירה ולפמ"ש א"ש דעיקר הטעם דמה שאינו פסול לכל העולם הוא בשביל שכל שאינו פסול כללי ועיקר החשש הוא בשביל שמשקר א"כ כל שנסתלק החשש הנ"ל שוב ל"ש הפסול דאף דלא כוון כשר וגם לתירוץ הראשון משום דבידו לסלק עצמו הוא ג"כ דלא נדחה והוה עליו שם עד כל דבידו לסלק עצמו מפסול וא"כ הוה תורת עד אף שלא כוון להעיד וא"כ ממילא ה"ה בפסול מחמת עבירה וממילא ל"ק מהי' יודע לו עדות בשעה שהיה חתנו דשם הוא בשביל קורבה וכמ"ש. ומה שהקשה ממ"ש גבי פסולי עדות היינו משחקי בקוביא כמ"ש רש"י ופירש הרא"ה דכעת עשו תשובה וא"כ למה נאמנים לרבנן ואף דהי' תחלתו בפסול כמ"ש התוס' שם ד"ה מלוה וא"כ מבואר דלא כש"ך. הנה לדבריו הי' לו להקשות טפי דהא משחקי בקוביא הו"ל רק פסול דרבנן ובפסול דרבנן נראה מדברי הש"ך סי' ל"ה ס"ק ז' דלא אכפת לן בתחלתו בפסול וא"כ למה יפסול וע"כ דהתוס' יפרשו דפסולי עדות היינו קרובים כמ"ש רש"י גם לזה וא"כ לק"מ ובזה יש ליישב הרבה קושיות של התומים שם ועיין בהרא"ש פ"ב דגיטין שהביא המהריב"ל והתומים שם מבואר בהדיא דכל דהפסול הוא בשביל דחשדינן ליה למשקר כל שהוא כשר כעת כשר העדות והיינו כמ"ש ודו"ק:

ו והנה לכאורה קשה בהא דאמרו בב"ב דף קנ"ה ע"ב דקטן פסול לעדות משום דכתיב ועמדו שני האנשים ולא קטנים וכ"כ הרמב"ם פ"ט מעדות ה"ז ובטוש"ע חו"מ סי' ל"ה וקשה לשיטת התוס' ישנים דכל שלא כוונו להעיד א"י להעיד א"כ קטן דאין לו מחשבה וכוונה ועיין בחולין דף י"ב ברש"י ותוס' שם וא"כ פשיטא דפסול דלא כוון להעיד. והנ"ל בזה דנ"מ באם היה הקטן מצטרף עם גדולים דאם נימא דהפסול הוא בשביל שלא כוון בכה"ג שהי' שני עדים כשרים שכוונו לא נפסל עדותם בשביל הקטן דבכה"ג אמרו במכות דף ו' דשואלין אותם אי למחזי אתו או לאסהודי קאתו אבל אם הפסול בשביל

שהם קטנים הוה פסול הגוף נפסלו וא"ל דאכתי כל שלא כוונו להעיד כיון דקטנים היו שוב כשרים כמבואר בסי' ל"ג גבי קרוב ופסול. אמנם י"ל דלפמ"ש הש"ך שם דכל שלא כוונו כלם אז פסול א"כ נ"מ לענין זה. אך ז"א דהא לפי שיטת התו"י כל שלא כוונו להעיד שוב פסולים וע"כ לא כתב הש"ך רק לדידן דלא קיי"ל כהתו"י הנ"ל אך י"ל דמחשבתם נכרת מתוך מעשה יש להם ועיין בחולין שם ברש"י ותוס' וברמב"ם פ"א מפהמ"ק ובלח"מ וא"כ שוב אין לך מחשבתו נכרת מתוך מעשיו גדול מזה ובלא"ה בד"נ לשיטת התוס' לא מועיל אף שאמרו שלא נתכוונו להעיד דהא התרו בהם:

ז ובזה יש ליישב מה ששאל אותי הרב מוה' אברהם ראש ישיבה מהורדנא נ"י דלמה לי קרא למפסל קטנים ת"ל דהו"ל עדות שאילה"ז דקטנים לאו בר עונשין הם וכ"כ רש"י בעצמו בב"ק דף פ"ח ד"ה פסולה ע"ש ולפמ"ש נ"מ כגון שנצטרפו עם עוד שנים כשרים דמצד עדות שאילה"ז כל שנוכל לקיים הזמה באלו הכשרים לא אכפת לן באותן עדות ובאמת מזימין כלם רק שאינם בתורת הזמה ועיין ברמב"ם פ"כ ה"ג מעדות דאם היה הפסק אין נענשין רק הראשונים ומכ"ש בזה שאינם בני עונשין אבל אם הי' פסולי הגוף שוב נפסלו כלם דהוה כמו נמצא אחד מהם קרוב או פסול אך העיקר דלק"מ דבאמת אין ועמדו שני אנשים מיותר דצריך לכתוב אנשים ולא נשים רק דממילא מכלל אנשים משמע גדולים ולא קטנים אבל אינו מיותר ולק"מ. איברא הא דצריך בב"ב שם לקרא דועמדו שני אנשים ות"ל משום דבעינן עדות שאילה"ז. אך באמת הדבר נכון דשם מקשה אלא מעתה הא דתנן הפעוטות מקחן מקח ה"נ דעדותן עדות וא"כ קאי על תקנת רבנן וא"כ כיון דמדרבנן א"צ דו"ח וא"כ ממילא א"צ עדות שאילה"ז דלא כש"ך בחו"מ סי' ל"ג ובתשובה הארכתי בזה וא"כ קשה יהי' כשר לדידן וגם לפמ"ש דפסול משום דאין לו כוונה כיון דחז"ל תקנו דמקחן מקח וא"כ יש לו כוונה במו"מ א"כ ג"כ יש לו כוונה להעיד וע"ז משני דכתיב ועמדו שני אנשים ולא קטנים ונתמעטו מקרא ממשמעותיו דקרא וז"ב:

ח ובזה מיושב דמהראוי לפסול עדים קטנים משום שאין שייכים באותו דבר דאין מקחן מקח ואין להם דעת. ולפמ"ש פריך הש"ס לדידן דתקנו מקח וממכר לפעוטות. ובזה מיושב מה דק"ל טובא דפריך הש"ס על הא דתקנו מו"מ ה"נ דעדותן עדות ומשמע דהא מה"ת פסולין עדים קטנים וקשה אם ידע דמה"ת פסולין ע"כ מקרא דאנשים ושוב מה ק"ל דהוה פסול הגוף וכמו דמשני באמת ולפמ"ש א"ש דהוה ס"ד משום דלא מכווני או שאינם בני מו"מ והם עדות שאילה"ז ולזה פריך כיון דתקנו שיהיה מקחן מקח א"כ הם בני כוונה ולדידן א"צ דו"ח למה לא תהיה עדותן עדות ומשני דפסול הגוף הוא וגם

באמת קטן שהזיק חייב לשלם כשיגדל מתק"ח ועיין באו"ח ס"ס שמ"ג ובט"ז ומ"א שם ומה שציינתי על הגליון שם ודו"ק היטב ובשנת תרי"ג ב' אלול ראיתי בטורי אבן בר"ה דף כ"ד גבי הא דאמרו אימר כביתא דעיבא והקשה דמשמע דלא בעי כוונה להעיד והא בתוס' ישנים בכריתות כתבו דבעי כוונה להעיד. ולפענ"ד ל"ד דבשלמא בעסק ד"מ צריך כוונה להעיד דאף שרואה הדבר א"י אם במתנה או בהלואה ולכך צריך שיכוין להעיד ואז ידע תוכן הענין אבל בקה"ח כל שרואה הלבנה מה כוונה שייך בזה כל דליכא למטעי בכוביתא דעיבא בודאי כשר אף שלא כוון ודו"ק. ובזה יש לפרש הא דאמרו בקידושין דף מ"ג דס"ל לדב"ר שילא דאין שליח נעשה עד משום דכיון דשלוחו של אדם כמותו הו"ל כגופי' ובח"מ סי' ל"ה ס"ק א' ומה בכך דהו"ל כגופי' הא בע"ד גופי' כל דנסתלק מנגיעת ממון יכול להעיד כדאמרו נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולפמ"ש התוס' ישנים י"ל כיון דבע"ד הו"ל נוגע א"כ לא כוון להעיד דלא ידע שיסתלק מהנגיעה א"כ לא כוון להעיד והו"ל תחלתו בפסול ואף דבממון תחלתו בפסול כשר כמבואר סי' ל"ד סט"ו אבל שם הטעם דכל שנסתלק מהנגיעה שוב הו"ל כאילו נכנס אחר דמעולם לא נפסל ע"ש בסמ"ע ס"ק כ"ג ולפ"ז לכך נאמן בעל המקח דאח"כ הוה כאיש אחר ולפ"ז זה בבע"ד גופא דאח"כ כשנסתלק מהמקח הוא כאחר אבל שליח דמעולם לא הי' לו נגיעה רק דנפסל משום דהו"ל כבע"ד א"כ תמיד הוא כבע"ד ופסול דאימת נסתלק שליחותו שלא יהיה כגופו. ובזה יש לפרש מ"ש בירושלמי אמר ר"א הדא דתימא בשטר אבל בכסף לא וכתבו התוס' דהיינו לאחר שנתקנה שבועת היסת והדבר תמוה דא"כ למה א"ר יוסי מכיון שהאמינתו התורה אפילו בכסף נמי ואמאי הא הו"ל נוגע ועיין בח"מ שם ס"ק ה'. ולפמ"ש י"ל דהירושלמי לא ס"ל דעד הצריך שבועה אינו עד ורק דפסולו בשביל דכל דהוה נוגע שוב לא כוון להעיד ופסול וע"ז ס"ל לר"י דכל שמה"ת נאמן שוב נתכוין להעיד ובדרבנן לא פסלינן משום דלא כוון להעיד ודו"ק היטב:

סימן ט

א לחכם אחד.

ב מעשה אירע בשבת פ' בהר בחקותי שנת תר"ב הייתי בבה"כ להתפלל וותיקין כדרכי ואירע שלא זימן השמש איש שיקרא התוכחה ושאלו את פי מה לעשות והוריתי לקרותו בלא גברא כמ"ש האחרונים ולדעתי זה נכון יותר מלשכור בשבת שנראה כשכר שבת ובתשובה אחת הארכתי בזה וקראו כך בלא גברא והנה הי' ראוי להיות חמישי אבל כיון שלא ברכו לפניה ולאחריה וקראו כך בלא גברא לא נחשב למנין ואחר התוכחה

קראו אחד ואמרו שיעמוד לששי והזהרתי את האיש ואמרתי כי זה הששי לחמישי יחשב אח"כ קראו לאחד לשביעי ומשקראו לשביעי דעתם הי' לקרות כל הסדרא וגערתי בם ואמרתי שיסיימו באמצע ולא יקראו כלו ויהיה הוא הוספה ויקראו אחר לאחרון כדי שיהיה שבעה קרואים מלבד המפטיר ואותו האיש להיוהו רוצה להיות בסוף סיום הסדר כדרכו תמיד וגם בוש להיות בהוספה קרא הקורא עמו כל הסדרא וכמה פעמים אמרתי להם ולא השגיחו וקראו כלו שהם ע"ה ולא ידעו שהתוכחה לא עלה למנין מטעם שכתבתי וכאשר קראו כלו אמרו קדיש אח"כ בא לשאול אותי מה יעשו וחרה אפי בהם על כי לא שמעו בקולי בראשונה ועניתי עשו כפי העולה על רוחכם וע"ז הי' שם זקן אחד יודע קצת ספר והורה להם לקרא אחד לאחרון פעם אחרת ועשו כן ואחרי זה אמרו קדיש פעם שנית ואח"כ קראו למפטיר. וע"ז אמרתי לתת עין מה משפט הדבר מכאן ולהבא. והנה בראשית ההשקפה תמהתי על הוראת הזקן שהדבר מפורש בטוש"ע סי' רפ"ב ס"ו וז"ל אם טעה הש"ץ וסיים הפרשה עם הששי ואמר קדיש א"צ לקרות עוד אחד אלא יקרא עם המפטיר מה שקרא עם הששי דקי"ל מפטיר עולה למנין שבעה עכ"ל. ומקורו מבואר בטור שכ"כ המרדכי ס"פ הקומץ בשם הר"ם מרוטעגבערג והכלבו והשבלי לקט בשם מס' סופרים החזן שהוא קורא בתורה פחות מזו כסבור שקרא ז' יחזור ויקרא וימלא ז' קריאות. והנה כאשר ראיתי הדברים בהשקפה ראשונה נחרדתי ע"ז. ובראשית ההשקפה תמהתי דלשון המ"ס סתום דאולי הכוונה שיחזור וימלא ז' קריאות מלבד המפטיר ולשון הב"י מורה שהמס' סופרים יסכים למהר"ם מרוטנבערג וכן נרשם בבאר הגולה וחפשתי במס' סופרים ויגעתי ומצאתי איה מקומו והוא בפי"א הלכה ד' ונפלאת היא בעיני שכפי הנראה סמך הב"י על השבלי לקט ולא עיין במקומו שבמס' סופרים שלפנינו מבואר בהדיא שם דיפטיר בשמיני הרי בהדיא להיפך ממהר"ם מרוטנבערג ועיינתי ברי"ף פ"ג דמגילה והוא כתב דקי"ל מפטיר עולה והביא ראיה מהא דאמרו חל להיות בואתה תצוה קורין שיתא בואתה תצוה וחד בכי תשא ואח"כ כתב בשם רב נטרונאי גאון דה"מ כשלא אמרו קדיש אבל כשאמרו קדיש זה מורה שכבר סליק המנין של הקרואים ואין המפטיר מצטרף וכ"כ הרמב"ם פי"ב מתפלה הלכה י"ז וכ"כ במאירי במגלה שם בשם הגאונים וכן הסכים הר"ן שם ובראותי כן תמהתי מאד על כי לא הזכיר הב"י כלל בכל הסי' שם סברת רב נטרונאי גאון ז"ל והרי הוא היפך המהר"ם והכל בו הנ"ל שהרי באמרו קדיש קודם ודאי דאין המפטיר עולה מן המנין ואיך כתבו הם להיפך שכשאמרו קדיש א"צ לחזור ולקרות ומאד גדלה התמיה בעיני על הב"י והאחרונים שסתמו הדברים ולא זכרו כלל כל הגדולים הנ"ל וכאשר הייתי במבוכה הנ"ל אמרתי

אל לבי דבזה שוב אין ראיית הרי"ף לדידן ראיה כלל דהרי התוס' במגלה דף כ"ג בד"ה כיון כתבו דבימי הש"ס לא נסדר הקדיש כלל קודם המפטיר רק אחר הש"ס נתקן כדי להודיע שאינו ממנין השבעה ע"ש וא"כ לכך אמרו בש"ס דשיתא קרו בואתה תצוה וחדא בכי תשא דכל שלא אמרו קדיש ודאי המפטיר עולה משא"כ אנן בדידן דאומרים קדיש בודאי אינו עולה וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם בשם ר"נ גאון ז"ל וכן הסכימו התוס' דמש"ה נתקן הקדיש. ומן האמור תמה תמה אקרא על התוס' שם ד"ה חד שכתבו דר"ת פסק כמ"ד עולה ולכך בתענית במנחה ובתשעה באב המפטיר השלישי וכן ביוה"כ במנחה אבל בשבת ויו"ט ושבת ויו"כ שחרית לא הוה המפטיר מן המנין כיון שמותר להוסיף יוצאין ידי כל הדיעות ע"ש והדבר יפלא למה להם כל זאת והא ההבדל מבואר דבת"ב או תענית מנחה דאין אומרים קדיש לכך המפטיר מהמנין משא"כ בשבת ויו"ט דאומרים קדיש לכך אינו מן המנין ועיינתי בהרא"ש וראיתי שבתחלה הביא דברי התוס' הנ"ל ומסיים בסוף וז"ל ודבר זה תלוי בזה שנהגו להפסיק בקדיש בין שביעי למפטיר הנה כפי הנראה כיון להחילוק הנ"ל וסתם הדברים עכ"פ יהיה איך שיהיה הדבר מבואר שלא כשיטת המהר"ם הנ"ל ובתוס' שם כתבו אח"כ וחזן שטעה וגמר כל הסדר של שבת יחזור ויקרא השביעי. וכפי הנראה משמע דאין המפטיר עולה ובב"י הביא זאת וכתב עליו הד"מ דמיירי כשלא אמרו קדיש וכפי הנראה כוון הד"מ ליישב שלא יסתור שיטת המהר"ם ומחלק דהמהר"ם לא אמרו רק כשאמר קדיש והתוס' מיירי בלא קדיש והוא תמוה מאד דאדרבא כשלא אמר קדיש בודאי ראוי שיעלה למנין וכשאמר קדיש גרע טפי וכמ"ש עכ"פ דברי הטור בשם המהר"ם תמוה. וכאשר השקפתי בזה אמרתי דהנה מקום אתי לחלק בדבר דהנה כל הטעם דקדיש מפסיק שלא יעלה למנין ביארו הרי"ף והמאירי משום דכל שהקדיש ע"כ גמר בלבו שכבר נשלם מנין הקרואים ושוב מהראוי שלא יצטרפו. ולפ"ז זה דוקא כשטעה במנין הקרואים וסבר שכבר נשלם המנין שבעה א"כ כל שהקדיש ע"כ סבר שכבר השלים המנין ואינו מהראוי שיצטרף אבל כשבאמת יודע שעומד בששי רק שטעה בהסדר שחשב שעוד יש לו הרבה לקרות ובתוך כך טעה וגמר הפרשה וכיון שראה שהשלים הסדר אמר קדיש כדרך שאומרים בגמר וא"כ הרי לא כוון לגמור מנין הקרואים א"כ למה לא יעלה המפטיר למנין כל שידע שעוד לא השלים המנין. ומעתה המהר"ם שמיירי שטעה וסיים הפרשה עם הששי אבל ידע שעומד בששי שפיר כתב שמשלים במפטיר אבל המס' סופרים כתב בסבר שכבר קרא שבעה ובכה"ג ודאי צריך להפטיר בשמיני ומדוקדקים דברי המהר"ם והש"ע והמ"ס וגם התוס' מיירי בגוונא דמס' סופרים וז"ב ודו"ק:

ג ומעתה בנ"ד שקראו וטעו וחשבו שעולה למנין וסברו שהוא שביעי ואמרו קדיש נראה לפענ"ד ברור שצריך לחזור ולקרות עוד אחד מלבד המפטיר כנלפענ"ד וד' יראני מתורתו נפלאות ומה שאמרו קדיש שנית תלוי במחלוקת המהר"ם והרא"ש שהביא הטור שכתב שאין לומר קדיש אח"כ ובאמת לא ראיתי ברא"ש איה מקום כבודו והב"י לא ציין כלל וכפי הנראה כיון שהטור כתב שהרא"ש היה אומר משמע שכן אמר בע"פ לא בכתב כמ"ש הב"י בכמה מקומות. ומדי דברי זכור אזכור מה דהקשה המהרש"א בתוס' שם דלפי מה שדמו התוס' ת"ב ותעניות לשבת ויו"ט א"כ הי' להם להקשות שלמה לא הקשה הש"ס על מ"ד דאינו עולה מהמשנה שהובא בדף כ"ב גבי חל להיות בשני וחמישי שלכ"ע בין לת"ק ובין לר"י המפטיר מהמנין והיא קושיא גדולה. וכפי הנראה כוונתו שיש מקום לחלק בין שבת ויו"ט לת"ב ע"ש ובאמת שהתוס' בתענית דף כ"ט הרגישו בעצמם בראיה זו. אמנם לפענ"ד י"ל מלבד דיש לדחות דר"י באמת ס"ל דאין המפטיר מן המנין וכמו שהקשו התוס' בעצמם בדף כ"ב ד"ה ולר"א ותירוץ התוס' הוא דחוק אף גם דבאמת הקשה דו"ז בישועת יעקב ז"ל די"ל דבת"ב שיש ביטול מלאכה לכך המפטיר מהמנין אבל י"ל דכל הטעם שיש בו ביטול מלאכה מבואר ברש"י בדף כ"ב דמותר לעשות מלאכה במקום שנהגו ולפ"ז לדידן דקי"ל בסי' תקנ"ד דעד חצות אין עושין מלאכה א"כ לדידן ל"ש ביטול מלאכה ושפיר הביאו התוס' ראיה ולפ"ז (לדידן) מהמשנה לא הוה מצי למפרך די"ל דכל דמיירי במקום שנהגו לעשות מלאכה. עוד אמרתי שם בהא דאמר הש"ס בטעם דאינו עולה דכיון דאמרו דהמפטיר צריך לקרות בתורה מפני כבוד התורה לכך אינו עולה. והנה בהא דאמרו מפני כבוד התורה נדחק רש"י שיאמרו שתורה ונביא שווים והיא תמוה דמה זלזול יש ואדרבא חמורין ד"ס יותר מתורה ומכ"ש כשהם ביחד דשייך זלזול וכמ"ש המ"א בסי' קפ"ד לענין ברכה רביעית של בהמ"ז. אך נראה דהכוונה היא דכיון דבימי המשנה הי' הראשון מברך לפניה ואחרון לאחריה וא"כ כשלא יקרא המפטיר בתורה רק בנביא לבד הי' מברך על הנביא לפניה ולאחריה כדאמרו במשנה דגם על הנביא מברך ועיין בחידושי פ"י שם וא"כ הי' הנביא מברך לפניה ולאחריה ולא התורה ולא הי' כבוד לתורה לכך תקנו שיקרא בתורה וא"כ מברך לפניה ולאחריה כיון שאינו מן המנין א"כ אינו בכלל השבעה והאחרון כבר הפסיק בברכה לאחריה וא"כ זהו סברת הש"ס דלא יעלה למנין וז"ב מאד מאד. ובזה י"ל דממילא לדידן דמברכין כלם לפניה ולאחריה מהראוי שיעלה למנין ודו"ק היטב כי יש להאריך בזה ואכ"מ. עוד פש גבן לברר ניהו דהי' צריכין לקרוא עוד אחד שימלא הקריאות אבל איך יצאו במה שקראו שנית מה שקרא הראשון דהרי מבואר בסי' קל"ז

ס"ו דאינו יוצא רק כשמוסיף אבל באמת מלבד דהכא לא מקרי אפשר דכבר קרא כלו והוה כפרי החג דלא אפשר אף גם די"ל דשם מיירי כשלא קראו להראשון יותר ממה שצריך לקרות לו א"כ אין השני יוצא אבל כל שקראו להראשון יותר מהצורך בשביל שטעו כהך עובדא א"כ למה לא יצא השני והא באמת נשאר להשני כשיעור רק שבטעות נקרא לראשון וא"ל מאחר שכבר נתברך בראשונה דז"א דאטו אסור לברך שנית דבאמת כל קריאה וקריאה צריך ברכה ועיין מ"א סי' רפ"ב ס"ק ט"ו בשם מ"כ ורק שכבר קראו להראשון א"כ זה דוקא כשהי' כשיעור ולא כשקראו יותר. ובלא"ה גוף הדין שכתבו הגאונים בסי' קל"ז הנ"ל אינו מוסכם וכבר נתבאר כל הדין בחיבורי מגן גבורים ח"ב שם ע"ש באורך וא"כ פשיטא דאין קפידא בזה ע"ש ובפרט היכא דלא אפשר בע"א ודו"ק ועיין שו"ת נוב"י מהד"ת סי' ט"ו חאו"ח. אחר זמן רב שכתבתי זאת הגיעני ספר ברכי יוסף וראיתי בסי' רפ"ב שהעיר על הש"ע מדברי הרי"ף והרמב"ם ע"ש שהניח בקושיא ות"ל חלקי אמרה נפשי בזה:

ד והנה דרך אגב אזכיר מה דק"ל במגלה דף ל"א בד"ה בחדש השביעי ומפטירין הבן יקיר לי וי"א וד' פקד את שרה ומפטירין בחנה והאידנא דאיכא תרי יומא יומא קמא כי"א ולמחר ואלקים נסה את אברהם ומפטירין הבן יקיר. ולפענ"ד הוא תימה דאיך שייך לומר שיקרא בר"ה בחדש השביעי דהא צריך לקרות ה' גברי וגם במשנה מבואר דהי' קורין בחדש השביעי והוא תימה ובאמת במשנה משמע דאינו מפרש רק מה שקורין במוסף היום אבל בברייתא מדנקט י"א דקורין פ' וד' פקד את שרה ומפטירין בחנה וקשה דהא גם הת"ק לא פליגי רק דהוא מיירי במפטיר אבל באמת קורין וד' פקד את שרה וע"כ לת"ק ס"ל דבחדש השביעי הוה עיקר הקריאה והוא תימה וגם תימה דבימי התנאים הי' קורין למפטיר בתורה מה שלא קראו לראשונים וא"כ בודאי מהראוי לקרות פ' החדש השביעי למפטיר וגם קשה כיון דמשמע דהבן יקיר הוא מענינו של החדש השביעי והיינו דשם כתיב זכר אזכרנו ושם כתיב זכרון תרועה וא"כ כשקורין וד' פקד את שרה וקורין למפטיר החדש השביעי מהראוי הי' לקרות הבן יקיר ממה דסליק מיני' וכמ"ש בתוס' במגלה דף כ"ב שם וע"כ הדברים צע"ג:

ה והנה בהא דמבואר בש"ע ס"ה דאם לא נמצא מי שידע להפטיר אלא אחד מאותם שעלו לקרות בתורה וכבר אמר ש"ץ קדיש אחר קריאת הפרשה זה שרוצה להפטיר צריך לחזור ולקרות ויברך על קריאתו תחלה וסוף וכתב המג"א מדסתם משמע דאפילו השביעי רוצה להפטיר צריך לחזור ולקרות כיון שכבר הפסיקו בקדיש הנכנסים לא ידעו שזה קרא בתורה ואיכא בזיון לתורה וכ"כ המ"א ס"ק ט"ו. ובאמת שבשו"ת הריב"ש סי'

קי"ב שהוא מקור הדין של הש"ע כתב שי"ל דבכה"ג שהאחרון הוא הקורא מפטיר אפשר לומר דא"צ לקרות בתורה משום דל"ש חשש הנכנסים בזמן מועט אבל כתב שגם בזה יש לדון כיון שאין דרך להפסיק בקדיש בין קריאת המפטיר בתורה לקריאת ההפטרה ע"ש ולכך הכריע הב"י בש"ע דכל שכבר אמרו קדיש א"י לקרות בלי קריאת התורה דיש לחוש משום הנכנסים אבל כל שלא אמר קדיש אז אם זה האחרון קורא ההפטרה א"צ לחזור ולקרות דהא בזמן מועט ל"ש חשש הנכנסים ובשלמא כשאמר קדיש יש הפסק גדול ויש חשש יותר וגם נראה כנפסק הענין יותר משא"כ בלא אמר קדיש ובזה יתבאר גם דברי הט"ז ס"ק ה' במ"ש דאם לא אמר קדיש ומפטיר מי שעלה לשביעי אז אין שום חשש דזמן מועט הוא בין הקריאה בתורה להפטרה משא"כ באמר קדיש וז"פ רק שאיקלע לאתרין ש"ק פ' בשלח שנת תרי"ד הרב המופלג מוה' מרדכי שפירא אבד"ק זילקיבקא וכעת הוא ב"ק אקווא בפולין ונתקשה הרבה בדברי הט"ז ואמרתי לו בפשיטות ע"כ ציינתי הדברים ובאמת שכן עיקר שהרי הד"מ הביא בשם א"ז שמחלק בהדיא בין אמר קדיש ללא אמר קדיש ע"ש וע"כ הרמ"א הכריע כן בפשיטות וגם הב"י אף שכפי הנראה לא ראה דברי א"ז מ"מ הסכים ג"כ כן שגם הריב"ש לא ברירא לי' הדין אבל הדין דין אמת ודו"ק.

ו והנה בגוף הדין המבואר בסעיף וא"ו הנ"ל דאם טעה הש"ץ וסיים הפרשה עם הששי יקרא עם המפטיר מה שקרא עם הששי דהמפטיר עולה מן המנין לכאורה קשה הא אף דעולה מ"מ לא מועיל שיקרא מה שקרא כבר דמ"מ אין עולה וכמ"ש המ"א ס"ק ג' והביא ראיה מסי' קל"ז וכפי הנראה לזה כוון הע"ש שהביא מכאן ראיה דעולה למנין אף שקורא מה שקרא הקודם אבל באמת המ"א מדמהו לפרי החג דכל דא"א בע"א עולה וה"ה כאן א"א בע"א דהא כבר קרא כל הסדרא ולפי הנראה לזה כוון המ"א במ"ש בס"ק י"ז עסס"י קל"ז דלא כע"ש והיינו בכאן דמי לפרי החג. אבל לפענ"ד היה נראה דברי ע"ש נכונים דבאמת יוצא מה במה שקרא הקודם ול"ד לסי' קל"ז דכל דאפשר אין קורין דהנה הטעם שאינו עולה לו אם קורא מה שקרא ראשון נראה לפענ"ד ברור דזה ודאי דעכ"פ עשרה פסוקים בין הכל בב' וה' וביו"ט כל תענין המועדות ובשבת כל הסדרא זה ודאי צריך להיות רק שזה השני או השלישי קורא כל מה שקרא הראשון וכדומה ולפ"ז בשלמא בב' וה' שתקנו שלשה ואסור להוסיף דלא רצו חז"ל להטריח על הציבור שהן ימי מלאכה א"כ אם יקרא עם הראשון והשני כל הענין ואח"כ יקרא כל מה שקראו הראשונים א"כ יתבטל תק"ח דהרי שהו יותר ממה שהי' צריכין לשהות דהרי לא הי' צריכים לשהות כ"כ שבכל הקריאה לא היה אלא עשרה פסוקים וכדומה וא"כ כל שחזרו וקראו הי' שוהין

יותר ואף במקום שלא שהו יותר חז"ל עשו משום לא פלוג ואמרו שאינו עולה וא"כ ממילא לא יקראו יותר מכדי הצורך ועי"ז יקראו כל השלשה כל אחד מה שלא קראו קודם אבל בשבת ויו"ט דמותר להוסיף לדידן א"כ מה בכך שיחזור ויקראו מה שקרא הראשון והא מ"מ כל שקראו כל הסדרא מה בכך הא כל שהסדרא דיומא בשלימות מה בכך שחוזר וקורא מה שקרא הראשון הא יכול לברך על התורה כל שקורא בה ולכך שפיר עולה וז"ב ול"ק מסי' קל"ז דשם מיירי בחול דאינו רשאי להוסיף וא"ל דהוה ברכה לבטלה דז"א דהא קיי"ל דמותר להוסיף ולא היה ברכה לבטלה ובאמת שהתשב"ץ כתב דהוה ברכה לבטלה והמ"א ס"ק א' מביאו אבל לא קי"ל. והטעם נראה לפענ"ד דבאמת אף דהיה יכול לפטור בברכה אחת ולא לחזור ולברך מ"מ ל"ח ברכה לבטלה וראיתי בתשב"ץ עצמו בח"ב סי' ע' בהג"ה וראיתי שם בגוף התשב"ץ שכתב ראיה דהוה ברכה לבטלה דחוזר וקורא מה שקרא הראשון מיומא דף ע' משום דברכה שא"צ. ובאמת שגם שם דעת רמ"ע מפאנו סי' נ"ט דדוקא שם הוה ברכה שא"צ ועיין מ"א סי' רט"ו שהב"ש דחה דבריו אבל אין ענינו לזה דבשלמא במה שקרא כבר אפשר לומר דהוה ברכה שא"צ אבל מה שמוסיף לקרות מחדש יותר על שבעה קרואים פשיטא דלא מקרי ברכה שא"צ שהרי כשקורא בתורה צריך לברך אף שאם היה רוצה לא היה קורא אבל כשהוא קורא למה לא יוכל לברך. ואדרבא נלפענ"ד דבזמן הש"ס שהיה הראשון מברך לפניה והאחרון לאחריה א"כ אם נתחדש אח"כ שרצו להוסיף או שבא אחד באמצע הקריאה בזה פשיטא דדעת המברך הראשון לא הי' רק על שבעה קרואים והיו צריך לברך מחדש והם לא היו נוהגין לברך היה החשש משום הנכנסים והיוצאים אבל כעת שכל אחד מברך פשיטא דל"ש ברכה שא"צ וא"כ בנ"ד אינו מקרי ברכה שא"צ ואדרבא כל שעולה להשלמת שבעה לא היה כ"כ ברכה שא"צ כמ"ש התשב"ץ שם והמעיין יראה שזה המעשה של התשב"ץ נשאל גם להריב"ש והריב"ש התיר והתשב"ץ חולק עליו והך דס"ב בש"ע הוא מהריב"ש וא"כ הדין עם התשב"ץ שכ"כ בש"ע דיש אוסרים וכן נהגו ודו"ק היטב ועיין לדו"ז בישי"ע מ"ש על התשב"ץ ולפמ"ש א"ש ודו"ק:

ז ודרך אגב אזכור מ"ש הב"י סי' רפ"ב בשם השבלי לקט בשם הגאונים שלכך תקנו שיקראו שבעה קרואים בתורה שאם יארע לאדם שלא שמע ברכו כל ז' ימי השבוע יאזין מפי הקוראים בתורה ויצא י"ח ונשאלתי מאחד מתלמידיי בשנת תרי"ג כשלמדתי עמהם זאת דהרי בזמן הש"ס לא היה מברך אלא הראשון והאחרון וא"כ לא היו ברכו כלל ולמה תקנו ז' והיא תימה גדולה ומצאתי בפ"י שעמד בזה. ולפענ"ד הכוונה דבאמת בזמן הש"ס כבר נתנו טעם בש"ס דף כ"ג דשלשה חמשה שבעה כנגד ב"כ או כנגד רואי

פני המלך אבל עיקר הטעם הוא על זה"ז שנהגו לברך וא"כ מה"ת שיהיו שבעה ולא יפחתו כדי שלא יהיו ברכה לבטלה וע"כ אמרו שהוא כדי שישמעו ברכו. ובזה ניחא מ"ש כנגד ז' ימי שבוע והלא אינו רק ששה ובשבת הרי הוא בבהכ"נ וצ"ל דאולי לא יבא רק לשמוע קריאה ולא ישמע ברכו אבל לפמ"ש הרי עכ"פ צריך לקרות שלשה כמו בחול רק שלמה לא תקנו חמשה כמו יו"ט וע"ז אמר שיהיו כנגד ברכו ודו"ק:

ח והנה בהא דמבואר במשנה במגלה אין פורסין על שמע ואין נושאין את כפיהם ואין קורין בתורה ואין מפטירין בנביא פחות מעשרה הנה המשמעות של המשנה וכן נראה מרש"י וברטנורא ורמב"ם דכל אלו הטעם משום דהוה דבר שבקדושה אבל הר"ן חלקן וכתב בקה"ת והפטרה בנביא טעם אחר משום דתקנתא דרבנן הוא לקרותה בציבור וע"ז הראני החריף מוה' יעקב יוטעש נ"י קונטרס אחד שכתב למה הר"ן חלקן לשנים והאריך בזה ולבסוף רצה לומר דגם הר"ן מסכים לזה ונדחק ולפענ"ד נראה דהנה הענין דבעי עשרה הוא דלפי שבאלו דברים יש דברים שאם אינם עשרה אין רשאי לעשות כלל כמו קדושה ונ"כ דביחיד וגם ברבים כל שפחות מעשרה אין אומרים כלל וגם האחד מוציא רבים י"ח אם הם עשרה משא"כ אם הם פחות מיוד אז היו כל אחד צריך לומר בפ"ע וא"כ לכך בעי עשרה אבל קה"ת הנה אף אם לא היה עשרה רק פחות היו יכולים לקרות בתורה ואחד לומד והאחרים שומעים ובלימוד אין נ"מ אם מדבר בפיו או שומע וא"ל משום הברכה דבפחות מעשרה לא מברך ז"א דאין הברכות מעכבות ועיין שו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ו ולכך הוכרח הר"ן לומר כיון דתקנו בציבור ומשום תורת קריאה ולא מתורת לימוד לכך בעי עשרה. ובזה נ"ל לפשוט מה שנסתפק הכ"מ פ"א מתפלה ה"ו אם לדידן שמברכין כ"א בפ"ע על קה"ת איך הדין אם התחיל האחד בעשרה ויצאו מהם אם השני רשאי להתחיל. ולפמ"ש א"ש דהקריאה בציבור נתקן שיהיה עשרה וא"כ כל שהתחיל בעשרה גומר דמצד גוף הענין באמת סגי בפחות מעשרה והברכות אינן מעכבות ורק דגוף הקריאה תקנו בעשרה וא"כ מקרי התחלה כל שהתחיל הראשון בעשרה וז"ב ובזה י"ל קושית הט"א במשנה שם במה דהפסיק במשנה בנ"כ באמצע ע"ש ולדברי הר"ן גם קה"ת הוא משום דרבנן תקנו ולא משום דבר שבקדושה.

ט והנה בשנת תרכ"ג ערב שבועות הגיעני מכתב מכבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י ואעתיק לשונו אציעה לפניך מלתא דתמי' לי טובא והוא שאלה השכיח ביו"ט אם מותר להוסיף בו על הקרואים וראיתי בט"ז סי' תפ"ח שכתב ראיה מתוס' מגלה דף כ"ג ד"ה חד שכתבו וחזן שטעה כו' וכן ביו"ט וכו' ואחרון שקרא כמאן דליתא מדכתבו ואחרון שקרא כמאן דליתא והיינו כיון שקרא בטעות ש"מ דבלא טעות אין להוסיף עכ"ל. ומאד יפלא איך

דילג על ראש דברי התוס' שכתבו ובשבת ויו"ט ויוה"כ וכו' כיון דמותר להוסיף ע"ש והא דכתבו ואחרון שקרא כמאן דליתא היינו מלת אחרון שקרא החזן בקול בעת קרא את האחרון כמאן דליתא כי בשביל זה לא נשתנה הדין וז"ב ובגוף הדין כתבתי ואכמ"ל עכ"ל הזהב.

י והנה אף דברי הט"ז תמוהין אבל עכ"פ גוף דברי התוס' סותרין זא"ז דמ"ש בכוונתו דאחרון שקרא הוא מה שקרא החזן בקול אחרון זה דחוק ומצאתי בברכי יוסף סי' רפ"ב שתמה על הט"ז ובדברי התוס' נדחק ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה בטעם דאין מוסיפין ביו"ט כתב הר"ן בריי"ף כדי שלא ישוה יו"ט לשבת ושבת חשוב טפי ע"ש ולכאורה רציתי לומר דכיון שבשבת עכ"פ מותר להוסיף שוב מותר להוסיף ביו"ט ולא ישוה לשבת עד"מ בשבת יוסיפו שלשה וביוה"כ שנים וביו"ט אחד וכדומה ועכ"פ יהיה ניכר מעלת שבת ובזה י"ל דאף דנימא דמוסיפין עליהם לא קאי רק על שבת לבד מ"מ כל שמוסיף בשבת שוב מותר להוסיף ביו"ט ג"כ. אמנם התשב"ץ ח"ב סי' ע' כתב דמה שמותר להוסיף בשבת היה בזמן הש"ס דהפותח וחותם לבד מברכין אבל האידנא דכלם מברכין למה יוסיפו ויברכו ברכות לבטלה וצ"ל דלדידן דס"ל דמותר להוסיף הוא דלית כאן משום ברכות לבטלה דכל שאינו רוצה לפטור בברכה אחת לית ביה משום ברכות לבטלה ועמ"א סי' רמ"ג וסי' רט"ו ובשו"ת אא"ז החי"ק סי' כ"ב ולפ"ז שוב מותר להוסיף בשבת ממילא גם ביו"ט ולפ"ז דברי התוס' מבוארים דלכך מותר להוסיף ומפטיר אינו עולה דכל שא"ר לפטור לית ביה משום ברכות לבטלה אבל בחזן שקרא ושכח חובת היום וקרא מפטיר בס"ת הראשון וא"כ כאן יהיה באמת ברכה לבטלה דהוא כבר חשב שיפטור עצמו בברכת מפטיר ובאמת טעה וה"א דאסור להוסיף לזה כתבו כיון דטעה שוב הוה כמאן דליתא וא"כ דברי התוס' נכונים ודברי הט"ז תמוהים ודו"ק.

סימן י

א לחכם אחד.

ב ע"ד ההגרים הנמצאים במדינה ומנהגם למול אחר י"ג שנה אם מצוה לישראל למולם או לא. הנה כבר האריך בזה הגאון בעל שאגת ארי' סי' מ"ט והביא שנחלקו בזה רש"י והרמב"ם ושיטת רש"י דבני קטורה לא נתחייבו רק אותן ששה בנים שהי' לאברהם אבינו מקטורה לא זרעם אחריהם אבל הרמב"ם בפ"י ממלכים כ' שבני קטורה שהם זרעו של אברהם אחר ישמעאל ויצחק חייבים במילה והואיל ונתערבו היום ב"י בבני קטורה יתחייבו הכל במילה בשמיני ואין נהרגין עליה ע"ש שעיקר הכוונה שגם ב"ק

בעצמם אינם נהרגין כפירוש הכ"מ שם ולא קאי על תערובות ב"י וב"ק ועיין במלמ"ל שם שלא כ"כ. והנה מה שהאריך שם אם כפירש"י או כרמב"ם ולא הכריע עיין בש"ס זבחים דף פ"ב דקראו בני קטורה ומשמע דע"כ נמולו עכ"פ וערש"י ובח"א במהרש"א שם נראה קצת כשיטת רבינו ועיין בחידושי ריטב"א בע"ז דף כ"ז דפירש כשיטת רש"י. אמנם באמת לפירוש רבינו יקשה דא"כ משמע דב"ק נקראו זרע אברהם ומריב"ש הובא ברמ"א או"ח סי' תקצ"א לענין לזרעו של יעקב לא נראה כן ועמ"א ופר"ד ומהרי"ט בחלק או"ח סי' וא"ו וננ"ח זאת והנה הש"א שם הקשה קושיא חזקה שם דאף לשיטת רבינו דב"ק נתחייבו במילה אף זרעם אחריהם מ"מ אחר שבלבל סנחרב את העולם א"כ הכל פטורים ממילה דאזלינן בתר רובא דעלמא דמה"ט התירו חכמינו ז"ל גר עמוני לבא בקהל כדתנן במס' ידים פ"ד ובברכות דף כ"ח וכן קי"ל כמ"ש רבינו פי"ב מא"ב וה"ה כאן והניח בקושיא ולפענ"ד נראה דבר חדש דכבר כתבתי בחידושי כ"פ סברא דע"כ לא אמרינן דאזלינן בתר רובא אלא בדבר פרטי ובזה שייך לומר דאזלינן בתר רובא אבל להלך בתר רוב ולבטל המיעוט לגמרי זה א"א דמ"מ ישנו להמיעוט בעולם וכעין זה כתבו בשם הרמב"ן דלעשות תקנה תקנו אף מפני המיעוט דהרי גם המיעוט ישנו בעולם ולפ"ז בשלמא שם בגר שבא להתגייר ואנן מסופקים אם הם מעמוני או משאר כותים אמרינן שפיר דאזלינן בתר רובא דעלמא ובזה אין אנו עוקרין המיעוט מעולם דאנחנו מודים דישנו לעמון בעולם רק שאותו איש הפרטי הוא מהרוב אבל כאן שעי"ז שאנו אומרים שפטורין ממצות מילה נתבטל מצות מילה מב"ק מכל וכל זה א"א דאי אפשר לומר דנתבטל המיעוט מהעולם והרי ישנו לב"ק בעולם ולכך לא אזלינן בתר רובא בזה כנלפענ"ד ברור. ומדי דברי זכור אזכור דבגוף הענין דיהודא עמוני שר"ג אמר לו שאסור מקרא דלא יבא עמוני עד עולם ור"י אמר לו שבא סנחרב ובלבל את העולם הדבר תמוה דאף בלא סנחרב יקשה כיון דיהודא עמוני בא אלינו להתגייר א"כ מה"ת לא נימא כל דפריש מרובא פריש ואטו ידענו בבירור דזה עמוני מוחזק מאבות אבותיו והוא בעצמו אינו יודע ואינו נאמן לפסול את בניו כדאמרו ביבמות דף מ"ז וצ"ל כיון דהדרא לניחותא הו"ל קבוע וכדאמרו בנזיר דף ל"ב ולכך ל"ש להלוך בתר רוב ושפיר אסור ולכך חידש ר"י דסנחרב בלבל את העולם וא"כ ל"ש דהדרא לניחותא דהא הגלם ממקום למקום ולא ניכר מקום קביעתם ובקבוע שאינו ניכר לא אזלינן בתר קבוע וכמ"ש התוס' בנזיר דף י"ב ועיין בסי' ק"י בב"ח ופר"ח. ובזה י"ל דלכך אמר ר"ג דכתוב אמר ושבתי את שבות עמון וכבר שבו והיינו כיון דעכ"פ הבטיחם שישובו הו"ל הדר לניחותא וע"ז השיב ר"י דעכ"פ כל שלא שבו שוב לא ניכר הקביעות עדיין והו"ל פירש ואזלינן בתר רובא.

ג ובזה מיושב מה שהקשה התוי"ט דמה חידש ר"ג מקרא דלא יבא עמוני ואטו ר"י לא ידע מזה ולפמ"ש אתי שפיר דר"ג חידש דה"א אף בלא סנחרב עכ"פ כל שפירש מהראוי לילך בתר רוב וע"ז חידש דהוה כקבוע ול"מ רוב ודו"ק. ובזה י"ל דלכך במצרים שניבא יחזקאל שישיב את שביתם מקץ ארבעים שנה לכך אסרו בתוספתא לדור במצרים כיון דהדרא לקביעותא שוב הו"ל קבוע ול"ש כל דפריש. ובזה ישבתי לנכון קושית הרב השואל בנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז שהקשה בהא דכתב הסמ"ג להתיר גם גר מצרי שאף שאמר הכתוב מקץ ארבעים שנה אקהל את מצרים מ"מ נבוכדנצר חזר ובלבלם והקשה הוא דאיך אפשר שיחזקאל שניבא על מצרים והי' בימי צדקי' מתנבא על סנחרב שקדם לו כמאה שנה והיא תמי' גדולה והנו"ב נדחק ולפמ"ש א"ש דבאמת אף שעל נבוכדנצר נתנבא יחזקאל שישובו מ"מ הוא ס"ל דגם סנחרב בלבל גם מצרים בכלל שאר ארצות ועיין בתוספתא בקידושין הובא בתוס' סוטה דף ט' ד"ה מנימין וא"כ כיון שעל גלות ובלבול סנחרב לא נתנבא הנביא שישובו וא"כ אז נתפרדה החבילה וא"כ שוב י"ל כל דפריש מרובא קא פריש ול"ש לומר דהדרא לניחותא דהא הו"ל קבוע שאינו ניכר וא"כ אף ששבו אח"כ מצרים כמו שנתנבא יחזקאל מי יודע אם הם אותן מצרים שהיו דלא ניכר הקביעות אבל ר"י דמתיר ס"ל דמצרים לא נתבלבל בימי סנחרב ולכך אוסר וכעין זה כתב הנוב"י שם אלא שלפמ"ש באו הדברים מתוקנים ודו"ק.

ד והנה הנוב"י חידש שם דבעכו"ם לא אזלינן בתר רובא והנה לכאורה קשה בהא דאמרו בסנהדרין דף נ"ח ב"נ אסור בבתו ותדע מאדם שלא נשא בתו וקשה למה יאסר דלמא לאו בתו היא וגם מה ראיה מאדה"ר דאדה"ר ודאי בתו הי' דלא הי' אחר בעולם מיהו להחמיר ודאי מודו כ"ע דאזלינן בתר רובא גם בעכו"ם ועיין נוב"י שם מיהו בלא"ה להרמב"ם דפירש דקאי על אחר שנתגייר ואז דינו כישראל א"כ בלא"ה ל"ק ודו"ק וע' מהרש"א שם ובחמרא וחיי להכנה"ג בהגהת הרב מוה' בנימין ז"ל בסנהדרין שם ודוק. והנה מצאתי לכאורה סתירה לדעת הפרמ"ג והנוב"י שכתבו דבעכו"ם לא אזלינן בתר רובא דהנה אנן קיי"ל דב"נ נהרג על עוברין כדאמרו בסנהדרין דף נ"ז ע"ב דר"י אמר אף על העוברין וכן פסק הרמב"ם פ"ט ממלכים הי"ד והנה ישראל פטור על עוברין ומצאתי במזרחי פ' משפטים על פסוק כי ינצו אנשים ונגפו אשה הרה שהטעם שישראל פטור על עוברין הוא לפי דחיישינן שמא נפל הוא אף הרוב עוברין יכלו חדשיהם ויהי' בני קיימא מ"מ הוה התראת ספק ולפ"ז ע"כ בעכו"ם דחייב הוא משום דאזלינן בתר רוב דיהי' בן קיימא וב"נ נהרג בדיין אחד שלא בהתראה וא"כ לכך חייב. ומעתה אם נימא דבב"נ לא אזלינן בתר רובא יקשה אכתי היאך קטלינן לי' דהא בב"נ ל"ש רובא וע"כ דגם בב"נ אזלינן

בתר רובא וא"ל דלעולם לא אזלינן בתר רובא רק דב"נ נהרג אף בספק דז"א דהרי גם בהמה אינה נהרגת על הספק כמבואר בפ"ט ממלכים ה"ו דאין הורגין את הבהמה מספק וכמ"ש הכ"מ שם ולא גרע נפש עכו"ם מנפש בהמה. אמנם אחר העיון אין ראיה דהרי הרמב"ם כתב בהלכה ז' שם דב"נ ההורג טריפה או שכפתו לפני ארי או שהניחו ברעב עד שמת הואיל והמית מ"מ נהרג ואף דהכ"מ לא כתב מקור לזה אבל נאמן עלינו הדיין הרמב"ם ז"ל שכן הוא בודאי וא"כ לא גרע נפל מאילו היה טריפה בודאי דאפ"ה נהרג עליו אף דשם בודאי לא יחיה עפ"י הרוב מכ"ש בעובר דרובא בני קיימא נינהו. אך כ"ז כתבתי לפי דברי הרא"ם אבל באמת אני תמה עליו דלדבריו למ"ד התראת ספק שמיה התראה יהיה נהרג על העוברין וזו לא שמענו וגם אני תמה דלמה לא יתחייב מתורת רוב דאל"כ היאך הורגין רוצח דלמא טריפה היה וע"כ דאזלינן בתר רובא וכדיליף בחולין דף י"א ובד"נ אזלינן ג"כ בתר רוב כדאמרו בסנהדרין דף ס"ט ועיין בחידושי הר"ן שם וא"כ מ"ש רוב זה משאר רובא וראיה ברורה לזה מהא דאמרו מסנהדרין דף פ"ד ע"ב דאי כתב רחמנא כל מכה נפש ה"א אפילו נפלים והיאך אפשר לומר כך הא א"א להתרות בו דהוה התראת ספק וע"כ דמ"מ חייב מיהו אין ראיה משם דשם מיירי בודאי לא חיי ואפ"ה ס"ד דלתחייב וערש"י שם ובהדיא אמרו שם אפילו בן שמנה דבודאי לא חיי וא"כ אין ראיה משם. מיהו מצד הסברא מסתבר דאזלינן בתר רוב ואף דבאמת קיי"ל דאף בנולד כל שאינו בן קיימא אינו נהרג עליו כמ"ש רבינו בפ"ב מרוצח ה"ו צ"ל דמיירי רבינו בנודע בודאי שלא כלו לו חדשיו אבל בספק אי כלו לו חדשיו למה לא יהרג עליו דהא הוה רוב גמור או י"ל כיון דכתב רחמנא מכה איש וכתב כי יכה כל נפש דמנפש הו"א אפילו נפלים וע"ז כתב איש להורות דבעינן שיהיה איש א"כ כל שכלו לו חדשיו והוא בגדר איש ובלא כלו חדשיו אינו בגדר איש וא"כ כיון דבעינן איש אף רוב ל"מ משום דאיש כתיב ולא ספק איש דכ"מ דכתיב איש בעינן ודאי ואף רוב ל"מ דהוא בגדר ספק וכמ"ש בשיטה מקובצת ב"מ דף ז' לענין עשירי ודאי ולא ספק וראיתי בתוס' שם בסנהדרין ד"ה ה"א שהקשו דא"כ היכא מחייב דמי וולדות הא נתחייב מיתה בשביל הילדות ולא זכיתי להבין כיון דדמי הולדות הם לבעל וא"כ המיתה בשביל הולדות בעצמן ועשה נזק להאב הוה כמו מיתה לזה וממון לזה ולפי חלוקו של ר"ת בתוס' כתובות דף ל"א ד"ה רב אשי א"ש וגם לשאר החילוקים יש ליישב ודו"ק ועסמ"ע סי' תכ"ה סק"ח שכתב ראיה דעוברין פטור בישראל מדמי ולדות והיינו כמ"ש התוס' בתירוץ השני בסנהדרין שם דבמעי אמו קודם שנולד לא מחייב ע"ש שוב ראיתי בנוב"י מהד"ת חלק חו"מ סי' נ"ט שהרגיש על דברת הסמ"ע והביא שם בשם הגאון מוהר"י פיק ז"ל דהקשה על הסמ"ע

דמדברי התוס' משמע דאף העובר קרוי נפש ולא הבינותי דל"מ לתירוץ הב' של התוס' מבואר כהסמ"ע ואף לתירוץ הראשון אין הכרע וכמ"ש בנוב"י שם וכל דבריו שם נכונים אבל לא הרגיש בדברי המזרחי הנ"ל ודו"ק (ומהתימה על הסמ"ע שלא הזכירו שראיית הסמ"ע מבואר בר"ן ביומא גבי עוברה שהריחה ע"ש וצע"ג) ועיין ברש"י בחומש על פסוק מכה איש וגו'. ולפענ"ד נראה דסברת רבינו במה דב"נ חייב אף על הטריפה וכן על העוברין משום דבשלמא בישראל אין עיקר הכוונה רק בשביל שהרג הנפש מישראל ולכך יש לחלק בין אם הי' בר קיימא אבל כאן לא מפאת הנהרג הקפידה תורה רק שלא יהרוג ועל הרציחה קפיד רחמנא דלא יהי' תיקון העולם וירבו הרוצחין וא"כ מה בכך שזה הוא טריפה סוף סוף הוא נהג במדות אכזריות והרג ולכך גם בכפתו לפני ארי ניהו דהוא לא עשה מעשה בידים מ"מ ניהו דזה לא נהרג מידו של זה אבל מ"מ סוף סוף הוא גרם שזה נהרג וז"ש הרמב"ם דמ"מ הוא המית נהרג והיינו שמ"מ הוא פעל ועשה אכזריות הרציחה ולכך נהרג וז"ב מאד ודו"ק. ויש להמתיק הדברים דפשיטא דהתורה לא קפדה על נפש הנרצח העכו"ם רק במה שזה רצחו אבל בישראל על נפש הישראלי הנרצח קפיד קרא דאל"כ למה יהרג זה ומה בצע בהרוג עוד נפש מישראל וע"כ דעל נפש הנרצח חס הכתוב ודו"ק היטב. שוב ראיתי במזרחי בעצמו שהרגיש בקושיא זו דמ"ש מהא דאזלינן בכ"מ בתר רובא וכתב דכאן ל"ש רובא דיש לחלק בין רובא דהאידנא ובין רובא שיהיה לאחר זמן. והנה לכאורה דבר גדול דיבר הרב בזה דכאן כ"ז שלא יצא לאויר העולם ל"ש ללכת בזה בתר רובא. אמנם לפענ"ד לא משמע כן בש"ס סנהדרין דף ס"ט דאמרינן לעולם אימא לך דעובר הניכר לשליש ימיה זיל בתר רובא הרי דשם אדרבא הרוב הוא להיפך שעוד לא ניכר בעובר בפחות מג' חדשים והרוב הוא ג"כ על לאחר זמן שלאחר ג' חדשים יהיה ניכר ואף דיש לדחוק דשם הרוב הוא דיולדת לתשעה ואין אנו דנין על הולד שיולד מ"מ קצת משמע דאף בזה אזיל בתר רובא.

ה ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דמפלפל הש"ס ובד"נ אזלינן בתר רובא התורה אמרה ושפטו העדה והצילו העדה והדבר תמוה דהא בחולין דף י"א יליף הש"ס דאזלינן בתר רובא מרוצח ולא אמרינן דלמא טריפה הוא הרי דאף בד"נ אזלינן בתר רובא וכבר התפלא בזה בחידושי הר"ן בסנהדרין שם ולפמ"ש א"ש דעיקר ילפותא דהש"ס הי' שם ברובא דהאידנא אבל כאן בסנהדרין אדרבא כעת עוד לא נתגלה הרובא ואדרבא אמרינן דעוד לא ניכר העובר עפ"י רוב ובכה"ג דהרוב אינו כעת אפשר דלא אזלינן בתר רוב וע"ז שפיר מייתי ראיה מהא דאחד אומר בשנים בחדש ואחד אומר בשלשה עדותן קיימת שזה יודע בעיבורו של חדש וזה אינו יודע ומשום דאזלינן בתר רובא דטעו בעיבורו של חדש

והרי שם לענין מה דטעו בעיבורו של חדש עד רוב החדש כדאמרו בדף מ"א שם וא"כ זה ג"כ אין הרוב לפנינו דרובא הם טועים עד רוב הירח הם טועים והולכים וזה פשיטא דלא חשוב רובא דהאידנא דבמה שטעו בעיבורו של חדש הוא משום דעוד לא נודע להם זמן הקביעות ועתיד להגלות כשיעבור רוב החדש פשיטא דלא מקרי רובא דהאידנא דהרוב תלוי במשך הזמן שיבא וגם ראייתו השניה דניחוש שמא איילונית היא ואדעתא דהכי לא נתקדשה היא ג"כ עפ"ז דהרי ביבמות דף פ' ע"ב נחלקו ר"ה ור"י בסימני סריס ואילונית אם היא באחד מהם או בכלם ולפ"ז לא מבעיא אם באחד מהם הרי יש סימנים שאינן יכולים להיות נכרים בלידתו ועיין תוס' שם ד"ה עד וא"כ הרוב תלוי במשך הזמן ועוד לא נתברר הרוב וגם למ"ד בכלם הא עכ"פ לא ניכר בעת הלידה בכלם א"כ ל"ש רוב וע"כ דגם בזה אזלינן בתר רוב:

י ובזה מיושב היטב קושית התוס' בקידושין דף יו"ד ד"ה וחייבין כיון דהש"ס דייק מיבמה אמאי לא קאמר אדעתא דהכי לא ייבם. ולפמ"ש א"ש דהרי התוס' ביבמות שם הקשו דלמ"ד עד שיהא בכלם א"כ כיון דבעינן שיהיה לקוי ממעי אמו א"כ כל שלא לקה ממעי אמו יחלוץ וייבם וכתבו דמ"מ ספק הוה ע"ש וא"כ ה"ה ראשונות ל"ק דלמא אדעתא דהכי לא ייבם די"ל דלא ניכר בלידתה וא"כ בכה"ג דניחוש על הספק לא חיישינן וגם לא שייך אדעתא דהכי לא ייבם ועיין תוס' ריש יבמות וגם עכ"פ הרי איכא רובא דהאידנא דכעת אינה איילונית ולכך פריך דלמא אדעתא דהרי לא קדש דהראשון יכול להקפיד אף על הספק כה"ג משא"כ כשהראשון נכנס לספק בכה"ג שפיר מייבם ודו"ק היטב כי הוא חריף אף שיש לפקפק קצת. ובזה יש ליישב מה שהקשו האחרונים בהא דדייק מאיילונית דנימא אדעתא דהכי לא קידש וע"כ דאזלינן בתר רובא בד"נ והקשו דהא הו"ל רוב שכבר הוחזק דלכל מילי הו"ל כרוב. ולפמ"ש אתי שפיר ניהו דהוה רוב גמור מ"מ הרוב אינו כעת רק שנגמר אח"כ ובכה"ג אפשר דלא אזלינן בתר רובא בד"נ ודו"ק ועיין מהרש"א בקידושין דף ד'. ואגב אומר מה דתמי' לי טובא דברי הרשב"א בתשובה ח"ג סי' שע"ח שהאריך להסתפק אם הרג אחד במקום שרוב עוברים ישראל אם אזלינן בתר הרוב או דלמא כיון דבד"נ כתיב והצילו העדה אפשר דלא סמכינן על הרוב ותמה תמה אקרא דלא הביא דברי הש"ס סנהדרין הנ"ל דמבואר דאזלינן בתר רוב אף דכתיב ושפטו והצילו וגם מה דמדמה הרשב"א להא דמצאו מפרפר דלא אזלינן ב"ר בד"נ תמה תמה אקרא דשם לא נודע כלל שהרגו ול"מ בד"נ אומדנא אבל רוב פשיטא דאזלינן בתריה וצע"ג ונגר ובר נגר דיפרקיני' וא"ל דהוה התראת ספק דדלמא נכרי היה דז"א דכל שעפ"י רוב הוה ישראל הוה התראת ודאי וכמו דאזלינן בתר רוב שאינו טריפה

כדיליף בחולין דף י"א מרוצח וז"פ. וראיתי בירושלמי בסנהדרין ר"פ הי' בודקין שהביא הרשב"א והנה המפרש פני משה פירש שם מדעתא דנפשיה כמ"ש הרשב"א דמטבריא לצפורי הי' רוב ישראל ותמה ג"כ דהיאך ילכו הב"ד אחר אומד מה שלא העידו עדים ותמהני על עצמי דהא אזלינן בתר רובא אף בד"נ וצ"ע. ואגב ראיתי בירושלמי שם דאמר ר"י מקשה הי' תפוסין בלסטים שבטבריא ואמרו כדין קטל וכדין קטל מנין לזה שבע חקירות ואמר ר' איסי מכיון שיוכלו עדים להעיד אין הורגין ע"ש כי אינו לפני ופירש המפרש דלמה לי שבע חקירות כיון שתפוסים בהלסטים ואומר שעכשיו קטל ומסיק דגם בזה צריך חקירות ותמהני דהרי הר"ן בחידושיו לסנהדרין בפרק הי' בודקין הביא בשם הרז"ה דכל שאומר בשנה זו או בחודש הזה א"צ דו"ח וא"כ בתפוס בלסטים ואמרו כדין קטל למה צריך דו"ח ותמהני על הפני משה שהביא שם דברי הר"ן בענין זה ולא הזכיר מזה דבר וצ"ע:

ז והנה כאשר הראיתי התמיה הזאת על שו"ת הרשב"א הנ"ל לפני לומדי למד עוררני החריף השנון מוה' מאיר ברא"ם ני' דהרמב"ם והראב"ד פט"ו מאיסור ביאה הלכה כ"ז לכאורה יראה שנחלקו בזה אי הולכין בד"נ אחר הרוב. והשבתי לו שא"א לומר כן והראב"ד ז"ל השיג בפירושו וכתב מצינו במסכת סנהדרין שהולכין בד"נ אחר הרוב אבל גם הרמב"ם א"א שיחלוק ע"ז והוא סובר כמ"ש הה"מ בכוונתו דכיון דמעלה עשו ביוחסין ולא אזלינן בתר רובא לענין יוחסין מכ"ש דלא אזלינן בתר רובא להרוג את הנפש ע"י קידושיו ועיין בב"ש סי' ד' ס"ק ס"ה מ"ש בזה. והנה שאלני החריף הנ"ל דדברי הה"מ אינם מובנים במ"ש אח"כ וכבר ביאר רבינו למעלה שאין קידושין ודאין אלא ספק ואין הורגין על ספק דאלת"ה כי אמרינן בגמ' אם רוב ישראל ישראל למאי הלכתא אמאי לא אמרו להרוג עליו שבזה הולכין אחר הרוב והוא ישראל דרובא ישראל נינהו וביותר תימה שהרי בהלכה כ"ה כתב הה"מ בעצמו ובודאי שאם קדש אשה שהיא ספק מקודשת ומי שהרגו אינו נהרג עליו והטעם משום דהוא מקצת עכו"ם קבועים בעיר וכל קבוע כמע"מ דמי הרי דמוקי לה בקבוע ולכך אינו נהרג עליו וא"כ מה הביא ראיה מהא דלא אמרו לענין שהוא נהרג עליו דהא הו"ל קבוע. והשבתי לו דהדבר נכון וכוונה עמוקה כוון רבינו בזה דהרי באמת עדיין קשה דניהו דבעת שנמצא בעצם הוא קבוע ול"ש רוב אכתי נ"מ בפירש אח"כ מהקביעות אותו תינוק הנמצא והרגו אותו דבזה שנייד אזלינן בתר רוב וא"כ מהראוי ללכת בתר רוב ולהיות נהרג עליו. אמנם אחר העיון הדבר נכון דכיון דאותו תינוק היה נמצא בעודו הוא קבוע וא"כ יש עליו חשש שמא עכו"ם הוא א"כ גם כשפירש אח"כ מה מועיל הרוב הא הוא בא מן הקבוע

ובעת שהי' בקביעות לא היה מועיל הרוב וע"כ דל"מ בזה רוב ואין הורגין על רוב כזה דבשלמא בכל רוב ישראל אמרינן דבודאי הוא מן הרוב של ישראל ואף שנקבעו בעיר פסולים אמרינן דדלמא נייד ופירש ומן הרוב הוא אבל כאן דעל הקידושין משום מעלה עשו ביוחסין ל"מ רוב וגם הי' בקביעות בעת שנמצא א"כ ל"ש בזה רוב וגם על הולד שנולד ממנו ל"ש רוב דלענין הקידושין ל"ש רוב דמעלה עשו ביוחסין וממילא אינו נהרג עליו ואין קידושיו קידושין וז"ב בכוונתו. שוב ראיתי בבית מאיר סי' ד' סכ"ח שהאריך בדברי הה"מ בהלכה כ"ה וכו' אבל לא הרגיש בהקושיות הנ"ל על הה"מ וגם במ"ש בכוונתו ומ"ש נראה לפענ"ד עיקר ועיין בחידושי הרשב"א ב"ק דף מ"ד ע"ב גבי תשע נכרים וישראל אחד ביניהם דמבואר ברשב"א דמחמת הרוב היה התראת ודאי ואף בד"נ ועיין תוס' סנהדרין דף ע"ח ד"ה בגוסס מבואר ג"כ דבד"נ אזלינן בתר רובא רק בגוסס דמ"מ חי כעת עדן ע"ש וע"כ דברי הרשב"א בשו"ת תמוהין מאד דהרי מבואר בש"ס בהדיא וברמב"ם והראב"ד הנ"ל דהי' נהרג עליו דבד"נ אזלינן בתר רובא רק דקידושיו אינן קידושין ודו"ק ועיין סנהדרין דף ג' דיליף ק"ו מה בד"נ אזלינן בתר רובא בד"מ לא כ"ש וע"ש בתוס' ועיין בקונטרס הספיקות לאחי הקצה"ח ז"ל סי' וא"ו אות ד' שהביא דברי הרמב"ם והראב"ד וה"ה הנ"ל ובמחכ"ת לא הבין דברי הה"מ וכוונתו כלל וחשב דהך רוב אינו רוב גמור ולא זהו הדרך רק דכל שלענין יוחסין לא אזלינן בתר הרוב א"כ קידושיו לא קידושין וממילא אינו נהרג עליו ולכך שפיר הביא הה"מ ראיה דאל"כ למה לא אמר לענין שנהרג עליו ולענין שיהי' קידושיו קידושין והיינו שיהיו נהרגין אם בא על אשת התינוק הנ"ל שקידש בגדלותו דאם קידושיו קידושין הוה ישראל מעליא וע"כ דלא הוה קידושיו קידושין וממילא אינו נהרג וזה ראיה לשיטת הרמב"ם ודו"ק היטב שזה כוונת הה"מ בבירור וכמ"ש למעלה באורך:

ח ובגוף דברי הרשב"א נראה לפענ"ד ברור דמכאן ראיה ברורה למה שחידש בשב שמעתתא שמעתא ד' פ"ח דהא דאזלינן בתר רוב בד"נ הוא ברוב שכבר הוחזק א"כ בזה שנמצא ולא נודע אם הוא ישראל אין ראי' דאזלינן בתר רובא בד"נ ולכך הביא הרשב"א מריש כתובות דבנייד אזלינן בתר רובא אף דלא הוחזק ומהירושלמי ומסנהדרין אין ראיה דשם הוחזק וכמ"ש בש"ש שם. ובזה יש ליישב קושית הראב"ד הנ"ל על הרמב"ם פט"ו מא"ב דאין ראיה מסנהדרין שם דאזלינן בתר רובא דשם הוחזק כבר הרוב משא"כ בזה אבל באמת גוף דברי הש"ש תמוהין דעכ"פ מוכח מהראב"ד והרשב"א הנ"ל דגם ברוב שלא הוחזק אזלינן בתרי' בד"נ וקושית אחיו דיש חזקת גופו ל"ק. דכל דקבל התראה פשיטא דכבר אתרע חזקת נפשי' והרי בצבו נפשי' לקטלא נפיק דהוא קיבל על

עצמו ודלמא הוא באמת חייב דהוה מן הרוב וז"פ וברור ודו"ק. והנה לכאורה יש לדון דבר חדש דמה דגלתה תורה דאזלינן בתר רובא הוא דוקא ישראל בישראל אבל ישראל בעכו"ם לא אזלינן בתר רובא להחמיר אבל ז"א דאם בישראל גלתה התורה דאזלינן בתר רובא מכ"ש לגבי עכו"ם דמהראוי ליזיל בתר רובא דעלמא. ובזה נראה לפענ"ד בהא דאמרו במדרש בשעה ששלח דוד את יואב לארם נהרים וארם צובה פגע יואב בעמון ומואב ביקש לזנבן הוציאו לו אצטליות שלהם אל תצר את מואב וקשה למה לא ניזיל בתר רובא דעלמא ודלמא לאו אביהם הוא מיהו י"ל דשאני התם דכיון דהם בארצם והתורה נתנה להם ירושה א"כ הו"ל קבוע וקבוע כמע"מ דמי וא"כ באתרייהו ניכרין הקביעות שלהם דהם בני עמון ומואב.

ט ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דאמרו בב"ק דף ל"ח לא כשעלה על דעתך וכו' ב' פרידות טובות יש לי והקשו בתוס' שם מהא דהשיב דוד שהם פרצו הגדר תחלה והרי באותה שעה שפרצו עדיין לא הוזהר מלצור את מואב ואח"כ הוזהרו אלמא דהוזהרו אף לאחר שפרצו הגדר וכתבו דדחויא בעלמא אמר דוד ועיקר כוונתו על מה שמצינו שלחץ עגלון מלך מואב את ישראל והיא תימה גדולה דהיאך שייך לומר דחייה בעלמא במה שדן דוד לפני סנהדרין לענין דינא והיאך אמר דחייה בעלמא וכבר נדחק בזה המהרי"ט בחלק חו"מ סימן ק'. ולפמ"ש יש ליישב דבאמת כל שפרצו גדר הותר ברית אחים שהי' בני לוט בני אחיו של אברהם כמ"ש המהרי"ט שם דמה שהוזהרו אח"כ היו מחמת שני פרידות טובות וכדאמרו בב"ק שם והא דהשיב להם דוד שכבר פרצו גדר אף שהוזהרו אח"כ משום ב' פרידות טובות ומהרי"ט נדחק בזה שם דהי' רק לשעה עד שיוציאו ב' פרידות טובות וזה דוחק גדול דבמה נודע שלא היה רק לפי שעה וגם ברמב"ן סוף מנין מצות ל"ת האריך להוכיח שהיא מצוה הנוהגת לדורות והמהרי"ט עצמו הביא שם דברי הרמב"ן בשם המדרש ולא זכר לאחריתו. אך לפמ"ש הדבר נכון דבאמת כבר כתבתי דמהראוי ליזיל בתר רובא דעלמא והם אינם בני עמון ומואב רק דהו"ל קבוע ולפ"ז זהו כשלא פרצו גדר היה להם הצווי שלא יתגרו בם מלחמה בשביל ברית אחים שהם בני לוט ב"א של אברהם אבינו א"כ נקבעו שם אבל כל שפרצו גדר א"כ מצד עצמם מותר ורק בשביל ב' פרידות טובות א"כ שוב ל"ש קבוע דהו"ל קבוע שאינו ניכר דגם בני עמון ומואב בעצמם לא הוזהרו רק בשביל ב' פרידות טובות וז"ב מאד.

י ומן האמור נראה דצדקו דברי הרמב"ם שלא חשב המצוה דאל תצר בחשבונות של מצות שלו משום דל"ש המצוה דדלמא לאו בני עמון ומואב הם והקב"ה שאמר להם אל תצר את מואב היא בשביל ב' פרידות טובות וכל שכבר יצאו הפרידות פשיטא

דמותר להתגרות בם המלחמה וגם בספק אזלינן בתר רובא וד' הטוב בעיניו יעשה ויוציא הפרידות טובות מהם ואני תמה מהרמב"ן שעכ"פ לאחר שיצאו כבר הפרידות טובות הותר א"כ אינו בחשבון המצות שהיא מצוה נגבלת בזמן מן הזמנים וכן הקשה המג"א שם ומאחר שהותר לימות המשיח ל"ש למנותה ובזה דבריו תמוהים דכל שהמצות עד לימות המשיח פשיטא שהיא בכלל המצות ולע"ל יכתוב הקב"ה ברית חדשה ואף אם נאמר שחלילה שישתנה מצות התורה לעתיד כמו שהאריך בזה הרשב"א בחידושיו בספ"ק דברכות הובא בע"י שם וביפ"ת ס"פ שמיני עכ"פ התורה והמצות עיקרם אנו דנים עד ימות המשיח אבל מה שהקשיתי היא תימה גדולה דלא הזכיר הרמב"ן מהש"ס הלז דבר ומ"ש הרמב"ן מהא דנתן להם הארץ למורשה והיינו עד דורות עולם כלשון ירושה שאין לה הפסק הנה הארץ לעולם עומדת ויש לו דין קבוע ופשיטא שא"א לקחתו מידו אבל האנשים פשיטא דמותר להכותם ולהמיתם ולהצירם וראה פלא כי בכ"מ שכתוב שלחמו בבני עמון ומואב כתיב שלחמו עמו אבל לא לקחו ארצו ובשופטים גבי עגלון מלך מואב וגם גבי יפתח כתיב שהכם אבל לא לקח ארצם ובזה יתפרש כל ענין השליחות ששלח יפתח לעמון כי עמון טען שלקח את ארצי וע"ז השיב שעמון ומואב טיהרו בסיחון ולא לקח מידו ואח"כ כתיב ויכנעו בני עמון מפני בני ישראל אבל לא כתיב שלקחו את ארצם גם בימי דוד שאמר לעשות חסד עם חנן מלך עמון דרשו במדרש שהקב"ה אמר לו אני אמרתי לא תדרוש שלומם ואתה לא עשית כן ולכך בא לידי בזוין ואח"כ כשהלך דוד להלחם כתיב וישלימו את דוד ויעבדום וגם במואב שכתיב ויך את מואב וכו' ותהי מואב לדוד עיפים גם במלכים ב' שהלכו שלשת המלכים ללחום את מלך מואב והלכו לפני אלישע אף שהותר להם שיכו כל עיר מבצר וכל מעייני מים יסתומו ועיין רש"י שהביא בשם המדרש שהיא חומה בזויה ושפלה ובכ"ז לא לקחו ארצם מידם הרי לך מבואר כמ"ש דאף שהותר להם להתגרות מלחמה מ"מ ארצם ירושה להם וא"כ דברי הרמב"ם חיים וקיימים וגם דברי הרמב"ן שארצם ירושה להם אמת ויציב כנלפענ"ד ודו"ק היטב כי הוא ענין נכבד ועיין ברמב"ם פ"ו ממלכים ה"ו ובכ"מ שם שתמה על הרא"ם ממדרש וחסר יבואנו בהגהות הגאון החסיד מוהר"ג מווילנא ז"ל הביא דברי המדרש הנ"ל ע"ש ובקונטרס חשבונות של מצוה שלי על המצות הארכתי:

יא ודרך אגב אומר בהא דאמרו ביומא דף פ"ד דשמואל ס"ל דלא הלכו בפק"נ אחר הרוב ופריך ה"ד אי נימא תשעה ישראל ועכו"ם אחד ביניהם רובא ישראל נינהו אלא פלגא ופלגא ספק נפשות להקל ושאלני אחד מתלמידי דהיאך אפשר לומר דקאי ברוב ישראל ולא נלך בפ"נ אחר רוב ישראל ומצאתי במהרמב"ח בתוספת יוה"כ שם שהרגיש

בזה עוד קשה דאיך שייך רוב ישראל הא להס"ד מיירי בקבוע בחצר א"כ ל"ש רובא ישראל דהא הוה קבוע. ולפענ"ד נראה דהנה להס"ד דלא אזלינן בפ"נ בתר רוב היינו משום דרוב הוא הל"מ כמ"ש רש"י בחולין דף י"ב דלפי המסקנא הוא הל"מ וא"כ בפ"נ דלא אזלינן בתר רובא שוב אין מעלה לרובא יותר מהמיעוט א"כ שפיר הוה ס"ד דאף להחמיר לא אזלינן בתר רובא וע"ז פריך דזה א"א דהרי אף היה פלגא ופלגא הוה אזלינן לקולא א"כ א"א לומר דבפ"נ לא אזלינן בתר רובא להחמיר דז"א דהא אף בפלגא הוה אזלינן לקולא וא"כ שוב ע"כ רובא מעלה הוא ובזה ניחא דל"ש קבוע דבשלמא כששייך רוב גלתה התורה דבקבוע לא אזלינן בתר רובא וגם המיעוט חשוב משא"כ אם נימא דבפ"נ אין מעלה להרוב מכ"ש דקבוע לא הוה מעלה ועוד כיון דבמחצה ומחצה אזלינן לקולא א"כ ל"ש קבוע דאינו רק מחצה על מחצה ובמחכת"ה של המהרמב"ח דחשב דמה דאמר אלא פלגא ופלגא היא בפ"ע והיינו דרצה לאוקמא במחצה על מחצה וזה אי אפשר כמ"ש בעצמו דהא שמואל אמר דלא אזלינן בתר רוב אך באמת הגירסא היא כמ"ש הרי"ף א"נ מחצה על מחצה וכמ"ש הגאון מוהר"י פיק שם וא"כ עיקר הקושיא הוא דמהראוי שיועיל רוב להקל דהרי אף מחצה על מחצה אזלינן להקל ודו"ק היטב. אחר שנים רבות ראיתי במהרי"ק סי' פ"ז שכתב דיש תנאים דס"ל דאין הולכין בד"נ אחר הרוב כדאמרו רשב"ג ור"ע במכות דף ז' אילו היינו בסנהדרין לא היה נהרג אדם מעולם. ונפלאתי מאוד היאך אפשר לומר כן הא גם בד"נ אזלינן בתר רוב כדאמרו בחולין דף י"א ובסנהדרין דף ס"ט ומ"ש ראי' ממכות במחכת"ה לא זכר שם לפי שעה דברי התוס' שם דכתבו ליישב כיון דאפשר לברורי רצו לברר או שמא יכחישו זא"ז ויתבטל העדות ע"ש.

יב אחר זמן רב בשנת תר"ט בלמדי קודם ר"ה הר"ן ביומא ועברתי שנית על ענין הנ"ל תמהתי במ"ש הגאון מוהר"י פיק והנוב"י שם והאריכו אם הך דאין דוחין נפש מפני נפש מיירי בכלו חדשיו דוקא תמהני דמהרמב"ן וריב"ן גבי אשה עוברה אי מחללין שבת מפני העובר דהביאו הך דיצא ראשו משמע דמיירי בכלו לו חדשיו דאל"כ אין קושיא משם וגם מה שהאריכו מנ"ל דישראל אינו נהרג על העוברין והנוב"י הביא דברי הסמ"ע סי' תכ"ה ס"ק ח' תמהני שכפי הנראה חשבו שזה הוא דברי עצמו ולא זכרו שהוא דברי הר"ן בשם הרמב"ן וכ"כ רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"ב ד"ה יצא וכ"כ התיו"ט בפ"ז דאהלות משנה ז' בשם רש"י ועיין תוס' נדה דף מ"ד ד"ה איהו וצ"ע ועיין בשו"ת מהרי"ט בראשונות סי' צ"ו שהוא בלי התחלה ולדעתי הך דסי' צ"ט שם היא תשובה אחת עם הך דסי' צ"ו וסי' צ"ט היא ראשית התשובה ושם מבואר הדברים ואם היה הנוב"י זוכר דברי התשובה הלז היה מביאה לדבריו שם ע"ש ודו"ק ועיין בתוס' סנהדרין

דף נ"ט שכתבו בד"ה ליכא דמה דמותר לחתוך הולד קודם שנולד חתיכות חתיכות אף דב"נ מוזהר על העוברין כיון דמצוה היא להציל שרי ואף בעכו"ם שרי ע"ש. ומזה סתירה לפענ"ד למ"ש המזרחי פ' שמות דב"נ בשבע מצות דניהו דמוזהר אף במקום סכנה וחי בהם ולא שימות בהם ל"ש בעכו"ם וצ"ע דא"כ כיון דב"נ מוזהר על עוברין אף במקום פ"נ של האם אסור לעשות דל"ש וחי בהם בעכו"ם והפר"ד דרך האתרים השיג על המזרחי ולא הרגיש בזה וצ"ע. ועיין בפרמ"ג או"ח במשבצות מ"ש בסי' שכ"ח ס"ק א' ד"ה אמר ההדיוט מה שפלפל בענין עובר ובאמת לפמ"ש יש לבנות ולסתור בדבריו והמשכיל יבין ועיין בירושלמי פ"ב דדמאי משנה א' שאמר ואפילו יסבור ר"א כר"י רוב א"י נתונה ביד ישראל ר"א חש למיעוט כהדא סרקיא שהיא מסתפקת יום אחד מן האיסור נעשה אותו היום הוכח לכל הימים ר"י בעי מעתה גר שבא להתגייר אין מקבלין אותו אני אומר שמעמון ומואב הוא ונעשה אותו הגר הוכיח לכל הגרים וצ"ע דמה ראיה הוא מסרקיא שהיום שיש בו איסור הוא קבוע כמ"ש המ"א סי' שד"מ דימים מקרי קבועים ובלא"ה שם עכ"פ נודע שהוא איסור ביום אחר וה"ה לענין זה שיש מיעוט בבירור שיש בא"י גוים בודאי אבל כאן מה"ת לחוש על אותו גר שהוא מעמון ומואב ואף דנימא דבב"נ לא אזלינן בתר רובא מ"מ לענין גר אזלינן בתר רובא כמ"ש בנוב"י סי' מ"ב הנ"ל וצע"ג וצ"ע ביו"ד סי' קע"ד במ"ש שם דאם אחד ידע שמוכר כשר בלי תערובות יין ע"ש מיהו שם איסור דרבנן וכאן חשש דאורייתא ודו"ק ועיין ירושלמי פ"ג דדמאי על משנה לטוחן כותי דאמר שם מה בינה לסרקי וכו' סרקי אפשר לה שלא להסתפק ברם הכא לא הוחזק ע"ה להיות טוחן וכו' הרי דמחלק בין סרקי והוא כמ"ש למעלה החילוק וצ"ע דא"כ למה מדמה שם לסרקי ודו"ק:

סימן יא

א לחכם אחד.

ב במה שהארכת אם כ"ש ששאבו מכלי ראשון והוציא רותחים אם מקרי כ"ר או כ"ש והבאת דברי המהרי"ל והט"ז ס"ס צ"ב ביו"ד שנחלקו בזה. ושאלת הכרעת דעתי בזה. הנה מה כוחי כי אכניס צווארי בין ההרים הגדולים האלה. אמנם לכאורה הי' נ"ל ראיה מהא דאמרו בשבת דף ל"ח כל שבא בחמין מלפני השבת שורין אותו בחמין בשבת וכל שלא בא בחמין מלפני השבת אין שורין אבל מדיחין והקשו התוס' לפיר"ת דעירוי הוה ככ"ר ומבשל א"כ ע"כ הך מדיחין מיירי מכ"ש וא"כ מאי אריא מדיחין אפילו שורין נמי ואם נימא כהמהרי"ל א"כ ל"ק די"ל דמיירי דמדיחין מכ"ש ששאב מתוך כ"ר וא"כ

לכך מותר להדיח דכל שמדיח ומוציא מהכ"ר נקרא אותה כלי כ"ש ושרי אבל לשרות בתוכה בשעה שמונחת בכ"ר מקרי כ"ר. אבל ז"א קושיא דפשיטא דכ"ז שמונחת תוך הכ"ר דודאי מקרי כ"ר ואסור ועיקר הרבותא הוא לאחר שהוציאו אותה משם א"כ כל שכבר הוציאו אותה מכ"ר מותר לשרות בתוכה ג"כ אם נימא דמקרי כ"ש וכ"ש אינו מבשל לכך הוצרכו התוס' לחדש דגם כ"ש מבשל ובזה מיושב מ"ש התוס' שם דהא דאמרו אבל מערה הוא לתוך הקערה או לתוך התמחוי דוקא תבלין שממתקין ולא מחזי כמבשל והקשה המהרש"א דהרי גם גבי שמן אמרו בדף מ' דכ"ש אינו מבשל ושם ל"ש זאת ולפמ"ש י"ל דבאמת צ"ב קושית התוס' די"ל דע"כ לא כתבו התוס' דאסור לשרות בכ"ש דגם כ"ש מחזי כמבשל רק בכ"ש ששאבו מהכ"ר אבל שם דנותן לתוך הקערה או להתמחוי וא"כ זה כ"ש גמור ובכה"ג לא מחזי כמבשל וצ"ל דמשמע להו דשם כיון שמערה תמיד לתוך הקערה ע"י העירוי ששופכין תמיד יש לו עכ"פ דין כ"ש ששאבו מכ"ר ועיין בתוס' שם דרצו לדייק משם דעירוי אינו מבשל ועיין באו"ה דטעליר יש לו בשביל זה דין כ"ר מפני שדרכו להשתמש תמיד ע"י עירוי והובא בט"ז סי' צ"ה ס"ק י"ב א"כ הוה שוה בשוה לזה וע"כ הוצרכו לחלק דמ"מ התבלין אינו רק ממתיק ולא מחזי כמבשל. ומעתה שם דא"ל טול בכ"ש דהיינו שבשעת נטילה יהי' כ"ש ועיין ט"ז כאן וא"כ לכך אינו מבשל דזה ודאי דכ"ש גמור ודאי ל"ש מחזי כמבשל אבל בכ"ש כה"ג מחזי כמבשל. והנה מהמהרש"א בתירוצו נראה דכל שמפסיק כ"ש אינו מבשל ואולי כוון לחילוקו של המהרי"ל דבכה"ג לא מקרי כ"ר. איברא דגוף קושית הט"ז על המהרי"ל לפענ"ד ל"ק דמ"ש כיון דכ"ז שהוא בתוכו מקרי כ"ר מי הוציאו משם כ"ר כשיצא ממנו. לפענ"ד אין התחלה לקושיא דבאמת הכלי בעצמותה דין כ"ש עליה אף כשהוא בתוך הכ"ר רק כיון דמונחת כלו בתוך הכ"ר והרי עירוי ככ"ר לדעת גדולי הקדמונים אף להחולקים מודים בזה דכל שהוא בכ"ר והמים המרותחים נשפכים עליה א"כ יש לה בשביל זה דין כ"ר אבל כשהוציא מתוך הכ"ר נשאר עליה שמה העצמי כ"ש ובזה ניחא מ"ש המהרי"ל דאם שהה בתוכה מקרי כ"ר והקשה הט"ז דמאן מפיס כמה השהייה. ולפמ"ש א"ש סברתו דכל הטעם דמקרי כ"ר כשהוא בתוכה מפני שהמים המרותחים בהכ"ר הם עליה ומרתיחים אותה א"כ לכך בעינן שישהה בתוך הכ"ר שיקבל החום והשיעור הוא כל שהיד סולדת בו וכדומה. ולכאורה קצת ראיה להט"ז מהא דמבואר באו"ח סי' תנ"ב דיש להגעיל קודם שעה חמישית כדי שלא יצטרך לזהר בכל החומרות ע"ש וקשה מה בכך הא כל החששא הוא שמא יבלע הכלי ממה שפלט הא כיון דכ"ז שהוא רותח לא בלע ועיין בחולין דף ק"ח ע"ב בתוס' ד"ה שנפל ובמג"א שם ס"ק ג' וא"כ

יכול להגעיל אף כלים גדולים ובתוך הכלים דהיינו אותן שבאמת אין במים ששים נגדם וא"ל דיחזור ויבלע המים האסורים בהם דז"א דיוציא תיכף הכלי ממנו וא"כ בשעת הגעלה כשלא נח מרתיחתו היה עליה דין כ"ר שפיר מפליט ואח"כ כשמוציאו יש עליו דין כ"ש וא"כ יצטרך להפליט ממנו ולהבליע וכ"ש אינו מבליע ומפליט וע"כ דדין כ"ר יש עליו אף לאחר שמוציאו ממנו ודו"ק ועיין בתוס' שבת דף מ"ב ד"ה שאני התם ודו"ק:

ג שבתי וראיתי בירושלמי פרק כירה הלכה ד' מה בין כ"ר לכ"ש אמר ר"י כאן היד שולטת כאן אין היד שולטת א"ר יונה כאן וכאן אין היד שולטת אלא עשו הרחקה לכ"ר ולא עשו הרחקה לכ"ש ובשיורי קרבן תמה על התוס' דף מ' שחלקו בין כ"ר לכ"ש שכ"ר דופנותיו חמין וכ"ש דופנותיו קרים וכתב שבירושלמי מפורש טעם אחר שבכ"ר עשו הרחקה ולא בכ"ש ולפמ"ש המהרי"ל י"ל דהירושלמי מיירי בכ"ש שהיתה בכ"ר ואח"כ הוציאו אותה דבכה"ג ל"ש לומר דדופנותיה מתקררות והוצרך לטעם דלא עשו הרחק לכ"ש. אמנם באמת לפענ"ד כוונת הירושלמי בהא דלא עשו הרחק לכ"ש הוא דעיקר ההרחק הוא דאם נתיר באין היד שולטת יבאו להתיר כשהוא על האור ממש ולפ"ז בשלמא כ"ר שעומד אצל האש ומחזיק חום זמן מרובה שדופנותו חמין א"כ שייך לגזור אטו עומד אצל האור אבל בכ"ש שדופנותיה קרות ל"ש לגזור אטו עומד אצל האור דעומד אצל האור דופנותיה חמין ומחזיק חום מרובה משא"כ בזה וא"כ דברי התוס' והירושלמי הם שפה אחת ודברים אחדים ובזה יתיישב הדקדוקים בתוס' שבכ"ר כתבו דדופנותי' חמין ומשמע הא אינם חמין ואף שאינם קרים מקרי כ"ש ובכ"ש כתבו שהם קרים ומשמע כל שאינם קרות אף שאינם חמין הוה כ"ר וכבר עמדו בזה בחוות דעת שצ"ב בהך דינא דהמהרי"ל ומ"ש בזה המעיין יראה שהוא דחוק ולפמ"ש אתי שפיר כיון דעיקר הוא משום שעשו הרחקה א"כ גם בכ"ר מהראוי להתיר שדעת הירושלמי היא דדוקא אצל האור ממש הוא דהוה כ"ר ועיין הלכה ה' שם ועיין בהגמ"ר הובא בב"י או"ח סי' שי"ח ובט"ז שם ס"ק י"ב ולפמ"ש יש ליישב קושית הט"ז שם ודו"ק רק דכיון דדפנותי' חמות הו"ל כעומד אצל האור ושייך הרחקה ולכך נקטו שדופנותי' חמות ובכ"ש נקטו ג"כ האמת דמש"ה לא עשו הרחקה אבל באמת כל שאינן חמין דל"ש הרחקה לא גזרו וז"ב:

ד ומן האמור אתה תחזה שהש"ך בסי' ק"ה כוון יפה בכוונת הירושלמי שפירש דמ"ש הירושלמי אין היד שולטת היינו שהיד סולדת ולכך אינו שולט בו היד ולכך עשו הרחקה דאם נימא דכוונת הירושלמי ששולטת היינו שסולדת וא"כ בכ"ר ג"כ שאין היד סולדת החמירו משום הרחקה הרי זה היפוך דברי התוס' שכתבו דדופנותיה חמין חום מרובה

משא"כ בכ"ש וע"כ כהבנת הש"ך בדבריו. והן נסתר מחמתו דברי שו"ת בית יעקב בסימן ק' שחולק על הש"ך ועיין בהרא"ש פרק כירה סי' י' משמע ג"כ דפירש אין היד שולטת היינו שהיד סולדת ודו"ק ועיין פרמ"ג סי' ס"ח האריך בדין כ"ר וכ"ש בכל פרטיו. אחר שכתבתי זאת כשלמדתי בטוש"ע או"ח סי' שי"ח ראיתי במג"א ס"ק כ"ח שכתב ג"כ דבירושלמי איתא דעשו הרחקה לכ"ר אף כשאין היד סולדת ותמהתי שלא הזכיר דברי הש"ך בסי' ק"ה בזה. וראית בתוספת שבת שם שכתב דבסמ"ג לאוין הלכות שבת משמע כפירוש הש"ך בירושלמי ועיינתי שם ומצאתי בדיני אופה שהביא הירושלמי דמעשרות פ"ק אבל לא מצאתי בו דבר חדש דכן הוא בירושלמי פרק כירה שהביאו הרש"ל והש"ך ומצאתי בביאור מהר"א שטיין על הסמ"ג שם שכתב על הירושלמי שהביא הסמ"ג דבתוס' בשבת דף מ' מבואר חילוק אחר ומסיים אכן פירוש התוס' הוא קצת מעין תירוצא דר' יונה בירושלמי וכ"כ בביאורי מהרש"ל שם וכפי הנראה פירשו דברי רבי יונה דבירושלמי דעשו הרחקה לכ"ר כעין מה שפירשתי כדי שיסכימו דברי התוס' לדברי הירושלמי וע"ד שפירשתי ות"ל כוונתי מעצמי לזה וע"כ ממילא מוכח כפירוש הש"ך ודו"ק:

ה והנה בכ"ש אם היד סולדת בו אם מבשל או עכ"פ מפליט ומבליע כבר האריכו בזה הש"ך סי' ק"ה והפר"ח סי' ס"א וכל האחרונים ואני תמה שלא זכרו דברי רבינו הגדול הרמב"ם ז"ל בפ"ג ממעשר הט"ו דהשמן משירד לעוקה וכו' ונותן לקערה קטנה ולתמחוי לתוך התבשיל אעפ"י שהוא חם מפני שאין מתבשל בכלי שני ואם היה חם ביותר כדי שיכוה את היד לא יתן לתוכו מפני שהוא מתבשל הרי בהדיא דאף בכ"ש אם היס"ב מבשל ועיין כ"מ שם שכן הוא בירושלמי בשם ר' יוסי בר' בון ולפענ"ד י"ל דר"י בר בון לשיטתו דאמר בירושלמי פרק כירה התיב ר"י בר בון והתני אף בכלי נחשת כן אית לך למימר כלי נחושת בולע וס"ל דעירוי מבשל. ומזה ראיה דעירוי יש לו דין כ"ש ומבשל שהרי גם בכ"ש מבשל כדאמר ר"י בר בון עצמו דכ"ש מבשל. ולכאורה רציתי לדחות הראי' דהרי דעת האפי רברבי והש"ך סי' ס"ט ס"ק מ"ח דאם יש חומץ ושאר דבר חריף אף בכ"ש מבשל וא"כ הא כבר נודע מ"ש הפסקי תוס' בע"ז דשמן הוה דבר חריף ואף בצונן מבליע ואף שהפסקי תוס' תמוה ועיין באר יעקב ביו"ד סי' ק"ה מה שהאריכו בזה הוא ואחוזת מריעיו הרבנים הגאונים שם ובשו"ת שבות יעקב והארכתי בזה בכמה תשובות מ"מ עכ"פ כל שהיס"ב מבליע אף בכ"ש ומדברי הירושלמי ורבינו ראיה דלא כפסקי תוס' דגם שמן אינו מבשל אף בכ"ש מכ"ש בצונן דא"י להבליע עכ"פ אין כאן קושיא. הן אמת דאני תמה על אפי רברבי שכתב דאף בחומץ ושאר דבר חריף מבשל

אף בכ"ש דהא היא משנה מפורשת בשבת דף מ"ב דתבלין מותר ליתן בכ"ש רק בחומץ וציר לא יתן לר"י לל"ב דקאי על כ"ש א"כ משמע דדוקא חומץ וציר הוא דמבשל בכ"ש אבל לא דבר חריף דהרי תבלין הוא ג"כ דבר חריף ואף שיש כמה מיני תבלין הא מ"מ הוא נקט סתם תבלין ומשמע דאף החריפים וכן משמע בירושלמי דבעי מהו ליתן תבלין מלמטה ולערות עליהן מלמעלה ונחלקו אי עירוי מבשל או מבליע ומשמע דהתבלין אינם מגרעין כלל ולפמ"ש הכו"פ סי' ס"ט ס"ק ז' דתבלין קשים לבשל אפשר ליישב אבל המעיין יראה דכל דבריו דחוקים וקושייתו יש ליישב. ועכ"פ בדברי רבינו מבואר בהדיא דכ"ש מבשל בשיד סולדת בו ודו"ק. איברא דמצינו בשבת דף מ"ם מחלוקת בשמן אי שמן יש בו משום בישול או אין בו משום בישול אף בצלי ראשון אך לפי המסקנא מסיק ר"י אמר שמואל דאחד שמן ואחד מים אם יד סולדת אסור ואם אין יד סולדת מותר ושיטת רש"י והרמב"ם ז"ל פכ"ב משבת ה"ד דאף במקום שאם יניח שם יתבשל התירו לעמוד שם להפיג צינתו ובלבד שלא יהיה היד סולדת וע"ש בה"ה והיינו משום דגם כ"ש מבשל ביד סולדת בו וכמ"ש בהלכות מעשר. והנה כבר כתבתי למעלה קושית הכו"פ סי' ס"ט ס"ק ז' בהא דמבואר שם דאף כ"ש כל שיש שם מלח וציר מבשל והרי בשבת דף מ"ב אמר ר"י דלכל הוא נותן חוץ מדבר שיש בו חומץ וציר ומפרש הש"ס דלכל הקדירות רותחות הוא נותן חוץ מדבר שיש בו חומץ וציר וא"כ משמע דבכ"ש אינו מבשל אף בחומץ וציר ואף אם נימא דר"י קאי אכ"ש אבל הת"ק פליג על ר"י וס"ל דאף בחומץ וציר אינו מבשל בכ"ש וא"כ קי"ל כת"ק ובכו"פ יש ט"ס וקצת חסרון דברים בקושייתו אבל כך היא כוונתו (ועיין שו"ת פנים מאירות ח"ב סי' ל"ט) ובאמת שקושיא גדולה היא. אמנם לפענ"ד נראה דדברי או"ה ומרדכי נכונים דבאמת זה ודאי דלא נחלקו בדבר שהחוש מעיד דע"י מלח וציר מחמם הרבה הכ"ש ומבשל אך נראה כיון דמצד עצמותו של הכ"ש אינו מבשל רק מצד המלח והציר א"כ עכ"פ אינו תולדת אור והוה כמו תולדת חמה דנחלקו בדף ל"ט אי גזרינן אטו תולדות אור או לא ומכ"ש בזה דכ"ש אין בו משום מבשל בשבת דבישול בעי אש ותולדות אור וכל שהוא בכ"ש אין בו משום אש ורק שהמלח וציר הוא מחממו עד שיש בו חום הרבה שיוכל להתבשל אבל אין בו משום בישול אש ובזה בודאי מותר בשבת וזהו דנחלקו ר"י ורבנן ללישנא דר"י קאי בכ"ש והיינו דת"ק ס"ל דכל שמבשל ע"י חומץ וציר גזרו אטו תולדות אור ור"י ס"ל דלא גזרו ולמה דמסקינן דקאי ר"י אכלי ראשון גם הוא סובר דלענין שבת לא אכפת לן בזה אבל לענין בישול הדם כל שיש בו מלח וציר מחמם הרבה עד שיתבשל הבשר וא"כ מה

אכפת לן אם הוא מתבשל ע"י האור או ע"י המלח וציר סוף סוף נתבשל הבשר עם הדם ואסור וז"ב כשמש:

ו ובזה מיושב מה שהקשה הכו"פ דבפסחים דף מ' ע"ב מביא הש"ס פלוגתא דר"י דלכל הוא נותן חוץ מדבר שיש בו חומץ וציר ופירש"י דקאי אכ"ש והוא תימה דהא בשבת מסקינן דקאי אכ"ר. ולפמ"ש אתי שפיר דלענין שיהיה החומץ מבשל ואינו מחמיץ ס"ל לרש"י דבאמת אף בכ"ש מבשל ואדרבא מזה ראיה לשיטת או"ה והמרדכי דחומץ וציר יש בו חימום רב עד שיוכל להתבשל רק דלא מקרי תולדת האור אבל מ"מ לענין שלא תתחמץ העיסה שפיר מועיל. ובזה מיושב היטב מה דק"ל טובא על האו"ה דכתב דמלח מבשל אף בכ"ש והרי בשבת שם נחלקו אי מלח הרי הוא כתבלין או לא ומסיק דמלח אינו כתבלין ואף בכ"ר לא מתבשל ואף דשם קאי לענין גוף המלח אי נתבשל מ"מ קשה דיצטרף המלח להרבות חימום ולפמ"ש א"ש דניהו דהמלח מחמם אף שאינו נתבשל וגורם לכ"ש שיתבשל ע"י חימום המלח מ"מ לענין בישול דשבת בעי בישול גמור. ובזה מיושב גם מה שהקשיתי למעלה דתבלין הוה דבר חריף וא"כ ניהו דתבלין קשים הם כמ"ש התוס' בשבת דף מ"ב מ"מ בדבר חריף אף כ"ש מבשל. ולפמ"ש א"ש דבישול ע"י אור לא חשיב. ובזה מיושב קושית הפ"י בשבת דף מ"ב דר"י אמר לכל הוא נותן חוץ מדבר שיש בו חומץ וציר והרי בפ"ק דמעשרות אמר ר"י ג"כ דלכל הוא נותן חוץ מדבר שיש בו חומץ וציר והרי שמן הפשירו זהו בישולו כדאמרו בשבת דף מ"ם וא"כ למה יהיה מותר ולפמ"ש א"ש דשם מיירי ר"י בכ"ש וא"כ שפיר התיר דכ"ש אינו מבשל רק בחומץ וציר ובאמת אם היד סולדת בו אסור אף בכ"ש לשיטת הרמב"ם וכמ"ש הרמב"ם בהדיא ולפי הס"ד דאיבעיא דר"י קאי אף בכ"ר באמת הוה איבעיא אולי סובר ר"י דבשמן ג"כ הפשירו לא זהו בישולו וכדנחלקו בזה בשבת דף מ"ם ולפי מה דמסיק הש"ס דתלוי ביד סולדת גם במעשר דינא הכי וכ"ש הוא דבמעשר תלוי כל שהוא מבשל אסור אף שהבישול בא מחמת דבר אחר ולכך פסק רבינו דכל שהיד סולדת אסור אף בכלי שני. ובזה נראה לפענ"ד לדחות הראיה שהבאתי מרבינו בפ"ג ממעשר הנ"ל דשם בשמן דגם לענין שבת אסור משום מבשל דהפשרו זהו בישולו כל שהיד סולדת בו מכ"ש לענין מעשר דחשוב גמר מלאכה דהרי נתבשל אף בכ"ש. ומן האמור נראה שעכ"פ שמן צונן ודאי לא מקרי דבר חריף דאל"כ לא היה צריך רבינו שיהיה היד סולדת דדבר חריף מבשל אף בכ"ש וכמ"ש האפי רבי והש"ך. ובזה נראה לפענ"ד דבר נחמד במ"ש הרא"ש בפרק כירה משמע דבישרא דתורא לא בשלה בכ"ר וכו' ומיהו אפילו נמלח מחדש ניהו דבשר אינו מתבשל הלחלוחית והמלח והדם שבתוכו מתבשל ונבלע

בבשר ואסורין ונחלקו בזה הת"ח והט"ז והפר"ח בסי' ס"ט בכוונת הרא"ש ודעת הט"ז דדוקא לענין איסור דם בעי נמלח אבל לענין איסור שבת לא בעי נמלח ואוסר והפר"ח נדחק דקאי לענין שבת. ובאמת שבזה צודק דברי הפר"ח דקאי לענין שבת דהרי בשבת קאי אבל צ"ב למה צריך מלח ולפמ"ש י"ל דבאמת ניהו דבשר שור אף בכ"ר אינו מבשל רק כשהוא ע"ג אש ממש מ"מ המלח והציר שבו שיש בו לחלוחית דם גורמין שיתבשל ואסור ואף דזה אינו בישול ממש דהוא מתולדת המלח ואינו תולדת אור אבל זהו לענין שיהיה חייב משום מבשל אבל לענין איסור שפיר כתב הרא"ש דאסור אף בתולדת חמה וה"ה מלח וציר וז"ב כשמש. ויש לי להוסיף בזה דהנה המבשל בשבת אסור ביומא והנה רבינו יונה כתב והובא בחידושי רשב"א בשבת דף ק"י דהא דמעשה שבת אסור הוא דוקא בשעשה פעולה בגוף הבישול וכן שחיטה דעשה הכשר ותיקון לגוף האוכל אבל אם העביר ממקום למקום אף שהוציא מרשות לרשות זה אינו אסור בשבת ע"ש ולפ"ז אם לר"י הסנדלר דסובר מעשה שבת דאורייתא מכ"ש לדידן דאינו רק דרבנן דאינו אסור מעשה שבת רק אם עשה פעולה ולפ"ז כאן דאם בישרא דתורא צריכה בישולא ע"ג האש א"כ שוב אינו ראוי שתאסר לאכול בשבת דלא עשה פעולה ולכך חידש הרא"ש דמ"מ הלחלוחית נתבשל וא"כ שוב עשה פעולה ואסור משום מעשה שבת דאסור ביומא וז"ב ודו"ק היטב:

ז ובזה מיושב מ"ש הרא"ש המלח והלחלוחית והדם שבתוכו נתבשל וקשה הא המלח אינו נתבשל דמלחא צריכה בישולא כבשרא דתורא. ולפמ"ש אתי שפיר דמ"מ המלח גורם חום גדול אף שאינו מתבשל אבל עכ"פ מחמם הכ"ש ומבשל וכמ"ש ודו"ק. והן נסתר מחמתו כל מה שהאריך בכו"פ בדברי הט"ז והפר"ח אלו דלפמ"ש לענין איסור דם פשיטא דאף בשר שור נאסר דעכ"פ מבליע ומפליט רק לענין בישול שבת שצריך שיהיה בשביל תולדת אור וגם פעולה והכשר מה שלא היה מקודם ולכך בעי בישול ממש משא"כ בזה וז"ב ומיושב כל ההערות שם. ובזה אני אומר דבר נחמד במ"ש בדף מ' דמביא קיתון של מים ומניחו כנגד המדורה לא בשביל שיחמו אלא כדי שתפיג צינתן ובשמן אמר לא בשביל שיתבשל אלא כדי שיפשר והנה לשון לא בשביל משמע דאסור בשביל הכוונה שיתחמם וא"כ לר"י דס"ל דבר שא"מ אסור א"כ ל"ש לשון בשביל וכבר עמד בזה הפ"י. ולפמ"ש י"ל דהנה עוד דקדק שם דלמה אמר במים שיחמו ובשמן בשביל בישול וכתב הפ"י דבמים ל"ש בישול דאינו ניכר במים בישול ונסתייע מדברי הפר"ח סי' ס"ח ס"ק י"ח. ובאמת המעיין בפר"ח יראה שכתב להיפך דאף שאין הבישול ניכר במים מ"מ חייב משום מבשל ובאמת שא"צ ראיה שהרי הרב אומר כן הרמב"ם בפ"ט

משבת ה"א וכמ"ש הפר"ח שם והכוונה פשוטה דבאמת גם אופה חייב משום מבשל ועיקר הכוונה שצריך לאותה פעולה של חימום שמתבשל ונאפה ונתחמם חייב משום בישול סממנים ולפ"ז גם במים ניהו דבישול לא שייך אבל פעולת החום ניכר בה שהרי מתחלה היה צונן ועכשיו נתחמם ואף שנתקרר אח"כ אינו דומה מים שלא נתבשלו כלל למים שנתבשלו ונשתנו עי"ז ועיין ע"ז דף ל"ז ע"ב מה מים שלא נשתנו מברייתן ע"י אור הרי דע"י אור נשתנה מקרי וא"כ זה פעולת הבישול במים ולפ"ז נ"ל ברור דכל שלא נתחמם רק מפיג צינתו א"כ אין בו פעולה של חום ובישול כלל רק שמפיג צנתו ובכה"ג בודאי ל"ש בישול ולענין מעשה שבת ג"כ דבעינן שיהיה הכשר מה שלא הי' מעיקרו א"כ כל שאינו מניחו בשביל שיחמו רק שתפיג צנתן לא נקרא מבשל וגם בשמן כל שלא נתבשל רק שנפשר מותר וז"ב. ויש ליישב בזה הרבה קושיות שהאריך הרשב"א בחידושיו להקשות שם בסוגיא ואכ"מ:

ח ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו שם ש"מ כלי שני אינו מבשל והקשו התוס' מ"ש כלי שני מכלי ראשון אם היד סולדת גם בכ"ש ראוי לאסור וכתבו התוס' דכ"ש דופנותיו מקררין אותו ואינו מחמם ובאמת לשיטת הרמב"ם דכ"ש מבשל ג"כ כמ"ש בפ"ג ממעשר א"כ יקשה מה חילוק יש בין כלי ראשון לכ"ש ולפמ"ש י"ל דבאמת לענין שאר איסורים ס"ל לרמב"ם דאין חילוק רק לענין שבת דבעי שיהיה תולדת אור ולפ"ז בשלמא בכ"ר שנתחמם גוף הכלי מאור הו"ל תולדת אור ומחמם המאכל או שאר דבר וחייב משום מבשל אבל כ"ש כיון שדופנותיו מתקררין א"כ ל"ש שנתחמם המאכל מתולדת האור כיון דהכלי גופא הולכת ומתקררת ואינה תולדת האור ממש א"כ פטור כיון שאין בו משום בישול ועיין בפ"ט משבת ה"ו דכללו של דבר בין שריפה גוף קשה באש או שהקשה גוף רפה ה"ז חייב משום מבשל וא"כ כאן שדופנותיה הולכין ומתקררין א"כ אדרבא החימום בא מצד מה שבתוכו שנתחממו והדופן מפסיק ואינו חייב משום תולדת אש וז"ב לדעתי ודו"ק היטב:

ט והנה במ"ש דלענין מעשר מה דכ"ש מבשל הוא שעכ"פ הוה גמר מלאכה שבשמן הפשירו זהו בישולו וניהו דכ"ש אינו מבשל היינו שיהיה חייב משום בישול בשבת דאינו תולדת אור כיון דדופנותיה מקררות ואינו תולדת אור ולכך אמרו שבכ"ש אינו מבשל אבל מ"מ נגמר המלאכה שאלני אחד מהחכמים דהא אור קובע למעשר דהיינו אש כמ"ש רבינו פ"ג ממעשר הלכה ג' וא"כ זה אינו כל שהוא בכלי שני והשבתי לו דבמעשר עיקר תלוי בגמר מלאכה ובמה שראוי למאכל וא"כ כל שנתבשל אף בכ"ש ניהו דלא נקרא בישול לענין שבת אבל לענין מעשר חייב ותדע שהרי כובש קובע למעשר

אף שנחלקו אמוראי בחולין דף קי"א אי כבוש כמבושל ועיין כ"מ בה"ג שם ובפ"ה ממעשר הי"ד ובמלמ"ל שם וראיה ברורה לזה דהרי לענין שבת לא זכר הרמב"ם בפ"ט משבת דכובש יהיה חייב משום מבשל דלאו תולדה דמבשל משום דאין בו אור ומ"ש בפכ"ד היו"ד דהכובש אסור מפני שהוא כמבשל דקדק רבינו לשון איסור ולא חייב דשם חוזר ושונה מה שאסרו כמבואר פכ"א ופכ"ב דחשוב כל איסורי דרבנן מה שדומים לאב ולתולדה דאורייתא וא"כ גם בכובש ניהו דאינו תולדה דאור אסור אבל חיוב ל"ש בכובש דאינו אור ובפ"ה ממעשר כתב דהכובש ג"כ קובע וע"כ דשם עיקר הענין שגומר המלאכה וראוי לאכילה ולכך קובע למעשר וא"כ אף כובש קובע ומה דחומץ אינו קובע כמ"ש הכ"מ פ"ג אפשר דס"ל דחומץ אינו מבשל דקיי"ל כת"ק דר"י דאף בנותן לחומץ וציר מותר ובפרט בנותן חומץ לתוך התבשיל אינו מבשל עוד וכדאמרו בפסחים דף מ"א דכל שכבר נתערב אינו מבשל ולכך לא פסיקא ליה למנקט חומץ ודו"ק ומצאתי בנוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' סמ"ך שכתב בסופו דכובש חייב בשבת משום מבשל והבין כן מדברי רבינו שבפכ"ב. ולפענ"ד א"א לאמרו דעכ"פ אינו תולדת אור וכמ"ש וז"ב כשמש. שוב ראיתי בפכ"ב משבת ה"ו שכתב ואם יצק התבשיל מקדירה לקערה אעפ"י שהוא רותח בקערה מותר לו ליתן לתוך הקערה תבלין שכ"ש אינו מבשל ובפר"ח סי' ס"ח הבין בפשיטות דרבינו ס"ל דכ"ש אינו מבשל בכ"מ וכן נראה מההמ"מ שם ואני תמה שהרי בפ"ג ממעשר כתב דכל שהיס"ב מבשל וצ"ל כמ"ש דדוקא לענין שבת הוא דאינו מבשל דאינו תולדת האור ועדיין צ"ע:

י והנה הב"י באו"ח סי' תנ"א כתב ראיה דאף בהעבירו מרותח מעל האש הוה כ"ר מהך דתנן האלפס והקדירה שהעבירן מרותחין ושאל אחד מהתלמידים על הר"ן פכ"ש שלא הביא ראיה זו שהוא פשיטא מאד. ובאמת לק"מ די"ל דשם אינו רק דרבנן כדאמרו בירושלמי וכ"כ בפר"ח סי' ס"ח שם ליישב דברי הר"ן פ' כירה כן ועט"ז סי' שי"ח ס"ק י"ב ולפמ"ש הפר"ח אין ראיה מהמשנה דהאלפס די"ל דזה אינו רק דרבנן. ועכ"פ ממ"ש הרמב"ם פ"ג ממעשר מבואר בהדיא דס"ל דכ"ש מבשל ועיין במג"א סי' תנ"א ס"ק ג' שרצה לכוון דברי הרמב"ם דדווקא בעירוי ס"ל כן ולא בכ"ש דכ"ש אינו מבשל. ואני תמה דלפי הבנתו היה לו להסתייע מדברי הרמב"ם פכ"ב משבת ה"ו שכתב דכ"ש אינו מבשל ועירוי משמע דס"ל דהוה כבישול וכמ"ש הה"מ אבל באמת הרמב"ם לא פסק כן בפ"ג ממעשר ויצא לו מדברי הירושלמי וכמ"ש הכ"מ והיא היא כפי הנראה אותו ירושלמי שבפרק כירה שכ"כ הפר"ח בפרק כירה ובפ"ק דמעשרות מאמרי הירושלמי ועכ"פ מבואר דמבשל וע"כ דדוקא בשבת דבעי תולדת אור ובכ"ש אינו תולדת אור ואינו

רק מדרבנן ולכך מותר לתת בתוכו תבלין ודו"ק. שוב אחר זמן רב נזכרתי שהרמב"ן סוף ע"ז דעתו דמליח אינו מבשל והר"ן נחלק עליו ע"ש ובפר"ח סי' ס"ח. ובאמת אם נימא כמ"ש למעלה אין ראיה דניהו דמבשל אבל בשבת אינו חייב משום מבשל וכ"כ הצל"ח ר"פ כיצד צולין ועיין בנוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' כ"ב וחיו"ד סי' מ"ג וקצת סותר עצמו שם. ועכ"פ מבואר שם הסברא דאף דהוה בישול לענין שבת לא הוה בישול. והנה לכאורה לשיטת הר"ן דמולח חייב משום מבשל א"כ אם מולח בשר בשבת לא יתחייב אח"כ משום מבשל דהרי כבר נתבשל ע"י המליחה ואין בישול אחר בישול. אמנם זה אינו דהרי דעת הר"א ממיץ דיש בישול אחר צלייה ואף להחולקים כמבואר באו"ח סי' שי"ח היינו בבישול ממש שבשל בכלי אבל מליח אף דהוא כרותח אינו רק בכדי קליפה כרותח דצלי א"כ לא בשיל רק כדי קליפה ומ"מ לא חזי לאכול עי"ז ופשיטא דחייב אח"כ משום מבשל. איברא דלפ"ז צ"ב הא דאמרו בברכות דף ל"ח דשלקות ס"ל לר' יוחנן דבמלתייהו קיימו ואמר ר"ז ראיה דהרי ר"י אכיל זית מליח ובריך עלי' תחלה וסוף והרי מליח כרותח וע"ש ברש"י ותוס' ומה קושיא הא לא בשיל רק כדי קליפה וא"כ המותר לא יצא משיעורו ושפיר מברך עליו. הן אמת דבלא"ה יקשה דהא מליח כרותח בעי שלא יהיה נאכל מחמת מלחו כדאמרו בחולין קי"ב ובפסחים ע"ו ושיטת רש"י דבעי שיהיה נמלח כעין דעביד לאורחא וא"כ מה קושיא מהך דזית דלמא לא נמלח כ"כ והרי ר"י אכלו לזית מליח וא"כ לא היה נמלח כ"כ. ואולי כיון דמליח ישן הי' כמ"ש רש"י דנמלח זה כמה ימים וא"כ הוה מליח ישן ואולי זה מקרי בישול והרי קי"ל דמליח ישן א"צ אלא בישול מעט ואסור להדיחו בחמין כדאמרו בשבת וא"כ גם כאן הוא כן ודו"ק. אמנם אכתי קשה מה שהקשיתי דלא נמלח רק קליפה בעלמא אך י"ל דקושית הש"ס היא דהרי אח"כ אמר ר"י היכי מברך על זית מליח הא בציר ליה שיעורא ומשני דזית קטן סגי ולפ"ז כיון דנתבשל כדי קליפה שוב חסר ליה שיעור כדי קליפת כל הזית וגם הגרעין וא"כ חסר ליה טובא. ובזה יש ליישב קושיתי בהא דפריך הש"ס ר"י היכי מברך על זית מליח ולמה נקט מליח ולפמ"ש י"ל דר"ז לשיטתי' דס"ל דבמלתייהו קיימא והיינו משום דלא חסר הקליפה ולזה פריך אכתי היכי מברך והא חסר הגרעון ודו"ק. וראיתי בשו"ת נוב"י מהד"ת חיו"ד סי' מ"ג שהקשה לשיטת הרמב"ן דמליח אינו מבשל רק מבליע ומפליט א"כ מה מוכיח מדאכיל זית מליח דמליח כרותח והא אינו מבשל ע"ש מ"ש בזה. ובאמת שאינה קושיא לפענ"ד דניהו דלא מקרי מבשל ממש מ"מ הוה חום והוה שלקות דהוה בשיל ולא בשיל וגם זה בכלל שליקה ועיין ביו"ד סי' ע"ג לענין שליקה דכבד. והנה בהא דאמרו בחולין דף קי"א דרבנן א"ר יוחנן דמליח אינו כרותח

וכבוש אינו כמבושל ואמר אביי הא דרבנן ליתא מהא דר' אמי דתברא להאי פנכא וע"כ משום דשמיע ליה לר"י דמליח הרי הוא כרותח וקשה למה לא אמר דע"כ מוכח דמליח אינו כרותח לר"י דאל"כ הא שלקות לאו במלתייהו קיימי כדס"ל לרב בנימין אליבא דר"י וא"כ היכא בריך ומיהו ז"א דמלבד דר"ז הוכיח מכמה מקומות דר"י ס"ל דשלקות במלתייהו קיימי אף גם די"ל דבריך ב"נ כדדחי הש"ס בברכות שם וז"פ:

יא והנה החריף מוה' אברהם לבוב נ"י אמר שיש ליישב מה שהקשה הברטנורה בפרק כירה במ"ש המיחם שפינהו לא יתן לתוכו צונן בשביל שיחמו ואח"כ מבואר דאלפס וקדרה שהעבירן מרותחין מאש לא יתן לתוכו תבלין אבל נותן הוא לתוך הקערה דמשמע בכ"ש מותר. ואמר הוא דדוקא מים דל"ש בישול בו רק משום חימום א"כ בכ"ש עכ"פ מתחמם אבל בתבלין בכ"ש אינו מתבשל. והראיתי לו דברי התוס' הנ"ל דבכ"ש הולך ומתקרר ואינו מתחמם וגם דברי הפ"י דהאריך בזה אם במים שייך בישול ובדרוש לשבת תשובה הארכתי בזה ודו"ק. והנה במ"ש למעלה דאין היד שולטת בירושלמי היינו שהיד סולדת בו כהבנת הש"ך מהא דעשו הרחקה לכ"ר נראה מדברי הפר"ח סי' ס"ח דהיינו משום דמה"ת אין אסור רק אם האור מהלך תחתיו וכ"כ בשלום ירושלים בפ' כירה שם ואני אומר דאפ"ה דברי המהרש"ל נכונים דכמו דבשבת לענין בישול לא נאסר רק אש ותולדתה דהיינו כ"ז שהאור מהלך תחתיה ואפ"ה אסרו כ"ר אטו אור מהלך תחתיו וה"ה באיסורים דסגי בחם יש לאסור באין היד סולדת כל שעכ"פ חם דאם היד סולדת בו בודאי אסור דבאיסורין סגי בחם אף שאינו תולדת אש רק תולדת חמה כל שהוא חם אסור וזה ברור לפענ"ד.

יב והנה בשנת תרי"ט י' אדר הגיעני מכתב מ"ק בוטשאטש מהרבני המופלג מוה' מאיר קרא נ"י נכד בעהמ"ח נט"ש ז"ל והאריך אם נחשב כ"ר מה שהמציאו מחדש שמוליכין ע"י קנה הזיעה מכלי שעומד אצל האש ומוליכין הזיעה לאמבטי והאמבטי אינה עומדת אצל האש וע"י הזיעה מתחמם המים שבאמבטי עד שמעלה רתיחה. והנה בראשית ההשקפה אמרתי שזה תלוי במחלוקת הט"ז עם המהרי"ל הנ"ל וראיתי למעלתו שדחה זאת דשאני התם דהכ"ש הושם לתוך כ"ר וי"ל דתתאה גבר ומחמם הדפנות ונעשה כ"ר אבל כאן האמבטי קרה והקנה שמוליך הזיעה מחמם המים אבל אין לו כח כ"כ לחמם הדפנות והו"ל כ"ש ממש. והנה מעלתו כתב ראיה לזה מהך דמוליאר הגרוף ולפי פירוש הר"ן דכל שאינו עומד על הגחלים ממש לא מקרי כ"ר וה"ה בזה. אמנם דברי הר"ן תמוהים כמ"ש הק"ע פ' כירה ה"ו דלדברי הר"ן א"כ קדירות שלנו לא יהי' מקרי כ"ר וגם בירושלמי כתב חילוק אחר בין מוליאר לאנטיכי ע"ש ולפענ"ד נראה דהירושלמי

לשיטתו דס"ל בה"ד דעשו הרחקה לכ"ר באין היד שולטת ולא עשו הרחקה לכ"ש והיינו כפירוש המהרש"ל דהיינו אף באין היד סולדת עשו הרחקה לכ"ר וא"כ הך דמוליאר כל שהיד סולדת בודאי אסור ולכך הוכרח לחלק בחילוק אחר בין מוליאר לאנטיכי אבל אם נימא כפירוש הש"ך דגם בכ"ר דוקא כשהיד סולדת ובכ"ש אף שהיד סולדת מותר א"כ זהו חלוקו של הר"ן בין מוליאר לאנטיכי והיינו דלדידן עיקר החילוק הוא כמ"ש התוס' דכ"ש דופנותיה קרות ולכך אף שהיד סולדת בהתבשיל אבל מ"מ דופנותיה קרות וא"כ ל"ק דקדירות שלנו עכ"פ כשהיד סולדת ודאי אסורים ובזה מבואר החילוק בין שבת לשאר איסורים דבשבת דאסור משום בישול כל שדופנותיה קרות מותר דלא מקרי בישול משא"כ בשאר איסור כל שהמאכל חם והיד סולדת שוב אסור. ומעתה לענין הגעלה גם להר"ן כל שהיד סולדת מה בכך שדופנותיה קרות מ"מ מקרי הגעלה מכ"ר. ולפ"ז זהו לדברי הר"ן אבל לדידן כל שדופנותיה מקררות לא מקרי הגעלה מכ"ר ודו"ק ועיין בחידושי רשב"א בשבת דף מ"א גבי מוליאר הגרוף ודו"ק היטב:

סימן יב

א בהא דמבואר בש"ע או"ח סי' רנ"ד ס"ה בהג"ה דכל שפורסה ואין חוטין נמשכין קרוי קרימת פנים ומקורו הגה"מ פ"ג מהלכות שבת בשם התוס' בפרק התודה ועיינתי שם והוא במנחות דף ע"ח ולדעתי יש מקום לפלפל ע"כ אמרתי לברר הדבר. והנה בהא דאמרו דמצה נא מקרי כל שפורסה ואין החוטין נמשכין ממנה וע"ז כתבו התוס' דזה מה שאמרו בשבת דף כ' עד שיקרמו פניה ולכאורה קשה טובא דהרי אמרו במנחות שם וכן ללחמי תודה ופירש"י דהא דאמרו במשנה קרמו פניה היינו כל שאין חוטין נמשכים ממנה וא"כ הרי שם במשנה בשבת נחלקו ר"א ורבנן דת"ק ס"ל דעד שיקרמו פניה ור"א ס"ל עד שיקרמו פניה התחתון וכתבו התוס' שם בד"ה איבעיא להו דר"א להקל בא דקאמר התם ומודה ר"א בלחם הפנים שאין קרוי לחם עד שיקרמו פניה בתנור והיינו דבלחם הפנים בעינן קרימה מעליא וא"כ כיון דלחם הפנים לא נתקדש עד שיקרמו פניה מלמעלה ומלמטה א"כ הוה ע"כ כל שפורסה ואין חוטין נמשכין שיעור דקרימה מעליא דמ"ש לחמי תודה מלחם הפנים בתרווייהו השיעור דמשקרמו פניה ועיין בחידושי אבן העוזר כאן ולפ"ז לאו היינו משיקרמו פניה דשבת דכאן לאו קרימה מעליא וע"כ צ"ל דהתוס' לשיטתייהו דמפרשי דר"א להקל בא וא"כ הת"ק דס"ל עד שיקרמו פניה דהיינו אצל אש דהוא המאוחר ממילא לדידיה הוה קרימה מעליא כמו בלחם הפנים וא"כ שפיר כתבו דזה השיעור שיקרמו פניה דשבת דהיינו לת"ק ולפ"ז לפי מה דהבין המג"א בדעת

הב"י כאן דפסק להקל כר"א דסגי בקרימת התחתון דס"ל דזה ממהר לקרום וא"כ לדידיה לא בעינן שיהיה פורסה ואין החוטין נמשכין ואיך העתיק הרמ"א דברי הגה"מ תיכף אחר דברי ב"י ואף דבלא"ה תמה המג"א על הרמ"א מה שהעתיק הרמ"א דבפשטידא ופלאדין צריך קרימה מלמעלה ולמטה דהיה לו לכתוב בלשון י"א אבל זה אינו קושיא דזה חלוק משאר וכמ"ש בדגול מרבבה וכן כתבו בשם חמד משה אבל מה שהקשיתי קשה טובא:

ב ובזה יש ליישב מה דהקשה בתוספת שבת בסי' רנ"ד שם בהא דכתב הטור לקמן סי' תס"א דפחות מפורסה ואין חוטין נמשכין אין יוצאין בה ודקדק הב"ח דמשמע דאין יוצאין אבל איסור חמץ ליכא והיינו דכל שנאפית כמאב"ד סגי לאפקועי מאיסור חמץ ולפ"ז משמע דכמב"ד הוא זוטר משיעור דכל שאין חוטין נמשכין והרי בש"ס דף ל"ז ע"ב מוקי המתניתין דעד שיקרמו פניה כחנניא דמתיר כמב"ד ומשמע דשיעור קרימה ומב"ד חד הוא והיא קושיא גדולה. ולפמ"ש א"ש דש"ס דילן לשיטתו דס"ל לפי פירש"י דר"א להחמיר בא והת"ק מיקל והתוס' בשם ריב"א לא דחו רק דאין שיטת הירושלמי כן וא"כ כיון דבש"ס דילן ס"ל דסגי בקרימה כל דהו וגם עכ"פ ר"א ודאי ס"ל כן וא"כ זה הוה כמו שיעור דמב"ד ושפיר דייק אבל התוס' במנחות ס"ל כשיטת הירושלמי דבעי קרימה מעליא לת"ק וס"ל דהלכה כת"ק כמו שנחלקו בזה הקדמונים ועיין בב"י וש"ע כאן והרמ"א דהעתיק כאן דברי הגה"מ היינו דאזיל בשיטת הסוברים דבעינן קרימה מעליא וכמ"ש. ובזה מיושב מה דכתבו התוס' במנחות דף נ"ז ע"ב בהא דאמרו שם דר"ע סבר דמדת יבש לא נתקדש והקשו בתוס' דהא משיקרמו פניה נתקדש וכתבו דכיון שקרמו פניה שוב לא אתי לידי חימוץ ודבריהם לכאורה סתומים דמהיכן פשיטא להו דבזה ל"ש חימוץ. ולפמ"ש הדברים מפורשים דכיון דהש"ס אמר דמשקרמו פניה דלחמי תודה היינו מצה שאין חוטין נמשכין ממנה דיוצאין בה ובירושלמי אמרו בהדיא דאף ר"א מודה בלחם הפנים דקרימה מעליא בעי וא"כ שוב בודאי אין בה משום חימוץ ובזה יש ליישב מה שהקשו האחרונים בהא דפריך הש"ס במנחות דף צ"ה דאמרו דאין דוחה שבת וכיון דאפייתה בפנים אפסלא בלינה והקשו דכיון דבלחם הפנים בעי קרימה מעליא להתקדש ואילו לענין שבת קיי"ל לדעת הרבה מהקדמונים כמאן דמיקל לאפות בקרימת כל דהו והא יכול לאפות בקרימת כל דהו מע"ש ואח"כ בשבת יגמור האפייה ואין בישול אחר בישול ולא אפסלא בלינה דעדיין לא נתקדש. ולפמ"ש א"ש דהרי ברמ"א מבואר שם דכל שפורסה ואין חוטין נמשכין קרוי קרימת פנים וא"כ כל שלא היה קרימה מעליא א"א בלחם הפנים דבעינן מצה ודו"ק:

ג ובזה מיושב היטב מה דמשני הש"ס התם מאי מבפנים במקום זריזין ופירש"י כדי שלא יתחמץ והקשה בשו"ת נוב"י מהד"ק בשם הגאון בעל אור חדש דתינח לחה"פ אבל שתי הלחם דחמץ מאי איכא למימר ולפמ"ש א"ש דמשתי הלחם ל"ק כלל די"ל דמיירי בכה"ג. שוב מצאתי בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל שהעיר בזה ונהניתי. והנה לכאורה קשה טובא מאי פריך הש"ס שם הא אפסלא בלינה דהרי מבואר בסי' רנ"ג דאם הניח חתיכה חי' מותר דלא חיישינן לחיתוי דהרי לא תגמר רק למחר ולמחר א"צ לחיתוי דכל הלילה אפשר שתגמור בלא חיתוי ומבואר שם דבכה"ג לא שייך חשש חיתוי ולפ"ז משכחת לה שיאפנה סמוך לחשיכה ואף דלא קרמו פניה מ"מ כל שאכלו בלילה ואדרבא נפסל בלינה אם נגמר קודם וא"כ א"צ לו בלילה ולמחר יגמר בלא חיתוי וא"כ יכול לאפות סמוך לחשיכה ולא יפסול בלינה דלא יגמר רק בלילה ולילה אין מחוסר זמן ולא נפסל בלינה וצ"ל דקושית הש"ס היא דלילה מחוסר זמן וכמ"ש רבינו בפ"י ממחוסרי כפרה ה"ד ועמ"ש בגליון הרמב"ם בהלכות בכורות פ"ו הי"ד. והנה אי קשיא הא קשיא דלפי מה דמשני הש"ס במנחות דמאי מבפנים במקום זריזין והרי אמרו בש"ס שבת דף כ' דמאחיזין האור בבית המוקד ומטעם דחבורה זריזין הם ול"ש אתו לחתויי וא"כ כיון דכהנים זריזין הם וא"כ ל"ש דאתו לחתויי וא"כ מותר לאפות סמוך לחשיכה ולא נפסל בלינה ולמה צריך לאוקמי בחוץ רק במקום זריזין הא גם מבפנים שרי ואפ"ה לא אתו לחתויי. ולפמ"ש א"ש דעכ"פ לילה מחוסר זמן ונפסל בלינה. ובלא"ה י"ל בישוב קושיא זו דע"כ לא שייך לומר דכהנים זריזין הם ולא אתו לחתויי דוקא במקום שאין חשש איסור אם ישהה ורק דחיישינן מתוך שבהול לאכול יבא לחתות בזה שפיר התירו משום דזריזין הם אבל כאן דאיכא חשש חימוץ כל שלא קרמו פניה וכמ"ש התוס' וא"כ יש חשש דיבא לחתות ולמהר האפייה כדי שלא תחמיץ וא"כ בכה"ג שפיר חיישינן. ובזה מיושב היטב דברי רש"י הנ"ל דדוקא מלחם הפנים הוא דקשיא דבשתי הלחם דחמץ תאפינה א"כ בלא"ה ל"ק דלא נפסל בלינה דיכול לאפותו סמוך לחשיכה ולסמוך על שכהנים זריזין הם ודו"ק:

ד והנה לכאורה קשה לי בהא דאצטריך בשבת שם הטעם למדורת בית המוקד משום דכהנים זריזין הם ת"ל שאין שבות במקדש. ואפשר לומר דלפמ"ש רש"י דלא היה צריך לגבוה רק לכהנים ובכה"ג אפשר דלא התירו שבות במקדש. אבל העיקר נראה לי עפמ"ש הכ"מ בפ"ח מבית הבחירה הלכה י"ב בסופו דהתירו שבות במקדש משום דכהנים זריזין הם ע"ש וא"כ היינו הך וגם לפי מה שחידש שם דכל דאפשר מאתמול לא שרי א"כ א"ש דהיה אפשר שיאחיז האור קודם לילה וזה צ"ע דהו"ל משחית עצי הקרש

בחנם וצ"ע בזה. איברא דאכתי קשה למה לא הותר האפייה ביו"ט דהאפייה היא משום בישול והרי אמרו שם בשבת דלא תבערו אש בכל מושבותיכם אבל אתה מבעיר אש במדורת בית המוקד וא"כ כיון דלצורך גבוה היא למה לא יהיה מותר וע"ש בתוס' דכל שמשלה בהם האור מותר אף באברים ופדרים של חול אבל זה אינו דכבר מיעט קרא דלכם ולא לגבוה ורק לענין להבעיר במדורת בית המוקד הוא דשרי והריב"א מסתפק שם דאולי דוקא בתמיד אשתרי וצ"ע בכ"ז כי אין הזמן מספיק בזה. נחזור לענינינו דעכ"פ הגה"מ הולך בשיטה זו דקבעי קרימה מעליא וכמ"ש הריב"א בשם הירושלמי ועיין במרדכי פ"ג דפסחים שכתב בשם הריב"א וכן הוא בש"ע סי' תס"א דקרימה מעליא בעי וכמ"ש התוס' במנחות הנ"ל. איברא דבאמת בש"ס דילן נראה עיקר כפירש"י דר"א להחמיר בא דגם מצד הסברא נראה דאותו שהוא לצד האש ממהר להתבשל ומה שהקשו בתוס' מהא דאמר בירושלמי מודה ר"א בלחה"פ לפענ"ד נראה כיון דכל הטעם הוא דמה שהוא לצד האש ממהר להתבשל הוא בשביל שבימיהם הי' מדביקים הפת בתנור למעלה והאש היה מלמטה סביבו אבל בלחה"פ דודאי נאפית על קרקע התנור שהרי היה כמין תיבה פרוצה ובדפוס והי' מונח על שולים כמבואר במנחות דף צ"ה וא"כ בכה"ג פשיטא דמה שבצד התנור ממהר לאפות ולכך בעי קרימה מלמעלה ולמטה וז"ב לדעתי ולפמ"ש גם משום רדי' ליכא דבתנורים שלנו ל"ש רדי' כמ"ש בסי' רנ"ד ס"ז מיהו בלא"ה רדי' אסור אלא משום שבות ואין שבות במקדש ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ:

ה והנה הרב המאוה"ג מוה' נתן אשכנזי אבד"ק פאטיק ני' שאל אותי בהא דאמר הש"ס במנחות דף נ' ע"ב דחביתי כ"ג בעי כלי ואי אפו לה מאתמול אפסילא בלינה והקשה הא מבואר ברמב"ם פי"ג ממעשה הקרבנות הלכה ב' דחביתי כה"ג הי' אופה מעט ואח"כ טגנו ולפ"ז הי' מצי לאפותו מעט מע"ש ולא היה צריך כ"ש דהטיגון היה צריך מחבת והיה יכול לטגנו בשבת דאין טיגון אחר אפייה כמבואר באו"ח סי' שי"ח. והשבתי דלק"מ דשם שנאפית רק מעט ועיקר האפייה היא בטיגון שהרי מה שאופה מעט הוא משום שנאמר תופיני שיהא נאה ועיין כ"מ ולח"מ וא"כ העיקר היא הטיגון ובכה"ג אסור בשבת וגם כיון דכתיב תופיני ודרשינן שיהיה נאה א"כ התורה אחשביה ואצטריך להאי טיגון אח"כ שיהיה נאה פשיטא דמקרי אפייה וכה"ג כתב בהגמ"ר פ"ק דחולין לענין קשר דמגו דחשוב קשר לענין תפילין ומכ"ש דחשוב קשר לענין שבת ע"ש ומכ"ש בזה דהתורה אמרה תופיני נאה וארווחנא בזה דברי רבינו פ"ג מתמידין הלכה י"ח שכתב שני הטעמים משום דכתיב תופיני שיהא נאה ועוד אם תאפה מבערב תפסל בלינה והקשה הלח"מ דל"ל שני הטעמים וגם הטעם הראשון נדחה. ולפמ"ש א"ש כיון

דכתיב תופיני שתהא נאה ממילא מפסלא בלינה דא"א שיהיה נאפה מעט דא"כ שוב אסור לאפותו ביו"ט דבעינן אפייה נאה וע"כ דבעינן שנאפית כלו מאתמול ושוב לא יהי' נפסל בלינה ודו"ק:

ו והנה כבוד מחו' הרב החריף המושלם מוה' מאיר לעווי נ"י מ"ק קארלין הקשה אותי על דברת התוס' שהוכיחו דר"א לקולא קאי דאמרו בירושלמי מודה ר"א בקרימת לחם הפנים דאינו קרוי לחם עד שיקרמו פניה בתנור ומשמע דדוקא בזה בעי קרימה מעליא ולא בכל הקרימות וע"ז הקשה דמה ראיה משם דהא לחם הפנים הי' בתנור של מתכות וא"כ הי' מצד התנור חם יותר ולכך אמרו דמודה בלחם הפנים דבעי שיקרמו פניה בתנור כדאמרו בפסחים דף ל"ו אם אמרו בתנור חם ובמתכת ע"ש. והשבתי דמלבד דבמנחות דף צ"ה רצה לפרש דמאי מבפנים במקום זריזין וא"כ לא היה בשל מתכות וחם ואף דאסיק בקשיא אבל עכ"פ אין קושיא על התוס' דבאמת ע"כ צריך לפרש כן וכבר תמה הלח"מ על הרמב"ם דהעתיק המשנה כצורתה ע"ש בפ"ה מתמידין אף גם דיהיה איך שיהיה עכ"פ שפיר דייק מדאמר דבעי שיקרמו פניה בתנור משמע דבשאר מקומות מיקל וא"ל דשאני לחם הפנים דבתנור היה האור שולט טפי דז"א דא"כ למה אמר דמודה בלחם הפנים דמה רבותא הא בכל קרימות צריך שיקרום שני הפנים וא"כ גם בלחה"פ כן הוא ולמה אמר דמודה בלחה"פ ניהו דשם מקום התנור חם ביותר אבל עכ"פ לא עדיף משאר מקומות דבעינן חמה משני הצדדין וע"כ דר"א מיקל טפי וז"ב ועיין ט"ז סי' רנ"ג ובאהע"ז ותמצא ליישב הקושיא בפנים אחרות וקצרתי ודו"ק היטב. והנה בהא דאמרו ואפייתן בפנים אלמא תנור מקדש זה רבות בשנים הקשיתי דהא נסכים הבאין עם הזבח אין מתקדשין עד שישחט הזבח וא"כ מאי קושיא דהא אפסלא בלינה והא רש"י פירש דלענין לינה ג"כ לא מפסלי עד שישחט הזבח וכתבתי דקושית הש"ס לפירש"י ע"כ לא קאי על השתי לחם רק על לחם הפנים. ובזה ישבתי דברי רש"י דפירש במקום זריזין שלא יחמיץ והקשו כלם דהא שתי הלחם חמץ תאפנה ולפמ"ש א"ש דעיקר קושית הש"ס על לחם הפנים אבל משתי לחם ל"ק כלל:

ז והנה התוס' דחו דברי רש"י במנחות דף ט"ו ד"ה אפשר דלא קאי על לינה דזה ודאי פסול משקדש בכלי כדאמרו בסוף ר"י דאם קדש בתנור אפסלא בלינה. אך לפענ"ד הדבר תמוה בהא דאמרו במנחות דף ט"ז ע"ב מי סברת לחם בתנור קדוש שחיטת כבשים מקדשא לי' והבא לקדש כבא להתיר דמי וא"כ בשלמא לרש"י דלא מפסלא בלינה ג"כ עד שישחוט הזבח שפיר קא דחי דאין התנור מקדש כלל אבל לשיטת התוס' הרי התנור מקדש עכ"פ לפסלו בלינה והבא לקדש כבא להתיר דמי ואולי גם לשיטת התוס'

דכיון דעיקר קידוש שלא נוכל לשנות הזבח היא בשחיטת כבשים א"כ הוה כבא להתיר דמי דעיקר היתירו בא ע"י שחיטת כבשים. אך פשטות הלשון מי סברת לחם בתנור קדוש משמע דאין התנור מקדש כלל וכפירש"י ובאמת מה שהקשו התוס' מהך דס"פ ר' ישמעאל לפענ"ד לא זכיתי להבין דלרש"י לשיטתו א"ש דבאמת לענין לפסול בלינה ג"כ לרש"י בעי קדושת הכבשים וא"כ לרבי דאמרו שם דמפסלי בתנור לענין לינה באמת זהו קושית הש"ס וסבר רבי דתנור מקדש לאפסולי בלינה והא שתי כבשים מקדש להו ומשני דהוקבעו ולא הוקבעו קאמר והיינו כפירש"י דלענין לפסול ביוצא בעי שחיטת כבשים וזריקתן לשמן אבל קדוש בתנור למפסל בלינה לרבי ואדרבא לפירוש התוס' לא ידעתי מה קושיא דהא לפסול בלינה לכ"ע התנור מקדש ועיין בתוס' מנחות דף מ"ו ד"ה ואיזו בסופו אבל לא מצאתי שיפרשו קושית הש"ס איפוא הוא לפירושם וצ"ע. ועכ"פ לרש"י א"ש. ובזה נראה ליישב דברי רבינו פ"ה מתמידין ה"ו שכתב דאם יתן בפנים כשאר מנחות והיא תמוה דא"כ יקשה קושית הש"ס דאמאי אינו דוחה שבת הא אפסלא בלינה וכבר תמהו בזה הלח"מ והבה"ז. ולפמ"ש א"ש דרבינו היה לו הוכחה דתנור אינו מקדש דהוא פסק כר' יוחנן במנחות דף ט"ז ולדידי' ע"כ דתנור אינו מקדש וא"כ ע"כ דאם יתן בפנים הי' כשאר מנחות לא שהתנור מקדשו וממילא גם לחה"פ הוא כן ועמלמ"ל פט"ז מפהמ"ק ה"ז שכתב בהדיא דרבינו פסק כר"י ולכך דחה הסוגיא בדף צ"ה דבלא"ה אסיק בקושיא ודו"ק היטב. ודרך אגב אומר מה דהראה לי ביום המיוחס שנת תרכ"ד הרב המאוה"ג מוה' שמשון חמיידיש נ"י אבד"ק זלאזיטץ דברי רש"י בפסחים דף ל"ז אם אמרו בתנור חם ופירש"י בכל יום תמיד הי' מסיקין תנור של מקדש לאפות מנחות ולחמי תודה וע"ז הקשה דהרמב"ם כתב בפ"ט ממעה"ק הכ"ד דמעשה הלחם של שניהם היינו איל נזיר ולחמי תודה הי' חוץ לעזרה. והנה כמדומה שבספר עטרת ראש מהרב מהר"ל קדנייביר הרגיש בזה ואינו ת"י. אמנם הראיתי לו דברי הבה"ז בחידושיו דף ע"ה דהביא ראיה להרמב"ם דהי' חוץ לעזרה דהרי בנדה דף ו' אמרו דשפחה של ר"ג היתה אופה ומוקי לה בתרומת לחמי תודה והרי אשה בעזרה מנין וע"כ דמעשיה בחוץ והיא ראיה נפלאה. אך לפענ"ד קשה דהרי מוקמי לה דאפרשינהו בלישייהו והרי בתוך ד' של לחמי תודה הי' אחת של מצה וא"כ שם בודאי קשה הא עכ"פ בעי כהנים זריזין שלא תחמיץ ואיך אפי לה שפחה של ר"ג דהיא ודאי ל"ש מינין ועיין מנחות דף צ"ה ובפסחים שם. וראיתי בשעה"מ פ"ח מחמץ הי"ב שהקשה על הרא"ש דלמה לא דחו הצרפתים מלחמי תודה דאפרשינהו בלישייהו והי' עבה טפח וכתב כיון דהי' בעזרה ע"ש וקשה דא"כ ששפחתו של ר"ג דהיתה אופה והא ל"ש זריזין ומקום זריזין בשפחה. אך לפענ"ד היה

נראה דלענין אפייתן ודאי דהי' בעזרה כמו כל המנחות והרמב"ם לא אמר רק דמעשה שניהם היינו לישתן ועריכתן הי' בחוץ כמו לחה"פ ושתי הלחם ובאמת שפחתו של ר"ג היא לא עשתה בעצמה רק הלישה והעריכה וכל ההכנות לאפייה היתה היא עושה ובזה א"ש הכל ודברי רש"י והרמב"ם הם אחדים ורש"י מיירי באפייה וברמב"ם קאי לענין העריכה ולישה ובזה יתיישב כל קושיות הבה"ז שם ובדף פ"ח שם ודו"ק. ולפענ"ד נראה לחלק דבחלת תודה ורקיקי נזיר דעשאן למכור בשוק וא"כ עוד ספק אם אולי לא מזדבן והיא א"צ לצאת בו א"כ הוה חולין בעזרה דלא יהיה נקרב לשם קרבן ולכך הוה כל מעשיה בחוץ ולפ"ז בעשאן לעצמו היה יכול להיות בעזרה. ובזה יש ליישב קושית הבה"ז דהשפחה מיירי שעשאן למכור לאחרים ודו"ק היטב:

סימן יג

א לחכם אחד.

ב מה שרצית לחדש בהא דאמרו כתובות דף מ"ו השתא אביה מקבל קידושיה דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה איהי תשקול כספה שנדחק הריטב"א דאכתי יש לומר דהוא יכול לקבל הקידושין והבתולה תקבל הכסף וע"ז רצה לומר דבאמת יקשה בכל קידושין המקדש והמקודשת יצילו דהו"ל נמצא אחד מהם קראו"פ וצ"ל דבמקיימי הדבר הכתוב מדבר ולא בעושי דבר כדאמרו במכות דף ו' ועיין בתוס' והרא"ש שם ולפ"ז אם נימא דאב אינו רק מקבל הקידושין והכסף קידושין אינו שייך לו א"כ אינו עושי דבר וקשה א"כ יציל דהו"ל קרוב וע"כ דהוא מקבל הקידושין וא"כ הו"ל בגדר בע"ד. ובזה הארכת לבנות פלפולים. הנה אם כי דברי חכמה המה אבל אין בהם ממש כמו שאמרתי לך פא"פ דמלבד דאף אם הכסף שייך לו בכ"ז אין כאן גדר בע"ד (ולא תטעה בלשון הב"ש סי' מ"ב ס"ק ח' בסופו כי שם כוונה אחרת בו ודו"ק) דהבע"ד אינו רק המקדש והמתקדשת שזה נושא הקידושין והקישור אבל מה שהוא מקבל הקידושין זה אינו שייך לומר שיהיה ע"ז בע"ד ורק מתורת נגע ואך בגוף קבלת הקידושין יש מקום לומר כיון דהתורה זיכהו לקבל הקידושין דקטנה אין לה יד א"כ הו"ל האב בע"ד אבל לא במה ששייך לו הכסף הקידושין. ובזה היה מקום לומר הא דאמרו ואימא הנ"מ קטנה דלית לה יד אבל נערה דאית לה יד תקדש נפשה ותשקול כספה והיינו דבשלמא בקטנה דלית לה יד י"ל דהאב נעשה בע"ד ואינו בגדר עד אבל בנערה דיש לה יד האב לא נעשה בע"ד והו"ל בגדר עד וא"כ היה יכול לפסול העדות ולכך מסתבר דהיא בעצמה תקדש נפשה. ובזה יש ליישב דברי רבינו בהלכות אישות שכתב הלימוד מאת בתי נתתי והקשו עליו דבש"ס דחי לה

ולפמ"ש א"ש כיון דקיי"ל כר"י בקידושין דף מ"ג ע"ב דגם בנערה אביה ולא היא משום דמפקעת עצמה ע"ש וא"כ גם נערה אין לה יד שפיר אביה נעשה בע"ד ויכולה לקדשה ולקבל הקידושין לעצמה ויש להאריך בזה דמכאן ראיה לשיטת רש"י שם דקטנה ודאי אביה ולא היא דהרי מחלקו כאן בין קטנה דלית לה יד לנערה ע"ש ואכ"מ. אמנם בגוף דבריך שרצית לומר דאב מתורת בע"ד לא פוסל באמת שא"א לומר כן דהרי רחמנא הימניה לאב לענין קידושי בתו ומקרא מלא הוא את בתי נתתי ודעת מהריב"ל ח"א סי' מ"א דהתורה האמינו כשני עדים ואינו נאמן לחזור אף באמתלא ע"ש. והן נסתר מחמתו כל בנינך דמלבד דמבואר דאב נאמן בתורת עדות אף גם דלא מקרי קאו"פ דהרי התורה נתנה בזה נאמנות לאב לענין קידושי בתו כשנים מכ"ש דל"מ קאו"פ וז"ב כשמש:

ג ובזה אמרת בהא דאמרו בכתובות דף כ"ב מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר שנאמר את בתי נתתי לאיש אסרה הזה התירה והקשה ההפלאה וכבר קדמו הרשב"א בשטמ"ק דמנ"ל דהאב התירה דלמא המקדש התירה דהוא נאמן לומר אני קדשתיה ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דאם נימא דאינו נאמן שוב הו"ל לענין המקדש נמצא אחד מהם קרוב או פסול והרי התורה זיכהו לקדש את בתו וא"כ א"א לומר שאינו נאמן לגבי המקדש שתתקדש אליו רק לגבי בתו א"כ הו"ל עד פסול וע"כ דגם זה האמינו התורה מטעם שהפה שאסר הוא הפה שהתיר וא"כ שוב ל"ש עד פסול. ויש ליישב בזה קושית התוס' שם דלאו מתורת מגו אתינן עלה רק דע"כ האמינו התורה לזה ומטעם שהוא יכול לאסרה ועיין בש"ך בחו"מ סי' ק"ח דהפה שאסר עדיף ממגו וז"ב. ובזה י"ל הא דאמרו בקידושין דף ס"ג כי הימניה רחמנא לאב לאיסורא לקטלא לא המניה וקושית הפ"י מפורסמת דהו"ל עד שכבר הוחזק ובמק"א כתבתי באריכות וכעת נ"ל דהכוונה היא כיון דלענין קטלא לא האמינו התורה א"כ ניהו דהו"ל עד שכבר הוחזק מ"מ לא נוכל לקטול דהו"ל עד פסול וקרוב דע"ז לא האמינו התורה ומיושב קושית הפ"י דקרוב פסול אף שאינו משקר כמשה ואהרן וז"ב. ובזה מיושב קושית התוס' דהרי בקרא דאת בתי נתתי כתיב וסקלוה. ולפמ"ש י"ל דשם מיירי בקטנה דנתתי בקטנותה וכדרצה לאוקמי בכתובות כאן וא"כ בקטנה דאין לה יד לגמרי א"כ שוב הו"ל האב בע"ד ולא עד ואינו פוסל א"כ שפיר נאמן לסקול מתורת שכבר הוחזק נאמנותו אבל שם מיירי בנערה ובכה"ג ניהו דאביה ולא היא מ"מ י"ל דבתורת עד הוא ושפיר לקטלא פוסל העדות ודו"ק ועיין בתוס' ישנים בכתובות דף כ"ב שם ודו"ק. ובזה י"ל טעמו של הרשב"א באהע"ז סי' ל"ו סעיף י' דאין האב נעשה שליח לבתו בוגרת לקבל קידושיה והיינו דבבוגרת ודאי יש לפסול משום דהו"ל קרוב ומבטל העדות דבזה ודאי אינו רק בגדר עדות ולא בע"ד וכמ"ש הרא"ש והפוסקים דנכון

שלא יהי' קרובים בשעת קידושין דלא יבטלו העדות ולפ"ז בייחד עדיו ודאי יכול להיות שליח ומיושב בזה כל מה שהקשו האחרונים עליו אמנם בגוף קושית הריטב"א הנ"ל נראה לי דכוונת הש"ס היא כיון דאביה יכול לקבל הקידושין כדכתיב את בתי נתתי ומשמע דאף בלי ידיעתה וע"כ דשקיל כספה דאל"כ תוכל היא למחות שרצתה להתקדש למי שיתן יותר. ובזה יש ליישב בהא דאמרו ממונא מאיסורא לא ילפינן והקשו בתוס' דליליף איסור מאיסור שיכול לקדשה כשם שיכול להפר וממילא הכסף שלו דהשתא הוא מקדשה ולפמ"ש יש לומר דבאמת היא תשקול כספה ובאמת אינו יכול לקדשה בלי ידיעתה ודו"ק:

ד והנה במ"ש למעלה דגם לענין הקידושין שייך הדין דנמצא אחד מהם קאו"פ לכאורה לא משמע כן בש"ע אהע"ז ס"ב בהג"ה דמבואר דאם אחד קאו"פ הוה כמקדש לפני עד אחד הרי דלא נתבטל עדות הכשר ע"י הפסול. אמנם באמת הח"מ והב"ש לא העירו בזה ומ"ש והב"ש מילא דבריו דלשיטת הרא"ש דבעינן תרתי ראיה והגדה א"כ בשעת ראיה כשרים היו והו"ל כמקדש לפני עדים כשרים והלכו להם אח"כ זה כוונת הב"ש. אבל באמת הריטב"א בחידושיו לקידושין דף מ"ב כתב בהדיא דבקידושין אף להרא"ש דבעי תרתי מ"מ פסול ע"ש גבי הא דאמר אילימא דלא אמר הוו לי עדים. ולכאורה רציתי לומר דלפי מה דחששו שם גם בע"א לקידושין וכשיטת הסמ"ג א"כ בכה"ג י"ל דלא הוה פסול משום דנמצא אחד מהם קרוב דעכ"פ העד השני בלבד יש בו ג"כ תועלת וכעין מ"ש התוס' במכות דף וא"ו בטעם דר"י מכשיר בד"מ משום דעכ"פ דעד אחד יכול לחייב שבועה ודחיתי זאת משום דדוקא לר"י כתבו התוס' כן ולא לרבי. ומצאתי בשו"ת אא"ז מהר"ם פדווא שכ"כ דדוקא לר"י שייך זאת ולא לדידן וכ"כ הכנה"ג בחו"מ סי' ל"ו ונהניתי עד מאד. והנה הבית הלל כתב דבקידושין כל ששניהם מודים בכה"ג לא נפסל עדות הכשר בשביל נמצא אחד מהם קאו"פ ודבריו תמוהים כמ"ש הב"ש דמה נ"מ סוף סוף הו"ל כמקדש לפני פסולים ולמען שלא יהי' כמדבר בלי דעה ח"ו אמרתי ליישב דכוונתו דבאמת כל ענין דאמרינן דקאו"פ מבטל כל העדות לכאורה כמו זר נחשב דלמה נתבטל עדות הכשר בשביל הפסול וצ"ל דבאמת כל הטעם דשנים נאמנים משום דשנים לא חשדה התורה למשקרים והם בחזקת אומרי אמת ונפ"ז כל שנמצא ריעותא בעדות זה כיון דהשלישי ודאי פסול חשדה התורה שמא גם בשנים הנשארים יש איזה ריעותא ולפ"ז זהו בשאר ד"מ דלא אברי סהדי אלא לשקרי א"כ כל שיש איזה קרוב או פסול אמרינן שיש חשש ריעותא בעדות ובטל כלו משא"כ בקידושין דאף בשניהם מודים גזירת הכתוב דצריך שני עדים בזה י"ל דלא מבטל הקרוב או הפסול העדות וכן נראה

לפענ"ד לחומר הנושא ולפ"ז ממילא עכ"פ בשניהם מודים ל"ש דהאב יבטל העדות. ובזה אני אומר הא דאמרו בקידושין דף ס"ג כי המניה רחמנא לאב לאסרה לקטלא לא המניה וכתבתי לעיל הטעם משום דהו"ל האב בזה קרוב ומבטל העדות ולפמ"ש כעת א"א ליישב. אך י"ל דשם קאי על המשנה ומסתמא היא מכחשת ואומרת שלא נתקדשה ואנחנו אין יודעין כלל למי נתקדשה בכה"ג י"ל דלא המניה רחמנא לאב לענין זנות. ולפ"ז מיושב היטב קושית התוס' דהרי בקרא כתיב את בתי נתתי לאיש הזה וגו' וסקלוה. ולפמ"ש א"ש דשם דאמר את בתי נתתי לאיש הזה והוא מודה שקדשה לו א"כ כל ששניהם מודים שוב אינו מבטל הקרוב ושפיר כל שהוחזק בקידושין נאמן גם לענין זנות וכמ"ש הפ"י ודו"ק היטב:

ה עוד נראה לי בכוונת הבית הלל הנ"ל שלא יהי' מוקשים כ"כ דהנה באמת הא דלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי בקידושין אמרו בקידושין דף ס"ה משום דבממון לא קא מחייב לאחריני אבל בקידושין קמחייב לאחריני והיינו דקרובותיו נאסרו בה וקרובותיה נאסרו בו ולפ"ז לשיטת הרא"ש דתרתי בעינן ובעינן הגדה בב"ד וא"כ שפיר בכה"ג לא נפסל כשיש קרוב דבאמת כל ששניהם מודים א"כ לגבייהו ל"צ לעדות כלל רק דהם אינם נאמנים בשביל דהקרובים מפסידים וא"כ לענין הקרובים פשיטא דלא מקרי הגדתם כעת הגדה כלל דכל שלא בפניהם לא מקרי הגדה לגבייהו וא"כ כיון דלגבייהו לא מקרי הגדתם הגדה א"כ לא נצטרפו לגבייהו בהגדה וניהו דממילא נאסרו משום דכבר הגידו בב"ד אבל כיון דשניהם מודים א"כ לגבייהו לא היה צריך להגדה כלל רק דגזירת הכתוב היה בשביל דמחייבה לאחריני בעי שני עדים אבל כיון דלגבי הקרובים לא מקרי אותה הגדה הגדה א"כ לגבייהו יכולין לחזור ולהעיד ואולי אף צריכין לחזור ולהעיד וא"כ הרי לא נצטרף בהגדה לגבייהו ול"ש בזה נמצא אחד מהם קרוב או פסול והבן כי הוא דק שכל אף כי יש קצת לפקפק מ"מ יש בו טעם. ובזה ממילא י"ל דלכך לקטלא לא המניה רחמנא דאם נימא דגם לקטלא המניה שוב הו"ל חב לה בעדותו ובכה"ג שוב הו"ל נמצא אחר מהם קרוב או פסול ולכך לקטלא לא המניה ושוב אין הפסד רק לאחריני ובכה"ג שוב לא שייך נמצא קוא"פ ודו"ק היטב. שוב מצאתי לאחד מאחרוני זמנינו ספר מהר"מ מינץ החדש סי' כ"ג שכתב ליישב דברי הבית הלל עפמ"ש הראב"ן לרבינו יואל חתנו שהעלה דבר חידוש בסוגיא דנסכא דר"א שכל שהוא מודה לדברי העד הו"ל כשנים וע"כ לא נאמן הע"א כשנים רק היכא שמכחישו אבל במודה לדבריו הו"ל כשנים ולכך כיון שאמר אין חטפי א"כ מודה לדברי העד הו"ל העד כשנים וע"ז הקשה מפלוני רבעני לרצוני דכיון שמאמין להעד השני א"כ שוב הו"ל

פסול ע"ש ולכך כוונת הב"ה כיון ששניהם מודים לדברי העד הכשר הוה קידושין ואין הקרוב פוסל ע"ש. והנה ספר הראב"ן אינו ת"י. אבל לפענ"ד אם כוונת דבריו כמו שהבין המחבר דבריו תמוהים דא"כ בהא דאמרו בקידושין דף ס"ה ע"א וע"ב המקדש בע"א אין חוששין לקידושיו ואפילו שניהם מודין ואמאי והא כל שאינו מכחיש להעד הו"ל כשנים וכן בהא דאמרו בדף ס"ו שם זינתה בע"א ושותק דאינו נאמן משום דהו"ל דבר שבערוה והא כיון דשותק הו"ל כשנים וע"כ דבכ"מ דבעינן תורת עדות שנים פשיטא דל"מ נאמנותו ולכך גם בפלוני רבעני כיון דשם צריך עדים והוא קרוב ואאמע"ר א"כ אינו נאמן אף שמאמין לדברי העד ואף פסול לא הוה דאין ע"א נאמן כלל ורק בנסכא דר' אבא דבדבר שבממון כל שמאמינו הו"ל כשנים משא"כ בדבר שצריך שני עדים ודו"ק ודברי הראב"ן צ"ע ועיין בב"ב דף ל"ד במ"ש ריב"ם יש להסכים לסברת הראב"ן הנ"ל וכפמ"ש דוקא בממון:

ו ודרך אגב ארשום מה דנתקשיתי בדברי זקיני המהרש"א בכתובות ר"פ מציאת האשה בתוס' ד"ה ה"ג בושתה ופגמה שלה וכתב המהרש"א בזה"ל וק"ק אמאי לא תקשי להו נמי לעיל דהאב אינו זכאי ליורשה כשיש לה בנים והבעל זכאי ליורשה אף כשיש לה בנים וכוונתו לתוס' לעיל ד"ה וירושתה. ואני תמה ע"ז דמלבד דכל שיש לה בנים א"כ ע"כ שנשאת וכבר יצאת מרשות האב וזה אינו שייך למתני בלשון יתר דכל שנשאת היא ברשות הבעל וזה שתני נשאת יתר עליו הבעל. אך אף אם נדחוק דיכול להיות שלא נשאת רק שזינתה באירוסין או בפנויה או מח"ל וכ"ש ח"כ או נכרי ועבד דאין בו צד תפיסת קידושין ועכ"פ נישואין בודאי לא מקרי ולא יצאה מרשות האב ולא ירשה האב ובאמת שגם זה תמוה דמנ"ל זאת דהא כל שהיא ברשות אביה בקטנותה ונערותה פשיטא דאף דילדה בן מ"מ היא ובנה של אבי' וכל שמתה בנערותה אביה יורשה. אך אף אם נדחוק דשייך הירושה לבנה מ"מ הא בנערותה לא משכחת שתלד כדאמרו בכתובות דף ל"ט ולא משכחת רק כשהולידה כשבגרה וא"כ כבר יצאת מרשות האב ובדין הוא שהבן ירשנה ול"ש לומר שיתר הבעל על האב והתוס' לא כתבו בד"ה ירושתה רק שהבעל יתר על האב ולא נדע אם גם כשיש לה בנים שיתר על האב אינו רק באין לה בנים ועיין קצה"ח סי' ער"ו וגם קושייתו ל"ש כאן דאם הוא נפל מנחיל למשפחת אביו וא"כ ממילא הוא של אב ודו"ק. וכדי שלא יהי' דברי המהרש"א כ"כ סותרים אמרתי ליישב דהנה הרי"ף פא"נ הוכיח דע"כ קטנה יש לה קנס דהרי להס"ד דבעי יש בגר בקבר ע"כ דנתעברה כשהיא קטנה ונאנסה כשהיא קטנה והרי אין קנס לקטנה וע"כ דבקטנה יש לה קנס. והנה בתשובה כתבתי בשם קול יהודה להקשות בשם

הגאון מוה' אהרן דהא משכחת לה שתלד באמבטי והיא עודנה בבתוליה ומגיע לה קנס וא"כ יש לה בן ועודה נערה ומגיע לה קנס ובאמת קטנה אין לה קנס ונאנסה באמת בנערותה ואף דנתעברה בקטנותה מ"מ יש לה בתולים וכתבתי ליישב דלענין קנס ל"ש זאת דהוה מודה בקנס דהבועל לא צריך להאמין שנתעברה באמבטי ואף אם מאמין הו"ל מודה בקנס ודברי הרי"ף נכונים ולפ"ז שוב לענין האב משכחת לה בכה"ג אבל ז"א דאכתי לא יכלה להתעבר בקטנותה כלל וכמ"ש וע"כ דברי המהרש"א צע"ג ודו"ק. שוב ראיתי בהפלאה שבתוך הדברים הבליע ודברי המהרש"א יש ליישב והרגיש קצת במ"ש ע"ש. והנה במ"ש התוס' ד"ה ממונא מאיסורא לא ילפינן שהקשו דנילף מנדרים דהיינו איסורא מאיסורא וכתבו דאיסורא דאית ביה ממונא מאיסורא דלית ביה ממונא לא ילפינן וע"ז הקשה אותי צורבא מרבנן אחד מ"ק בוטשאטש ושמו מוה' איצק הירש ני' ובעל נט"ש היה דודו ממ"ש הר"ן בנדרים דף י"א דלכך ס"ל לר"מ בנדרים מכלל לאו אתה שומע הן דהוה איסורא דאית ביה ממונא דהיינו איסור חפצא הרי דנדרים הוה ג"כ איסורא דאית ביה ממונא ולק"מ דבאמת בנדרים פתוך ביה ממונא דנאסר חפצא עליו אבל שם אנו דנין דלא זכתה התורה לי' ענין ממון רק איסורא גרידא וא"כ מה בכך שנדרים יש בהם ממון דנאסר החפץ אבל מ"מ אין בזה שום ריווח להאב במה שמפר לה ותהיה מותרת באותו חפץ או שתאכל איזה דבר אחד ומה הנאה ותועלת מגיע לו ולכך שפיר מקרי איסור גרידא לענין זה וז"פ:

ז והנה בהא דאמרו אלא הא דזכי רחמנא לימסרה לחופה היכא מצי מסר לה הא מבטל ממעשה ידיה והקשה בהפלאה בשם בנו הרב המנוח ז"ל דמה שמבטל ממעשה ידיה הו"ל מעשה ידיה שלא בטורח ובזה שוב יכול למילף מקידושין ול"ש הא דאמרו בקידושין דף ד' דלא מצי למילף מע"י מקידושין דמע"י קא טרחא והא לא טרחא וכבר הארכתי בזה ובשנת תרכ"ו ש"ק אמור אמרתי עפמ"ש המרדכי בב"מ פרק האומנין דמי ששלח שליח ושכרו בכל יום ויום בעד סך מה ובאמצע הדרך נאנס דמפסיד אף מה שהלך מקודם כיון דלא אהני ועיין בתומים ס"ס ס"ו שהאריך לחלוק בזה ע"ש וא"כ בכה"ג שעשתה מלאכה וקבלה עליה שתגמור באותו יום ואם לא תפסיד וא"כ בכה"ג שפיר כל שמסרה לחופה ומבטלה ממעשה ידיה גם מה שטרחה מקודם ובכה"ג ע"כ דזכי ליה רחמנא מע"י ושפיר דייק ובזה יש לפלפל במ"ש בשיטה מקובצת שם במ"ש התוס' שם דצ"ע אמאי לא גמרינן קידושין מחופה וכתב בשטה שם דשאני חופה דלית ביה ממון כלל במה שמבטלה ולפמ"ש הרי יש בו ממון מה שעשתה מקודם ויש לפלפל בזה ולא נפניתי כעת. והנה שאלוני בהיותי בבאקשאוויטץ שנת רכ"ז ל"ג בעומר דמה

שגרם לה שלא יכלה לקחת שכר מקודם החופה זה לא הוה רק גרמא בעלמא והשבתי דשבת באדם חייב אף שאינו רק גרמא בעלמא:

סימן יד

א לחכם אחד.

ב מה שאמרת ששמעת מפי הרב הגאון מוה' שמחה נתן ראב"ד פה חוץ לעיר שהקשה על דברת התוס' בחולין דף צ"ו בד"ה פלניא שהקשו והלא משיאין אשה עפ"י סימנים ואם לאחר שנישאת באו עדים שזינתה קטלינן לה משום דסמכינן אסימנים להחזיקה בחזקת א"א מן השני ואפילו נתבררה ע"י עדים שבעלה הראשון כבר מת בשעת זנות ולא אמרינן שמא בעלה היה חי בשעת קידושין ואין קידושיה קידושין וכתבו דבאמת בכה"ג לא סמכינן אסימנים ע"ש וע"ז הקשה הרב הנ"ל דלפמ"ש הט"ז ביו"ד סי' שצ"ו לחלוק על המהר"ם מינץ דכל שמת אזלינן בתר חזקה דהשתא ואמרינן שמת כבר וא"כ גם כאן כיון שנתברר שכבר מת בשעת זנות יש לומר דמת גם בעת הקידושין ולכך קטלינן לה. והנה רצית לשמוע חוות דעתי בזה. והנה בקושיא הלז כבר קדמו הגאון בשב שמעתתא שמעתא ג' פ"ח ע"ש (ועיין שעה"מ פ"ג מאישות הלכה י"ד גבי היתה הבת ספק בוגרת שנרגש בזה) ולהיות כי יש לי בזה ענין נחמד אמרתי לבאר הדבר היטב וכתר לי זעיר ואעתיק לך מ"ש לי על דברת הט"ז הנ"ל במה שחידש הט"ז דכיון שמת אזלינן בתר חזקה דהשתא ומטעם שאדם מעותד למות באמת שסברתו תמוה ומה"ת לאורעי חזקת חי בזה ועיין בנקה"כ. אמנם לכאורה אמרתי דבנדון השאלה של הט"ז הספק אם היא שמועה רחוקה או קרובה הדין עם הט"ז ולא מטעמו והוא דהנה כבר נודע מחלוקת הקדמונים ביו"ד סי' פ"א גבי גבינות שדעת הרשב"א דכל שא"א לומר שכעת יצא מחזקה דהיינו בשעה שחיטה רק שע"כ נתהווה מחיים בזה שפיר אמרינן דכיון שע"כ יצא מחזקת כשרות מחיים ממילא כיון שא"א לתת לך גבול מתי יצא מחזקתו מטריפין למפרע עד הזמן שנודע שכשרה הי' וכמו בכתם יבש דמטמאין למפרע עד שיאמר ברי לי שבדקתי ולא הי' בו דם ע"ש ובט"ז מ"ש בשם המשמרת ולפ"ז גם בזה י"ל דאם אנו מסופקים אם מת כעת או מקודם שפיר מוקמינן אחזקת חי עד עכשיו אבל כל שכבר נודע שמת רק שאנו מסופקים אם היא שמועה קרובה או רחוקה בזה ל"מ חזקת חי דכל שכבר יצא מחזקה וא"א לתת גבול אימתי יצא מחזקה בזה שפיר מחזיקין שמת כבר עד זמן שנודע שודאי היה חי וזה ברור מאד לדעתי. ובזה נ"ל לדחות כל ראיות הט"ז דמה שהביא ממפקח הגל שכתבו התוס' כיון שנמצא מת אית לן למימר שכבר מת היינו דשם כל

שמצאו מת וניכר שמת עכ"פ בשעה מועטת א"כ כיון שעכ"פ יצא מחזקת חי שפיר אמרינן שמת מקודם וחייב בפסח שני. וראיתי בנקה"כ שכתב לדחות ראיית הט"ז דשאני התם דיש מקום לתלות מזמן נפילת הגט ויש זמן ידוע משא"כ הכא דאם נימא דמת כבר אין כאן זמן ידוע שנתלה שמת הלכך מוקמינן ליה בחזקת חי ולפי מה שכתבתי נהפוך הוא דכל שאין גבול ידוע לומר באותו זמן מת מחזקינן שמת למפרע עד זמן שנודע בבירור שמת וזה ברור לדעתי ומ"ש הט"ז ראיה שניה מהא דאמרו בהמדיר דף ע"ז דעל בעל החמור להביא ראיה וקשה אמאי צריך ראיה נוקי בחזקת חי עד עכשיו וכן קשה במסקנא דאמרו כל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה ות"ל דמוקמינן בחזקת חי עד עכשיו לפענ"ד א"ש דהנה הרשב"א בת"ה בית ג' שער ששי אחר שכתב הדין דגבינות הנ"ל כתב והא דאמרו במומין שתלינן ברשות הבעל אף דא"א לומר דנולדו כעת וכבר יצאת מחזקתה וכתב כיון דשם הוא מרשות לרשות לא מחזיקינן אף שיצא מחזקה לפ"ז כאן ל"מ לפי המסקנא שפיר אצטריך לטעמא דכל מי שנולד ספק ברשותו דאל"כ לא הוה מחזקינן מרשות לרשות דאם הי' מחזיקין ברשות בעל החמור (דמיירי שמצאו שכבר מת החמור וכבר יצא מחזקת חי) וכמו שהיא שיטת הרי"ף גם לפי המסקנא לא הוה מועיל החזקת חי לשנות מרשות לרשות ולכך קאמר דבאמת הוא עומד ברשות בעל הפרה ולפ"ז גם להס"ד דעל הבעל החמור להביא ראיה והיינו דמחזיקין בחזקת בעל החמור א"כ הוה מרשות לרשות ול"מ חזקת חי ודו"ק כי יש להאריך שם בסוגיא:

ג ומה שהביא מסי' י"ז במצאו הרוג וספק בתוך שלשה שדעת הרשב"א להחמיר דמת קודם ואמאי לא נוקי בחזקת חי ולפמ"ש א"ש דשם שמצאו הרוג וא"כ עכ"פ אותה רגע לא נהרג וכיון דעכ"פ מת כבר וא"א לתלות בזמן ידוע שפיר אמרינן דמת כבר והרשב"א לשיטתו דס"ל גבי גבינות כן והדיעה הראשונה ס"ל כמו שהיא דעת הרא"ש גבי גבינות דתלינן בחזקת כשרות אף שלא נודע הגבול וה"ה בזה ובפרט שיש לומר דבאותה רגע נהרג ובזה י"ל הא דמבואר שם דאם יצא הקול שמת אחד ואחר שלשה מצאו הרוג אחד דכ"ע מודו דאמרינן דזה הוא שנהרג ונתקשו הח"מ והב"ש דלדעת האוסרין מדוע יהיה מותר כאן ולפמ"ש א"ש דשם הוא הטעם כיון דיצא מחזקה ואין זמן לתלות לכך אמרינן שמא מת קודם אבל כאן דכיון דיצא הקול א"כ יש לתלות בזמן שיצא הקול שפיר י"ל דמותר לכ"ע ודו"ק. ומעתה נעתיק עצמינו לדעת הט"ז וכבר כתבתי דדבריו אינם מובנים ולפענ"ד נ"ל דגם הט"ז ס"ל סברא זו דכל שא"א לתלות בזמן מחזיקין מקודם. אמנם הט"ז חידש דאף דיש לתלות דעכשיו הוא מת וא"כ לא יצא מחזקת חי מקודם ס"ל להט"ז דאף בכה"ג תלינן מקודם דכיון דאין חזקת חי ברור דאדם מעותד למות אף בכה"ג אמרינן

דיצא מחזקתו וכל דכבר יצא מחזקתו ואין זמן לתלות תלינן דמזמן רב מת עד שנודע שהיה חי בבירור ול"ד לטריפות דכל שיש מקום לומר דעכשיו נטרפה לא תלינן מקודם דש"ה דאין להוציאו מחזקת כשרות מחמת רובא אבל חזקת חי דאתרע תלינן דיצא מקודם וז"ב מאד ועיין בשו"ת הרא"ש כלל ל"ה סי' ה' ותמצא ראיה לשיטת הרשב"א לענין חזקה דהשתא ובמק"א הארכתי בדברי הרא"ש האלו. ובזה מיושב מה שהקשה בישועת יעקב סי' י"ז על הט"ז דשאני חזקת חי דמעותד למות דא"כ מה הקשה בדף ע"ז ואי לא מייתי הטבח ראיה לא מצי מפיק ומה קושיא דש"ה דיש לו חזקת כשרות משא"כ הבעל החמור דאין לו חזקת חי דמעותד למות וכמו שהקשה הט"ז. ולפמ"ש א"ש דשם לפי הס"ד דהוה מרשות לרשות גם בבעל החמור בלא"ה ל"ש חזקת חי וגם בטבח ל"ש חזקת כשרות ויש לפקפק בזה יעו"ש בסוגיא ואכ"מ. ומעתה מיושב היטב קושית התוס' דשפיר הקשו דע"כ סמכינן אסימנים דאל"כ נחוש שמא היה חי בעת הקידושין וא"ל דכיון דעכ"פ מת בעת הזנות מחזקינן שמת כבר דז"א דכל הטעם הוא דכל שיצא מחזקה וא"א לתת גבול מחזקינן למפרע וכמ"ש הרשב"א אבל זה דוקא דמחמת ספק מטמאינן למפרע בכתם וגם באיסור מחמרינן למפרע אבל שם בסימנים דאם נימא דלא סמכינן אסימנים לקטול נפש והיינו אף דמשיאין אשה עפ"י סימנים לא נוכל להרוג נפש עפ"י סימנים דבזה בעינן דבר ברור וא"כ מה יושיענו חזקה דהשתא דמחזקינן למפרע דס"ס לא עדיף מסימנים דלא הורגין עפ"י סימנים מכ"ש מחמת חזקה דהשתא. ובלא"ה לפמ"ש דכל מרשות לרשות ל"מ חזקה דהשתא וכמ"ש הרשב"א וא"כ שם אם לא סמכינן אחזקה לענין קטלא וא"כ כשמחזיקין בחזקת חי הרי אשתו של ראשון היא וכשנחזיק בחזקה דהשתא תצא מחזקתה הראשונה וע"ז ל"מ להוציא מרשות לרשות וז"ב מאד. ובזה מיושב הא דכתבו התוס' בתירוצם דבכה"ג לא סמכינן על הסימנים וכתבו וכן בנשאת בע"א וזינתה לא קטלינן לה אע"פ שנודע שבעלה הראשון ודאי מת בשעת הזנות. והדבר תמוה דמה לשון אעפ"י הא לעיל בקושייתם כתבו זאת לרבותא דמהראוי שלא להרוג עפי"ז דשמא היה בעלה חי מקודם. ולפמ"ש א"ש דכאן שפיר הוא רבותא להיפך דמהראוי לומר דאזלינן בתר חזקה דהשתא וא"ל דהו"ל מרשות לרשות דז"א דכל דנשאת עפ"י ע"א כיון שבעגונה האמינה תורה לע"א והו"ל כשנים ל"ש שוב רשות הראשון דע"א הרי הוא כשנים לענין זה (ועיין בכתובות ס"ו דכל שכבר נשאת בהיתר יצאה מחזקת בעלה הראשון) דבשלמא בסימנים כל דלא סמכינן על הסימנים לגבי קטלא שוב הו"ל מרשות לרשות אבל בע"א שאמר שראה שמת כל דהאמינו לו שוב אין כאן רק רשות הבעל השני ומהראוי לקטול וע"ז כתבו דמ"מ כיון דלא האמינו

אותו לכל דבר אינו נאמן ושוב הו"ל מרשות לרשות ועיין בל"א שנדחק בלשון התוס' ולפמ"ש א"ש. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשה בש"ש לפי שיטת הט"ז אמאי הו"ל מגורשת ואינה מגורשת בספק אם הגט קודם למיתה אם המיתה קודם כדאמרו בגיטין דף ע"ד ואמאי לא נימא שאינה מגורשת בודאי דאזלינן בתר חזקה דהשתא דכבר מת ועיין בר"ן שם. ולפמ"ש א"ש דניהו דמחזיקין למפרע אבל אינו רק ספק וכמ"ש ולכך הו"ל מגורשת ואינה מגורשת ודו"ק עכ"פ דינו של הט"ז תלוי בהשני דיעות בסי' פ"א ולפמ"ש הט"ז שם דהעיקר כהדיעה הראשונה דלא כרשב"א גם כאן נראה עיקר כמהר"ם מינץ ודו"ק אלא שבאבילות יש להקל דכל ספק אבילות להקל ודו"ק היטב בכל מ"ש:

ד והנה במה דמקשה הט"ז מהא דמבואר בש"ע דמצאוהו הרוג וא"י מתי נהרג דיש אוסרין ואמאי לא נימא דמעמידין אותו בחזקת חי עד עכשיו ומת בתוך שלשה לכאורה תמהתי דקארי לה מה קארי לה והא כיון דלא אתית עלה רק מתורת שמחזיקין אותו בחזקת חי עד עכשיו וא"כ מוטב לתלות שהוא חי עודנה ואחר מת ונשתנה לאחר שלשה דאם נימא דהוא הוא שמת בתוך שלשה עכ"פ מרעינן חזקת חי שלו עכשיו והלא טוב לומר שהוא חי גם עכשיו וא"ל דסוף סוף כשנימא שאחר מת עכ"פ מרעינן חזקת אחר שהיה חי דז"א דאטו מי ליכא מתים בעלמא וע"ז ל"ש לאוקמא בחזקת חי רק על האיש הפרטי שאנו דנין וז"ב כשמש. ואולי לזה כוון הב"ש שם ס"ק פ"ד שכתב דכאן אירי שראובן הלך מכאן וא"י היכן הוא אז אוקמינן לראובן בחזקת חי ומת זה אעפ"י שנראה להם שהוא ראובן אמרינן שהוא מת קודם ג"י ונשתנה והוא איש אחר אשר לא ידענו אותו ול"ש לומר דאוקמי' בחזקתו ותמה בשו"ת נוב"י סי' ל"א דמ"ש חזקת חיים של זה משל זה והאריך הרבה. ולפענ"ד כוונת הב"ש הוא כן דבאמת מהראוי לילך בתר חזקת חי שלו שהוא חי עודנה וא"ל דסוף סוף הא מת אחד לפנינו ואתרע חזקת חי של אחד עכ"ל. ע"ז כתב הב"ש דעכ"פ טפי עדיף לתת חזקת חי לאיש הפרטי שאנו דנין עליו מאיש אשר לא נודע לנו דהרבה מתים יש בעולם וז"ב מאד לדעת אחר העיון. ובזה מיושב היטב הא דמבואר בש"ע שם דאם יצא קול שמת פלוני או שנהרג ואחר שלשה ימים מצאו הרוג והכירו אותו דאשתו מותרת לדברי הכל ותמהו הח"מ והב"ש דאמאי תהיה מותרת לדעת היש אוסרין ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת מהראוי לתת לו חזקת חי עד השלשה ימים והוא הוא שמת רק דמוטב לתלות שהוא חי עודנה ואיש אחר שאין אנו מכירין בו הוא המת לז"א דכיון שיצא הקול על אותו איש שמת או נהרג א"כ עכ"פ איתרע חזקת חי שלו וא"כ ל"ש לומר דיש לו חזקת חי עודנה דעכ"פ אתרע חזקתו וכעין מ"ש התוס' בכתובות דף כ"ב כיון דזרק הקידושין אתרע החזקה ע"ש ה"ה בזה דבשלמא

כל שלא יצא הקול כל שאנו אומרים שאחר היא שנשתנה לזה א"כ לא אתרע חזקת חי שלו משא"כ ביצא קול ודו"ק:

ה וראיתי בט"ז על אהע"ז סי' ק"ג בהתשובה הראשונה בענין ע"א שמעיד שמת בנו תחלה ואח"כ מת בעל וכתב הט"ז דיש לו להבן חזקת חי והביא דיש מי שרצה לומר דחזקת חי לא הוה חזקה דאדם מעותד למות ותמה הט"ז דחזקת חי הוה חזקה אלימתא ושמא מת לא חיישינן וסותר משנתו כיון דמת אח"כ בודאי ל"ש חזקת חי כלל וכמ"ש הט"ז בעצמו ולא עוד דאף לדברי המהריב"ל ודעימי' בכה"ג שמתו שניהם ושניהם הי' להם חזקת חי מה אולמא דהאי מהאי מהכ"ת לתת להבן חזקת חי יותר מהבעל וע"כ דבריו תמוהין וצ"ע. ולכאורה רציתי לומר דבר חדש דלכך כשמת לפנינו לא אמרינן אוקי מעיקרא בחזקת חי דהרי בכתובות דף ע"ז אמר רב אשי רישא מנה לאבא בידך וסיפא מנה לי בידך ופירש רש"י דלא מהני חזקה שלה לגבי אבוה ע"ש וכן הסכימו התוס'. ולפ"ז נ"ל ברור דאף אם נימא דחזקה של זה מהני לזה היינו דוקא כשחזקה של זה מהני ונצרך עכ"פ לעצמו ממילא מהני לגבי אחר ג"כ אבל כשלאותו איש אין צורך עוד בחזקתו איך יועיל חזקתו לגבי אחר וז"ב לדעתי בסברא. ולפ"ז לענין חזקת חי כ"ז שלא נודע שמת א"כ מועיל חזקת חי שלו לגבי עצמו שייך לומר דגם לגבי אחר תהני החזקה אבל כשכבר מת א"כ לאותו איש בעצמו אין לו חפץ עוד בחזקת חי שהי' לו ומה בצע לו אם מת כבר או שמת עכשיו כל שמת אבד חזקת חי שלו וא"כ איך יועיל לגבי איש אחר והוה כמנה לאבא בידך דל"מ חזקה שלו לגבי אחר:

ו ובזה יתיישב כל קושיות הט"ז דלכך במפקח ובבעל החמור ל"מ חזקת חי דכיון שכבר מת נתבטל החזקת חי לגבי אותו איש בעצמו ואין צורך עוד לדון על אותו האיש או אותו החמור ורק לגבי אחר אנו דנין ובזה ל"ש חזקתו של זה תהני לגבי אחר. ובזה ממילא מיושב היטב הקושיא ממצאו הרוג דשם אם נימא דמת בתוך השלשה א"כ נתבטל חזקת חי שלו לגבי אותו איש ואינו מועיל רק לאשה וטפי עדיף לומר שאותו איש חי ולא אבד חזקת חי שלו לגבי עצמו ומועיל גם לאחר וז"ב לדעתי. ראה זה דבר חדש דעיקר החזקה אנו דנין לגבי אותו דבר בעצמו וממילא נסתעף לגבי אחר ג"כ אבל כל שאין צורך לגבי אותו איש רק לאחר בזה ודאי ל"ש חזקתו שיועיל לאחר וז"ב ודו"ק. והנה בחידושי אמרתי בזה ליישב דברי הריב"ש סי' שע"ט שכתב דלכך הנהו שלשה דר"א ב"פ דנותנין להם חומרי חיים וחומרי מתים משום דיש שתי חזקות נגד הרוב חזקת חי וחזקת האשה באשת איש ע"ש ותמה בשו"ת נוב"י סי' מ"ג דא"כ היכא ילפינן מפרה אדומה דאזלינן בתר רובא הא יש תרי חזקות חזקת טמא של האיש כמ"ש רבינו חיים

הכהן בתוס' שם וגם חזקת שאינו זבוח וניחוש דלמא במקום נקב קשחיט ולא מקרי שחיטה וגם ברוב מצויין אצל שחיטה נוקמא בחזקת שאינו זבוח וגם חזקה שלא נולד אומן. ולפמ"ש א"ש דבאמת סברת הריב"ש צ"ב דמה עדיפא חזקה אחת משתים וצ"ל דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ואתרע לה רובא וכל דאתרע רובא שוב החזקה השניה אלים מהרוב שכבר אתרע ולפ"ז אם נימא דחזקה שלה לא מהני לגבי אחר כמ"ש רש"י בכתובות שם א"כ מה מועיל חזקת הטומאה שיש לזה הטמא לאורעי להרוב שיש להפרה שהיא כשרה וא"כ לא נשאר רק חזקה אחת ולזה הרוב עדיף וכמו כן מה מועיל חזקת האומן שלא נולד אומן להבהמה דמ"מ הבהמה יש לה רוב דמצויין אצל שחיטה מומחין הם וכשרה וכבר ביארתי בתשובה דלענין הרוב ל"ש לומר דהרוב לא מועיל לגבי אחר וכמ"ש באורך בתשובה ל"ק קאלאמייע יעו"ש משא"כ בהך דריב"ש דשתי חזקות הם בענין אחד דגם חזקת א"א שלה מורה על חזקתו שהוא חי דהא חזקת א"א שלה נצמח מכחו של הבעל ושפיר שתי החזקות מצרפין לאורועי הרוב וז"ב ודו"ק. ובלא"ה יש לומר דשאני התם דהחזקה של הפרה כבר אתרע נגד הרוב דבעת השחיטה כבר היינו מחזיקין הדבר מחמת הרוב שהפרה כשרה ואח"כ כשאנו דנין על הטמא לא נשאר רק חזקה אחת ורוב עדיף מחזקה וכן ברוב מצויין אצל שחיטה שאותו איש אמרינן שהוא מרוב ב"א המומחין וא"כ אח"כ כשאנו דנין על הבהמה מה יועיל חזקת הבהמה לאורועי הרוב שכבר הוחזק משא"כ כאן דשתי החזקות הם לפנינו ובלא"ה הא חזקת הטמא כבר אתרע ע"י הזאה דעכ"פ הזו עליו רק שלא נודע אם הפרה כשרה והו"ל כעין מ"ש התוס' בכתובות דף כ"ג דאתרע ע"י עדים שאמרו שזרק הקידושין החזקת פנויה וה"ה בזה ודו"ק. משא"כ כאן דהשתי חזקות לא אתרע עדיין דניהו דספינה רובן לאבד אבל לא נאבדו עדיין ועיין בב"ב דף קנ"ה ובתוס' שם וכ"ז שעוד נשמתו בו יש לו חזקת חי וחזקת א"א עליה. ובזה מדוקדק הא דנקט הש"ס בב"ב שם דוקא ספינה שרובן לאבד טפי מהנך תלתא דחשב ראב"פ והיא דקדוק עצום. ולפמ"ש י"ל דהרי הריב"ש כתב דל"ד למשאל"ס דשם כבר שהו עד שתצא נפשו וכאן לא שהה עדיין ע"ש ולפ"ז זהו שנקט שרובן לאבד דהיינו שעדן לא נאבדו רק שעומדין לאבד בשיעור שהייה עד שתצא נפשם וזהו דנקט ספינה דוקא דבהני אחריני חיישינן שמא כבר מתו ודו"ק. ובלא"ה י"ל דחזקת חי באמת חשוב חזקה שלא נתבררה בשעתה דכיון שבכל רגע מעותד למות א"כ הרי לא נתברר בשעתו רק כשאנו רואין אח"כ שחי נודע שהיה לו חזקת חי וא"כ לא חשוב נתבררה בשעתה וצ"ל דחזקת חי הוה חזקה מכח רובא דעלמא שחיים הם וכיון שכן כל שכבר מת הרי הוא מן הרוב דעלמא ושוב ל"ש חזקת חי לגבי' ואמרינן

דמת מקודם וכעין זה כתב התב"ש לענין מים בראש ע"ש בסי' כ"ט. ובזה ממילא מיושב קושיא הנ"ל דשם עכ"פ הא הי' לה חזקת אשת איש עד הנה ושפיר הוה ספק מגורשת דעכ"פ חזקת אישות שלה לא אתרע ודו"ק ראה זה הערה חדשה וצ"ע. ובחידושי אמרתי דבר נפלא בהא דאמרו במכות דף ז' דאמרו ר"ט ור"ע אילו היינו בסנהדרין לא היה נהרג אדם מעולם ומפרש הש"ס דשאלו שמא במקום סייף נקב הוה ותמהו בתוס' דהא בחולין דף י"א יליף מזה דאזלינן בתר רובא ונדחקו מאד. ולפמ"ש א"ש ועמוד והתבונן בזה דהנה התוס' בסנהדרין דף ע"ח כתבו דלכך ההורג הטריפה פטור אף למ"ד טריפה חיה דסופה למות מחבלה זו ולפ"ז צריך להבין דאיך יליף דאזלינן בתר רובא דהא אף דאזלינן בתר רובא מ"מ כיון שכעת כבר הרגו א"כ כעת מת בודאי וא"כ כשאנו דנין את מת כבר או השתא כתב הט"ז דלא אזלינן בתר חזקת חי דכל דכעת מת בודאי אמרינן כיון דסופו למות ודאי מת מקודם ול"ש חזקת חי וא"כ שפיר יש לומר דדלמא טריפה היה דניהו דאזלינן בתר רובא והיינו שיש לכל אדם חזקת חי חזקה דאתיא מכח רובא הא מ"מ י"ל דילמא טריפה הי' ולא סתרינן חזקת חי דכל אדם סופו למות וטריפה חיה רק דסופה למות וכל שכעת כבר מת א"כ ל"ש לאוקמא בחזקת חי ויש לחוש דלמא טריפה היה והיא קושיא נפלאה מאד. אך נראה דהנה כבר נודע מ"ש הרשב"א בחידושיו לחולין דף ט' דמה"ת אף דספיקו לחומרא מ"מ לא חיישינן רק לספק הבא בתולדה לא לספק הבא במקרה וכתבתי בשו"ת באורך דהא דאמרינן ניחוש שמא ניקב הקרום היינו שמא ניקב מתחלתה וכ"כ בשב שמעתתא שמעתא א' פ"ג ע"ש ולפ"ז ע"כ לא כתב הט"ז רק לומר שמא מת זה ימים רבים דאינו סותר החזקה לגמרי וא"כ כיון שכל אדם סופו למות לא אוקמינן בחזקת חי כל שכעת כבר מת אבל שם דיליף דאזלינן בתר רובא דאל"כ ניחוש שמא במקום סייף נקב הוה והיינו ע"כ ניקב בתולדה וא"כ סותר חזקת חי לגמרי דמן התולדה הי' טריפה ובזה ל"ח ואזלינן בתר רובא וז"ב כשמש ולפ"ז זהו לפי דין תורה שפיר ילפינן דאזלינן בתר רובא אבל לדידן דחיישינן אף לספק הבא במקרה א"כ שפיר אמרו דחיישינן שמא במקום סייף נקב הוה והיינו שבא אח"כ במקרה ולא סתרינן החזקת חי דמעיקרא וז"ב ודו"ק היטב כי הוא ישוב נפלא ת"ל:

ז איברא דלפ"ז יקשה קושית התוס' במחלל שבת ועובר ע"ז מא"ל ומה שתירצו דשמא טריפה היה המחלל והו"ל עדות שאילה"ז ז"א דשם דהמחלל קיים כעת ושפיר אזלינן בתר רובא והט"ז לא כתב רק כל שכעת בודאי מת והיא קושיא גדולה. אך נראה ע"ד הפלפול דאם נימא דמחלל שבת ומכ"ש עובד ע"ז דהוה כגוי לכל דבר לא אזלינן גביה בתר רוב דבעכו"ם לא אזלינן בתר רוב וכמ"ש הפר"ח וגם זה דינו כעכו"ם בכל דבר

ושפיר חיישינן שמא מן המיעוט דטריפה הוא ובזה יש ליישב קושית המהרש"א דא"כ גם בנואף נימא כן ועוד קושיות. ולפמ"ש א"ש דרק במחלל אמרינן כן והיינו במחלל שבת ומכ"ש בעובד ע"ז דודאי מחלל ש"ש ופורק עול לגמרי ובזה דינו כגוי ודו"ק היטב כי הוא חריף מאד עמוק עמוק. איברא דלפ"ז צ"ב הא דנחלק הר"ש עם רבותינו הצרפתים בגבינות שנמצא טריפה אחת מהבהמות ודעת הר"ש דאמרינן אוקי בהמה בחזקת כשרות שלא היה מחיים דיש לה חזקה מכח רובא והרי כיון דעכשיו נשחטו כלם א"כ שוב מהראוי לחוש שמא נעשה טריפה דאינו סותר החזקת חי כיון דסוף בהמה ג"כ למות ולשחוט וכעת מתה ונשחטה לפנינו וכמ"ש למעלה. אך נראה דלפמ"ש הרשב"א במשמרת הבית דכל שא"א לומר עכשיו נעשה ויצאה מחזקתה וא"א להגביל זמן ואמר עד אותו זמן היה כך ואח"כ יצאה מחזקתה לכך ל"ש בזה חזקה ולכך בסרכות דע"כ נסתרך מחיים וא"א להגביל זמן טריפה ע"ש. ולפ"ז אני אומר סברא נכונה דלכך כתב ר"ש משום חזקת חי דא"ל שגם מקודם נטרפה דכל שאתה אומר יצאה מחזקתה שוב א"א להגביל זמן וא"כ אף אתה אומר שיצאתה מחזקתה מחיים וזה א"א דא"כ הורע חזקת חיים לגמרי דנוכל לחוש שמא הוא מתולדה ולכך מעמידין על חזקתה וכל ענין החזקות הוא רק בשביל דכל דלא נעמיד על חזקתו שוב אין לדבר קץ וכמ"ש הרמב"ם בפירוש המשנה סוף נזיר גבי חזקת טמא שרגלים לדבר ע"ש ובתוסיו"ט ולכך חומרו קולו וז"ב מאד. איברא דלפ"ז יקשה גם בהך דסרכות דהחמיר הרשב"א משום דכל שיצא מחזקתו מחיים וא"א להגביל זמן לכך טריפה והרי אדרבא חומרו קולו דעי"ז מהראוי לאוקמא אחזקת כשרות עד סמוך לשחיטה ממש. אך נראה דשם כיון דא"א לומר סמוך לשחיטה ממש כמ"ש הרשב"א ע"כ לומר שיצאתה מחזקתה מחיים. אך זה דחוק דא"כ גם הר"ש דמתיר ע"כ לא מיירי בכה"ג דא"כ הו"ל ס"ס וכמ"ש הט"ז סי' פ"א באורך. אך העיקר נראה דל"מ אם נימא דסרכות הטעם משום שסופו לנקוב א"כ עכ"פ לא בא בתולדה א"כ בודאי ל"ש לומר דסותר חזקת חי לגמרי אלא אף לשיטת הפוסקים דסרכות מורה על נקב שהיה כבר מ"מ כיון דעכ"פ בגדיים וטלאים ל"ש סרכות כ"כ כמבואר סי' ל"ט וא"כ שוב בתולדה בודאי הי' לו חזקת חי וכל שאינו ספק בתולדה שוב אינו סותר החזקת חי ושפיר נוכל לחוש שמא נטרפה אח"כ כל דמת לפנינו וכמ"ש וז"ב מאד. ובזה מיושב היטב קושית הט"ז דהרי הרשב"א בעצמו הביא דברי הר"ש שמתיר ואיך כתב סברא דכל דא"א להגביל הזמן הוה טריפה ע"ש שכתב שלא האמין שיצא מפי הרשב"א. ולפמ"ש א"ש דאדרבא ע"כ הר"ש ס"ל סברת הרשב"א וע"י כך כשר ורק בסרכות החמיר הרשב"א וכמ"ש ודו"ק היטב כי הוא חריף ועמוק עמוק. ובזה מיושב הא

דקשיא לי הא דאמרו בחולין דף י"ב לר"מ היאך אכלינן בשרא וכו' פסח וקדשים מא"ל אלא היכא דאפשר וכו' וקשה הא עכ"פ צריך לבדוק משום סרכות אף בקדשים כמ"ש הריב"ש סי' קמ"ג וא"כ הא צריך לבדוק ועיין כו"פ סי' נ"ו ס"ק ה' כיוצא בו וצ"ל דלענין זה יש לו חזקת כשרות דבגדיים וטלאים ל"ש סרכות כ"כ וגם קושית הכו"פ שם מיושב ודו"ק ועיין כו"פ סי' ס"א ס"ק י"ד דאם ספק אימת נשחטה הבהמה דמעמידין אותה על חזקת חי וכעין זה כתב בסי' ס"ט ס"ק י"ג ולפמ"ש ל"ש בזה חזקת חי וכמ"ש ודו"ק היטב ועיין בב"י שתמה על הטור דלמה נקט דינו דוקא בסרכות ולא בשאר טריפות ולפמ"ש א"ש ודו"ק. אך גוף דברי הט"ז צ"ע בהך דנחלקו ר"י ור"נ בקידושין דף ע"ט אם מעמידין הנכסים בחזקתן או לא ואמרו בטעמא דר"נ דכ"ע בחזקת בריאים קיימו וקשה כיון דהשתא מת ל"ש זאת דהא כבר מת ול"ש חזקת חי וצ"ל דניהו דסופו למות אבל יכול להיות שאף בהיותו בריא ימות ורגע יגוע אדם ואיו וא"כ אין המיתה ראיה דלא היה בריא בשעת מעשה ויש להאריך שם בזה ואכ"מ אבל קשה להיפך דהיאך מדמה שם קדשה ביומא דמשלם זמני' דשם שייך סברת הט"ז דכל שהביאה ב' שערות שוב ל"ש חזקת קטנות ונערות דהא היא עומדת שתביא שערות ואולי שתי שערות אינה מעותדת להביא כ"כ כמו מיתה הכוללת כל בשר איש לא נעדר משא"כ שערות אולי תהיה אילונית או שיושרו וכדומה מהמקרים ודו"ק ועיין כו"פ סי' ס"ט ס"ק י"ג דאם הספק אימתי נשחטה הבהמה ואם עברו עליה שלשה ימים בלי הדחה מוקמינן הבהמה בחזקת חי עד עכשיו ע"ש ולפענ"ד לא נהירא דע"כ לא שייך חזקת חיים רק באם מתה הבהמה מעצמה שייך חזקת חי אבל כששחטוה מה שייך חזקת חיים והרי בידו לשחטה ולסור החזקת חי וא"ל דתלוי במעשה דהרי לא דנין על ענין השחיטה אלא אנו דנין מתי נשחטה ובזה ל"ש חזקת חי דהרי בידו לשחטה וז"ב לפענ"ד ועיין קידושין דף ס"ב דכל שבידו ל"ש דבר שלבל"ע וה"ה לענין חזקה דמה"ט כתבו הפוסקים דטבל ל"ח חזקה כ"כ דבידו לתרום ודו"ק. ומה"ט נראה לפענ"ד דמי שנמסר לתלייה ואנו מסופקים מתי נתלה ל"ש להעמידו על חזקת חיים דכל שבידו לתלותו מתי שירצה שוב ל"ש חזקת חיים ולפ"ז גם בהך דיצא לידון בקונטריסין ל"ש חזקת חי וצ"ע בגיטין דף כ"ח ראה זה חדש הוא:

סימן טו

נשאלתי מגבאי בהמ"ד דפה לבוב ת"ה במעשה שאירע וזה דרכם מאז לקבץ על קמחא דפסחא לפני עניי בהמ"ד וכבר יש להם פנקס מיוחד למי ומי נותנים לפי ערכם ולפי ערך

חשיבותם הן בלימוד וכדומה ביחס ועתה אירע שלא קבצו מהקהל רק מחצה או שליש מכפי שהי' בשנים העוברות. ואתה לשאול הגיעו איך יערך החלוקה אם יתנו לפי ערך שהיו נותנים בשנה העברה לכל אחד סך כך וכך וגם כעת יתנו לכ"א לפי ערכו המחצית או השליש והצד השני טוענים דלעניים שנתנו מעט צריך ליתן להם כל השיעור דאם ינכו להם לפי ערך לא ישאר להם שם נתינה כלל אבל אותם שנתנו להם סך מרובה גם אם יגרעו להם ישאר עדיין כדי נתינה עכ"פ והקריבו משפטן לפני. והנה לפענ"ד היה נראה דיתנו לפי ערך לכל אחד ואחד. אבע"א סברא ואבע"א משנה מצד הסברא דכיון שהנותנים יודעים משנים העוברות דמחלקין לפי ערך חשיבות המקבלים בלימוד וכדומה אדעתא דהכי נתנו כעת ג"כ ואם גם נגרע מחלקם ונוספה על חלק הפחותים הוה שינוי מדעת הנותנים. ואבע"א משנה מהא דאמרו פ"ח דפאה משנה וא"ו היה מציל נוטל מחצה ונותן מחצה היה דבר מועט נותן לפניהם והם מחלקים ביניהם ופירש הר"ש דאם היה צריך ליתן לקרוביו יכול להפריש מחצה והמחצה הנשאר נותן לשאר עניים ואף באין להם כשיעור המבואר במשנה הן מחלקים בשוה וכדאמרו שם בירושלמי בשם חזקי'. והנה שם מבואר דמדה זו נוהגת בכהנים לוים וישראלי' ופירש הר"ש דקאי על כהנים ולוים עניים וכתב התוסיו"ט דקמ"ל דסד"א דכיון שיש להם תרומות ומעשרות לא נצטרך לתת להם כדי שובען קמ"ל ע"ש וע"ז אמרה המשנה דמציל מחצה ואף בהי' לפניהם דבר מועט נותן לפניהם ומחלקן בשוה הרי דשם צריך שיעור שביעה כדיליף מושבעו ועכשיו הוא דבר מועט א"כ מהראוי שיתנו לעניי ישראל יותר שיהיה שיעור שביעה וכהנים ולוים כיון שיש להם תרומות ומעשרות יהיה בצירוף כשיעור שביעה ואפ"ה מחלק בשוה וע"כ משום דכיון דמתנות עניים זכה התורה לכל עניים בשוה לא אכפת להן אף שלא יתנו כשיעור כל מה שיש לו צריך ליתן לפניהם והם מחלקין ביניהם בשוה וה"ה בזה וא"ל דש"ה דניהו שהכהנים ולוים יש להם תרומות ומעשרות מ"מ אנן לא ניתן להם כשיעור שביעה משא"כ כאן דאם ניתן לעניים מהסך המיעוט לפי ערך לא יהיה להם שם נתינה כלל דז"א דאדרבא ק"ו הדברים דמה התם דודאי כשמחלק בשוה אין עליהם שם שביעה לכל אחד והכהנים ולוים יש להם צירוף משלהם אבל אנו אין נותנין להם כשיעור ואפ"ה מחלק בשוה אף דאין שיעור לכל אחד ואדרבא שם היה מקום עכ"פ לקיים שיעור שביעה לעניים ישראלים בשיעור והכהנים והלוים עכ"פ בצירוף ואפ"ה לא מצרפינן מכ"ש כאן דאטו צריך ליתן להם כשיעור והרי אלו דברים שאין להם שיעור ורק שאנו עוזרים להם בכל מה דאפשר וא"כ נראה לפענ"ד ברור דיש ליתן לפי ערך איש איש כפי ערכו ודו"ק היטב כי לפענ"ד היא ראיה נפלאה ועמלמ"ל

פ"ו ממ"ע ה"ז וראיתי בפירוש הרא"ש בפאה שם שפירש דהי' דבר מועט לא קאי על מציל מחצה דבכה"ג אין לו להציל רק דקאי בפ"ע דאם יש דבר מועט אין לו לבעה"ב לחלק פחות משיעור רק שהם מחלקים בשוה ע"ש ולדבריו הי' מקום לומר גם כאן דאין לגבאים לחלק רק דיחלקו העניים בשוה. אבל יש לדחות דש"ה דכתיב שיעור שביעה וכאן אין לו שיעור רק לעזרת עניים לצורך הפסח וע"כ נ"ל דצריך לחלק לפי ערך. ועפי"ז נ"ל ללמוד דין חדש דבצדקה דמבואר ביו"ד סי' רנ"א דיכול ליתן לקרוביו יותר ונלמד מהמשנה הנ"ל דמציל למחצה כמ"ש המרדכי דמותר ליתן לקרוביו יותר אף שלא יגיע לשיעור נתינה לשאר ב"א דהרי גם בשיעור שביעה לפירוש הרמב"ם והר"ש מותר להציל המחצה וכמבואר בירושלמי ואף לפירוש הרא"ש דכתב דבכה"ג אין לו להציל מ"מ זה דוקא שם דכתיב שיעור לא בענין צדקה ומעות מעשר ודו"ק. ויש להסתפק גם להיפך אם נתרבה על סך הקצוב כגון שד' שלח הרווחה והעולם התנדבו יותר איך לחלק אם לפי ערך שמי שנטל יותר יטול עכשיו עוד יותר לפי ערך או דלמא כיון שזה יש לו הרבה וזה מעט ראוי ליתן יותר למי שיש לו מעט וצ"ע:

סימן טז

א לחכם אחד.

ב במה שכתבת שמ"כ שש"ב הגאון בעל נוב"י ז"ל רצה לסמוך על עדות קטן לענין עגונא דאתתא אף שאינו מעיד ומטעם שהי' רגלים לדבר שנודע שאחד מת במעזבוז וכיון שנודע שאחד מת א"כ ממילא הקטן נאמן כל שיש רגלים לדבר. ושאלת אם יש לסמוך עליו בזה דדבר חדש הוא שיהיה הקטן נאמן היכא שיש רגלים לדבר ולא מוזכר כלל בשום מקום. הנה גם אנכי תמהתי מאד ע"ז וחפשתי בספריו נוב"י מהד"ק ומהד"ב וכמדומני שלא הזכיר זאת כלל. אמנם יגעתי ומצאתי בשו"ת ארבעה טורי אבן להגאון מוהר"א אבד"ק אמשטרדם שם בסי' ט"ז הביא בנו הגאון מוהר"מ ז"ל חתן אא"ז הח"ץ ז"ל בשם הגאון בעל נוב"י כדברים האלו והגאון הביא ראיה מהא דמבואר דרופא עכו"ם נאמן להעיד באשה שנתרפאת ברואה דם מ"ת ומטעם שרגלים לדבר שנתרפאית מכח שפסק ווסתה כמ"ש בסי' קפ"ז ביו"ד ועכו"ם הוא גרע מקטן ואפ"ה נאמן ברגלים לדבר מכ"ש שקטן נאמן אם רגלים לדבר. ובאמת שראייתו תמוה מאד דמלבד דשם הוא לענין רואה דם מ"ת דאינו רק חומרא דרבנן ומה ענינו לחומר א"א שהוא דאורייתא אף גם דהכי בזה בלבד סמכינן על רופא עכו"ם וגדולה מזו מצינו לענין יוה"כ סמכינן על רופא עכו"ם וגם לענין שבת וכ"ת ש"ה דהו"ל ספק פקוח נפש מ"מ גם מצד הסברא י"ל

דלכך ראוי שיהיה נאמן כיון דהוא אומן לא מרע לאומנתו וגם רגלים לדבר שהועילו לה הרפואות אבל לא נאמן מתורת עדות דאין עדות לעכו"ם וע"כ לא אאמין שיצא דבר זה מפיו אבל תא חזי מאן גברא רבא דמסהיד עליו. והנה הגאון מהר"מ הנ"ל תמה עליו דאשתמיט ליה ש"ס ערוך בב"ק דף קי"ד דאמרו שם דקטן ואשה נאמנים לומר מכאן יצא נחיל זה ופריך הש"ס שם אשה וקטן בני עדות נינהו ומשני דמיירי שהי' בעלים מרדפין אחריהם ואשה וקטן מסל"ת ואמרו מכאן יצא נחיל זה ופירש"י בעלים מרדפין דרגלים לדבר דשלו הוא והרי אף דשם איכא רגלים לדבר אפ"ה בעי שיהיה הקטן מסלפ"ת וא"כ כל דאינו מועיל עדותו לאח"ז אף במסלפ"ת מה יועיל הצירוף דרגלים לדבר ע"ש. ובאמת שהיא תמי' גדולה ומקויימת על הגאון. אך לפענ"ד נראה דאין משם ראיה דש"ה דבאמת אם לא היה מסל"ת והוה חיישינן שמא אומר הוא במתכוין לשקר וא"כ ממילא מה רגלים לדבר שהבעלים מרדפין דלמא באמת לאו בעלים הוא ורק שהוא פיתה את הקטן שיאמר כן וא"כ לכך צריך שיהיה מסלפ"ת ובזה כל שהבעלים מרדפין שוב איכא רגלים לדבר שהוא אמת אבל כל שיש רגלים לדבר שניכר לב"ד ולכל העולם שהוא כן בזה י"ל דאף הקטן נאמן בלא מסלפ"ת וז"ב:

ג ובזה מיושב היטב מה שהקשה ביש"ש שם בהא דאמר ר"א דאין מסלפ"ת נאמן אלא בעדות אשה בלבד והקשה הש"ס והרי נחיל של דבורים והקשה היש"ש דאמאי לא משני דשאני נחיל דהבעלים מרדפין ע"ש. ולפמ"ש א"ש דאם נימא דבשאר דברים גם מסלפ"ת אינו נאמן ומטעם דגם בזה חיישינן שמא מערים ואומר מסלפ"ת וכדומה וא"כ שוב מה מועיל מה שהבעלים מרדפין דלמא באמת לאו בעלים הוא וגם בזה מערים וע"כ דמסלפ"ת נאמן ושפיר הוה בעלים מרדפין רגלים לדבר. ובזה מיושב מה דמשני הש"ס שאני נחיל דקנין דרבנן הוא ותמה בשו"ת מהרשד"ם בטאהע"ז סי' קס"ה הובא בשו"ת אא"ז בעל שער אפרים סימן ק"ג דאדרבא מפני שאין לו קנין חזק בזה רק מדרבנן מהראוי שלא יהי' נאמנים אשה וקטן בזה ולפמ"ש א"ש כיון שהבעלים מרדפין ואיכא רגלים לדבר לכך האמינו בקנין דרבנן כי גם האחר אין לו רק קנין דרבנן בזה ובדרבנן נאמנים האשה וקטן ובלא"ה אין ראייתו ראייה לפמ"ש בשו"ת מהרי"ק סי' קכ"א דאף אחר השאלה מקרי מסלפ"ת כדמוקי לה הש"ס כאן בשהבעלים מרדפין ואפ"ה מקרי מסלפ"ת כל דלא שאלו אותן אף שהם נתעוררו ע"י שאלה ע"ש וא"כ ע"כ הם מוכרחים להיות מסלפ"ת עכ"פ דאל"כ בודאי לא היה מועיל רדיפת הבעלים ולא היה מקרי רגלים לדבר דלמא אחר ששמע רדיפת הבעלים שמע מהאשה והקטן הנ"ל זאת או שפיתם לומר כן כיון שלא הגידו מסלפ"ת וגם לפמ"ש היש"ש בב"ק דעיקר רדיפת הבעלים אינו

רק לגלות שלא נתייאש דאל"כ הו"א דנתייאש ע"ש א"כ ל"מ רגלים לדבר שהוא שלו רק שלא נתייאש ע"ש שביאר כן בהדיא שיטת רש"י וא"כ אין ראיה מכאן. ובחידושי אמרתי ראיה לשיטת אא"ז היש"ש שכל האחרונים תמהו עליו ועיין בעבודה"ג סימן פ"ו ובשער אפרים שם דהנה הרי"ף השמיט הך אוקימתא דהבעלים מרדפין אחריהם וכבר תמה בזה המהרשד"ם שם ובשע"א האריך בזה. ולפענ"ד נראה דהנה באמת צריך להבין ל"ל רדיפת הבעלים והא שמואל בעצמו אמר שם דבתרומה דרבנן מסל"ת נאמן וא"כ כאן כיון דקנין דרבנן הוא נאמן הוא במסלפ"ת וכבר הקשו כן מהרא"ש סי' רכ"א. אך נראה דעיקר רדיפת בעלים הוא להורות שלא נתייאשו ולפ"ז כיון דאמרו שם במשנה וכן נחיל של דבורים אם נתייאשו ופירשו בש"ס דה"א כיון דקנין דרבנן הוא ודאי נתייאשו קמ"ל אם נתייאשו אין ע"ש וכיון דהרי"ף הביא המשנה דאף בזה בעינן ודאי נתייאש א"כ ממילא א"צ לאוקמי ברדיפת הבעלים דכ"ז דלא נודע דמייאש לא אמרינן דסתמא מייאש ודו"ק. ויש ליישב בזה הרבה הערות שהאריך בשע"א שם ואכ"מ. עכ"פ אין מכאן הוכחה לסתור דינו של הנוב"י אבל קשה לדברי הנוב"י א"כ מצינו שבועת העדות בקטן וכגון במקום שיש רגלים לדבר וגם בהא דאמרו בכתובות דף י"ח ע"ב בעדים שאמרו קטנים היינו יש להקשות כיון דיש שטר אין לך רגלים לדבר יותר מזה למה יפסלו כשהי' קטנים. ואולי לענין ממון ודאי יודה הנוב"י שאינו מועיל ומטעם שאכתוב בסמוך:

ד אר בגוף דינו של הנוב"י לפענ"ד א"א לאמרו דקטן אינו נאמן אף ברגלים לדבר ותדע דאין לך רגלים לדבר יותר מסוטה אחר קינוי וסתירה ולא מצינו שיהיה הקטן נאמן לומר שזינתה אחר קינוי וסתירה ועיין ברמב"ם פ"א מסוטה ובטוש"ע אהע"ז סי' קע"ח וע"כ דקטן אין לו דין עד ואינו בגדר עד וגם בהא דאמרו בכתובות דף כ"ח דנאמן הקטן להעיד בגדלו מה שראה בקטנו ואחד מהם זכור הייתי בפלונית שיצאת בהינומא ומפרש הש"ס כיון דרוב נשים בתולות נשאות גילוי מלתא בעלמא היא וקשה א"כ יהיה נאמן גם בקטנו כיון דרגלים לדבר דעכ"פ רוב הוה כרגלים לדבר וע"כ דאינו נאמן ועיין ברמב"ם בפירוש המשנה ופי"ד מעדות דהוסיף עוד טעם הואיל וכתובה אינו רק מדבריהם וע"כ נאמן ברגלים לדבר והלח"מ הקשה שם דאדרבא הואיל דהחיוב אינו רק מדבריהם מהראוי שלא יועיל אותו עדות שראה בקטנו. ולפענ"ד סמך הרמב"ם על הא דאמרו בב"ק הואיל וקנין דרבנן הוא הקטן נאמן ואף דשם צריך רדיפת בעלים ומסל"ת כאן דיש רוב המנוהו רבנן בדרבנן וכל בדבריהם אף להוציא נתנו לו נאמנות וז"ב מאד לדעתי. עכ"פ מוכח דלא כסברת הנוב"י. ואולי שאני ממון מאיסורא דבממון לא אזלינן בתר רוב ובעינן שני עדים כשרים וא"כ ממילא נסתרה ראיית הגאון מהר"ם שם והוא בעצמו רוצה לחלק

בין איסור לממון אלא שכתב שאיסור חמור מממון כמ"ש בב"מ דף ק' ע"ב וכוונתו להא דאמרו שם מי מדמות איסורא לממונא אבל התוס' הרגישו שם בזה ע"ש מ"ש בזה וגם בדבריהם האריכו האחרונים ועיין בפ"י שם ובבאר יעקב חלק או"ח שהאריך הרבה בהכלל הלז. עכ"פ גוף סברת הנוב"י יש לדחות וכבר כתבתי דראיית הנוב"י אינו ראי' וראיתי להגאון מהר"ם ז"ל שכתב סברת הנוב"י דקטן עדיף מנכרי יש לדחות דהרי דעת רבינו יקיר ז"ל והובא בהג"א פ"ק דגיטין ובב"י חו"מ סי' ל"ד דנכרי שמוחזק שאינו שקרן כשר לעדות וקטן ודאי פסול. הנה מלבד דזו דעה נדחית אף גם זה ברור דנכרי ודאי מגרע גרע מקטן לכל מילי דקטן אתי לכלל גדלות ואינו מחוסר מעשה רק זמן וזמן ממילא קאתי אבל נכרי צריך מעשה להתגייר. ומה שדעת רבינו יקיר להאמין לנכרי הוא בד"מ משום דלא אברי סהדי אלא לשקרי וחיישינן בנכרי שמא משקר וכיון שהוא מוחזק שאינו משקר נאמן וקטן באמת לא חשדינן למשקר רק שאין לו לב להבין כ"כ ולכך ברגלים לדבר ודאי מסתבר טפי להאמין לקטן מנכרי. ומ"ש מוהר"מ ז"ל דראיית הנוב"י ממה דקטן נאמן בגדלו מה שראה בקטנו ונכרי אינו נאמן הוא משום דנכרי לא דייק משא"כ בקטן וכדאמרו בכתובות דף כ"ח ע"ב ולעולם י"ל דנכרי עדיף מקטן. הנה מאד תמהני דמשם הוא יכול להוכיח דלא כשיטת רבינו יקיר הנ"ל דהרי לדבריו כיון שבאמת נתגייר כעת א"כ מה אכפת לן דלא דק בעת ההוא כיון דגם בעת ההוא היה כשר אם היינו מוחזקין בו שהוא כשר ואינו משקר וכיון שכעת נתגייר בודאי היה מהראוי להאמין בו וכבר נתקשיתי בזה זמן רב על רבינו יקיר. וישבתי עפ"י דברי התוי"ט בכריתות דף י"ב שכתב שצריך שיתכוין לשם עדות בעת ראותו ע"ש וכל דלא דק בעת נכרותו דלא ידע אם נחזיקו לכשר שוב לא נתכוין להעיד אבל כל הפוסקים לא הזכירו שיטת התו"י הלז ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"ג סי' כ"ה. עכ"פ מצד הסברא י"ל דקטן ודאי עדיף מנכרי. ומה שהקשה מהר"מ הנ"ל על רבינו יקיר מהא דאמרו בנדה דף נ' ויש שכשר להעיד ואינו כשר לרון ואמאי לא קאמר לאתויי נכרי דכשר להעיד ואינו כשר לדון ת"ל שכבר הרגשתי בו וזכיתי לכוין לדעתו. ומה שהקשה מהר"מ עוד שם דלמה לא קאמר לאתויי בן י"ג שכשר להעיד ופסול לדון עד י"ח כמבואר בחו"מ סי' ז' תמהני שכבר הרגיש הסמ"ע שם בזה ע"ש. ומ"ש המהר"מ שם בשם הגאון מוהר"י הורוויץ ז"ל להוכיח מדברי התוס' בב"מ דף ק"כ ע"ב ד"ה מי שכתבו דתרי יב"ש הוא רק חשש דרבנן ומה"ת ל"ח לתרי יב"ש וא"כ בזה נאמן הקטן כיון דאינו רק חשש דרבנן וכתב שגם בתירוצם הראשון מדמו לי' התוס' למשאל"ס שאינו רק מדרבנן וע"ז תמה דמה ענינו למשאל"ס ששם אם נשאת לא תצא משא"כ בחשש דתרי יב"ש ע"ש שהאריך. הנה מאד

תמהני דמה זו ראיה דבשלמא בחשש משאל"ס דיש רוב לכך אם נשאת לא תצא משא"כ בחשש דתרי יב"ש דאין כאן רוב כל שחשו חז"ל מדרבנן ע"ז גם אם נשאת תצא דאלמוהו לגזירתם ומה לנו להרבות בראיות כיון דעכ"פ לתירוצם השני כתבו בפירוש דאינו רק דרבנן ומטעם זה הי' מקום לדון על גוף ראיית מהר"י הורוויץ הנ"ל דניהו דאינו רק חשש דרבנן מ"מ אין נאמן הקטן דאף דקטן נאמן בדרבנן היינו משום דבדרבנן המנוהו לקטן וזה דוקא כשנודע שאין כאן רק איסור דרבנן אבל כאן הספק היא ספק של תורה ורק דמה"ת ל"ח לתרי יב"ש אבל כל שחשו חז"ל לתרי יב"ש שוב אין הקטן נאמן להוציא מזה הספק דהספק הוא של תורה וז"ב. אלא שאין לפני גוף דבריו ואולי טעם אחר יש לו על שהאמין לקטן. עכ"פ קושית מוהר"מ ודאי ל"ק. ומה שהקשה עוד לדברי התוס' דתרי יב"ש אינו רק חששא דרבנן א"כ אמאי קאמר הש"ס בחולין דף צ"ו תדע דטביעת עין עדיף מסימנים דאילו אתו בי תרי ואמרו פלוני דהאי סימנא והאי סימנא קטל נפשא לא קטלינן ואמאי לא נהרוג אותו הא אין כאן חשש מן התורה ובודאי זה הוא ההורג והרי מבואר בסי' י"ז סי"ט דאם אמרו סימנים בצורתו וגופו אין כאן רק חשש דרבנן לתרי יב"ש וא"כ מן התורה היינו הורגין אותו וע"כ דהחשש היא מן התורה ע"ש שנתעצם בקושיא זו. ולפענ"ד אין כאן התחלה לקושיא זו דודאי לא עדיף החשש הנ"ל מאילו היה רוב גמור דעכ"פ איכא חשש שמא אחר הוא והרי גם רוב פלפלו בסנהדרין דף ס"ט אם אזלינן בתר רובא בד"נ ואף דאזלינן בתר רוב אבל כאן אין כאן רוב גמור ואף אם נימא דרוב גמור הוא מ"מ כיון דאין העדים מכירין את הרוצח כ"א שאומרים שהרוצח הי' לו כך סימנים פשיטא דאין הורגין אותו דהרי קי"ל דרוצח שנתערב באחרים דפטור משום שאין גומרין דינו של אדם רק בפניו ע"ש בסנהדרין דף ע"ט וגם בד"מ דעת הכנה"ג בחו"מ סי' כ"ח דאם העדים אין מכירין אותו לא יוכלו להעיד ע"ש ובתומים סי' כ"ח ומכ"ש בד"נ וא"כ כל דיש חשש לתרי יב"ש שוב לא יוכלו להכיר אותו ואין גומרין דינו שלא בפניו וז"ב לדעתי ובזה יש ליישב קושיית התוס' שם שהקשו דהא מצינו שקטלינן עפ"י סימנים דהרי משיאין את האשה עפ"י סימנים ואילו נשאת לאחר וזינתה קטלינן לה ע"ש שנדחקו בתירוצם. ולפמ"ש א"ש דבאמת שם דמשיאין עפ"י סימנין וסמכינן דזה נהרג או מת א"כ נוכל להרוג אח"כ אותה האשה עפ"י ט"ע שזו היא האשה ורק עפ"י סימנים אין הורגין דכל דאין מכירין מי ומי הרוצח לא סמכינן ע"ז דהו"ל גומרין דינו שלא בפניו:

ה ובזה מיושב היטב קושית התוס' שהקשו שם דאיך מחזירין שט"ח עפ"י סימנים והרי אי אתו סהדי ואמרי פלניא דהאי סימנא והאי סימנא לוה מפלוני לא מפקינן מיניה.

ולפמ"ש א"ש דבאמת צריך להבין למה לא נפיק ממונא עפ"י סימני הגוף הלוה דמשום חשש תרי יב"ש כבר כתבו התוס' בב"מ דף כ' דל"ח בממון. וע"כ צ"ל דמכאן ראייה למ"ש הכנה"ג דגם בד"מ צריך להכיר את הבע"ד וכל שאינו מכירו הוה כשלא בפניו ולפ"ז גם בסימנים כל שאין מכירין אותו מקרי שלא בפניו ולפ"ז זהו בסימני גופו אבל סימנים שבשטר שפיר מחזירין וז"ב ודו"ק. ובזה מיושב מה שהקשה הנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"א דאמאי השמיט הרמב"ם הדין דע"י סימנים לא קטלינן נפש ע"ש שרצה לחדש בזה ענינים חדשים ולפמ"ש א"ש די"ל דכיון דאין מכירין פניו שוב הו"ל כשלא בפניו וזה כבר הביא הדין דרוצח שנתערב באחרים דפטור בשביל זה וה"ה בזה ולפ"ז י"ל דאף בסימן מובהק לא קטלינן דכל דאינו מכיר בפניו ממש רק עפ"י הסימן הו"ל כשלא בפניו ודו"ק היטב כי הוא דבר לפלא ת"ל עכ"פ דברי התוס' מיושבים היטב כמ"ש וגם לפמ"ש הנוב"י בטעם דלא קטלינן משום דהו"ל התראת ספק ע"ש ג"כ מיושב קושית המהר"מ הנ"ל. אמנם בגוף דינו של הנוב"י הנ"ל לענין קטן אם נאמן ברגלים לדבר תמהני דהדבר מבואר בש"ע יו"ד סימן א' ס"ה לענין שחיטה דאין הקטן נאמן אף שיודע הלכות שחיטה ויודע לאמן ידיו ומטעם שאין הקטן נאמן כמ"ש הש"ך שם ס"ק כ"ז בשם הרא"ה והרי אין לך רגלים לדבר יותר מזה שראינו שנשחט יפה ועיין בט"ז ס"ק י"ד ט"ו וגם יש לו רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן שהרי מומחה הוא ואפ"ה אינו נאמן וזה ראיה ברורה לפענ"ד ועיין בשו"ת זקני הגאון הח"ץ ז"ל סי' ס"ה בסופו ממרוצת דבריו ניכר ועקימת שפתיו הוה מעשה רבה שאף שיש רגלים לדבר אין הקטן נאמן ע"ש היטב ודו"ק:

ו והנה בן גיסי החריף מוה' יצחק אהרן נ"י שאל על דברת הפר"ח סימן ס"ט דאף דאתחזיק איסורא כל שהוא בדרבנן נאמן עכו"ם והב"א מהך דנחיל אף שזה מוחזק וע"ז שאל הא נחיל אינו רק גזל דרבנן. ולק"מ דאדרבא בשביל זה חזקתו של זה התוקף בו גדול יותר ואפ"ה מועיל הקטן והא דמשני דנחיל קנין דרבנן הוא כמ"ש לעיל דשניהם אין להם חזקה רק מדרבנן ודו"ק. והנה במח"א הלכות עדות סי' ט"ו כתב דאחד שנתחייב שבועת היסת והי' לו ע"א שמסייעו לפטור רק שהעד היה תחלתו בפסלות וסופו בכשרות דכשר להעיד כמו שכשר הקטן בדרבנן להעיד בגודלו מה שראה בקטנו ודבריו תמוהים לפענ"ד דשאני קטן שבא לכלל עדות משא"כ בשאר פסול וכמ"ש בהגהת אשר"י ספ"ב דכתובות לענין קרובים ואף דר"ד ור"מ שם כתבו דק"ו הוא מה קטן דהו"ל תחלתו בפסול לכל עדות שבתורה ואפ"ה כשר בדרבנן מכ"ש בקרובים באמת לא קי"ל כן כמבואר סימן מ"ו סי"ט בשס הר"ן וריב"ש ואף דהרשב"א מכשיר לפענ"ד שאני קיום שטרות דאינו

רק דרבנן דמה"ת לא חשידי לזייף והשטר אינו נקרא מוציא דמה"ט מקיימין עדי השטר שלא בפני בע"ד משא"כ בשאר עדות ועיין בכתובות דף כ"ח דאמרו כל דאינו מוציא ממון נאמנים והיינו בשטר דהשטר לא מקרי מוציא ועיין תוס' חולין דף צ"ו ובשו"ת מהרי"ט חלק אהע"ז סי' י' אבל לא בשאר עדות ומה דהוצרכו בכתובה לומר הטעם משום דהוה רוב היינו משום דמיירי אף שאין כתובה בידה ואינה גובה רק מתנאי ב"ד וצ"ע בזה. ובלא"ה נראה לפי שיטת התו"י בכריתות דעדים צריכין שיכוונו לשם עדות א"כ כל שהיה תחלתו בפסול הרי לא כוונו להעיד ופסול ולפ"ז בקטן דאמרו בכתובות שם דדייק ומחלקו בין נכרי ועבד דלא דייקי א"כ שפיר נאמן בדרבנן ועש"ך חו"מ סי' ל"ה ס"ק ז' ודו"ק:

סימן יז

א נשאלתי בעיר אחת חדשה שבנו להם בהכ"נ מפואר ורצו לנדב איזה יחידי סגולה כוס כסף עם יין בכל שבת קדש בבהכ"נ אם מנהג טוב הוא או לא. הנה מה זה תשאל לשמי הדבר מבואר בסי' רס"ט ובב"י האריך בזה ובש"ע דיותר טוב להנהיג שלא לקדש בבהכנ"ס וכן מנהג א"י. אמנם יען כי המנהג במדינתינו לקדש בבהכנ"ס אמרתי ליישב מנהגן של ישראל. והנה מקור המחלוקת נובע מהא דאמרו בפסחים דף ק"א אותם בני אדם שקדשו בבהכ"נ רב אמר ידי קידוש יצאו ידי יין לא יצאו ושמואל אמר אף ידי קידוש לא יצאו וכו' ושמואל למה לי' לקדושי בבהכנ"ס לאפוקי אורחים דאכלו ושתו בבהכ"נ ולפ"ז במקום דאין אורחין האוכלים ושותים בבהכ"נ אינו ראוי לקדש לשמואל וכוותי' קי"ל והרא"ש שם האריך בזה והביא בשם רבינו יונה ז"ל דכתב דאינו ברכה לבטלה כיון דהא דאין קידוש אלא במקום סעודה אינו רק מדרבנן ואסמכוה אקרא וקראת לשבת עונג ועיקר הקידוש מן התורה וכו' ולכך מקדשין כדי להוציא את מי שא"י והרא"ש דחה דבריו דהלשון לא משמע כדבריו וגם למה לא קאמר דלשמואל מקדשין כדי להוציא את מי שאינו בקי. והנה בחידושי להלכות שבת סי' רע"ג כתבתי בזה כמה דרכים. אך כעת נ"ל דהנה באמת צריך להבין דאיך יוציא אחרים דהרי בר"ה דף כ"ט אמרו כל הברכות כולן אם יצא מוציא חוץ מברכת הלחם וברכת היין שאם יצא אינו מוציא בעי רבא ברכת הלחם של מצה וברכת יין של קידוש היום מהו כיון דחובה היא מפיק או דלמא ברכה לאו חובה ת"ש דאמר ר"א כי הוינן בי ר"פ הוה מקדש לן וכי הוה אתי אריסא מדברא הוה מקדש להו. וצ"ל דהא דלא מבעיא על קידוש היום גופא דזה פשיטא דאף דלהנאה באה כיון דחובה הוא ודאי מפיק דהקידוש מחוייב אף בלא יין והיין אינו רק דרבנן

ורק על הברכת יין מבעיא להו כיון דבא על הנאה וע"ז פשיט להו כיון דעכ"פ משום חובה באה אף שיש בתוכו הנאה מ"מ מצי מפיק ועיין ברש"י וצ"ל דמה דפשיט מר"פ היינו ששם בירך ברכת היין ג"כ לאריסי'. וראיתי ברא"ש שכתב בהא דאמרו לרב למה מקדש בביתו להוציא את ב"ב וכתב הרא"ש אף שכבר יצא ידי קידוש מצי מפיק להו אף דאמרו בר"ה חוץ מברכת היין כיון דהאי ברכת בפה"ג לקידוש היום הוא כקידוש דמי וחובה היא ומפיק. ותמהני דלא מפיו אנו חיים דזה מבואר בבעיית הש"ס הנ"ל ופשיטתו. ומעתה יקשה לשמואל איך מפיק לאורחים (דאם נימא כמ"ש רבינו יונה ז"ל דעיקר הקידוש הוא בפ"ע וא"כ היה יוצא מן התורה אף בלי סעודה כל שהזכיר קידוש היום והיאך יכול להוציא אורחים) ול"ש לומר כיון דעכ"פ בא בשביל קידוש היום א"כ הו"ל דבר שבחובה ומצי מפיק דהא לשמואל דס"ל דאין קידוש רק במקום סעודה ועיקר הקידוש על הכוס נתקן בשביל סעודה ומטעם דבמקום עונג שם תהא קריאה וא"כ עיקרו בא בשביל דבר שבהנאה ופשיטא דלא יכול להוציא (וע' ט"ז סי' ער"ג ס"ק ג') דכל שאינו במקום סעודה שוב לאו דבר שבחובה הוא וא"ל כיון דאין קידוש רק במקום סעודה שוב לא יצא המקדש ויכול להוציא אחרים דז"א דבכה"ג שהוא יברך בביתו וא"כ איך יכול לקדש לאחרים בדבר שעיקרו להנאה דהא אין קידוש אלא במקום סעודה וע"כ משום סעודה הוא בא דהרי כבר קידשו בתפלה וצ"ל כיון דמן התורה הקידוש הוא ענין בפ"ע ואינו שייך לסעודה רק דמדרבנן אסמכוה על הסעודה וכמ"ש רבינו יונה ולכך שייך שפיר לומר דמה"ת בא בשביל חובה ומפיק וא"ל כיון דמדרבנן אסמכוה על הסעודה הו"ל כדבר שעיקרו להנאה דפשיטא דבשביל זה לא יתעקר החיוב דאורייתא ושפיר אמרו לאפוקי אורחים דאכלו ושתו בבה"כ:

ב ומעתה שוב לא הי' יכול לומר להוציא את שאינו בקי דבאמת צריך להבין דאכתי איך יוציא האורחים דניהו דמן התורה צריך לקדש וכמ"ש רבינו יונה הא זה הקידוש כבר יצא ע"י התפלה וכמ"ש המג"א סי' ער"א ס"ק א' וצ"ל כיון דרבנן תקנו לקדש שנית ואסמכוה על הסעודה א"כ לא נתכוין לצאת בקידוש של התפלה ושפיר יכול להוציא אחרים דאף שאסמכוה על הסעודה עיקרו דבר שבחובה היא ולפ"ז זהו דוקא כשמוציא ידי אורחים דאכלו ושתו בב"כ וא"כ נתקיים תקנת חז"ל דהקידוש היא במקום סעודה אבל אם מוציא מי שאינו בקי קשה ממנ"פ כיון דהקידוש אינו במקום סעודה שוב לא יכול להוציא דממנ"פ בזה כבר יצא בתפלה וע"כ צ"ל דחז"ל תקנו קידוש על הכוס במקום הסעודה וכיון שעיקרו בא בשביל הסעודה איך מוציא אחרים דא"ל דעיקר הקידוש ל"ש ע"ז דז"א דעיקר הקידוש כבר יצאו בתפלה דאף שאינם בקיאים כבר הוציאם הש"ץ וז"ב. ומעתה

מיושבים היטב דברי רבינו יונה הנ"ל דבש"ס לא הי' יכול לומר דנתקן בשביל מי שאינו בקי דהי' קשה כנ"ל דממנ"פ או שיצא בתפלה מן התורה ומדרבנן שוב נתקן במקום סעודה וא"י להוציא דעיקרו לא בא בשביל דבר שבחובה אבל אחר שכבר נתקן משום אורחים וכיון שהקידוש כבר נתקן ונעשה חובה שוב שפיר יוכל להוציא מי שאינו בקי דדבר שבחובה מצי מפיק וא"ל דהא נתקנה במקום סעודה דז"א דפשיטא דהתיקון דרבנן לא יעקור החיוב דאורייתא ולא רצו לצאת בתפלה דבשלמא אם עיקר התקנה שבב"ה לא הי' רק לשאינו בקי שפיר הוה דבר שאינו שבחובה אבל כל שכבר נתקן שוב הו"ל דבר שבחובה ומצי מפיק וז"ב ודו"ק היטב כי הוא חריף. עוד י"ל בישוב הקושיא הנ"ל על רבינו יונה דהנה במה שהקשיתי לעיל דאיך מצי מפיק ידי אורחים דאכלו ושתו בב"כ כיון דאין קידוש אלא במקום סעודה א"כ עיקרו בשביל הנאה בא א"כ לא לתהני ולא לברך יש ליישב כיון דזה גופא הטילו עליו חובה לקדש במקום סעודה א"כ לא דבר שבהנאה גרידא מקרי דבשלמא אם אין חיוב לאכול כ"א שרוצה מעצמו לאכול שפיר מקרי דבר שבהנאה אבל כל שהטילו עליו חיוב עונג ולקדש במקום סעודה א"כ זה גופא חיוב הוא א"כ מכ"ש גוף הקידוש כל דחייב להתענג ולקדש מקרי דבר שבחובה וז"ב. ומעתה זה כשמקיים עכ"פ חיוב חז"ל לקדש במקום סעודה כגון באורחים אבל להוציא את מי שאינו בקי דכל הטעם הוא כמ"ש רבינו יונה דהקידוש הוא ענין בפ"ע ורבנן אסמכוהו על הסעודה שוב ל"צ שיהיה במקום סעודה בזה יקשה כיון דעכ"פ גוף הקידוש לא תקנו חז"ל רק בשביל הסעודה ובפרט לפמ"ש לעיל דמה"ת יצא בתפלה וא"כ איך מוציא אחרים וא"ל דזה גופא מקרי דבר שבחובה לקיים מצות חז"ל לקדש במקום סעודה דז"א דהא אינו מקיים המצוה דבאמת כעת אינו במקום הסעודה ולכך הוצרכו בש"ס לומר דלשמואל עיקר הקידוש נתקן בשביל אורחים. ומעתה אחר שתקנו חז"ל ושמו לחוב שיקדשו בבהכ"נ א"כ עכ"פ עשה דבר שבחובה וכל שהוא חובה שוב יוכלו להוציא גם מי שאינו בקי וז"ב ודו"ק כי נכון הוא ודברי רבינו יונה מוכרחין עתה נעתיק עצמינו לדעת הר"נ גאון שרצה לחלק דע"כ לא אמר שמואל דאין קידוש אלא במקום סעודה רק בשאין דעתו לאכול במקום אחר אבל כשהיה דעתו מתחלה לאכול במקום אחר שרי והביא ראיה מהירושלמי דאמר מי שסוכתו עריבה עליו בליל יו"ט אחרון מקדש בביתו ואוכל בסוכתו אלא שהקשה ע"ז דבש"ס דילן אמרו דלשמואל נתקן הקידוש בשביל אורחים א"כ משמע דל"מ תנאי וע"כ אמר דגם הירושלמי לא מיירי רק ממקום למקום באותו בית עיין בהרא"ש ובתוס' שם ד"ה ידי קידוש ובמהרש"א שם:

ג והנה לכאורה י"ל דבר חדש דבאמת היכא שמתנה מתחלה מועיל ורק דוקא אם היה יכול לאכול במקום הקידוש רק שלא רצה לאכול שפיר מקרי קידוש במקום סעודה אף שאוכל במקום אחר דעכ"פ היה ראוי לאכול באותו מקום והוה כעין ראוי לבילה אבל במקום שלא היה ראוי לאכול שם במקום הקידוש א"כ ל"א דתנאי מועיל. ובזה מיושב היטב מה שהקשו מהא דאמרו בש"ס דילן דלשמואל הקידוש הוא בשביל אורחים משום דבאמת בבה"כ אסור לאכול רק לאורחים דזה נקרא מדוחק וכמ"ש הרמב"ן הובא בב"י בסי' קנ"א ובט"ז שם ס"ק א' וא"כ לכך הוצרך לומר דאתי לאפוקי ידי אורחים דלאחרים אינו ראוי כלל. אמנם באמת התוס' אזלי לשיטתייהו דפירשו בהא דאמרי לאפוקי אורחים היינו בחדרים הסמוכים לבהכ"נ ולא התירו גם לאורחים לאכול בבית זה ועיין בסי' קנ"א סעיף וא"ו דכן קי"ל דאף דבהכ"נ של בבל על תנאי הן עשויות מ"מ לא הותר רק בחורבנו ולא בישובו וא"כ שוב גם לאורחים לא מקרי סמוך לסעודה דאינם ראויים לאכול במקום הקידוש ואפ"ה יצאו ה"ה לשאר אנשים ואף דלפמ"ש המ"א סי' רע"ג ס"ק י"ג יש לדחות ע"ש היטב ודו"ק. עכ"פ י"ל דלא משמע להו לתוס' לחלק בכך. ובזה יש ליישב דלכך לא דחו התוס' סברא זו דמועיל תנאי ממה דא"ל רבה טעימו מידי ולמה להו לטעום מידי ולא הי' מתנים שיאכלו שם ועיין במרדכי ומהרש"א משום דלפמ"ש י"ל דבכה"ג דבעינן ראוי לבילה ולכך הוצרך להרשות להם לטעום מידי דאל"כ לא מקרי ראוי לאכול במקום הקידוש דמאין יקחו שם שאינו ביתם ולכך הוצרך להרשותם ודו"ק ולכך דחו מדשמואל וכמ"ש ולכך אסקו התוס' דרק ממקום למקום באותו בית הוא דמועיל תנאי לשמואל ולרב ע"כ א"צ תנאי כלל. ובזה יש ליישב קושית מהרש"א שהקשה דא"כ למה הוצרך רב בירושלמי לומר מי שעריבה עליו סוכתו ת"ל דאף מבית לבית מותר לדידיה ולפמ"ש י"ל דבאמת רב ס"ל דעכ"פ צריך שיהיה ראוי לאכול וס"ל דבאמת דגם בישובן בבה"כ של בבל שע"ת הם עשויות מועיל תנאי לאכול שם ולכך מועיל קידוש בב"כ. ומעתה לכך הוצרך לומר מי שסוכתו עריבה עליו דהרי באמת בלילי יו"ט אחרון אמרינן דמיתב יתבינן ברוכי לא מברכינן וא"כ לא יוכל לאכול בביתו דצריך לאכול מספק בסוכה וא"כ שוב אינו ראוי לאכול שם ולכך צריך תנאי. ויתכן יותר די"ל דרב ס"ל דניהו דלא בעי קידוש במקום סעודה והיינו דאמרינן דבמקום שאוכל הוה כאילו גם הקידוש היה שם אבל עכ"פ בעינן שיהיה ראוי לקדש שם ולפ"ז שם בלילי יו"ט אחרון דאמר רב שם בירושלמי דצריך לפסול סוכתו בשמיני דאל"כ נראה כמוסיף וריב"ל ס"ל דצריך לקדש בתוך ביתו וא"כ כשלא פסל סוכתו עכ"פ היה צריך לקדש בתוך ביתו ושוב לא היה יכול להיות הקידוש במקום סעודה א"כ מהראוי לפסול וע"ז קאמר מי שסוכתו

עריבה עליו דהנה הרא"ש כתב בסוכה בהא דאמרו מיתב יתבינן אף דבלולב אינו נוטל בשמיני אף בלא ברכה ומטעם דלא יהיה נראה כמוסיף כ' הרא"ש דשם אם יטול יהא נראה כמוסיף דאל"כ למה נוטל אבל כאן הרואה יאמר שבשביל שעריבה עליו סוכתו לכך יושב שם ע"ש ולפ"ז בדקדוק גדול אמר רב מי שסוכתו עריבה עליו דבכה"ג לא מחזי כמוסיף א"כ ראוי שיקדש שם אף דלא פיחת סוכתו וא"כ לכך יכול לקדש בתוך ביתו ולאכול בסוכתו ודו"ק היטב כי חריף הוא מאד. ובזה י"ל הא דאמר בירושלמי שם אמר ר"מ אתיא דשמואל כר"ח ודר' אושעיא כריב"ל והיינו דלריב"ל דצריך לקדש בתוך ביתו דאל"כ מחזי כמוסיף ולא ס"ל כש"ס דילן דאמרו סתם דמיתב יתבינן וכסברת הרא"ש א"כ לא מועיל קידוש בביתו בלילי יו"ט אחרון דהא הקידוש אינו ראוי להיות במקום הסעודה וכנ"ל:

ד ובזה מיושב קושית הקרבן עדה שם דלמה נדחקו התוס' והרא"ש והר"ן ליישב הירושלמי ע"פ ש"ס דילן דבירושלמי אמר ר"א דלא פליגי רב ושמואל והרי ר' מני אמר דפליגי וא"כ דלמא קיי"ל כר' מני דפליגי ולכך פסקינן כשמואל ולפמ"ש א"ש דע"כ לא אמרינן דפליגי רק לפי סברת ריב"ל דס"ל דצריך לקדש בביתו אבל לפי מה דאמרו בש"ס דילן סתמא דמיתב יתבינן וכסברת הרא"ש שוב היה מקום לומר דלא פליגי רב ושמואל וכנ"ל ודו"ק כי הדברים נאמרים בהשכל ע"ד הפלפול. ולפ"ז לדידן שוב י"ל דשמואל מודה דכל דמתנה בפירוש שיהיה ע"מ לאכול בביתו דמודה שמואל וסמכינן על דעת הרמב"ן ודעימיה דדוקא אורחים מותרים ולא שאר בני אדם וניהו דאין לנו אורחים כיון דאורחים ראויים לאכול שם שוב הו"ל קידוש במקום סעודה אם הי' שם אורחים הואיל ואי מקלעי אורחים. ובזה י"ל מה דהוכיח המרדכי דמבית לסוכה חשוב מפינה לפינה וכן פסק הרמ"א בסי' ער"ג ס"א והוכיח כן מהירושלמי הנ"ל דמי שסוכתו עריבה עליו דל"ל דעתו לכך ת"ל דחשוב מקומו ממש ע"ש בתוס' ומרדכי פע"פ. ולפמ"ש י"ל דש"ה דסוכתו אינו ראוי שישב בה ושפיר חשוב הפסק ויש להאריך בזה. ובאמת שלפענ"ד לפי שיטת התוס' דאורחים לא הי' אוכלים בבית זה א"כ מוכח דאף מחדר לחדר חשוב מקום סעודה דאל"כ היאך יצא וא"ל כיון דהם שומעים אף שהמקדש אינו במקום הסעודה לא אכפת לן וכמבואר בסימן ער"ג ס"ו ובמג"א ס"ק י"ג דאכתי מוכח ממ"ש התוס' בדף ק' דמסתמא היה מבני עיר מקדש להאורחים ות"ל דאף אם האורחים קדשו אכתי הי' צריך שיהיה דעתו לכך דאל"כ הו"ל מחדר לחדר וע"כ דכל כוונתו דבאותו בית ל"ח הפסק ודו"ק היטב. ובאמת בגוף קושית הר"נ גאון והתוס' דלמה לא משני הש"ס דלשמואל לכך מקדשין בבהכ"נ משום שדעתם לאכול במקום אחר. לא זכיתי

להבין דאכתי מקשה הש"ס ניהו דמועיל הקידוש אבל לאיזה צורך הי' מקדשים דאותם הבעה"ב יכולין לקדש בביתם בפ"ע וע"ז משני משום אורחים שאין להם יין לקדש מיהו י"ל דגם בבעה"ב שבעיר משכחת לה אותם שאין להם יין ומקדש להם הש"ץ בבהכ"נ אבל אכתי יקשה דבעה"ב היאך יוצאין וע"כ צריך לקדש להם בפת ובשכר וכדומה א"כ קדשו להם בעצמם ולא יצטרכו לסמוך ע"ד שיאכלו בביתם. אבל אכתי י"ל דנ"מ לאותם הבעה"ב שאין להם ב"ב וכמ"ש התוס' אליבא דרב ודו"ק. והנה יהיה איך שיהיה עכ"פ ביארתי דיש מקום להקל בין לשיטת ר"נ גאון בין לשיטת רבינו יונה ז"ל שלא יהיה ברכה לבטלה. איברא דגוף דברי הרר"י הנ"ל לכאורה צ"ב דמ"ש דניהו דאין קידוש אלא במקום סעודה מ"מ מה"ת אין לקידוש שייכות לסעודה א"כ יכולים להוציא לשאינו בקי וקשה טובא כיון דעכ"פ מדרבנן אסמכוהו לקידוש במקום סעודה וא"כ כל שעשה שלא כפי תיקון חז"ל לא יצא וכמ"ש הט"ז בסימן רע"א ס"ק י"ט באורך דכל שטעה וסבר שהיה יין ונמצא חומץ אף דקידוש על היין אינו רק מדרבנן כל שלא עשה כפי תיקון חז"ל לא יצא וכמ"ש בפסקי מהרא"י סי' ל"ב ובמ"א שם ס"ק ל"ב וביתר ביאור הוא בשו"ת רדב"ז ח"ג סי' תל"ז ע"ש. ולפ"ז כל שלא קיים הקידוש במקום סעודה הרי לא עשה כפי תיקון חז"ל ול"מ קידוש והיא קושיא גדולה לפענ"ד. אמנם נראה דע"כ לא כתבו הפסקי מהרא"י וכל האחרונים רק במקום שצריך קידוש וא"כ כל שלא קיים כפי תיקון חז"ל לא קיים אבל כאן שכתב רבינו יונה דלא הוה ברכה לבטלה הקידוש דניהו דאין כאן אורחים מוציאין את שאינו בקי וא"כ עכ"פ הועילו דמה"ת סגי בזה וניהו דמדרבנן צריך קידוש במקום סעודה עכ"פ ברכה לבטלה אין כאן וז"ב. ובזה מיושב קושית הרא"ש דלכך לא אמר בש"ס דהתקנה הי' בשביל שאינו בקי דז"א דלתקן התקנה בשביל שאינו בקי ולא יהיה יוצא כפי תיקון חז"ל ורק אחר שכבר תקנו לקדש שוב שפיר כתב רבינו יונה דלא הוה ברכה לבטלה דעכ"פ מוציא השאינו בקי וז"ב:

ה ובזה מיושב הא דקאמר הש"ס פע"פ שמואל לטעמיה דאמר אין קידוש אלא במקום סעודה והדבר תמוה דלמה לא אמר תיכף הטעם של שמואל כך. ולפמ"ש א"ש דעיקר התקנה היא דלכך צריך לקדש בשביל אורחים ולא בשביל שאינו בקי לזה אמר דשמואל לשיטתו דס"ל דאין קידוש אלא במקום סעודה וא"כ לא יצא עכ"פ מדרבנן ודו"ק ועיין בשב יעקב שהסכים ג"כ שיש לקדש וסמך ג"כ על מ"ש הר"ן דכל שכבר תקנו חז"ל התקנה לא זזה ממקומה ועיין מ"א סי' ו' ס"ק ז' מ"ש בזה בשם בע"ה. והנה לכאורה הי' ק"ל לשיטת הגאונים בסי' רע"ג דאם שתה כוס יין שחייב עליו ברכה מקרי קידוש במקום סעודה וא"כ אמאי אמר שמואל דלא יצאו ידי קידוש ומפרש טעמא משום דאין

קידוש אלא במקום סעודה ולמה לא ישתה אחד כשיעור והי' במקום סעודה והי' יוצאין רבים דא"צ שיטעמו כלם ומצאתי בב"ח שהרגיש בזה לדידן שנתלבט הטור למצוא תקנה לקדש ולמה לא אמרו לעשות כן והניח בקושיא. אמנם נראה דהנה בדף ק"ו ע"ב נחלקו רב יוסף ור"נ אליבא דשמואל דר"י ס"ל משמי' דשמואל דטעם אינו מבדיל ומקדש והקשו התוס' דא"כ למה אמרו דידי יין יצאו א"כ היאך חוזרין ומקדשין בביתם וכתבו דלא מקרי טעם דלא טעמו אלא מכוס של ברכה וביאור הדברים דבאמת לשמואל אף ששתו כל שלא יצאו ידי קידוש לא מקרי טעימה דלא טעמו לכוונת שתיה רק לשתות כוס של ברכה ולפ"ז אם נימא דיוצאין ידי קידוש במקום סעודה ודאי לא יוכלו להוציא ב"ב אח"כ ושם י"ל דאזלינן אליבא דר"י דס"ל לשמואל דטעם אינו מקדש ולכך אצטריך ליה לשמואל לומר דלאפוקי אורחים הוא דמקדשין בבהכ"נ. אך לפענ"ד נראה דגם אליבא דידן דקי"ל טעם מקדש מ"מ דוקא טעם אבל לא באופן שיצאו קידוש במקום סעודה דזה ודאי לא מקרי טעימה ועט"ז סי' קכ"ז ס"ק ז' ובפרט היכא דצריך לצאת ידי סעודה דודאי יצא ידי קידוש וא"כ לא יוכל להוציא אחרים ומיושב קושית הט"ז:

1 והנה הטור בסי' רס"ט הביא דברי ר' נטרונאי שמקדשין בבהכ"נ אע"פ שאין אוכלין אעפ"י שאין קידוש אלא במקום סעודה אפ"ה מקדשין בה מפני שהטעמת יין של קידוש של שבת רפואה היא ומה שטועמין כל הציבור לא שחובה היא לטעום אלא שחובה לשמוע קידוש בלבד וכיון ששמעו הציבור הקידוש יצאו י"ח וא"צ לטעום וזה שמקדש ונותן לציבור משום רפואה ליתן על עיניהם דאמרינן פסיעה גסה נוטלת וכו' ומהדרי לה בקידושא דבי שמשי הלכך כיון דאיכא מן הציבור דלית להו יין תקנו לקדש בבהכ"נ על היין משום רפואה והטור תמה עליו תמיהות גדולות והב"י נדחק בזה והט"ז נדחק ג"כ (וגם כל הסוגיא דע"פ דף ק"א נגד דברי הט"ז) ולפענ"ד נראה דהנה הרר"י בס"פ כ"מ הקשה דהיאך מהדרי לה בקידושא דבי שמשי הא אף ע"ג העין אסור לתת מפני שהוא דרך רפואה והב"י תמה ע"ז דהא ע"ג עין מותר כל דלא עמיץ ופותח וכתבתי בזה בגליון הש"ע סי' שכ"ח דכיון דכל הטעם דמותר ע"ג העין משום שאינו נראה אלא כרוחץ ולפ"ז כל דעושה לשם רפואה אסור וכיון דמהדר לי' בקידושא דבי שמשי א"כ עושה בשביל רפואה ואסור ועמ"א סי' שכ"ח ס"ק כ"ב וכן ראיתי בגליון הד"ת שם שכפי הנראה כוון לזה. ולפ"ז צ"ב על רב נטרונאי שכתב דעיקר הקידוש בבהכ"נ הוא משום רפואה א"כ שוב אסור. אך נראה כיון דע"י טעימה יש רפואה כמ"ש ר"נ וזה פשיטא דלא נאסר טעימה ול"ש בזה רפואה דמה שאדם אוכל ושותה זה ודאי ל"ש לגזור אם עושה לרפואה וא"כ שוב מה שנותנין אח"כ ע"ג עינים ל"ש דעושה משום רפואה דכל שקדש

על היין וטעם אחד ומכ"ש כשטעמו כלם יש להם רפואה ול"צ לאהדורי על עינים א"כ מה שעושין אח"כ ע"ג העין לא מחזי לרפואה דכבר נתרפאו ע"י טעימת אחד מהם וא"כ ל"ש ברכה לבטלה דכל דהוא לצורך רפואה לא הוה ברכה לבטלה וא"ל דיקדש בביתו ויהיה לו רפואה דהא יש רבים מאנשים שאין להם יין וא"כ לכך תקנו שיקדש בבהכ"נ דאז יהיה לרפואה לכל מי שישמע הקידוש ושוב לא הוה ברכה לבטלה דכל שצורך רפואה התירו ולית בזה משום ברכה לבטלה כנלפענ"ד ברור בכוונת ר"נ ומיושב כל קושיות הטור והט"ז ודו"ק ועשו"ת הרשב"א ח"א סי' ל"ז ושם תמצא דברי ר"נ שהביא הטור והב"י והט"ז לא ראו דברי הרשב"א ע"ש ותמצא:

ז והנה הרשב"א שם ובסי' שכ"ג כתב דלכך מטעמינן לקטן ולא חשו דלמא אתי למסרך משום דלאו קביעותא היא דזימנין דאיכא אורחין ולא מטעמינן לינוקא ושאלני תלמודיי ני' דא"כ בזה"ז דליכא אורחין בבהכ"נ שוב שייך לאסור משום דלמא אתי למסרך והשבתי דבאמת מה דמקדשי האידנא בבהכ"נ אף דליכא אורחין כתב הרשב"א שם דכיון דכבר נתקנה משום אורחין שוב לא נתבטל האידנא אף דליכא אורחין ולפ"ז כיון דלענין קידוש בבהכ"נ כל דהי' אורחין לא גזרי דלמא אתי למסרך והי' מותר ליתן לתינוק דלא הוה קביעותא א"כ ממילא כיון דלא גזרו על קידוש דלמא אתי למסרך שוב גם האידנא דליכא אורחין לא נאסר דהרי גוף הקידוש אינו רק משום דכל דאתקן אתקן והרי בעת שנתקן הי' מותר ליתן לתינוק ודו"ק היטב. והא דאמרו בעירובין מ"ם דחשו' בקידוש על הכוס בעיוה"כ משום דדלמא אתי למסרך משום דשם הוה מלתא דקביעותא דרק לתנוקות מותר ולא לאורחים ודו"ק. והנה לפענ"ד בבהכ"נ שלנו דיש בה מקום דירה לשמש אפשר דהוה כמו אורחין והי' מותר שהשמש יקדש בבהכ"נ ויכול לאכול בביתו על סמך זה ואם ירצה לקדש לב"ב שלא שמעו מצי לקדש להם ועמ"א סי' רס"ט ס"ק א' ב' וצ"ע וערש"י ור"ן בפרק ואלו קשרים דף קי"ג ע"ב גבי מהדר להו בקידושא דבי שמשי שפירשו דמי ששותה מהקידוש זה רפואה והמ"א רמזו סי' ער"א ס"ק כ"ג וזה ראיה למ"ש בפירוש ר"נ ודו"ק:

ח והנה בשנת תרי"א כשלמדתי עם תלמודיי ני' טוש"ע הלכות שבת סי' ער"ג הוספתי אמרים לפמ"ש בש"ס דילן בסוכה דף מ"ו מ"ז דרב ס"ל שמיני לברכה ושביעי לסוכה וללק"ק היינו דברוכי מברכינן וללב עכ"פ מיתב יתבינן והנה הב"י כתב בסי' תרפ"ח דיש שאין אוכלין בלילה בסוכה ומשום דצריכין לקדש ולהזכיר זמן וזה סותר לישיבת סוכה ולכך אין יושבין בלילה בסוכה וסוברין דהא דאמרו מיתב יתבינן היינו ביום ע"ש ובמג"א שם ולפ"ז שם דהי' ליל אחרון וא"כ לא הי' ראוי שיקדש שם דהקידוש סותר

להישיבה ולכך הי' מקדש בביתו והתנה ע"מ שיהיה אוכל בסוכה ואף לרב דס"ל דיש קידוש אף שלא במקום סעודה היינו בראוי לאכול במקום שקידש או שראוי לקדש במקום שאוכל אבל בזה דצריך שיאכל בסוכה והקידוש הוא סותר להישיבה בסעודה ולכך צריך להתנות. ובזה מיושב קושית מהרש"א דלמה נקט מי שעריבה לו סוכתו ולפמ"ש באמת לרב לא הי' צריך להתנות כלל רק בסוכה דאינו ראוי שיהיה הקידוש והסעודה במקום אחד ולכך שפיר צריך להתנות ודו"ק היטב. ובדרך לימוד הישיבה אמרתי לפמ"ש המרדכי והובא במ"א שם ס"ק ב' דלכך מבית לסוכה ל"ח הפסק מחיצות הסוכה דאין המחיצה עשוי' לשם תשמיש רק לשם מצות סוכה ע"ש ולפ"ז צ"ב דהרי אמרו בסוכה דף ז' דמגו דהוה דופן לסוכה הוה דופן לשבת והרי בסוכה כיון דצריך המחיצות לשם מצות סוכה שוב הוה מחיצה לענין שיהיה הפסק לענין קידוש במקום סעודה. אך באמת בסוכה דף ז' מחלק שם בין שבת דעלמא לשבת דסוכה ע"ש וא"כ המרדכי מיירי מבית לסוכה בכל השנה א"כ שוב הוה רק לשם מצות סוכה כשיהיה סוכה אבל בשאר השנה לא מקרי הפסק ולפ"ז בסוכה בימות הסוכה שוב הוה הפסק מגו דחשוב דופן ולפ"ז בליל אחרון אם נימא דמיתב יתבינן א"כ יושב לשם מצות סוכה הוה הפסק גם לענין קידוש. אמנם זה כשיושב בשביל מצות סוכה אבל לרב דפוסל מקום ד' על ד' ולא ישב שם רק שעריבה לו הסוכה לשבת שם שוב לא הוה הפסק וז"ש מי שעריבה לו סוכתו ודו"ק היטב כי הוא חריף. ובמ"ש י"ל בהא דכתבו הגאונים דאם שתה כוס שצריך ברכה אחרונה יצא ידי קידוש במקום סעודה וע"ז תמהו הב"ח והט"ז דא"כ נפל כל דין קידוש במקום סעודה בבירא דהרי צריך לשתות כשיעור לענין קידוש שיצא ידי קידוש וכתב האהע"ז דזה אינו קושיא דהא בקידוש יוצא אם שותה מלא לוגמיו ולענין ברכה אחרונה צריך שיעור רביעית. ולפמ"ש א"ש דברכה אחרונה של קידוש כיון דמלא לוגמיו חשוב שיעור לענין קידוש ממילא חשוב שיעור חשוב גם ברכה אחרונה צריך לברך ע"ז דהרי אחשביה וא"כ יפה הקשו הב"ח והט"ז דע"כ צריך שישתה כוס אחר מלבד הקידוש. ובגוף הוכחת האהע"ז מהא דאמרו דידי קידוש לא יצא דאם נימא דמיירי דשתה כשיעור ברכה אחרונה שוב צריך לחזור למקומו וא"כ שוב לא מקרי שינוי מקום. אתמהה דמלבד די"ל דשם אותן ששמעו בבהכ"נ לא שתו כלל רק שאחד טעם והשאר יוצאים בשמיעה וא"כ לא מוכח כלל ויכול להיות דאותו שטעם שתה כשיעור והאחרים לא שתו כלל וא"כ לכך ידי קידוש לא יצאו אבל ר"י דס"ל דידי יין יצאו וע"כ דס"ל אף במקום דלא שתו כשיעור מ"מ יצאו ידי יין ושפיר הקשה הא תנינא דשינוי מקום צריך לברך דא"ל דהא טעון ברכה במקומה דז"א דהרי לא שתו כלל

האחרים רק דיצאו ידי יין במה ששתה זה ובירך ובלא"ה זה טעות דכל שיצאו ידי קידוש במלוא לוגמיו שוב צריך לברך ברכה אחרונה וכמ"ש ודו"ק היטב.

סימן יח

א נתתי לבי לתור ולדרוש היות כי כל מנהגינו בפולין ואשכנז עפ"י דברי רמ"א ובני ישראל יוצאין ביד רמ"א ולמה אין אנו נוהגין ליטול ידים קודם הקידוש בליל השבת ולקדש על היין וכמ"ש רמ"א ועיין בב"י שהאריך בזה דהעיקר כהדיעה השניה דהיינו כדעת הרי"ף והרמב"ם ור"ע גאון והטור בעצמו שלעולם יקדש תחלה והט"ז כתב ג"כ שהעיקר כן הוא ולפענ"ד נראה להוסיף בזה דהנה הטור כתב בסי' רפ"ט דאף לרב ברונא דאמר נטל ידיו לא יקדש הוא דוקא בקידוש לילה דהוה הפסק גדול אבל בשחרית דאין כאן רק ברכת בפה"ג לא הוה הפסק כלל ומותר ליטול ידיו קודם. ולפ"ז קשה טובא בהא דאמרו בפסחים דף ק"י דר"א אתא למחוזא וא"ל ליקדש לן מר קידושא רבא אמר מכדי כל הברכות בפה"ג אמר ברישא וכו' אגיד בי' חזייה להאי סבא דהוה גחין ושתי קרי אנפשי' החכם עיניו בראשו והשתא קשה במה נסתפק ר"א אם נימא דאין ליטול ידיו קודם משום דהיה הפסק ולפ"ז בלילה קידשו קודם נטילה וביום דלא אמרו רק בפה"ג הי' נוטלין תחלה כמ"ש הטור וא"כ כשראה שהי' נוטלין תחלה הי' ע"כ מוכח דאינו מברך רק בפה"ג ולא הוה הפסק וא"כ למה נסתפק ר"א וע"כ כשיטת הרא"ש שיש ליטול ידי' קודם אף בלילה וא"כ אין הכרע מהנטילה ביום והיא לכאורה ראיה נפלאה מול שיטת הרי"ף וסייעתו. אמנם יש לדחות דלעולם שאין נוטלין בלילה קודם וגם ביום אף שאינו הפסק כ"כ ניהו דיכול ליטול קודם אבל אין חיוב ליטול קודם וכמ"ש הטור בשם הרמב"ם בסי' רפ"ט וא"כ באמת לא הי' נוטלין קודם אף ביום ושפיר נסתפק ר"א ולפ"ז אדרבא משם ראיה להיפך דאין נוטלין תחלה אף ביום שאין הפסק כ"כ. ובזה נראה לפענ"ד ליישב כוונת הטור במ"ש בסי' רע"א אחר שהביא כל השיטות בזה כתב ומנהגו של א"א הרא"ש ז"ל ליטול קודם ואני תמה על מנהגו שצריכין לדחוק ולהוציא מימרא דרב ברונא מפשטיה ותמה הב"י שאחר שהטור פירש הטעם דר"ב משום היסח הדעת א"כ הוה כפירוש ר"ת והר"י וא"כ למה צריך להוציא מפשטיה. ולפענ"ד הדברים כפשוטם דבאמת אף לפירוש ר"ת והר"י לא נחלק רב ברונא רק אם בדיעבד נטל קודם שהוא ס"ל דלא יקדש והם נחלקו עליו אבל לכתחלה כ"ע מידו דיקדש קודם דלמה נעשה הפסק בחנם אבל לפי מנהגו של הרא"ש שנטל תחלה משמע שחיוב הוא ליטול קודם א"כ נוציא דברי ר"ב מפשטי' ועיין בב"ח וט"ז מ"ש בזה. ובזה מיושב היטב מה

דק"ל טובא על מ"ש הט"ז ביו"ד סי' ר"מ דמצד כיבוד אב נהג הטור בכ"מ דהשיג על הרא"ש אביו ויש עוד גדולים אחרים שאומרים כן לא כתב השגתו נגד אביו ואני בחיבורי על יו"ד שם השגתי עליו מכמה פוסקים (ד' יזכני להוציאו לאורה) עכ"פ מצד המוסר ודאי שיש לנהוג כן וא"כ למה זה הציב הטור כאן הרא"ש למטרה ובפרט בדבר שלא כתב שום חידוש רק שהיה מנהגו כן מהראוי להשיג על ר"ת ור"י ולא על אביו הרא"ש. ולפמ"ש א"ש דבאמת על הפירוש הסכים רק שעל המנהג לכתחלה כן זה נגד הדין וזה לא מצא רק לאביו ולא נשא פנים לו כי תורה הוא ואין מחניפים. עוד נ"ל טעם אחר שיש לקדש קודם דאם יטול ידיו קודם עכ"פ רוצה לאכול פת ומוכרח לאכול פת כדי שלא יטול ידיו בחנם ויברך לבטלה וא"כ ממילא צריך להקדים המוציא קודם לברכת היין כמבואר בסי' רמ"א ס"ה וס"ו דברכת המוציא קודם ליין ואיך יברך ויאכל קודם היין דבשלמא אם לא נטל ידיו קודם אז י"ל דאינו רוצה לאכול עדן ובכה"ג יכול להקדים השאינו חשוב קודם כמבואר בס"ה בהג"ה שם ואף שרוצה לאכול משניהם רק שלא הביאו החביב לפניו יכול להקדימו וא"צ להמתין כמ"ש בב"י שם ועיין מג"א שם ס"ק י' ואף דגם הפת לפניו בשעה שמקדש כיון דמכסין אותו במפה כמבואר סי' רע"א ס"ט כדי שלא יראה בושתו וא"כ הוה כאינו מוכן לפניו אבל אם יטול קודם פשיטא שצריך להקדימו. שוב ראיתי שכן מפורש בסי' רצ"ט ס"ט לענין הבדלה ואף ראינו רשאי לאכול קודם הבדלה אפ"ה צריך לסלק הלחם וכמ"ש הט"ז והמ"א שם מכ"ש בזה דלדעת הרבה פוסקים מקדשין על הפת דאסור ליטול ידיו קודם דכל שלא נטל ידיו ודאי אינו רוצה לאכול עוד בלי נט"י ומותר לקדש קודם. ובזה נ"ל לפרש הא דאמר ר"כ נטל ידיו לא יקדש היינו משום דצריך להקדים הפת לכך לא יקדש על חמרא וע"ז א"ל דרב זימנין דחביבא ליה ריפתא מקדש אריפתא ואפ"ה זימנין דלא חביבא ליה קידש על היין וא"כ ס"ל דכל שרוצה להקדים היין יכול להקדים וה"ה בזה כל שנטל בדיעבד יכול לקדש על היין וא"כ עכ"פ לכתחלה בודאי אסור לטול ידיו קודם ולשיטת ר"ת דאין מקדשין על הפת ימתק יותר הפירוש וס"ל להנך דחלקו על ר"ב דכל שאסור לקדש על הפת מותר בדיעבד להקדים היין וכדס"ד דהט"ז ומג"א ודו"ק עכ"פ לכתחלה ודאי אין לנהוג כן. אחר זמן רב שכתבתי זאת הגיע לידי ספר קטן אותות השמים מהרב בעהמ"ח דרישת ארי וראיתי שבסי' ער"א שנדחק בזה לקיים מנהג רמ"א והמעיין יראה שדבריו דחוקים אך מה שהעיד בשם הגאונים הגאון מוה' ארי' אבד"ק קראקא ז"ל והגאון מוה' מיכל אבד"ק פרעמיסלא ז"ל שנטלו ידיהם קודם הקידוש באמת שכן נהגו גדולי עולם וכן נהג זקיני הרב הגדול מוה' יצחק הלוי נאטאנזאהן ז"ל.

ב ובזה נראה לפענ"ד לפרש דברי התוס' שם שאחר שכתבו פירוש ר"ת דאין מקדשין על הפת כתבו ראיה מהירושלמי שאמר על מחלוקת ב"ש וב"ה אם יין קודם לקידוש היום או להיפך שמדברי שניהם נלמד שאין מקדשין על הפת ובמרדכי לא הביא רק זאת ותמה המהרש"א דמהיכן מוכח מזה דאין מקדשין על הפת דאם נימא דמלשון אין מקדשין אלא על היין משמע להו א"כ היה להם להביא ש"ס דילן דאמר בהדיא כן בדף ק"ז. ולפמ"ש א"ש דבאמת מזה אין דיוק דהוה מקום לומר דלא בא לשלול רק מידי דשתיה דהיינו שאר משקים ולא פת רק דדייק לה מהירושלמי שמדייק דמדברי שניהם נלמד והיינו ממה דאמרו ב"ה הטעם שהיין גורם לקדושא שתאמר וע"ז לא השיבו ב"ש א"כ משמע דאין מקדשין על הפת דאל"כ אין היין גורם כלל ורש"י בברכות גבי פלוגתת ב"ש וב"ה הרגיש בזה וכתב דאם מקדשין על הפת ברכת הפת קודם אבל מלשון המשנה משמע רק היין גורם וע"כ דאין מקדשין על הפת. ולפמ"ש ימתק יותר דמסתבר לי' ע"כ דאין מקדשין על הפת דאם הי' מקדשין על הפת ודאי הי' צריך להקדים הפת דהוא קודם ובפרט לב"ש דס"ל דנוטלין תחלה וא"כ ראוי לאכול הפת וע"כ דאין מקדשין על הפת ובכה"ג ודאי מועיל מה שמכסה הפת וכמ"ש ודו"ק:

ג ובזה מיושב מה שהעיר הצל"ח דלמה אמרו ששכחו שמעתא דרב והלא אמרו גם להיפך וח"ו ששקר דברו וגם העיר על מה שסיים הש"ס הך דזימנין חביבא ליה חמרא שא"צ לדבריהם ע"ש ולפמ"ש א"ש דעיקר ראייתו דאף שמקדש על הריפתא ג"כ לשיטת רשב"ם ודלא כר"ת אפ"ה קידש על היין א"כ ע"כ דאם נטל יקדש וזה מקרי רק שכחה דשכחו אם רב ס"ל דמקדשין על הריפתא ויש להאריך שם בזה ואכ"מ. עוד נ"ל דבר חדש דלכך אין ליטול ידיו קודם הקידוש דהרי שיטת הרשב"א דלשתיה נמי צריך ליטול ידו אחת עכ"פ ועיין בב"י סי' קנ"ח והרי דעת הב"י שם דאם נטל לדבר שטיבולו במשקה אינו מועיל לפת ע"ש וא"כ כשנטל ידיו אפשר שסבר שצריך ליטול ידיו לשתות היין כשיטת הרשב"א וא"כ ל"מ אח"כ לפת ויכניס עצמו בספק נטילה שנית בברכה ובפרט אם נימא דאין מקדשין על הפת ע"כ לא היה נטילתו לפת דלמה יטול ידיו קודם יטול אח"כ דתיכף לנט"י ברכה וע"כ דנתכוין על הברכה דשתיית היין וא"כ יצטרך ליטול שנית על הפת ובזה יש לפרש דברי הש"ס דלכך אמר ר"ב דנטל ידיו לא יקדש וע"ז חידש לו דרב ס"ל דמקדשין על הפת וא"כ באמת י"ל דנתכוין על הפת ועכ"פ לכתחלה ודאי אין לעשות כן דיש לחוש שיטעו דגם לשתות היין צריך נטילה וכעין זה פירשו הר"ן והרז"ה מפני טעמים שלהם כנלפענ"ד. וע"ד הפלפול אמרתי ראיה לזה מהא דאמרו בברכות דף נ"ב תיכף לנטילת ידים סעודה והקשו בתוס' למה לא חשבו בין התכיפות שמנו

בברכות דף מ"ב וכתבתי בחידושי דלא מנו אלא דברים שצריך לתכוף בחול ולא בשבת דתיכף לסמיכה שחיטה לא היה בשבת דבשבת לא הי' סומכין ותיכף לגאולה תפלה ליתא בשבת וכמבואר בסי' קי"א דבשבת א"צ לסמוך ותיכף לנטילה ברכה ג"כ י"ל דל"צ בשבת דנטילה היינו מים אחרונים ומים אחרונים הוא משום דאחר אכילתך אכול מלח ויש מלח סדומית שמסמא את העינים ולפ"ז בשבת דאיכא פת נקי ל"צ מים אחרונים וכמ"ש הרמ"א בס"ס ק"ע דהאידנא א"צ מים אחרונים דהפת נקי ומכ"ש בשבת ולכך לא חשוב תיכף לנט"י סעודה דזה אף בשבת ולפ"ז אם נימא דבשבת נוטלין קודם קידוש א"כ לא הוה סמוך לנטילה וא"כ הי' לו לחשבו בין התכיפות דגם זה אינו נוהג בשבת ודו"ק. והנה במ"ש למעלה דכל שנטל ידיו ודאי הפת קודם דפת קודם ליין לכאורה הי' נ"ל כיון דמקדש על היין יין קודם אך ז"א דכאן שנטל ידיו וריפתא חביבא עליו פשיטא דפת קודם ובפרט אם מקדשין על הפת וכמ"ש למעלה באורך. אמנם זאת נ"ל ברור דמה שנתבאר בסי' ר"ח לענין ברכת מעין שלש דגפן ומעין שלש דמזונות שיש להקדים המזונות ולפענ"ד דזה דוקא בחול ואכל שתיהם אבל בשבת היכא דקידש על היין ואכל מזונות פת הבא בכיסנין למען יהיה קידוש במקום סעודה כמבואר סי' רע"ג דבזה יוצאין נראה לפענ"ד ברור דבזה יש להקדים הברכת מעין שלש דגפן קודם דהרי ביום אין מקדשין על הפת ומכ"ש בפת בכסנין וכדומה וא"כ האכילה בא ע"י הקידוש וכיון דהיין גורם שתאמר בדין הוא להקדימו כנלפענ"ד:

ד והנה קרה מעשה באחד שבא לקדש בשבת בבקר והי' לפניו יין ופת הבא בכסנין כדי שיהיה קידוש במקום סעודה וטעה ובירך ברכת מזונות ונזכר לאחר שבירך הברכת מזונות שעוד לא קידש ונשאלתי מה יעשה כיון שאינו רשאי לאכול קודם שיקדש א"כ צריך לקדש על היין קודם וא"כ מה יעשה בברכת מזונות שבירך כבר דשוב יהיה ברכה לבטלה. ולפענ"ד דיקדש על היין ויאכל תיכף לאחר ששתה הכוס של הקידוש הבא בכסנין בלי ברכה ויסמוך על מה שבירך מקודם במ"מ ולא יהיה ברכה לבטלה ואף דקי"ל בסי' ר"ו ס"ג דצריך שלא יפסיק בין ברכה לאכילה יותר מכדי דיבור מ"מ נראה לפענ"ד דזה לא מקרי הפסק כיון דאסור לאכול עד שיקדש וישתה היין א"כ לא גרע מאילו הפסיק בין המוציא לאכילה בצרכי סעודה כמו הביאו מלח או מאכל לבהמה דכל דאסור לאכול בלי זה הוה מצרכי הסעודה כמבואר בסי' קס"ד ס"ו באו"ח מכ"ש בזה ואף דשם לא היה ההפסק רק בדיבור וכאן הוה בשתיה מ"מ לא מקרי הפסק דהא אסור לאכול עד שישתה הקידוש קודם וע"ש ס"ז לענין ברכת נט"י. ולפענ"ד כאן עדיף וגם נראה דבכה"ג שצריך לשתות וא"א לו לאכול בלי הקידוש הו"ל כ"ד דהשתיה הכ"ד

דאכילה וכעין המבואר בחו"מ סי' כ"ט דעד הראשון יכול לחזור בתכ"ד של העד השני ועיין בסמ"ע שם ס"ק ב' וה"ה בזה כנלפענ"ד וצ"ע שלא מצאתי בהחפזי מי שיעורני בזה ועיין בסי' ער"א ס"ה בהג"ה באו"ח. והנה בהך דר"א דאמרו לי' לקדש לן מר קידושא רבא דלא ידע מהו קידושא רבא צ"ע דהכי לא ידע מהברייתא דמקשה על רנב"י בפסחים דף ק"ה שם דאמרו שם דלילי שבת יש בהן קדושה על הכוס ושבת ויו"ט אין בהם קדושה על הכוס ועכ"פ הי' לו לש"ס להקשות מזה ואולי סבר דהם חולקים על הך ברייתא וצ"ע. ודרך אגב אזכיר מה דק"ל בהא דאמרו שם כבוד יום קודם לכבוד לילה ואם אין לו רק כוס אחד אומר עליו קידוש היום ואמאי לשבקי' עד למחר ולעביד ביה תרתי ומשני דחביבה מצוה בשעתה. ומריש הוה קשיא לי דהרי במנחות דף מ"ט אמרו מוספין דהאידנא ותמידין דלמחר מאי ומדלא מבעיא ליה בהיפך תמידין דהאידנא ומוספין דלמחר מאי משמע דתמידין דהאידנא ודאי קודמין אף שמוספין דלמחר קדשי וא"כ ה"ה כאן דניהו דכבוד היום עדיף וקדוש טפי מ"מ קדוש דהאידנא חביב טפי. אך יש לחלק דשאני הכא דהקידוש דלמחר מועיל להשלים גם מה שלא קדש עתה א"כ יש בו מעלה טפי ול"ד לתמידין ומוספין דהם ענינים חלוקים דזה תדיר וזה מקודש אבל אותה הקדושה אין ענינו לתמידין וכאן מועיל גם על הקדוש של היום. ולדבר הזה העירני תלמידיי ני' ובזה מדוקדק היטב קושית הש"ס ואם איתא לשבקיה עד למחר ולעביד ביה תרתי ולכאורה דקארי לה מה קארי לה דפשיטא דזריזין מקדימין למצות ולפמ"ש א"ש דכיון דהקדושה דלמחר יעלה גם להקדוש דלילה ודאי עדיף טפי ולפ"ז אכתי יקשה להיפך דמה משני דחביבה מצוה בשעתה והרי מ"מ חזינן דאף במקום דהמקודש יעלה גם להקידוש של עכשו ואפ"ה חביבה מצוה בשעתי' מכ"ש דמוספין ותמידין דחביבא מצוה בשעתי'. אמנם יש לחלק דשם יש לתמידין מעלת תדיר וכאן ל"ש מעלת תדיר דשניהם תדירין. אמנם אי קשיא הא קשיא דהרי התה"ד סי' ל"ה והכי קי"ל באו"ח סי' תכ"ו דכל דא"צ לשהות זמן מרובה אמרינן דימתין לעשות מצוה מן המובחר והרי כאן אינו מבואר כן דאף דביום יהי' תרתי והוא זמן מועט ואפ"ה אמרו דחביבא מצוה בשעתה וצע"ג ועיין בצ"ץ סי' קכ"א ובעבוה"ג ובמ"ג סי' כ"ה ס"ג שהארכנו בזה הפרט של התה"ד אבל כלם לא העירו מדברי הש"ס כאן ועיין בשו"ת שאגת ארי' סי' י"ט וסי' כ"ח וגם הוא לא הזכיר מדברי הש"ס אלו לענין תדיר ומקודש. מיהו לפמ"ש דעיולי יומא עדיף א"כ אין כאן ראיה דאפשר דוקא עיולי יומא עדיף וחביבא מצוה בשעתי' משא"כ בשאר דברים מוטב לעשות מצוה מן המובחר:

ה והנה במ"ש למעלה בענין נטילה קודם קידוש נ"ל להבין מה דמבואר בטור או"ח סי' קס"ו. שרבינו יואל היה מפרש דמה דאמרו תיכף לנטילה ברכה היינו במים אחרונים ובמים ראשונים אין לחוש וכתב הטור דהרא"ש היה חושש גם במים ראשונים וכן נראה מהירושלמי ותמה הד"מ דלמה לא הביא הטור מש"ס דילן ברכות נ"ב תיכף לנטילה סעודה והט"ז נדחק בזה לחלק בין עושה מעשה ליושב בטל והוא תמוה דהרי גם הרמב"ם סובר דקאי על מים אחרונים ומבואר בכ"מ דדיבור שרי גם במים אחרונים וא"כ ממילא דבמים ראשונים שרי אף מעשה בידים ונשאלתי בזה מאחד מתלמידי פ' בראשית שנתרי"ב. ולפמ"ש י"ל דר"י סובר דמה דאמרו תיכף לנטילה סעודה קאי על פלוגתא דב"ש וב"ה דמוזגין ואח"כ נוטלין ופירשו דקאי על כוס של קידוש כמ"ש הרי"ף בהדיא פא"ד שם וא"כ בקידוש שאני אם מטעם שכתבו הרשב"ם ור"ת דהוה היסח הדעת ובקידוש לילה שיטת הטור סי' רפ"ט כיון שהוא קידוש ארוך הוה הפסק או משום דכיון דגלי דעתי' דריפתא חביב כיון שנטל ידיו ותיכף לנטילה סעודה א"כ ממילא הוה היין אינו חביב ומקדש על אינו חביב ומהא לא אתותב רב ברונא וכמ"ש הרי"ף והרמב"ם וא"כ לכך מוזגין קודם וא"כ ל"ק משם. ובזה ממילא מיושב קושית התוס' מה דלא חשיב תיכף לנטילה סעודה בהדי ג' תכיפות ע"ש ומ"ש ליישב דבריהם תמוהים דתיכף לסמיכה שחיטה ודאי נשנה במשנה וע' בה"ז ופר"ח וצל"ח ומ"ג סי' קס"ו. ולפמ"ש א"ש דשם לאו מטעם תכיפות הנטילה לסעודה קאתי עלה רק משום דנטל וגלי דעתיה דריפתא חביב עליו. ובאמת שלפענ"ד היה נראה להוסיף על דברי הרי"ף ורמב"ם שם כיון דגלי דעתי' דריפתא חביב א"כ בודאי היין הוה הפסק ואף אם נימא דלא כרשב"ם וקידוש ל"ח הפסק היינו משום דאין קידוש אלא במקום סעודה והוה ענין אחד אבל זה באם רצה לקדש על היין אבל כל שרצה לקדש על הריפתא ודאי הוה הפסק מה ששותה היין קודם וז"ב לפענ"ד ועכ"פ אין העיכוב בשביל התכיפות רק בשביל שנטל ידיו. ובזה י"ל דהרא"ש לשיטתו דפסק דיטול ידיו ויקדש דלא כר"ב ודחה לגמרי דברי ר"ב ולדידיה מ"ש תיכף לנטילה סעודה קאי בחול ומשום תכיפות נטילה לסעודה היא וא"כ מ"ש תיכף לנטילה ברכה קאי גם למים ראשונים והוא סובר דבשבת לא אכפת לן ולא ס"ל דגלי דעתי' דריפתא חביב לי' ואדרבא הקידוש אינו הפסק כלל דאין קידוש אלא במקום סעודה. ובזה מיושב מ"ש הטור שכ"כ הרי"ף ברבינו יואל ותמה הב"י דלא נמצא כן. ולפמ"ש א"ש כיון דרי"ף פירש הך דנטילה לסעודה בקידוש ש"מ דבחול לא אכפת לן וכמ"ש ר"י ודו"ק היטב:

סימן יט

א להרב המאה"ג וכו' האבד"ק נאהרייב נ"י.

ב מה שהקשה אותי מעכ"ת בהא דאמרו בסוגיא דתני שילא כתובות דף מ"ה מוציא ש"ר קאמרת שאני מוש"ר דחידוש הוא וכו' ושיטת רש"י היא דמיירי דזנתה קודם החופה ומוש"ר אחר כניסה לחופה דהיא בסקילה וע"ז הקשה לשיטת הירושלמי דאלמנה אין לה חופה וכתבו האחרונים דה"ה בעולה דכל שאינה בתולה אין לה חופה וא"כ כיון דזינתה קודם החופה הרי היא בעולה ול"מ חופה ושוב לא אשתנית כלל. והנה שאלה גדולה שאל. ולכאורה רציתי לומר דכיון דכל ח"ל וכל עריות נתרבו הראה כגמר ביאה ולפ"ז אם נימא דהראה אינו רק נשיקה ובנשיקה עדיין לא השיר בתולים כמבואר בסנהדרין דף ע"ג ולפ"ז משכחת לה שזינתה ואפ"ה עדיין בתולים יש לה ומקרי בתולה לענין זה שתהא חופתה חופה (ומיירי במש"ר שלא בעל ועי' רש"י ותוס' שם) אך באמת מלבד דדבר חדש הוא שבכה"ג מקרי עדיין בתולה לענין חופה ויש מקום להאריך בזה אף גם דאנן קיי"ל דהראה זו הכנסת עטרה כמבואר בש"ס יבמות דף נ"ח וכן קי"ל וא"כ בכה"ג ודאי משיר בתולים כדאמרו בסנהדרין שם וא"כ לא מקרי חופה כלל. הן אמת דגוף הדבר לומר דבעולה הו"ל דין אלמנה לכאורה יש לפרפק ובש"ע אהע"ז סי' ק"ד ובאו"ח סי' של"ט ובכל אחרונים אינו מבואר זאת רק באלמנה. אבל מצאתי הדבר מפורש בח"מ סי' ס"ח ס"ח י"ג בהדיא ע"ש והדרא קושית מעכ"ת לדוכתא וע"כ נראה בזה דבאמת גוף דברי הירושלמי הביאו בתוס' יומא דף י"ג ד"ה ולחדא ע"ש ב' פירושים אבל לא כתבו שום טעם דמ"ש אלמנה מבתולה לענין חופה וחפשתי בפוסקים ולא מצאתי שום טעם דאמאי לא יועיל חופה באלמנה ובאמת לפי שיטת התוס' דחופה היינו מה שמכסים בהינומא א"כ זה דוקא בתולה ולא אלמנה. ולפ"ז היה מקום לחלק דבבעולה ל"ש זאת ועי' ח"מ וב"ש סי' כ"א ובמג"א סי' ע"ה ובירושלמי פ"ב דכתובות ודו"ק. אבל באמת הרבה דיעות ושיטות מה נקרא חופה ועיין באהע"ז סי' נ"ה דלדידהו יקשה מהחילוק יש בין בתולה לאלמנה. וע"כ נלפענ"ד דבר חדש דהנה בכתובות נ"ו בעי רבין אם חיבת חופה קונה או חיבת ביאה ולפ"ז אף דאנן קיי"ל דחיבת חופה קונה דהרי ר"א נסתפק בנכנסה לחופה ולא נבעלה ופירסה נדה מהו עכ"פ כיון דבעינן חזי לביאה ע"כ ס"ל להירושלמי כיון דהחופה בעצמותו אינו קונה דלא קי"ל כר"ה ורק דהוא אתחלתא דביאה ולפ"ז זהו בבתולה דחיבת בתולים א"כ החופה הוה אתחלתא דביאת בתולים ע"כ גם חיבת חופה לבד קונה אבל בבעולה או אלמנה דליכא בתולים די שחיבת ביאה יקנה ולא אתחלא דחופה כנלפענ"ד נכון. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף

דבזה מיושב מה שהקשה בשו"ת אא"ז בעל מג"ש בשו"ת פ"י סי' ג' בחלק אהע"ז אם נימא דאלמנה אין לה חופה א"כ במה נחלקו רב ושמואל אם יש חופה לפסולות או לא הא פלוגתתם קאי על מתניתין דאלמנה לכ"ג וכמ"ש רש"י ותוס' והרי אלמנה אין לה חופה אף בכשרות ומכ"ש בפסולות וכן הקשה בשעה"מ בקונטרס חופת חתנים ולפמ"ש א"ש דאם נימא דיש חופה לפסולות א"כ אף דשם ודאי לא חזי לביאה ואפ"ה חיבת חופה קונה מכ"ש באלמנה דיש ביאה רק שאינו של בתולים ושמואל ס"ל דאין חופה לפסולים ומה"ט גופא דחופה בעינן שיהיה ראוי לבעילה וז"ב. ובאמת שלפענ"ד מכאן יצא לרמב"ם דלא הביא דין הירושלמי דאלמנה אין לה חופה והקשו כלם כיון דלדעתו חופת נדה ל"ק ומשום דבעינן חופה דחזי לביאה ומ"ש דיש לאלמנה חופה כיון דלדידיה גם בבתולה בעינן חופה דחזיא לביאה וא"כ אלמנה חלוק מבתולה דבעינן ביאה ממש. ולפמ"ש א"ש דהרי הלח"מ בפ"י מאישות כתב לחלק דאף דיש חופה לפסולות אפ"ה חופת נדה ל"ק משום דבפסולות הוא רצה לעבור על האיסור משא"כ בנדה דדעתו רק לכשתטהר מנדתה א"כ באלמנה דעכ"פ יודע שאין לה בתולים א"כ קנה בחופה דחזי לביאה טפי מפסולות וז"ב והרמב"ם מפרש דהירושלמי אזיל אליבא דשמואל דס"ל אין חופה לפסולות. ובזה מיושב מה שהקשה הפ"י בתשובה בהא דאמר רבא בקידושין דף ה' חדא דג' תנן ד' לא תנן ואבייי נדחק והקשה הפ"י דאזדא לה הק"ו דר"ה דלימא מה לביאה שקונה באלמנה תאמר בחופה שאף אחר שתלמוד שקונה אינה נקנה באלמנה כקושיית הרי"ט מיוני ביבמות דף נ"ז ע"ב והשעה"מ הוסיף אמאי לא אמר אביי דלכך לא תנן חופה במשנה משום דרצה לכלל גם אלמנה. ולפמ"ש א"ש דכל זה שייך לדידן דלא קיי"ל כר"ה ורב ושמואל נחלקו בחופה לפסולות דוקא לדידן וכמ"ש התוס' ובחידושי הרשב"א ביבמות שם אבל לר"ה דס"ל דחופה קונה א"כ י"ל דחיבת חופה בעצמותה קונה ואף בלא ביאה שזה קנין בפ"ע וא"כ גם באלמנה שייך זאת וימתק יותר לפמ"ש בחירושי מהרי"ט על הרי"ף בקידושין גבי חופה קונה דלכך י"ל דחופה לא קונה משום דאכתי לא חזי ע"י חופה דהו"ל כלה בלא ברכה והו"ל כמו פירסה נדה ובעינן חופה דחזיא לביאה ע"ש ולפ"ז ר"ה ע"כ ס"ל דחופה היא קנין בפ"ע ולא בעי שיהיה חזי לביאה וכמו כסף ושטר דלא בעי שיהיה חזי לביאה וגם בח"ל תפסי הקידושין וא"כ ממילא קונה גם באלמנה. ובאמת כי יש לפקפק על המהרי"ט ל"מ אם נימא כשיטת המהר"א דחופה קונה וגומר א"כ חזי לביאה דאם מתכוין לשם נשואה ודאי רשאי לבעול ועיין בר"ן פ"ק דכתובות ובש"ע סי' נ"ז. עכ"פ מ"ש הוא נכון. ובזה יש ליישב הרבה קושיות שהאריכו השעה"מ ובטעם המלך שם די"ל דלדידן דקיי"ל יש חופה לפסולות ליתא לזה

וגם באלמנה קונה. אך מה שהקשה המ"ב סי' צ' מהא דתנן לעולם היא ברשות האב עד שתכנס לחופה ושם קאי גם על אלמנה ליתא ישוב הנ"ל דאכתי קשה על שמואל ממתניתין. והנ"ל בזה עפמ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל בסי' קכ"ד ליישב הא דמבעיא לרבין אם חיבת חופה קונה או חיבת ביאה קונה על ראב"ע ולא קמבעי לעיל על המשנה דלעולם היא ברשות האב עד שתכנס לחופה וכתב די"ל דכמו דמחלק הש"ס בדף מ"ז בין מדידי' לדידה וא"כ שם דהיא נקנית לו י"ל דחיבת חופה בלבד סגי משא"כ מדידיה לדידה ע"ש ואני המתקתי הדבר לפמ"ש הר"ן בנדרים בסוגיא דבר פדא דהאשה אינה מקנית עצמה לבעל רק שמפקרת עצמה לו וא"כ ל"ש לומר שמפקרת עצמה רק בחופה דחזיא לביאה ורק בקנין שייך זאת דאינו רוצה להקנות רק על אופן זה עכ"פ ל"ק משם דשם מיירי בדידה ושפיר קני חופה אף באלמנה משא"כ מדידי' לדידה. האמנם לא אכחד קושט דברי אמת דדברי אא"ז דחוקים הם דל"ש קנין לחצאין וכמ"ש בעצמו לר"א דאין סברא שיהיה לזה חופה קנין ולזה לא יקנה וע"כ לא חלקו שם בדף מ"ז רק בהתחייבות ממון שזה רוצה להקנות באחתוני לבד וזה אינו רוצה רק ע"מ חיבת ביאה אבל בקנין אחד שיהיה לזה קנין ולזה לא זה לא מצינו. עכ"פ קושית הח"מ סי' ס"א יש ליישב בזה דלענין ירושה שפיר קנה ע"י מסירה לשלוחי הבעל אף דגרע מחופה משום דהיא רוצית להקנות טפי משא"כ גוף חופת נדה לא קני כלל ודו"ק. יהיה איך שיהיה עכ"פ מ"ש לעיל נכון. ומעתה מיושב היטב הקושיא הנ"ל שהקשה הרב מוהר"ד הנ"ל דשפיר מקרי חופה בבעולה לדידן דקי"ל יש חופה לפסולות ולמ"ד אין חופה קונה בפסולות בלא"ה כבר הקשה בהפלאה שם דל"מ חופה והוסיף להקשות לרמב"ם דס"ל פרסה נדה ל"מ חופה דחזי לביאה וה"ה בזה. אבל באמת ל"ק כלל דל"ד דנדה דשם ל"ח לביאה ודעתו עד שתטהר אבל כאן בזנות כ"ז שלא באו עדים היתה מותרת באמת דהי' לה ס"ס אף אם היה יודע שפ"פ בלא עדים הו"ל ס"ס וא"כ עכ"פ חזי לביאה מקרי כנלפענ"ד. שוב מצאתי קושית הרב מוהר"ד הנ"ל במקנה בק"א להלכות קידושין סי' נ"ד ע"ש שהקשה עוד כמה קושיות. ולפמ"ש מיושבים כל הקושיות ועיין בשעה"מ לענין חופת נדה שהאריך העמיק בענין הלז ולפמ"ש יש לבנות ולסתור ודו"ק:

ג עוד נראה בטעם דחופה הראוי לביאה בעינן משום דכל שאין ביאתו ביאה אין חופתו חופה וכמ"ש רש"י בסנהדרין דף נ"ז ובכמה מקומות ועמלמ"ל פ"ג מאישות הי"א ולפ"ז בנדה דאף אם עבר ובעל לא תפסי קידושי ביאה בנדה דח"כ היא ואף דמבואר בסי' מ"ד דהמקדש נדה מקודשת היינו בקידושי כסף ושטר אבל בביאה דח"כ פשיטא דלא חלו הקידושין דאינה ראויה לביאה וכיון דהביאה אינה ראויה ממילא גם החופה לא

נקרא חופה כנלפענ"ד. ואל תשיבני דבריש תמורה מרבינן אלמנה לכ"ג מקרא דלא יחלל וכתב הרשב"א בקידושין דכל ח"ל מרבינן מזה היינו ח"ל דתפסי בהם קידושין אבל ח"כ דלא תפסי בה' קידושין רק נדה הואיל וחזיא אח"כ דהיינו דוקא כשקדשה בכסף ושטר אבל אם קדשה בביאה כיון דזה אסור הו"ל מלתא דא"ר לא תעביד ולא חלו הקידושין של ביאה כנלפענ"ד ברור לדינא. ולפ"ז כל שאין ביאתו ביאה לא הוה חופתו חופה. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה מיושב היטב מה שהקשו השעה"מ וכל האחרונים לשיטת הרמב"ם דבעינן חופה דחזי לביאה ובנדה ל"מ החופה א"כ איך קידש הכה"ג ביו"כ לשיטת הירושלמי והא אינה ראויה לביאה ביוה"כ דאסור בחמשה עניים מה"ת ולפמ"ש א"ש דשם יומא הוא דקגרים לא מקרי חופה שאינה ראויה לביאה דבעצמותו ראוי רק שיומא גרים ועיין בסי' ר"ח בחו"מ ובש"ך שם. ובזה הי' מיושב כמה קושיות מה שהקשו מהא דמוקי דקני לה כשהיא ארוסה ונסתרה ונכנסה לחופה דאיך מועיל חופה וגם קושית הרב מוהר"ד הנ"ל. ולפמ"ש א"ש דדוקא בנדה כתב כן דחייב כרת ולא תפסי הקידושין של ביאה וממילא חופתה אינה חופה משא"כ בח"ל דתפסי בה קידושין דביאה כל שעבר ובעל מקרי ראוי לביאה ודו"ק. והנה לכאורה קשה אם נימא דחופת נדה לא קני דבעינן חופה דחזיא לביאה לפ"ז יקשה הרי שיטת הרא"ה דדם חימוד אינו מתחיל רק לאחר הקידושין דקודם לא סמכה דעתה והקשה הרשב"א במשמרת הבית דא"כ בטלת קידושי ביאה דאז מתחיל החימוד ואסור לבעול וכתבתי בחידושי להלכות נדה סי' קצ"ב דמזה ראיה למ"ש הט"ז שם דהיתה עמו במטה דל"ש חימוד שיש לה פת בסלה מכ"ש במקדש בביאה דודאי יש לה פת בסלה ומקודם הקידושין אין לה חימוד והארכתי בזה ולפ"ז יקשה לר"ה דאמר חופה קונה הא בעינן חופה הראויה לביאה וכאן אסור משום חימוד וא"ל כיון דאינו אסור רק מדרבנן חשיבא חזיא לביאה דז"א דכבר כתב המהרי"ט בחידושיו לרי"ף פ"ק דקידושין דלכך לא תקנה החופה כיון דכלה בלא ברכה אסורה כנדה א"כ אינו ראוי לביאה הרי דאף דאינו רק דרבנן אפ"ה מקרי חופה דל"ח לביאה והרב מוהר"ח אבלעפלד נסתפק בזה ע"ש בשעה"מ שהאריך בזה וא"כ כיון דאסורה לבעלה משום דם חימוד שוב הוה חופה שאינה ראויה לביאה. והיא קושיא נפלאה. ולפענ"ד נראה בזה דע"כ לא בעינן חופה הראויה לביאה רק לדידן דחופה אינה קונה רק גומר וא"כ כל דל"ח לביאה היאך תגמור הקנין הא לא מבעיא אם נימא דמציאות החופה אינו רק מדרבנן והעיקר הוא הביאה כי אני בעניי לא מצאתי רמז כלל לחופה מקרא דיהיה גומר וחפשתי ברמב"ם ולא מצאתי שיביא מקרא ע"ז וא"כ כל מה שגומר הוא משום דהיא אתחלתא דביאה וא"כ כל שאינו ראוי לביאה ל"מ חופה

ואף אם נימא דחופה היא מדאורייתא וכן נראה ראיה מהא דיליף ר"ה ק"ו דחופה קונה ממה שגומר וע"כ דגומר מדאורייתא דאל"כ ל"ש לומר שגומר ולילף מזה ק"ו שתקנה כיון דמציאות החופה גופא אינו רק דרבנן אבל גם אם נימא שגומר מן התורה היינו ג"כ לא בשביל עצמות החופה רק שהיא הכנה לביאה שבזה שמכניסה לרשותו נקנית לו לביאה וא"כ כל דל"ח לביאה לא מקרי חופה אבל לר"ה דס"ל דחופה הוא קנין בפ"ע א"כ מה בכך דל"ח לביאה הא גם קידושי כסף ושטר ל"ח לביאה דכלה בלא ברכה אסורה כנדה ואפ"ה הוה קנין ה"ה חופה וז"ב לדעתי מאד. אחר שכתבתי זאת מצאתי שאהבה נפשי בספר אסיפת זקנים בכתובות דף ז' שם הביא מחלוקת הקדמונים שיש מהגדולים הסוברים דמציאות חופה אינה רק דרבנן והרבה סוברים דהוא מן התורה וד' יודע ששמחתי מאד כי שאלתי כשאלת הראשונים ת"ל:

ד והנה הראב"ד כתב שם דיש ראי' לחופה מהא דאמרו בכתובות דף מ"ח ע"ב כי יהיה נערה בתולה מאורשה לאיש ומוקי לה מאורסה ולא נשואה בנכנסה לחופה הרי שיש לחופה מקרא מה"ת ע"ש. ומן האמור נראה לפענ"ד ברור דהא דנחלקו הרמב"ם והרא"ש בחופת נדה אי גומר או לא תלוי בזה דאם נימא דמציאת החופה היא רק מדרבנן א"כ כל מה שגומר הוא רק משום דהיא אתחלתא דביאה וא"כ כל דל"ח לביאה לא גומר אבל אם נימא דחופה היא מה"ת ומרבה לה מה"ת דגומר א"כ כיון דההתורה לא תלאה בביאה לכך אף דל"ח לביאה ג"כ גומר ולפ"ז הרמב"ם דלא הביא כלל מקרא על חופה משמע דס"ל דאינו רק דרבנן א"כ לכך בעי חופה דחזי לביאה משא"כ הרא"ש אפשר דס"ל כשיטת הראב"ד דחופה מה"ת לכך לא בעי חופה דחזיא לביאה. ובזה מיושב היטב מה דאמר הש"ס ביבמות דף נ"ו כגון דקני לה כשהיא ארוסה ונכנסה לחופה ולא נבעלה והקשו כלם הא ל"ח לביאה דאסור לבעול עד שישקה אותה וא"כ ל"מ חופה ולפמ"ש א"ש דשם כיון דמוקמינן לקרא דמיירי בחופה א"כ כיון דחופה מה"ת שוב לא בעינן דחזיא לביאה ובאמת לדידן דמוקמינן ע"י גלגול ומזה יליף עולא גלגול שבועה מן התורה בקידושין דף כ"ז ע"ש וא"כ שוב י"ל דחופה אינו מה"ת ובעינן חופה דחזיא לביאה ובזה מיושב קושית התוס' בקידושין דלרב דס"ל דיש חופה לפסולות א"כ יש לאוקמא ע"י חופה ומנ"ל גלגול ולפמ"ש א"ש דרב ס"ל דחופה אינו רק דרבנן לכך לא ניחא לי' לאוקמא בכה"ג ובזה נראה הא דנחלקו הרמב"ן והריטב"א לענין חופה לפסולות דלשמואל דס"ל אין חופה לפסולות הקשה הרמב"ן דא"כ למה לי קרא דאשתו פסולה אינו מטמא לה דהא לא משכחת לה כלל וכתב הרמב"ן דניהו דחופה אין לה נשואין יש לה והריטב"א כתב דבאמת משום הא גופא מיעטה רחמנא מטומאה משום

דלא משכחת נשואין מן התורה בלא חופה ע"ש ולפמ"ש נחלקו בזה דהרי דעת הרמב"ן הובא באס"ז בכתובות דף ז' דחופה אינו רק דרבנן א"כ לכך ס"ל דניהו דפסולים אין להם חופה אבל נשואין יש לה דחופה דרבנן היא דלא תקנו לפסולות אבל הריטב"א לשיטתו דכתב בכתובות דף ז' דחופה הוא מה"ת ע"ש בחידושיו שרמז לראיית הראב"ד ולכך ס"ל דבלי חופה אינו נישואין כלל וז"ב. וצ"ע בהא דאמרו בסנהדרין נ"ז בעולת בעל יש להם נכנסה לחופה ולא נבעלה לית להו ולכך בדינא דידן דייניגן להו וכן קי"ל א"כ משמע דחופה מה"ת דשם משבע מצות ב"נ קיימינן להו ע"ש. וצ"ע בכתובות דף מ"ט ס"ל לרנב"י דאף נכנסה לרשות הבעל בלי חופה דב"נ אינו חייב אף על נכנסה לחופה וזה רבותא טפי דב"נ בב"נ אינו חייב ודו"ק. וכאשר זכינו לזה אני אומר בטח דהא דאמר בירושלמי דאלמנה אין לה חופה הוא דוקא אם נימא דחופה אינו רק דרבנן וא"כ י"ל דרבנן רצו לתת הבדל שתהיה ניכרת שהיא בתולה ולכך הבדילו דחופה לא יהיה רק בבתולה ולא באלמנה ומכ"ש למ"ד דחופה היינו הנומא שמכסין על ראשה וכמ"ש בסי' כ"ה וא"כ זה תקנו דוקא בבתולה שתהי' יוצאת בהינומא כדאמרו בכתובות דף י"ז ע"ב ועיין בתוס' שם ד"ה אלמנה וצ"ע דשם כתבו בפשיטות דאלמנה הי' לה חופה וכפי הנראה קאי כפירושם השני ביומא דף י"ג דגם אלמנה יש לה חופה עכ"פ יהיה איך שיהיה כל דחופה אינו רק מדרבנן יש לחלק בין בתולה לאלמנה אבל אם נימא דחופה היא מה"ת ומה"ת לא מצינו חילוק בין בתולה לאלמנה וז"ב מאד. ובזה ממילא מיושב קושית השעה"מ הנ"ל והפ"י דא"כ איך נחלקו רב ושמואל ביש חופה לפסולות והא שם באלמנה קאי ולפמ"ש א"ש דשם דקאי אליבא דר"ה כמ"ש רש"י בתוס' שם והוא ס"ל דחופה קונה וכתבתי כבר דלדידי' ודאי דחופה מה"ת וא"כ פשיטא דגם לאלמנה יש חופה. ובזה מיושב גם מה שהקשה בהא דאמר רבא ג' תנן ד' לא תנן והקשו דלמא תני מלתא דפסיקא גם לאלמנה וגם קושית הפ"י דאיך שייך ק"ו דר"ה דהא אף אם נימא דחופה קונה לא יהיה באלמנה ולפמ"ש א"ש דלר"ה דחופה קונה מה"ת גם באלמנה יהי' מה"ת דכל בדאורייתא אין חילוק. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשו מהא דמוקי לה כגון שנסתרה ונכנסה לחופה ואיך מועיל החופה ממ"נ אם נבעלה שוב ל"ש חופה וכן קושית הרב מוהר"ד הנ"ל שהיא קושית המקנה בהא דאמר שאני מוציא ש"ר וכו' והא ל"ש חופה בבעולה. ולפמ"ש דבסוטה דמוקמינן לקרא בנכנסה לחופה א"כ ע"כ חופה מה"ת א"כ ממילא אין חילוק בין בתולה לבעולה וגם הא דקאמר במוציא ש"ר היא דכיון דאמר שם דאילו נכנסה לחופה ולא נבעלה בעלמא היא בחנק ופירש"י דיליף לה ממאורסה ולא נשואה דמוקי לה בנכנסה לחופה וא"כ ממילא חופה מה"ת והיא ראיית הראב"ד

דחופה מה"ת וא"כ שוב אין חילוק בין בתולה לבעולה ודו"ק ומה שהקשה המקנה שם מהא דאמרו בכתובות דף י"א אמר ר"ש זאת אומרת כנסה בחזקת בתולה וכו' וקשה הא אין חופה לבעולה ולא נתחייב בכתובה ובשעת ביאה ע"ד קידושין הראשונים בעל ולא נתחייב בכתובה במחכ"ת אגב חורפא רהיט ואזיל לי' ששם לא נזכר רב ששת כלל וכוונתו למה דאמר רב אשי לעולם אימא לך בעלמא לית לה ושאני הכא שהרי נכנסה לחופה וע"ז הקשה דהא בעולה אין לה חופה ובמחכ"ת דבריו תמוהים דשם קאי שנכנסה לחופה לראשון ולא נבעלה ואח"כ כנסה האחר ובאמת לא הי' כלל חופה אח"כ רק נשואין גמורין בביאה ובשעת שנכנסה לחופה בעת ההיא היתה בתולה גמורה ושפיר הי' לה חופה וז"ב ונכון. וא"ל דלפמ"ש הריטב"א דבפסולות לשמואל דס"ל דאין חופה לפסולות גם נשואין אין לה דל"מ נישואין בלא חופה דא"כ גם כאן היכא משכחת כניסה בלא חופה דז"א דא"כ היאך יפרנס הריטב"א הא דאין לאלמנה חופה וא"כ לא יהי' שום נשואין לאלמנה ובעולה וע"כ כמ"ש לעיל דהריטב"א לשיטתו דס"ל חופה מן התורה וכבר כתבתי דאם חופה מה"ת שוב אין חילוק בין אלמנה ובעולה לבתולה ודו"ק. ומהש"ס הלז אני תמה על מה שנסתפק המהר"א ששון והשעה"מ האריך בזה אם חופה משוה לה כביאה גמורה או לא דמה זו ספק ושאילה הא מבואר כאן בהדיא דאף דיש עדים שלא נסתרה אפ"ה אין השני יכול לטעון טענת בתולים וכדאמרו הרי כנסה הראשון ורב אשי אמר הרי נכנסה לחופה אלמא דחופה הוה כביאה ממש מיהו לפמ"ש התוס' שם בד"ה וניחוש משמע דמ"מ נאסרת עליו באשת כהן דליכא רק ספק אחד ולא מחזקינן לה לביאה גמורה וצ"ע בזה. אברא דלפמ"ש הרמב"ם לא ס"ל דחופה מה"ת והרי רבינו כתב בפ"ג מא"ב ה"ד דאינו חייב סקילה עד שתהיה נערה בתולה מאורשה לאיש אבל בוגרת או שנכנסה לחופה ולא נבעלה היא בחנק הרי דממעט נכנסה לחופה אלמא דס"ל דהוא דאורייתא. אבל באמת אינה קושיא דכיון שהוא כתב שם דאף במסרה האב לשלוחי הבעל ג"כ פטור מסקילה והיינו משום דממעט מקרא דלזנות בית אביה א"כ ממילא לא גרע נכנסה לחופה ולא נבעלה רק דבש"ס הקשה ואימא פרט שנכנסה לחופה ולא נבעלה והשיב רבא דחופה בהדיא כתיב וזה אם נימא דחופה דאורייתא אבל אם נימא דחופה אינו רק מדרבנן באמת אין מעלה לנכנסה לחופה יותר ממסרה אביה לשלוחי הבעל וז"ב מאד:

ה ובזה מיושב היטב קושית הח"מ סי' ס"א לשיטת הרמב"ם דס"ל דחופת נדה לא קני כלל והקשה הא זה יצא לו מבעיא דר"א ור"א באת"ל דחיבת חופה קונה ורבין ע"כ לא מבעיא ליה לירושה דהא משמסרה האב לשלוחי הבעל לא ירית לה וחופה עדיף

משמסרה לשלוחי דבעל כדאמרו בדף מ"ח והיא קושיא גדולה ואא"ז הח"ץ ז"ל סי' קכ"ד קלסה. והב"ש נדחק ולפמ"ש א"ש דע"כ לא מסתבר לי' להש"ס דחופה עדיף רק אם חופה דאורייתא אבל אם נימא דחופה אינו רק מדרבנן כמו דס"ל לר"א דבעי חופה דחזיא לביאה וכמ"ש א"כ באמת מסרה לשלוחי הבעל עדיף דזה ממעט מקרא לזנות בית אביה ודו"ק. מיהו בלא"ה י"ל בישוב קושית הח"מ דבאמת גם בעיית רבין קאי אף לענין ירושה ורק דהוא מבעיא ליה אם מדעתו רוצה לגרשה אחר החופה ולא נבעלה אי אמרינן דלא כתב רק ע"מ חיבת חופה או חיבת ביאה משא"כ שם במסרה לשלוחי הבעל מבעיא לי' במתה שקרה אונס ואמרינן דנסתחפה שדהו. ובזה מדוקדק מה שלא פירש"י גבי אבעיא דרבין דמתה כמו שפירש גבי אבעיא דר"א בפרסה נדה ופירש ממנה ומת וכבר התעורר בזה אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קכ"ד ולפמ"ש א"ש דבאמת כל שמתה לא מבעיא לרבין כלל דודאי יש לה וגם יורשה דלא גרע ממסרה לשלוחי הבעל רק בגרשה מדעתה בזה מבעיא ליה דהרי הוא רוצה לחזור בו ומבעיא לי' אם כבר נתחייב משא"כ במסרה לשלוחי הבעל דבאמת ידענו בי' דלא הי' רוצה לחזור רק דקרה אונס שפיר אמרינן דזה מקרי יציאה לרשותו ונסתחפה שדהו אבל אם חוזר בו באמת מסיבת איזה דבר ששנאה שפיר מבעיא ליה אם חיבת חופה קונה וכבר נתחייב או לא וז"ב ודו"ק. הנה הב"ש כתב בסי' ס"ד ס"ק ה' דאם כנס בתולה בע"ש והי' לה חופה רק שצריכה לטבול בלילי שבת לנדתה לשיטת הרא"ש דחופת נדה קונה א"כ הוא קונה כבר אף דהיא לא זכתה התוספת כתובה רק בשבת מ"מ כל דהאיש כבר קונה לגבי אשה ל"ש קנין ועיין שו"ת מ"ב סי' צ"א ודבריו סתומים דמה חילוק יש בין האיש להאשה הא גם היא אסורה לקנות בשבת ועיינתי בשו"ת מ"ב שם וראיתי שכתב דהאשה היא קנין כספו של האיש ולא להיפך ע"ש וגם דבריו תמוהים דניהו דהוא קונה אותה כדכתיב כי יקח ולא כי תקח מ"מ מה שזכתה בשבת זה מקרי קנין. אך נראה דבאמת גוף הדבר דמבואר בירושלמי דהלין דכנסין ארמלין בע"ש צריך למכנסה מבע"י כדי שלא יהי' נראה כקונה בשבת צ"ב הא הר"ן כתב בפ"ק דכתובות מה דשרא ר"א להתפיס מטלטלין בשבת אף דמקרי קונה בשבת וכתב דוקא מילי דפרהסיא כגון נשואין בשבת אסור ועב"ש סי' ס"ו ס"ק ח' שכתב שהעיקר כתירוץ הלז ע"ש ולפ"ז צ"ב ניהו דהוה חופת נדה מ"מ מה שזוכה במציאתה ובמע"י אינו דבר פרהסיא כ"כ דנימא דמחזי כקונה בשבת וצ"ל דכיון דחופת נדה אינו קונה א"כ לא יזכה ע"י חופה בגופה לענין זה שתהיה מציאתה ומע"י שלו וא"כ מה שקונה אותה הוה מילי דפרהסיא דהכל יודעין שקונה אותה בבעילה זו להיות שלו וכל אשר לה שלו עי"ז וז"ב. ולפ"ז צדקו דברי המ"ב דזה דוקא מה שהאיש קונה אותה

אבל מה שהיא ניקנית לבעל א"כ גוף הבעל אינו קנין של האשה רק שזכתה בתוספת כתובה וזה אינו מילי דפרהסיא דמי יודע אם כותב לה תוספת כתובה והרי אף גוף התפסת מטלטלין התיר ר"א משום דלא מחשב פרהסיא. איברא דגוף הדבר שחידש המ"ב דהקנין הוא מצד האיש ולא מצד האשה לכאורה תמוה דאף דראייתו מכי יקח איש אשה ולא שתלקח אשה לאיש נכונה וכמ"ש הר"ן בנדרים דף ל' דהאשה אינה רק מפקרת עצמה לבעלה ובעלה זוכה מן ההפקר היינו הקידושין דבאין מצד האיש ואם נתנה היא לא מועיל אבל הנשואין דקונה לבעלה שיהיה שלה מנ"ל דלא אבל ביאור הדבר היא בפשיטות דמלבד דהבעל יכול ליקח כמה נשים והאשה לא חזיא לבי תרי וא"כ היא מיוחדת לו לבדו והוא אינו מיוחד לה לבדה דוקא אף גם דכ"ז שלא נכנסה לחופה הרי היא של אביה וא"כ היא אינה קונית כלום והיא אינה רק כהפקר שהאב מפקירה להבעל והבעל קונה אותה. ולפ"ז הי' נראה לי דבר חדש דאלמנה ובזה"ז דאיכא חר"ג שלא לישא שתי נשים ואלמנה כבר יצאת מרשות האב שוב גם היא זוכית בבעל עצמו ושוב אסור לקנות בשבת מצדה. ובזה נ"ל מה שחידש הט"ז בסי' ס"ד דבאלמנה אף דחופה אינה קונה מ"מ הבאה מהחופה לבית הנשואין זה הקנין והב"ש כתב דבריו לא נהירין ולא כתב שום טעם נגדו והמגיה בט"ז התריס נגדו ע"ש ולפמ"ש י"ל כיון דהיא עכ"פ לא קנתה בעלה כ"א בחיבת ביאה א"כ מחזי כקונה בשבת באלמנה. ובמ"ש למעלה יש ליישב בזה קושית התוס' בקידושין דף כ"ז ע"ב ד"ה ה"ג על רש"י שפירש דעולא לא רצה לאוקמא בקנא לה ונסתרה ואח"כ נכנסה לחופה דא"כ יקשה הא בעינן מבלעדי אישך שתקדום שכיבת בעל לבועל וא"ל דמיירי שבא עליה הארוס בבית חמיו דזה דחוק לעולא והקשו התוס' הא ע"כ הש"ס צריך להאי שנוייא דאל"כ מ"פ הש"ס אילימא דקני לה כשהיא ארוסה ומשקה לה כשהיא ארוסה הא ארוסה לא שותית ומה קושיא ת"ל אף בלא תחת אישך הא בעינן שקדמה שכיבת בעל לבועל וע"כ דמיירי בבא עליה הארוס בבית חמיו ובמ"ש למעלה יש ליישב דכבר כתבתי למעלה מה שהקשו דאיך מוקי בקינא לה כשהיא ארוסה ונכנסה לחופה הא הוה חופה דל"ח לביאה ולא קרינן בי' תחת אישך דהרי צריך שישקה אותה ועמ"ש בזה. וכעת נ"ל דכיון דהמים יבדוק ואולי טהורה היא א"כ אפשר דהוה חופה דחזיא לביאה דאולי תהיה טהורה ולענין ההשקאה תחת אישך קרינן בי' ולפ"ז י"ל דזה דחיק לי' לעולא כיון דבאמת מן הסתם הוה חופה דל"ח לביאה דהא בעינן מבלעדי אישך שתקדום שכיבת בעל לבועל ורק אם בא עליה ארוס בבית חמיו ועכ"פ מדרבנן אסור ולפי שיטת הראב"ד מקרי אינו מנוקה מעון עכ"פ חופה דל"ח לביאה מקרי ודחוק לי' לעולא לאוקמא להקרא בכה"ג

דאף דמה"ת אינו אסור לבא עליה בבית חמיו אבל מ"מ לא מיירי התורה בכה"ג ול"מ חופה דחזיא לביאה בכה"ג ומעתה זהו למה דמוקי בנכנסה לחופה אבל הא דפריך אילימא דקינא לה כשהיא ארוסה תחת אישך אמר רחמנא שפיר צריך לקרא דתחת אישך דבלא הקרא דתחת אישך מקרא דמבלעדי אישך אפשר לומר דמיירי בבא עליה בבית חמיו ומה"ת לא הי' אסור רק דחופה דחזיא לביאה לא מקרי והו"ל כעין דאמרו ביבמות דף ע"ח דאי לאיסורא כתב דאי להיתירא לא כתב קרא והיינו שיהי' מקרי עי"ז חופה דחזיא לביאה זה א"א אבל להשקותה שפיר כתב קרא דאי לאיסורא וז"ב ודו"ק:

יז וע"ד הפלפול י"ל דהנה בשם אור חדש שמעתי להקשות דמה פריך מבלעדי אישך אמר רחמנא והא משכחת לה דקדשה בביאה וא"כ קדמה שכיבת בעל. אך י"ל דאם נימא דביאה נישואין עושה וכדבעיא לן בקידושין דף יו"ד ופלוגתא הוא שם א"כ ל"ש לאוקמא כן דא"כ הוה נשואה ואנן ארוסה תנן. אמנם קשה ועמוד והתבונן בזה דהנה איבעיא לן אי תחלת ביאה קונה או סוף ביאה קונה ומסיק דכל הבועל דעתו על גמר ביאה והקשו בתוס' דהא קי"ל הערא קונה וכתבו דהיכא דפירש ולא גמר ביאתו אז קני בהערא ע"ש. ולפ"ז יקשה דלוקמא כגון שקידש בהערא וא"ל דא"כ אם ביאה נישואין עושה גם הערא קני והות נשואה דז"א דהרי באמת קשה נימא דעל דעת שתזנה ויהיה צריך להשקותה לא קדשה כלל ויהי' כל סוטה קידושין בטלים וצ"ל דבדבר דתלוי בדעת שניהם ל"ש אדעתא דהכי לא קידש דיש דעת אחרת והיא דעתה להתקדש בכל אופן. ולפ"ז כאן דבאמת מצדה לא גמרה להתקדש עוד כיון דכל הבועל דעתו על גמר ביאה וא"כ לא סמכה דעתה להתקדש עוד בהערא ורק דהוא כשפירש ולא בעל אמרינן דקנה אותה בהערא לבד וכיון דלא תלוי רק בדעתו לבד שוב שייך לומר דאדעתא דהכי לא נשאה ויהי' רק אירוסין לבד. אך ז"א דאם הקידושין בטלים שוב לא קרינן בי' תחת אישך ושוב לא נאסרה עליו דגם הקידושין בטלים וא"צ להשקותה כלל וז"ב ולפ"ז זהו אם כתיב תחת אישך אבל לענין שתקדום שכיבת בעל לבועל הרי משכחת לה כה"ג דכבר בא עלי'. וידעתי שיש לפקפק אך מפני כי פלפולא קב"ה חדי בי' ע"כ כתבתי בקצרה:

יח והנה מחו' הרב הגביר מוה' משה יצחק נ"י מקארלין בעת היינו על החתונה של בנו הן הראנו דמה שנחלקו הקדמונים מה נקרא חופה הדבר מפורש בסוטה דף מ"ט דאמרו דגזרו על חופת חתנים ופירש הש"ס דמאי חופת חתנים זהירות המוזהבות הרי מבואר דזה נקרא חופה. והשבתי דאינו מוכרח דבזה קונה רק דבעת החופה הי' פרוס זהורית המוזהבת ותדע דאל"כ לאחר שגזרו על חופת חתנים א"כ לא הי' קונים בחופה וזה א"א וע"כ דזה הי' לובשים בעת החופה וגזרו ע"ז ולבשו דבר אחר אבל הקנין היה

בע"א. ובבואי לביתי מצאתי שכוונתי לאמת שהרי הבעל העיטור הובא בב"י אהע"ז סי' ס"א כתב בהדיא כן וז"ל הב"י כתב באו"ח בשם העיטור חופה היא שמוסרה האב ומכניסה בבית שיש בה חופה דהיינו דבר חידוש כגון סדינים המצוריין וכו' והאומר חופה היא סודר שחופה בראשיהם בשעת ברכה טועה מדגרסינן בירושלמי סוכה עד שיכניס לחופה ש"מ מקום מיוחד כעין כילה שיושבין שניהם עם השושבינין הוא החופה ובירושלמי בסוכה אלו הן חופת חתנים סדינים המצויירים וכו' הרי בהדיא שהבעל עיטור ראה הירושלמי שהוא איזה חופת חתנים שהוא כעין האמור בש"ס שלנו בסוטה ואפ"ה כתב דבעינן בית ולא די במה שחופין על ראשיהם אותן סדינים המצוירים והוא הדבר אשר דברתי ודו"ק. ודרך אגב אזכיר מה דהראו לי דברי הת"כ פרשה דחטאת המתחיל נפש כי תחטא שם אמר בהלכה י"א שיש בנערה המאורשה מה שאין באשת איש שנערה המאורסה אין לה היתר ואח"כ אמר מכל מצות ד' לרבות את הנדה וכתב הקרבן אהרן דא"א אף דאסורה לכל אדם הותרה לבעלה משא"כ בנערה המאורסה דאסורה לבעלה ג"כ עד שתכנס לחופה דהא חופה כתב בתורה ובספר שנדפס מחדש על הת"כ ושמו עזרת כהנים תמה בזה דזה אינו רק מדרבנן דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה כמ"ש הרמב"ם ולא מן התורה. ולכאורה היא תימה רבה. ואמרתי בזה בראשית ההשקפה דניהו דהביאה מותרת היינו כמו ביאת פנויה דאינה אסורה ואף לשיטת הרמב"ם דקרי לה קדשה היינו בפנויה לגמרי אבל לא בשנבעלה לאותו שקדשה אבל מ"מ בתורת ביאת אישות אינה מותרת רק ע"י חופה ולענין זה נקראת נערה המאורסה ואח"כ מצאתי שאהבה נפשי בשיטה מקובצת בכתובות דף ז' שהביא בשם הרא"ה דכל דמחסרה מסירה לחופה אסורה גם לבעלה מה"ת כמו אחרת לגבי' והו"ל כא"א לגבי דידי' ושמחתי מאד ואף שיטת הראב"ד שם נראה כן ואף שכתב שם דהרמב"ם לא ס"ל כן מ"מ לפענ"ד נראה כמ"ש. ובזה מיושב הא דאמרו בקידושין נערה המאורשה דכתב רחמנא היכי משכחת לה והקשו דמשכחת לה בחופה קודם קידושין למ"ד חופה קני דהו"ל נערה המאורסה. ולפמ"ש אתי שפיר דא"כ כיון דהי' חופה קודם קידושין א"כ שוב הו"ל נשואה גמורה וצ"ע בזה. אבל גוף דברי הק"א א"ש כמ"ש ודוק. והנה במה דאמר שם בהלכה י"א דהשבת הותרה מכללה ונערה המאורסה לא הותרה מכללה ופירש הק"ע דשבת הותרה מכללה בקרבנות שדוחין את השבת משא"כ נערה המאורסה אין לה שום היתר. אני מצאתי בר"ן ביומא גבי הא דאמרו בג"ע יהרג ואל יעבור הביא בשם הרמב"ן בתורת אדם הך דספרא וביאר דשבת הותרה מכללה לפיקוח נפש ונערה המאורסה אף לפקוח נפש לא הותרה דאין מתרפאין בעריות ע"ש שהביא

כן בשם הירושלמי. ובאמת שאלולא דברי הירושלמי הייתי אומר דפירוש הק"ע מוכרח דלענין פקוח נפש ל"ש הותרה דאינו רק דחוי' כמ"ש רבינו בפ"ב משבת משא"כ לענין קרבנות הותרה שבת כדאמרו ביומא דף מ"ו ע"ב שבת דהותרה בצבור סופו נמי דחי. איברא דצ"ב דמ"ש שבת דהותרה בק"צ משום דכתיב במועדו טומאה נמי כתיב במועדו וצ"ל דבשבת כיון דצריך ע"כ להקריב בשבת א"כ שבת לא נאמר לגבי קרבנות של שבת וע"כ הותרה בציבור אבל טומאה דמשכחת לה שתהי' טהורה א"כ מה דאמרה תורה במועדו יש לומר דאינו רק דחויה בלבד ודוק. הן אמת דבתמורה דף י"ד אמרו במשנה דק"צ דחי שבת וכן אמרו ביומא דף נ' ובכמה מקומות וכן הוא ברמב"ם פ"ד מביאת מקדש ופ"ז מתמידין וצ"ע דהא שבת הותרה ולא רק דחויה בלבד וכעת צ"ע ועיין כסף משנה פרק ב' משבת דשבת דחויה היא אצל חולה משמע דלענין קרבנות הותרה וצ"ע והאיר ד' עיני ומצאתי בתשב"ץ ח"ג סימן ל"ז שביאר בהדיא דשבת הותרה לענין ק"ץ וכתב דכ"מ שאמרו דדוחה שבת הוא לאו דוקא אחר כמה שנים זכיתי לראות דברי הירושלמי והוא בפ"ב דע"ז ה"ב שבת שהותרה מכללה להתרפאות נערה המאורסה לא הותרה מכללה להתרפאות וצ"ל דהותרה לאו דוקא רק דחויה. אך יש לומר דהרי הכ"מ כתב בשם הרשב"א דפ"נ אי דחויה או הותרה תלוי בטומאה דחויה או הותרה בציבור ולפי זה לפי מה דאמרו סתם ספרא ר' יהודה והרי ר"י ס"ל דטומאה הותרה בציבור ועיין יומא דף ז' ודוק ועיין פי"ד דשבת בירושלמי ובחידושי ת"ח ר"פ או"ב ד"ה מנין תמוהים במ"ש דעשה דקרבן שאני שהרי דוחה שבת ובמחכ"ת שאני עבודה דהותרה לא דחי' ובזה נסתרו כל דבריו.

סימן כ

א לחכם אחד.

ב אשר שאלת בהא דאמרו קידושין דף ס"ג ע"ב תניא כוותי' דרב אסי קדשתי את בתי וא"י למי קדשתיה וכו' ופירש"י קדשתי את בתי קטנה והערת דלמה פירש"י דוקא קטנה ולא נערה. הנה יפה הערת. והנני יוסיף דלמה לא פירש"י במשנה כן ולא בגוף פלוגתת רב ור"א והלא נודע כי דבריו מדוקדקים אין בהם שפת יתר. והנה בפשיטות הי' נ"ל דקשה לי' לרש"י בהא דאמר בברייתא אח"כ האשה שאמרה נתקדשתי וא"י למי ולמה שינה ולא אמר היא שאמרה נתקדשתי וכדאמר ר"א לעיל ומודי ר"א באומרת התקדשתי וכו' ומדנקט לשון האשה משמע דלא מיירי במה דאיירי לעיל וע"כ דקדק רש"י דמיירי לעיל בקטנה ורש"י לשיטתי' דפירש בקידושין דף מ"ג בפלוגתא דר"י ור"ל גבי נערה

בקידושין דדוקא נערה אבל קטנה ודאי אביה ולא היא כמ"ש תוס' שם ד"ה תנן וא"כ לא מצי למתני בהיא שאמרה נתקדשתי דקטנה לא מצי לקבל כלל כסף הקידושין וגם בנערה לא מצי למנקט להכניס נפשו בפלוגתא וע"כ נקט האשה דכיון דלא מצי למנקט כרישא טפי נקיט היותר ברור כנלפענ"ד בפשיטות. איברא דלפ"ז יקשה הא אר"י א"ר אסור לאדם שיקדש בתו הקטנה עד שתגדיל ודעת הח"מ סי' ל"ז ס"ק י"ד דאם אמר לה צאי וקבלי קידושיך ליכא איסור רק מצוה להמתין עד שתגדיל. ולפי זה אם נימא כשיטת רש"י קודם חזרה דקטנה אין לה יד לקבל שוב לא משכחת לה קידושי קטנה דמסתמא לא יעבור על איסור דאסור לקדש עד שתגדיל והרי א"י רק לומר צאי וקבלי קידושיך ובאמת רש"י חזר בו וכן הסכימו התוס' דגם קטנה יכולה לקבל. אך לפ"ז צריך להבין כיון דהך ברייתא מיירי בקטנה וכמו שפירש"י ולפ"ז ע"כ בא"ל צאי וקבלי קידושיך וא"כ כל שהיא קבלה בעצמה א"כ ע"כ היא אומרת נתקדשתי וא"י למי ובזה ל"ש לומר דנאמן לכנוס כדאמרו שם דאשה תחפה עליו ותכחיש כל הבא לומר אני קדשתי ול"ש לומר דמרתת מפני האב דהא האב לא קדשה בעצמו רק היא קדשה וא"כ איך משכחת להאי דינא והיא קושיא נפלאה. וצ"ל דבאמת הברייתא לא אתיא כרב דאמר דאסור לאדם שיקדש וכמה ברייתות אתיין דלא כרב כמ"ש המרדכי פרק אעפ"י ועב"ש סי' ל"ז ס"ק י"א דמה"ט חולק על הח"מ דאין כאן רק מצוה לצאת דברי רב אבל לא קי"ל כן ול"ק. ובזה ממילא מיושב מה דלא הקשה הש"ס לרב מהת"כ דר"א כדפריך בכמה מקומות ולשנויי דרב תנא הוא ופליג ולפמ"ש אתי שפיר דע"כ הברייתא דלא כרב דלרב אסור שיקדש ואולי לזה כוון רש"י דפירש דמיירי בקטנה כדי ליישב דלא תקשה על רב ודוק היטב:

ג והנה בהא דאמר ר"א וכן תני בברייתא דאשה שאמרה נתקדשתי ובא אחד ואמר אני קדשתיה אינו נאמן לכנוס מפני שמחפה עליו. לכאורה צ"ב דמה"ת לחשוד אותה שתחפה עליו ותכחיש כל הבא לומר אני קדשתיה ותהיה באיסור א"א כל ימיה. וצ"ל דאנן לא חשדינן במזיד רק כיון דא"י והוא בא ואמר שהוא קדשה כל שא"י בבירור שהוא לא קדשה תאמר אולי קדשני ולא תכחישו ואח"כ אף כשיבא האחר שקדשה באמת שוב עביד אינש לאחזוקי דיבורא. ובאמת שהקשו הקדמונים גם בהא דאמר רב דאינו נאמן לכנסה משום דאימר יצרו תקפו אבל נאמן ליתן גט דאאחו"ל והא הוא סבור שישאנה וא"כ נימא דעביד לאחזוקי דיבורא וכתב בשיטה אחת הובא בשעה"מ פ"ט מאישות שמיירי דבתחלת ביאתו אמר שקדשה ורוצה לפטרה בגט דא"כ לא רצה לשאנה ע"ש ולפ"ז עכ"פ באשה שאמרה נתקדשתי שפיר חיישינן דהיא תחזיק דיבורה אח"כ ולכך

אינו נאמן לכנוס אבל באב ל"ח לזה דכיון דהאמינה תורה לאב כשנים ובעדים לדעת כמה פוסקים מהמנינן להו היכא דחוזרין ומגידין דל"ח בעדים דלאחזוקי דיבורייהו יאמרו שקר כנלפענ"ד. וביותר נראה דאף אם נימא דל"ח לאחזוקי דיבורא כלל מ"מ באשה כל שסבורה בשעת ביאתו שזה קדשה וקבלה על עצמה שוב אינה נאמנת אח"כ להפקיע שעבודא דבעל וכמ"ש הר"ן בטעם דמשנה אחרונה דחיישינן שמא עיניה נתנה באחר וה"ה כאן משא"כ באב. ועדיין קשה למה לא יהיה נאמן דניהו דהוא סומך שתחפה עליו הא היה צריך לקדש לפני עדים וא"כ העדים יכחישו אותו ויאמרו שלא הוא קדשה. וצ"ל כיון דאין העדים לפנינו ואולי הלכו למדה"י או מתו ויכול לטעון כן אף הוא אינו מתיירא בשביל זה ואינו מתיירא אלא ממה שהאב יכול להכחישו תיכף ולומר לא הוא הוא וגם יכול להרחיק עדות שהי' עדים והלכו להם וא"י היכן הם:

ד ובזה י"ל דהא דאמרו לרב כיון דאיכא אחר בהדי' ארתותי מרתת והקשו בתוס' דהא אדרבא ע"כ אחד משקר ולא מרתת ולפמ"ש י"ל דבזה מרתת עכ"פ מפני העדים של חבירו שהוא יודע בעצמו שלא קידש ומרחיק עדותו אבל דלמא השני קדשה באמת והעדים יבאו ויענו כחשו בפניו שבאותו יום קדשה חבירו באמת ויתגלה שקרו וזה ברור. והנה הפ"י האריך כאן להקשות דאמאי יהיה נאמן לרב ליתן גט ולר"א לכנוס והא ע"א במקום חזקה לא מהימן וכ"ש במקום רוב וא"כ ניזל בתר רובא דעלמא דלא נתקדשה לזה רק לרובא דעלמא שקדשה אחר ע"ש מ"ש בזה דהוה כמברר המיעוט מתוך הרוב ובמק"א הארכתי בזה אמנם כעת נראה לפענ"ד דאין מקום לקושייתו כלל דנ"ל ברור דע"כ ל"ש לומר דע"א אינו נאמן במקום חזקה ורוב רק עד"מ שכל הרוב הוא ההיפך המיעוט כגון שיש רוב טרפות לפנינו ומיעוט כשירות וע"א אומר שהוא כשר שפיר אמרינן דאינו נאמן דמוציא מהרוב אבל כאן היאך שייך לומר דרובא דעלמא קדשה הא ע"כ כלם לא קדשו ורק אחד מרובא דעלמא ומ"ל זה הפרט או זה הפרט ובמה נשתנה האיש הלז שלא יהי' אחד מרובא דעלמא מאיש אחר ובשלמא היכא שכל הרוב הוא נגדו שפיר אינו נאמן עד"מ ברוב פסולין והוא בא ואמר שנבעלה לכשר ע"ז י"ל כיון דכל פרט מהרובא דעלמא הוא פסול ועד בא להוציא הבועל הלז מכלל רובא דעלמא שרוב פסולין אצלה ואינו נאמן אבל הכא שע"כ אחד מרובא דעלמא קדשה ולא שנים וא"כ הוא אומר שזה הוא האחד מרובא דעלמא ולמה איפוא לא יהיה נאמן וז"ב לדעתי כשמש. ובזה מיושב היטב הא דאמר הש"ס תנן רצו אחד נותן גט ואחד כונס תיובתא דרב והקשה בריטב"א דלמא לאו משום נאמנותו כונס רק משום שחברו גרשה וע"ז נאמן לרב. ולפמ"ש א"ש דע"כ כל הנאמנות גם לענין גט אף דהוה נגד הרוב משום דבמה יצא

הוא מכלל הרוב יותר מאחר וכיון שכן אם נימא דמחמת נאמנותו של חבירו א"כ ע"כ אתה מחזיק שחבירו הי' מקדשה באמת ושוב אינו נאמן הוא לומר שהוא קדשה מכח דהוא מהרוב דהא ע"כ אתרע רוב שלו דהא חבירו היה ג"כ מהרוב וע"כ דבאמת אנן מאמינן ליה שהוא מהרוב ושפיר קשה לרב ודו"ק. אך לפענ"ד קשה להיפך דאדרבא נימא דהוא מרובא דעלמא דלא קידשו דרק אחד קידש והרוב לא קדשה וא"כ גם בזה ניזל בתר רוב העולם דלא קדשו וצ"ל דע"ז שוב שייך החזקה דאין אדם חוטא ואתרע לה רובא כיון דעכ"פ לענין לתת גט נאמן בשביל החזקה דאאחו"ל א"כ אתרע לי' הרוב דרוב העולם שלא קדשו אומרים שלא קדשו והוא אומר שקדש ורוצה לגרשה ולהתירה עי"ז וא"כ שוב כיון דלגבי' אתרע הרוב שוב נאמן לרב לתת גט ולרב אסי אף לכנוס. ובזה מיושב קושית הריטב"א הנ"ל דשפיר מקשה מהא דאחד נותן גט ואחד כונס לרב דא"ל דמחמת הגט של חבירו הוא מותר לכנוס דז"א דא"כ יקשה לימא דחבירו שגירש יש לו חזקה דאאחו"ל א"כ אתרע לי' רובא דעלמא אבל הוא שרוצה לכנוס וא"כ אין לו הך חזקה שוב נוקמא אותו ברובא דעלמא דלא קדשו וז"ב ודו"ק:

ה ומה שהקשה הפ"י האיך נאמן העד נגד חזקת איסור דאתחזקא בא"א לגבי כל העולם נ"ל הדבר נכון דהנה בהא דאמרו דע"א נאמן באיסורין ואמרו בריש גיטין ה"מ דלא אתחזיק איסור ולא היתר והקשו הקדמונים דנילף מאשה דאתחזיק איסור נדה ואפ"ה נאמנת וספרת לה לעצמה וכתב הרמב"ן דש"ה דמתוך שנאמנת לגבי עצמה נאמנת גם לחברתה דהיינו לגבי בעלה ע"ש ולפ"ז אני אומר גם כאן דבשלמא בכל עד ל"ש לומר דמיגו דנאמן לגבי עצמו דאדם נאמן לטעון ברי נגד חזקה וכמ"ש הרשב"א והובא בפ"י בכתובות כ"ב באורך משום דעד דעלמא אינו מעיד לגבי עצמו ורק לאחרים ושפיר אינו נאמן לגבי אחרים נגד החזקה אבל כאן דהוא בע"ד בעצמו א"כ לגבי עצמו ודאי נאמן לטעון ברי אף שהוא נגד החזקה רק דלגבי אחרים הוחזקה באיסור א"א בזה שפיר סמכינן על חזקת אאחו"ל דנאמן לגבי עצמו נאמן גם לאחרים וז"ב מאד ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ. ומידי שוטטו עיני בסוגיא שם אמרתי להודיעך מה שנתחדש לי בהא דאמרו שם כי הימניה רחמנא לאב לאיסורא לקטלא לא הימניה והנה קושית הפנ"י מפורסמת דהא כיון דנאמן לקידושין שוב אתחזקה בא"א וממילא דנאמן גם לסקול אח"כ כיון דכבר אתחזיק האיסור וכמו בע"א דנאמן כל שאתחזיק איסור על פיו ע"ש שהאריך הרבה בזה. ובחידושי כתבתי בזה כמה דברים. וכעת נ"ל דל"ד דבשלמא בע"א דהא דאינו נאמן הוא משום חשש שאומר שקר או בדדמי שפיר שייך לומר דכל שאתחזיק האיסור על פיו דע"ז נתנה לו התורה נאמנות ממילא שוב נתחייב מיתה על ידו דכל דידענו שזה

אסור שוב נסקל ע"ז אבל כאן באמת האב אינו נאמן בשום מקום ולאו משום דהוא משקר דכל קרובים אף משה ואהרן אינם נאמנים ורק כאן חידשה תורה דהאב נאמן לומר שנתקדשה וא"כ זה לענין איסור אבל לקטלא אינו נאמן וא"כ מה מועיל מה שכבר הוחזק אטו אנן חשדינן לי' למשקר הא כשידענו שאינו משקר התורה לא נתן לו נאמנות ע"ז וזה מה דאמרו כי הימניה רחמנא לאב לענין איסור ולקטלא לא המניה וז"ב מאד. איברא דבאמת צריך להבין דהיאך אפשר לסקלה הא הו"ל התראת ספק דהעדים לא ידעו כלל מי ומי המקדש דהא כאן מיירי שאמר האב שקדשה וא"י למי א"כ דלמא הבועל הוא המקדש ואף דאחד בא ואמר קדשתיה ונאמן מ"מ למות אותה בשביל זה ודאי אינו נאמן וא"ל דהא צריך שיקבל לזה התראה דז"א דכל שיכול לומר ששחקתי בך ואני הוא המקדש ל"מ מה שקיבל התראה וכעין זה כתב הפ"י בגיטין דף י"ז בסוגיא דבת אחותו וצ"ל דמיירי כשאומר האב ברי לי שאין זה בעלה וכ"כ בחידושי ריטב"א בהדיא ולפ"ז כיון שלקטלא לא המניה לאב שוב לענין זה אינו נאמן וא"כ ממילא לא נסקלת עי"ז דלא הוחזק לזה דבתחלה אמר שא"י למי קדשה ועיקר המיתה בא ע"י שאומר האב שאין זה בעלה ולזה לא המניה התורה לאב וז"ב. ובזה מיושב קושית התוס' שהקשו הא כתיב באותה פרשה דאת בתי נתתי לאיש הזה וסקלוה אלמא דנאמן גם לקטלא. ולפמ"ש א"ש דשם דאמר את בתי נתתי לאיש הזה שפיר מהימן גם לסקילה דהו"ל אתחזיק איסורא ודו"ק ובזה מיושב הא דאמרו בכתובות דף כ"ב דמנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר שנאמר את בתי נתתי לאיש אסרה הזה התירה והקשה ההפלאה וכבר קדמו הרשב"א דלמא האב אינו נאמן ורק המקדש נאמן לומר אני קדשתיה ולפמ"ש א"ש דבשביל המקדש בודאי לא הי' סוקלין אותה אח"כ רק בשביל האב ודו"ק היטב:

ו ודרך אגב אזכיר מה ששאל הרב מוה' אפרים בן המחבר מנחת יהודה במה דמבואר באהע"ז סי' ל"ה דאם אב אמר קדשתי וגירשתי נאמן לפסלה מן הכהונה ודוקא תכ"ד והיינו המגו דלא אמר כלום והקשה דדלמא רצה לפסלה מכהונה כמ"ש הר"ן פ"ב דכתובות גבי אחד אומר נתקדשה ונתגרשה. והשבתי דהאב בלא"ה יכול לפסלה דאמר ממזרת וחללה היא ופסלה לכהונה מיהו י"ל דאינו רוצה לבזות עצמו ולעשות בניו ממזרים. מיהו י"ל דיש לו מגו דיכול לקדשה עכשיו מיהו גם שם הי' לו מגו להעד לומר נתקדשה לבד מחמת דאסורה לכל העולם וע"כ דלא רצה לאסרה על כל העולם ורק לפסלה מן הכהונה לבד וה"ה כאן אינו מגו וע"כ צ"ע ולפמ"ש המקנה דגם מה דנאמן לפסלה מן הכהונה הוא רק בשביל זה דנאמן במגו וממנ"פ אם לא נתגרשה בלא"ה אסורה א"כ שוב ל"ק קושייתו דאם לא הי' לו מגו שוב אינו נאמן לפסלה כלל. והנה

בהא דאמרו שם ואזדא ר"ח לטעמי' דאמר ר"ח בני זה וכו' ובתוס' הקשו שם על רש"י שכתבו בשם ר"י שיטה אחרת דבמקום סימנים א"צ עדות שנים וא"ת א"כ מה אנו צריכין לנאמנותו של אביו וי"ל דמיירי הכא שאביו העיד שכבר עבר שנה או שנתים שאכל בני חלב והיה גדול כשעשה את העבירות אבל אין אנו יודעין אם הי' לו שנים באותו הזמן או סימנים ובא לאשמעינן דהאב נאמן לומר דאותו הזמן הי' לו שנים ושאלני החריף מוה' מאיר ליב כ"ץ נ"י מגריידיג הא התוס' ביבמות דף ס"ח כתבו דספק בן ט' לא מקרי חזקת קטנות דמיירי שעכשיו הוא בן ט' שלימות ואמרינן דכשם שהוא גדול עכשיו כך היה גדול מעיקרא וא"כ ה"ה כאן נימא הכי ולמה לי נאמנות האב הא בלא"ה נחזיק אותו בחזקת גדול כמו שהוא עכשיו. והנ"ל בזה דבאמת דברי התוס' ביבמות דף ס"ח הנ"ל תמוהים דבכ"מ חזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לאו חזקה וכבר התעורר בזה המהרי"ט סי' י"א והביא בשם רבו הגאון ז"ל ליישב דשם בעת שבא עליו הוה ספק בן ט' עכ"פ בעת ההיא אורעא החזקה וניהו דמ"מ בעת ההוא היינו מעמידין אותו בחזקת קטן מ"מ כיון שעכ"פ הורע החזקה בעת ההוא שוב כשנעשה אח"כ גדול מחזיקין אותו למפרע לגדול משא"כ בנדה דלא נולד הספק עד שבאתה לפנינו ודאי נדה ע"ש ולפ"ז כאן דלא נודע לנו מעיקרא כלל אם אכל חלב כלל רק שכעת מעיד אביו שאכל מקודם א"כ כל שאינו נאמן שוב עכ"פ לא הורע כלל חזקתו הראשונה וא"כ ל"ש להחזיק למפרע לולא דהאמינה תורה לאב וז"ב וגם לפמ"ש המהרי"ט סי' מ"א ליישב כוונת התוס' ג"כ ל"ק ע"ש ושם סי' כ"א ובזה מיושב מ"ש התוס' שם אח"כ ד"ה נאמן לנדרים שהקשו דהא אין ע"א נאמן אלא בדבר שבידו וכתבו דעשוהו כדבר שבידו כיון דסופו לגדל והדבר תמוה דל"ל שיהיה דבר שבידו וע"כ משום דאיכא חזקת קטנות ועפ"י שם ובק"א שהרגיש מדברי התוס' ביבמות דף ס"ח הנ"ל ותמה על התוס' דחזקת קטנות לא חשוב חזקה ולפ"ז לא יתיישב תירוצם שכתבו דעשו כדבר שבידו ולפמ"ש י"ל דהתוס' באמת חשבו חזקת קטנות לחזקה גמורה כמ"ש ביבמות שם וע"ז שפיר תירצו כיון דסופו לגדל שוב הוה כדבר שבידו וגם אם נימא דלנדרים ג"כ הכוונה כמ"ש בשם ר"י בפירוש השני דמיירי שכעת הוא גדול רק שאמר שנדר מקודם והי' ג"כ גדול וא"כ שפיר הקשו דאיך נאמן דאינו בידו וע"ז שפיר תירצו כיון דכעת הוא גדול וגם בעת ההיא סופו לגדל שוב מקרי בידו כמו דלא מקרי חזקת קטנות כל שכעת גדולה כדכתבו התוס' ואף דכתבתי לחלק כיון שלא נולד הספק עד כעת ל"ש לומר דאתרע חזקת קטנות היינו לענין זה דנחזיקו אותו בחזקת גדלות בעת ההוא אבל עכ"פ בידו מקרי דבאמת סופו לגדל ודו"ק ועיין שב שמעתא ש"ג פי"ג שעמד ג"כ בדברי התוס' אלו כקושית הפ"י ע"ש וגם לפמ"ש

שם לפרש כוונת התוס' דף ס"ח דדוקא לקדשים ולתרומה היא דמחזקינן כדהשתא נגד חזקה דמעיקרא דגם בנדה חיישינן בקדשים א"כ גם כאן ל"ק קושיות הנ"ל ודו"ק. והנה המהרי"ט האריך שם להוכיח דחזקת קטנות ל"ח חזקה דעשוי להשתנות וכמו במקוה שהוחזק להיות מימיו מתמעטין ובש"ש ש"ג פ"ג וד' האריך לדחות סברא זו דל"ד למקוה דשם הוחזק להיות מתמעט פחות ממ' סאה וכאן לא הוחזק עדיין בגדול. ובלא"ה נראה לפענ"ד לחלק דשם כל שהוחזק להיות מתמעט עכ"פ אתרע החזקת דהמקוה שהרי פוחת והולך אבל שם כל כמה דאינו גדול הרי הוא קטן ול"ש דאתרע החזקה דקטנות דקטן מקרי כל עוד שלא הגיע להיות גדול ואטו צריך להחזיקו בקטנות בן יומו כל שהוא לא הגיע לגדלות מקרי קטן משא"כ במקוה דכל שפוחת נפחת מהמים ואתרע חזקת מים וניהו דל"צ להמקוה שיעור רק ארבעים סאה מ"מ נשתנה המקוה ממה שהיתה וכאן הקטנות לא יוסר רק בהגיע לגדלות והנה בתשובה אחרת הארכתי בדברי המהרי"ט האלו וכעת נ"ל דבר חדש דהנה הרמב"ם ז"ל בפירוש המשניות בנזיר בסופו גבי הא דאמרו שחזקת טמא טמא שרגלים לדבר ופירוש רגלים לדבר שהענין יוצא לדבר שאין לו תכלית כ"ז שנלך אחר האפשריות ואמנם העיקר כשנתקיים איזה ענין שיהי' נניחהו בחזקתו עד שיבא דבר מבואר שיבטלהו מזאת החזקה וכל דבר שיהי' בו ספק ואפשרות אחר הרי"ז לא יסתלק החזקה ע"ש. וביאור הענין דענין חזקה מופת ברור שלא נשתנה ממה שהיה ורק שאם נאמר שנשתנה אין קץ לכל מיני ההשתנות שיוכל להיות וע"כ יגזר התורה שמוטב שנניחו בחזקה שהי' לה כבר ולא נשתנה הדבר שאל"כ יגיע הדבר לאין תכלית ועיין בתוסי"ט שם שביאר ג"כ קצת כן. ולפ"ז דברי המהרי"ט נכונים במה שהאריך דחזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לאו כלום הוא דאטו החזקה מופת ברור שכן הוא כאשר הוחזק רק דא"כ יצא לאין תכלית ולכך הניחו הדבר כאשר היה ולפ"ז חזקה דהשתא ודאי לאו כלום הוא נגד חזקה דמעיקרא דל"ש לומר שנניחו כאשר הי' דהא ראינו שנשתנה מקודם ומוטב לומר שמקודם בעת לידת הספק הי' כמו שהי' מעיקרא כפי שהוחזק מלומר דנשתנה דא"כ יגיע לאין תכלית וכל עוד שנוכל להניחו כאשר היה מעיקרא טוב יותר מלומר שנשתנה כל עוד שלא נדע בבירור שנשתנה וז"ב מאד בטעם דחזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לאו כלום הוא זולת בתרתי לריעותא שראינו בו ריעותא גדולה שנשתנה ממה שהיה ולפ"ז ממילא מבוארים דברי המהרי"ט דחזקת קטנות לא מקרי חזקה דכיון שסופו להשתנות למה שהי' כעת א"כ ל"ש לומר שנניחו כמו שהי' שאל"כ יגיע לאין תכלית שז"א שסופו לבא לגדלות ולא יגיע לדבר אחר רק לזה ואף שעדיין יש מקום לומר כל עוד שלא נשתנה הדבר בבירור מוטב לומר

שלא נשתנה והי' כאשר הי' בקטנות מ"מ זה כשלא בא עדן בבירור לגדלות אבל כשבא בבירור אח"כ לגדלות וראינו שנשתנה ואנו דנין אם בעת לידת הספק ג"כ נשתנה ממה שהיה א"כ ניהו דבעת ההיא היינו מניחין הדבר כמו שהי' מ"מ אם אנו דנין כעת שראינו שנשתנה ממה שהיה פשיטא דל"ש לומר להעמידו בחזקתו דאטו מופת ברור הוא והרי ראינו שנשתנה בבירור כעת ממה שהי' וגם ל"ש לומר דא"כ יגיע הדבר לעין תכלית דהרי נודע בודאי שסופו יהיה שיגדל וז"ב מאד מאד לפענ"ד ואם כוון המהרי"ט לזה אם אין עכ"פ לפענ"ד הדבר נכון והוא דבר נפלא ת"ל. ובזה יש ליישב דברי התוס' בקידושין הנ"ל דלכך הוצרך נאמנות האב דמחמת חזקה לא היינו מחזיקין הדבר לעונש ולמלקות דבאמת בעת לידת הספק היינו מניחין כמו שהי' וגם הוה התראת ספק דל"ש לומר אגלאי מלתא למפרע דהרי בעת ההוא היינו אומרים שבודאי הוא כמו שהי' מעיקרא ועיין פ"י שם ובק"א ותבין. ולכך בנאמנות האב תלוי ורק שהאב ג"כ אינו נאמן למכות ולעונשין אבל בלי נאמנות האב ודאי אין מקום להענישו וז"ב וגם דברי התוס' אח"כ בד"ה לנדרים ג"כ מיושבין דבאמת חזקת קטנות הוה חזקה כל עוד שלא נשתנה בבירור ורק כיון שסופו לגדל הו"ל כבידו כמ"ש בתירוצם ובאמת צ"ל דלנדרים היינו מה שנדר כעת וכפי פירוש הראשון שבתוס' בדיבור הקדום דלענין נאמנות האב במה שאומר שכבר נדר שוב היינו מחזיקין אותו בגדול כמ"ש בעצמם וכדבר האמור למעלה ודו"ק:

ז והנה בגוף הקושיא של הרבני הנ"ל מדברי התוס' הנ"ל עוד לאלקי מילין דהנה דברי התוס' ביבמות דף ס"ח הנ"ל צ"ב שכתבו דהשתא דאתי קמן הוא בן ט' וכבר הבאתי דברי המהרי"ט דחזקה דהשתא נגד חזקה דמעיקרא לאו כלום הוא וראיתי להמח"א הלכות אישות סי' ג' שכתב דהכוונה של התוס' היא למ"ש הרשב"א והר"ן לענין גבינות דכל דא"א לומר דבאותה הרגע יצא מחזקה קמייתא מחזיקין למפרע עד שעה שנודע בבירור וה"ה כאן דהרי הוא בן ט' לפנינו זה כמה ע"ש. ולפ"ז מיושב היטב הקושיא הנ"ל דהרי הר"ן הקשה על עצמו ממומין דלא מחזיקין למפרע וכתב דשאני התם דרשויות מחלקין ולפ"ז כאן דעד בן י"ג הוא ברשות האב ועכשיו הוא יוצא מרשות אביו בכה"ג אין מחזיקין למפרע אף דלא נודע אימתי יצא מרשותו וז"ב. ומן האמור נראה סתירה למ"ש הפ"י בגיטין דף י"ז במ"ש התוס' דהרי גרושה לפניך דהכוונה דלא נודע מתי יצאה מרשותו. ולפמ"ש א"א לומר כלל דשם ג"כ יש שינוי רשויות דעכשיו היא גרושה ומעיקרא ברשות בעל ודו"ק. אמנם אחר העיון יש לדחות דל"ד למ"ש הר"ן דבשלמא במומין אם נרצה להחזיק שהמומין אלו הי' ברשות אב א"כ שפיר הו"ל מרשות לרשות אבל כאן אנו רוצין להחזיק שכמו שהיא עכשיו גרושה והיא ברשות עצמה כמו כן היתה

מקודם א"כ אדרבא אנו רוצין להחזיקה בעת לידת הספק כמו שהיא עכשיו בבירור א"כ ל"ש שינוי מרשות לרשות דהרי כעת בודאי נשתנה הרשות ושפיר כתב הפ"י דכל שא"א לומר שעכשיו יצאת מחזקתה מחזיקין למפרע. ובזה ממילא הן נסתר מחמתו גם מ"ש בישוב קושיות המשכיל הנ"ל בתוס' קידושין הנ"ל. ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דדעת הראב"ד דגט מאוחר כשר מיד ותמה הב"י סי' קכ"ז דאכתי שייך משום בת אחותו ומזמן הגט אין ראי' שהרי ראינו שהוא מאוחר. ולפמ"ש א"ש דבזה יקשה נוקמא בחזקת א"א ול"ש תירוץ התוס' דהרי גרושה לפניך דהרי חזקה דהשתא ל"מ נגד חזקה דמעיקרא וכאן ל"ש תירוצו של הפ"י דכאן הוה מרשות לרשות דבאמת גם עתה יש לומר דאינה מגורשת אם התנה בפירוש שלא תתגרש עד הזמן הכתוב בו ורק דאם אמר שתתגרש בו מיד מועיל להראב"ד אבל עכ"פ חזקת גרושה לפנינו ל"מ דבאמת בעת לידת הספק יש מקום לומר דניזל בתר חזקת א"א דמעיקרא וא"ל דיצאת מחזקתה הראשונה במה שנתגרשה דאדרבא נימא דלא יצאתה מרשות הראשון ומרשות לרשות לא אמרינן דחזקה דהשתא מועיל וכיון שאין לפנינו שינוי רשות בבירור פשיטא דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא וז"ב ודו"ק היטב כי הוא ענין עמוק. והנה בהא דאמר רב דא"נ לכנוס דאימר יצרו תקפו ור"א אומר נאמן לכנוס ומטעם דמרתת והיינו שהאב לא יחפה עליו ויכחישנו. ולפענ"ד הי' נראה דבר חדש דהוא ירא שמא האב לא יכחישנו ויסבור שזה שקידשה וא"כ מה יעשה בביאה הא יהיה מוכרח לבא עלי' ב"ז דאב מקבל קידושי' והוא טען שקדש כבר ובשלמא לגבי אשה תחפה עלי' ותתקדש שנית אבל אב לא יחפה ורב ס"ל דחיישינן ליצרו תקפו ויבא עלי' ב"ז דהא יתבייש לקדשה שנית ע"י אביה. ובזה י"ל דלכך ביש אחר גם רב מודה דארתותי מרתת והיינו דאם אין אחר הוא חושב שהאב משקר ולא קידשה כלל לשום אדם ורוצה לצער בתו וא"כ אין כאן רק ב"ז בלא קידושין אבל כל שבא אחד הוא חושש שמא באמת קדשה האחר והיא א"א ואסורה לו וזה אינו רוצה לעבור בשום פנים ועיין ס' ב"ש סי' ל"ז ס"ק מ"ז דקשה ליישב הסוגיא להפוסקים דס"ל דצריך לקדשה שנית. ולפמ"ש א"ש דאדרבא כיון דצריך קידושין שנית שוב ל"ש דמרתת דהא יכול לקדשה שנית וצ"ע בכ"ז כי הוא פירוש חדש וע' ח"מ ס"ק י"ב דע"א אינו נאמן בדבר שבערוה כל שיש אחד שמכחישו ועיין ב"ש ולפענ"ד נראה כאן אף באתחזיק לא"א מ"מ כיון דלפי דברי העד מעולם לא נתחזקה לא"א רק לזה שקדשה א"כ ע"א נאמן ואינו נקרא ע"א במקום חזקה כמ"ש בשו"ת מיימוני הלכות אישות סי' ג' ומשמע דגם בדבר שבערוה מהימן רק דכל דיש מכחיש הו"ל ע"א בהכחשה ולא מהימן גם י"ל דכל דיש שנים עכ"פ מקרי אקבע איסורא דהו"ל כחתיכה משתי חתיכות ודו"ק:

סימן כא

א להרב המאה"ג מוה' אליה נ"י אבד"ק מאגריב.

ב בהיותו פה והי' מדי עובר ויסור אלי וכה הראני מ"ש התב"ש בס"ס י"ז ס"ק י"ג דבמסוכנת לא מועיל העמידוה אחרים אע"ג דהלכה אח"כ ולא יצאת מחזקת מסוכנת דניקל טפי ללכת מלקום בעצמה ע"ש ודייק לה מלשון הא"ז וראב"ן דכתבו עד דקיימא אכרעא ממילא משמע דהעמידוה לא מועיל וע"ז תמה מעלתו דמנ"ל דין זה דהא בנפלה מועיל העמידוה אחרים והלכה כמ"ש הש"ך סי' נ"ח ס"ק ו'. והנה השבתי לו דיש חילוק בין מסוכנת לנפילה דבנפילה דל"ח רק לריסוק אברים וכל שהלכה אף שהי' ע"י העמדת אחרים מ"מ הרי יצאה מחשש ריסוק אברים דהילוך מוציא מידי חשש ריסוק אברים אבל כאן שהחשש היא שהיא מסוכנת שהיא נוטה למות וכל שעמדה הרי ראינו דיש לה כח לעמוד ולכך כל שלא עמדה מעצמה רק שהעמידוה אף שהלכה מה מועיל ההילוך הלא ניקל ללכת מלקום בעצמה ועוד לא יצאתה מחשש מסוכנת. וע"ז השיב לו דאף שחילוק נכון הוא מ"מ הרי בסי' כ"ח ס"ו בהג"ה כתב דאם הלכה ואח"כ אינה יכולה לילך דינה כשאר מסוכנת הרי דבנפילה איכא חשש מסוכנת ואפ"ה מועיל הילוך אף שהעמידוה אחרים וקשה על התב"ש דהחמיר בזה. והשבתי לו דבאמת בנפילה עיקר החשש הוא משום ריסוק אברים וע"ז מוציאה הילוך מירי החשש אבל כל שאינה הולכת אח"כ א"כ ראינו בה ריעותא שאינה הולכת יפה וחיישינן דלמא מסוכנת היא אבל לא שהנפילה יש בה חשש מסוכנת רק שע"י שאינה הולכת אח"כ יש לחוש למסוכנת והוה דומיא דמחזיקין מאיסור לאיסור ואף הסוברים דלא מחזיקין מאיסור לאיסור כאן שאינה הולכת יש חשש מסוכנת בלא נפילה כלל מחמת הריעותא דלא הלכה אח"כ וז"ב לדעתי. והנה כ"ז אמרתי לפום רהיטא מבלי עיון בספר. אח"כ עיינתי בספר ב"י וראיתי מקור הדין של הרמ"א בהג"ה היא שו"ת מהרי"ק סי' ס"א והשו"ת מהרי"ק אינו ת"י אבל הב"י מביאו ושם ביאר ד' חילוקים בזה וכתב דכל שהלכה ואח"כ אינה הולכת אין בו משום נפילה רק משום מסוכנת ע"ש הרי בהדיא כמ"ש דכבר יצא מחשש נפילה ולא נשאר רק חשש מסוכנת. ובאמת שגם מצד הסברא דעת תורה ודעתי נוטה החילוק מבואר בין חשש מסוכנת לחשש נפילה דבנפילה אמרו בש"ס דהלכה מוציאה מידי זה החשש ועדיף מעמדה לענין בדיקה וא"כ שפיר כל שהלכה אף שהעמידוה ע"י אחרים מ"מ ע"כ לא נתרסקה אבריה דא"כ לא היתה הולכת אבל במסוכנת לא נזכר כלל הליכה ועיקר תלוי בעמידתה וכיון שעמידה ע"י אחרים לא מועיל כמ"ש הראב"ד וכן קיי"ל בסי' י"ז וא"כ מה מועיל ההליכה הא אף כשהולכת כיון שניקל ההליכה מעמידה אין עוד

ראיה ששבה לאיתנה ולכחה הראשון. איברא דלפ"ז יקשה דא"כ מאי קאמר בזבחים דף ע"ד כלהו כר"ל לא אמרו סברו עמדה א"צ מעל"ע הלכה א"צ בדיקה ואמאי לא קאמר דמיירי במסוכנת שהעמידוה ע"י אחרים והלכה דל"מ לשיטת התב"ש והרי הש"ך סי' כ"ח ס"ק ט"ו הוכיח דלא כב"ח דסובר דהעמידוה והלכה לא יצאתה מחשש נפילה וע"ז תקשה דא"כ לוקמה בהעמידוה ע"י אחרים דל"מ הילוך. ולזה כיון הש"ך במ"ש והכי מוכח בש"ס זבחים דף ע"ד ולשיטת התב"ש דבמסוכנת ל"מ הילוך א"כ י"ל דנתערב במסוכנים שהלכה ע"י עמידה שהעמידוה דל"מ ובשלמא על המהרי"ק ל"ק דלוקמא כשלא הלכה אח"כ דיש חשש מסוכנת דכיון דלא הלכה אח"כ שוב ניכרת היא ואם עמדה והלכה אח"כ שוב יצאתה מחשש מסוכנת אבל אם נימא דהעמידה והלכה ל"מ קשה והיא לכאורה תשובה ניצחת על התב"ש. ואולי י"ל כיון דס"ל שם דעמדה א"צ מעל"ע כלל והלכה א"צ בדיקה א"כ בהעמידה והלכה דגרוע עכ"פ מועיל מעל"ע:

ג ובזה מיושב מה שהקשה הפר"ח בסי' נ"ח דלאיזה צורך נקט הש"ס דס"ל דעמדה א"צ מעל"ע שזה אין צורך לתירוץ ולפמ"ש א"ש אבל באמת כל זה דוחק מבואר דמלבד דזה לא נזכר בשום מקום דהעמידה ע"י אחרים מועיל מעל"ע אף גם דכ"ז שייך לענין חשש נפילה אבל במסוכנת דעיקר תלוי בעמידה וכל שלא מקרי עמידה ע"י אחרים ל"מ גם מעל"ע אבל העיקר נ"ל דל"ק דכיון דלענין מסוכנת מועיל פירכוס וריפרוף וכמבואר בסי' י"ז א"כ אמאי ירעו דהא יכול להיות דתהי' כשרה עוד ע"י פרכוס וריפרוף והרי אם לא הי' גנאי הבדיקה הי' יכול לשחטה ולבדוק ומכ"ש ביש לה הכשר בפרכוס וכדומה וז"ב ופשוט. ובלא"ה נראה לחלק בין מסוכנת לנפילה דבנפילה החשש היא שמא נתרסקו אבריה ולכך מועיל הלכה ע"י העמדת אחרים דיש לה חזקת כשרות ע"י רובא דעלמא דכשרות ככל בהמות שמחזיקין אותה לכשרות ע"י חזקה דאתיא מכח רובא אבל במסוכנת דעיקר החשש הוא שכל מסוכנת סופה להנטל נשמתה קודם שתשחט וא"כ לא מועיל חזקת כשרות וגם החזקת חי ל"מ והוה כמו שמא מת ל"ח שמא ימות חיישינן ומטעם דסופה למות וה"ה בזה כל דלא אמרינן דכבר נטרפה רק שסופה להטרף ולמות בזה ל"מ חזקת חי וכשרות ואף לפי מה שנחלקו הר"מ מיוני ור"ת לענין קטנה שנתקדשה דל"ח שמא תתקדש ע"ש בקידושין דף מ"ה ע"ב היינו משום דבכל שעה ושעה יש לה חזקת פנויה אבל כאן דהיא מסוכנת דמי למה דאמר הרי זה גיטך שעה אחת לפני מיתה דכל שעה ושעה מחזיקין שהיא שעה קודם מיתה ועיין היטב בתוס' ורא"ש שם ובשו"ת נוב"י חיו"ד סי' נ"ה נ"ו. שם האריך הרחיב הדיבור בזה ובתשובה הארכתי למעניתי ת"ל בזה וה"ה כאן כל שהיא מסוכנת וסופה להנטל נשמתה א"כ הוה

כשעה אחת קודם מיתה וז"ב מאד לפענ"ד. ובלא"ה י"ל דלענין חשש נפילה כל שהלכה ל"ש לומר סמוך מיעוטא לחזקת טריפה שהרי אדרבא יש לה חזקה מכח רובא דכשרה היא אבל כאן במסוכנת דאמרינן דסופה להנטל נשמתה קודם גמר שחיטה והיינו דלא יהי' נשחטה ולענין שחיטה אדרבא חזקת שאינו זבוח מסייע ושייך לומר סמוך מיעוטא לחזקה וז"ב. ובזה יש ליישב קושית התב"ש סי' י"ז ס"ק ז' אלא שהפרמ"ג קדמני שם בזה קצת וע"כ לא הארכתי בזה ודו"ק:

ד והנה בהא דאמרו קסבר עמדה צריכה מעל"ע הלכה צריכה בדיקה תמה הש"ך דהא בס"ס א"צ בדיקה ועש"ך שהאריך בסי' ק"י בכללי הס"ס סיל"ה בזה. ולפענ"ד היה נראה דבר חדש דעכ"פ כיון דעמדה צריכה מעל"ע א"כ הוה ספק אם תעמוד וכבר הוה דיחוי בקדשים ואינו חוזר ונראה דהא הי' יכול להיות שיהי' לה איזה פסול בשאר אברים ואף דכל ששהתה מעל"ע נתברר למפרע שלא כאב לה מ"מ כיון דצריכה בדיקה אף כשהלכה א"כ חזינן שעוד לא יצאתה מידי חשש א"כ אין לך דיחוי גדול מזה. ובזה מיושב היטב קושית התוס' בחולין דלמה נקט הך דעמדה צריכה מעל"ע דעיקר הוא דהלכה צריכה בדיקה. ולפמ"ש א"ש דבאמת כל שיש ס"ס א"צ בדיקה ורק דכל דהוה דיחוי ובעינן מעל"ע שיהי' מקרי חוזר ונראה למפרע דלא כאב לה כלל וכל שצריכה בדיקה שוב נדחה אף שהי' לה מעל"ע ואף דבע"ח אינן נדחין היינו אם הי' לה פסול מחמת דבר אחר אבל כאן דהפסול היא בשביל שמא היא טריפה ואין בע"ח דמתנוונה והולכת לפענ"ד בודאי בע"ח נדחה. ובזה י"ל הא דאמרו כלהו כר"ל לא אמרו קסבר עמדה א"צ מעל"ע הלכה א"צ בדיקה והקשה הפר"ח דל"ל מה דעמדה א"צ מעל"ע עיקר הקושיא הי' מהלכה דא"צ בדיקה. ולפמ"ש א"ש דעיקר מה דא"צ בדיקה הוא בשביל שלא הי' ריעותא כלל ולא נדחה כלל:

ה ובזה מיושב מה דקשה לשיטת רבינו ירוחם דבעמדה ושהתה מעל"ע א"צ בדיקה בכה"ג וכן קשה בהלכה ושהתה מעל"ע דא"כ למה ירעה עד שיסתאב. ולפמ"ש א"ש דכל דצריכה מעל"ע א"כ שוב עכ"פ נדחה קרינא בי' כיון דעמדה צריכה מעל"ע והי' יכול להיות שיכאב לה ולא נתברר עכ"פ למפרע דאולי אח"כ הבריאה ועמדה על בריאותה. ובפשיטות י"ל דכל שעמדה צריכה מעל"ע לש לומר דס"ס א"צ בדיקה דעכ"פ ריעותא מקרי וצריכה בדיקה וביורו וז"ב ודו"ק. ובחידושי אמרתי בזה דר"ל לשיטתי' דס"ל ר"פ החולץ דתגלי מלתא למפרע לא אמרינן וביאר הנימוקי דכל דבר דיש לתלות דאיזה סיבה גרם לה שהפילה ל"ש לומר תגלי מלתא למפרע ועיין תוס' שם שחלקו בע"א מהך דספיקות ועיין מלמ"ל פ"ו מגירושין שהאריך בזה ולפ"ז כאן דעמדה צריכה מעל"ע א"כ

יוכל להיות שכואב לה הנפילה עד שתבא לריסוק אברים או שישתנו מראיהן וכדומה ואף שאחר מעל"ע ראינו שלא נתחדש לה ענין יוכל להיות שהי' באיזה סיבה המונעת שלא תרגיש כ"כ בכאב וא"כ אין לך ריעותא גדול מזה ושפיר צריכה בדיקה אף בהלכה אבל מאן דלא ס"ל עמדה צריכה מעל"ע שוב ל"צ בדיקה דהו"ל ס"ס ודו"ק היטב כי יש ליישב בזה הרבה קושיות ואכ"מ. ובגוף דברי רבינו ירוחם עיין בישועת יעקב לדו"ז הגאון סי' נ"ח ביו"ד מ"ש ראיה לזה מב"ק ועיין בהגהת נקה"כ ובספר מאיר נתיבים חולק על דברי הגהת הנקה"כ עי' סי' נ"ב בספר מ"נ ובמח"כ דו"ז הגאון שטעות נזדקר לפניו שחשב שרי"ו הוא מהרי"ו וחשב שהוא מהר"י וויל וכתב לפי שאני מזרעו קאתינא ובאמת אנחנו נכדי מהר"י וויל אבל לא רבינו ירוחם ודו"ק. וגוף קושיתו דמ"פ על ר"נ מבור שאינו עמוק עשרה טפחים דממנ"פ אם עמדה א"כ למה אמר ר"נ שצריך הי' להמתין מעל"ע ואם לא עמדה שוב יש לומר דאף דבכ"מ ל"ח לריסוק אברים ועפ"י רוב אינו מתרסק ולכך בעינן בור עשרה מ"מ כאן שכבר נתהווה ריעותא דלא עמדה לכך צריך מעל"ע וע"כ כתב דמעשה הי' שעמדה ורק דצריכה בדיקה וכאן מיירי שנאבדו אברים הפנימיים ולא יכול לבדוק ולכך אי הי' ממתין מעל"ע לא היה צריך בדיקה כלל וכשרה להרי"ו. הנה מלבד דהדבר דחוק לומר דאטרפי' ר"נ דמיירי שא"א למבדקי' דלא נזכר כלל אף גם דגוף קושייתו נראה לפענ"ד דבאמת מיירי שלא עמדה ורק דאף במקום שיש ריעותא ל"ח ר"י לריסוק אברים כל ששהה מעל"ע והרי ר"נ ס"ל דבה"ר אין בו משום ריסוק אברים אף שיש ריעותא שלא עמדה כמ"ש התוס' בחולין דף נ"א וה"ה לענין נפילה כל ששהה מעל"ע כמבואר במשנה שפיר פריך הש"ס דאם צריך בור עשרה אף שיש ריעותא דנפילה ל"ח לריסוק אברים וז"ב ופשוט:

ו והנה בשנת תרט"ז עש"ק בהר אמר לי המופלג מוה' יוסף שורשטיין נ"י בהא דאמרו אי שקל מרא דהאי תורא וכו' אם שהתה מעל"ע כשרה לא אפסדי' לתורא והיא תמוה דהיאך נודע אם הי' שוהה מעל"ע דלמא לא היה יכול לשהות מעל"ע והמפרשים נדחקו. ואמר הוא דהאי אריתא דדלאי הי' בור ברה"ר ואם לא שחטיה הי' ממנ"פ טוב לבעל השור דאם הי' שוהה מעל"ע הי' כשר ואם לאו הי' צריך בעל הבור לשלם לו אבל עכשיו דשחטו יכול בעל הבור לומר אלמלא לא שחטתי' היה שוהה מעל"ע ולא הי' טריפה. ולכאורה דבר חכמה הוא. אבל באמת אם נימא דגם בשהה מעל"ע צריך בדיקה כהבה"ג אכתי מחוייב לשלם לו בעל הבור דיכול בעל השור לומר אתה ודאי עשית בור וכיון דיש חבט בפחות מעשרה הו"ל בור ודאי ואם לא שחטתי הי' ספק אם שהה מעל"ע ואת"ל שהה דלמא הי' טריפה בעת בדיקה ובס"ס מוציאין ממון ואף אם נימא דאין מוציאין

ממון בס"ס כאן דאתחזיק חיובא שהרי הבור ודאי ויש ס"ס אולי הי' חייב שוב הו"ל אתחזיק חיובא וס"ס לחיוב פשיטא דחייב וא"כ לא הפסידו ובאמת קשה למה לא אמר ר"נ אם הי' שואל ואמרו לו הלכה א"צ בדיקה והיה כשר לגמרי ובזה אינו רק ספק אחד שמא הלכה או לא מיהו י"ל דכל שס"ל לר"נ דיש חבטה בפחות מעשרה לא נסתפק ר"נ כלל דודאי לא היתה יכולה ללכת דהחבט לא הי' מניחה ללכת רק לשהות מעל"ע אולי דהיתה יכולה. ובזה מיושב גם קושית דו"ז הגאון ז"ל די"ל דגם לעמוד פסיקא לי' לר"נ דלא היתה יכולה דהחבט קשה מאד רק לשהות מעל"ע ביסורים היתה יכולה ועינינו רואות באם חלילה איש נופל קשה לו לעמוד וללכת יום או יומים והוא על המשכב. ובזה מיושב מה דהביאו התוס' ד"ה אם הנך דינים כאן ודו"ק ועפ"י. אמנם כ"ז להמדבר הנ"ל אבל גוף הדברים דאריתא דדלאי הי' בור ברה"ר לא נהירא דאריתא דדלאי מצינו בכמה מקומות בש"ס דלא הוה בור ברה"ר והי' נעשה לדלות מים להשדה:

ז והנה בש"ק פ' עקב תרט"ז היה אצלי ש"ב נד"ז הרב החריף מוה' פנחס בורשטין ני' והראה אותי דברי הר"ן פא"ט גבי נפילה כתב בד"ה גרסינן בגמרא אר"י וכו' עקרה יד לעמוד וכו' וכתב שם דא"א לומר דהאי אמרתא נפילה הי' ואפ"ה כיון דהיתה מהלכת לא חשו לה דא"כ היכא מסיים דחוט השדרה ל"ש והא בדנפלה שכיח ושכיח והרי בעל הלכות ז"ל שהוא גורס האי אמרתא וכו' דנפל מאיגרא מסיים בה הכי דאע"ג דאשתכח כרב יימר הלכתא כרבינא דשגרונא שכיח חוט השדרה ל"ש אלמא נפילה אין מחזיקין אותה בחזקת בריאה אלא בהילוך יפה עכ"ל והוא תימה כמו שתמה כבוד אבי מורי הגאון מוה' ארי' ליבוש ני' דהביא ראי' לסתור דהא אם נפילה אין מחזיקין אותה בחזקת בריאה א"כ למה לא חיישי לחוט השדרה בפרט כיון דבה"ג גריס דנפלה ובודאי שכיח וע"כ אמר אבי מורי ני' דהר"ן גריס בדברי בה"ג להיפך דאשתכח כרב יימר והיינו דהי' שגרונא ואפ"ה חשו לדרבינא כיון דנפילה והיינו כל דנפלה חוט השדרה שכיח ושגרונא ל"ש וגרס בהיפך שגרונא ל"ש חוט השדרה שכיח. ובאמת שדברי הר"ן תמוהים דבה"ג שלפנינו הגירסא אע"ג דאשתכח כרבינא הלכתא כרב יימר מ"ש שגרונא שכיח חוט השדרה ל"ש וא"כ תמוה טובא דברי הר"ן כיון דנפילה ודאי חוט השדרה שכיח. שוב מצאתי בפר"ח סי' ל"ב ס"ק ט' וכן בפר"ת שכתבו בהדיא דהר"ן גרם איפכא דחוט השדרה שכיח שגרונא לא שכיח ע"ש והוא כדברי אבי הגאון ני':

ח והנה הרב החריף מוה' פנחס ב"ש ני' אמר דיש לקיים הגירסא כמ"ש לפנינו שגרונא שכיח חוט השדרה לא שכיח. אך דראיית הר"ן הוא כך דבאמת כל שיש ספק אי משגרונא או מנפילה הי' מקום להחמיר. אך דעת הסה"ת וסמ"ג ושאר פוסקים הובא

בש"ך יו"ד סי' נ' ס"ק ג' דכל שיש ספק י"ל נשחטה הותרה אא"כ יש רגלים לדבר ולפ"ז צ"ל הא דאמרו שגרונא שכיח חוט השדרה לא שכיח ול"ל שחוט השדרה ל"ש ת"ל דכל דיש ספק אי שגרונא או חוט השדרה יש לתלות להקל וע"כ כיון דנפל שוב אתרע חזקת היתר מחיים ואזלינן לחומרא וע"כ הוצרך הש"ס לומר דיש רגלים לדבר להיתר דשגרונא שכיח חוט השדרה ל"ש. והנה אף שדבר חכמה אמר דמזה שפיר דייק הר"ן דנפילה שכיח ואינה בחזקת בריאה. אך לפענ"ד מלבד דהר"ן גופא בפ"ק דחולין כתב בשם הרר"י דהיכא דהוא ספק אזלינן לחומרא והביא ראיה מכאן דהא רבינא אמר ודלמא חוט השדרה אפסק הרי דגם בספק רצה להחמיר ואף דמסיק כרב יימר היינו משום דשגרונא שכיח חוט השדרה ל"ש א"כ א"א לומר דגרס הבה"ג כן דא"כ לא יקשה לו כלום ומיהו דבאמת הבה"ג גרס להיפך דחוט השדה שכיח ושגרונא ל"ש א"כ י"ל דמש"ה פסקינן כרבינא ואין ראיית רבינו יונה ראייה לבה"ג כנלפענ"ד ובאמת אם נימא דנפילה מצד עצמה אין ריעותא רק דחיישינן שמא נתרסקו אברים ואינו רק ספק טריפות יש לעיין דלמה באמת החמירו כ"כ וצ"ע ועיין פר"ח סי' ס"ט ס"ק א' ובתב"ש סי' כ"ט מ"ש בשם הרשב"א בזה בחידושי חולין דף מ"ג בש"ס:

ט והנה בשנת תרח"י הגיעני תשובה ביום ב' לך מ"ק ניקלישפורג מהמופלג מוהר"ר משה ליב צילטץ נ"י במעשה שהי' בשוחט ששחט אווזא מסוכנת ויצא ממנה דם כשאר אווזות רק שהשוחט השגיח בכוונה על הפרכוס ולא ראה שום פירכוס והאשה המביאה לשחוט אמרה שהשגיחה וראתה תיכף ומיד לאחר שחיטה שפשטה רגלה והחזירה וע"ז האריך דלא הוה הכחשה די"ל דאשה ראתה טפי ולא ראינו של השוחט אינו ראיה. והנה ז"פ וא"צ אריכות. אמנם בלא"ה לפמ"ש התב"ש והמשבצות דרוב ב"ח ואפילו מסוכנת מפרכסים רק מיעוט אינם מפרכסים ע"ש וא"כ הרי ע"א אינו נאמן נגד הרוב וא"ל דהוה כמברר המיעוט מתוך הרוב דנאמן כמ"ש הר"ן בסוגיא דקדשה בת דז"א דמה שלא ראה לא מקרי בירור ופשיטא דהאשה נאמנת דלדידה מסייע הרוב בבירור ובזה נראה לפענ"ד דאף אם נימא כהרש"ל והב"ח שהביאו הט"ז והש"ך ביו"ד ס"ס א' דע"א בהכחשה בשחיטה אסורה הבהמה כאן אינו כן דלהשוחט יש רוב המתנגדו ולהאשה הרוב מסייע וגדולה מזו נראה לפענ"ד דאף השוחט עצמו מותר לאכול ול"ש שויא אנפשא חד"א דהא באמת הוא לא ידע בבירור רק שלא ראה ובכה"ג ל"ש שויא אנפשא חד"א כדאמרו בכתובות דף ט' דכל דלא קים לי' בפ"פ ל"ש שויא אנפשי' חד"א כמ"ש בשיטה מקובצת שם וז"ב ואף לפמ"ש בתשובה דהשוחט נאמן בע"א בהכחשה משום דבשוחט הוצרכה התורה להאמינו כשנים דאל"כ אינו נאמן נגד החזקה וכמו שהקשו

כל הקדמונים וע"כ דהאמינתו תורה כשנים מ"מ זה בענין שחיטה אבל כאן במה שלא ראה אינו נופל תורת עדות ובודאי האשה נאמנת יותר וז"ב כשמש לפענ"ד:

סימן כב

א לחכם אחד המופלג החריף נ"י.

ב מ"ש להקשות בהא דאמרו בפסחים דף י"ג במעשה דיוחנן חקוקאה ונשקליה לנפשיה והקשית דהא קי"ל בחו"מ סי' קפ"ה סעיף ב' שאין השליח יכול לקנות לעצמו ומשום שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות וזה לא יצא מרשותו שהרי במקום בעלים הוא עומד ואם כן היאך יכול לקחת לעצמו דאין מי שיקנה לו כיון דב"ד הדיוטות לא הי' יכולין להחזיקו כמ"ש התוס' ומה שנתן לו רבי רשות לא היה מועיל כל שלא שמוהו כמ"ש התוס' שם ואם כן לפי זה לא הי' מועיל שיקנה לו הרשות כיון דלא יצא מרשות בעלים. הנה יפה הקשית. והנה לפמ"ש הסמ"ע סי' קע"ה ס"ק כ"ו דכל דאין המוכר רוצה לחזור בו מועיל ע"ש א"כ לק"מ. אבל באמת אין דבריו מוסכמים ועיין מחנה אפרים הלכות שלוחים סי' כ' מ"ש בזה ולפי דבריו גם כן יש מקום ליישב. אך לפענ"ד היה מקום לומר כיון דשם זכות הוא לבעל הפקדון שימכור חמצו ומשום השבת אבידה נגעו בה א"כ פשיטא דאנן סהדי שגמר להקנות לכל מי שירצה ואף השליח בכלל ובכה"ג כ"ע מודים דהשליח יכול להקנות לעצמו ועיין במח"א שם. והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש דלפמ"ש הרשב"ם בב"ב דף פ"ה ברשות הנפקד שהחפץ מונח בו הוה רשות שנקנה להמפקיד ולפי זה אחר שקנה לעצמו הרי הוא מוציא מרשות לרשות שבתחלה היה הדבר מונח ברשות המפקיד ועכשיו הוציאו מרשות לרשות ואף שהמהרי"ט בראשונות סי' ס"ה חלק על דברי רשב"ם כבר הארכתי במק"א ליישב דברי הרשב"ם. וראיתי בקצוה"ח סימן קפ"ט שהקשה לשיטת הרשב"ם בהא דמוקי בע"ז דף ס"ג כגון דקאי בחצירה והקשה היאך קנוי לה והא הוה רשות המפקיד ולא הבינותי דפשיטא דכל שאמר לתנו לה כלתה רשותו והדר רשותה לעצמה ובדיבור יכול להסתלק ובפרט דלא נעשה חצר שלו רק בעת שהפקדון שלו מונח בידו וכל שמקנה לו החפץ ממילא הדר רשותה לכאשר הי' וכמ"ש המהרי"ט בהדיא דהו"ל כחצרה וגיטה באין כאחד ומ"ש הקצוה"ח לדחות דבריו אינו נראה. ובזה מיושב כל קושיות הקצוה"ח שם על שיטת הרשב"ם דגם רשב"ם באמת מודה דכל שמסתלק מהיות נפקד שלו שוב הדר הרשות לכאשר היה וז"ב מאד. ומ"ש הקצוה"ח דכל שלא נתן לו שטר לא נקנה להנפקד רשותן לא הבינותי דאטו נקנה לו הרשות למפקיד לגמרי עד שיצטרך להחזיר ולהקנותו הא

אינו נקנה לו רק בשביל שהחפץ מונח בו ומשועבד לו להמפקיד בשביל שמירת החפץ וכל שנסתלק משמירת החפץ ממילא נקנה לו רשותו כבתחלה ול"ד לעבד שקנוי לרבו קנין הגוף ולא יוכל לסלק עצמו בדיבור בעלמא רק בשטר וכדאמרו ע"ע גופו קנוי אבל כאן אינו רק כשעבוד בשביל שמירת החפץ וז"ב ופשוט. והארכתי בזה מפני כי הרב הקצוה"ח הבין בפשיטות להיפך ולמען ברר הדברים הוצרכתי להאריך. עכ"פ מיושב קושיות מעלתו בפשיטות. שוב יגעתי ומצאתי במהרי"ט בראשונות סי' צ"ג שהקשה קושית מעלתו ונדחק שם דמפני תקנת השבת אבידה נגעו בה ותקנו שיהי' יכולין לקנות לעצמן ע"ש ולפענ"ד כמ"ש וגם בפשיטות ל"ק דע"כ לא כתבו התוס' דב"ד הדיוטות ל"ח הוא רק משום דמסיק הש"ס מפני חשדא וא"כ ל"מ ב"ד הדיוטות וגם רשות רבי לא מועיל כל שלא שמו כמו שנראה מלשון התוס' שם אבל לפי הה"א שפיר מקשה ונשקליה לנפשיה דהא מועיל רשות רבי ע"ש ודו"ק וכמדומה ששמעתי מהרב הגאון מ"מ וראב"ד ד"ק בראד מהר"ש קלוגר נ"י שכתב שמש"ה דקדק רש"י וכתב שיאכלנו ומשלם דמיו ולא כתב שיקנה ויבטל ומניחו לאחר הפסח משום דלזה לא מועיל הקנין רק אם יאכלם שפיר ישלם דמיו ודפח"ח. ומ"ש המהרי"ט שם מהא דלא חזרה שליחות אצל הבעל עיין בש"ך סי' קפ"ה ס"ק א' ובמחנה אפרים הלכות שלוחין סימן ד' שכתב דבממון אין ענינו להך דחזרה שליחות אצל מי שנשתלח לו ע"ש ובמהרי"ט סימן קכ"ז בראשונות נראה כהש"ך ובמק"א הארכתי בזה אבל עכ"פ הש"ך לא מיירי רק אם יכול להעשות שליח למוכר וללוקח ובזה נסתפק אם הוה לא חזרה שליחות אצל המוכר ועיין באבני מלואים סימן ק"ג ס"ה שהביא דברי הש"ך לענין אם יכול לקנות לעצמו וזה אינו וע"כ קושייתו על הש"ך ל"ק אבל מדברי המהרי"ט נראה שגם לענין לקנות לעצמו נוכל לומר הטעם דלא חזר השליחות אצל המוכר וזה צ"ע. ועוד יש לומר דלכך יוכל לקנות לעצמו דהרי כאן היה סמוך לאיסורו דהמתין עד שעה ד' והרי בב"ק דף מ"ו הקשו מכי מטי עידן איסורא אייאושי קמיאש וכתבו האחרונים דע"כ הכוונה סמוך לאיסורו דבעידן איסורו שוב לא יוכל לייאש עצמו דל"מ ביטול לאחר זמן איסורו וכיון שהיה סמוך לאיסורו שוב הבעלים נתייאשו ויצא מרשותם לרשותו וכאן ל"ש דזה אינו רוצה לקנות דבאמת הוא קונה לעצמו שיאכלם בעודו היתר וא"כ לא שייך לומר דלא יצא מרשות הבעלים דהבעלים ודאי נתייאשו וזה רצה לקנות כנלפענ"ד ודו"ק. ומן האמור נראה במעשה שאירע שאחד היה משולח מסוחר אחד שיקנה לו יי"ש רק כשמיד שקונהו שוב הוא ברשות הבעלים ואין רשות ביד השליח למוכרו ובתוך כך הגיע הפסח והבעלים לא הודיעו מה יעשה. ולפמ"ש פשיטא דיכול השליח למכרו דאנן סהדי שבודאי יתרצו

הבעלים במכירתו וע"ז לא מקפיד דהא לא יהיה ראוי לו וגם מכי מטי עידן איסורא מייאש עצמו ונעשה של השליח ויכול למכרו ועיין סי' תמ"ג ודו"ק:

ג ומן האמור למעלה לדחות דברי הקצה"ח ז"ל סי' קפ"ט נראה שיש ליישב בזה דברי הש"ך סי' קכ"ה ס"ק ל"ב שכתב ליישב דברי הרמ"ה במ"ש בחד אנפי שהכוונה דאף דהוא בחצירו לא מהני רק בא"ל תקנה לו חצירו אבל בא"ל זכי לו סתם ל"מ ע"ש. ובטעמו של דבר נראה לפענ"ד כי אחרי שרשות הנפקד קנוי להמפקיד בדברים לא יוסר מלהיות רשותו עוד ובמה יצא מרשותו של המפקיד והוא היה צריך לזכות לו הרשות מקודם ואח"כ יקנה החפץ ולכך אם אמר לו זכה לו בחפץ לא קנה דהרשות עדיין להמפקיד ואף דכתבתי דמיד שסילק החפץ מרשותו ממילא הדר הרשות להנפקד היינו כשא"ל להנפקד שיקנה לו לעצמו אבל כל שאמר שיזכה לאחר במה יזכה לו החפץ כל שלא הקנה לו רשותו וממילא עוד הרשות של המפקיד עם החפץ ולכך בעינן שיזכה לו רשות. איברא דבסי' ר' ס"ב משמע דסגי כל שאומר הנפקד להלוקח תקנה לו חצירי עפ"י צווי המוכר אף שהמוכר לא זכה לו הרשות אך נראה דבאמת אנן לא קיי"ל כהרשב"ם דרשות הנפקד קנוי להמפקיד וא"כ ממילא כל שא"ל המוכר שיזכה לו הרשות שממילא נעשה רשותו של הנפקד וזוכה לו להלוקח. ובזה סרה מהר קושית התומים על הש"ך שלפי דברי הש"ך מאי הקשו התוס' והרמב"ן בב"ב דף פ"ה בשמעתא דד' מדות המוכרין שפירש הרשב"ם דא"א לומר דד' רשויות הם דהא רשות מוכר ורשות הנפקד חד הוא והתוס' והרמב"ן טרחו ליישב שיש חילוק בין רשות מוכר לרשות הנפקד והביאו מפרק חלון ולמה לא כתבו בפשיטות דהרי הם בעצמם כתבו אח"כ בד"ה ה"ג דבאומר זכי קנה ברשות הנפקד וא"כ ממילא זה ההבדל בין רשות הנפקד לרשות המוכר דברשות המוכר לא מהני כשאומר זכי משא"כ ברשות הנפקד דהא יוכל לזכות בעצמו וע"כ דליתא לחלוקו של הש"ך. ולפמ"ש אתי שפיר דהתוס' הקשו לפירוש הרשב"ם ולדידיה גם ברשות הנפקד ל"מ סתם זכי דהא הוה רשות המפקיד לשיטת הרשב"ם וע"כ הכוונה של זכי לו היינו שמקנה לו הרשות א"כ ממילא גם במוכר הי' מועיל אי לאו דא"י לזכות גם הרשות וכמו שהביאו מפרק חלון וז"ב:

ד ובגוף הקושיא של מעלתו דהיאך יכול לקנות לעצמו היה נראה לפענ"ד דבאמת הטעם דאין שליח קונה לעצמו נראה לפענ"ד דהוא מטעם דל"מ לקנות דבמשיכה וחזקה צריך להיות מרשות המוכר לרשות הלוקח וכאן כבר היה ברשותו ושטר ודאי ל"ש דלא נתן לו השטר וגם מעות הא לא נתן לו הכסף להמוכר לשם קנין ואף שנתן לו מעות כל שלא הודיעו שהוא קנה ולא נתכוין להקנות לו ובמה קנה וכן נראה מהמח"א שם. ולפ"ז זהו

במכירה אבל שם דהא דיכול למכרו הוא משום דהוה כמשיב אבידה א"כ הא באבידה קיי"ל דשם דמיה ומניחן והטעם דגוף הדבר בלא"ה נקנה לו דהרי הולך לאיבוד ורק דצריך ליתן מעות עבור החפץ דאל"כ אסור ליגע בו דמאי נ"מ אם ילך לאיבוד או שהוא לא יתן לו דמים וא"כ מה נ"מ אם השליח יתן דמים או אחר הא גוף הדבר א"צ לקנות רק ליתן דמי החמץ ואף דצריך שומת ב"ד ולא הוה משיב אבידה כ"כ כמ"ש התוס' בפסחים שם היינו דלא הוה כ"כ משיב אבידה שלא יצטרך שומת ב"ד אבל כל ששמוהו ב"ד שוב לענין הדמים שפיר אין נ"מ בין הוא בין אחר דגוף הדבר הוה כאבידה וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה הסמ"ע בסי' קע"ה סט"ו וגם המח"א האריך בזה דשם לענין מצרן דכיון דהשליח מצרן הוא א"כ גוף השדה נקנה לו דאף אם אחר קונה השדה הוה כשלוחו של המצרן וא"כ שוב אין נ"מ אם הוא יתן הדמים או אחר וגם לפמ"ש במח"א שאם מזכה השליח לאחר שיקנה עבורו מועיל וא"כ במצרן שאין אחר נעשה שלוחו של המצרן שפיר נקנה לו ודו"ק. ובאמת אם נימא כדעת הש"ך סי' ע"ג ס"ק מ' דכאן צריך ב"ד מומחין א"כ פשיטא דיכול לקנות לעצמו ע"י הב"ד אבל באמת המעיין בתוס' לא משמע כן ועיין תומים שם דכל שמוחזק קצת בזה כמו במשכון א"צ ב"ד מומחין וא"כ מכ"ש בחמץ דהוה כהשבת אבידה דהולך לאיבוד דא"צ ב"ד מומחין. ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דאמרו כמאן אזלא הא שמעתא דרב כרשב"ג והקשה הפר"ח סימן תמ"ג דאף כת"ק דרשב"ג מצי אתיא משום דכאן המפקיד עובר בב"י. ולפמ"ש אתי שפיר דלרשב"ג דס"ל דמותר למכרן דהוה כמשיב אבידה שפיר ניחא דא"ל סתם מוכרן בב"ד אף בב"ד הדיוטות דלא כש"ך אבל לת"ק כיון דאסור ליגע ניהו דכאן משום איסור מותר למכור אבל עכ"פ צריך ב"ד מומחין לזה ודו"ק היטב:

ה ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' דלמה צריך כאן ב"ד לשומו אותו ולפמ"ש י"ל דכאן כיון דכל עיקר השבת אבידה הוא לפי שמוכרו בזול ואם לא יהיה עפ"י שומא של ב"ד שוב אפשר דלא ניחא ליה במכירה בשעה חמישית שמא יבא וימכור בעצמו ביותר מזה ונמצא בטל כל השליחות והמכירה לאו כלום היא. והנה במק"ח סי' תמ"ג נסתפק אם מכר קודם שעה חמישית אם מכירתו מכירה למפרע כשלא בא וכתב דמועיל. ולפענ"ד היה נראה בלא"ה כיון דהוא עושה כן מפני השבת אבידה אם נימא דלא יועיל לפעמים יטעה וימכור קודם ואם תבטל מכירתו אתה מכשילו לעתיד שלא ירצה למכור וגם הא הב"ד מוכרו והו"ל הפקר ב"ד הפקר. ובזה יש ליישב קושית הפר"ח הנ"ל ודו"ק. וגם מ"ש המ"א דאם לא ימצא קונים כ"כ יוכל למכרו קודם והקשה הא"ר מחו"מ סי' רצ"ב סי"ח דאף שיודע שיאנסה המלך לא ימכור ולא דמי לפענ"ד דשם אין הזול והאונס

בכל המקומות ויוכל להיות שיבא בעל הפקדון ויקחם למקום אחר משא"כ כאן שבכ"מ הוא חמץ רק שיוכל למכרם וא"כ אם יוזלו פשיטא שיכול למכרם בע"פ ודו"ק והנה הש"ך בחו"מ סי' ע"ב ס"ק ג' כתב דאף דהוה כמשיב אבידה מ"מ אסור להשכיר לעצמו ול"ד למציאה דשם דמיהן דשם משיב אבידה בבירור משא"כ כאן דיש לומר דרוצה להרוויח ע"ש שחולק על הב"ח ואני תמה על הש"ך שלא הביא מהא דאמרו בפסחים כאן מפני חשדא והתוס' ביארו בהדיא דל"ד לשם דמיהן ששם משיב אבידה והדבר תמוה לכאורה דהא גם כאן משיב אבידה וכמבואר סי' תמ"ג והרי הש"ס בהדיא אמר כמאן כרשב"ג משום דהוא משיב אבידה וע"כ דלא דמי דשם כבר השיב אבידה משא"כ כאן שבזה מחזיר אבידה במה שמוכרו ואם נחשדו שמוכר לעצמו בזול שוב לאו משיב אבידה הוא והיא ראיה ברורה להש"ך ומהתימה על הב"ח ז"ל. אך יש לדחות דלפי מה דמסיק דאתיא אף כת"ק דרשב"ג רק במקום שמפסיד לגמרי מודה ת"ק עכ"פ לא קרי לי' משיב אבידה א"כ לכך שייך מפני חשדא:

[1] ובזה מיושב הא דאמרו כמאן כרשב"ג והקשה הפר"ח דלמא כת"ק וכאן שאני שעובר על ב"י. ולפמ"ש א"ש דלת"ק שוב יקשה אם נימא דכת"ק אתיא כדאמר רב יוסף בעצמו וכדאזכרי' אביי והיינו דע"כ לנכרים דאי לישראל לשקלי' לנפשיה וכמ"ש התוס' ד"ה מאי לאו ואם נימא כת"ק יקשה דלמא באמת לישראל ולשקלי' לנפשיה אסור משום חשדא וע"כ דכרשב"ג אתיא והו"ל משיב אבידה ול"ש חשדא וע"ז משני דבזה גם הת"ק מודה דנפסד לגמרי ולעצמו שייך חשדא ולא כמ"ש לעיל. ויש ליישב בזה הקישור שבש"ס ואין להאריך ודו"ק. והנה במה דמבואר באהע"ז סי' ק"ג דאלמנה ששמה לעצמה אינה כלום דמאן שם לך ראיתי באבני מלואים שהביא דברי הר"ן דלמד מזה דשליח א"י לקנות לעצמו וע"ז הביא שבש"ך סי' קפ"ב הביא פלוגתא בזה דלא חזרה שליחות אצל הבעל וע"ז תמה הא"מ דא"כ דספיקא הוה למה פסק דלא הוה מכירתה כלום הא הוה ספק והוא מוחזקת בנכסים. והנה דבריו תמוהים מאד דהרכיב דברי הש"ך והש"ך לא כתב ע"ז וכאן אף דנימא דלא בעינן חזרה שליחות אצל הבעל מ"מ לא מועיל דהא בעינן הוצאה מרשות לרשות וכאן לא היה כן דהשליח קנה לעצמו וכמבואר בחו"מ סי' קפ"ב ס"ב והש"ך בס"ק א' לא הביא המחלוקת רק מי שעשה שליח למכרו ואחד עשה להשליח שליחו לקנות אי מועיל מטעם חזרה שליחות אצל הבעל. ובאמת בד"מ לא נהירין דברי הש"ך וכמ"ש במחנה אפרים הלכות שליחות סי' ד' והארכתי בזה בתשובה אבל מה ענין זה לשליח שמכר לעצמו דזה מטעם שלא היה הוצאה מרשות לרשות ועיין

מחנה אפרים הלכות שלוחין סי' ק' וע"כ הדברים תמוהים שהרכיב הא"מ שני דברים מתחלפים ויטול מה שחידש בזה במחכת"ה:

ז וראיתי בספר בית מאיר בסי' ל"ו סעיף יו"ד שהביא דברי המהר"ם מינץ ז"ל סי' ב' ודייק מדבריו דיכול אדם לעשות שליח לאבי קטנה שיקדש לו בתו הקטנה וע"ז תמה דהיאך נעשה שליח של זה לקדש לו בתו הקטנה והרי השליח קונה ומקנה לעצמו הכסף הקידושין שקבל ולא יצא מרשותו וע"כ לא נסתפקו בש"ס רק אם נעשה האב שליח לבתו בוגרת היינו ש"ק אבל לבתו הקטנה שיהיה שליח המקדש לא ע"ש. וזכורני שהא"מ שם דחה דבריו וכעת אינו לפני אבל לפענ"ד הדברים כפשטם דהוא מקנה לו הבת ובשלמא שליח דעלמא א"י לקנות החפץ דהחפץ כבר הוא ברשותו משא"כ כאן מה ענין כסף קידושין לקנין האשה והרי כשלא הי' עושה לו שליח כלל והיה נותן כסף קידושין לאביה הי' מועיל ולמה יגרע במה שעשהו שליח שיקדש לו בתו הקטנה דכל שקיבל כסף הקידושין נתקדשה לו ונתקיים השליחות וז"ב ופשוט ועיין בקידושין דף י"ט דאומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קידושיך וכתב שם דאף דאין שליחות לקטן לזכותו לטובתה נעשית שליח האב לקבל קידושיה והרי היא קונית ומקנית כאחת ואף יש לדחות משם זכר לדבר איכא. ולפענ"ד ראיה ברורה לזה מהא דאמרו בנדרים דף ל"ח ע"ב דהמודר הנאה מחבירו מותר להשיא לו בתו ומוקי לה בבתו גדולה ומדעתה ופירש הר"ן דהיינו דוקא מדעתה אבל מדעתו של החתן שעשהו שליח אסור דקא מהני ליה. וא"כ משמע משם דה"ה בקטנה ונערה דאינו אסור רק מטעם דמהני לי' אבל מצד השליחות היה שרי ושייך שליחות בזה. הן אמת דמכאן תמוה לי מ"ש הרשב"א בסי' ל"ו ס"ו באהע"ז שם דאין לאב להיות שליח לקבל קידושין לבתו בוגרת ועיין בח"מ שם דגם בשליח להולכה אוסר הרשב"א להיות שלוחו לקדש בתו בוגרת והרי כאן מבואר דמותר להשיא בוגרת ומדעתה ומשמע דיכול להיות שלוחה ושלוחו אם לא היה מודר הנאה מחבירו והיא תימה גדולה שלא העירו בזה ולדחוק דדוקא משיאו הוא דמותר דל"ש הגזירה אבל לא לקדשה צ"ע דא"כ היאך הי' הקידושין וצריך לדחוק דהקידושין ע"י ביאה או דהקידושין הי' קודם וכ"ז דוחק לא ישוער ואילו הי' דברי הרשב"א ברורים בטעמם היינו צריכין לדחוק בדחק ע"ג דחק כי כן החיוב והמשפט ליישב דברי מאור הגולה הרשב"א ז"ל. אבל באמת כבר בא הרא"ש וצווח עליו ועי' ב"ש וח"מ שם ובגליון הש"ע שם כתבתי דהדבר מבואר להיפך בדברי הרשב"א בחידושיו בעצמו והובא בבדק הבית סי' ל"ז. וע"כ לפענ"ד הדבר מבואר בש"ס נדרים הנ"ל וצע"ג. אחר זמן רב מצאתי במלמ"ל פ"א משלוחין ה"ה בסופו כתב ג"כ דמהך דאלמנה משמע דא"י לקנות לעצמו

וע"ש מ"ש ראיה מה"ה פ"ו דלא יקנה לו בפת של עצמו דאין שליח קונה ומקנה והוא מה"ט דשליח א"י לקנות לעצמו וכוונתו להלכה כ' שם. ולפענ"ד י"ל דאף אם נימא דאין השליח יכול לקנות לעצמו מ"מ יכול להקנות לו פת של עצמו לעירוב דלא בעינן רק שישתתף בפת והרי מ"מ יש לו זכות באותו פת ולא בעי שיצא מרשות לרשות וצ"ע על הה"מ:

ח והנה נשאלתי במה ששולחין אתרוגים בקאמסיאהן למכור וזה שלקח בקאמסיאהן לוקח אתרוג לעצמו והרי הוא נעשה שליח ואיך יכול לקנות לעצמו והלא לא יצא הדבר מרשותו. ולפענ"ד לכאורה היה נראה דבאמת צריך להבין למה אין השליח קונה לעצמו ניהו דאין כאן הוצאה מרשות לרשות הא כסף לחוד קונה רק גזירה שמא יאמר לו נשרף חיטך וכאן הרי הוא בביתו של השליח ול"ש החשש הנ"ל ולמה לא יקנה. אך ז"א דעיקר הטעם הוא דאין כאן דעת המקנה דהשליח כיד בעלים דמי וא"כ לא יצא מרשות לרשות כלל וא"כ לא מועיל נתינת המעות אך לפ"ז במקום שהבעלים אין נ"מ בדעתם שכל מי שיקנה יהיה נקנה לו א"כ מועיל וכ"כ המח"א שם וא"כ ה"ה כאן פשיטא דדעתו הי' שגם השליח יקנה ובפרט שלא יוכל לצאת י"ח מצוה רק באתרוגים הללו ופשיטא דלא הי' דעת המשלח שהשליח יקנה לעצמו מאחרים אתרוג וא"כ פשיטא דמועיל ודו"ק היטב כנלפענ"ד. והנה בגוף הקושיא שהקשיתי למעלה על הב"ח דבמשיב אבידה ל"ש חשדא דהא בהך דיוחנן חקוקאה קרי לי' להש"ס משיב אבידה מצאתי בספר י"ח להגאון מבראד שהרגיש בזה וכתב די"ל דאין כאן משיב אבידה דהא מחוייב לשלם כל שלא מכרו כמ"ש המ"א ר"ס תמ"ג ואף דיכול לומר הש"ל כמ"ש המ"א שם כאן שהיה מבצבץ החמץ ונחסר שוב אינו משיב אבידה. ואף שדפח"ח אבל הוא תמוה דא"כ איך קרי לי' משיב אבידה דהרי אמרו כמאן אזלא הא שמעתתא כרשב"ג ועכצ"ל דכל מה דמחייב לשלם הוא מפני שיכול למכרו וא"כ שוב הוה משיב אבידה. איברא דבאמת צ"ב כיון דהחמץ מבצבץ שוב בלא"ה היה מוכרח למכור. מיהו ז"א דהי' יכול למלאות בתיבה אחרת ולשמרה במקום שאין עכברים באים שם וא"כ שוב מקרי משיב אבידה. אך לדעתי א"ש בפשיטות דע"כ לא כתב הב"ח רק שם דאינו מוכרח להשכירו לאחר וכן במשיב אבידה מי ידע שזה מצאו וא"כ כל שמשיב אבידה ל"ש חשדא דאם רצה להעלים היה מעלים אבל כאן כיון דהדין הוא שהוא מוכרח למכרו כדי להשיב אבידה שוב שייך חשדא. ובזה נראה לפענ"ד לפמ"ש המ"א דחייב על שלא מכר וגרם לו הפסד שוב גם הנפקד עובר על ב"י דהו"ל דבר הגורם לממון ואף דכ"ז שהוא בעין אומר לו הש"ל מ"מ קרינא ביה לא ימצא כדאמרו בפסחים דף ה' ושוב עובר על ב"י. והנה הגאון

באהע"ז הובא בח"י סי' תמ"ג חולק על המ"א וכתב כיון דאינו רק משום השבת אבידה למה יתחייב על מה שפשע ולא מכר החמץ דזה אינו רק גרמא בעלמא. הנה בתב"ש סי' ח"י ס"ק כ"ד האריך דשומר חייב אף בגרמא בעלמא ומ"ש שם התב"ש דאף בהיזק שא"נ י"ל דחייב השומר כבר הארכתי בחבורי כת"י להשיג עליו ע"ש וא"כ ממילא דברי המ"א נכונים דכל שאינו בעין חייב בפשיעה דל"ש לומר הש"ל וחייב על אשר גרם ובזה גם מ"ש דאם נגנב או נאבד בפסח פטור דעל גוף הפשיעה שלא מכר פטור דהי' יכול לומר הש"ל ומה שנגנב או נאבד אח"כ פטור דש"ח פטור ע"ז והנה מ"ש הח"י שם דהו"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס כיון דבתוך הפסח לא יוכל לומר הש"ל לא הבינותי דמלבד שאין האונס בא מכח פשיעה ואף אם נימא דבא ע"י הפשיעה מ"מ על הפשיעה יכול לומר הש"ל ואח"כ כשנגנב פטור ומה נ"מ לבעלים שנאבד דהרי אם היה קיים הי' אומר לו הש"ל וא"כ מה הזיקו דגם אם היה בעין היה אומר לו הש"ל. ובזה לא זכיתי להבין גם דברי המ"א שמחייבו על שלא מכרו דכיון דהוא פוטרו אם הוא בעין דיכול לומר הש"ל א"כ מה יתחייב אף שנאבד הא הי' יכול לומר הש"ל. אמנם נראה דהבעלים יוכלו לטעון אני בטלתי ומכרתי החמץ וא"כ לא הוה חמץ שעבר עליו הפסח ועכשיו שנגנב או נאבד מה לו לעשות ועכ"פ באם מודה שלא בטלו ולא מכרו ל"ש שום תשלומין דממנ"פ אם לא בטלו זה היה נאסר עליו בלא"ה ואם בטלו ומכרו שוב לא היה יכול זה למכרן וכל החיוב הוא רק כשלא מכרו המפקיד היה זה יכול למכרו. אך בגוף דברי המ"א שחידש דהנפקד חייב דהיה לו למכרו כמו דחייב ש"ח בהיה לו לקדם ברועים ומקלות. לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה לכאורה קשה לי על גוף הדין דש"ח שהי' לו לקדם ברועים ובמקלות דחייב ואמאי הא אמרו בירושלמי פ"ח דמסכת שבועות דש"ח ששימר כל צרכו פטור ש"ש אין משערין אלא בגופו וביאור הענין דש"ח אינו חייב רק בשמירת החפץ ומטעם דזה סמך עליו וכמ"ש בשיטה ב"מ דף צ"ד בשם הרשב"א אבל ש"ש שלוקח שכר גם גופו משועבד לשמור ועיין בראש פרק הכונס דמביא ג"כ הירושלמי ולפ"ז כל דא"י לשמור בעצמו רק שהי' צריך לקדם ברועים ובמקלות זה צריך הגוף לשמור מהראוי דלפטור ש"ח וצ"ל דגם זה בכלל שמירת דחפץ כיון דע"י הרועים יוכל לשמור החפץ הו"ל שמירת חפץ וזה סמך עליו דכל מה שיוכל לעשות לצורך החפץ יעשה. ולפ"ז זהו לענין גוף החפץ אבל מה שלא מכר החפץ זה אינו שמירת החפץ רק שמירת הממון שלא יתקלקל זה ל"ש בש"ח כי אם גוף החפץ שמר שלא יתקלקל אבל מה שלא מכר זה אינו שמירת החפץ א"כ זה אינו רק כשמירת גופו שהגוף היה יכול לשמור שלא יאבד ממונו וזה ל"ש בש"ח. ויתכן יותר דש"ח דאינו חייב רק בפשיעה דהיינו שלא יפשע בחפץ מלשמרו ועי"ז יתקלקל

החפץ אבל ש"ש חייב שגופו צריך לטרוח בשמירתו ולכך חייב בגניבה ואבידה אף שהוא שמר החפץ ונגנב ממילא מ"מ אין זה שמירת הגוף דהגוף הי' יכול לטרוח שלא יאבד החפץ ג"כ חייב וא"כ מה שלא מכר החמץ ז"א רק משום השבת אבידה אבל לא חייבה תורה לש"ח שיטרח בגופו ובפרט למכור החמץ ז"א מוטל על הש"ח ומה גם כיון דעיקר חיוב דש"ח הוא בשביל שזה סמך עליו והלך לו ואילו היה שם היה יכול לעשות בעצמו ואם לא רצה זה היה לו להגיד ומדקיבל עליו נשען על שמירתו וא"כ זה בדבר שאין המפקיד יכול לעשות שאינו שם אבל כאן זה הי' יכול למכור ולבטל בעצמו ורק דמשום השבת אבידה עשו חז"ל שהנפקד א"צ לסמוך ע"ז אבל שיתחייב בעי"ז באם לא מכר זה לא שמענו. ובזה מובן מ"ש האהע"ז שם וכן בשער אפרים סי' כ"ח דאם הי' ש"ש הי' חייב ובח"י שם תמה ע"ז דמ"ש ש"ש מש"ח ולפמ"ש החילוק מבואר. עוד נ"ל דלכך ש"ח שהי' לו לקדם ברועים ובמקלות בחנם חייב אף דאינו מחוייב רק שמירת חפץ ולא בגופו היינו דאינו חייב לטרוח בגופו אבל מה שקורא רועים אחרים בזה גופו אינו טורח רק אחרים עושים אבל גופו נח ובשלמא אם היה מחוייב לשכור שפיר מקרי טורח גופו שצריך לשכור רועים ולהטריח אבל אם אינו מחוייב רק לקרוא לרועים בפיו ואם לא ירצו לילך בחנם אינו חייב א"כ אינו טורח בגופו. ובזה נראה מ"ש בסי' ש"ג דאם הי' לו לשכור ולא שכר דהו"ל פושע היינו פשיעה ממש דש"ש אבל ש"ח לא חייב דאין עליו לטרוח בגופו ועיין קצה"ח סי' ס"ו ס"ק מ"ו ולפ"ז אינו חייב לטרוח למכור החמץ דבגופו אין עליו לטרוח כנלפענ"ד ומ"ש הח"י דבפסח עצמו כשיתבענו יתחייב לפענ"ד גם אז יוכל לומר הש"ל ועיין קצה"ח סי' ס"ג. ובגוף דברי הח"י נראה לפענ"ד דצ"ע מתוס' גיטין דף נ"ג ד"ה מנסך ע"ש בתירוץ השלישי במה דפליגי רב ושמואל אי חייב על הגבהה ראשונה דשייך קלב"מ אח"כ ע"ש ודו"ק:

סימן כג

א בעת שפקד הרופא עלי לשתות מים המובאים ממרחק לרפואה והנה עפ"י צווי הרופא אין לשתות כל המים בב"א שזה מזיק לשתו' רק לחלק לארבע או שלש כוסות ולהפסיק בנתיים בהליכ' ממקום למקו' בין השיחים כדי שיתעמל ויתעכל השתי' ולא פחו' מחצי שעה יהי' ההפסק בין שתי' לשתיה ונפל בדעתי ספק מה לעשו' אם לברך שהכל על כל כוס וכוס או על כלם שהכל אחד וגם בברכה אחרונ' מה לעשות ואמרתי בלבי לעשו' כדרך שאנו אשכנזים נוהגים לברך על כל כוס וכוס בפה"ג בלילי פסח ובעה"ג לבסוף ולא שמתי לבי לעיין בזה ואח"כ אמרתי לתת עין אם דומה לזה וכאשר השקפתי בזה

בסי' תע"ז אמרתי דהדברים שאמרתי טעות בידי דבאמת גם שם לכאורה הדברים סותרין דאם מברכין בפה"ג על כל כוס וכוס א"כ ע"כ דחשיב האגדה והלל הפסק בנתיים א"כ מהראוי לברך בנתים ברכה אחרונ' על כל כוס וכוס והמג"א שם כתב דלעולם דלא מקרי הפסק רק דכיון דכל חדא וחדא מצוה בפ"ע מברך על כאו"א בפה"ג ולפענ"ד לא נהירא דניהו דכל אחת מצוה בפ"ע אבל כיון שנתקנ' על ענין אחד ארבעה כוסות ממילא מהראוי שלא לברך רק אחת ומידי דהוה אתפילין דאין מעכבות זא"א כמבואר סי' כ"ו ואפ"ה דעת הרי"ף והרמב"ם בסי' כ"ה דאין לברך רק אחת ואף דתפילין י"ל דמקרי שתי מצות כמ"ש הגאון מהר"י הלוי בתשובה שהביא אחיו הט"ז ז"ל בסי' כ"ה מ"מ י"ל דבאמת הוה מצוה אחת דהתור' צותה להניח תפילין ותפילין הוה שתים ש"י וש"ר רק דכיון דאינן מעכבות זא"ז לכך נקרא שתי מצות ובזה י"ל הרבה דברים שעורר הגאון מוהר"י הלוי שם וא"כ ה"ה כאן דאף דאינן מעכבות זא"ז ונקרא כל אחת מצוה בפ"ע מ"מ כיון דענין אחד כולל אותם ונתקן על ענין אחד אינו ראוי לברך על כל אחת. והנה הט"ז כתב שם דלא הוה הפסק ואפ"ה צריך בפה"ג לכ"א כיון דחכמים תקנו ד' כוסות הוה כמתנה בפירוש בשעת ברכה שאין בדעתו לשתות מחמת ברכה זו אלא כוס זה כיון שצריך לכוס אחר חייב לברך עליו. ובאמת שגם זה לפענ"ד אינו דבר ברור דמלבד דגוף הסברא לומר דהוה כמתנה בפירוש תמוה דמנ"ל לחדש כזאת אף גם דאף במתנה בפירוש שלא יפטור רק כוס הלז למה יועיל ויהי' הפסק ועיין מג"א סי' תרל"ט ס"ק ט"ז שהשיג על אא"ז הב"ח ז"ל דאף אם התנה לא מועיל לחייב בברכה אחרת כל שיכול לפטור בברכה אחת ואף לשיטת הב"ח היינו דוקא כשבדעתו לפטור רק חצו' היום והוה הפסק זמן עכ"פ אבל כל שאין הפסק זמן ויכול לפטור בברכה אחת פשיטא דכל שמתנה שלא לפטור יש חשש משום ברכה לבטלה ועיין מג"א סי' רט"ו ס"ק וא"ו בהשגתו על השל"ה ואף לפמ"ש במ"ג שם ליישב דברי השל"ה כ"ז ל"ש הכא כמו שיראה המעיין ולפענ"ד נרא' ליישב ע"פ מה דאמרו בפסחים דף ק"ט דהיכא תקנו חכמים ד' כוסות והא יש בו משום זוגות ומשני רבינא דכל חדא וחדא מצוה בפ"ע היא ופירשו רש"י ורשב"ם דלכך לא מצטרפי דכל חדא וחדא הו"ל מלתא באפי נפשה ע"ש ולכך זהו טעמם של האשכנזי' שמברכין בפ"ע דמעיקרא כך תקנו שלא להצטרף ויהי' כל אחד נחשב בפ"ע ולתירוצים אחרים שם בש"ס י"ל דבאמת לא יהי' צריך לברך ודו"ק ונחזור לענינינו דבנ"ד נלפענ"ד ברור דצריך לברך על כ"א בפ"ע שהכל דהנה כאן בודאי אין דעתו לשתות בב"א דדרך הרפואה הוא רק שישתה ויפסיק בהילוך חצי שעה לכל הפחו' וא"כ פשיטא דצריך לברך על כ"א בפ"ע ועדיף מד' כוסות דשם יכול לשתותם בב"א ולפטרם בחד

ברכה וכאן א"א דאין דרך ב"א לשתות כ"כ וגם אין הרפוא' כ"א בהפסק ובלא"ה כיון דאם ישתם בב"א יזיקו יותר מאשר יועילנו וא"כ לא יצטרך לברך כלל דהא השותה לרפוא' כל שרעה לו לשתו' א"צ לברך כמ"ש המ"א בסי' ר"ד סעיף ח' ע"ש ולכך פשיטא שמברך על כ"א בפ"ע אבל הברכה אחרונה שפיר יש לסמוך על מה שיברך בסוף ולא ירבה בברכות ומה"ט נ"ל דלכך אף בכוס השלישי שאין בו כשיעור לברך ברכה אחרונה מ"מ מברך כדי שיפטור הראשונות וגם מה"ט יש לברך בסוף שמא לא ישאר כשיעור ומה יעשה אח"כ וא"ל דהוה הפסק דז"א דכל דלא נתעכל יכול לברך וגם הליכ' לא מקרי הפסק כמבואר בסי' ק"ד ועיין בסי' ח' כנלפענ"ד וכן אני נוהג. ואעתיק כאן מ"ש עה"ג הש"ע סי' כ"ה ס"ק ט' על מ"ש הט"ז שם בשם הכוונות שנהג לכרוך שבע כריכו' בזרוע תחלה ואח"כ הניח של ראש וכתבתי בזה"ל אמת שכ"כ בכוונות ובש"ע מהאר"י ז"ל אבל צ"ע דל"מ לשיטת הרמב"ם ודעימיה וגם האר"י ז"ל מסכים עמהם שלא לברך כ"א אחת על ש"י ועל ש"ר א"כ כיון דמצוה לתכפם ביחד דמצוה אחת היא יש לתכפו כל מה שיוכל ולא להפסיק בכריכות אלא אף לשיטת הפוסקים דס"ל דמברכין שתי ברכות אפ"ה כל מה דמצי למתכף צריך לתכוף ועמלמ"ל פ"ד מתפילין ואדרבא לפענ"ד לשיטת הרא"ש ודאי צריך לתכוף כיון דשני מצות הם וענין אחד מחברם שכל מה שצריך לעיקר המצוה יש להקדים דהכריכה אינו רק למצוה מן המובחר ועיין ברי"ף ורא"ש סוף ר"ה וברז"ה ור"ן שם וע"כ לפענ"ד דברי הרא"ש והטור עיקר:

ב והנה המ"א סי' כ"ח ס"ק ב' כתב שחולק תש"ר אחר שמסיר הרצועה מהאצבע וכתב הלוית חן בפ' בא דהגלי רזיא שמביא המג"א אזיל לשיטת המקובלים דגם דס"ל דיכרוך קודם וה"ה בהסרה אבל לשיטת הרא"ש גם הכריכו' יכול להסיר מקודם כמו שמניח הש"ר קודם הכריכות וכתבתי בגליון המג"א סי' כ"ח דלפמ"ש דהעיקר כהרא"ש א"כ יכול להסיר מקודם הכריכות דהכריכה אינו מן המצוה ועיין ש"ס יומא דף י"א ובב"א מי משכחת לה ל"צ דאקדים וברש"י שם משמע קצת דאין להקפיד בהפסק בכה"ג ויכול לכרוך הרצועו' קודם ועיין שבות יעקב ח"א סי' קכ"ט בכ"ז העיקר לפענ"ד כהרא"ש דאין לכרוך מקודם שלא להפסיק בין הברכה אבל בתפילין של ר"ת שאין מברכין אני נוהג כמ"ש האר"י בכוונו' ודו"ק. אחר כמה שנים שכתבתי זאת בהיותי בכפר טריסקאוויטץ ושם הי' ש"ב הרבני המופלג מוה' יעקב לבוב נ"י מקמארנא בהיותינו מדברים בתוך אחד השיחים נדברנו מהדין הלז והעירני דלדעתו מהראוי לברך ברכה אחרונה על כל כוס וכוס ול"ד לברכת כוסות של פסח דשם לא הוה שינוי מקום אבל כאן הוה שינוי מקום והוה הפסק ובדבר שא"צ ברכה במקומו הוה הפסק שינוי מקום ולכאורה רציתי

לומר דשאני התם שאפשר שלא יאכלו עוד או לא ישתו אבל כאן שותה לרפואה ובודאי ישתה עוד אבל באמת גם לענין קידוש במקום סעודה מבואר בסי' רע"ג דאף דעתו לא מועיל כל שהוה שינוי מקום וכן מבואר בסי' ח' ס"ק י"ז וכן עיקר וכיון שצריך ברכה לאחריה ממילא טעונה ברכה לפניה ואין נ"מ לענין הברכה ודו"ק היטב:

סימן כד

נשאלתי במה שנוהגין השוחטים פה לבוב כשחל שבת אחר שני י"ט של ר"ה או של גליות דאז שוחטין הרבה אנשים ביו"ט שני שא"א להשהות בשר כ"כ מעיו"ט על שבת והנה הבעה"ב נותני' השכר קודם מה שישחטו בי"ט על השבת וא"כ שייך שכר שבת והשבתי דהרי התוקעים לוקחים שכר התקיעות והטור סי' תקפ"ה צווח ע"ז והב"י כתב ליישב ע"ש וה"ה כאן ולפענ"ד להוסיף כיון דאינו רק מחזי כשכר שבת כדאמרו בכתובות דף ס"ד וא"כ בכה"ג שמשלמין קודם השבת לא ניכר כ"כ שיהיה שכר שבת והרי ריבית מקודמת אינו רק דרבנן מכ"ש בזה ומיהו לפ"ז גבי הך דשוכר הפועל למה יהיה אסור כל שאינו שוכרו לחדש והא אינו רק מאוחרת דשכר פעול' אינה משתלמת אלא בסוף ואינו שכר שבת אמנם לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בהא דאמרו גזירה שמא יעבירנו והקשו הקדמונים דא"כ לא ימול בשבת גזירה שמא יעבירנו וכתבו דגוף המלאכה שהיא מלאכה דאורייתא הותרה בשבת א"כ לא גזרו גזירה דרבנן לבטל המילה זה א"א והרבה הארכתי בזה ולפ"ז כיון דגוף המלאכה לשחוט ביו"ט על שבת הותרה גוף המלאכה לא גזרינן על מה דמחזי כשכר שבת ואף דיש לחלק דשם א"א לגזור דלא ימול וכאן אפשר שישחוט בחנם ולא יקבל שכר מ"מ כיון שהותר זאת הותר גם דרבנן וכעין שאמרו מתוך שהותר לצורך וכו' ודו"ק ואגב אכתוב מה שמותר בהבלעה נלפענ"ד כיון דעיקר הגזרה דשכר שבת משום מקח וממכר והיינו שלא יכתוב וא"כ כל שהוא בהבלעה לא יכתוב על שבת בפ"ע ודו"ק:

סימן כה

א לידיד נפשי זך הרעיון ומטיב הגיון נ"י.

ב אשר הקשית אותי בהא דמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' קמ"א סעיף מ"ג דשליח לקבלה א"י למנות שליח ואפילו נתנה לו רשות משום דהו"ל מילי ומילי לא ממסרן לשליח והקשיתי מהא דאמרו בקידושין דף מ"א ושלחה מלמד שהוא עושה שליח ושלח ושלחה מלמד שהשליח עושה שליח ומשמע דקאי גם על השליח שעשת' היא דעל שניהם קאי

ושלח ושלחה וממילא גם בהיא עשתה שליח יכול השליח לעשו' שליח אחר הרי מבואר בהדי' להיפך הנה יפה שאלת וחפשתי ומצאתי בפנ"י בחידושיו לגיטין דף ס"ט שהעיר כן והניח בקושיא וראיתי בב"י שם שהביא תשובת הר"ש בן התשב"ץ שכ' ג"כ לחלוק על הרמ"ה דס"ל דשליח לקבלה א"י לעשות שליח אחר וכתב וז"ל ולפענ"ד אני אומר דלא גרע האשה שאמרה התקבל לי גיטי מאשה שאמרה התקבל לי קידושי מיד פלוני וכשם שהיא יכולה למנות שליח לקבל קידושיה והשליח שליח מדרשת ושלח ושלחה כדאיתא פ"ב דקידושין ה"נ יכולה למנות שליח לקבל גיטה והשליח שליח דכלהו מחד נפקא ואתקש הויה ליציאה ע"ש הנה הרגיש בקושיא זו אבל במחכ"ת תלי תניא בדלא תניא דעיקר הקרא דושלח ושלחה בגט כתיב והוא אצטריך למילף מקידושין ואדרבא קידושין נוכל למילף מגיטין ואדרבא בקידושין אף בהוא עושה שליח ומוסר לו טבעת לקידושין דעת המרדכי דא"י למנות שליח אחר דהו"ל מילי ול"ד לגט דהוא בע"כ וכמבואר בסי' ל"ה וא"כ מהיכא פשיטא לי' להר"ש בן התשב"ץ דהיא יכולה לעשות שליח בקידושין והשליח ימנה אחר וע' בסי' ל"ו ס"ה ומ"ש עה"ג שם יהיה איך שיהיה כפי הנרא' הרגיש בראיה זו. אמנם לפענד"נ דמכאן ראיה למ"ש הב"ש סי' קמ"א ס"ק כ"ט דשליח הובאה שלה לא הוה מילי כיון דלא נגמר השליחות רק בעת שניתן הגט ליד השליח וא"כ י"ל דשלח ושלחה מיירי בשליח הובאה דעכ"פ היא עושית השליח והוה דינו כשליח לקבלה לכמה דברים כמבואר סי' ק"מ ע"ש בב"י וא"כ בכה"ג ל"ש מילי. הן אמת דדברי הב"ש לכאורה תמוהין כמו שתמהו האחרונים דמנ"ל זאת כיון דהוה שליח לקבלה א"כ הוה מילי והנ"ל בהבנת הדברים דהנה באמת צריך להבין היסוד דאמרי דמילי לא ממסרי לשליח דמנ"ל זאת כיון דלא נזכר בשום מקום בתורה דמז לזה ואדרבא בגיטין דף ע"א ע"ב כ' רש"י בטעמא דר"מ דס"ל מילי ממסרן לשליח דדרך ארץ שאדם עושה שליח דברים וא"כ ניהו דר"י חולק וס"ל דמילי לא ממסרן לשליח אבל באיזה סברא נחלקו לא בדרשת הכתוב ולא בסברא ע"כ נ"ל דהענין הוא דהנה באמת בקידושין דף מ"א ילפינן שליחות מה"ת ממקרא והיינו דשלוחו של אדם כמותו והו"ל כבע"ד בעצמו ולפ"ז י"ל דזה דוקא במידי דעשייה שמוסר לו איזה דבר אמרי' דהוא הוה הבע"ד מאותו עסק ונעשה כגוף המשלח וא"כ שפיר יכול לעשות שליח שני דבע"ד יוכל לעשות שליח כדיליף מקרא וזה השליח נעשה באותו עסק שיש בידו בע"ד ועושה שליח אבל היכא שאינו מוסר בידו דבר כ"א שמצווה לכתוב ולחתום א"כ א"א לייחס לשליח שם בע"ד דכ"ז שאינו עושה אותו במה נעשה בע"ד הא באמת אין הדבר נוגע לו ורק לכשיעשה הדבר יהי' נעשה בע"ד וא"כ אינו מגודר בשם בע"ד כל זמן שלא עשהו

ואין עליו רק שם שליח וא"כ במה כחו יפה שיעשה שליח ואנו לא למדנו רק שבע"ד יוכל לעשות שליח וזה השליח עוד אין עליו תורת בע"ד ולא יוכל לעשות שליח שני וע' בקידושין דף מ"ג דמפרש טעמא דבי ר' שילא דאמר אין שליח נעשה עד דכיון דשלוחו של אדם כמותו הו"ל כגופיה הרי לך דנעשה כגופו ואף לדעת רב והכי קי"ל דשליח נעשה עד היינו דניהו דהוה כגופו אבל לא גופו ממש ושפיר יכול להיות עד כל שאינו נוגע. אבל בגוף הענין מודה דנעשה בע"ד והיינו היכא דנתן לו דבר בידו אבל כל שאינו מוסר לו דבר רק שיעשה לו איזה דבר א"כ כל שלא עשה לא נעשה בע"ד וז"ב. ולזה נרא' שכוון רש"י בגיטין דף כ"ט שכתב דאין כח בדברים להיות נמסרים לאחר והיינו משום דבדברים לא יוסר מן הקרא בשם שליח רק שליח שמו ואין שליח עושה שליח ששלח אותו ואין בכחו לשלוח אחר וז"ב מאד לפענ"ד בסברא ולפ"ז מה"ט שליח לקבלה אין עושה שליח שני דאין בידו שום דבר להיות נקרא בע"ד כ"ז שלא ירצה הבעל לתת הגט ולפ"ז זהו שליח לקבלה אבל שליח להובאה שהיא עושית שליח שיביא לה הגט אם יתן הבעל וא"כ כשנותן לו הבעל נעשה שליח שלו ג"כ וא"כ פשיטא דיכול לעשות שליח אחר דלענין מה שעשאתו שליח דהיינו אם יאבה הבעל ליתן לענין זה נעשה בע"ד דבשלמא שליח לקבלה דמגורשת תיכף משעת קבלתו וא"כ זה כשרוצה הבעל אבל אם לא ירצה לא יגמר הדבר כלל וא"כ הו"ל מילי כ"ז שלא נודע דעת הבעל אבל כאן שהיא לא עשתה רק כשירצה הבעל וכפי דין שליח להולכה שלא תתגרש רק כשיבא לידה א"כ נעשה שלוחו של הבעל והו"ל כבע"ד וזה כוונת הב"ש כיון דעיקר השליחות נגמר בעת שנותן הגט ליד השליח והיינו דלזה הו"ל כשליח להולכה דלא מקרי מילי אבל ש"ק לא נקרא מצד הבעל כ"א מצדה ומצדה לא נתנה לו שום דבר וז"ב לדעתי. איברא דלפ"ז צריכין להבין דעת המרדכי דכתב בשם הקדוש מדרוש דבקידושין גם שליח להולכה א"י לעשות שליח אחר דלא הוה כמו גט דבגט ל"מ מילי כיון דמוסר הגט ובידו לגרש בע"כ משא"כ בשליח לקידושין דאם לא תאבה לקבל אינה מקודשת הו"ל מילי ואמאי נקרא מילי דהא מ"מ כל שנותן לו הכסף לקדש נעשה כבע"ד ול"ש לומר דהו"ל מילי דאם תרצה לא תקבל דז"א דגם אם יקדש הוא בעצמו בידה הברירה שלא לקבל והנ"ל בזה דבאמת כמו באם קידש הוא בעצמו לא נקרא חלות הקידושין עד שתקבל הקידושין ואף שהכין עצמו מכבר ומוליך לה הקידושין כ"ז שלא קבלתה לא מקרי מעשה קידושין וכמו כן בשליח לא נקרא מעשה עד שתקבל דכ"ז שלא קבלה אין עליו שם קידושין רק מילי בעלמא וכ"ז שאינו בע"ד לא יוכל לעשות שליח כלל וז"ב:

ג ובזה נראה לפענ"ד החילוק שיש בין דין מתנה לקידושין דבמתנה אם יתן ליד שליח שפיר מהני אף דגם שם הברירה בידו אם ירצה לקבל או לא מ"מ כיון דמצד הנותן כל שזיכה ע"י אחר נקרא שם מתנה עליו והרי אם היו שתק בשעה ששמע ואח"כ צווח הוה ספק כמבואר בחו"מ סי' רמ"ג סי"א וא"כ שם מתנה חל עליו משעה שזיכהו וא"כ אין לך מעש' גדול מזה ולא שייך לומר דהוה מילי משא"כ בקידושין כ"ז שלא קבלה לא התחיל הקידושין כלל וז"ב לפענ"ד בסברא. וראיתי בקצה"ח סי' קמ"ד שמדמה מתנה לגט לענין שליח שני ולפמ"ש אין הנושאים שווים דשם הו"ל מילי כ"ז שלא הגיע לידה וכאן הו"ל מעשה. ובזה יתיישב הא דהקש' הקצה"ח מהא דאמרו בגיטין דף כ"ד דא"ל הוי שליח להולכה עד דמטית התם וכי מטית להתם שוי שליח להולכה וקבלי הגט ממנו והרי שם בידה שלא לעשות שליח להולכה וא"כ הו"ל מילי ומילי לא ממסרן לשליח וגם הוסיף להקשות דאף אם נימא דכיון דבשעה שמסרה לשני יכול לגרש השני בע"כ תו לא הוה מילי עדיין קשה דהא קי"ל דהראשון יכול לבטל השני כמ"ש בסדר הגט של מוהר"ם פדוואה וא"כ הו"ל מילי דיכולה לבטל השליח השני ע"ש ולפמ"ש א"ש דכל הטעם שנחשב מילי הוא משום דלא התחיל כלל שום ענין גט עד שתקבל אבל כל שנותן לה בעצמו רק דשוי' שליח להולכה אבל עכ"פ כל שתרצה לעשות תהיה מגורשת ע"י שתעשה שליח הולכה א"כ לא מקרי מילי דמילי דאית בי' מעשה הוא דהא בידה לעשות וכל שבידה לא מקרי מילי גרידא ובלא"ה יש לחלק דכל שהיה יכול להיות נקרא מעשה אף שהוה ע"י מילי כמו באשה עצמה דהי' יכול לגרשה תיכף אף שנעשה ע"י מילי לא נקרא מילי כיון שבכחו לעשות מעשה יכול לעשות שליח במילי ודו"ק כי יש לפקפק בזה אבל מ"ש בראשונה נראה נכון. ובזה תראה גם מה שהאריך הקצה"ח שם ס"ק ג' לענין אם עשה שליח לקבלה איזה דבר שקנה או ניתן לו במתנה והגיע הדבר ששלח אחריו לחצירו של השליח דק"ל דשליחות דגברא מתורת שליחות א"כ הו"ל שליח עושה שליח ולפמ"ש א"ש דל"מ במתנה כ"כ דודאי שע"ש דל"מ מילי כלל אלא אף בגט נמי בכה"ג מהני משום דהשליח השני לא בא מכח הראשון כ"א מצד הנותן שזרק לחצרו ובכה"ג מועיל כנלפענ"ד:

ד עוד נראה לפענ"ד לחלק דבמתנה ודאי נעשה שליח שני דל"ש כאן שמא לא תתרצה דהרי במתנה קי"ל דאמרינן מסתמא ניחא ליה וכמבואר בחו"מ סי' קצ"ה ס"ג בהג"ה דיקנה שלא בפני הלוקח משום דבמתנה אמרינן מסתמא ניחא לי' וכמ"ש בסמ"ע שם ואף שכתב הסמ"ע דבתשובת מהרי"ל משמע דאף במתנה לא ניחא באמת שהוא תמוה וע' בקצה"ח שם אבל עכ"פ מסתמא אמרינן דניחא ליה וכיון שכן ל"ש לומר דהוה מילי

בזה שמא לא תרצה. עוד נ"ל דהנה צריך להבין דברי המרדכי שכתב שמא לא תתרצה האשה והא עכ"פ כיון שבעת שעשה השליח הראשון אם היתה האשה מתרצית שוב הי' נעשה שליח ולא נקרא מילי דהא הי' נעשה שליח גם מצד האשה והו"ל מעשה גמור וצ"ל כיון דלא נודע אם נתרצה שוב הו"ל מילי ואף דאח"כ באמת נתרצית מ"מ כיון דבעת עשותו השליח הו"ל מילי ל"מ מה שנתרצית אח"כ ולפ"ז זהו בקידושין דקי"ל דאף שנתרצית אח"כ מעיקרא לא היתה מרוצה אבל במתנה כל שנתרצה אח"כ אמרינן דמעיקרא בודאי נתרצה ומועיל. והנה אף שהארכתי בזה מ"מ לא אכחד קושט דברי אמת כי אין בו כדי שביעה ועוד לא נחה שקטה דעתי בזה עד יאיר ד' עיני. אמנם בגוף הענין דמילי לא ממסרי לשליח היה נ"ל דבר חדש דהנה בהא דאמרו בגיטין דף ס"ד והא לא חזרה שליחות אצל הבעל ופירש"י ששליח לא נקרא רק מי שנשתלח מזה לזה שראוי לחזור אצל שולחו ולומר עשיתי שליחותך וזו אינה ראויה לחזור שלא נשתלחה אלא לעצמה ונעשית אח"כ בעל המעשה ובטל השליחות קודם שתחזור והתוס' פירשו הטעם דקודם שנעשית שליח לקבלה לא נגמר עדן השליחות שיהיה יכול לחזור אצל המשלח לומר עשיתי שליחותך ע"ש למדנו מדברי רש"י ותוס' דשליחות ל"ש רק אם יוכל לחזור ולומר עשיתי שליחותך אבל כל שלא נגמר השליחות שיהיה יכול לחזור ולומר עשיתי שליחותך ל"ש ענין שליחות ולפ"ז בשלמא אם שלחו בדבר מעשה שפיר יוכל לעשות שליח שני דהרי יוכל לחזור ולומר עשיתי שליחותך שהלך עם אותו דבר רק שא"י להלך ולעשות שקרה לו אונס וכדומה ושלחו ביד אחר אבל מ"מ חל כבר שליחותו שנעשה שליחותו ויכול לומר עשיתי כך וכך אבל כאן עיקר השליחות הי' כשיעשה היינו כשיכתבו ויחתמו וכל שלא כתבו וחתמו וצוו לאחר הרי יצאו מגדר שליח קודם שהתחילו שליחותם ולא יוכלו לומר עשינו שליחותך ואיך יפול ענין שליחות בזה שיוכלו לעשות שליח שני וז"ב לדעתי כשמש ולכך גם שליח לקבלה א"י לעשות שליח אחר דשליחותו אינו מתחיל כ"א לכשיקבל דלע"ע אינו רק מילי בעלמא ואין שם שליח עליו וא"כ איך יוכל לעשות שליח אחר והא אין עליהם שם שליח עדיין לומר חזרה שליחות אצל המשלח וז"ב ולכך גם מתנה הוה כגט דכ"ז שלא כתבו וחתמו לא התחיל השליחות עדיין וא"כ א"י לומר עשינו שליחותך ואין עליהם שם שליח עדיין שיוכלו לעשות שליח אחר כנ"ל ואף דקי"ל בטוש"ע אהע"ז סי' קמ"א דהוה ספק גט בלא חזרה שליחות אצל הבעל היינו משום דשם עכ"פ היה ראוי בתחלת שליחותו לשוב לבעל לומר עשיתי שליחותך רק שנעתק אח"כ ונעשה ש"ק אבל כאן כל דנתנו לאחרים לא הי' ראוי כלל לשוב ולומר עשיתי שליחותך ודומה למה דאמרי' בדף כ"ד גבי אשה

דלא חזרה שליחות אצל בעל וכמ"ש הב"ש בסי' קמ"א ס"ק א'. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דבזה נ"ל בטח דבמתנה כה"ג דהיינו שאמר לשליחו שיתן לפלוני והלך השליח ועשה שליח שני דכתב הקצה"ח סי' רמ"ד דדמי לקידושין דדעת הקדוש מדרוש דכל די"ל דאולי לא תתרצה חשוב מילי וה"ה בזה ולפענ"ד ל"ד דבשלמא שם שפיר כ' המרדכי דכיון דעיקר שליחות לא מתחיל רק בשעה שמקדש וכל שיש ספק אם אולי לא תתרצה א"כ בעת נתן לו המשלח הטבעת לא התחיל השליחו' וא"י לומר לו עשיתי שליחותך עד גמרו הקידושין וכל שעשה אחר לא חזרה שליחות אצל המשלח אבל כאן הרי באמת הש"ך בסי' קפ"ה בחו"מ ס"ק א' נסתפק אם במתנה שייך לומר לא חזרה שליחות אצל המשלח:

ה אמנם במחנה אפרים הלכות שלוחין סי' ד' כתב לחלק דבמתנה ל"ש זאת דלא נעשה שליח של המשלח רק שלוחו של אותו שמזכה לו דיכול לעשות שלוחו לזכות לו אף שלא מדעת המשתלח לו ע"ש שהביא כן בשם הרא"ה ולפ"ז כיון דאמרינן דבמתנה לא בעינן חזרה שליחות אצל המשלח א"כ ממילא איך תחשוב דהו"ל מילי משום דאולי לא ירצה המקבל דהרי כל הטעם הוא דלא חזרה שליחות אצל הבעל ובמתנה ל"ש זאת וכמ"ש המח"א וז"ב ואף דאמרו מתנה הרי הוא כגט היינו דוקא במצוה להם שיכתבו שטר מתנה שכל שלא כתבו לא התחיל כלל הזכות ולא נעשו שלוחים של המקבל שלא זכו לו כלום עד שיכתבו אבל כל שנתן לשליח דבר ונעשה שלוחו של המקבל שוב יכול לעשות שליח אחר דא"צ שיחזור שליחות אצל הנותן וז"ב מאד:

ו ובזה ממילא מיושב קושית הקצה"ח לדעת הקדוש מדרוש א"כ היאך אמרו בגיטין דף כ"ד דא"ל דתהוי שליח להולכה עד דמטית להתם וכי מטית להתם שוי' שליח להולכה והא כיון דתלוי ברצון האשה שוב הו"ל מילי ולפמ"ש א"ש כיון דעד התם נעשית שליח להולכה וחזרה שליחות אצל הבעל ושם צוה לה לעשות שליח להולכה דזה תירץ שם על הא דמקשה והא לא חזרה שליחות אצל בעל וא"כ בכה"ג ל"ש מילי לא ממסר לשליח ובזה נראה מה שהאריך בקצה"ח שם לענין חצר של שליח לקבלה אם מועיל בגט ומתנה דחצר משום שליחות אתרבאי ומילי לא ממסר לשליח ולפמ"ש ל"מ במתנה ל"ש זאת אלא אף בגט נמי מועיל דהא ל"ש לומר דלא חזרה שליחות אצל בעל ואדרבא הוא אומר עשיתי שליחותך. ובזה נ"ל ליישב הא דהקשה הקצה"ח דאי נימא דמילי לא ממסרי לשליח ואיך אמרו בגיטין דף ס"ג כתבו ותנו לשליח מהו והא הו"ל מילי ולא ממסרי לשליח ולפמ"ש א"ש דשם כל שא"ל כתבו ותנו לשליח והם עשו כן שכתבו ונתנו לשליח א"כ ל"ש לומר דהו"ל מילי דהא חזרה שליחות אצל המשלח דיכלו לומר

לו עשינו כאשר צויתנו לכתוב וליתן לשליח ודוקא בא"ל כתבו והם לא כתבו הוא דשייך מילי וכן בא"ל שיתנו בעצמם והם לא נתנו בעצמם י"ל דמקרי מילי דעל הנתינה לא התחיל שליחותם כלל עדיין אבל כל שצוה להם שיתנו לשליח שפיר חזרה שליחות אצל המשלח:

ז ובזה י"ל מה שנסתפק הגט פשוט סי' ק"כ ס"ק כ"ג במי שאמר לשנים תנו גט לאשתי והלכו וכתבו וחתמו בעצמם אם יכולין ליתן ע"י אחר די"ל דדוקא באם עשה בתחלה שליחות על הנתינה לבד א"כ יכולים לעשות שליח דמסר להם הגט אבל בא"ל תנו דלא מסר להם דבר רק שאח"כ כתבו וחתמו לא יוכלו לעשות נתינה ע"י שליח ע"ש ולפמ"ש י"ל ג"כ דא"י לשלוח ע"י אחר דבשלמא בנתן להם גט א"כ תיכף התחיל השליחו' א"כ אף שנותן אח"כ ע"י אחר מ"מ יכול לומר עשיתי שליחותך אבל כיון שהתחיל לומר להם תנו ובעת ההיא לא התחיל כלל השליחות אף שכתבו וחתמו כיון דלא התחיל על הנתינה תורת שליחות זה ליתן לאחר. ובזה נ"ל ליישב חידושי הרשב"א שהביא בג"פ שם שכ' בגיטין דף כ"ט לחלק בין שלשה דיכולים ליתן ע"י אחר אבל בשנים לא ותמה הג"פ דמה חילוק יש בין שלשה לשנים ע"ש:

ח והנה חידושי הרשב"א אינו ת"י אבל כפי מה שהביא הוא דבריו נ"ל דא"ש דבאמת בשנים הו"ל מילי גם וענין נתינה דהא עשאם שלוחים שיתנו ואיך יתנו לאחר והא לענין הנתינה לא התחיל השליחות כלל כיון דלא בא מיד הבעל לידם רק שהם כתבו וחתמו אבל בשלשה לענין נתינה שפיר יוכל לומר דעשאן ב"ד והרשה להם לתתם ע"י אחר ובזה ל"ש חזרה שליחות אצל הבעל דבשלמא לענין הכתיבה ע"כ לא עשה אותם ב"ד דהרי צוה להם שיכתבו בעצמם ועשאם עדים דמסתמ' לא יצוה לב"ד שיכתבו וא"כ לענין נתינה שפיר י"ל דעשאן ב"ד ובכה"ג ל"ש לומר דחזרה שליחו' אצל המשלח וז"ב. ובזה נרא' דלכך באומר אמרו יש להכשיר דאומר אמרו עשאן בפירוש שלוחים שיאמרו לאחרי' א"כ ל"ש לומר דהו"ל מילי דהא חזרה שליחו' אצל בעל דבשעה שעשו לאחרי' יוכלו לומר עשינו כאשר צויתנו ורק מטעם דלא הוה לשמה כמ"ש הרמב"ן בזה יש להחמיר ודו"ק היטב כי לפענ"ד מובטחני כי יש לו פני' בהלכה. והנה בג"פ שם דקדק על מ"ש רש"י בגיטין דף ע"א ע"ב בהא דאמר הא אמר תנו נותנין מני ר"מ היא דאמר מילי ממסרן לשליח ופירש"י דבשני' הטעם משום בזיון וגם דפירש דמילי דממסרן לשליח היינו שדרך ארץ לעשו' שליח בדברי' ודקדק הוא דרש"י נראה דמפרש משום בזיון וזה כאביי אבל רבא מפרש משום דמילי לא ממסרי לשליח וגם מ"ש רש"י דדרך ארץ נראה דתלוי בדרך ארץ ובדף כ"ט פירש"י דאין כח בדברי' למסרן לעשו' לשליח ובמחכ"ת

לפענ"ד דברי רש"י נכונים דלר"מ דס"ל מילי ממסרן לשליח הוכרח רש"י לתת טעם דדרך ארץ לעשו' גם בזה שליח ובזה נחלקו ר"מ ור"י וכמ"ש בראשית דבריו לכך הוכרח רש"י לפרש דטעמ' דר"מ משום בזיון דמשום מילי אפשר לפרש לר"מ דהוא ס"ל דאף במילי ממסרן לשליח וע"כ דלכך בשנים בעינן שיכתבו בעצמם משום בזיון וז"ב ופשוט:

ט שוב ראיתי שכ"כ התוס' מפורש בדף ס"ו ע"ב בד"ה והאמר בהא דרצה הש"ס לומר דשמואל מספק' לי' אי מילי ממסרן לשליח וכתבו דממתניתין ליכא למפרך מר"מ דפוסל בשני' משום די"ל משום בזיון דבעל הרי מפורש כמ"ש רש"י בטעמ' דר"מ וכ"כ התוס' בדף כ"ט ע"א ד"ה ומילי ע"ש. אחר שכתבתי כ"ז ראית בבית מאיר סי' קמ"א שהעיר קצת על הר"ש בן התשב"ץ כמ"ש למעל' ונהניתי:

י והנה לפי שיטת הרמב"ן דאומר אמרו פסול משום דכיון דבעינן לשמה והרי לא שמעו הסופר והעדי' מפי הבעל ובעינן שישמעו מפיו ק"ל מהא דאמרו בגיטין דף ע"ב ישמעו לאפוקי ממודה ר"י באומר אמרו קולו לאפוקי מדר"כ אמר רב וקשה לפי דבריו כיון דכבר אשמעינן מישמעו לאפוקי ממ"ד מודה ר"י באומר אמרו ולשיטת הרמב"ן עיקר הפסול משום שלא שמעו מפיו וא"כ ממילא נשמע לאפוקי מדר"כ א"ר דניהו דכ' הוא מ"מ בעינן שישמעו מפיו וכתיבה אינו הגדה בפה כדקאמר שאני עדות דרחמנ' אמר מפיהם ועיקר מעלה דכתיב' הוא רק לראיה שמתרצ' ומבין שמגרש והרי באומר אמרו ודאי צוה לשני עדים שיגרשו עדיף מכתיבת חרש ואפ"ה פסול דבעינן שישמעו מפיו ומכ"ש בכתיב' דל"מ דסוף סוף לא שמעו מפיו ובעינן שהסופר והעדי' ישמעו מפיו ועיין בתוס' גיטין דף ע"א בד"ה אמר ובדף ע"ב שם ד"ה קולו:

יא אמנם באמת אחר העיון הדבר נכון דבאמת צריך להבין למה לא יועיל שליחו' לזה הא כיון דצוה לשלוחו שיאמר לאחר הרי האחר שמע מפי שליח הבעל שיכתוב גט והו"ל כאילו כתבו הבעל וצ"ל דכוונת הרמב"ן דכיון דבעינן שישמעו מפיו וכיון דבעינן שליחו' בכתיבה ואף להתוס' שכתבו דלא בעינן שליחות להכתיבה עכ"פ בעינן שיכתוב לשמה וכל שלא צוה הבעל לאו לשמה מקרי וכיון שכן ל"מ בזה שליחות דכיון דהקפיד' תורה שיצוה הבעל והם ישמעו מפיו ובזה ל"ש שליחות דבמידי דממיל' ל"ש שליחות וכמ"ש הרא"ש בנדרים דף ע"ב גבי לכי שמענא דבמידי דממיל' ל"ש שליחות וה"ה בזה כל דבעינן שישמעו מפיו והרי לא שמעו מפיו עכ"פ וז"ב בכוונת הרמב"ן. ומעתה בחרש דהכתיבה מורה שרצונו לזה עכ"פ מבינים מדעתו שמצוים בעצמו לכתוב ה"א דכשרים דניהו דלאו קולו מקרי ולא שמעו מפיו אבל הבינו כן מדעתו וסגי לכך קמ"ל דקולו לאפוקי מדר"כ א"ר. וראיתי בב"ש סי' ק"כ ס"ק ז' שכ' דמדפסל הרמב"ן באומר

אמרו משמע דבעינן שליחות בכתיבת הגט והרי מכשיר עבד ע"כ דלא בעי שליחות ע"ש ולפמ"ש י"ל דהרמב"ן ס"ל דכיון דעכ"פ בעינן שישמע מפי הבעל שמצוה דאל"כ מקרי שלא לשמה וא"כ ל"ש שליחות בזה דעכ"פ גופו של הבעל אינו מצוה וז"ב. ולפענד"נ ראיה ברורה דלא בעינן שליחות בכתיבת הגט דלא כטור סי' ק"כ ועב"ש ס"ק א' מהא דאמרו בגיטין דף ס"ו בי תרי מיניכו נכתבו גיטא ומספק' להו אי משוי אינש ברא שליחא לגבי אבוה וקשה כיון דעכ"פ בעת אמירתו לא הוברר מי מהם נעשה שליח א"כ אין ברירה הא למה זה דומה למ"ש הרשב"א בב"ש סי' קמ"א ס"ק ס"א דאם אמרה האשה כל מי שירצה הבעל לעשות שליח יהי' שלוחי דאמרינן אין ברירה וה"ה בזה וע"כ דלא בעינן שליחות בכתיבת הגט [ואולי משום זה פירש הטור סי' קמ"א ובש"ע שם סכ"א דקאי לענין שליח להולכה] וכן יקשה מהא דאמרו בעשרה כתבו דאחד כותב ושנים חותמין כמבואר סי' ק"כ ס"ז ח' וקשה ג"כ הא אין ברירה וע"כ דל"צ שליחות ולדברי הטור צ"ל דל"ש כאן ענין ברירה דברירה ל"ש רק בדבר שצריך לומר הוברר הדבר למפרע משא"כ בזה שא"צ רק שיהי' נברר מכאן ולהבא ובעת כתיבה בעת שצריך שליחות כבר הוברר הדבר למפרע. ומצאתי בשו"ת נוב"י באהע"ז סי' צ"א שהעיר בזה ונהניתי אלא שמה שחקר בגוף הדין אם יכולה אשה למנות שליח בכה"ג במחכ"ת לא זכר שם דברי הרשב"א שנסתפק בזה מטעם אין ברירה. אמנם עדיין יש ראיה דהרי באומר אמרו לדעת הפוסקים דמכשירין הוא לשיטת מהר"ם אלשקר אף בלא ייחד לסופר פ' ורק שאמר אמרו לסופר שיכתוב והרי כל שלא ייחד לסופר ולעדים א"כ אף דנימא דמילי ממסרי לשליח הא עכ"פ כל שלא ייחד לשליח הוה כאומר כל הרוצה לכתוב שדעת התוס' דלא מועיל וכמ"ש התוס' בגיטין דף ס"ו ד"ה כל השומע קולי וגם כאן כן ואיך מועיל והא בעינן שליחות:

יב ובזה הי' מקום ליישב קושיית הרמב"ן שהקשה דלמה לא יהי' מועיל באומר אמרו והא הכא ל"ש מילי לא ממסרי לשליח. ולפמ"ש י"ל דפסול בשביל שלא ייחד השליח וא"ל דהם בוחרים השליח דז"א דלא עדיף משליח ראשון שעושה שני דאמרינן דכלהו מכח בעל קאתו וכדאמרו בגיטין דף כ"ט וה"ה בזה. אך ז"א דא"כ איך יכול לעשות שליח ראשון שליח שני והא הבעל לא עשאו וע"כ צ"ל דאותו הכח שיש לבעל מסר להשני וה"ה בזה דכיון דבאומר אמרו לא שייך מילי לא ממסרי לשליח א"כ הוה כאילו הבעל עשה להסופר הזה ולהעדים שלוחים ודו"ק:

יג והנה לכאורה קשה טובא לשיטת הפוסקים המכשירים באומר אמרו הא התוס' הקשו בד"ה אמרו דהו"ל עד מפי עד וכתבו דעיקר עדות לא נמסר רק לאלו והראשונים

הם שלוחי הבעל שמצוים ליתן גט ולפ"ז יקשה טובא דהא כיון שצריכין אותן העדים שחותמין על הגט לאותן העדים שצוו להם לכתוב דאל"כ פסול דנכתב שלא ברצון הבעל וא"כ הו"ל חצי דבר ופסול ומכ"ש לפמ"ש הרמב"ן בחידושיו לגיטין דף כ"ט ליישב דלכך לא מקרי עד מפי עד דהם אינם מעידים כלל על הגט ואם תשאלם אם נתגרשה ישיבו שא"י רק שבבאה לפני ב"ד צריכה שתי כתי עדים הראשונים והאחרונים ע"ש א"כ הו"ל חצי דבר ובשלמא לשיטת התוס' דסגי כשראו כל מה שיכולים לראות י"ל גם כאן ראו מה שהיו יכולים לראות אבל לשיטת הרי"ף דצריך להועיל עדותן קצת כמו עדי חזקה דעכ"פ על שנה אחת מעידין וכאן זו בלא זו אינו מועיל כלל והו"ל חצי דבר. הן אמת דגם לשיטת התוס' יש מקום להקשות בהא דמכשיר ר"מ במשנה בשלשה שיאמרו לאחרים מפני שעשאן ב"ד ואמרו דזו הלכה העלה ר"ח איש אונו מבית האסורין ופירש"י מפי ר"ע שחבוש בבית האסורין והרי ר"ע נחלק על רבנן גם בעידי חזקה וס"ל דלא מועיל דהו"ל חצי דבר אף בכה"ג כמבואר בב"ק דף ע' ואיך הכשיר כאן ואף דעשאן ב"ד עכ"פ לענין זה דין עדים יש להם שצריכין להעיד שצוה להם כן והו"ל ח"ד והוא קושי' גדולה ונפלאה. והנה במשנה יש ליישב כיון דעכ"פ אותן העדים היו יכולים לעשות בעצמם והי' כשר הגט אף דכעת שצוו לעדים אחרים מ"מ מקרי א"צ לעדים אחרונים ולא הוה ח"ד וכעין שכתבו התוס' לענין עדי אמירה עם עדי קבלה ובפרט לשיטת הרי"ף דס"ל דכל שמועיל עדותם לא הוה חצי דבר וכאן עכ"פ מועיל עדותם לענין אם עשו בעצמם אבל באומר אמרו הא שם אם היו כותבין בעצמם ודאי פסול דהרי לא רצה שיכתבו הם רק שאחרים יכתבו וא"כ שוב הו"ל חצי דבר וע' ב"ש ס"ק ו' בסופו שכ' כן בהדיא דאם אמר שיאמרו להסופר שיכתוב וכתבו בעצמם הוה שינוי וא"כ שוב הו"ל חצי דבר והיא קושיא גדולה. ובאמת שדברי הראב"ד לא ידעתי מקומם וכפי הנראה כוון הב"ש למ"ש הטור חו"מ סי' רמ"ד בשם הראב"ד דאם חתמו בעצמם דפסול ובדברי ה"ה שם יש ט"ס כמ"ש הל"מ והב"ח והג"פ כאן וכן קשה בהא דמכשיר הטור בחו"מ שם במתנה באומר אמרו והא הו"ל חצי דבר. והנה בגיטין כאן לכאורה רציתי ליישב דהרי אמרו שם דבכתב הגט נעשה כאומר אמרו ופירש"י מדלא קפיד הו"ל כאומר אמרו ולפי"ז שפיר י"ל דכשר בכה"ג דכיון דלא קפיד א"כ ודאי אם היו כותבין בעצמם ודאי הוא כשר ולא מקרי שינוי דהרי לא אמר בהדיא שאחרים יכתבו רק שלא קפיד וא"כ בכה"ג כשר אלא שלפ"ז יקשה מה פריך על ר"י ודלמא דוקא בכה"ג מכשיר באומר אמרו ולא באומר אמרו בהדיא והיא קושיא גדולה ונפלאה. והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש וליישב דברי ה"ה שכ' שם דבאומר אמרו דיש סוברים דכשר וכ"ש אם חתמו הם עצמם והוא תמוה כמו שתמהו

הלח"מ והב"ח והג"פ דהא הם שינו דהוא צוה שיאמרו לאחרים והנרא' בזה דהנה קי"ל דשלשה יכולין לכתוב שלא מדעת המתחייב ומשום שעשאן ב"ד וכמ"ש בטוש"ע חו"מ סי' רנ"ג ס"א וכיון שיכולין לכתבו בלי שאלת הבע"ד מכ"ש שלא מקרי שינוי כשכותבין בעצמן שהרי עשאן ב"ד וכיון דדברי הרמב"ם הם בשלשה כמ"ש שם בהדיא וא"כ בכה"ג שפיר כ' ה"ה דכשר כשחתמו בעצמם משום דנעשו ב"ד וא"כ לכך משכחת לה באומר אמרו דכשר בגט ובמתנה והיינו בשלשה דוקא וע' בשו"ת נוב"י חלק אהע"ז סי' נ"ח שכ' בהדיא כן דבשלשה כשר אף בלי שאלת הבע"ד דנעשו ב"ד ע"ש אלא שבאמת הטור כ' בהדיא בסי' רמ"ד שם בשם הראב"ד דאם חתמו בעצמם דפסול אף בשלשה וגם משמע בגיטין דאף בשנים אמר אמרו כשר למאן דמכשיר ושם ודאי יש פסול אם כתבו ותתמו הם ולחומר הקושי' נ"ל דל"מ באומר אמרו ואינו מייחד שם הסופר והעדים א"כ בכה"ג נ"ל כיון דנתן להם הרשות שיבחרו איזה סופר שירצו נלפענ"ד דבכה"ג ודאי לא קפיד אם הם יכתבו בעצמם דכיון דנתן להם רשות שיבחרו איזה שירצו מכ"ש שכשר אם כתבו הם דלא קפיד עלייהו וכל שכשר בזה שוב הו"ל עדות הראשונים עדות שלם והראב"ד דכ' הטור בשמו דפסול כשחתמו בעצמם היינו משום דבפ"ד מזכייה קאי על ל' רבינו שכ' אמרו לפלוני ופלוני הרי דפרט השמות ובכה"ג י"ל דקפיד דוקא על אלו ועב"ח שכ' בח"מ שם שהראב"ד דייק כן ל' רבינו שם ע"ש:

יד ובזה עמדתי על ל' הראב"ד והטור שכתבו כן שם ולא כ' הראב"ד כן בפ"ב דגירושין משום דשם לא פרט רבינו פלוני ופלוני וע' בדרישה ופרישה בחו"מ שם ושם אפשר דכשר ודו"ק. אלא אף במייחד שם העדים נ"ל דבר חדש דהרי התוס' הקשו ד"ה הא כ' הגט דהרי ר"מ מכשיר אף במצאו באשפה וא"כ למה אמר דמילי לא ממסרי לשליח לענין כתיבה וכתבו דכל שצוה לכתוב הקפיד ע"ז ופסול ע"ש ולפ"ז ממנ"פ כשר דאם נימא דמקרי חצי דבר במה דכתבו האחרונים וצריכין לראשונים הא ז"א דלענין הכתב עצמו א"צ לעדות הראשונים כלל דממנ"פ אם לא צוה שוב כשר אף במצאו באשפה שוב הו"ל דבר שלם עכ"פ לענין הכתיבה ושפיר מקרי דבר וצ"ע בזה כי היא הערה חדשה. עוד נ"ל כיון דמסקינן דכשר ולא תעשה כן בישראל ומשום חששא דשמא תשכיר עדים וכיון דל"ש דלכך לא גזרינן דלמא נפיק מיניה חורבא כדאמר בסוגיא ולפ"ז שוב אף כשאמר אמרו לסופר פשיטא דאין מקום לומר דהקפיד דוקא שיכתבו אחרים ולא הם דהא לא תעשה כן בישראל והיאך נימא דהקפיד דוקא שיעשה איסור וכיון שלא הקפיד שוב הו"ל דבר שלם לגבי הראשונים. ובזה י"ל דלכך לא כ' הראב"ד כן רק בחו"מ משום דבגט כשר כשחתמו בעצמם ומשום דלא תעשה כן וגם הה"מ שמכשיר קאי בגיטין

ודו"ק ובאמרו לסופר ויכתוב ואתם חתומו ג"כ כשר ולא תעשה ואף למאן דמכשיר שם הא לענין הכתב סופר שייך הסברא שכתבתי והב"ש שכ' כן בשם הראב"ד גם גבי גט דבריו צ"ע דאפשר דבגט כשר ודו"ק:

טו שוב ראיתי בבית מאיר שכ' על דברי הב"ש הנ"ל דכ' בשם הראב"ד דהוה שינוי דתלוי בפלוגתת הרי"ף ורא"ש ורמב"ם שמבואר בב"ש סי' קמ"א ס"ק מ"ט אם אמר שהשנים יתנו לפלוני שלוחו אם יכולים למסור בעצמו ע"ש ולדעתי הדבר צ"ע דאף להרי"ף והרא"ש שם דהם בעצמם כשרים שיתנו הגט היינו משום דסוברים דרק לטירחא דידהו חייש אבל בכתיבה כל שפרט להם שם העדים ודאי אין רשאין לכתוב בעצמם. וראיה ברורה מהא דחתם סופר ועד פסול דחיישי לכיסופא דסופר ויחתמו אותו שלא צוה הבעל כדאמר בסוגיא ולפ"ז אם נימא דאין קפידא אם יכתוב איש אחר מה שלא צוה הבעל למה גזרו גזרה משום חשש זה דאינו רק פסול דרבנן לכל היותר וע"כ דכל שפרט אות אנשים בטל הגט אם חתמו אחרים ולכך גזרו משום כיסופא דסופר וז"ב מאד. אך בגוף הקושיא שהקשיתי דהו"ל חצי דבר נלפענ"ד הדבר ברור דלפמ"ש התוס' דלכך לא הוה עד מפי עד משום דהראשונים אינם רק שלוחים ועיקר הם העדים האחרונים וכיון שכן ניהו שצריכין שיעידו להם שכן צוה הבעל אבל אינו רק לראיה שאינם משקרים אבל אם נודע להם בבירור שצוה הבעל כן ל"צ לעדים ואם שמעו מפי הבעל א"צ לעדים כלל ולא אברי סהדי אלא לשקרי א"כ ל"ש בזה לומר דמקרי חצי דבר דלענין גוף החתימה והכתיבה ל"צ לעדות ול"ד לעידי אמירה ועידי קבלה דהעידי קבלה ל"מ אם לא יש עדים שמנתה שליח וש"ק צריך עדים על גוף המינוי אף דהיה נודע בבירור שרצונה לקבל גט משא"כ בעידי חתימה דא"צ לעשותם בפני עדים וז"ב כשמש לדעתי. איברא דמדברי הרמב"ן לא נראה כן שכ' שעיקר תלוי בראשונים ואחרוני' אם תשאלם יאמרו שא"י אם היא מגורשת ואם תבא היא עצמה להתיר עצמה צריכין שתי כיתי עדים הראשונים שיעידו שבפנינו אמר וב' אלו שיאמרו כתבנו וחתמנו ע"ש וכיון דעיקר הם הראשונים והראשונים לא יכלו לעשות בעצמם כ"א מפי עדים אחרונים הו"ל חצי דבר והנ"ל בזה דהרמב"ן לשיטתו דס"ל דבאומר אמרו דפסול הוא משום דבעינן כתיבה לשמה וישמעו מפי הבעל ולפ"ז למאן דמכשיר אומר אמרו ל"ל דכשר כששמעו מפי עדים הראשונים דהוה הם כפי הבעל וע"ש ברמב"ן שביאר כן בהדיא ולפ"ז א"כ ע"כ מפי עדים הראשונים חיים ושפיר הו"ל העיקר העדים הראשוני' אבל לפי שיטת הר"ן והרא"ה דאומר אמרו כשר ולא בעינן שישמעו מפיו שפיר לא הוה חצי דבר דהעדים אינם רק לגילוי מלתא שנתרצה לכתוב גט ובכה"ג לא מקרי חצי דבר כמ"ש האחרונים

דכל שהם לגילוי מלתא בעלמא ל"מ חצי דבר ועכ"פ במ"ש י"ל דלכך פוסל הרמב"ם אומר אמרו אף במתנה משום דהוה חצי דבר ולא ס"ל הנך סברות שכתבתי לחלק ועיין בהגהת אשר"י פרק כל הגט שנסתפק בדעת הרמב"ם אם יש לחלק בין שטר מתנה לשטר ראיה ולא נודע טעם חלוקו ולפמ"ש יש לומר בשלמא שטר מתנה הו"ל חצי דבר דעדים הראשונים א"י לכתוב דהו"ל שינוי אבל שטר ראי' אין קפידא בדבר דהא אינו רק גילוי מלתא בעלמא שהרי אומר שכבר נתן ובכה"ג אפשר דל"מ חצי דבר אבל באמת אין חילוק כמ"ש א"ז שם ודו"ק היטב אבל אנן בדידן ס"ל דבאומר אמרו אין פסול משום חצי דבר ומטעם שכתבתי:

טז ובזה י"ל דזה כוונת הרמב"ן דלכך פוסל באומר אמרו משום דכיון דבעינן שישמעו מפי הבעל וע"כ צריך אתה לחשב פי העדים כפי הבעל וא"כ צריכין לעדים הראשונים ובכה"ג שוב הו"ל חצי דבר דיש חסרון בגוף העדות ואינו שם דבר בפ"ע בלתי עדות הראשונים וז"ב מאד. ובזה הבינותי קושית הרא"ה עליו שכתב דא"כ למה צריך לומר לר"י הטעם בשביל מילי לא ממסרי לשליח לימא בשביל דלא נכתב לשמה דלא שמעו מפי הבעל וכתב הר"ן דל"ק דאם איתא דמילי ממסרי לשליח כיון ששלוחו של אדם כמותו הו"ל כאילו שמעו מפי הבעל כיון ששומעין מפי שלוחו של בעל ע"ש ומקודם נבאר כוונת הר"ן דלכאורה דבריו תמוהין דגם באומר אמרו פוסל הרמב"ן אף דשם מילי ממסרי לשליח וכמ"ש הרמב"ן בעצמו וא"כ שפיר הקשה הרא"ה לשיטתו וראיתי לאחרונים שנדחקו בכוונת הר"ן ולפענ"ד הדבר כפשוטו דבאמת מילי לא ממסרי לשליח ורק דבאומר אמרו כתב הרמב"ן דל"ש הפסול הזאת דאטו א"י לעשות שליח שלא בפניו ובאמת אין השליח הזה דהיינו העדים מוסרין כלום שיהיה גודר בשם מילי לא ממסרי לשליח רק שהם מודיעים להעדים שבפניהם עשה אותם שלוחים ועדים וא"כ מה שייך כאן מילי לא ממסרי לשליח ולפ"ז שפיר השיב הר"ן על הרא"ה דלכך ע"כ צריך להטעם דמילי לא ממסרי לשליח דאם נימא דיש כח במילי למסור לשליח שוב הוה פי העדים כפי הבעל דהרי מסר להם אותן המילי שהוא היה אומר ובשלמא אם מילי לא ממסרי לשליח שפיר כתב הרמב"ן דפסול משום שלא שמעו מפי הבעל ואף דשמעו מפי שליח הבעל הא מילי לא ממסרי לשליח ואין פי העדים כפיהם וז"ב כשמש בכוונת הר"ן אבל לפמ"ש א"ש קושית הרא"ה דניהו דפי העדים הוה כפי הבעל אם מילי ממסרי לשליח אבל עכ"פ כיון דצריכי לעדים הראשונים שוב הוה חצי דבר וז"ב מאוד:

יז ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דאמר רב אשי בדף ע"ב ישמעו לאפוקי מ"ד מודה ר"י באומר אמרו קולו לאפוקי מדר"כ א"ר ותמה הפ"י לשיטת הפוסקין דמכשירין באומר

אמרו ולא ס"ל כדר"א דממעט זאת מהברייתא ולמה סמכו עליו בקולו לאפוקי מדר"כ ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת צ"ב היאך מכשירין ניהו דיכול להשוות שליח שלא בפניו דל"מ מילי למה לא יפסול משום חצי דבר דהא צריכין לשמוע מפי הבעל וע"כ דפי העדים כפי הבעל ושוב הו"ל חצי דבר וכמ"ש בסברת הרמב"ן ועכצ"ל דל"מ חצי דבר דזה אינו רק גילוי מלתא בעלמא שמודיעין שנתרצה הבעל לעשותם שלוחים ואינם צריכין להם לגוף העדות. והנה ר"א ס"ל בדף כ"ט דאם מת ראשון בטלו כלם וא"כ אם בשליח הראשון כלהו מכחו באו מכ"ש במצוה אותם שיהיו האחרים עדים שמכחם באו וא"כ שוב הו"ל חצי דבר ולכך ממעט אומר אמרו אבל לדידן דקיי"ל דכלהו מכח בעל קאתו ושוב אין הראשונים כ"א גילוי מלתא בעלמא שרצון הבעלים הוא כן וכשר אומר אמרו ולכך פסקו בזה דלא כר"א ודו"ק היטב בכל מ"ש כי הם דברים חריפים ונפלאים ת"ל ויש להאריך שם בסוגיא בכל קוץ וקוץ תילי תילין ואכ"מ. ובמ"ש למעלה בביאור מילי לא ממסרי לשליח משום דבעינן שחזרה שליחות אצל המשלח מיושב קושית הבית מאיר סי' ק"כ ס"ד בהא דאמרו בחולין דף י"ב ממנ"פ אי חזקה שע"ש אפילו תרומה נמי והקשה הא ל"ד די"ל חזקה שע"ש ואם לא יהי' סיפוק בידו ישלחנו ביד אחר ולכך בשחיטה דא"צ שליחות אמרינן דעשה שליח לאחר משא"כ בתרומה דל"מ אחר דהו"ל מילי ומילי לא ממסרי לשליח ע"ש ולפמ"ש מיושב דכבר כתבתי בשם המח"א דבמתנה לא בעי חזרת שליח דנעשה שלוחו של המקבל דיכול לזכות ולהעשות שליח מעצמו וא"כ בתרומה שפיר מילי ממסרי לשליח. מיהו יש לפקפק דבמתנה מבורר עכ"פ מי הוא המקבל ונעשה שלוחו של המקבל משא"כ הכא דלא נודע המקבל ואפשר דמיירי במכירי כהונה וזה דחוק. אבל גוף הקושיא לפענ"ד מיושב עפמ"ש התה"ד סי' קפ"ח דהא דאם שמע אחר ואזל ותרם דלא הוה תרומתו תרומה אף דזכייה מטעם שליחו' ויכול לזכות אף שלא מדעת משום דדעת בעה"ב דשלוחו יודע ומכיר באיזה מדה תורם לפ"ז כיון דזה השליח מכיר באיזה מדה תורם א"כ יש בכחו לתרום כפי רצונו של בעה"ב א"כ לא הוה מילי בלבד דנמסר לו הכח והשיעור עד כמה יתרום וזה גופא מקרי מעשה ול"מ מילי והב"מ שם תירץ ג"כ עפ"י התה"ד אך לא דבריו דבריי ודו"ק ומ"ש הב"מ שם להשיג על המהרי"ט ח"א סי' קכ"ז כבר קדמו ברוב דבריו המח"א שם סי' ג' וע"ש סי' וא"ו וסי' ח' ולפמ"ש יש לפלפל בכל דבריו ואכ"מ:

יח והנה בהא דאמרו בגיטין דף כ"ט ע"ב והא שליח שלא ניתן לגירושין הוא ופירש"י דלאו במקום בעל קאי למוסרו לאחר ותמה הפ"י כיון דעכ"פ נעשה שליחו למסרו לאבא בר מניומי למה לא יהי' יכול למוסרו לאחר וע"ש שהאריך ויש לי מקום עיון בכל דבריו

וצ"ל דבאמת צ"ב הא דמבואר בש"ע אהע"ז סי' קמ"א סעיף ל"ה דיכול לשלוח ע"י כותי שימסור לישראל שהכותי אינו רק קוף בעלמא וע"ש מ"ש בגליון וקשה הא הוה מילי ולא ממסרי לשליח כיון דאינו שליח לגירושין ועיין באהע"ז סי' ל"ה ס"ו בהג"ה מ"ש הקדוש מדרוש וצ"ל כיון דאינו רק קוף א"כ אין נעשה שליח הכותי כלל רק אותו ישראל שמסרו לו הוא נעשה שלוחו והרי הוא בידו לגרשו בגט הזה וז"פ:

יט ומעתה זה שלא נעשה שליח רק למסרו לאבא בר מניומי א"כ הוה שליח שלא נמסר לגירושין ושוב הו"ל מילי בעלמא ולא ממסרי לשליח וכאן ל"ש דהוה קוף בעלמא דבאמת נעשה שליח ואם הי' אבא כאן הות אמר בפ"נ וא"כ הו"ל מילי ול"מ לשליח שיעשה שליח שני. ובזה י"ל הא דאמרו אח"כ גבי מעשה דחלה השליח וניחוש שמא פייס ותמה בתורת גיטין לפמ"ש הב"ש סי' קמ"ח ס"ק א' דלהרמב"ם צ"ל דכל דבטל הגט הוה אמר לשליח א"כ כאן דחיישי' שמא פייס והרי לשיטת התוס' בדף י"ח הו"ל חשש ביטול הגט ולמה ניחוש לזה דא"כ הוה מודיע לי' ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת יש לומר דע"כ לא אמרי' דמודיע לי' כדי שלא יכשיל את האשה דתתגרש בגט זה ולפ"ז שם דאמר להשליח דלא יגרשה תיכף רק אחר שלשים יום ולפ"ז הו"ל עוד שהות להודיע להשליח וא"כ שפיר חיישי' דלמא פייס וא"ל דאכתי מה ניחוש הא יודיע אח"כ דז"א דבאמת חיישי' שמא אח"כ יחזור בו וקי"ל דניהו דבטל לשליחו' גיטא גופא לא יבטל ויכול לחזור ולגרש בו וא"כ שוב לא יודיע ובאמת שוב לא יהי' מועיל דהו"ל כשליח שלא ניתן לגירושין וא"ל כדאמר הש"ס דעכ"פ ניתן לגירושין אח"כ דז"א דהרי באמת בטל הגט בנתים וא"כ אז הו"ל מילי בעלמא ולא ממסרן לשליח ושוב הו"ל שליח שלא ניתן לגירושין ודו"ק היטב:

סימן כו

א לאחד מלומדי למד פה העירה נ"י.

ב נשאלתי מאתו כאשר פגע בי ע"פ חוץ היאך מוכרת האשה כתובת' בט"ה דהיינו אם ימות הבעל קודם יהי' של הלוקח ואם להיפך יהי' המכיר' בטל הא הו"ל דבר שלבל"ע ואיך מועיל המכיר'. והנה בראשית ההשקפ' אמרתי לו שרש"י ותוס' בכתובו' דף צ"א ע"ב הרגישו בזה ובבואי הביתה עיינתי שם וראיתי שלא הקשו רק לענין היורש שמכר כתובת' בט"ה אבל לא לענין האשה בעצמה. ונתיישבתי בדבר וראיתי שאין התחל' לקושיא דא"כ היאך אדם מוכר שט"ח שיש לו על אחרים ולא הגיע הזמן עוד דהו"ל דבר שלבל"ע וע"כ דבכה"ג ל"מ דבר שלבל"ע דהרי השיעבוד התחיל מעת הלואה ורק שכלות

הזמן הוא ברבות הימים אבל עכ"פ דבר שלבל"ע לא מקרי שהתחלת החיוב הוא מקודם וה"ה בכתוב' שהתחלתו היא מעת הנשואין א"כ תיכף נשתעבדו הנכסים שלו א"כ לא מקרי דבר שלבל"ע וא"ל דאין ראיה מחוב דשם אינו רק מחוסר זמן וזמן ממילא קאתי ולא מקרי דשלבנ"ע משא"כ מיתה או גירושין דמחוסר מעשה ובכה"ג הוה דבר שלבל"ע וכעין חילוקו של המלמ"ל פ"ד מאישות דין ז' לענין קטן שקידש אחר שיגדיל ע"ש דלפ"ז הא דאמרו כל לגבי בעלה ודאי מחלה והיאך תמחול הא הו"ל דבר שלבל"ע דעדן לא הגיע זמן חיוב הפרעון וא"כ הו"ל דבר שלבל"ע וא"י למחול כמבואר סי' ר"ט ס"ה וע"כ כיון דכבר נשתעבד יכול לסלק עצמו כמ"ש הסמ"ע בס"ק כ"א שם ואף דהט"ז חולק עליו כבר כתבתי בגליון הט"ז שם דבמחכ"ת הדבר מפורש בר"ן ר"פ הכותב וברמ"א אהע"ז סי' צ"ב דיוכל להסתלק מחוב שכבר נשתעבד אבל כל שלא התחיל השעבוד כלל לא יכול להסתלק עצמו וע' בשו"ת מהרי"ק סי' פ"ט שם האריך בראיות ות"ל רוב ראיותיו קיימתי מסברא דנפשאי דיוכל למחול החוב אף שהחוב אינו עומד לפרעון רק לאחר מיתה ע"ש ואף שבש"ע סי' ר"ט לא נזכר מדברי מהרי"ק אלו מ"מ הדבר פשוט הוא כן. ויגעתי ומצאתי בחו"מ סי' ס"ו הובא דברי מהרי"ק אלו בסמ"ע ס"ק נ"ה בהג"ה ובש"ך שם ס"ק ע"ה וכ' הש"ך שם דא"צ להביאו ממהרי"ק דהדבר פשוט ומוכח מש"ס ופוסקים מכתובו' ומכמה דוכתי ע"ש וכמ"ש בגליון הש"ע שלי סי' ר"ט ס"ח בהג"ה וע' מלמ"ל פכ"ג מאישות ה"א בסופו. עכ"פ מבואר שם דכל שהשיעבוד מתחיל מכבר יכול למכור ולמחול אף שלא הגיע הזמן וע' בנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' נ"ד שבהשגתו על הני זוגי דרבנן האריך לבאר דברי המהרי"ק האלו ובמחכ"ת העביר עליהם את הדרך דנרא' בעליל לכל מעיין במהרי"ק שהמהרי"ק משוה מחוסר זמן למחוסר מעשה וע' בשעה"מ פכ"ב ממכיר' ה"ט ועכ"פ משם בארה דבכה"ג לא מקרי דבר שלבל"ע כל שהשיעבוד התחיל מקודם וז"ב ופשוט ומ"ש רש"י ותוס' בכתובות דף צ"א הוא רק לענין יורש שבעוד האם בחיים חיותה לא מתחיל ענין השיעבוד להבן דשל האם היא ולכך האריכו במה נקנה המכר אבל כל שהתחיל השעבוד פשיטא דיכול למכור אף שלא הגיעה זמן עדן. והנה בגוף קושית רש"י ותוס' הנ"ל דאיך חל הקנין הא הו"ל דבר שלבל"ע הי' נ"ל דבר חדש דלפמ"ש המבי"ט ח"ב סי' קל"ז דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ושפיר יכול להקנות לו אף דבר שלבל"ע ע"ש ולדבריו הי' יכול הבן להקנות הכתובה לחבירו דהיינו אם כשתשמע האם יתרצה דגם באם דעת המבי"ט שם דדעתה קרובה אצל בנה דמקנה אף דבר שלבל"ע כדמועיל להקנות לעובר כמבואר סי' ר"י ע"ש ולפ"ז שפיר הי' מקנה באם תתרצה האם יהי' חל הקנין למפרע וכמו במקדש ע"מ שלא ימחה אבא או

שיאמר הן המבואר באהע"ז סי' ל"ח וה"ה בזה ולדבריו צ"ל דהא דאמרו מה שאירש מאבא מכור לך דל"ק היינו באם לא נתרצה האב אח"כ או שלא נודע אם נתרצה אלא שלפ"ז צ"ב הא דאמר אם אתיא אם ומערערא לא מפצינא לך ות"ל דאם תערער שוב לא יחול המכיר' וע"כ נ"ל דהנה הרא"ש פירש בשם רש"י דמיירי שהבעל הוא אביו ומכר הכתוב' של אמו אם ימות אביו ואח"כ האם. ובאמת שזה דחוק דא"כ ל"ל מה שחי אביו וע' במהרש"א וע"כ נראה לפענ"ד דמכאן ראיה למ"ש המבי"ט בח"א סי' של"ט דבאם לא אמרי' דדעתה קרובה אצל בנה והובאו דבריו בשעה"מ פכ"ב ממכירה ה"י ולפ"ז לכך מכר מה שירש מאביו דזה מועיל אם יתרצה האב אבל האם שלא מועיל דהו"ל דבר שלבל"ע לכך מכר בט"ה דבאמת אם לא תתרצה לא יועיל ורק לכשתתרצה ותמות האם קודם ואח"כ האב אז יועיל ושפיר הוה ט"ה ודוקא בחיי אביו. ובזה מיושב גם מ"ש הבעל העיטור בשם הרב ר' משה בר' חנוך והביאו הב"י בחו"מ סי' כ"א דכתובת האשה לא דמי לשאר יורשין שאין האשה מוחזקת בהן עד שתשבע ותמה בבני יעקב הא אכתי ל"מ משום דהוה מה שאירש מאבא. ולפמ"ש א"ש דמצד האב הי' מועיל לכשיתרצה האב דדעתו קרובה אצל בנו משא"כ מצד האם ואח"כ כששכיבה האם רצה הוא לערער ויבטל המכירה לכשימות האב וע"ז אמר דאחריו' דנפשיה קבל עליו:

ג ובזה ישבתי לנכון הא דאמרי אחריות דנפשי' קביל ומשמע דאם היו עוד יורשים ל"ש לומר דאחריות דנפשיה קיבל ובאמת אינו כן ועיין בחידושי ריטב"א מ"ש בזה ולפמ"ש א"ש דבאמת הקשה השעה"מ לשיטת המבי"ט הנ"ל א"כ מ"פ הש"ס בב"ב בנכסים שנפלו כשהיה גוסס הא דעתו של אדם קרובה ויכול להקנות אף דבר שלבל"ע וכתבתי בחידושי דע"כ לא קאמר המבי"ט רק בבן אחד אבל בבן אצל בנים ל"ש זאת דמ"ש דקרוב לזה יותר מלזה ע"ש ולפ"ז כאן דעיקר הוא משום דדעתו של אדם קרובה לכך ע"כ מיירי דאין כאן רק אותו בן בלבד ודו"ק היטב כי הוא חריף. ואגב אומר דדברי רש"י שם בד"ה טובת הנאה במה שסיים דאין ללוקח בה כלום דלא הי' זה שלוחו צ"ע ולא ידעתי כוונתו ולמה האריך כ"כ וצ"ע בשטמ"ק. שוב אחר זמן רב מצאתי בשו"ת מהראנ"ח ח"ב שפלפל בענין השאל' הנ"ל והעלה כמ"ש ושמחתי: ומדי דברי זכור אזכור במ"ש עה"ג חו"מ בש"ע סי' רי"א על דברת הש"ך שם ס"ק ב' דאם אמר שדה זו שאני לוקח הוה דבר שלבל"ע אע"ג דאמר זו וכתבתי בזה"ל דדבריו תמוהין דאדרבא בשדה זו מגרע גרע וע' בש"ס שם ע"ב ובתוס' ע"א ד"ה בהאי ובמהרש"א שם ודו"ק:

ד והנה כעת ראיתי בהגהות שנדפסו בש"ס החדש בווין לאחד מהמשכילים שכ' לתמוה דבש"ע מבואר דבשדה זו לא קנה ומשמע דבשדה סתם קנה ובאמת לדידן דאין אדם

מקנה דבר שלבל"ע אף בשדה סתם מהראוי שלא יקנה וא"ל דבשדה סתם כיון דיכול לקנות איזה מהשדות הו"ל כבידו דז"א דא"כ מנ"ל להוכיח דרב כר"מ ס"ל דלמא יש חילוק בין שדה סתם לשדה זו ע"ש שהאריך ותמה על המהר"ם לובלין שכתב דלדידן אף שדה סתם לא קנה דמנ"ל זאת ואנה מוזכר בפוסקים ע"ש ותמה אני אם ראוי להעלות כזאת על ספר והרי הדבר מבואר בהגמ"ר דאף בשדה סתם לא קני ומובא במהרש"א בתוס' שם במקומו וקושייתו עיין בשיטה מקובצת ותמצא. ובאמת כפי הנראה כל הגהותיו עשה אך למען התפאר כי עשה הגהות ולא יחפוץ כסיל בתבונה כ"א בהתגלות לבו כי יש מהם דברים פשוטים ומאסף כל אחרונים הלזה יקרא הגהות על הש"ס ויש מהם דברים מהבילים וכל איש הישר בעיניו יעשה ד' ירחם עלינו. וראיתי בב"מ בדף ג' תמה למה הקדים דברי רבי לדברי רשב"ג אביו ותמה אני על בקיאותו הנפלא עפ"י תחבולות ולמה לא נזכר בדברי התוס' דף ד' שהזכירו זאת:

ה נחזור לענינינו דודאי מועיל מכירה אף בדבר שלבל"ע וכמ"ש ובלא"ה הרי מבואר בסי' ר"ט דאם נתן לו שטר אף בדבר שלבל"ע מועיל דהו"ל כתפס וא"כ ל"מ למ"ש הט"ז שם דאף דכתב לו שטר קודם שבל"ע דמועיל ה"ה בזה דמועיל ואף לדעת הסמ"ע נ"ל דבכה"ג מודה כיון דמכרה הכתובה ועיקר הכתובה לא ניתנה לגבות רק לאחר זמן פשיטא דמועיל ובפרט בשטר כתובה דחשוב כמוחזקת טפי משטר אחד דלא הוה כגבוי ובכתובה נחשבת כגבוי וכמ"ש הב"ח באהע"ז סי' ט' ואף דהב"ש השיג עליו וכ"כ בגליון הב"ש שם מ"מ בא לעולם מקרי מכ"ש לגבי אשה בעצמה או למי שמכרה לו מדעתה. ומן האמור הן נסתר מחמתו דברי הש"ך סי' קט"ו ס"ק ל"ב דחידש בזה דבכתובה ל"מ כתיבת דאקני אף בשכתב וכמו בשבח דאמרו מקולי כתובה שנו כאן ולפמ"ש א"א לומר כן דמה בכך דהו"ל דבר שלבל"ע מ"מ בכתב לו שטר מועיל אף בדבר שלבל"ע דהו"ל כתפס ומכ"ש בכתובה וע"כ לא אמרו מקולי כתובה שנו כאן רק בשבח דמחוסר מעשה ולא ידעה בהו כלל ודלמא לא ישבח והו"ל תלתא מי יימר וכדומה דגם ר"מ מודה ולכך בכתובה לא סמכה דעתה ע"ז אבל לענין דאקני דכתב לה פשיטא דמועיל ומכ"ש בשעבוד דגרע מהקנאה דגם לדידן דא"י להקנות דבר שלבל"ע להשתעבד יכול וא"כ מכ"ש בכתובה. אך אחר העיון ראיתי דל"ק על הש"ך דבאמת צריך להבין דאם נימא דהיכי דכתב לו שטר ומסר לו יכול להקנות אף דבר שלבל"ע קשה דא"כ מה מבעיא ליה לשמואל אי דאקנה משתעבד כיון דאין אדם מקנה לו דבר שלבל"ע וכדאמרו בב"ב דף קנ"ז בהדיא והרי שם מיירי כשכותב לו דאקני ומועיל אף לרבנן וכמ"ש הרמ"א בשם בעל העיטור שכתב בשם האלפסי דלכך היה מועיל המכירה שמכר הבן כתובה דאימי'

משום שכתב השטר ומסר השטר דהו"ל כמאן דתפס וצ"ל דש"ה שענין דבר שלבל"ע הי' מצד שהיורש לא ירש עדן הכתובה וא"כ אמרי' דכל שמסר לו השטר הו"ל כמאן דתפס גוף הכתובה בידו ומועיל אבל לענין דאקני שמכר השדה שקנה אח"כ לאחר במה נחשב כתפס בידו והא השדה מכר לאחר ואין ביד המתפיס כלל לשעבד דבר שלא קנה ואף לאחר שקנה מכרה לאחרים ומה מועיל לתפיסה ומילי בעלמא מסר לו ומה יקנה הקונה. ויש להמתיק הדבר דהרי בספר בני יעקב תמה על העיטור ממ"ש הבעה"ת דאם נתן לו משכון על דבר שלבל"ע דל"מ דדוקא אתפסיה פירות מועיל אבל משכון מנה אין כאן משכון אין כאן וכתב דשטר עדיף טפי ע"ש ובקצה"ח סי' ר"ט שהסביר הדברים ולפ"ז זהו כשכתב לו שטר על דבר שלבל"ע ואח"כ בא לידו אבל כל שמכרה לאחרים א"כ מילי בעלמא מסר לו ומה תפיס ובפרט בשעבוד דאינו קנין דהוה כמשכון דל"מ דמנה אין כאן משכון אין כאן וא"כ לפ"ז גם דברי הש"ך נכונים:

ו ובזה יש ליישב קושית התוס' שהקשו דלפשוט מהא דאמר שמואל דבע"ח גובה את השבח ולפמ"ש י"ל דשם דכתב לו שטר והו"ל כתפס דכל שגוף הקרקע מועיל הקנאתו דהי' בעולם והשבח הוא בגוף הקרקע בזה פשיטא דמועיל תפיסתו ועכ"פ הוא תפיס בהקרקע ובכה"ג אף למ"ד דדבר שבל"ע עם דבר שלבל"ע לא קנה רק מחצה בכה"ג פשיטא דמועיל עכ"פ מצד השטר וזה הענין דיכול לומר ארעאי אשבח ואף בשבח דבא מחמת הוצאה מ"מ בהקרקע הוא משא"כ בדאקני ולפ"ז אדרבא דברי הש"ך מדוקדקים דאם בשבח דהוא בגוף הקרקע אמרו מקולי כתובה שנו כאן מכ"ש בדאקני בודאי ל"מ בכתובה אף שכתב שטר. איברא דעדיין קשה דלמה יגבה השבח הא כיון דאי אית ליה נכסים אחרים משועבדים שקנה אחר כך יכול לומר הנחתי א"כ לא הוה כתפס ואינו רק למשכון דל"ק בדבר שלבל"ע ואכתי תפשוט מדשמואל דאמר בע"ח גובה את השבח וצ"ל דהוה מצי לדחות דמיירי באפותיקי מפורש דאינו יכול לדחותו למקום אחר ואז שפיר גובה השבח ול"מ דבר שלבל"ע דיכול לומר ארעאי אשבח ואף דבאמת לא מיירי שמואל באפותיקי מפורש עכ"פ הי' יכול לדחות והיה צריך להאריך ובכה"ג ל"ש להקשות ולכך אקשי ממשניות ובריייתות מפורשות וזה ברור. איברא דלפ"ז יקשה מ"פ מהכא דלא משתעבד מדלא גבי הב"ח מאותן נכסים שיגבה הלוקח וכתבו דמיירי כשעשאו המוכר לב"ח אפותיקי וכיון דע"כ מיירי באפותיקי א"כ שוב ל"ק כלל אמאי גובה ב"ח שבת דהו"ל כתפס וכמ"ש והיא קושיא גדולה וצ"ל דמיירי באפותיקי סתם ואז הדין שיכול לסלקו בשאר נכסים וכמבואר בטוש"ע סי' קי"ז וא"כ תפיסה לא מקרי ומ"מ כל זמן שהוא בידו א"י לסלקו בנכסים אחרים וגובה אותו ותפס לא מקרי דמ"מ

כל שיכול לסלקו במעות או כששטפה נהר גובה מנכסים אחרים אינו רק כמו משכון ושפיר מקשה דאמאי גובה ב"ח השבח:

ז ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב קושית המהרש"א במ"ש התוס' בב"מ להקשות אמאי דחיק לשנויי בב"ב כר"מ יעמיד כשעשאו אפותיקי ותמה המהרש"א דהא ע"כ מיירי באפותיקי כמ"ש התוס' ומה זה הלשון אומרת דיעמיד כשעשאו אפותיקי. ולפמ"ש א"ש דהכי אזלא קושית התוס' דיעמיד כשעשאו אפותיקי מפורש דאז אינו גובה משאר נכסים וגם במעות א"י לסלקו לדעת קצת הפוסקים וע' ש"ך סי' קי"ז שם וא"כ הו"ל תפס ומועיל ודו"ק היטב כי היא פרפרת נאה:

ח אחר כמה שנים שכתבתי זאת מצאתי בס' בית מאיר ר"ס ס"ו שהאריך דמשמע מדברי תוס' והרא"ש ר"פ אע"פ במה שהקשו דהיאך יכול לחייב בכתובה דהו"ל דבר שלבל"ע ותירצו דדמי לשובר ומשמע דל"מ החיוב מקודם שהגיע זמן הפרעון דהיינו במיתה וגירושין ולפ"ז קשה איך שייך מחילה בכתובה הא לא התחיל החיוב כלל ולא מתורת סילוק דז"א דסילוק ל"ש רק בדבר שנעשה לטובתו דיכול לומר א"א בתקנת חכמים וע' מלמ"ל פכ"ג מאישות ובקצה"ח סי' ר"ט וסי' רע"ח אבל כתובה דאסור משום ב"ז וגם אף שתסלק עצמה מוכרח לכתוב כתובה אחרת משום דאסור לשהות את אשתו בלא כתובה א"כ ל"ש סילוק מהחוב דהא עדיין מקצת החוב עליו עכ"פ בכתובה מנה. ובזה נלפענ"ד ליישב סברת הרמב"ם ולשיטתו דל"מ מחילה בכתובה אף בכתבה התקבלתי וע' בהה"מ וב"ש סי' ס"ו ס"ק ט' שנדחקו בטעמו ולפמ"ש א"ש דס"ל דהחיוב אינו מתחיל רק לאחר זמן ול"ש מחילה בדבר שלבל"ע וגם סילוק ל"מ כיון דאסור משום ב"ז ל"ש סילוק. ובזה מיושב היטב קושית הב"ש דא"כ היאך אמרו בב"ק דף פ"ט כל לגבי בעלה ודאי מחלה והא ל"מ מחילה ולפמ"ש א"ש דבכה"ג דמכרה ללוקח א"כ כל שאינו אסור משום ב"ז וגם יכתוב לה כתובה אחרת בכה"ג שייך סילוק שמסלקה עצמה כל כחה מהכתובה הלז דבלא"ה כבר מכרה לאחר הכתובה ושוב שפיר מצי לסלק נפשה מהכתובה הלז דהא כבר נסתלקה ע"י מכירה וז"ב ודו"ק. הן אמת דגוף דברי הבית מאיר תמוה דנראה דשייך החיוב מזמן הכתיבה רק שז"פ לא בא רק בעת מיתה וגירושין וע' בהפלאה בכתובות שם ר"פ אע"פ שהאריך בזה. אך מ"ש שם להקשות דלמה יתחייב שואל באונסין הא הו"ל אסמכתא דאין בידו לשמור מאונסין לא זכר שם שזהו קושית הרמב"ן הובא בב"י בחו"מ סי' ר"ז בדיני אסמכת' וכ' דאדרבא כיון דחייב עצמו בדבר שאין בידו כלל ל"ש אסמכתא רק בדבר שבידו ואינו בידו וגם ההפלאה תירץ כן מדעתא דנפשיה אבל עכ"פ ביאר שם דהחיוב מתחיל מתחלת הכתיבה ע"ש ודו"ק:

ט והנה דרך אגב אזכור מה דראיתי בנמוק"י על רמב"ן בכורות שנדפס מחדש שכתב בפ"ה מנדרים בסופו בהאי גברא דהוה לי' ברא דשמיט כפי ואסר הנכסים עליו ואמרו לי' ואי היה בר ברך צורבא מרבנן מהו וא"ל לקני הדין ואי הוה בר ברי צורבא מרבנן לקנייה וע"ז כ' הנימוק"י דהפי' הוא שהקנה לאחר ע"מ שיתנם לבן בנו וע"ז כ' ויש למדין מכאן דאדם יכול להקנות למי שלא בא לעולם בענין זה שיתן למי שהוא בא בעולם ע"מ להקנות לאותו שירצה כשיבא לעולם והדין אמת דבענין זה מותר דהא אין בזו הקנאה אבל כאן אין ראיה דהכא כבר הי' בר ברי' בעולם וכו' ומשמע דגוף הדין אמת דיכול לזכות לשלא בא לעולם ע"י איש שהוא בעולם שיקנה ע"מ להקנות לאותו שלא בא לעולם כשיבא לעולם. ותמה אני על עצמו דא"כ המזכה לעובר דנחלקו ר"ה ור"נ בב"ב קמא וקמ"ב הוא דוקא במזכה שלא ע"י אחר וז"א דהמזכה לעובר משמע ע"י אחר וכ"כ הרשב"ם בהדיא בדף קמ"א ע"ב ד"ה והמזכה ע"ש ולכאורה רציתי לומר דש"ה שלא זכה לאחר רק בשביל הדבר שלבל"ע שפיר ל"מ אבל כל שזכה לאחר שיזכה בזה כעת ורק אחר שיבא לעולם אותו האיש יהי' זוכה ע"י אותו אחר דאז שפיר יכול לזכות ע"י מי שבא לעולם אבל ז"א דהרי שם אמר לקניה הדין ואי הוה בר ברי' צורבא מרבנן לקנייה ופלפל שם בש"ס דהוה קני ע"מ להקנות וא"כ לא קנה זה כלל רק ע"מ שיזכה לב"ב אם יהי' צורבא מרבנן ולמדו מזה דלא הוה דבר שלבל"ע וא"כ היאך מועיל הא בכה"ג המזכה לעובר לא קני ועוד תימה לי דהרי בב"ב שם פריך מהמשנה דהאומר אם תלד אשתי זכר והקשו בתוס' שם ד"ה נכסי דכיון דמיירי בשכ"מ גבי נכסי להאי דמעברא אמאי לא קני וכתבו דמלתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ ואם איתא הא איתא בבריא בכה"ג שיזכהו שהוא יזכה בו כעת ואם אח"כ יהי' אותו איש שרוצה להקנות לו בעולם אז יקנהו ובזה מועיל ושוב מועיל בשכ"מ בדבר דאיתא בבריא בכה"ג ובמשנה דמיירי בבריא ל"מ כל שלא רצה לזכות רק ע"מ שיזכה לעובר ואף אם נימא דמיירי במתני' ג"כ בשכ"מ מ"מ עכ"פ למה לא מועיל מטעם דאיתא בבריא הרי דאף לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע ס"ל שם בש"ס דלדבר שלבל"ע לא מועיל וכ"ש לדידן דקיי"ל דל"מ בדבר שלבל"ע מכ"ש בלדבר שלבל"ע ל"מ וגם בטוש"ע סי' ר"י בחו"מ לא נמצא זכר מזה ועוד תימה מהא דפריך הש"ס בגיטין דף י"ד אלא מעתה הקנה לנולדים וכו' ומאי קושיא הא שם הקנה ונשתעבד לך ולכל מאן דאתי מחמתך וא"כ בכה"ג היה מועיל וע"כ דגם בזה אינו מועיל וע"כ דברי הנימוק"י צע"ג ומי שמיישבם יטול שכר הרבה מן השמים:

י והנה במה שהארכתי לעיל לחלק בין מחוסר מעשה למחוסר זמן וכמ"ש המלמ"ל פ"ד מאישות ה"ז שיש לחלק כן אבל לא מצא רמז לזה ולפענ"ד לכאורה הדבר מפורש

דאין לחלק בין מחוסר זמן למחוסר מעשה דהרי אמרו בכתובות דף פ"ב בהאי גברא דבעי למפסלא לאחי בגיטין א"ל מה דעתיך אי משום נכסי אנא פליגנא לך בנכסי א"ל מסתפינא דלא תעביד לי כדעביד פומבדיתא רמאי א"ל אי בעית פלג לי מהשתא אמר מר בר ר"א אע"ג דאמרי האומר לחבירו לך ומשוך פרה זו ולא תקנה לך אלא לאחר ל' יום לאחר ל' יום קנה ואפי' עומד באגם התם בידו הכא לאו בידו ואם איתא הא שם אינו רק מחוסר זמן וזמן ממילא קאתי ולא מקרי דבר שלבל"ע אבל כאן שצריך מעשה לקנות ולמשוך הנכסים וגם היה צריך שיכניס זה ויחלוק בנכסים ואין לך מחוסר מעשה גדול מזה ולכך לא קני וע"כ דאין לחלק ואף מחוסר זמן כמחוסר מעשה דמי והיא לכאורה תימה רבה. אמנם אחר העיון נראה דע"כ לא מחלק המהרי"ק והמלמ"ל בין מחוסר זמן למחוסר מעשה רק לענין אם קנה לאחר שכלה הזמן כמו במקדש לאחר שיגדיל אם חלו הקידושין בעת שיגדיל דאז אמרי' דאף דמחוסר זמן הא זה ודאי דיעבור הזמן וא"כ סמך דעתו להקנות דבשלמא במחוסר מעשה שייך לומר דלא סמך דעתו דסבר הי' שלא יבא לעולם משא"כ במחוסר זמן אבל לענין שיחול קודם שבא לעולם זה לא שמענו דסוף סוף כעת הוא מחוסר זמן. ומעתה באמר לך משוך ותקנה לך לאחר שלשים א"כ המשיכה כבר כלתא ולכך צריך שיקנה מעכשיו וכדמסיק שם והיינו דנקנה למפרע וא"כ שפיר צ"ל משום דהוה בידו דאל"כ אכתי קשה הא בעת שמשך לא מצי לקנות דהא לא רצה שיחול רק אח"כ ואז כבר כלתה משיכתו וע"כ דבידו מועיל ומועיל המשיכה כעת. אך לפ"ז אכתי תקשה דלמה לי' לסיים הכא לאו בידו והא אף שהי' בידו מ"מ ל"מ משום דהוה דבר שלבל"ע ושם מחוסר מעשה. מיהו י"ל דר"י לשיטתו דס"ל בקידושין דף ס"ב דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי ומועיל גם בדבר שלבל"ע וא"כ שפיר מחלק בין בידו לאינו בידו והנה שיטת הרשב"א דאם אמר מעכשיו לרב דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע א"י לחזור אף קודם שבא לעולם. ולפ"ז לדידן עכ"פ כל שבא לעולם לא יוכל לחזור ע"ש וכ"כ השעה"מ פכ"ב ממכירה בהלכה ה' ע"ש ובזה י"ל הא דא"ל מסתפינא דלא תעביד לי כדעביד פומבידתאי רמאי א"ל נפלג מהשתא וקשה מה מועיל הא מ"מ יכול לחזור בו והרי כל מה דנתייראי שלא יעשה לו כפומבדיתא רמאי הוא רק שלא יחזור בו וע' תוס' ד"ה פומבדתאה וא"כ מה תיקן בשפליג לו מעכשיו ולכשיכנוס וע"כ דלא יכול לחזור בו. איברא דלפ"ז צ"ב דאכתי דלמא יחזור בו קודם שיכנוס. אמנם ז"א דאז יוכל למפסל בגיטא ובודאי לא יוכל לחזור וא"ל דיחזור בו קודם וזה לא ידע דז"א דאינו מחוייב להאמין לו וא"ל דאכתי שמא ימסור מודעה דז"א דבעינן שיכירו באונסו דל"ד למתנה דכל שלא ייבם שניהם שוים ואינו מתנה ול"ש מסירת מודעה וא"כ לא יוכל

לחזור מקודם ולאחר שייבם דאז יוכל למסור מודעא דדמי למתנה שהיבם זכה בנכסים דז"א דאז שוב כבר זכה למפרע ולא מועיל חזרה אבל לשיטת התוס' דל"מ מעכשיו קשה טובא דמה הועיל במה שפליג לי' מעכשיו. אך נראה כיון דמודה ר"נ דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה א"כ י"ל דא"ל פלג לה מהשתא וזה הכניסו לביתו ומועיל דתפס קודם שחזר בו מועיל וע' חו"מ סי' ר"ט. אך לפ"ז צ"ב דא"כ למה לא יועיל אף דאינו בידו ומה בזה דהו"ל דבר שלבל"ע מ"מ אי תפס לא מפקינן מיניה ואף שתפס קודם שבא לעולם וע' בט"ז בחו"מ אך נראה דזה דוקא היכא שהחמירו משום דהוה דבר שלבל"ע ולא סמך דעתו שפיר מועיל כשתפס אבל כאן דאסור לו למכור א"כ הוה תפיסה שלא ברשות דל"מ וז"ש דאין בידו אסור למכור והו"ל תפיסה שלא ברשות וגם י"ל כיון דבעי שיתפוס מדעת המוכר והיינו מתורת מחילה כמ"ש הש"ע שם בסי' ר"ט וא"כ כאן אין בידו למחול ול"מ תפיסה ועכ"פ לחזור בו א"י דהא זה תפס והוא נתן לו רק שלא הי' בידו אבל זה בידו עכ"פ שלא לחזור ולענין זה מועיל. ובזה יש ליישב דבר רש"י שם התמוהים ועפ"י שם והנה קשה לי לשיטת המרדכי דאם אמר לכשיהי' בעולם קנה והרי כאן פירשו רש"י ותוס' דאמר מעכשיו ולכשאכנוס ואפ"ה לא קנה ואולי כאן שאני דאין בידו להקנות מעכשיו דאסור לו למכור ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא ת"ל:

יא שוב ראיתי ברמב"ם פ"ו מערכין הל"ג שכ' ראיה דמתורת נדר חל על דשלבל"ע ממה שהאומר לא אפטר מן העולם עד שאהיה נזיר דחייב לקיים נזירותו ולפמ"ש המלמ"ל אין ראיה דזה לא מקרי דבר שלבל"ע דאינו רק מחוסר זמן וממילא חל עליו תורת נזירות בשלילה שלא ישתה יין ולא יטמא למתים ושלא יפרע ראשו וא"כ אינו מחוסר מעשה רק זמן. ומיהו בלא"ה דברי הרמב"ם שם תמוהים בראיה זו ועראב"ד ומלמ"ל וגם י"ל דמשכחת לה דמחוסר מעשה שאם כבר נטמא למת דאז א"א לו להיות נזיר. ובזה יש ליישב קושית הראב"ד דהא שאני התם דהוא בידו ולפמ"ש משכחת לה בכה"ג דכבר נטמא למת ואין בידו עכשיו לקבל הנזירות רק לאחר שיטהר ושוב הוה מחוסר מעשה ודו"ק היטב:

יב והנה במ"ש התוס' בכתובות צ"א הנ"ל להוכיח דשדה זו קנה דאל"כ היאך מכרה הכתובה דהא הו"ל דבר שלבל"ע מזה נלפענ"ד לדחות מ"ש המהרי"ט חח"מ סי' ס"ט דאם המוכר ת"ח אמרי' דמסתמא שעבד נפשיה דאל"כ היאך קיבל מעות והו"ל הקנאה גמורה ע"ש שמביא מהך דרב עיליש דאיסור' לאינשי לא ספי ע"ש וא"כ מנ"ל לר"ת להוכיח דלמא זה הי' ת"ח ושפיר מכר ושיעבד נפשיה. אך יש לדחות דזה א"א לשעבד

נפשיה דלמא תמות האם קודם וירש האב ושאני כל דבר שלבל"ע דבידו לשעבד נפשי' ובזה יש לחלק בין עבידי דאתי או לא ודו"ק:

יג והנה בהא דפריך הש"ס בב"ב דף קנ"ז אי ס"ד דאקני לא משתעבד מאוחרין אמאי כשרים הא דאקני הוא. ולכאורה תמוה דהא בכתב שטר הו"ל כמאן דתפס א"כ כאן שכ' לו שטר הו"ל כמאן דתפסי אמנם ז"א דכאן ל"מ להקנות לו מה שקנה ומכר דע"כ לא מועיל תפס שטרא רק כשהקנה לו וכתב לו שטר אבל אין בידו כח לשעבד לו דבר שכבר מכר דבשלמא כשמקנה לו דבר שהוא שלו רק שלא הי' בעולם בעת ההקנא' שפיר אבל כאן כל דדאקני לא משתעבד מה מועיל מה ששיעבד לו אח"כ לאחר שמכרו וראיתי בקצה"ח סי' ר"ט שהקשה לשיטת המרדכי דאם אמר לכשיהי' בעולם דקני א"כ יקשה כיון דשטר מאוחר עד דמטי זמני' לא טריף א"כ הו"ל כאילו אמר שיקנה לכשיהי' בעולם ע"ש ולפענ"ד נראה דל"ק דהנה יש שני מיני מאוחרים כמ"ש רשב"ם או שכתבוהו בעת שלוה רק שכתבו זמן מאוחר או שלוה מקודם וכתבו השטר אח"כ כמ"ש הרשב"ם ולפ"ז כל שכתבו השטר אח"כ שוב לא הו"ל דאקני' ולא אמר לו שיקנה לכשיהי' בעולם דהא לא כתבו אז השטר רק לכשיגיע הזמן וז"ב ובלא"ה נראה דאף בכתב לו מקודם כל דדאקני לא קני רק בא"ל כשיהי' בעולם א"כ זה דוק' בא"ל לכשיהי' בעולם דאז קנה למפרע אבל כאן דהזמן שכתב לא ידע אז שיהי' לו אז נכסים דאולי לא יקנה כלל וא"כ שוב לא סמך דעתו ודוקא כשאמר לכשיקנה דאז שייך דסמך דעתו וסתם דאקני לא משתעבד. ובזה יש ליישב קושית הרשב"א שהקש' דאם נימא דיכול לחזור משעבוד דאקני א"כ אכתי אמאי כשרים מאוחרים דלמא לוה בו טרם שקנה ולפמ"ש א"ש דכל דדאקני משתעבד וכתב לו השטר שוב א"י לחזור בו דהו"ל כמאן דתפס ואף דאכתי קשה אמאי כשרים מאוחרים בכה"ג שכתב שטר אח"כ אבל מלבד דאין זו קושיא די"ל דבאמת בכה"ג לא כשר אף גם די"ל דכל דקנה שוב אין לחוש שמא חזר בו כיון דכל קנין לכתיבה עומד וז"ב ופשוט:

יד והנה אחר זמן רב אמרתי דבכתובה י"ל דמקרי דבר שלבל"ע ול"ד לכל שטר דיכול למחול החוב אף בת"ז וכמ"ש המהרי"ק הנ"ל הלא מראש משום דשאני מלוה דעומד לגבות עכ"פ כשיגיע הזמן משא"כ כתובה דיכול להיו' דלא תבא לידי גבייה וכעין מ"ש הש"ך בחו"מ סי' קכ"ו ס"ק א' לענין מעמד ג' דל"מ בכתובה ובחוב תוך זמנו שייך מעמד שלשתן משום דמלוה עומד לגבות משא"כ בכתובה ע"ש וה"ה כאן והא דיכולה למכור הכתובה היינו משום דאינה מוכרת רק אם תהיה הכתובה בת גובייא וא"כ הוה כאומר לכשאקנה דמועיל לדעת המרדכי וכאן אף החולקים מודים דעכ"פ יש לה חיוב רק

שאינו ברור. ובזה נראה לפענ"ד דזה שיטת הרמב"ם דלכך ל"מ מחילה בכתובה אף בכתבה התקבלתי משום דהוה דבר שלבל"ע ואינו ברור שתבא לידי גוביינא לכך י"ל דלא סמכה דעתה שתמחול בלב שלם ובשלמא למכור י"ל כיון דעיקר המכירה היא כשתבא לידי גוביינא וגם מסר לו שטר הוה כתפס משא"כ במחילה ובזה יש ליישב קושיית הב"ש סי' ס"ו בהא דאמרו כל לגבי בעלה בודאי מחלה ומשמע דמועיל מחילה. ולפמ"ש א"ש דשם כשכבר מכרה הכתובה א"כ ל"ש דלא סמכה דעתה דהא לה אין נ"מ וב"כ וב"כ אינו שלה דאו שהלוקח יגבה או הבעל ודאי מועיל מחילה להבעל וז"ש כל לגבי בעלה ודאי מחלה ומועיל המחילה ודו"ק היטב ועיין ברא"ש ר"פ אעפ"י דמדבריו משמע שהתחלת החיוב של כתובה אינה רק לכשתתאלמן וכ"כ התוס' כתובות דף נ"ג ועיין חידושי מהר"ם שי"ף ר"פ אעפ"י בתוס' ובבית מאיר ר"ס ס"ו וא"כ בודאי ל"ד למלוה שהתחיל החיוב עכ"פ מעת הלואה משא"כ בכתובה וצ"ל ע"כ דמה שמוכרת משום שתפס שטרא וא"כ לענין מחילה א"י למחול ודו"ק ועיין בהפלאה ר"פ אעפ"י שם ובק"א סי' ס"ו ס"ק ד' וע' בישו"ש פ' החולץ שהעלה בסי' כ"א כתירוץ הראשון של התוס' ולא מטעם הודאת בע"ד דהא חב לאחרים וע' קצה"ח סי' צ"ט ס"ק ב' שהשיג על התומים ומדברי הישו"ש ראיה לקצה"ח וזכורני שראיתי בספר אהבת דוד ויהונתן להגאון הצדיק ז"ל אבד"ק פמארין שהשיג על קצה"ח בזה הענין ואין כעת הספר לפני לתת עין בדבריו. והנה בגוף דברי המהרי"ק דחוב ל"ח דשלבל"ע אף שהסמ"ע והש"ך הביאו בפשיטות ולא ערערו אני תמה דהרמב"ן במלחמות פ' דו"ה גבי יד ענים אנן כתב להיפך דחוב הו"ל דבר שלבל"ע וא"י להקדיש ולא למכור ע"ש ומ"ש המהרי"ק דהחוב כבר נתחייב והו"ל בא לעולם דהחיוב כבר נתחייב והשיעבוד כבר חל המעיין ברמב"ן יראה דהרגיש בזה וכתב כיון דעכ"פ אותו ממון אינו שלו ואי בעי לאחלופי באחריני מצי לאחלופי וא"כ לא נתפס ההקדש דהו"ל דבר שא"ב והביא ראיה מהא דאמרו בפסחים דף ל"א דמלוה לא מצי לאקדיש כיון דמצי לסלוקיה בזוזי וה"ה החוב דיכול לסלק גוף החוב בזוזי אחריני והמהרי"ק דייק מדברי רש"י בפסחים שם שהקדיש הקרקע המשועבד לו ולא הקדיש החוב ומזה דייק המהרי"ק דדוקא הקרקע א"י להקדיש משום דהלוה יכול לסלקו בזוזי אבל גוף החוב יכול להקדש. הנה לפמ"ש הרמב"ן י"ל להיפך דבהקדיש החוב אף לאביי לא קדיש דלא חל ההקדש על שום דבר דהא המעות שהלוה להוצאה נתנה ויכול לסלקו בכל זוזי שירצה ועל מה יתפס ההקדש אבל בקרקע המשועבד לו כיון דלאביי למפרע הוא גובה א"כ יש להקנין על מה לחול על אותה השדה אבל לרבא כיון דעד שלא גבה מצי לסלוקי בזוזי א"כ אינו שלו והו"ל דבר שלבל"ע ויכול לסלקו

וע"כ לא יכול להקדיש ומ"ש המהרי"ק ראיה מדיכול למחול החוב במוכר שט"ח לחבירו אפילו בת"ז וכן הכתובה אף ת"ז ע"כ דמקרי דבר שבא לעולם. הנה באמת מזה אין ראיה דהרי אף בגזל ולא נתייאשו הבעלים דא"י להקדיש ולהפקיר היינו לאחרים אבל להגזלן יכול למחול וליתן כמ"ש בשו"ת שאגת ארי' סי' צ"ג בסופו והדברים מוכרחים ומכ"ש לפמ"ש הב"ש סי' כ"ח ס"ק ט"ז דשניהם ביחד יכולים להקדיש מכ"ש דלהגזלן בעצמו יכול ליתן ולהפקיר לו ואף הש"י שם מודה בזה וא"כ שוב יכול למחול אף בתו"ז להלוה בעצמו אך לפענ"ד הי' נראה דבחוב ניהו דא"י להקדיש החוב כיון דאינו מקום לתפוס על איזה דבר אבל מ"מ בכללות יכול להקדיש כל אותו שווי שיש לו אצל אחר. מיהו גם ע"ז יש לפקפק דאין להקדש דבר מסויים לחול ההקדש עליו. והנה הקצה"ח סי' רי"א תמה על הרמב"ן במ"ש דא"י לקדש במלוה דהו"ל דבר שלבל"ע וע"ז תמה דא"כ מה נ"מ בין מלוה דידה למלוה דאחרים ע"ש ולפענ"ד דברי הרמב"ן נכונים דבאמת צ"ב מה טעם שלהוצאה ניתנה והא אכתי הוא בעין. אך נראה דבאמת הוה דבר שלבל"ע והיינו כמ"ש הרמב"ן דיכול להחליף באחרים ולפ"ז כיון דלהוצאה ניתנה שוב אין לו במה לקדש דל"ש שמקדשה באותן מעות הא היא יכולה להחליף במעות אחרות ולפ"ז זהו במלוה דידה אבל מלוה דאחרים מה בכך דאין לו חלות כיון דיכולה להחליף במעות אחרות סוף סוף הרי יגיע לה הנאה ולא גרע משחוק ורקוד לפני דמקודשת בהאי הנאה וה"ה בזה ודוקא להקדיש א"י דהקדש בעי דבר מסויים משא"כ קידושין דכל דמטי הנאה לידה מקודשת. ובזה ניחא מה דקשה דהא רב ס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע ולמה אמר רב המקדש במלוה אינה מקודשת ולפמ"ש א"ש כיון דבעי עבידי דאתי או שהגוף יהיה בעולם וכל דלהוצאה נתנה ויכול להחליפו שוב לא עבידי דאתו והו"ל דשלבל"ע ובזה א"ש הא דקאמר דפליגי במלוה ברשות בעלים לחזרה ולכאורה צ"ב דניהו דיכול לחזור בו מ"מ כל כמה דלא הדר במה מקדשה ולפמ"ש א"ש דבאמת עיקר הטעם דהו"ל דשלבל"ע ולא עבידי דאתי וכל דיכול לחזור שוב מקרי עכ"פ עבידי דאתי ובמלוה דאחרים הוא דעכ"פ הנאה יגיע לה ומקודשת וע' בר"ן ובחידושי מהרי"ט פ"ב דקידושין:

סימן כז

א לש"ב הרב המאוה"ג וכו' שושילתא דיחוסא מו"ה יונה נ"י אבד"ק גראביוויטץ.

ב תמול לעת ערב בהיותו אצלי הגיד לי כי תמיה לו על הגאון בדגול מרבבה שכתב בסי' קכ"ד סכ"ג ביו"ד דדעת המחבר דע"כ לא בעינן שכשוך אלא במקום שאפשר לשכשך במגע ההיא שאז אם לא שכשך אין דרך ניסוך בכך שעיקר ניסוך שלהם היה בשכשוך

וכיון שאפשר לשכשך ולא שכשך ודאי אינו מנסך אבל במקום שא"א לשכשך דרכו לנסך במגע בלי שכשוך ולכן אסור אף בלי שכשוך ע"ש וע"ז תמה מעכ"ת דא"כ בהא דאמר ר"א בע"ז דף נ"ט ע"ב נקטוה לידיה כי היכא דלא לשכשך הי' וברצוה עד שייפא וכיון ששם א"א לשכשך דהא נקטה לידיה וא"כ ממילא אוסר במגעו בלי שכשוך וא"כ למה לא נאסר שם היין בהנאה רק בשתיה וכ"כ בש"ע בהדיא סי"ג. הנה לכאורה יפה תמה אבל אחר העיון היטב הנה אמת נכון הדבר דבאמת מצד הסברא דברי הגאון ש"ב בדג"מ נכונים דכל דא"א לשכשך פשיטא דמנסך אף בלי שכשוך ומה שהקשה משם הנה באמת המעיין שם יראה דלא מיירי שתפסו בידו כ"כ עד שלא הי' יכול להשמיט ידו ולשכשך רק שבאמת מיירי דאם היה רוצה להשמיט ידו היה יכול להשמיט ידו רק שבאמת הגוי לא היה רוצה לשכשך רק שכל שלא שמרו את ידו הוה חיישינן שמא שכשך ולא היינו מאמינין לגוי אבל כל שתפסו את ידו ראה הישראל שלא הניד ידו כלל ולא שכשך אבל כל שהיה רוצה היה יכול לשכשך ולכך כל שאם היה רוצה היה יכול לשכשך א"כ כל שלא שכשך שרי וראיה ברורה לזה ממה שפירש"י ד"ה וברצוה דכל זמן שידו תחובה ביין אם יוציאנה א"א לשמור שלא ישכשך ואעפ"י שאנו אוחזין את ידו הרי מבואר בהדיא דאף שתפסו את ידו בכ"ז חס הי' רוצה היה יכול לשכשך רק שלא רצה לשכשך ולכך ברצו את החביות דאל"כ לא היה אפשר לו לשמרו כ"כ ושוב לא היה נאמן העכו"ם לומר שלא שכשך וכן מורה לשון הרמב"ם פי"ב ממ"א ה"א והש"ע סי"ג ותפסו את ידו קודם שיוציאה ולא ינידה דמשמע שלא הנידה ברצונו אבל כשהוא רוצה הי' יכול להנידה וז"ב ודו"ק. ובזה אמרתי ליישב ע"ד הפלפול קושית התוס' שם דאמאי לא נאסר משום הכנסת ידו מ"ש בזה. ולפענ"ד נראה דר"א לשיטתו דאמר שם בסמוך האי נכרי דנסכי' יינא דישראל בכוונה אע"ג דלזביני לנכרי אחרינא אסור שרי לי' למשקל דמי' מהאי נכרי מ"ט מקלא קלי לי' וכן קיי"ל בסי' קל"ב ס"א והנה מבואר בב"י שם דדוקא אם נתכוין לנסך אבל כל שהי' שוגג לא נתחייב בזה ע"ש ולפ"ז י"ל דלכך אמר ר"א נקטוה לידי' כי היכא דלא לשכשך דאז אם ישמט ידו וישכשך שוב יהיה מותר ליקח דמי יינו דמקלי קלי ליה דעל הכניסה א"א לחייבו כיון דירד להציל האתרוג עכ"פ אף אם נימא דהי' יכול לאסרו בהשכשוך מ"מ לא גרע משוגג כיון דיכול לומר דלא כוון לנסך דהוא נתכוין להציל האתרוג אבל כל שתפסו את ידו כדי שלא ישכשך והוא שכשך הרי ניכר שמתכוין לאסור וחייב לשלם דמי נזקו. והנה בגוף הענין דבעינן שכשוך דעת הב"י דאם הגביה הכלי ושכשך היין בתוך הכלי אף שלא נגע בגופו להיין אסור ואם לא הגביה בעינן שיגע בידו וישכשך ול"מ מה ששכשך בתוך הכלי:

ג וראיתי בישוע"י לדו"ז הגאון ז"ל סי' קכ"ד שהקשה בהא דפירש"י מנסך ששכשך בידו לשם עכו"ם והא שם מיירי בהגבהה והגבהה סגי אף בלא שכשך בידו וכ' דהגבהה לא הי' ע"מ לנסך רק לגזלו ולכך בעינן אח"כ שכשך בידו ע"ש. ובאמת שצ"ע דהן אמת דבגיטין פירש רש"י דהגבהה הי' ע"מ לגזלו אבל בחולין דף מ"א פירש"י דהגבהה ע"מ לאסרו ואפ"ה פירש שכשך בידו והנרא' לי בזה דשם מקשה הש"ס בחולין למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ממנסך וא"כ שם א"א לפרש דהגביה בשכשוך דא"כ שוב בודאי לא הי' יכול לאסור דאף לר"ה דס"ל דעשה בה מעשה אסרה היינו משום דבמעש' קנה וע"י שינוי וכמ"ש בזה בתשוב' באורך ולפ"ז אם הגבהה הי' בשכשוך א"כ הי' נאסר תיכף ושוב לא היה יכול לקנות בזה דהגבהה ע"מ לאבד לא מקרי קנין כמ"ש הש"ך בסי' שפ"ה דהגבהה ע"מ לאבד ולהזיק לא מקרי הגבהה ולכך ע"כ דהגבהה הי' ע"מ לגזלו אבל לא שכשך עדיין שתהיה אסורה דא"כ שוב לא הי' יכול לאסרו דכל שאסרו שוב לא מקרי הגבהה כלל:

ד ובזה מיושב מה שהקשו התוס' על רש"י בדף מ' שם במ"ש רש"י ל"מ הגביה דקנאו בהגבהה והקשו דא"כ מ"פ ממנסך הא שם ע"כ מיירי בהגבה' ולפמ"ש א"ש דאדרבא כיון שא"י לאסור רק ע"י הגבה' א"כ ע"כ הגביהו ע"מ לאסרו ולא מקרי זה הגבה' דהו"ל הגבה' ע"מ לאבד ולהזיק. ומה שהקש' בישע"י שם דאם נימא דבנגיע' אוסר רק דאינו חייב מיתה עד שיכשך א"כ מה קאמר שמואל קלב"מ הא מיד בנגיעתו נתחייב בתשלומין וחיוב מיתה אינו רק בשכשך ע"ש ולפענ"ד ל"ק דהנה אותן הפוסקים האוסרים בנגיעה ומ"מ אינו חייב מיתה בנגיעה צ"ל דס"ל דנגיע' אינו אוסר רק בשתייה לבד ולא בהנא' וע' בראב"ד פי"ב ממ"א ה"א ובכ"מ ולח"מ והיינו כיון דדרך עבודה היא בשכשוך לכך כל שלא שכשך לא הוה כעין פנים ואינו אסור בהנא' ולכך אינו חייב מיתה והנה כבר נודע דעת הפוסקים דכל יין דאינו אסור בהנא' רק בשתיה בטל בששים וא"כ כל שבטל בששים יכול לערבו ולמכרו לעכו"ם והרי רש"י כ' בב"ק דף ד' דמנסך ליכא לפרש דערבו ביין נסך דא"כ ימכרו לעכו"ם חוץ מדמי יי"נ שבו ועיין במהרש"א שם שפירש דהכוונ' דא"כ אינו אסור רק שצריך למכרו בזול והיינו מדמע ולפ"ז כיון דרב ס"ל מנסך ולא אמר מערב משום דהיינו מדמע וא"כ כאן שג"כ בטל בששים וא"כ היינו מדמע וצ"ע בכ"ז אבל מ"ש למעלה הוא נכון ת"ל:

ה ובמ"ש יש ליישב הא דכתבו התוס' בגיטין דף נ"ז דלכך לשמואל לא הו"ל קלב"מ ולא אמרי' הגבה' צורך ניסוך הוא משום דעל הגבה' יוכל לומר הש"ל ועל שעת הניסוך שוב הו"ל קלב"מ ולרב דס"ל דמנסך ממש נדחקו למה לא יוכל לומר הש"ל ע"ש ולפמ"ש

י"ל כיון דבשעת הגבה' עכ"פ אסרו בשתיה דניהו דבעינן שכשוך אף אם נימא דבהגבה' בעינן ג"כ שכשוך בגופו ממש מ"מ עכ"פ בשתיה אסרו וכיון שכן שוב ל"ש לומר הש"ל דהא אין לך שינוי גדול מזה דעכ"פ אסרו בשתיה וז"ב [וע' בפ"י בגיטין שם שהרגיש קצת בזה] ובחידושי אמרתי בזה דהנה כבר נודע ע"פ תבל מה שהקש' הגאון החריף מוה' משלם ז"ל האבד"ק פ"ב בדברי התוס' שכתבו דלשמואל יכול לומר על הגבה' הש"ל ועל הניסוך קלב"מ הא המ"א הקשה בסי' תמ"א דאיך יוכל לומר הש"ל הא נהנה מא"ה וכ' בעט"ז ליישב דא"כ חברו יהנה מא"ה ולפ"ז כיון דאמר ר"א דהא דנסכיה ליינא דישראל שרי למשקל דמי מיניה מ"ט משום דמקלי קלי לי' לפ"ז הא חבירו יכול לקחתו בדמי היזיקו ול"ש קלב"מ דהא בקלב"מ אם תפס לא מפקינן מיניה וא"כ היא יוכל לתפוס בשביל לצי"ש מועיל תפיסה והוא לא יכול לומר הש"ל דהא נהנה מא"ה ובחידושי כתבתי בזה דרכים רבים. וכעת נ"ל דבר נכון דהנה כל הטעם דקלב"מ משום דהתור' לא רצתה לחייב רק משום רשעה אחת ולא משום שתי רשעיות ואף בח"מ שוגגין נמי פטור משום דהתור' אמרה כל שיש עונש מיתה אף שהוא שוגג לא רצתה התור' לחייב יותר וסגי בזה העונש שיש עליו ביד"ש ולא נחייבו משום רשעה אחרת. ולפ"ז נ"ל ברור דל"ש לחייבו למ"ד היזק שא"נ פטור משום שלא יהא כל אחד הולך ומנסך וכו' משום דכיון דחזינן דהתור' פטרה אותו ולא רצתה לחייבו משום רשעה אחרת משום דכיון דיש עליו חיוב מיתה ביד"ש אף שהוא שוגג מ"מ פטור וא"כ איך שייך לחייבו משום שלא יעשה והא בודאי לא יעשה דיש עליו עונש מיתה ביד"ש עד שמה"ט פטרה התור' אף בשוגג משום רשעה אחרת שעשה באמת ומכ"ש דחז"ל לא יחייבו אותו בהיזק שא"נ דפטור באמת ורק משום שלא יהא כל אחד הולך וכיון דחייב מיתה והוה חייבי מיתות שוגגין עכ"פ לא יעשה זאת ול"ש לחייבו וא"כ שפיר הו"ל קלב"מ דפטור ולפ"ז ל"ש לומר דיקח דמי נזקו דהרי הרשב"א בת"ה והובא בב"י סי' קל"ב כתב בשם י"מ דדוקא נסכו בכוונה יכול לומר דלוקח דמים דמקלי קלי' אבל בשוגג דפטור בכה"ג בישראל כדאמרו המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור וא"כ גם לנכרי לא חייבו דמי היזיקו ולפ"ז כיון דהיזק שא"נ ל"ש היזק וא"כ אף במזיד פטור ורק משום שלא יהא כ"א הולך וא"כ כיון דבמנסך ל"ש זאת ל"מ כשיהי' עדים ופטור משום קלב"מ ולא יעשה שיהי' חייב מיתה ואף בשוגג כל דהוא ח"מ שוגגין לא רצתה התורה לחייב ודי בעונש כזה מכ"ש בהיזק שא"נ וכמ"ש וז"ב מאד והבן כי הוא עמוק ובזה מיושב ממילא לרב דס"ל כחזקי' דהיזק שא"נ שמי' היזק ובשוגג פטור כדי שיודיעו וא"כ שפיר יקשה דעל הגבהה

לא יוכל לומר הש"ל דהרי נהנה מא"ה והאחר יקח דמי נזקו וכאן ל"ש מ"ש דהא לחזקי' מדינא חייב בהיזק שא"נ וז"ב:

ו ובזה יש ליישב ע"ד הפלפול קושית התוס' בחולין דף מ' על רש"י דכתב דל"מ הגביה דבקנאו דא"כ מ"פ ממנסך הא שם מדאגבהה קני' לי' ויכול לאסור ולפמ"ש א"ש דכיון דמיירי דהגביה ע"מ לנסך וכדפירש"י בחולין שם וא"כ אם נימא דקלב"מ פטור ועל שעת הגבהה יוכל לומר הש"ל ל"ש לומר דאסרו בשביל שהגביה וקנאו דהא לא הגביה רק ע"מ לנסכו וכל שמנסכו יהי' קלב"מ ויפטר וא"ל דלא יוכל לומר הש"ל דהא יהנה מא"ה דז"א דאם נימא דיהי' קלב"מ ולא קני בהגבהה שוב לא יוכל לאסרו משום דהו"ל דבר שא"ש ושוב ל"ש לומר דנהנ' מא"ה דהא אינו אסור כלל כיון דפטור משום קלב"מ דא"ל כיון דלא יוכל לאסור ל"ש קלב"מ דז"א דניהו דלא יוכל לאסור אבל מיתה חייב ומידי דהוה אעובד להר אע"ג דאינו אוסרו וע"כ דיוכל לאסור דבר שא"ש ודו"ק כי הוא חריף:

ז ובזה י"ל הא דמשני באית לי' שותפות והקשו בתוס' דא"כ הו"ל מדמע ולפמ"ש א"ש דבזה נתחייב בשביל הגבהה וא"ל דיכול לומר הש"ל דז"א כיון דשותפין הו"ל כש"ש והרי דעת הרש"ל דשומר לא יוכל לומר הש"ל ועיין בש"ך חו"מ סי' שס"ג ודו"ק. אמנם בגוף דברי הדג"מ הנ"ל שכתב דאם א"א לנסך בשכשוך מנסך במגע אם כי ישבתי דבריו מסעיף י"ג הנ"ל עדיין יקשה מהא דאמרו בע"ז בהאי ינוקא דהתיר לדרוך עם הנכרי בגת והא קא מנסך בידיו דקמצריינא לי' לידי' והשתא קשה ממנ"פ דאם ציירנא לי' כ"כ שלא יוכל להניע בשום אופן א"כ שוב אוסר במגע לבד ואם אינו מצייר לי' כ"כ עד שבאמת אם רוצה משכשך רק שיוכל לשומרו שלא ישכשך יקשה א"כ כיון דבשעת הוצאה מן היין לא נוכל לשמרו בשום אופן אף באחזו בידי' וכדפירש"י בדף נ"ט וא"כ מה מועיל ציירנא בידי' וצע"ג גם תמוה לי מהא דאמרו בע"ז דף ע' בבולשת שנכנס לעיר דבשעת מלחמה אלו ואלו מותרות לפי שאין פנאי לנסך והיינו בודאי אף שנגעו בה רק שלא כוונו לנסך ואמרינן מסתמא לא שכשכו דאין פנאי יש לנסך ולפ"ז הא כשא"א לנסך מנסך בנגיעה ושם ע"כ נגע בהו ואף די"ל שם דהוי מגע שלא בכוונה מ"מ פשטת הענין מורה דכל דלא שכשך לא מקרי ניסוך אף שא"א לנסך ודלא כדג"מ וצ"ע לדינא:

ח והנה הרב האבד"ק גראביוויטץ הנ"ל כשראה זאת אמר עם הספר להשיב דמה שהקשיתי מהא דאמרו ציירנא לי' לידי' השיב דשם כיון שצייר לי' לידיה לא נגע כלל בידו ביין שהרי צייר לי' והוא דרך בגת ולא היה שם רק ברגל ולא ביד כלל אבל לא הועיל בזה דהא הש"ס פריך שם והא קמנסך ברגל ומשני דניסוך דרגל לא שמי' ניסוך וקשה דניהו דלא מקרי ניסוך אבל עכ"פ נגיעה מקרי דלענין נגיעה אין חילוק בין ביד בין

ברגל רק לענין שכשוך אמרו דאין דרך ניסוך בכך וכמבואר סי' קכ"ד סי"א וסי"ד וכ"ד וא"כ כל דא"א לו לשכשך והיא קושיא גדולה לדעתי. אך עדיין יש ליישב לפמ"ש די"ל דבאמת מיירי באופן שיכול לשכשך אף כשצייר ולכך מותר כיון דיכול לשכשך ולא שכשך וא"ל דא"כ יש לחוש בעת שהוציאו כדאמר ר"א דברצוה לידי' אפשר דהך ינוקא ס"ל דבכה"ג אפשר לשומרו שלא ישכשך ובזה עמדתי על לשון רבינו בפמ"א ממ"א וכן העתיק בש"ע סי' קכ"ג סכ"א דאין דורכין עם העכו"ם בגת שמא יגע בידיו וינסך ואפי' הי' כפות ותמה בכ"מ שם דהא האי ינוקא שרי בצייר לי' לידי' וע"ש שנדחק ובלח"מ שם נדחק ג"כ בזה ולפמ"ש א"ש דרבינו ממנ"פ אוסר דאם צייר לי' לידיה כ"כ עד שלא יוכל להניע שוב א"א בשכשוך ושוב אסור כמ"ש הדג"מ ואם לא צייר כ"כ שוב אסור מחשש שמא יגע בשעת הוצאה דא"א לשמרו כמ"ש ר"א ברצוה לי' לידי' ודו"ק:

ט ובזה אמרת ע"ד הפלפול ליישב קושית הש"ך בסי' קס"ג ס"ק מ"ג על המחבר דהעתיק לשון הרמב"ם דחיישינן שמא יגע בידים והא הוא פוסק בסי' קכ"ד סי"א דגם ניסוך דרגל שמי' ניסוך וא"כ כיון שדורך ברגליו שוב אסור משום הרגל ולפמ"ש א"ש דאדרבא כיון דיכול לנסך ברגל ולא שכשך א"כ שוב מהראוי להתיר דהי' יכול לשכשך ולא שכשך ומה שדייק הכ"מ מלשון הרמב"ם הלז דס"ל דנסוך ברגל ל"ש ניסוך דאל"כ ת"ל דאסור מחמת הרגל ול"ק דמיירי בלא שכשך דז"א דכיון דרבינו גזיר בכפות אטו שאינו כפות וא"כ מכ"ש דיש לגזור אטו שכשך וגם יש להחמיר שמא שכשך ולאו אדעתי' דישראל וע"כ דניסוך ברגל ל"ש נסוך אבל לדידן שפיר העתיק הב"י דברי הרמב"ם דכיון דלדידיה גזר אטו כפות ממילא גם משום הניסוך דרגל יש להחמיר ואולי שכשך דא"א לשמרו כ"כ ודו"ק היטב. ומ"ש לפקפק על מ"ש בכונת הש"ס בדף נ"ט דמיירי דלא ציירו כ"כ והוא כתב דא"כ נמה נקט רש"י דא"א לשמרו שלא ישכשך בעת ההוצאה והא גם בעודו שם יכול לשכשך וכמ"ש באמת ל"ק דודאי בעת שהוא שם יוכל לשמרו וירגיש אם הניע ידו אבל בעת הוצאה דע"כ מניעו הישראל כדי שיוציא את ידו א"כ לא יוכל להרגיש כ"כ ואדרבא אם נימא דלא יוכל להניע ולהניד כלל א"כ גם בעת הוצאתו אין כאן חשש כלל דהרי כל שהוא כפות כ"כ ל"ח מגע כלל וגם לשון הש"ס נקטוה לידי' כי היכא דלא לשכשך משמע דיכול לשכשך רק שנקטוה שלא שכשך ודו"ק:

י והנה הפנ"י בגיטין דף נ"ג הקשה עמ"ש התוס' דשמואל ס"ל ג"כ דהגבהה צורך ניסוך רק דכיון דבשעת ניסוך פטור גם על הגבהה פטור דקלב"מ וע"ז הקשה דהא באמת אאדשא"ש ואוקמ' בחולין מ"א בישראל מומר ולפ"ז איך יכול לומר הש"ל דהא בשעת הגבהה נסך ומקלי קלי לי' דמומר אוסר במגע וכתב דאפשר דשמואל ס"ל כמ"ד

דאדם אדשא"ש וא"כ ל"צ לאוקמ' במומר. והנה שאלני החריף מוה' איצק שמעלקיש נ"י דהא שמואל פסק ביבמות פ"ז כר"י ור"ש דס"ל אאאדשא"ש והנה זה אפשר ליישב די"ל דהתוס' אזלו לשיטתם במנחות ט"ו שכתבו דגם ר"י ור"ש ס"ל בדאוריית' אדם אדשא"ש וא"כ ממיל' גם שמואל ס"ל כן בדאוריית' ולק"מ אך תמה אני על גוף קושית הפ"י דממנ"פ אם נימא דמיירי בישראל מומר ואוסר תיכף בהגבהה ושוב בודאי א"א לאוקמי במנסך ממש דהו"ל קלב"מ דל"ש לומר מדאגבהה קניא ומתחייב בנפשו לא הוה עד שעת ניסוך דהא אמרת דבשעת הגבהה אוסר וע"כ לא נדחקו התוס' אליבא דשמואל רק בישראל כשר דאינו אוסר עד שעת ניסוך ובשעת הגבהה קניא ול"ש קלב"מ מוכרחין התוס' לחדש דבשעת הגבהה יכול לומר הש"ל אבל אם נאסר בשעת הגבהה שוב נתחייב מיתה תיכף ותמה אני על פה קדוש יאמר זאת וא"ל דעל שעת הגבהה לא נתחייב עדיין דאינו ברור שניסך אז דמלבד דכיון דראינו אח"כ שניסך א"כ מהראוי לומר הוכיח סופו על תחלתו ועיין בחולין ל"ט וביו"ד סי' ד' ובפרט במומר אף גם דאם נימא דלא אסור שוב יוכל לומר הש"ל וממנ"פ פטור וז"ב ופשוט. גם דבריו שכתב דשמואל יסבור דאדם אדבשא"ש תמוהין דמשמע דלמ"ד אאאדשא"ש מוקמינן במומר וזה א"א דס"ס אינו שלו ואדרבא למ"ד אדם אוסר רק דאמרינן לצעורי א"כ אמרינן דמומר ל"ש לצעורי אבל למ"ד דבאי' לי' שותפות בגוויה יכול לאסור לא נצטרך לאוקמ' במומר כמבואר בסוגי' שם וא"כ מצי לאוקמ' גם למ"ד אאאדשא"ש ובאית לי' שותפות בגוי' וז"ב ופשוט ודברי הפ"י תמוהים מאוד לפע"ד אמנם אי קשיא הא קשי' לר"נ ור"ע ור"י דאמרו דבישראל אמרינן לצעורי ומוכרח לאוקמ' במומר לשיטת התוס' דגם שותפות ל"מ א"כ יקשה על רב דאמר מנסך ממש והא הו"ל קלב"מ וא"ל דמשעת הגבהה נתחייב ומתחייב בנפשו לא הוה עד שעת ניסוך דהא במומר אוסר תיכף וקלב"מ והיא תמי' גדולה ורב באמת ס"ל דאאדשא"ש כמו שנראה ביבמות שם ובתשובה אחת הארכתי בזה וא"כ ע"כ דס"ל דלצעורי קמכוין בישראל לר"נ ור"ע הנ"ל וכדמוקי לה בש"ס וא"כ ל"ש קלב"מ ועיין בתוס' בחולין מ"א דכתבו דלהנך מ"ד הו"מ לאוקמא מנסך כשנגע בו ועיין מהרש"א שם דמומר יוכל לאסור בנגיעה והוא תימה לפענ"ד דא"כ שוב הוה קלב"מ ואדרבא י"ל דמיירי דלא נעשה עדיין מומר רק פ"א וא"כ אינו אוסר בנגיעה ושייך קלב"מ דבשעת הגבהה לא אוסר ודברי התוס' צע"ג ובלא"ה נרא' דהנה שיטת הש"ך בסי' שצ"ו בחו"מ דאם הגביה ע"מ לאבדה דאינו קונה ולפ"ז ע"כ הא דאמרו מדאגבהה קניא היינו משום דאגבהה ע"מ לגזלה וכמ"ש רש"י בגיטין שם ולפ"ז בישראל מומר דהוה אגבהה ע"מ לאבדה ולא קנאה כלל ושוב בודאי הוה קלב"מ וא"כ בלא"ה קשה דהו"ל

קלב"מ וע"כ נרא' העיקר דבהגבהה ע"י כלי לא יוכל לאסור דהו"ל נגיעה ע"י ד"א. ומ"ש התוס' דהומ"ל דנגע בו היינו שנגע בו בידו רק דא"צ לשכשך אבל ע"י כלי לא נאסר וא"ש ודברי הפ"י תמוהין וצע"ג וע' בש"ע סי' קכ"ד סי"ח בהג"ה ובש"ך שם דבנגיעת כלי ודאי אינו אוסר והרי ע"י שחותם הכלי בחב"ח מותר העכו"ם ליגע וז"פ ועוד כתבתי בזה בסוף התשובה בסוגיא דרבוצה מה ששייך לכאן לתשלומת הדברים ונכתבו שם שלא בהשגחה:

יא אמנם אי קשיא הא קשיא בהא דאמרו דלכך לא אמר מנסך ממש דקלב"מ ומה קושיא והא באמת למ"ד אאדשא"ש ע"כ מוקמי' לה בישראל מומר וא"כ גם למ"ד אין אדם אוסר דשא"ש לוקמא בישראל מומר וא"ל דאכתי הו"ל דבר שא"ש ומה מועיל מה דהוא מומר וגם הא הו"ל קלב"מ דז"א דהרי בחידושי רמב"ן בע"ז דף נ"ט ע"ב בהא דאמרו לא כל הימנך שתאסור ייני האריך הרמב"ן דא"כ כל מגע גוי ביין לא לאסור כלל דהו"ל דבר שא"ש ול"מ לאסר וכ' דכל שנגע בודאי אסור דהרי אסור יי"נ דרבנן הוא משום בנותיהם וא"כ אכתי שייך משום בנותיהם והא דאמר ריב"ב דלא כל הימנך מיירי באופן ששפך יין ולא נגע כגון במוריקא וריקי ע"ש ודבריו ראויין למי שאמרן דכל דאסור משום בנותיהן מה בכך שלא יכול לאסרו ס"ס הוה בכלל הגזירה דמשום בנותיהן. ולפענ"ד גם הר"ח שם שמביא הרמב"ן דכתב דשאני לי' לר"נ יי"נ דחמור דאוסר אף במגעו משום יינו ג"כ כוון לזה ויתיישב בזה קושית הרמב"ן עליו ע"ש. עכ"פ יש לאוקמ' מנסך בישראל מומר דדינו כעכו"ם והוא בכלל יי"נ דרבנן דגזרו בזה וא"כ אף דבר שא"ש אסור דמומר דינו כעכו"ם לכל דבריו וקלב"מ ל"ש בזה דבאמת אינו חייב מיתה דבאמת א"י לאסור דבר שא"ש ועיקר איסורו משום בנותיהן וא"כ בזה חייב לשלם ול"ש קלב"מ והיא קושיא נפלאה ובאמת לא שכשך כלל ולא עבדו ומ"מ נאסר. אם לא שנא' דלענין איסור משום בנותיהן לא הוה ישראל מומר בכלל עכו"ם דמ"מ ל"ש משום בנותיהן ואינו בגדר זה וצ"ע בזה. אך גוף דברי רמב"ן לא זכיתי להבינם דמגע גוי ביין שלנו לא שייך לגזור משום בנותיהן דניהו דנגע אבל מה ענין לבנותיהם דהא לא שותה בבית הגוי ובודאי דזה אסרו משום לתא דיי"נ דאורייתא וצ"ע בטור וב"י ר"ס קכ"ג ובאמת הר"ן הרכיב שתי האיסורים משום בנותיהן ומשום יי"נ וצ"ע שוב ראיתי בחידושי הרמב"ן בע"ז דף ל"ז גבי הא דאמרו דגזרו על יינן משום בנותיהן שם משמע בהדיא דדוקא ביינם ל"ש חשש שמא באמת נסך לע"ז דהא אם איתא דנסך לא הוה מוכר לי' כדאמרו אם איתא דאקצי' לע"ז לא הוה מזבין ליה אבל במגען ביין שלנו חיישי' דטרחו ומנסך להו וכ"כ הרמב"ם דהחשש הוא שמא מנסך ליה וא"כ אין מקום לדברי הרמב"ן אלו אבל בהתירוץ השני שם ברמב"ן

י"ל דגם מגען ביין שלנו הוא בשביל בנותיהן ע"ש שסתם הדברים ובחידושי הארכתי בזה וע' בעלה הנדפסת בריטב"א על ע"ז הנדפס באובן מהגאון מוהרמ"ס ז"ל שרמז לזה ועכ"פ דברי הרמב"ן כאן צ"ע שסתם הדברים ועכ"פ בישראל מומר דדינו כעכו"ם בודאי י"ל דהחשש שמא מנסך לה דבנותיהן ל"ש בי' ומיושב קושייתי ודו"ק. איברא דאף אם נימא דמגע עכו"ם אוסר משום בנותיהן אכתי צ"ב דבחמת משום בנותיהם לא הי' לאסור רק בשתיה כמו דגזרו על פתן משום חיתון וע"כ דכל שגזרו על שתיה משום בתן ממילא אסרו בהנאה משום לתא דיי"נ וכמ"ש הרמב"ן וכיון שכן עדיין יקשה דבאמת אינו אוסר דבר שא"ש אף אם נסכו ממש ג"כ לא היו יכול לאסור דבר שא"ש ורק משום בנותיהם גרידא איכא איסור א"כ שוב לא אסור בהנאה. אמנם נרא' דזה תלוי דאם נימא דאין אדם אוסר דשא"ש אף במעשה א"כ ל"מ לאסור אבל אם נימא דבמעשה יכול לאסור א"כ כל שאסור בשתיה משום בנותיהם א"כ אין לך עשה מעשה גדול מזה וכעין דאמרו דבדיבורא קעביד מעשה ושוב יכול לאסור בהנאה משום לתא דיי"נ דכל שעשה מעשה יכול לנסך ממש וא"כ שוב שייך לגזור משום לתא דיי"נ וצ"ל דריב"ב דאמר לא כל הימנך שתאסר ייני לאונסי ומותר בהנאה ע"כ מיירי דלא נגע כמ"ש הרמב"ן דאל"כ שוב אסור אף בהנאה כמ"ש. מיהו אין הכרח די"ל דיב"ב ס"ל דאין אדם אוסר דבר שא"ש אף במעשה וכדאמרו בחולין דף מ"א כתנאי וריב"ב ס"ל דאינו אוסר אף במעשה א"כ שוב א"צ לאוקמא בלא נגע ואף בנגע אוסר בשתייה אבל לא בהנאה דמשום לתא דיי"נ אין בו וכמ"ש:

יב ובזה נפתח לי שערי בינה בדברי התוס' בע"ז דף ל"א ד"ה המפקיד שהקשו דממנ"פ אי ס"ל לריב"ב כר"א דלא חייש לזיוף אף בשתייה לשתרי ואי חייש לזיוף כרבנן אף בהנאה לתסרי ותירצו דריב"ב לטעמיה דס"ל דלא כל הימנך שתאסר ייני לאונסי וא"כ אף דחייש לזיוף דנגע ביה ושתה מיניה מ"מ לא חייש להחליף בשלו שיאסר גם בהנאה ודבריהם תמוהים לפענ"ד דא"כ אף בשתיה לשתרי דהא אין אדם אוסר דבר שא"ש. וכפי הנרא' דס"ל להתוס' וכ"נ מרש"י בדף נ"ט דבשתיה אסור בשביל דכל דנסכו שלא בפני ע"ז ניהו דלא נאסר בהנאה בשתיה אסור והדבר יפלא דממנ"פ או דהוה נסך ואסור בהנאה או דלא הוה נסך כלל וגם עכ"פ להאי טעמא דלאו כל הימנך שתאסר מותר אף בשתיה ולפמ"ש הדברים כפשטם דעכ"פ בשתיה אסור בשביל בנותיהם וכמ"ש ובהנאה לא מצי לאסור דריב"ב ס"ל דלא יכול לאסור אף במעשה וכמ"ש בחולין שם ודו"ק:

יג ובזה י"ל הא דהקשה המהרש"א על קושית התוס' דהיאך מסתפקא להו להתוס' אי ס"ל לריב"ב כרבנן או כר"א והא בש"ס מוקי בהדיא דס"ל כרבנן ולפמ"ש א"ש דהנה

בהא דכתבו התוס' דלאחלופי בשלו לא חשו ציין הגאון דבדף כ"ט אמרו דבחותם אחד לא חיישׁ לזייף לאחלופי והוא לכאורה תימה על התוס' שלא הרגישו בזה שהיא ראיה ברורה. אך לכאורה אינו קושיא דשם לענין חומץ דלאו בר אנסוכי א"כ לא חשו שיטרח לזייף בחותם אחד ולהחליף דמתיירא שיכיר חותמו אבל בייי"נ חיישי' דטרחו להחליף דחביב עליהם שינסכו יינם של ישראל וכמ"ש הרמב"ן דף ל"ז אמנם ז"א דהרי יינם שלהם כל שנסכו לא מזדבנו ולכך הוכרחו לגזור משום בנותיהן א"כ יש לחוש שיחליפו רק ביינם שלא נסכו וזה רחוק דמסתמא יין עכו"ם נסכו לע"ז וע"כ דחיישי' ליינם שלא נסכו וא"כ לא הוה רק סתם יינם ואינו רק מדרבנן ול"ח וז"ב בכוונת התוס'. ומעתה י"ל דודאי התוס' בקושייתם ס"ל ג"כ דריב"ב ס"ל כרבנן כדאמרו שם ורק דס"ל להתוס' כס"ד דחיישי לאחלופי ביינם והיינו ע"כ בסתם יינם וס"ל לרבנן דחייש לאחלופי בחותם אחד וא"כ שוב הקשו דא"כ יש לאסור שמא לא החליפו רק שנגע ונסכו דע"ז אין לחוש שמא החליפו ביינם דא"כ ע"כ החליפו בסתם יינם דבייי"נ ממש ודאי לא רצו להחליף כל דאקציה לע"ז ואין לחוש רק לסתם יינם ושוב ליכא למיחש כלל לענין הנאה דכל שלא נסכו אינו אסור רק בשתיה משום בנותיהם וע"ז הקשו דעכ"פ ניחוש שמא נגעו ביינם ונסכו ולא החליפו כלל וזה בודאי טרחו לנסך יינם של ישראל וע"ז כתבו דריב"ב ס"ל דאין בידו לאסור ואין לחוש רק שהחליפו ביינם וזה ל"ח דע"כ החליפו בסתם יינם ולא בנסך ודו"ק היטב כי הוא חריף ועמוק ומדוקדק ל' התוס' דל"צ לומר כלל דל"ח כיון שספק דרבנן רק דע"כ לא החליפו רק בסתם יינם וכל שלא נסכו אינו אסור בהנאה וכמ"ש. ובגוף קושית התוס' הי' נלפענ"ד דבאמת כיון שיש ספק אי זייף בעצם הוא מותר רק דגזרו משום בנותיהם וא"כ ל"ש חזקת כשרות דגם כעת היא בחזקת כשרות וא"ל דעכ"פ מדרבנן אסרוהו להיין שוב אזל חזקת כשרות דז"א דבאמת אין אדם אוסר דבר שא"ש וא"כ לא נאסר רק דעכ"פ אסור משום בנותיהן אבל חזקת כשרות לא הלך דהיין באמת כשר. ובזה יש לכוין בדברי התוס' שכתבו דריב"ב לטעמיה וס"ל דאין אדם אוסר ולא החמירו כ"כ לחוש לאחלופי ביינם והיינו דבאמת לענין חשש אחלופי ביינם שוב ל"ש חזקת כשרות דהא חיישי' שנתחלף ואינו אותו היין שהפקיד וע"ז כתבו דלזה אין לחוש דל"ח שכיון שאינו רק דרבנן דעיקר יינם מדרבנן משום בנותיהם ואף דגזרו בהנאה משום לתא דיי"נ כל שעיקרו רק דרבנן ל"ח לספיקו ואין לחוש רק שמא נסכו יינם של ישראל דזה הוה ספק תורה וע"ז אין לחוש דהא לא יכלו לאסרו ושוב אהני חזקת כשרות ודו"ק היטב:

יד ובזה מיושב גם קושית מהרש"א דלהס"ד ג"כ ידע דלהחליף בשם אחרים לא חיישי' דאינו רק דרבנן ורבנן ל"ח רק שמא נגע ביינו וע"ז שוב יש לו להיין חזקת כשרות וי"ל דרבנן לא חיישו רק באין להיין חזקת כשרות כגון שמתחלת הדריכה הי' ברשות העכו"ם ולכך הקשו דעכ"פ כל שחיישו לזיוף שוב ניחוש שמא נגע ונסכו ול"ש חזקת כשרות דהרי עכ"פ יצא מחזקת כשרותו שעכ"פ בשתיה נאסר והרי מקודם הי' מותר אף בשתייה וא"כ עכ"פ הלך חזקת כשרות שהי' לו ול"ש להעמיד בחזקת כשרות וכמ"ש הר"ש פ"ב דמקוואות דכל שמדרבנן אזיל חזקת כשרות שוב ל"ש להעמיד על חזקתו הראשונ' וע"ז כתבו דריב"ב לשיטתו דא"א אוסר דבר שא"ש וא"כ בעצם היין מותר רק שאסרו משום בנותיהם אבל חזקת כשרו' לא אזל לי' דאכתי הי' בחזקתו ודו"ק היטב כי הוא חריף עמוק עמוק. והנה התוס' בחולין דף מ' הקשו ד"ה ר"נ דכאן משמע דר"נ ס"ל אין אדם אוסר דבר שא"ש ובע"ז גבי על נכרי לחנותא והוה חמרא וקאסר ר"נ היין ואמאי והא אין אדם אוסר דבר שא"ש. ובאמת לפמ"ש הרמב"ן הנ"ל דעכ"פ בשתיה אסור משום בנותיהם לק"מ קושית התוס' ומה דמקשה הש"ס ממנסך כבר כתבתי למעלה דשם דאמרו משום קלב"מ ע"כ דאסור משום נסך ממש. אך בגוף קושית התוס' בחולין הנ"ל נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה בב"ב דף פ"ח אמרי גבי האי דאייתי קרי קרי ואמרו דא"י להקדישם כיון דקייצו דמיה והאחר נטלן הרי הן של האחר וחייב דמים ע"ש וכ"כ הרמב"ם פ"ו מערכין ולפ"ז שם דעל לחנותא ושאל על יין א"כ שפיר יכול לאסור ול"ש דבר שא"ש דהרי יכול ליקח היין כיון דקייצי דמיה כל רביעית יין בכך וכך א"כ שפיר יכול לאסור ודוקא כשבא לביתו של ישראל שאינו מוכר יין א"י לאסור אבל בחנות שעומד להמכר שפיר יכול לאסור ראה זה חדש הוא ודו"ק. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש בשו"ת חינוך ב"י באו"ח סי' י"ז באחד שאמר בבית המטבחיים בכמה בשר זה לק"פ וכתב המ"א כיון דלא הוה שלו לא יוכל לאסרו ומשום מ"ע ליכא. ולפמ"ש כיון שבשר עומד להמכר בבית המטבחיים ויש לו קוציתא וזה שאל כמה קציצת דמים וא"כ בכה"ג שוב יוכל לאסור אף שאינו שלו וכמ"ש ודו"ק:

טו והנה לכאורה קשה בהא למ"ד לצעורי קמכוין ממנסך ומה קושיא כיון דמ"ד מנסך ממש ע"כ משום דאגבהה קניא וא"כ שוב ל"ש לצעורי דמה מצערו הא יצטרך לשלם לו דהרי קנאו בהגבהה והו"ל שלו וא"ל דיכול לומר הש"ל כל דהוא לצעורי דז"א דאטו הוא דבר ברור דהוא לצעורי רק דלא יוכל לאסור מספק ותלינן דהיא לצעורי ולפ"ז עכ"פ יוכל הניזק לומר מה לי ולך קח לך היין כיון דלדעתך לא נאסר ואני יש לי ספק וכעין מ"ש הש"ך ביו"ד סי' ד' ובנקה"כ שם ע"ש והיא קושיא גדולה וא"ל דקושית הש"ס היא

משוגג דל"ש מדאגבהה קניא כמ"ש הפ"י בגיטין וא"כ שוב א"י לאסור ואמאי אצטרך לפטרו הא לא ניסך כלל דז"א דבשוגג שוב ל"ש לצעורי וא"כ שוב יכול לאסור דבר שא"ש והיא קושיא נפלאה וצ"ל דס"ל לש"ס דזה סברא ברורה דבודאי לא כוון רק לצערו דמה"ת לחשוד לאיש יהודי שבשאט בנפש ירצה לשחוט לע"ז או לנסך לע"ז ומסתמא מתכוין רק לצעורי וא"כ שוב יוכל לומר הש"ל ושפיר מקשה ועיין בחו"מ סי' קמ"א סי"א דאכל ערלה ושביעית וכלאים לא הוה חזקה ובתומים שם סק"ז תמה דהא המסכך גפנו של חבירו לא נאסר דהו"ל דבר שא"ש וא"כ שוב מהראוי להיות לו חזקה דל"ש לומר דמה אכפת לי' באכלו איסור הא כיון שא"ש לא נאסר ולא מקרי כלאים. ולפענ"ד ל"ק מכמה טעמים דכל הטעם דאינו אוסר דבר שא"ש בכלאים כתבו התוס' ביבמות פ"ג ובר"ש פ"ז דכלאים מ"ה דכלאים בניחותא דבעלים תלוי והא לא ניחא לי' ולפ"ז כיון דקיי"ל בחו"מ סי' שע"ג דגזלן שהשביח אם מחזיר לנגזל אין לו רק דמי הוצאה והשבח כלו של הנגזל דארעאי אשבח וא"כ כאן ניחא ליה להמערער שיזרע כלאים דאז יוכל לקחתם דהא אין לו רק דמי הוצאותיו וא"כ שוב נאסרו וא"ל כיון דניחא לי' שוב יאסרו ומה בצע לו להמערער בפירות של כלאים דז"א דניהו דיאסרו ולא ניחא ליה הא עכ"פ כשיחזירם לו לא יצטרך לו להחזיר אף דמי ההוצאה ויכול לומר טול פירותיך וא"כ שוב אית לי' שותפות בהפירות דהפירות הם של הזורע ואף דהן איסור מ"מ אם נימא דא"ה מקרי שלו כמו שהוא דעת הרבה פוסקים שוב יוכל לאסור דכל דיש לו שותפות בגווי' נאסר ובלא"ה נראה לפענ"ד דזה טעות דשם דסכך גפנו על תבואתו של חבירו שייך לומר דא"י לאסור תבואה שא"ש אבל כאן מה שזרע בעצמו כלאים שפיר יכול לאסור לנפשו ומה בכך דהקרקע הוא של חבירו הא הקרקע לא נאסר וכשיחזור להנגזל יעקור כל הכלאים והארץ לעולם עומדת ולא נאסרה ובלא"ה י"ל דאדרבא כיון שזרע כלאים יכול המערער לומר כיון דזרעת דבר איסור אדרבא בשביל שגלית דעתך דהקרקע אינו שלך דאל"כ מה"ת לזרוע כלאים דבשלמא ערלה ושביעית א"א כ"א באיסור אבל כלאים מה"ת למתלי שרצה להחזיק בקרקע אדרבא לפי שאינו חפץ להחזיק לכך זרע כלאים דלא נאסרו וגם לפמ"ש הר"ש הטעם דכתיב לא תזרע מה זורע דניחא לי' ושל אחרים לא ניחא לי' וכאן כיון שרצה להחזיק בקרקע שא"ש שוב ניחא ליה ושפיר אוסר אף דבר שא"ש וז"ב ודו"ק:

טז והנה בהא דשיטת התוס' דאף באית ליה שותפות שייך לצעורי הקשה תלמידי החריף מוה' סענדר שורשטיין נ"י דבזה יקשה קושית הכו"פ סי' ד' דאמאי נימא דלצעורי קעביד הא אינו רק ספק וניזל לחומרא וכ' כיון דאא"א דשא"ש מה"ת רק מדרבנן תלינן לקולא

ולפ"ז ביש לו שותפות דיכול לאסור מה"ת למה ניזיל לקולא ואביו המופלג א"ל כן לאחר תפלת שחרית י"ז אלול תרט"ז והשבתי כרגע די"ל דמיירי באית לי' שותפות רק מעט באופן שבטל ברוב מה"ת במב"מ רק מדרבנן נאסר ומ"מ יכול לאסור דממונא לא בטיל וא"ל דאכתי היאך מצי להקשות דלמא מיירי שיש לו שותפות מחצה למחצה ולא בטל. אך נראה דבאמת הקשו התוס' דהיינו מדמע. אך לפמ"ש אינו מדמע דשם מערב הרבה באופן דלא בטל וכאן מיירי שאין לו רק מעט רק דממונא לא בטל וא"כ ע"כ מיירי באינו רק מעט ושפיר שייך לצעורי ודו"ק. ובזה יש ליישב דברי הסמ"ע סי' שפ"ה דבייי"נ הי' לו לחלק יין שלו ואח"כ הי' לו לצערו והקשה הש"ך דא"כ מה מקשה ממנסך ולפמ"ש י"ל דבש"ס דמיירי דאינו רק מעט דאל"כ הו"ל מדמע י"ל דלא חש על המועט שלו וכוון לצער אבל בש"ע מיירי ביש לו שותפות מחצה על מחצה או רוב ושוב הי' לו לחלק ודו"ק. אך בגוף תירוצי יש לפקפק דכל שיכול לאסור אף דאינו רק שותפות מעט שוב נאסר כלו. אמנם י"ל כיון דלא נאסר רק בשביל חלקו המעט בטל ברוב ודו"ק:

סימן כח

א תשובה להרב החריף מוה' רפאל הכהן ני' מקרעשיב.

ב אשר שאל בהא דאמרו בחולין דף ק"א מאן האי תנא דבאיסור כולל אחע"א ל"ל וכו' והקשו בתוס' ד"ה מאן דאיסור מוסיף הוא דמגו דאיתוסף ביה איסור לגבוה כשנתנבלה אתוסף נמי להדיוט וע"ז הקשה מעלתו לפי מה דאמרו בחולין דף ל"ז דנבילה הוה מסוכנת קודם שנתנבל' וא"כ גם בעודה מסוכנת אסורה לגבוה דלא גרע מחולה דפסול לגבוה כמ"ש הרמב"ם פ"ז מביאת מקדש ושוב לא אתוסף אח"כ לגבוה דהרי כבר נאסר לגבוה בעת שמסוכנת. באמת שקושיא גדולה היא והנ"ל בזה דהנה באמת דברי התוס' צ"ב במה שחשבו לאיסור מוסיף מה דאתוסף לגבוה והא כל השוורים לאו למזבח קיימו וא"כ ל"ש שנתוסף איסור לגבוה וכבר הרגיש בזה השעה"מ פי"ז מא"ב ה"ח. אך לפענ"ד נראה דדברי התוס' נכונים דבאמת סברא זו דשוורים לאו לגבי מזבח קיימי אמרו בב"ק דף צ"ח ובקידושין ס"ו ושם אנו דנין אם מגיע לו היזק בשביל שלא יהיה ראוי לגבוה להקריבו וע"ז שפיר אמרו דלגבוה לא מקרי היזק דסתם שוורים עומדים לאכילה ולא להקרבה אבל כאן אנו דנין להיפך דמקרי איסור מוסיף בשביל שע"י שנתנבלה נאסרה הבהמה לגבוה וא"כ ל"ש לומר דסתם שוורים לאו לגבי מזבח קיימי והיינו דעומד לאכילה דהא כעת באמת נאסרה להדיוט ואנו דנין שלגבוה נתוסף ג"כ איסור ממה שהיתה מקודם רק להדיוט אסור מחיים ועכשיו נתוסף איסור גם לגבוה וא"כ ל"ש בזה

דסתם שוורים לאו למזבח קיימו וז"ב ולפ"ז שפיר הקשו בתוס' דהו"ל איסור מוסיף דא"ל דכבר נתוסף בה בעת שהיתה מסוכנת ז"א דבשעה שהיתה מסוכנת ודאי ל"ש שנתוסף איסור לגבוה דאדרבא סתם שוורים לאו לגבי מזבח קיימו ואדרבא עוד כ"ש הוא דמה התם דיכול להיות לגבוה ג"כ ואפ"ה אמרינן דסתמא לאו לגבוה קיימי מכ"ש הכא שבודאי אינו עומד רק להדיוט ולא לגבוה דלהדיוט שרי מסוכנת כל שתפרכס ולגבוה אסירי כמ"ש הרמב"ם פ"ז מביאת מקדש הנ"ל ודו"ק היטב כי נכון הוא מאד וא"ל דמ"מ נתוסף בה איסור לגבוה שמ"מ אסורה לגבוה בשעה שהיתה מסוכנת ושוב ל"ש לומר דבנתנבלה נתוסף עליו איסור דז"א דבשעה שהיתה מסוכנת ל"ש לומר דנאסר לגבוה עד שלא תחול עליו שם איסור מוסיף בנתנבלה כיון דלאו לגבוה קיימא בעת ההיא ל"ש לומר שזאת תמנע מלחול אח"כ שם איסור מוסיף בנתנבלה דבעת ההיא ודאי לא חזי לגבוה וז"ב לדעתי ובלא"ה י"ל בישוב קושיתו דכיון דלא נודע בעת שהיתה מסוכנת שפסולה לגבוה דאטו נודע מקודם שכ"כ היא מסוכנת ורק מכח שנתנבלה נודע שמקודם היתה מסוכנת שהרי מתה אח"כ א"א לומר שכבר חל איסור בעת שהיתה מסוכנת שאין להגבול ידוע מקודם והו"ל כעין שכתבו דחזקה שלא נתבררה ל"מ חזקה מכ"ש בזה כנלפענ"ד. ואגב אומר במה שראיתי בשו"ת הגאון מוהר"ע איגר זצ"ל ס"ס קס"ט בשולי המכתב התעורר על דברת התוס' בזבחים דף ע' ד"ה יבא שכתבו דנבלה הוה איסור מוסיף דמה מוסיף שייך בזה והא לא הוה רק איסור כולל וא"ל דניתוסף איסור לגבוה די"ל דאצטריך קרא לבהמה בעלת מום דל"ש איסור גבוה דבל"ז אסורה לגבוה ע"ש ובנו הרב מוהר"ש האריך בזה ונעלם מעיני שניהם שכבר קדמם הרמ"ע מפאנו ז"ל סי' ק"כ בזה וכתב דל"ד מוסיף רק כולל ע"ש ובשעה"מ שם ולפמ"ש יש לעיין גם מצד דהיתה מסוכנת מקודם וראיתי בשו"ת פמ"א ח"א בחידושיו לזבחים דף ע' שהבין דברי התוס' כפשטם ומטעם איסור מוסיף וזה א"א דאינו מוסיף ובשעה"מ כתב ג"כ דדברי התוס' בזבחים מדוקדקים דלא כרמ"ע מפאנו דנבילה חשוב מוסיף דאתוסף איסור לגבוה וז"ל דבאמת הוה מוסיף לגבוה וכמ"ש בחולין דף ק"א ד"ה מאן ותמה על התוס' ביבמות דף ל"ג ע"ב ד"ה אמר שכתבו דהוה כולל ע"ש ולפענ"ד דברי הרמ"ע נכונים דבאמת הוה איסור מוסיף בשביל איסור גבוה רק דעדיין קשה דאצטריך שפיר קרא באם הוא בע"מ דלא ניתוסף איסור וכמ"ש הגאון מוהר"ע ולכך אינו רק כולל. ולכאורה רציתי לומר דנקרא מוסיף לענין דאסור לעשות סחורה בנבילות וטריפות ובחלב מותר לעשות סחורה ואם נימא דאיסור נבילות היא אסור מה"ת לסחורה נקרא מוסיף. אמנם עוד יש להקשות היפך דבח"ש ע"י תערובות בכל איסורים מותר מה"ת

ובחלב בודאי אסור וכמ"ש הר"ש בטבול יום פ"ב דבחלב גלי מקרא דכל חלב לרבות ח"ש וצ"ע:

ג והנה התוס' בחולין שם ע"ב ד"ה ר"ע כתבו דאף ר"ע דס"ל בכריתות דאחע"א קדשים שאני כדאמרו בכריתות דף כ"ג דר"ש דלית לי' אחע"א אף במוסף וכולל מ"מ קדשים שאני וכן אמרו לרבי דס"ל דוקא חמור על קל ובקדשים ס"ל דחל קל על חמור ותמהני דא"כ בהך דנחלקו ב"ק ור"ח אליבא דרבי בזר ששימש בשבת וזר שאכל מליקה ואמרו שם דנחלקו באיסור כולל ובת אחת ואמאי לא אמר דקדשים שאני וביותר תימה דאמרו שם אליבא דר"ש דודאי לא חל והא בקדשים מודה ר"ש וגם למה אמרו דב"ק שקורי משקר והא י"ל דרבי אמר אליבא דלישנא בתרא דכריתות דר"ש פליג גם בקדשים וללי"ק ס"ל לר"ש דחל בקדשים אך אחר המעיין י"ל דדוקא איסור קדשים חל על איסור אחר אבל שם זר שאכל מליקה אטו נתוסף שם איסור קדשים ורק איסור זרות ובזה לא חל על מליקה ושבת וכדומה ודו"ק. והנה מדי דברי זכור אזכור מה שהוגד לי קושיא בהא דאמרו ביבמות בסוגיא שם אי בהקטרה הא ר' יוסי הבערה ללאו יצאת ופירשו בתוס' דהיינו משום דהוה קל על חמור והוגד לי בשם דו"ז הגאון מו"ה משה העשיל ז"ל בעהמ"ח ים התלמיד דלפמ"ש הרמב"ם פי"ב משבת ה"א דהמבעיר חייב בכ"ש והרי הרמב"ם פ"ט מבמ"ק ה"ד כ' דזר שהקטיר א"ח רק בכזית וא"כ איסור הבערה בא קודם שנתחייב על הקטרה שהקטיר בזרות וא"כ שפיר מצי לחול דזרות הוה חמור על קל דהבערה אינה רק בלאו. ואמרתי בזה בפשיטות דהנה באמת בטעם דמבעיר חייב בכ"ש כ' הכ"מ וכפי הנראה כיון דממשכן ילפינן והי' מבעיר תחת הדוד לבשל סממנים א"כ אין שיעור בכ"ש שמבעיר הדוד ממילא מקרי מבעיר ולפ"ז זהו אם היא אב מלאכה אבל אם הבערה ללאו יצאו יצא מכלל כל מלאכה ל"ת ולא נלמד ממלאכת המשכן שוב הדרן לכלל כל השיעורים דהוא בכזית ושפיר לא חל על כ"ש וז"ב. עוד נ"ל דבר נפלא עפ"י מ"ש בירושלמי בר"פ אלו נערות דחוסס פרה ודש בה חייב מלקות על שעת החסימה ואח"כ תשלומין והקשה בירושלמי א"כ מצית גדשו של חבירו נימא על שבולת ראשון חייב מיתה מכאן ואילך בתשלומין ומשני שאני התם על כל שבולת ושבולת יש התריות מיתה ולפ"ז גם כאן כיון דמקטיר הכזית א"כ על כל שהוא חייב מיתה ויש כאן התריית מיתה רק שא"א לקטלו בתרי מיתות וא"כ גם בעת שמגיע להקטרת כזית ג"כ א"ח על זרות דהא איכא חיוב מיתה עליו ובשוגג יש עליו חיוב חטאות על כל כ"ש ובלא"ה שם אין נ"מ רק לענין איסורין וכמ"ש רש"י בתחלת הסוגיא ועיין חידושי הרשב"א וריטב"א שנתקשו בהא דפריך והא הבערה ללאו יצאת והא כאן ע"כ לא מיירי בחטאת דזרות

אינו רק מיתה ביד"ש וכתב דבאמת זהו קושית הש"ס מידי לאו קתני או חטאת קתני איסורי קתני עוד נדחק דהמקשן סבר דהאי כדיניה והאי כדיניה זרות יש מלקות ועל שבת חטאת ועכ"פ יש חיוב חטאת על כל כ"ש וא"כ בעת שהגיע לכזית לא נפטר מחיוב ושוב לא מצי לחול והבערה וזרות ודאי לא חל דהוה קל על חמור וב"א לא מקרי א"כ שפיר הקשה ודו"ק. ובתשובה אחת הארכתי בדברי הירושלמי ואכ"מ שוב ראיתי דז"א דזרות ודאי חל על הבערה שהוא בלאו ומה בכך דחייב על כל שבולת מ"מ זרות מצי לחול. אך י"ל לפמ"ש הר"ן ביומא גבי נבלה לחולה דמ"מ שוחטין דאף דשחיטה היא א"מ ונבלה אינה רק בלאו מ"מ כיון דנבלה חייב על כל כזית ושחיטה עובר בפ"א הו"ל נבלה חמורה א"כ לפ"ז שוב ל"מ חל זרות על הבערה דחמור דעובר על כל כ"ש משא"כ זרות דא"ע רק בכזית ובאמת גוף מקורו של רבינו דמבעיר חייב בכ"ש י"ל דמקורו מהא דאמרו בירושלמי הנ"ל דמצית חייב על כל שבולת ושבולת ודו"ק. איברא דלפ"ז קשה מ"פ הש"ס הא הבערה ללאו יצאת והא מ"מ הוה חמור על קל שחל בכ"ש כעין דפריך בחולין ק"כ מה לשרץ שכן מטמא בכעדשה אלמא דחשוב חומר. והנה בגוף הקושיא של דו"ז הגאון ז"ל השיב אחד מתלמידי נ"י עפמ"ש הריטב"א בקידושין ע"ז גבי נבלה על יוה"כ שהביא י"מ דמש"ה פטור מיוה"כ ולא אמרינן דחל ב"א משום דאיסור נבלה קודם ליה"כ דנבלה בכזית ויוה"כ בככותבת וע"ז דחה הריטב"א דאנן לא דנין על האדם האוכל אלא על גוף האיסורין היאך חלין וחתיכה שיש בה כותבת הרי חל איסור יוה"כ כשם שחל איסור נבילה בכזית ע"ש וא"כ ה"ה כאן כיון דעכ"פ כל שהקטיר בכזית חל האיסור זרות כמו האיסור דהבערה ולכאורה יפה השיב. אמנם אחר העיון אמרתי דל"ד דאיסור יוה"כ בככותבת ונבלה בכזית שפיר חלו בב"א כמ"ש הריטב"א דאנו דנין על האיסור אבל כאן דבאמת יש כאן כולל רק דעיקר הקושיא דהבערה בלאו והוה קל על חמור בזה אנו אומרים כיון דאיסורו חמור שהרי הוא בכ"ש ובזרות בעי כזית א"כ חמור איסורו מקרי ובפרט לפמ"ש בשם הר"ן דזה מקרי חמור ביותר אף שזה בלאו וזה במיתה א"כ שוב יכול לחול בכולל דעכ"פ לא מקרי קל על חמור ואולי מקרי חמור על קל דמה חזית דאזל בתר חומר המיתה זיל בתר חומר האיסור וא"ל דא"כ גם נבלה ביוה"כ נימא דחמיר איסורא דהוא בכזית דז"א דעכ"פ לענין ב"א שפיר חל דעכ"פ בב"א חל על החתיכה איסור יוה"כ ואיסור נבלה זה בכשיעורו וזה בכשיעורו משא"כ לענין קל על חמור שפיר מקרי חמור בשביל חומר השיעורו ודו"ק. ובגוף דברי הריטב"א שהביא בשם י"מ צ"ע דמה בכך דיוה"כ בככותבת היינו משום דביתובי דעתא תלוי והא לא מייתבא דעתא א"כ איסור יוה"כ אינו רק כשלא מענה נפשו והיאך שייך לומר דנבלה

חל מקודם הא מ"מ לא הגיע עדיין ליתובי דעתא מיהו ז"א דעכ"פ קדים חל איסורי' ואדרבא בזה מובנים דברי הריטב"א דזהו שדחה דאם אנו דנין על האוכל שפיר נבלה קדים אבל כשאנו דנין על החפץ א"כ יוה"כ לא חל רק בככותבת אבל מ"מ חל עליו האיסור בב"א ובזה אין דמיון לענין הקטרה והבערה דשפיר י"ל דהבערה קדים בכ"ש אף שחל עליו אח"כ איסור ההקטרה עוד י"ל דבלא"ה ל"ד דבשלמא לענין נבלה ויוה"כ שפיר חלו שניהם דאסור לאכול הנבלה ואסור לאכול ביוה"כ וא"כ יש לנו לדון על עצם המאכל כל שנאסר ביום זה אבל בהקטרה אנו דנין על מי שמקטיר שהרי אם יקטיר הכהן גדול שפיר מקיים המצוה והותר במקדש רק הזר הוא עובר א"כ צריכין לדון על העושה זאת והרי מי שעבר ועשה עבר על הבערה קודם שעבר על הזרות ודו"ק:

ד והנה בשו"ת נוב"י מהד"ק חאו"ח סי' ל"ו נסתפק בנבילה שנתנבלה ביוה"כ אי חייל איסור נבלה על יוה"כ ואף שמטעם שחל נבלה לענין טומאה לא מצינו שיהי' עי"ז מקרי מוסיף או כולל דטומאה לא מקרי מוסיף וכולל. אמנם י"ל דמיגו דחייל נבלה על איסור שאינו זבוח חל נמי על יוה"כ ע"ש ובשו"ת נוב"י מהד"ת חאו"ח סי' קכ"א ואני תמה בזה דמ"ש דאיסור נבלה חל על יוה"כ מגו דחל על איסור שאינו זבוח אני רואה בדברי התוס' בשבועות כ"ד ד"ה האוכל דתלוי במחלוקת והריצב"א ס"ל דוזבחת לא אתי לאיסור רק דבלא"ה אסורה וקיימא משום אבמה"ח ולאחר מיתה בנבלה ע"ש אמנם התוס' בכ"מ ס"ל דיש איסור שא"ז ועתוס' ביצה כ"ה ד"ה בחזקת וחולין ל"ז ע"א ובדף ק"כ. אמנם מאד תמהני דמ"ש דמגו דחל נבלה לטמא לא מצינו שיהיה מוסיף אני תמה דבחולין ל"ז ד"ה ומה מחיים פירש ר"ת דמה טרפה דמחיים לא מטמא חל על איסור חלב נבלה דמטמא מחיים לא כ"ש הרי דאיסור טומאה חשוב חומרא ואף את"ל דטומאה ל"ח מוסיף רק דמ"מ איכא ק"ו דהשתא טריפה דאינה מטמא חל מכ"ש נבלה עכ"פ מה דפירשו שם בשם רגמ"ה דמה מחיים דל"ש מגו דחל ע"ז חל ע"ז נבלה דחל על מסוכנת חל נמי על איסור חלב א"כ גם נבילה מגו דחל על א"ז חל גם על יוה"כ. שוב ראיתי פלפול ארוך בזה בספר מאחרון א' שמו מ"ב סי' מ"ה ואכ"מ להאריך וע' בטעם המלך בהלכות אחע"א שעמד ג"כ על הנוב"י הנ"ל:

סימן כט

א להרב המופלג מו"ה יאקיל נ"י מבריסק.

ב בהיותו עמנו בק' קריליב במדינת פולין שאל אותי על דברת התוי"ט פ"ד ממס' שביעית משנה וא"ו ושאנס איש פלוני את בתי וכתב הרע"ב משום דבו"פ ממונא הוא וע"ז כתב

התי"ט דמסתמא ממונא קא תבע ולא קנס שאם הודה לא ישלם כדפירש הרע"ב במ"ד פ' דלקמן ומסתבר דכשם שחולק שם ר"ש כמו כן חולק בכאן לענין עדות עכ"ל וע"ז תמה מעלתו דהא משביע עדי קנס מבעיא לי' להש"ס בדף ל"ג אם חייבים ולא אפשטא ולא עוד דהש"ס קאמר דלראב"ש דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי גם בקנס חייב וא"כ ר"ש דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי א"כ אף דר"ש ס"ל דקנס קתבע יתחייב. והנה קושיא גדולה היא והנ"ל בזה דהנה באמת צריך להבין מה דקאמר הש"ס לראב"ש דאמר דבר הגלמכמ"ד ולא קאמר לר"ש בעצמו דודאי ס"ל בכ"מ כן וגם לענין משביע ע"א דנחלקו ראב"ש ורבנן בדף ל"ג ופליגי אי דבר הגלמכמ"ד ולמה לא פליג ר"ש בעצמו וגם לא קאמר דראב"ש כאבוה ס"ל כדרך הש"ס בכ"מ וע"כ נ"ל הדבר ברור דאין הנושאין שווים דענינו של ר"ש היא בדבר השוה בעצם ממון רק שכעת אינו שוה בשביל סבה מבחוץ כגון שור הנסקל או קדשים שחייב באחריותן ולכך כל שגורם לממון שפיר ס"ל לר"ש דכממון דמי אבל כאן כעת אינו ממון כלל כמו בע"א דבאמת ע"א אינו נאמן רק לשבועה ויכול לשבע ומפטר ורק דכל שלא ירצה לשבע אף באמת יתחייב ממון זה גם לר"ש פטור ורק ראב"ש ס"ל דגם בזה דבר הגלמכמ"ד. וכמדומה לי שבחידושי ריטב"א לשבועות מבואר כן בהדיא ואינו ת"י כעת ולפ"ז דברי התוי"ט נכונים דלר"ש דקנס קתבע אף דבכ"מ ס"ל דבר הגלמכמ"ד כאן פטור דכאן כעת אין בו דררא דממונא כלל וז"ב לדעתי ודו"ק. אמנם אי קשיא הא קשיא דאף אם נימא כרבנן דר"ש הא מבעיא לי' להש"ס אף לרבנן כיון דקמודה מפטר לאו ממונא קא כפר ליה ולפ"ז לר"ש דס"ל דתובעו קנס ולא בו"פ כדאמרו בשבועות ל"ח ע"ב דלא שביק איניש מידי דקיץ וכו' ועיין במהרש"א שם דלר"ש ודאי לא תבעו רק קנס ולא בושת ופגם ולפ"ז לר"ש ודאי מהראוי' לחייבו כשתבע להעדים דבזה ל"ש דאי מודה מפטר ול"ח ממון דהא בעינן שיתחייב עצמו במידי דאל"כ מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב וא"כ כל שהי' עדים הי' חייב ממון גמור וכאן לא חייב עצמו דבר דא"ל כיון דאם היה מודה הי' בופ"ג והוו"ל מחייב עצמו בבופ"ג דז"א כיון דהוא תבעו קנס והוא קא מודה בו"פ א"כ הו"ל כטענו חטים והודה לו בשעורי' ולשיטת הפוסקים דהטעם הוא משום מחילה א"כ גם כאן מדלא תבעו הבו"פ מחל לו ושוב לא יתחייב הבו"פ וא"כ כיון שלא חייב עצמו במידי שוב חייב מודה בקנס ואח"כ באו עדים והיאך כתב התוי"ט דלר"ש פטור והיא קושי' גדולה וא"ל דלר"ש ניהו דתבע זאת ולא הבו"פ משום דלא קיץ אבל עכ"פ לא מחל לו דז"א דאכתי למה לא תבעו שניהם והרי פטור משבועה משום דלא תבעו רק קנס ולא בו"פ כלל ואולי מכאן ראיה לשיטת הרמב"ם בטוש"ע סי' רל"ב ס"ז בחו"מ דבדבר שאינו קצוב ל"מ מחילה והא הבו"פ לא

קיץ והו"ל דבר שאינו קצוב. אמנם בגוף כוונת התוי"ט הנ"ל נלפענ"ד דבר חדש דלר"ש ודאי פטור אף דס"ל דבר הגלמכמ"ד דר"ש לשיטתי' דס"ל דאף בעמד בדין פטור על הקנס גבי שבועת הפקדון משום דת"ל וכיחש והיינו כדאמרו בכתובות דף מ"ב בסוגיא דהואיל ועיקרו קנס פטור וא"כ מכ"ש במקום דאם הי' מודה מפטר רק דתאמר דהוה דבר הגל"מ שאם לא יודה יתחייב אבל מ"מ עיקרו קנס ופטור לר"ש וממילא ה"ה בשבועת העדות דגמרינן משבועת הפקדון ואף דהתוס' בשבועו' דף ל"ג ד"ה או כתבו לחלק בין שבועת פקדון לשבועת העדו' היינו לרבנן דר"ש או לר"ש אם נימא כס"ד בכתובו' שם דר"ש ג"כ מחייב בעמד בדין אבל אם נימ' כמסקנת הש"ס דאף בעמד בדין פטור משום דעיקרו קנס מכ"ש בזה ודברי התויו"ט ברורים כשמש בצהרים:

ג עוד שאל בהא דאמרו בשבועות דף ל"ז ע"ב מלקא הוא דלא לקי אבל קרבן מייתי תיובתא דרבה תיובתא ואמאי לא מוקי כדרבינא כדמוקי לעיל מינה גבי שתי כתי עדים וגם זה לכאורה תמיה עצומה והנ"ל בזה דהנה התוס' בדף ל"ג ד"ה קרובים כתבו דמיירי שהיו כשרים בשעת ראית העדות ואח"כ נתקרבו והיו נשיהם גוססות ע"ש דאל"כ הו"ל תחלתו בפסול ולפ"ז כאן לענין מלקות ע"כ א"א לאוקמא כדרבינ' דא"כ בשעת התראה היו בפסול דהא בעינן התראה למלקות וא"כ א"א לאוקמ' שהיו קרובים דא"כ מה קמ"ל שאינו לוקה על ידן הא ע"י פסולי עדות ל"מ התרא' למלקות ובנשיהם גוססות א"א לאוקמ' כאן כמ"ש התוס' בדף ל"ז ע"ב ד"ה ה"נ ע"ש וא"כ כל שהיו קרובים פשיטא דל"מ התראה ולכך לא מוקי בכה"ג ואגב אזכור מה דק"ל בהא דאמרו בדף ל"א ע"ב במשנה שא"י לך עדות דאם אמרו אמן דחייבין ואמאי הא יוכלו לומר דמאי אין אנו יודעין לך עדות דקאמרי דלא נתכוונו להעיד וכדאמרו בכריתות דף י"ב ע"ב וע"ש בתוס' ישנים דאם לא כוונו להעיד דלא מקרי עדות כלל וא"כ בכה"ג פטורים וצ"ל דמיירי שהודו אח"כ שכוונו להעיד רק שלא רצו להעיד:

ד ובזה יש ליישב מה שהקשה הר"ן דאמאי כפרו חייבים הא א"י לחזור ולהעיד כיון שכבר אמרו אין אנו יודעין לך עדות ולפמ"ש י"ל דאכתי יכולים לומר מאי אין אנו יודעין שלא נתכוונו להעיד ומלא נתכוונו לנתכוין פשיט' דלא מקרי חוזר ומגיד דהם יכולים לומר שבתחלה סברו שלא כוונו להעיד ואח"כ נזכרו שכוונו עדותן וכעין מ"ש התוס' לענין אין זוכרין לך עדות דיכלו לומר אשתלי ובסיפ' לכך חייבין משום דהוא השביעם שיבאו ויעידו והם כפרו מה נ"מ אם יאמרו שהכוונה היו שלא כוונו להעיד סוף סוף אמרו שאינם עדים לו ולהכי חייבים וא"י לחזור ולהעיד דהרי משוו נפשייהו רשיעי דבשלמ' כשהם אמרו שא"י לך עדות והוא השביעם אח"כ א"כ יכולים לפרש דבריהם

אח"כ דמאי אין יודעין לך עדות דקאמרו לא כוונו לעדות וא"כ יכולים אחר השבועה שהשביעם לחזור ולהודות שנזכרו שכוונו להעיד וכעין שכתב הר"ן לפי דרכו דמאין יודעין ליודעין ל"ח חוזר ומגיד ומכ"ש בלא כוונו להעיד אבל בכפרו על השבועה שא"י לפרש דבריהם אחר השבוע' שהשביעם וא"כ מחשבו חוזר ומגיד וכן צ"ל לפי דרך הר"ן דבהשביעם גרע טפי דאל"כ יקשה אמאי בסיפ' כשכפרו בפני ב"ד פטורין משום שא"י לחזור ולהעיד וקשה הא הו"ל מאין יודעין ליודעין וע"כ צ"ל דכיון דהשביעם ע"ז והם כפרו שוב א"י לחזור ולהעיד משא"כ בנשבעו מפי עצמן או שענו אמן כנ"ל ועכ"פ מ"ש למעלה דאין אנו יודעין לך עדות יוכלו לומר שלא נתכוונו ודאי נכון אבל באמת אנן לא קיי"ל כן ואף שלא כוונו להעיד מקרי עדות והארכתי בזה במק"א בתשובה. ובזה אמרתי ליישב הא דמבואר בדף ל"ה שבועה שא"י לך עדות והם יודעין והי' אחד מהם קרוב או פסול פטורין והדבר תמוה דכמאן אתיא לרבי יוסי בממון תתקיים העדות בשאר ואף לרבי כל שלא באו לב"ד אף שנתכוונו להעיד אין פוסלין את השאר וכבר תמה בזה בתוספות חדשים בגליון התוי"ט שם ולפמ"ש א"ש דבאמת יוכלו לומר שלא נתכוונו להעיד וכבר כתב הש"ך סי' ל"ו דכל שלא נתכוונו שניהם להעיד ויש כאן קרובים ופסולים פסול דאם אתה מחשיב זה למעלה במה שלא נתכוונו הא גם הכשרים לא נתכוונו וא"כ לרבי שפיר פטורים בכה"ג ודו"ק:

ה שוב עיינתי היטב בתומים סי' כ"ח ס"ק י"ט ובקה"ח שם שהאריכו בדבר זה והקשו דאמאי ברישא לא נפסלו משום דמשוו נפשיהו רשיעי דאמרו שאין אנו יודעין ע"ש שנדחקו ולפמ"ש י"ל דבאמת כל שאמרו אין אנו יודעין לך עדות יש לפרש דהכוונה שלא כוונו לעדות וא"כ כל שנזכרו אח"כ שכוונו לעדות פשיט' דאין חוזרין ומגידין דכיון דהי' שלא בב"ד ולא צריכין לשום על לב עדותן א"כ לא שמו על לבם אם כוונו לעדות בעת ההיא אבל בכפרו בב"ד כיון דשם ששואלין אותן באם לא יגיד וצריכין לידע אם יודעין עדות או לא גם אם יתנצלו שלא כוונו להעיד ג"כ אין חוזרין ומגידין דמסתמא אמרו אמת שלא כוונו להעיד לו ורוצין לחזור עכשיו ומשוו נפשייהו רשיעי וגדולה מזו שיטת הר"מ דכל שלא בב"ד אף שנשבעו אמרינן דיכולים לחזור ולהגיד וכמו שהאריכו שם:

ו ובזה נתיישב היטב הך דנמצא אחד מהם קוא"פ וע"ד שכתבתי למעלה דעכ"פ אם יטענו שלא כוונו להעיד שוב נפסלו משום נמצא אחד מהם קרוב או פסול וכמ"ש הש"ך סי' ל"ו ודו"ק. אחר שנים רבות הגיע לידי שו"ת מהרי"ט צהלין ומצאתי בסי' נ"ד האריך על דברת הר"ן הנ"ל דא"י ליודע לא מחשב חוזר ומגיד ותמה ע"ז מדברי המרדכי והתוס' פרק הכונס וכבר קדמו ברוב דבריו בב"י חו"מ סי' כ"ט ע"ש ודו"ק. ומצאתי בשו"ת אא"ז

הח"ץ ז"ל סי' קל"ה שהאריך להוכיח דאם אומר איני זוכר לא הוה כמכחיש דברי חבירו ומהתימה שלא הזכיר דברי הר"ן דאיני יודע לא הוה כחוזר ומגיד ומ"ש באומר איני זוכר וגם מה שהביא דברי המרדכי שם הנה במרדכי לא מצאתיו והוא בשלטי הגבורי' פ"ב דכתובות אות ה' ע"ש וגם בזה צ"ע דלשיטת הר"ן אין מקום לזה וצ"ע ומצאתי בנימוק"י פרק אלמנה לכ"ג וכ"ה בשעאהע"ז סי' ד' סכ"ו דאם הארוס אומר שאינו זוכר אינו כמכחיש ע"ש ומזה ראיה ברורה להח"ץ ז"ל. ודרך אגב אומר בהא דאמר עמד בבהכ"נ ואמר משביעני עליכם ואמר שמואל ואפי' עדיו עמהן ופריך פשיטא ל"צ דקאי עלייהו וכו' וערש"י ובר"ן שהאריך לבאר שיטת הרי"ף בזה ולפענ"ד נראה כיון דהשביע אנשי בהכ"נ ביחד או סיעה של בני אדם ואולי יש שם קרובי' או פסולי' ועלייהו לא קאי השבועה וא"כ ממילא מתוך שבטלה על הקרובים בטל גם על הרחוקים וכשרי' ולכך הוצרך לייחד עדיו וכמ"ש התוס' והרא"ש במכות דף וא"ו לענין מזמוטי חתן וכלה שעומדים גם קרובי' ופסולי' דכל שמייחד עדים הוציא מן הכלל רק אותם שכשרים וה"ה כאן ובזה יש לפרש הסוגיא וליישב שיטת הרי"ף בזה ואכ"מ:

ז והנה במ"ש דלא כוונו לעדות כבר הארכתי בזה בתשובה אחרת דשיטת התוס' ישנים בכריתות דף י"ב דכל שלא כוונו להעיד הו"ל כעדי' פסולי' דעדים צריכין לכוון להעיד ובזה אמרתי דבר נחמד במה דאמרו בב"ב דף נ"ו ע"ב בין חיטי לשערי לאו אדעתא דאינשי ופירשב"ם אין מביני' בין קמת חיטים לקמת שעורי' ונשאלתי בזה מדוע שינה רשב"ם פירושו הפשוט דלאו אדעתא דאינשי ולא דקדק היטב בשעת מעשה אי הוה שעורי' או חטים וכ"כ התוס' שם ד"ה אלא והשבתי דכיון שצריך לכוין לעדות א"כ אם נימא דלא דקדקו יפה שוב לא כוונו לעדות שוב ראיתי די"ל דגם התוס' ס"ל כן רק דכיון שכתבו דבין מנה שחור ולבן צריכין למידק שלוה אותו מנה שיתחייב לשלם אותו מנה אבל הכא לא דייקי דבכל ענין שיאכלנ' חיטין או שעורין הוה חזקה ע"ש א"כ שוב ל"ש לומר דהעדי' צריכין לדקדק בשעת ראיית העדות דהרי כיון שאין נ"מ לענין העדו' עצמו שוב א"צ לדקדק דבכל ענין הוה עדו' איברא דדברי התוס' תמוהי' דגם דמנה שחור ל"ש שיתחייב לשלם אותו מנה דהא מלוה להוצאה ניתנה ויכול ליתן לו מנה אחרת ואדרבא בקרקע ודאי נ"מ בין חיטי ושערי וא"כ אדרבא היו צריכי' לדקדק מה שאכל וא"ל כיון דהי' לו חזקה לא נ"מ דהקרקע עם הפירות כלו שלו דז"א דעכ"פ בשנה ראשונה ושניה טרם שהחזיק בקרקע היה נ"מ מה שאכל דהיה צריך להחזיר הקרקע עם הפירות וצ"ע ועיין ש"ך סי' קמ"ה שהשיג על זקני הב"ח דנתחלף לו ברשב"ם בין קמת בתי"ו לקמח בחי"ת ולפענ"ד דברי זקני נכונים דהא באמת כ"ז שהיא עומדת ע"פ שדה לא הוה חזקה

עד שיביא לביתו ויאכל ממנו וא"כ ע"כ אין הכוונה קמות ע"פ השדה דזה לא מקרי חזקה ולכך אמר דאכל חטים וא"כ שוב ע"כ לענין קמח מיירי ודו"ק:

ח ודרך אגב אזכיר מה דאמרו בר"ה דף כ"א א"ר יוסי מעשה בטוביה הרופא שראה את החדש בירושלים הוא ובנו ועבדו משוחרר וקבלו הכהני' אותו ואת בנו ופסלו את עבדו וכשבאו לפני ב"ד קבלו אותו ואת עבדו ופסלו את בנו והבאתי בתשובה אחת וכן הבאתי בהגהותי על משניות דפוס ברלין דהא הוה כנמצא אחד מהם קרוב או פסול דעדותן בטילה ואי מיירי בשלא נתכוונו להעיד הא לשיטת הש"ך סי' ל"ו כל דהכשר ג"כ לא נתכוין פסול ע"ש ולכאורה רציתי לומר דר' יוסי לשיטתו דס"ל דדוקא בד"נ פסול נמצא אחד מהם קרוב או פסול ולא בד"מ וס"ל דקה"ח לא הוה ד"נ והרי גם דיני אישות נחלקו הפוסקי' אי מקרי דיני נפשות ע"ש ודחיתי זאת לפמ"ש התוס' במכו' דף וא"ו טעמו של ר' יוסי והארכתי בזה:

ט והנה בש"ק פ' שלח תרכ"ו הגיעני מכתב מהרב החריי"ף מוה' ישראל מאיר קערשינבוים נ"י מזיקיב שהביא דברי התוס' רי"ד בב"ב דף קי"ג ד"ה שלשה שכתבו ראיה דבראה לחוד אף שנתכוונו כדי להעיד לא מפסל בנמצא אחד מהם קאו"פ עד שיבאו לב"ד ויאמרו שבאו להעיד והביאו ראיה מהא דאמרו בר"ה דף כ"א הנ"ל אב ובנו שראו את החדש ילכו לא שמצטרפין זה עם זה אלא שאם יפסל אחד מהן יצטרף השני עם אחר והרי אף דראו קאו"פ מ"מ לא נפסל העדו' כלו ע"ש וע"ז תמה דא"כ מה יענה להך דר' יוסי דשם באו כדי להעיד שהרי הכהנים קבלו אותו ואת בנו וחכמים קבלו אותו ואת עבדו ולא נפסלו בשביל הצירוף והשבתי דר' יוסי לשיטתו דדוקא בד"נ נפסל קרוב או פסול וא"כ לא נפסל בשביל הצירוף והוא אינו משועבד לסברת התוס' אמנם אח"כ נתישבתי דא"כ בהך דאמרו בר"ה שם דאמרו היכי תנית א"ל אפכא והיינו דר"ש העיד על המעשה הנ"ל ולר"ש שוב קשה למה לא נפסל ואמרתי בזה דהנה אמרו שם מ"ט דר"ש דכתיב החדש הזה לכם עדות זו תהא כשרה בכם ורבנן עדות זו תהא מסורה לכם ועיין רש"י לחשובי הדור אני מוסר שיקבלו העדו' והוא דחוק ולפענ"ד נראה דהכוונה שמסור להם העדו' כפי מה שיבינו בעדים את מי יכשר ואת מי יפסל לפי הבנתם בתכונת העדים והגדתם כן יקבל וא"כ שוב ל"ש נמצא אחד מהם קרוב או פסול דהא לא מקרי עדים רק מה שיקבלו הגדולי' וא"כ ל"ד לשאר עדות דהם עדים ול"צ לקבלת הדיינים רק כל שלא נמצאו פסולים הם עדים בפ"ע אבל קה"ח תלוי בדיינים המקבלים וא"כ ל"ש נמצא אחד מהם קאו"פ וז"ב. ובזה ניחא מה דהחכמים קבלו אותו ואת עבדו והלא עבדו אף שהוא משוחרר מ"מ אינו כישראל גמור ומדוע יהיה עדיף

מבנו דאף דהן קרובים מ"מ הרי הכהנים קבלו אותו ואת בנו וע"כ דס"ל כר"ש ולמה החכמים קבלו עבדו ועיין ט"ז ריש ה' שחיטה ובנקה"כ שם ולפמ"ש י"ל דהם ס"ל ג"כ כר"ש ומ"מ כיון שמסור לחכמים ע"כ קבלו יותר עבדו מבנו וז"ב ודו"ק ועי' במפרש בקה"ח פ"ב שהיה לפניו הגירסא דמר עוקבא אמר דלית הלכתא כר"ש ולפנינו הגירסא הלכתא כר"ש וצ"ע:

סימן ל

א לחכם אחד.

ב שאל מעלתו באם צריך להעיד על אדם אחד שהוא בחזקת כשר אם צריך שני עדים או סגי בע"א וכתב שלא מצא דבר בזה בראשונים הנה בחידושי למשניו' וברמב"ם כתבתי בהא דאמרו בפ"ד דדמאי מי כאן נאמן א"ל אחד אני איני נאמן פלוני נאמן הרי זה נאמן ומקשה בירושלמי וע"א נאמן ומשני באכסנאי הקילו ומזה הקשו על הרמב"ם דדעתו דבשל אחרים נאמן ע"א וכתבתי בחידושי דרבינו מפרש דבאמת ע"א החשוד נאמן בשל אחרים אך זה דוקא להעיד על הדבר אבל להעיד על האדם אם נאמן זה צריך שני עדים דזה עדות גמור ומזה מוכח לכאורה דצריך שני עדים. וכעת ראיתי בפר"ח סי' קי"ט ס"ק י"ז שכתב כן בתירוץ השני ונהניתי עכ"פ איפשיטא השאלה אך לכאורה מש"ס דילן לא נראה כן בהא דאמרו בר"ה דף כ"ב ע"ב וחד לא מהימן והתניא מעשה בר' נהוראי שהלך להעיד עליו וכו' והרי שם מיירי להעיד על העד שכשר הוא כדפירש"י שם ועיין בתוס' שם ד"ה סהדא וכו' הרי דגם אחד נאמן להעיד אם כשר הוא הן אמת דמתירוצו של הש"ס נראה דצריך שני עדים דהרי משני דסהדא אחרינא הוה ואם איתא למה חיללו שבת שתים גם יחד וסגי בחד ולכאורה רציתי לומר דע"כ לא סגי בחד רק היכא דלא בעי לגוף העדו' שנים רק אחד כמו ע"א באיסורין בזה שפיר י"ל כיון דע"א באמת אינו נאמן לממון ומיתה וכדומה ורק באיסורין האמינו התורה בזה עכ"פ צריך שלא יהיה שום חשש עליו וצריכין שנים להעיד עליו שהוא כשר דאל"כ חיישינן שמא אינו כשר ומשקר אבל בדבר שצריך שנים ובשנים לא חשדינן למשקרי דשנים נאמנים בכ"מ ורק שם משום שקלקלו הבייתוסין הצריכו להעיד עליהם בזה עכ"פ די בע"א להעיד עליהם ולפ"ז שפיר פריך הש"ס דחד לא מהימן וכו' דהרי שם משפט כתיב ביה כדאמרו שם וחד מי מהימן משפט כתוב ביה וא"כ ממילא סגי בע"א. ובזה מיושב מה דתמיהא לי טובא דלעיל מינה פריך הש"ס וחד מי מהימן והתניא מעשה שבא הוא ועדיו עמו ומשמע דס"ל להש"ס דע"א אין ראוי להאמינו ואח"כ פריך להיפך והיא הערה גדול' ולפמ"ש א"ש דבס"ד הוה ס"ל

דאחד כשר לעדות החדש וממילא מסתבר דע"א אינו נאמן להכשיר העד אחד ולכך מביא ממעשה שבא הוא ועדיו עמו וע"ז משני תירוץ אחר ואמר דחד אינו נאמן דמשפט כתיב ביה וכיון שכן שפיר פריך להיפך דמהראוי שנאמין לע"א להעיד על שנים וע"ז משני דאפ"ה צריך גם בזה שנים. ובזה יש ליישב מה דמקשה הפ"י בהא דפריך וחד מי מהימן והתניא מעשה שבא הוא ועדיו עמו והקשה דלמא בשבת הקילו ולא הצריכו שתים לחלל שבת על הכרה דבאמת ע"א נאמן באיסורין ובחול הצריכו שתים מדרבנן ולפמ"ש א"ש דלפי הס"ד דסגי בחד להעיד על החדש ממילא ודאי מסתבר דלבעי שתים על הכרה וכמ"ש. והנה נסתפקתי אם כשר בעדות החדש עדות מיוחדת כיון דמשפט כתיב ביה ואף דד"מ כשר אף דכתיב משפט הקילו חז"ל אבל בעדות החדש אפשר דצריך שתים שיראו ביחד הלבנה ויעידו. ואם חומה היא יש מקום ליישב קושית התוס' ד"ה וחד דלמא הלך להצטרף עם אחר ולפמ"ש א"ש דהא בעינן שיראו ביחד אבל בפ"ק דמיירי שראו ביחד רק אם ימצא פסול יצטרף עם אחר ולכך שפיר חללו שבת והלכו להעיד ודו"ק. ומדי דברי זכר אזכור מה דק"ל טובא על פ"ק שם דהלכו להעיד והא הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ ולשיטת הפוסקים דצירוף ראיה סגי א"כ כבר נפסלו ובחידושי למשניות הארכתי בזה ואכ"מ. נחזור לענינינו דמדברי הש"ס נראה דצריך שני עדים. איברא דלפ"ז צ"ב מה פריך מאי למימרא הא לתירוץ הראשון טובא קמ"ל דאף בזה צריך שני עדים וצ"ל דלא קאי על ל"ק ועיין במהרש"א ועיין בירושלמי דמקשה ג"כ וע"א מהימן ומשני משום שבאמת מן הדין יש להאמין רק שמפני הבייתוסין הצריכו לבדוק ולכך הקילו בזה ונראה מדברי הירושלמי דלולא זאת לא היה נאמן ע"א וכעין דמשני בדמאי שם באכסנאי הקילו ודו"ק ויש להאריך בסוגיא שם ואכ"מ. ומן האמור נבא לבאר לנדון השאלה באיש אחד שבא להעיד על אחד שרצה להשכיר עצמו להיות בעל תפלה בימים נוראים והוא רצה להעיד שהוא פסול שראה ממנו דברים מכוערים וקלות ראש וגערתי בעד ההוא ואמרתי דאסור לו להעיד והיה ראוי בזמן הבית ללקותו ממעשה דטוביה חטא וזיגוד מנגד וע"ז חשבתי אולי כיון דהוא לאפרושי מאיסורא שרי להעיד כמבואר בחו"מ סי' כ"ח ס"א בהג"ה ומקור הדבר מסמ"ג ל"ת סי' רי"ג. אבל באמת נראה דאסור לו להעיד דע"כ לא כתבו הסמ"ג והרמ"א דלאפרושי מאיסורא שרי להעיד רק היכא דנאמן העד כגון שיפריש מאיסור שע"א נאמן באיסורין אבל בדבר שאין נאמן שוב אסור להעיד וגם מצד הסברא נראה כן דכל הטעם דלאפרושי מאיסורא יכול להעיד הוא משום דכיון דיש תועלת בעדותו שפיר יכול להעיד אבל כל שאינו נאמן שוב אסור לו להעיד וז"ב ולפ"ז כיון שלהוציא האיש מחזקת כשרות פשיטא דאין ע"א נאמן וכמ"ש

[ועיין בש"ע חו"מ סי' ל"ז דדוקא העד ובע"ד מצטרפין לפסול ולא העד לבד הרי דאין ע"א נאמן לפסול] ואף אם נימא דמהימן היינו בעדות גמורה לא בדברים קלים כאלה ושוב אסור להעיד. אחר זמן רב האיר ד' עיני ומצאתי בריטב"א בע"ז דף ל"ט וכלן שנתארחו אצלו כתב וז"ל ובמשניות דזרעים מוכח דכל שהוא בחזקת חשוד צריך שני עדים להכשירו או ע"א שיעיד על החתיכה שלא אמרו ע"א נאמן באיסורין אלא במעיד על החתיכה עכ"ל. ראו עיני ושמחו דהדבר ברור דכוון להך דירושלמי דאין ע"א נאמן בזה להכשיר האדם כ"א במעיד על החתיכה והדבר מבואר:

ג ובזה נראה דכל הראיות שהביא הסמ"ג מהאי סמיא דא"ל שמואל אי נאמן לך כבי תרי זיל אפקה וכן מבת ר"ח דאמרה ידענא בהאי איתתא דחשודה אשבועה ולא גערו בהם וע"כ דמותרין להעיד לאפרושי מאיסורא היינו משום דכיון דאם מהימן ליה כבי תרי נאמן בעדותו וכן בבת ר"ח דקים ליה בגווה דלא משקרא והאמין לה שוב היו מותרים וגם מצווים להעיד כל שיש תועלת להם בעדותן וז"ב. איברא דלפ"ז צריך להבין ראיית הסמ"ג מהא דאמרו בגיטין דף נ"ד דבא ואמר ס"ת שכתבתי לפלוני אזכרות שבה לא עבדתי לשמן והרי שם אמר לו דאינו נאמן על ס"ת רק להפסיד שכרו וא"כ לא היה שם לאפרושי מאיסורא ואפ"ה לא גער בו. ובאמת שבלא"ה יש לדחות ראייתו משם דמלבד די"ל דשם לא הוציא ש"ר על אדם אחר רק על עצמו ופשיטא דאינו לוקה עפ"י עדות עצמו ועל הס"ת לא הוציא ש"ר דח"ו לא נגרע מקדושתה כלום כל שאינו נאמן להפסיד ס"ת. אך כוונת הסמ"ג יש ליישב דבאמת אם היה בידו הס"ת עדיין היה נאמן נמצא בשעה שבא להעיד היה מקום לקבל עדותו ואח"כ בשאלו אותו ואמר שהוא ביד לוקח שוב כבר העיד עדותו ומה הועיל בגערתו בעת ההיא ודי בענשו אותו שהפסיד שכרו ובדבר שבממון שהפסיד לחבירו אף במלקות דאורייתא אמרינן משלם ואינו לוקה וכמ"ש הפנ"י ר"פ איזהו נשך דף ס"ב ע"ש ומכ"ש במלקות דרבנן שזה אינו מלקות דאורייתא וכמ"ש הסמ"ג שם מכ"ש שדי בעונש זה וא"ל דהתשלומין נתחייב משעה שכתב שלא כהוגן ואינו בא כאחת דז"א דבאמת אינו נאמן להפסיד ס"ת ורק על שעת ביאתו לב"ד אנו דנין וא"כ פשיטא דדי לו בממון בלבד. איברא דלפ"ז במה דאמרו שם אח"כ גבי גוילין שבה לא עבדתי לשמן דאמרינן מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד ס"ת וקשה כיון דשם נאמן שלא עבד לשמה שוב אין בא כאחת ושוב ראוי ללקותו מכות דרבנן. אך ז"א דשם כיון שנאמן גם על ס"ת שוב הוה לאפרושי מאיסורא ונאמן בעדותו ושוב יכול להעיד וכמ"ש. ובזה י"ל דלכך שאל ס"ת ביד מי ותמה הרא"ש כיון דנאמן גם כשהוא ביד לוקח למה שאל ס"ת ביד מי ולפמ"ש א"ש דשאל לו דאולי לא היה ביד

הלוקח והיה ראוי לגעור בו דאין בידו כעת לעבד שלא לשמה ושוב לא היה נאמן בעדותו למאן דבעי שיהיה בידו וע"ז חידש לו דמתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד ס"ת ושוב נאמן בעדותו ויש לפקפק בזה עכ"פ הדין אמת לפענ"ד נכון. ומדי דברי זכור אזכור מ"ש הפ"י בחידושיו בכתובות דף כ"ב שע"א נאמן מה"ת לעדות אשה עגונה והביא מהספרי לא יקום ע"א באיש שדרש ר"י דאבל קם הוא לעדות אשה והנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ג החזיק בזה לעמוד ברזל דהך דספרי היא דרשה גמורה והרי הסמ"ג כאן הביא הך דספרי ואפ"ה כתב שם בהדיא לענין להשיא אשה אינו נאמן מן התורה רק מדרבנן וע"כ דס"ל דהך דספרי היא אסמכתא בעלמא או דר' יוסי פליג על ר"י וצע"ג:

ד והנה בזה היה נראה דלפסול אדם מכשרותו היה צריך ב"ד כיון דצריך שני עדים ואין לו דין איסור גרידא שע"א נאמן ממילא בעי ב"ד דכשר עכ"פ לד"מ וצ"ע בזה:

ה והנה בשו"ת מהרי"ק שורש ל"ג וכן קי"ל בש"ע יו"ד סי' א' שוחט שהעיד עליו ע"א ששחט שלא כהוגן ע"א בהכחשה לאו כלום הוא כיון דהשוחט מכחישו והמהרש"ל והאחרונים נחלקו בזה ע"ש ועיין בט"ז וש"ך שם ובסי' קכ"ז אבל מדבריו שם נראה מבואר דסגי בע"א לפסול האדם מכשרותו ואם לא היה מכחישו היה נפסל עפ"י ע"א ול"צ שני עדים כלל. אמנם נראה לפענ"ד דשם הפסול של השוחט נצמח משום דהבהמה נשחטה שלא כהוגן והוא אמר שכשרה היא א"כ עיקר אנו דנין על חזקת הבהמה וכשרותה דכ"מ שאנו דנין בתר חזקה כבר הורינו הריטב"א ז"ל בחידושיו לעירובין דף ל"ו דאנו דנין על עיקר צמיחת החזקה ולא המסובב ממנו וא"כ על הבהמה נאמן ע"א באיסורין שהספק על השחיט' גופה וא"כ ממילא נפסל האדם עי"ז ושפיר יוכל לפסול אותו ע"א דעיקר אנו הולכין בתר עיקר החזקה וממילא המסובב מזה כמותן וז"ב. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש המהרי"ק דשחיט' שניה גם העד כשר לאכול מזה כיון דאין מוחלט לפסול עולמות מכח זה א"כ ל"ש שויא אנפשי' חד"א והמשנה למלך בפ"א משחיטה הביאו ותמה ע"ז מדברי התוס' בכתובות דף מ"ד דכתבו דלענין אורעי סהדי כל שהודה שזייפו כל השטרות של אותן עדים פסולים הרי דשויא חד"א מהני אף להבא. ולפענ"ד נראה דבאמת צ"ב מה זו סברא של המהרי"ק דסוף סוף שויא אנפשי' חד"א. ולפענ"ד הענין כיון דלפסול האדם ל"מ שויא אנפשי' חד"א דמ"מ א"י לפסול אותו רק לאסור על נפשו הרשות בידו לאסור עצמו בשחיטתו אף שהוא כשר ולפ"ז כיון דעל האדם א"א לפסול רק דשחיטתו אסר על נפשו והרי לא אסר על עצמו רק אותה שחיטה דבאמת גם הוא אינו נאמן על האדם לפסלו אף שלא הי' מכחישו רק כיון דהבהמה אסורה ממילא נפסל וא"כ עיקר אנו דנין על הבהמה אבל שאר בהמות לא נפסלו וא"כ זהו כאן אבל

שם אף דהוא מודה שהוא מזוייף אבל העדות לא נפסלו כלל ורק שנאמן על עצמו ויכול לזוק בנכסיו א"כ אין נ"מ בין עבר ובין עתיד דעל עצמו היה נאמן תמיד ובשלמא שם דע"י שהיה נאמן אם לא היה מכחישו היה גם האדם נפסל וע"כ משום דאנן על הבהמה דיינינן ומה שמסתעף ממנה הרי היא כמוה וא"כ גם מה דשויא אנפשא חד"א עיקרו דוקא אותה בהמה אבל כאן מעולם לא הניח לנו לדון על העדים רק דיכול להזיק בנכסיו ואין נ"מ בין עבר ובין עתיד ודו"ק היטב כי זה ברור:

ו ואגב אומר במ"ש הסמ"ג שם דמה שלקה רבא לזיגוד לא היה מלקות ממש ורק מלקות מדרבנן והביא ראי' דמלקות ממש למדין מסנהדרין רשע רשע מד"נ והרי ד"נ אין דנין אלא בזמן דסנהדרין נוהגת ע"ש ודבריו תמוהין דהא דוקא ד"נ אין דנין אלא בסנהדרין אבל מלקות סגי בשלשה מומחין וכמ"ש הרמב"ם פי"ו מסנהדרין רק דבעי סמוכין ובזמן מהר"י בי רב ומהרלב"ח היו מלקים רק שנחלקו אי מקרי סמוכים כמבואר בקונטרס הסמיכה וכבר התפלא בזה הפרשת דרכים בדרך מצותיך ח"ב ובאמת באו"ח סי' תר"ז כתב דאין מועיל מלקות בזה"ז דאין לנו סמוכים וגם אין חייב עכשיו מלקות דליכא התראה ועמ"א מ"ש בזה בס"ק ח' ואני כתבתי בגליון המג"א שבסי' רצ"ה בחו"מ כתב הב"י דיש מקום שיהיו סמוכין גם בזה"ז והב"י בעצמו נסמך ממהר"י בי רב וכפי הנראה לא ברור להב"י הדין ועכ"פ משמע דאם הי' סמיכה בזה"ז היו מלקין אף שאין דנין ד"נ וא"כ יפה תמה הפר"ד ובלא"ה תמוה דאנן לא קיי"ל כר"י דדנין מלקות בכ"ג דאליביה מפרש אביי משום דיליף רשע רשע וכדאמרו בסנהדרין דף יו"ד ואנן קיי"ל דמכות בשלשה. ולפענ"ד כוונת הסמ"ג דרבא אמר שם דמלקות במקום מיתה עומדת ובזה לא מצינו חולק דהא זה מצד הסברא וניהו דלא בעי כ"ג דהא מ"מ אינו ד"נ ממש דהרי בעי אומדנא שיהיה חי וכדאמרו שם אבל מ"מ מלקות במקום מיתה הוא והיא מיתה קלה וכמ"ש רש"י שם וא"כ כל שבטל ד"נ אפשר דלרבא ל"ש גם דיני מלקות ושפיר מקשה הסמ"ג על רבא דהלקה לזיגוד והא לדידיה ל"ש להלקות מלקות ממש דהוה במקום מיתה ואנן באמת לא קיי"ל כרבא בזה וז"ב ועיין בתוס' סנהדרין דף ל"ג מ"ש בזה שוב מצאתי ברמב"ם פט"ז מסנהדרין שכתב בהדיא דמלקות במקום מיתה עומדת ועכ"מ שם דבזה קיי"ל כרבא וא"כ שוב אין מקום לדברי הסמ"ג ואפשר שהסמ"ג חולק בזה על הרמב"ם וצ"ע:

ז והנה הרמב"ם בפ"ו מרוצח ה"ה כתב וכן כל הרצחנים שהרגו בע"א וכו' אם הרגן גואל הדם שאין להם דמים והראב"ד השיג עליו תימה הוא ואיך נאמין ע"א להתיר דמו של זה לגואל הדם ולכאורה תימה לתמיהתו דמי הגיד לו שמתירין דמו של זה הא הרמב"ם

לא אמר רק שאם הרג גואל הדם אין לו דמים והרי ע"א עכ"פ ספק הוא שמא אומר אמת וא"כ עכ"פ מספק אין הורגין גואל הדם. אך באמת דברי הראב"ד נכונים דזה ודאי אם לא קבלו עדות העד ודאי אם הרג גואל הדם חייב מיתה וא"כ ע"כ צריך עכ"פ שיקבלו עדותו של ע"א ויגמרו דינו שעכ"פ הגואל דם מותר להרגו ושפיר תמה דמי התיר לקבל עדותו להתיר דמו של זה לגואל הדם. והנה להסמ"ג שכתב דע"א אינו רשאי להגיד לו שחטא ולוקה ע"ז וא"כ פשיטא דאינו עד כלל ובודאי חייב גואל הדם מיתה שהרג שלא כדין ובודאי שיפה טען הראב"ד. ולכאורה רציתי לומר דמיירי שזה מודה שהרג ואף אם נימא דאינו גולה עפ"י עצמו עכ"פ כיון שיש כאן ע"א עכ"פ ל"ש אין אדם מע"ר דהא אומר שבשוגג הרגו ורצונו לעשות תשובה וא"כ בכה"ג עכ"פ מועיל העד שיקבל תשובה וא"כ כל שכבר נתקבל עדות העד שום איסור בע"א הוחזק כמ"ש הרמב"ם פט"ז מסנהדרין הט"ז ועפ"י בחידושיו לקידושין דף ס"ג ובק"א וה"ה כאן אך נראה דגם בזה צדקו דברי הראב"ד דבשלמא התם עוד לא הי' נ"מ בעדות העד לענין שום דבר חיוב רק לענין איסור בלבד ולזה האמינו תורה א"כ ממילא נתחזק האיסור על פיו וא"כ שפיר מלקין אח"כ עי"ז שהוחזק איסור וכן ממיתין וסוקלין עפ"י חזקה אבל כאן תיכף בשעה שהעיד היה נ"מ לענין גואל הדם וא"כ לענין זה אינו נאמן ואיך שייך שהוחזק האיסור עפ"י עד ועכ"פ אם כה ואם כה יתיישב בזה דברי הפסוק ועד אחד לא יענה בנפש למות וכ"כ בחידושי תורה דהדבר תמוה דפשיטא דלא יקום ע"א באיש לכל עון ולכל חטאת והבאתי דברי הש"ס בסנהדרין דף ל"ד שדרשו מזה דלא יענה בין לזכות בין לחוב ואכתי קשה דלמה דוקא ע"א ולפמ"ש הרמב"ם והראב"ד א"כ ז"ש הכתוב וע"א לא יענה בנפש למות דהיינו שע"א אינו מועיל אף למות ע"י גואל הדם ודו"ק היטב כנלפענ"ד ללא דברי רבותינו הקדושי' ועיין תוס' סוטה דף ג' ודו"ק:

ח והנה לכאורה ק"ל לפי דברי הסמ"ג דלוקה אם העיד באחד שעשה עבירה א"כ יקשה בהא דאמרו בסנהדרין דף כ"ז דאתו סהדי חד אמר קמאי דידי גנב קבא דחושלא וחד אמר גנב קתא דבורטייא וקשה כיון דהוה עדות מיוחדת א"כ עכ"פ לא היה ראוי להגיד וחייב מלקות ואיך מצטרף אח"כ ובפרט אם נימא כשיטת התו"י בכריתות דף י"ב דצריך שיכוין לשם עדות וקשה הא לא נתכוין להעיד אך ז"א דהא כל שיש תועלת בעדותו לענין שבועה שוב מותר להגיד ודוקא כל שאין תועלת בעדותו הוא דאינו רשאי להגיד וכמבואר בהדיא בחו"מ סי' כ"ח ס"א איברא דלפ"ז צ"ב בבר בניתוס דאסהידו ביה חד אמר קמאי דידי אוזיף בריבתא וחד אמר לדידי אוזיף א"כ כיון דע"כ צ"ל פלגינן דיבורא ואין אנו מאמינים לו שלדידיה אוזיף וא"כ היאך היה יכול להגיד דהא הוה טוביה חטא

וזיגוד מנגד ופסול לעדות דעכ"פ מדרבנן לוקה ומדאוריית' עובר עכ"פ אף שאינו רשע דחמס ולא רשע דעביר' שיש בה מלקות אבל מדרבנן עכ"פ לוקה והיאך מצטרף לעדות ובשלמא העד שאמר קמאי דידי אוזיף בריבת' יש תועלת בעדותו לחייבו שבועה אבל זה אין תועלת בעדותו דע"כ א"א לחייבו דכיון דאנו אומרים דפ"ד אין אנו מקבלין העדות רק לפוסלו אבל לא להחזיר הריבי' או לשבע וא"כ שוב היה פסול דהו"ל רשע וא"כ איך מצטרף אך נראה כיון דהראשון כבר אמר קמאי דידי אוזיף בריבתא וא"כ זה שאמר לדידי אוזיף מצטרף לפסלו שוב היו תועל' בעדותן לענין לפסלו לעדו' וכל שיש תועלת בעדותו ולא הגיד בחנם מותר להגיד ובזה י"ל הא דפריך הש"ס והא רבא הוא דאמר לוה בריבי' פסול לעדו' ותמה המל"ל דלמא מיירי בריבי' דרבנן ולא מפסל ועיין בהגהת ט"ז חו"מ סי' ל"ד שגם המהרש"ק הקשה כן וכן הקשו דלמא מיירי דלא נתן עדן הריבי' ואין הלוה עובר משעת שימה ולפמ"ש א"ש דבאמת צ"ב היאך מועיל עדו' העד שאמר קמאי דידי אוזיף בריבתא והא אין תועלת בעדותו כלל שלא אמר למי אוזיף וצ"ל שבאמת אמר שאוזיף לאותו איש וא"כ יש תועל' בעדותו שעכ"פ יכול לחייבו שבועה דניהו דזה שהעיד לדידי אוזיף אינו נאמן לגבי עצמו ופ"ד אבל עכ"פ מצד עדו' העד דקמאי דידי אוזיף צריך זה לשבע ולפ"ז זהו כשכבר נתן אבל אם מיירי בריבי' דרבנן או כשלא נתן א"כ אין תועלת בעדותו כלל דריבי' דרבנן א"י בדיינים ואף דחייב לציי"ש עכ"פ שבועה א"י לחייבו בדבר שאינו חייב רק לציי"ש א"כ שוב לא נ"מ בעדות הראשון שאמר קמאי דידי אוזיף והיאך יצטרף אח"כ וכבר ביארתי בתשובה אחרת דעדו' מיוחדת דמצטרף הוא דוקא כל שהיה תועלת בעדותו עכ"פ לענין שבועה:

ט ובזה ביארתי דלכך בד"מ כשר עדו' מיוחדת משום דיש תועלת בעדותו עכ"פ לשבועה וביארתי בזה דברי התוס' במכו' דף וא"ו ע"ב ע"ש ולפ"ז ע"כ מיירי שנתן הריבי' והי' ריבי' קציצה דאל"כ לא הי' תועלת בעדותו ובזה אמרתי ליישב מה שהקשה לי אברך אחד וכעת הוא מחוברי חבר דמ"פ והא רשע הוא והא י"ל דהלוה בריבי' לצורך פ"נ והלוה מותר ללוות והמלוה עובר וא"כ שפיר משכחת לה בכה"ג לדידי אוזיף בריבתא ולפמ"ש א"ש דבאמת בהא דמבואר סי' ק"ס סעיף כ"ב דמותר ללוות בריבי' מפני פקוח נפש תמה הט"ז שם דלמה נ"מ כתב כן דמצד המלוה פשיטא דיש איסור ומצד הלוה אין כאן חשש דפ"נ דוחה הכל ע"ש ולפענ"ד הי' נראה דנ"מ לענין אם צריך להחזיר בר"ק דאם נימא דהלוה עובר א"כ מחוייב להחזיר לו אבל אם הלוה עשה מצוה ניהו דזה עבר עבירה אבל ל"ש הטעם דהתורה אמרה אהדר לי' כי היכי דניחי דהא מצד הלוה היה מצוה והתורה לא אמרה דר"ק יוצא בדיינים רק היכא דיש כאן ריבית מצד

הלוה והמלוה אבל לא בשאין כאן ריבי' רק מצד המלוה כנלפענ"ד מצד הסברא ולפ"ז שוב שפיר מקשה דכיון שא"צ להחזיר שוב איך כאן תועלת בעדו' העד ול"ש להצטרף העדו' וכמ"ש ודו"ק היטב כי הוא חריף ובלא"ה נראה לפענ"ד בישוב קושי' הט"ז דע"כ לא הותר פ"נ רק בשאינו מכשיל לאחר בעבירה אבל כאן דגורם דהמלוה עושה איסור בשביל פ"נ של זה לא הותר לזה לוות ממנו וגדולה מזו כתב בשטמ"ק בב"ק דף פ' דכל שיש הפסד קצת לחבירו כגון גידול בהמה דקה לא הותר משום פ"נ ומכ"ש שמחטיא לחבירו וגדול המחטיא יותר מן ההורג ודו"ק היטב כי הוא חריף:

י והנה בהא דאמרו בכתובו' דף יו"ד אסבוהו כופרי מברכתא חביט' ליה לכאורה יש לומר דזהו בשביל שהוציא שם רע על בת ישראל וכ"כ התוס' שם אך לפי דברי הסמ"ג מיושב היטב דכל שאין אחר יודע אסור להוציא ש"ר והעד לוקה וע"ז פריך כיון דמהימן א"כ לא נתכוין להוציא לעז רק שתאסר עליו ולמה ילקה וע"ז אמרו דמהימן ומ"מ מסבינן ליה כופרי דחזינן דחשוד על הזנות ודו"ק:

יא והנה במה שהארכתי למעלה בענין מלקות במקום מיתה עומדת כעת ערב חג השבועות תרט"ו נתתי אל לבי במה שהאריכו התוס' בסנהדרין דף ל"ג דלמה לא דריש רבא ג"ש דרשע רשע והא בכמה מקומות מצינו הך דרשא דרשע רשע ע"ש שנדחקו דרבא אמר לא צריך לזה הדרשא ולפענ"ד בפשיטו' דהנה באמת צ"ב כיון דהג"ש דרשע רשע נתקבלה א"כ למה נחלקו רבנן על ר"י וס"ל דמלקו' בשלשה דבשלמא בכ"מ שנחלקו יש לומר דכיון דגז"ש אין אדם דן מעצמו רק שלמד מרבו וזו לא למדה מרבו אלא כאן דהגז"ש דרשע רשע נתקבל א"כ למה לא דרשו חכמים זאת ולכך אמר רבא דלענין שיהי' בכ"ג גם לר"י לא נתקבל ורק דאמרה מכח סברא דמלקות במקום מיתה עומדת וא"כ לכך חכמים חלקו ע"ז ואדרבא בזה מובן היטב מחלוקת חכמים ור"י דגם חכמים ס"ל דמלקו' במקום מיתה עומדת והיינו כפירש"י דמיתה זו קנסה עליו התורה רק דס"ל דכמו דבד' מיתות יש חמורו' וקלות כמו כן הך מלקות הם הקל שבקלו' ולכך סגי בשלשה דדוקא למיתה חמורה אף שמהקלות היא כיון דיש בה איבוד נפש בבירור הצריכה התור' כ"ג אבל מלקו' דאף דהוא ג"כ מיתה לפעמים אבל אינו ברור א"צ רק שלשה:

יב ובזה מבואר היטב דברי הרמב"ם פט"ז מסנהדרין ה"א שכתב דאף שמלקו' בשלשה במקום מיתה היא עומדת והכ"מ תמה דזה לר"י ולא לחכמים ולפמ"ש א"ש דבא הרמב"ם לבאר דבאמת גם חכמים מודים דבמקום מית' עומדת רק דהיא קלה מאד מכל ד"מ וע"כ הבדיל' התור' דבזה סגי בשלשה ודברי הרמב"ם מבוארים ובזה מבואר היטב דברי

הסמ"ג שכתב דמה דנגדיה רבא אינו רק מדרבנן שהרי למדין גז"ש דרשע רשע וד"נ אינה נוהגת רק בזמן שסנהדרין נוהגת ולפמ"ש דבריו נכונים מאד דניהו דמלקו' דנים בשלשה אף בזה"ז היינו משום דהיא מית' קלה ורבא לשיטתו דס"ל דמית' היא רק שהיא קלה ולפ"ז אין מהראוי לדון בזה"ז דעכ"פ שם מיתה על זה. ולפ"ז באמת לא שייך מלקו' בזה"ז אף אם היו לנו סמוכין דעכ"פ מית' הוה וממנ"פ למאן דיליף רשע רשע בכ"מ א"כ ודאי אינו נוהג וע"כ דס"ל מלקות במקום מיתה עומדת וא"כ שוב הוה כמו מית' ואינו נוהג רק בזמן שהיו סנהדרין ודו"ק היטב ועיין רמב"ם פי"א מסנהדרין ה"ד כתב אחד ד"נ ואחד דיני מלקו' וכו' אלא שהמלקו' בשלשה ונדחק הלח"מ בזה דהא גם ד"מ בשלשה ולפמ"ש בא הרמב"ם לומר דאף דמלקו' במקום מיתה עומד' אפ"ה חלוק מד"נ בזה ואינו רק בשלש' וכמ"ש בפט"ז הנ"ל ודרך אגב אבאר מ"ש הרמב"ם ואין אחד מהם בשור הנסקל חוץ מד"א שדינו בכ"ג והוא מהש"ס דלמדו מלא תטה משפט אביונך אבל אתה מטה דין שור הנסקל והיא תימה לפענ"ד דהרי משפט אביונך הוא גם ד"מ בכלל כמבואר ריש פאד"מ והרי בד"מ מטה ג"כ עפ"י אחד ועיין רש"י ר"פ אד"מ במשנה דלמדו משור הנסקל אבל זה תימה דכל דכתיב משפט אביונך גם ד"מ בכלל ואולי זה הוה כמפורש כיון דדרשו על שור הנסקל מכ"ש ועיין שו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב שהאריך בזה. אך לפענ"ד נרא' עפי"מ דמצאתי ביראים מצוה רמ"ה שכתב דבר נפלא דלכך בד"מ מטין עפ"י אחד דהרי כתיב לא תהי' אחרי רבים לרעו' וכתיב אחרי רבים להטות ודרשינן לא כהטייתך לטובה הטייתך לרעה והנה זה שייך בד"נ דמשכחת לה רעה לפעמים בלי טובה ולפעמים טובה בלי רעה אבל ד"מ מה שטוב לזה הוא רע לזה ואיך שייך לומר הטייה לרעה או הטייה לטובה ודפח"ח וש"י ולפ"ז זהו בכל ד"מ אבל בשור הנסקל דהוה ד"נ וד"מ וכאן הוה רק רעה בלי טובה או טובה בלי רעה שהרי אינו בשנים רק לאחד ומעתה זהו דדרשו לא תטה משפט אביונך וע"כ בד"נ הוא דשייך ביה הטייה לרעה או לטובה אבל בד"מ ל"ש זאת ולזה אמר אבל אתה מטה דין שור הנסקל והיינו דאף דבזה שוה לד"נ דמשכחת הטייה אם לטובה לבד או לרעה לבד אפ"ה מטין ע"פ אחד ודו"ק היטב כי הוא נחמד מאד וע' בר"ן בחידושיו לסנהדרין ריש אחד ד"מ ולפי דבריו שם יש לפלפל בזה ע"ש ותבין וע' תוס' ר"פ אד"מ ד"ה אחד שכתבו דאין לדמות ד"מ לד"נ בזה ולא ביארו ולפענ"ד דבר ברור שכוונו למ"ש היראים בזה. וראיתי במהרש"א שהקשה ג"כ קושית הר"ן דבד"מ דהוא בשלשה היאך משכחת לה כלל שיהי' מטין לרעה יותר מלטובה והא ע"כ הרוב הוא או לזכות או לחובה ובד"מ ל"ש טובה או רעה מיוחדת. ולפענ"ד הדבר ברור דהו"א דבזה נלך בתר עני ועשיר דלעני

נטה לטובה ולעשיר לא נטה כל שהן רק שלשה צריך כל השלשה להטיב וזהו דכתיב לא תטה משפט אביונך בריבו ומדוקדק מה לשון אביונך דאם קאי שלא להטות בד"נ אין נ"מ בין עני לעשיר ולזה ילפינן משור הנסקל דאף שהוא כד"נ אפ"ה מטין ומכ"ש ד"מ דאין נ"מ בין עני לעשיר ודו"ק היטב. ודע דיש לי תימה בדברי רבינו שבמנין המצות מל"ת ער"ח מנה לא תטה משפט אביונך דהיינו אדם רשע והסמ"ג מל"ת ר"ה ר"ו מנה משפט האביון ממש ללאו בפ"ע והוא תימה רבה לפענ"ד דהרי חז"ל דרשו מזה לא תטה משפט אביונך הא משפט שור הנסקל מטה וא"כ היינו דלא תטה להכריע וא"כ אינו בכלל מטה דין דהיינו שפוסק שלא כדין ואם נימא דהיינו כפשוטו של מקרא דאין מקרא יוצא מידי פשוטו יקשה מנ"ל להש"ס דשור הנסקל מטה והא אצטריך לגופא וצע"ג:

סימן לא

א לחכם אחד.

ב ע"ד אשר הארכת אם הפקר ב"ד הפקר הוא קנין או אינו רק הפקר בלבד והבאת דברי הג"פ סי' ק"כ שמסתפק בזה הנה כל האחרוני' האריכו בזה אם כה ואם כה וגם אני בחידושי הארכתי בזה. אך כעת נ"ל דבר חדש מהא דאמרו בר"ה כ"ב א"ל מאתים זוז נתונים לך במתנה ופירש"י משום הפקר ב"ד וקשה במה יקנה המעות הא המעות אין דרך לקנותו כ"א אגב קרקע או מקום המעות כמבואר בסי' ר"ג ס"ט וכאן שכבר היו בביתו ואיך יקנה אותם וגם הוא אינו מקנה לו ובשלמא כל זוכה מן הפקר קונה בהגבהה ובשאר קנינים אבל במעות שכבר הוא ברשותו וגם כשלא קיים תנאי נעשה המעות מלוה כמו בכל דבר שנתבטל המכר שהמעות נעשו מלוה כמבואר בסי' ע' ובכמה מקומות וא"כ במה נקנה המעות לו וע"כ דחז"ל עשו ההפקר לקנין וז"ב ודוחק לומר דהו"ל כאלו זכו הב"ד בזה והקנו לו דז"א דלמה לנו לחדש שני קנינים שהם זכו בהמעות והקנו אליו מוטב לומר דהקנו לו המעות ע"י ההפקר כמו שנראה בפשיטות מל' הש"ס ורש"י. איברא דלפ"ז צ"ב היאך מועיל מחילה בחוב הא במה יקנה כיון דמלוה להוצאה נתנה א"כ אין לו במה לקנות ובפרט מטבע שאף אם היה בעין אינו מועיל קנין. אך באמת הדבר נכון כיון דמחילה אינו אלא סילוק וכמ"ש הרשב"א בתשובה הובא בב"י חו"מ סי' קצ"ה וא"כ א"צ קנין כלל דמשעה שנסתלק מהחוב ממילא המעות שלו וא"צ קנין וז"ב. אבל כאן דהי' צריך לקנות המעות דהרי נתנו לו על תנאי וכל שבטל התנאי צריך להחזיר המעות וא"כ במה יקנה וע"כ ע"י ההפקר. וראיתי במח"א הלכות זכייה מהפקר סי' י"א שכ' דמחילת חוב אם הוא סילוק או קנין תלוי במחלוקת הקדמונים ומריטב"א

בחידושיו לקידושין דף ט"ז ע"א נראה דהוא מתורת הקנאה ולפענ"ד א"א לאומרו דבמה יקנה בהלואה ועיינתי בריטב"א שם ושם קאי לענין עבד דהוא תפוס בעצמו וכל שמחל לו העבדות הוא תפוס בעצמו ונעשה ב"ח ולכך הוה מחילה הקנאה אבל בחוב מחילה לא הוה רק סילוק ולא קנין וז"ב לדעתי (וע' מהרי"ט ח"א סי' מ"ה ובמח"א שם וצ"ע ועקצה"ח סי' ר"ט):

ג והנה בגוף הדבר אם הפקר ב"ד עושה קנין וגם אם קנין דרבנן עושה קנין תורה שהאריכו האחרונים בזה וכבר הארכתי בזה בכמה מקומות. כעת נלפענ"ד לחלק הענינים דכל שחז"ל עשו קנין חדש עד"מ שתקנו שאגב יקנה בזה י"ל דכל שעשו חז"ל שיקנה שוב נעשה עי"ז קנין דאורייתא דאלמוהו לתקנתם ועשוהו כשל תורה אבל היכא דמה"ת לא הי' מועיל הקנין רק דחז"ל עשו הקנין עד"מ קנין מעות דמה"ת קני וחז"ל אמרו דמעות לא יקנה רק משיכה א"כ במה כחם יפה שיהי' עוד קנין תורה אדרבא מה"ת מעות קונה ודי שהיה קנין מדרבנן אבל לא שיעשו קנין שלהם עוד עודף על של תורה כנלפענ"ד. ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי הרמב"ן שהוכיח דמכירת שטרות דאורייתא מדתני מקודשת ומשמע מה"ת [וע' תומים סי' ס"ו ס"ק א' שאזיל בתר איפכא דכיון דבמע"ש קתני מקודשת וע"כ אינו רק דרבנן ע"כ גם מכירת שטרות דרבנן ע"ש וצ"ע] ותמה הפ"י בקידושין דף מ"ח דהא מעמ"ש ודאי אינו רק דרבנן ואפ"ה קתני מקודשת. ולפמ"ש א"ש דמעמ"ש דמה"ת ל"ש קנין הלז וכל דחז"ל אמרו שיקנה הוה קנין מה"ת דיש לאל ידם לעשותם כשל תורה אבל מכירת שטרות דמה"ת לא מועיל קנין בדבר שאין גופו ממון וכמו דממועט משבועה וכדומה א"כ ניהו שחז"ל עשו קנין שיהי' מועיל מכירת שטרות אבל במה כחם גדול שיפקיעו דין תורה ויעשו עוד קנינים שיהי' קנין תורה הא אדרבא מה"ת ל"מ קנין וז"ב לדעתי ובזה יש ליישב קושית התוס' בסוכה דף ל"א ב' בד"ה שינוי החוזר שכתבו אע"ג דקנין הוה מדרבנן מ"מ כיון דמה"ת לא קני ל"מ לצאת בו וע"ז הקשו דמהאי סבתא משמע דכל דקני מדרבנן יצא. ולפמ"ש י"ל דבאמת כיון דמה"ת לא קני בהאי שינוי א"כ אף שתקנו חז"ל דגם שינוי החוזר לברייתו יקנה אבל עכ"פ לא יכלו לומר שיהי' נקנה מה"ת דהרי באמת מה"ת לא קני ורק דחז"ל עשו שיקנה א"כ שוב מה"ת לא יצא אבל בהך סבתא דמה"ת היה צריך לקעקע הבירה כלה וכיון דחז"ל עשו מפני תקנת השבים שלא יצטרך לסתור הבירה א"כ כל שעכ"פ מדרבנן א"צ לסתור שוב יוצא בסוכה והרי גם מה"ת אם לא הי' מקעקע הי' יוצא בסוכה דלא בעינן שלו רק שלא יהי' גזול וכיון דחז"ל אמרו שא"צ לקעקע מה נ"מ אם אינו של תורה סוף סוף הרי יצא אבל כאן כל דמה"ת לא קנה ביאוש הרי אינו שלו ואף אם נימא דגם

בסוכה בעינן לכם כדס"ל לר"א יש מקום לחלק דכבר נודע דבשב וא"ת יש כח ביד חז"ל להפקיע דין תורה רק בקום ועשה אין לאל ידם לשנות א"כ בשלמא לעשות קנין דרבנן כשל תורה זה אין כח בידם בדבר שמה"ת לא קנה די שיהיה קנין דרבנן אבל כאן בהסבתא דמה"ת הי' צריך לקעקע כל הבירה וחז"ל אמרו דסגי בדמים א"כ זה אינו רק שב וא"ת ובזה יש לאל ידם וכל שתקנו הקנין שוב יצא מה"ת משא"כ לענין שינוי החוזר דמה"ת לא קני בשינוי זה א"כ אין כח ביד חז"ל לעשות קנין בקום ועשה וז"ב מאד. ובזה הנה מקום אתי ליישב ולקיים דברי הב"ש שמחלק בין מעמ"ש לגזילה בתר יאוש ובאחרונים תמהו דממנ"פ אם הוה הפקר ב"ד הפקר קנין גם בגזילה יועיל ואם לא הוה קנין גם במעמ"ש לא יועיל. ולפמ"ש א"ש דבאמת הוה קנין רק זה במעמ"ש שהוא דבר חדש אבל בגזילה לאחר יאוש דמה"ת ל"מ יאוש א"כ א"א לעשותו שיהי' הקנין כשל תורה ודו"ק. ובזה מיושב הרבה קושיות שהקשה השעה"מ פ"ח מלולב בהך כללא ודו"ק. ובזה יש ליישב מ"ש רבינו פ"ט מתרומות הלכה י' כהן שמכר פרה לישראל במעות ולא משך שאסור להאכילה כרשיני תרומה וכן להיפך בכהן מישראל שאסור עד שימשוך ומשמע דל"מ קנין דרבנן לתורה וכבר תמה בזה המח"א. ולפמ"ש א"ש דכל שמה"ת יש קנין אחר לא יוכל הקנין דרבנן לעקור הקנין תורה וכן להיפך וז"ב:

ד והנה בקושי' התוס' בסוכ' הנ"ל מהך סבתא הי' נרא' לי באופן אחר דבאמת קנין דרבנן מועיל שיהי' קנין תורה ומשום דהפקר ב"ד הפקר ורק בשינוי החוזר לברייתו ל"מ מה שקונ' בדרבנן דהרי ע"כ ל"מ שינוי החוזר לברייתו רק כ"ז שנשתנ' בזה אמרינן דכל שנשתנ' אין זה מה שהי' אבל אם לאחר ששינ' החזיר הגזלן לברייתו נלפענ"ד ברור דבזה ל"מ אף מדרבנן דהרי כעת הוא כמו שגזל' ולפ"ז לא שייך הפקר ב"ד הפקר בזה דכבר נודע מ"ש התוס' ביבמו' דף פ"ט דלא שייך הפקר ב"ד הפקר בדבר שהוא ברשותו גם לאחר ההפקר ע"ש ולפ"ז גם כאן אם החזיר' הי' עומד ברשותו והי' צריך להחזירו שוב ל"מ גם כשלא החזיר' כיון דלא קנה מן התור' רק מדרבנן ובכה"ג ל"ש הפקר ב"ד הפקר וז"ב מאד לדעתי ראה זה דבר חדש ודו"ק. (ומצאתי בשו"ת תשב"ץ ח"ב סי' ה' דדעתו דהפקר ב"ד הוה קנין ע"ש) ולפמ"ש מיושב היטב הא דאמרו בגיטין דף ל"ז ע"א ומי איכא מידי דמדאוריי' משמט שביעי' ותיקן הלל דלא לשמט והקשו בתוס' ד"ה מי דאמאי לא משני רבא כדמשני אח"כ הפקר ב"ד הפקר ולפמ"ש הג"פ יש ליישב דבשלמ' כאן דפריך דאיך אפשר להלל לתקן שלא ישמט ויוציא הממון א"כ ל"ש לשנויי דהפקר ב"ד הפקר דניהו דהפקירו המעו' שביד הלוה אבל לא תקנו שהמלו' יקנ' המעו' וא"כ לא חשוב כגבוי ואף אם נותנו לו מדעתו צריך לומר לו משמט אני מכ"ש כאן דלא נתן לו

רק הפקירו אבל לקמן דפריך להיפך דמדאוריי' לא משמט שביעי' ורבנן תקנו דמשמט ע"ז שפיר תירץ דהפקר ב"ד הפקר א"כ ממיל' נשאר המעו' ביד הלוה וכבר כתבתי דזה לא צריך קנין וממיל' נשאר ביד הלוה וגם לפי חילוק השני שכתבתי לעיל מיושב הדבר דבשלמ' לעיל הי' צריך לעקור ד"ת בזה דמן התור' משמט והיאך יוכל לתקן ע"י הפקר ב"ד לעקור דברי תורה דס"ס מה"ת א"צ הלוה להחזיר אבל לקמן דפריך להיפך דמה"ת לא משמט שפיר יכלו רבנן לתקן דא"צ הלוה ליתן ואינם עוקרים דברי תור' מידי דהוה אם מחל לו החוב משא"כ לעיל דאף אם נותן לו מדעתו צריך לומר משמט אני ועיין בפ"י בסוגי' שם וא"כ הוה עקירת ד"ת לגמרי ועיין בתוס' גיטין דף מ' ע"ב ד"ה וכ' שכתבו באמצע הדיבור דהפקר ב"ד הפקר והפקירו ב"ד התבוא' של התינוק ונתנוה לאפטרופוס שיוכל לתרום הרי דהפקירו ב"ד ועשו קנין לאפוטרופוס ושם מפקיע טבלי' עי"ז ואולי כיון דלא נקנה לו לגמרי רק כדי שיוכל לתרום ולהפקיע הטבלי' בכה"ג אמרינן הפקר ב"ד הפקר וצ"ע:

ה והנה לכאור' צריך להבין לפי שיטת התוס' דלכך מותרין האפוטרופסין לתרום לאכול משום דהפקירו הב"ד התבוא' של התינוק ונתנו לו והדבר צ"ב דהרי כבר נודע מ"ש התוס' ביבמו' דף פ"ט ע"ב דהפקר ב"ד לא אמרינן בדבר שלאחר ההפקר יהי' שלו וא"כ ה"נ הא גם אח"כ התבוא' של היתומי' ולא שייך הפקר ב"ד וצ"ל דבאמת לא הפקירו כל התבוא' רק כפי מה ששיערו שצריך לתרום והו"ל כאילו זאת של אפוטרופוס וא"כ שפיר יכול לתרום דע"כ לא אמרינן דאתם ולא אפטרופסין רק לתרום משל היתומי' אבל משל אחר פשיט' דיכול לתרום ועיין בחידושי רשב"א בנדרי' דף ל"ו וא"כ כיון שהפקירו התרומ' והו"ל התרומ' של אפוטרופוס ושפיר יכול לתרום והתרומ' שפיר דזה נותן לכהנים ואף דאבעיא לן בנדרים דף ל"ו אם מועיל תורם משלו על של חבירו אי אמרינן דניחא ליה למעבד מצוה בעצמו היינו בגדול אבל בקטן שפיר מועיל תרומת אפטרופס דקטנים לאו בני מעבד מצוה נינהו וכעת יעשה איסור ויאכל טבלים ועיין בט"ז ביו"ד סי' ש"ה ובנקה"כ שם וז"ב:

ו ובזה נראה לי הטעם דאין תורמין להניח ופירש"י משום דלכשיגדלו יעשרו הם והדבר יפלא דמה נ"מ בזה וה"ה פי"א מנחלו' כתב משום דנ"מ לענין דט"ה שלהם ע"ש ולפמ"ש א"ש כיון דצריכין לבא להפקר ב"ד והיינו רק התרומ' בלבד וכמ"ש ולפ"ז הא בתורם משלו על של חבירו לא נפשטה האבעיא דלמא ניחא לי' בעצמו לעשו' המצוה ובכה"ג אמרינן לכשיגדלו יעשרו הם ויעשו המצוה בעצמם וז"ב מאד איברא דלפ"ז יקשה במ"ש התוס' בשבת דף נ"ד ע"ב דאפוטרופוס של ר"א הוה מעשר והא במעשר בהמה כולו

לבעלים רק מה שמקטירין לגבוה וא"כ ל"ש הפקר ב"ד הפקר דאח"כ יהיה שלהם וכמ"ש והיאך מצי האפטרופוס לתרום והיא קושיא גדולה לפמ"ש וצ"ל דכיון דגם הבעלי' משלחן גבוה קא זכו בחלק שלהם ועיין במלמ"ל פי"א ממעה"ק והארכתי בזה בתשוב' לברר הדברים וא"כ ממילא שפיר הפקירו הב"ד ונתנו להאפטרופוס ומה ששלהם אחר שהקטירו הרי הוא כזכו מחדש ומ"ל שלחן גבוה או קנו מהדיוט ועכ"פ בעת ההפקר הי' מופקר הדבר לגמרי וז"ב מאד:

ז ובזה מיושב מה שהקשה אא"ז הח"ץ ז"ל בתשוב' סי' ל"ה על מ"ש התוס' דאפטרופס הוה מעשר והא אינו רשאי לתרום להניח ושם היה להניח ולפמ"ש א"ש דשם אף להניח שרי דל"ש לומר דניחא להו להיתומים שיעשו המצו' בעצמם דבאמת עושין המצוה בעצמם כיון דאפטרופוס מעשר עבורם דבעת שנקטר לגבוה שלהם נקטר ועיין בנקה"כ בסי' ש"ה דבכה"ג ל"ש לומר דניחא לי' בעצמו דזה גופא שלהם ובשלמ' לענין תרומת תבואה ליתן להכהן צריך שיהי' משל התורם משא"כ כאן דמקריבין עליהם דא"צ שיהי' של האפטרופס רק שיפקירו מן היתומי' בלבד וצ"ע בזה כי יש לפקפק עדיין אבל מ"ש בגוף הענין נכון ת"ל ודו"ק:

ח והנה בגוף הדבר שכתבו הפוסקי' דבמע"ש הוה קידושין של תורה משום הפקר ב"ד הפקר הקשיתי קושיא אחת וגדול' היא אלי בהקדם מה שאמרתי זה ימים לישב דברי תשובו' הרדב"ז שעמד המלמ"ל פ"ה מאישו' והניח בקושיא ואמרתי בזה דבאמת כל דאינו שוה לדידיה אף דשוה לדיד' במה מקדשה ולכך בא"ה אף דחזי לדיד' דחולנית היא מ"מ במה מקדשה הוא והמתקתי הדבר עפמ"ש בשו"ת הש"ך הובא בב"ש סי' למ"ד ס"ק א' דטלי קידושיך מע"ג קרקע לא מהני ול"ד לפקדון דמתחלה נתן לה הדבר משא"כ מלוה דלהוצא' נתנה ע"ש ולפ"ז גם כאן ניהו דלדיד' שוה לה אבל הוא לא נתן לה הפרוט' והו"ל כנטלה קידושין מע"ג קרקע דל"מ אבל בנתן לה פחו' מפרוט' והוקר ועמד על פרוטה דאם נימא דל"מ הקידושין שוב צריכה להחזיר לו וא"כ ממילא הוה כנותן לה כעת פרוט' דהא עכשיו הוא שו"פ והו"ל כיהיב לה מחדש וז"ב כשמש ודברי הרדב"ז נכונים ולפ"ז ק"ל טובא דאיך מועיל שיהי' הפקר ב"ד הפקר הא כיון שרק מתורת הפקר הוא א"כ עכ"פ הוה כטלי קידושיך מע"ג קרקע דמן התורה לא הוה נתינתו כלום וצ"ל דלא משום הפקר ב"ד קאתינן עלה רק כיון דחז"ל עשו אותו לקנין אלמוהו ועשו אותו כשל התורה. ובזה מיושב קושיית הפ"י ממכירת שטרו' דל"מ מן התורה למכור השעבוד ורק דרבנן עשו אותו לקנין אבל א"א להיו' קנין תורה רק מכח הפקר ב"ד וא"כ ל"מ להיות כשל תורה משא"כ במעמד שלשתן אטו כתוב בתורה דל"מ מעמ"ש רק דרבנן

חדשו הקנין הלז י"ל דהוה קנין גמור כשל תורה ודו"ק וראיתי בא"מ סי' למ"ד שהקשה ממעמד שלשתן דמועיל והא הוה כטלי קידושיך מע"ג קרקע ולק"מ דכיון דהוא צוה לתת לה הרי עשה וגם נתינ' השליח מועיל וז"ב משא"כ במלוה דאותן מעו' הראשונו' שהלוה להוצאה נתנה והמעו' שחייבת לו הוא מקדשה זה מעו' אחרות מה שלא נתן לה וא"כ הוה טלי קידושיך מע"ג קרקע וזה ברור. ובזה יש להמתיק החילוק שבין מכירת שטרו' למעמ"ש די"ל דמעמ"ש אף דמטעם הפקר קאתינן עלה עכ"פ גוף ההפקר אתי מכח דצוה לתת לה והוה כפקדון דעכ"פ בא לה בפעם הראשון מידו משא"כ מכירת שטרו' הוא נותן לה השטר ומה"ת לא יכול למכור השטר דשיעבוד הגוף לא ניתן למכור דבמה קנתה השיעבוד וחז"ל הפקירו מעו' המשועבד מכח השטר א"כ המעו' לא נתן לה רק מכח הפקר הו"ל כטלי קידושיך מע"ג קרקע וז"ב מאד ודו"ק כי הוא דבר נפלא ת"ל והנה ראיתי בשו"ת מהר"י בן לב ח"ב סי' ל"ג שכתב דטלי קידושיך מע"ג קרקע מהני והביא ראיה מסלע של שניהם שכתבו התוס' דלא משום חצר הוא רק דסמכא דעת' ע"ש ולפענ"ד אין ראיה דש"ה דעכ"פ הוא נתן ע"ג סלע לשם קידושין ובקידושין לא כתיב ונתן בידה אבל היכא דלא היה נתינה כלל לשום קידושין רק שהי' מונח ע"ג סלע מכבר וא"ל טול קידושיך מע"ג סלע אפשר דל"מ ובזה אפשר לחלק בין קידושי כסף לשטר דבשטר דמקיש הויה ליציאה בכל ענין פסול דבעינן כמו בגט ונתן בידה אבל בכסף יש חילוק בין היכא שנתן עכ"פ לשם קידושין דכתיב כי יקח ובעינן שיהי' לשם קיחה וז"ב ודו"ק אחר זמן רב מצאתי בישש"ש יבמות פרק עשירי סי' י"ט שכתב גבי הא דיליף הפקר ב"ד הפקר מקראי ור"א אמר מהכא אלה הנחלו' וכו' מה אבות מנחילין וכו' וכתב הישש"ש דהא דר"א עדיף דילפינן מיניה שיוכלו להפקיע ממון של אחר ולהחליט לאחר ול"ת דוקא שיכול להפקיר אותו ע"ש הרי ביאר בהדיא דהפקר ב"ד הפקר הוא אף להחליט ביד חבירו ומהג"פ והגאון ש"ב בעל מקור חיים סי' תמ"ח וכל המדברים בזה נעלם מהם דברי הישש"ש הנ"ל ודו"ק.

ט והנה לכאורה הבאתי ראיה דקנין דרבנן מועיל לקנין תורה דהרי אמרו בב"מ דף י"א ד"ג הקנה ע"י קנין אגב והרי שם הפריש תרומות ומעשרו' ומכ"ש לפירוש התוס' דהיה בשנת הביעור וצריך להוציא מרשותו ואיך הי' מועיל קנין דרבנן לקיים מצות התורה עי"ז והרי קנין אגב אינו רק דרבנן כמ"ש תוס' והרא"ש פ"ק דב"ק דף י"א ואני כתבתי במק"א דהנימוק"י בב"ק פ' הגוזל גבי עבדי כמטלטלי נסתפק בזה אך נראה דמתנו' כהונה שאני דבאמת הם ממונו של כהן רק שביד הישראל לתתם לאחר ולזה צריך שיקנהו וכל שהקנהו אף בקנין דרבנן כיון שעכ"פ לא יוכל הישראל לתתו לאחר מועיל

אף קנין דרבנן וכ"כ האחרונים סברא זו ועיין בספר ט"ג הנדפס מחדש בגיטין דף למ"ד סברא זו ע"ש ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב דברי הש"ך בחו"מ סי' קצ"ח וסי' ר"ב לחדש דחצר ומטלטלין כאחד לא קנה מתורת חצר ותמה הקצה"ח והמח"א דהרי בהך דר"ג רצה הש"ס לפרש מטעם חצר ושם ע"כ באו כאחד דאל"כ ל"מ דעת אחרת מקנה ורק שהקושי' המרדכי דבדבר הפקר ל"ש דעת אחרת מקנה ע"ש ולפמ"ש א"ש דכיון דזה בודאי יכול להקנות חצר ומטלטלין כאחד ורק שזה צריך שיקנה מתחלה החצר וא"כ כל שעכ"פ א"י לחזור בו דהא ביד האחר לזכות בחצר בראשונה שוב ל"צ יותר דהא מתנו' כהונה הם של הכהנים והלוים ודו"ק:

י והנה הריטב"א הקשה בקידושין דף כ"ו בהך דמקומו מושכר לו דלמה צריך להשכיר לו המקום והא הו"ל אמירה לגבוה אך לפענ"ד נראה דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט נראה דהוא משום כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ועיין בחולין דף קל"ט דאף באומר הרי עלי ג"כ בי גזא דרחמנא איתא וע"ש ברש"י דביאר כן בהדיא והיינו דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי ולפ"ז הא נודע מ"ש השיטה מקובצת בכתובו' דף למ"ד דבתרומה לא שייך כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא דהא הכהנים הם בעלים ע"ש וא"כ ל"ש שוב כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא וממילא ל"ש לומר אמירה לגבוה ובזה י"ל דלכך גם גבי צדקה לא שייך אמירתו לגבוה שיעשה קנין כמבואר ביו"ד סי' רכ"ח משום דהעניים הם בעלים ודו"ק.

יא והנה מצאתי בספר המצות בשורש הב' להרמב"ן שכתב בדף כ"ב בדפוס בא"ד שיש להם דין גדול ועושין בו מעשה בקידושין ובגירושין וקרבנות והביא הך דהפקר ב"ד הפקר והביא הך דכרת שע"י דבריהם דאמרו בגיטין דף נ"ה ובתשובה אחרת תמהתי עליו בזה וכעת אני אומר דמכאן תשובה למ"ש הפרמ"ג באו"ח סי' תל"ה בא"א ס"ק ב' דלאו דלא תסור ל"ש רק במצוה ולא בקנס שקנסו רבנן ולכך בחמץ שעבר עליו הפסח אינו עובר בלא תסור ואין נפסל לעדות ואינו לוקה מכות מרדות ע"ש וכתב שבש"ה האריך בזה ואני איני רגיל בספרי' הקדושים כי מחוי במחוג ודרכו בקדש לקצר אבל כך הראוני תלמידי והנה כאן מבואר להיפך דהרי שיטת רש"י בגיטין דף נ"ה דקנס קנסוהו רבנן והרי בקנס ל"ש לא תסור ומכ"ש שיתחייב כרת ואף דיש לחלק כיון דהפקירו ב"ד הדבר ממילא הוה עי"ז קנין תורה מ"מ מדברי הרמב"ן משמע דהדברים כפשטן דמדרבנן נתחייב כרת ודו"ק ועמלמ"ל פ"א מנערה ה"ה באריכות דברי' ע"ש ודו"ק ועיין בתוס' יבמו' דף ל"ו ע"ב ד"ה ולא שכתבו לדחות דברי הר"י מאורליניש משום דמה חומרא דכלה בלא ברכה יותר ממניקת חבירו והרי מניקת חבירו אינו רק משום קנס כמ"ש

התוס' ד"ה חיזוק ובכתובות דף נ"ו וא"כ אינו נפסל לעדות ואין בו מ"מ משא"כ כלה בלא ברכה דהוא איסור דרבנן וע"כ דאין חילוק בזה ודו"ק:

יב והנה אחד מתלמידי רצה לתת טעם לדברי הפרמ"ג עפמ"ש הרמב"ן במצוה רל"ה מ"ע שאין במלוה משום קנס וא"כ לכך לא שייך במצוה דרבנן שיהי' קנס אבל אין ענינו לכאן ששם הוא מצות התורה וגם על אותו איש ול"ש במצוה קנס אבל חז"ל לא יוכלו לחדש מצוה רק תקנה וממילא נעשה עי"ז הקנס מצוה ושפיר הוה מצוה מלא תסור ודו"ק. ובמה שהארכתי למעלה בהך דכתבו התוס' בגיטין דף מ"ם דאפטרופס תורם בשביל דהפקר ב"ד הפקר והקשיתי דלא הוה קנין רק הפקר כעת נתיישבתי דלמ"ש הרמב"ן בשורש י"ד לספר המצו' דיש שתי ענינים בהפרשת תרומות ומעשרו' אחת להתיר הטבל באכילה והשנית לתתו לכהן ולפ"ז עכ"פ להתיר באכילה יש כח בידם להפקיר וא"כ כל שנעשה תרומה ואסורה לזרים למה לא יוכלו לתת לכהן ג"כ וז"ש התוס' והפקירו ב"ד התבואה של תינוק ונתנו לאפטרופוס שיוכל לתרום ואינו אוכל טבלים והיינו דההפקר מועיל עכ"פ לתרום שלא יהיה טבל וממילא נתנה לכהן ולפ"ז מבואר היטב הטעם דלאכול ולא להניח דבשלמא לאכול כל שאינו נתרם אוכל טבלים וא"כ צריך שיהי' של אפטרופוס או עכ"פ הפקר שלא יהי' טבלים אבל להניח אין כח בידם דהא לא נעשה קנין ודו"ק היטב:

יג והנה במ"ש למעלה לחלק בהפקר ב"ד הפקר דלא נעשה קנין תורה כל שמדאורייתא נקנ' בקנין אחר עד"מ קנין מעות אף דחז"ל עקרו לקנין אבל איך אפשר לומר דלא יהי' קנין כלל הא מ"מ מה"ת קונה מעות בזה מיושב קושיא עצומ' שהקש' השערי משפט סי' רמ"ה בהא דכותב נכסיו לאחרים והיו בהן עבדים דאם הי' רבו שני כהן אוכלין בתרומה והקש' כיון דמתנת שכ"מ אינו רק קנין דרבנן איך אוכלין בתרומ' הא הרמב"ם כתב פ"ט מתרומו' דאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים אף שעדיין לא משך הלוקח הרי זה אסור להאכיל' תרומה שד"ת מעות קונות הרי אף שמדרבנן עדיין לא קנה כל שמהתו' קנה אינו יכול להאכילו תרומ' וה"ה בזה דמה"ת לא קנה השני ולפמ"ש א"ש דמתנת שכ"מ דהתור' לא אמרה דלא לקני וכל שחז"ל אלמו אמירה שלו יעשו שיהי' קונה באמיר' א"כ נעשה קנין תורה אבל כאן שרצו לעקור קנין תורה ל"ש שנעשה קנין תורה כמי שאינו וז"ב מאד ובזה ישבתי לנכון מה דהקשה המהר"ם מלובלין בסוכה דף מ"ד בהא דס"ל לר' יוחנן דערב' יסוד נביאים ומברכינן אדרבנן והרי ר' יוחנן ס"ל בדף מ"ז דלולב רק יום אחד לברכה דעל דרבנן לא מברכין ולפמ"ש א"ש דבאמת הא דמברכין על דרבנן אמרו בשבת דף כ"ג בשביל דכתיב לא תסור ולפ"ז בשלמ' ערבה דהיא מצוה

מחודשת מפי הנביאי' שייך לא תסור ונעש' תורה ומברכין אבל בלולב דמה"ת רק יום אחד ואם מברך ביום שני הי' עובר על ב"ת וא"כ אף דרבנן תקנו זכר למקדש ואינו עובר על ב"ת כמ"ש הרשב"א בר"ה דף ט"ז אבל איך שייך שיברך אשר קדשנו במצותיו וצונו דהא אדרב' מה"ת אינו רשאי ליטול ביום שני ועכ"פ של תורה לא הוה ודו"ק ומה דאמרו שם דרב סבר כל שבעה מצות לולב דאמר המדליק נר של חנוכה צריך לברך ולפמ"ש אין ראיה דנר חנוכ' היא תיקון חדש יש לומר דעיקר ראיה היא דכל שמפסקי לילות מימי' צריך לברך כל שבעה כמו בנ"ח דעיקר מצות' בלילה ומפסקי ימים מלילו' ואף שדחוק בלשון באמת לא מסתבר דר"י יסבור דנ"ח א"צ לברך כלל ואף דבריטב"א כ' כן לפענ"ד מ"ש יותר מסתבר ודו"ק:

סימן לב

א להרבני המופלג החריף מוה' מאיר נ' מווילקאטש.

ב אשר הראה לי דברי הגהת אשר"י פא"ט באות מ"ה שכ' דכולי' של איל נמצא בשפיר ולא היו בשר כלום אלא היתה מלאה מים צלולין רק שבמקו' הלובן היתה שלם והכשיר ובכולי' של פרה היתה שלחופי' ונכרת מקום חריץ והכשירו' רבותינו שבמגנצ' עכ"ל וע"ז שאל מעלתו מ"ש בכולי' של איל שבדקו על מקום הלובן וכאן כתבו סתם שניכר מקום החריץ ואמר מעלתו ליישב עפמ"ש הט"ז להקשו' דלמה בדקו אם הלובן שלם הא עיקר תלוי בחריץ עצמו וכ' התב"ש ליישב דחיישינן שאינן בקיאין כ"כ בין צלולין לעכורין ולפ"ז הא שלפוחי' היא סימן לצלולין כמ"ש הש"ך בסי' ל"ז ס"ק ט"ו לענין בועה וה"ה בזה לא הצריכו לבדוק על לובן זה תורף דבריו. והנה אם כי דבר חכמה אמר אבל מלבד שאינו מוכרע שיהי' שלפוחי' תמיד סימן מובהק לצלולין וזה מקבלת הבודקי' בבועה שם ואין מדמין בזה אף גם דמדברי הרמ"א סי' מ"ד ס"ב שכ' ואפי' נמצאו מים זכים בשלפוחי' משמע דשלפוחי' מגרע גרע מדכתבו בלשון אפי' ולדברי מעלתו הוא להיפך ובאמת שגם מצד הסבר' יותר גרע שלפוחי' שנרא' שהמים הם נפרדי' בפ"ע מקובץ בשלפוחי' ולא יבא להתחבר עם הכולי' וגם לפמ"ש התב"ש סי' כ"ט דבדבר שבתולד' כגון מים בראש כל ספק טריפ' ולא מועיל חזקת יב"ח דרוב בהמו' אין להם מים ע"ש ולפ"ז ממיל' שלחופי' מגרע גרע שבא בתולד' מן הסתם דמהיכן יבא שיהיו שלחופי' וכל ספק שבה להחמיר משא"כ בלא שלחופי' וע"כ נרא' דאדרב' בשלחופי' מגרע גרע ומ"ש וניכר מקום חריץ היינו המקום שמגיע לחריץ לא החריץ ממש וע' באו"ח שהובא בב"י שכ' כעין לשון זה יעו"ש ובלא"ה רואה אנכי שאין הלשון מדוקדק

כ"כ בענין זה שבס"א נקט בש"ע מקום חריץ ובס"ב נקט עם הלובן אלמא דאין קפיד' בלשון בזה. ובאמת שלכאור' צ"ע כיון דנקט פרה ואיל והרי פרה ואיל הם יותר מבני שנה כמ"ש הרמב"ם פ"א ממעש' הקרבנו' וא"כ לשיטת הפוסקי' בסי' פ"א דמכשירין בגבינו' מטעם רוב ואזלינן בתר חזקה שלא נתברר' א"כ גם כאן יש להלך בתר חזקה ובשלמ' בשלחופי' יש לומר כמ"ש התב"ש שבסי' כ"ט דבכה"ג שהי' בתולד' ל"מ חזקה וכנ"ל משא"כ בכוליא של איל קשה וצ"ל דמכאן ראיה למ"ש הפר"ח סי' נ"ז דבדבר שסופו לטרוף כמו בשביר' הגף שעיקר בשביל שסופו לנקוב הריאה ל"מ יב"ח. איברא דלפ"ז לכאור' יקשה מה מקשה התוס' בחולין דף י"א מפרה בת שתים דנוקמא אחזק' וניחוש לטריפ' שסופו לנקוב. אך ז"א דלהס"ד שם דאזלינן בתר חזקה שלא נתברר' א"כ כיון שעכ"פ לא נטרף עדן והחשש הוא שסופו לטרוף עכ"פ כבר יש לו חזקת כשרו' וז"ב ודו"ק ובמק"א הארכתי בזה. מיהו לפמ"ש האחרוני' דחזק' על להבא לא אמרינן ורק לעבר שייך חזקה א"כ יש לומר דבאמת חיישי' שסופו לטרוף ול"ש בזה חזקה דבאמת אמרי' שכעת הוא כשר ורק שסופו לטרוף וע"ז ל"ש חזקה והוה כמו שמא ימות דחיישי' ותלוי בפלוגתת הר"מ מיוני ור"ת בקידושין דף מ"ה ע"ב וע' נוב"י מהד"ק חיו"ד סי' ג' ובתשוב' הארכתי בזה ואכ"מ. אמנם אי קשיא הא קשיא דאכתי מה מקשים התוס' לוקמא הפר' בחזק' כשרו' שהרי חי יב"ח דהרי יש לחוש שמא טריפות' ע"ש העתיד ובכה"ג לא מועיל יב"ח כמ"ש הפר"ח וא"ל דא"כ שוב הי' לה עכ"פ חזקת חיות וכשרו' עד שלא נטרף וכמ"ש דז"א דמשכחת לה בכה"ג שיש לה שלחופי' במים זכים וכדומ' דמטרפינן ע"ש שעתיד להגיע אל החריץ ובכה"ג ל"ש חזקת כשרו' כמ"ש התב"ש דאף למאן דמכשיר בגבינו' בכה"ג שנולד הריעות' מחיים לא מוקמינן אחזק' דהרי אתרע לה רובא וא"ל דהרי אדרב' לכך לא חיישי' לזה משום דיש לה חזקה מכח רוב דז"א דהא להס"ד כאן דלא אזלי' בתר רוב ל"מ חזקה הבאה מכח רוב וקושי' התוס' לא הי' רק דניזיל בתר חזקה ורוב דשניהם גם יחד מועילין אבל כל דהחזק' אינו רק מכח רוב פשיט' דל"מ וא"כ אין מקום לקושיי' התוס' וע"כ דלא כתב"ש ודו"ק כי היא ראיה נפלא' ת"ל:

ג הנה מדי דברי בדיני כוליא זכור אזכור מ"ש בתשוב' לענין מליאה מוגלא שדעת הר"ש בן חפני בהג"א שם דלא בעי שתגיע לחריץ וטריפ' ואחריו החזיקו הרש"ל והט"ז והש"ך דלא כמחבר והנה לכאור' אמרתי ראיה להמחבר דגם בלקות' דמוגל' ג"כ בעי עד מקום חריץ דהרי הש"ס בחולין דף מ"ב הקשו ולחשוב שב שמעתת' וחד מינייהו לקתה בכולי' אחת דטריפ' ומשני נקובי תמניא הוו חשבינהו בחד ואפיק שב ועייל שב ואי נימא דלא בעי במוגל' עד חריץ קשה הא איכא עוד אחת מליאה מוגלא וא"ל

דחדא הוא דעכ"פ לקתה בכוליא מקרי דז"א דהרי התוס' בדף מ"ג הקשו דחסרון דריא' וחסרון דשדר' נחשב כחד וכתבו לפי דאין שיעורן שוה דחסרון דריאה בכ"ש וחסרון דשדר' פלוגת' דב"ש וב"ה וה"ה בדידן כיון דבזה בעינן עד מקום חריץ ובזה לא בעינן למה לא חשבינן לתרתי וע"כ דבתרווייהו בעינן עד חריץ ולכך הוה חדא והיא לכאור' ראיה ברור'. אמנם ראיתי בחידושי הר"ן דף מ"ב שם שכ' דדוק בתרי אברים הוא דכל דחלוקין בשיעוריהן לא נחשב כאחת אבל אבר אחד כגון נחתכו רגליה וצומת הגידין וגלגולת שנחבס' או נחסר' דאף דלא שוו בשיעורייהו כיון דהוה אבר אחד כחד חשבינן להו וא"כ ל"ק דעכ"פ אבר אחת הוא. אך מ"מ הרווחנו בזה לענין מכת חרב דאוסר הב"ח אף בלא הגיע למקום חריץ והש"ך חולק עליו בזה נראה כדברי הש"ך דלהב"ח יקשה לחשבינהו בתרתי וכאן ל"ש דחד אבר הוא דהרי הר"ן בחידושיו שם ד"ה והא איכא בהמה שנחתכו רגליה כ' דאם שבר בדרך שבירה הרי דבעינן דעכ"פ יהי' החולי בענין אחד כמו התם שהוא דרך שבירה ולפ"ז בשלמא במוגלא ולקותא עכ"פ דרך חולי הוא דגם לקותא דרכיש דהוא שמתמסמס ונופל כ' הרא"ש שע"י חולי הוא ומזה הבאתי ראיה להב"ח וש"ך ס"ק ב' שחלקו על או"ה ודעתם דבניקב אף ע"י חולי כשר שהרי הרא"ש כ' דדוק' לקותא היא דפוסל לא בניקב ושם כ' דלקות' היא ע"י חולי א"כ משמע דבניקב אף שבא ע"י חולי כשר ועכ"פ כיון דהם בדרך אחד כחד חשבינן ליה אבל מכת חרב עם לקותא אינו בדרך אחד הי' לו לחשוב כתרי אם היו חלוק בשיעור וע"כ דגם במכת חרב בעי שיעור עם מקום חריץ וז"ב לדעתי. ובזה מיושב ג"כ מה דק"ל טובא למה לא חשיב כוליא שהקטינ' דטריפ' בבהמ' דקה כפול ובגסה עד כענב' ולמה לא חשוב דחלוק בשיעורייהו. ולפמ"ש א"ש כיון דבחד אבר הוא חשבינהו כחדא. איברא דעדיין קשה הא אינו בדרך אחד דזה לקותא וזה הקטינ' וע"כ נרא' לפענ"ד דגם לקותא דרכיש הוא מתורת הקטינ' הכוליא שכיון שנעש' בשרה כבשר המת והגיע עד החריץ אמרינן דהוה כהקטינ' ואף דשם השיעור עד כפול היינו שם כבר נתקטנ' אבל כאן באמת יש השיעור לפנינו רק שהלקותא חשיבא כאילו הקטינ' א"כ בכה"ג הוה כחד. ובזה נרא' לפענ"ד הא דהרשב"א מנה ט' מיני טריפיו' לפי שמנה גם דרכיש ותמה הב"י סי' כ"ט דאכתי אמאי לא חשיב גם כוליא שהקטינ' ולפמ"ש א"ש דדא ודא אחת היא ובלא"ה י"ל כיון דבכולי' שהקטינ' משכחת לה דכשר' כגון שניטל אח"כ כולה וכמ"ש המהרש"ל לענין ניטל ע"י חולי שדעת הכלבו שנטרפ' כבר בעת שהקטינ' ואין חוזרת לכשרות' והוא חולק ע"ז דכל שנטלה כלה אח"כ חוזרת להכשיר' ולפ"ז ה"ה בהקטינ' ע"י שנתכווצ' אם נטלה כלה אח"כ דכשר' וא"כ לא פסיקא לי' למתניה בכלל הי"ח טריפו' דשם אין לו תקנה

כלל כל שנטרפ' משא"כ בהקטינ' ולפ"ז בהגיע עד חריץ ההמסס' דשם בודאי טריפ' אף שנתמסמס אח"כ כלו משום דזה מכאיב לה ביותר שפיר מתנייא בכלל ואפיק שב ועייל שב. ובזה יש לומר הא דאמר עולא שמנה מיני טרפיו' נאמרו למשה מסיני לאפוקי לקותא דרכיש ותמהו הב"י והד"מ וכל האחרוני' דהרמב"ם חשיב לדרכיש ואפ"ה לא מנה רק שמנה מיני טרפיו' ולפמ"ש י"ל דעול' סבר דהך דרכיש הוא ג"כ מתורת הקטינ' הכוליא ולכך לא חשבו בכלל הטרפיו' שנאמרו למשה מסיני כמו דלא חשיב כוליא שהקטינ' ומשום דיוכל לחזור להכשירו באם ינטל אח"כ כלו וכמ"ש ויש להמתיק הדבר דהרי רכיש בעצמו לא אמר עד החריץ וא"כ לא משום הלקות' אמר דטריפ' דהרי לא גבר כ"כ להגיע לחריץ ואפשר דיוכל להתרפאו' ורק דטריפות' דהוה כהקטינ' ולפ"ז לא נחשב בכלל השמנ' טרפיו' אבל לדידן דקי"ל עד החריץ ובזה אף שינטל כלו טריפ' דכאב' גדול ע"י ההמסס' עד החריץ וא"כ שפיר נחשב בכלל נטולה ובזה משום נטולה פסול'.

ד ובזה מיושב קושית הפנים מאירו' שהבי' בשו"ת כנסת יחזקאל סי' כ"ה שהקש' למה אמר עולא לאפוקי מדר' מתנה דאמר מליא מוגלא טריפ' ושמואל מפרש בדף מ"ח דקאי אכוליא ושם טריפ' אף שלא הגיע לחריץ ולפמ"ש א"ש דגם לדרכיש פירש עולא בלא הגיע למקום חריץ וגם לפמ"ש במלאה מוגלא בודאי גם לעולא אינו חוזר להכשר' כיון דגבר הלקותא ע"י מוגלא פשיטא דמכאיב לה ביותר וא"כ ממילא היא בכלל נטולה והוא בכלל השמנה שאינו חוזר להכשיר' אבל בלקות' סבר עולא דכשר' אם נטלה כלה אח"כ ולכך לא חשבו וז"ב והכנסת יחזקאל שם נדחק בישובו. הן אמת דלפי מה שחידש שם הכנ"י דלקת' ולקות' תרי ענינים הם דלקת' ע"י מוגלא הוא ולקותא היינו ע"י המסס' א"כ הא דרכיש היינו ע"י מוגלא ושפיר אמר לאפוקי דרכיש והיינו ג"כ דרב מתנה ע"י מוגלא. אך באמת דבריו דחוקים ותמוהים ובפרט לבנות יסוד עי"ז דהרי אמרו במערבא והוא דמטי לקותא למקום חריץ משמע דמפרשי דברי רכיש כך ולהכנ"י רכיש מיירי ע"י מוגלא והם מיירי ע"י לקותא ואין לשון הש"ס סובל כן וגם קשה לדבריו הא דאמר ר"נ שם שאלתינהו לכל הני טרופאי דמערב' ואמרו לי הלכתא כרכיש ולדבריו למה לא אמרו גם טריפו' שלהם ע"י לקותא ושבקי דידהו ואמרו לדרכיש וע"כ דמערבא קאי על רכיש ופירשו דבריו וז"ב ועיין בתוס' דף מ"ג ד"ה יפלח דחשיב לקותא מליא מוגלא ולהכנ"י הו"ל לקתה ולא לקותא:

ה אחר כמה שנים הגיע לידי שו"ת פנים מאירו' ח"ב ומצאתי בסי' כ"ו שהקש' קושייתי דלמה לא חשיב גם הך דר' מתנה בהדי שב שמעתתא דפריך ר"פ א"ט דלתני ושמחתי שכוונתי לדעתו אבל כבר ישבתי לנכון ובזה מיושב כל קושיותיו למעיין שם וגם בסי'

ק"כ שם החזיק דבריו להכריע דבעינן עד מקום חריץ וכ' שהאריך בזה להגאון בעל כנסת יחזקאל והיא התשוב' שבכנ"י סי' כ"ה וראיתי להכו"פ שהקש' בהא דדעת הרש"ל דאם נטלה אח"כ כלה דחוזרת להכשר' דא"כ מה הקשו תוס' בחולין דף י"א דנחבש לרוצח י"ב חדש ואם יחיה אינו טריפ' ושפיר קטלינן ליה וקשה דלמא היה לו כוליא שנקטנ' ואח"כ נטלה ונמצ' שאז היו טריפ' ואח"כ חזר להכשירו ומ"מ אינו נהרג דאז הי' טריפ' ול"מ יב"ח ע"ש ולפענ"ד נרא' דלק"מ דבאמת כל הטעם דטריפ' שהרג פטור הוא משום דהו"ל עדות שאילה"ז דגבר' קטילא קטיל כדאמרו בסנהדרין דף ע"ח ולפ"ז הא אמרו בסנהדרין שם דגוסס בידי שמים חייב וגוסס בידי אדם נחלקו דמר מדמי לה לטריפ' ומר סבר דטריפ' שאני דמחתכי סימנים ולפ"ז כאן דתוכל להיות אח"כ כשירה עכ"פ לא מחתכי סימנים ושוב גם טריפה שהרג חייב דגם ההורגו חייב דהא הוה כגוסס בידי שמים דחייב ובלא"ה נראה לפענ"ד דבאמת התוס' הקשו דנוקי להפרה בחזקת כשרו' וכתבו דהוה חזקה שלא נתבררה ולפ"ז בהך כוליא דהקטינ' הא הכוליא עכ"פ היתה בחזקת בריאה קודם שהוקטנה דא"ל דהוקטנה מבטן דא"כ היאך נודע שהוקטנ' וע"כ דעכ"פ הוקטנה בעת שנברא' דעכ"פ מוכרח לומר שהוקטנ' אח"כ והיו טריפ' דאם נחוש שהוקטנ' בבטן לא מקרי הוקטנ' דעיקר הקטנה היא מעת שנולד וא"כ שוב יש לו חזקת חי מן הבטן ול"ש הוקטנ' ול"ח לזה וגם דא"כ עכ"פ טרם שניטל היו מחוייב להרגיש כאב דהכאב גדול מאד עד שיכול למות מזה וע"כ דהוא בריא ושפיר הקשו התוס' ודו"ק. הן אמת דבלא"ה יש לעיין בכל מה דמקשה דלמא טריפ' הוא הא אף למ"ד טריפה חיה מ"מ סופו שמת והולך למות כמ"ש התוס' בסנהדרין וא"כ למה לא מרגיש כאב כלל וצ"ל דחיישינן על אותה רגע שמעידין עליו שמא אז נעשה טריפה וירגיש אח"כ ועכ"פ מ"ש נכון:

ו ובזה עמדתי על לשון התוס' שהקשו דנילף מרוצח גופא דחייבה התור' מיתה ניחוש דלמא טריפ' הוא ותירצו דכל הטעם דטריפ' פטור משום דהו"ל עדו' שאילה"ז וזה יליף אח"כ ודבריהם תימה דיהי' מאיזה טעם שיהי' הא עכ"פ טריפ' הוא פטור ועיין לב אריה וגם קשה דלמא ס"ל טריפ' אינה חיה ונוכל לחבוש אותו יב"ח ולפמ"ש א"ש דעכ"פ יקשה דלמא הוקטנה הכוליא וע"כ כתבו דכיון דהוא מטעם שאילה"ז וא"כ היינו דדייק מעדים וזה ניחא טפי ממה דנילף מרוצח ודו"ק כי קצרתי אבל נכון הוא:

ז והנה בהא דיליף מעגלה ערופה דהערופ' כשהוא שלימה שאל אותי אברך אחד ודלמא משום הכי מביא עגלה ערופ' דאם לא נלך אחר רוב א"כ דלמא זה הנהרג היה טריפה וא"צ להביא עגלה ערופה כלל וכיון שגוף העגל' ערופה הוא בספק מותר להביא

עגלה ערופ' אף שספק שמא עגלה טריפה הוא ול"קמ מכמה טעמים חדא דאם נימא דלא אזלינן בתר רוב והתור' צותה להביא עגלה ערופה מספק שמא לאו טריפה א"כ כל שהתורה צותה להביא על הספק שפיר נתחייב להביא מספק ובעי שתהי' העגלה שלימה וגם לשיטת הרש"ל ביש"ש דטריפה אינה חיה הוא רק ע"פ הרוב אבל מיעוט חיות הנה א"כ שפיר היה צריך להביא מספק אם לא אזלינן בתר רוב דשמא מהמיעוט שחיות הנה והו"ל מיעוטא דטריפות שאינן חיות מיעוטא דמיעוטא דל"ח אף לר"מ כמ"ש התוס' ריש גיטין ועגלה ערופה הנ"ל מיעוט גמור. מיהו י"ל דגם זה הוה מיעוטא דמיעוטא אבל יש לדחות דניהו דטריפה חיה אבל מ"מ שלימה לא מקרי ואנן הערופה כשהיא שלימה בעינן. אמנם מלבד כל אלה באמת לא מצאתי מוזכר הדין דבעי שיהיה שלם הנהרג ואל"ה אינו מביא עגלה ערופה ואף שמצד הסברא הדבר נכון דהשתא דאינו נהרג עליו דגברא קטילא קטיל מכ"ש דאינו מביא עגלה ערופה אבל לא ראיתי מבואר הדבר ומפשטת הסוגיא משמע להיפך דא"כ למה לא יליף מעגלה ערופה דהיאך מביאין עגלה ערופה ודלמא הנהרג היה טריפה ואף דיש לדחות דגם על הספק צותה התורה להביא עגלה ערופה שתכפר מספק מ"מ עכ"פ קושייתו ל"ק דא"כ שוב צריך שתהי' שלימה וכמ"ש וע' ביומא דף כ"ג דאמרו טעם דעגלה ערופה משום שעשה אותו ערוף שלא הוליד ואמרו זקן וסריס מא"ל ולא אמרו טריפה מא"ל דטריפה זכר אינו מוליד וע' שו"ת מים חיים וע"כ דטריפה אינו מביא עליו עגלה ערופה אבל יש לדחות וצ"ע:

ח והנה לענין מכת חרב דדינו כלקתה תמהני דלא הזכירו דברי התוס' בדף מ"ג דמה שפירשו דיפלח כליותיו מי קא חיי דהיינו אם עשו לו רפואה הי' חי רק שלאיוב לא עשו רפואה וא"כ אין ראיה מיפלח כליותי וגם קושית הפר"ח מרפב"א רישב"א דמחו בכוליתא היא קושיא חזקה לשיטת הש"ך דבכח הוה כלקתה דהרי מחו בכוליתא הוה בכח והתב"ש נדחק מאד ולפענ"ד י"ל דשם ר' אבא לא ס"ל הך לקותא דרכיש וכמו עולא אבל לדידן דקי"ל כלקותא דרכיש גם בזה הו"ל לקותא:

סימן לג

א לש"ב האברך הרבני החריף מוה' אביגדור אליעזר נ"י מק"ק אדעסא.

ב מכתבך עם ח"ת הגיעני ואם כי הימים ימי תחנונים ורצון הם בכ"ז שמתי פני להשיבך מפני הכבוד מ"ש על דברת המהרי"ט בחא"ה סי' כ"ו דמיגו לכוף לחלוץ לא אמרינן דהוה מיגו להוציא וביאר התומים בכללי מגו אות ז' דהו"ל מגו להוציא הכתובה דיש לה להיבמה הכתובה מנכסי בעל הראשון וע"ז שאל מעלתו דמה יענה ביום שידובר

בו סוגית הש"ס ביבמות דף קי"ז בהחזיקה מלחמה בעולם דאבעיא אם נאמנת במיגו והא הו"ל מיגו להוציא הכתובה דנאמנת גם על הכתובה דחזרו ב"ה להורות כב"ש. הנה לכאורה יפה העיר אבל לפענ"ד ל"ק דבאמת לכאורה דברי התומים תמוהים דל"מ מגו להוציא דכתובה אף בלא כתב יש לו דין שטר ובשטר אמרי' מגו להוציא וע' בש"ך בכללי מגו מ"ש בזה. אך נראה דכל הטעם הוא משום דכיון דנתחייב בשטר הו"ל כגבוי כמ"ש הכנה"ג באורך וא"כ ל"מ מוציא ולפ"ז כיון דביבמה הכתובה על נכסי בעלה הראשון א"כ היא מוציאה מיד היבם ולגביה נקראת מוציא ממש דהוא לא נשתעבד בכתובה ורק בל"ל נכסים תקינו לה משני אבל שפיר הוה מגו להוציא דהנכסים כעת הם של היבם שהוא יורש שלו וז"ב כשמש. ולפ"ז שוב אין מקום לקושייתו דשם באמת שפיר ל"מ מגו להוציא דהא הכתובה דינו כשטר ול"ש מגו להוציא וז"ב. ובלא"ה הא בברי ושמא אמרי' מגו להוציא וע' בכללי המגו סי' פ"ב וא"כ שם הא היא טוענת ברי אף דחיישי' לבדדמי אבל היא טוענת ברי שמת על מטתו ואנחנו לא נדע משא"כ ביבמה שם שניהם טוענים ברי והוה מגו להוציא וז"ב. ומ"ש מעלתו באות ב' להקשות על הר"ן פרק האיש מקדש גבי מקדש במלוה ובעל שכתב שם ראיה דחופה אינה קונה וכתב הר"ן דחלוק מסבלונות ואמרינן דגמר ובעל לשם קידושין וע"ז דייק מעלתו מהר"ן דגם אם ל"ש חזקת אאעבב"ז ג"כ אמרינן דגמר ובעל לשם קידושין וע"ז הקשה דלפ"ז הדרא קושית התוס' בהמדיר דף ע"ד על רב לדוכתא דא"כ מ"ד דל"ק בבעל ע"כ דלא כרב ול"ש תירוצם דלהר"ן י"ל דגמר ובעל לשם קידושין זה תורף דבריו בקצרה ומסיים שלא מצא ידיו ורגליו בזה. הנה לא ידעתי התחלה לקושיא זו דמלבד שהמעיין יראה שאין הכרע לדבריו שהר"ן יסבור כן דאף בלא חזקת אאעבב"ז ג"כ נימא דגמר ובעל אף גם דאף אם יהיבנא ליה זאת מ"מ אטו רב לא יכול לסבור בזה כת"ק ובכ"מ אמרי' רב תנא ופליג ומכ"ש במקום דרבנן ס"ל כוותיה והתוס' רצו לאוקמא כל התנאים שלא יחלקו על רב אבל אין קושיא להר"ן בזה אף גם דלרב י"ל דלשיטתי' ל"ש לומר דגמר ובעל לשם קידושין כל שאין החזקה דאאעבב"ז דהרי רב מנגיד על מאן דמקדש בביאה ומשום פריצותא ואף בשדיך ועל' קידושין דף י"ב וא"כ מהכ"ת לומר דקדיש בביאה ובפרט אם לא ייחד העדים לקידושין וז"ב ודו"ק:

ג ומה שהקשה על דברת התוס' ביבמות דף ד' שהקשו בסופו דלפטרו נשים מכלאים כיון דפטירי מציצית ונדרוש סמוכין וע"ז כתב מעלתו דהרי התוס' הקשו שם דלתחייב בציצית ונדרוש סמוכין וכתבו דהיקש עדיף מסמוכין וא"כ ה"ה לענין כלאים דיש היקש דאיש או אשה כי יעשו מכל חטאת האדם דהשוה הכתוב אשה לאיש וכו' והיקש עדיף

מסמוכין. הנה לכאורה יפה שאל. אבל באמת נראה דיש לחלק מצד הסברא דכל הטעם דהיקש עדיף מסמוכין הוא משום דסמוכין אינו נסמך רק דבר אחד לחבירו עד"מ כלאים לציצית ואיך נסתור עי"ז הכלל דהוקש כל התורה לתפילין ונשים פטורות מכל מ"ע שהזז"ג ולמה לא יפטרו גם מציצית הא גם ציצית הוא מ"ע שהזז"ג אבל לענין שיפטרו בכלאים זה אינו סותר הכלל דבאמת השוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה אבל זה דוקא היכא שמוזהרת על הל"ת אבל אם גלתה התורה בסמוכין שיפטרו מהל"ת ממילא אינה בכלל העונש וז"ב:

ד ודרך אגב אזכיר מה שהקשה אותי הרב מוה' אהרן הכהן נ"י האבדק"ק סטרעליסק בהא דכתבו התוס' דף ה' ד"ה ואכתי שהקשו בהא דאמרו גבי אלמנה לכ"ג דמן הנשואין לא דחי דלא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה והא הוה לאו ועשה שאינו שוה בכל כ"א בכהנים וכתבו דל"ד דבשלמא לאו ועשה דגילוח הוה אינו שוה בכל שאינו שוה בכל נשים אבל גבי אלמנה לכה"ג האשה עושה איסורא כמו כהן הבא עליה דקרי בי' לא יקחו לא יקחו ולא מדחי ליה עשה דיבום אע"ג דאינו שוה אלא בכהנים וע"ז הקשה דע"כ סברת התוס' דעכ"פ לגבי אשה הלאו שוה בכל הנשים ואסורות לכה"ג והרי באמת בלא"ה הקשו האחרונים דאיך שייך דעשה דיבום ידחה הא העשה הוא עליו לבד והיא אין מצווה עלי' שתתייבם וכתבו כיון דהוא א"י להקים שם לאחיו כ"א על ידה כל דהוא צריך לדחות הל"ת דחי גם לגבי דידה ולפ"ז שוב יקשה דהו"ל לאו שאינו שוה בכל דא"ל דגבי נשים הוה לאו שוה בכל הנשים הא כל שהוא יכול לקיים דלגביה הוה לאו שאינו שוה בכל שוב לא אכפת לן מה שהוא שוה בכל לגבי הנשים. והשבתי דל"ד דניהו דכשהבעל צריך לקיים המצוה אמרה תורה שתדחה אבל עכ"פ האיסור ישנה לגבה רק שהעשה תדחה. ולפ"ז כל ששייך העשה ול"ת לגבה ולגבה הוה שוה בכל שוב אלים גם לגבי הכהן ול"ד לגלוח דהלאו והעשה ל"ש כלל לגבי נשים דנשים אינן באזהרת גילוח משא"כ כאן דבאמת האיסור ישנו על הנשים כמו האנשים שפיר עכ"פ מקרי הלאו שוה בכל ודו"ק. אך מה שאני תמה על התוס' דהמעיין ביבמות דף פ"ד ימצא דלאו דכהנים מקרי לאו שאינו שוה בכל ואי לאו דכתיב לא יקחו לא מחייבת האשה וא"ל דאי לאו דכתיב לא יקחו הוה לאו שאינו שוה בכל אבל כל דכתיב לא יקחו הוה ממילא עי"ז לאו השוה בכל דא"כ מ"פ מטומאה הא ע"י לא יקחו נעשה הלאו שוה בכל וא"ל דזהו באמת תירוץ הש"ס משום דכתיב לא יקחו הוה לאו השוה בכל דז"א דהלשון לא משמע כן וערש"י שם וא"ל דשאני לאו דטומאה דל"ש לומר סברת התוס' כלל דז"א דא"כ היאך אמרו שם א"ד קיחה איצטריכא ליה סד"א לגמר מטומאה דאיך אפשר למילף שאני

טומאה דל"ש סברת התוס' דבבנות כהן לא הוה לאו השוה בכל דמ"מ טומאה ל"ש בזרים אבל כאן דעכ"פ לגבי דידה הוה לאו השוה בכל ה"ה לגבי הבעל וע"כ צ"ע ובאמת גוף סברת האחרונים שכתבו כיון דהוא מוכרח לקיים מ"ע אף שהיא אינה מצווית יכול לקיים כן מבואר בספר תוס' יה"כ למהרמב"ח בשם גדולי ישראל ע"ש ביומא דף פ"ו גבי גדולה תשובה שדוחה ל"ת שבתורה. אבל לפענ"ד הי' מקום לומר בפשיטות דכל שהוא אינו מוזהר גם היא אינה מוזהרת והוא אדרבא מצווה לקיים העשה ובתשובה הארכתי בהסברא הלז ואכ"מ:

ה והנה בשנת תרכ"ג א' אמור החילותי ללמוד מס' קידושין ואמרתי לרשום מה שלמדתי בדף ב' ע"ב במה דאמר ר"ש מפני מה אמרה תורה כי יקח איש אשה ולא כתיב כי תלקח אשה לאיש מפני שדרכו של איש לחזר אחר אשה וכו' משל לאדם שאבדה לו אבידה וכו' בעל אבידה מחזיר על אבידתו. ובראותי כן תמהתי דמה קושיא דהא הר"ן כתב בנדרים דף למ"ד גבי אשה כפדאן אחרים דמי דאשה אינה רק מפקרת עצמה ולכך כתיב כי יקח ולא כי תלקח ע"ש וא"כ לכאורה ל"ק כלל קושית ר"ש ועכ"פ דברי הר"ן הם נגד דברי ר"ש. שבתי וראיתי די"ל דזה גופא דברי ר"ש דלכך כתיב כי יקח ולא כי תלקח משום שאין דרכה של אשה לחזר אחר איש וא"כ אין הקידושין מצדה רק מצד הבעל וזהו דמדמה לאבידה שהאשה אינה רק כהפקר וכמו אבידה שמחזיר על אבדתו. ובזה מיושב מה דאמר מפני מה אמרה תורה כי יקח והתוס' ישנים פירש דהקושיא היא דכי יקח משמע בע"כ וכי תלקח משמע מדעתה והוא תמוה דמה משמעות כי יקח בע"כ ואדרבא כי תלקח משמע יותר בע"כ כדכתיב גבי אסתר ותלקח אסתר דהוה בע"כ אבל לפמ"ש א"ש דמקש' קושי' הר"ן דכי יקח משמע דהוא רק מצד הבעל ולא תלה באשה וכמ"ש. ובזה מיושב מה דחידש ר"ש ולא נודע מה נ"מ אם הוא מחזר על האשה או להיפך ולפמ"ש דינא קמ"ל:

ו ובזה מיושב מה שהקש' במקנה כאן דבתחלה כתיב כי יקח תלה הכתוב בבעל ואח"כ כתיב והלכה והית' לאיש אחר הרי דתלה הכתוב בה ואח"כ כתיב לא יוכל בעלה הראשון לקחתה ולפמ"ש א"ש דהנה ל"מ לב"ש וב"ה דאסור לגרש עד שימצא בה ערות דבר א"כ בא אח"כ מצדה הקידושין שהיא גרמה שאל"כ היתה אסור' לאיש אחר ואפי' לר"ע עכ"פ גרמה היא מה שיצאה מביתו שהקדיחה תבשילו לכך כתיב והלכ' והיתה לאיש אחר ואח"כ לגבי בעלה הראשון תלה בבעל שלא יוכל לקחתה וזה דאמרו בכתובו' דף מ"ו במהוה עצמ' הכתוב מדבר וע"ש ברש"י והיינו דשם בדידה תלוי אם רצונה להנשא לו מוכרח הוא לשאנא א"כ בדידה תלה רחמנא ולכך נקראת מהוה עצמה ודו"ק היטב:

ז והנה בהא דאמרו בדף ו' התקדשי לי לחציי מקודשת חצייך מקודשת לי אינה מקודשת א"ל אביי לרבא מ"ש חצייך דאינה מקודשת דאשה אמר רחמנא ולא חצי אשה וכו' וק"ל דלמא ה"ט דחצייך מקודשת לי דאינ' מקודש' דהרי היא אינה עושית פעולה להתקדש רק שמשוה עצמה כהפקר כמ"ש הר"ן והרי בהא דאמר בב"מ דף כ"ו ע"ב אימר שותפי נינהו ולא מייאשו כתב השטה מקובצת שם בשם תוס' שאנץ שהגיה ר"ת בגליון שאף שזה שנפל מידו מתייאש אימא חבירו לא נתייאשו ואפי' לחלקו של זה לא מועיל יאוש דהא באיסורא אתאי לידיה שתי הידות ואין יאוש לשליש החפץ ע"ש ולפ"ז כיון דיאוש מתורת הפקר ועכ"פ הפקר ויאוש הם בגדר אחד א"כ ממילא ל"מ הפקר בחצי חפץ וא"כ לכך חצייך מקודש' ל"מ דאינה עושה עצמ' הפקר רק לחצייה ול"מ והיא קושיא גדולה וצ"ל דשאני התם דהם שני אנשים נפרדים וא"כ אם האחד לא נתייאש מה מועיל יאוש של האחד הא אין מועיל יאוש בחציה אבל כאן האשה עצמה לא הפקירה רק לחצאין ומועיל ההפקר ובזה י"ל הא דפריך ותפשוט קדושה בכולה ולכאורה דקארי לה מה קארי לה הא איכא דעת אחרת וכמו דמשני ולפמ"ש י"ל כיון דאמר אשה לבי תרי לא חזיא א"כ בודאי הפקיר' עצמה לכלה וע"ז משני דאיכא דעת אחרת היינו שהמקדש לא קדש רק לחצייה א"כ לא רצה שתפשוט בכלה וכ"כ בתוס' רי"ד ועיין אבני מלואים סי' ל"א ס"ק מ"ח וס"ק כ"ב ולפמ"ש יש ליישב ודו"ק דכל שאיכא דעת המקדש שוב ל"מ יאוש לחצאין ודו"ק היטב:

ח והנה במ"ש הלא מראש בענין מגו להוציא אמרתי בשנת תרכ"ה א' נשא לבאר דברי התוס' בב"ב דף למ"ד ד"ה ולאו קדומי' שכתבו דאם החזיק שלש שנים דנאמן לומר מפלוני זבנת דזבנה מינך קמי דידי במגו דאי בעי אמר מינך זבנתי ואכלתי שני חזקה א"נ אם יש לו עדים שהחזיק בה המוכר יום אחד וכתבו התוס' דזה אמת אם יש עדים למערער שהקרקע שלו היתה ותמה המהרש"א דלמה לי עדים שדר בו המוכר יום אחד הא בלא"ה מהימן במגו דמינך זבנתי ואכלת שני חזקה ובתומים סי' קמ"ו ס"ק ט"ו כתב דהוה מגו דהעזה מאינו מעיז למעיז אבל באמר קמי דידי זבנה הוה ממעיז למעיז ע"ש ודבריו תמוהים דהא קי"ל דאמרינן מיגו דהעזה לאפטורי מממון. אמנם נראה דלפי מה דאמרו במיגו להוציא לא אמרינן א"כ לכאורה כיון דיש למערער עדים שהי' שלו א"כ ל"ש מגו דהרי בא להוציא מחזקת מ"ק וצ"ל כיון דזה החזיק שלש שנים א"כ זה ראיה שמכרה ושוב פקע חזקת מ"ק אך הא באמת הוה חזק' שאין עמה טענה ושוב לא נפקע החזק' קמייתא אך כיון דטוען דזבנה מינך קמי דידי א"כ הרי הוא טען דחבירו זבנה שוב נפקע חזקת מ"ק ונאמן במיגו דמינך זבנית ואכלתי שני חזקה דזה ודאי דנפקע החזק'

קמייתא דמ"ק ולפ"ז זהו בטוען דזבנה מינך קמי דידי ויודע מהקני' אבל כל שהי' טוען שהחזיק בה יום אחד ואין עדים ע"ז א"כ הוה חזק' שאין עמה טענ' כל דא"י שחבירו קנה שוב ל"ש מגו דהוה מגו להוציא אבל אם יש עדים שדר בה המוכר יום אחד שוב טוענין ללוקח שבודאי קונהו חבירו ושוב החזקת מ"ק נפקע ולא מקרי מגו להוציא ושפיר יש לו מיגו וז"ב ונכון:

ט עוד נ"ל דהנה קיי"ל דלאפטורי מממון אמרינן ולא לאפטורי משבועה נ"ל דהסברא היא כמ"ש הסמ"ע סי' רנ"ו ס"ק א' דלכך לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ולאפטורי מממון אמרינן מטעם דממון קשה להוציא מיד בעליו משא"כ שבוע' ע"ש ולפ"ז כאן שאדרבא בא להוציא מיד המערער שיש לו עדים שהוא שלו לכך אף לאפטורי מממון לא אמרינן מגו דהא ל"ש שקשה להוציא דאדרבא אינו מוציאין הקרקע מחזקת מ"ק וא"כ א"ש קושי' המהרש"א וכדרך שכתבתי למעל' וגם לטעם הע"ש דלממון מחפש כל הטענות שיוכל להמצא הי' נלפענ"ד דכאן שיוכל להוציא מהראשון שקנה ממנו שוב אינו מחפש אח"כ הטענו' שיוכל למצוא ולפ"ז זהו כשאין עדי' שדר בו המוכר יום אחד דאז שפיר מוצא מהמוכר אבל כל שיש עדים שדר בו המוכר ואז לא יוכל להוציא מיד המוכר שוב יש לו מגו ודו"ק היטב ובפשיטו' נראה בכוונת התוס' כדכתבו לקמן בדיבור זה לענין קשתא בעיליתא דהוה מגו למפרע וה"ה כאן כל דאינו טוען דזבנה מינך קמי דידי א"כ מודה שא"י אם קנה ממנו שוב אין לו מגו דהוה מגו למפרע אבל אם טוען דזבנה מינך קמי דידי א"כ באותה שעה הי' לו מגו ושפיר נאמן במגו ולא נקרא מגו למפרע וז"ב ודו"ק היטב ועי' בהגהת מהר"ן שפירא באלפסי מ"ש בזה משום מגו דהעזה והוא תמוה דמגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן ולפמ"ש א"ש ודו"ק:

סימן לד

א לחכם אחד.

ב נשאלתי אם מותר לרבץ הבית בשבת והשבתי שהדבר מפורש בש"ע סי' של"ז ס"א דמותר ומ"מ בביתי אני מוחה וחילי דילי דהנה מקור הדין דמותר לרבץ הבית מבואר בש"ס שבת דף צ"ה דאמימר שרי זילחא בשבת אמר טעמא מאי משום גומות והכא ליכא גומות ואסיקנא שם דלדידן דקיי"ל כר"ש שרי אפי' לכתחלה וק"ל טובא דאמאי לא נאסור מטעמא אוחרא דניהו דמשום משוה גומות ליכא כיון דאינו מתכוין רק שלא יעלה האבק מ"מ יאסור מטעם אחר דהרי בש"ס שבת דף קנ"ה ע"ב נחלקו רבי ור"י בר"י דרבי ס"ל דאחד נותן את הקמח ואחד נותן את המים לתוכו דהאחרון חייב ור"י בר"י

אומר דאינו חייב עד שיגבל והנה הה"מ בפ"ח משבת הלכה ט"ז כתב דלכך הותר נתינת מים לפי שאינו בר גיבול ואף אם יגובל לא יהיה בו חיוב אלא איסור מדבריהם ומתוך כך הותר נתינת מים ואם היו גיבולו דבר תורה היה אסור נתינת המים מדבריהם ע"ש ולפ"ז בעפר דבר גיבול הוא כדאמרו בהדיא בשבת דף י"ח ומשום דחזי לבנין שוב ראוי לאסור נתינת מים בלבד משום דאם יגבלו היה אסור מן התורה וא"כ היאך שרי זילחא דהוא שופך המים בתוך העפר ואסור ולכאורה מכאן ראיה לשיטת הראב"ד דאדרבא דבר שאינו בר גיבול מתחייב בנתינת מים תיכף ולפ"ז בדבר שהוא בר גיבול אינו חייב בנתינת מים בלבד וכמ"ש הט"ז סי' שכ"ד ס"ק א' ע"ש ולכך מותר בזילחא דלא אסרו לשיטתם בנתינת מים לבד:

ג ובזה הנה מקום אתי ליישב קושית התוס' בשבת דף צ"ה ד"ה שר"א שהקשו מהא דאמרו בפסחים דף ס"ה דהיו מדיחים את העזרה שלא ברצון חכמים ואמרו דשלא ברצון חכמים היינו ר"א דאי רבנן הא שבות היא ואין שבות במקדש וכו' ומשמע דהא לר"א מחייב מדאוריית' והרי העזרה היו מרוצף וא"כ ליכא משום אשוויי גומות ע"ש ולפמ"ש א"ש דשם דהיו מדיחין מן הדם וא"כ הא דם ודאי לאו בר גיבול היא ולא גרע מאפר ומורסן וא"כ לשיטת הראב"ד בדבר דלאו בר גיבול הוא חייב בנתינת מים לבד ולכך היו חייב לר"א דמחייב לי' משום בונה וע"כ דמחשב ליה למרבץ לבינה בעפר וא"כ ממילא שייך ג"כ משום גיבול אבל לרבנן דאינו רק שבות דמשווה גומות וממילא י"ל דלא הוה גיבול בזה דשופך עפר וגם אינו מתכוין לזה ואינו רק משום שבות ואין שבות במקדש יהיה איך שיהי' עכ"פ לדברי רבינו קשה טובא דהא איכא משום גיבול וא"ל דאינו מתכוין הא הוה פ"ר דא"א שלא יהיה גיבול ואף בדרבנן אסור פ"ר ועיין מג"א שם ובסי' שי"ד שחולק על התה"ד ואפשר כיון דרבינו לא התיר לכבד הבית כ"א במרוצף וזילחא התיר אף בשאינו מרוצף וא"כ בשאינו מרוצף שוב ל"ש איסור בנתינ' מים לבד כיון דלא אתי לידי גיבול דאסור לכבד אח"כ ולא יהיה רק נתינ' המים לבד ולכך שרי דכל האיסור בנתינ' מים הוא דאם יגבול יהי' איסור תורה ואסרו בנתינת מים שמא יגבל אבל כיון שלא יבא לידי גיבול דאסור לכבד שוב ליכא חשש בזה ובזה יש ליישב קושית הריב"ש בתשובה והובא בכ"מ פכ"א משבת ה"ג דלמה אסר רבינו לכבד רק במרוצף והא דבר שאינו מתכוין מותר וא"ל דחשיב לי' פ"ר דהא בריבוץ התיר אף באינו מרוצף וע"כ דלא חשוב ליה פ"ר ע"ש ולפמ"ש א"ש דרבינו דייק מהא דאמימר שרי זילחא ולא התיר לכבד משום דאם נתיר לכבד שוב יהיה אסור הזילחא דאתי לידי גיבול אלא שלפ"ז יהיה במרוצף דמותר לכבד יהיה אסור לרבץ רק לכבד בלבד דאל"כ יהיה שייך גיבול:

ד ובגוף קושי' התוס' הנ"ל מהא דמדיחין שלא ברצון חכמים לכאורה היה נ"ל דכמו דלדידן דשרי לזלף מים אפ"ה להדיח אסור כמ"ש רבינו בפכ"א ה"ג שם אף במרוצף לפי שאין בהם צורך כמו כיבוד כמ"ש ה"ה בטעמו וכן קיי"ל בסי' של"ז ס"ג ולפ"ז שם דהיו מדיחין י"ל דזה אסור לר"א מן התורה אף במרוצף דעדיף מזילוף אבל אינו נראה לומר כן דלענין איסור תורה מ"ל זילוף ומ"ל הדחה דבשלמא לענין איסור דרבנן שפיר גזרו בהדחה אף במרוצף כיון שאין צורך כ"כ אבל להיות חיוב תורה בזה פשיטא דכל שהוא מרוצף ל"ש משום בונה. ועכ"פ יש ליישב בזה קושיית מהרש"א שהקשה דאמאי הקשו התוס' דוקא מר"א ולא הקשו מחכמים דאמר שם דאי רבנן הא אין שבות במקדש דמשמע דהא אי הי' במדינה הי' אסור והא שרי זילחא במרוצף ולפמ"ש א"ש דעכ"פ להדיח ודאי אסור וכמ"ש רבינו ולכך לא התירו רק במקדש דאין שבות במקדש:

ה ובזה יש ליישב דברי רבינו בפ"א מק"פ שכתב דמותר לרחוץ העזרה בשבת משום דאין שבות במקדש והדבר תמוה דהא בפסחים שם אמרו דשבות שא"צ אפי' לרבנן אסור ועצל"ח בפסחים שם שהאריך בזה ולעמ"ש י"ל דרבינו מפרש דהא דאסרו בפסחים הוא משום דשם אזיל הש"ס אליבא דר"י דאסור זילחא לדידיה אף במרוצף אבל לדידן דקי"ל זילחא שרי במרוצף כדמסיק בשבת דלדידן דקי"ל כר"ש שרי וא"כ ניהו דהדחה אסור לשיטת רבינו משום דאין צורך כ"כ אבל כיון דאינו רק שבות ואין שבות במקדש והיתר גמור הוא כמ"ש רבינו בפ"א מק"פ שם וא"כ כל של"ש השבות שוב מותר במרוצף דל"ש לומר דשבות שא"צ לא התירו דזה שייך אם היו שבות גמור אבל בזה ל"ש זאת וכנ"ל ודו"ק. ונחזור לענינינו דעכ"פ במרוצף דשרי לכבד לשיטת הרמב"ם שוב יהיה אסור בזילוף לפי דשייך בו גיבול וא"כ אסור בנתינת מים לבד דשמא יגבל וא"כ לפי"ז לדידן דנהגו היתר בכיבוד ע"י בגד או כנף אווז הקלים ואינו משוה גומות שוב מהראוי לאסור לשפוך מים דחיישינן שמא יגבל וכמו שאסר ה"ה לשפוך מים וכ"כ הב"י בסי' שכ"ד דאף לשיטת הראב"ד ודעימי' יש לאסור בנתינת מים וכוונתו דחיישינן שמא יגבל:

ו ובזה יש ליישב מה דכתב הב"י דלכך מותר ליתן מים למורסן דכיון דיש בו צורך ליום לא גזרו ודבריו תמוהים דלשיטת הראב"ד דיש בנתינת מים במידי דלאו בר גיבול חיוב חטאת הכי נתיר בשביל צורך היום והרי מורסן לאו בר גיבול וכי נתיר לבשל לבו ביום ועיין בתוס' שבת בסי' שכ"ד שהאריך לתמוה בזה על הב"י ועל הט"ז שהבין כן בכוונות הב"י דאיך אפשר לומר כן ולפמ"ש יש ליישב דכוונת הב"י דבאמת בנתינת מים לבד ל"ש לאסור דאינו עושה איסור כלל ורק דבדבר שאינו בר גיבול כל שנותן מים על דעת שיהי' כמו גיבול אסור ואיכא חיוב ולפ"ז שפיר כתב הב"י דכל שאינו מתכוין לגיבול

ואינו עושה רק לתת לעופו' לאכול ולא אכפת שיהי' מפוזר ומפורד או מגובל שפיר התירו בדבר שאינו בר גיבול באמת וז"ב לדעתי בכוונת הב"י. ובזה מיושב קושי' הט"ז על הב"י דלשיטתו איך מוקי הש"ס המשנה כר"י בר"י והא במשנה מתיר לכתחלה ליתן מים ולר"י בר"י ניהו דלא חייב אבל איסורא מיהא איכא ולפמ"ש א"ש דבאמת ל"ש איסור דכל שאינו בר גיבול ל"ש לאסור שמא יבא לגבל ורק דבאינו בר גיבול שוב נתינת מים זהו גיבולו ולכך שפיר פריך ע"כ לא קאמר ר"י בר"י רק במידי דבר גיבול הוא אבל במורסן דלאו בר גיבול אפי' ר"י בר"י מודה דחייב וכשיטת הראב"ד וע"ז משני דלא ס"ד דר"י בר"י מתיר להדיא במורסן נתינת מים וע"כ דכל דהוא לצורך העופות ואין נ"מ לו בגיבולו א"כ כל שאינו בר גיבול קיל טפי ובודאי שרי בנתינת מים דבאמת לאו בר גיבול היא ונתינת מים לאו בר גיבול הוא דהא לא נתכוין לגבל כלל כנ"ל ברור ולפ"ז בעפר דבר גיבול הוא אדרבא גם בנתינת מים אסור דחיישינן שמא יגבל וז"ב:

ז ובזה מיושב היטב דברי רבינו שכתב בפכ"א משבת וכ"ה בש"ע סי' שכ"א סי"ד דבקמח קלי מותר לגבל למעט מעט ובתבואה שלא הביאה שליש מותר לגבל הרכה ברכה ובקשה צריך שינוי והיינו משום דקמח שהוא בר גיבול ואף בקלוי מקרי בר גיבול קצת ולכך לא התירו רק מעט מעט דזה אינו מתכוין לגבל וע"ד שהתיר הב"י במורסן במה שהוא לצורך היום אבל תבואה שלא הביא' שליש שהוא כחול כמ"ש הרמב"ם שם וא"כ לאו בר גיבול הוא כלל ולדידיה כל שאינו בר גיבול קיל מבר גיבול ולכך התיר ברכה אף בהרבה ולפ"ז לפמ"ש הב"י דגם הראב"ד מודה במידי דלאו בר גיבול דמותר כל שאינו מתכוין לגבל וכמ"ש בטעמו דכל שאינו מתכוין לגבל א"כ מידי דלאו בר גיבול קיל טפי א"כ א"ש מה שהתירו בסי' שכ"א סעיף ט"ז ע"י שינוי והט"ז תמה בזה דלשיטת הראב"ד יש לאסור ע"ש ס"ק י"ב ולפמ"ש א"ש דכל שהוא ע"י שינוי א"כ ממילא ניכר שאינו מכוין לגבל ולכך מותר:

ח והנה רבינו בפכ"א משבת הלכה י"ז כתב דהמחבץ תולדת בורר הוא לפיכך אעפ"י שנותנים שומשמין ואגוזים לדבש לא יחבצם בידו וכן הוא בש"ע סי' שי"ט סי"ז והמ"ה הראה מקורו תוספתא פי"ג ובמ"א ס"ק י"ט תמה על ה"ה דבתוס' שם משמע דהוא משום גיבול והרמב"ם כתב דהוא משום בורר וגם הא אנן קי"ל כר"י בר"י דמותר לגבל קמח קלי כמ"ש בסי' שכ"א סי"ד וא"כ גם כאן מותר לגבל ונפלאת היא בעיני הפלא ופלא על המ"א דבמחכ"ת נפל במהמורת השגיאה ולא דקדק היטב דברי ה"ה דבאמת לדבריו מה ענין גיבול למחבץ והיאך כשנותן שומשמין ואגוזי' לדבש יהיה שייך משום מחבץ אבל באמת בזה אינו רק משום גיבול וכמ"ש בתוספתא דנותנין שומשמין ואגוזים לדבש

ובלבד שלא יגבל והוא כלשון ר"י בר"י דאמר גבי קמח דאינו חייב עד שיגבל וכפי מה דמפרש לה שם ובסי' שכ"א אבל רבינו אמר דאף שמותר ליתן שומשמין ואגוזים אבל אם בא לחבץ אסור בידו וזה משום מחבץ שהזכיר בפ"י ולזה כוון ה"ה שעל מ"ש רבינו דהמחבץ תולדה דבורר הוא הראה מקורו בפ"ח דהיינו ששם נתבאר זאת בפ"ח הי"א והראה ה"ה מקורו משבת דף צ"ה רק על דין שומשמין ואגוזים שמותר לערב בדבש זה כתב ה"ה שמה שמותר לערב הוא בתוספתא פי"ג דכ"ז שאינו מגבל מותר אבל מה שאסר לרבץ בידו זה סובב והולך על מ"ש בפ"ח דאסור לחבץ דהוא תולדה דבורר ולכך אסרו גם בידו כמו כל השבותים שחשב רבינו שם וז"ב ודו"ק. הארכתי בזה לפי שהמ"א במחכ"ת נסתבך בזה וראיתי במרכבת המשנה פכ"א משבת הי"ז שגם הוא לא עמד על כוונת ה"ה ופירש דאבל לא יגבל דתני בתוספת' היינו שלא יחבץ וזה דחוק ועת מרחוק גם לא הזכיר כלל דברי המ"א וגם לא ראה דברי התוספתא במקומה שגם לענין קמח קלוי הזכיר זאת שם הכוונה כפשוטו:

ט ובגוף קושית המהרש"א בתוס' צ"ה הנ"ל דאמאי פריך מר"א ולא מרבנן לפענ"ד הדבר ברור דהנה רש"י כתב בד"ה זילחא לרבץ הבית ורצפת אבנים היתה בכל העיר וכוונת רש"י למ"ש התוס' בדף כ"ט בד"ה גזירה דעיר אטו עיר אחרת לא גזרינן אבל עליתא דשישא אטו אינו עליתא דשישא גזרינן ולפ"ז י"ל דהא דהוה שבות בעזרה אף במרוצפת דבשאר העיר לא היה מרוצף וגזרו ולכך הקשו התוס' מר"א דמחייב חטאת וא"כ אף במרוצף חייב חטאת וכאן אינו אסור. ובזה מיושב גם קושיא השניה מה שסיימו דאינו נוהג במקדש והא לרבנן אין איסור אף בשאר מקומות כל שהוא מרוצף ולפמ"ש כל שאינו מרוצף בשאר העיר אסור ורק במקדש לא גזרו על שבות ודו"ק היטב:

י והנה במה דאמרו שם אשה חכמה מרבצת מים בשבת ופירש"י אשת ת"ח או בת ת"ח ששמעה מאביה ולא נודע למה צריכה להיות אשה חכמה ולפענ"ד נראה דהנה בשבת דף קל"ט אמרו חזי מר האי צורבא מרבנן וכו' דשקל ברא דתומא וכו' וא"ל הערמה קאמרת הערמה בדרבנן היא וצ"מ לא אתי למעבד לכתחלה ועיין בסי' שי"ד סי"א דלשאר אינשי באמת אסור ולפ"ז גם כאן הא אינו רק הערמה ששופך כאן קצת מים וכאן קצת מים רק שהוא בדרבנן ולכך בעינן אשה חכמה דוקא:

סימן לה

א בב"ב דף ע' א"ל מהימן ולימא ליה שטרא בידך מה בעי א"ל ולטעמיך וכי אמר נאנסו מי מצי א"ל שטרך בידי מה בעי וכתבו התוס' דל"ש לומר דהוה מגו במקום עדים דא"כ

מה פריך מנאנסו דשם לא מוכרח מלתא דמשקר ולפענ"ד נ"ל דבאמת תמהו הקדמוני' הא אבעיא דרב עמרם אי מצי טעין החזרת במקום נאנסו או דלמא מצי א"ל שטרא בידך מה בעי וכשר"ח השיב לו דנאמן אלמא דלא חש לכך דשטרך בידי מה בעי וא"כ מה שאל לו ולימא ליה שטרא בידך מה בעי והוא השיב דכי טעין נאנסו וכו' והא זה הי' עיקר אבעית דרב עמרם וא"כ מה הי' הוויכוח ביניהם. אמנם לפענ"ד נראה עפמ"ש בתשובה והבאתי שמצאתי לש"ב הגאון בכסא דהרסנא סי' נ' דענין שטרך בידי מה בעי הוה כתנאי שא"י לטעון פרעתי כ"ז ששטרו בידו הוא ובתנאי כל מה שמתנה תנאו קיים ולפ"ז כל הבעיא כאן בבעית דר"ע אי גם בפקדון שייך זאת וע"ז חידש ר"ח דבפקדון ל"ש סברא זו דהרי א"א להיות התנאי החלטי דהרי בנאנסו ודאי ל"ש זה התנאי וא"כ א"א לומר דבפקדון הוה תנאי כמו במלוה דבמלוה ל"ש נאנסו ושייך לומר דהתנה עמו כן אבל בפקדון דמשכחת לה בנאנסו וא"כ ל"ש התנאי הלז דמה יעשה כשנאנס וא"כ לא קיבל המפקיד תנאי זה ומעתה זה היה הויכוח דר"ע ס"ל דעכ"פ לענין החזרת הוה התנאי תנאי גמור ול"מ טעין החזרת משום דשטרא בידך מה בעי וע"ז חידש ר"ח דהרי כשיטעון נאנסו ל"ש התנאי וא"כ בפקדון ל"ש סברא זו ומעתה שפיר י"ל דהוה מגו במ"ע דהא הוה תנאי ובתנאי ל"ש מגו וכ"כ בהגהות אא"ז הח"ץ ז"ל סי' ס"ט דלכך ל"ש מגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני דזה הוה תנאי ובתנאי ל"ש מגו וה"ה כאן וע"ז חידש דבפקדון ל"ש זאת וכמ"ש:

ב ובזה יש ליישב מה שהקשה הרשב"ם וכל הקדמונים דלמסקנא דס"ל לרבא דנשבע וגובה מחצה והרי רבא גופא ס"ל בשבועות דהמפקיד בשטר צריך לחזור בעדים או שיקח השטר ונדחק ובאמת גם לדייני גולה דהוא שמואל קשה זאת ועיין בקדמונים בשטה ולפמ"ש י"ל סברא נכונה דבאמת המפקיד בשטר צריך להחזיר בשטר דהוא ס"ל דשטר אלים והוה כתנאי ואף דיכול לטעון נאנסו מ"מ לגבי החזרתי הוה תנאי ושוב ל"ש מגו דהוה כמגו במ"ע כמ"ש בשם אא"ז הח"ץ ז"ל אך לגבי יתומים ניהו דהמפקיד התנה כן עם הנפקד אבל לגבי יתמי ל"ש תנאי ואף שהנפקד עבר על תנאי מ"מ הם לא נתחייבו בכך כמו בנאמנות כל שלא האמין לגבי יורשים ל"מ נאמנות וה"ה כאן עכ"פ היורשים לא מתחייבו ע"פ תנאי ושפיר יכולים לטעון החזרנו ביתומים גדולים או הקטנים אנן טענינן להו ובאמת הנפקד עבר על תנאי ומ"מ הם פטורים ודו"ק:

ג והנה בהא דאמרו סוף סוף כי טעין נאנסו לאו שבועה בעי והנה קשה לי במ"ש הש"ך סי' ע"ה דכל שאין ע"א לפנינו א"י להשביע כיון שהוא טענת שמא ע"ש והרי שבועת נאנסו אינו רק בשמא דהא לא ידע ולדעת הש"ך סי' ע"ב ס"ק קט"ו אינו רק בשמא וא"כ

כיון דידוע שהוא הפקיד בידו א"כ יכול להשביע אף בשמא כמ"ש רבינו ברוך הובא בש"ך ותה"ד שם וגם על רבינו ברוך קשה למה לא הביא משבועת נאנסו וא"ל דנאנסו היא שבועת התורה דז"א דהרי התוס' כתבו כאן דאינו רק שבועת המשנה דהא בעינן הודאה במקצת וא"כ אדרבא קשה טפי אם נימא דיכול להשביע שבועת התורה מכ"ש שיכול להשביע בטענת שמא כל שידוע בודאי שהיה בידו מעות חבירו וצ"ע דעכ"פ דיש רגלים לדבר שבא לידו ממון חבירו וזה טוען שנאנס או נתקלקל שפיר משביעין ליה כמו בטענת נאנסו אף שאין עד כלל:

ד והנה בהא דפריך ולא שבועה בעי לכאור' קשה לי דהרי כאן אינו מבואר שנתן לו למחצית שכר ורק שהפקיד בידו לכאורה הי' נ"ל דשבועת שומרין ל"ש כיון שאינו רק ש"ח והרי הרשב"א הקשה בהא דאמרו בב"מ דף צ"ד בהא דאמרו בשקנו מידו והקשה הרשב"א דלמה לי קנין הא שכירות א"צ קנין וכתב דבש"ח באמת למה יצטרך לשלם או לשבע דלא מצינו שיתחייב אדם בחנם רק מפני שזה נשען על שמירתו ע"ש ולפ"ז אף אם נימא דשבועת נאנסו הוא מה"ת אף שאין כאן הודאה במקצת מ"מ זה בש"ש שנתחייב בשמירה אבל ש"ח ל"ש שיתחייב כלל בשבועה. אמנם צ"ל דכיון דהפקיד מעות מותרין ויכול להשתמש בהן נעשה ש"ש ושפיר פריך ולא בעי שבועה ודו"ק. והנה במ"ש למעלה דבשו"ת הרא"ש סי' נ' ובכסא דהרסנא מחזיקין סברא זו דשטרא בידך מה בעי הוא מכח התנאי זה כתבתי בלי עיון בספרו ואח"כ ראיתי בשו"ת הרא"ש הנ"ל ומצאתי דהרא"ש כתב דסוגי' דר"ע ור"ח קשה לפרש כן והכסא רצה לפשר הדבר יעו"ש ולפענ"ד הדבר ברור כמ"ש לבאר כל הויכוח שבין ר"ע לר"ח בזה ובגוף הסוגיא ודו"ק:

סימן לו

א להמופלג החריף ושנון מוה' מרדכי מיזיש נ"י ללייזענסק.

ב מה שהקשה על מ"ש בחידושי מהרי"ט בחידושי קידושין על הרי"ף על דברת הר"ן ר"פ האומר בהא דאמר הש"ס דאם לא בא אחר וקדשה בתוך שלשים דרב ושמואל דאמרי תרוייהו מקודשת ואע"פ שלא נתאכלו המעות דלמלוה לא דמי דמלוה להוצאה ניתנה הני בתורת קידושין יהבינהו נהלה וכתב הר"ן ומיהו משמע שאם חוזר בו אינה חייבת להחזיר דאל"כ במה מקדשה הרי אינם קנויים לו עד לסוף שלשים יום והרי נתעכלו בנתים וע"ז כתב המהרי"ט דלבו מהסס כיון דאשה לא קנה ממון למה לא תחזיר דלא נתן לה אלא ע"ד לכנסה והא דאמרו לפקדון לא דמי דברשותא דידה קמתאכל לא תימא אדרבא ברשותא דידי' קמתאכל דאם יחזיר הדרא בעינייהו דטעמא משום כיון דבתורת

קידושין יהבינהו ניהלה פטורה אף מפשיעה דלא קבלינהו בתורת שמירה וכדאמרו גבי קדיש בציפתא דאסא הכא בתורת קידושין יהבינהו ניהלה ואם איתא דלא ניחא לה לשדינהו ע"ש וע"ז הקשה מעלתו דאיך אפשר לומר שלא נתחייבה אף בפשיעה דהרי הר"ן כתב בהדיא אח"כ בשם הרשב"א דאם קדשה בשטר שמין אם יש בה שו"פ דהוה כמקדשה בכסף ואם נימא דאינה חייבת באחריות הא שם נשרף השטר ובמה מקדשה וע"כ דחייבת אף בנשרף ומכ"ש בפשיעה זה תורף קושייתו. והנה לפענ"ד אין כאן קושיא דזה ודאי דאם הוא חוזרת דפשיטא דחייבת באחריות דניהו דלא קבלה עליה שמירה היינו כשהוא רצה לחזור שפיר אמרינן דבתורת קידושין קבלה ולא בתורת שמירה אבל פשיטא דאם היא תרצה לחזור פשיטא דחייבת להחזיר מעות כמ"ש הר"ן בהדיא שם וא"כ ממילא חייבת באחריות דהרי נתן לה לשם קידושין ואם אינה חייבת באחריות אף בפשיעה א"כ לא תתקדשה כלל והיא קבלה בתורת קידושין וזה דמי למה דאמרו ניהו דאחריות דעלמא לא קיבל על נפשיה אחריות דידי' קיבל עלי' וה"ה בזה דניהו דאם הוא חוזר לא קבלה שתהי' שומר על המעות אבל עכ"פ אחריות דידה שהיא לא תחזור ותתקדש פשיטא דקבלה עלי' דאל"כ למה קבלה לשם קידושין ול"ד לציפתא דאסא דאמרה אי לא ניחא לה חשדינהו היינו שלא תקבל כסף קידושין כלל ושפיר לא נתחייבה באחריות דהיא לא קבלה בתורת שמירה רק בתורת קידושין ואם לא תקבל הקידושין פשיטא דפטורה משמירה אבל כאן כל דקבלה כסף הקידושין פשיטא דחייבת באחריות ושפיר יוכל לקדשה בשטר אם נשרף בתורת כסף וז"ב מאוד. ובזה נראה לי ליישב מה שהקשה מעלתו בהא דמבואר בש"ע אהע"ז סי' כ"ט ס"ז דשניהם יכולין לחזור בהן וכתבו הח"מ והב"ש דיש להסתפק אם קדשה באופן שישלים והיא מרוצה להתקדש בחסר דינר יכולה היא לחזור ולומר במנה זו אמרתי ואינה יכולה לומר הריני כאלו התקבלתי וע"ז מסיים הח"מ דהדבר צריך תלמוד והקשה מעלתו דבמה נסתפק הח"מ הא מבואר בר"ן בפ"ק דקידושין גבי זכו לו בשדה ע"מ שתכתבו לו את השטר דאף דהתנאי הי' לטובת המקבל מ"מ יכול לומר לפיכך התניתי את התנאי כדי שאם לא תתקיים התנאי אוכל לחזור וע"ז מסיים בשם הרמב"ן דמהכא שמעינן שאם אמר זכו לו בשדה ע"מ שאתן מאתים זוז שאם לא קיים התנאי יכול לחזור הנותן ע"ש וא"כ מה נסתפקו הח"מ והב"ש דפשיטא דיכול לחזור דלכך התנה לטובת המקבל. והנה לכאור' יפה שאל ובאמת שכעין זה מבואר בש"ע חו"מ סי' ר"ז ס"א בהג"ה דבתחלת המקח אף שמתנה המוכר טובת הלוקח לא נקרא פטומי מילי וכמ"ש הרא"ש שם ולפמ"ש א"ש דבקידושין י"ל דל"ש זאת דהרי דעת הר"ן דלכך לא יוכל לחזור במקדש על תנאי

דאל"כ כבר נתאכלו המעות הרי אינם קנויים לה עד סוף שלשים ולפ"ז אם נימא דיוכל לחזור עד שישלים כל המאתים דינר דאדעתא דהכי יהיב שוב י"ל כיון דהוא קדשה ע"ת שיתן לה מאתים דינר א"כ היו הקידושין בכל המאתים זוז וא"כ כל שיוכל לחזור שוב יהי' כנתאכלו המעות דבשלמא היא תוכל לחזור ומ"מ כשלא חזרה מקודשת דמ"מ לא דמי למלוה דבתורת קידושין יהיב ניהליה וכדאמרו בקידושין שם וכמ"ש הר"ן בביאור הדברים אבל אם הוא יוכל לחזור שוב יהי' כמו שנתאכלו המעות ולפ"ז לפמ"ש המהרי"ט דאף דיכול לחזור מ"מ מקודשת וכ"כ הב"ש סי' מ' ס"ק ב' דמשמע כן בשו"ת הרא"ש א"כ שפיר נסתפקו הח"מ והב"ש אם יוכל לחזור ודו"ק. איברא דבגוף דברי הרמב"ן והר"ן שחידשו דאף שתנאי לטובת המקבל מ"מ יוכל לחזור דע"מ זה התנה תנאי שיוכל לחזור ובאמת מדברי הרא"ש לא נראה כן שהרי בהא דאמרו בב"מ דף ס"ו פטומי מילי נינהו כתב הרא"ש לחלק דדוקא כשהוא בסוף המקח י"ל דכיון שהתנה טובת הלוקח ודאי המוכר נתכוין לפטומי מילי בעלמא והלוקח ג"כ לא אמרינן שנתרצה דוקא על תנאי אבל בתחלת המקח אמרינן דהלוקח לא נתרצה דוקא רק על תנאי הלז וכן קי"ל בש"ע סי' ר"ז ומשמע דוקא כשידע הלוקח אמרינן דדוקא על תנאי כזה קנו אבל בלא ידע הלוקח פשיטא דקנה אף בלי קיום התנאי ועכ"פ המוכר ודאי לא יוכל לחזור דהוא בודאי לא כוון דוקא על תנאי כזה דבאמת כל שהוא לטובת הלוקח פטומי מילי נינהו ומהרמב"ן והר"ן משמע דגם המוכר יכול לחזור דלא נתרצה כ"א על תנאי שהוא לטובת הלוקח. אחר שכתבתי כל זאת כמה שנים אח"כ מצאתי במלמ"ל פ"ו ממכיר' הי"א שהאריך בדברי הרא"ש האלו ואין הזמן מסכים לעיין אם העיר במקצת מ"ש ע"ש. איברא דבדברי הרא"ש בב"ב דף ע"ז גבי ע"מ שתכתבו לי את השטר משמע כדברי הרמב"ן דהרי כתב שם דאף שהתנה זכו לו ע"מ שתתנו לי מאתים זוז יכול לחזור וכתב דהוא משום דפטומי מילי הוא לפי שהתנה טובת הלוקח ולאו תנאי הוא ויכול לבטל התנאי והמעשה בטל וא"ל דא"כ דלאו תנאי הוא א"כ המעשה קיים אף שנתבטל התנאי דלטובת המוכר ודאי תנאי הוא ואם חזר מן התנאי גם המעשה בטל ע"ש הרי בהדיא דאף שהתנה טובת הלוקח כל שחזר מן התנאי נתבטל המעשה ואדרבא כ"ש הוא דמה שם שהתנה שהעדים יתנו לו מאתים זוז דמה אכפת לי' למוכר אם יתנו אם לא יתנו ואפ"ה לא גמר להקנות כ"א בתנאי זה מכ"ש כשמתנה שהוא בעצמו יתן דודאי לא גמר בלבו לתת ולא יוכל לחזור ולזה נראה לי דלכך השמיטו בטור וש"ע סי' רמ"ג דינו של הרמב"ן הנ"ל באם התנה ע"מ שיתן מאתים זוז דזה כ"ש מדינו של הרא"ש הנ"ל המבואר בש"ע שם וכפי הנרא' מודה הרא"ש לדינו של הרמב"ן רק דעדיפא מיניה ס"ל דהרמב"ן

ס"ל דהתנאי הוא תנאי אף שהוא לטובת הלוקח רק דכיון דהתנאי תנאי לכך יוכל לחזור בו והרא"ש ס"ל דבאמת התנאי אינו תנאי דפטומי מילי ננהו שהוא לטובת הלוקח רק דמ"מ לטובתו הוה תנאי וצ"ל דמיירי באופן דהוה פטומי מילי דהיינו כשכבר נגמר המתנה הא באופן שלא מקרי פטומי מילי כגון בתחלת המקח א"כ פשיטא דהוה תנאי גמור וכ"ש הרא"ש בב"מ דף ס"ו. ובזה יש ליישב קושית המעדני מלך במ"ש הרא"ש בב"ב שם להשיג על ר"ת דכתב דבשטר מכר כשזכו לו בשדה מסתמא ע"ד שיכתבו לו השטר זכו וא"י לחזור וע"ז כתב הרא"ש דליתא דהאי מסתמא לא עדיף מאילו התנה בפירוש ע"מ שתכתבו לו את השטר דמצי למהדר בי' ותמה המעד"מ דזה דוקא בשטר מתנה אבל בשטר מכר פשיטא דל"מ הדר דהוה כאילו התנה הלוקח ולא הוה פטומי מילי וגם המוכר לא יכול לחזור משליחות ולפמ"ש א"ש דהכא ע"כ מיירי באופן דהוה פטומי מילי דאל"כ גם במתנה לא מקרי פטומי מילי והרי הרא"ש כתב בהדיא גם במקח כן והביא דברי הש"ס בב"מ דף ס"ו דמקרי פטומי מילי וא"כ מיירי בכה"ג שהיו בתחלת מקח וגם במכר בכה"ג יכול לחזור כמ"ש הרא"ש בב"מ שם ובב"ב וכן קי"ל בסי' ר"ז ס"א בהג"ה. והן נסתר מחמתו דברי הע"ש שהובא בסמ"ע סי' רמ"ג ס"ק י"ד שכתב דאף אם נעשה הקנין בע"מ כיון שהוא לטובת שניהם ל"ש פטומי מילי ע"ש ולפמ"ש דבזה ל"צ לפטומי מילי דלענין טובתו אף אם היו התנאים לטובת הלוקח לטובת המוכר יכול לחזור וכמ"ש הרא"ש דע"מ כן התנה וכסברת הרמב"ן ומה שהוצרך הרא"ש לטעם דפטומי מילי היינו בכה"ג שלא תלה התנאי מה שהוא יעשה רק העדים שפיר י"ל דהוה פטומי מילי דמ"ל להתנות כל זאת אבל כל שמתנה תנאי שהוא בעצמו יעשה אף בלי פטומי מילי מיד נתבטל התנאי נתבטל המעשה וגם י"ל דכל שהתנה שהעדים יעשו ולא תלה התנאי בעצמו אפשר דל"ש טעמו של הרמב"ן דהא לא קפיד על התנאי דוקא דאולי יגידו העדים שנתקיים התנאי משא"כ כשהתנה בעצמו אלא שא"א לאומרו דא"כ אמאי לטובת המוכר מועיל התנאי עכ"פ ז"ב לדעתי דלטובתו ודאי יכול לחזור שוב ראיתי בט"ז סי' רמ"ג שביאר בהדיא דבזה נחלקו הרמב"ן וה"ה עם הרא"ש אם מקרי תנאי נגד הלוקח אבל לגבי מוכר ודאי מקרי תנאי ונהניתי שכוונתי לדעתו ועשמ"ש להשיב על הלבוש הנ"ל ואולי כוון לחלוקו הנ"ל אבל אינו מוכרח איברא דלפ"ז קשה במ"ש בטוש"ע אהע"ז סי' ל"ח סעיף מ"ו דאם מחלה התנאי בחיי המקדש דנגמר הקידושין מיד כאילו קיימו והרי יכול הוא לחזור בו ומה מועיל מחילתה הוא יכול לומר לא נתרציתי רק באופן זה וא"ל דבקידושין שאני דאל"כ ל"מ הקידושין דז"א דכבר כתבתי דלשיטת הרא"ש והמהרי"ט אף בכה"ג הוה קידושין וצ"ל דשם מיירי כשהוא מתרצה ע"ז אמר

דכל שהיא מחלה הרי נגמר הקידושין דהוה כאילו קבלה אבל כל שהוא חוזר פשיטא דיכול לחזור ולפ"ז מדוקדק מ"ש שהיא מחלה בחיי המקדש דלאחר מות המקדש א"י למחול הכתובה דשמא חזר בו ולא רצה שתתקדש כ"א בהתקיים התנאי והב"ש שם הביא בשם ריי"ו וד"מ דאף לאחר מיתה מועיל למפרע: ובאמת שבהחפזי לא ראיתי שם בד"מ מזה אבל לפמ"ש ל"ש הדין לאחר מיתה ואפשר שריי"ו ס"ל כהר"ן ולכך בקידושין א"י לחזור כלל כל שהיא נתרצית ודו"ק:

ג שוב ראיתי מ"ש הקצה"ח שם בסי' רמ"ג על דברת הע"ש והביא דברי הרמב"ן הנ"ל ובמחכ"ת לא הרגיש כלל שהר"ן חולק על טעם הרא"ש במקצת וגם לדברי הרמב"ן לא ידעתי היאך היה עולה לו דברי הש"ע אהע"ז סי' ל"ח הנ"ל והוא הביאם וזווגו יחד ולא ידעתי איך פירשו ואולי כוון למ"ש אבל היה לו לבאר. ועכ"פ יהיה איך שיהיה כל מ"ש נכון ת"ל עוד נ"ל בישוב קושייתו על הח"מ וב"ש שנסתפקו בקידושין בזה אם מועיל חזרתו דהנה לכאורה צריך להבין בכל קידושין על תנאי איך מועיל חזרה והא בקידושין ל"מ חזרה אף בתכ"ד כמבואר סי' מ"ט ס"ב וא"כ איך מועיל ע"ת כיון דקידש היאך יכול להתנות תנאי וצ"ל דתנאי לא חשוב חזרה דע"מ כן קידש ולא רוצה מתחלה לקדש כ"א באופן זה וכמדומה לי שהב"ש כתב כן בהדיא באיזה מקום וכעת בהחפזי לא מצאתי מקומו ולפ"ז שפיר יש להסתפק בכה"ג שתלה בתנאי והיא מחלה התנאי א"כ הו"ל כאילו קיים התנאי דמצדה נתקיים וא"כ מה תאמר דמ"מ הוא לא רצה רק שיתקיים התנאי הא מ"מ זה מקרי חזרה דכל שנתקיים התנאי א"כ הוה קידושין ממש ומה שהוא רוצה שיתקיים בפועל זה מקרי חזרה בקידושין וזה ל"מ בקידושין אבל בממון שפיר כתב הר"ן דיכול לחזור דבממון יוכל לחזור תכ"ד וזה כל שלא נתקיים התנאי שפיר יוכל לחזור דזה הוה כתכ"ד ודו"ק:

ד ובזה מיושב היטב הא דאמרו בקידושין דף ח' אמר ר"א התקדשתי במנה ונתן לה דינר הר"ז מקודשת וישלים מ"ט כיון דא"ל מנה ויהיב לה דינר כמאן דאמר לה ע"מ וכו' מיתיבי התקדשי לי במנה וכו' ורצה אחד מהם לחזור וכו' הרשות בידו והקשה בא"מ דמה קושיא דניהו דמקודשת מ"מ שניהם יכולים לחזור דהוא יכול לחזור כמ"ש הב"ש והח"מ והיא יכולה לחזור דהוה נתינה בע"כ ע"ש ובחידושי להלכות קידושין הארכתי בזה ולפמ"ש א"ש דמשמע ליה דאם רצה אחד מהם לחזור היינו אף שהשני רוצ' למחול וע"ז שפיר קשיא ליה דא"כ כיון דיכולה לחזור איך מקודשת אף באינם חוזרין דהא נעשה מלוה דהא לא נגמר הקידושין עד שישלים וכמ"ש בטעמו של הב"ש שנסתפק מה"ט אם יכול לחזור ובזה מיושב גם קושיית הע"י שהקשה דלוקמא במנה חסר דינר

דכסיפא למתבעה ולפמ"ש א"ש דעיקר הקושיא היא כיון דיכולין לחזור א"כ לא הוה קידושין כלל דהוא יכול לחזור וז"ב:

ה והנה במ"ש למעלה בשם הר"ן דאף בשטר אם נקרע תוך למ"ד מקודשת מתורת כסף לפענ"ד לולא שאינם כדאי להבין דבריו הקדושים אף כי להשיב היה נראה דבכה"ג אינה מקודשת דהרי באמת צריך להבין היאך מקודשת לאחר שנתאכלו המעות ומטעם דל"ד למלוה דמלוה להוצאה ניתנה הני בתורת קידושין יהבינהו ניהלה והיינו כיון דאם תחזור המעו' חוזר א"כ הוה כאילו נתן לה המעות צ"ב הא אכתי לא עדיף ממלוה דאינה מקודשת וגם בהנאת מחילת מלוה אינה מקודשת לדעת קצת פוסקים כמ"ש בסי' כ"ח וא"כ הכא נמי מה נ"מ במה שהיא חייבת להחזיר א"כ יש לו מלוה עליו וס"ס לא עדיף ממלוה אך באמת רש"י פירש דכי אכלה דידה קא אכלה והיינו דבכל מלוה כיון שבעת שבא לידה הי' בתורת מלוה ולהוצאה ניתנה וא"כ אכלה מלוה ואח"כ כשצריך לקדשה הרי לא נתן לה כלום אבל הכא מקדשה במה שהיה לה הנאה משלו ולשם קידושין היו הנאת אכילה זו ולכי מטי זימנא מקדשה ולפ"ז זהו כשאכלה אבל כשנאבד המעות א"כ ס"ס במה מקניא לי' ובפרט בקידושין דקידושין הם כסף קנין ולא שווי כמ"ש הט"ז בחו"מ סי' ק"ץ ועיין מ"ש שם עה"ג וא"כ סוף כל סוף במה תתקדש דמ"מ בעת הגיע הזמן נאבד המעות ולא היה לה הנאה כלל ממעותיו וניהו דחייבת באחריות מ"מ לא עדיף ממלוה וז"ב כשמש לדעתי לולא פיות קדושים הרשב"א והר"ן ז"ל. ובזה נ"ל דלכך כתב הרמ"א באהע"ז סי' מ' ס"א בהג"ה דאם קדשה בשטר ואינו בעין דנקרע או נאבד דאינה מקודשת ולא כתב כלל דמתורת כסף מקודשת ועיין ב"ש שם משום דס"ל דבאמת אינה מקודשת דסוף כל סוף לא גרע ממלוה וז"ב. ושוב נזכרתי דבחו"מ סי' קצ"א כתב רמ"א ס"ד דאם נתן לו מעות וא"ל קני לאחר שלשים דאם נאבד המעות דלא קנה ותמה הסמ"ע דלמה לא יקנה במעות דכל שלא יתקיים המקח צריך להחזיר וכתב דמיירי כשאינו בעין ותמה הט"ז דמה בכך שאינו בעין ס"ס הא צריך להחזירם והוה כמו בקידושין ע"ש שהביא דברי רש"י ותוס' לענין קידושין הו"ל כאילו הוא בעין ולפמ"ש א"ש דע"כ לא כתבו רש"י ותוס' רק בהוציאם שפיר כתבו דל"ד למלוה דבעת שהוציאם הי' בתורת מלוה ואח"כ כשמקדשה אינו שלו אבל כאן הא בעת הוצאה שלה הוציאה מה שקבלה בתורת קידושין ושפיר מקודשת אח"כ בהאי הנאה אבל בנאבד לא כתבו רש"י ותוס' כלל ולפ"ז גם במלוה כל שנאבד במה נקנה המקח ובפרט אם נימא דגם בקנין קרקע הוא מתורת קנין ולא משוי וע' בט"ז סי' ק"ץ ובמ"ש בגליון שם דעיקר כהט"ז בזה וא"כ במה נקנה ואף בתורת שווי ל"ש דכעת אינו בעין ובמלוה אינו נקנה במקח כמ"ש הש"ך

סי' ק"ץ ס"א וז"ב לדעתי וע' בש"ך סי' קצ"א שם שהסכים ג"כ להסמ"ע וכ' שכן מבואר ברמ"א סי' מ"ם והדבר תמוה דלא נמצא רמז מזה וכבר תמה בזה הקצה"ח ולפמ"ש א"ש דכוונת הש"ך למה שלא נזכר ברמ"א דמתורת כסף מקודשת וע"כ דלא ס"ל כן ועמ"ש הקצה"ח שם דאף באונסין חייב ומה ראוי שיקנה ולפמ"ש א"ש דעכ"פ ל"ש קנין דהמעות נעשו עליו מלוה ובמלוה לא קנה. אמנם נרא' דאף אם נימא כמ"ש הרשב"א והר"ן דמתקדשת בתורת כסף אף בנקרע או נשרף דכל שמחוייבת לשלם הוה כנותן לה מעות לקידושין אבל כ"ז אם הניירשו"פ אבל באינו שו"פ בזה ל"ח שמא שו"פ במדי. וחילי דילי דהרי באמת דעת המהרי"ט דאינה חייבת באחריות דבתורת קידושין קבלה ולא בתורת שמירה ואף אם נימא דעכ"פ מה שבא מצד הקידושין הוה כשומר וכעין מ"ש לעיל היינו באם קדשה בתורת כסף אבל בקדשה בשטר ואינו שו"פ רק דהוה כאומרת לדידי שוה לי וכמ"ש הר"ן בטעם דחיישי' שמא שו"פ במדי וא"כ זה כשאמרה כן אבל שתתחייב מתורת שמירה במה שלא חשבה כלל בזה פשיטא דאין לנו:

ו ובזה מיושב מה דלא כתבו הרשב"א והר"ן דאף בפחות משו"פ חיישינן שמא שו"פ במדי ולפמ"ש א"ש. שוב ראיתי בחידושי מהרי"ט ר"פ האומר שכ"כ ונהניתי עד מאד אבל באמת כ"ז לשיטת הרשב"א אבל לפענ"ד נראה דבנאבדו ל"ש כלל שתתחייב באחריות ומטעם שכ' המהרי"ט דהיא בתורת קידושין קבלה לא בתורת שמירה ול"ד למ"ש לעיל לענין נתאכלו המעות דחייבת דשם כשאכלה א"כ פשיטא דאחריות דנפשה קבילות עליה אבל כאן בנאבד ולא היה לה הנאה פשיטא דל"ש שמירה ובזה י"ל גם במקח דלא קנה בזה משום דלא קיבל דין שמירה ול"ש שיתחייב באחריות ודו"ק היטב בכל מ"ש כי הם דברים נפלאים ת"ל. אחר כמה שנים מצאתי בדרך למודי דברי הרמב"ן בהלכות בכורות שהמהרי"ט אלגזי בספרו שם דף צ"ו ע"ד דפוס ווין הביא שם דברי המהרי"ט שהבאתי הלא מראש שהקשה על המהרי"ט קושיות רבות ולפמ"ש א"ש דבאמת אם הוא חוזר פשיט' דפטורה היא ורק כשהיא חוזרת ברשותא דידה קאי ומיושב כל הקושיות שם דו"ק ותמצא: ואגב אמרתי לבאר דברי הסמ"ג מ"ע קמ"ד שהאריך שם ליישב ולפענד"נ דהסמ"ג מחלק בין פודה סתם לאומר בפירוש אחר שלשים יום וכמ"ש המהרי"ק שורש צ"ו והמהרש"ל סי' ז'. אך ביאור הענין נ"ל דיצא לו להסמ"ג מהא דאמרו בש"ס אע"ג דרב ושמואל הלכה כוותי' דרב באיסורי וכשמואל בדיני הכא הלכה כשמואל והדבר תמוה דמעיקרא אין סברא לפסוק כרב דהא ספק פדיון קי"ל דאזלינן לקולא וכבר האריך מהרי"ט אלגזי בשם מהר"י קורקוס וגם הוא בעצמו האריך בזה דמה הי' הסברא כאן לפסוק כרב הא הלכה כשמואל בדיני אך נ' דמכאן יצא לו להסמ"ג

שיטתו דבאמת בפלוגת' דרב ושמואל יוצא לנו שני ענינים אם יש מקום חלות כלל להפדיון בתוך שלשים או לא דלרב ע"כ שיש מקום חלות עכ"פ בתוך למ"ד ונ"מ באם החזיר בתוך שלשים הפדיון דאם נימא דאין מקום חלות כלל להפדיון א"כ ממילא אין מקום שיחול הפדיון לאחר שלשים באם נתעכל ואם נימא דיש מקום חלות עכ"פ בפדיון דהיינו עכ"פ שזכה זה הכהן שא"י לחזור ולתנוהו ליד כהן אחר הוה כמו בקידושין דאף שמקדש' לאחר שתתגייר דלכאור' לשמואל אין בידו לקדשה מיד וכ"כ במק"א דבזה גם שמואל מודה דעכ"פ חלו הקידושין לענין שתאסר לאחר שלשים ולא יחולו קידושין של אחרים דלא כמהרי"ט אלגזי בספרו שם דף צ"ה ע"ד ולפ"ז ה"ה בזה עכ"פ יש חלות הפדיון גם בתוך למ"ד ובזה נחלקו רב ושמואל ולפ"ז שפיר קאמר הש"ס דבאמת לפמ"ש הנה אם אנו דנין אם יש מקום חלות להפדיון תוך שלשים בזה אין אנו דנין על ממון כלל דעכ"פ כל שלא נתעכל א"צ להחזיר ועיקר אנו דנין אם יש מקום לפדו' בתוך שלשים הנה בזה אין אנו דנין על ממון כלל רק על המצות פדייה ובזה יש מקום לומר דהלכתא כרב באיסורי ולזה קאמר דבזה קי"ל כשמואל דאין בנו פדוי אבל במפרש שיהי' חל הפדיון לאחר שלשים יום דבזה עיקר הנ"מ אינו על הפדייה דהרי פירש בהדיא שלא יחול הפדיון רק על אחר שלשים יום ואז עיקר הנ"מ רק לענין ממון הפדייה אם צריך לתת מעות אחרים בנתעכלו או לא בזה יש מקום לומר דלא קיי"ל כשמואל:

ז ובזה מדוקדק היטב דברי הסמ"ג שכ' דבתוך שלשים פליגי רב ושמואל והביא הך סיום דברי הש"ס דאף דהלכה כרב באיסורי מ"מ הלכה כשמואל בדיני והיינו שבא להורו' שרק בזה רצה הש"ס לפסוק כשמואל אבל בזה אין הלכה כשמואל כלל רק דבנו פדוי ודו"ק. ויש להמתיק יותר דבאמת הא דקיי"ל כאן כשמואל אף דהלכ' כרב באיסורי משום דכיון דבתוך שלשים עכ"פ אין מקיים עוד המלוה א"כ אין נ"מ להמצוה רק להממון ובזה הלכה כשמואל בדיני אבל באומר בפירוש לאחר שלשים שאז פודה כדין דלאחר שלשים בודאי יש מצוה א"כ שם לענין אחר שלשים שוב הלכה כרב בזה וז"ב מאד. ובחידושי אמרתי בזה דבאמת כל האחרונים הקשו אמאי במת לאחר שלשים חייב לפדו' נימא דטריפ' הוא ואין הולכין בממון אחר הרוב וצ"ל דהמצוה של פדיון עדיף ובזה הולכין אחר הרוב אף דנ"מ לענין ממון המצוה עדיף ומצאתי בשיטה מקובצת ב"ק דף י"א גבי בכור שנטרף שכ' בהדיא דמ"ע דפדיון לכך ראוי להלך אחר הרוב יעו"ש ונהניתי עד מאד. ולפ"ז יקשה לשיטת רש"י דס"ל דתוך למ"ד אינו פדוי דשמא נפל הוא והא כיון דמצוה היא הולכין בממון אחר הרוב. אך ז"א דבאמת התור' אמרה ופדויו מבן חדש תפדה ורק דרש"י מפרש הטעם משום דנפל הוא וא"כ כל שהתור' אמרה שאינו

מצוה לפדו' רק מבן שלשים שוב אין הולכין בממון אחר הרוב. ולפ"ז י"ל דזה מחלוק' שבין רב לשמואל דלשמואל כיון דס"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ אין מקום חלות לפדיון כלל בתוך שלשים יום ולכך בנתעכלו אין כאן פדיון אבל לרב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב א"כ כיון שבאמת הרוב מורה דצריך לפדותו ניהו דהתור' חששה אף למיעוט ואמרה דפדויו מבן חדש תפדה וגלתה דבעינן פדיון ודאי ולא ספק ואף רוב לא מועיל מ"מ כל שפדה בתוך שלשים מועיל אף שנתעכלו ומעתה בשלמא בסתם פדיון בתוך למ"ד שפיר אמרי' כיון דלשמואל אין הולכין בממון אחר הרוב וכן קי"ל וא"כ לפ"ז שוב אין חלות פדיון כלל בתוך שלשים וא"כ ל"מ אף שנתעכל אבל כשרוצ' שיחול הפדיון לאחר שלשים שוב אגלאי מלתא למפרע שיצא מכלל נפל בזה מהראוי לפסוק כרב. ובזה מיושב היטב הא דאמר אף דהלכה כרב באיסורי והקשו הא פדיון הוא ממון וקי"ל בזה כשמואל. ולפמ"ש א"ש דלענין הפדיון בתוך שלשים דזה אין בו לתא דממון דאנו דנין אם נפל הוא או לא וא"כ לענין זה כבר החזקנו מחמת הרוב שאינו נפל וא"כ מהראוי לפסוק כרב בזה ואפ"ה קיי"ל כשמואל והיינו לפדות בתוך שלשים. אבל כשמפרש לאחר שלשים פשיטא דהוי פדיון ודברי הסמ"ג מוכרחים. ובזה מדוקדק מה שהביא המהרי"ט אלגזי בשם הריטב"א שגרס דשמואל ס"ל דאין בנו פדוי דכתיב ופדויו מבן חדש תפדה ולפמ"ש הדבר מדוקדק דכיון דהתורה מיעטה מלפדות בתוך שלשים שוב אין הולכין בממון אחר הרוב וז"ב.

ח ובזה מיושב מה שהקשה מהריט"א דא"כ באומר ערכי עלי לאחר שיהי' שלשים יום מהראוי שיועיל ובאמת אינו מועיל ומ"ש מפדיון ולפמ"ש שני ושני דבאמת אין הולכין בממון אחר הרוב ושאני פדיון דהתורה אמרה שמצוה לפדות משא"כ בערכין דאינו חייב להעריך רק כל שהתחייב עצמו מחוייב אבל אינו מצוה לחייב עצמו בערכין ואין הולכין בממון אחר הרוב ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא אגב גררא. והנה המהרי"ט בחידושיו לקידושין פ"ב גבי המקדש במלוה דעתו דאם הלוה לה מעות ועודנו בידה אף שלהוצאה נתנה כל שעדיין בידה דעתה שתפקע זכותה אצל המלוה ותתקדש בו והקשה אותי תלמידי דכיון דהלוה לה הרי הן ברשותה וא"כ צריך קנין חדש לקנות אותו מעות ובמה קנה במחילה לבדו שיהי' יכול לקדשה והשבתי דכוונתו ע"ד שכתב הרמ"ה הובא בטור אהע"ז סי' ק"כ לענין גט שנתנו עדים לידה דהוה כאלו זכו אותו לבעלה ואחר כך הבעל נתן לה וזכותה וקנית הבעל באים כאחת וה"ה כאן הו"ל כאלו זכתה לה ע"ז והמלוה חזר ונתן לידה שתתקדש בו וז"פ. ודרך אגב אבאר מה ששאל עוד בהא דאמרי' באדם חשוב בהאי הנאה דמקבל מינה היאך הדין באם האדם חשוב לוה ממנה

מעות ומחלה לו אם שייך בהאי הנאה כיון דלא היה קבלה חדשה והשבתי דגם זה מקרי לה הנאה דאדם חשוב דשונא מתנות ודאי רצה לפרוע לה ובהאי הנאה דקיבל המחילה הו"ל הנאה לה וגמרה ומקדשה לו וז"פ וא"צ ראיה לפענ"ד. וגוף הענין בהאי הנאה נלפענ"ד ע"פ המבואר בחו"מ סי' קע"א דל"ש שונא מתנות בכה"ג שזה צריך שהוא יקבל מתנה וה"ה כאן כל שהיא נהנית בזה ל"ש שונא מתנות דהא זה נותן בשביל הנאתו וכמו דאמר ר"ז אתייקורי הוא דמתיקר בו ודו"ק. ומה שהבאתי למעלה קושיא בדברי הב"ש סי' כ"ט שנסתפק אם יכולה לומר הריני כאלו התקבלתי והרי הר"ן כתב דאף דהתנה לטובת הלוקח יכול לומר שלא רצה רק באופן שיתקיים התנאי הנה למדתי סי' רמ"א ושם בס"ט הובא שם דברי הר"ן אלו והיה קשה לי מהך דסי' ס"ט באהע"ז ונזכרתי שכבר הארכתי בזה אבל כעת נתיישבתי דאין התחלה לקושיא דשאני התם דאמר במנה זו ושפיר נסתפקו הח"מ והב"ש כיון דיכולה לומר הריני כאלו התקבלתי א"כ הוה כמקדשה במנה זו ונתקיים מאמרו ואטו אם תחזיר לו אח"כ מהמנה לא תתקדש וה"ה בזה כל שאמרה הריני כאלו התקבלתי נתקיים דברו אבל במתנה שאינו נותן רק ע"מ זה אף שהוא לטובת הלוקח יכול לומר שלא רצה ליתן רק ע"מ שיתקיים התנאי והוא לא יכול לומר הריני כאלו התקבלתי שלא תלה בדידי' רק שהוא יקיים תנאו והרי לא קיים אבל במנה זו כל שאמרה הריני כאלו התקבלתי הרי קבלה כל המנה. עוד נ"ל כיון דקיי"ל דיכולה לומר לדידי שוה לי א"כ שוב אף שחסר דינה יכולה לומר לדידי שוה לי כל דינר שיש לי דרך להוציא במישן וכדומה וא"כ נתקדשה במנה ודו"ק היטב. עוד נ"ל דש"ה כיון דהוא אמר במנה זו ונמצא חסר דינר א"כ ל"ש לומר דלא רצה רק במנה משלם דהרי באמת לא נמצא מנה א"כ שייך לומר שיכולה לומר הריני כאלו התקבלתי:

ט ודרך אגב אבאר במ"ש הקצה"ח סי' כ"א להשיב על דברת הצ"ץ שמחלק בין קידושין לשידוכין דבקידושין כבר נתבטלו הקידושין כל שעבר על תנאו משא"כ בשידוכין וע"ז כ' הקצה"ח דגם בקידושין יכול למחול התנאי כמבואר באהע"ז סי' ל"ח סל"ה וע"ז שאל אותי ב"ד החריף כמוה' יצחק ני' דבזה ל"מ מחילה דשם אינו מבואר בתנאי לזמן ועבר הזמן דכל דכבר עבר הזמן מה מועיל מחילתו הא כבר נתבטל ע"ש. ולכאור' יפה טען. ולכאור' רציתי לומר דכיון דבתנאי ע"מ שאין בה מומין וכדומה א"כ תיכף שיש עליה מומין הוה כמתנ' על זמן דמ"ל שהזמן עבר או שאר תנאי דתיכף עבר ואפ"ה מועיל ומטעם דכיון דהתנ' להנאתו לא כוון רק שיתבטל אם יקפיד כשישמע וכל שלא הקפיד לא נתבטל וה"ה בזה מיהו אכתי ל"ד דשם הוה ע"כ התנאי אם יקפיד וכל שאינו מקפיד לא נתבטל אבל כאן הרי הגביל זמן לקיום תנאו וכל שעבר הזמן הרי לא נתקיים ובטל

התנאי וראיתי בסעיף ל"ז שאם קודם שהלך נתרצו שניהם להאריך הזמן רשאי הרי מבואר דיכולין להאריך הזמן ולא נתבטל התנאי ואף דהט"ז הקש' ע"ז עיין בא"מ מ"ש בזה דאתי דיבור ומבטל דיבור יעו"ש ודבריו נכונים. אמנם לכאור' עדן יש לעיין דשם מיירי קודם הזמן הי' מאריך הזמן בזה שפיר אמרי' דיכול להאריך התנאי אבל כאן דכבר עבר הזמן מה יועיל מה שמוחל סוף סוף כבר עבר הזמן. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הט"ז מהך דיו"ד סי' רכ"ח סל"ט ולפמ"ש א"ש דשם מיירי כשרוצ' להאריך לו הזמן אחר שכבר עבר זמן המוגבל בזה אינו רשאי אבל תוך הזמן יכול להרחיב לו הזמן וגם הב"י שכ' שם דאם התנה בתחל' שיוכל להאריך הזמן רשאי כוון לזה דטרם שעבר המועד יכול להרחיב לו הזמן ולא כשכבר עבר והאורחת חיים שמביא הב"י בבדה"ב שם שחולק על הדין הוא משום דמשמע ליה להב"י דמיירי שרוצה למחול לו בהגיע הזמן ובזה אינו מועיל ואם כוונת הא"ח טרם שהגיע הזמן א"כ לא יפלוג על הדין ועש"ך שם ס"ק א' ולפ"ז עכ"פ בנ"ד שמחל אחר הגעת הזמן ל"מ מחילה ולא צדקו דברי הקצה"ח אך נראה דאם לא עבר בפשיע' רק שנאנס כנדון הצ"ץ ודאי מועיל הרחבת הזמן דבאמת כל שמצד אונס עבר הזמן עכ"פ לא מקרי עבר דאונסא כמאן דלא עבר וניהו דמ"מ לא קיים התנאי אבל מ"מ לא מקרי עבר הזמן ושוב יכול להרחיב הזמן וצדקו דברי הקצה"ח כנלפענ"ד ברור:

סימן לז

א להרבני המופלג מוה' מאיר ליב גלאז כ"ץ חתן ש"ב הרב הה"ג אבד"ק ברעזאן.

ב מכתבו לנכון הגיעני. והנה אם כי טרדו' רבות סביב שתו עלי בכ"ז מפני כי אביך הנגיד נ"י ביקש מאוד להשיבך מפני הכבוד למען הלהיב לבבך ברשפי אש אהבת התור' וגם למען כבוד חותנך שארי הרב המאה"ג מו"ה נ"ה אבד"ק ברעזאן ני' אמרתי להשיבך בקצרה אם רב או מעט כפי שתעל' מצודתי היום. הנה נסתפקת באחד שנדר ואסר על עצמו איזה דבר בתורת נדר אך בתנאי שלא יחול הנדר רק לאחר שלשים והנה בתוך הזמן נפל ספק בלבו אם אמר בתחל' שלא יחול הנדר רק לאחר שלשים או לאחר כ"ט יום וע"ז נסתפק מעלתו אם חל עליו הנדר תיכף ביום כ"ט או לא מי אמרינן בכה"ג אוקמא אחזק' וכמו שלא חל עליו הנדר מקודם קודם כ"ט כן לא יחול עליו ביום כ"ט או דלמא כיון דביום ל' יאסר עליו בודאי ל"ש לומר אוקמא אחזקתו דעכ"פ ביום ל' חל עליו הנדר בודאי ובפרט לפמ"ש הר"ן בנדרים דף צ' ע"ב דמותר לשאול על הנדר בתוך הזמן אף שעדיין לא חל עליו משום דזמן ממילא קאתי א"כ כיון דבודאי יאסר עליו

ביום ל' מוקמינן אחזקה ע"כ תורף שאלתך וע"ז הארכתי ע"ד הפלפול. והנה לכאורה רציתי לומר דדבר זה מבואר בש"ס קידושין דף ע"ט בפלוגתא דרב ושמואל בקדשה אביה בדרך וקדשה עצמה בעיר דמוקי לה דקדשה בהאי יומא דמשלם שיתא דרב סבר הרי היא בוגרת לפנינו מדהשתא בוגרת בצפרא נמי בוגרת ושמואל אמר השתא היא דאייתי סימנים והיינו דלרב כיון דהשתא בוגרת אמרינן דזמן ממילא קאתי ומדהשת' בוגרת בצפרא נמי בוגרת ואף דשם תלוי במעשה שצריכה שתביא סימנים מכל מקום כיון דהסימנים גם כן עומדת להביא ביום הלז ואינו תלוי במעשה שתעשה רק כי כן הוסד בטבע היצירה שבמלאת לה ימי נערה תביא סימנים א"כ לא נקראת נערה ועוד דל"ש חזקה דאינה מחוסרת מעשה רק זמן וזמן ממילא קאתי ושמואל סבר השתא היא דאייתי סימנים היינו כל דתלוי במעשה אף שהמעשה ממילא בטבע היצירה מ"מ כיון דאפשר שלא תביא הסימנים שפיר נקרא מחוסר מעשה ולא הורע החזקה ורב ס"ל כיון דגם הסימנים אינו במעשה בני אדם רק שכן הוא הטבע שביום זה תביא הסימנים לא מקרי מחוסר מעשה משא"כ בתוך ששה אינו בטבע שתביא הסימנים שפיר נקרא מחוסר מעשה ולכך אמרו שם אילימא בתוך ששה בהא נימא רב הרי היא בוגרת לפנינו השתא היא דבגרה והא דפריך ממקוה לשמואל הוא משום דמקוה בודאי מחוסר מעשה ואפ"ה טמא למפרע וגם לרב הו"מ למפרך כמ"ש התוס' שם ד"ה ושמואל וכן הא דפריך מחומץ ג"כ מחוסר מעשה ויש להאריך שם בסוגיא ולפ"ז לדידן דקיי"ל כרב כמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' ל"ז ס"ה א"כ אמרינן דכל שהזמן ממילא קאתי ל"ש לאוקמא אחזקה דנערות אבל באמת משם אין ראיה דש"ה דכל שהחזקה עשויה להשתנות היום ההוא וע' בתוס' שם ע"ב ד"ה מי לא מקרי חזקה וכמ"ש הר"ן וכן קיי"ל ביו"ד סי' ר"א על מקוה שהוחזק להיות מימיו מתמעטין דל"ש להעמידה על חזקתה וא"כ אין ראיה משם ע"ז. אמנם לכאורה יש ראיה מהא דכתב ה"ה פ"ב מאישות הי"ט בשם הרמב"ן דקטנה שלא נודעה אם הגיעה לכלל שנותיה והביאה סימנים לא מצינו בגמרא דינה מפורש וי"א שמטילין אותה לחומרא כדין כל שאר הספיקות ועיין מלמ"ל שם ששיכל ידיו לפרש פירוש חדש דכפי פשיטו דעכשיו היא בספק זה ק"ל דלא עלה על דעת לומר שגדולה היא והביאה סימנים ודלמא קטנה היא ושומא בעלמא נינהו וע"כ פירש בדרך אחר ותמה על המהרח"ש שהבין הדברים ככתבם ובאמת שפירוש המלמ"ל תמוה כמ"ש בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ואו ולפמ"ש י"ל כיון דהביאה סימנים שוב ל"ש לומר דמחוסר מעשה דהמעשה נולד לפנינו רק דתאמר דשומא הוא וע"ז שפיר י"ל כיון דזמן ממילא קאתי ואין כאן חזקת קטנות כלל וא"כ שוב י"ל דמחזקינן לה בגדולה ודו"ק.

אבל לפי"ז שוב יקשה דא"כ יפול כל חזקת קטנות דהא הזמן ממילא קאתי וא"ל דשם מחוסר מעשה דצריכה להביא סימנים דא"כ מה הקשו התוס' ביבמות דף ס"ט גבי ספק בן ט' דלמה לא נעמידנו בחזקת קטנות כמו שהיה מקודם וע"ש תירוצם דמיירי דהשתא דאתי לפנינו ודאי בן ט' וכמה כרכורים כרכר בזה המהרי"ט בסי' י"א וסי' מ"א ונ"א לבאר דברי התוס' בתירוצם דדוקא כיון שהשתא הוא בן ט' לפנינו הוא דחזקת קטנות לא חשוב חזקה אבל כל שהוא ספק בן ט' מחזקינן בחזקת קטן והא שם הוא אינו מחוסר מעשה סימנים דבן ט' ובן שמנה ופחות שווים הם רק דבן ט' ביאתו ביאה א"כ ל"ש לאוקמא אחזקה דזמן ממילא קאתי וע"כ דכ"ז שאיכא לאוקמא בחזקת קטן מחזקינן אף שהזמן ממילא קאתי וז"ב לדעתי ולפענ"ד היא ראיה ברורה שאין עליה תשובה וגם מה דמוקמינן להאשה בחזקת טהרה אף בסמוך לווסתה ולא נימא כיון דזמן ממילא קאתי וא"כ בווסת התלוי בימים כל שהוא סמוך לווסתה נחזיקה בטמאה דזמן ממילא קאתי ובאמת דאם נימא דבסמוך לווסתה ל"ש חזקת טהרה היה מיושבים דברי התוס' ביבמות דף ס"ב דכתבו דסמוך לווסתה דאוריית' דדרשא דוזהרתם שיפרשו סמוך לווסתן היא מה"ת ובאמת שהוא תמוה כיון דווסתות דרבנן איך אפשר בסמוך לווסתה דתהיה דאוריית' ולפמ"ש א"ש דבשלמא בווסת עצמו שפיר אמרי' דיש לה חזקת טהרה ואמרי' דלא נטמאה כל שעבר זמן ווסת אבל בסמוך לווסת ל"ש חזקת טהרה דכיון דבזמן ווסת יש לחוש שתראה וזמן ממילא קאתי א"כ ל"ש חזקת טהרה אבל כל שעבר זמן ווסת ל"ש לומר דזמן ממילא קאתי דע"ז גופא אנו דנין ואמרי' דגם באותו זמן לא ראתה דיש לה חזקת טהרה אבל סמוך לווסת שפיר חיישי' שמא היא שעת ווסתה ממש ובאותה שעה אתרע חזקת טהרה שלה וכעין זה כ' בשו"ת נוב"י בחלק יו"ד סי' נ"ה אבל באמת כל הפוסקים כתבו דגם סמוך לווסת' היא מדרבנן וע' בב"י יו"ד סי' קפ"ז וע"כ דל"ש האי סברא ובגוף קושית הקדמונים הנ"ל הרבה כתבתי בחידושי להלכו' נדה:

ג וכעת נ"ל בפשיטו' דבשלמ' כשעבר זמן ווסת ולא הרגיש' כיון דחזק דמים בהרגש' א"כ אתרע לה החזק' ושפיר מחזקינן לה בחזק' טהרה אבל סמוך לווסת חיישי' שמא תראה ושמא תרגיש ודו"ק וע"כ דלא אמרי' כן וכמ"ש המהרי"ט לענין חזקת קטנו' דדוקא כשהוא בן ט' לפנינו אז לא מחזקי' אותו בחזק' קטנו' משא"כ כשהוא ספק בן ט' ע"ש [ובחידושי אמרתי ראיה להמהרי"ט מהא דאמרו בנדה דף ט' הא ליכא וכו'] וע' תוס' גיטין דף ב' ע"ב ד"ה ע"א שהקשו דכיון דילפינן מנדה דע"א נאמן באיסורין א"כ אפי' אתחזיק איסורא נמי וי"ל כיון דהיא בחזקת שתהא רואה כל ז' וכשעבר שבעה היא

טהור' ממילא ע"ש ואם איתא הא מ"מ אתחזיק ריעות' שהוא איסור הבא בזמן נדתה וזמן ממילא קאתי וע"כ דליתא לסברא זו:

ד והנה לכאור' רציתי להביא ראיה מהא דלא גזרו על שבות בה"ש ומטעם דמוקמינן בחזק' שהוא יום ע"ש עדיין והא גם זמן ממילא קאתי ואפ"ה מוקמינן אחזק' ופקחתי עיני וראיתי בדברי מעלתו שגם הוא הרגיש בזה וחילק דש"ה שאותו זמן של ביה"ש אנו מסופקים אם הוא חול או שבת ואם נימא דהוא ע"ש ל"ש לומר דזמן שבת ממילא יבא דאותו זמן שיהי' שבת יהי' זמן אחר אבל אותו זמן דביה"ש לעולם לא יהי' שבת בו וכן בנדרים כה"ג אם היינו מסופקים אם היום כ"ט או למ"ד שפיר מוקמי' אחזק' אבל כאן שאנו מסופקים אם פרט שפתיו לאחר כ"ט או לאחר למ"ד בזה ל"ש לאוקמא על החזק' דיום למ"ד ודאי אסור והזמן ודאי קאתי. והנה לכאור' היטב בעיני חלוקך אשר צעיר לימים ידע להבחין בסבר' דקה כזו אבל בכ"ז א"כ נפל כל סברת דזמן ממילא קאתי בבירא והרי כל חילך הוא ממ"ש הר"ן בדף צ' דיכול להתיר הנדר קודם שיחול משום דזמן ממילא קאתי וע' מלמ"ל פ"ד מאישו' ה"ז דכ' דקטן שקידש לאחר שיגדיל דל"מ דשלבל"ע משום דזמן ממילא קאתי וא"כ הרי אותו עת אינו העת שהוא כעת ואפ"ה לא מקרי דבר שלבל"ע אף שבודאי אותו הזמן לא נברא עדן וה"ה הכא דכ"ז שאנו מסופקים אם כוון ללמ"ד או לכ"ט ל"ש לומר דחל הנדר רק משום דזמן ממילא קאתי וא"כ ה"ה ביה"ש מהראוי הי' לאסור דכיון דאח"כ ודאי יאסור וע"כ דלא מחזיקין עדיין במה שיהי' לעתיד אף דבודאי יהי' כן אח"כ וכמו שהבאתי מכמה מקומו' שמוכח כן ועיין בקידושין דף ס"ג ע"ב ד"ה בני שכתבו דאף באיכא שערו' לא סמכי' על שנים כ"א בריבוי שערו' או באתחזיק גדול לפנינו ע"ש הרי דלא אמרינן דנחזיקו בחזקת גדול דזמן ממילא קאתי וגם הרמב"ן שמחמיר וכפי הפירוש שפירשתי בדבריו היינו רק שמטילין אותו לחומר' ולא אמרי' דהחזק' דקטנו' אינה חזקה כלל דהא הזמן ממילא קאתי וע"כ דכל כמה דאיכ' לספוקי אם כבר הגיע הזמן מספקינן ולא אתרע החזק' קטנו' וה"ה בזה וע' בשו"ת הר"ן סי' נ' והובא בב"י סי' רכ"ח וע"ש בט"ז ס"ק כ"ה דמשם יש ג"כ ראיה לזה ודו"ק היטב שם דאל"כ עכ"פ בה"ש של שבת מהראוי הי' להחמיר בזה ודו"ק:

ה שבתי וראיתי דבגוף הראיה מהא דל"ג על שבות ביה"ש והרי ע"כ משום דאוקמא אחזק' לפענ"ד אין ראיה דהרי אמרו כל שהוא משום שבות לא גזרו עליו ביה"ש ולפ"ז כיון שלא גזרו עליו וא"כ ל"ש לומר כלל דכיון דזמן ממילא קאתי א"כ ל"ש לאוקמ' אחזקתי' דהא כיון דהשבו' דדבריהם לא גזרו עליו ביה"ש כלל א"כ לא חל כלל איסור שבות בה"ש רק בשבת ודאי ובזה מדוקדק מה דאמר דל"ג על שבות ביה"ש ולא אמר

כיון דספק דרבנן היא לקולא רק דלא גזרו עליו ביה"ש כלל ולא התחיל עליו האיסור כלל וז"ב:

ו ובזה נראה מה שנסתפק המ"א בסי' שמ"ב אם בבה"ש דמ"ש אם אסור שבות דשאני אפוקי יומא מעיולי יומא ולפמ"ש א"ש דכיון דחז"ל לא גזרו שבות שלהם על בה"ש ממילא גם ביה"ש דמ"ש לא גזרו כלל וז"ב לדעתי. ובזה יש ליישב קושי' התוס' בשבת דף ל"ד בד"ה שניהם שהקשו דבהניח עירובו בה"ש ל"ש חזקת עירוב ואף לר"י ל"מ דהא בעי שיהי' חזקת עירוב. ולפמ"ש י"ל דגם כאן מקרי חזקת עירוב דביה"ש אמרי' דזמן ממילא קאתי וא"כ בודאי יש בו חזקת עירוב וז"ב. אבל כ"ז לפלפול אבל גוף הדין ברור ונכון דל"ש כאן זמן ממיל' קאתי ובכה"ג אוקמא אחזק' שהי' לו מכבר:

ז והנה במ"ש דלרבי דלא גזרו על שבות א"כ אין כאן חלות האיסור כלל ואף במ"ש מותר דלא כמג"א. אחר העיון נתיישבתי בדבר כיון דלא הותר שבות רק לצורך מצוה או בשעת הדחק וכמ"ש רבינו בפכ"ד משבת הלכה יו"ד וא"כ עכ"פ האיסור נהוג ונגזר גם ביה"ש רק דלדבר מצוה התירו וא"כ שוב י"ל דבמ"ש דהוה אפוקי יומא שפיר אסור דל"ש לומר דלא גזרו כלל דהא רק לדבר מצוה ולשעת הדחק שרי. איברא דבאמת י"ל דרבי עצמו ס"ל דלא גזרו על שבות ביה"ש ואין כאן חלות איסור כלל אבל אנן בדידן דבאמת הרי רבנן פליגי עליה וע' בתוס' עירובין דף ל"ד וא"כ לזה עשה הרמב"ם פשר דרק לצורך מצוה מותר וע' בה"ה שנדחק דמנ"ל להרמב"ם דרק משום מצוה התירו ולפמ"ש א"ש. ובזה י"ל דהא דכ' הרע"ב בעירובין פ"ג גבי נתנו במגדל דר"א סובר דבשבותים גזרו היינו דוקא לדידן דדוקא לדבר מצוה קיי"ל כרבי ולכך לא התירו רק שבות אחד ולא בשני שבותין אבל אם נימא דלא גזרו על שבות כלל כרבי מ"ל שבות אחד או שנים כל שהוא משום שבות לא גזרו. ובזה מיושב מה שהקש' בשו"ת אא"ז בעל שער אפרים סי' כ"ו מהא דמוקי גבי נתנו באילן כרבי והא שם יש שני שבותין כמ"ש רש"י שם ולפמ"ש א"ש דשם לרבי בעצמו ל"ש לחלק בין שבות אחד לשני שבותין ועכ"פ המג"א שפיר נסתפק לדידן דלא קיי"ל כרבי רק לדבר מצוה וכמ"ש. ובזה יש ליישב קושי' התוספת שבת בסי' ש"ז מדברי התוס' עירובין דף ל"ד שכתבו דאף בביה"ש דמ"ש התירו לרבי שבות ביה"ש וכן הקש' מרש"י בשבת דף ח' ולפמ"ש א"ש דלרבי בעצמו דלא גזרו כלל בודאי אף במ"ש לא גזרו והמג"א כ' לדידן ודו"ק היטב כי הוא דבר נפלא ת"ל:

ח והנה במה דכתבתי לעיל דקיי"ל כרב דהרי היא בוגרת לפנינו ומזה למדתי לנ"ד. הנה מצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ג סי' צ"ח שנסתפק בזה דכיון דבאיסור' קיי"ל כרב ובממון קי"ל כשמואל א"כ במקום דיש נ"מ לענין ממון ולענין איסור א"כ היכא נעביד

דהיאך נעשה בממון כשמואל הא לענין הפלוגת' דהוה איסור הלכה כרב והוה תרתי דסתרי וע"ש שהביא לשון הריטב"א דלכך פסק הש"ס הלכתא כשמואל אף דקיי"ל כרב באיסורי משום דכאן יש ממון הקידושין ע"ש שהוכיח מזה דכל שיש נ"מ לענין ממון ואיסור אין הלכה כרב ע"ש וכן מצאתי בעצמו' יוסף דף ע"ט בקידושין שהאריך בכלל הלז ובמחכ"ת לא ראו דברי הרא"ש ב"ק פ"ד גבי ווסתות דאף דהלכה כשמואל בדיני מ"מ כיון שגוף הפלוגת' הי' לענין איסור ובזה הלכה כרב אף דאיכא נ"מ לענין ממון מ"מ אחר גוף הפלוגתא אנו הולכין ומעתה גם כאן כיון דגוף הפלוגת' הוא לענין איסור פשיט' דהלכה כרב וזה כוונת הריטב"א כיון דבאותו פלוגתא גופא איכא נ"מ לענין כסף קידושין שוב לית הלכה כרב ולכך הוצרך לפסוק כן וז"ב ודו"ק.

סימן לח

א לרעי כנפשי אוהבי ומכירי נ"י.

ב מה שבקשת להודיעך מה נתחדש בבית מדרשי כעת אם כי ת"ל רבות אתי בכ"ז אמרתי להודיעך מן הבא מן החדש והוא בן יומו ות"ל נותן טעם לשבח. הנה נתקשיתי במה דאמר הש"ס בסנהדרין דף ל"ו דרציח' אינה דוחה יו"ט וק"ל מ"ט לא ידחה הא כל הטעם דאין רציחה דוחה שבת הוא משום דכתיב לא תבערו אש בכל מושבותיכם וכדאמרו שם בדף ל"ה ע"ב ולפ"ז שם כתיב ביום השבת והרי כל הטעם דהבער' הותר בי"ט אף שלא לצורך כ' ה"ה בפ"א מיו"ט ה"ד משום דכתיב לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת ואמרי' ביום השבת הוא דאסור אבל ביו"ט שרי וא"כ לפ"ז ה"ה בזה נימא דרציח' דוחה יו"ט בשביל זה וגם הא שייך מתוך ואף אם נימא דבעינן צורך קצת הא עכ"פ המצוה חשוב צורך קצת וע' בתוס' שם בסנהדרין ד"ה ומה ודבריהם לא יועילו לקושייתי. שוב ראיתי בתוס' מ"ק דף י"ד ע"ב ד"ה ממנעי שכתבו הא דהקשו משום מניעת שמחת יו"ט ולא הקשו מגוף רציחה דהוא מלאכ' וכתבו מדאסר רחמנא הבערת בת כהן בשבת מכלל דבמועד שרי. א"נ כיון שהוא מצוה לצורך יו"ט שרי וכפי הנרא' בתירוצם הראשון כוונו לסברת ה"ה דכיון דכתיב ביום השבת מכלל דבמועד שרי אלא שלפי"ז יקשה היאך קאמר הש"ס דרציח' אינה דוחה יו"ט הא שייך ג"כ זאת וגם שייך מתוך ומקרי צורך כיון שהוא לצורך מצוה. הן אמת דמ"ש דמצוה חשוב צורך יו"ט צ"ב דא"כ למה לא יקרבו נדרים ונדבו' ביו"ט והא עכ"פ הוה מצוה וצ"ל דשם מיעט הכתוב בפירוש לכם ולא לגבוה אבל מה שהקשיתי קשה טובא. עוד הי' נ"ל דבר חדש דרציח' ביו"ט מהראוי שיהי' מותר דבאמת לר"ש דאמר מקלקל בחבור' פטור מדאיצטריך רחמנא

לאסור הבערת בת כהן מכלל דכל המקלקלין פטורין וכדאמרו בשבת דף ק"ו ולפ"ז כיון דבאמת מקלקל הוא רק דהתור' חייבה ואסר' ולפ"ז עכ"פ נ"ל ברור דהעש' דיו"ט ל"ש בזה משום דבאמת אינה מלאכ' שהוא באמת מקלקל רק שמ"מ התור' אסרה אבל מ"מ שובת דאינו עושה מלאכ' דהא באמת מקלקל הוא וכל מקלקל שרי וע"כ דמקרי שובת ולפ"ז א"כ לא נשאר רק ל"ת בלבד ואתי עשה דדין ודחי ל"ת דיו"ט ובשלמ' השבת הל"ת בעצמות' הוה ל"ת שיש בה כרת וכדאמרו ביבמו' דף וא"ו אבל ביו"ט שפיר דחי וראה זה חדש הוא ועכ"פ מהראוי להתיר רציחה ביו"ט ובאמת דייקתי בדברי רבינו ולא הבי' הדין דאין עונשין רק בשבת וכמ"ש בפכ"ד משבת ה"ז אין עונשין בשבת וכבר כייל לנו המרכבת המשנ' שכ"מ שנקט רבינו בהלכו' שבת תיבת בשבת מפורש משמע דלמעוטי יו"ט אתי וע' במנין המצו' לרבינו לאוין שכ"ב ובפתיחתו לספר היד סי' שכ"ב שלא הזכיר רק שבת ומשמע דביו"ט שרי ואולי הוא מה"ט ודברי הש"ס צ"ע ובאמת שהיא תמוה גדול' לומר דרציח' דוחה יו"ט. ולכאור' ראיה ברורה דאינו דוחה יו"ט דהרי אמרו במגיל' דף ח' אין בין יו"ט לשבת אלא אוכל נפש בלבד ואם איתא הא איכא רציחה דדוח' יו"ט ואף דיש לדחוק דכיון דהוא בכלל מתוך אפשר דשייך בכלל אוכל נפש שמותר ביו"ט אבל מ"מ לא אשתמיט תנא למתני זאת וגם צ"ע דהא אמרו בסנהדרין שם במשנ' דלכך אין דנין בע"ש ועיו"ט משום דלא אפשר דלמא צריך הלנת דין וא"א להרוג בשבת ומשמע דגם ביו"ט אסור להרוג וכ"כ הרמב"ם בפי"א מסנהדרין ה"ד בהדי' וע"כ צע"ג. הן אמת דהי' מקום לומר דאין דנין בע"ש דלמא אתו למחר ומעייני בדינו ואין דנין בשבת משום שמא יכתוב כדאמרו בביצה דף ל"ה אך כבר כתבו התוס' בסנהדרין דזה דוקא בד"מ אבל בד"נ שכבר כתבו מע"ש ליכא למיחש וכ"כ בביצה לשיטת ר"ש ולשיט' ר"ת בגמ"ד כל דליכא דעדיף מיניהו ודאי מותר וסנהדרין ודאי דליכא דעדיף מיניהו וכמ"ש התוס' בביצה ובסנהדרין קצרו ומ"ש רש"י במ"ק דף י"ד דנין דיני נפשו' במועד אבל לא ביו"ט משום דרש"י לשיטתו דס"ל דאף בדאיכ' דעדיף מיניה אסור משום גזיר' והרי בכתב מע"ש ל"ש הגזיר' אבל לדון ביו"ט גופא ודאי אסור ולשיט' ר"ת באמת האיסור דבתחל' דין צריכין סופרים לכתוב וזה ודאי לא הותר דכתיב' אב מלאכ' רק היכא דכבר נכתב בע"ש הוא דאיכא היתר לר"ת ועיין שעה"מ פכ"ד משבת ע"ש: עכ"פ יהיה איך שיהיה מבואר בהדיא דהאיסור הוא לדון בעיו"ט משום דשמא יגמור למחר ורציחה אינו דוחה יו"ט הרי דאסור גם בי"ט וקשה למה יאסור וכמ"ש וע"כ צ"ל דכל דאסור בשבת אסור אף ביו"ט ול"ש לומר מתוך דהרי בצרכי גבוה קי"ל דלכם ולא לגבוה וא"כ צורך מצוה לא חשוב לכם וכל דהתורה קראתו מלאכה בשבת שוב אסור ביו"ט דאף דהבערה

לא אסרו ביו"ט היינו משום דשייך מתוך ואף דאינו באוכלי נפש ע"ז סמך ה"ה דכיון דהאיסור לא כתיב רק בשבת וא"כ לצורך הותר ביו"ט ממילא גם שלא לצורך הותר אבל לצורך מצוה לא הותר ביו"ט דלא עדיף מצרכי גבוה דאסור וא"כ ממילא אסור וגם מ"ש דידחה העשה את ל"ת הנה ל"מ אם נימא כר"י דחשיב ליה תיקון בשבת א"כ איכא עשה ול"ת ואף לר"ש כל דהתורה אסרה בשבת גם ביו"ט אסור מן התורה והו"ל עשה ול"ת איברא לפ"ז קשה מה כתבו התוס' דבחה"מ מותר רציחה וצ"ל דהתוס' ס"ל דבחה"מ אין אסור רק מדרבנן ככל מלאכת חוה"מ ולענין עשה ול"ת דרבנן שפיר לצורך מצוה דרבנן חשוב כצורך ומותר ולא אלמוהו לגזירתם כנלפענ"ד לחומר הנושא:

ג ובאמת ידעתי שכל זה דוחק אבל מה אעשה כי הציקתני דברי רבינו בפי"א מסנהדרין ה"ב שכתב דלכך אין דנין בע"ש ועיו"ט שמא יתחייב וא"א להורגו למחר משמע דרציחה אסור ביו"ט וקי"ל כן להלכה איברא דהיה מקום לומר דבאמת מותר רציחה ביו"ט והא דאסרו לדון בעי"ט משום דניהו דאם כבר נתחייב מותר לחלל יו"ט אי משום שהעשה דוחה הל"ת או שאמרינן מתוך וכמ"ש לעיל אבל לדון לכתחלה בעיו"ט כדי שיתחלל היו"ט זה פשיטא שאסור וגדולה מזו מצינו לענין אם נשפכו החמין שדעת הרז"ה שאסור למולו שיצטרך אח"כ להחם חמין אף שאח"כ יהיה פקוח נפש ודוחה שבת אין למצות אלא מקומן ושעתן ואף לדעת הרמב"ן דמתיר היינו התם למצות מילה שזמנה בו ביום וגדולה מילה שנכרתו עליה שלש עשרה בריתות ואח"כ יהיה פקוח נפש ושפיר התירו להחם חמין ע"י עכו"ם אבל להתיר לדון בע"ש ועי"ט כדי שיצטרך לחלל יו"ט זה ודאי לא אמרינן:

ד ובזה מיושב קושית המהר"ש אלגזי שהקשה בהא דאמרו במ"ק דף י"ד דנין ד"נ במועד ופירש"י הא ביו"ט לא משום שבות ולשיטת ר"ת דבדליכא דעדיף מיניה מותר וא"כ למה אסור ביו"ט ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת צריך ביאור דלמה לא פירש"י שאסור משום שמא יקטול ביו"ט וצ"ל דהא אם מתחילין לדון ביו"ט שוב ל"ש החשש שיהיה רציחה ביו"ט דהא לחובה מלינין את דינו ולפ"ז י"ל דהא דכתב ר"ת דבדליכא דעדיף מיני' שרי היינו כשיגמור הדבר ביו"ט אבל כאן דב"כ וב"כ לא יגמור ביו"ט דהא אסור לגמור דינו ביו"ט ושוב אסור שמא יכתוב. ובזה מיושב גם הקושיא השניה שהקשה דא"כ בתחלת דין יהיה מותר לדון בשבת ויו"ט דהא ליכא חשש דרציחה שצריך להלין דין לחובה ובסנהדרין דליכא עדיף מינייהו שרי כתיבה בשבת ע"ש ומ"ש השעה"מ דח"ו להתיר כתיבה בשבת והרי בעינן שני סופרי הדיינים שיזכירו המזכין והמחייבין והכתיבה היא אב מלאכה לפענ"ד דח"ו שהמהר"ש אלגזי יטעה בדבר פשוט כזה וכוונתו דכתב משיטא

אינו אסור רק דרבנן ועיין ברמ"א בסי' ש"ו ובמג"א סי' ש"מ ס"ק יו"ד ובב"ש סי' קכ"ה וצ"ל הא דגזרו שמא יכתוב היינו דחשו שמא יכתוב אשורי' שהוא אב מלאכה אבל עכ"פ יכול לכתוב בכתב משיטא ודי בזה להזכיר טענות המחייבין וממילא לא יהיה רק שבות דרבנן וע"ז לא גזרו באיכ' מצוה וליכ' דעדיף מינייהו ולפמ"ש א"ש דכיון דרציחה א"א בשבת ויו"ט לכך לא התירו:

ה ובזה מיושב גם קושי' הכנה"ג שהביא בשעה"מ שם דאם נימ' כסברת המקשה דמכריזין מיום אחר שנגמר דינו א"כ אמאי אין דנין בע"ש דליכ' חשש שמא יתחייב וגומרין דינו בשב' דז"א דהא צריך להכריז עדיין ולפמ"ש א"ש דבזה ודאי לא התירו כיון דלא יגמר הדין בשבת ודאי אסור לדון וז"ב. ועכ"פ יהיה איך שיהי' הדבר צ"ע אם רציחה הותר ביו"ט או לא ובאמת שאינו רחוק כ"כ שהרי למ"ד הבערה ללאו יצאת אמרו בפסחים דף ה' לפירוש רבא בתוס' שם דביו"ט ליכא לאו ולפמ"ש המ"א סי' תקי"ח דמ"מ אסור הבער' ביו"ט מלאו דלא תעש' כל מלאכה א"ש אלא שמה"ה לא נראה כן וכמ"ש שם המג"א ובחידושי להלכו' יו"ט הארכתי בזה איברא דגוף הדבר דאסור הבערת בת כהן ומטעם דמתקן דמ"ל בישול סמנים ומ"ל בישול פתיל' וכדאמרו בשבת דף ק"ו צ"ע דלפמ"ש בשו"ת הרשב"א ח"א סי' שנ"ז דבישול הפתיל' יכולה להיו' ע"י עכו"ם א"כ אמאי לא עשו ע"י עכו"ם וצ"ע על הרשב"א שלא הרגיש בזה ולפמ"ש במק"א דכאן הדרא קושי' אא"ז הפ"י לדוכתא דכל שבות דעכו"ם בשבת יהיה אסור משום שליחות ול"ש לומר דאין שליחות לעכו"ם דהא כאן צריך להיות עכ"פ ע"י שליח של ב"ד והארכתי בזה בחידושי ולפ"ז לפמ"ש האחרונים הב"מ וישוע"י באהע"ז סי' ה' דבעשה דשבתון ל"ש לומר יש שליחות לעכו"ם דעכ"פ גופו שובת ממנו ולפ"ז ביו"ט דליכא רק ל"ת בלבד א"כ העשה דוחה ומותר ע"י עכו"ם וע"כ צ"ע וקצת ראיה דלא הותר רציחה ביו"ט ממה דדרשו חז"ל על הכתוב מתחלת קציר חטים שנתלו בט"ז בניסן קשה למה לא נתלו ביו"ט וע"כ דרציחה אסור ביו"ט ויש לדחות וע"כ הדבר צ"ע: והנה שנים רבות אח"כ חשבתי ליישב קושייתי החמורה מאד בהקדם מה שאמרתי ליישב דברי רש"י בפסחים דף ד' בהא דאמר רבא ש"מ אין ביעור חמץ אלא שריפה ופירש"י דאי השבתתו בכל דבר יפרר ויזרה לרוח והקשה הפ"י הא פירור אסור דאחשביה למלאכה כמ"ש רש"י בביצה דף כ"ז גבי חלה שנטמאת דאף שאר דברים שאינם מלאכה אסור דרחמנא אחשביה דכתיב באש ישרף ובחידושיי ובתשובה אמרתי דברים רבים בזה וכעת נ"ל דלכאורה הקשיתי לפי שיטת רש"י דכל דהתורה אחשבה למלאכה גם דבר שאינו מלאכה בעצם אסור ולפ"ז נ"ל דבר חדש דבזה ל"ש מתוך דבשלמא בדבר מלאכה בעצם שייך לומר מתוך

שהותרה לצורך אבל במה שאינו מלאכה רק שכאן אחשבה למלאכה א"כ ל"ש מתוך דכל שהוא לצורך מותר משום דלא מקרי מלאכה לפ"ז יקשה היאך דייק רבא דלא ס"ל לר"ע מתוך ודלמא באמת ס"ל לר"ע מתוך רק דמתוך ל"ש רק במלאכת הבערה דלצורך אוכל נפש ג"כ מקרי מלאכה והתורה התירה אבל כאן דלמא באמת ביעור חמץ בכל דבר והא דאסור משום דהתורה אחשביה למלאכה וא"כ בזה ל"ש מתוך והיא קושיא נפלאה וצ"ל דרבא דייק מהא דאמר ר"ע ומצינו להבער' שהיא אב מלאכה דהרי אם נימא מתוך אדרבא הבערה שהיא אב מלאכה מהראוי שיהיה שייך מתוך וע"כ דבאמת לא אמרו מתוך ומעתה שפיר מוכיח דאין ביעור חמץ אלא שריפה דאי השבתתו בכל דבר הי' לו לפרוך דא"ל משום דהתורה אחשביה לשריפתו דא"כ למה אמר ומצינו להבערה שהיא אב מלאכה אדרבא שאר דברים בודאי אסור דל"ש כלל ענין מתוך וע"כ דאינו רק בשריפה ודו"ק היטב:

ו ומעתה י"ל גם כאן דלכך אין רציחה דוחה יו"ט דאף דכתיב לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת ודרשינן דוקא בשבת אבל זה דוק' לענין הבערה לצורך דה"א כיון שאינו אוכל נפש בעצמו לא יהיה מותר כמ"ש ה"ה להקשות ולזה חידש דהתורה הוציאה מכלל מביום השבת ואמרינן בזה מתוך ולפ"ז אם נימא כשיטת רש"י כיון דהתורה אחשביה לשריפתו גם שאר דבר שעושה חשוב מלאכה א"כ בזה ל"ש מתוך וכמ"ש וא"כ לא הותר הבערה ביו"ט ובפרט ברציחה דאיכ' משום נטילת נשמה ובזה ממילא ל"ש מתוך והא דנפקא ליה מלא תבערו אש אף דבלא"ה איכ' משום נטילת נשמה הוא משום דה"א דרציחה דוחה שבת מק"ו כדאמרו ביבמות דף ו' ע"ב אבל אחר דיליף דרציחה אינה דוחה שבת מקרא דלא תבערו א"כ שוב יש גם איסור משום נטילת נשמה ושפיר לא דחי גם יו"ט איבר' דלכאורה רציתי לומר דל"ק בפשיטו' דהרי בלא"ה יש להקשות לר"י דאמר הבערה ללאו יצאת וכבר הקדמתי למעלה דכל מה שיצא מכלל מלאכה ואינו רק לאו בעלמ' אינו בכלל עשה דשביתה כיון דבעצם אינו מקרי מלאכה וכיוצא בזה כתב הריטב"א בחידושיו ליבמות גבי לאו דמחמר כיון דאינו במיתה אין בו רק ל"ת גרידי' ולא העשה וכיון שכן שוב ליתי עשה דרציחה ולדחי ל"ת דיו"ט כיון דאין בו רק ל"ת גרידא וצ"ל כיון דאמרו ביבמו' דף ו' דגם לר"י כאן איכ' משום בישול סממנים וז"ה מלאכה גמורה וכיון שכן שוב הו"ל ל"ת ועשה וממילא מיושב קושייתי דדוק' הבער' מותרת ביו"ט ולא משום בישול סממנים אך אחר העיון אינו נכון דאטו הבערה מותרת ביו"ט משום דאינו רק בלאו דאף למ"ד לחלק יצאת מ"מ הותר ביו"ט משום דכתיב בכל מושבותיכם ביום השבת ודרשינן שבת דוק' ולא יו"ט כדאמרו בירושלמי בהדיא

והובא בתוס' ביצה דף כ"ב ולפ"ז כיון דבהאי קרא דכתיב בכל מושבותיכם וזה קאי על ענין הבערה דעושין בב"ד במקום מושב ב"ד וע"ז כללה תורה ביום השבת וא"כ גם שיש בו משום בישול סממנים וא"כ גם בזה דוקא בשב' ולא ביו"ט וא"כ קושיתי נצבה וע"כ מחוורתא כמ"ש אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בשו"ת הרשב"א ח"א סי' שמ"ו אות י"ב שהרב מוה' יוסף מעכו שאל את הרשב"א דהיאך הו"א דלר"י דחי רציחה לפי שאין בו רק לאו והא איכ' משום נטילת נשמה ונדחק הרשב"א דנטילת נשמה אפשר ע"י עכו"ם ע"ש שהאריך ונהניתי שכוונתי בסברא לדעת הגדולים דעכ"פ איכ' כאן משום נטילת נשמה ואף דיכול להיו' ע"י עכו"ם באמת הרשב"א נדחק בזה דאין סברא שהי' ע"י עכו"ם ובמק"א הקשיתי דאי נימא יש שליחו' לעכו"ם לחומרא א"כ בכה"ג יש שלד"ע ומתחייב שולחו ועיין שו"ת פ"י בחלק יו"ד סי' ג' ודו"ק:

ז ובזה ניחא נמי מה דקשה טובא בהא דאמרו ביבמו' דף וא"ו ע"ב מאי לאו ר"נ וטעמא דכתב רחמנא דלא דחי וכו' לא ר' יוסי וכתבו בתוס' דאו אינו דקאמר משום דשבת עשה ול"ת ולשיטת הריטב"א דבמחמר כיון דאינו רק לאו גרידא ולא חיוב מיתה ש"מ דלאו מלאכה מקרי ול"ש בזה שבתון וא"כ ה"ה בזה דלר"י דהבערה ללאו יצאת אינו רק לאו גרידא ומה"ת דלא לדחי והיא קושיא נפלאה וכן שאלני הרב החריף מוהר"ר חיים צבי מיאניב דלפמ"ש הריב"א בתוס' פסחים דף ה' דלמ"ד ללאו יצאת לא הוה מתסר ביו"ט כיון דלא הוה מלאכה וא"כ ממילא ליכא שבתון כמבואר בהגהת מרדכי בקידושין ומה"ת שלא לדחי והשבתי דבאמת יש לאו דנטילת נשמה כמ"ש הרשב"א ומ"ש הרשב"א דה"א דיכולין לעשות ע"י עכו"ם שב"ד יצוו לעכו"ם שיזרוק פתילה לתוך פיו אני תמה מאד דהא הש"ס דחי ותהוי נמי ר"י אימר דאמר ר"י הבערה ללאו יצאת הבערה גרידת' הבערה בבישול פתיל' וכו' ואם איתי' הא אכתי משכחת לה ע"י עכו"ם ובאמת כפי הנראה הרשב"א לא אמרה רק לדחות דברי השואל דלא מסתבר ליה שיעשה ע"י עכו"ם וע"ז כתב הרשב"א דלדעתו הי' מותר ע"י עכו"ם אבל אה"נ דאכתי א"א לומר כן בסוגיא דהא אסור לעשות ע"י עכו"ם וצ"ל כתירוצו דבלא"ה דחי לה שפיר אבל תמהני דלפי דברי הרשב"א דיכול לעשות ע"י עכו"ם א"כ אין מקום כלל לכל הפלפול דאף אי כר"נ הא יכול לעשות ע"י עכו"ם וצע"ג וכבר הקשיתי דהיאך אפשר ע"י עכו"ם הא בכה"ג יש שלד"ע למ"ד יש שליחות לעכו"ם לחומרא וכמ"ש הפ"י וע"כ דברי הרשב"א צ"ע. אך לפענ"ד הי' נראה דהרי דעת רש"י בביצה דף כ"ז דכל דרחמנא אחשביה לשריפתה אף דבר שאינו מלאכה מקרי מלאכה מכ"ש הבערה דניהו דללאו יצאת כל דס"ד דוהומת אף בשבת א"כ פשיט' דמקרי מלאכה ואיכ' עשה ול"ת וע"כ לא כתב הריטב"א רק במחמר

גריד' היכא דלא אחשביה למלאכה וגם הריב"א לא כתב רק במקום דל"ש אחשביה ואף דבחמץ שייך אחשביה כבר הקשה כן הפ"י על רש"י ולכל התרוצים שכתבו וכתבתי גם אני ל"ק דע"כ שם ל"ש אחשביה וז"ב. והנה מדי דברי זכר אזכור מה דתמוה לי טובא על דברת השאלתות פ' ויחי סי' ל"ד שכתב ברם צריך וכו' אי מילה עדיפ' מקבורת מת מצוה משום דמיל' דוחה שבת וקבורת מת מצוה אינה דוחה שבת משום דכתיב כי קבור תקברנו ביום ההוא ביום שאתה רוצחו אתה קוברו וביום שאין אתה רוצחו אין אתה קוברו וכו' ע"ש והוא תימה דמלבד דלא נמצא דרש הלז אף גם דהרי ר"ל הקשה דנילף דקבורת מת מצוה דוחה שבת מק"ו וא"ל רציחה תוכיח הרי דלא ילפינן מקבור תקברנו ביום ההוא והיא תימה גדול' ואולי כיון דכל עיקר הלימוד ממה דרציחה אינה דוחה השבת א"כ כל עוד דלא ידענו שרציחה אינה דוחה השבת לא מצי למילף הקבורה מקבור תקברנו ביום ההוא דהא אפשר דרציחה גופה דוחה השבת אבל לאחר דיליף דרציחה אינה דוחה השבת שוב ממילא ילפינן מקבור תקברנו ביום ההוא ואף אם נדחוק בזה דאה"נ שרציחה תוכיח ודרשינן מקרא דקבור תקברנו ביום ההוא:

ח ובזה מיושב קושיית התוס' בסנהדרין שם ד"ה רציחה ודו"ק אבל אכתי קשה דמנ"ל כל הדרוש והא ביום ההוא אתי להורו' שלא ילין מתו כמבואר במשנה דסנהדרין דף מ"ו וברמב"ם פט"ו מסנהדרין ה"ח ועיין רמב"ן על התורה פ' תצא ובלח"מ פ"ד מאבל ה"ז ובספר המצו' להרמב"ם ז"ל מצוה רל"א וע"כ דברי השאלתות צע"ג. אחר זמן רב מצאתי בתשב"ץ ח"ג סי' ש"ד שהביא בשם יש אומרים דלמד ג"ש דנאמר במילה ביום השמיני אפילו בשבת ובקבורה כתיב כי קבור תקברנו ביום ההוא ודרשינן אפי' בשב' והוא טרח לדחו' הדברים ובשאלתו' מבואר להיפך דביום שאתה רוצחו אתה קוברו וא"כ אין קבורת מת מצוה דוחה שבת ולא הזכיר דברי הש"ס סנהדרין הנ"ל ולא דברי השאלתו' וצ"ע: והנה הרמב"ם פכ"ד משבת כתב שאין עונשין בשב' אעפ"י שהעונש מ"ע אין דוחה שבת כיצד הרי שנתחייב מיתה או מלקו' אין מלקין שנאמר לא תבערו אש וה"ה לשאר עונשין וכתב המ"מ שמנאה הרמב"ם במנין המצו' והמ"א סי' של"ט כתב שבסי' שכ"ב במנין המצו' משמע דוק' בדבר שיש בו חילול השבת אסור מדאוריית' וכ"מ בגמ' שבת דף ק"ו גבי הבערה וכן משמע בסנהדרין ד' ל"ה ולפענ"ד נראה דהדבר נכון דהנה כבר נודע מ"ש רש"י בביצה ד' כ"ז גבי חלה שנטמאת דכיון דכתיב באש תשרף התורה אחשבה למלאכה ואף לפרר ולזרות אסור דהתורה אחשבה ע"ש ולפ"ז אני אומר דבאמת כיון שהתורה כתבה לא תבערו אש והיינו שאין דנין דין שריפה בשבת א"כ משמע ליה להרמב"ם דכל דהתורה אחשבה להדין שהרי משפט כתוב הוא לעשו' דינו כן א"כ אף

שאין בזה העונש חילול שבת מ"מ כל דהתורה אחשבה לאותו דין ממילא אסור גם באין בו דין חילול שבת. אך נראה דזה דוקא אם באותו דבר דהתורה כתבה לא תבערו אש איכ' בי' דין חילול שבת א"כ כיון שהתורה כתבה שלא יעשה הדין ובאותו הדין יש בו חילול שבת א"כ אף באותו דין שאין בו חילול שבת מ"מ אסור אבל באם לא הי' באותו דין חילול שבת שוב לא היה מוכח עד"מ בחלה שנטמאת אם הי' כתב בו לפרר ברוח א"כ לא היה נודע אם יש בזה איסור לזרות וכדומה אבל כל דחזינן דהתורה גלתה לעשו' בו מלאכה כמו שריפ' א"כ כל מלאכה שעושה בו שמכלה מן העולם מקרי מלאכה דאחשביה וא"כ ה"ה כאן שפיר מוכח דהבערה מלאכה היא לענין שבת וכן רציחה דאם נימא דאינו מלאכה כיון שהוא מקלקל שוב אמאי יהיה אסור ללקות מלקו' בשבת שאין בו חילול שבת דא"ל דהתורה אחשבה דהא אינו מלאכה כלל וע"כ דזה מקרי מלאכה ושוב אחשביה וכל מה שעושה הכל מקרי מלאכ' והקושיא שהקשה המג"א משבת ד' ק"ו יש ליישב עפ"י דרך הנוב"י מהד"ק חלק או"ח סי' ט"ו מה שהשיב להאור חדש בענין מקלקל בחבורה שהקשה הא"ח דנימא אחשביה ע"ש ודו"ק היטב:

ט והנה בהא דאמרו בסנהדרין דף ל"ה לדיינו במעלי שבתא ולגמור דיניה בשבתא ולקטלי' בשבתא אין רציחה דוחה את השבת קשה דלמה לא אמר דלכך לא קטלינן בשבתא דהרי ממנעי משמחת שבת וכדאמרו במ"ק דף י"ד ע"ב דבחוה"מ אין הורגין דממנעי משמחת יו"ט דסנהדרין לא היו טועמין כל היום שהרגו את הנפש וא"כ מכ"ש בשבת דאסור בודאי להתענו'. אמנם נראה דזה אם היו הורגין באותו היום כתיב ולא תאכלו על הדם אבל אם רציחה אינה דוחה את השבת היו מותרין לטעום וא"כ שוב הי' מותר לדון וע"ז אמר דשוב אסור ממנ"פ דאם לא נהרוג שוב אתה מענה את דינו ואם הורגין אותו בודאי אסור דאין רציחה דוחה שבת ובודאי לא יהרגנו ושוב ל"ש ממנע משמחת שבת. ובזה מיושב קושי' התוס' בביצה דף ל"ו על רש"י דפירש דאין דנין אף בליכא דעדיף מיניהו ואמאי לא אמר הטעם דלכך אין דנין בע"ש משום דאין דנין בשבת. ולפמ"ש א"ש דבאמת אין מקום לקושייתם כמו שדחו בעצמם דיותר צריך לנקוט איסור תורה דרציחה אינה דוחה שבת ממה דננקט אין דנין דאינו רק מדרבנן. אך נראה דמ"מ התוס' לא ניחא להו בתירוץ זה דהרי בד"נ גם באין דנין יש איסור תורה דממנעי משמחת שבת ונצטוינו על עונג מה"ת והצ"ץ וב"ה ביו"ד סי' רי"ח הבינו דדגים גדולים הם מה"ת בשבת ולא קיי"ל כותיהו ועכ"פ שלא לטעום כלל זה ודאי מה"ת וא"כ הי' יכול למנקט משום דאין דנין. אך לפמ"ש זהו דוקא כשרציחה דוחה שבת אבל כשאינו דוחה שבת שוב ל"ש למנקט משום דאין דנין וז"ב:

י ובזה מיושב מה שהביא השעה"מ קושי' בה"ש בשם האלגזי בהא דפריך בסנהדרין מ"ג לפניו אין מעיקר' לא והא כשתלוהו וכו' שם חסר לפנינו הנוסחא ע"ש ולהס"ד שם ארבעים יום מכריזין לפניו ל"ש לומר דאין דנין משום דרציח' אינה דוחה שבת דהא לא קטלי' ליה דוקא תיכף רק אחר מ' יום ולפמ"ש א"ש דשוב אסור משום דאין דנין מדרבנן דא"ל דנקט יותר איסור תורה דאיסור תורה חלף הלך לו דלא קטלינן תיכף וכמ"ש ודו"ק. איברא דגוף הדבר דס"ד דמכריזין קודם ארבעים יום קשה הא אתה מענה את דינו וכל שנגמר דינו שייך לומר אתה מענה את דינו וע' סנהדרין ל"ה שם ודף פ"ט בתוס' ומהרש"א שם וצ"ל כיון דכל הטעם דהכרזה היא משום דלמא אתו עדים ומזמו להו א"כ שוב ל"ש עינוי הדין דהוא מצפה דלמא יבאו עדים ומזימי להו וצ"ע. ודרך אגב אומר מה שראיתי בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' ל"ה שהגאון מהרי"פ הקשה לו בהא דקאמר הש"ס ביבמו' דף וא"ו ובסנהדרין דף ל"ה לפי שנא' כי יהי' באיש חטא משפט מות והומת שומע אני בין בחול בין בשבת וע"ז הקשה למה נקט קרא דכתיב בפ' תצא ולא נקט כמה פסוקים בפ' משפטים דקודם דכתיב בי' מיתת ב"ד והוא נדחק בזה. ולפענ"ד נראה דהנה הרשב"א בתשובותיו ח"א סי' שמ"ו אות י"ב כ' שפתיל' אבר שנותנין לפיו יכול להיו' ע"י גוי שהב"ד יצוו להגוי לזרוק וא"ל שתהי' ע"י ב"ד דוקא והגוי שלוחו של ב"ד. ולפענ"ד הקלוש' הי' נראה כדעת הרב השואל שם דאסור דניהו שא"צ שיהי' ע"י ב"ד בעצמם אבל עכ"פ צריך להיו' ע"י שלוחם וצוויים ואין שליחו' לגוי וכן מצאתי בשו"ת בשמים ראי"ש סי' קכ"ג וע"ש בסי' י"ח ואף שיצאו עוררין על הספר הלז אבל לפענ"ד גם מצד הסבר' נראה כן וכן נראה בספר מחנה אפרים הלכו' שלוחין סי' י"א ועשעה"מ הלכו' עכו"ם פי"ב ה"א ובטעם המלך שם. אך זה נראה לפענ"ד דדוקא במקום דכתבה התורה בלשון צווי שהב"ד ידונו בו משפט מות הוא דאסור ע"י עכו"ם אבל בפ' תצא שכתוב כי יהיה באיש חטא משפט מות והומת ולא כתיב שימיתו רק והומת ע"ז אמר דשומע אני אפילו בשבת. והיינו ע"י עכו"ם וע"ז אמר דנלמד ממושבותיכם שמיירי ממיתת ב"ד וא"כ אסור ע"י גוי כנלפענ"ד וצ"ע:

סימן לט

א אשר קרה פה שנת תר"ב בת"ב שחל להיו' בשבת ונדחה ליום א' והורה המורה שבסעוד' מילה שהי' ביום א' מילה יאכלו המנויים והיו כעשרה אנשים קרואים והולכים לתומם וגם הוא בעצמו הי' שם והי' סנדק ואכלו בשר ושתו יין ונשאלתי מה משפטו ואם ראוי לקונסו:

ב הנה בש"ע סי' תקנ"ט ס"ט מבואר דבעל ברית מתפלל מנחה בעוד היום גדול ורוחץ ואינו משלים תעניתו לפי שיו"ט שלו הוא והנה הב"י דייק דהמוהל והסנדק ג"כ בכלל בעלי ברית וכמ"ש בס"ח בהג"ה והנה המ"א הביא דברי הכה"ג שכ' בשם ת"י ומשא מלך דמ"מ אין לעשו' סעודה והמנהג עכשיו להשלים אפי' אחד מד' צומות שנדחו וכ"כ הרדב"ז ח"ב סי' ל"ה ע"ש והנה בא"ר ראיתי שכ' שהמנהג של הכנה"ג היא רק בתוגרמא אבל במדינו' אשכנז המנהג להקל ע"ש. והנה בענין המנהג אין לי פה לדבר ולהכריע בחילוף המנהגים אבל עכ"פ נראה כיון דבזמנינו קיימו וקבלו היהודים דברי המג"א והמה ראו שהעידו על המנהג שנהגו להשלים אף באחד מד' צומות שנדחו וא"כ קיימו בני ישראל כן המנהג ושוב א"א לשנו' וא"ל דמנהג בטעו' הוא דז"א דבאמת בתוגרמא המנהג כן כמו שהעיד הכה"ג וא"כ עכ"פ לא מקרי מנהג בטעו' וכן העידו על הרב הגאון מוה' יוזפא מזאלקווא שהיה מוהל בט"ב שנדחה ולא הלך לבית המילה כלל והגאון הישיש מיערסלאב הי' סנדק ולא רצה לאכול והפצירו בו עד בוש באשר כבד האיש וזקן בן שמונים שנה ולא יכול לבטל ולעבור על דבריהם והלך לביתו ואכל להשיב נפשו אבל ח"ו להרבו' בסעודה ופשיטא בשר ויין ודאי אסור וכבר כ' המ"א בשם הכה"ג דלעשו' סעודה ודאי אסור והטעם הוא פשוט דלא הותר רק משום שיו"ט שלו הוא וא"כ לא נתחייב רק מה שהיו עושה מחמת יו"ט וביו"ט לא נצטווינו לעשו' סעודה וכעין זה כ' הנוב"י מהד"ת חי"ד סי' רי"ג דמש"ה לא הותר תספורת משום דתספור' אסור גם ביו"ט ע"ש וה"ה לענין זה מיהו יש לדחות כיון דסעודת מילה היא מצוה ואסמכי' על בהגמל את בנו ועיין בב"י יו"ד סי' רס"ה ובש"ע שם וא"כ פשיטא דהוה כיו"ט שמחוייב בדבר אך ז"א דכיון דאינו רק אסמכתא בעלמא פשיטא דלא דחי ת"ב שהוא ת"צ ועשה דד"ק. ובאמת שלולא שאיני כדאי הייתי צווח על גוף הדין של רבינו יעב"ץ שהתיר לרחוץ ולאכול ביו"ט שלו דהא כיון דעשה דת"ב הוא עשה דד"ק וא"כ חמור מיו"ט שלו דאינו רק עשה דיחיד וזה עשה דרבים. איברא דלפ"ז צ"ב דא"כ היאך אמר ראב"ץ דהתענו ולא השלמנו מפני שיו"ט שלנו היה ואיך דחי עשה דיחיד עשה דכל ישראל ובחידושי כתבתי דשם שהיה קודם החורבן היו"ט שלהם וא"כ הוה קודם לת"ב והוה כעין דאמרו בתענית דף י"ב אם הנדר קודם להתעני' וכאן הוה להיפך שיו"ט שלהם קודם ובחידושי הארכתי ליישב כל קושית המהר"ם לובלין והמג"א סי' תקנ"ט ע"ש ובזה נ"ל ליישב דברי המג"א שכ' דעכשיו נתפשט המנהג שרוב הסעודו' עושין בלילה א"כ ביום התעני' אין להקל ודבריו תמוהים דמה ענינו לסעודה ואטו אם אינן עושין סעודה אינו יו"ט והרי הבעה"ב יכולים לאכול אף בביתם וע' סי' תקס"ח במג"א ס"ק יו"ד ועוד דהמחבר

לא התיר אלא לבעל ברית וסעודה אסור כמ"ש המג"א בשם הכ"ה וכבר תמה בזה ש"ב בדגול מרבבה ולפמ"ש א"ש דכוונת המג"א דלא נימא כיון דסעודת מילה הוה מצוה ואסמכוה על קרא ווז"כ כיון דיו"ט שלו דוחה ולא ס"ל כמ"ש לדחות וע"ז כ' המג"א כיון דבלא"ה עושין הסעודה בלילה וא"כ גם בלא ת"ב לא היו עושין ביום וא"כ פשיטא שבשביל זה לא דחינן עשה דת"ב שהוא ד"ק ועשה דרבים וז"ב ועכ"פ יהיה איך שיהיה אף אם נימא דהותר לבעלי ברית אבל עכ"פ לעשות סעודה אסור וגם לבעלי ברית לא הותר רק לבעלי ברית ובש"ע לא מבואר רק הבעל ברית בעצמו והב"י כתב לדייק דגם המוהל והסנדק בכלל ועיין בשו"ת נו"ב מהד"ת הנ"ל שפקפק על המוהל אבל גם הוא מסיק כהמג"א ע"ש וכ"נ מלשון התוס' בעירובין ד' מ"ם ד"ה דלמא ומלשון התוס' הנ"ל הבאתי ראיה דבמנחה גדולה תיכף מותר כמ"ש בתשב"ץ ודלא כהג"א פ"ג דמ"ק שהביא המג"א ס"ק י"ג ובא"ר כתב דבהג"א יש להגיה ג"כ שמתיר במנחה גדולה תיכף עכ"פ לא הותר רק אלו השלשה בלבד אבל לא לאיש אחר ואף הקוואטיר אינו בכלל כמ"ש האחרונים ומכ"ש אנשים אחרים והרי שתים עשו התיר סעודה וגם לכל המנין עוד אחת אני נוטל עליה מה שלא הבדיל על הכוס וז"פ שצריך להבדיל עכ"פ וכ"כ בדג"מ ות"ל קיימתי כן מסברא דנפשאי והנה ז"פ שיכול להבדיל גם בעוד היום גדול ול"ד למה שנתבאר בסי' רצ"ג ס"ג דדוקא מפלג המנחה דשם מיירי בשבת עצמו שמחשיך על התחום וכדומה דמקודם יום שבת עדיין ול"ש הבדלה אבל כאן הוא צריך להבדיל על מ"ש העבר ובכל עת שמבדיל סגי וז"פ ועכ"פ הם לא הבדילו ומה שיש להסתפק הוא אם הבעלי ברית שמותרין מן הדין לאכול אם צריכין שיאמרו נחם בברכת המזון ובש"ע לא נזכר בסי' תקנ"ז רק סתם מי שאכל בט"ב יאמר נחם בבהמ"ז ולא נזכר אם גם זה בכלל ואולי לא מיירי רק מחולה וע"ד שנזכר בסי' תרי"ח ס"ו אבל הבעלי ברית כיון שיו"ט שלהם הוא פשיט' דביו"ט אין לומר נחם. ולפענ"ד נראה דמ"מ י"ל נחם דבאמת ישראל צריכין לנחמה וגם הוא אף שיו"ט שלו מ"מ צריך לנחמה ובשלמא ביו"ט בעצם אין לומר נחם דיום הוא בשמחה ואסור להזכיר אבילות וצער בו אבל כאן היום יום מר הוא רק שיו"ט שלהם הוא אבל עכ"פ צריכין להתפלל בעד קהל ישראל שצריכין נחמה הן אמת דמהמעשה שהביא המג"א סי' קל"א ס"ק י"ז והעט"ז בסי' תצ"ג שהרב מהר"א הלוי נענש על שאמר נחם בל"ג בעומר לפי שיו"ט הוא לא משמע כן ואולי שם הוא יו"ט של כל ישראל שכלם שמחים בהלולא דרשב"י אבל באמת גם שם תמהתי דהרי אדרבא במות צדיק וחכם יש להתענות ואנו מתענין על מיתת צדיקים ואיך נעשה יו"ט במות רבינו הגדול רשב"י ז"ל ובמות מבחר היצורים משה רבינו ע"ה אנו עושין ז' אדר

בכל שנה ואם הזוהר קרא הלולא דרשב"י היינו לו שבודאי שמחה לו שהלך למנוחה אבל אותנו עזב לאנחה אבל באמת הרבה יש לדבר בזה על מה שנהגו לשרוף בגדים עליו בל"ג בעומר והם עוברים על בל תשחית וגם על מלכים ונשיאים לא התירו רק בגדי מטתו וכלי תשמישיו כמבואר ביו"ד סי' שמ"ח ס"א ובחידושי שם כתבתי דהטעם משום דבלא"ה הם אסורים לאחר דאין משתמשין בשרביטו ובכלי תשמישו שזה מכבוד המלך וא"כ ל"ש בל תשחית דאינו תועלת עוד ועיין בש"ך שם שאולי כוון לזה וגם שייך עשה דכבוד המלך שהוא כבוד כל ישראל כמ"ש התוס' בע"ז ד' י"א אבל כאן מה כבוד יש וגם הוא דרכי אמורי וכמבואר בע"ז שם ובש"ע דשורפין על המלכים ולא משום דרכי האמורי מלבד דלשאר אנשים מלבד הנשיא ומלך יש בו משום דרכי האמורי ואף הנביאים והחסידים ות"ח בכלל ובאמת שכן עד היום המנהג ביניהם כן והרבה יש לדבר בזה ומה אעשה כי בעו"ה לא ישמעו בזה לקול המורים וכבר אמרו כשם שמצוה לומר דבר הנשמע וכו' ובפרט בדבר שנהגו וחושבין ההמון שמצוה הם עושין שקשה לפרוש וישראל קדושי' ורוצים לזכות במצוה ופשיטא שבימי האר"י ושאר קדושים אשר בארץ לא היו עושים רק לימוד על קברו ותפלות ותחנונים שבמותו וביום זה יתעורר רחמים על ישראל ופשיטא שהב"י וסייעתו לא היו מניחים לעשות כזאת ורק אח"כ נתפשט המנהג ואח"כ חשבו למנהג קדום ומתייראים שלא יענשו ח"ו ואני ערב להם שאם היו לוקחים אותו ממון והיו מפרנסים עניי א"י בזה שיותר הי' ניחא לרשב"י והנאה לו והנאה לעולם. דרך כלל כמה ענינים שלא כדת של תורה גרם המורה הזה וגם במה שהתפלל מנחה בעת ההיא וקרא ויחל לא יפה עשה שמקרי רק תענית שעות וא"צ לומר ענינו וגם אין לקרות ויחל רק נחם היו צריכין לומר וגם בבהמ"ז נ"ל שהיו צריכין לומר וכמ"ש:

ג ובזה נראה דמדוקדק דברי הש"ע דבסי' תקנ"ז כתב דמי שאכל בט"ב ומשמע אף בעה"ב בכלל ובסי' תרי"ח ביאר חולה בהדיא וע"כ דכאן אף אינו חולה בכלל ובאמת היה מהראוי לומר נחם בכל יום שזה מענין התפלה ובהמ"ז ואנו מתפללים ע"ז בכל יום ובפרט בזמנינו שפקרו מיני בני ישראל הרבה בזה ואינם מאמינים ח"ו בביאת משיח כלל וח"ו להקל בענין זה שיתפרצו העם לשמצה בקמיהם וע"כ אני אומר שהמור' צריך לעשו' תשובה אם בעל נפש הוא אבל לקנסו אין אני רואה שלא יהי' חילול השם בדבר שלא יאמרו שרבן דחפו וגם פן יאמרו שלא ניתן המורה לצדק' כי בעוונינו התורה ולומדי' עד עפר הגיעו וכבוד התור' נתמעט ומהראוי בכל עוז להחזיק בלומדיה ומכבדי' כראוי ויה"ר שירום קרן התורה לעולם:

ד והנה שיש לעיין עוד בעובדא הנ"ל דמה עשו באמירת ענינו דאנן אין נוהגין לומר ענינו רק בתפלת מנחה כמ"ש הט"ז סי' תקנ"ו ס"ק ב' ובפרט פה לבוב דודאי עושין כהט"ז דאתריה דמר הוא וא"כ כאן שהי' יו"ט שלהם לא אמרו ענינו והרי מה שאין אומרים שחרי' הוא משום דאקרי מועד מכ"ש שם שנקרא יו"ט שלהם וא"כ אותן שלא היו יו"ט שלהם בחנם בטלו אמירת ענינו ועסי' תקס"ב ס"א ובמ"א ס"ק ב' הרב' פרטים מזה הן אמת דבגוף דברי הט"ז תמה הדגול מרבבה דהא גם בשבת אומר ענינו כמבואר סי' רפ"ח והטור סי' ר"כ מביא הירושלמי באיזה ברכה יאמר ענינו כשהי' תענית בר"ח ועוד אם נקרא מועד גם במנחה לא יאמר ענינו ובהגהת מנהגים כתב הטעם משום דכתיב שתם תפלתי עכ"ד הדג"מ ולפענ"ד בכוונת הט"ז דהנה בסי' רפ"ח מבואר דהא דאומר ענינו אף דהוא שאלת צרכיו משום דמה שמתפלל בשביל כפרת עוונותיו אין בכלל שאלת צרכיו ועיין מג"א מ"ש בשם המהר"ם מינץ לענין אם יאמר אלקי עד שלא נוצרתי ולפ"ז כיון דמבואר בסי' תקנ"ט ס"ג דאין אומרים אא"א ולמנצח ופיטום הקטרת ומטעם שאין אומרים יותר ממה שהוא סדר היום ועמ"א ס"ק ז' ומטעם דכתיב שתם תפלתי ואין להתפלל ולומר יותר ממה שמחוייב בכל יום לומר ולפ"ז ענינו ממנ"פ אינו אומר דכל שנקר' מועד שאסור לשאול ולהתפלל צרכיו ול"ש דהוא לכפרת עון דעכ"פ הוא אומר יותר ממה שהוא סדר יום יום ופשיט' דאין לומר דכתיב שתם תפלתי וא"כ דברי המנהגים ודברי ט"ז בטעם דאין אומרים ענינו דא ודא אחת היא ולכך במנחה דאנו מניחין תפילין ומרבין בתפלה (ועיין מג"א סי' תקנ"ד ס"ק וא"ו) לכך מותר לומר ענינו וז"ב:

ה ובזה מיושב היטב מה ששמעתי מקשים על הט"ז מהא דאמרו במגלה דף כ"ב דכתב רש"י בהא דקאמר לאתויי תעני' צבור וט"ב וכתב רש"י דאית ביה מוסף תפלת ענינו הרי מבואר דאומרים ענינו בת"ב ובאמת שאינו קושי' דקאי על תפלת מנחה דיש בו מוסף תפלת ענינו אך לפמ"ש י"ל כיון דכל הטעם דאין אומרים ענינו בשחרי' משום דקרא עלי מועד או משום דכתיב שתם תפלתי ולפ"ז נ"ל כיון דבזמן דליכא שמד ברצו מתענין ורבי רצה לעקור ט"ב ולא הודו לו ועיין במגלה דף ה' ובתוס' שם ועכ"פ כל דברצו תליא מלת' שוב היו יכולים להתפלל ענינו דל"ש קרא עלי מועד דאינו זמן מוגבל וגם ל"ש שתם תפלתי וא"כ בזמן המשנה דהי' ברצו תליא מלת' ל"ש הטעמים ושפיר היו יכולין לומר ענינו אבל לדידן דהחמירו בט"ב משום דהוכפלו בו הצרו' ולא תלו ברצו כמבואר סי' תק"ן ס"א בהג"ה וא"כ שוב אין אומרים ענינו בשחרי' ודו"ק:

ו ודרך אגב אציג פה מה שנסתפקתי בשבת חזון שדרך אנשי אשכנז ופולין שלא ללבוש בגדי שבת והנה הייתי סנדק בשבת זו ונסתפקתי אם ללבוש בגדי שבת כיון דאף בחול נהגו ללבוש הסנדק ובעל ברית בגדי שבת כמבואר סי' תקנ"א ס"א בהג"ה וא"כ מכ"ש בשבת עצמה או דלמא כיון דלאחר המילה צריכין לפשוט הבגדי שבת כמבואר בסי' תקנ"ט במ"א ס"ק יו"ד בשם המהרי"ל דלאחר המילה פושטין הבגדים ומסתמא ה"ה בשבת וא"כ אדרבא יהיה זלזול לכבוד שבת דבשבת עצמו מתאבלין ואין לובשים לבנים ובגדי שבת ועל המילה שחשוב כמו יו"ט שלו ילבשו בגדי שבת. ולכאורה י"ל כיון דלבש בגדי שבת לכבוד המילה שוב א"צ לפשוט בשבת הבגדים ומטעם כיון שכבר לבש שוב לא יפשוט ואמרינן מדאישתרי אשתרי. אך ז"א דאכתי עכ"פ עד זמן שהולך לברית הי' הולך בבגדי חול וכשילבוש אח"כ בגדי שבת מחזי כחוכא וגם איכא זלזול לזמן השבת שעבר עד הלכו לבית הברית והרי בביתו אסור לאכול עד שיבא לברית אם היא תענית כמבואר סי' תקפ"א במ"א. ומטעם זה נלפענ"ד דאבי הבן והקרובים שהם בעלי ברית בעצמם אפשר דמותרין ללבוש בגדי שבת כל השבת כלו בשבת חזון דבהם ניכר שעושין משום כבוד הברית דבשלמא הסנדק יכול להיות אחר סנדק אבל אבי הבן דיו"ט שלו הוא וכן הקרובים יכולין ללבוש בגדי שבת כל השבת כלו ובפרט בשבת חזון שאינו ט"ב שנדחה וכן עשיתי ולא לבשתי בגדי שבת כנלפענ"ד וראיתי להזכיר מ"ש הט"ז בסי' תקנ"ט ס"ק א' בשם אגודה בשם רוקח דיכול לומר תחנון בט"ב משום דבטלה מגלת תענית והוא תימה לפענ"ד דמה ענינו לכאן דשם במה שהי' יו"ט באמת א"כ בטלה מגלת תענית אבל כאן מה שנקרא מועד הוא בשביל שהפורענות נחשב למועד כדכתיב והי' כאשר שש וכו' או שמזה יצמח הגאולה ומשיח נולד בט"ב וא"כ ל"ש שבטלה מגלת תענית וצע"ג:

ז והנה במ"ש למעלה בשם הגהת מנהגים דלכך אין לומר ענינו בט"ב משום דכתיב שתם תפלתי לכאורה תמוה דא"כ היאך אמרו מאי אינו כתענית צבור לתפלת נעילה ופריך והאר"י ולואי שיתפלל אדם כל היום כלו ומאי קושיא שאני ט"ב דכתיב שתם תפלתי ואין לו להתפלל יותר מסדר היום ולכאורה רציתי לומר כיון דעיקר הקושיא היא שיהי' מתפללים תפלת נעילה כמו בתענית צבור וע' רש"י ותוס' שם ד"ה והאמר והרי למנחה מקילין ומתפללין מנחה ומניחין טלית ותפילין ואומרים השיר של יום וא"כ ממילא נעילה מהראוי הי' להתפלל בט"ב. אבל אכתי קשה דר"י בעצמו היה אומר אלו הואי התם הייתי קובעה בעשירי וא"כ עיקר החורבן היה לעת ערב ולדידיה ודאי מה דכתיב שתם תפלתי היה בעת ההוא וא"כ איך ס"ד להוסיף בו תפלת נעילה ואולי מזה

ראיה למ"ש במק"א דדוקא על חורבן ראשון אמר ר"י דהי' קובעה בעשירי אבל בית שני לכ"ע היה בט' באב אבל אכתי צ"ע:

ח ודרך אגב אזכיר מה דק"ל על המג"א סי' תקנ"ד ס"ק כ"ג שכ' להשיג על רש"י דס"ל דבליל ט"ב מותר במלאכה דלא חמיר מתענית צבור והוא השיג עליו וכ' דשאני ת"צ דהטעם דמלאכה היא שיהיו כלם פנויים ויתאספו לשם להתפלל לכך אסרו במלאכה ולכך בלילה שאין זמן קיבוץ שרי אבל ט"ב למקום שנהגו לאסור מלאכה דהאיסור הוא בשביל שלא יסיחו דעתם מאבילות או בשביל עינוי ולכך אסור אף בלילה ע"ש ולפ"ז קשה בהא דפריך הש"ס בהא דאמרו אין בין ת"צ לט"ב אלא שזה מותר במלאכ' במקום שנהגו וזה אסור ומשמע הא במקום שלא נהגו ט"ב שוה לת"צ והרי אדרבא בט"ב חמור מת"צ לענין לילה. איברא דלפי מה דפריך דלענין רחיצה אינם שווים ומסיק דקילי קילי קתני ופירש"י דבמה שחמור ט"ב מת"צ לא קתני שם וא"כ י"ל דגם בזה שחמור לענין מלאכה במקום שנהגו שלא לעשות אינם שווים אבל לא קתני שם. ובאמת יש להמתיק הדברים דגם הא דלא חשיב רחיצה דחמור בט"ב הוא משום דלא חשיב רק אותן דברים שהם שווים ואפ"ה מקילין בט"ב חשיב אבל רחיצה דבת"צ ל"ש הטעם דעינוי או שלא יסיחו דעתם מאבילות ולכך לא קתני לה. אבל אחר העיון א"א לומר כן דא"כ למה קתני להיפך דת"צ אסור במלאכה ות"ב מותר והא גם שם אינו רק משום דצריך לאסוף להתפלל משא"כ בט"ב דא"צ אסיפה דאבל יחיד עשי לך כתיב וגם מ"ש דהחומרא לא חשיב כמו דמשני לענין רחיצה באמת ל"ד דשם לחשוב מלתא אחריתי דהיינו רחיצה י"ל דלא חשיב רק קולי קולי ולא מה שחמור ט"ב אבל מה דלא חשיב באותו ענין גופא שחשב דת"ב קיל מת"צ במקום שנהגו היה לו לחשוב להיפך דבמקום שלא נהגו ט"ב חמור וע"כ מוכרח כדברי רש"י דלא שייך להחמיר בט"ב יותר מת"צ והמעיין בכל הסוגיא יראה דלא פלפלו רק אי ט"ב שוה לת"צ או דגריעא מינה אבל שיהי' חמור מת"צ זה לא שמענו ובאמת מה דהש"ס משני קולי קולי קתני זה לא הוצרך רק ליישב לר"א דס"ל דט"ב אסור להושיט אצבעו ובת"צ מותר פניו ידיו ורגליו אבל אם נימא דגם בת"ב אינו אסור להושיט אצבעו א"כ א"צ לדחוקי כ"כ ועכ"פ דברי רש"י מוכרחין לפענ"ד:

ט ובזה נלפענ"ד ליישב מ"ש רש"י בפסחים שם ד"ה בה"ש דחמור לענין אכילה ומלאכה ותמה המ"א דהא בתענית שם כ' רש"י דכל הלילה אין אסור בת"ב ומכ"ש בה"ש ובאמת שזו תימה רבה ולפמ"ש א"ש דרש"י פירש בסוגיא דפסחים שם לפי המסקנא דקולי קולי קתני וא"כ י"ל דת"ב חמור מת"צ וכמ"ש אבל לפי האמת י"ל דלא פסק רש"י כהך

דר"א ולא נצטרך לומר דקולי קולי קתני וא"כ שוב אין סברא להחמיר בט"ב יותר מת"צ. אמנם עדיין קשה לפמ"ש התוס' דגם בלא ר"א צ"ל קולי קולי קתני דהא עכ"פ כל גופו אסור בט"ב אף בצונן ובת"צ מותר אף כל גופו וא"כ צ"ל דקולי קולי קתני ושוב אין ראיה דט"ב יהיה מותר במלאכה בלילה אמנם באמת לפענ"ד לא זכיתי להבין דברי התוס' דבאמת י"ל דגם בת"צ אסור כל גופו בצונן רק פניו ידיו ורגליו מותר וכן רצה לאוקמי בתענית שם דקאי על צונן וגם לפי האמת דמסקינן דאבל אסור כל גופו בצונן וא"כ י"ל דגם ת"צ הדין כן וא"כ ל"ק רק מר"א דאסר אף להושיט אצבעו וא"כ שוב דברי רש"י נכונים ולפמ"ש הפנ"י בחידושיו לפרש דברי רש"י בפסחים הנ"ל דס"ל לרש"י כאן דבת"צ אסור בעשיית מלאכה אף בה"ש להס"ד וא"כ אין מקום לדברי המ"א וקושייתו לק"מ וי"ל דבאמת לפי המסקנא כמו שמותר בת"צ בלילה ה"ה בט"ב אבל דברי הפ"י דחוקים ובחנם נדחק דמ"ש רש"י דאסור באכילה ובמלאכה קאי על ט"ב בלבד ומ"ש דמחמירין בספיקו כמו בת"צ זה הוא דשוה לת"צ אבל מלאכה באמת ס"ל לרש"י דט"ב חמור מת"צ אבל מ"ש נכון:

י והנה במ"ש למעלה שכתבתי במק"א דחורבן בית שני לא הי' רק בט"ב ולא בעשירי הנה בזה כתבתי ליישב הא דאמרו במגילה דף ה' דט"ב מאחרין משום דאקדומי פורעניתא לא מקדמינן והקשה הא"ר והטורי אבן דבלא"ה מהראוי לאחר משום דבאמת היה ראוי לקבעו בעשירי וע"ז כתבתי דזה דוקא הראשון אבל חורבן שני לא הי' רק בת"ב וכעת נ"ל ליישב הקושי' הלז ע"פ מה דאמרו בתענית דף כ"ו דאנשי משמר לא הי' מתענים באחד בשבת ופירשו בדף כ"ז מפני שהוא שלישי ליצירה ור"ל אמר מפני נשמה יתירה ובעין יעקב נדפס עוד טעם מפני האומות פירש"י מפני יום חדש שלא יאמרו האומות שאנו מתענים ביום חגם ובמהרש"א פירש שאנשי משמר לא הי' עושין מלאכה והי' אומות העולם אומרים שמשמרים חגם ולכך אין עושין מלאכה ולפ"ז ס"ד דאסור במלאכה א"כ ודאי דשייך כל הטעמים האלו ולא הי' ראוי לאחרה רק דאקדומי פורעניתא לא מקדמינן ולכך לא חשו לכל הטעמים כי ידעו כלם שבשביל ת"ב אנו מתענים ודו"ק היטב:

יא והנה בהא דמבואר בטור וש"ע או"ח סי' תקנ"ג לענין אם הפסק לאכול ערב התענית אם רשאי לחזור ולאכול וכתבו הרא"ש והרבה קדמונים ראיה מהך דאמרו במדרש איכה דריב"ב הוה אכל בעיה"כ אחר שהפסיק ומשמע דרשאי לאכול. ולפענ"ד אין ראיה מיוה"כ דכיון דעיוה"כ מצוה לאכול א"כ אף שהפסיק לאכול אמרינן מסתמא לא הי' בדעתו שלא יאכל אם יזדמן לו ואף אם היה בדעתו אפשר דל"מ קבלה דהו"ל כעין קבלה

בטעות כיון דמצוה לאכול ובפרט שר"ג היה מפייסו שיאכל ממנו ופשיט' דהיה מצוה לכבדו והו"ל קבלה בטעות וע' ט"ז או"ח סי' ת"ר בתשובתו שהעלה דקבלה בטעות במקום מצוה לא מהני וא"כ ה"ה בזה ואף דהמג"א סי' תר"ה דעתו דאינו מצוה לאכול בעיוה"כ רק פעם אחת כבר כתבתי בגליון דמדברי התוס' בר"ה דף ט' לא נראה כן ע"ש ד"ה כאלו וגם מדברי הרא"ש ביומא שכ' בשם המדרש דהקב"ה צוה שיאכלו כדי שלא יזיק להם התענית א"כ פשיט' דכל מה שאוכל שלא יזיק לו התענית שפיר מקיים מצוה ועיוה"כ נראה מדברי הרמב"ם שהיא מצוה מה"ת לאכול וע' ביו"ד סי' רט"ו ובאו"ח סי' תק"ע ותקע"ב וראיתי בטור סי' תקנ"ג שכ' בשם הרמב"ן דקבלה ל"ש רק ביוה"כ דמצוה להוסיף עליו מבע"י משא"כ בשאר תעניתים ל"ש קבלה ובאמת שגם זה יש להסכים למ"ש והיינו דבתוספ' שמקבלים בודאי יוה"כ חמור שצריך להוסיף מבע"י הרבה משא"כ בשאר תעניתים אבל בהפסיק מעצמו ולא אמר שמקבל עליו י"ל דיוה"כ גרע שלא מועיל דהו"ל קבלה בטעות ובפרט שהי' מבעוד יום הרבה דלא שייך לומר שקיבל תוספ' אז ביוה"כ גרע דמצוה לאכול כנלפענ"ד ברור:

יב והנה בקושית המג"א על רש"י פסחים דסותר לדבריו בתעני' הי' נראה לפענ"ד דבר חדש דהנה הב"י באו"ח סי' תקס"ב כ' אע"ג דבגמר' מוכח דאי לאו חומר' דט"ב הי' בה"ש שלו מותר ומשמע דבשאר תענית מותר בה"ש שלו י"ל שאני עיולי יומא מאפוקי יומא דלכנס בתעני' שרי בה"ש שלו כגון עט"ב אבל סוף התעני' מספיק' לא נפקא קדושתו עד צ"ה דאז הוה ודאי לילה ע"ש ובמג"א שם שרמז לסי' שפ"ו והיינו למה דאמרו בעירובין דף ל"ו מספיק' לא פקעה קדושתה ובאמת שלפמ"ש בחבורי יד שאול הלכות צדקה ל"ש בבה"ש לאוקמ' אחזקה דהוה חזקה העשויה להשתנו' ושם בעירובין יש לפרש בע"א:

יג אבל לכאורה הי' נ"ל דבר חדש דבט"ב יש להחמיר בספק בה"ש דאפוקי יומא ומטעם דהרי ר' יוחנן אמר בתענית דאילו הואי התם קבענא בעשירי וא"כ ניהו דנתקן בט"ב מ"מ עכ"פ ספק עשירי ודאי לחומר' דעיקר השריפה היה בעשירי. ובזה נלפענ"ד דזה מה שנחלקו ר' יוחנן ושמואל דר' יוחנן ס"ל דבה"ש להחמיר והיינו משום דממנ"פ בט"ב דאפוקי יומא יש להחמיר משום ספק עשירי וביה"ש דעיולא יומא יש להחמיר בסתם דאין חזקת יום חזקה דעשוי להשתנות ומחמרינן בשניהם ושמואל ס"ל דט"ב ביה"ש שלו מותר ממנ"פ דבעשירי ס"ל דכבר כלה התענית דלא כר"י וכל שנקבע בט' שוב אין עשירי תענית כלל ובה"ש דעיולי יומא ס"ל דכיון דספיק' דרבנן הוא ולא עשאו כת"צ לגמרי וספיקו מותר וא"כ בה"ש דר"י ודשמואל משמע שני בה"ש בין דאפוקי ובין דעיולי. ובזה מיושב היטב דברי רש"י הנ"ל דמ"ש רש"י בפסחים בה"ש שלו אסור באכילה

ובמלאכה דמחמרינן על ספיקו היינו כיון דשמואל מיירי בבה"ש דעיולי ודאפוקי א"כ לענין מלאכה קאי בדאפוקי דאז אסור ועל עיולי לא אפשר כלל כיון דבלילה לא אסור מלאכה מכ"ש בה"ש וע"כ קאי על אפוקי יומא וא"ש. אמנם מה דדחיק לי' לרש"י לפרש דבה"ש דאסור קאי לענין מלאכה ג"כ ולא אכילה בלבד נלפענ"ד דקשיא להו בהא דאמרו אין בין יוה"כ לט"ב אלא שזה ספיקו אסור וזה ספיקו מותר וקאמר מאי לאו בה"ש והקשו בתוס' דהא ביוה"כ אפי' ודאי יום אסור דתוספת יוה"כ מדאוריית' וע' לח"מ פ"א משביתת עשור ה"ו שכ' דאתיא כר"ע דלית ליה תוספת יוה"כ וזה דחוק מאד אבל אם נימא דקאי למלאכה ג"כ והרי למלאכה לא הוה תוספת יוה"כ כמ"ש הה"מ שם וא"כ שפיר נקיט מלתא דפסיק' דספיקו אסור בכל בין באכילה בין במלאכה משא"כ התוספת לא אסור במלאכה עכ"פ. ובזה יש ליישב גם הא דקאמר לקביע' דירח' ופירש"י לעשות שני ימים יוה"כ והקשו בתוס' דהא אמרו בר"ה דאין עושין רק יום אחד ולפמ"ש א"ש דבאמת מה שאין עושין שני ימים מבואר בירושלמי דהוא משום סכנת נפשות ואם כן עכ"פ למלאכה בודאי אסור מספק וצ"ע באו"ח סי' תרכ"ד דגם אנן משום סכנה מקילינן ולמה לא יהי' שני ימים במלאכה עכ"פ וצ"ל כיון דבאמת בזה"ז אנן בקיאין בקביע' דירחא ורק משום גזירה מתקנים שני ימים וכל שלא תקנו לענין אכילה משום סכנה שוב אין לחוש גם למלאכה דבאמת בקיאין בקביע' דירח' לפ"ז בזמן הש"ס דלא בקיאין בקביע' דירח' שוב עכ"פ נ"מ למלאכה. ובזה מיושב גם קושית התוס' השניה דמשמע דלכל הדברים שווים והא יוה"כ תוספתו אסור ולפמ"ש א"ש כיון דבקביע' דירח' קאי ע"כ למלאכה ושוב ל"ש תוספת יוה"כ בזה ודו"ק היטב.

יד שוב ראיתי ברש"י ד"ה לא למלאכה שכ' של יום עצמו משתחשך ואשמעי' דבת"צ אסור ובט"ב שרי. והנה פירש"י דבט"ב שרי במלאכה והרי לעיל כ' דבמלאכה אסור וע"כ כמ"ש דמלאכה היינו בה"ש דאפוקי יומא ולר"י דבה"ש אסור ורק למלאכה שפיר כ' דבט"ב שרי ות"צ אסור ומצאתי ברש"ל שהרגיש בזה דהא גם בת"צ שרי במלאכה בלילה וכ' דט"ס הוא ואם אינו ט"ס י"ל דט"ב חמור ע"ש ודבריו תמוהים דהרי רש"י כ' בהיפך דבת"צ אסור ובט"ב שרי וגם המ"א לא ראה דבריו. ולפמ"ש יש ליישב דברי רש"י דרש"י ס"ל דר"י מחמיר בת"צ דאסור במלאכה משא"כ ט"ב ודו"ק:

סימן מ

א להרבני המופלג אחד מלומדי למד נ"י:

ב ע"ד אשר הגיד לי קושיא בשם הרב הגאון מוהר"י חריף האבד"ק סאמביר ז"ל בהא דקאמר הש"ס בב"ק דף מ"א ע"ב דר"ע ס"ל נקי מחצי כופר וא"ל ר"א הביאהו לב"ד וישלם לך ומוקי הש"ס בעפ"י בעלים וע"א והקשו בש"ס ע"פ בעלים מודה בקנס הוא וע"ז הקשה הגאון הנ"ל הא משכחת לה כגון שאמר שהרג פלוני ולשיטת הספרי הובא בפ"י דע"א במיתת הבעל מה"ת נאמן א"כ כיון שנאמן על האשה שמת בעלה ממיל' נאמן גם כן על השור וכדאמרו בסנהדרין דף י' בפלוני רבע שורי ע"ש:

ג והנה אמת כי דפח"ח. אבל באמת ל"ק דמלבד דלשיטת הראב"ד בפי"א מנ"מ וכפי מה שהביא הרא"ש בפ"ק דמכות משמו דמפרש להיפך כיון דאין אדם קרוב אצל שורו לא הוה בגדר בע"ד ובטל כל העדות אף לגבי חבירו א"כ אין התחלה לקושייתו אלא אף לפי' רש"י והרמב"ם דנאמן על שורו מ"מ מה ענייננו לשם דשם הא דאינו נאמן משום דאין אדם קרוב וכל שמעיד גם על חבירו אמרי' מתוך שנאמן על חבירו וכו' אבל כאן משום מודה בקנס פטור דבעינן שירשיעו ב"ד א"כ מה מועיל מה שמעיד על חבירו סוף סוף הוא מודה בקנס וכ"כ התוס' בב"ק שם סברא זו לדחות פירש"י בזבחים דף ע"א דפירש דע"פ בעלים פטור משום מודה בקנס וע"ז הקשו מסנהדרין הנ"ל ע"ש וכ"כ בזבחים שם. ובזה י"ל דלכך לא פריך גם בע"א מודה בקנס הוא וע' רש"י ותוס' שם ולפמ"ש י"ל דבע"א דכל דנאמן על מיתת בעל נאמן ג"כ על השור והוה עדים ול"ש מרשיע עצמו וא"כ לא מקרי מודה בקנס וז"ב. ובלא"ה י"ל לפמ"ש הרשב"א בתשוב' סי' א' רל"ז לחלק בין אם אומר פלוני רבעני דאז שייך לומר פלגינן דיבור' אבל באני זניתי דכל שאתה מסלק אני זניתי לא נשאר תורת עדות ל"ש פלגינן דיבוריה וא"כ ממיל' גם בפלוני רבע שורי גם כן הוא וגם כאן י"ל דכל שמודה בקנס ואינו נאמן וא"כ לא מועיל מה שנאמן על מיתת הבעל דמ"מ לגבי שורו מוכרח לומר מתורת פלגינן דיבוריה וזה ל"ש בשורי הרג פלוני. איברא דלפמ"ש בחידושי לפרש כוונת הרשב"א עפמ"ש התוס' בב"ב דף ל"א דע"כ לא אמרינן על מה דאתכחוש אתכחוש ולא נפסל למפרע רק בשני דברים שאינם תלויים זה בזה אבל כל שקשורים ותלויים זה בזה נפסל למפרע ע"ש ולפ"ז באמת צ"ב הא דאמרינן פלגינן דיבורא בפלוני רבעני ואמרינן שלאחר רבע הא עד שעמו אומר דרבע אותו והו"ל הכחשה גמור' ובחקירות דעדותן קטלה וע' חו"מ סי' למ"ד וצ"ל כיון דעל חבירו לא נתכחשו ורק על עצמו נתכחשו בזה שפיר אמרינן דפלגינן דיבורי' כיון דהם שני גופים ועכ"פ על חבירו יש שני עדים וז"ב. ולפ"ז זהו כשאמר פלוני רבעני אבל כשאומר רבעתי פלוני א"כ כיון שעל עצמו כבר נתכחשו ונפסלו שוב ע"כ כשאתה רוצה להאמינו שלא יהיה רשע ע"כ צריך להכחיש עדותו ולומר דלא רבע אותו וא"כ נתכחש

תיכף בהתחלת הדיבור ושוב ממילא נפסל ול"מ עדותו על פלוני אח"כ וז"ב מאד לדעתי וא"כ כאן דעפ"י בעלים הוא א"כ שוב ל"ש כל זאת. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף דמה שנדחק הרשב"א מהרגתיו דל"ש פ"ד וכתב דפ"ד שהרג לאנסו ובשוגג וע"ז תמה בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב דבחד דיבור לא אמרינן פלגינן דיבורא בחצי גופא ע"ש ולפמ"ש א"ש דבהרגתיו דל"צ לצירוף עד אחר ובעצמו נאמן שוב אף בכה"ג אמרינן פלגינן דיבורא דכל שפלגינן דיבורו שוב כשר עדותו. וגם מה שהקשה הנוב"י מפירוש המשניות להרמב"ם סוף נדרים ל"ק דלגבי עצמה שפיר אמרינן פלגינן דיבורא ועיין שו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל סי' ק"נ שהרגיש ג"כ דמהרמב"ם הנ"ל מבואר דלא כרשב"א ולפמ"ש יש ליישב. ומה שהקשה על ראיית הרשב"א מדלא נקט אני רבעתי את פלוני ותמה הנוב"י דל"מ למנקט בכה"ג דא"כ לר"י אינו נאמן דלרצונו רשע הוא ואין קישוי אלא לדעת. הנה בחידושי להלכות סוטה הארכתי ליישב בכמה אופנים. אבל כעת נראה לי עפמ"ש הרשב"א בעצמו דא"ל דמיירי בא"ל התקשה ואם לאו אהרוג אותך דמ"מ מחוייב למסור עצמו ומקרי רשע ותמה הנוב"י שם דבזה אינו חייב להיות יהרג ואל יעבור וכתבו האחרונים דמ"מ אאמע"ר שייך בזה כל שהי' יכול להרג ולא יעבור ולא קידש השם ע"ש. ולפ"ז שפיר כתב הרשב"א דלנקוט באני רבעתי דבשלמא הרשב"א שפיר כתב דל"ש פלגינן דיבורא כיון דאחר מכחיש וא"כ ע"כ נ"ל דלא לו כוון רק לאחר וא"כ כבר נתכחשו אבל לר"י דס"ל דאדם משים עצמו רשע בכה"ג דנאמן על חבירו וא"כ ליכא שוב הכחשה וכמ"ש הנוב"י לפרש סברת ר"י שם דודאי גם הוא ס"ל דאאמע"ר רק בכה"ג דמעיד על חבירו כל דל"ש פלגינן דיבורא נאמן גם על עצמו א"כ שוב ל"ש לומר דאינו נאמן דרשע הוא די"ל פלגינן דיבורא וא"ל דנתכחשו דלא נתכחשו כלל בכה"ג שאומר שהיה אונס כ"כ דחבירו לא ידע מזה ודו"ק ומ"ש עוד ראיה מדלא נקט אני באתי על אשת פלוני והקשה דא"כ מה קמ"ל ועיקר רצה לאשמועינן דאדם קרוב אצל אשתו לפענ"ד י"ל דהרי התוס' הקשו דמה קמ"ל בזה הא היא משנה דכל הפסול לבעלה פסול לאשתו וכתבו דקמ"ל דסד"א מתוך שנאמן על חבירו נאמן אצל אשתו וא"כ זה יכול לאשמועינן גם באני באתי אצל אשתו של פלוני דס"ד דמתוך שנאמן על חבירו נאמן גם על עצמו ואשתו והוא והם שווים וכמ"ש התוס'.

ד ובזה יש ליישב גם מה שלא חלק הרשב"א בסי' תקנ"ב כחילוקו שכתב בסי' אלף רל"ז ועיין בח"ץ ונוב"י ולפמ"ש א"ש ודו"ק ועיין בבעה"ת שער ל"ח ח"ג אות ד' דמה שפירש דע"א בב"ק הנ"ל היינו עדו' מיוחדת ע"ש ודו"ק. עוד היה נראה לי בכוונת הרשב"א הצ"ב דמ"ש באומר אני זניתי דל"ש פלגינן דיבורא הא גם בזה שייך לומר פלגינן דיבור' ולא

על עצמו כוון והוה עדו' גמור על חבירו. אמנם נראה דבאמת הראב"ד הקשה גבי אלעא וטוביה קריבי' דלוה דאמאי לא נימ' פלגינן דיבורא וכמו גבי פלוני רבעני וכתב דהוה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה משא"כ לגבי עצמו אינו בתורת עדו' והובא ברא"ש פ"ק דמכו' ע"ש ולפ"ז נ"ל הדבר ברור דע"כ ל"ש לומר דלגבי עצמו אינו בגדר עדו' ולא בטל כלו היינו כשהתחיל להעיד על חבירו דא"כ כבר העיד ורק במה שמעיד על עצמו אמרינן דאינו בגדר עדו' כלל ולא נפסל מה שהעיד כבר אבל אם התחיל בעדו' על עצמו ניהו דנימא פלגינן דיבורא אבל א"א לומר דאותו המאמר שהוא אומר יהיה נחשב לעדו' דהא על עצמו אינו בגדר עדו' כלל וע"כ לא נחשב לכלום ושוב כשתסלק זאת לא נשאר אח"כ כלום וז"ב מאד בכוונתו ולפ"ז מיושב היטב מהרגתיו דשם ל"צ לעדות כלל דאטו ע"א מתור' עדות נאמן והרי אף עכו"ם ועבד ושפחה נאמן בעדו' אשה וא"כ שם שפיר אמרינן פלגינן דיבורא דשם ל"ש לומר עדו' שבטלה מקצתו דגם על חבירו אינו בגדר עדות כלל:

ה ובזה מיושב גם מה שלא חילק בסי' תקנ"ב כמו שחילק בסי' אלף רל"ז ולפמ"ש א"ש דשם כיון דאף אם שמע מעוף הפורח נאמן א"כ ל"צ לגדר עדו' ושפיר אף בכה"ג שפיר אמרינן פ"ד ודו"ק היטב. ובזה יש ליישב מה שדייק הרשב"א מאני רבעתי את פלוני שנתקשה הנוב"י דא"כ לא יתכן לר"י דהיאך משכחת לרצונו ולפמ"ש י"ל דהרי באמת צריך להבין לפמ"ש הרשב"א דלא מצי לומר לאונסו כגון דאמר התקשה ואי לא קטלינן לך דאף בזה משים עצמו רשע וכבר כתבתי לעיל בשם האחרונים דכוונת הרשב"א דאף שלא נעשה רשע כל שלא מסר עצמו בזה מ"מ לעשו' עצמו רשע אף בכה"ג שייך אאמע"ר ולפ"ז צריך להבין כיון דכל עיקר כוונת הרשב"א הוא משום עדו' שבטלה מקצתו והרי מבואר בש"ע חו"מ סי' למ"ד דכל שאפשר ליישב דברי העדים אף באופן רחוק מישבין שלא יהיו הדברים סותרין ועיין בט"ז שם דבכל מידי שיש לתלו' שעדים עבידי דטעו מוקמינן להו אחזקת כשרו' ע"ש וא"כ למה לא נימא פ"ד בכה"ג דהא עכ"פ העדים עבידי למטעי דאף דנימ' דהרשב"א ס"ל דאף בכה"ג מחוייב להרג ואל יעבור מ"מ עכ"פ העדים עבידי למטעי ומכ"ש שיקשה על מ"ש הרשב"א אח"כ וא"ל דפ"ד שנתקשה לאשתו ותקעו אותו בפלוני דבכה"ג דל"ש לא תלינן להכשיר העדו' והדבר יפלא דכל מה דיכולין ליישב העדי' אף בדוחק מיישבין והיא קושי' גדולה וצ"ל דע"כ לא מבואר בש"ע דיש ליישב דברי העדים היינו כל שאם לא ניישב אותם יהיה עדותם מוכחש ויהיו רשעים ששקרו והוכחשו בזה שפיר צריך ליישבם כדי שלא יהיו מוכחשי' ונוצי' אותם מחזקת כשרותם אבל כאן כיון דמעיד על עצמו ואדם קרוב אצל עצמו ואמע"ר וא"כ

לא נעשה רשע בזה וכיון שכן שפיר כתב הרשב"א דלמה נדחוק ליישב עדותו בדוחק כה"ג ולמקטל לאחר ול"ש שנעשהו כשר דז"א דבלא"ה אינו מע"ר וז"ב מאד. ומעתה זה לרבא אבל לר"י דס"ל דאדם מע"ר ועי"ז אינו נאמן א"כ יהיה רשע בזה שפיר פ"ד כדי שלא יהיה רשע וז"ב מאוד. ובאמת גוף סברת ר"י דס"ל דאדם משים עצמו רשע תמוה כמ"ש הנוב"י דהכי יכחיש דאדם קרוב אצל עצמו ולפמ"ש י"ל דר"י ורב' נחלקו בסברת הראב"ד אם בע"ד בגדר עדו' ובטל העדו' או אינו בגדר עד כלל ור"י סביר' ליה דהוא בגדר עד ובטל כל העדו' ורבא ס"ל דאדם קרוב אצל עצמו ואאמע"ר ומדוקדק לשון רבא והחוות יאיר נתקשה הרבה בלשון רבא שהאריך כ"כ ולפמ"ש מיושב ודו"ק היטב בכל מ"ש כי מיושב בזה כל קושיות הנוב"י שסתר דברי הרשב"א מכל וכל ולפמ"ש סתירת זקנים בנין:

[1] והנה בחידושי אמרתי בהא דהקשו בתוס' כתובות דף כ"ב בהא דמוקי בכשניסת לאחד מעידיה והקשו מהא דאמרינן הרגנוהו לא ישא את אשתו ואמרתי בזה דבהרגנוהו שפיר דלא ישא את אשתו דהרי בהרגנוהו ע"כ צריך למפלג דיבורא ולומר דהוא לא הרגו רק אחר וכדאמרו ביבמות דף כ"ה דמוקי לה כרבא וא"כ בכה"ג שפיר דלא ישא את אשתו דשפיר חיישינן לחשדא שמא העיד בשביל שישאנה דבשלמא בכל עד דעלמא שפיר אין לחוש דלא יאמר כדבר הזה דעביד לגלויי בשביל שישאנה אבל כאן דע"כ פלגינן דיבוריה וא"כ אף אם יבורר הדבר שלא נהרג לא יראה כמשקר דהרי ע"כ אנו אומרים שלא הרגו הוא רק אחרים וא"כ י"ל דלא דק כ"כ וכעין זה כתב הנוב"י דבע"א שמעיד שמת פלוני נאמן מן התורה אבל עד מפי עד ל"ש דעביד לגלויי דהוא מפי עדים אחרים ע"ש וה"ה בזה כיון דע"כ פלגינן דיבורא ל"ש כ"כ דמחזי כמשקר איברא דשם מבואר דבמת ג"כ לא ישא את אשתו ושם ל"ש זאת. אך באמת ממת לא הקשו התוס' כלל דזה ידעו התוס' דבע"א ודאי לא ישא את אשתו מפני החשד ורק מהרגנוהו דס"ד דמיירי בשניהם מזה הקשו דשנים לא חשידי וכמ"ש התוס' וא"כ מהרגנוהו ל"ק כלל וכנ"ל וע"ז משני דלא מיירי בשנים דלא חשידי רק שאומר שהרגו עם אנשים אחרים וז"ב. ובאמת מה דס"ד של תוס' דהרגנוהו מיירי בשנים היינו משום דק"ל קושית התוס' ביבמות דף כ"ה ד"ה שתי שהקשו ל"ל הרגנוהו ת"ל ממת והרגתיו וע"ש שכתבו דלא תני אלא לדר"י ולפ"ז לכך ס"ד דמיירי בשנים וקמ"ל דאף בזה לא ישא את אשתו. איברא דלפ"ז יקשה מה פריך ביבמות שם בדף כ"ה מ"ש הרגתיו מהרגנוהו דלמא הרגנוהו מיירי בשנים ושנים לא חשידי וצ"ע על התוס' שלא הוכיחו מקושית הש"ס ביבמות דהרגנוהו לא מיירי בשנים ויש לדחות דא"כ יקשה על הת"ק ובמה נחלקו הת"ק ור"י ודו"ק. ובלא"ה

י"ל דשם משמע להש"ס דהרגנוהו תנשא אף לאחר וא"כ ל"ש החילוק הנ"ל. ומדי דברי זכר אזכור הא דפריך שם והתניא א"ל לר"י מעשה בלסטים א' וכו' ועיין מהרש"א שם דהקושיא היא על ר"י ע"ש והרשב"א בחידושיו תמה תמיה גדולה דלפי הס"ד שם דסבר דלסטים היינו לסטים ממש ויצא להרג עפ"י ב"ד א"כ גם על הת"ק קשה דאמאי נאמן והשיאו את אשתו והא גזלן דאוריית' אינו נאמן והיא קושיא גדולה ואמרתי בזה עפמ"ש שחידש הנוב"י בסי' ע"ב שם דאם אמרינן דלא פלגינן דיבורא אז אמרינן מתוך שנאמן על חבירו נאמן גם על עצמו במקום דפסולים בעבירה נאמנים נאמן גם הוא בעצמו וע"ז הקשו לו בנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' ע"ז בסופו דא"כ מה קאמר ר"י בהרגתיו דלא תנשא והא לר"י דס"ל דלא פ"ד וא"כ יהיה נאמן גם על עצמו ואף דרשע דאורייתא אינו נאמן משום דמשקר וכאן דאמרינן דנאמן ואינו משקר מהראוי להאמינו גם על עצמו ע"ש שהגאון נדחק שם בחילוקים דקים. אך לפענ"ד נראה עפ"מ שהקשו התוס' שם ד"ה לימא דהכא ס"ל לר"י דלא פ"ד ובפרק החולץ ס"ל לר"י דנאמן לפסול את עצמו ואין נאמן לפסול את בניו ע"ש שנדחקו. ואני לא זכיתי להבין דבריהם הקדושים דאדרבא למה דאוקמא דר"י ס"ל כר"י והרי לרב יוסף בלרצונו רשע הוא ואינו נאמן בעדותו א"כ חזינן להיפך דבשביל דנאמן ונעשה רשע שוב אינו נאמן בעדותו וא"כ אדרב' שפיר ס"ל לר"י דנאמן לפסול עצמו וכיון שאומר שהוא נכרי שוב אינו נאמן על הבנים דנכרי אינו נאמן והיינו דאמר רנב"י לדבריך נכרי אתה ואין עדו' לנכרי והיינו דכיון דהוא נכרי אין לו תורת עד על הבנים וגם כאן לפי דמהמנינן ליה ואינו נאמן על הנהרג דאין אדם מע"ר וא"ל דאדרב' יקשה דנימ' דמתוך שנאמן על האחר נאמן על עצמו ז"א דלר"י לא ס"ל כן דהרי אמר דנאמן על עצמו ואינו נאמן לפסול את הבני' וע"כ קושי' התוס' צע"ג ואולי קושית התוס' לרבינ' דאמר בדף מ"ז דנאמן על הבנים ואינו נאמן על בני בנים והרי חזינן דנאמן על הבנים אף דאין עדו' לנכרי ומיהו אין ראיה דשם י"ל דכל שהוא בנו האמינו התורה משום יכיר אף דלדבריו נכרי הוא ובאמת לא קי"ל כרבינ' רק כרנב"י עכ"פ יהיה איך שיהיה שפיר לר"י לא תנשא בהרגתיו דכיון דלא ס"ל פ"ד א"כ הוה רשע ואינו נאמן ולדידיה לא ס"ל דמתוך שנאמן על חבירו כשם דס"ל דנאמן לפסול עצמו ואינו נאמן לפסול את הבנים וז"ב מאד ולפ"ז לרבנן לא היה יכול להקשו' די"ל דאדרב' לשיטת הרשב"א דהיכ' דא"א למפלג דיבורא אמרינן מתוך שנאמן על חבירו נאמן גם על עצמו א"כ בהרגתיו דא"א למפלג דיבוריו וכמ"ש הרשב"א באני זניתי ובפרט למ"ד בחד גופ' לא פ"ד א"כ ל"ש בהרגתיו פ"ד וכמו שהאריך הנוב"י בסי' ע"ב שם לדחות דברי הרשב"א עי"ז וא"כ לכך נאמן והשיאו את אשתו אבל על ר"י פריך שפיר דהוא לא ס"ל סבר'

זו וכמ"ש ודו"ק. עוד י"ל דהנה האחרוני' הקשו לפמ"ש המהרא"י סי' רכ"ד וכן קיי"ל באהע"ז סי' י"ז סעיף וא"ו בהג"ה דבמומרי' שחזרו בתשובה אם אמרו בלי רמיה ועיקול נאמנים א"כ מה מקשה מהך לר"י דלמ' הך מעשה מיירי דאמר בלי רמיה ועיקול אמנם לפענ"ד נראה דע"כ לא אמרינן דברשעים נאמנים כשאומרים בלי רמיה ועיקול אם הם רשעים מכבר כל שאומרי' בלי רמיה ועיקול נאמנים אבל כל שנעשו רשעים בהגדתם והתור' אמרה דאל תשת רשע עד א"כ פשיט' דאף בלי רמיה ועיקול דאינו נאמן דאדרב' אם נימ' דאינו משקר א"כ הוא רשע והתורה פסלו לעד. ומעתה לר"י דס"ל כרב יוסף דאדם מע"ר וא"כ נעשה רשע בעדותו ולכך אינו נאמן אף כשאומר בלי רמיה ועיקול ז"ב מאד ולפ"ז לרבנן דס"ל כרבא דאאמע"ר וא"כ ניהו דיצא להרג והי' רוצח מ"מ בעדותו אינו מע"ר דפ"ד ושפיר אמרינן דנאמן כשאמר בלי רמיה ועיקול וז"ב מאד ודו"ק:

ז ועד הפלפול הי' נ"ל דלכך לר"י לא תנשא אף דלא פ"ד ומהראוי לומר מתוך שנאמן על חבירו נאמן על עצמו וכמ"ש הנוב"י דע"כ לא אמרו זאת רק היכ' שאם נימ' דנאמן על חבירו מכל וכל אבל כאן דאם היה רוצה בעצמו ליש' אינו נאמן כדס"ל לרבנן דבמת הרגתיו אינו נאמן א"כ לא האמינו אותו לגמרי וא"כ ל"ש לומר דהאמינו על עצמו מתוך שנאמן על חבירו דהרי גם על חבירו אינו נאמן במה שנוגע לעצמו וא"כ ממיל' אינו נאמן על עצמו לגמרי וז"ב מאד בסברא איבר' דלפ"ז יקשה מה פריך הש"ס מ"ש הרגנוהו מהרגתיו ומאי קושי' ודלמא הרגנוהו דאמר ר"י היינו בשנים שאומרי' כן ושנים אינם חשודים בשביל אחד וכמ"ש התוס' בכתובות ד' כ"ב הנ"ל וא"כ מותר גם הוא לישא וא"כ לר"י דלא אמרינן פ"ד וא"כ מתוך שנאמן על חבירו לגמרי דמותר לישאנה ג"כ ולכך נאמן על עצמו ג"כ משא"כ בהרגתיו והיא קושי' גדולה לפענ"ד ול"ש מ"ש לעיל בישובו דמהראוי להאמינו גם על אחרים וצ"ל דר' יהודה ע"כ לא ס"ל חילוק הלז דהרי אמר נאמן לפסול עצמו ואינו נאמן לפסול את בניו וכמ"ש לעיל ושפיר פריך והוצרך לשנויי באומר אני הייתי עם הורגיו ובזה יש ליישב מה דק"ל טובא דאמאי נטר הש"ס למפרך והתני' עד דשני ליה באומר אני הייתי עם הורגיו דהא קושיא זו קאי על הרגתיו והי' לו לפרוך על המשנה דאמר הרגתיו לא תנשא והא תני' באומר אני הרגתיו ומזה ראיה לפירוש המהרש"א בתחלתו דוהתניא היא בניחות' ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת בלא"ה לא הי' קשה דשם הי' מקום לפרש דאמר אני הרגתי והי' עוד אחד ולכך השיאו וכנ"ל ולפמ"ש המהרש"א להגיה כמ"ש בתוספת' נראה להדיא דהי' גריס שאמר הרגנו ע"ש דלא יתיישב באופן אחר ולכך פריך דלר"י ל"ש זאת דהוא לא ס"ל הסברי' הלז וע"ז משני דמיירי באומר אני הייתי עם הורגיו ובכה"ג ודאי נאמן. ובפשיטו' י"ל בישוב הקושיא

הנ"ל דלמה נטר הש"ס עד הכא דהרי התוס' פירשו דאף דלא אמר בהדי' אני הייתי אנן מפרשי' כן וע' ברשב"א דהוסיף משום דאל"כ למה אמר כלל הרגנוהו ע"ש ולפ"ז שפיר י"ל דגם המקשן ידע דשם מיירי באומר הרגנוהו וכמו שנרא' מהמהרש"א שהגיה כן ורק דכיון דיצא ליהרג אין סברא לשנו' דבריו דהיו עם הורגיו דחזי' שהרג דהרי דנוהו להריג' וע"ז משני דמיירי שאמר בהדי' אני הייתי עם הורגיו ומיירי בדיני או"ה דלא דייקי וקטלי וא"כ לכך נאמן והמעיין במהרש"א יראה דלפמ"ש הוא ז"ל הדבר דחוק מאד ולפמ"ש יתיישבו הדברים באופן מרווח ת"ל ודו"ק היטב בכל מ"ש כי הדברים חריפים ומתוקים מאד ת"ל. והנה לכאור' תמהני בהא דאמר ר"י הרגתיו לא תנשא אשתו וק"ל טובא לפמ"ש הרשב"א בתשו' והובא בב"י יו"ד סי' קי"ט דע"כ לא פסול גזלן דאורייתא רק בדבר שצריך עדים כשרים אבל באיסורין שאף עבד ושפח' כשרים אף משומד לדבר אחד כשר לדבר אחר ע"ש וא"כ הכא שגם עבד ואשה כשרים למה לא יכשר אף דאמר הרגתיו דניהו דנעש' רשע מ"מ כשר. הן אמת דרש"י כ' בר"ה דף כ"ב ד"ה לעדות דדוקא גזלן דרבנן אבל גזלן דאוריי' דחציף לעבור בפרהסיא לא הכשירו חכמים לעדות אשה והדבר יפלא כיון דעבד ואשה כשרים גם גזלן דאורייתא כשר להרשב"א וכבר תמה בזה בשו"ת גוא"י חיו"ד סי' ס"ב. ולכאור' רציתי לומר כיון דכל הטעם דע"א נאמן בעדות אשה הוא משום מלתא דעל"ג לא משקרי אינשי וכיון שהוא גזלן דאוריית' וחציף לעבור בפרהסיא אמרי' דחציף ג"כ שישקר במלתא דעל"ג ולא הכשירו חכמים אותו ולפ"ז גם בהרגתיו י"ל דכיון דהוא חציף לעבור בפרהסיא לא נאמן בעדות אשה. אך באמת עדיין קשה דלר"י דאמר הרגתיו לא תנשא ומטעם דס"ל כרב יוסף דלא אמרי' פ"ד ונאמן שהוא הרגו רק כל שנאמן באמע"ר וא"כ כל שנאמן שוב אף רשע דאוריי' נאמן כמ"ש הרשב"א ול"ש כאן לומר דאף במלת' דעל"ג אינו נאמן דהרי באמת אתה מאמינו לר"י רק שתאמר שהוא רשע ופסול לעד והרי כאן רשע כשר. ובזה הנה מקום אתי ליישב קושיית הרשב"א הנ"ל דגם לרבנן יקשה דאמאי נאמן להשיא את אשתו להס"ד דנהרג עפ"י ב"ד הרי הוה רשע ולפמ"ש א"ש דבאמת כל שנתברר לב"ד שהוא הרג עד שהרגו אותו שוב אף גזלן דאוריי' כשר דהרי חזי' דלא משקר אבל עדיין יקשה על ר"י וכמ"ש וע"כ נרא' העיקר בכוונת הרשב"א דע"כ לא מכשיר הרשב"א גזלן דאוריי' רק באיסורין שא"צ תורת עדו' כלל ומה שעד נאמן הוא לא מתורת עדו' דאף בע"ד בעצמו נאמן באיסורין וא"כ גם גזלן דאוריי' נאמן אבל בעדו' אשה דבאמת צריך עדות ורק דחזי"ל הקלו משום מלתא דעל"ג ומשום דייקא ומנסב' והכשירו גם עבד ואשה שיהי' עליהם שם עד ולכך כל שהוא גזלן דאוריי' לא הכשירו אותו ושוב אף דאינו משקר לא נאמן וז"ב לפענ"ד וכן

דייק לשון הרשב"א שם בסי' ת"ל ובש"ע שם וע' בסי' קכ"ז ביו"ד בש"ך ס"ק כ' וברא"ש בבכורו' פרק עד כמה ובתוס' שם דף ל"ו ודו"ק היטב ובזה מיושב כל מה שהאריך בשו"ת גוא"י שם:

ח ואגב אזכור מה דשאל אותי הרבני המופלג מו"ה מרדכי מיזיש ני' בהא דפריך הש"ס והלא הוא עצמו אינו משלם אלא מגופו הביאהו לב"ד וישלם לך והקש' הוא לפמ"ש התוס' בב"ק דף מ"ה ע"א ד"ה השתא דשור תם שמשלם מגופו לניזק לא יוכל השומר לומר הש"ל דהא מזיק ע"י פשיעת השומר ונפל ברשות ניזק וא"ה שוב נ"מ דאם אינו פטור מחצי כופר רק בשביל דאומר הביאהו לב"ד וישלם לך והיינו דמשלם מגופו וא"כ שוב לא יוכל לומר הש"ל כיון דמשועבד להניזק ולכך אצטריך קרא לפטרו מכופר וא"כ שוב יוכל לומר הש"ל והשבתי דאין מקום לדבריו דהכי אמר ר"ע דא"א לומר כלל שיצטרך לשלם חצי כופר כיון דאינו רק מגופו והרי הוא נאסר והביאהו לב"ד וישלם לך והיינו דהרי נאסר ואין לו ממה לשלם וא"כ ל"צ קרא ע"ז דהא א"א לומר כלל דחייב כופר כיון דאין לו ממה לשלם דגופו נאסר וז"ב ופשוט:

ט והנה בהא דאמרו בש"ס שם דעפ"י עצמו פשיט' וע"ש ברש"י ותוס' דה"ה עפ"י ע"א פשיט' דמקרי מודה בקנס אף שיש ע"א כיון דאי בעי הי' נשבע ונפטר מקרי מרשיע עצמו וע"ש בשיטה שנחלקו בזה הקדמונים דמה שמודה להעד לא חשוב מודה בקנס ע"ש וק"ל טובא דא"כ מ"פ בדף ע"ד ע"ב ע"פ ע"א פשיט' ופירש"י בשלמ' עפ"י עצמו קמ"ל דמודה בקנס פטור אלא עפ"י ע"א פשיט' וקשה הא י"ל דקמ"ל דאף שמודה לדברי העד מקרי מודה בקנס ופטור או שאינו חייב לשבע נגדו דאם הי' מודה מפטר ל"ש שבוע' ע"ז וצע"ג. והנה בהא דאמרו בב"מ דף ג' ופיו אינו מחייבו ממון והא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי מאי ממון קנס ומה פיו שאינו מחייבו קנס וק"ל טובא לפמ"ש הקצה"ח דענין הודאת בע"ד הוא מתורת עד פסול ולגבי עצמו גם עד פסול מקרי עד ולפ"ז הרי בע"א לא מקרי מרשיע עצמו לשיטת הרשב"א מכ"ש בהודאת פיו שהוה כמאה עדים לגבי עצמו ובשלמ' למהריב"ל דהוא מתורת חיוב ומתנ' א"כ בקנס לא יוכל להרשיע עצמו אבל כשהוה עד פסול ולגבי עצמו מקרי עד א"כ למה לא יוכל לחייב קנס אמנם י"ל דזה גלתה תורה דמקרי מודה בקנס דמ"מ בא עפ"י עדות עצמו ונקרא מרשיע עצמו ופטור ודו"ק.

סימן מא

א להתורני והרבני מוה' זאב מילידי לבוב וכעת בצעשניב:

ב אשר שאל אותי במה שנסתפק בנזיר שנטמ' והביא קרבנות טומאה ואח"כ רוצה לשאל על נזרו אם מועיל כיון דכבר הביא קרבנו' טומאה הו"ל כמו לאחר הקרבת הקרבן דכתבו התוס' בכריתו' דף י"ג דכל שנזרק דמן ל"ש שאלה והטעם נ"ל דהוה כתרומ' ביד כהן כיון דהוה מעשה אין דיבור מוציא מידי מעשה וה"ה בזה וע' ש"ך חו"מ סי' רנ"ה. ואמר ששאל זאת לגדולי הדור ואין פותר. והנה הדבר ברור לפענ"ד דמועיל שאלה דגוף הנזירות הי' דיבור גרידא וע"ז שואל ול"ד לשם דשם כל שהקריב או שזרק דמו תו לא יכול לשאול על הקרבן שהקדיש דכבר נגמר הדבר ונמסר להקדש ומה מועיל דיבורו שחוזר בו אבל כאן הוא שואל על נזרו והנזירות לא נגמר ולא נעשה בו מעשה ואתי דיבור ומבטל דיבור וראיה ברורה לזה מהא דאמרו בסוטה דף וא"ו ע"ב אלא לבתר דקדוש א"א בשלמא וכו' וכי קדוש שפיר קדוש ומש"ה נשרפת והקשו בתוס' דאמאי לא יוכל לשאול על הקדש כיון דיש שאלה בהקדש ותצא לחולין ואם נימא דכיון דבא ליד ההקדש א"מ שאלה א"כ כאן שכבר היתה בכלי שרת א"כ כבר נתקדיש ול"מ שאלה וע"כ דמ"ל בזה שהי' בכ"ש עכ"פ גוף ההקדש בא ע"י דיבור ואתי דיבור ומבטל דיבור ואף דהתוס' בכריתות כתבו דל"מ שאלה לאחר שהקדש וזרק דמן היינו שם דכבר נגמר כל הדבר אבל כאן דהקרבן בא להשקות הסוטה וכל שלא צריך שפיר מועיל השאלה ולא מקרי מעשה מה שהקריב בכלי כיון דגוף הקדש בא בדיבורו. הן אמת שהמלמ"ל פי"א ממעה"ק הלכה ד' רמז לדברי התוס' אלו וכתב באמת דכל שנתקדש בכלי לא מצי לשאול ע"ש אבל בנ"ד דגוף הנזירות לא נגמר בכלי זה שפיר י"ל דיכול לשאול ולפי דברי המלמ"ל דוקא שם דהקרבן שהקריב דהיינו המנחה זה כבר נגמר הענין שפיר י"ל דל"מ לשאול עליו. והנה בחידושי הרבה הארכתי בזה בדברי המלמ"ל הנ"ל וישבתי כוונת התוס' באופנים שונים. וכעת נראה דהנה בהא דהקשו בתוס' שם לעיל מינה אמאי תקדוש נימא אדעתא דהכי לא קדיש וכמו בנדר בנזיר והלך להביא בהמתו ומצא שנגנב וגם באשה שנדרה בנזיר והפר לה בעלה דאמרי' דאדעתא דהכי לא קדוש. והנה נפלאת היא בעיני ולא זכיתי להבין דבריהם הקדושים דהרי גבי אשם תלוי אמרי' בכריתות דף כ"ג ע"ב דאם נודע לו עד שלא חטא ס"ל לחכמים והכי קי"ל דירעה עד שיסתאב והטעם משום דל"ד לאשם ודאי דשם אדעתא דהכי לא קדיש אבל אשם תלוי דבא על הספק ולבו נוקפו גמר ומקדיש וה"ה בזה ואף דהתוס' כאן כתבו ד"ה דכי דל"ד לאשם תלוי דשם לבו נוקפו היינו באם אמרינן דאין המים בודקין א"כ אין כאן שום ספק וא"צ קרבן כלל כיון דלא בת מקדש היא דא"צ לבדיקת מים וכל שאין המים בודקין אין כאן קרבן אבל כאן דאזלי' דהמים בודקין א"כ שפיר אמרו בש"ס כיון דבת מקדש ומקרב הוא שפיר מנחתה

נשרפת וא"ל דשאני התם דהוא בעצמו מביא קרבן שלו שפיר אמרינן דעל הספק בא כפרה ספיקה והלכה לה אבל כאן דהבעל מביא א"צ להביא על הספק דז"א דמידי דהוה אעגלה ערופה דכתבו התוס' שם בדף כ"ה ד"ה דהא דמי לאשם תלוי דבא על הספק וכל שנאסר מחיים שוב גם אחר שנודע באיסור הראשון עומד והרי שם הב"ד מביאין ואפ"ה כל שנאסר מחיים באיסור עומד וה"ה כאן הא כבר נתקדש בכ"ש וכי קדוש מעיקרא שפיר קדוש מש"ה מנחתה נשרפת וצע"ג על התוס' ולפ"ז י"ל דבקושייתם השנייה הוה ס"ל דכל שכבר נאסר ל"מ להוציאה מיד הקדש ולפ"ז שפיר הקשו כיון דיכול לשאול על הקדישו א"כ לא נאסר מקודם דעכ"פ היו יכולין לשאל על הקדשו טרם שנקדש בכ"ש א"כ אף דכעת לא מצי לשאול נימא דאדעת' דהכי לא קדיש ושוב עכ"פ יכול לשאול דניהו דבלא שאלה ל"מ להוצי' מהקדש דעל ספק בא אבל כל ששואל ודאי מועיל לומר דאדעת' דהכי לא קדיש וז"ב בסבר' לדעתי. מיהו גם בזה יש לדחוק דס"ס כל שבא להוצי' מיד ההקדש א"י להוציא מספק אף שאלה ל"מ. ובזה מיושב דברי התוס' ביבמות דף כ"ה דכתבו שם דכל דאמר איני רוצה להשקות א"י לחזור בו והביאו ראיה דאל"כ אמאי מנחתה נשרפת ותמה באבני מלואים סי' י"א די"ל דמש"ה נשרפת משום דהו"ל נראה ונדחה דאינו חוזר ונראה ובחידושי להלכות סוטה טיילתי בזה בכמה אופנים וכעת נראה דא"ש ג"כ עפ"ז כיון דיכול לשאול על הקדש דשם היה עד שלא נתקדש בכ"ש ושוב הוה בידו לשאול ול"ש דיחוי כדאמרו בזבחים דף ל"ד ושם הארכתי עד"ז ליישב הרבה קושיות ע"ש. והנה בגוף דברי התוס' שהביאו ראיה מדמנחתה נשרפת ש"מ דל"מ לחזור אני תמה מסוטה דף כ"ה דאיבעיא להו אם יכול למחול קינויו אף אחר סתירה וס"ל לאחד מאמוראים דיכול למחול וקשה א"כ אמאי מנחתה נשרפת והא יכול למחול על קינויו וצ"ע. ולגודל חומר הקושיא על התוס' דמאי מקשים בסוטה דנימא דאדעתא דהכי לא קדיש הא כבר נתקדש מספק והו"ל כאשם תלוי וכעגלה ערופה דבא על הספק:

ג והנה לכאור' הי' נ"ל לחלק דהרי בנזיר דף כ"ד אמרו דאדעתא דהכי לא אקני לה הבעל ואף דמשועבד לה בכ"ז כיון דלא צריכה לה לא אקני לה והו"ל כמקדיש דבר שא"ש וא"כ ה"ה בזה ניהו דהיא צריכ' להקרבן אבל הבעל א"צ להקרבן ולכך אף בבא על הספק אמרי' דאדעתא דהכי לא אקני לה והו"ל דבר שא"ש. ויש להמתיק הדברים דאף דהיא היתה צריכ' ובא על הספק וא"כ הי' משועבד אלא שבאמת גם היא לא הי' צריכה דהיא בודאי ידעה האמת שזינת' אלא שמ"מ קשה דשם דוקא כשהבהמ' היא שלו אבל כשהית' שלה הרי הוא קדוש וכדאמרו שם וא"כ בכאן דהבעל מביא הקרבן וא"כ נימא דמספק אקדשה ושוב א"י להוציאו מידי ספק. אמנם נראה דיש לחלק דשאני אשם תלוי

דבא על ספק כפרה אבל בסוטה אינו בא רק לברר עון ולא לכפר וכדאמרו בכריתות דף כ"ד ע"ש וגם עגלה ערופה בא לכפר וגם בעגלה ערופה שיטת רבינו פ"י מרוצח ה"ח דאם נמצא ההורג עד שלא תערף העגלה תצא ותרעה בעדר ומכ"ש כאן דאינו בא לכפר כלל. הן אמת דדברי רבינו תמוהים דמזכה שטרא לבי תרי דכיון דפסק בהלכה וא"ו שם דירידתה לנחל איתן אוסרתה א"כ ישאר קושית הש"ס במקומה דא"כ אמאי תצא ותרעה בעדר הא נאסר' מחיים וכבר התפלא בזה הרשב"א ולא מצא מענה והכ"מ נדחק ע"ש ולפענ"ד נראה דבאמת בתוס' הקשו דמה מקשה נימא דאדעת' דהכי לא הקדיש וכמו באשם ודאי וכתבו כיון דבא על הספק הוה כאשם תלוי ע"ש:

ד והנה בדף כ"ד שם אמר רב דמודי' חכמים לר"מ באשם תלוי שהוזמו עדיו דתצא ותרעה בעדר ואקשיה רבא משור הנסקל ואביי משני ליה ומסקינן דשאני אשם תלוי דמתוך שלבו נוקפו גמר ומקדש וכן פסק רבינו בפ"ד מפהמ"ק הי"ט ע"ש ולפ"ז הא רבינו פסק בעגלה ערופה דנמצאו העדים זוממין הרי זה מותר בהנאה וכמ"ש בה"ז שם וא"כ ע"כ דל"ד עגלה ערופה לאשם תלוי בזה וה"ה דל"ד לענין זה דאם נודע מחיים והש"ס דפריך אמאי תצא ותרעה בעדר היינו רבא שם דרבא הביא ראיה זו ורבא לשיטתו דהוא סובר דגם באשם תלוי כשנמצאו זוממין דקדוש וס"ל דשאני אשם תלוי דבא לכפרה וא"כ שפיר י"ל דעגלה ערופה דומה לאשם תלוי. אבל לדידן דמחלקינן בין אשם תלוי לעגלה ערופה בנמצאו זוממין ה"ה דמחלקינן לענין נודע כנ"ל ברור מאד וסמוכין מצאתי במה שסמך רבינו הלכה זו להלכה שלפניה ואף למאן דלא דריש סמוכין בכל התורה במשנה תורה דריש ואף דלא נודע מקורו של רבינו בה"ו דמ"ש הכ"מ דנלמד מאשם תלוי הוא תמוה דהא באשם תלוי לא קי"ל כן וכבר תמה בזה בחזון נחום הובא בשעה"מ הלכות רוצח שם מ"מ דברי רבינו נאמנים מאד ודו"ק. ובלא"ה דברי הכ"מ תמוהים שם דכתב דלמד מאשם תלוי הא אף אם נימא דאשם תלוי כשהוזמו עדיו לא קדוש היינו דוק' התם כיון דהוא יודע בעצמו שלא אכל סבר עדים מזמו להו אבל בעגלה ערופה דלא נודע אם אומרים אמת או שקר לא וכדמחלק רבא שם לענין שור הנסקל וכן פסק הרמב"ם בהל' נזקי ממון פי"א הי"ג וה"ה כאן ודברי הכ"מ צע"ג וגם דברי רבינו צ"ע מקורו. עכ"פ רבינו אמרו ובלי ספק לא עינה מלבו ח"ו וכל יקר ראתה עינו וא"כ גם בה"ח א"ש ודו"ק. אברא דלפמ"ש יקשה על רבינו דדייק בדף כ"ד משור הנסקל דמיירי בעדי הזמה ודכוותה באשם תלוי ע"ש. ולפ"ז יקשה הא אמאי לא דייק מעגלה ערופה דקתני ג"כ במשנה דתצא ותרעה בעדר ומיירי ג"כ לרבא ע"כ בעדי הזמה כדדייק בשור הנסקל ואשם תלוי וא"כ ע"כ דבעגלה ערופה מותר ול"ד לאשם תלוי ומיהו י"ל דבאמת זהו

קושיית רבא דכיון דנימא דמתסר מחיים באמת יהיה אסור אף בעדי הזמה דדמי לא"ת וע"כ דאינו אוסר מחיים ולכך לא דמי לאשם תלוי ועכ"פ מה שכתב בכוונת הרמב"ם אתי שפיר. שוב יגעתי ומצאתי ת"ל מקור מקומו של רבינו יוצא מתוספת' פ"ד דכריתות שעגלה ערופה שהוזמו עדיו מותר בהנאה והן הן דברי רבינו וכפי שביאר רבינו דאחד בא שראה ההורג ובאו שנים ואמרו שלא ראו ואח"כ באו עדי הזמה דאל"כ ל"ש העדות שלא ראו ועכ"פ זכיתי למצוא מקורו של רבינו הטהור וא"ש הכל ת"ל:

ה ומדי דברי זכור אזכור מה שנשאלתי מהרב החריף אבד"ק בריזדאוויטץ נ"י על דברת התוס' בכריתות דף ח"י ע"א שכתבו בד"ה וחכמים לא היינו חכמים דס"ל ירעה עד שיסתאב דא"כ הוה הקדש גמור וחייב עליו בחוץ וע"ז שאל דאכתי מאי פשיט' להו דהקדש גמור הוא הא אינו ראוי לבא בפנים כיון דירעה עד שיסתאב והיא קושיא גדולה. והשבתי דהנה התוס' כתבו לעיל מינה ד"ה השוחט דהכא מיירי קודם שנודע לו ולפ"ז איכא ס"ס להחמיר ספק שמא יוודע לו שהוא חייב וא"כ אשם תלוי בא לכפר ושמא לא יוודע לו כלל וא"כ ודאי בא לכפר ובכה"ג שיש ס"ס מקרי אקבע איסור' וחייב לרבנן דכל שיש שתי צדדים לחיוב ודאי מקרי אקבע איסור' וגם אף שימצא שלא חטא מ"מ קדש הוא פשיט' דאקבע איסור קודש עליו וז"ב. ושוב מצאתי און לי בשו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קס"ג ע"ש בסופו שכ' דבס"ס מקרי אקבע איסור ע"ש ומהתימה עליו שאחר שהביא דברי התוס' שם מדוע לא הרגיש בדברי התוס' שהן תמוהין וליישבם עכ"פ נכון מ"ש ת"ל ודו"ק:

ו והנה לכאורה היה נ"ל דנזיר טמא אי נימא דמועיל שאלה א"כ זה גופא יכול להיות הפתח חרטה דאם הי' יודע שיטמא לא היה נזיר ואולי מקרי זה נולד דטומאה ל"ש ואין פותחין בנולד וע' נדרים דף ס"ד ובנזיר דף ל"ב גבי טעות שטעה נחום המדי. ומדי דברי זכור אזכור מה דק"ל גבי טעות שטעה נחום דא"ל אלו הייתם יודעין שבהמ"ק חרב הייתם נודרים וק"ל לי טובא דהרי הכו"פ הקשה למה לא יביאו ק"צ בזה"ז דהא מקריבין אע"פ שאין בית ואי דכלנו טמאי מתים הא ק"ץ דחי טומאה וכ' דאין לנו כהנים מיוחסים ולפ"ז שם דאף דהוה קרבן יחיד הא היו נזירי טהרה ועלו להביא קרבן וא"כ היו יכולים להקריב אע"פ שאין בית וכהנים מיוחסים מסתמא היו שם דהא היו תיכף אחר החורבן והנזירים לא ידעו דחרב עדיין וא"ל דהכהנים טמאים דמסתמא נשמרו מטומאה בזמן קצר כזה וגם הא היה להם אפר פרה לטהר ואף בזמן האמוראים היו להם אפר הפרה כדאמרו חבריא מדכן בגליל וע' רא"ש ור"ש פ"ג דחלה ובמלמ"ל גבי שאלה דמת מומיא שם הביא דכשגלו לבבל העלו עמהם אפר הפרה וא"כ היו יכולים לטהר עצמם וא"כ

מה פתח חרטה שייך בזה. ואולי י"ל כיון דעכ"פ מקום מזבח הי' צריך וגם מזבח חדש וע' תוס' זבחים דף נ"ט ודף ס' ד"ה מ"ט וזה שייך חרטה גמורה דאלו ידעו שיצטרכו לבנות מזבח חדש לא היו נודרים. ובלא"ה נלפענ"ד דבאמת כלאים היו בבגדי כהונה ולא הותר לשיטת רבינו רק בשעת עבודה וא"כ אף דמקריבין אף שאין בית היינו קרבנות ציבור דחובה להקריב בכל יום אבל קרבן יחיד דנזירות וכדומה א"כ ל"ש לומר דידחה דלמה ידחו הכהנים הל"ת בשביל זה וא"ל דניח' ליה לכהן לעשות עבירה ואיסור' זוטא מלעבור הנזיר עבירה גדולה וכדאמרו בשבת דף ד' וכדומה דז"א דל"מ אם נזיר טהור ג"כ מקרי חוטא קצת א"כ הו"ל ע"י פשיעה ובכה"ג לא דחי ואין אומרים לו לאדם חטא בשביל שיזכה חבירך אלא אף למ"ד נזיר טהור מצוה קעביד מ"מ עכ"פ כיון שיכול להתחרט אם נימא דפותחין בנולד א"כ עכ"פ זה גופא פתח חרטה הוא שיצטרך הכ"ג לדחות הל"ת דכלאים עבורו ודו"ק היטב כי היא הערה חדשה:

ז ובזה יש ליישב מה דאמרו בע"ז דף י"ג דאינו ראוי להקרבה בזה"ז וקשה הא מחייב שוחט בחוץ בזה"ז דראוי להקרבה וכבר הארכתי בזה הרבה בחידושי להלכות איסורי מזבח. ולפמ"ש יש ליישב דבאמת ראוי להקרבה כשיהי' קרבן צבור אבל קרבן יחיד פטור דבאמת אינו ראוי להקרבה משום בגדי כהונה ודו"ק וע' בתוס' חולין דף מ"ם ובתוס' זבחים דף ס' ודו"ק:

ח והנה במה שהבאתי למעלה דברי הש"ס גבי אשם תלוי שהוזמו עדיו דתצא ותרעה בעדר הנה הקרה ד' לפני ספר מנחת אהרן וראיתי שהקש' בסנהדרין דף י' בשם חכם אחד דהיאך משכחת לה שיביא אשם תלוי כל שהוזמו עדיו דהרי ע"כ הוא צווח שלא אכל שהרי לכך תצא ותרעה בעדר משום שאין לבו נוקפו כלל והרי אנן קי"ל כרבנן דר"מ דבאומר לא אכלתי אינו מביא קרבן דמה אם ירצה יאמר מזיד הייתי ע"ש שהאריך בפלפול. והנה לפמ"ש התוס' בב"מ דף ג' דהכוונה דרבנן דבאמת הוה מיגו במקום עדים רק דמיירי שלבסוף אמר שהוא מזיד ואנן אמרי' דמה שאמר בתחלה לא אכלתי היה הכוונה שלא אכל שוגג רק מזיד א"כ כאן י"ל דמיירי דמתחלתו עד סופו צווח שלא אכל כאשר אגלאי מלתא שעדי שקר היו שהרי הוזמו א"כ בכה"ג ל"ש מגו דהוה מגו במקום עדים ומכ"ש שלא נוכל לתרץ דבריו כל שאינו חוזר בעצמו מדיבורו הראשון וז"ב ופשוט. ובלא"ה י"ל דהרי התוס' הקשו שם דאיך שייך מיגו דמזיד הייתי דהא אין אדם מע"ר וכתבו בשטמ"ק בב"מ שם בשם מהר"ף דיכול לומר שנתחב לו בשגגה וכשהי' במקום שלא יכול להחזירו נודע לו שחלב הוא דאינו רשע ומ"מ אינו חייב חטאת דהא חייבי חטאות בעינן שיהיו תחלתן וסופן בשגגה ע"ש ולפ"ז שפיר משכחת לה לענין אשם תלוי

דל"ש מגו כיון דבאשם תלוי חייב אף בכה"ג דעכ"פ מגין עליו מן היסורים דהרי גם בעת שנודע לו שהי' שוגג דהוה ספק חלב ומיהו עדיין קשה דהיו לו מגו דיטעון שאחר כך נודע לו בבירור שחלב ודאי היה ולא יכול להחזיר וצ"ע בזה. והנה הרמב"ם פח"י ממעשה הקרבנות הלכה י' כ' דאשם תלוי וחטאת העוף שהקריבן בחוץ פטור שהרי לא נקבע האיסור ותמה הראב"ד עליו דכל שהקריב דמו ואמוריו בחוץ למה יפטור ותמה הכ"מ דדברי הרמב"ם מפורשים בכריתות דף ח"י וזקני הח"ץ ז"ל הפליא לכתוב בספרו סי' קס"ג ע"ש ואף אני אמרתי אעלה על במתי אבי דהנה באמת הט"ז כ' בש"ע יו"ד סי' שכ"ג להקשות דאיך יתחייב כרת על שחוטי חוץ והא יוכל לשאל על נדרו ע"ש שהאריך דכל שאינו חוזר מחמת עצם ההקדש ל"מ שאלה וכבר הארכתי בחידושי לדחותם וכעת לא אזכור רק מ"ש הנקה"כ דבאמת כל שאינו שואל הרי ההקדש כהלכתו ולכאורה צ"ב דמה ששוחט בחוץ הרי הוא השאלה על ההקדש אך ז"א דכל שהקדישו ושוחט בחוץ לשם קדושת הזבח אהכי חייביה רחמנא. ולפ"ז נ"ל דזה בכל הקדשים דא"א לקדשים שיהיו חולין בלי שאלה וקדושת הגוף לא נפקע בכדי אבל בחטאת העוף הבא על הספק דאם יתברר שלא חטא לא יהי' קדוש וכן באשם תלוי אם יוזמו עדיו לא יקדש ותצא ותרעה בעדר ומשום שלא נקדשה מתחלתו על הודאי רק על הספק וא"כ כל ששוחטה בחוץ הרי זה גופא השאלה שכל שלא נקרבה במקומה לא נתכפר ספקה וא"כ פשיט' דל"ש באשם תלוי דהא יוכל לישאל על ההקדש וזהו השאלה דבשלמא קדשים גמורים אי אפשר לפקע קדושתם רק בשאלה וכל שלא שאל הם קדשים ושחטן בחוץ אבל כאן כיון דעיקרו נתקן רק על הספק שלא יהי' לבו נוקפו דלכך בא אשם תלוי וכן חטאת העוף בא על הספק לכפר ולהתיר וכל שאינו נשחט כהלכתו מה קדושה שייך בזה והוה כאלו עקר הקדושה וכאן יכול לעקור דהוה כאלו הוזמו עדיו או שנתוודע לו שלא ילדה דהרי חזינן ששוחטה בחוץ וא"כ ל"ש לחייב אשחוטי חוץ. ולפ"ז נ"ל דלפמ"ש התוס' בכריתות דף י"ג דכל שכבר נזרק הדם על המזבח א"א לשאול שפיר כ' הראב"ד דבש"ס לא אמרו רק על שחוטי חוץ אבל אם הקריב דמו או חמוריו בחוץ דל"מ שאלה מכ"ש שלא יוכל לעקור הקדושה במה שמקריב דמן בחוץ וחייב וז"ב כשמש ודו"ק היטב והמעיין בשו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל שם יבין כי הדברים נכונים ודו"ק. ובגוף הקושי' של המנחת אהרן בהך דאשם תלוי נלפענ"ד הדבר ברור דמכאן ראיה ברורה למה שמצאתי בתוס' ישנים בכריתות דף י"ב דכתבו בזה דרבנן פטרו הוא דוקא באומר לא אכלתי אבל אמר שומן אכלתי מודו לי' והכי משמע בתוספת' ולפ"ז מיירי כאן דהכחישם שאכל שומן וא"כ בכה"ג נתחייב אשם תלוי וסמך על מה שיביא עדים שיזימו אותם והוא

יודע שאכל שומן ומ"ש רש"י דיודע בעצמו שלא אכל היינו שלא אכל חלב רק שומן. ובזה נלפענ"ד דמדוקדק הא דאמר אביי דכוותי' גבי אשם תלוי כגון דהוכר חתיכה אבל היכא דאכחשי' לאשם תלוי ע"פ עדים לא והדבר תמוה דאכחשי' לאשם תלוי ע"פ עדים לא הוה היפך דלא הוכר החתיכה והרי מיירי כשאמר שלא אכל והי' לו לומר דמיירי שנמצאו השני חתיכות שהי' כאן ולפמ"ש א"ש דניכר החתיכה היינו שכיון שבעדים ע"כ מיירי שטוען שאכל שומן א"כ גם הוכרה החתיכה מיירי בכה"ג דהוכר החתיכה של חלב והוא אכל השומן וז"ב לפענ"ד:

סימן מב

א לחכם אחד.

ב בדבר אשר שאלת בשיעור השהייה במלח שמבואר בש"ע יו"ד סי' ס"ט ס"ו בהג"ה שהוא שיעור שעה והתה"ד סי' קס"ז כ' סמך לזה מהא דאמרו ר"פ תמיד נשחט דף נ"ח דבחל ע"פ להיות בע"ש דאיכ' צלייה דלא דחי שבת אוקמ' ליה אדיניה בשש ומחצה הרי דשיעור צלייה הוא שיעור שעה וכיון דשיעור מליחה היא כשיעור צלי' א"כ גם במליחה הוא שיעור שעה וע"ז הבאת קושית הכו"פ דהא אמרו בשבת דף כ' דמשלשלין את הפסח עם חשיכה וא"כ אין צורך שעה לזה וע"כ דהשעה היא כדי הכנת עצים לצלי וכדומה וא"כ אין ראיה להשיעור והנה גם הבכ"ש בפסחים שם הקשה כן. אך לכאורה רציתי לומר דכוונת התה"ד דבאמת אם נימא דגם לצלי צריך מליחה וכמבואר בסי' ע"ו וא"כ היה הפסח צריך מליחה וע' תוס' פסחים דף ע"ד ד"ה כבולעו וא"כ היה צריך לשהות במלחו שיעור המליחה א"כ לכך היה צריך שיעור שעה לענין המליחה גופא. אך באמת ז"א דמלבד דהלשון של התה"ד אינו מורה כן אף גם דפשיט' דלצלי ודאי לא בעי שישהה במליחה כ"כ ואדרב' בלא הדיחו תחלה אסור שישהה במליח' כמבואר בסי' ע"ו ואף אם הדיחו תחלה פשיט' דלא בעי שיעור שעה בזה אך בגוף קושית הכו"פ והבכ"ש לא ידעתי דאטו הא דקתני משלשלין את הפסח עם חשיכה מיירי עם חשיכה ממש וע' בתוי"ט מ"ש שם לענין אין צולין בצל וביצה עם חשיכה ע"ש דעם חשיכה מיירי קודם שיעור בה"ש ואף דשיעור בה"ש אינו רק ג' רביעי מיל כמ"ש סי' רס"א מ"מ לפמ"ש הב"ח בשם היראים דמתחלת השקיעה הוה לילה וג' רבעי מיל קודם זה הוה השיעור בה"ש א"כ י"ל דלענין זה נחשב השעה מקודם ואף לכל הפוסקים מ"מ מסתמא לא היו משהין כ"כ סמוך לפסח והרי דעת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קנ"א דמה שממעטין זמן אכילה בתחלת אכילתה זה הוה ג"כ מיעוט וא"כ בלי ספק היו צולין שיהי' בתחלת

הלילה ממש ראוי לאכילה ובפרט בפסח בזמנו בהול ועובר על נותר בחצות וא"כ בלי ספק היו צולין שעה קודם הלילה כפשטא דלישנ' ומ"מ קמ"ל דמותר עם חשיכה דהיינו דל"ח לשמא יחתה בתחלת הלילה ממש דאסור וגם בה"ש קודם לזה וז"ב לדעתי בכוונת התה"ד. ובגוף השיעור דנהגו העולם שיעור שעה שנזכר התה"ד סמך לפענ"ד סמך ברור לזה מהא דכ' הרמב"ם פ"ו ממ"א הלכה י' דמניח במלחו כדי הילוך מיל וכ' ה"ה הטעם שהוא ממ"ש גבי עיבוד וכמה כדי עיבוד הילוך מיל ועיבוד ומליחה שוים ע"ש. ובאמת שדבריו תמוהים כמו שתמה הגאון מוהרי"פ הובא דבריו בנוב"י מהד"ק חיו"ד סי' כ"ז דבש"ס חולין דף קכ"ב ע"א ופסחים מ"ו אמרו כמה כדי עבודה ארבעה מילין וע"ש מה שנדחק זה ובאורח' חריפת' וגם בזה לא ישב כהוגן כמו שהקשה לו אח"כ הגאון שנית וע"ש במהד"ת חיו"ד סי' ל"ד ולפ"ז כיון דעכ"פ ה"ה למדנו דעיבוד ושיעור מליחה שווים הם והנה כיון דבאמת שיעור עיבוד הוא ארבעה מילין וכן פסק הרמב"ם בהלכות אה"ט פ"א וא"כ הרי ארבעה מילין הם כשעה וחומש לפי החשבון דשיעור מיל היא רביעית שעה וחלק עשרים מן השעה כמבואר באו"ח סי' תנ"ט ס"ב ועמג"א שם ובחק יעקב שם ועמ"א סי' פ"ט ס"ק ב' דה' מילין הוא שעה ומחצה לפ"ז שיעור ארבעה מילין אין יותר משעה וחומש שעה וא"כ לכך תפסו שיעור שלם שעה כנ"ל סמך ברור:

ג ודרך אגב אכתוב מה שהעירני אחד מהחכמים במ"ש הט"ז סי' ס"ט ס"ק י"ז בשם יש מתרצים דתוס' ס"ל דלא צריך להדחה הראשונ' דהדחה ראשונה משום דם שע"פ הבשר וכאן אין דם שלא הוכשר וע"ז הקשה דא"כ מ"פ הש"ס ותו אי בקדשים כי יצא מהם דם מי מכשיר והא דם קדשים אינו מכשיר והא מש"ה צריך למנקט שלא הוכשר בדם דאם הי' בו דם היה מוכשר דעכ"פ היה צריך הדחה והיה מוכשר והוגד לי שכן הקשה דו"ז הגאון בישועת יעקב. ולפענ"ד לק"מ דבקדשים הי' יכול להדיחו ע"י משקי בית מטבחיא דלא מכשר כדאמרו שהן דכין וע' בפסחים דף כ' ובדף ט"ז ובחולין דף ל"ו ובלא"ה י"ל דהיש מתרצים ס"ל דהתוס' ס"ל דטעם הדחה משום דם שע"פ הבשר היינו כמ"ש הרא"ה שאין המלח מפליט אלא דם הבלוע ולא מה שנתייבש ואם לא ידיחו אותו תחלה יש לחוש שמא לאחר שיניח מלפלוט דם וציר יהא ניתך ויבלענו ופשיט' דהחשש הלז ל"ש בקדשים דכהנים זריזין הם ושבות דמקדש אף במדינה לא גזור וע' בעירובין דף ק"א ומכ"ש בכה"ג דדם קדשים שמלחו בודאי אינו רק מדרבנן וע' במנחות דף כ"א פשיט' דל"ח בכה"ג שמא יהי' מונח כ"כ במלח וגם יפה העירני חכם א' מפאמרין דהא בקדשים יהי' נותר לאחר מעל"ע שפולט ציר והנני יוסיף דעכ"פ מצוה לאכול תיכף וע' שו"ת ח"ץ סי' קנ"א דזה מקרי מביא קדשים לידי פסול מה שלא נאכל תיכף ביום השחיטה מכ"ש

שלא יניחו במלחו ובלא"ה אם נימא כמו שנראה מהרמב"ם וכ"כ הרשב"א במשמרת דאין מולחין רק החלק הקרב ע"ג המזבח לבד לא חלק הכהנים וכמ"ש הרא"ה בספר בדק הבית ע"ש וע' שעה"מ פ"ה ממעה"ק הי"א וא"כ בחלק הקרב ע"ג המזבח לא צריך הדחה ושוב לא הוכשר כלל וגם אם נימא דלצלי ל"צ הדחה וע' בסי' ע"ו א"כ מליחת קדשים דלא היה רק כמליחת צלי וע' במנחות דף כ"א דגרסי התוס' וכן לצלי וא"כ פשיט' דל"צ הדחה וא"כ שפיר פריך הש"ס ודו"ק:

ד ובגוף הקושיא על שו"ת הרמ"א בענין מ"פ עיין כו"פ מ"ש בזה ודבריו תמוהין דכל שסופו לרצון אף שתחלתו לא היה לרצון אפ"ה מכשיר וא"כ כיון שלבסוף שכבר נמלח שוב היה מוכשר מהדחה הראשונה וכן מקשים העולם וכמדומה שכן ראיתי בספר רב משלם שזקני הח"ץ ז"ל דחה כן דברי הגאון מוהר"מ מהראדני שכ' ג"כ כן ע"ש ולפענד"נ דיש לדחות דשאני התם דסופו לרצון היינו שהי' אותו הדבר בעצמו ניח' ליה אבל כאן הדחה הראשונה לא ניח' ליה גם כעת דאם לא הי' מדיחו ולא הי' מולח ומבשל הי' יכול לצלותו. אמנם בלא"ה לפמ"ש הרמב"ם בפ"ו מט"א דבעינן שיהיה מוכשר ברצון הבעלים ובכ"מ הביא כן בשם הרשב"א ולפ"ז משכחת לה שאחר הדיחו ומלחו והדיחו שנית ובשלו דנמצא דהדחה הראשונה לא נתכשר שלא היה ברצון הבעלים דהי' יכולין לצלותו משא"כ הדחה אחרונה הי' לרצון הבעלים ודו"ק היטב כי קצרתי:

ה והנה אחר שנים רבות בשנת תרי"ב ג' כסליו ביאצ"ט של זקנתי הצדקית מרת מרים זלה"ה הגעתי בדרך למודי בחולין דף צ"ג בתוס' ד"ה חתכי' במ"ש שם דמליחה הרי הוא כרותח והיינו כרותח דצלי מדנתן הג' שיעור לשהיית מליחה כשיעור צלייה והוא תמוה מאד למה האריכו כ"כ להוכיח דמליח הרי הוא כרותח דצלי והוא ש"ס ערוך דף צ"ז דמליח הרי הוא כרותח דצלי וצע"ג ובהרא"ש יש קצת שינוי בלשון אבל גם הוא לא הביא הך דחולין הנ"ל ועיין תוס' חולין דף ק"י ע"ב ד"ה כבדא שם דבריהם מדוקדקים:

ו ודרך אגב אזכיר מה שנשאלתי מק' קריפטש שנת תרי"ז כ' כסלו במעשה שאירע שהרבני מו"ה חיים שו"ב חתן השו"ב הישיש מו"ה שלמה הורה במה שאירע שאשה אחת לקחה כמה אווזות סתומים וסגורים עם השומן שעליהם ושטפה עליהם מים תוך ג' ימים להדיחם היטב והורה שכשרים וכן הוא בנוב"י מהד"ת והשומן הפנימי עם האברים שמע שהכשיר הגאון מוהר"ז מרגליות מחמת שהם רטובים ולחים ואח"כ נשאלה שאלה זו לחכם אחד ואסר הבשר כלו והנה הרבני מו"ה חיים הנ"ל הי' מסייע לחותנו הנ"ל בעניני שו"ב כי הוא מוחזק ומובהק וכאשר המתנגדים הנ"ל נתנו עיניהם תקעו כפיהם לבל יאכלו משחיטתו ועשו קשר גם על השו"ב הישיש שהוא בן ששים ושבע שנים

ואינם רוצים לאכול משחיטתו ואח"כ בקשו שבנו של הר"ר חיים הנ"ל יתחיל לעסוק בשו"ב כדי להיות למסייע להישיש זקנו וכעת אינם רוצים גם בזה ולקחו להם שוחט נער ובער וקפחו כמעט חצי פרנסה של הישיש הנ"ל והישיש הנ"ל נסע לסקאלע להרב הגדול מו"ה שלמה נ"י והוא בחן אותו בעשר נסיונות ומצאו שהוא ראוי ונכון והשו"ב החדש הראה סכינו להישיש ואמר לו שהוא פגום והודה ולא בוש וגם הטריף החדש איזה כבש והקצב ידע שאין זה סרכא והכשיר עתה נפשם בשאלתם אודות השאלה של השומן וגם אודות השו"ב הישיש שצריך למסייע מי קודם לסייע. הנה השאלה אמת נכון הדבר שכן מבואר בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' כ"ז אמנם באברים הפנימיים הצריך צלייה והוא היקל ע"פ מה ששמע ממכתב הגאון מוהר"ז ולא ידעתי זאת ועיין במנחת יעקב כלל ד' אות ה' ועיין בנוב"י מהד"ק חיו"ד סי' כ"ד ואף שהחמיר שם נגד השבו"י אבל כל ששטף מים רבים להדיח יש מקום להקל. והנה כ"ז לענין השאלה אבל מה שרצו לפסול השוחט הישיש הנה אף המרדכי שהחמיר לא כתב רק כשהוא שמונים שנה וגם זה רק חומרא בעלמא ועיין שו"ת נוב"י מהד"ת חיו"ד סי' א' ובשו"ת מאיר נתיבים סי' ע"ו וחלילה חלילה לדחותו כל שאינו בן שמנים וגם הוא בקי ואין ידיו מרתתות ומה גם שחתנו ונכדו מסייעים בודאי הם קודמים ובכל המנויים ב"ב ונכדו קודמים מאחר כמבואר סי' י"ג וחתנו הרי הוא כבנו כמ"ש זקני הגאון מו"ה שאול בהגאון מוהרא"ש ז"ל בתשובתו הנדפסת בסוף שו"ת רמ"א הנדפס באמשטרדם יעו"ש:

ז והנה בשנת תרי"ז י' אב נשאלתי שבשלו ראש אווזא שלם והי' ספק אם יש ששים נגד המוח והקרום והוריתי להתיר ואכתוב טעמי דידי דאף שמבואר בסי' ס"ח בהג"ה בזה"ל ועיין לקמן סי' ע"א וסי' צ"ב אם הראש נאסר אי אמרינן חנ"נ ולפ"ז מהראוי לאסור דקיי"ל חנ"נ אף בשאר איסורים הנה הב"י הביא בשם המרדכי בשם רבינו קלונימוס שמתיר לפי שאין בדמו כזית ואף שהב"י כתב שאיזה תלמיד טועה כתבו וע' בשו"ת מהר"מ מינץ סי' ט"ז שבשו"ת מהר"ם פדווא ז"ל מתרץ דבריו וכן מהרש"ל ואף שהבא"ש והת"ח והפר"ח והב"ח כלם דחו דבריו מ"מ עכ"פ יש סמך לזה מיהו בלא"ה הא הב"י הביא שכ"כ הא"ח בשם המנהל והר"י והר"מ ומטעם לפי שהדם שבמוחו יוצא דרך בה"ש ודרך העצם שהוא רך ודרך החוטם ע"י רוטב ויש בו ס' ממנו ואף שהת"ח וכ"כ ברמ"א דלדידן דאמרינן חנ"נ באיסור דבוק ה"ה בזה לפענ"ד נראה דבר חדש דבאמת במליחה לבד קיי"ל דעצם הגלגולת מפסיק ואינו יוצא משם כמבואר בסי' ע"א ס"ג בהג"ה ואף דבבישול כתב הרמב"ן ור"י בשם הרשב"א הובא בב"י שא"א שלא יפלוט אף שמונח בקדרתו. הנה לפענ"ד באיסור דבוק יש בו שני טעמים שמא הגביה לפעמים

אותה חתיכה חוץ לרוטב וגם שאותה חתיכה בלעה טפי והנה כבר הורינו הט"ז בסי' צ"ב ס"ק י"ב דדוקא באיסור תורה מחמרינן אבל בדרבנן לא חיישינן שמא הוציא אותה חתיכה מקודם וגם הטעם השני שאותו מקום בלע טפי ל"ש הכא כיון שפי הקנה פתוח וכל שיוצא חוץ לקדרתו א"כ יצא לחוץ ע"י הרוטב כמ"ש המנהל ואף אם נימא שקצת נשאר במקומו לפענ"ד ע"י בישול יצא כלו וא"א שתסרך במקום הזה. אמנם אף אם נימא שנסרך קצת נגד זה יש בודאי ששים וא"כ יש להקל דדם שבשלו. אינו רק מדרבנן וע' בט"ז סי' ע"ב ס"ק יו"ד וא"כ כדאי הן כל הנך פוסקים ובפרט שהר"ן הקיל לגמרי והר"י מינץ והמהרש"ל החזיקו דבריו וע"כ בע"ש לכבוד שבת יש להקל בזה:

ח והנה הרב מו"ה שאול אווירבויך נ"י הוא נשאל בזה והורה לאיסור ובא אלי והגדתי לו כל אלה. שוב מצאתי בכרו"פ סי' ס"ח ס"ק ב' שמיקל ג"כ בספק אם יש ס' לסמוך על הר"ק ונהניתי וע' בכנפי יונה סי' ס"ח שגם הוא מישב דברי מהר"י מינץ מקושית הבאר שבע וע"כ חלילה להחמיר בזה ודו"ק. וע' כו"פ סי' ס"א מ"ש דאין הנאסר יכול לאסור דאל"כ אסור משום שמנונית:

ט והנה בשנת תרח"י ב' לך הגיעני תשובה מהרב מו"ה אלעזר נ"י הורוויטץ אבד"ק ווינא ששאל אם נכון וכשר הדבר להדיח עגלי' הנשחטים טרם יעברו ג' ימים מעל"ע בלי הפשט מעורם כי אם יפשוט מקודם יתקלקל הבשר הרבה מחמת ההדחה והשריה במים וכמעט כלו משחת ומה גם דיש לחוש מפני טעם זה שלא ידיחו הטבחים היטב וישפכו מעט מים וינגבם תיכף כדי לחוס על הבשר בכל האפשר משא"כ אם לא יצטרך להפשיט העור מהבשר בניקל להם לשרות הבשר והעור יחדיו בכלי גדול זמן הרבה כי לא אכפת להם רק בצד חוץ שכנגד העור ולא בצד פנימי. והנה מה שהאריך אם לכתחלה מותר לשרות בתוך ג' כדי שיוכל לשהות אח"כ הנה פשוט דמותר וכמ"ש הש"ך ס"ק כ"ב וז"פ. אך מה שהביא ראיה דגם ע"י העור פועל המים מהא דאמרו בפסחים דף כ' כגון שהעבירה בנהר יאמין לי שבעת קראי מכתבו הרגשתי בראיה זו אבל דחיתי זאת דניהו דעובר מים ונוגע מעט בבשר אבל אין ראיה שיפעל בכל החלל והרי בשבת אמרו דף ק"ח דעור אית ביה נקבי נקבי אבל מ"מ זה דוק' לענין שיכול לבא מעט מים ונתכשר הבשר אבל מ"מ אינו מועיל לרכך כל הבשר ע"י העור ומצאתי במנחת יעקב כלל ד' ס"ק ה' שהביא בשם הגאון מו"ה שמעון ז"ל שאסר באווזים שלימים שהודחו בעודן בעורן והוא חלק מהך דאמרו דאית ביה נקבי נקבי. ובאמת משם אין ראיה דניהו דאית ביה נקבי אבל מ"מ אין שולט מעבר לעבר ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ת חיו"ד סי' י"ב וע"ש בחאו"ח סי' כ"ז וע' בחולין דף קי"ט ב' דמשמע דנימא חלחלי מחלחל עד הבשר אבל

מ"מ אין ראיה לענין זה שירכך הבשר וע"כ הדבר ברור דבעור הבהמה ודאי לא מועיל וכל פילפולם הוא דוקא באווזים דרכיך וכדאמרו בחולין דף ע"ז שאני בר גוזלא דרכיך וע"כ חלילה לסמוך בזה בעגלים דאינו רכיך ועיין מג"א סי' ש"ח ס"ק נ"ו וע' שפ"ד סי' ס"ט ס"ק ד' שהביא דברי המנחת יעקב ולא ערער כלום:

סימן מג

א ל"ק ראזדיל להרבני המופלג מוה' אלעזר נ"י.

ב ע"ד אשר סידר גט ושם אבי המגרש היה אבלי וכתב אברהם וסמך עצמו על הט"ז שכתב באות כ"ב לכתוב אברהם לבד ובאמת הט"ז לשיטתו אבל אנן לא קי"ל כן כמ"ש הב"ש בכמה מקומות שכל ששם הקדש יש לו כינוים אחרים או ששם הלע"ז יש לו שמות הקדושים אחרים צריך לכתוב כל השמו' ויותר טוב הי' לכתוב רק שם אבלי בלבד דבזה הי' סגי בדיעבד לא כן השת' שינה השם דמי שיראה אותו בגט לא ידע כלל אם הכוונה לאותו איש שנקר' אבלי והב"ש באות א' שהעתיק דברי הט"ז אלו במחכ"ת קיצר דעיקר כוונתו הי' דלשם אבא אין הכינוי אבלי אבל מ"מ יש לכתוב אברהם המכונה אבלי ובפרט במדינתינו שכיח כמה אנשים שנקראים אבא והכינוי הוא אבלי ומעתה נפלנו ברבוותא דבשינה שם אבי המגרש אם הוא כשר ועיין ב"ש סי' קכ"ט ס"ק י"ז וראיתי בשו"ת עבוה"ג סי' נ"ה דכתב דיש להכשיר בשינוי והבי' ראיה מהא דכתבו התוס' בגיטין ד' פ' ד"ה ושם שכתבו דגם הלידה כותבין עפ"י הבעל או האשה ואם היה שינוי פוסל לא הי' לו לכתבו כ"א עפ"י עדים ול"ד לאשתמודענא דכשר עפ"י קרוב או פסול דשם קל לברר ועביד לגלויי ולפ"ז בשם אביו דמבואר בסי' ק"כ ס"ג דכשר ע"פ עצמו וא"צ עדים ע"כ דאינו פוסל בשינה לפענ"ד אם כי דבר חכמה אמר בכ"ז יש לדחות דא"כ גם שמו ושם אשתו דמבואר שם דכשר עפ"י עד אשה וקרוב נימ' ג"כ דא"צ ואינו מעכב אם שינה חלילה לומר כן ואף אם לא כתב כלל ג"כ פסול ודברי ר"י במרדכי נדחה מכ"ש בשינה וכפי הנראה עיקר ראייתו ממה דכשר עפ"י עצמו וכמ"ש דאף דבמלת' דעל"ג כשר קרוב ואשה מ"מ הוא עצמו פסול אבל לפענ"ד לא נמצא חילוק כלל בין עצמו לעד קרוב ופסול וכל דהוא מלת' דעל"ג א"צ תורת עדות כלל ואפילו הוא עצמו כשר ובאמת לפמ"ש בשו"ת תשב"ץ ח"א מסי' ע"ז עד סי' פ"ה היה מקום לחלק במלתא דעל"ג בין ע"א לעצמו שדעתו דע"א נאמן במלת' דעל"ג אבל גם לדבריו דוק' עד כשר אבל עד קרוב ופסול והוא עצמו שווים אם לא במקום שיש חשש שהוא נוגע אבל להעיד על שם אביו אין חשש נגיעה שייך בזה ובודאי כשר וגם בזה חלק עליו הריב"ש וכן קי"ל

ס"ס ל"א בחו"מ ועיין רש"י שבת ד' ק"ל ע"א ד"ה ומשני מבואר שם גם במלת' דעל"ג אם הי' ד"מ היה פסול ע"א ע"ש היטב ודו"ק ומבואר כריב"ש וע"כ צ"ל דהא דכותבין עפ"י עד פסול וקרוב הוא משום דאין כאן שום עדות לא ד"מ ולא ד"נ והוה כאיסור בעלמ' דע"א נאמן ומכ"ש במלת' דעל"ג וא"כ אין ראיה גם ממה דמכשירין עפ"י עצמו ואף דעל שמו בעצמו צריך לכתחל' עד ואינו נאמן בעצמו היינו משום דלעצמו אינו נקרא עד ובע"ד בעצמו ל"ש שם עד עליו אבל באביו נאמן הוא והו"ל עד וגם מ"ש התוס' לענין מקום לידה דאם היה שינוי פוסל לא הי' לנו לכותבו כלל היינו דוקא במקום דירה שא"צ כלל בזה אבל בשם אביו דלכתחלה יש לכתבו כדי שיהא ניכר לכל מי הוא המגרש וכן דרך לחתום בשם אביו וא"כ ממילא אין ראיה דיכשר בשינה ועיין בב"י סי' קכ"ט ואדרב' י"ל דבשינה פסול ועיין בשו"ת צמח צדק סי' פ"ג דדעתו לפסול ומיהו בדיעבד נ"ל דיש לסמוך על עבוה"ג בשעת הדחק ובפרט כאן שהט"ז הורה כן לכתחלה ומכ"ש באם המגרש נתן בעצמו הגט לאשתו דגם הצ"צ מודה דיש סניף להקל ועיין בכורות ד' ל"ו גבי בכור דנאמן הכהן לומר דבכור זה ניתן לי במומו משום דמלת' דעל"ג לא משקרי אינשי הרי אף באיסור תורה וחשש נגיעה אפ"ה כל דעביד לאגלויי לא משקרי אינשי אף שהוא לעצמו.

ג והנה בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' כ' הקשה בשם הגאון החריף מוה' אברהם ברודא ז"ל במ"ש התוס' בגיטין ד' כ' ד"ה הא בעינן שמו ושמה שכתבו דע"כ לא נכתב השם כלל כשר דאל"ה לתני רבות' טפי דאף בלא נכתב פסול וכ"ש שינה וע"ז הקשה דממנ"פ אם אמת לא נכתב כלל כשר למה יפסל בשינה הא כל דבר שא"צ לכתוב אף ששינה בו לא מפסל כמ"ש התוס' בד' פ' ואם לא נכתב כלל פסול א"כ לתני לא נכתב והיא קושי' גדולה. והנראה בזה דהנה באמת צ"ב דברת התוס' שהוכיחו דכל שאם לא נכתב כשר אף בשינה כשר דהרי באמת בהא דקאמר מפני מה תקנו זמן בגיטין הקשה הפ"י דהא צריך דו"ח וממילא צריך זמן ובאמת כתבתי בגליון שם דכבר קדמו בזה הרשב"א הובא בב"י אהע"ז סי' י"א וכתב דהו"ל כד"מ דא"צ דו"ח ולפ"ז זהו בלא כתב כלל אבל בשינה הו"ל דין מרומה דצריך דו"ח כמבואר בחו"מ סי' ט"ו וא"כ למה יכשר בשינה. אך ז"א דאטו מקום הלידה הוא מדברים שצריכין דו"ח ומלבד דל"ש דו"ח במה שתלוי בבעל ועיקר דו"ח הוא בענין הגדת העדות וזה ל"ש להעדות ובפרט כיון דאם לא נכתב כשר היאך שייך בזה ענין דו"ח והא א"צ כלל להעדות וז"ב ולפ"ז בלא נכתב השם ניהו דנימא דכשר ואף דלא נוכל להזים העדים כל דלא העידו בגט מה שמו והו"ל כד"מ דלא

בעי דו"ח ועדות שאילה"ז אבל כל ששינה פשיט' דפסול דאין לך דין מרומה גדול מזה ושפיר הקשו בתוס' וז"ב מאד:

ד ובזה מיושב מה שהקשה הגאון מוהרא"ב ז"ל שם בהיה במזרח וכתב במערב דמוקי לה התם בסופר וקשה ממנ"פ אם לא כתב כלל כשר א"כ למה יפסול בשינה ואם פסול בלא נכתב הי' לו לנקוט במשנה לא כתב כמ"ש התוס' בד' כ' ולפמ"ש א"ש דבאמת לא כתב כלל כשר ואף דהוה עדות שאאילה"ז מ"מ כשר דהוה כד"מ וע' ברא"ש דמ"ש הסופר היינו העדים אבל כששינה הו"ל דין מרומה דפסול ודו"ק: ובזה מיושב מ"ש התוס' דא"א לאוקמא בעמידת הבעל ובשינה משום דא"צ לכתוב עמידת הבעל והיינו כיון דא"צ לכתוב שוב גם בשינה א"א לומר דיפסול דא"ל דהוה דין מרומה דמקום עמידת הבעל אינו בכלל השבע חקירות וז"ב.

ה ובזה מיושב מה שהקשה שם דלמא מקום הדירה ומקום עמידה שווים ממש ולהכי לא מוקי בעמידת הבעל דא"כ יקשה לערבינהו ולתנינהו וע"ש שהאריך ולפמ"ש א"ש דא"א לומר דיפסול ותצא בעמידת הבעל דהא כי לא נכתב כשר והיאך אפשר שיהי' פסול בשינה וזהו גופא הוכחת התוס' וכמ"ש ודו"ק ויש להאריך בזה. עוד י"ל בזה דהנה באמת י"ל דשינה גרע מאם לא כתב כלל והדבר דומה להא דאמרו בכמה מקומות דמודה ר"א במזוייף מתוכו שהוא פסול אלמא אף דהוא א"צ כלל לעדי חתימה כיון שהוא מזוייף מתוכו גרע טפי וה"ה בזה כיון דשינה ומזוייף מתוכו גרע טפי וצ"ל דהא דכתבו התוס' דאם שינה כשר כמו אם לא נכתב היינו דוקא בשינה מקום הלידה דא"צ לכתוב כלל דחז"ל לא תקנו זה כלל בגט רק שנהגו לכתבו שיהי' לסימן כמ"ש התוס' ולכך לא מקרי מזוייף מתוכו וע' בתוס' גיטין דף ד' שכתבו גבי לשמה דלא אכפת לן במזוייף מתוכו דהא אמת חתמו רק שלא היה לשמה וכיון דא"צ חתימה לשמה לר"א לא מקרי מזוייף מתוכו וה"ה כאן כיון דא"צ כלל לכתבו ל"מ מזוייף מתוכו ודברי התוס' ברורין כשמש. ומעתה זה דוקא בשינה מקום הלידה אבל שינה שמו ושמה או מקום עמידת הבעל דצריך לכתוב אף דאם לא נכתב כשר אבל שינה פשיט' דפסול דהו"ל מזוייף מתוכו וז"ב מאד ומיושב כל הקושיות ודו"ק ויש להאריך בזה ואכ"מ:

ו והנה במ"ש התוס' דדוקא לר"מ בעי מוכח מתוכו הקשה בישועות יעקב סי' קכ"ח ממ"ש התוס' בכתובות דף ק"ב דכל שכ' ואני ערב ולא פי' שמו לא ניכר מתוך השטר מי הוא הערב ול"מ אף לר"א דע"מ כרתי שלא ניכר מה שמסרו מי ומי המוכר ע"ש ולפענד"נ דש"ה שבעינן לדעת מי הוא המחייב עצמו מתוך השטר וכל שלא ניכר מתוך השטר הו"ל מלוה ע"פ ואין עדים מוציאין קול שע"מ א"י רק שמסרו שטר זה ובשטר

לא מבואר מי הוא הערב משא"כ כאן כיון דעשה ע"מ ונתן הגט בידים מה אכפת לן מה דלא מבואר מתוך הגט כיון דע"מ אומרים שזה נתן הגט ובגט כתב בו ענין הגירושין סגי וז"ב ובמ"ש י"ל הא דכתבו התוס' להקל בבת כהן והנוב"י מהדו"ק חלק אהע"ז סי' פ"ט האריך בזה דהתוס' לא קאמרו רק בשטרות ולא בגט דבגט מ"מ מפסל דהו"ל שינוי ולפמ"ש י"ל דבאמת לר"א דס"ל ע"מ כרתי א"כ הע"מ לא העידו שהוא כהן רק שזה גירש את אשתו וזה באמת גירש את אשתו ואף דהוה מזוייף מתוכו ע"ז יש לסמוך כיון דעדים לאו אכולה מלתא קמסהדי ולא העידו ע"ז שוב כשר עפ"י ע"מ ולא מקרי מזוייף מתוכו ודו"ק היטב:

ז ודרך אגב אזכיר מה דתמי' לי דברי הר"ן שכתב בשם הרשב"א בסוגי' דהי' לו שני שמות וז"ל וכתב הרשב"א שאנו שיש לנו ב' שמות האחד בשם ישראל והאחד שהלועזים קורין שצריך לכתוב בשם הישראל והשם האחר ויכתוב אנא פלוני דמתקרי פלוני והדבר יפלא שהרי בחידושי הרשב"א בגיטין שם הביא בשם נימוקי הרמב"ן שהני יהודים בח"ל ששמותיהם כשם ישראל ויש להם שם אחר כשמות הכותים אעפ"י שאינם אלא שם לווי מפני הערלים שאינם יודעים לקרות בשם ישראל כיון שהוחזק בשם ורובא דעלמ' קרו לה הכי צריך לכתוב אותו השם ושם ישראל שלהם ע"ש וע"ז כתב הרשב"א דלפי שיטתו א"צ לכתוב רק שם אחד ואיך העתיק הר"ן ז"ל בשמו להיפך. אמנם לפענ"ד נראה דאין הנושאין שווים דהרמב"ן מיירי במקום שהיהודים קורין בשם יהדות והגוים קורין בשם אחר לאשר לא יוכל לבטא בשפתיו עד"מ שקורין ראובן והגוים לא יבטו בשפתותיהם וקורין אותו ע"ש הכינוי שלו עד"מ שקורין אותו בשם הכינוי נאטה זאהן וכדומה ובזה שפיר שיטת הרשב"א דא"צ לכתוב רק שם אחד אבל הרשב"א שהביא הר"ן מיירי משם הלעז היוצא משם היהדות עד"מ לשם ליב קורין בלע"ז לעאן וכדומה ובזה בודאי צריך לכתוב שניהם דהא באמת באשכנז שם לא ידעו כלל משם ליב רק משם לעאן אף היהודים הדרים בתוכה משא"כ בהך דרמב"ן דעכ"פ היהודים ידעו משם יהדות ודו"ק היטב:

ח ובזה יתיישבו דברינו בהגהותינו לאלפסי על הר"ן שם בישוב קושית המחנה אפרים ונסתיענו מדברי הרמב"ן הנ"ל ושאלני אחד דהרי הרשב"א בחידושיו השיג על הרמב"ן ולפמ"ש א"ש דניהו דשם השיג עליו אבל בהך דהכא מודה הרשב"א להרמב"ן וז"ב ועדיין צ"ע ועיין גט פשוט סי' קכ"ט ס"ק ס"ד ואין הזמן מסכים כעת לעיין בזה ואגב אכתוב מה שראיתי בספרי הרמב"ם שנדפסו בבארדיטשוב בסוף ח"ג שם נדפסו קצת הגהות על הרמב"ם ובסופו נדפס איזה ענינים בשמות גיטין והביא דאחד היה שמו

ארי' זאב והכינוי הי' ליב וואלף היאך לכתוב בגט דאם יכתוב ארי' זאב המכונה ליב וואלף יחשבו כי לזאב הוא הכינוי ליב וואלף והשיב דאין לחוש בזה ומקרא מלא הוא אבני שהם ואבני מלואים לאפוד ולחשן. ולפענ"ד אין ראיה מלשון הכתוב דל"ש לטעות ומסתמא כל אחד קאי על מה שנצרך משא"כ בלשון הגט דהרבה דברים נתקנו להוציא מלב הטועים כדאמרו בגיטין דף פ"ה כמה דיוקים וגם ע' בתוס' ע"ז דף כ"ד ד"ה ואבני מלואים ודו"ק:

ט ואגב אכתוב במעשה שהי' ב"ק קאזווע שסדרו גט לאיש א' שהי' נקרא ארון בקמ"ץ וכתבו אהרן המכונה ארון כמ"ש בב"ש בסדר הגט ושאל א' אם יפה עשו וכתבנו שזה טעות דהי' צריך לכתוב דמתקרי כיון דגם שם ארון הוא שם קודש צריך לכתוב דמתקרי וכל שכ' המכונה במקום דמתקרי הוא פסול וע"ז השיב הרב האבד"ק קאזווע לחלק בין כשהשם השני הוא שם תואר או שנמצא זה השם בש"ס שפיר מקרי שם הקדש אבל כאן שם ארון הוא ע"ש תיבה ול"ש לקרות אדם בשם זה ואף דגם רחבי' דמתקרי חבל הא חבל אינו שם התואר ואפ"ה כ' הב"ש לכתוב דמתקרי חבל ע"ז כ' כיון דכתיב יעקב חבל נחלתו הוא שם התואר וע"ז השבתי לו דחלילה לחלק בחילוקים בדויים מלב והראיתי שביש"ש גיטין פ"ד אות כ"ח כ' לענין מנחם מן דיש לכתוב יותר מנחם דמתקרי מן כיון שהוא כתוב בתורה וגם הוא בקריאה שם דבר שנאמר ויקראו שמו מן הרי דשם הוא שם דבר ולא שם התואר ואפ"ה כל שנמצא בלה"ק שם זה כותבין דמתקרי וגם מרחבי' דמתקרי חבל היא סתירה גדולה לחלוקו ומ"ש דחבל הוא שם התואר הראיתי לו הדברים מפורשים כי הגאון מוהר"י חריף ז"ל מעיד שראה איש א' בבוטשאטש שחתם עצמו חבל בב' ווין וכ' דע"כ ט"ס הוא וצ"ל בב' רק דשינה משום דקריאת שם חבל הוא ע"ש הצער חבלי לידה הרי דאינו נגזר כלל משם יעקב חבל נחלתו וע"כ אמרתי שגם זה הבל ואין לנו אלא כפי המבואר בש"ע סי' קכ"ט שכל ששני השמות הם בלה"ק יש לכתוב דמתקרי ואין לחלק בחילוקים זרים הארכתי בזה ולא הנחתי העסק. והנה הרב לפי שהיה קשה בעיניו שיתן גט אחר שלח הדברים אל כבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י וכבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י כתב אלי להפך בזכות הרב אחרי שכבר נעשה מעשה להיות כי לדעתי מה שמבואר בש"ע כל ששני השמות הם קודש שיש לכתוב דמתקרי ואין דומה לשם עזרא עוזר מנחם מן כי שם שני שמות שונים המה בנקודתם ובאותיותם וקריאתם וע"כ קרוב הדבר כי מן השם עברי נגזר כי מדוע יכנו את עזרא בשם עוזר או מנחם בשם מן אשר לא ידמה לו ולא ישוה לו אבל אהרן ארון לא נבדל ממקורו כ"א בנקודה אחת מפתח לקמץ ומי לא ידע כי כן דרכינו להפוך הפתח לקמץ

בשפת ההמון כאשר יאמרו מן תענית תענית ובשפת אשכנזי כמעט כל הפעלים נהפכו בלשונינו מפתח לקמץ כי כן תאמר על צאהלען וכדומה והביא כדמות ראיה מהא דאמרו הקורא לאהרן הרן ע"ז נאמר ודילוגו והרי הרן הוא בקמץ וע"כ שההמונים היו מהפכים הפתח לקמץ ומדוע נדלג הרים ולגזור אומר אשר הוא נגזר מן ארון אשר אין ערוך אליו לשם בן אדם וכאשר יפה אמרת וכי ארון גברא הוא ושיחת ת"ח צריך לימוד והאריך הרבה לבל יצטרך גט שנית אחרי שכבר נעשה המעשה. הנה לדבר הזה יסלח לי דלכל הדברות ולכל האמירות תמהני דע"כ לא משנים ההמון כ"א פתח לקמץ ומשנים הנקודות אבל לשנות האות הה' ולעקרו לגמרי ולהטיל ו' אחר הרי"ש זה לא מצינו ואם היו קורין אהרן בקמץ הי' בלי ספק משם אהרן אבל כל שקורין ארון למה לא נימא דנקרא ע"ש ארון ומי יודע מה נולד בעת ההוא אשר ע"כ קראו לו ארון ודו"ק חזי בשם שאול שואל שכל שם שאול נקרא במדינתינו שואל ומי לא ידע שבודאי נגזר משם שאול ואפ"ה דעת הגאון בטיב גיטין באות שי"ן ס"ק א' דיש לכתוב שאול דמתקרי שואל ע"ש שהאריך ומדמה לרחבי' דמתקרי חבל ומאד קשה הדבר לחלק בענינים אלו אשר צר לנו מהתהלך ברחבה בהוויות דאביי ורבא וצריך לשקול בפלס ולדמות הדברים. אך מ"ש דכיון דדעת הב"ש דא"צ לכתוב כלל ארון כי הוא קיצור השם וכל שא"צ לכתוב שוב אף אם שינה כשר כמו בשינה מקום עמידה ואף שהב"ש כ' דבשם אדם ל"ש זאת דיאמרו דאין זה המגרש כאן ל"ש זאת דהא באמת כ"ע יודעים דנקרא שמו ארון וכן נכתב בגט רק החשש הוא אולי עיקר שמו ארון בל' עברי וכאן כתבו המכונה דמשמע דנגזר משם אהרן והוה שינוי בשם ושקר הוא ובכה"ג גם אם לא נכתב כלל כשר ואין זה שקר דהעדים אינם מדקדקין בזה רק דהחשש שמא יאמרו שאין זה שם המגרש אבל בזה ל"ש דהא ס"ס הכל יודעים דשמו ארון כשנכתב וכי ידרשו שמות מה שבאמת ידענו דנגזר משם אהרן. הנה אם אמנם הדברים ראויים למי שאמרם אבל אחר העיון לא כן אבי לא כך למדתני רבינו דטעם המכונה הוא שבשם של קודש לא שייך המכונה כי מכונה הוא שנתכנה שמו ונהפך לשם אחר והוא באמת שמו האמיתי וא"כ אדרבא כיון דהכל יודעין ששמו הוא ארון א"כ איך שייך ע"ז דנתכנה שכינוי הוא ע"ש היפוך וע' איוב על פסוק לא ידעתי אכנה דכינוי הוא נגזר מל' היפוך ושינוי וכאן הוא שמו העיקרי וע"כ לפענ"ד בזה אין לו תקנה ואם ניקל לכתוב גט אחר צריך לכתוב גט אחר ודו"ק וע' רמ"א בתשובותיו סי' פ"ב על שם שלמה שלמן שיש לכתוב דמתקרי ול"ש המכונה כי הוא לה"ק שם שלמון ושלמן בל' חז"ל ברכות ל"ט וכ' שם דמ"ש בטור הארוך שלמה המכונה סלמן לאו דוקא ולא דק להבדיל בין מכונה למתקרי ועוד כתב די"ל דנקרא

סלמן בסמ"ך בל' הגוים ואינו רק כינוי הרי ברור דאף דבודאי שלמן נגזר משם שלמה וכדקאמרו שלמן את שלמה ושלמה משנתך ואפ"ה כל דבל' הגוים היה נקרא שלמן בש' היה שייך דמתקרי ואף שאינו רק שינוי בהברה וטעמ' דמלת' משום דמתקרי שייך טפי כיון שנקר' כן ואדרב' אם שמו העיקרי כך בודאי שייך שם זה דמתקרי משא"כ המכונ' דהוא מורה על היפוך ונתכנה וז"ב מאד שוב ראיתי בגט פשוט סי' קכ"ט ס"ק ס"ד שכתב דאם בדיעבד כ' במקום המכונה דמתקרי וכן להיפך במקום דמתקרי המכונ' דכשר דאין בו שום לעז משינוי השם רק משום ותבחר לשון ערומים אבל אח"כ נסוג אסור עפ"י דברי הב"ח דכ' דאם במקום דמתקרי כ' המכונ' דפסול ע"ש ולפענ"ד הי' מקום לדחות דאין ראיה מהב"ח דע"פ שיטתו יש מקום לפסול וכמ"ש משא"כ לדידן וע"כ צ"ע בזה:

• והנה נשאלתי באחד ששמו מאיר ארי' וכן חותם עצמו באגרותיו כי הוא סוחר גדול ויש לו ענינים רבים ומריץ אגרות רבות ובפי כל נקרא מאיר ליבוש רק עלייתו לתורה נקרא מאיר יהודה ועתה הגיע לצרת הבת שבתו צריכה להתגרש איך לכתוב בגט ושאלתיו איך בא לו שם יהודה ואמר כי באמת שם העריס' שלו הי' מאיר ארי' אחר שם מת אחד קרובו שהי' נקרא כן רק שקוראין אותו לתורה כן ולא דקדק ע"ז וכמדומה לו שגם בילדותו בעודו בבית אביו בבראד הי' מפטיר וקראו אותו לתורה מאיר יהודה ואביו לא ערער ועתה צריך להיות הגט ע"י שליח כי בעלה בק"ק רישא וע"כ שאל איך להתנהג. והנה באמת מהראוי הי' שלא לכתוב רק מאיר ליב דהוא החניכ' המפורסמת. אמנם באמת ז"א כלל דהיאך יעשה אם יכתוב דמתקרי ליב או המכונ' ליב הא א"א דיאמר דאינו נקרא רק ליב בלבד או מכונה רק בשם זה לבד ובאמת נקר' בשניהם ועב"ש ס"ק כ"ד ואם יכתוב סתם מאיר ליב הא אמת חתימתו הוא ארי' ועלייתו לתורה הוא יהודה ואיך יעקר אלו השמות לה"ק ויכתוב רק השם שנקר' בלעוזות ולכתחל' נכון לפרש השמות והנה דעת הב"ש סי' כ"ד בשם משה ליב שיכתוב משה יהודה המכונ' ליב והנוב"י מהד"ת סי' קי"ט כתב לכתוב משה יהוד' דמתקרי משה ליב והוא כתבו על מי שנקר' מאיר יהודה לכתוב אנא מאיר יהודה דמתקרי מאיר ליב ובאמת אני בתשו' כתבתי לדחות זאת וקיימתי דברי הב"ש אמנם מה אעשה שכל האחרונים תפסו לעיקר דברי הנוב"י והנה לדעתי הי' נרא' דיש לכתוב מאיר יהודה דמתקרי מאיר ליב ואף דחתימתו הוא מאיר אריה מ"מ הא כאן כ"ע יודעין דמי שנקר' ליב בלע"ז שמו הקדש הוא אריה ובפרט כשנכתב יהוד' בה"א ודאי יודעים דשמו ארי' וע' בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ס"ט שהלכ' זו העלה דכל ששמו ארי' בודאי יש לכתוב יהוד' בה"א וא"כ כאן שנקר' לס"ת יהוד' ובחתימתו ארי' נודע בעליל כי שם ליב הוא הכינוי משם ארי' וכן נקרא בפי העולם ושוב

אין כלל לשום חששא כנלפענ"ד ברור ונכון. מיהו כאן בנ"ד האש' הזאת כבר נתגרש' פעם אחת וא"כ איפוא יש לכתוב עכשיו כמו שהיו כותבין בגט הראשון שלא להוציי' הלעז ועיין בטיב גיטין בשמות הנשים גבי אלז גוטא. והנה לפענ"ד כיון דדעת העבוה"ג דאם שינה בשם אביו כשר ואף דהכנס"י והצ"ץ חולקין עליו כמ"ש למעל' ומצאתי בגט פשוט סי' קכ"ט ס"ק מ"ג שהבי' בשם בעל העיטור דדעתו דאף בשינה בשם אביו פסול ואף דלא קי"ל כן וכל הפוסקים חלקו עליו בזה ועג"פ ס"ק נ"ד מ"מ כבר כ' הג"פ דזה דוקא בשינה שם אבי המגרש אבל באבי המתגרשת י"ל דכשר אף בשינה והביא ראיה ממ"ש המהראנ"ח ח"א סי' י"א דכתב דאף לדעת המהרי"א דכתב דשם האב צריך לכתוב בגט אבל שם אבי המתגרשת א"צ ואינו מעכב והנה ה"ה לענין שינה י"ל דאינו פוסל ע"ש בג"פ. ואני אמרתי סמך לדברי הג"פ הנ"ל בשם המהראנ"ח דיש לחלק בין אבי המגרש לאבי המתגרשת דהרי אמרו בגיטין דף פ"ה אתקין רבא בגיט' איך פלניא בר פלניא פטיר ותריך ית פלנית אנחתי' וכו' ואמאי לא כ' גבי דידה פלנית בת פלניא וע"כ דא"צ לכתוב. וא"ל דבאמת השמיט הש"ס דא"כ אמאי לא פריך הש"ס ע"ז כמו דפריך ולטעמיך כולהו וע"ש ברש"י וא"כ ע"כ דל"צ וא"כ ממיל' י"ל דאינו מעכב וא"צ כלל לכתוב וא"כ ממיל' י"ל דבשינ' כשר כמ"ש הג"פ וא"כ בנ"ד כשר. ובלא"ה כיון דעכ"פ אם לא כ' כלל שם אבי המתגרשת כשר בודאי והרי גם באבי המגרש כשר אם לא כ' ועג"פ ס"ק מ"ג שם ולפ"ז כאן מה שלא כ' שם החתימ' הוה רק כלא כ' כלל השם וכשר וא"ל דזה מגרע גרע דהרי כ' שם שעלה לתור' ושם שנקר' בפי כל ולא כ' ארי' א"כ מגרע גרע דז"א דבאמת גם שם הלעז ליב יוכל להיות ליהוד' דבאמת עיקר שם ליב הוא ע"ש ארי' שנצמח מהכתוב גור אריה יהוד' וא"כ פשיט' דכשר בדיעבד ובפרט די"ל דבאמת עיקר שמו הי' יהוד' שהרי נסתפק שעלה בקטנותו לתור' בפני אביו בשם מאיר יהוד' וא"כ י"ל דשם ארי' נשתרבב שכן דרך העולם דמי ששמו יהוד' ובלשון לעז מאיר ליב דחותם עצמו בשם אריה והרי הוא עצמו א"י מהיכן בא השינוי הזה שנקר' לתור' בשם יהוד' וחותם עצמו ארי' וע"כ דבאמת ממקור אחד יצא וא"כ פשיט' דכשר ועכ"פ יהוד' יש לכתוב בשני ההין שהרי אינו חותם עצמו כלל בשם זה וא"כ מה דנקר' לס"ת בשם יהוד' הוא ודאי ע"ש הכתוב במקר' יהוד' בהא ובפרט שנקר' ליב בלעז שהוא משם גור אריה יהודה וע' בכנס"י סי' ס"ט דגם הט"ז מודה ובפרט בנ"ד. והנה באמת הי' יכול לכתוב דמתקרי מאיר יהוד' דמתקרי מאיר ארי' ליב דמה שנקר' בפי כל ליב זה הוא מה שנגזר משם ארי'. אמנם יש להסתפק איזה שם יקדים כיון דבפי כל נקרא בשם לעז ליב וליב הוא מכונה לשם יהודה ולשם ארי' וא"כ קריאתו לס"ת עיקר ומה שנקר'

בפי כל י"ל דקודם למה שנקר' אריה בהחתימ' שלו וא"כ יש להקדים הקריא' בלעז או דלמא דשם ארי' שהוא לה"ק קודם לשל ליב שנגזר ממנו וע"כ השמטתי לגמרי ולכתוב דמתקרי מאיר ארי' דמתקרי מאיר ליב לא רציתי שצריך לכתוב שני דמתקרי וזה קשה מאד וע"כ לפענ"ד יש לעשו' נמ"ש ומה שנקרא ליבוש ואני צויתי לכתוב ליב זה אינו מזיק דזה רק לגענוע וא"צ לכתוב והכל יודעין דמי שנקרא מאיר ליב לגענועין קוראין אותו מאיר ליבוש וע"כ לא רציתי לכתוב דמתקרי מאיר ארי' ליב שהרי בפי כל לא נקרא רק מאיר ליבוש כנלפנ"ד וד' יצילנו משגיאות ועיין בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ס"ו שם פלפל איזה שם עיקר אם שם החתימה או שם שעולה בתורה וע"ש שמביא ראיו' שהחתימה עיקר. והנה מלבד דאין ראיותיו מוכרחו' אף גם דשם אמרינן מדחתם עצמו מסתמא ידע דכן הוא עיקר שמו אבל כאן דברתי עם אבי המתגרשת בעצמו וא"י כלל טעם רק שנקרא אחר אחד שהי' שמו מאיר ליב אבל לא נודע לו אם הי' נקרא מאיר ארי' או מאיר ליב וגם דלו יהא ששמו מאיר ארי' אם כתב דמתקרי מאיר ליב הנה חניכה המפורסת וע"כ הדבר ברור שיש לכתוב ב' גיטין ואין להרבו' חששות יתירו' ואם נרצה לכתוב מאיר יהודה דמתקרי מאיר ארי' דמתקרי מאיר ליב יש לחוש אולי שם החתימה עיקר יותר מעלייה לס"ת וצריך להקדים זאת מיהו אין קפידא בדיעבד ואם נקדים שם החתימ' ואח"כ שם עלייה לס"ת לא יהיה שייך אח"כ דמתקרי מאיר ליב דהא ליב הוא יותר לשם ארי' מלשם יהודה וע"כ נכון הי' שישמיט שם אריה אך מי שרוצה לחוש לכל הדעו' יכתוב מאיר יהודה דמתקרי מאיר ארי' דמתקרי מאיר ליב:

יא והנה אח"כ הגיד לי אבי המתגרשת כי חותם עצמו בשם מאיר ארי' ליבוש ועל שם יהודה מפקפק מאד אף שנקר' כן לס"ת והנה כבר כתבתי כי שם ליב הוא יוצא משם ארי' וע"כ אמרתי לכתוב מאיר ארי' ליב דמתקרי מאיר ליב דמתקרי מאיר יהודה בב' ההי"ן דאז מקדימין שם החתימה ושם הנקר' בפי כל סמוך לו ואח"כ שם מאיר יהודה ובזה נצא ידי כל החששות כנלפענ"ד. והנה בשנת תרח"י ה' לך אירע גט שאבי המתגרשת הי' שמו ישעיהו ויש ספק אם ישעי' או ישעיהו ופסקתי דצריך לכתוב שני גיטין והדיין ר"פ אמר דבט"ג מבואר דכל שיש ספק בשם אבי המתגרש' נוכל להשמיט שם אביה לגמרי ואני אמרתי דלא כן הוא וראיה מהך דנוב"י מהד"ק חאהע"ז סי' צ' לענין שם אבי' אלי' או אליהו והצריך שני גיטין ומ"ש ראיה מפ"מ ח"א סי' י"ט היינו דוק' שם ששכח שם אביה ולא נודע היאך לכתוב אבל כל שנודע שמו רק שיש לנו ספק איך לכתוב השם פשיט' דצריך לעשו' כל טצדקי שאפשר לעשות:

סימן מד

א בענין עדות שא"ל בד"מ ע"ד מ"ש שבא לפניך משפט אחד בד"מ וכשדרשת וחקרת על העדות שאלת אם יודעים באיזה יום והשיבו העדים א"י וע"ז געזרו בך חבירך שלא יפה עשית כמ"ש הש"ך סי' ל"ג ס"ק ט"ז באמת לשיטת הש"ך יפה כתב כיון דבטל עדותו כשטוען א"י וכמו שהאריך שם ממילא שפיר הזהיר שלא ישאל אבל באמת דבר זה עצמו לא ברור. והנה הנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב האריך לדחות כל דברי הש"ך ואמרתי לתת עין ולב ע"ז והנה בראשונה הקשה דא"כ היאך מכשירין בד"מ כששמעו עדותו של זה היום וחבירו אף לאחר זמן כמבואר בטוש"ע סי' למ"ד הא העד הראשון הו"ל עדות שאי אי"ל דהא יכול לומר מי הוה ידענ' דיבא עוד אחר אח"כ וא"ל דבאמת מה"ת פסול רק מדרבנן כשר לפי ששייך נעילת דלת ז"א דבסנהדרין דף למ"ד פליגי בקראי ע"ש שהאריך הרבה בזה:

ב הנה בחידושי בטוש"ע שם כתבתי בזה וכעת נ"ל דבר חדש והנה בע"א ז"ב דל"צ כלל תורת הזמה וכמ"ש בעצמו אח"כ דאף מלקות אינו לוקה דלא בא להרשיע שום דבר וכמ"ש הרמב"ן במלחמו' בסנהדרין דף פ' ועקצה"ח ס"ס ל"ח ובמק"א הארכתי בזה ולפ"ז ע"א כשהעיד בראשונה ולא בא רק לחייב שבועה לא היה צריך כלל תורת הזמה ונתקבל עדותו בכשרו' ועכ"פ לשבועה הי' נאמן כשנים וא"כ אח"כ כשנמצ' עוד אחד מה לנו בזה שהוא לא היה בגדר הזמה מ"מ הא בעת שאמר לא היה צריך גדר הזמה וכבר הוחזק עדותו והו"ל כמ"ש הרמב"ם דאחר שהוחזק עדות אחד סוקלין אח"כ עפ"ז דכבר הוחזק וא"כ מכ"ש כאן דכל ענין עדות שאי"ל הוא משום דחיישינן שמא עי"ז ישקר ועיין בב"ק דף ע"ה ע"ב בסופו ה"מ היכ' דלא ידעי באיזה יום וכו' וברש"י שם אבל כאן כל שכבר הוחזק ולא אברי סהדי אלא לשקרי א"כ שפיר יכול להוצי' ממון אח"כ בעדותו וז"ב כשמש לדעתי ואף דאמרו בקידושין דף ס"ג ע"ב כי המני' רחמנ' לאב לאיסור' לקטל' לא המניה וה"נ נימ' לשבועה המני' ולא לממון באמת שהפ"י שם צווח ככרוכי' דהא כבר הוחזק והבי' דברי הרמב"ם הנ"ל ע"ש ובתשובה טיילתי בזה ארוכו' וקצרות אמנם כ"ז שם אבל כאן דעיקר החשש שמא משקר וכאן דודאי לא משקר א"צ לעדו' שאי"ל וז"ב. ובזה יש לפרש הא דנחלקו בסנהדרין דף למ"ד שם דמ"ס כי הימניה רחמנ' לע"א לשבועה ולא לממון ומ"ס וכו' אלא מצרפינן להו והיינו דמ"ס דע"ח לא אתי רק לשבועה וא"כ לענין ממון לא נתנה התורה נאמנות כלל ומ"ס כיון דהיה יכול לצרף שוב הוה בגדר עד גם לממון ודו"ק. ובלא"ה נראה לי דכיון דאת' העד האחר א"כ עכ"פ לא יכול לשבע נגד העד הראשון דע"ז לא נתנה התורה נאמנות לבע"ד רק כשאין

כאן רק ע"א יחידי אבל כשיש עוד ע"א עכ"פ א"י לשבע נגדו וכל שא"י לשבע נגדו שוב הו"ל מחושואי"ל ומשלם וכעין מ"ש התוס' בנסכא דר"א וכאן עדיף טפי דאטו נניח לו שישבע ויפסול אח"כ לעדות ולשבועה דהשני העדים יפסלו אותו לעדות ולשבועה וגם הבע"ד בעצמו יכול להצטרף כמ"ש רבינו יקיר ועיין בש"ע סי' ל"ד ובתוס' ב"ב שם וא"כ כל שא"י לשבע כן חייבה התורה או לשבע נגדו או שיתחייב ממון וא"כ שוב שפיר מחייב העד הראשון ממון בעדותו ע"י שא"י לשבע נגדו ובע"א ל"צ תורת הזמה וז"ב מאד ומה שהבי' ראיה דהרי עדות שאי"ל בד"מ ע"כ ממשפט אחד צריך למילף כמו דו"ח ילפינן ממשפט אחד ולפ"ז הרי התוס' כתבו במכות דף ז' ע"ב לענין עדות מיוחדת דכשר בד"מ ולא ילפינן ממשפט אחד דהרי ע"כ לאו בד"מ קאי דהרי ע"א קם לשבועה וא"כ הרי בע"א לא בעי כאשר זמם כלל וא"כ ממילא ע"כ דקרא דמשפט אחד לא שייך כלל בד"מ ע"ש לפענ"ד יש לדחו' די"ל דבאמת בעינן כאשר זמם בד"מ ומה דבע"א ל"ש כאשר זמם משום דכיון דעיקר חיוב כאשר זמם הוא על מחשבתו שרצה להפסיד וכיון דבשבוע' לא חייב עדיין דיכול לשבע נגדו וא"כ ל"ש כלל כאשר זמם דלא רצה כלל לחייב דיכול לשבע נגדו ולפטור וגם בנסכא דר"א לא בשביל העד בא וע"כ מיירי שאמר אין חטפתי אח"כ וכמ"ש בשו"ת מיימוני לספר משפטי' סי' ס"א דהרי ע"א לא בא רק לשבועה ע"ש והארכתי בזה במק"א וכיון שכן ל"ש כלל כאשר זמם דיכול לומר לא באתי לחייב רק שבועה ולא ממון והוא אפסיד אנפשיה וכעין זה שמעתי מפי כבוד אבי הרב הגאון נ"י בהא דאמרו עידי נערה המאורסה אינם נהרגין מתוך שיכלו לומר וכו' וביאר הוא הסברא דכל החיוב הוא בשביל כאשר זמם וכל שיכול לומר שלא זמם זאת פטור מכאשר זמם ודפח"ח וה"ה כאן וז"ב ועיין בתומים ס"ס צ' מ"ש בביאור דברי התוס' במכות וא"ו תמצא ישוב לקושי' זו באופן אחר ודו"ק ולכאורה קשה דאם נימ' דבעינן עדות שאילה"ז בממון יקשה דהיאך יכשר עדות של זה היום וחבירו למחר הא אם יוזמו למפרע וא"כ נפסלו למפרע ותו לא הוה צירוף דהוה פסול וגם בעדים זוממין לשיטת הרמב"ם הו"ל נמצא אחד מהן קאו"פ ועבקצה"ח סל"ו וד' ותמצא ישוב נכון לזה ע"ש ודו"ק. ובמ"ש למעלה י"ל דלענין מחאה דבקרקע ל"ש מחושואיל"מ א"כ ל"מ עדות דל"ש התירוצים שכתבתי למעלה דהא כ"ז שלא הי' בפני שנים לא נחשב עדותן וגם ל"ש מחושואיל"מ בזה ודו"ק ומ"ש בהג"ה שם ראיה מהא דכתב הנימוק"י פרק חזקת דהא דאמר והן עדות אחת להזמה דאף דהוה כאשר עשה דכבר החזיקו בקרקע כתב בשם הריטב"א דמיירי שלא היה באותו שדה והקשה דאם נימא כמ"ש הש"ך בשם הנימוק"י דבעינן עדות שאי"ל א"כ היאך נאמנים עדי חזקה כל שהוא באותו בית הא

הו"ל כאשר עשה וכל שלא יוכל לקיים הזמה שוב הו"ל עדות שאאי"ל וע"כ דלא בעינן עדות שאי"ל ורק דהנמוק"י הקשה בהא דאמר והן עדות אחת להזמה דמשמע ששייך הזמה ע"ז הקשה דהו"ל כאשר עשה ע"ש. הנה באמת קושי' גדולה היא אבל נראה דל"ק ל"מ לפמ"ש התוס' במכות דף ב' בתירוץ השני דכל שא"א לקיים כאשר זמם בשום צד א"כ ע"ז לא קאי כאשר זמם א"כ ע"י המלקות הו"ל כאשר זמם א"כ ה"ה כאן דבעידי חזקה שמעידין על מי שכבר בבית דכן הוא עיקר ענין חזקה א"כ בזה א"א לקיים כאשר זמם דהו"ל כאשר עשה א"כ בכה"ג יכול לקיים כאשר זמם במלקות א"כ גם בזה ל"ק ואף לתירוץ התוס' הראשון דכל שרצו להרוג נפש א"י לקיים כאשר זמם במלקות וא"כ ה"ה הכא לכאורה יכול לומר כיון דרצו להפסיד ממון א"י לקיים במלקות אבל ז"א דאטו מה שמתחייבין עדים זוממין הוא משום דממון קיל הא יש סברא דממונא חומרא ועיין בכתובו' דף ל"ב ורק דגזה"כ הוא שעדים זוממין ישלמו ממון א"כ זה כשאפשר אבל כל שא"א מהראוי שילקו דבאמת בכ"מ מלקי לקי ממונא לא משלם רק דעדים זוממין רבתה התורה לתשלומין אבל פשיטא דאם א"א מקיים כאשר זמם במלקות וא"ל דלענין מלקות ג"כ הו"ל כאשר עשה דז"א דלענין כאשר זמם דמלקות באמת הם זממו להפסיד שדה וא"כ לענין זה לא שייך כאשר זמם ולא כאשר עשה דבשלמא כשהיו רוצים לחייב מלקות והי' נלקה שפיר יש מקום לומר דהו"ל כאשר עשה אבל כאן באמת הם זממו להפסיד שדה רק דהתורה אמרה כיון דא"א לקיים כאשר זמם ילקו עכ"פ בכה"ג לא מקרי כאשר עשה ובלא"ה ל"ק דהא בדרבנן באמת לא בעינן עדות שאי"ל וא"כ שפיר כל הסוגיות לדידן ומה"ת באמת י"ל דלא יוכל לחייב בעידי חזקה רק כשאינו בבית או בשדה וז"פ ומה שהאריך לדחות ראיית הש"ך מהרי"ף והרא"ש לענין עד הקרוב לדיין דפסול בד"מ משום דבעינן עדות שאי"ל אלמ' דבד"מ בעי עדות שאי"ל וע"ז האריך דבאמת כל דהוקש במשפט אחד אף דל"ש הטעם מ"מ הא כתיב משפט אחד וא"כ כשם שבד"נ פסול משום דבעי עדות שאי"ל וה"ה בד"מ אף דל"ש הטעם הנה לפמ"ש לעיל יש ליישב דבאמת י"ל דמשפט אחד ל"ש כלל בד"מ דהרי ע"א כשר ובו ל"ש כלל כאשר זמם וכמ"ש בעצמו וע"כ צ"ל דבאמת בעינן בד"מ עדות שיכול להזימה ורק בע"א ל"ש כאשר זמם כלל וכמ"ש לעיל דלא רצה לחייב ולפ"ז ע"כ דבעינן עדות שאי"ל בממון דאל"כ שוב י"ל דמשפט אחד לא קאי כלל דהרי בד"מ לא בעינן כלל עדות שאי"ל וא"כ ע"כ דגם בד"מ בעי עדות שאי"ל ושפיר ראיית הש"ך מהרי"ף והרא"ש וז"ב ומ"ש לדחות ראיית הש"ך מהר"ן ובע"ה דכתבו דלכך כשר בשטר עדים הקרובים לדיינים דל"ש הזמה בשטר דיכלו לומר אחרנוהו וכתבוהו וע"ז הקשה הש"ך דא"כ איך כשר

לדידהו כל עדות שבשטר הא הו"ל עדות שאאילה"ז וא"ל דמיירי כגון שכתוב בשטר בזמנו כתבנו דהרי לדעת הרז"ה אף בזמנו כתבנוהו ל"ש הזמה בשטר ועוד דא"כ ממילא יש לפסול קרובים ג"כ כל ששייך הזמה והוא לא הכשיר רק מטעם של"ש הזמה לפענ"ד ל"ק דממנ"פ להרז"ה ל"צ כלל הזמה בשטר דהוא ס"ל דהזמה חידוש הוא ואין לך בו אלא חידושו דוקא בע"פ ולא בשטר ולשיטת הר"ן רק כשכתוב בו הזמן שייך בו הזמה אבל כל שלא כתוב בו הזמן ל"ש הזמה וא"ל דא"כ הו"ל עדות שאאי"ל דז"א דבאמת אם יהיה העד לפנינו יצטרך להגיד הזמן כדי שיהיה שייך בו הזמה ולדעת הפוסקים אסור להעיד מפי הכתב וא"כ יצטרך לומר הזמן ועוד כשיהיו עדים שחתם בזמן הלז יהיה שייך הזמה עוד נ"ל דבר חדש דלשיטת הר"ן דבעי כאשר זמם אף דיכול לומר דמאוחר הוא עכ"פ אהני' לאותו זמן שיאמר וכעין דאמרו בגיטין י"ז אהני לשבוע דבתרא ואף דיוכל לומר על יום שבאמת היה שם הא בשני עדים ל"ש דיוכלו לכוין בצמצום אותו יום ואף דלפטור עצמם שייך מיגו בשנים מ"מ עכ"פ משכחת לה שיוזמו עכ"פ באופן זה וכל שמשכחת לה הזמה שוב הו"ל עדות שאי"ל עכ"ל והדבר יפלא דהשתא באין בו זמן כלל כשר שטרי המאוחרין לא כ"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת כל הטעם דכשר שט"ח המאוחרין הוא משום דיכול לקיים עכ"פ הזמה במקצת דהיינו בשבוע דבתרא ולפ"ז גם לכתחלה יכולין לאחרו משא"כ באין בו זמן ה"א דלכתחל' אסור עכ"פ לזה כתב לפי שאין מדקדקין בדו"ח בד"מ לכך כשר ולכך אשמועינן דבזה כשר בדיעבד ולכתחלה יש לכתוב הזמן ובשט"ח מאוחר כשר לכתחלה. עוד י"ל בכוונת הרמב"ם דלפמ"ש הש"ך דלכתחל' אין לדקדק בד"מ אבל כשנמצא שא"י פסול גם בד"מ א"כ י"ל דבשטר שאין בו זמן א"כ שפיר השמיענו דא"צ לדקדק דאל"כ יפסול השטר לגמרי אבל בשט"ח המאוחר דיכול לאשכוחי הזמה שוב יש מקום לומר דמדקדקין קמ"ל דא"צ לדקדק כלל ועיין בש"ך סי' ל"ג שם:

ג ובגוף דברי הש"ך הנ"ל נראה לפענ"ד לחלק דבאמת בד"מ י"ל דלא בעי דו"ח משום נעילת דלת אמנם זה דוקא כשיש עליהם שם עדים רק שאינם בגדר הזמה בזה י"ל דבד"מ לא בעי אבל כל שאין שם עדים עליהם פשיטא דאף בד"מ בעינן שם עדים ע"ז ולפ"ז אין ראיה מעדים קרובים לדיינים שפסול אף בד"מ משום דכיון דקרובים פסול ואין עליהם שם עדים ניהו דבד"מ ל"ש הטעם דלא בעינן שאי"ל מ"מ כל שנפסל מגדר עדים גם בד"מ פסול. ובזה יש לקיים דינו של הש"ך ולא מטעמיה דבאמת לכתחלה א"צ לחקור כלל דהא כל ששם עדים עליהם רק דאינם בגדר הזמה שלא אמרו היום א"כ בד"מ בטל דו"ח וממילא גם זה א"צ לחקור ומה בכך שלא יהיו בגדר הזמה מ"מ

שם עדים עליהם ומוקמינן לשני עדים אחזקתייהו דכשרים הם אבל כל שנחקרו ואמרו א"י כיון דבד"נ פסול וניהו דשם פסול משום שאאי"ל אבל עכ"פ אין תורת עד לכל מי שאומר א"י בחקירות ומשום דעדים צריכין לדעת כל מה שנוגע לחקירות וכיון שאין שם עד עליו פשיטא דפסול גם בד"מ אבל כל שלא נודע שא"י פשיטא דעדים הם אף שאינם בגדר הזמה וז"ב מאד. ובזה נדחה כל ראיות הש"ך ודו"ק וזה לדעתי מ"ש בב"ק דף ע"ה ע"ב והא קי"ל דעדות שאי אתה יכול להזימה לאו עדות היא ה"מ היכא דלא ידעי באיזה שעה ובאיזה יום דליכא עדות כלל וכו' והיינו דשם לא מקרי עדים כלל ובזה אף בד"מ פסול אבל כל שהם עדים כשרים אף שאינם בגדר הזמה כשר בד"מ שהרי בטלו דו"ח:

ד ובזה מיושב כל קושיות הנוב"י על הש"ך וגם מ"ש בתומים לדחות דברי הש"ך דכל ראייתם היא שא"צ גדר הזמה אבל לעולם בעינן תורת עדים ודו"ק. שוב ראיתי בספר גאון צבי שנדפס מחדש שחולק ג"כ על הש"ך מטעמים שונים והביא ג"כ הקושיא מהנימוק"י לענין עידי חזקה וכ"כ בזה וכעת נ"ל ליישב דהנה בטעם דבעינן בממון ג"כ כאשר זמם ולא כאשר עשה צ"ב והנה התוס' בב"ק דף ד' ע"ב ד"ה ועדים כתבו דר"י ס"ל כיון דכאשר זמם מחייב וכ"ש כאשר עשה דעונשין מן הדין ולפ"ז צריך להבין למה ס"ל להריטב"א דבכאשר עשה פטור והנ"ל דהנה התוס' ריש ב"ק דף ב' כתבו דהכא משמע דעונשין מן הדין ובדף נ' אמרו אם על הפתיחה חייב על הכרייה לכ"ש אלא שאין עונשין מן הדין וכתב הרשב"א בחידושיו דשאני בור דחידוש הוא לפי שא"ב של אדם והכתוב עשאה כאילו הוא ברשותו ולכך אין לך בו אלא חידושו ולכך אין עונשין מה"ד ולפ"ז כיון דעדים זוממין חידוש הוא דמה חזית דציית להני ציית להני וא"כ אין לך בו אלא חידושו לכך דוקא כאשר זמם ולא כאשר עשה. ויש להמתיק הדברים דבכאשר עשה כיון דהוא מוחזק א"כ פשיט' דיש להאמין יותר להראשונים מהאחרונים ואם כן חידוש גדול הוא ולכך בכאשר עשה לא מתחייב דמהראוי להאמין לראשונים יותר מאחרונים וז"ב בטעמו של הריטב"א. ולפ"ז מיושב היטב קושית הנוב"י הנ"ל דכל הטעם דבעינן עדות שאילה"ז הוא לפי שחיישינן דלמא משקרי כשלא יוכלו להזים וכמ"ש בב"ק דף ע"ה ע"ב ולפ"ז כאן דכל הענין שא"א להזים משום שהוא כאשר עשה והרי כל הטעם דכאשר עשה הוא לפי שהראשונים מהראוי להאמין יותר וכמ"ש וכיון דלא יוכלו להזים בשביל שמחזקינן שהם נאמנים יותר וא"כ איך שייך לומר דהו"ל עדות שאאי"ל וחיישי' שמא משקרים הא מה דלא יוכלו להזים הוא משום דיהי' הראשונים נאמנים יותר ובפרט שבכאשר עשה הוא מוחזק יותר וכיון שכן ל"ש לומר שהוה עדות שאאי"ל וז"ב ואין בכח הקולמוס להאריך יותר (וע' בב"ק דף ע"ה ע"ב שם בהא דמחלק סומכוס דכאן

העדים מסייעי להו) ובזה מיושב קושית התומים סי' ל"ח מכל עידי פרעון ועידי שובר דנאמנים ולא הוה עדות שאי"ל ולפמ"ש מיושב:

ה והנה המלמ"ל פכ"א מעדות הקשה בסוגיא דמיפך והזמה בהא דאמרו בדף ע"ג ע"ב ועוד דמי כל העבד לרב בעי לשלומי והקשה הא העבד תפוס בעצמו והו"ל כאשר עשה ע"ש. והנה התומים סי' ל"ח כ' כיון דהעבד מחוסר גט שחרור לא מקרי תפוס בעצמו ובמחכ"ת לא זכר שם דברי התוס' בב"מ דף י"ח דהסוגיא ס"ל דא"צ גט שחרור. איברא דמ"ש שאמרו שם ולא ראיתי מבואר בהדיא ובכתובות דף מ"ב ע"א ד"ה הפלתי כתבו דמוכח בב"ק וכפי הנראה כוונו דאל"כ ל"ש לשלם דמי עינו דהא מחוסר גט שחרור ע"ש וברמב"ם פ"ד מחובל עכ"פ לא ראה דברי התוס':

ו והנה לכאורה רציתי לומר דלפמ"ש הראב"ד דבספק בתפיסה לא אמרי' דהעבד מוחזק בעצמו א"כ כאן שכשבאו העדים והזימו א"כ שוב נעשה ספק בתפיסה א"כ שוב לא מקרי מוחזק בעצמו ובפרט דכשהעדים הזימם לא מקרי מוחזק בעצמו ולא הוה כאשר עשה. אך לפ"ז יקשה בהא דאמרו אי דאחורי קא מאחרו כולה דמי עבד בעי לשלומי והא שם דהעדים שמזימים אמרו שכעת כבר הוא משוחרר ולפ"ז בין לעדים הראשונים ובין לאחרונים עכ"פ כעת משוחרר ושוב שייך לומר דמוחזק בעצמו והו"ל כאשר עשה אמנם העיקר נ"ל דכאן ל"ש שמוחזק בעצמו דהא העבד יודע בעצמו שהמעשה לא כן היה וכאשר העדים הוזמו והפכו הדברים וא"כ ל"ש שמוחזק בעצמו וכעין דאמרו בכריתות דף כ"ד דהוא אינו מפקיר השור דיודע ששקר הוא ע"ש גבי שור הנסקל וז"ב מאד:

ז ובזה יש ליישב קושית התוס' במה דאמרו העבד בכל דהו ניחא והקשו דמה כל דהו הא מסייעים אותם לגמרי. ולפמ"ש א"ש דזה אינו ניחותא לגבי' דבאמת העבד יודע שלא כן היה המעשה רק שזאת ניחא ליה שעכ"פ יהיה משוחרר ודו"ק:

ח ובזה מיושב היטב מה דק"ל טובא במה דאמרו דאכתי גברא לאו בר חיובא וכתבו התוס' ד"ה דאכתי דבקנס לא חשבינן לגברא בר חיובא וקשה הא העבד מוחזק בעצמו ותפס מועיל אף שהב"ד א"י לחייב ולפמ"ש א"ש דעכ"פ ל"ש מוחזק בעצמו וע' בשיטה מקובצת ב"ק דף ע"ד גבי טבי עבד ר"ג מ"ש בשם הרשב"א ולפמ"ש התוס' אין ראיה ודו"ק וע' מכות דף ה' ובתוס' ד"ה וכן ודו"ק היטב בכל הציונים שציינתי ותמצא חדשות ודו"ק:

ט והנה לכאורה הי' נ"ל דבר חדש דלכך בממון בעינן ג"כ כאשר זמם ולא כאשר עשה משום דבשלמא כאשר זמם שפיר מתחייב על שגרמו להזיקו במחשבתם אבל אם כבר העידו מה שנעשה המעשה זה אין בידם דאף אם ירצו לחזור לא יכלו עוד לחזור ונמצא

שכעת לא סבבו הם המעשה רק שע"י מחשבתם הרע נגמר המעשה ולכך נתחייבו על אשר זממו ולא על אשר עשו וז"ב מאד לדעתי. ובזה ממילא מיושב קושית התומים והמלמ"ל הנ"ל דבעידי פרעון או בעידי שובר או בעבד שמחשבתם ממיל' בזה גופא נעשה המעשה ומקרי כאשר עשה א"כ בזה לא אכפת לן בזה שנקרא אשר עשה דבאמת שייך ק"ו אם כאשר זמם חייב מכ"ש כאשר עשה ול"ש לומר דאין בידו לחזור עוד דבאמת בזה יוכל לחזור דבאמת לא היה כאן רק כאשר זמם רק דכאן זה גופא מקרי מעשה אבל מידי כאשר זמם לא יצא אלא שלפ"ז צ"ב גם קושית הריטב"א שהביא הנמוק"י בהן כת אחת להזמה שהקשה דהו"ל כאשר עשה ומה בכך דהוה כאשר עשה הא עכ"פ הי' בידם לחזור. ואולי כיון ששם הי' ג' כתי עדים כת לכל שנה רק שהן עדות אחת להזמה א"כ לגבי הראשונים שאין בידם לחזור כל שהעידו שוב הו"ל כאשר עשה לגבי הראשונים ולכך הוצרך הנימוק"י לחדש דמיירי שלא הי' בהשדה וז"ב. ובזה ממילא מיושב קושית הנוב"י הנ"ל דא"כ קשה מכל עידי חזקה דהו"ל עדות שאי"ל משום דהוה כאשר עשה ולפמ"ש א"ש דבאמת בעידי חזקה ל"ש כאשר עשה כלל. ובזה יש ליישב כל קושיות התומים בסי' ל"ח ע"ש ודו"ק:

י והנה לפמ"ש הפ"י בביצה דף ז' גבי שאור וחמץ דל"ש עונשין מן הדין כיון דשאור ג"כ חמץ הוא רק שחימוצו קשה אבל כיון ששם חמץ עליו ל"ש עונשין מן הדין ע"ש לפ"ז צ"ב דלמה לא יהי' כאשר עשה מק"ו דכאשר זמם ול"ש אין עונשין מן הדין דבכלל כאשר זמם הוא וצ"ל כיון דמ"מ ענין נפרד הוא שייך עונשין מה"ד וז"ב. ולפ"ז אם כאשר זמם הוא בעצמו כאשר עשה הי' מקום לומר דעונשין מה"ד אלא דא"כ אין מקום לקושית הריטב"א הנ"ל ובאמת גוף דברי הפ"י הנ"ל במחכ"ת לא הרגיש שאף בזה אין עונשין מה"ד דמקורו במכות דף ה' ע"ב גבי בת אביו שהיא בת אמו מבואר דלא כדבריו ששם הוא בעצמו נכלל בבת אביו שלא בת אמו וע"כ דלא כהפ"י. ובחידושי לרמב"ם הלכות טומאת מת פ"א הארכתי בזה ואכ"מ. והנה לכאורה הי' נ"ל ראיה להש"ך דאף דלא בעי דו"ח כל שאמרו א"י לא הוה עדות מהא דכתב הרא"ש דגט מוקדם אם נשאת לאחר הגט בטל ולא תפסי קידושי שני ותמה הב"י סי' קכ"ז כיון דאינו רק פסול דרבנן כמו כל פסולי דרבנן דרבנן תקנו זמן בגיטין א"כ מה"ת לומר דלא הוה גט כלל ע"ש שכתב שהוא היפך דעת כל הפוסקים ולפמ"ש יש ליישב דהרי הפ"י הקשה בסוגיא דזמן בגיטין דלמה לנו שום טעם הא הו"ל עדות שאילה"ז והרי בעינן דו"ח וא"כ בעינן זמן אבל כבר כתבתי על הגליון שבמחכ"ת לא זכר שם שכבר קדמו הרשב"א בתשובה הובא בב"י אהע"ז סי' י"א והביא מזה ראיה דגיטין וקידושין שוין לד"מ דלא בעי דו"ח ע"ש ולפ"ז זהו נכון על

גוף הדבר דלא נבעי זמן משום דלד"מ דמי ולא בעי דו"ח אבל כל שכבר תקנו זמן משום ב"א ופירי ורק דהוא מוקדם בזה פשיט' דפסול דהרי לא גרע מאילו אמרו א"י שפסול אף בד"מ מכ"ש במוקדם בבירור שבודאי א"י להזים אותם וזה גם בד"מ בטל העדות וא"כ ממילא בטל הגט משום דבעי דו"ח ובטל העדות וז"ב. איברא דלפ"ז יקשה הא דפריך הש"ס בגיטין דף כ"ו קפסיק ותני ל"ש מן הנשואין ול"ש מן האירוסין בשלמא לר"י ניחא אלא לר"ל דאמר משום פירי ארוסה מי אית לה פירי ומה קושיא הא שם קאי על מה דצריך להניח מקום הזמן שלא יהיה מוקדם והא מוקדם בודאי פסול משום דו"ח וכמ"ש והיא קושיא גדולה וצ"ל דמכאן ראיה לפירוש הבעל העיטור שהביא הפני יהושע שם דעיקר קושית הש"ס הוא לענין עיקר כתיבת הזמן של ארוסה בגט דלמה ליה לר"ל כלל ע"ש. ובזה מיושב קושית התוס' שהקשו דלמה לא פריך על נכתב ביום ונחתם בלילה דפסול דפסיק ותני ל"ש מן הנשואין ול"ש מן האירוסין ולפמ"ש א"ש דבמוקדם מהראוי לפסול משום דו"ח וכמ"ש ודו"ק. איברא דלפ"ז צריך להבין הא דאמרו שם הא מלתא שמעת מני' דעולא וכו' האומר כתבו גט לארוסתי לכשאכנסנה אנרשנה אינו גט ואמר עולא מ"ט משום שמא יאמרו גיטה קודם לבנה וכו' ולמה לי האי טעמא הא הו"ל מוקדם ופסול משום דבעי דו"ח. אך ז"א דשם נכתב באותו יום והזמן היה כהוגן רק שנמסר אח"כ ושפיר שייך ביה דו"ח דלא הו"ל מוקדם לענין זה וצריך הטעם משום שלא יאמרו גיטה קודם לבנה. ובלא"ה ל"ק משם דהרי באמת יקשה למה לא פסול משום ב"א וכבר הקשה כן הבעל העיטור וכתב דמכאן ראיה דעולא לא ס"ל הטעם דב"א ומשום פירי ע"כ ג"כ ליכא למיחש וע' בתוס' שם ובראש פ"ב דגיטין וא"כ שוב לא תקנו זמן כלל וכבר כתבתי במק"א דכל דל"צ זמן ל"ש למפסל משום דו"ח דכל של"צ להזמן לא הצריכה תורה לדו"ח וכמו בכל איסורין היכא דליכא חשש לממון שלא כדין או לזנות לא בעי דו"ח ע"ש וא"כ ממילא לא בעי דו"ח והבאתי ראיה לזה דאל"כ יקשה מ"פ ארוסה מי אית לה פירי והא בארוסה שוב שייך משום דו"ח דכל הטעם דלא בעי דו"ח משום דלד"מ דמי ומטעם דיש לה כתובה ופירי ובארוסה דל"ש כתובה ופירי דאין לה שוב בעי זמן משום דו"ח וא"ל דלא פלוג חז"ל ואף בארוסה לא בעי דו"ח וכמ"ש הרמב"ן הובא בב"י באהע"ז סי' י"א דז"א דא"כ נימא כיון שתקנו חז"ל בנשואה משום פירי ואצרכה זמן שוב לא פלוג להיפך דגם בארוסה בעי זמן והיא קושיא נפלאה לפענ"ד ולפמ"ש יש ליישב דעיקר הקושיא כיון דא"צ זמן בארוסה שוב לא בעי דו"ח כלל וכמ"ש והארכתי בזה בחידושי לסוגיא דזמן בגיטין. ובגוף ראיית הבע"ה שהביא הרא"ש בפ"ב דגיטין דעולא ע"כ לא ס"ל הפסול דב"א דאל"כ למה לא אמר הטעם משום זה לא הבינותי דהא לדעת

רוב הפוסקים גם בגט מוקדם דהיינו שנכתב ונחתם בזמנו רק שלא נמסר עד אח"כ יש תקנה לתתו ע"י שליח וע' סי' קכ"ז ס"ה ובב"ש ס"ק ו' ע"ש וא"כ בכה"ג שכתבו עכשיו כהוגן רק שלא נמסר עד לאחר הנשואין ל"ש מוקדם והי' כשר ע"י שליח ולכך צריך הטעם שמא יאמרו ויש ליישב בזה קושית התוס' ד"ה הכא ע"ש:

יא וע"ד פלפול אמרתי בישוב קושית הבעל העיטור הנ"ל דלמה לא אמר עולא הטעם משום ב"א דהנה בהא דאמרו בגיטין דף י"ח גיטין הבאין ממדינת הים מא"ל ומשני דקלא אית להו והקשו התוס' דאכתי שייך משום ב"א דניהו דידוע שלא בא לידה ביום הכתוב בו מ"מ יכלה לומר שבא לידה קודם שזינתה ותירצו דכיון דקלא אית להו וידעו שלא נמסר ביום הכתוב בו ומסקו אדעתייהו לידע יום שנמסר והקשיתי בחידושי דאכתי שייך משום ב"א דהרי מבואר באהע"ז סי' א' ס"ו בהג"ה דמי שנשתמדה אשתו מזכה לה גט ע"י אחר ומטעם דזכות היא לה שתזנה פנויה ולא א"א כמ"ש בפסקי מהרא"י סי' רכ"ו ולפ"ז ה"ה כאן כיון שיש לחוש לחיפוי משום זנות וא"כ מה הועילו בתקנתם הא בכה"ג דזכות הוא לה יוכל לומר שזיכה לה הגט ומיד שבא ליד השליח הרי היא מגורשת וא"כ מה הועילו בתקנתם (הא בכה"ג זכות היא לה) והיא קושיא גדולה וצ"ל דכיון דבעינן שיאמר שבאמת כוון לזכות לה ולדעת קצת פוסקים בעינן שתהיה היא מהדרת אחר גט כמבואר סי' ק"מ ס"ה ולפ"ז אם יאמר שכוון לזכות והיא היתה מהדרת אחר גט באמת יהיה החיפוי כדין שכבר היא נתגרשה דזכות הוא לה וכל שהחיפוי כדין לא חיישינן כמ"ש התוס' בגיטין דף ל"ג ד"ה ואפקעינהו אבל עכ"פ בסתם גיטין הבאים ממדה"י שפיר הועילו היכא דלא היתה מהדרת אחר גט וגם הוא לא כוון לזכות דמנא ידע במדה"י שהיא תרצה לזנות שיתן לה גט ובלי ספק לא נחשדו ישראל ע"ז וגם היא איך תדע להדר אחר גט כל שהוא במדה"י ולכך שפיר הועילו בתקנתם וז"ב:

יב ובזה י"ל דטעם הרא"ש שפוסל המוקדם אף דאינו רק פסול דרבנן משום דאם נימא דמועיל מוקדם מה שמקדים עתה על זמן קודם א"כ יוכל תמיד להקדים הזמן ויאמר שזיכה לה לשיטת הפוסקים דגם במוקדם כזה מועיל שישלח ע"י אחר דקלא אית לה ובכה"ג שבטל כל התקנה שוב הו"ל פסול גמור ובטל הגט דאלמו חז"ל לתקנתם היכא שיוכל להתבטל כל התקנה דכעת ודאי יחפה ויאמר דזיכה לה מקודם וז"ב ומעתה מיושב היטב קושית הבעל עיטור דכאן שאומר כתוב גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה א"כ בכה"ג שהיא ידעה זאת מקודם א"כ בודאי ל"ש גזירת ב"א דבכה"ג ודאי זכות הוא לה וגם היא ודאי מהדרת אחר גט שהרי כבר כתב הגט ונחתם בעודה ארוסה וא"כ לא הועילו חז"ל בתקנתם ודו"ק היטב כי חריף הוא ונחמד:

יג והנה לכאורה יקשה דאם נימא דבעינן בד"מ עדות שאי"ל א"כ יקשה בנסכא דר"א דהו"ל מחושואיל"מ ואמאי הא שיטת התוס' בב"מ דף ד' דגם בע"א היכא דמחייב ממון שייך בדין הזמה יעו"ש ובקצה"ח סי' ל"ח בסופו ולפ"ז לפמ"ש בשו"ת מיימוני השייך לספר משפטים סי' ס"א דבנסכא דר"א ע"כ מיירי דבא ע"א שאמר חטף קודם שטען אין חטפתי דאל"כ בא לממון תיכף ע"ש ולפ"ז הו"ל עדות שאאי"ל דאם נזים אותו יאמר דהוא לא רצה רק לחייבו שבועה ולא ממון דהיה יכול להכחישו ולטעון לא חטפתי ולמה הודה שחטף וצ"ל דמכאן ראיה לשיטת הר"ן בסי' מ"ז דע"א אף במקום דהאמינה תורה יכול לחזור כשנותן אמתלא ולפ"ז שפיר חייב העד דכל שראה שטוען חטפתי היה לו לחזור ואין לך אמתלא גדולה מזו דיכול לומר לא רציתי רק שישבע ולא ממון וז"ב הן אמת דלפ"ז צ"ב מ"ש הריב"ם בב"ב דף ל"ז דלכך לא נאמן במגו דלא חטפתי ולשבע דדידיה חטף משום דכל שאינו נשבע כנגדו הו"ל כשנים דהתורה האמינה לעד או שישבע נגדו או שישלם והרי כל הטעם דיכול לחזור בע"א משום דאף דהאמינה תורה לא נחשב עדותו כ"כ שלא יהיה יכול לחזור וא"כ ע"כ דלא נחשב עדותו כשנים דבשנים א"י יכול לחזור אף באמתלא וא"כ עכ"פ ל"ש לומר דהוה מגו בשנים דכל שאתה רוצה להאמינו כשנים שוב הו"ל עדות שאאי"ל והבן כי היא דק שכלי איברא דבחידושי אמרתי בישוב קושית התוס' דבאמת צריך להבין מ"ש הרשב"ם שם דאם לא היה ע"א הי' נאמן לומר דידי חטפתי במיגו משום דמוחזק בממונא ולמה לי הטעם דמוחזק ות"ל דיש לו מגו וצ"ל דבאמת יקשה כיון דכל שחטף אנן סהדי דלאו שלו חטף דחזקה מה שיש ביד אדם הוא שלו וא"כ הו"ל מיגו במקום חזקה דהוא אבעי' דלא אפשיטא וצ"ל דכל שלא ראינו שחטף והוא מוחזק בממונו א"כ ל"ש החזק' דכל מה שביד אדם הוא שלו דאדרב' א"כ הוא בודאי שלו והפה שאסר הוא הפה שהתיר וזה עדיף ממגו ועיין בש"ך סי' ק"ח ובסי' פ"ב ס"ק ג' דכל שיש לו חזקת ממון אמרינן מגו במקום חזקה ומכ"ש כאן ולזה כוון הרשב"ם במ"ש שזה מוחזק בממונו ומעתה כל שיש ע"א עכ"פ הו"ל גזלן כל דחטף א"כ שוב הו"ל מגו במקום חזקה ובזה ניחא מה שסיים הש"ס כיון דחטף הו"ל גזלן והוא לכאורה שפת יתר ועיין חידושי רמב"ן ולפמ"ש א"ש דכיון דהו"ל גזלן הו"ל מגו במקום חזקה וז"ב אברא דאכתי קשה כיון דהוא רק אבעיא דלא איפשטא הו"ל קולא לנתבע אך ז"א כיון דבאמת הו"ל מחושואיל"מ א"כ בלא המגו בודאי אינו מוחזק בממון כיון דה"ל מחושואיל"מ א"כ שוב הוה מגו במקום חזקה ובזה מיושב קושית התוס' דלכך לרב ושמואל דל"ל מחושואיל"מ ופטור שוב הוה ליה מגו ואף דהוא במקום חזקה מ"מ כל דפטור ל"ש מגו אף במקום חזקה ודו"ק. ומן האמור צדקו דברי הסמ"ע סי' ע"ה

שכ' דלשיטת ריב"ם דהו"ל מגו במקום עדים אף החזרתי אינו נאמן לטעון ותמה הש"ך דלא עדיף משני עדים דנאמן לטעון החזרתי ולפמ"ש א"ש ניהו דאם הי' טוען החזרתי הי' נאמן אבל להאמינו במיגו דההחזרתי הו"ל מגו במקום חזקה דאינו נאמן כמו במגו במקום עדים ועיין בתוס' ב"ב דף ה' ודו"ק היטב בכל מ"ש:

יד והנה בגוף דברי הש"ך תמהתי דלדבריו דבעינן עדות שאילה"ז רק דבסתמ' תלינן שהוא עדות שאילה"ז אבל אי אמרו א"י בטל העדות דלא יוכלו להזים וא"כ לדבריו צ"ל דעדות שבשטר מסתמ' תלינן שבאותה שעה חתמו ונוכל להזימ' ובאמת שיטת הרז"ה דכל עדות שבשטר ל"ש הזמה דיכולין לתלות באיחור וע' ש"ך סי' ל"ז ס"ק י"ג. ובלא"ה ממקומו הדבר תמוה דהרי הש"ך פריך ואי ס"ד בעי דו"ח היכי תלינן שמא אחרוהו וכתבוהו וא"כ ל"מ לשיטת הת"ח וכן פירש הראב"ן והש"ך בסי' ל"ז שם הסכים לזה דקושיית הש"ס דאם נתלה באחרוהו וכתבוהו לא נכשיר שום שטר דהרי אילה"ז וע"ז משני הש"ס דלאחר התקנ' לא בעי דו"ח ולא בעינן עדות שאילה"ז א"כ מבואר בהדי' דלא כש"ך אלא אף לפירש"י דקושיית הש"ס דאיך מכשירין מספק והא העדים נתכחשו בפנינו וע"ז משני דלאחר שבטלו דו"ח מכשרינן א"כ הרי דאף בהכחישו מפורש לפנינו תלינן באיזה דבר להכשיר השטר א"כ מכ"ש דאם אמרו א"י בעדות דלא פסלינן ואולי שכחו אח"כ וע"כ דברי הש"ך צ"ע:

טו עוד ק"ל טובא דאם נימא דבעי עדות שאילה"ז יקשה בהא דאמרו בב"ב דף ל"ד אי דמיא הא דר' אבא לחד סהדא ולתרתי שני ולפירי וכן קי"ל בטוש"ע חו"מ סי' קמ"ה ס"ג דהדר' ארעא והדרי פירי וקשה הא הו"ל עדות שאאילה"ז דהעדים יאמרו דאנו רצוננו לסייע לך ולהבי' ראיה דהחזקת בשדה וחשבנו אולי יש לך עדים שאכלת עוד שנה אחת והו' חזקה וכדאמרו התם הכא לסיוע קאתו דאי אתו אחריני מוקמינן ליה בידי' ועכ"פ ל"ש כאשר זמם וע"כ דלא בעינן עדות שאילה"ז בד"מ וצע"ג וביותר יש להקשות דהרי התוס' בב"ב דף נ"ו הקשו דיוכלו העדים לומר אנן לסיוע למערער קא אתינן ורצינו לחייב להמחזיק בפירי שאכל וכתבו כיון דהמחזיק הביאם מסתמ' הביאם לטובתו ומסתמ' יש לו עדים על כל הג' שנים ולפ"ז יקשה דשוב הו"ל עדות שאילה"ז דהא יוכלו לומר לסייע להמחזיק באנו. אך נראה דהרי התוס' בסנהדרין דף ט' כתבו דהיכ' דא"א להיות זה בלי זה ל"ש לומר ע"ז באנו וע"ז לא באנו ולפ"ז הא באמת הו"ל חצי דבר וכתב הרי"ף דכאן לא הוה חצי דבר דהא מ"מ הם עדות על שנה לחייבו להמחזיק הפירי שאכל כמבואר ברי"ף בהדיא בב"ב שם וא"כ שוב לא יוכלו לטעון דאנן לא באנו לחייבו בפירי רק לסייע להמחזיק דא"כ שוב הוה חצי דבר ולא מקרי עדים כלל וז"ב ונכון:

טז דרך אגב אומר במ"ש רשב"ם בב"ב דף נ"ו במשנה דמשלמין את הכל דמי הקרקע בשויו דכתי' כאשר זמם ולא כאשר עשה לבד הקרקע שנוטל מהמחזיק ודבריו תמוהים דהרי הנימוק"י הקשה דלמה יועיל עדותם הא הו"ל כאשר עשה ומתרץ או דבממון ל"ש כאשר זמם ולא כאשר עשה או דמיירי דלא היו המחזיק בקרק' וא"כ הרשב"ם דכתב מפני כאשר זמם ולא כאשר עשה הוא תמוה וכבר נשאלתי בזה מא' מברעזאן ושמו הרב ר' דוד מאיר פריש נ"י. והנראה בזה דהרשב"ם כיון כוונה אחרת בזה דל"ש כאן כאשר עשה כיון דהם באו להפסידו דמי הקרק' ועל הדמים ל"ש כאשר עשה. ויש להמתיק יותר דגוף הקרק' גם בלא הזמה רק בהכחשה הוה מוקי תרי להדי תרי ואוקי ארעא בחזקת מרא קמא והזמתם לא הי' רק שאם נתקלקל השדה וישטוף יהי' צריך לשלם מעות ובממון שייך כאשר זמם ולא כאשר עשה וז"ש דמי הקרק' דכתי' כאשר זמם ולא כאשר עשה וז"ש לבד הקרק' שנוטל והיינו שזה אינו נוטל מתורת כאשר זמם רק בשביל שנתכחשו עכ"פ ובזה ל"ש כאשר זמם ולא כאשר עשה דהא בהכחשה ל"ש זאת ואם שטף הקרק' אז שוב הוה כאשר זמם ולא כאשר עשה ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש:

יז ודרך אגב אומר במה שהאריך הש"ך שם לתמוה על הב"י דטריפה פסול לעדות הוא פסול הגוף בעצם וע"ז תמה עליו ועל כל האחרונים דאשתמיטתי' הא דאמרו בסנהדרין דעדי טריפה שהוזמו נהרגין ור"א אמר דהו"ל עדות שאילה"ז וש"מ דלא פסילי מחמת עצמן. והנה בהגהת הט"ז בשם מהרש"ק מצאתי שהרגיש בזה וכתב די"ל דהעידו בפני ב"ד דלא היו טריפה ואח"כ נטרפו והיא תימה לפענ"ד דממנ"פ אימת נטרפו אם לאחר גמ"ד א"כ שוב היו אז בגדר עדות שאילה"ז וקודם גמ"ד שוב נפסלו עדות קודם גמ"ד. אבל לפענ"ד היה נראה דהא דפסולין להעיד כשהם טריפה הוא בשביל דבעינן עדות שאילה"ז וכשם שאין שם עדות כל שחסר דו"ח משום שלא יכול להזימה ה"ה כשהם טריפה דא"א לקיים ההזמה. ובזה נרא' לפענ"ד דלכך נפסלו גם לד"מ אף שבזה יכול לקיים ההזמה וכמ"ש הש"ך משום דכל שלד"נ פסלה התור' משום דהם פסול הגוף כמו חרש וסומא וכדומה וא"כ אף לד"מ פסלה התור' דשם ותואר העד צריך להיות שוה לד"נ ולד"מ וכל שפסול בזה פסול בזה אף דל"ש הטעם בזה. אמנם בגוף הדבר אני תמה דהתוס' ביבמות דף כ"ה פירשו הא דהרוג יציל דהו"ל טריפה וטריפה פסול להעיד משום דלא הוה עדות שאילה"ז והרי בלא"ה פסול הגוף ואף אם נימא כמ"ש דגוף פסול טריפה דא"א להזים אכתי קשה דעכ"פ נמצא אחד מהם קרוב או פסול לא מקרי דהרי כל הטעם הוא דא"א לקיים בזה עדות שאילה"ז אבל עכ"פ נמצא אחד מהן קרוב או פסול ל"ש בזה ואף אם נימא דגם נמצ' אחד מהם קאו"פ מקרי מ"מ קשה א"כ בממון

לא משכחת עדים כלל דניחוש שמא העדים הם טריפה ובממון לא אזלי' בתר רוב וגם קשה הי' לו להש"ס להקשות מלוה ולוה יציל דשמא טריפה וזה רבות בשנים הקשיתי דא"כ במכות דאמרו דלא הי' נהרג אדם מעולם קשה דהי' להש"ס לומר דשואלין לעדים אם הם טריפה ופסולין להעיד ואף דלפמ"ש כעת י"ל דגוף הפסול הוא רק בשביל דהו"ל עדות שאילה"ז וכ"כ התוס' דיש מקום לומר כן מ"מ קשה דהתוס' כתבו לענין מחלל שבת ואני אומר בכל ד"נ יש מקום לומר כן וגם לפמ"ש הש"ך דבכל ד"מ צריך שיהי' עדות שאילה"ז א"כ כל ד"מ לא משכחת לה דבממון לא אזלינן בתר רובא והוא תימה וצע"ג ועיין תומים ס"ק י"ב וגם קשה דא"כ משכחת לה דפסול להעיד ולא פסול לדון כגון טריפה ובנדה דף מ"ט לא משמע כן וצ"ע:

יח והנה במ"ש למעל' על דברת הש"ך דאף דל"צ דו"ח מ"מ כל שאמרו א"י עדותן בטלה תמהני דהלא ר"ת רצה לחדש בהא דאמרו דלמא במקום סייף נקב הוה והקשה ר"ת דהא אזלינן בתר רובא וכתב ר"ת דודאי בסתם ל"ח ואזלינן בתר רוב מ"מ אם נשאל ויאמרו א"י עדותן בטלה וע' בתוס' חולין י"א ובמכות דף ז' הקשו התוס' על ר"ת דאין זה סברא דאם לא נשאל להם יהי' חייב ואם נשאל ואמרו א"י יהי' פטור ול"ד לסייף וארירן דשם מה"ת לבדות שיפסלו זה את זה אבל כשמכחישין בהדי' פטור וה"ה כל שלא נשאל יהי' חייב וכשנשאל ויאמרו אין אנו יודעין יהי' פטור ע"ש אבל כאן כיון דחז"ל בטלו דו"ח ואמרו דכל שמעידין מסתמא אמת אמרו א"כ למה כשנשאל ואמרו א"י יהי' פטור וצע"ג וע' בתוס' ב"ב דף נ"ו ע"ב ד"ה משלשין שהקשו דלמה לא פריך מנא ידעי קמאי דלאסהודי אתי כדפריך בב"ק דף כ"ד גבי שור המועד ואי נימא דלא כש"ך מה קושיא הא בד"מ לא בעי כלל עדות שאילה"ז משא"כ בשור המועד דהוה ענין קנס ולא ממון גמור דנזק הוה ולא ממון וצריך עדות שאילה"ז וע"כ דגם בד"מ צריך עדות שאילה"ז ודו"ק וע' בטורי אבן בר"ה דף כ"ג ע"ב גבי ומכניסין את הגדול שבהן ע"ש ודו"ק:

סימן מה

א לחכם אחד.

ב ששאלת לבאר כוונת הרז"ה שכתב דהמודר הנאה משופר דמותר לתקוע תקיעה של מצוה דוקא בשופר של ר"ה שהוא מה"ת אבל בתקיעות של תעניות אמרינן מצות להנות נתנו ותמהת דמה טעם יש בדבר הנה בחידושי רבות אמרתי בזה וכעת נראה דבר חדש דהנה באמת ביאור ענין דמצות לאו להנות נתנו פירש"י דלעול ניתן ולא להנאה והדבר צ"ב דמ"מ איתי ליה הנאה והנראה לי בזה דהנה בש"ע או"ח סי' ר"ד מבואר דאם

אנסוהו לאכול אינו מברך דל"מ הנאה כל שהוא באונס ולפ"ז נ"ל דבר ברור דמכ"ש במי שמחוייב לקיים מצוה דמקרי אונס ול"מ הנאה וא"כ לא גרע מאילו היה שלא כדרך הנאתן דקיי"ל בכל התורה דשלכדה"נ אינו אסור מה"ת ועיין מלמ"ל פ"ד מיסודי התורה שהאריך בזה ולפ"ז שפיר אמרו דמצות לאו להנות נתנו והיינו כיון שלעול ניתן ולא להנאה שוב מקרי שלכדה"נ וליכא איסור מה"ת רק מדרבנן ופשיטא דמצות התורה דוחה איסור דרבנן וז"ב לדעת ולפ"ז ה"ט דהרז"ה דזה דוקא במצות תורה אבל בתקיעות תעניו' דאינו רק מצוה דרבנן פשיטא דמצוה דרבנן אינו דוחה איסור דרבנן ושפיר אמרינן דלהנו' נתנו וז"ב מאד בטעמו ובזה אני אומר דמה שלמד הר"ן מהרז"ה דגם בשופר יש תקיעו' מד"ס ואסור לתקוע לדידיה ולפמ"ש י"ל דכיון דהם מעורבין ביחד אחד מד"ת ושנים מד"ס או להיפך א"כ הו"ל דאוריית' ודרבנן דגם בדרבנן לא מזלזלינן כמ"ש המהר"ש חיין הובא במג"א סי' קפ"ד לענין ברכה רביעית דבהמ"ז ע"ש. איברא דלפמ"ש יקשה א"כ מאי אמר רבא גבי שופר של עולה דיצא דמצות לאו להנות נתנו והרי המלמ"ל נסתפק שם לענין מעילה בהקדש אם מעל אף בשלכד"א ולפ"ז היאך שייך מצות לאו להנות נתנו והיא קושיא גדולה. ובאמת שי"ל שזה טעמו של ר"י דס"ל דלא יצא אף דמסתמ' יסבור מצות לאו להנות נתנו כדס"ל גבי המודר וע' בתוס' ורק דבמעילה שאני ואף די"ל דרבא לשיטתו דס"ל בפסחים דף כ"ו דגבי מעילה בעי כדרך הנאתו וע' בתוס' שם ובמלמ"ל שם אבל העיקר נ"ל דהרי באמת רבינו כ' דלכך יצא לפי שאין בקול דין מעילה ואף שנהנה בשמיעת קול מצות לאו להנות נתנו ובאמת שהלח"מ תמה דרבינו הוסיף על הש"ס ובש"ס לא נזכר זאת ולפמ"ש א"ש דבאמת רבינו ק"ל מה מועיל בהקדש מה דמצות לאו להנות נתנו הא גם שלכד"א אסור וע"ז חידש כיון דבקול אין בו דין מעילה לפי שאין בו ממש ואף שנהנה בשמיעת קול דצריך להמצוה וכמ"ש המהרמב"ח שם מ"מ כיון דזה אין בו ממש וכל שאין בו ממש הו"ל כצל דמותר בבית אליל כמ"ש הטור יו"ד סי' קמ"ב בשם הראב"ד ואף דבע"ז ודאי אסור שלכד"א מה"ת מ"מ באין בו ממש מותר וע' בשעה"מ פ"ד מיסודי התור' ומכ"ש בהקדש דמותר באין בו ממש וא"ש דברי רבינו ודו"ק:

ג ובזה מיושב מה דק"ל דא"כ בשופר של ע"ז דיצא בדיעבד ואמאי והא בע"ז אסור שלכד"א ולפמ"ש א"ש דהא קול אין בו ממש ומותר בשלכד"א אף בע"ז וכמ"ש ודו"ק. איברא דלפ"ז ל"ב הא דאמרו בלולב של ע"ז דיצא משום דמצות לאו להנות נתנו והא שם יקשה דע"ז אסור אף שלכד"א. והנ"ל בזה דהנה השעה"מ שם הביא בשם הרב מוהר"י אשכנזי ליישב דברי הטור בשם הראב"ד דמתיר בצל אף דע"ז אסור שלכד"א וכ' דכיון

שא"א לבא לכדרך הנאתו לא גזרו בזה ע"ש ולפ"ז בלולב דמיירי ע"כ שלא נתכוין לזכות בו דאל"כ הו"ל ע"ז של ישראל דל"מ ביטול וא"כ הו"ל א"א בשום אופן לבא לכדרך הנאתן כיון דלא זכה בו ובכה"ג אף בע"ז מותר וז"ב. ובזה מיושב קושית המג"א סי' תקפ"ו על הב"ח דלמה לא מוקי בנתכוין לזכות רק שיש לה בעלים ולפמ"ש א"ש דאם נתכוין לזכות שוב אסור אף שלכד"א וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה השעה"מ דדברי הבעה"מ סותרים דבלולב מוקי גם הרז"ה ביו"ט ב' וקשה הא ביו"ט שני שאינו רק מדרבנן מצות להנות נתנו ולפמ"ש א"ש דל"ש כדרך הנאתן כיון דלא נתכוין לזכות ודו"ק:

ד ובזה מיושב מה שהקשה השער אפרים סי' ל"ח מעירובין ל"א דמוקי לה בבה"ק וס"ל מצות לאו להנות נתנו והא עירוב אינו רק דרבנן ולפמ"ש א"ש דבבה"ק דלא נאסר רק בהנאה וכל שהוא שלכ"ה לא נאסר אף מדרבנן דבשלמא באיסורין אמרינן שמדרבנן נאסר אף שלא כד"א אבל במת דאינו אסור רק להנות וכל שלא כד"ה ליכא איסור ושפיר מותר ודו"ק:

ה והנה לכאורה ק"ל דאם נימא דמצות לאו להנות נתנו ולא מקרי הנאה א"כ לפ"ז יקשה למה לי קרא על כלאים בציצית הא כלאים לא אסור רק דרך לבישה דאית ביה הנאה וכדאמרו ביבמות דף ה' ועיין בחידושי רשב"א שם ועיין בחיבורי מפרשי הים בשו"ת להגאון מוהר"מ בנעט זלה"ה שמה מבואר הדבר באר היטב וא"כ כיון דלעול ניתן ולא להנאה א"כ הוה על כל פנים לבישה דלית בה הנאה לשיטת הפוסקים שהנאת הגוף בהדי מצותו נמי אמרינן מצות לאו להנות נתנו דלעול ניתן ולא להנות וכפמ"ש בטעמו דמקרי שלא כדרך הנאתו וא"כ למה יאסור כלאים בציצית ולכאורה רציתי לומר כיון דציצית אינו חובת גברא רק חובת מנא ל"ש מצות לאו להנות נתנו. ומצאתי לאחרונים שהביאו קושיא זו בשם ספר ברית אברהם וכתבו ליישב כן אבל אינו שוה לי והעיקר נלפענ"ד דלפמ"ש התוס' בנדה דף ס"א ע"ב ד"ה אבל דבציצית אינו חייב כל דאין בו הנאת לבישה א"כ גם כאן ל"ק דכל דנימא דאין בו הנאת לבישה משום דמצות לאו להנות נתנו שוב אין בו מצות ציצית כלל וע"כ דשאני בזה דגוף המצוה לא ניתן רק בלבישה דאית בה הנאה ושוב ע"כ מחשב הנאה ואסור וז"ב ודו"ק ואף דהכ"מ כתב פ"א מציצית הי"א במ"ש רבינו דאין עושין ציצית מעיר הנדחת דלאו משום דאסור בהנאה דמצות לאו להנות נתנו ע"ש ש"ה דהנאה היא רק מהמצוה בלבד וגם בזה פקפקנו במגן גבורים סי' י"א ס"ק י"ז מכ"ש כאן וז"ב מאד:

ו ובזה נלפענ"ד דבבגדי כהונה שדעת רבינו בפ"ח מכלי המקדש הי"א דבגדי כהונה שלא בשעת עבודה לוקין עליו והקש' בש"א מהא דאמרו בנזיר דף כ"ט דמביאין חטאת

העוף על הספק והיאך לובשין הכלאים וכן בכל ספיקות דמקריבין קרבן מספק האיך לובשין הכהנים כלאים דלמא לאו עבודה היא ולובש כלאים שלא במקום מצוה ע"ש בסי' ל"ב ובמגן גבורים סי' י"ח ולפמ"ש א"ש דבאמת כבר נודע מ"ש המהרי"ט ליישב קושית הקדמונים על הרמב"ם דס"ל כל ספיקות אינו רק מדבריהם א"כ קשה הא דיליף הש"ס בחולין י"א דאזלינן בתר רובא מקרבנות עולה ופרה אדומה וכדומה והא מטעם ספק מותר וכתב הוא דספק מצוה שאני דאתחזק חיוב מצוה ע"ש ולפ"ז כיון דעכ"פ מחויב מספק להקריב שוב מצות לאו להנות נתנו דהוא עושה כן מחיוב ספק מצוה דמחויב לעשות ואף אם נימא דאינו מחויב גם בספק מצוה אבל עכ"פ מדרבנן ודאי מחויב מספק וא"כ לא גרע ממצוה דרבנן דאמרינן מצות לאו להנות נתנו ואף לשיטת הרז"ה דס"ל דבמצוה דרבנן מצות להנות נתנו היינו מצוה דרבנן גרידא כגון תקיעות של תעניות אבל כאן הספק של תורה רק דמה"ת אזלינן לקולא וא"צ לעשות אבל כל שחייבוהו רבנן לעשות הו"ל מצוה דאורייתא ופשיטא דבכה"ג גם הרז"ה מודה ומה"ט נראה דמה שלמד הר"ן מזה דאף בתקיעות של ר"ה כיון דיש בהם גם תקיעות מד"ס שייך בהם מצות להנות נתנו ולפמ"ש יש לחלק וגם אף אם נימא כמ"ש הר"ן שאני התם דעכ"פ קיים מצות התורה והתקיעות דמד"ס הן ד"ס גרידא אבל בספק תורה פשיטא דכל דאזלינן להחמיר מדרבנן מצות לאו להנות נתנו וז"ב. ובזה מיושב היטב מה שהקשו האחרונים בהא דאמרו בנזיר דף כ"ט שם דלר"ל דאב מדיר בנו בנזיר הוא מדרבנן כדי לחנכו במצות דאם כן איך ילבש הכהן כלאים. ולפמ"ש א"ש דכל דרבנן אמרו דגם הקטן מחוייב וא"כ הרי שוב שייך מצות לאו להנות נתנו דעקרו בדאוריית' דנזיר הוא תורה ורק דהקטן אינו מחוייב מדאוריית' והיינו משום דא"י לקבל עליו נזירות מה"ת אבל עכ"פ כל שאביו מקבל עליו נזירות ומועיל מדרבנן כדי לחנכו מצות שוב הו"ל כנזיר תורה לענין זה דמצות לאו להנות נתנו אף לשיטת הרז"ה דעכ"פ הכהן עושה בשביל המצוה וז"ב:

ז ובזה יש ליישב הא דהקשו התוס' ריש נזיר לר"ל שס"ל דהוה לשון שבדו להם חכמים היאך מייתי קרבן הא הו"ל חולין בעזרה וראיתי לאחרונים שתמהו בזה דהא ר"ל ס"ל בנזיר דף כ"ט דחולין שנב"ע לאו דאוריית' ובדרבנן לא אכפת לן ולפמ"ש יש ליישב דכל דהו"ל חולין בעזרה מה"ת ואינו רק לשון שבדו להם חכמים א"כ מה"ת לא נעשה נזיר בהלשון הלז שוב לשיטת הרז"ה במצוה דרבנן מצות להנות נתנו משא"כ שם בחינוך דכל דחל עליו הנזירות שוב הוה הקרבת הקרבנות מצוה דלאו להנות נתנו וז"ב. מיהו בלא"ה י"ל בישוב קושית הש"א דלפמ"ש התוס' בשבת דף ד' דכל דלא פשע אומרים לו

לאדם חטא בשביל שיזכה חבירך שלא פשע א"כ גם כאן דחטאת העוף הבא על הספק במקום דלא פשע אף דהכהן עושה ספק איסור אומרים לו חטא כדי שיזכה חבירו שלא פשע וע' מנחות דף מ"ט ולפ"ז גם בחינוך הקטן כיון דהקטן לא פשע במה שקיבל אביו הנזירות עליו א"כ פשיט' דיכול הכהן להקריב ובפרט במקום דהבן כעת הוא גדול ולפ"ז זהו במקום שלא פשע אבל בלשון שבדו חכמים דמדאוריי' אינו נזיר והוא לא קיבל בלשון תורה שפיר הקשו בתוס' דלמה יקריבו קרבן בלשון שבדו חכמים הא לא הוה נזיר מה"ת ואיך יעשה הכהן איסור תורה בשביל נזירות של זה דאינו רק מדרבנן ועמג"א סי' ש"ו ס"ק כ"ט ובעירובין דף ל"ב ודו"ק:

ח ובזה מיושב מ"ש התוס' דלענין להלקות קאי והדבר תמוה דלמה ילקה על דרבנן ולפמ"ש א"ש דכל שהוא מדרבנן נזיר לוקה אבל עיקר קושיא הוא דלמה יעשה הכהן חטא על ידם. ובזה מיושב היטב מ"ש התוס' בנזיר דף כ"ט דבחינוך קטן נאכל הקרבן והקשו האחרונים דמנ"ל דנאכל הקרבן ולפמ"ש א"ש דלפמ"ש בהגהת הד"ת הובא במג"א סי' ש"ו דהיכא דזוכה האחר לעצמו הוא דאמרי' לו חטא וא"כ אם לא יאכל מה יזכה לעצמו שיעבור בשביל האחר וע"כ דזוכה לעצמו האכילה במ"ע לאכול הקרבן ודו"ק וע' בר"ן ריש נדרים דהוכיח דע"י ל' שבדו להם חכמים הם דאוריית' לחייב עליהם קרבן והביא ראיה מריש נזיר ואף דדבריו בראייתו מגומגם כבר כתבתי בחידושי למס' נדרים לפרש דבריו ועכ"פ לא ס"ל כפי' התוס' בנזיר הנ"ל ודו"ק. עוד נ"ל בטעם הדבר דמצות לאו להנות נתנו דדעת הרז"ה דבמצוה דרבנן מצות להנות נתנו דהנה לפענ"ד נ"ל דבר חדש דבכל מקום דאמרי' מצות לאו להנות נתנו עכ"פ צריך שיכוין רק לשם מצוה דאל"כ שוב אסור להנות וכעין זה מבואר בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ד דלאבא שאול דאמר יבמה יבא עליה לשם מצוה דאל"כ פוגע באשת אחיו שלא במקום מצוה א"כ מה שאסור קטן לייבם דלאו בר כוונה ומעבד מצוה הוא ע"ש ובתשובה הבאתי דברי הנמוק"י פרק הבע"י דכ' כיון דאינו רק מדרבנן לא חשו לזה וע' ב"ש סי' קס"ו וסי' קע"ד ולפ"ז כאן דבאמת אסור בהנאה מה"ת רק דמצות לאו להנות נתנו א"כ כל שאינו מכוין לשם מצוה שוב אסור בהנאה ולפ"ז בשלמא במצוה דאוריית' דבעי כוונה א"כ ע"כ מכוין לשם מצוה וממילא אמרינן מצות לאו להנות נתנו אבל במצוה דרבנן דסגי אף בלא כוונה כמ"ש המג"א סי' ס' בשם המ"צ וא"כ חיישינן שמא לא יכוין לשם מצוה ואז יעשה איסור תורה דאסור להנות מה"ת וז"ב בטעמו. איברא דעדיין צ"ב דהא כל הנאה אינו רק בשביל המצוה וא"כ כל שאין כאן מצוה שוב לא נהנה. אך ז"א דהא הרז"ה קאי במודר הנאה משופר דמותר לתקוע תקיעה של מצוה וע"ז כ' הרז"ה דבתעני' צבור אסור

לתקוע והרי כבר נודע שיטת הכלבו דיש ב"א שנהנים בתקיעתם וא"כ שוב אסור משום הנאה כשלא יתכוין לשם מצוה ומעתה ל"ק כל קושית הש"א דבשאר דברים כל שלא נתכוין למצוה שוב לא נהנה כלל דמה הנאה שלו כשנטל לולב שלא ע"מ לזכות בו וגם לא נתכוין למצוה. ובזה מיושב היטב מה שתמה הר"ן דא"כ גם בתקיעות של ר"ה יש לאסור דיש בו תקיעות מעורבות של דרבנן ג"כ ולפמ"ש א"ש דהרי כבר נודע מ"ש המ"א סי' קפ"ב דגם ברכת הטוב והמטיב צריך לחזור כשלא כוון דלא ליתי לזלזולי כיון שהם ביחד דאוריית' ודרבנן ע"ש ומעתה ה"ה בתקיעות של ר"ה דהם בהדי הדדי אתי דלא ליתי לזלזולי וכיון שצריך כוונה שוב מצות לאו להנות נתנו ודו"ק היטב כי נחמד ונעים הוא ת"ל:

ט ודרך אגב אומר במה שראיתי בנמוק"י על חידושי הלכות נדרים לרמב"ן הנדפס מחדש בפ"ב ונספח לאלפסי שכ' בהא דאמרו שם בפ"ב דנדרים דף ט"ז באומר הנאת תשמישך עלי והקשו הקדמונים הא מצות לאו להנות נתנו וכתבו דאפשר באשה אחרת אבל בנודר הנאת כל הנשים וזרע אין לו לא חל נדר לגבי מצות פ"ו דמצות לאו להנות נתנו וע"ז כ' הנימוק"י דלדבריהם צ"ל דכי היכא דא"א במצות תשמיש בלי הנאה אחרת לבד המצוה ה"ה בשופר וזה דחוק והא דתניא הנודר ממעיין אסור לטבול בו טבילה של מצוה בימות החמה לפי שא"א בלא הנאה אחרת מצי לומר שאין מצות טבילה במעיין ובימות החמה כמצות שופר ותשמיש של מצוה אבל הריטב"א כ' דתשמיש של מצוה אף דמצות לאו להנות נתנו אפ"ה הוה פסיק רישא דא"א דלא מתהני גופי' מתשמיש ודמי לנודר הנאה ממעיין ולפי דבריו ז"ל חולק עם רבותיו במודר הנאה משופר לומר שאין בשופר הנאה אחרת דהיינו הנאת קול אלא הנאה שמוציאו מידי חובת התקיעות של מצוה וע"ז כ' ותמהני היכי דמיא חובת מצות טבילה במעיין בימות החמה למצות פ"ו במודר הנאה מנשים וזרע אין לו זהו תורף דבריו שם אף שאין זה לשונו. והנה דבריו מוקשים וסתומים למעיין היטב ואמרתי לבארם הנה ראש דבריו לפי המפרשים שהקשו דבתשמיש הוה מצות לאו להנות נתנו אף שיש הנאת הגוף בהדי מצותו וה"ה בשופר דס"ל כשיטת הכלבו שמובא בב"י או"ח סי' תקפ"ו שיש בני אדם שנהנים בתקיעתם ואפ"ה מותר וא"כ לפי דבריהם קשה למה יהי' אסור לטבול במעיין והא כל שמצות לאו להנות נתנו לא אכפת לן אף דיש הנאת הגוף בהדי מצותו וע"ז כ' דמצי למימר שאין מצות טבילה במעיין בימות החמה כמצות שופר ותשמיש של מצוה אבל לא ביאר הדבר למה לא דומה הא בשניהם יש הנאת הגוף בהדי מצותו ומפני מה בשופר ובתשמיש מותר כל שא"א בלעדי זה לקיים המצוה ובטבילה אסור. ולכאורה רציתי לומר דהטעם

דשופר ופ"ו הן מצות ההכרחיות שהטילה התורה על האדם ולא יוכל לפטור בלעדם שפיר אמרי' דמצות לאו להנות נתנו אף שא"א בלעדי הנאה אחרת דהמצוה לעול נתנו ולא אכפת לן במה שנהנה דהוא עושה בשביל העול המצוה שהוטל עליו אבל טבילה שאינה מצוה הכרחיות כמ"ש הרמב"ם בספר המצות מ"ע ק"ט שאין הכוונה שיהי' חייב לטהר כל טמא כמו שחייב כל כסות שמתכסה בו בציצית או כל בית שיעשה בו מעקה רק מי שירצה לטהר מטומאתו הנה לא ישלם זה אלא בטבילה במים ע"ש וא"כ אינה מצוה הכרחיות אם כן בכה"ג כל שיש הנאת הגוף בהדי מצותו א"י לקיים המצוה דל"ש לעול נתנו דאינו מחויב בזה ויכול לדחות על ימות הגשמים וכדומה כל שלא יהי' לו הנאת הגוף וע"ז כ' הריטב"א שיטה אחרת דתשמיש א"א בלעדי הנאה וא"כ ס"ל דכל שיש הנאת הגוף בהדי מצותו אסור ולזה ע"כ מוכרח לומר דבשופר אין הנאה זולת המצוה דאינו נהנה בקול ולפ"ז אף בנודר הנאה מכל הנשים וזרע אין לו מ"מ אסור בתשמיש ודמי למודר הנאה ממעיין דאסור בשביל שיש הנאת הגוף בהדי מצותו וע"ז תמה הנמק"י דאכתי לא דמי למעיין דשם אין הטבילה הכרחית וא"כ שפיר כל שיש הנאת הגוף בהדי מצותו אסור משא"כ בתשמיש מצוה לא אכפת לן דהא המצוה לעול נתנו כנ"ל לפרש דבריו הקדושים והקצרים ונימוקו עמו:

י שוב ראיתי בשעה"מ פ"ח מלולב שהקשה לשיטת הרשב"א בנדרים דס"ל דאף בתשמיש שרי כל שנודר מכל הנשים וא"כ למה אסור במודר הנאה ממעיין וע"ש שמחלק דשם איכא הנאת הגוף אחר המצוה והביא כן בשם ספר מעשה רוקח הספרדי ע"ש ולפענ"ד א"צ לדחוק בזה והחילוק מבואר כמ"ש דהטבילה אינה הכרחיות ומזה ראיה ברורה לדברי הרמב"ם בספר המצות ומזה ראיה ברורה דקי"ל טבילה בזמנה לאו מצוה וכמ"ש ר"ת דלא כרבינו אליהו הזקן שפסק דטבילה בזמנה מצוה דאל"כ שוב הוה מצוה הכרחיות וע' רמב"ם פ"ו מיסודי התורה ה"ו שג"כ משמע דפסק דטבילה בזמנה לאו מצוה וכמ"ש הלח"מ שם ודו"ק היטב:

יא אחר זמן רב ראיתי ברז"ה שלא קאי על המודר הנאה משופר רק על המודר הנאה מחבירו שמותר לתקוע לו תקיעה של מצוה וע"ז כ' הרז"ה דה"מ שופר של ר"ה דהוא מה"ת משא"כ תקיעות של תעניות. והן נסתר מחמתו מ"ש למעלה בכוונתו. אמנם כעת נלפענ"ד בכוונת הרז"ה דבר נחמד דבאמת מה שמותר לתקוע תקיעה של מצוה הוא משום דמצות לאו להנות נתנו אלא לעול על צואריהם נתנו ולכך מותר לתקוע דאינו מקרי נהנה. אבל עדיין צ"ב דאכתי איך מותר זה להנותו הא זה הדיר הנאתו ממנו וא"כ היה יכול זה ליקח שכר על תקיעתו ומה שלא לקח הו"ל הנאה והנאת הגוף בלעדי מצותו

אסור. אך ז"א דהא אמרו בנדרים דף ל"ה דמלמדו מדרש משום דמה אני בחנם אף אתה בחנם ואסור ליטול שכר מזה וע' בטור סי' תקפ"ה שעמד בזה על התוקעים שנוטלים שכר על המצות שופר ע"ש וא"כ לא מקרי הנאה מה שנהנה ממנו בחנם. ומעתה לפ"ז כוון דאמרו שם דאינו מלמדו מקרא וביארו שם בש"ס דהיינו פיסוק טעמים וכ' הר"ן כיון דאינו מדאוריית' רק מדרבנן מותר ליטול שכר וא"כ שוב מהנהו ע"ש. ולפ"ז שפיר כ' הרז"ה דתקיעות דרבנן דהיינו של תעניות שוב אסור לתקוע לו בחנם דקא מהנהו דהיה יכול לטול שכר. ובזה ניחא מ"ש הר"ן דא"כ גם תקיעות דר"ה יש בו מעורב אחת מד"ס. ולפמ"ש א"ש כיון דעכ"פ יש בו דאוריית' שאסור לטול שכר שוב אינה הנאה ניכרת וגם י"ל כל דהוה דאוריית' ודרבנן ביחד שוב אסור ליטול שכר על דרבנן דהוה זלזול לדרבנן כמ"ש המ"א סי' קפ"ז לענין ברכה רביעית דרבנן ע"ש וה"ה בזה ומעתה מיושב היטב קושית השע"א דאינו ענין לשאר מצות דרבנן דאמרינן באמת מצות לאו להנות נתנו ודו"ק היטב:

יב והנה במ"ש למעלה הלא מראש דהא דמצות לאו להנות נתנו הוא לפי שלעול נתנו על צואריהם ולכך הוה כאונס והארכתי בזה. הנה כעת ראיתי בט"ז או"ח סי' קצ"ו שמדמה הך דאוכל בסכנת נפש דאינו מברך למ"ש הרמב"ם דאוכל איסורי תורה אינו חייב לשלם דמים דנפשו של אדם חותה מן האיסור לפ"ז הי' נ"ל להסביר ענין מצות לאו להנות נתנו דלא מקרי הנאה מה שנהנה מע"ז דבאמת נפשו של אדם חותה מן האיסור ורק דהוא מוכרח לקיום המצוה אבל הנאה לא מקרי דנפשו חותה מן האיסור ולפ"ז נ"ל דזה סברת הרז"ה דלפמ"ש הרמב"ם דבאיסורי דרבנן חייב לשלם דמים א"כ חזינן דל"ש נפשו של אדם חותה מן האיסור א"כ לפ"ז במצוה דרבנן דאינו עול כ"כ ל"ש נפשו של אדם חותה מן האיסור ומה שנהנה מהמצוה חשוב הנאה דהרי באמת מצוה דרבנן אינו כ"כ עול וע' בתוס' כתובות דף פ"ו דשיטת רש"י דבמצוה דרבנן אין כופין ואין מכין עד שתצא נפשו וא"כ אינו לעול כ"כ ושוב נהנה מן האיסור ול"ש נפשו של אדם חותה מן האיסור דבאמ' נהנה מה שקיים המצוה וא"כ מזה נהנה באמת וא"ל דהמצוה לעול נהנה דז"א דזה אינו מצוה כ"כ כנלפענ"ד ואף דבאמת באיסורי הנאה אף שהם רק מדרבנן שייך נפשו של אדם חותה מן האיסור אבל ז"א דאדרבא האיסור הוא מה"ת והמצוה דרבנן שוב שייך לומר דנהנה עכ"פ שעשה מצוה ואינו לעול כ"כ ודו"ק:

יג ודרך אגב אומר מה דהקשה הט"ז סי' קצ"ו וסי' ר"ד דברי הש"ע אהדדי דבאכל באונס פסק דאינו חייב לברך ואילו באוכל בסכנה חייב לברך. ולפענ"ד יש לחלק דכל שנאנס על גוף אכילה לא מקרי הנאה אבל מה שהוא סכנה הסכנה אינה מצד אכילתו רק שיש

לו סכנה ומציל נפשו וא"כ זה אינו אונס בגוף הדבר רק דבזה מציל עצמו וא"כ עכ"פ נהנה בגוף אכילה למה לא יברך וכעין זה מבואר החילוק בב"י חו"מ סי' ר"ה בתלוהו וזבין בין אונס בגוף הדבר או אונס הבא ממקום אחר ועי"ז ניצל מהאונס ודו"ק היטב. עוד הי' נ"ל בטעם של הרז"ה דהנה שיטת הר"ן דבמודר הנאה מחבירו דמותר לתקוע לו תקיעה של מצוה הוא דוק' כשלא עשהו שליח לתקוע לו אבל כל שעשהו שליח לתקוע לו אסור דהוה כמהנהו במה שעשה שליחותו וכן קי"ל בסי' תקפ"ט. ולכאורה צ"ב דהא אף כשלא עשהו שליח ע"כ צריך להיות בשליחתו דאל"כ לא יצא זה בתקיעתו של זה וע"כ דמטעם שליחות קאתינן עלה וכל מה דמוצי' הש"צ הוא מתורת שליחו' וע"כ צ"ל דאינו ענין לשליחות דמשום דישראל ערבים זה בזה לכך יכול להוצי' את חבירו בתורת ערבו' והיינו שכל המחוייב בדבר יכול להוצי' חבירו ולפ"ז הא נודע מ"ש בשו"ת זרע אברהם הספרדי והובא באו"ח סי' קכ"ד דעל מצות דרבנן אינם ערבים וטעמא קא טעים דהו"ל דבר שאינו קצוב ולא נעשה ערב ע"ש ולפ"ז לכך בתקיעו' של ד"ס כגון תעניו' א"י להוצי' דנעשה שלוחו ושלוחו אסור דמהנהו וז"ב. ובזה מיושב דלכך ל"ש בתקיעו' של ר"ה אף שיש בו מד"ס מ"מ כיון דעל תקיעו' דאוריי' יכול להוצי' מתורת ערב שוב ממילא נתערב גם על תקיעות דרבנן שמעורבות בו והו"ל דבר שאינו קצוב עם דבר קצוב דמועיל והכא עדיף טפי דא"י ידי חובת תקיעו' בלתי זה דהא ספיקא הוא ודו"ק היטב: איברא דלפענ"ד בתקיעו' א"צ לבא מתורת שליחו' רק כיון דיוצא בשמיעה א"צ לתורת שליחו' דעכ"פ שמע התקיעו' וגם דשייך מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי'. ובפשיטות י"ל דבאמת מ"ש הר"ן דאסור לומר תקע והוציאני דמהנהו דנעשה שלוחו והבי' ראי' מהא דאמרו בנדרים דף ל"ה דאי הני כהני שלוחי דידן ננהו אסור משום דמהנהו באמ' שהאחרונים תמהו בזה דשאני התם דמכשרתו ע"י הקרבן כמ"ש הר"ן שם דלכך בשלוחא דרחמנ' לא אכפת לן משום דאינו רק גרמא בעלמ' משמע הא אי שלוחי דידן אסור בשביל זה משא"כ כאן דמה אכפת לן כשנעשה שלוחו מ"מ מה מהנהו. אך לפענ"ד נרא' בפשיטו' דבאמת הריטב"א כ' בהא דאמרו מצות לאו להנות נתנו אף דמגיע לו שכר מצוה מ"מ זה אינו רק גרמ' בעלמא ולפי זה זהו כשלא נעש' שלוחו אבל כשנעשה שלוחו אף גרמא בעלמ' אסור כמ"ש הר"ן לענין כהני שלוחי דרחמנ' דגרמא בעלמ' שרי ומשמע דשלוחי דידן היה אסור וז"ב. ויש להמתיק הדבר דבאמ' ענין מצות לאו להנות נתנו כבר ביארתי דהוה כלא אפשר ולא קא מכוין דודאי שרי ולפ"ז כל שאפשר שלא יהי' שלוחו א"כ מה שנעש' שלוחו שוב הוה כאפשר ולא קא מכוין שאסור כדנחלקו בפסחי' דף כ"ה בזה: ומעתה מיושב היטב הקושי' שהקשיתי דאם לא עשהו שליח ורק שממילא צריך

להיות שלוחו דאל"כ א"י להוציאו שוב הוה כלא אפשר ולא קא מכוין דשרי לכ"ע ודו"ק היטב ומ"ש דלא בעי שליחות בשופר באמת המעיין ביום תרועה בדף כ"ט ימצא כי צריך שליחות וכ"כ בחיבורי על הלכות נדרים סי' רכ"א ע"ש:

יד והנה בהא דאמרו בנדרים דף ט"ז ע"ב בהא דאמר הנאת סוכה עלי הא דאמר שבועה שלא אהנה מן הסוכה אמר רבא וכי מצות להנות נתנו והדבר תמוה דהא הוה הנאת הגוף בהדי מצותה כמ"ש התוס' בר"ה דף כ"ח ד"ה המודר וכבר נתקשו בזה הנוב"י מהד"ת חאו"ח סי' קל"ג ובמחנ' אפרים הלכות נדרים ובחידושי כתבתי הרבה בזה וכעת נ"ל דלפמ"ש הרמב"ם בפ"ה מהל' נדרים דמש"ה נדרים חלים עד"מ משום דהו"ל מצוה הבאה בעביר' כמו שאסור לאכול מצה של טבל ה"ה בזה א"כ לפ"ז שפיר פריך הש"ס כיון דמצות לאו להנות נתנו א"כ גוף המצוה לא אסור רק הנאת הגוף בהדי מצותה ובזה ל"ש מה"ב דהא אותו איסור א"צ להמצוה ומשכחת לה שלא יהי' לו הנאה ובכה"ג דאין העביר' מסייע להמצוה ל"ש מה"ב וכמ"ש התוס' בסוכה דף למ"ד. והנה בחידושי לנדרים סי' רט"ו כתבתי דבר חדש דלפענ"ד נראה ענין דנדרים חלים עד"מ משום דבאמת כבר אמרו בתמור' דף כ"ה אמר על הבכור עם יציאת רובה תהוי עולה דלא הוה עולה משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ולפ"ז ה"ה בשבוע' דזה נשבע עד"מ לכך לא חל דהא דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וא"כ זה בשבוע' דאוסר על נפשיה אבל נדרים דהוה איסור חפצא וא"כ החפץ אין עליו מצות הרב ושפיר חל הנדר וא"כ שוב חל הנדר ול"ש דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין דהא הרב לא צוה על החפץ רק על הגבר' והחפץ שפיר נאסר. ומעתה נרא' לפענ"ד דאם נימא מצות לאו להנות נתנו רק שיש הנאת הגוף בהדי מצותה א"כ אף בשבוע' מצי לחול ומטעם דל"ש דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין דהא באמת על גוף המצוה לא נשבע כלל דהא נשבע שלא אהנה מן הסוכ' וקיום המצוה אינו נהנה מהסוכ' דמצות לאו להנות נתנו מה תאמר דהא נהנה הנאת הגוף זה הי' מקום לשבוע' לחול ומעתה שפיר מקשה רבא והא מצות לאו להנות נתנו ואמאי לא יחול גם בשבוע' וגם נ"ל דחל בכולל מיגו דחל על הנאת הגוף חל נמי על גוף המצוה:

טו ובזה מיושב מה שנדחק הר"ן בהא דפריך רבא והא מצות לאו להנות נתנו והא מ"מ אביי שפיר קאמר ולפמ"ש מקשה על גוף הדין של אביי דגם בשבועה מצי לחול וכמ"ש ודו"ק. איברא דלפ"ז צ"ב בהא דאמר המודר הנאה משופר מותר לתקוע בו תקיעה של מצוה והא הכלבו כ' דיש בני אדם שמתגאים בקולם ולפ"ז אדרב' מה דמצות לאו להנות נתנו מגרע גרע דבאמת דברי הרב ודברי התלמיד ל"ש דהא הוא נדר ע"כ על הנאת הגוף

דגוף המצוה לאו להנות ניתנה ובאמת כבר הקשו בלא"ה לשיטת הכלבו ל"ש דמצות לאו להנות נתנו דהא יש לו הנאת הגוף והכלבו כ' באמת דאחר תוקע לו אבל הוא לא יתקע. אך לפענ"ד הי' נראה דזה אינו בכלל הנאת הגוף דבשלמ' במעיין הנאה באה לו מצד המעיין בעצמו אבל כאן כל מה שמתנא' בתקיעתו הוא רק בשביל שמקיים המצוה כראוי ויכול לתקוע א"כ זה נטפל להנאת המצוה ולא אכפת לן אבל לפמ"ש אדרב' כיון דמצות לאו להנות נתנו א"כ יש מקום לאסור הנאת השופר עליו דהא לא נדר ע"ד מצוה ושוב אסור לתקוע והיא קושיא נפלא'. וצ"ל כיון דהוה פ"ר דאם יהנה מהתקיע' שוב א"י לתקוע א"כ הוה נודר עד"מ דודאי מצוה לתקוע בעצמו ומצוה בו יותר מבשלוחו וא"כ כל שיאסר לתקוע הוה נודר עד"מ ול"מ לחול וא"כ כיון דמצות לאו להנות נתנו שוב מותר דא"ל דאסר השופר דהא שוב מותר לתקוע תקיע' של מצוה דמצות לאו להנות נתנו וא"כ אף הנאת הגוף הנצמח מזה מותר דהוה טפל להמצו' וא"ל דאדרב' אסר הנאת הגוף עליו וממיל' אסור לתקוע דז"א דהא הוה אסור עי"ז לקיים המצוה וזה א"א. ובלא"ה י"ל לשיטת הראב"ן דהא דנדרים חלין עד"מ הוא דוקא כשפירש על המצוה אבל כל בסתם אמרינן דלא כוון לדבר מצוה א"כ גם כאן כיון דמצות לאו להנות א"כ כל שאוסר הנאת השופר י"ל דאדרב' ע"כ כוון להנאת הגוף וזה יכול לאסור דמה"ת לומר דכוון על גוף התקיע' דזה הוה דבר מצוה ואף להפוסקים דחולקין על הראב"ן מ"מ בכה"ג דמצות לאו להנות נתנו מהראוי לומר דלא כוון על המצוה והיא קושיא נפלא'. אמנם נרא' דכיון דעי"ז שאסר עצמו הנאת הגוף שוב יאסר לתקע שוב נדר עד"מ וא"כ אדרב' מהראוי לומר דכוון לגוף המצו' ואז מצות לאו להנות נתנו ומותר ושוב מהראוי לומר דכוון לדבר מצוה. ובזה הנה מקום אתי לומר דזה כוונת הרז"ה דבתקיעות דרבנן שוב מהראוי לומר דאסר הנאת הגוף דא"ל דא"כ שוב יאסר לתקוע דהוה פ"ר דהא בדרבנן פ"ר דלא ניחא לי' שרי וא"כ יהי' מותר לתקוע התקיע' של מצוה וא"כ שוב אסר עצמו לתקוע שלא יהנה הנאת הגוף ושוב לא יוכל לתקוע בעצמו דא"ל דאדרב' דכוון לאסור המצו' כדי שלא יחול דז"א דהמצו' בודאי יוכל לקיים דאף בפ"ר דלא ניחא ליה שרי בדרבנן כמ"ש התה"ד סי' ס"ו ועמ"א סי' שי"ד ולכך אסור. ובזה מיושב כל הקושיות על הרז"ה ודו"ק היטב כי קצרתי:

טז והנה התוס' בחולין דף ק"מ כתבו דבקרבנות ל"ש הנאה משום דמצות לאו להנות נתנו וע"ז שאל אותי החריף והבקי מו"ה יצחק שמעלקיש נ"י במ"ש הרמב"ם בפ"ז ממעיל' הלכה ה' הפריש מעות לחטאת חלב וקנה בהם חטאת לדם בשוגג כיפר לפיכך מעל וע"ז הקשה דאיך שייך מעילה והא לא נהנה כלל דמצות לאו להנות נתנו. והשבתי בראשית

ההשקפ' דמלבד דרבינו לא ס"ל כן כמ"ש בפ"ה מאיסורי מזבח ה"ט כמ"ש המלמ"ל שם אף גם דכל הטעם דמצות לאו להנות נתנו משום דצריך לקיים המצוה דלעול ניתן ולא נתכוין להנות ולא איכפת לן בהנאתו ולפ"ז כיון שזה הי' חטאת חלב וא"כ לא עשה מצותו דבאמת הי' צריך להקריבו לשם חטאת חלב רק ששגג והקריבו לשם חטאת דם בכה"ג ל"ש מצות לאו להנות נתנו דלא עשה כמצותו ושפיר מעל ודו"ק:

יז ומצאתי בשו"ת פני אריה סי' מ"ז שהאריך דמותר ללמוד אצל נר חנוכה דלא חשוב הנאה דמצוה לאו להנות נתנו ונדחק שם בלשון הרז"ה דאוסר ללמוד בספר ע"ש. והי' יכול לדרוש מרגנית' דהרז"ה לשיטתו דס"ל דבדרבנן מצות להנות נתנו ולימוד בספר אינו רק דרבנן דיכול ללמוד בע"פ ובלא"ה מצות לאו להנות נתנו בעצמם לכתחל' אסור כמ"ש המלמ"ל פ"ה מאישות ובמגיה שם ועיין בב"י וט"ז או"ח סי' שס"ג ס"ק ה' לענין עצי אשרה והט"ז הקשה דעצי אשרה אפרה אסור. ולכאור' בזה יש לומר דמצות לאו להנות נתנו ומה בכך שנהנ' מאפר לערוב וכתותי לא שייך שכבר שרפו וקיים מצותו ובתשב"ץ ח"ב סי' ל"ד כתב דיש היתר בביטול גופו וכוונתו דע"י השריפ' נתבטל גוף האשרה וצ"ע דא"כ באשרה של ישראל דאין לו ביטול מאי איכא למימר ומחוורת' כמ"ש ואף דמטלטלין דבר הרשות נראה לפענ"ד דכיון דעיקר מה דנהנה ע"י הערוב הוא שלא עבר על איסור הוצא' זה מחשב דבר מצוה מיהו זה אינו דאנן מצינו דאם מערבין לדבר הרשות אסור לערב בא"ה כדאמרו בנדרים דף למ"ד וע"כ יפה תמה בזה הט"ז ומצאתי בישוע"י שהרגיש בזה מיהו י"ל דמקרי הנאת הגוף בהדי מצותה וכיון דקי"ל שבת הואיל דהותר' הותרה א"כ לא בא הנאת הגוף בהדי מצותה וצ"ע בזה:

סימן מו

א נתתי לבי על מה שנהגו רבים מבעלי תורה ויראה ללכת למקוואות לטבול בר"ה לתפלה וקודם התקיעות וזה רבות בשנים אשר התירו פרושים את הדבר לטבול בשבת ויו"ט. ובאמת עפ"י דין הש"ע נראה לאסור וחפשתי אולי אזכה למצוא היתר. והנה בש"ע סי' שכ"ו מבואר דיש כמה איסורים בזה משום זיעה שהולכין למרחץ לטבול במקוה ומזיעין מחום המרחץ ומשום סחיטה ומשום שנושא מים שעליו ד"א בכרמלית ומשום שיטת גופו וקסמים ועיין מג"א ס"ק ח' שם דהביא כן בשם מהרי"ל ובשם תה"ד כתב לאסור משום מתקן והוא כתב להתיר כיון דטבילה לקריו אינו רק מדרבנן ע"ש. והנה מקודם נעיין אם נוכל למצוא היתר ביו"ט ואח"כ יתבאר ברצות ד' לענין שבת. והנה מצד זיעה הנה באמת בסי' תקי"א לא נזכר אם זיעה אסור ביו"ט אבל באמת הדבר מבואר

בהדיא בש"ס שבת דף מ"ם דאף ביו"ט אסור להזיע וכמ"ש התוס' שם ד"ה למוצאי שבת. הן אמת דדבריהם לכאורה מגומגמין קצת שבתחלה כתבו דלאחר גזירה אף בי"ט אסרו דאיו"ט קתני משרבו עוברי עבירה התחילו לאסור ובסוף כתבו דאי עריב ותני להו הו"א דוקא בשבת אסרו ולא ביו"ט דעובדא דמייתי בשבת הוה והדברים סותרין ובח"ש כתב דעובדא דמייתי קאי על מעשה דבלנים ואכתי לא א"ש דהרי במעשה דר"ע וראב"ע מבואר בהדיא שהי' ביו"ט וע"ז אמרו דמשרבו עוברי עבירה התחילו לאסור והמהר"ם לובלין נדחק דלא הי' כתוב לפניהם הברייתא ע"ש. והנ"ל בזה דבאמת עיקר הגזירה היה על שבת רק שיו"ט בכלל שבת דאין בין יו"ט לשבת אלא אוכל נפש בלבד ורק אח"כ כשראו שאין הדבר עומד התירו חמי טבריא וזיעה במקומה עומדת. בזה יש להסתפק אם הזיעה במקומה גם על יו"ט או דלמא דוקא בשבת ולא ביו"ט והרי לענין חמין שהוחמו מעיו"ט באמת שיטת הרי"ף והרמב"ם דביו"ט לא גזרו בזה כמבואר סי' תקי"א והרי דלא השוו מדותיהם א"כ י"ל דגם בזה חזרו והתירו הזיעה ביו"ט. ויש להמתיק הדבר דהרי באמת הי' מהראוי להתיר הרחיצה ביו"ט דהבערה שרי ביו"ט וגם הבערה דזיעה שרי וכבר נתקשו בזה התוס' בדף ל"ט וכתבו דאינו שוה לכל נפש ע"ש בד"ה וב"ה ולפ"ז כיון שראו שאין עומד והיינו שהציבור לא היו יכולין לקבל כמ"ש רש"י ה"א דחשבוהו כדבר השוה לכל נפש ולכך ממילא מותר הזיעה עכ"פ דניהו דגוף הרחיצה אסרו אבל הזיעה לא אסרו ולשיטת הרי"ף דהותר חמין שהוחמו מעי"ט בודאי ראוי להתיר הזיעה דאל"כ לא יוכל לבא למרחץ בשביל הזיעה. ובאמת שגם טעם התוס' ל"ש בזה דכל שהוחם מעיו"ט ודאי ראוי להתיר. ומעתה שפיר כתבו התוס' דאם לא תני בהדיא ה"א דדוקא בשבת אסרו הזיעה ולא ביו"ט והיינו דמה שהזיעה במקומה עומדת הוא דוקא על שבת קמ"ל דגם דליו"ט קאי עכ"פ יהיה איך שיהיה מבואר דאסור זיעה ביו"ט לאחר שגזרו על הזיעה כמו בשבת וכ"כ התוס' בד"ה וב"ה. הן אמת כיון שזה אינו מתכוין להזיע והוא רוצה ללכת לטבול הדבר תלוי בשני דיעות המבוארים בסי"ב ולשיטת רש"י וטור גם זה אסור. ובאמת שלכאור' כיון שזה אינו רק איסור דרבנן הו"ל דבר שא"מ בדרבנן ושרי אלא שנראה דזה תלוי במה שחלקו בש"ס בין אמבטי של כרכין דלא נפיש הבלייהו וא"ש החילוק דבשלמא בכפרים דנפיש הבלייהו הו"ל פ"ר ולא ימות ואסור אף בדרבנן וכמ"ש המ"א סי' שי"ד לחלוק על הט"ז (ובתשובה הארכתי בזה ולפמ"ש שם לחלק בין הפרקים היכא דהגזיר' היא מצד עצמו יש לאסור א"ש טפי ואכ"מ) אבל בכרכים דנפישי ואינו פ"ר ולכך שרי שא"מ בדרבנן שרי ובזה י"ל דלכך פירש"י באמבטי דכרכים שמטייל בהם פירש"י ולא להזיע והיינו כיון שא"מ שרי.

ובזה י"ל דלכך לא חלק הרי"ף בין כרכין לכפרים לפי שהוא מתיר אף כשנכנס להזיע וכשמתכוין שפיר יש לאסור דאנן לא בקיאין מה נקרא כרך לזה וכמ"ש הר"ן ולפ"ז עכ"פ אנן בדידן אין לנו לתפוס שני החומרות גם יחד דלרש"י יש חילוק בין כרכין לכפרים וא"כ עכ"פ בכרכין מותרין ולשיטת החולקים עכ"פ כשאינו מתכוין להזיע שרי וכאן הוא רוצה ללכת לטבול. ובלא"ה נראה לפמ"ש הק"נ פ' במה מדליקין סי' ק"ב שטבילת מי מקוה בחמין אינו בכלל גזירת מרחצאות ואחריו מילא בשו"ת נוב"י מהד"ת חלק או"ח סי' כ"ד כ"ה כ"ו מטעמים שונים א"כ עכ"פ ביו"ט ודאי יש להתיר דהרי התוס' בדף ל"ט ע"ב ד"ה וב"ה כתבו דאם הי' מותר הבערה משום רחיצה לא היו גוזרין על הזיעה ע"ש ולפ"ז כיון דעכ"פ לא גזרו על החמין במקוואות מאיזה טעם שיהיה ל"ש לגזור על הזיעה. ולפענ"ד נראה עוד טעם בזה להתיר דבאמת ביו"ד סי' ר"א סעיף ע"ה דעת רבים להחמיר מבלי להטיל יורה חמין למקוה משום גזירת מרחצאות ואף להמקילין עכ"פ זה דוקא להפיג הצינה ולא שיהיו חמין א"כ עכ"פ ל"ש למגזר שמא יחם או שיתן צונן לחמין כדי שיחמו דבאמת זה אסור במקוה ורק להפיג צינה שרי ובזה ל"ש גזירת הבלנים כמ"ש הנוב"י שם וע"כ ל"ש משום זיעה:

ב והנה מה שאסרו משום חשש סחיטה לכאור' הי' נ"ל דבר חדש דלפי מ"ש בשבת דף קמ"ז ע"א וע"ב דעשרה בני אדם מסתפגים באלונטית אחת ול"ח לסחיטה דעשרה מדכרו אהדדי א"כ ה"ה בבית הטבילה שרבים הם ביחד ל"ח לזה שיזכירו זא"ז ואף ששם הוא באלונטית אחת מ"מ שם הוא מסתפג ויש חשש יותר לסחיטה ואפ"ה התירו ברבים מכ"ש כאן דאינו ברור שיסחטו מה"ת לחוש לזה ותדע דאל"כ אמאי לא חשו בחמין שהוחמו מעיו"ט לשיטת הרי"ף ורמב"ם שמא יבא לידי סחיטה וע"כ דל"ח לזה וגם משום הוצאה ביו"ט ודאי לא חיישינן דהוצאה מותר ואף בשבת מבואר בסי' שכ"ו ס"ז דצריך שינגב גופו יפה וכ"כ בסי' ש"א סמ"ט ול"ח לשמא יוציא ואולי משום זה חשו לסחיטה ביותר כדי שינגב גופו יפה שלא יוציא ועכ"פ ביו"ט ל"ש זאת דהוצאה מותרת וע"כ לפענ"ד אם כי בודאי טוב להחמיר גם ביו"ט אבל בר"ה שהם ימי דין ומי שלבו נוקפו וא"י להתפלל בלא טבילה ודאי יש להקל כנלפענ"ד. ומדי דברי זכור אזכור דברי התוס' בשבת דף ל"ט ע"ב ד"ה אלא שראיתי בהגהות הגאון מוהר"ע איגר ז"ל שנדפס בווילנא שנתקשה בזה. ולפענ"ד נראה דא"ש מ"ש על דברת התוס' אע"ג דראויין לשתיה אסור לב"ש דהא ל"ל מתוך והקשה דלענין מתוך ל"ש ראויין או אינן ראויין לא זכיתי להבין דהתוס' כתבו לרבותא דאף דראויין לשתייה אפ"ה לענין רחיצה אסור ולא אמרינן מתוך שראוי לשתיה הותר גם לרחיצה דלב"ש לא אמרינן מתוך ומ"ש הרשב"א

בחידושיו דגם הואיל לא אמרו לב"ש וע"ז הקשה דהתוס' כתבו בפסחים דף מ"ז ע"ב ד"ה אהבערה דאף לב"ש אמרינן הואיל. הנה מלבד דאין קושיא על הרשב"א משיטת הריב"א דבאמת מצד הסברא לב"ש דלא אמרינן מתוך מכ"ש הואיל דל"ל דהרי במתוך קי"ל כב"ה ובהואיל נחלקו רבה ור"ח עכ"פ ר"ח ל"ל הואיל אף דבמתוך לא נחלק שום אמורא וע' בפ"י שם שכ' דבלא"ה אין דברי הריב"א מוכרחין ע"ש אף גם דל"ד דשם אם נימא הואיל יהי' אותו דבר גופא מותר דהבערה עצמה שייך לומר דחזי לצורך משא"כ הכא דלרחיצה לא הותר ורק שחזי לשתייה אבל לענין זה שעושה כעת לא הותר ושם בעת הבערה עוד לא נודע אם יבשל הגיד או מידי דחזי וי"ל דבכה"ג ודאי ל"ל לב"ש הואיל ודו"ק. ומ"ש על מ"ש התוס' שם ראיה דיכול לחמם יותר מכדי שתייה כמו דאמרו נחים אגב אמי' וע"ז הקשה למה הביאו ראי' ממילה דאפשר דלצורך מילה הוא דהותר ולמה לא הבי' מהא דאמרו בביצה דף י"ז ממלא נחתום חבית מים אע"פ שא"צ אלא לקיתון אחת. הנה לפענ"ד ל"ק דשם דוק' בחד טרחא הותר וכמבואר בסי' תק"ג ולכך הוצרכו להבי' מעירובין דשם אין חלוק דבשבת אף בחד טירחא לא הותר וכל שהותר ממילא בי"ט מותר אף להוסיף. ובלא"ה י"ל דבאמת הא דמותר בנחתום אף שא"צ רק לקיתון משום כיון דלצורך הותר א"כ אמרי' מתוך כיון דהוא בחד טרחא ניהו דהמותר א"צ אבל עכ"פ מתוך שייך בזה ולפ"ז כאן דאזיל לב"ש דלא אמרינן מתוך א"כ אין ראי' משם והוצרך להבי' ממילה בשבת דשם בודאי לא הותר משום מתוך ואפ"ה מותר להחם אגב אמו וז"ב. ולפמ"ש הר"ן בפ"ב דביצה דריבוי בשיעורא אסור מה"ת בשבת ושאני יו"ט דהותרה משא"כ בשבת ע"ש והובא בב"י סי' של"א ע"ש ולפ"ז לב"ש דלא הותרה משום מתוך א"כ ממילא אין ראי' מנחתום לב"ש ולכך הוצרכו להבי' ממילה וז"ב. שוב נזכרתי מ"ש הבה"ג סוף ספרו והובא במ"א סי' ר"פ שהביא קושי' בשם זקני הגאון מו"ה יאסקא אבד"ק וואדסלוב דמצינו לחכמים ראשונים שהיו אוכלין חולין שלהם עטה"ק ומה היו אוכלין בשבת דע"כ היו טבולי יום אחר התשמיש ע"ש מ"ש בזה ועכ"פ מדברי כלם נלמד שטבלו בשבת וע"כ שמותר לטבול בשבת. איברא דבאמת צריך להבין הא התה"ז אוסר לטבול בשבת משום דכיון דהמנהג לאסור להקר א"כ שוב אסור אף לטבול דמחזי כמתקן והמג"א כ' סשכ"ו שם דכיון דטבילת ב"ק אינו רק מדרבנן מותר ע"ש. ולפ"ז שם דהיו נוהגין לאכול עטה"ק וכיון שנהגו כן הוה כנדר וא"כ היו לי' לתא דאוריי' ואסור לטבול דהו"ל מתקן וגם לפמ"ש ה"ה בטעם דמותר בטומאה דרבנן לטבול משום דלחולין בלא"ה חזי ולכך אוסר לטבול כלי הניקח מעכו"ם ע"ש בסי' שכ"ג ולפ"ז חסידים הראשונים שלא היו אוכלין רק עט"ק בודאי הוה מתקן גמור ואיך טבלו. ואולי כיון

דיכלו לאכול פת שלא הוכשר וכמ"ש המג"א שם שוב לא מקרי מתקן וכמ"ש ה"ה שם. ועכ"פ לפענ"ד יש לחלק דעכ"פ ביו"ט ודאי מותר לטבול דהרבה חששות ל"ש שם:

ג ובזה היה נרא' לפענ"ד דבר נחמד ליישב מנהגן של ישראל במה שנהגו במדינתינו שלא לישא כפים כ"א ביו"ט ולא בשבת וגם ביו"ט שחל להיות בשבת לא נהגו לישא כפים וכבר תמהו הט"ז והמג"א בסי' קכ"ח סעיף מ"ד דאטו יגרע לפי שיש בו קדושה נוספת. ולפמ"ש א"ש דהרי באמת כ' שם הט"ז דמה שנוהגים הכהנים לפרוש מנשותיהם ביו"ט בשביל שנטמאו בקרי וכ' הט"ז דזה שיבוש ע"ש ובמ"א ס"ק ע' ולפ"ז באמת י"ל דביו"ט יוכלו לטבול כיון שנטמאו בתשמיש אבל ביו"ט שחל בשבת דבשבת אסור בטבילה לכך נהגו שלא לישא כפים דבטומאה א"א לישא כפים ולבטל העונה לא רצו שאינו נכון וכמ"ש הט"ז ועכ"פ מבואר שם במ"א דביו"ט יטבלו בבקר ע"ש בסוף הס"ק ות"ל קיימתי מנהגן של ישראל כי תורה היא. אך לפ"ז ביוה"כ שחל בשבת בודאי יש לישא כפים דשם ל"ש משום תשמיש דאסור בתשמיש וכן שמעתי מהרבה גדולים שצווחו ככרוכי' למה לא ישאו כפים ביוה"כ שחל בשבת וא"ז הרב הגדול הצדיק מו"ה דוב בעריש זצ"ל צוה לישא כפים ביוה"כ שחל בשבת. והנה במ"ש התה"ד דשייך משום מתקן בטביל' והמ"א חולק לפענ"ד הי' נרא' דלפמ"ש התוס' בשבת דף ק"ו ע"א ד"ה בחובל דתיקון מצוה לא חשוב תיקון ולפ"ז כיון דעיקר הטבילי' היא לצורך תפלה לתוספת זהירו' ופרישו' פשיט' דל"ח לתיקון דאם מצוה דאוריי' ל"ח לתיקון מכ"ש במתקן דרבנן ומצוה דרבנן והא דאמרו בש"ס דאדם נמי והוצרכו לחדש דמחזי כמיקר היינו דשם בזמן שישראל על אדמתן והיו צריכין טבילי' ברגל להכשיר לאכול קדשים ולטהר מטומאו' זה חשוב תיקון גמור אבל לדידן בעונו' כי אין לנו תועלת בטהר' וטמאים אנחנו בעוה"ר א"כ ל"ח תיקון וע' תוס' יבמו' דף מ"ו דטבילת גר ל"ח תיקון גמור ועיין ביו"ד סי' רס"ח ס"ד ואף דנכנס תחת כנפי השכינ' לא חשוב תיקון מכ"ש טבילת ב"ק בזמנינו כנלפענ"ד ברור. והנה מדי דברי זכור אזכור במ"ש בענין זיעה במי טברי' שנחלקו בזה הרי"ף והרמב"ם עם הרמב"ן והרשב"א והר"ן שדעת הרי"ף והרמב"ם ודעמייהו דאף דבחמי טבריה מותר לרחוץ מ"מ במער' שיש הבל מרוב' ואתי להזיע אסור והרמב"ן והרשב"א והר"ן כתבו דמותר והובאו ביתה יוסף סי' שכ"ו המחלוק' בזה והב"י נטה לדעת המקילין והנה כל יסודם דאם הרחיצ' מותר כ"ש הזיעה דלא נאסר רק בשביל הרחיצ' כמ"ש הרשב"א והר"ן פרק חבית ולפענ"ד הי' נרא' דבר חדש דהנה התוס' בשבת דף ל"ט ע"ב ד"ה וב"ה כתבו להקשו' מ"ש הבער' דרחיצ' אסור' מה"ת והבער' דזיע' שרי מה"ת ותירצו דרחיצ' אינו אלא לתענוג ואינו שוה לכל נפש משא"כ זיעה דאינו לתענוג רק לבריאו' וראיתי

להפ"י בחידושיו שכ' דמזה יש ראיה להתיר לעשן הטיטין ביו"ט והמג"א בסי' תקי"ד סק"ד אוסר דאינו שוה לכל נפש וכ' הפ"י דמכאן מוכח דכל שהוא לבריאו' לעכל המזון וכדומ' חשוב שוה לכל נפש. ואני אמרתי בחפזי דדברי המג"א נכונים דהנה לכאור' קשה גם בזיעה היכא שרי כל דהוא לבריאו' הא מבואר בטוש"ע או"ח סי' שכ"ח סל"ז דכל שאינו מאכל ומשק' בריאים אם עושה לרפוא' אסור ועיין מג"א שם ס"ק מ"ג דאף שהוא אדם בריא כל שעוש' אותו לרפוא' אסור ולפ"ז בזיעה דבאמת אינו נקר' מאכל ומשק' בריאים שהרי עושה אותו לבריאו' ומי שיש לו מיחוש נכנס למרחץ ועכ"פ הוה לרפוא בודאי כמ"ש התוס' שהוא לבריאו' והיכא שרי אף שהוא בריא וע"כ צ"ל דשם כתבו התוס' דמה"ת מותר ומה"ת באמת אף שעוש' לרפוא' מותר דאינו רק איסור דרבנן משום שחיקת סממנים ולפ"ז עישון הטיטין דעוש' לרפוא' וכ"כ בפרמ"ג בסי' תקי"ח וסי' תקי"ד בהדי' דההיתר הוא של הפ"י בשביל דעוש' לרפוא' וא"כ פשיט' דאסור מדרבנן ואף ביו"ט אסור רפוא' כדאסרו לכחול עין ביו"ט ראשון. ובזה אמרתי דעכ"פ ביו"ט שני ודאי מותר דהרי כל רפוא' שאינו רק משום שבות מותר ביו"ט שני כמבואר בטוש"ע או"ח סי' תצ"ו ס"ב ומכ"ש לשיטת הרמב"ם דאף שאינו חולה כלל כל שהוא להנאת הגוף שרי יעו"ש וא"כ ממיל' מותר לעשן הטיטין ביו"ט שני וכן העידו לי בשם הרב הגאון החסיד בעהמ"ח הפלאה זלה"ה שלא הי' נוהג לעשן הטיטין ביו"ט ראשון רק ביו"ט שני ולא ידענו טעמו ולפמ"ש נראין הדברים בטעמם. ולפ"ז עכ"פ לדידן מהראוי לאסור זיעה טפי מרחיצ' שרחיצ' אינה לבריאות כ"א לתענוג וזה אינו תענוג רק לבריאו' וא"כ ל"ק קושית הרשב"א והר"ן דניהו דח"ט מותר ברחיצ' מ"מ הזיע' אסור איברא דלפ"ז צריך להבין בהא דאמרו בשבת דף מ"ם בתחל' היו רוחצין וכו' אסרו את החמין והתירו את הזיעה ואיך התירו את הזיעה והא זיעה יותר מהראוי לאסור וצ"ל דכל הא דלרפוא' אסור הוא דוקא כשמוכח מלתא דעושה לרפוא' ועיין מג"א סי' שכ"ח ס"ק מ"ט. ולפ"ז שם דאסרו הרחיצ' וא"כ אף שמזיע לא ניכר שהוא בשביל הבריאו' דלמא עושה בשביל שיהי' עכ"פ נהנה קצת בזיעה הואיל דאסרו הרחיצ'. ובזה נ"ל הא דאמרו דהתירו חמי טבריא והזיע' במקומ' עומדת והיינו דבאמת זיעה מהראוי נאסור טפי בשביל שעוש' לבריאו' רק דלא מוכח' מלתא וכל דהתירו חמי טבריא וח"ט המגולין לית בו משום זיעה א"כ כל שהוא במער' דמזיע ניכר שהוא בשביל רפוא' דאל"כ למה נכנס למקום שמזיע ולכך הזיע' במקומ' עומדת ואסור אף בח"ט כל שהוא במער' כנ"ל שיטת המחמירין בטעמם ובזה עמדתי על דברי רבינו הרמב"ם פכ"ב משבת הלכה ב' שכל דבריו תמוהים כמו שתמה הלח"מ שם דבח"ט כתב רק להשתטף מותר והא בש"ס משמע דאף רחיצ' מותר

ובמער' כתב דלרחוץ אסור ומשמע דלהשתטף אסור והא בש"ס מוקי כר"ש ומשמע דלר"י דקי"ל כוותיה אף להשתטף אסור בזה ע"ש וע"כ נרא' דבאמת רבינו ס"ל כפירש"י והתוס' שם בשבת דף קמ"ז דדברי הש"ס במי מערה הם בחמי האור ואף דהרמב"ם קאי בשיטת הרי"ף דאף בח"ט אסור במערה משום הזיעה מ"מ ק"ל קושית הרשב"א דאם איתא דקאי בח"ט א"כ אמאי קאמר הש"ס מני ר"ש הא אף ר"י מודה בח"ט וכן הקשה הלח"מ וע"כ פירש הרמב"ם דמשמע לי' להש"ס דקאי בחמי האור דאל"כ הי' מותר לרחוץ לכתחלה ומ"ש הרי"ף דנקט הרוחץ בשביל מי מערה דחוק ולפ"ז א"ש כל דברי הרמב"ם דלכך לא התיר אף בח"ט לרחוץ רק להשתטף דבאמת גם בח"ט אף שהם מגולין יש חשש זיעה ורק דלא מוכחא מלת' די"ל דעושה בשביל רחיצה והזיעה אתיא ממילא ולכך כל שאפשר להשתטף ובשוטף בודאי אין בו זיעה כ"כ וגם אינו מוכח כלל דעושה בשביל זיעה דהא לא אפשר בע"א וצריך להשתטף ולכך מותר משא"כ הרחיצה דאסור דמוכח דעושה בשביל זיעה ובמערה מותר להשתטף ג"כ דבשיטוף כל דליכא חשש זיעה שעושה לרפואה דאינו מוכח שוב הזיעה מותרת דהא כל דרחיצה מותר הזיעה בודאי מותר כקושיית הרשב"א והר"ן ול"ש מ"ש דעושה לבריאות דהא לא מוכח מלת' דהא י"ל דעושה בשביל שרוחץ בזה משא"כ הרחיצה ודברי הש"ס הם בחמי האור וכפירש"י ודו"ק היטב. אחרי שכתבתי כל זאת הגיעני שו"ת מעיל צדקה ומצאתי בסי' נ"ב שם הרחיב הדיבור בזה הענין ואמרתי לכתוב מה שראיתי בהעברה בעלמא והנה מ"ש להשיג על הב"י מדברי התוס' בשבת דף ק"ט ד"ה רוחצין דאזלי בשיטת הרי"ף והרמב"ם במחכ"ת באמת התוס' כתבו לעצמם דמיירי בחמי האור וכמ"ש בדף קמ"ז וציינו על דף ק"ט רק שכתבו בשם המגלת סתרים לרבינו נסים גאון לפרש כשיטת הרי"ף וזה אינו חדש דכבר כ' ה"ה דכל הגאונים ס"ל כהרי"ף והרמב"ם אבל התוס' בעצמם כתבו להיפך וכ"כ בדף ל"ט ד"ה והא יעו"ש. ומה שהקשה על הרי"ף דלשיטתי' דרחיצה אסור בשביל הזיעה גם השיטוף יאסור משום זיעה וכן הקשה על הרא"ש דלמה לא הקשה כן על הרי"ף ולפמ"ש א"ש דבאמת זיעה אינו אסור רק משום רפואה וכל דמשטף במים אינו מוכח דעושה לרפואה וכמ"ש. גם מה שנדחק שם ליישב קושיית הר"ן דאיך יאסור זיעה טפי מרחיצה ולפמ"ש א"ש ומה שהאריך שם בדברי רש"י בשבת דף מ' במעשה דרבי לאחר גזירה הוה שפירש אחר שאסרו הזיעה והאריך הוא מהא דאמרו בברכות דף כ"ז דרבי קודם שגזרו על הזיעה הוה הנה כבר האריכו בזה הקדמונים והאחרונים ועפ"י וצל"ח שם. אבל היטב אשר דיבר בזה הקרבן נתנאל ברא"ש ס"פ במה מדליקין דט"ס ברש"י וצ"ל קודם שנגזרה על הזיעה יעו"ש והארכתי בזה במקום אחר

דרך כלל המעיין בשו"ת מעיל צדקה ובמ"ש למעלה ימצא שיתיישב הרבה דברים ולדינא ג"כ הרואה יראה שאין נ"מ דגם לפמ"ש בזיעה דאתיא ממילא כל דלא אפשר בשיטוף שרי ואם אפשר יש לאסור זיעה כמו שהעלה המעיל צדקה שם ודו"ק:

ד עוד נראה לי בישוב דברי הרי"ף הנ"ל דלא תקשי קושית הרשב"א והר"ן דאם התירו הרחיצה בח"ט מכ"ש הזיעה וכמו שהאריך בשו"ת הר"ן סי' י"א בזה כאשר הובא בשו"ת מ"צ הנ"ל. והנראה דהנה באמ' צריך להבין הא דהתירו חמי טבריא והא יש לחוש דאם נתיר חמי טבריא נתיר חמי האור וכבר אמרו בשבת דף ל"ט דגזרינן תולדת חמה אטו תולדת האור וכן קי"ל כמ"ש בסי' שי"ח ס"ג וה"ה בזה וכל כה"ג לא מקרי גזירה לגזירה דהכל גזירה אחת היא דאי לא הא לא קיימא הא וע' בשו"ת מ"צ שם ובפירוש המשנה לרבינו ר"פ במה טומנין וצ"ל כיון דהמרחץ נפיש הבלי' עד שמזיע מי שבא שם וחמי טבריא המגולים אין בהם משום זיעה וא"כ לא יתחלף במרחץ של חמי האור דהרי ניכר במה שאינו מזיע ולכך לא גזרו ולפ"ז במערה דנפיש הבלי' עד שמזיע גם בח"ט אסור דדומה למרחץ חמי אור ואסיר וז"ב מאד בטעמן של הרי"ף והרמב"ם ודעימייהו וזה דאמר התירו להם ח"ט והזיעה במקומה עומדת והיינו כיון דהזיע שוב אף בח"ט יש חשש ובמקומה עומדת לאיסור. ויש להמתיק הדבר דבאמת הוה גזירה לגזירה רק דהוה חדא גזירה ובפעם אחת נגזרה וע' פירוש המשניות לרבינו ר"פ במה טומנים ולפ"ז כל שכבר הותר שוב א"א לגזור דהו"ל גזירה לגזירה ולכך אמרו דהזיעה במקומה עומדת והו"ל כאילו לא הותרה כלל ודו"ק ובזה יש ליישב קושיית המ"ץ דלשיטת הרי"ף אמאי מותר להשתטף במערה הא גם בשיטוף יש חשש זיעה ולפמ"ש א"ש דכיון דמוקי כר"ש דמתיר אף בחמין של אור שהוחמו עכ"פ בע"ש וע' בדף ל"ט ע"ב ד"ה בין ולא גזרינן אטו חמין שהוחמו היום מכ"ש בחמי טבריא דמותר. ובזה מיושב היטב קושית הרשב"א דלמה אמר מני ר"ש והא אף לר"י מותר בח"ט ולפמ"ש א"ש דלר"י דגזר גם בשיטוף ה"ה בחמי טבריא אסור אף להשתטף דשייך משום זיעה ומחלף בחמי האור במרחץ. ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם דלכך אוסר לרחוץ בח"ט רק להשתטף דבזה מנכר דח"ט הוא ול"ש לאחלופי אטו חמי האור דבשיטוף לא גזרו כולי האי ולכך גם במערה מותר להשתטף דהוא ס"ל דרך הכרעה דלר"י לא גזרו בשיטוף כולי האי והוא ס"ל כפירוש הראשון שבתוס' בדף ל"ט דהא דנחלקו ר"י ור"ש הוא במה שנתחמם בשבת באיסור בזה אסרו בשיטוף ולפ"ז בח"ט שלא נתחמם באיסור שוב מותר גם לר"י בשיטוף עכ"פ ודו"ק:

ה והנה בהא דאמרו דף קמ"ו הרוחץ במי מערה ומי טבריא ונסתפג כתבו הרשב"א והר"ן דאפי' לכתחלה שרי והקשו דאמאי לא ניחוש שמא יבא לידי סחיטה וכתבו דכיון שכל

הרוחצין מסתפגין אם אתה אוסר עליו הסיפוג אף הוא אינו רוחץ וזה דבר שא"א ולכך מותר. והנה שאל אותי הרב החריף מו"ה אברהם קאמפף נ"י דא"כ במי מערה דאסור לכתחלה לרחוץ שוב מהראוי לאסור גם הסיפוג משום דשמא יבא לידי סחיטה ול"ש התירץ דהא לכתחלה באמת אסור ומה בכך שימנעו מלרחוץ דלכתחלה באמת אסור ולכאורה תמיה גדולה. אמנם אחר העיון ל"ק דבאמת כבר נודע מ"ש הריטב"א דכל דאסור לכתחלה ל"ש דעשו חכמים חיזוק לדבריהם דלכתחלה בלא"ה אסור ע"ש ועיין בגיטין דף נ"ז כיון דאמר כשר ולא תעשה כן בישראל לא שכיח ולפ"ז כאן שלכתחלה אסור לרחוץ שוב מותר להסתפג ול"ש לחוש שמא יבא לידי סחיטה דהא בלא"ה לא ירחוץ לכתחלה וכל שעבר ורחץ שוב א"א בלי ספוג והוה כדיעבד ולכתחלה בלא"ה לא ירחוץ ודו"ק היטב:

ו והנה בהא דאמרו אבל פניו ידיו ורגליו מותר נסתפק הב"י אם דוקא בפניו ידיו ורגליו ושאר אברים אף אבר אחד אסור או דלמא ל"ש. והנה כאשר ראיתי כן תמהתי דהא בדף מ' אמרו חמין שהוחמו מע"ש רב אמר למחר רוחץ בהם כל גופו אבר אבר ושמואל אמר לא התירו אלא לרחוץ פניו ידיו ורגליו ולשיטת הב"י יחלקו רב ושמואל מקצה לקצה דרב מתיר כל הגוף אבר אבר ושמואל ס"ל דשאר אברים מלבד פניו ידיו ורגליו אסור אף באבר אחד וביותר תימה דהרי תניא כותיה דשמואל חמין שהוחמו מע"ש למחר רוחץ בהם פניו ידיו ורגליו אבל לא כל גופו אבר אבר ואם איתי' למה נקט דוק' כל גופו אבר אבר הא אף אבר א' אסור ונתקשיתי מאוד בזה ואח"כ בלמדי בט"ז מצאתי שהרגיש בזה ושמחתי מאד כי זאת היתה שנת תרי"א כ"ו שבט ביום שמת הט"ז זלה"ה וזכיתי לכוין לדעתו. ולחומר הנושא אמרתי דבאמת יש לחלק בין חמין שהוחמו בע"ש אז מותר אף שאר אברים אם אינו כל גופו אבל בחמין שהוחמו בשבת וי"ט עצמו אפשר דיש להחמיר בשאר אברים אף באינו כל גופו וכן מצאתי במג"א ס"ק ו' שכ' בהדיא לחלק בין חמין שהוחמו בע"ש לחמיך שהוחמו בשבת לענין פניו ידיו ורגליו והבי' ראיה משבת דף קל"ד ע"ב. ובאמת שהיא ראיה ברורה דאמרו ולא שני לך בין שהוחמו בע"ש לחמין שהוחמו בשבת ע"ש. ובאמת לפמ"ש הב"י אין ראיה לפניו ידיו ורגליו די"ל דזה מותר אף בחמין שהוחמו בשבת דשם מרחיצין את המילה ולא פניו ידיו ורגליו. אמנם כוונת המ"א דעכ"פ זה שמרחיץ אותו הוא ע"כ מכניס ידיו אבל אין זה ראיה דבאמת מצד המרחץ אין כאן איסור רק מצד הרחצת התינוק אבל ז"א דפשיט' דהתינוק ודאי אינו אסור והתינוק אינו מרגיש כלל הנאה וגם אף לספות בידים מותר כל שהוא רביתא של תינוק וע"כ שפיר הביא המג"א ראיה דעכ"פ לענין שאר אברים יש ג"כ לחלק בין

חמין שהוחמו בשבת. מיהו מה שהביא הב"י ראיה מהך דמיחם אדם חמין ופירש"י ונמצא רוחץ בחמין אין ראיה כמ"ש המג"א ס"ק ז' די"ל דקאי על חמין שהוחמו מעט בשבת אבל המג"א כ' דאף ידיו אסור ולשיטת הב"י בודאי א"ש דעכ"פ שאר אברים בודאי אסור ודו"ק היטב. אחר זמן רב מצאתי בשו"ת חה"ש סי' ע"ד ובסדרי טהרה סי' קצ"ז ס"ק ה' כתבו ג"כ דיש להקל יותר לטבול ביו"ט משבת דביו"ט לא שייך מתקן כ"כ כמ"ש בשער אפרים סי' ט"ו וברלב"ח ע"ש ובאמת ששם קאי לענין אוכל נפש מיהו בביצה כ"ב ובש"ע או"ח סי' תקי"ד ימצא דגם תשמיש מקרי צורך אוכל נפש ולפ"ז לענין טבילה לתפלה ל"ש ההיתר הלז וע' בתוס' בשבת דף מ' ד"ה למוצאי שבת שכרכרו אי איסור הזיעה שייך אף ביו"ט וצ"ע דלא הביאו הך דביצה דף ל"ב גבי אין עושין פחמין דמפורש שגם ביו"ט לאחר שגזרו על הזיעה אסור בזיעה והוא תימה דהתוס' כרכרו בזה ולא הזכירו הך דביצה והיותר תימה דבדף ל"ט ד"ה וב"ה רמזו להך דביצה פרק המביא וכאן לא הזכירו זאת ואף דיש לדחות דבאמת הא גופא דהש"ס פשיט' להו בביצה זאת הוא לאחר שפירשו הברייתי' דקאי גם על יו"ט וא"כ ע"ז אנו דנין מ"מ עכ"פ היה להם להזכיר דבביצה ס"ל להש"ס כן וצע"ג. שוב ראיתי במרכבת המשנה ח"א הלכות יו"ט פ"א הט"ז שרצה לומר דרבינו ס"ל דזיעה מותרת ביו"ט ולבסוף נרגש בש"ס ביצה הנ"ל ודחה בקש. עכ"פ חזינן דדברי התוס' נתנו לו מקום לטעות שלא הזכירו דברי הש"ס ביצה הנ"ל וע"כ דברי התוס' צ"ע:

ז והנה בשנת תרכ"ג למדתי מסכת שבת והגעתי לריש פרק במה אשה ושם אמרו דבשבת לא תצא דלמא מתרמי לה טבילה ופירש"י שהטבילה מותרת בשבת משום דמחזי כמיקר ע"ש וכן קיי"ל בטוש"ע סי' ש"ג באו"ח והנה מזה מבואר כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' קצ"ז ובנה"כ שם דאף לדידן דקיי"ל טבילה בזמנה לאו מצוה אפ"ה מותרת לטבול בשבת משום דמחזי כמיקר דאל"כ למה אסרו בזה"ז הנך תכשיטים וגזרו שמא תרפם בשעת טבילה כיון דליכא טבילה כלל בשבת לדידן דקיי"ל טבילה בזמנה לא הוה מצוה ומה גם שנשי דידן אינן טובלות בזמנה ועט"ז וש"ך ונקה"כ שם ועמ"א סי' שכ"ו ס"ק ט' מ"ש בשם המהרי"ל. ולפענ"ד המהרי"ל לשיטתו שאוסר לטבול בשבת טבילה שלא בזמנה כמ"ש בב"י וד"מ סי' קצ"ז בשמו מיהו הוא לא ס"ל כהתה"ד דבזה"ז ל"ש מחזי כמיקר רק משום סחיטה וכדומה אוסר כמ"ש בסי' ק"נ בתשובה והובא במג"א שם ולתה"ד אסור משום דלדידן לא מחזי כמיקר ובמ"א שם הרכיב דברי התה"ד עם המהרי"ל וע"כ כתב דכל דהוא מדרבנן מותר וכוונתו דבדרבנן שרי לטבול כלי שאינו טמא רק מדרבנן כמבואר בביצה י"ח ולפענ"ד זה דוקא להתה"ד שחידש דבזה"ז שייך

לאסור דלא מחזי כמיקר בזה"ז שפיר כ' דבדרבנן מותר אף בכלים דל"ש ההיתר דמחזי כמיקר אבל להמהרי"ל דאמר דכל שהיא שלא בזמנה שייך איסור משום סחיטה וכדומה א"כ מה בכך שאינו רק מדרבנן מ"מ אפשר לגזור מיהו באמת כלי שנטמא טומאה דרבנן ג"כ מותר ולא גזרו משום סחיטה וצ"ע בסוגיא דטבילת כלים ועכ"פ לפענ"ד המהרי"ל לשיטתו והתה"ד הוא ענין בפ"ע:

ח ובזה נראה מ"ש התוס' בשבת דף י"ג ע"ב ד"ה בימי לבוניך שהיו נוהגין לטבול שתי טבילות אחת בסוף שבעה לראייתה שאז טהורה מה"ת ואחת לסוף ימי ליבון והיינו משום דזה הוא שיטת ר"ת דכ' ביוה"כ לדידן דקיי"ל טבילה בזמנה לאו מצוה אסור לטבול וע' בטוש"ע או"ח סי' תרי"ג ולפ"ז אז שהי' מצוה בזמנה דהי' תרומה נוהג וא"כ שפיר היו נוהגין לטבול שני פעמים דכל שטהורה מה"ת מצוה לטבול לענין תרומה וכדומה ואח"כ בסוף ימי לבונה דאינו רק מדרבנן ודו"ק היטב:

סימן מז

א לחכם אחד.

ב ששאלת מה לעשות בלולב שעבר זמנו אם רשאי להשתמש בו תשמיש מבוזה כגון לכבד בו את הבית. הנה לא ידעתי מה זו שאלה הא אמרו תשמישי מצוה נזרקין וכן קי"ל בסי' כ"א ס"א מיהו כ' שם בהג"ה דאין לנהוג בו מנהג בזיון לזרקו במקום מגונה. איברא דאמרו בסוכה דף מ"ה מיד התינוקות שומטין את לולביהן אפשר דלא להשתמש בו תשמיש מגונה. אמנם לפענד"נ ראיה ברורה שלא כהרמ"א ומקורו בכלבו ממה דכ' הרמב"ן לדחות ראיית הראב"ד דיבש פסול כל שבעה והביא הראב"ד ראיה מהא דאמר ר"י שהיו מורישין לולביהן לבני בניהם ואם איתא דיו"ט שני כשר דלמא היו מורישין לענין יו"ט שני ודחה הרמב"ן דודאי לא הביא ראיה ממה דמורישין די"ל דהורישו בכלל נכסיהם לעשות בהם חבלים ולכבד בהם את הבית וע' בר"ן ר"פ לולב הגזול מ"ש בזה הרי מבואר דאף לכבד בו את הבית מותר. אבל לפענד"נ ליישב דברי הראב"ד דשפיר הביא ראיה דע"כ אסור ביו"ט שני דאל"כ ודאי לא יכלו להוריש לבני בניהם לכבד בו את הבית דהא כל שיכול להשתמש בו לשם מצוה שוב ודאי אינן נזרקין וע"כ לא אמרו דתשמישי מצוה נזרקין רק כל היכא דלא חזי למצוה ושפיר הביא ר"י ראיה מדהורישו לבני בניהם ע"כ דכשר היה וע"ז שפיר כ' הראב"ד דע"כ לרבנן פסול אף לשאר הימים דאל"כ מה מביא ר"י ראיה דלמא הורישו לענין להשתמש בו לשם מצוה ול"ש לדחות כמ"ש הרמב"ן דמהירושה אין ראייתו ראיה דשמא הורישו להשתמש בהם שאר תשמישין דאם נימא

דכשר לשאר ימים ודאי אסור להשתמש בו תשמיש מגונה ושפיר מביא ראיה דע"כ פסול לכל שבעה ודו"ק היטב:

ג עכ"פ ברמב"ן ור"ן מבואר בהדיא דמותר לשאר תשמישין אף לתשמיש מגונה איברא דלפ"ז יקשה על ר"י מה מביא ראיה מבני כרכין שהורישו לבניהם דלמא אדרבא משום דפסול אף לשאר ימים ולא חזי לשום דבר לכך הורישו לבניהם לחבלים ולקופות וכדומה. אמנם נרא' דהדבר נכון דלר"י דס"ל דיבשין כשרין ומטעם דלא אתקש לולב לאתרוג או דיבש אינו עוד פסול גמור וכדומה מהטעמים עכ"פ חזינן שס"ל דיבש כשר בלולב א"כ עכ"פ אף אם נימא דיבש פסול אבל בשעת הדחק ודאי משמע ליה דכשר אף לברך וכיון שכן שוב חזי לאיזה דבר מצוה עכ"פ בשעת הדחק וא"כ למה הורישו לבניהם לחבלים ולקופות ולומר שהורישו אולי יהי' שעת הדחק זה לא משמע לי' דמסתמא ישראל יהדרו אחר המצוה שיהי' בכשרות וע"כ שהורישו משום דבאמת כשר הוא דאם אינו כשר כיון שעכ"פ בשעת הדחק כשר שוב לא היה להם להוריש שמא יעשו ממנו תשמיש מגונה ובאמת חזי עוד למצוה בשעת הדחק עכ"פ וע"כ דבאמת כשר למצוה ושפיר הורישו לעשות בהם מצוה דלהוריש שיהי' כשר בשעת הדחק זה ודאי לא עשו דכל דעתה אינו שעת הדחק למה יורישו אדרבא יראו להדר אחר לחים ולחבלים ולקופות אסור כיון דחזי עכ"פ למצוה בשעת הדחק לשיטתו וע"ז השיבו רבנן דאין שעת הדחק ראיה והיינו שבאמת אינו כשר אף בשעת הדחק ואינם נוטלים רק לזכר שלא ישתכח תורת לולב וכיון שכן שוב לא מקרי חזי למצוה דבאמת אינו כשר ללולב אף בשעת הדחק ואין מברכין וע"כ הורישו באמת לחבלים ולקופות ולכבד בו את הבית כמ"ש הרמב"ן וע"כ מוכח כשיטת הראב"ד דבאמת פסול אף בשאר הימים וכמ"ש ודו"ק:

ד ובזה נרא' ליישב פירש"י ר"פ לולב הגזול דיבש פסול משום זה אלי והקשו בתוס' דבש"ס אמרו הטעם דאתקש לאתרוג דבעי הדר ולפמ"ש י"ל דבאמת רש"י ס"ל דלולב היבש כשר בשעת הדחק ומברכין עליו ולפ"ז ע"כ דאינו משום הדר דא"כ פסול אף בשעת הדחק וכמ"ש הרמב"ם דדוקא לולב כשר בשעת הדחק ולא באתרוג וכן הוא בסי' תרמ"ט. ולפענ"ד הטעם משום דבאתרוג דפרטה התורה שיהי' הדר א"כ כל שלא שם הדר עליו שוב אינו אתרוג הכתוב בתורה אבל בלולב דאינו רק משום דמחוייב לעשות המצות בנוי והוד אבל בשעת הדחק שיתבטל המצוה מכל וכל עי"ז זהו ודאי אינו ולכך כשר בדיעבד ולכך פירש"י דלולב פסול משום זא"ו ואף דבש"ע אמרו דדומה לאתרוג זה לרבנן אבל לר"י דמכשר ניהו דלא קיי"ל כר"י אבל בשעת הדחק דקי"ל כר"י ע"כ משום

דמשום זא"ו אתינן עלה ודו"ק וע' בר"ן פ"ד דמגילה גבי מתנה דמר מדמה לה למכר דאי לאו דאית לי' הנאה וכו' והרמב"ן שם דימה הענין של בהכ"נ לתשמישי מצוה דנזרקין וכ' דלכך אף למשתי בי' שכרא שפיר דמי אף דהוא זלזול גדול וגם הר"ן לא נחלק בזה הרי דמותר לנהוג בו בזיון ג"כ ודו"ק היטב וע' בב"ח או"ח סי' כ"א דאף דתשמישי מצוה נזרקין מ"מ זה דוקא כשאינו ראוי למצוה משא"כ כשראוי עדיין למצוה בודאי אסור ויש להאריך בזה כאן דאם הי' כשר ביו"ט שני שוב היה אסור להוריש לבני בניהם לכבד בו את הבית ודו"ק וע' בתוס' כריתות דף ו' ע"א ד"ה מסייעא ליה דאף בתשמישי מצוה כגון שופר אסור לעשות בו מי רגלים והוא מהש"ס ר"ה ומשמע קצת כהכלבו ודו"ק:

ה והנה לכאורה קשה לי לפמ"ש אא"ז הח"ץ סי' ט' לחדש דכל הפסולים דכשרים ביום שני בשעת הדחק גם ביום ראשון נוטלין ומברכין דלא יהי' יום שני עדיף מראשון ע"ש לפ"ז יקשה היאך יפרנס דברי הש"ס כאן דמה ראיה מייתי ר"י ממה שהורישו לבניהם דשמא הורישו שיהי' כשרים בשעת הדחק וגם ביום ראשון וכאן ל"ש שום תירוץ דתירוץ הראב"ד ל"ש לשיטת הרמב"ם דגם פסול הדר אינו רק ביום ראשון וא"כ כאן דיבש אינו לכל היותר רק משום הדר וכשר ביום שני וא"כ בשעת הדחק אף ביום ראשון מברכין וגם תירוץ הרמב"ן שהביא הר"ן דדייק לה ממה דנטלו וברכו לא שייך דבאמת בשעת הדחק נוטלין ומברכין אף ביום ראשון והיא קושיא גדולה לפענ"ד. אמנם נרא' דאדרב' משם ראיה להח"ץ די"ל דזה באמת תירוץ חכמים אין שעת הדחק ראיה והיינו דלכך בירכו משום דשעת הדחק הי' וז"ב.

ו ובזה מיושב היטב קושית הר"ן ע"ש הרמב"ן דלפי דעתו ממנ"פ אם ברכו מה מועיל שעת הדחק לענין ברכה וכן הקשה הרא"ש על הראב"ד ע"ש ולפמ"ש א"ש דכיון דביום שני כשר שפיר מברכין ביום ראשון וז"ב ודו"ק: ומזה ראיה ברורה לשיטת הרמב"ם דהדר ג"כ כשר ביום שני וא"ש תירוץ של חכמים דשעת הדחק הי'. ומה שהקשה הלח"מ דא"כ לדבריו מה מקשה הש"ס בדף ל"ו על רב דאמר דאין זה הדר לישני דמיירי ביו"ט שני. הנה בחידושי אמרתי ישובים רבים. אך כעת נ"ל בפשיטות דבאמת צ"ל הטעם של רבינו ז"ל למה לא בעי גם ביום שני הדר וכל דתקון חז"ל כעין תורה תקון וצ"ל לפמ"ש הר"ן דשיעור הדר לא נתפרש בתורה ומסרו הכתוב לחכמים ולא גזרו בשני רק בכלל ולא בפרט הדר ע"ש א"כ זה דוקא במקום שעכ"פ הדר הוא במקצת כגון מנומר וכדומה דעכ"פ הדר הוא במקצת א"כ לא גזרו על פרט הדר וע' בשו"ת ח"ץ שם אבל בנקבוהו עכברים דאין זה הדר דלא תואר ולא הדר לו פשיט' דגם לרמב"ם פסול וע' ברש"י שם שהאריך לבאר מה דאמר אין זה הדר וקושית הש"ס דנרא' לכאורה שפת יתר

ע"ש ולפמ"ש מדוקדק הדק היטב ודו"ק: ומדי דברי בסוגיא שם זכור אזכור מה דנתחדש לישב בהא דאמרו ולא בעי ר"י הדר והתנן אין אוגדין את הלולב אלא במינו והקשו בתוס' ד"ה אין דהיאך אפשר לומר דהטעם משום הדר והלא פסל ר"י שם במשנה בגמוניות של זהב שעושין לנוי והיא תימה גדולה. ולפענד"נ דהנה באמת י"ל דהטעם של ר"י הוא משום דהו"ל חמשה מינים ורק דלהס"ד דלא בעי ר"י אגד א"כ כל חד בפ"ע קאי וליכא משום ב"ת כדאמרו בסנהדרין דף פ"ח וע' בסוכה שם ע"ב בתוס' ד"ה הואיל ויתבאר לפנינו ברצות ד' ולפ"ז זהו דוקא כשאין אוגדין בדבר של נוי ל"ש ב"ת ופסול משום דבעי הדר אבל בגמיונים של זהב כיון דבעי ר"י בלולב הדר להס"ד א"כ ממילא שוב פסול דהו"ל ב"ת ול"ש לומר דכל חדא בפ"ע קאי דז"א כיון דבעינן הדר א"כ שוב האגד מצרפן אף דלא בעי אגד דההדר שבאגד מצרפו וכעין מ"ש בהגמ"ר פ"ק דחולין דלכך אסור לקשור בשבת התפילין אף דלא הוה קשר של קיימא משום דלר"א צריך לקשור בכל יום שוב הוה קשר דרחמנ' אחשביה לקשר וה"ה כאן כיון דבעינן הדר א"כ שוב האגד מצרפו וז"ב ודו"ק. איברא לפמ"ש הריטב"א בחידושיו לסוכה שם דכל דמוסיף בהדס אף ממין אחר כגון הדס שוטה כיון שעושה לנוי ל"ש בל תוסיף ע"ש א"כ כאן שהוא אוגד בגמניות של זהב להידור שוב ל"ש ב"ת אבל י"ל דהמקשן לא ס"ל סברא הלז ובאמת אינה מוסכמת בריטב"א שם ובחידושי אמרתי ראיה לסברת הריטב"א הלז מהא דאמרו בסוכה שם ע"ב פשיט' מהו דתימא הואיל ואמר ר"י לולב צריך אגד ואי מייתי מינא אחרינ' האי לחודא קאי והאי לחודא קאי והקשו בתוס' אדרב' כשא"צ אגד ודאי אמרי' האי לחודא קאי וכדאמרו בסנהדרין דף פ"ח וגם לעיל אמרו דוקא לר"י כיון דבעי אגד הו"ל חמשה מינים משמע דלרבנן ל"ש ב"ת ע"ש ולפמ"ש י"ל דבאמת גם אם לחודא קאי כל שהקפידה תורה במנין שוב אף אם בגופו יבא בכ"ז עובר על ב"ת כמ"ש הריטב"א שם ורק לפמ"ש הריטב"א דכל שהוא לנוי ל"ש ב"ת וגדולה מזו חידש הריטב"א שם בהא דתוקעין כשהן יושבין וכשהן עומדין כדי לערבב השטן והקשו בתוס' דהא עובר על ב"ת וכ' הריטב"א דכיון שכופל המצוה בשביל הידור מצוה וכדי לערבב השטן ל"ש ב"ת ע"ש ולפ"ז שם דהורה הזקן ממרא שצריך ה' מינים א"כ הוא ודאי עושה להידור מצוה שסובר שמקיים המצוה בזה וא"כ שפיר כל שהאי לחודא קאי אינו עובר על ב"ת אבל כאן לר"י דלא בעי הדר בלולב א"כ ל"ש שעושה בשביל הידור מצוה שוב עובר על ב"ת וז"ב ולעיל שפיר אמרו לר"י דבעי אגד הו"ל חמשה מינים אבל לרבנן כיון דא"צ אגד האי לחודא קאי כיון דלרבנן צריך הדר שוב עושה בשביל הידור ודו"ק:

ז וע"ד הפלפול יש ליישב קושית התוס' דבאמת י"ל דהא דאמרו כאן דאין מוסיפין מיירי אף שלא נתכוין להוסיף ואף דב"ת בעי כוונה כדאמרו בר"ה דף כ"ז מ"מ כאן דעושה מעשה שאגד הלולב ולפ"ז למאן דלא בעי אגד והוא אגדם א"כ המעשה עומד במקום כוונה כמ"ש ה"ה לענין מצות צריכות כוונה שהמעשה עומד במקום הכוונה ולכך במצה יצא אף שלא כוון ולפ"ז אפשר דגם ב"ת עובר כשעושה במקום שא"צ ולפ"ז זהו לרבנן אבל לר"י דצריך אגד א"כ אינו עושה המעשה בשביל אותו המין רק בשביל המינים שצריך להלולב י"ל דבכה"ג האי לחודא קאי ומיירי באמת דאוגד המין החמישי בהלולב עצמו ואפ"ה אינו עובר על ב"ת ומיושב כל הקושיות ולפי שהוא ע"ד הפלפול קצרתי. אבל מ"ש בראשונה נראה עיקר שוב ראיתי ברמב"ם פ"ז מלולב ה"ז שכתב דבהדס אם רצה להוסיף כדי שתהיה אגודה גדולה מוסיף ונוי מצוה היא אבל בשאר מינים אם הוסיף פסול ותמה הראב"ד דל"ש ב"ת בזה דהאי לחודא קאי וע' בה"ה וכמ"ש בזה ולשיטת הריטב"א א"ש בפשיטות דבהדס כיון דהוה נוי כל שמוסיף ול"ש ב"ת כיון דהאי לחודא קאי אבל בשאר המינים דלא הוה נוי בהוספה שפיר פסול אף דהאי לחודא קאי וז"ש רבינו דאם רצה להוסיף בהדס מוסיף כדי שתהי' אגוד' גדול' ונוי מצוה היא והיינו כל שהוא לנוי ל"ש ב"ת ודו"ק ולפמ"ש הלח"מ שם לחלק בין כשמוסיף בד אחד דאינו ראוי למצוה בפ"ע אבל כל שמוסיף שתי בדים שראוי לצאת בפ"ע עובר על ב"ת יש ליישב בזה ג"כ קושית התוס' דבזקן ממר' שהוסיף מין אחד אם הי' לוקחו בפ"ע ודאי לא הי' יוצא כלל כיון שאינו ראוי למצוה כלל וכן בהאי דלעיל באם אגדו שלא במינו לרבנן דל"צ אגד שפיר אינו עובר כיון שאם הי' לוקחו בפ"ע לא הי' יוצא כלל ושוב ל"ש ב"ת כל שהאי לחוד' קאי אבל כאן מיירי שמוסיף ממינו ורק שהוא מרבה בשיעור אלא דגוף חלוקו של הלח"מ הוא דוחק כמ"ש שם וגם לשון הש"ס דמייתי מינא אחרינ' אינו מורה ע"ז ודו"ק. עוד נ"ל בישוב קושית התוס' בהא דס"ד דטעמ' דר"י משום הדר והא פסול בגמניות של זהב ע"פ מה שאמרתי ליישב קושית התוס' על רש"י דפירש דיבש פסול משום זא"ו והתוס' תמהו דלמה לא אמר משום דאתקש לולב לאתרוג דבעי הדר וגם זא"ו לא מפסל בדיעבד: והנרא' בזה דהנה בענין הדר דכתיב בתור' יש לומר על שני פנים אם דבעי הדר משום דיהי' הידור למצוה וזה אינו באתרוג דוק' והוא כולל המצות רק ששם אינו פסול בדיעבד וכאן פסול אף בדיעבד משום דהתור' הקפיד' בזה שיהי' הדר או שההדר דכתיב בקר' אינו משום זה רק שזה פסול בגוף כמו דהקפיד' תורה שההדס יהי' משולש וכדומ' כמו כן בעי שיהי' מראה אתרוג והדר וחזזית וכדומ' אינו כשר למצו' דהוא פסול הגוף דהתור' הקפיד' שיהי' דוקא מראה אתרוג ולא בזה וממיל'

הוא הדר דהמרא' אתרוג ואין בו פסול הוא הדר והנ"מ הוא ליום שני דאם נימא דזה אינו רק פסול הגוף א"כ י"ל דזה דוקא ביום ראשון כמו חסר דפסול משום לקיחה תמה ואינו פסול רק ביום ראשון אבל אם הפסול משום דבעי מצוה מהודרת וא"כ מה נ"מ דיום שני אינו רק דרבנן אטו מצוה דרבנן לא בעי שיהי' זא"ו ואדרב' חמורין ד"ס יותר מד"ת ואסור לזלזל במצותן חלילה. ומעתה באמת גם רש"י לא נעלם ממנו דהטעם הוא משום דאתקש לולב לאתרוג רק דא"כ למה פסול ביום שני ולכך פירש דהפסול הוא לא בשביל שהוא פסול בגוף רק שזא"ו וכאן הקפיד' התור' טפי על ההידור מצוה ופסול אף בדיעבד וא"כ כיון שמשום זא"ו שפיר פסול אף ביו"ט שני וז"ב:

ח ובזה מיושב הא דאמר הש"ס קפסיק ותני ל"ש ביו"ט ראשון ל"ש ביו"ט שני בשלמ' יבש הדר בעינן וליכ' והקשו בתוס' דמ"ש מחסר דפסול בשביל לקיחה תמה וכדומ' דאינו פסול רק ביום ראשון ולפמ"ש א"ש דשם דפסול בשביל פסול הגוף י"ל כיון דלא קפד' התור' רק ביום הראשון ורבנן לא עבדי בזה רק לזכר במקדש לא פסלי כולי האי אבל כאן דגם התור' לא הקפיד' רק בשביל שיהי' מצוה מהודר' וא"כ כל דחז"ל צוו לברך על האתרוג גם ביו"ט שני ממיל' צריך שיהי' זא"ו ופסול כמו ביום ראשון וז"ש רש"י כיון דמצוה היא משום זכר למקדש בעינן הידור מצוה והיינו דהדר הוא משום הידור מצוה. ובזה י"ל דזה טעמו של רבינו הרמב"ם ז"ל שכתב דגם הדר אינו רק ביום ראשון משום דס"ל דהדר דכתיב בקרא אינו בשביל הידור מצוה דזה אינו באתרוג לחוד רק בכל המצות משום זא"ו ואינו פסול בדיעבד ורק דזה פסול בגוף וא"כ ממיל' דוקא יום ראשון פסול. ובזה אמרתי ליישב מה שהקש' הלח"מ לשיטת רבינו א"כ מה קאמר בשלמ' לר"ח ל"ק כאן ביו"ט ראשון כאן ביו"ט שני אלא לרב קשיא והדבר תמוה דגם לרב דפוסל משום דאין זה הדר הוא ג"כ רק ביום ראשון ולפמ"ש א"ש דבאמת בנקבוהו עכברים א"א לומר דהוא פסול הגוף דהרי כל שהי' נקב רק לא מעכברים הי' כשר ביום שני א"כ א"א לומר דהפסול הוא פסול הגוף דאין זה הדר האמור בתור' דהרי אף לשיטת הפוסקים דהדר פסול כל שבעה אבל נקב כשר אלמא דהדר מקרי רק שאינ' מצוה מהודר' כיון שעכברים נקבוהו וכמו בנמצ' עכבר בשמן דפסול להדלק' כמבואר סי' ק"ד וא"כ זה פסול אף ביום שני וז"ש רש"י אלא לרב דאמר דאין זה הדר קשיא דר"ח דהא אפי' בשני נמי לרב לא נפיק דהא מצוה הדור' בעינן הואיל ומזכיר ש"ש עליו כדאמר בריש פרקין יבש פסול ל"ש ביו"ט ראשון ל"ש ביו"ט שני ואוקימנ' דבעינן הדר וליכ' הנה האריך רש"י כ"כ וכבר נודע הפלגת דקדוק כי רב היא וגם למה ליה להביא מלולב על אתרוג דבאתרוג בודאי בעינן הדר ולפמ"ש א"ש דבאמת הדר אינו פסול ביום שני רק דזה הדר

דבעי בשביל הדר דהיינו פסול הגוף אבל מה דפסול משום הידור מצוה זה פסול גם ביו"ט שני דאין זה מצוה הדור' וז"ש כדאמרו גבי לולב דהפסול הוא בשביל דאין זה הידור מצוה ודו"ק וא"כ ממיל' גם כל הדר לפסול ביום שני וע"ז משני דשאני עכברים דמאיסי וא"כ בזה הוא דפסול אבל כל הדר דאינו רק פסול הגוף כשר ביום שני וא"כ אדרב' מכאן סיוע לרבינו. ובזה מיושב הא דפריך הש"ס מאתרוג הישן דר"י מכשיר ואח"כ פריך הש"ס להיפך דר"י פוסל בירוק וקשה לפרוך מתניתין אהדדי וע' בכ"ת שם ולפמ"ש א"ש דמתני' ל"ק די"ל דהדר פסולו בגופו כגון ירוק הוא דפוסל שאינו מראה אתרוג אבל ישן דבאמת אתרוג הוא רק שכלה לחות והוה כיבש בזה מכשיר ר"י ולא פריך רק על רבא דמצריך הדר אף מה שאינו פסול בגופו ודו"ק כי קצרתי:

ט והנה לכאור' ק"ל בהא דאמר ר"י יבישין כשרים ומייתי ראיה מהא דהיו מורישין לולביהן לבני בניהם וקשה לפמ"ש אא"ז הב"ח באו"ח סי' תקפ"ו לענין שופר של איל דהוא מצוה מן המובחר דדוק' בר"ה עצמו הוא דמצוה להיות של איל אבל קודם ר"ה דלא מטי עדן זמן חיובא אינו מחוייב להדר אחר איל ביותר משליש ע"ש ולפ"ז א"כ מה ראיה די"ל דבאמת למצוה מן המובחר ודאי ראוי להיות לחים ולא יבישים רק שכל שהורישו לולביהם וא"כ בטרם שהגיע זמן החיוב שפיר סגי אף ביבישים משא"כ ביו"ט עצמו ואולי שזה השיבו אין שעת הדחק ראיה ולכאור' צ"ב מה תשובה היא זו ובאמת שמזה דייק הראב"ד דבשעת הדחק כשר אף בפסולים ולפמ"ש י"ל דהם ס"ל דמצוה מן המובחר שיהיו לחים והיינו ביו"ט עצמו מחוייב להשתדל שיהיו לח אבל כל שא"א להמצא כל שקודם יו"ט הי' כשר שוב אף ביו"ט עצמו יכול ליקח כיון שאז שעת הדחק הוא ודו"ק אבל גוף דברי הב"ח תמוהין כמ"ש בתשוב' שמה הארכתי לבאר דדבריו תמוהין ובשנת תרי"ג י"א אלול אמרתי ליישב קושיית התוס' דבאמת י"ל דגם הס"ד ידע דר"י פוסל משום ב"ת רק דלהס"ד דלא בעי אגד לר"י א"כ דרך אגודה אינו חשוב כמוסיף דאינו דרך גדילתן וכל דלא בעי אגד ל"ש מוסיף וכמ"ש התוס' בסוכה שם ד"ה הואיל ולכך היה ס"ד דהטעם של ר"י הוא משום נוי ולפ"ז בגמיוניות של זהב דל"ש דרך גדילתן שוב הוה פסול משום הוספה דזהב דל"ש לומר דרך גדילתן דדוק' פרי או עלין שייך דרך גדילתן ולא בזהב ולכך פסול לר"י משום הוספה והא דאמר ר"י במינו היו אוגדין אותן למטה היינו כיון שאגדו את הלולב במינו וניכר שלשם אגד הוא משום דאינו דרך גדילתו א"כ גילה שגם הגימוניות של זהב אינן רק לנוי ואינו מענין הלולב ולא עבר על ב"ת ודו"ק היטב:

סימן מח

א להרב המאוה"ג וכו' האבד"ק פאטיק נ"י.

ב מ"ש בהא דאמרו בגיטין דף נ"ד ע"ב ודלמ' דחזיני' דרך פשפש והקשה רש"י למה מקשה על עבודת ההיכל ולא מקשה דלמא חזיניה דרך לול לענין עבודת פנים וע"ז כ' מעלתו ליישב דבאמת כל עיקר הילפות' הוא רק לרבא דאף שאינו בידו כעת כל שהי' בידו נאמן אבל לאביי כל שבידו כעת ודאי נאמן ולפ"ז בשלמא עבודת לפני ולפנים שעדן יש בידו לפגל בהיכל שהי' אחר הזאה לפני ולפנים וא"כ בידו כעת ושפיר נאמן ול"ש קושיא כלל דפשיטא דהכה"ג נאמן בזה אבל בהיכל שפיר מקשה דלמא לא נאמן כיון שאין בידו כעת רק שהיה בידו והאריך בזה. והנה אם כי דבר חכמה דיבר בזה אבל במחכ"ת מלבד די"ל דאף לאביי אינו נאמן דלא מקרי בידו לפגל דהוה בידו באיסור שאסור לפגל ול"מ בידו כה"ג ועיין זבחים דף ל"ד דבידו באיסור לא מקרי בידו וגם לפמ"ש הפוסקים דבידו הוה משום מגו והיכא שמע"ר לא מהימן במגו אף גם דגם בהיכל עדיין בידו לפגל על קרנות מזבח הזהב שבהיכל וכלן מעכבות כמבואר בפ"ה מעיוה"כ ה"ז וע"כ אין לדבריו מקום לפענ"ד ומה שנ"ל בזה דהנה אנן קי"ל דחפינת הקטרת עבודה והמחשב בה נפסל כמבואר ביומא דף מ"ח וברמב"ם פ"ה מה' מעיוה"כ הלכה כ"ו ע"ש. ולפ"ז כיון דקיי"ל דבשעת הקטרת הקטורת בקדש הקדשים כל העם פורשין מן ההיכל וכן בשעת העבודות ועכ"מ ולח"מ פ"ג מתמידין ולפ"ז שוב לא יכלו לראות דרך הפשפש כיון שפרשו גם מן ההיכל שוב לא יכלו לראות ע"י הלול ועיין בתוס' זבחים דף נ"ה ע"ב ד"ה שני ע"ש היטב וכיון שכן שוב מוכח שפיר דנאמן ולכך לא דחי רק דמאהל מועד אינו ראיה דיכלו לראות דרך פשפש. ובזה מיושב היטב מה דקשה טובא כיון דכל ענין דע"א נאמן לא מצאו מקום רק מכה"ג ביוה"כ וכיון דדחי לה דחזיניה דרך פשפש שוב ממילא מנ"ל כל הדין ולפמ"ש א"ש דבאמת לא יכלו לראות דרך הלול וא"כ מוכח מלול רק דהש"ס דחי לדר"י בר ביסנא דיליף מהיכל ודו"ק היטב ומה דלא יליף מקטורת של כל השנה דהיו פורשין גם מבין האולם ולמזבח ולא יכלו לראות כ"כ הפ"י דמכל השנה לא מצי למילף רק מיוה"כ ע"ש ודו"ק. והנה הפ"י כתב דהא דפריך הש"ס מכה"ג איך נאמן היינו ע"כ צריך לומר דנאמן דאל"כ היאך יעשה אם באמת פיגל וא"כ לגבי דנפשיה שויא חתיכה דאיסורא ואיך יקריב אח"כ דהא בעינן כל עבודות בכ"ג ע"ש וצ"ע דל"ש שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא דהא הקרבנות הם משל צבור ואינו נאמן בשל אחרים ועיין בר"ן סוף נדרים גבי שלש נשים יוצאות שלא בכתובה ואף דהפר היה משלו הרי המקום הפקיר ממונו לכל אחיו הכהנים וא"כ גם שלהם הי'

ועיין יומא דף נ"א וברמב"ם פ"ה מעביה"כ הי"ג וא"כ שפיר י"ל דאינו נאמן. עוד ק"ל טובא דכיון דהפר הוא שלו וא"כ בודאי נאמן על שלו להביא פר אחר דעל שלו נאמן בודאי דכל הטעם דאינו נאמן כשאינו בידו כתב הפ"י בחידושיו כיון דאיסורא דאית ביה ממונא הוא ושרוצה לאסור ובכה"ג אין ע"א נאמן לאסור וא"כ על שלו ודאי נאמן כיון שכן שוב צריך להביא שעיר אחר דאל"כ הו"ל שעיר ששחטו קודם מתן דמו של פר דלא עשה כלום דהרי הקדים דם השעיר לדם הפר דצריך להביא שעיר אחר כמ"ש הרמב"ם פ"ה שם ה"ד וא"כ שפיר נאמן ואיך למד מכאן למקום אחר מיהו י"ל כיון דבהיכל קי"ל דאם הקדים דם השעיר לדם הפר במתנות שבהיכל יחזור ויזה מדם השעיר שני' וא"כ שפיר מקשה מנ"ל דמהימן בכה"ג לפסול השעיר כלו דזה אינו שלו ול"ש כאן לומר מתוך שנאמן על של עצמו דהיינו הפר נאמן על השעיר כמ"ש הרמב"ן ריש גיטין בחידושיו דלכך לא יליף מנדה משום דמתוך שנאמנת על עצמה דל"ד דשם הם ענין אחד שנוגע לה ולבעלה האיסור בענין אחד אבל כאן שתי ענינים נפרדים הם הפר והשעיר ופשיטא דאינו נאמן על השעיר והיאך יעשה ובזה מיושב היטב קושית רש"י הנ"ל דלכך לא פריך דחזי' דרך לול דלענין מתנות שבקדש הקדשים שפיר נאמן בלא"ה דהרי על הפר נאמן להביא אחר שהוא משלו ושוב נאמן על השעיר שהוא ענין אחד שהרי כשהקדים דמו של שעיר קודם נפסל ושייך לומר מתוך שנאמן על של עצמו משא"כ במתנות שבהיכל דאינו תלוי זה בזה שיפסל עי"ז ל"ש לומר מתוך שנאמן וכמ"ש ודו"ק היטב כי חריף הוא. ומדי דברי זכור אזכור מה דהקשה אותי חכם אחד ושמו מו"ה רפאל הכהן נ"י מקרעשיב דמה מביא ראיה מכה"ג הא לפמ"ש הרמב"ן דגבי נדה שאני מתוך שנאמנת על עצמה דהיא שייכה בגווה וה"ה בזה דמתוך שהוא שייך בגוי' שאם נאמינהו שפיגל יחלל יוה"כ בהקריבו אחרות וא"כ שייך בגויה ונאמן. והשבתי דל"ד דשם איירי דהיא שייכה בגוה בהאיסור הזאת שאם היא תשמשו נדה יעברו שניהם גם יחד אבל כאן כל שאמר שפיגל שויא אנפשיה חד"א וצריך להקריב שנית א"כ הוא אינו שייך בגויה כעת דעכשיו נעשה פיגול לדידיה ומה שאמר שהוא פיגול ע"ז כבר עבר ודו"ק:

ג והנה לכאורה צ"ב הא דילפינן מכה"ג ביוה"כ דע"א נאמן באיסורין והיאך נאמן והא אין אדם מע"ר והרי הוא רשע דהמחשב בקדשים לוקה ואף לדידן דלא לקי דהוה לאו שאב"מ כדאמרו בזבחים דף כ"ט עכ"פ עבר על לאו והיאך נאמן. ולכאורה י"ל דרצונו לעשות תשובה כדכתבו התוס' בב"מ דף ג' וה"ה כאן כל שפיגל שוב אסור לעשות שאר העבודות ומחלל יוה"כ כמ"ש הפ"י דמה"ט נאמן וא"כ שוב נאמן. ובזה אמרתי ליישב מה דק"ל טובא בהא דאמרו בתוספתא פ"ד דפסחים דהאומר פסח ששחטתי עליכם שלא

לשמו שחטתיו שורת הדין שאינו נאמן וכתב הרמב"ם דאם היה נאמן הם סומכין על דבריו יעו"ש בפ"ב מק"פ ה"א וקשה הא כיון דהשוחט חולין בעזרה לוקה ועיין ברמב"ם פט"ו משחיט' ובמלמ"ל וא"כ היאך נאמן למשוי נפשיה רשיעא ואף במה שאינו רק למדת חסידות אינו נאמן על עצמו ומכ"ש בזה דעכ"פ איכא איסור דרבנן דהרי הפסח נפסל והו"ל חולין בעזרה דבעזרה נשחט הפסח כמבואר בפ"א מק"פ. ובמ"ש א"ש דהרי רבינו כתב דהרוצה להחמיר על עצמו הרי זה משובח ויביא פסח שני וכיון שכן אפשר דרצונו לעשות תשובה דאולי ירצה אחד להביא קרבן שנית בפסח שני. ואולי הוציא רבינו מכאן דינו מיהו רבינו כתב כן בכמה מקומות עיין ספי"ב ממעשר ומסוף פהמ"ק ומלשון התוספתא פ"ד מפסחים משמע דהוא אחד מבני החבורה ומה שאמר שם ר"י עד שלא התחיל היינו קודם שהתחיל לאכול ממנו והמפרש שנדפס מחדש בווילנא לא ידע פירושו וא"כ לק"מ ועיין פ"ב מתרומות. אך בגוף הקושיא נלפענ"ד דע"כ ל"ש אאמע"ר רק היכא דצריך תורת עדות אבל במקום שסגי בע"א וכמו באיסורין ל"ש אאמע"ר דכל שנאמן באיסורין שויא אנפשא חד"א וכמו שיכול לשויא אנפשיה חד"א ול"ש אאמע"ר כמו שנאמן לגבי ממון וכמו שהאריך בשו"ת אא"ז החח"ץ ז"ל סי' ק"נ וכמו כן לגבי אחרים כל דע"א נאמן או שסומך על דבריו ל"ש לומר דאאמע"ר כנלפענ"ד ברור ואף דמה שהביא אא"ז החח"ץ ראיה מיבמות דף מ"ז דנאמן לפסול עצמו אף דאדם קרוב אצל עצמו משום דשויא אנפשיה חד"א באמת המרדכי הקשה שם קושיא זו ותירצה באופן אחר אבל מדברי התוס' שם נראה כן וכמו שרמז אא"ז החח"ץ ז"ל ובלא"ה תמוהין דברי אא"ז החח"ץ שם שלא הזכיר שם דברי התוס' דב"מ הנ"ל עכ"פ בזה י"ל כמ"ש החח"ץ שם. ובאמת שלפ"ז הי' מקום ליישב הרבה קושיות בסוגיא דגיטין דף נ"ג גבי ס"ת שכתבתי לפלוני שהקשו דאאמע"ר אבל כעת אין הזמן מספיק לעיין שהיום ע"פ שנת דר"ת ואי"ה אראה בל"נ להשים עיני על זה ודו"ק:

ד אחר זמן רב נדפס ובא ספר טיב גיטין להגאון מוהר"ץ ז"ל האבד"ק באנהרט על מסכת גיטין ומצאתי בדף נ"ד שם שהביא בשם הראב"ן שהקשה דהיכי יליף מכה"ג והא הפר היה שלו וא"כ י"ל דנאמן מתוך שנאמן להפסיד הפר. והנה ת"ל שקצת הרגשתי בזה למעלה ובאמת כיון דהמקום הפקיר ממונו לכל אחיו הכהנים וכדאמרו ביומא דף נ"ד וכ"פ רבינו פ"ה מעיוה"כ הי"ג וא"כ שוב אינו שלו לגמרי ומיהו עדין עכ"פ יש לו בו שותפות ושפיר שייך מתוך שנאמן להפסיד הפר שלו. אמנם נראה דבאמת כיון דאמר שפיגל במקדש ונאמן הרי משים עצמו רשע וכמ"ש למעלה וא"כ ניהו די"ל דרצונו לעשות תשובה עכ"פ הוא בודאי לא יעבוד עוד ואיך שייך לומר מתוך שנאמן להפסיד

דשם מפסיד שכרו שהי' מגיע לו עבור הס"ת אבל כאן מה שעבר אין הוא לא יעבוד עוד וכשיתמנה אחר יביא פר משלו וכל הכהנים יהי' לו בו חלק וא"כ מה נפסד יותר עי"ז ואם באמת כשר הי' הפר הראשון ולא פיגלו שוב השני בא לחנם ולא הפסיד פר שלו כלל וגם מה שהפסיד הפסיד. והנה הראב"ן תירץ דקושית הש"ס היא משעיר וראיתי בספר הנ"ל שהקש' בשם הגאון מוה' יעקב ז"ל אבד"ק קאמרנא דאכתי קשה דמפסיד גם הפר דהא בעינן שיפגל בכל המתנות וא"כ למ"ד מערבין לקרנות הרי ע"כ עירב אח"כ דם הפר ודם השעיר ועירב ביחד ונפסלו שניהם וע' יומא דף מ"ב:

ה והנה מה שפלפל בעל הספר בזה דעכ"פ הפר לא נפסל דלא פיגל במתנות הראשונות ואנן בעינן שיפגל בכל המתנות למ"ד אין מפגלין בחצי מתיר וא"כ לא נפסל הפר. לא הבינותי דמ"מ אח"כ בשעה שעירב למ"ד מערבין לקרנות נפסל הפר מדם השעיר ואין כאן מה להזות שהדם נפסל ע"י ערוב דם פיגול של השעיר ע"ש היטב ותבין. אבל לפענ"ד נראה דלק"מ דבאמת כבר אמרו דדם הפר מרובה מדם השעיר והי' ראוי להיות בטל רק לר"י לא בטיל משום דמב"מ לא בטיל ולרבנן משום דעולין אין מבטלין זא"ז וכדאמרו במנחות דף כ"ב ובכמה מקומות ולפ"ז לדידן דלא קי"ל כר"י ומב"מ בטל ולא נשאר רק דעולין אין מבטלין זא"ז וכיון שכן שוב שפיר נתבטל ברוב ולא נפסל דם הפר דע"כ לא אמרו רק דעולין אין מבטלין אבל כל שדם השעיר נתפגל ונפסל פשיטא דנתבטל וא"כ שוב יוכלו להזות ולא נפסל רק דם השעיר ובזה שוב לא מהימן הכה"ג וע"כ דע"א נאמן באיסורין. איברא דיש לעיין בזה דאכתי יקשה דמנ"ל דמהימן ודלמא באמת לא מהימן וא"ל דא"כ כה"ג ביוה"כ יוכיח דז"א דאכתי יקשה דהפר נפסל ונאמן וא"ל דמוכיח משעיר דאכתי יקשה דלמ"ד מערבין בקרנות שוב נפסל גם הפר וא"ל דבטל ברוב דז"א דבאמת לגבי אחרים לא נפסל ושוב הו"ל עולין בעולין דלא בטל דכל קושית הש"ס היא דבאמת מה יעשה הכה"ג הא לגבי עצמו שויא חד"א וכמ"ש הפ"י ולפ"ז כיון דלגבי נפשו נאמן שוב שפיר נאמן לפסול הדם של פרו דא"ל דהא בטל ברוב דז"א דאדרבא אם נימא דלא נאמין לו לגבי שעיר דאינו נאמן לפסול לאחרים שוב שפיר לא נתבטל דם השעיר בהפר דעולין בעולין אינו בטל וא"כ שוב לגבי עצמו לא יוכל להזות מדם פר שלו דהא לגבי דנפשי' שויא חד"א והוא אמר דנפסל הדם ובכה"ג ל"ש לומר דבטל ברוב דבאמת כל שכשר לגבי אחרים מקרי היתר בהיתר ולא בטל וכגון דא קושי' נפלאה היא. והנה לכאור' קשה אם נימא דר"י ס"ל אין מפגלין בחצי מתיר א"כ מהיכא מוכח דכה"ג ביוה"כ נאמן הא צריך להיות מפגל בכל המתנות השלשה וא"כ כשאמר שפיגל בראשון שפיר נאמן דעדן לא אסרה לה עד שיפגל כל השלשה מתנות

והרי אמרו שם לר"מ דס"ל דכל העושה ע"ד ראשונה הוא עושה וא"כ אף בלא אמירתו אמרינן דעושה ע"ד ראשונה והרי ר"י משמע במנחות דף י"ג דר' יוסי ס"ל כר"מ ועיין תוי"ט רפ"ב דמנחות שם לדידי' מפרש רבא דס"ל אין מפגלין בחצי מתיר רק משום דכל העושה ע"ד ראשונה עושה וא"כ אף כשלא אמר ממילא הוא כן וא"כ שוב ל"ש ע"א נאמן באיסורין דאף בלא שמענו דבר אמרינן מסתמא דע"ד ראשונה הוא עושה ועל הראשונ' שפיר נאמן דפיגל דהא לא אסרו עדיין וצ"ל דזה אם הי' נודע שפיגל בראשונ' ואח"כ לא נודע מחשבתו שפיר אמרינן כיון דבראשונ' נאמן ממילא אח"כ נאמן דלא גרע ממחשבה גרידא והוה דומיא דאיסור בע"א הוחזק שכתב הרמב"ם פט"ז מסנהדרין אבל כאן דלא שמענו דבר עד לאח"כ שאומר הכה"ג שפיגל בשלשה המתנות וכעת בא לאסור ואס"ד דאינו נאמן באיסורין מה"ת יהי' נאמן לאסור אח"כ ואמרינן דלא פיגל לא בראשונ' ולא בשום אחד מהמתנות ואינו נאמן לאסור וע"כ דע"א נאמן באיסורין וז"ב. ובזה י"ל הא דאמרו דלמא שמענו דמפגל ואמרו אס"ד דאינו נאמן דלמא פיגל לאחר עבודה ולכאור' צ"ב דמה סברא היא זו דניהו דנימא דאינו נאמן באיסורין היינו דאינו נאמן לאסור של אחרים אבל אם שמענו דמפגל ולחוש לו דמשקר ואומר שפיגל במזיד אף שלא פיגל וזה לא חשוד אף עכו"ם לקלקל דבר מה שאין לו הנאה בזה ואדרב' הוא מקלקל כל עבודת היום ומה"ת לחוש לכך. והיא לכאור' הרגש עצום ולפמ"ש א"ש דבאמת הש"ס דייק מהא דכתיב וכל אדם לא יהי' באהל מועד והיינו במחנה השני' והשלישית וא"כ הא אמר רבא שם אי ס"ד דכל העושה ע"ד ראשונה הוא עושה ל"ל לפגל וא"כ מדשמענו דמפגל וא"כ הא דאדרב' ע"כ לא פיגל בעת עבודה דאם רצה לפגל הי' מפגל בשתיקה וע"כ דבאמת לא רצה לפגל ואח"כ השמיע קול לקנטר ושלא בשעת עבודה ולא יהי' נאמן לאסור וע"כ דע"א נאמן באיסורין. ובזה א"ש מה דקאמר הש"ס דלמא דחזיני' בפשפש והקש' רש"י למה לא אמר דחזיני' דרך לול במתנה ראשונה ולפמ"ש א"ש דבאמת לענין מתנה ראשונה בלא"ה נאמן דאין מפגלין בחצי מתיר ועיקר הקושי' דלא נאמין אח"כ על המתנות השניות וע"ז אמר דמתנות השניות משכחת דחזיני' דרך פשפש ושוב לא מפיו אנו חיין ושפיר נאמן על הראשונה אף שלא שמענו ולא ראינו דהראשונה לא הי' בו כדי לפגל וז"ב ודו"ק היטב כי הוא חריף ועמוק מאד:

ו והנה בגוף הדבר שמוכיח הש"ס דע"א נאמן באיסורין מקר' דוכל אדם לא יהי' באהל מועד כ' הפ"י דלכאורה אין הוכחה דדלמא באמת לא מהימן וכ' דא"כ יש חשש תקלה דהא לגבי דנפשי' שויא חד"א ונאמן שנתפגל ואיך יעשה אח"כ עבודה דאנחנו לא נאמין לו ע"ש וצריך להבין דאכתי היכא מוכח דלמא באמת בכ"מ אינו נאמן ורק כאן כיון

דשויא אנפשיה חד"א נאמן כמאה עדים לגבי עצמו וממיל' נאמן גם לנו כיון דשויא אנפשיה חד"א ואדם אחר א"י לכנס לבית קדה"ק ואף כה"ג אחר א"י לכנוס דדילמא באמת לא חילל עבודה ואסור לכנס אחר תחתיו וא"כ מה נעשה וע"כ מוכרח להביא אחר ולעולם דאין ע"א נאמן באיסורין רק שאני כאן דעכ"פ לגבי נפשיה מהימן והיא קושי' גדולה. אך נראה דמזה ראיה למה שיש להסתפק אם הא דשויא אנפשיה חד"א מועיל לעשות איסור או לבטל מצוה עי"ז. ולפענ"ד מזה ראיה דאינו נאמן דל"מ אם הטעם דשויא אנפשיה חד"א הוא מתורת הודאת בע"ד כמאה עדים א"כ לענין מצוה אינו נאמן לבטל עי"ז המצוה או לעשות איסור ואף אם נימא דהוא מתורת נדר מ"מ כיון דזה ודאי דעכ"פ לאו נדר גמור הוא ואינו בעשה ול"ת שוב לא חל עד"מ דכל הטעם דחל הוא משום דהוה עשה ול"ת כמ"ש הרא"ה בחינוך וכאן ל"ש זאת ולפ"ז כאן דיעשה עי"ז איסור לחלל יה"כ שנית ל"ש כאן שויא אנפשי' חד"א וא"כ ע"כ דנאמן ע"א באיסורין דאל"כ מה יעשה באמת כשפיגל באמת אנן לא נאמין לו והוא יודע בנפשו שפיגל ואיך יעבוד אח"כ עבודה ומה שיודע בעצמו ל"ש שאינו נאמן דמ"מ הוא עשה איסור וע"כ דנאמן באיסורין וז"ב ודו"ק:

ז והרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש נ"י אמר ליישב קושית הפ"י דלמה דייק דוק' מכה"ג ביוה"כ ולא בשאר קרבנות משום דהפ"י הקשה דהיאך מוכח הא צריך לשלם כשמפגל וא"כ מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן ג"כ לומר דפגול הוא אמנם כה"ג ביוה"כ דכל שמפגל הו"ל ביאה רקנית וחייב מיתה וא"כ פטור מלשלם ואמאי נאמן ושפיר הש"ס דייק מזה דוק'. ואם כי דבר חכמה אמר אבל כמה טעותים בדבר חדא דזה מיתה ביד"ש ולא פטר מן התשלומין רק לרנבה"ק וגם אליביה נחלקו אביי ורבא אם מיתה ביד"ש פוטר וגם חייבי מיתות שוגגין אם פוטר נחלקו רש"י ותוס' אם פוטר וגם הענין בגוף יש טעות דהא כאן לא היה ביאה ריקנית דהא היה יכול להקטיר כדינו רק שפיגל אח"כ ולא הוה ביאה ריקנית וע' ביומא דף נ"ג דכל שהבי' שני קטורת חסירה ושלימה לא הוה ביאה ריקנית וגם מקרי שוא"ת וע' שבועות דף י"ז ואף די"ל דמפגל הוה מעשה דדיבורא דאית בה מעשה הוא ועש"מ ב"מ שהאריך בזה ובמ"ג סי' ל"ב מ"ש באורך מ"מ ביאה ריקנית לא מקרי וז"ב:

ח והנה במה דאמרו מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד ס"ת לכאורה צ"ב דמה סברא היא זו הכי בשביל שהפסיד נפשו ממון יהי' נאמן לגבי ס"ת וכ"כ בזה דברים רבים בחידושי ליו"ד סי' רפ"א ובכמה תשובות. וכעת נראה דהנה באמת הרא"ש ורבים מהקדמונים כתבו דמדשאל ס"ת ביד מי משמע דאתיא כאביי דאינו נאמן כשהיו בידו

וכאן נאמן משום מתוך. ולפענ"ד היה נראה דגם לרבא נאמן בכאן לפי מה שראיתי בחידושי ריטב"א בגיטין שכ' דלכך לרבא אינו נאמן כל דאשכחי' ולא א"ל היינו לפי שהוא שלוחו ופועל שלו א"כ מ"ד הו"ל למימר לי' אבל באדם אחר דלא עלי' רמיא להגיד לו אף דכבר אשכחי' ולא א"ל י"ל דמתחלה לא היו זכור ועכשיו זכור הוא וא"ל. ולפ"ז היה נ"ל דזה דוק' כשרוצה לקבל שכר וא"כ שוב הו"ל עדן שלוחו ופועלו שלו ולכך היה מהראוי שיאמר לו תיכף אבל כל שמפסיד שכרו א"כ מיד שלא עבד הגוילין לשמה וכ' עלה ס"ת א"כ שינה בשליחות ונסתלק שם שלוחו מינה והו"ל כאיש אחר ושוב אין חיוב עליו להגיד לו תיכף והו"ל כאיש אחר דנאמן בכל עת וזה שאמר מתוך שנאמן להפסיד שכרו דכל שלא היה נאמן להפסיד שכרו שוב עדן פועל שלו הוה ואינו נאמן אבל כל שלענין זה נאמן והו"ל כעד פסול לגבי זה וע' קצה"ח סי' ל"ד ובסי' רמ"א שביאר דהודאת בע"ד כמאה עדים לגבי נפשיה הו"ל כעד ולגבי עצמו יש לו תורת עד ע"ש וא"כ נסתלק מעליו שם פועל ונאמן וזה דאמרו מ"ש מדר' אמי התם איכא למימר דטעי בדר"י. ולכאורה תמוה דמנ"ל לתלות דטעה בדר"י ולומר דאינו נאמן בשביל זה. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דיש מקום לומר דיכול להעביר קולמוס שוב לא נתרוקן ממנו שם פועל ואינו נאמן כשלא א"ל בפעם ראשון. ובזה נראה לפענ"ד מה ששאל אותי הרב מו"ה אברהם קאמפף נ"י מראווא איך הדין אם השכר הפעולה הלז חייב לאחר באופן דאינו נאמן לחוב בהודאתו לחבירו אם נאמן על הס"ת דל"ש מתוך שנאמן להפסיד שכרו. ולפמ"ש א"ש דכל שעכ"פ שינה בשליחות אין עליו שם פועל א"כ עכ"פ אין ראיה ממה שלא א"ל בראשונה. ובזה יש ליישב מה שהקשה הראב"ן דמה מביא ראיה מכה"ג ביוה"כ דהא הפר היה שלו ומתוך שנאמן להפסיד לעצמו. ולפמ"ש באמת לא בשביל זה נאמן רק דמזה אין ראיה מה דלא א"ל אבל שם דמביא ראיה על עיקר הדין אם ע"א נאמן באיסורין ושפיר מביא ראיה דשם ל"ש דהיה לו להודיעו תיכף דהא באמת הודיע תיכף ואנן לא יכולנו לדעת אם הי' לאחר עבודה או שפיגל בעבודה וא"כ שוב מוכח דנאמן ע"א באיסורין. ובזה מיושב ג"כ מה שהקשו דעכ"פ בפגלו במזיד צריכין לשלם ולפמ"ש א"ש:

ט והנה הריטב"א הקשה דאמאי לא יהי' נאמן בטהרות משום מתוך שנאמן להפסיד שכרו וכ' דאינו רק דבר מועט או ששכרו לעשות עמו היום אבל לא שכרו לעשות דוק' אותן טהרות ע"ש ולכאורה קשה דאכתי אמאי לא יהיה נאמן דהא עכ"פ צריך לשלם לו מה שהפסיד לו בטעות וזה הוה דבר מרובה וגם שכרו לעשות עמו והו"ל שומר שלו ואמאי לא יהיה נאמן ואולי מיירי בשותפין דהוה שמירה בבעלים כל שהתחילו

להתעסק ביחד וכמבואר בש"ע חו"מ סי' קע"ו וא"כ פטורין. ובזה מדוקדק הא דנקט טהרות שעשיתי עמך דהיינו שנתעסקנו מתחלה ביחד והו"ל שמירה בבעלים וע' בסי' קע"ו ס"ח. אמנם עדיין קשה לפמ"ש בשו"ת לחם רב דשותפין שפשע אחד מהם ל"ש שמירה בבעלים דמשעה שפשע הו"ל כשינה וההפסד לעצמו והובא בשו"ת פר"ח מ"א סי' פ"ב בח"א וכן מצאתי בשו"ת רדב"ז ח"ב סי' תת"מ ולפ"ז כל שטימא או פיגל הרי פשע בהם ולא הוה שמירה בבעלים. אמנם ל"ל די"ל דמיירי שנטמא ונתפגל בשוגג דלא הוה הפסד לעצמו ובלא"ה י"ל דכל שעיקר הפשיעה באה ע"י הודאתו וא"כ אם נימ' דאינו נאמן שוב הוה עדיין השותפות קיימת דלא שינה כלל וא"כ שוב אינו נאמן וא"ל דכיון דנאמן עכ"פ אמר שפשע לענין ממון דז"א דהפשיעה בא בשביל הפיגול וא"כ אז היו שותפות בבעלים ופטור ע"ז ושוב אינו נאמן:

י ובזה י"ל ע"ד הפלפול הא דאמר אבל מה אעשה שהתורה האמינתו וכו' כה"ג ביוה"כ יוכיח וכבר כתבתי למעלה דהקשה הראב"ן הא הפר שלו ומתוך שנאמן להפסיד פרו וכתבתי למעלה דהו"ל של אחיו והתורה אפקריה לממונו והו"ל כאלו הוא של כל הכהנים ולפ"ז הו"ל שותפין בבעלים ופטור מלשלם מיהו זה אינו צריך לחזור דבאמת א"צ לשלם דהא ממונו הוא רק שהתורה אפקרי' לכל אחי' אבל עכ"פ ל"ש לומר דיתחייב בתשלומין לאחיו וגם נראה כיון דאז מצות כל היום בכה"ג א"כ כבר כלתה השותפות בבעלים שאינם עמו במלאכתו והם אינם משועבדים לו אז ודו"ק היטב בכל מ"ש כי יש בזה כמה הערות נפלאות:

יא והנה לפמ"ש הראב"ן דעיקר הקושי' מהשעיר קשה טובא לפמ"ש למעלה דהא אם הקדים דם השעיר להפר בקדש הקדשים יחזור ויביא שעיר וא"כ כל שלגבי הפר הוא נאמן ופסול שוב ממילא גם לגבי השעיר ע"כ דנאמן דאל"כ הו"ל כהקדים דם השעיר קודם לדם הפר וצ"ל כמ"ש למעלה דבהיכל ל"ש זאת וישבתי בזה דברי רש"י דלא פריך מלול. אך עדיין קשה לשיטת רש"י דדוק' בנעשה בפנים הוא דמעכב ולא מה שנעשה בהיכל וכ"כ הלח"מ להסכים גם דעת הרמב"ם כן והקשה דא"כ למה צריך לחזור ולהזות בהיכל וכ' דכל שאפשר לחזור ולהזות לא מקרי דיעבד. ולפ"ז כאן אם נימ' דלא מהימן שוב אין לך דיעבד גדול מזה וכמ"ש הפ"י דמה יעשה וא"כ מהיכא מוכח דנאמן והיא קושי' גדולה. אמנם נראה כיון דמערבין לקרנות א"כ אדרבא אם נימ' דנאמן לפסול הפר אף דנימא דלגבי השעיר לא נאמן עכ"פ כיון שערבו ביחד שוב דם הפר המרובה ביטל לדם השעיר דל"ש עולין בעולין דהא הפר נפסל ואינו עולה ודם הפר מרובה ומב"מ בטל וא"כ שוב א"א לחזור ולהזות מדם השעיר וכבר נפסל הדם ודו"ק היטב כי הוא חריף.

והנה קצרתי למעלה ועיקר קושיתי לפמ"ש הפ"י דעיקר הקושי' דאיך יעשה הכה"ג קשה הא אכתי מצי לאסור כשיאמר שפיגל הפר ג"כ ואז יהי' נאמן גם על השעיר דאל"כ יהיה הקדים דם הפר לדם השעיר:

סימן מט

הנה הב"ח חידש דדוק' בשופר של הפקר הוא דאמרינן דאם נתכוין לזכות הו"ל ע"ז של ישראל ולא מצי מבטל אבל ביש לו בעלים עכו"ם לא מהני הא דנתכוין לזכות והו"ל ע"ז של עכו"ם דמועיל ביטול והמג"א תמה עליו כאשר יבואר אי"ה ועיקר תמיהתו דכל דנתחייב באחריות קני לה הישראל ושוב לא מצי מבטל לה וכמ"ש רש"י בחולין דף מ' דבאגבהה קנה לה וכ"כ הרבה בזה וכעת נ"ל דמ"ש המג"א כיון דחייב באחריות הו"ל כשלו לפענד"נ עפמ"ש הש"ך חו"מ סי' שצ"ד להסתפק אם גזלה ע"מ לאבדה אי חייב. ולפ"ז נ"ל ברור דכאן דאגבהה אי נימ' דנעשה של ישראל ול"מ לבטל שוב הו"ל כאגבהה ע"מ לאבדה דמה תועלת יש לו בזה ואף אם נימא דבגזלו חייב היינו כשהוא בעין אבל חיוב אחריות ל"ש בזה דהא לא אגבהה שיתחייב באחריות ושאני הך דחולין שהרביצה ושחיטה לע"ז א"כ ניחא לי' ושוב לא הוה ע"מ לאבדה אבל כאן שאינו רק הגבהה מה חיוב אחריות שייך בזה. עוד נ"ל דבר חדש דהנה במה דאמרו דנכרי מבטל ע"ז שלו ושל חבירו היינו דוק' כשלא נודע מי ומי הבעלים וא"כ גם נכרי אחר יכול לבטל אבל כשיש לה בעלים נכרי לא מצי מבטל נכרי אחר דעכ"פ בעלים קודמים והיאך מועיל ביטול של נכרי אחר. וזה לפענ"ד דבר חדש. ולפ"ז הרי הר"ן בע"ז פ"ג גבי הא דאמר רבב"ח בשם ריב"ל פעם אחת הלכתי אחר ר"א הקפר ומצא טבעת ומצא גוי גדול וסטרו ובטלה וכ' הר"ן דלא רצה להגביה עד שמצא לנכרי שבטלה דאל"כ הו"ל ע"ז של ישראל דל"מ ביטול ואע"ג דאין זכייה בא"ה ולא מצי זכה בה מ"מ כיון דמצי הגוי לבטל מצי זכי בה ע"ש. ולפ"ז נ"ל דכל דיש לו בעלים לא מצי נכרי אחר לבטל והבעלים כשאינם רוצים לבטל שוב לא מצי זכי בה והרי הוא של עכו"ם ואם ירצו הבעלים לבטל שוב לא יהי' ע"ז של ישראל ושייך ביטול. איברא דאכתי קשה דאיך מצי הגוי לבטל הא אינו ברשותו וצ"ל דמתורת סילוק הוא דמועיל אף בדבר שא"ב דסילוק מועיל ודלא כב"ח וע' בקצה"ח סי' רי"א ודו"ק. אך אם נימא דכל שראוי לבטל שוב הו"ל זכייה בגויה הי' א"ש ובזה נחלקו רש"י ותוס' בסוכה ל"ב וצ"ע. ובזה יש ליישב קושית המג"א על הב"ח מדברי התוס' שלא תירצו דמיירי ביש לה בעלים ולפמ"ש יש ליישב ודו"ק. והנה קצרתי ונתיישבתי דכיון דעכ"פ אינו יכול לבטל אם יש בעלים שוב לא מקרי ראוי לבטל דהא

צריך דוק' הבעלים לבטל וא"כ כל שלא ביטל הו"ל דיחוי ותלוי במחלוקת רש"י ותוס' דף ל"א ובזה יתישב קושית המג"א על הב"ח ודו"ק:

סימן נ

א ע"ד מ"ש המג"א סי' תרל"ג ס"ד דאסור למעט ביו"ט ובספר נדפס מחדש ושמו חיי אדם כתוב שלא ראה דברי התוס' בשבת דף מ"ד וב"ב דף כ' דמבטל הו"ל כבונה בשבת וע"ז הביא בשם חכם אחד שכ' דהמג"א מיירי שממעט ביו"ט בלא ביטול ובתוס' מיירי שממעט וגם מבטל ע"ש. הנה דברי המג"א ע"כ בביטל מיירי דאל"כ ממעט בלבד מותר ביו"ט ואף לכתחל' ואף בשבת שרי והוא ש"ס ערוך בעירובין דף ק"ד שאני תבן דלא מבטל לי' וע"ש ברש"י דכל דלא מבטל לה שרי וכ"ה בהדי' בש"ע סי' שי"ג סי' ע"ש במג"א ס"ק י"ז ולזה רמז המג"א כאן ע' סי' שי"ג א"כ ע"כ המג"א בביטל מיירי. ובגוף קושית הרב המחבר הנ"ל לפענ"ד אין התחל' דשאני התם דשם פקקו את הטפיח ופקיק' בלחוד הוה בנין ורק דמוסיף על הבנין שרי לכך כל שמבטל לה ואין עתיד לפנותו הו"ל בונה ממש וחייב אבל כאן בתבן דכ"ז שלא בטלו אינו בונה כלל ולא משום משוה גומות דהרי יכול לבנותו ולא בנה כלל רק שבבטולו הו"ל כבונה דכל שמבטלו מחשב לה כאילו קבע אותו שם א"כ בזה אינו רק איסור דרבנן כי מבטל כלי מהיכנו ע"ש דף מ"ג ברש"י ובתוס' ד"ה דקא ושפיר כ' המג"א דאסור למעטו ביו"ט אבל אין בו חיוב חטאת. ובזה נ"ל מ"ש הפרמ"ג הלכות סוכה דמותר לבטל ביו"ט שהרי אין בו מעש' כלל אפי' מעשה זוטא כגון דיבור דהא בביטול בלב סגי והמחבר הנ"ל כ' שלא ראה התוס' שכתבו דמחויב חטאת במבטל ולפמ"ש א"ש דכאן לא חשיב בנין כלל בלי הביטול דמה עשה בזה משא"כ התם בפקיק' שלו בנה וכל שבטלו הו"ל בונה מ"מ וז"ב לדעתי. ובזה נ"ל שאפי' ביטל בפה ממש הי' מותר דכיון שיכול לבטל בלב אף שביטל בפה לא אכפת לן וכעין דאמרו בשבת דף קמ"ב הוא דאמר כרשב"א ע"ש ובלאו הכי לפמ"ש התוס' בשבת דף צ"ה ד"ה והרוד' דבנין ביו"ט אינו רק איסור דרבנן כ"ש אפשר מעיו"ט א"כ בכה"ג שלא הי' אפשר מעיו"ט ודאי שרי כיון שאינו בונה רק במחשב' בעלמ' לא במעש' משא"כ בפקיק' שעוש' מעשה דהו"ל כתוקע בעץ דחייב כמ"ש הרמב"ם פ"י משבת. והנה נסתפקתי לפמ"ש המג"א דאסור למעט ביו"ט ואם עבר ומיעטו מה דינו. ולכאור' י"ל דהו"ל מצוה הבאה בעביר' ולא יצא. הן אמת דבסי' תרמ"ו מבואר דאם עבר ומיעטו כשר ובאמת שהמרדכי הרגיש בזה והקש' דלמה לא יהי' מצוה הבאה בעביר' אבל באמת כבר כתבו האחרונים דדוק' אם בשעת עשיית המצוה הו"ל עביר' זה מקרי

מצוה הבאה בעביר' אבל כל שבשעת עשיית המצו' ליכא סרך עביר' לא הוי מצוה הבאה בעביר' ועיין בשער המלך הלכות לולב ולפ"ז כאן דבלא המצו' לא חשוב תיקון כלל שהרי אדרב' ממעטו שלא יהי' דירת קבע רק דירת ארעי והו"ל כסותר ורק דע"י תיקון המצוה שצריך שיהי' פחות מכ' עי"ז חשוב בונה א"כ התיקון בא בעת עשיית המצו' והו"ל מצו' הבאה בעביר' מיהו לפמ"ש התוס' בשבת דף ק"ו דתיקון מצוה ל"מ תיקון אפשר של"ח תיקון כלל ומותר למעט ביו"ט. ובדרך הפלפול אמרתי ליישב דברי רש"י בסוכה שפירש דביטלו לשבע' והטור פי' דבטלו היינו לשמונ' והקש' הב"ח דאמאי לא פירש רש"י לשמונ' ימים דהרי סוכה כל שמונה בח"ל ולפמ"ש י"ל דרש"י ס"ל דאסור למעט ביום טוב והו"ל מהב"ב וא"כ כל שבעה דהוי מה"ת צריך לבטל מעיו"ט דאל"כ הו"ל מצוה הבאה בעבירה אבל ליום שמיני הו"ל רק מצוה דרבנן דס"ל לרש"י דא"צ לבטל מעיו"ט דיכול לבטל ביו"ט עצמו דבמצו' דרבנן ס"ל לרש"י לשיטת הפוסקים דבדרבנן לא אכפת לן במצוה הבאה בעבירה לכך פירש ביטלו לשבעה ודו"ק:

ב ובגוף הענין שכתבו התוס' בב"ב דף כ' דאם הי' מבטלו שם בשבת הו"ל בונה באמת שלכאור' צדקו דברי הר"ר מנוח שכ' דמותר לבטל ביו"ט דאינו רק במחשב' בעלמ' ובודאי אינו אסור וכ"כ למעלה בזה. וכעת נראה ראיה ברורה דהנה שיטת רש"י דתשביתו בלב הוה הפקר ותמהו עליו דהפקר צריך שיהיה עכ"פ באחד אבל בלב ודאי לא מועיל וגם איך מקיים מצות תשביתו וכתב בשו"ת מהרי"ק סי' קמ"ב דכוונת רש"י דמבטלו ומחשבו כעפר הארץ וכמו תבן ומיעטו דחשוב מיעוט לענין סוכה ע"ש והיא מרגליות טובה ולפ"ז יקשה על ר"ע דאמר אינו צריך הרי הוא אומר וביום הראשון תשביתו וכתיב כל מלאכה לא יעשה ומצינו להבערה שהיא אב מלאכה ורבא דייק מזה דש"מ דאין ביעור חמץ אלא שריפה וקשה אף אם ביעור חמץ בשאר דבר הא כתיב תשביתו והיינו ביטול ומחשבו כעפר הארץ והרי מה שבטלו חשוב כבונה ויש לדחות דעכ"פ היה יכול להשביתו ע"י שיאכילנו לכלבים או ישליכנו לים כמ"ש רש"י ד"ה אין ביעור חמץ וכו' וגם זה לא חשוב כבונה דדוקא בפוקק וסותר זה ענין בנין אבל מה שמחשבו לעפר הארץ זה לא מקרי בונה. אבל באמת הדבר א"צ ראיה דפשיטא דכל שאינו עושה שום ענין בנין רק בדיבור בעלמא ולר"ש בהרהור דלא מקרי בנין. אמנם נראה דמ"ש התוס' דהוה בונה בשבת הוא כיון דצריך שיבטלו ובלא"ה לא היה חוצץ א"כ מגו דחשוב בנין לענין מניעת הטומאה חשוב בנין לשבת וכעין דאמרו מגו דהוה דופן לסוכה וכ"כ בהגהת מרדכי פ"ק דחולין לענין קשר דמגו דחשוב קשר לענין תפילין חשוב קשר לשבת ע"ש וה"ה בזה חשוב בנין דהרי צריך הך בנין לענין מניעת הטומא'

ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הר"י הלוי שכתב לדקדק מלשון רש"י והר"ן דדוקא קודם שימות המת היה מותר לתקן לפקוק בטפיח אבל אחר מות המת אסור דהו"ל מתקן והמג"א תמה בזה דמה שמונע הטומאה אינו מתקן וע"ש בסי' שי"ג ס"ק א' שהאריך בזה ולפמ"ש א"ש דכל דהוה תיקון לענין טומאה הוה תיקון גם לענין שבת ולכך דוקא קודם שימות המת דלא תיקן עדיין. איברא דלפ"ז גם לענין בנין כל דבנו קודם שימות המת לא מקרי בנין דעדיין לא הוה תיקון. אמנם נראה דלענין בנין כיון דיודע שאח"כ יצטרך לבנין זה א"כ לא גרע מסותר ע"מ לבנות במקומו דחייב כמבואר בשבת דף ל"א אבל לענין מתקן דהוא משום מכה בפטיש דהוא גמר מלאכה כל שאינו מתקן כעת הרי לא גמר המלאכה ופטור ואח"כ ממילא נגמר ולא מקרי מתקן משא"כ בבונה שעכ"פ אח"כ הוה בנין ולא גרע מאילו סותר כעת ע"מ לבנות במקומו ודו"ק היטב. איברא דלפ"ז צ"ב מה שתירצו התוס' דהיכא דסותם כל החלון לא בעי ביטול וכתבו וכן הא דפקקו המאור התם ודאי לא בעי ביטול בכ"ח כצ"ל (ובקצת דפוסי ש"ס כתוב התם ודאי בעי ביטול והוא ט"ס) ועכ"פ קשה כיון דסגי בסתימה ופקיקה לבד ול"צ ביטול שוב הוה זאת כבונה דהא הביטול בעצמותו לא חשוב בונה רק מה שחשוב בנין לענין הטומא' א"כ גם בלא ביטול חשיב סתימה. אך נראה כיון דבאמת לא מת המת עדיין כמ"ש רש"י והר"ן שם וא"כ באמת ל"צ כעת לזה רק דהוה כסותר ע"מ לבנות וא"כ זה כשרוצה להבנין והסתימה חייב בסותר ע"מ לבנות אבל כל שממילא נסתם ולא היה מקום לטומאה לחול שוב לא מקרי סותר ע"מ לבנות. ויתכן יותר דבאמת כבר כתבתי דל"ח בונה דהא הוא עושה בטרם מיתת המת. אך נראה כיון דביטול לא מועיל רק שיבטלו עולמית או עכ"פ כל שבעה ועכ"פ כל אותו היום וא"כ אף שעשה קודם מות המת כיון דהביטול צריך להיות כל היום ואם היה חוזר אח"כ מביטולו לא מקרי ביטול א"כ שוב הוה כבונה כל היום אבל אם אינו צריך ביטול רק במה שפוקק וסותם האור סגי שוב היה הפקיקה קודם מיתת המת ולא מקרי בונה וזה נכון מאד לפענ"ד:

ג והנה דרך אגב אמרתי לבאר דברי התוס' שם שכתבו אבל היכא דסותם כל החלון כי הכא דקתני חוצצין דמשמע לגמרי ותמה המהרש"א דבר"ש באהלות משמע בהדיא דכאן אינו סותם לגמרי דהא איכא מקום קובה וחביתו וכתב המהרש"א דלא ס"ל לתוס' כשיטת הר"ש וע"ז הקשה דאכתי קשה לשיטת התוס' דסותם הכל א"כ למה להו ביטול וכתבו דיש לחלק דבאוכלין בעי ביטול ע"ש. ואני תמה על עצמו דדברי מאיר עינינו המהרש"א זקני ז"ל תמוהים מאד דבאמת מלבד דהחילוק שבין אוכלין לכלים לא נזכר בתוס' אף גם דגוף דברי התוס' תמוהים לפי הבנתו דהא ודאי דדברי הר"ש נכונים דהא

יש מקום קופה וחביות. אבל באמת כל הדברים נכונים דבאמת צ"ב דמה בכך דיש מקום על הקופה וחביות הא הם גופא אינם מקבלים טומאה וחוצצין אבל דברי הר"ש נכונים דהוא קאי לפי המסקנ' דמסיק בכלי מתכות וא"כ הו"ל דבר המקבל טומאה ולא חוצץ בפני הטומא' ושוב שפיר מפסיק הקופה וחביות וע' תוס' שם ד"ה ות"ל אבל לפי הס"ד שם דפריך היא גופא תיחוץ והיינו משום דבכ"ח אינו מטמא מגבו א"כ שפיר כתבו התוס' דסותם כלו ובאמת חזרו בהם התוס' ממ"ש בתחל' בשם ר"י בר"י דמיירי במבטלו רק דכ"ח לא בעי ביטול כלל וז"ב כשמש ומ"ש התוס' דהכא סותם כלי היינו דבאמת כיון דמבטלו שם אף דל"ב ככלי מתכת כל דמקבל טומא' עכ"פ סותם כלו מקפיד הא מבטל לה ורק בכ"ח שכתבו התוס' גם דל"צ ביטול שם בודאי סותם כלו דהא ל"צ ביטול כלל ודו"ק:

ד שוב עיינתי בדברי הר"ש והן בפ"ו מאהלות משנה ב' ושם מבואר כל הדברים שבתחל' כ' דבעי ביטול לפי שהחביות והקופ' אינו סותם והיינו משום דמיירי בכלי מתכות ואח"כ כ' בפירוש דבכ"ח חוצץ וסותם דחביות סותמת כל החלון ואף דלא מבטל חוצץ. ונוראו' נפלאתי לדברי המהרש"א יהיו דברי הר"ש סותרים זה את זה באותו דיבור אבל לפמ"ש דברי הר"ש נכונים ודברי התוס' עולים בקנה אחד עם דברי הר"ש וז"ב כשמש. וראיתי בשו"ת בית יעקב סי' צ"ג שתמה על דברת הכ"מ פט"ו מטומאת מת ה"ב שכ' על דברי הראב"ד שהן הן דברי התוס' דב"ב והרמב"ם חולק ע"ז וע"ז כ' דלפי דברת המהרש"א גם הרמב"ם מצי סבר כתוס' ורק שמחלק בין אוכלים לכלים ע"ש ולפמ"ש גם התוס' לא חילקו כן וא"צ לחלק בזה ודברי הכ"מ נכונים. גם מ"ש שם הבית יעקב להקשו' על הרמב"ם שכ' מיעוט בפחו' מכזית וכן פחות מכביצ' אוכלין שאינן מוכשרין והקש' הא אף במוכשרין נמי כמ"ש התוס' שם בסוגי'. והנה הרגשתי תיכף דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דפחו' מכביצ' ג"כ מטמא ומצאתי במלמ"ל שכ' כן בהדי' ודברי הרמב"ם נכונים ודו"ק:

ה והנה בהא דאמרו סוף שבת דהלקטי קטנה היתה ואח"כ מדדו לדעת אם יש בגיגית פותח טפח והדבר יפלא כל דכבר פקקו בטפיח לאיזה צורך מדדו אח"כ וברע"ב בשבת שם הרגיש בזה וכ' שאח"כ הוצרכו לפתוח החלון ולטול אותו הטפיח הפקוק בחלון ע"ש ובאמת זה דחוק בפרט לפי מה שרצה הריב"ש לפרש דמיירי בבטלו החביו' והגרוגרו' שם דלכך בס"ז דהי' כ"ח היו חוצץ וא"כ איך שייך דהי' חוזר ולוקחו אבל ז"א דע"כ לא כ' הרמב"ם רק אותו כלי דהיינו חביות וקופה אבל הטפיח ע"כ לא מיירי בבטלו דהו"ל כבונה וכמו שמסקי התוס' בהדי' דזה ע"כ בלא בטלו דאל"כ מקרי בונה ובאמת שהיו

יכולים להוכיח דמיירי בלא בטלו דהרי אח"כ היו צריכין לאותו חלון ונטלו הטפיח דהרי מדדו הגיגי' לדעת אם יש שם פותח טפח:

ו אמנם בגוף הדבר שמדדו הגיגי' לפענ"ד נרא' דבר חדש דהנה בהא דכ' רבינו הרמב"ם ז"ל בפט"ו מט"מ ה"ג דמיעט את הטפיח בפחו' מכזית וכו' הרי אלו חוצצין לפי שכל אלו טהורין ואינן חשובים אצלו לפיכך אין דעתו לפנותן וכ' הראב"ד ע"ז אומר אני דלחלון שהוא ארבע' על ארבע אם בא למעטו צריך שיבטל בו אותו המיעוט אבל לחור של טפח אם בא למעט ואפי' אינו מבטל אותו המיעוט ובכ"מ כ' בשם הר"י קורקוס שלא מצא בשום מקום זכר לחלוקו של הראב"ד ועשו"ת בית יעקב שם דכ' שהוא דעה נדחית ולפענ"ד נרא' דמקור מקומו של הראב"ד יצא לו מהך דפקקו את המאור בטפיח וק"ל להראב"ד ז"ל דאם לא בטלו למה יועיל וא"ל דבטלו דא"כ הוה בונה וע"כ דכ"ח כל שסומך כלו לא בעי ביטול וכמ"ש התוס' בב"ב וכ"כ הראב"ד בהשג' שלפניו דכל שסתמו לגמרי אף שדעתו לפנותו ולכך הוצרכו למדוד אם יש בגיגית פותח טפח היינו דכיון שהחור לא הי' רק בפותח טפח סגי באם מיעטו אף שאינו מבטלו שם כנלפענ"ד ואף שלפ"ז הי' צריך למוד אם אין בו ארבע' על ארבע' מ"מ הא כל שמדדו היו מודדין ג"כ לדעת אם יש שם פותח טפי ג"כ דאולי אין בו נטמ' כל הבתים כמ"ש רש"י וע' בתוס' שם מה שפירש הר"ח ובמהרש"א שם ודו"ק:

ז והנה התוס' בב"ב שם ד"ה רואין כתבו דאין לפרש דלכך בעי שיעמדו אף שינטלו החביות וקופה משום דסופו ליטול וכו'. ולכאורה יקשה לפי מה שפירש רמב"ם דהי' מבטל החבית והקופה א"כ שוב יקשה דא"א לפרש כלל דמש"ה בעי שיעמדו דהא באמת בטל שם החביות אבל באמת התוס' חזרו בהו וכתבו דבכ"ח אף דלא ביטל סגי כל שסותם כלו וא"כ לא הי' קושיא משם ולכך הוכיחו דע"כ א"א לפרש כן וע"ז כתבו דמשום דאל"ה הוה סתימת ארעי ואח"כ רצו לפרש משום דבעי שיעמוד בדבר שאינו מקבל טומאה ודחו זאת דאף במפתח שאינו מקבל טומאה פליגו כן הוא פירוש התוס' וכן נראה מהפסקי תוס' שהבינו כן שהרי כתבו דבר החוצץ צריך שיעמוד בפ"ע ולא בכלי. והנה מזה מבואר כהבנת הט"ז בסי' שע"א דכל כלי אינו חוצץ וכ"כ הנוב"י מהד"ק חיו"ד סי' צ"ד ע"ש והנה ראיתי שהקשה שם דאם נימא דשום כלי אף שאינו מקבל טומאה אינו חוצץ כמ"ש הראב"ד בפי"ג מט"מ ה"ד בהבנת לשון הרמב"ם שם א"כ קשה בהא דאמרו בב"ב שם היא גופה תיחוץ והיאך תחוץ והא הוה כלי וע"כ דעיקר הטעם הוא בשביל שאינו מבטלו שם וכמ"ש הכ"מ וא"כ שם בב"ב מיירי במבטלו שם וכמ"ש התוס' ע"ש ואני תמה דתפס דברי הרמב"ם והתוס' אח"כ חזרו בהם ופירשו דכ"ח לא

בעי ביטול כל שסותם ואם נימא דהרמב"ם לא ס"ל כן כמ"ש הכ"מ פט"ו מט"מ והבאתי דברי הכ"מ למעלה שלא ס"ל כחילוקו של התוס' אכתי יקשה מהך דפקקו בטפיח ושם ע"כ מיירי בלא בטלו דאל"כ הוה כבונה וכמ"ש. ובאמת שלפמ"ש למעלה דל"ש בונה א"ש אבל כ"ז דוחק וגם עכ"פ יקשה להתוס' בעצמם דהא גם הם ס"ל דכל שאינו אהל אין חוצץ ולפענ"ד היה נראה להיפך דלענין חציצה שבין בית לבית בחור או בחלון מה שאינו כלי כגון כלי אבנים וכלי גללים שמה שאינם מטמאים הוא מפני שאינם חשובים כלי וא"כ ס"ל דגם מחיצה לא מקרי דאינם ענין שיהיה נופל בו שם חציצה ומכ"ש כלי המקבל טומאה דודאי אינו חוצץ אבל עד"מ כלי שבאמת הוא כלי רק שאינו מטמא כעת עד"מ כ"ח דמגבו אינו מטמא זה שפיר חוצץ דבאמת שם כלי עליו שתחוץ ואף שאינו מקבל טומאה מ"מ חוצץ דבאמת כלי הוא רק שכן גזרה חכמת התורה שלא יקבל טומאה מגבו. ובזה נראה דגם כלי העץ העשוי לנחת דאף דלא מקבל טומאה מ"מ שם כלי הוא וחוצץ. ובזה נראה לפענ"ד לכוין דברי התוס' שכתבו בב"ב שם דכלי עץ נמי שאינו מקבל טומאה לא בעי ביטול והדבר תמוה דמה גריעותא דכלי עץ מכ"ח ועיין נוב"י שם מ"ש בזה. ולפמ"ש א"ש דהא כיון דבטל מתורת כלי לא תחוץ לזה אמר דבאמת כלי עץ הוא רק שאינו מקבל טומאה ועיין ברמב"ם פי"ג ה"ג דבאמת חשוב בכלל מביאין וחוצצין כלי עץ הבא במדה וכן כלי אבנים כלי גללים הבא במדה ומ"ש שהרי אח"כ בה"ד כתב שהרי היא בכלל כלי אבנים משמע דכלי אבנים אינן חוצצין היינו באין באים במדה ועכ"פ דברי התוס' יש לפרש כן. ובזה מיושב מה שתמה הנוב"י דלמה נכרי ממעט והא האדם חשב הרמב"ם שם במה שמביא ולא חוצץ וכל שאינו נעשה אדם אינו חוצץ ולפמ"ש א"ש דנכרי כל שאינו מקבל טומאה פשיטא דמקרי חציצה משא"כ אדם מישראל דיכול לקבל טומאה אינו חוצץ משא"כ נכרי וז"פ ומ"ש הנוב"י עוד שם דהוה ככלי צ"פ כבר כתבתי בחידושי לטוש"ע יו"ד סי' שע"א בזה ואכ"מ. וראיתי בפנים מאירות ח"ב סי' צ"ג שדחה כל דברי הט"ז דלכל הפירושים שבתוס' ב"ב ד"ה רואין זה דוקא כשאינו מחובר לקרקע אבל כל שמחוברים לקרקע ודאי אינם טמאים דבטל לגבי דלת ע"ש ובזה אפשר דדבריו נכונים ע"ש אבל דברי הש"ך בנקה"כ לפענ"ד אינם נכונים לסתור דבריו ועיין בספר תורת חיים בב"ב שם ודו"ק. ובאמת דלפענ"ד יש לדון גם ע"ז שכתב הפ"מ דחלון חשוב כמחובר לקרקע לפענ"ד ל"ד דאף דהעשוי להיות עם הקרקע אינו מקבל טומאה היינו דוקא מנעול של דלת שעתיד להיות עם הקרקע אבל כאן החלונות ניהו דהם בבית והוה כמחובר אבל אינו עשוי להיות עם הקרקע דלא בטל לקרקע והרי בית גופא נסתפקו אם חשוב כמו קרקע וע' בש"ך סי' צ"ה ובמג"א סי' תרל"ז מכ"ש בחלונות

שיכולין להוציאם משם ומה שדימה למ"ש המ"א סי' ש"ח ס"ק ט' וסי' שי"ג ס"ה דאסור ליקח הקוואטירין לפענ"ד אין ראיה דעכ"פ תלוש ולבסוף חברו מקרי דמחובר וקבוע והוה כבנין קבוע אבל לא שיקר' בשביל זה דבר העשוי להיות עם הקרקע וע' ב"ב דף ס"ו לענין צינור ובתשו' הארכתי בענין העשוי להיות עם הקרקע ודו"ק:

ח ובגוף דברי הרמב"ם שכ' לחלק בין חלון של ארבע' לחור לפענ"ד נרא' כיון דהתוס' כתבו בד"ה רקיק דכל שעשוי לתשמיש שיעורו בפותח טפח א"צ שימעטו רק משהו דכל שפחות מטפח אינו מביא טומא' וא"כ בחור טפח שאינו עשוי לאורה א"כ כל דסגי בטפח שוב כל שמיעטו א"צ לבטלו דכל הטעם דביטול הוא שיהי' קבוע ואל"ה לא נקבע א"כ זה במקום שבעינן שיסתם כלו אבל כאן עכ"פ מיעוט מקרי וכל שאינו טפח אינו מביא הטומא' וא"כ עכ"פ אז לא הי' בו שיעור טפח וז"ב כשמש. ומ"ש למעל' ליישב הא דמדדו את הגיגית הוא כדי שימעט מטפח ולכך ל"צ ביטול. הנה זה טעות בידי דהא שם פקקו המאור ומאור שיעורו במלא מקדח וגם שם מדדו הגיגית לראות אם יש בסדק טפח ולא הכיסוי של המאור:

ט אמנם בגוף קושית התוס' שהקשו דאם לא בטלו ל"מ ואינו חוצץ. הנה לפענ"ד הי' נרא' די"ל דשם מיירי שהי' מאור שם ובמאור שיעורו מלא מקדח וסתמו שלא יהי' מאור רק לתשמיש דשיעורו בפותח טפח ואז לא בעי שיבטל כמ"ש הראב"ד ואף אם יצטרך ביטול נרא' לפענ"ד דלא הוה כבונה דהא כל שנשאר עוד חלל שיהי' ראוי לתשמיש ורק שסתמו להמאור זה לא מקרי רק מוסיף על הבנין ושרי ובפרט שאינו בנין קבוע כנלפענ"ד וראיתי להרמב"ם בפירוש המשנ' שפירש דאותו מאור הי' של זכוכית ע"ש ובזה נפשט דינו של הנוב"י מהד"ק חיו"ד סי' צ"ה ע"ש ומהתימה שלא זכרו. והנה מה שמדדו הגיגית צ"ל דהיו מסופקים אם אינו שיעור טפח וחסר הרבה דאם לא היו רק כטפח מצומצם שוב היו שני צדדים להתיר דלמא יותר מטפח או טפח ורק פחות מטפח טמא לפירש"י ודו"ק היטב ד' יאיר עינינו במאור תורתו כי אוכל ללמוד ברחב'. שוב ראיתי דבמ"ש ליישב קושית המהרש"א אפשר דדברי המהרש"א נכונים דעיקר כוונת המהרש"א על מ"ש התוס' דהיכ' דסותם כל החלון כי הכא דקתני חוצצין דמשמע לגמרי וע"ז קשיא ליה דהא למה דמוקי בכלי מתכות א"כ אין לשון חוצצין משמע לגמרי דהא איכא מקום קופה וחביות ומ"ש למעל' דכל דסותם כל החלון אף דלא מועיל ביטול אפשר דסותם וחוצץ אכתי קשה לפענ"ד דהא קתני אם יכול לעמוד בפ"ע חוצצין וא"כ עכ"פ ישתייר מקום הקופה וחביות פנוי ואיך יחוץ הא אינו סותם לגמרי. ואולי יש לומר כיון דכעת יש סתימה דחביות וקופה ניהו דנטמ' ולא חייצי מ"מ כל שסותם כעת

אף שאח"כ ינטל הקופה והחביו' מ"מ כעת סותם לגמרי. ואחר שכתבתי כ"ז מצאתי בספר ת"ח שכ' בדף כ' בד"ה מיתיבי וכפי הנרא' קאי למעל' ויש ט"ס בדבריו והמעיין יראה וסיים שם דמה דנקט חוצצין לאו דוקא והבי' דברי הר"ש הנ"ל ואח"כ כ' כיון דע"י הקופה והחביות נסתם הכל נקט הך לישנ' דחוצצין אף דקופה וחביות גופא לא מהניא כיון דמקבל טומא' ע"ש הנה הרגיש בכל מ"ש ושמחתי ודו"ק:

י ובזה נרא' לפענ"ד להבין סברת הראב"ד שכ' בפ"ג מכלים ה"א על דברת הרמב"ם שם דכלי עץ העשוי לנחת אפי' אינו מקבל אלא דבר מועט אינו מקבל טומא' וע"ז כ' הראב"ד וז"ל דבר זה א"י מנין הוציאו אלא משלחן ומנור' שהקשו עליהם הא כלי עץ העשוי לנחת הוא ואעפ"י שאינו מקבל מ"ם סאה בלח ואינו מחוור דהתם איסור' נמי איכא בטלטול ותמה הכ"מ דאינו יודע מה איסור יש בטלטול גם אף אם הי' אסור מ"מ כי ממעטינן משק כלי העשוי לנחת משום דאין דרכו לטלטל אף שאין איסור בדבר ומעטינן דומיא דמחזיק מ"ם סאה בלח דממעטינן אף שאין איסור בדבר ע"ש. ובאמת שהיא תימה גדול' והנני יוסיף לתמוה דמנין לו זאת הסבר' להראב"ד דהא סתמ' אמרו דהוה כלי עץ העשוי לנחת וכל כלי עץ העשוי לנחת אינו מקבל טומא' וא"כ הרי אדרב' הש"ס חידש דזה מקרי כלי העשוי לנחת אבל כלי עץ עשוי לנחת אינו מקבל טומא' זה דבר הידוע וא"כ מנין לו לראב"ד לומר דדוק' בשלחן דא"כ הי' לו לומר שאני שלחן דהוה כלי עץ העשוי לנחת ע"כ נלפענ"ד דהראב"ד מפרש דהא דאמרו דכלי עץ העשוי לנחת אינו מטמ' ודאי טעמ' בעי דניהי דל"ד לשק מ"מ למה לא יטמא ודוחק לומר דגזה"כ הוא וע"כ פירש הראב"ד דהטעם הוא כיון דעשוי לנחת הו"ל כמבטל ליה התם והו"ל חציצה בפני הטומא' וכמו דחוצץ בפני הטומא' כך אינו מקבל טומא' דמתבטל התם ואין שם כלי עליו ולכך לא מטמ'. ומעתה ז"ש הראב"ד דדוק' בדבר העשוי לנחת שאסור לטלטלו ודאי מבטיל לי' התם אבל כל שמותר לטלטלו שם כלי עליו ומקבל טומא' אף דעשוי לנחת. ובזה נרא' לפענ"ד דבר חדש דגם הראב"ד מודה דאף בכל הכלים שמותר לטלטלן כל דהוא באופן שחוצץ בפני הטומא כגון שבטלוהו שם ובאופן המבואר בב"ב דף כ' בזה אינו מקבל טומא' דכל שחוצץ מפני שבטלו שם א"כ מקרי כלי עץ העשוי לנחת ושוב אינו מקבל טומאה דהא מבטלו שם כנלפענ"ד ברור. ובזה ניחא הא דאמרו סתמא דכלי עץ העשוי לנחת אינו מקבל טומא' והיינו באופן שחוצץ בטומא' וע' יומא דף כ"א דהגירס' שם וכל כלי עץ העשוי לנחת אינו מקבל טומא' וחוצץ בפני הטומא' ואף דבחגיג' שם ל"ג וחוצץ בפני הטומא' וכ"ה במנחות כ"ט ובדף צ"ו ע"ש שינוי גירסות הרבה עכ"פ זה ברור דלא מקרי עשוי לנחת רק על אחת משתי פנים אלה או דאסור

לטלטלו או דבטלו התם באופן דחוצץ זה מקרי עשוי לנחת. ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דהקש' בטורי אבן בחגיג' שם על הראב"ד מהא דאמרו במגיל' דף כ"ז דאמר רבא דלו תבותא אותבוה דהו"ל כלי עץ העשוי לנחת ואינו מקבל טומא' וחוצץ בפני הטומא' וא"ל זימנין דמטלטלי ליה אלמא אע"ג דמותר לטלטלו כל שלא הי' מטלטלו הי' חוצץ והיא תימה רבה ולפמ"ש א"ש דבאמת צ"ב הא דאמר דלו תיבות' והא לא בטלוהו שם וכבר הרגישו בזה התוס' בב"ב דף כ' ד"ה הוא והוכיחו מזה דכלי עץ העשוי לנחת א"צ ביטול ע"ש אבל לפענ"ד נראה דהראב"ד מפרש דבאמת בטלוה שם ומה שהקשו התוס' דאסור לבטלו שם דכיון דסתמו מעלין בקדש ולא מורידין לפענ"ד נרא' דזה שעושין תיקון שיוכלו הכהנים להתפלל שם אין לך דבר קדושה יותר מזה והרי ר"א שחרר עבדו כדי להתפלל בעשר' והו"ל עשה דרבים וא"כ שפיר הי' מועיל הביטול כל דבטלו וידעתי שזה דוחק אבל מה אעשה כי הציקתני דברי הראב"ד שלא יהיו תמוהים כ"כ:

יא אמנם משמיא אנהירנהו לעינא ולפענ"ד דברי הראב"ד נכונים מאד דהנה מצאתי ברמב"ם פ' וא"ו מטומאת המת ה"ב שכ' וכן כלי העץ העשוי לנחת כגון התיבה והמגדל והכוורת שהן מחזיקין ארבעים סאה בלח ויהי' להם שוליים אינן מקבלין טומא' לא מד"ת ולא מד"ס ואלו הן הנקראין כלי עץ הבאין במדה. הנה רבינו בעצמו כ' כאן דכלי עץ העשוי לנחת נקראים דוקא כלים הבאים במדה משום דאינו מטלטל מלא שמתייר' שלא תשבר ולא הזכיר כלל מאותן כלים העשויים לנחת אף שאינם מחזיקים כ"כ ועכ"מ שם דכתב מקורו מהך דחגיגה הנ"ל דבעינן דומיא דשק. אמנם בהלכות כלים פ"ג הנ"ל הוסיף רבינו דכל כלי העץ העשוי לנחת אף שאינו מקבל אלא דבר מועט אינו מקבל טומא' וכל כלי עץ העשוי להטלטל אף שמחזיק מאה כור מקבל טומא' כיון שאינו עשוי לנחת ורק בכלי העשוי סתם הוא דיש חילוק אם יש לו שוליים מסתמ' אינו עשוי להתטלטל רק לנחת ואינו מקבל טומא' ואל זה רמז רבינו בפ"ו מט"מ במ"ש ויהיו להם שוליים דהיינו שבזה אינו מקבל טומא' דהו"ל כעשוי לנחת אבל כלי העשוי לנחת בפירוש לא הזכיר שם רבינו דזה פשוט לו לרבינו דאינו מקבל טומאה. ומעתה בא וראה דקדוק דברי הראב"ד שציין על מ"ש כל כלי העץ העשוי לנחת אפי' וכו' והיינו דק"ל מנ"ל לרבינו דבר זה דכלי העץ העשוי לנחת דהיינו שאינו בא במדה נמי מקרי כלי העשוי לנחת וע"ז כתב הראב"ד דבאמת כלי העץ עשוי לנחת היינו שמחזיק מ"ם סאה ועשוי לו שוליים דהוא מסתמ' עשוי לנחת אבל אם אין לו שוליים מנ"ל דמועיל עשוי לנחת וע"ז כתב דע"כ יצא לו מהך דאמרו בשלחן ומנורה דהו"ל כלי עץ העשוי לנחת וע"ז אמר דש"ה שאסור לטלטלו בודאי מקרי עשוי לנחת משא"כ בזה. ובאמת שדברי הראב"ד

ברורים דבאמת צ"ב הא השלחן לא החזיק מ"ם סאה בלח שהם כוריים ביבש והי' נוח להתגלגל שהרי הגביהו אותו מעל הקרקע ומראין לעולי רגלים וא"כ מהיכן פשוט לו לש"ס דאינו מטמ' וע"כ כדברי הראב"ד דבשביל איסורו שאסור לטלטל להס"ד דאינו עשוי להטלטל בשביל דכתיב תמיד וא"כ שוב הוה ככלי העץ העשוי לנחת ומעת' שם בתיבות' מיירי להראב"ד באופן דהחזיק מ' סאה בלח שהן כוריים ביבש שפיר הוה כלי עץ הבא במדה דא"צ כלל שיהי' עשוי לנחת בפירוש רק דכל בסתם הוה חזקתו שאינו עשוי לטלטל כמ"ש הרמב"ם ודברי הראב"ד מזוקקים וגם התוס' בב"ב שכתבו דכלי העץ העשוי לנחת אינו מקבל טומא' אף בלא ביטול וחוצץ ע"כ מיירי בכה"ג וע"ז אמרו זימנא דמטלטלי ליה והיינו אף שהוא כבד כל דמטלטלי לי' לפעמים אף שמחזיק מ' סאה מקרי כלי העשוי לטלטל כמ"ש הרמב"ם ובאמת שדברי רבינו לכאור' לא נתבארו וכפי הנרא' שסמך על מ"ש בפט"ו דכלים שהביא הראב"ד והכ"מ שם שאינן עשויין להטלטל משמע לי' לרבינו דמשום שהן עשויין לטלטל מלאים אף שהם מחזיקים מ"ם סאה טמאים והראב"ד באמת השיג גם ע"ז בהשגה הלז ואמר דדוק' אם עשויין לטלטל בודאי אבל פעמים כן ופעמים כן אין הולכין אחר חזקה ולפ"ז השגת הראב"ד קשורה זה בזה דהוא משמע ליה דכלי העץ העשוי לנחת אינו רק במחזיק מ"ם סאה שעשוי לנחת בודאי דא"י להטלטל ולכך ק"ל משלחן ומנור' וע"ז חידש בשביל דאסור לטלטל ורבינו ס"ל דתלוי באם עשוי לנחת בפירוש או בעשוי לטלטל בפירוש ובסתם הולכין אחר החזק' דאם עשוי בשוליים חזקתו שאינו עשוי לטלטל וע"כ סתם וכ' דכל שעשוי לנחת דהיינו שידוע שעשוי לנחת אף בפחות ממ"ם סאה מקרי כלי עץ העשוי לנחת ולדברי הראב"ד צ"ל דמה דאמרו במגיל' והא זימנין דמטלטלי ליה היינו כיון שמניחין ס"ת עליו א"כ דרכה לטלטלה רק טעונה והוה כספינ' דמטמ' ודו"ק היטב כי ת"ל אנהרינהו לעיינין לבאר דברי הרמב"ם והראב"ד במילי דקשוט ומ"ש הראב"ד דגם מנורה היא בכלל עץ העשוי לנחת משום דאסור בטלטול וע"ז תמה הט"א דהא מנורה הי' של מתכות ובודאי טמא. באמת שזה תימה ופליאה גדול' אבל כדי שלא יהיו דבריו תמוהים נראה לפענ"ד דמשמע ליה להראב"ד דהש"ס מקשה גם לר"י בר"י דאמר במנחות דף כ"ח דשל עץ ג"כ כשר ובבית חשמונאי עשו של עץ וא"כ פריך הש"ס גם על מנורה דהוה כלי עץ העשוי לנחת וע"כ משום דאסור בטלטול וע"כ מדכתב על השגה שניה של הראב"ד דמשום אולי הוא כן אין להשיג על רבינו וגם על מ"ש הרמב"ם דאף שמחזיק מאה סאה טמא לא ציין הכ"מ מקורו. ובאמת שכ"ז נולד לו לרבינו מפט"ו דכלים דר"מ סובר דשאר כלים טמאים אף שמקבלין והיינו אף שהן יותר מארבעים סאה ואין בין דברי ר"מ לר"י

אלא עריבת בעה"ב וביאר רבינו שם דזה דוקא כל שמחזיק ארבעים סאה רק שעשויה סתם ודו"ק היטב כי היא ענין נפלא לפענ"ד. שוב מצאתי בספר חזון נחום בפט"ו דכלים שכתב לבאר דברי הראב"ד דלכך אסור לטלטל השלחן משום דכתיב תמיד וגם פירש דס"ל להראב"ד דכלי עץ שעשוי לנחת לא מקרי רק שמחזיק מ"ם סאה ולכך ק"ל משלחן ע"ש ות"ל שכוונתי לדבריו וא"כ איפוא מיושב היטב קושיית הט"א:

יב והנה בהא דאמרו בב"ב ס"ת חזי למקרא בבלה והא בעי גניזה שם תהא גניזה קשיא לי טובא דהא רבא אמר במגלה דף כ"ג דס"ת צריך גניזה אצל ת"ח ובעי גניזה בכלי חרס וכן קיי"ל באו"ח סי' קנ"ד ס"ה וביו"ד סי' רפ"ב ס"י וא"כ היכא משכחת לה דתהי' שם גניזתה ואף אם נימא דת"ח אינו מעכב מ"מ עכ"פ בעי שתהי' בכ"ח כדיליף מקרא למען יעמדו ימים רבים וא"כ הרי כ"ח הלז צריך שיהי' מאוס ונקוב עד שלא יהי' ראוי אפי' להקיז בו דם כדי שלא תהיה דעתו לפנותו כמ"ש הרמב"ם פט"ו מט"מ ה"ד וא"כ מלבד שאין כבוד לס"ת שתהי' בכ"ח הלז וגם כל שהוא נקוב שוב יבלה הס"ת בתוכו ולא תעמוד ימים רבים וגם הא דעתו לפנותו דצריך לכתחל' שיגנז ס"ת אצל חכם וצע"ג לפענ"ד וע' בכנסת יחזקאל סי' ל"ז. שוב אחר זמן רב בשנת תרי"ג ט' אלול למדתי בסוכה דף כ"ח ושם אמרו התם הוא דמבטל אבל הכא לא מבטל ומשם יש קצת ראיה למ"ש בשם הר"ר מנוח דמותר לבטל ביו"ט ע"ש ודו"ק וע' בב"י יו"ד סי' ר"א בדין מעיין שמקלח לתוך כלי שהבי' בשם המרדכי בשבועות בשם רבינו יואל דאם נמשך אמת המים דרך חריץ אל גיגית גדול' מחזקת יותר מארבעים סאה ע"ש שהאריך דאף שאינו מקבל טומא' מ"מ נעשה שאוב ומביא ראיה מדברי הירושלמי גבי ים של שלמה דהרי הים הי' גדול ע"ש ולדברי הראב"ד לכאור' אין מקום לזה ולפמ"ש א"ש ודו"ק:

סימן נא

א לחכם אחד.

ב אשר שאלת להודיעך מה שחידשתי בסוגיא דרבוצה אם כי ת"ל רבות חידשתי וקשה להעתיק בכ"ז למען כבודך ולמען למודך גם לזה אשא פניך ואעתיק כאן שנים ושלשה גרגרים בראש אמיר וזה יצא ראשונה בהא דפריך הש"ס מאי איריא חטאת ליתני זבח והקשיתי דהנה לכאורה ק"ל על כל שחוטי חוץ דחייב רחמנ' היכא משכחת לה הא מכי שחט סימן א' מעל ויצא לחולין וכעין דאמרו בר"ה דף כ"ח עולה דבת מעילה כיון דמעל בה נפיק לחולין וה"ה כאן כיון דנפיק לחולין שוב ל"ש שחוטי חוץ דאינו קדשים עוד ואנן בעינן שיהי' כלו נשחט בחוץ. אמנם באמת הדבר נכון דבאמת צ"ב גם שם הא דאמר

כיון דמעל בה נפיק לחולין והא בבהמה וכ"ש דהם קדושת הגוף קי"ל דיש מועל אחר מועל כמ"ש הרמב"ם פ"ו ממעילה ה"ד וכיון שכן שוב לא נפיק לחולין וכתבתי בחידושי דלפמ"ש בה"ו שם דבקדשי קדשים שנפל בהם מום הרי הם כקדשי בה"ב דיצא לחולין במעילת הראשון וא"כ כיון דשם מיירי דתלשו מחיים ונעשה בע"מ כמ"ש המהרמב"ח שם וא"כ כבר יצא לחולין ושפיר אמר דנפיק לחולין והארכתי שם בדברי נועם ולפ"ז כאן שפיר לא נפיק לחולין דיש מועל אחר מועל וא"ל כיון דשחט בה סימן א' נעשה בע"מ דז"א דאהכי חייב רחמנ' דדרך שחיטה בכך וא"כ שפיר חייב. ובזה ישבתי לנכון הא דאמרו שם ואי אמרת כיון דעשה בה מעשה אסרה אשחוטי חוץ לא לחייב מחתך בעפר הוא והקשה הרשב"א במ"ה שער הרביעי על הרמב"ן והרא"ה שכתבו גבי שוחט בשבת דאף דנעשה מומר מ"מ השחיט' כשרה להוציא מידי נבלה עכ"פ ע"ש והקשה הרשב"א דא"כ מאי פריך והא מחתך בעפר הוא והא אשחוטי חוץ חייב אף בשחיטה שא"ר וא"כ כאן כל דאינו נבלה וכשר עדיין מתחייב אשחוטי חוץ ע"ש ולפמ"ש א"ש דכאן שנאסרה בשחיטה זו דנעשה ע"ז ניהו דאינו נבילה אבל עכ"פ אין לך נבלה גדולה מזה דאפקה מרשות גבוה ועשהו לע"ז וא"כ כבר יצא לחולין בודאי ול"ש שחוטי חוץ וע' רש"י שם שכ' לחלק דל"ד לשחט אחד בחוץ ואחד בפנים דה"מ היכא דגמר לשחיטה בעודה קדשים דישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף ע"ש וע' מהרש"א שם ולפמ"ש ימתקו הדברים דלרש"י ק"ל הא כל שחוטי חוץ הוא כן דבסימן אחד כבר נעשה בע"מ והו"ל קדשי בדה"ב וע"ז כ' כיון דלענין זה הו"ל לשחיטה מתחלה ועד סוף א"כ כלה חדא שחיטה הוא משא"כ כאן בודאי נפיק לחולין וז"ב:

ג ובזה מיושב היטב מה דהקשה הרשב"א במ"ה לשיטת הרא"ה דס"ל דאף דאין אדם אוסר דבר שא"ש מ"מ הוא לא שרי לי' ואסור באכילה א"כ מה מקשה ר"נ לר"ה תיקשי לי' לדידיה דאף דסבר דאין אדם אוסר דבר שא"ש מ"מ עכ"פ לא שרי לה ול"ש שחוטי חוץ ולפמ"ש א"ש דבזה שוב יקשה דהא שחוטי חוץ חייב אף בשחיטה שא"ר וז"ב ודו"ק אמנם לכאורה קשה דא"כ מאי מקשה על ר"נ מאי איריא חטאת העוף אפי' זבח נמי הא קי"ל דאין תמות וזכרות בעופות כמ"ש הרמב"ם פ"ג מאיסורי מזבח ה"א וא"כ דלמא לכך נקט חטאת העוף דלא נפיק מקדושתו בשביל שנעשה בע"מ והו"ל קדושת הגוף ויש מועל אחר מועל ושפיר הו"ל שחוטי חוץ משא"כ בזבח דנעשה בע"מ והו"ל קדושת בדק הבית דנפיק לחולין תיכף ולכאורה קושיא הוא. אך ז"א דלר"נ דס"ל דאין אדם אוסר דבר שא"ש אף במעשה רבה שוב הוה כשאר קדשים בחוץ דבהכי חייב רחמנא ושפיר מקשה ולפ"ז יקשה מאי פריך על ר"ה א"ה מאי איריא חטאת לתני זבח דלמא

נקט חטאת דוקא דלא נעשה ב"מ משא"כ בזבח וצ"ל ג"כ כנ"ל דכיון דמוקי לה באומר בגמר זביחה הוא עובדה וא"כ עד כה לא נאסר כלל ושוב אף בזבח לא נעשה חולין ושפיר חייב. ובזה ישבתי לנכון הא דמקשי רש"י ותוס' לר"ה דאף כי מדלית דר"ה נמי יקשה כן ולפמ"ש א"ש דאי לאו דר"ה ה"א דבמעשה זוטא אינו אוסר רק במעשה רבה וא"כ לכך לא תני זבח דא"כ הי' נפיק לחולין במעשה רבה עד"מ מחצה סימנים ועל שחוטי חוץ לא חייב רק עד גמר שחיטה וכבר נעשה בע"מ אבל בעוף דהכשרו בסימן א' א"כ כל כמה דלא נשחט הרוב לא הוה מעשה רבה ושוב לא נעשה בע"מ אבל לר"ה דע"כ מוקמית לי' דלא רצה לעובדה רק עד גמר זביחה דאל"כ במעשה זוטא נאסר ושוב שפיר מקשה א"כ לתני זבח ודו"ק היטב כי הוא דבר חריף:

ד ובזה יש ליישב ג"כ דברי הט"ז בסי' ב' ס"ק י"ד שכ' דסימן א' הוה מעשה כל דהו והקשה בנקה"כ דא"כ מה פריך על ר"ה הא עד סימן א' לא הוה אף כל דהו ולפמ"ש א"ש דזה עכ"פ ודאי פשיט' דהוה עכ"פ מעילה דכיון דבסימן א' יכול לאסרה ל"ש לומר דכלהו בהדדי קאתיין דעכ"פ כבר נעשית בע"מ מקודם ויש לפקפק ע"ז עכ"פ מ"ש למעלה הם דברים חריפים ומתוקים ת"ל. ובמ"ש יש ליישב הא דאמר ר"פ אי לאו דאמר ר"ה סימן א' לא הוה חטאת תיובתא מאי מעשה מעשה רבא והקשו בתוס' דאכתי יקשה מדנקט חטאת ע"כ כר"ה דאל"כ לשמעינן זבח. ולפמ"ש א"ש דאם נימא מעשה רבה ל"ק כלל וכמ"ש ודו"ק היטב כי הוא נחמד מאד ת"ל. והנה לכאורה ק"ל בהא דפריך מאי איריא חטאת העוף לתני זבח והרי א"ר אבהו א"ר יוחנן בע"ז דף נ"א דהמקריב בע"מ לע"ז שהוא פטור דלא אסרה תורה אלא כעין פנים והנה אם נימא כפשט' דאף בבע"מ קאי ולא כדדחי רבא דבמחוסר אבר קאי קשה (דכאן ל"ש דחיית רבא דזה דוקא בב"נ דמותר להקריב בע"מ אבל ישראל דאסור להקריב בע"מ אף בחוץ לע"ז ל"ש לחייבו דהא בעי כעין פנים) דלפ"ז יהי' בעוף דאף בפנים כשר בע"מ דאין תמות בעופות א"כ יהי' חייב בע"ז אף בבע"מ ומעתה כיון דמיירי דבגמר זביחה הוא עובדה א"כ נעשה בע"מ קודם דאין לך מום גדול משחיטה וא"כ שוב שפיר נקט חטאת דוקא דהוא עוף ולא בהמה והיא קושיא נפלאה. שוב הראוני במחנה לוי שהקשה בפשיטות דאיך אפשר לומר דבגמר זביחה מיירי א"כ פטור משום ע"ז דהו"ל בע"מ (ומ"ש דבישראל דחי לה כבר כתבתי לעיל דליתא דבישראל בודאי פטור) ובאמת זה ל"ק דבחטאת העוף ל"ש זאת אבל מה שהקשיתי קשה טובא. אבל אחר העיון ל"ק דא"כ היאך משכחת לה גם בפנים שישחוט שום דבר והא נעשה בע"מ קודם גמר שחיטה וצ"ל דבהכי אכשר רחמנא ולא נחשב בע"מ מה שנעשה ע"י שחיטה הצריך וא"כ גם כאן נמי ע"כ לא כתבו התו' בב"ק דף ע"ו

דשחיטה מקרי מום היינו שם כשנשחט בחוץ שלא כהלכתו שפיר כתבו דיכול לפדותו בעודו מפרכס דנעשה בע"מ בשחיט' זו והיינו שלא כהוגן ולפ"ז כאן דעד גמר שחיטה לא נאסרה כלל לא נעשה בע"מ בזה וז"ב ופשוט:

ה ובזה מיושב היטב ל' א"ה דבלא ר"ה הייתי אומר דבמעשה רבה נאסרה וכיון שכן שוב נאסרה במעשה רבה קודם גמר שחיטה ושוב לא יתחייב על שחוטי חוץ דכבר נפסל מע"ג המזבח בשביל המום ולכך נקט חטאת דבזה ל"ש מום כלל אבל לר"ה דע"כ דמיירי בגמר זביחה הוא עובדה וא"כ לא נעשה בע"מ כלל וז"ב. ובזה מיושב קושית התוס' על הא דאמר אי לאו דאר"ה סימן א' לא הוה חטאת תיובתא דמאי מעשה מעשה רבה והקשו בתוס' הא אכתי יקשה דא"כ מאי אריא חטאת לתני זבח ולפמ"ש א"ש דאדרב' אי צריך מעשה רבה ודאי ל"ק וכנ"ל ודו"ק. ובזה מיושב ג"כ מה דהקשה במחנה לוי דאף לפי מה דמסיק רבא בע"ז שם דדוקא במחוסר אבר פטור בע"ז מ"מ הא בשחיטת רוב הסימנים ודאי מקרי מחוסר אבר דהרי אמרו בחולין דף ל"ב דמשנשחט הקנה הוה הריאה כמאן דמנחא בדיקולא וחסרון בפנים ג"כ הוה חסרון כדאמרו בבכורות דף ל"ט דר"י ס"ל כן ע"ש. ולפמ"ש א"ש דא"כ גם בפנים נמי היאך יכשר וע"כ דבהכי מכשר רחמנא ה"ה בזה. ובזה ישבתי ע"ד הפלפול הא דהקש' בכו"פ סי' כ' לרב אדא ב"א דס"ל בע"ז דף נ"ד דניסוך בין קרנים אוסר הרי דס"ל דמעשה זוטא כמו ניסוך דהוי"ל מעשה זוטא כמ"ש התוס' ג"כ אוסר וא"כ לדידיה הבריית' דשלש חטאות צריך לאוקמא בעוף ובחצי קנה פגום כדמוקי כאן והרי רב אדא בר"א בעצמו ס"ל בחולין דף כ"ט דדוקא ושט ולא קנה ע"ש והיא קושיא נפלאה ולפמ"ש א"ש דר"א יוקמא באומר בגמר זביחה הוא עובדה ול"ק א"כ מאי נקיט חטאת לתני זבח די"ל דדוקא חטאת דלדידי' דהוה בושט לא נעשה מחוסר אבר דלא הוה בושט כמאן דמנח בדיקולא כ"א בקנה דחיי ריאה תלויה בקנה כדאמרו בדף ל"ב שם וא"כ לכך נקט חטאת עוף דוקא דהוה בושט וא"כ אף דמחוסר אבר פוסל בעוף ג"כ כמ"ש בפ"ג מאיסורי מזבח מ"מ בושט לא נעשה מחוסר אבר אבל בזבח א"כ כי יקשה מכי שחט בקנה נעשה מח"א ולכך נקט חטאת דוקא ודו"ק כי אף שהוא ע"ד הפלפול מ"מ בטחתי כי הקב"ה חדי בפלפולא דאורייתי':

ו והנה כבר הבאתי דברי הט"ז סי' ב' ס"ק י"ד דמעשה כל דהו לא מקרי רק מה שעושה נבלה דהיינו סימן אחד והנה הנקה"כ מקשה עלה דאם כן למה אצטריך לשנויי בחצי קנה פגום ת"ל דבלא"ה לא מקרי מעשה כל דהו רק בגמר סי' ולפענד"נ דבאמת סברת הט"ז נכונה דכ"ז שלא עשה מעשה הפוסל לא נקרא מעשה דהוה מעשה קוץ בעלמא ורק זה תלוי אם ישנה לשחיטה מתחלתו ועד סופו א"כ כיון דשם שחיטה עלה שוב הו"ל

מעשה אף דאינו פוסל וא"כ שם אזלינן אליבא דר"י דס"ל בדף כ"ט דישנה לשחיטה מתחלה ועד סופה וערש"י שם וי"ל בזה קושית המהרש"א שם על רש"י ודו"ק וא"כ אף דאינו מעשה המטריף נקרא מעשה משא"כ בהתחיל פסול בנדון הט"ז דל"ש ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף דאין שם שחיטה על הפסול בעינן מעשה המטריף וז"ב. ובזה יש ליישב מה ששמעתי מקשים בשם דודי זקני הרב הגאון מוהר"ץ מהלברשטאט בהא דמוקי בחצי קנה פגום והקשה לשיטת הר"ש ממינבול בדף כ"ח בענין אפשר לצמצם דבעינן שיהי' שני צדדים להיתר וכאן ליכא רק צד אחד דוקא חצי קנה פגום מצומצם דאם הי' פחות שוב נאסרה תחלה קודם שנגמר השחיט' ומכ"ש ביותר דל"מ כלל השחיטה ולפמ"ש א"ש דבזה ודאי אף שהוא פחות מעט מ"מ לא יכול לאסרה דבעינן שיהי' ניכר מעשה המטריף וכאן לענין שיטריף אין כאן שני צדדים שווים רק שמא פחות או שמא הרבה וזה הם שני ספיקות שאינם שווים במדרגותם וגם אינם מתהפכים משא"כ שמא פחות או שווים או יותר זה נקרא שני צדדים ודו"ק כי היא הערה חדשה בענין סברת הר"ש ממינבול. ומיהו גם בפשיטות כל שאינו ניכר מעשה המטריף ל"מ וכסברת הט"ז:

ז והנה בהא דאמרו בגמר זביחה הוא עובדה הקשה בס' לב ארי' דהא לר"י מחשבין מעבודה לעבודה וא"כ אף שחשב בגמר זביחה מ"מ תיכף נעשה איסור והו"ל מחתך בעפר בעלמא ונדחק דבאותה עבודה לא מועיל וזה ליתא דאדרב' כ"ש הוא וע' כו"פ סי' ד' ולפענד"נ בפשיטות דלק"מ דבאמת כאן לא יכול לאסור דהו"ל דבר שא"ש רק דע"י מעשה אסרה ועכ"פ מעשה כל דהו בעי וא"כ כל שאינו רוצה לעבוד רק בגמר מה מועיל מה שחשב הא כ"ז שלא עשה מעשה לאסור לא מצי לאסרה וז"ב ופשוט. וכמדומה שכבר כתבתי זאת ואיני זוכר מקומו ואף דמבואר בש"ע סי' ד' דאף בשחט ע"מ שיזרוק גוי לעכו"ם נמי אוסר ונימא דאין אדם אוסר דבר שא"ש ז"א דעכו"ם דניח' לי' בע"ז ל"ש אין אדם אוסר וכדאמרו בע"ז דף נ"ג לענין ישראל דמדפלחו לעגל ניח' להו מכ"ש גוי וז"ב:

ח והנה לכאורה ק"ל מה פריך הש"ס על ר"ה דמחתך בעפר הוא והיינו משום דעשה מעשה ויכול לאסור דלמא ע"כ לא ס"ל לר"ה דבמעש' יוכל לאסור רק במעש' שמתקן הדבר אבל כאן דבאמת מקשה הש"ס בפסחים דף ע"ב מה תיקן ומשני להוציא מידי אבמה"ח וא"כ זה בסוף שחיטה אבל בסימן א' כל שלא גמר השחיטה הרי הוא מקלקל גמור ופטור ומנ"ל שזה מקרי מעשה שיוכל לאסור דבר שא"ש על ידו ובשלמא מה שמקלקל בשחיטה מה שהבהמה בחייה עומדת לגדל ולחלב וכו' זה לא נקרא מקלקל

בקדשים דגם בחייהם אינם עומדים כל שהקדישום כ"א לגבי מזבח משא"כ הקלקול דאמרו בפסחים שם מנ"ל דזה מקרי מעשה עד שיוכל לאסור עי"ז דבר שא"ש והיא הערה גדולה. אך נרא' דבאמת ק"ל טובא בהא דפריך הש"ס בפסחים שם מהך דשחט בשבת בחוץ לע"א מה תיקן ומה קושיא הא שיטת הרמב"ם דהשוחט בשבת מלבד החיוב דנטילת נשמה שייך גם איסור מפרק רק דכל שא"צ לדם אינו חייב משום מפרק כמ"ש הרמב"ם פ"ח משבת ולפ"ז כאן דשוחט לע"ז דצריך לדם להקריב לע"ז וכעין עבודת פנים וא"כ יתחייב משום מפרק וא"כ לא נקרא מקלקל כ"א מתקן דצריך לדמו כמו חובל וצריך לדם והיא קושיא גדולה לפענ"ד וכעין זה הקשה הפ"י לענין שחיטת קדשים בפנים ע"ש בביצה דף י"ב אמנם צ"ל דשם אזיל הש"ס אם נימא דאין דישה רק בגידולי קרקע גם בבהמה ועוף וכשיטת החולקי' על רבינו ולפ"ז י"ל דכאן אזיל הסוגיא למ"ד דבבהמה ועוף יש דישה וכשיטת רבינו וא"כ שפיר תיקן ומקרי מעשה שיוכל לאסור ע"י. ובזה מיושב היטב מה דמקשה בכו"פ סי' ס"ב לשיטת הרמב"ם דאין ב"נ מוזהר על אבמה"ח מן העוף וא"כ יקשה הא דמשני הש"ס תיקן להוציא מידי אבמה"ח בב"נ והא בחולין כאן מוקי לה בעוף דחטאת קתני ובעוף ל"ש התיקון ולפמ"ש א"ש דממנ"פ אם ס"ל דבעוף ע"כ דס"ל דמקרי תיקון משום דיש דישה באין גד"ק א"כ שוב הוה תיקון בלא"ה דצריך לדם וסוגית הש"ס בפסחים אזלא אם נימא דאינו חייב משום מפרק ודו"ק היטב:

ט ובזה יש ליישב קושית הגאון מוהר"ץ הנ"ל דשפיר משני בחצי קנה פגום דל"ש לומר דלמא פחות דאף אם פחות משהו מ"מ עכ"פ יקשה כיון דלא תיקן לא מקרי מעשה דא"ל דתיקן שצריך לדם דז"א דבאותו משהו ששחט לא הוה שיעור דישה דהוא בגרוגרות וא"כ פטור ולא מקרי מעשה שיוכל לאסור על ידו ודו"ק היטב בזה:

י והנה במה שהבאתי לעיל דברי הט"ז דדוקא סימן א' בעינן והנקה"כ השיב עליו כעת ראיתי בחידושי הריטב"א בע"ז דף נ"ד בהא דאמר ר"א בר אהבה כגון שנסך לה יין בין קרניה וכ' בשם הראב"ד דבעינן שיחזק בין קרני שיהי' מעשה הניכר ע"ש ומשמע קצת כהט"ז ואף דמתוס' שם ד"ה היתה משמע דסימן א' לאו דוקא ותמהני על הט"ז והש"ך שלא הזכירו דברי התוס' הנ"ל בכ"ז נלפענ"ד העיקר כהט"ז וגם מצד הסברא נרא' כן דבאמת כל טעם של ר"ה דבעשה מעשה יכול לאסור י"ל דהוא לפי דשינוי מעשה קני לענין גזל' והרי שיטת רש"י דכל דקני גזילה יכול לאסור כמ"ש דל"מ הגביהה דקני ויכול לאסור והתוס' השיגו עליו בזה עכ"פ לשיטת רש"י כיון דתלוי העיקר בקנין לענין גזילה נעשית שלו שיכול לאסרה לכך גם בעשה מעשה ונשתנה הדבר נעשה שלו שיכול לאסרה בזה ולפ"ז בעינן דוקא מעשה סי' א' עכ"פ ולא מעשה זוטא דלא הוה שינוי בזה

לקנות וע' בתוס' ב"ק דף ע"א ע"ב דבשחיטה פורתא לא הוה שינוי לקנות ע"ש ולכך שפיר כ' הט"ז דבעינן סי' א' דוקא וז"ב. ובזה י"ל דלכך התוס' לשיטתי' דס"ל דלענין לאסור בעינן שיהי' שלו ממש ולא מועיל קנין לגזילה ולפ"ז ע"כ דמה שמעשה אוסר הוא מטעם אחר או דיליף מכלים והוה דאוריית' או דמדרבנן גזרו בזה ולפ"ז שפיר כתבו דסי' א' לאו דוק' ובזה יש לקשר דברי התוס' בע"ז שם ד"ה היתה דלכאור' אין ענין דסי' א' לאו דוקא למה שהשיגו על רש"י ובחולין לא כתבו זאת ולפמ"ש א"ש ודו"ק. וכיון שזכינו לזה ממילא מיושב קושית הנקה"כ דא"כ מ"פ מעולא מעשה כל דהו קאמר והוצרך לשנויי בחצי קנה פגום וכו' והא סימן א' בעי ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דבעי סי' א' הוא כדי שיהי' שינוי מעשה לקנות בזה ולפ"ז זהו שם אבל בחטאת שנשתנה ע"י המעשה כל דהו ונעשה מהקדש ע"ז אין לך שינוי רשות גדול מזה ושפיר מועיל אף מעשה זוטא דהיינו כל דהו ממש ושפיר פריך וז"ב ודו"ק:

יא ובזה יש ליישב קושית הרשב"א במ"ה על הרא"ה דמ"פ ר"נ על ר"ה מבריית' דחטאת בשבת בחוץ לע"ז ותקשי לי' לנפשיה דהא גם אם א"י לאסור דבר שא"ש מ"מ אסור באכילה לשיטת הרא"ה דהוא לא שרי לה וא"כ פקע שם קדשים מינה ונאסרה משום ע"ז ולפמ"ש א"ש דאם א"י לאסור א"כ בעי עכ"פ סי' א' דהוא לא עשה שום מעשה דהא הוא א"י לאסור רק שא"י להתיר ג"כ וא"כ בעי סי' א' ושוב בחטאת העוף בא כא' וכקושית הנקה"כ ודו"ק. אמנם אי קשיא הא קשיא דא"כ מ"פ לר"נ מאי אריא חטאת עוף לתני זבח הא דוקא חטאת עוף דבסי' א' דבזבח יקשה מכי שחט סי' א' מתסר והוא קושיא נפלאה. ואולי לזה כוון הש"ך בסי' ד' במ"ש על שיטת הרא"ה דאל"כ למה פריך על ר"ע ור"י מהבריית' והיינו כמ"ש ודו"ק. עכ"פ שיטת הט"ז נרא' נכון וכמ"ש וגם מכאן סיוע רבה לשיטת רש"י דבהגבהה מצי לאסור וכמ"ש. ומה שהקשו התוס' על רש"י דא"כ מ"פ ממנסך והא שם מיירי בהגבהה דאל"כ הו"ל קלב"מ הנה בחידושי הארכתי ליישב. וכעת נ"ל דהנה התוס' בגיטין דף נ"ג כתבו דהא דלרב לא הוה קלב"מ אף דעל שעת הניסוך פטור משום קלב"מ מ"מ כיון דבשעת הגבהה הי' מתחייב ודלא נתחייב אז נתחייב על כל מה שעשה אח"כ ע"ש וביאור דבריהם כתבתי במק"א באריכות ולפ"ז שפיר פריך ממנסך דהרי רש"י פירש בחולין דהגבהה ע"מ לנסך הי' ולפ"ז כיון דא"י לאסור דהו"ל דבר שא"ש ע"כ צ"ל דע"י הגבהה נעשה שלו וכיון שנעשה שלו שוב לא יוכל לומר הש"ל דהא אם קנהו עד שנעשית שלו שיוכל לאסור ע"י ע"כ דא"י לומר הש"ל ולא גרע מאם נימא היזק שא"נ שמי' היזק כדאמרו שם ע"ב וע' תוס' שם דכל דקנהו שוב לא יוכל לומר הש"ל וא"כ שוב יקשה גם על שמואל דאמר מערב ולא אמר מנסך

משום דקלב"מ וביאורו התוס' שם דטעמא דשמואל הוא משום דעל שעת הגבהה יכול לומר הש"ל ועל הניסוך פטור משום קלב"מ ולפ"ז כיון דא"י לאסור עד שנעשית שלו ע"י הגבהה א"כ שוב א"י לומר הש"ל ושוב הו"ל להתחייב גם במנסך ממש ואמאי אמר מערב ולא מנסך וע"ז משני דיש לו שותפות בגוה ויכול לאסור ול"צ לומר דקנהו עד שנעשית שלו. ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה ת"ש ודו"ק. ובאמת מה דפירש"י כאן דהגבהה הי' ע"מ לאסור ולא פי' דהגביה' ע"מ לגזול כמו שפי' בגיטין י"ל דס"ל כיון דא"י לאסור דבר שא"ש רק בהגבהה ע"מ שיהי' שלו לכך פי' דהגביהה ע"מ לנסך דהיינו שעיקר הגבהה הי' כדי שיוכל לאסור ובזה נ"ל ליישב דברי רש"י ויהי' הקושיא כפשוטו לרב דהיינו כיון דכל הטעם דחייב לרב הוא בשביל שעת הגבהה וזה דוקא אם ההגבהה הי' ע"מ שהי' שלו ולא לנסך אבל כיון דאין אדם אוסר ועיקר הגבהה הי' ע"מ שיהי' יכול לנסך וכל שעיקר הגבהתו הי' ע"מ לנסך א"כ כיון דבשעת הניסוך פטור משום דקלב"מ א"כ ל"ש לחייב על שעת הגבהה דבעת הגבהה הי' עיקר כוונתו ע"מ לנסך וע"ז נפטר ולא הי' דעתו שיתחייב עי"ז (ועבש"ך חו"מ סי' שצ"ו ס"ק א' שנסתפק במגביה ע"מ לאבד אם חייב וא"כ מכ"ש בכה"ג דהו"ל קלב"מ דודאי פטור על הגבהה) ובזה יש ליישב שיטת ר"ח דס"ל דגם ר"נ ור"ע דס"ל דאין אדם אוסר דבר שא"ש אבל במעשה רבה יוכל לאסור ורש"י הקשה ע"ז דא"כ אמאי מקשה ממנסך דהא שם הוה מעשה רבה ולפמ"ש מיושב די"ל דבאמת הטעם דיכול לאסור במעשה רבה משום דמעשה זוטא לא חשוב שינוי לקנות בהכי משא"כ במעשה רבה חשיב שינוי ולפ"ז שפיר פריך ממנסך דממנ"פ הניסוך לא תוכל לחשוב מעשה שיקנה ע"י להתחייב באחריות דהא קלב"מ בעת ניסוכו ועל שעת הגבהה ליכא לחייבו כמ"ש דהגבהה ע"מ לנסך הי' וא"כ אמאי יתחייב וז"ב ודו"ק:

יב ובזה יש ליישב קושית התוס' ד"ה ר"נ דהקשו מהא דאסר ר"נ בע"ז דף נ"ז היין בהנאה והא אין אדם אוסר דבר שא"ש ולשיטת הר"ח א"ש דניסוך חשיב מעשה רבה כמ"ש רש"י ושפיר יכול לאסור דבר שא"ש ומזה ראיה לשיטת הר"ח. ובאמת שבלא"ה יש ראיה לשיטת הר"ח דאל"כ יקשה לר"נ אמאי נאסרו כלים דאחז הא א"י לאסור כלל אף במעש' רבה וכדיליף ר"ה מיני' וכדאמרו בע"ז דף נ"ד. ולפמ"ש א"ש דכיון דבמעש' רבה יכול לאסור א"כ ממילא בגבוה אף במעשה זוטא יכול לאסור כמ"ש התוס' בע"ז שם ובחולין דגבוה עדיף מהדיוט. ובאמת לשיטת רש"י צ"ל דלר"נ כלים דאחז אסרו משום קנסא אף דלאו בני דיעה נינהו וכסברת האבעי' דריב"ש לרבי בדף נ"ב שם ע"ש אבל באמת אף במעשה רבה ס"ל לר"נ דא"י לאסור משום דניהו דשינוי קני מ"מ לא נעשה שלו ובזה

חולק על ר"ה דס"ל לפי פירש"י דשינוי הקונה בגזל' יכול לאסור ע"י ור"נ ור"ע לא ס"ל כן ודו"ק היטב. ובאמת צריך להבין דא"כ היאך חזרו ר"נ ור"ע לחלק דה"מ כותי אבל ישראל לצעורי קמכוין והיאך קנה כלל ומ"ש בכותי מישראל וצ"ל דבאמת לאחר חזרה ס"ל לר"נ ור"ע דבמעשה יכול לאסור ומטעם דשינוי קונה ורק היכא דמתכוין לקנות עי"ז אבל בישראל כל דתלינן דלצעורי שוב לא נתכוין לקנות וכיון שלא קנה עי"ז לא נעשית שלו שוב א"י לאסור דבר שא"ש:

יג ובזה מיושב מה שתמהו כלם דהיאך שייך לומר דבשביל סברת לצעורי נתיר האיסור דאוריית' ולפמ"ש א"ש דכל דיש לתלות דלצעורי שוב לא קנה דלא נתכוין לקנות בגזילה ושוב א"י לאסור דהו"ל דבר שא"ש. ובזה י"ל ע"ד הפלפול הא דמקשה הש"ס אח"כ משנים אוחזין בסכין וממנסך והקשו התוס' דלמה חזר והקשה ולא משני דמיירי באית ליה שותפות בגוויה. ולפמ"ש י"ל דהנה מבואר בחו"מ סי' קע"ו סעיף ט"ו דשותפין שהתנו השותפות עד זמן קצוב ופשע א' בתוך הזמן דעת כמה פוסקים דחבירו יכול לחלוק אף בתוך הזמן ודעת כמה פוסקים דא"י לחלוק. ולפענד"נ דע"כ לא פליגי רק באם פשע ולא קיים התנאי כפי מה שהתנ' אבל באם אסר הדבר לגמרי וכוון לצער חבירו ולהקניטו פשיט' דחבירו יכול לחלוק אף בתוך הזמן ולפ"ז כאן כיון דאמרי' לצעורי קא מכוין א"כ שוב בודאי לא מועיל שותפות דהא נתכוין להקניט חבירו ופשיט' דחבירו יכול לחלוק וכיון שכן שוב ל"מ שותפות בזה דיוכל לאסור של חבירו ובאמת מה"ט דעת הר"ן בנדרים דף מ"ה דשותפין א"י לאסור זע"ז דאדעת' דהכי לא נשתתפו וא"כ ל"מ שותפות בכה"ג ודו"ק. ובפשיטות י"ל קושית התוס' על רש"י דשפיר מקשה ממנסך דהנה גוף סברת רש"י דבהגבהה קני ויכול לאסור דהוה שלו תמהו התוס' דמ"מ אינו שלו וצ"ל לשיטת רש"י דכיון דלר"ה יכול לאסור אף במעשה כל דהו דחשוב לענין זה שינוי מכ"ש בהגבהה דחשיב מעשה להתחייב באחריות עי"ז א"כ עכ"פ כמעשה זוטא נחשב ולפ"ז זהו לר"ה אבל לר"נ דס"ל דאין אדם אוסר אף במ"ר לשיטת רש"י א"כ שפיר מקשה ממנסך כיון דאינו שלו א"כ א"י לאסור ומה מועיל הגבהה הא סוף סוף לא חשוב שלו בעצם ודו"ק. ובחידושי אמרתי לבאר הענין דלצעורי קמכוין דהנה זה הוכרחו ר"נ ור"ע לשנויי הא דאמרו בש"ס כתנאי והנה באמת יש להבין דאמאי יוכל עכו"ם לאסור דבר שא"ש והא מהראוי לומר דודאי לצעורי קמכוין דאל"כ היאך יאסר דבר שא"ש דלמא האחר ישתהו וכדומה ולא יחוש לנסוכו וכעין דאמרו בע"ז אם איתא דנסכו לא הוה מזבין לי'. אך כבר אמרו שם דלישראל טרח ומסר נפשיה לנסך ע"ש ולכך בכותי שפיר אמרו דיכול לאסור משא"כ ישראל לחבירו שפיר שייך הסברא דלמה אסר דבר שא"ש

ובישראל ל"ש לומר דמשום חביבות לנסך טרח ומסר נפשיה דעכ"פ להחזיק לישראל בחזקת מנסך כזה שיטרח וימסור נפשו לנסך זה ודאי לא מחזיקין ותולין דלצעורי קמכוין ולא כוון לנסך וכעין זה כתב התב"ש בסי' ה' בסופו בטעם דלצעורי קמכוין. ובזה י"ל דלכך לא משני הש"ס דאית ליה שותפות בגווה דבאמת אם נימא כשיטת הר"ן בנדרים הנ"ל דשותפין א"י לאסור זע"ז במידי דבר חלוקה שוב מה שייך שותפות דלמה יאסור כיון שחלק חבירו לא יוכל לאסור ואיך יאסר ויתן לאחר וע"כ דלצעורי קמכוין. ובזה י"ל דלפמ"ש האחרונים דבלח בלח נאסר חלק חבירו בשותפות דלא יוכלו לחלוק ובכה"ג אין ברירה וע' מקור חיים סי' תמ"ח וא"כ שפיר י"ל דבמנסך שפיר נאסר בשותפות דל"ש לתלות דלצעורי קמכוין כיון די"ל דבאמת כוון לאסור והי' מועיל בנסוכו לאסור גם חלק שותפו. ובזה הי' מיושבין כל דברי הרמב"ם דבפ"ח מעכו"ם דמיירי בבהמה דיכול למפלג לא מחלק באית לי' שותפות בגוה דשם אף בשותפות טפי נוכל לתלות בלצעורי דאל"כ לא הוה נותנו לחבירו כל דאסרו לע"ז והא דכ' בפ"ב דשחיטה דבאית לי' שותפות יכול לאסור לא קאי באם שחטו לע"ז רק בשחטו לאחד מדברים האוסרו באכילה כמו שדקדק הרמב"ם בלשונו והיינו בכה"ג דמיירי בסי' ה' בשחטו לשם עולה וכדומה דבזה ל"ש הסבר' הנ"ל ושפיר באית ליה שותפות יכול לאסרו ולכך בפ"ז מחובל ה"ז לענין י"נ שפיר כ' דבשותפות יכול לאסור ול"ש לצעורי משום דבי"נ שהוא לח בלח שפיר יכול לאסור גם חלק חבירו ושוב לא תלינן דלצעורי קמכוין וכעין שמחלק הסמ"ע בסי' שפ"ה ומה דמקש' הש"ס ממנסך באמת הקשה הש"ך על הסמ"ע ביו"ד סי' ד' ובחידושי הארכתי ליישב ואכ"מ עכ"פ כל דברי רבינו מדוקדקים ת"ל ומיושבים על נכון:

יד ובזה מיושב היטב הא דכ' רבינו בפ"י מטומאת המת שא"א יכול לאסור דבר שא"ש אפי' שותף והקשה בשו"ת הרלב"ח סי' ס"ח דבפ"ח מעכו"ם כתב רבינו דיכול לאסור בשותף (ובאמת מ"ש דבפ"ח מעכו"ם הוא ט"ס דאדרב' שם לא חילק כלל ועכ"מ שם וצ"ל בפ"ב משחיטה) ובתשובה הארכתי בזה הרבה ולפמ"ש מיושב דבאמת רבינו ס"ל דא"י לאסור דבר שא"ש אף בשותפות כל דשייך לצעורי וכאן שרצה לחרוש בבית הפרס פשיט' דאם הי' כוונתו לאסור לא היו עושה בדבר שא"ש. והנה בתשו' שם הקשיתי דהרי מקור הדין בפ"י מטומאת המת ה"ה דשותף א"י לעשות בית הפרס הוא מתוספת' כמ"ש הכ"מ שם וא"כ יקשה מדוע לא הביא הש"ס בחולין להקשות על ר"ה מהתוספת' הלז וע"כ כתבתי שם דשאני בית הפרס דרבנן ובכה"ג לא גזרו והנה כעת נתקשיתי דאמאי לא אמרו בש"ס כתנאי מהא דמבואר בכלאים פ"ז משנה ד"ה והובא ביבמות דף פ"ג המסכך גפנו של חברו דר"מ ס"ל קידש ור"י ור"ש ס"ל דאין אדם אוסר דבר שא"ש וע"ש

בתוס' דדימו הענין להא דאין אדם אוסר דבר שא"ש דחולין כאן וכתבו דדבר שבמחשב' אינו אוסר ע"ש וא"כ למה לא אמר כתנאי וצ"ל דכיון דבש"ס אמר שם דרב הונא אמר בשם רב דאין הלכה כר"י והיינו דהוא לשיטתו דס"ל דבמעש' זוטא יכול לאסור וא"כ שם דסיכך ע"ג תבואת חבירו עכ"פ מעשה זוטא נחשב ואוסר וא"כ לכך לא ס"ל כר"י וא"כ ממיל' לכך לא צריך לומר כתנאי דכבר אמר ביבמות שם דר"ה בשם רב לא פסק כר"י ודו"ק. ובזה ישבתי לנכון דברי רבינו פ"ה מכלאים הלכה יו"ד וכן קיי"ל ביו"ד סי' רצ"ו דחלקו נאסר וחלק חבירו א"י לאסור והקשה הכ"מ דלמה פסק כר"י והא ר"ה אמר רב דאין הלכה כר"י והלכה כרב באיסורי. ולפמ"ש א"ש דר"ה לשיטתו דס"ל דיכול לאסור דבר שא"ש ע"י מעשה וגם רב ס"ל כן אבל לדידן דקי"ל דא"י לאסור דבר שא"ש שפיר פסק דחלק חבירו אינו נאסר ודו"ק היטב:

טו אמנם אי קשיא הא קשיא דמה פריך על ר"נ ור"ע ממנסך וע"כ למ"ד מנסך ממש פריך כמ"ש רש"י ותוס' והרי רב הוא דאמר מנסך ממש והוא לשיטתו דס"ל דאין הלכה כר"י דס"ל דיכול לאסור דבר שא"ש ושפיר אמר מנסך ממש אבל לר"נ ור"ע דס"ל כתנאי דא"י לאסור דבר שא"ש א"כ ל"ק כלל והיא קושיא גדולה ודוחק לומר דחשבו מסכך מעשה רבה ובכה"ג הוא דלא ס"ל לרב כר"י אבל במעשה זוטא ס"ל לרב דא"י לאסור ומנסך חשוב מעשה זוטא דמנ"ל להקשות כן וע"כ לפענ"ד מחוורת' כמ"ש הר"ש פ"ז דכלאים שם דשאני התם דתלוי בכרמך וכ"כ הרע"ב ע"ש ואינו ענין לפלוגת' דאדם אוסר דבר שא"ש ולשיטת התוס' צ"ע. ובזה ניחא מה דפסק רבינו דחלקו נאסר וחלק חבירו לא נאסר וכן קי"ל ביו"ד והרי באית לי' שותפות יכול לאסור וע"כ דשם כל שאינו כרמך לא נאסר חלק חבירו וכמו בבית הפרס דחלקו נאסר ולא חלק חבירו ודו"ק ולשיטת התוס' דתלי לה בפלוגת' הנ"ל צע"ג:

טז עוד ק"ל על דברת התוס' דזה תלוי בזה דא"כ הא דאמרו בע"ז דף נ"ג ע"ב דר"י אמר רב ישראל שזקף לבינה ובא נכרי והשתחוה לה דאסר ויליף לה מתחל' של א"י וכו' ות"ל דרב ס"ל דאדם אוסר דבר שא"ש וא"ל דבעי מעשה כל דהו והשחוואה אף מעשה כל דהו ליכא דז"א דל"מ לשיטת רשב"ם שמביא התוס' והג"א שם דאף אחרת שהשתחוה כל שזקף לבינה אחת ובא אחר וזקף לבנה אחרת והשתחוה דאסור דהוה מעש' רבה ואף לדידן עכ"פ לא סגי בלא מעשה כל דהו כגון ניסך לה בין קרני' וכדומ' ואסרה. מיהו בדף מ"ה גירסא ר"י אמר שמואל והגאון מהרי"פ לא הרגיש בחילוף הגירסאות. ובאמת שלפענ"ד נראה קצת ראיה לרשב"ם מהא דאמרו שם ודלמ' בעגל ניחא להו במידי אחרינ' לא וכו' אימא כל דבהדי עגל ניחא להו אר"י מאן מוכח הרי דעכ"פ אותה אשרה בודאי

לא הי' ואפ"ה אסרו וע"כ דברי התוס' ביבמות צ"ע. ומדי דברי בש"ס הנ"ל זכר אזכור מה דק"ל בהא דאמרו דיליף מתחלת של א"י דאמר רחמנ' ואשריהם תשרפון באש וכו' ירושה להם מאבותיהם ואין אדם אוסר דבר שא"ש ומאי קושי' ניהו דאין אדם אוסר דלמא הא דצותה התורה לשרוף הוא משום דאיכ' תקלה וכדאמרו בסנהדרין דף נ"ה בהדי' מה אילנות וכו' אמרה תורה השחת שרוף וכלה הואיל ובא לאדם תקלה על ידן ופירש"י מה שצותה התור' לשרוף האשרות באש וא"ל כיון דאין אדם אוסר שוב לא שייך תקלה דז"א דמ"מ העובד' חייב מיתה מידי דהוה אהר דעובדו בסייף אף שאינו נאסר ועיין חולין דף מ"ם וגם להיפך ק"ל דהיאך מוכיח בסנהדרין שם דתקלה בלי קלון סגי ודלמ' כיון דניח' להו לישראל ניחא להו והו"ל ע"ז של ישראל כדיליף בע"ז שם וא"כ איכא תקלה וקלון תקלה דעכו"ם שעבדה בפועל וקלון דישראל שע"ז של ישראל הוא דאל"כ לא היו יכול לאסרה דאין אדם אוסר דבר שא"ש מיהו זה יש ליישב כיון דאמרו שם מאן מוכח שוב ל"ש כ"כ קלון דישראל דרק מספק אסרו האשרות אבל גוף הלימוד דיליף מזה קשה טובא דלמא משום תקלה וצע"ג. ומזה ראיה דלא קי"ל כר"ש שם כמ"ש הרמב"ם פ"ט ממלכים ה"ו והב"ח בתשו' סי' ק"א נתקשה בזה דמנ"ל לרבינו לפסוק דלא כר"ש ולפמ"ש א"ש וע' שו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל סי' פ"ד ובאמת שכל הפלפול צ"ע דהא אנן לא דרשינן טעמ' דקרא ובפרט היכא שהוא נ"מ לדינא כמבואר בכמה מקומות ולכך צ"ע כל הפלפול של הש"ס וגם למה נתן טעם במשנה וצע"ג ואכ"מ:

יז והנה שאלני הרב החריף מוה' רפאל הכהן נ"י מקרעשיב מדי עברו פה בשוחט בהמת חבירו לע"ז דניהו דאין אדם אוסר דבר שא"ש אמאי לא יאסר עכ"פ דהרי בתחלת שחיטה כששחט לע"ז נעשה הסכין משמשי ע"ז דלא גרע מפסק בה גווזא לע"ז דנאסרת כדאמרו בחולין דף ח' וא"כ תאסר לשיטת הרמב"ם המבואר בסי' קי"ב דאם שחט בסכין של ע"ז נאסרה כלה א"כ ה"ה בזה וא"ל דהוה מקלקל דהרי בשכבר התחיל לשחוט שוב ל"מ מקלקל רק מתקן ממש. והשבתי דא"כ לפ"ז יקשה בסכין של ע"ז דמותר לשחוט דמקלקל הוא ואמאי והא באם כבר התחיל לשחוט מתקן הוא וע"כ צ"ל דזה לא מקרי מתקן דאם לא התחיל לשחוט הי' טוב לו יותר וה"ה כאן ועיין בפירוש המשנה לרבינו בשוחט בשבת ובחידושי ר"נ שם ודו"ק. אף גם נ"ל ברור דע"כ לא אסר הרמב"ם רק לאותו ששחט בה דהוא רצה להנות מע"ז אבל לאחר פשיט' דלא נאסר דהוא בודאי הי' נהנה טפי כשלא שחטה לע"ז ונפשו של אדם חותה מן האיסור וכדאמרו בירושלמי ואף כי בע"ז ופשיט' דכל שלא נאסרה הבהמ' דלא תאסר מטעם סכין של ע"ז וגם לפמ"ש התב"ש בסי' ו' ס"ב דבעינן דוקא שיחתוך בו עצים שיקריב עליהם לע"ז א"כ כאן כל

שהבהמ' לא נאסרת פשיט' דלא נעשה הסכין סכין של ע"ז בזה ודו"ק ועבשמ"ח שם. והנה הקושי' הראשונ' שהקשית דאיך מוכח בע"ז דנ"ד מתחלתה של א"י דלמא משום תקלה וקלון כשנרצ' הדבר לפני הרב הגאון ידידי מו"ה נתן האבד"ק ראווא ההוא אמר דל"ק דאם נימא דאין אדם אוסר שוב ל"ש תקלה וקלון מידי דהוה אמשתחוה לבהמת חבירו דאמרינן דלא אסרה האם נימא דתהרג משום תקלה וקלון דעכ"פ העובדה בסייף וע"כ כל דלא יכול לאסרה ל"ש תקלה וקלון וה"ה בזה. אבל באמת ל"ק משם דשאני התם דכל דלא אסרה לא חל שם אלקות על הבהמ' וכדומה ושוב ל"ש תקלה וקלון אבל שם בע"ז של תחלת' של א"י דכל שהיו של נכרים היו אוסרים דשלהם הי' בעת ההיא ועיין בתוס' ר"ה דף י"ז שכ"כ בהדיא דלכך מקרי קציר נכרים ורק דבביטול סגי וכמ"ש תוס' שם ועיין פרשת דרכים דרך הקדש דרוש תשיעי שביאר כן כוונת התוס' עכ"פ חל שם אלקות קודם שבא ליד ישראל וא"כ שוב שייך תקלה וקלון ובפרט באותן אשרות שהיו קודם אברהם דניהו דסגי בביטול אבל עכ"פ חל שם ע"ז ושוב שייך תקלה וקלון והיא קושיא גדולה ודו"ק. והנה בש"ק עקב תרי"ז הקשה אותי אחד מסטריא במ"ש רש"י דאגבה' ע"מ לאסרה והרי באגבה' ע"מ לאסרה הוה כאומר אלך ואעבוד דחייב מיתה והשבתי אף דזה גופא אין ברור אם באלך ואעבוד אם חייב מיתה מ"מ בלא"ה ל"ק די"ל דרצה לאסרה ע"י שיערב בו יי"נ וא"כ שפיר מצי לאסרה ולא יתחייב מיתה ודו"ק:

יח והנה בגוף הענין דאמרינן דלצעורי קמכוין שנתקש' הכו"פ דהיאך אפשר בשביל סברא זו להתיר איסור נראה לפענ"ד עפ"י מ"ש הרא"ה והר"ן דאף למ"ד לצעורי קמכוין ואינו אוסר מ"מ באכיל' אסור דהוא לא שרי לה והוה כנתנבל' מאיליה כנ"ל לחדש טעם אחר דבשלמ' לענין איסור אכילה שפיר י"ל דאסור כיון דהבהמ' בחייה בחזקת איסור עומדת וא"כ לענין איסור אכילה א"א להתיר משום דשמא לצעורי קמכוין דמהראוי להעמיד' בחזקת איסור עד שיודע לך שנשחט' כראוי משא"כ לענין איסור הנאה דמעולם לא נאסרה בהנא' א"כ לענין זה שפיר מוקמינן על חזקתה דלא נאסר' מעולם בהנאה וכעין זה כ' הכו"פ בסי' ד' ס"ק ב' לענין שחט סתם ואח"כ חשב לזרוק דמה לעכו"ם ע"ש וז"ב וא"ל דא"כ מה מקשה ר"נ לר"ה משחט חטאת בחוץ לקשי' לנפשיה והא מ"מ נאסר' באכיל' משום חשש ע"ז כמו שהקש' במ"ה על רא"ה לשיטתו דז"א דכל דלא נאסר בהנא' משום דמוקמינן בחזקת' שפיר חייב על שחוטי חוץ ובלא"ה י"ל דשם בשוגג ל"ש לצעורי דע"כ לא תלינן בלצעורי רק במזיד דלא נחשדו ישראל לעבוד ע"ז במזיד ח"ו בשאט בנפש אבל בשוגג דלא ידע שהוא אסור שפיר אמרינן דאסרה וע"כ לא הקשה לר"נ משחט חטאת בחוץ רק להס"ד דר"נ ס"ל דאין אדם אוסר כלל אבל אם אמרינן דאוסר רק

דתלינן בלצעורי א"ש ודו"ק איברא דלפ"ז יקשה מ"פ הש"ס משנים אוחזין בסכין והא שם פסולה קתני וא"כ אף דאמרי' לצעורי מ"מ אסור באכיל' וכעין זה הקשה הב"ח לשיטת הרא"ה ותירוצו של הט"ז ל"ש בזה דלענין שלא יהי' נבלה שפיר כ' דכל שנסלק מעשה שלו הרי השני שחטה כדינה משא"כ לפמ"ש דלענין אכילה מוקמינן אחזקת אמה"ח והנה כבר נודע מ"ש הרשב"א במ"ה ליישב הא דסמכינן על רוב מצויין אצל שחיטה ולא אמרינן סמוך משום דכל דחזינן ששחט צריך לסלק החזקת איסור אף שלא ידענו אם שחט כהוגן ל"ש החזק' ולפ"ז כאן בשנים שוחטין ואחד שחט יפה א"כ עכ"פ האחד רצה לבטל החזק' רק שלא נודע אם בטלה מחמת שחיטת הפוסל וא"כ עכ"פ חזקת איסור אבמה"ח נסתלק ע"י השוחט כהוגן שרצה לבטל החזקה ותלינן שפיר דגם השני כוון לצעורי. ודו"ק כי ברור הוא. ובזה יש ליישב הא דכתב רש"י דל"מ הגביה' דקנאה בהגבה' ונעשית שלו ותמה רש"י דא"כ מ"פ ממנסך הא שם מיירי דהגביה ונעשית שלו ולפמ"ש י"ל דלר"ה דס"ל דיכול לאסור דבר שא"ש ע"י מעשה כל דהו א"כ שפיר בהגביה ל"ש לצעורי דהא כל שקנא' בהגבה' ונעשית שלו וא"כ על שלו ל"ש לומר דאינו נאמן בשביל חזקה דאדם על עצמו נאמן לטעון ברי אף נגד החזק' וע' בפ"י בכתובות דף כ"ב ובק"א שהאריך בזה וא"כ מכ"ש הכא דקנא' בהגבה' ונעשית כשלו להתחייב באחריות דמיגו דנאמן על עצמו נאמן לאסרו על אחרים וז"ב בכוונת רש"י. ובזה מיושב היטב הא דהקשו ממנסך דשם לר"נ דאמר לצעורי שפיר פריך דאמאי יתחייב במנסך ומטעם שלא יהא כל אחד הא אם נימא דנתכוין לצעורי לא יתחייב לשלם ושוב לא יהיו בעלים דהא מיירי בהגביהה ע"מ לנסך וכיון שא"י לנסך שוב לא יהיו בעלים ולא יהי' נאמן ולמה תקנו שיתחייב משום שלא יהא כל אחד הא שייך לצעורי וא"י לאסור ושוב אינו נאמן ודו"ק. וגם קושיא הראשונ' יש ליישב בזה ואכ"מ. ובזה מיושב קושית התוס' בהא דמשני דאית לי' שותפות והקשו דא"כ היינו מדמע ולפמ"ש א"ש כיון דבעליו עמו א"כ נאמן שלא נתכוין לצעורי עכ"פ על היין שלו ושוב נאמן גם על חלק חבירו ודו"ק:

יט ובד"א נ"ל בהבנת הענין דלצעורי קמכוין דהנה צריך להבין איך נאמן לומר דאסר היין או שחט לע"ז לא יהי' עדיף מע"א דעלמ' דאינו נאמן לאסור את המותר ודוחק לומר דמיירי שיש עדים דהא אח"כ מוקי בישראל מומר ובהתרו בו אין לך מומר גדול מזה ודוחק לומר דמיירי בלא התרו בו דאיך שבקי העדים לעשות כזאת וע"כ דמיירי בלא עדים וא"כ איך נאמן ובשלמ' הא דנאמן ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע י"ל דמתכוין לעשות תשוב' שלא יכשלו באיסור לאכול הבשר ולשתות היין שהקריבו לע"ז אבל מ"מ יקשה היאך נאמן לאסור את המותר וצ"ל כיון דבידו לאסור ולנסך מהימן

וכשיטת רש"י ותוס' דתלוי בכל שבידו לאסור אף אם לא נתנו בידו לשמרו ועסי' קכ"ז ובש"ך ס"ק א' שם ולפ"ז זה תלוי בזה דלר"ה דאדם יכול לאסור דבר שא"ש אף במעש' כל דהו א"כ מקרי בידו ושפיר נאמן משא"כ לר"נ ור"ע דס"ל דא"א אוסר דבר שא"ש דתלינן בלצעורי שוב אינו נאמן מצד עצמו:

כ ובזה מיושב היטב דברי רש"י דלכך כ' ל"מ הגביהו דבהגבה' קנאו ונעשה שומר עליו ושוב בודאי יכול לאסרו דכל שנעש' שומר הוה כבעלים ונאמנים בשלהם ואף לשיטת הרא"ש בסי' קכ"ז דבידו היינו שנתן לו לשמור עכ"פ כל שנעש' שומר מעצמו ג"כ מקרי בעלים ובזה ל"ק ממנסך דאם נימא דפטור והוא אגבה' ע"מ לנסך ובפרט לשיטת הש"ך סי' שצ"ג ס"ק א' דאגבה' ע"מ לאבדה לא נתחייב באונסין א"כ לא נעשה שומר כלל ושפיר קשה אמאי חייב במנסך. ובזה י"ל הא דמשני דאית ליה שותפות בגווה היינו דשם כיון דאית לי' שותפות ועל שלו נאמן מתוך שנאמן על שלו נאמן אף על חבירו וכמ"ש בחידושי הרמב"ן בגיטין דף ב' דק"ל דניליף מנדה דאתחזיק איסור' ונאמנת על הספיר' וכ' שאני נדה מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת גם על בעלה וכ"ע ע"ש וה"ה בזה. ומיושב קושית התוס' שהקשו דהיינו מדמע והא דמקש' אח"כ ממנסך ולא משני בשותף היא כפירש"י דה"ה דהו"מ לשנויי באית ליה שותפות ודו"ק ומכ"ש להס"ד דס"ל לר"נ דאינו יכול לאסור דבר שא"ש אף נכרי דודאי א"ש קושית הש"ס וקושית התוס' ג"כ דבשותפים שהם שומרים זה לזה א"כ הוה בידו ויכול לאסור דכל עיקר שא"י לאסור הוא כל דנוכל לתלות שלא כוון לנסך שוב אינו נאמן מתורת עד וזה ל"ש כשהוא שומר דבידו לנסך ודו"ק. ובזה י"ל דברי רבינו דבפ"ז מחובל ה"ז לענין יי"נ כתב דאף בשותפות א"י לאסור ותמה הסמ"ע בסי' שפ"ה דהרי בפ"ב משחיט' כ' דבאית ליה שותפות יכול לאסור ולפמ"ש א"ש דכ"כ דכל הענין דלצעורי היינו דא"י לאסור ואינו נאמן לאסור את המותר כל שאינו בידו ולפ"ז באית ליה שותפות מתוך שנאמן על שלו נאמן על של חבירו ובאמת הו"מ לשנויי באית ליה שותפות. ולפ"ז נ"ל דסברת רבינו ז"ל היא דבשלמ' בשחיט' דא"א לחלק הבהמה שפיר אמרינן דמתוך שנאמן על שלו נאמן על חבירו וכמו בנדה דמתוך שנאמנת על שלה נאמנת על של הבעל אבל ביי"נ דיכול לחלק יינו מתוך יין של חבירו וא"כ איך שייך להאמינו על של חבירו מתוך שנאמן על שלו הא עניינים חלוקין הן וא"ל דאין ברירה דעכ"פ אינו רק ספק אבל ל"ש לומר דנאמן בחלק חבירו מתוך שנאמן על עצמו ולכך פסק דאינו אוסר אף בשותפות וכעין שמחלק הסמ"ע שם עד"ז ודו"ק. ובמ"ש יש עכ"פ ראיה לשיטת הרא"ה דבאכיל' אסור דלפמ"ש

כל ענין דלצעורי הוא משום שאין ע"א נאמן לאסור כל דאתחזיק היתר אבל לענין אכילה דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת שפיר נאמן העד ודו"ק:

כא ומה דמקשה משנים אוחזין כ"כ לעיל ליישב. ובזה יש ליישב דברי הרא"ש שהכריע כפירש"י דר"נ ור"י אף במעש' רבה ס"ל דא"י לאסור ודלא כר"ח והקשה בכו"פ מאי נ"מ בזה להלכ' הא בישראל תלינן בלצעורי ואף במ"ר אינו אוסר ונכרי ומומר אף במעשה זוטא אוסרין. ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דתלינן בלצעורי להתיר האיסור הוא משום דבאמת אין העד נאמן לאסור המותר רק כשבידו וכל דאפשר לתלות לצעורי אמרינן דאין בידו ואינו נאמן א"כ אם נימא דבמ"ר יכול לאסור שוב הוה בידו ושוב לא תלינן בלצעורי לכך הוצרך הרא"ש לומר דלר"נ אף במ"ר אינו אוסר ושוב שייך לתלות בלצעורי דמקרי אינו בידו ודו"ק היטב כי יש להאריך בזה בסוגי' ואנכי רק ראשית אומר כתבתי ועפ"י בגיטין בסוגי' דהמטמ' והמדמע שבהרב' דברים לא הלכתי בדרכיו ע"ש והי' מקום ליישב קושיותיו אך יראתי שלא ימשך הענין לאין תכלית. (והנה נתיישבתי אח"כ דיש ליישב דברי הפ"י דבאמת מוקי בישראל מומר ובאמת ל"ש קלב"מ דאינו חייב מיתה ורק שנאסר ע"י מגע מומר אבל מיתה לא חייב דלא עבדו בע"ז וגם דברי התוס' א"ש. אך לפ"ז אכתי קשה דא"כ אמאי לא פירש שמואל מנסך ממש וא"ל דהו"ל קלב"מ דז"א די"ל דמיירי במומר וא"כ אינו חייב רק תשלומין ואינו חייב מיתה וכן הראני הרב מוה"ר צ"ה ליב הכהן נ"י מראווא כאשר הרציתי זאת לפניו והראה שהפ"י בחידושיו שם בגמר' הקשה כן על הש"ס דלמה לא מוקי שמואל במומר ול"ש קלב"מ. אך לפענ"ד הי' נרא' דבאמת בכ"מ שאוסר במגעו והיינו ע"כ משום שכוון לאסרו אין נ"מ אם אסרו ע"י שכשוך או שאסרו בנגיעה ומיושב קושית הפ"י הנ"ל בש"ס שם אבל כ"כ דנ"ל עיקר שאינו נאסר ע"י כלי):

סימן נב

א שלום וכ"ט לכבוד הרב החריף מו"ה אייזיק צבי ווייס נ"י:

ב מכתבו הגיעני ביום א' חוה"מ סוכות תר"ג. והנה נפשו בשאלתו על דבר מ"ש התוס' ב"ק דף ע"ג ובר"ן נדרים דף פ"ז בשם ר"ת דתוך כדי דיבור כד"ד הוא רק מדרבנן דעבדו תקנתא שאם יראה רבו יוכל לשאול בשלומו וע"ז הקשה מהא דאמרו בכתובות ל"ג ניתרי בהו תכ"ד ושם קאי על הקרא והרי מן התורה תכ"ד לאו כד"ד והאריך בזה. הנה בראשית ההשקפה אמרתי ליישב עפמ"ש הרשב"ם בב"ב דף קכ"ט דהא דאמרו תכ"ד כד"ד הוא דוק' היכי שיש לומר שלא רצה לחזור בו ורצה לומר שניהם אבל כשפירש

בהדיא שחוזר בו הכל מודים דהוה חזרה א"כ י"ל דר"ת ס"ל ג"כ הכי ולכך בעדים זוממים שיחזרו ע"י התראה גם הוא מודה דגם מה"ת יכול לחזור בתכ"ד. אך מלבד דר"ת סתם הדבר אף גם דמש"ס ב"ק דף ע"ג דפריך לר"י מנמלך ומחלק דתרי תכ"ד הוו משמע דגם בנמלך וחזר בו ג"כ אינו יכול לחזור ומשמע קצת דלא כהרשב"ם. אמנם בעיקר קושייתו לפענ"ד ל"ק דבאמת ר"ת ג"כ ס"ל דמה"ת יכול לחזור תכ"ד רק לפי מה דמחלק הש"ס דתרי תכ"ד הוו ס"ל לר"ת דמה"ת הוה השיעור בתכ"ד הקטן וחז"ל הוסיפו דגם בתכ"ד הגדול יכול לחזור ומטעם שיוכל התלמיד ליתן שלום להרב ותדע דאל"כ יקשה לר"ת על ר"י דל"ל תכ"ד הגדול א"כ למה ס"ל תכ"ד הקטן דל"ש בי' טעמו של ר"ת וע"כ דגם ר"ת מודה דבתכ"ד הקטן אף מה"ת יכול לחזור ור"ת לא חידש רק דמדרבנן עשו תקנה שיוכל לחזור אף בתכ"ד הגדול וכן מורה ל' ר"ת בב"ק שם בד"ה כי שכתבו ושיעור כדי שאילת שלום תלמיד לרב מפרש ר"ת וכו' הרי דלא פירש ר"ת רק הטעם דתכ"ד הגדול דהיינו כדי שאילת תלמיד לרב אבל שיעור תכ"ד הקטן זה גם לר"ת מה"ת וכן מורה ל' התוס' שם בד"ה והלכתא ע"ש. ובזה מיושב מה דהקשה מעלתו דא"כ גבי הקדש לשיטת התוס' והפוסקים הובא בש"ך חו"מ סי' רנ"ה דיכול לחזור בו בתכ"ד א"כ לר"ת דס"ל דמה"ת אינו יכול לחזור למה הפקיעו חז"ל מידי הקדש ולא אוקמוה אדין תורה כמו דאמרו בקידושין דף ט' לענין משיכה. ולפמ"ש א"ש דגם מה"ת יכול לחזור בתכ"ד הקטן ובתכ"ד הגדול באמת לא יוכל לחזור בהקדש כדמחלק ר' יוסי בב"ק שם. ובזה מיושב מה דבב"ק מחלק ר"י בין תכ"ד גדול לתכ"ד קטן ובתמורה דף כ"ו אמרו מ"ד תכ"ד כד"ד והאי עיוני הוא דקא מעיין וק"ל דלמה לא אמרו כדאמרו בב"ק ולפמ"ש א"ש הכל דחילוק שמחלק בב"ק הוא משום דתכ"ד הגדול לא מועיל משום שמה"ת לא יכול לחזור בתכ"ד הגדול לכך גם רבנן לא הפקיעו ההקדש ולפ"ז זהו דוק' דאמרי' דגזרה הוא אבל אם נימא דעיוני קא מעיין שפיר ה"א דיכול לשנות הדבר לכך קמ"ל דלא אמרי' עיוני קא מעיין וממילא א"י לחזור בתכ"ד גדול ושני הסוגיות עולות יפה. ובזה יש ליישב דברי התוס' בתמורה שם שנתקשה המלמ"ל שם בפט"ו ממעה"ק ע"ש ודו"ק:

ג ובזה י"ל דברי רבינו שם דמ"ש שאין חזרה בהקדש אפי' בתכ"ד היינו בתכ"ד הגדול אבל בתכ"ד הקטן יכול לחזור בו. אבל זה דוחק שא"כ היה לו לרבינו לפרש. והעיקר נ"ל בכונת רבינו שרבינו סובר כמ"ש הרשב"ם דמה דאמרו תכדכד"ד הוא בשאינו אומר שחוזר ולפ"ז מחלק רבינו דבהקדש ודאי דא"י לחזור משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אבל כל שיש לומר דעיוני קא מעיין ואינו חוזר בזה מודה רבינו דגם בהקדש מועיל לשנות בתכ"ד לכך בב"ק דס"ל להש"ס דנמלך דהקדש היינו עיוני קא מעיין דלא

משני כדמשני בתמורה ולכך מדמה הקדש לשאר דברים אבל לפי מה דמסיק בתמורה דל"א עיוני קא מעיין רק דמדרבנן שפיר כ' רבינו וכל שחזר בו לא מועיל בהקדש שאין חזרה בהקדש. ובזה מיושב כל קושית המלמ"ל ודו"ק היטב כי נכון הוא מאד. ומ"ש מעלתו להקשות בהא דאיבעא להו בנדרים דף ז' אי יש יד לצדקה והקשה דהרי הרא"ש ריש נדרים כ' דלכך אצטריך קרא לרבות ידות לנדרים משום דאף שחושב בלב לא מהני עד שיוציא בשפתיו ולפ"ז בצדקה דדעת הפוסקים ביו"ד סי' רנ"ח דאף מחשבה בלב מהני א"כ מאי מבעיא ליה אי יש יד לצדקה וע"ז האריך בפלפול בדרך רחוקה. ולפענ"ד יש ליישב דשאני התם דהידות מורה שמחשבתו היתה כן אבל כאן מבעיא לן אי יש יד לצדקה אם כוון לצדקה א"ל כוון לצדקה אם יכולים עניים להוציא מידו וא"כ כל שספק לנו אם כוון כן ל"ש לומר שיועיל מתורת מחשבה וז"ב ודו"ק. שוב מצאתי בת"י בנדרים דף פ"ז שכתבו בהדיא דכ"ד יכול לחזור מדאורייי ע"ש וכבר נודע דתו"י בנדרים הוא רא"מ תלמידו של ר"ת וע"כ גם ר"ת ס"ל כן. ובלא"ה נ"ל בדברי רבינו עפ"י מ"ש התוס' ברפ"ב דנזיר דכל היכא דל"ש שאלה בהקדש ל"ש חזרה בתכ"ד ולפ"ז לכאורה צ"ב כיון דב"ה ס"ל דבתמורה אין שאלה ומשום דשאני עיולי הקדש מסוף הקדש ולפ"ז צ"ב היאך שייך שאלה בהקדש דהא מיד שאמר הוה כמסירה להדיוט א"כ כששואל הוה כסוף הקדש דל"מ שאלה כמו בתמורה וכ"ש היא מתמורה דשם נשאר הקדש הראשון כמות שהוא וכאן רצה לחזור בו וצ"ל דכיון ששואל על ההקדש ועוקר ההקדש מעיקרו שוב הוה תחלת הקדש ולפ"ז לענין חזרה שוב שפיר כ' רבינו דל"מ לחזור דהא הוה עדיין ההקדש דההקדש כבר חל והוא רוצה לחזור וא"כ גם ב"ה מודים דבכה"ג שלא היה עוקר ההקדש מעיקרו ל"מ לשאול וכשם שא"י לשאול כמו כן א"י לחזור בו וכמ"ש התוס' בנזיר דחזרה תלוי בשאלה ולפ"ז זהו כשרוצה לחזור מגוף ההקדש אבל שם בנמלך שמתחלה הי' עולה ועכשיו שלמים דאינו עוקר ההקדש רק שמשנה ענין ההקדש בזה גם הרמב"ם מודה דיכול לשאול ולחזור בו בתכ"ד וז"ב. ובפשיטות י"ל דטעמו של הרמב"ם הוא דלכך א"י לחזור בו דלא אתי דיבור ומבטל מעשה דאמירתו לגבוה הי' כמעשה והא דיכול לשאול היינו משום דזה עוקר ההקדש מעיקרו ועש"ך סי' רנ"ה שם מ"ש בשם הרב בצלאל אשכנזי. ולפ"ז שם דכל דלית רווחא להקדש ל"ש אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמ"ש התוס' בקידושין דף כ"ט א"כ שפיר יכול לחזור תכ"ד ודו"ק ועקצה"ח סי' רנ"ה מ"ש בזה ודבריו תמוהים כמ"ש בנתיבות ומ"ש כן הוא העיקר:

ד איברא דעדיין צריך להבין דלפמ"ש הטעם משום דלית ליה רווחא להקדש אכתי קשה דהא בעת שאמר תמורת עולה היה צריך שיהי' כמסירה להקדש דאל"כ היה יכול

לחזור בו לגמרי והי' פסידא להקדש וא"כ בכה"ג שוב הוה כמסירה להקדש וא"כ איך יוכל לחזור בו אח"כ במה שאמר תמורת שלמים. אמנם נראה דהרי בתמורה קי"ל דאף בטעות חיילא וא"כ כל שאמר הרי זו תמורת עולה לא יוכל לחזור בו מתמורתו דחיילא אף בטעות וא"כ שפיר יוכל לחזור בו לענין שיהיה תמורת שלמים ובזה שוב ליכא רווחא להקדש דסוף סוף יהיה עכ"פ תמורת עולה ושפיר פריך הש"ס במרובה שם דף ע"ג על ר"י. ובזה אמרתי דבר נחמד מה שהש"ס הקשה מסיפא מתמורת עולה ותמורת שלמים שנחלקו ר"מ ור"י ולמה לא פריך מרישא שנחלקו בהיא שלמים וולדה עולה שנחלקו ג"כ ר"מ ור"י בפלוגתא הנ"ל כמבואר בתמורה דף כ"ה וגם הך דר"פ שמביא הש"ס אתמר בתמורה ארישא וניהו דר"פ קאי גם אסיפא אבל עכ"פ למה הקשה הש"ס מסיפא וכבר עמד בזה בפ"י שם ולפמ"ש א"ש דמרישא ל"ק די"ל דשאני התם דאין חזרה בהקדש אף בתכ"ד וכמ"ש רבינו בפי' המשנה שם וכאן ל"ש לומר דלית רווחא להקדש דז"א דהא יש רווחא דאם לא יועיל אמירתו והיה יכול לחזור היה פסידא לגמרי דהיה יכול לחזור מהקדישו אבל מתמורה שפיר פריך וכמ"ש ודו"ק היטב:

ה ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דהקשו התוס' בזבחים דף ל' דאמאי באם היה מתכוין לכך דבריו קיימים והא כל שאינו בזאח"ז אף בב"א אינו והדבר יפלא דלמה לא הקשו מהרישא דוולדה עולה והיא שלמים ולפמ"ש א"ש דבאמת צ"ב קושית התוס' דהא כל הטעם דאינו בזאח"ז הוא משום דליתא בחזרה ולפ"ז באם היה מתכוין לכך דלא היה פסידא להקדש דהרי נתכוין מתחלה שיהי' תמורת עולה ושלמים וא"כ מה בכך שאינו בזאח"ז הא עיקר מה שאינו בזאח"ז הוא משום דא"י לחזור דהוה כמסירה להקדש וכל שאינו רוחא להקדש ל"ש אמירתו לגבוה ובכה"ג הי' גם בזאח"ז חל וכל שאינו מעכב זא"ז בכה"ג לא אמרי' זאת וכמ"ש הרשב"ם בתוס' גיטין דף מ"ב ולפמ"ש א"ש דבתמורה בלא"ה א"י לחזור דחל בטעות וא"כ שוב אינו בזאח"ז ולא יוכל להיות בבת אחת אבל ברישא אין מקום לקושייתם וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה בנט"ש סי' מ"ח על קושית התוס' דאין התחלה לקושייתם דכבר אמרו בקידושין דף נ"א דבמעשר הואיל ואיתא בטעות ישנו בב"א וא"כ תמורה דג"כ איתא בטעות למה לא יהיה בב"א וכבר כתבתי במק"א בזה ולפמ"ש א"ש דאדרבא לפי שאיתא בטעות וא"כ כבר נתפס ל' הראשון כ"כ עד שאף בטעות חל הקדושה ואיך יכול לחזור בו ול"ד למעשר דגוף הענין איתא בטעות ודו"ק היטב בכ"ז: ומצאתי במלמ"ל פ"ו מערכין הלכה י"ב שנסתפק דכמו דלריה"ג שלמים ממון בעלים ואיתא במכירה א"כ י"ל דה"ה בהקדש וע"ז כ' די"ל דל"ד דדוק'

מכר מוציא מיד הקדש אבל הקדש לא דל"ש אמירתו לגבוה להוציאו מהקדש להקדש דומיא דיתומים מיתומים דלא טענינן להו:

ו והנה הדמיון רחוק אבל היה לו לדרוש מרגניתא דכל שכבר קדוש פשיטא דל"ש הקדש השני דל"ש אמירה לגבוה דליכא רווחא להקדש כמ"ש התוס' שם ואולי כיון דיוכל למכרו שוב יש רווחא להקדש במה שמקדישו קדושת עילוי אבל ז"א דלהקדש לא אכפת ליה דהרי מתכפר בו אחר וא"כ שוב ל"מ הקדש אחר וע' בערכין דף כ"ח דלא יקדיש דבכור אתא ללאו שלא יקדישו לשם קדושה אחרת וקשה אף אם נימא דבכור ממון בעלים הוא מ"מ אין חל קדושה אחרת כמ"ש המלמ"ל. ואולי אף דלא חל מ"מ עובר בלאו וכדרבא דאף דלא מהני לקי דעבר אמימרא דרחמנא וע' רש"י פסחים דף מ"ז ע"ב ד"ה ולא הבכור ובתוס' שם ודו"ק:

ז והנה בב"ב דף פ"א ע"ב הקשו דלמא לאו ביכורים נינהו וקמעיל חולין לעזרה ומשני דמקדיש להו ולכאורה צ"ב שאיך שייך הקדש דלמא ביכורים נינהו ואין הקדש חל על הקדש כמ"ש המלמ"ל וגם ביכורים הן קדש כקדשי המקדש וניתנין לאנשי המשמר וחולקין כמו בקדש. אך ז"א דממנ"פ אם בכורים הם שוב שפיר מותר להכניסו ואם אין ביכורים עכ"פ הוא מקדישו ועכ"פ אינו רוצה להביא חולין לעזרה ובפרט אם חב"ע לאו דאורייתא ודאי דשרי ממנ"פ וז"ב ופשוט:

ח ובזה מיושב היטב מה שהקשה אותי אחד מליטא ושמו מו"ה יחיאל דוד בהא דפריך אימא לאו בכורים נינהו וקא מפקע להו מתרומה ומעשר והקש' הא יכול להקדישו קודם שהגיע לעונת המעשרות ונתמרח ביד הגזבר ואף שפדאן אח"כ פטור כמבואר פ"ד דפאה ופ"ג דחלה. ולפמ"ש א"ש דלענין שיפקיע מתרומה ומעשר שפיר חיישינן דלמא באמת לאו בכורים נינהו וההקדש לא חל מספק כיון דספק שמא ביכורים היו והקדש אינו חל על הקדש וכל שלא חל קדושה מספק אזלינן הכא והכא לחומרא דלמ' באמת לאו הקדש נינהו ומפקיע להו מתרומה ומעשר והקדש לא חל ע"ז דבשעת מעשה לא חל הקדש דדלמ' בכורים נינהו ואף דאח"כ פריק להו מ"מ בשעת מעשה לא חל הקדש וז"ב:

ט והנה מדי דברי בענין תכ"ד זכר אזכור מה שאמרתי בתכ"ד במ"ש הר"ן בתשו' בסי' מ"ג והובא בב"י סי' קל"ז באהע"ז במ"ש רבינו פרץ הכהן ז"ל דאין מועיל ביטול הגט כל שמסר מודעא מקודם וביטל כל מה שיבטל אח"כ הגט והקש' הר"ן דא"כ למה הוצרך ר' יהודה בגיטין דף ל"ד לסהדי לאותבי קרא באודנייהו הו"ל לצוות שיבטל כל ביטולים שיעש' אח"כ על הגט והשיב ר"פ דחיישינן שמא יבטל בתכ"ד לאמירתו וע"ז כ' הר"ן דבגט לא מהני תכ"ד דתכ"ד כד"ד חוץ ממקדש ומגרש וע"ז תמה הרב החריף מוהר"ר

חיים צבי מיאנוב נ"י דהרי הר"ן כ' בנדרים פ"ז הטעם דשאר דברים אין אדם עושה כ"כ בגמר דעתו ודעתו שיכול לחזור תכ"ד אבל בגיטין וקידושין אדם העושה זאת היא בהסכמה גמורה ובדיעה החלטה ולכך א"י לחזור בו ולפ"ז שם בהך גיטא דחתנא דירמי' בראי דר"י אשקלי' והדר אשקלי' וא"כ לא רצה ליתנו בדיעה שלימה וא"כ בכה"ג אף בגיטין מועיל תכ"ד לבטל הדיבור שאמר שלא יועיל ביטול. והשבתי ת"ל תכ"ד דבאמת הא דאשקלי' וע"כ הי' מד"ת שיכופו אותו דאל"כ הי' גט מעושה וכבר כ' הרמב"ם פ"ב דלכך יכולים לכפותו דכל שכופין אותו ואומר רוצה בלי ספק נתרצה בלב שלם דכבר כפה יצרו הרע שהסיתו לחטוא ע"ש וכיון שכן כל שנתן גט ע"י כפייה ואמר שלא יועיל שום ביטול אנן סהדי שנתרצה בלב שלם ובפרט בכה"ג דמצוה לשמוע דברי חכמים וא"כ פשיטא דהוה כמו שאר גיטין דל"מ חזרה תכ"ד וז"ב מאוד ועיין ב"ב דף מ"ח. איברא דלפ"ז יקשה בהא דאמרו במכות דף ט"ו אונס שגירש אם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה ואם כהן הוא לוקה ואינו מחזיר והרי התוס' פירשו שם דלמ"ד קיימו ולא קיימו הוה בתכ"ד אחר הגירושין ע"ש ד"ה הניחא וא"כ קשה כיון דתכ"ד כדיבור דמי רק בגיטין מדרבנן החמירו כמ"ש הרשב"ם בב"ב דף קנ"ט וא"כ גם כהן אמאי לוקה הא יכול לחזור מה"ת וכבר נתקשה בזה המחנה לוי בחידושיו למכות אך ז"א קושיא כלל כיון דעכ"פ מדרבנן אסור א"כ בכה"ג ל"ש מצות התור' ולו תהיה לאשה דבעינן דוקא אשה הראויה לו וכל שמדרבנן הוה גרושה לא גרע משניה דרבנן דכ' הרמב"ם פ"א מנערה בתולה ה"ה דל"ש ולו תהיה לאשה ועכ"מ ומלמ"ל באורך בזה וא"כ גם כאן כיון דמדרבנן א"י להחזיר שוב ל"ש לקיים המצוה של ולו תהיה לאשה וא"כ גם כאן שפיר לוקה ואינו מחזיר. אך לפמ"ש עדיין קשה דכל הטעם הוא משום דעשה בהסכמה מוחלטת ולכך א"י לחזור תכ"ד ולפ"ז כאן באונס דעי"ז מבטל מ"ע דולו תהיה לאשה מה"ת לומר דעשה כן בהסכמה מוחלטת נימא דלא עשה כן בלב שלם דאנן סהדי דכל ישראל ניחא להו לקיים מצות ולשמוע דברי חכמים ובפרט התורה וא"כ אף מדרבנן לא יהי' גט ויוכל לחזור בו ולהחזיר אשתו והיא קושיא נפלאה. אך לפענ"ד היה נרא' להוסיף תבלין בדברי הר"ן דבאמת יש ספק אם עשה כן בהסכמה גמורה ולא יוכל לחזור בו או לא ולפ"ז בשלמא בכל הקניינים וכדומה דמתחיל ענין עי"ז א"כ אף בספק אם היה בדעה מוחלטת כיון שחוזר מעמידין הדבר על חזקתו הראשונ' אבל בקידושין וגיטין ל"ש לאוקמ' אחזקתה הראשונ' דהרי אתרע עכ"פ החזקה במה שקידש או גירש וכבר כתבו התוס' בכתובות דף כ"ב דבזרק לה קידושין וגיטין אתרע חזקתה וא"כ בכה"ג יותר מסתבר לומר דאנן סהדי שהסכים כן בהחלט ואח"כ חזר בו ולכך א"י לחזור בו וז"ב

בכוונתו ולפ"ז שפיר הקשה הר"ן כיון דעכ"פ ספק הוא שוב אינו מועיל בטולו בתכ"ד כיון דעכ"פ ספק יש ול"ש לאוקמ' אחזקה ולא אתי דיבור ומבטל מעשה הגט ואומר שלא בטלו וז"ב ודו"ק:

י והנה במ"ש למעלה בהך דב"ב דף פ"א הנ"ל לא ביארתי היטב כוונתי. וכעת נ"ל בזה דהנה במה שהקשיתי היאך חל ההקדש מספק והא אין הקדש חל על ההקדש. אך נרא' בזה דהנה כל הטעם דאין הקדש חל על ההקדש הוא משום דליכא רווחא להקדש דמה נ"מ בין הקדש זה לזה ולפ"ז כאן דפריך והא בעי מכלינהו דפריק להו וא"כ שוב יגיע רווחא להקדש ושפיר חל ההקדש. ומעתה מיושב הקושיא הנ"ל דשפיר פריך והא מפקע מתרומה ומעשר ולא שייך לומר דיקדיש קודם שחל עונת המעשרות ואז נגמרו בידי הקדש ואף שפדאן אח"כ נפטרו דז"א דכל הטעם הוא משום דהמירוח היה ביד ההקדש והקדש פוטר ממעשר ואף שפדאן אח"כ כבר נפטרו אבל כאן דבעת שלא פדאן לא היה חלות להקדש דאין הקדש חל על הקדש וליכא רווחא להקדש דמה נ"מ להקדש אם הוא ביכורים ונתנו לכהנים או שיהי' קרבן וינתן לכהנים שבאותו משמר ורק כשפדאן איכא רווחא להקדש דבכורים בלא"ה מחוייב לתנם והפדיון הוא ג"כ להקדש וא"כ כיון שעיקר חלות ההקדש הוא לאחר שפדאן עכ"פ לא נפטרו ממעשר קודם שנפדו ודו"ק היטב כי חריף הוא:

יא והנה אחר שנים רבות כאשר למדתי מס' מנחות בעיון ראיתי בדף פ"א בתוס' בד"ה תודה שכתבו דלכך כשאמר תודה מן החולין ולחמה מן המעשר יביא הכל מן החולין ולא אמרי' נדרו ופתחו עמו משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכבר נתחייב להביא מן החולין ולא מצי לחזור בו אף תכ"ד ובהשקפה ראשונה תמהתי דא"כ מה פריך הש"ס שם על האומר תודה בלי לחם נדרו ופתחו עמו והא א"י לחזור בו וצ"ל דבאמת זהו תירוצא דש"ס דמשני דע"כ לא אמרו ב"ה רק באומר אילו הייתי יודע שאין נודרין כך לא הייתי נודר אבל כל דהדר ביה כופין והיינו דלחזור בו א"י משום דבהקדש א"י לחזור אף תכ"ד רק באומר אילו הייתי יודע לא הייתי נודר בזה יכול לחזור והנה למדתי מזה דבר חדש דאף אם נימא כשיטת הרמב"ם והתוס' דבהקדש א"י לחזור אף תכ"ד מ"מ בכה"ג שאומר שלא כוון לידור כך ומטעי קטעי בגוף הנדר בכה"ג ודאי יכול לחזור בו:

יב ובזה מיושב היטב קושית הש"ך הנ"ל דמ"פ בב"ק על ר"י מאמר תמורת עולה תמורת שלמים והא בהקדש ל"מ חזרה. ולפמ"ש א"ש דהרי בהקדש טעות מועיל שאלה אבל בתמורה אף בטעות ג"כ מקרי תמורה וכמ"ש הרמב"ם פ"א מתמורה ה"ג וא"כ בתמורה דאמר ר"י דבנמלך ל"מ ממילא לא מועיל אף בכה"ג שאמר אילו הייתי יודע לא הייתי

ממיר בכה"ג ובזה שוב יקשה דהא תכ"ד מועיל חזרה ול"ש לומר דבהקדש ל"מ דהא בכה"ג אף בהקדש מועיל חזרה וניהו דתמורה מרבינן שוגג כמזיד היינו דל"מ חזרה לאחר כ"ד אבל תכ"ד פשיט' דלא עדיף משאר הקדש וא"כ שפיר קשה על ר"י. ובזה מיושב היטב קושית הפ"י מה דלא מקשה מריש' דפליגי בהיא שלמים וולדה עולה דנחלקו ר"מ ור"י ע"ש. ולפמ"ש א"ש דבהקדש הו"מ לשנויי דבהקדש ל"מ חזרה ובאמת אלו אומר אם הייתי יודע לא הייתי מקדיש בכה"ג היה יכול לחזור ולכך הקשה מתמורה דאף בכה"ג אינו מומר ושפיר מקשה דבכה"ג עכ"פ מועיל חזרה תוך כ"ד ודו"ק איברא דרש"י לא פי' כך הא דאמרו אילו הייתי יודע שאין נודרין כך לא הייתי נודר אלא כך פירש"י דלכך אין פתחו עמו שאמר בפי' אלו הייתי יודע שאין תודה בלא לחם הייתי נודר תודה ולחמה עמה ומשמע אם לא אמר שכך היה נודר אף שבתחלה כשנדר תודה היה דעתו על תודה ולחם לא הי' יכול לחזור בו ואמאי הא תכ"ד כדיבור דמי וע"כ נרא' לפענ"ד דשאני התם דבאמת אין הלחם מעכב את התודה ולחם בגלל תודה ואין תודה בגלל לחם א"כ ל"ש אמירה לגבוה דא"י לחזור בו דגוף התודה נתחייב אבל הלחם לא אמר ויוכל לחזור בו תכ"ד ושאני התם דגם כעת אינו חוזר מהלחם רק שרוצה להביא ממעות מעשר שפיר אמרי' דכיון דתודה הוא חולין א"כ הלחם גריר בתר תודה וא"י להביא מהחולין ולא יוכל לחזור ולומר שיביא מן המעשר דלענין זה הוה כמסירה שא"י להביא מן המעשר אבל אם אמר בלא לחם לענין שלא יביא לחם כלל שפיר יכול לחזור בו תכ"ד דהא לא הזכיר כלל לחם וז"ב מאד:

יג ובזה מיושב דברי הרמב"ם שכ' בפי"ג ממעה"ק הלכה י' גבי תודה בלי לחם דאם אמר אלו הייתי יודע שאין תודה בלא לחם הייתי נודר דחייב להקריב כדרך המקריבין ותמה הכ"מ דאמאי לא כתב דשואלין אותו כדרך שהתנה בהלכות שלפני'. ולפמ"ש א"ש דכאן שאין הלחם מעכב א"צ לשאול ובסתם פטור עד שיאמר בפירוש שאלו ידע היה הקריב כדרך המקריבין אבל באינך דאין שייכות להקרבה כלל צריכין לשאלו ועכ"פ מה שלמדתי מהסוגיא דאם היו נדרי טעות היה מועיל חזרה תוכ"ד נלפענ"ד דמוכרח מהך הלכה ט' ועכ"מ שם ומלמ"ל באורך ודו"ק היטב שם:

יד אחר זמן רב הראני הרב המאוה"ג אבד"ק צעשניב דברי הגהת מרדכי פי"נ לענין תכ"ד ומשם מבואר דשם לענין תפוס לשון ראשון או אחרון אינו ענין לשאר תכ"ד אי כדיבור דמי ואמר שבזה יתיישב דברי הש"ס וגם הפ"י כוון לזה בב"ק שם מדעתא דנפשיה אבל בתוס' מנחות דף פ"א ע"ב ד"ה תודה לא משמע כדברי הגהת מרדכי הנ"ל וגם הך דתפוס לשון ראשון הוא בכלל שאר תכ"ד כד"ד ע"ש ודו"ק:

טו והנה ק"ל בהא דכתיב בד"ה א' כ"א קח לך ויעש אדוני המלך הטוב בעיניו ראה נתתי הבקר לעולות וגו' ויאמר המלך דוד לארנון לא כי קנה אקנה בכסף מלא וגו' ויתן דוד לארנון וכו' וק"ל הא ארנון אמר שיתן לו ואמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואיך מועיל חזרתו ולמה נתן לו דוד כסף. וצ"ל כיון דלההקדש אין רווחא אם ארנון יתן במתנה או שיקבל במכר אם כן ל"ש אמירתו לגבוה כל דליכא רווחא להקדש וכמ"ש התוס' בקידושין דף כ"ח ודו"ק:

טז והנה בשנת תרט"ו כ"ד שבט אמר לי תלמידי החריף מוה' ישראל אלימלך נ"י דלדעתו הטעם דתכ"ד לאו כדיבור דמי בכל הני מגדף ומקדש ומגרש וע"ז משום דיש להסתפק בענין תכ"ד דיכול לחזור בו אי נימא דהוה כמו עוקר לדיבורא קמא דבתחלה אמר כך ולבסוף חזר ועוקר הדבר מעיקרו או דלמא דרק גייז לדיבורו ומבטל מכאן ולהבא ולפ"ז אם נימא דאינו רק מבטלו מכאן ולהבא א"כ במקדש דכל דקדשה לא נפקע הקידושין וכן בגירושין לא מועיל מכאן ולהבא דכל דפסקה פסקה וכן בע"ז או מגדף כל שכבר אמר אלי אתה או שגדף אלקים חיים מה מועיל חזרתו מכאן ולהבא ולכך גם בהקדש חידש הרמב"ם דל"ש תכ"ד דכל שהקדיש שוב לא נפקע בכדי ובשלמא במכר ומתנה י"ל דרצה שיהי' המכר לזמן ואח"כ נפסק אבל כאן ל"ש חזרה מכאן ולהבא. ובזה רצה ליישב קושית הש"ך הנ"ל דלר' יוסי שם בעדות דאמרי' דלר"י כי מתזמי אטביחה אתזמי אגניבה אלמא דתכ"ד הוה עקירה למ"ש בראשונה שוב שפיר אף בהקדש שייך עקירה ובאמת שדפח"ח. אמנם לא על אדני האמת יסודתו דהרי הר"ן בחידושיו לגיטין דף פ"ד כ' דבהא דאמרו כיון דפסקה פסקה שמעינן דהנותן מתנה לחבירו גוף ופירות יום א' אמרי' ג"כ דזכה מקבל לעולם וא"כ שוב יהי' גם במתנה ומכר ג"כ תכ"ד לאו כדיבור דמי וזה א"א וע"כ דהוה כעוקר דבריו וא"כ גם בהנך נמי יועיל ובאמת בע"ז ודאי א"ש אף אם נימא דעקר דבריו ואתי דיבור ומבטל דיבור מ"מ הרי אז עבד ע"ז וחייב וכן במגדף אבל במקדש ומגרש למה לא יוכל לחזור וגם לענין קריעה דאינו חוזר וקורע כל דהוה תכ"ד לא א"ש הך טעמא דאף תכ"ד לא יועיל דמ"מ בעת הקריעה לא יצא י"ח מיהו מקריעה גם לפיר"ת לא א"ש וצ"ל משום לא פלוג כמ"ש התוס' בב"ב דף קכ"ט אבל באמת מבואר דתכ"ד הוא משום דחוזר בו ועוקר הדברים וע' בכתובות דף ל"ג דאמרו דאי נתרי בהו תכ"ד הדרי בהו והיינו ע"כ שיחזרו ויעקרו דיבורם דאל"כ הרי כבר העידו וכן בהוזמו בשעה שהעידו בב"א בתכ"ד ע"כ דעוקרין לדיבורם דאל"כ מה בכך שחזרו אח"כ והלא כל שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והרי בק"ס קיי"ל דכל שעסוקין באותו ענין יכול לחזור בו ומטעם דעוקר הקנין מעיקרו דאל"כ ל"ש לומר שיחזור בו מכאן ולהבא

הא כבר נקנה לו וע' בב"י חו"מ סי' קצ"ה דבכל הקניינים יכול לחזור בו תכ"ד במשיכה והגבהה וכדומה והרי כבר עשה משיכה וע"כ דעוקר המשיכה והקנין וה"ה בזה וא"כ גם כאן ה"נ ודו"ק:

יז והנה בשנת תרח"י ט"ו כסלו למדתי סי' רנ"ה ואמרתי בישוב קושית הש"ך על הרמב"ם מתמורה דהנה אף לפמ"ש הרמב"ם דבהקדש גם בתכ"ד ל"מ חזרה הוא דוקא מדרבנן כמו כל אינך דחשיב. ולכאורה צ"ב דא"כ מה"ת יכול לחזור והיאך יכלו רבנן לאפקועי הקדושת עולה דאמר אח"כ. אמנם נרא' דהנה קיי"ל בתמורה דף י"א דהאומר רגלה של זו עולה כלה עולה דפשטה קדושה בכולה ואף בדבר שאין הנשמה תלויה בו וע"ש ברש"י דר' יוסי ס"ל כן ולפ"ז אם נימא דעובר ירך אמו וע' תמורה דף כ"ה דפשטות הלשון משמע דעובר ירך אמו ולפ"ז הרי פשטה קדושה בכלה רק דלפי מה דאמרו בקידושין ז' כל דאיכא דעת אחרת המעכב לא פשטה קדושה בכולה וא"כ כאן שהוא בעצמו חזר בו וא"כ לא פשטה קדושה בכולה ולפ"ז כל דבהקדש מדרבנן תכ"ד ל"מ חזרה וא"כ ליכא עכ"פ דעת אחרת המעכב ובכה"ג ודאי מועיל אף דמדאוריית' יכול לחזור היינו כל שחוזר בכל הקדש אבל כיון דאינו חוזר רק על הולד והרי פשטה קדושה בולד מצד עצמו רק דאיכא דעת אחרת המעכב וכל שרבנן אמרו דא"י לחזור עכ"פ דעת אחרת ליכא ושוב פשטה קדושה בכולה וז"ב:

יח ובזה מיושב היטב קושית הפ"י שהקשה בב"ק שם דלמה פריך מסיפא מתמורת עולה ותמורת שלמים ולא פריך מרישא. ולפמ"ש א"ש דמריש' ל"ק דבאמת שם שייך פשטה קדושה בכולה ומדרבנן תכ"ד ל"מ חזרה אבל בסיפ' דתמורה דהדין הוא שירעה עד שיסתאב והרי שם אינו רק קדושת דמים ובזה ל"ש פשטה קדושה בכולה וא"כ מה מועיל מה דרבנן תקנו שלא יכול לחזור נגד דאוריית' ושפיר מקשה ולפ"ז מיושב קושית הש"ך ג"כ דשפיר מקשה מתמורה ודו"ק. ולפ"ז י"ל דבמקדיש מנה לבדה"ב כיון שמה"ת יכול לחזור ורבנן לא תקנו תקנה לענין ממון כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' קי"ט וא"כ שוב צדקו דברי הסמ"ע בזה ודו"ק:

סימן נג

א לענין לולב היבש.

ב נסתפקתי בלולב היבש דקי"ל דפסול אם כעת אינו יבש רק שסופו להתייבש בתוך החג אם כשר לצאת בו כעת ומקור הספק הוא ממ"ש הר"ן פ"ק דסוכה וכן קיי"ל בש"ע סי' תרכ"ט דכל מה שדרכן להתייבש תוך שבעה מיד דיינינן ליה כאילו הוא יבש הרי דאף

שאינו יבש כעת אפ"ה פסול על שם סופו וה"ה בזה. ולכאורה רציתי לומר דשאני התם דבעינן סוכה הראויה לשבעה כמבואר בסוכה דף כ"ג העושה סוכה ע"ג בהמה פסול לר' יהודה משום דבעינן סוכה הראויה לשבעה ואף לר"מ דמכשיר הוא משום דמדאוריית' מחזי חזי עכ"פ בין לר"י בין לר"מ בעינן סוכה הראויה לשבעה לכך כל שסופו להתייבש לא יהי' הסכך ראוי לשבעה אבל בלולב דלא בעי ראוי לשבעה כשר אף שסופו להתייבש אח"כ. איברא דלכאורה קשה דהרי בדף כ"ז ע"ב אמרו דר' אליעזר ס"ל אין יוצאין מסוכה לסוכה משום דאמר קרא חג הסוכות תעשה לך שבעת ימים עשה סוכה הראויה לשבעה ורבנן הכי אמר רחמנא עשה סוכה בחג ואנן קי"ל כרבנן א"כ לא בעינן סוכה הראויה לשבעה והרי כאן בין לר"מ בין לרבנן בעינן סוכה הראוי' לשבעה. אך יש לחלק דבאמת בעינן סוכה הראוי' לז' אבל כל שראויה לשבע' אף שאינו יושב בה כשר לר"מ ולר"י אבל לר"א צריך שיהי' לשבע' וישב בה כל שבעה ובזה לא קי"ל כר"א. הן אמת דצריך להבין דברי הש"ס דאמרו דטעמא דר"י משום דבעינן סוכה הראויה לשבעה משמע דליום א' חזי רק דאינו ראוי לכל שבעה ובאמת ליום א' אדרבא ל"ח משום דהוא יו"ט ולמה לי לתלות במה שאינו ראוי לכל שבעה וע' בחידושי הרשב"א אמנם נרא' דבאמת לשיטת הפוסקים דרק בלילה הראשונה מחוייב לאכול בסוכה פת אבל ביום אח"כ ובשאר הימים רצה שלא לאכול פת אין חיוב סוכה עליו א"כ י"ל דבאמת בלילה ראשונה לא יפסל משום דאינו יכול לעלות דהרי האיסור לעלות הוא משום דאסור להשתמש בב"ח ואינו רק איסור דרבנן ומצות סוכה דוחה אותה אף דחז"ל עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה כמו שאמרו גבי אין מפקחין את הגל כמ"ש הר"ן שם וע' מג"א סי' תמ"ו ס"ק ב' אפשר דשבות דמשתמש בבע"ח דאינו רק משום גזירה שמא יתלוש זמורה אין בו רק ל"ת בלבד והעשה דוחה אותה וצ"ע בזה לכך בלילה ראשונה חזי והעשה דוחה אותה ושפיר פוסל ר"י דאינה ראויה לשבעה דביום דאינו מצווה לאכול פת שוב אינו דוחה ויהי' אסור לעלות א"נ אינו ראוי לשבעה וזה שפירש"י נמצא שאינו ראוי ליום ראשון היינו ליום א' דוקא דבלילה מחזי חזי. איברא דלכאור' יקשה איך ממעט ר"י מקרא דבחג הסוכות פסול דרבנן וכדאמר ר"מ מדאוריית' מחזי חזי והאיך שייך דהקרא ממעט פסול דרבנן. אך נרא' דא"ש לפמ"ש המלמ"ל פ"ב מנערה דכל שהתורה כתבה בסתם יכול למעט אף פסול דרבנן וכמו דממעט שניות דרבנן מולו תהיה לאשה דהיינו כיון דבעינן שיהא ראוי לאישות וכל שאינו ראוי לאישות אף מדרבנן לא קרינן בי' ולו תהיה לאשה ע"ש שהאריך בזה ובכמה מקומות וה"ה כאן כל דחז"ל פסלו לעלות באותה סוכה לא

קרינן ביה חג הסוכות תעשה לך שבעת ימים וע' בחידושי הריטב"א שכפי הנרא' הרגיש בזה ור"מ ס"ל כיון דמדאוריית' חזי לא איכפת לן בפסול דרבנן:

ג ובזה יש ליישב קושית הספר סמא דחיי הובא בשער המלך הלכות לולב לר"י ע"כ לאו לאפוקי סוכה שע"ג גמל דהא מדאוריית' מחזי חזי וכי אתי קרא לדרבנן ע"כ לאפוקי דר"א אתי וא"כ מה פריך לר"מ אימא ר"מ ס"ל כת"ק ע"ש בשעה"מ ובחידושי הארכתי בזה. ולפמ"ש אין התחלה לקושייתו דכל שאינו ראוי לסוכה אף מדרבנן שפיר ממעט מקרא דהא בעינן חג הסוכות תעשה לך שבעת ימים. אך לפ"ז לר"מ דלא ס"ל כן יהי' כשר לדידיה אף שאינו ראוי לשבעת ימים מדרבנן אבל במה שפסול מה"ת גם לר"מ פסול משום סוכה הראויה לשבעה. ולפ"ז י"ל דלכך פסול בסופו להתייבש משום שאינו ראוי לשבעה דאם יתייבש יפסול מה"ת ואין כאן סכך אבל בלולב דל"ב כל שבעה כשר כל שכעת ראוי אף דיתייבש אח"כ. ובלא"ה יש לחלק דכאן בעינן הדר דיבש פסול משום הדר בזה שפיר אמרי' כל שהדר כעת לא אכפת לן מה שלא יהי' הדר אח"כ אבל בסכך דפסול משום שלא יהי' סכך אפי' העליון כל שסופו להתייבש דיינינן ליה כאילו יבש כעת דגם שם באמת פסול משום מקבל טומאה רק שאין דיינינן כסכך פסול לפסול בארבעה רק כאויר ומטעם שסופו להתייבש ולפול ויהי' אויר אבל לא חשבינן לפסול בזה דנחשבו כיבש כעת וז"ב. מיהו לפמ"ש הראב"ד דהטעם דפסול הדר הוא משום דלא המתים יהללויה א"כ עדיין יש מקום להסתפק א"כ מהראוי לחשבו כיבש גם כעת. והנה לכאורה קשה דאמאי לא קאמר הטעם דר"י דפוסל בעשה ע"ג בהמה משום דמצווה על שביתת בהמתו בשבת ואינו ראוי לשבעה דסוכה דע"כ שבת בתוכו וכמ"ש הריטב"א בביאור סוכה הראוי לשבעה ע"ש ובאמת דברי הריטב"א צ"ע דל"ל מטעם שבת ת"ל ראינו ראוי גם ביו"ט משום משתמש בבע"ח דאסור גם ביו"ט כמבואר במשנה דאין עולין לה ביו"ט וכ"כ המ"א בהדיא דגם ביו"ט אסור להשתמש בבע"ח ע"ש בסי' רמ"ו. אבל צ"ע שכפי הנרא' חפש למצוא ראיה וא"צ דהדבר מבואר במשנה דאין עולין ע"ג בהמה כשעשה סוכה ע"ג ומטעם זה. יהי' איך שיהי' עכ"פ יקשה למה לא יאסר ר"י בשביל שמצווה על שביתת בהמתו בשבת משא"כ ביו"ט כמבואר סי' רמ"ו ולכך פוסל ר"מ דבעי סוכה הראויה לשבעה וזו אינה ראויה בשבת וביותר יקשה דא"כ מ"ט דר"מ דמכשיר דל"ש לומר דמדאוריית' מחזי חזי דאינו ראוי בשבת וא"ל דמיירי בבהמה שא"ש דאינו מצווה דז"א דאכתי יגזור אטו בהמה שלו מיהו זה רק גזירה דרבנן ומה"ת חזי. ועכ"פ יש ליישב בזה קושית הסם חיי דשפיר אצטריך קרא לר"י בבהמה שלו דאסור מה"ת משום שביתת בהמתו ודו"ק:

ד והנה לכאורה קשה דאמאי לא נימא דר"י דס"ל דבעינן סוכה הראויה לשבעה לשיטתו דס"ל דירת קבע בעינן וא"כ בעי סוכה הראויה לשבעה עכ"פ לימים שצריך אותם ועיקר פסולו הוא דאם אינו ראוי לשבעה ודאי ארעי מקרי ושבעה לאו דוקא רק דעיקר הוא שיהי' ראוי עכ"פ לשבעה אבל ז"א דגם ר"מ ס"ל דדירת קבע בעינן דהרי אחרים ס"ל דדירת קבע בעינן כמבואר בדף ו' וע' תוס' שם וא"כ שפיר פריך ור"מ דמכשיר מ"ט וז"ב. איברא דלפ"ז ר"א דס"ל דירת ארעי סגי והא דחשיב בדף ו' שם ר"א דדירת קבע בעינן הוא להיפך כמ"ש ברא"ש שם דר"א מכשיר צריף ורבנן דפסלי ג"כ מטעם אחר ע"ש וא"כ מ"ט דר"א דס"ל עשה סוכה לשבעה כמבואר דף כ"ז. אך המעיין יבין ויכיר כי הבדל גדול בין הלשונות דגבי ר"י נקט סוכה הראויה לשבעה שמה סוכה ואם לאו לא שמה סוכה הרי דקפדי על הסוכה דבעינן שיהי' קבע וכמ"ש אבל גבי ר"א עיקר הקפידא שיעשה מתחלה שיהי' לשם מצות סוכה של שבעת ימים וע' ברש"י דגרס שם עשה סוכה לשם חג שבעה הרי דקפיד שיהי' עשוי בתחלת החג ולא בחוה"מ אף דעושהו קבע וא"כ עיקר הפסול משום דבעי לשם מצות החג שבעה וכבר עבר הזמן שעתה חוה"מ. וכפי הנרא' אזיל בשיטת ב"ש דבעינן סוכה לשמה וכבר אמרו בדף ט' דב"ש ס"ל כר"א וא"כ בעינן שיעשה לשם מצות שבעת ימי החג וז"ב:

ה ובזה ממילא אין מקום לקושית השעה"מ בשם סמא דחיי שהקשה דלימא דר"י ס"ל כר"א. ולפמ"ש אין ענינו לזה דר"י ענין אחר ור"א ענין אחר. ובזה מיושב קושית הריטב"א בדף כ"ו שהקשה דאיך אמר בדף ט' ודב"ש ס"ל כר"א והא גם לר"א מצריך קרא שלא יעשה סוכה בחוה"מ ואכתי לשמה מנ"ל והיא קושיא גדולה ולפמ"ש א"ש דדא ודא אחת היא דטעמיה דר"א משום דבעינן לשם שבעת ימי החג ודו"ק היטב:

ו בזה מיושב מה שהקשה אותי עלם משכיל נ"י בהא דס"ל לרבא בדף ז' דאם סיכך על גבי מבוי שיש לו לחי דכשר דמיגו דהוה דופן לשבת הוה דופן לסוכה והיינו דוקא בשבת ולא בחול והקשה דא"כ למ"ד דבעינן סוכה הראוי לשבעה היאך הוה סוכה. ולפמ"ש אתי שפיר דדוקא במה שאינו ראוי מפאת שלא יתקיים כל שבעה הוא דפסול אבל כאן החסרון בשביל דאינו דופן שלם ולזה לא אכפת לן דלא קי"ל כר"א דבעינן שיעשה סוכה לשם כל שבעה רק כרבנן דר"א וז"ב ודו"ק:

ז והנה במה שהקשיתי למעל' דאמאי לא פסל ר"י בשביל שמצווה על שביתת בהמתו נרא' לפענ"ד כעת דבר חדש דהנה המק"ח רצה לחדש בסי' רס"ו דבשתי סוסים וכל אחת יכולה להוליך דבאדם פטור אבל אסור בבהמ' מותר לכתחיל' ול"ש שביתת בהמתו וא"כ כאן דפירש"י דנתן דלתות על שתי סוסים א"כ ל"ש משום שביתת בהמתו. שוב ראיתי

בשערי תשובה סי' תרמ"ח שהביא באתרוג כביצה בצמצום ובודאי יתייבש אח"כ בימים האחרים אם יוכל לצאת בשאר ימים ומדמה לסוכה וע"ש ולפמ"ש אין לדמות לסוכה וכמ"ש ודו"ק:

ח והנה בי"א תשרי תרי"ז הגיעני תשובה מהרב ר"ב חמיידיש מקאלימייא והקשה לפמ"ש הר"ן דעשה סוכה ע"ג לחי של מבוי ל"מ רק לשבת ולא לחול והרי בעינן סוכה הראויה לשבע'. לפענ"ד הי' נרא' דבר חדש דהטעם דלר"י בעי שיהי' ראוי לשבע' הוא לפי דר"י לשיטתו דס"ל דקבע בעי וכשאינו ראוי לשבעה בודאי אינו רק ארעי ופסול ולפ"ז לדידן דסגי בארעי שוב לא בעי שיהיה ראוי לשבעה. אך באמת אנן קיי"ל כר"י בזה וכמ"ש הר"ן בעצמו והרי אנן קיי"ל דסוכה ארעי ולא קבע. אמנם נראה דבאמת אותה סוכה ראויה לשבע' רק שצריך להוסיף עוד מחיצה אבל מה שנעש' ראוי לשבע' משא"כ שם דגם מה שנעש' לא ראוי לשבעה. ובזה יש ליישב גם קושית השעה"מ הלכות לולב בזה הענין ועיין בר"ן בהא דאמר רבא וכן לשבת מגו דהוה דופן לסוכה הוה דופן לענין שבת ונדחק הר"ן למה לא נימא איפכ' מגו דלא הוה דופן לענין שבת לא הוה דופן לענין סוכה וכתב הר"ן דכל שהכשיר' התור' סוכה ולא פירשה מחיצותיה א"א לומר שבשבת שבתוכ' יהי' צריך לעשות הכשר יתירה ע"ש. ולכאור' יקשה כיון דבעי סוכה הראויה לשבעה וכל שבשבת תהיה אסור שוב גם לחול של ימי הסוכה ג"כ אסור דהא בעי סוכה הראויה לשבעה ול"ש תירוץ הר"ן וע"כ צ"ל כמ"ש דהטעם הוא משום דבעי דירת קבע ולדידן ל"ש זאת ובזה נראה לפענ"ד לבאר שיטת הפוסקים שמבי' הר"ן דס"ל דלא שרי משום מגו אלא איסור' דרבנן ולאוקמי אדינא דאורייי' והר"ן כ' דז"א דאפי' מה דאסור מדאורייי' שרי משום מגו. ולפמ"ש יתבאר סברתם דהם ס"ל דר"מ ס"ל דבעי סוכה הראויה לשבעה לא משום דס"ל דדירת קבע בעינן דהרי ר"א ס"ל ג"כ כן והוא ס"ל דסוכה דירת ארעי כמ"ש לעיל ולפ"ז הם פסקו כר"מ דאמר שם מדאורייי' מחזי חזי ולכך דוקא מה שכשר מדאוריית' הוא דשרי משום מגו ול"ש סוכה דראוי לכל שבעה דהרי מדאוריית' כשרה ולכך באיסור דאוריית' לא שרי. ובזה היה אפשר ליישב השמטת הרי"ף דין זה דהוא פסק כר"י ואף מה דפסול מדרבנן ג"כ בעי שיהיה ראוי לשבעה וא"כ לכך לא הכשיר בזה ודו"ק. ובזה מיושב מה ששאלני העלם הנ"ל דאם כשר לשבת דוקא שוב אינו ראוי לשבעה ולפמ"ש שם מיירי באופן דכשר מדאורייי' וכמ"ש הר"ן וס"ל לרבא כר"מ וכמ"ש ודו"ק:

סימן נד

א להרבני המופלג מוהר"ר יחזקאל מאיר הכהן נ"י.

ב מ"ש מעלתו במה שנסתפק בשעה"מ הלכות אישות פ"ו במי שהלוה לראובן על לולב ואתרוג מי אמרינן דב"ח קונה משכון וחשוב כשלו וקרינן ביה לכם כמו דעובר עליו בב"י וחשוב כשלו. וע"ז אמר מעלתו לפשוט הספק מהא דאמרו בסוכה דף מ"א לא ליקני אינש הושענא ביו"ט קמא מ"ט דינוקא מקני קני אקנויי לא מקני וכו' ואם איתא דיוצא במשכון א"כ יתן לו במתנה ע"מ להחזיר ואח"כ אף שלא יוכל להקנות לו יקחהו מיד התינוק בתורת משכון דעכ"פ צריך להחזיר רק שאינו יכול ולא גרע ממשכון וע"כ דאינו יוצא במשכון עכ"ד. והנה אין מקום לדבריו כלל דל"מ לשיטת המפורשים דהא דלא לקני מיירי במתנה גמורה אין התחלה לדבריו דא"צ להחזיר כלל אלא אף לפמ"ש הר"ן והריטב"א דמיירי במעמ"ל כיון שמיירי בלא הגיע לעונת הפעוטות וא"י להחזיר הוי כמו שמפליגו בדברים כמ"ש הר"ן וא"צ להחזיר כלל דלא הוי תנאי כלל כמ"ש הר"ן ועוד דהרי בלא הגיע לעונת הפעוטות אין על הקטן חיוב כלל אף בעסק מו"מ כמבואר בחו"מ סי' צ"ו ס"ג אף דבסימן שמ"ט מבואר דקטן שגנב מחזירין קרן לבעלים היינו דוקא בגנב אבל כאן נתן לו במתנה. ובזה יש ליישב מ"ש הר"ן דמיירי שלא הגיע לעונת הפעוטות וקשה דהא אף בהגיע אין מקחו מקח רק מדרבנן ואיך מועיל קנין דרבנן לדאוריית' וכן הקשו האחרונים ולפמ"ש א"ש דכל שמקחו מקח מדרבנן ויכול לזכות שוב ל"ה מפליג בדברים ויכול לקחו בתורת משכון ודו"ק:

ג ובעיקר הספק של השעה"מ הנ"ל זכיתי למצוא הדבר מפורש בשטמ"ק ובב"י חו"מ סי' שנ"ג שהביא בשם הריטב"א שכתב בשם הראב"ד דאף דיאוש וש"ר קנה דמים מיהא בעי לאהדורי וכתב הריטב"א דא"צ לימוד דבכל הש"ס משמע דקנה קנין הגוף דאל"כ אמאי אמר ר"ה כי זבינתו אסא וכו'. מה אהני דהא מ"מ האי אסא לא מקני קנין הגוף דהא אינו אלא כמו משכון דבדמים בעי לפדות ואנן בעינן ביום הראשון לכם ע"ש ודברי הריטב"א מבואר בשטמ"ק שם דהדמים צריך להחזיר הנגזל שלקח וע"כ דאינו רק משכון ועיין בשעה"מ הלכות גניבה פ"ה ה"ג שביאר בעצמו כן ליישב קושית האחרונים עכ"פ מבואר בהדיא דבמשכון לא מקרי לכם. ובקושית הריטב"א על הראב"ד מאוונכרי לפענ"ד ל"ק דהרי שם יש חשש שמא גזל מעכו"ם ואף דגזל עכו"ם מותר כתב הרא"ש דניהו דמותר אבל שלכם לא מקרי ועיין במג"א סי' תרל"ז לפ"ז לפמ"ש היום תרועה דלעכו"ם אינו מצוה להשיב דעל העכו"ם לא נאמר הקרא דוהשיב א"כ עכ"פ דמים ודאי אינו מחוייב להשיב ושפיר מקרי לכם כיון דקני ביאוש וש"ר וז"ב. והנה כ"ז לפי הבנת

השעה"מ אבל לפי הכוונ' בראב"ד דהלוקח צריך להחזיר דמים ולזה תמהו הגד"ת וכל האחרונים דאין לו הבנה ומ"ש הריטב"א דהוי כעין משכון ז"א דשאני משכון דגוף החפץ לבעלים ואין למלוה עליו אלא שעבוד וזה להיפך שהחפץ שלו שאין לבעלים אלא חוב דמים ותדע שהרי למ"ד שם יאוש קונה מקרי לכם כדאמרו בסוכה דף ל' סתם גזילה יאוש בעלים כדידיה דמי ע"ש. ולפענד"נ דבר חדש ומקודם נחקור אם יכול להקדישו בכה"ג ולפענ"ד דא"י להקדישו דל"מ לשיטת רש"י בפסחים ל"א דאף לרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה מודה רבא דלאו הקדישו הקדש שהרי ממושכן למלוה ואף שהוא שלו אינו ברשותו א"כ פשיטא דא"י להקדיש דבר זה דצריך להחזיר הדמים וכל עוד שלא החזיר הדמים גוף הדבר ממושכן בעד הדמים ואף לשיטת החולקים על רש"י אבל כ"ז בחוב שאין שעבודו דוקא על אותו דבר בפרט ויכול לסלקו בדבר אחר אף בשעשאה אפותיקי וא"כ אין משיב דוקא דבר זה וע"כ חל ההקדש אבל כאן דבאמת הדבר שלו רק שהוא קנאה בייאוש וש"ר ובאמת לגבי הלוקח לא נתייאש רק דמקרי בהיתירא אתי לידיה עכ"פ אותו דבר משועבד לו טפי משאר דברים שהרי היתה שלו א"כ פשיט' שא"י להקדישו כל שצריך ליתן דמים בעדו דהרי הוא ממושכן בעד הדמים כ"ז שלא סילקו וכיוצא בזה כתב אא"ז הב"ח בחו"מ סי' צ"ו היכא שחייב לנושים הרבה ואחד לקח סחורה בהקפה אם הסחורה היא בעין אין לאחרים חלק בהם ע"ש הרי אף שמכרו קודם וקנאו מ"מ מקרי זה שלו ואין לאחרים חלק בזה א"כ ה"ה כאן כיון שבאמת גזלו אף שקנאו ביאוש וש"ר מ"מ הוה כעין משכון וז"ש הריטב"א אם איתא דצריך להחזיר דמים א"כ כל שלא סילק הדמים הוה כעין משכון ולא מקרי לכם. ומעתה ל"ק מ"ש מיאוש דשם לגבי הגזלן כל שייאש עצמו ל"ש לומר דהוי כעין משכון דהרי מזה יאש עצמו ומכ"ש אם קני בש"ר א"כ אז גוף הדבר שקנה שלו משא"כ לגבי לוקח דלגביו לא ייאש עצמו וז"ב. ובזה מיושב מ"ש הגה"מ בשם הסמ"ג שצריך שיתנה תנאי כפול וע"ז כ' בהגהת מיימוני דאדרב' אם לא יתנה ת"כ כ"ש שמתנה טובה והתנאי בטל ולפמ"ש א"ש דכבר נודע מ"ש הרשב"א והרא"ש ביבמות דף ק"ו דכל שהתנה ת"כ אין כופין אותו לקיים התנאי לפי שכבר נתפרשה כפייתו אם יקיים התנאי יתקיים המעשה ואם לא יתקיים התנאי לא יתקיים המעשה ע"ש ולפ"ז כל שלא התנה בת"כ כל שעשה המעשה כופין אותו לקיים תנאו ועיין בקצה"ח סי' רמ"א ולפ"ז אדרבה כל שלא התנה ת"כ ונוכל לכפות אותו שיקיים התנאי א"כ הוי האתרוג עצמו כעין משכון כל עוד שלא סלקו בדמים ובפרט באתרוג דלא מהני החזרת דמים וכיון דהוי כמשכון לא מקרי לכם לכך כ'

שצריך להתנות ת"כ וא"כ לא נוכל לכפות אותו שכבר נתפרשה כפייתו א"כ ל"ה משכון ויצא וכעין זה כ' הקצה"ח בעצמו ודו"ק:

ד ובגוף הענין הן אמת שנדחקתי ליישב הגירסא כמו שהוא אבל באמת מלבד דעדן לא ברור הדין שלא יהיה יכול להקדיש ויהי' מקרי עי"ז אינו שלו אף גם דתמהני דלפי מה דמבואר בחו"מ סי' ע"ב ס"כ דבמשכון דעת גדולי הפוסקים דיכול לומר לדידי שוה אף שאינו שוה כ"כ ועיין בש"ך שם ובסי' קט"ו סוף סעיף א' ובש"ך שם א"כ כיון שמדמה הרשב"א למשכון א"כ יהיה הנגזל יכול לומר לדידי שוה לי סך רב ואתה צריך לשלם לי כל דמי שויו כי הי' ההידור עולה סך רב ועיין שו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל סי' ק"כ וא"כ יהיה מוכרח לומר לו טול את האתרוג או החפץ דאטו תרקבי דדינרי יתן לו. ואולי יש לכוין שזה כוונת הרשב"א דהוה כמשכון וע"כ דכוונת הראב"ד דבדמים בעי לאהדורי דהיינו שהנגזל יתן לו הדמים. אמנם גם בזה יקשה דא"כ עכ"פ הלוקח יוכל לומר לדידי שוה לי סך רב ועד כמה יתן לו ואולי דוקא בחוב יוכל לטעון ששוה לו כדי כל החוב שאדעתא דהכי קבלו וגם יש לו סך מסויים משא"כ כאן דאין לו גבול ידוע אבל צ"ע ועיין בר"ן פ"ק דקידושין גבי שו"פ במדי שכתב דהוא מטעם דאמרה לדידי שוה לי וע"כ צ"ע כעת. וגם במ"ש הראב"ד הטעם דצריך להחזיר הדמים משום דבאיסורא אתי לידיו צ"ע דיאוש וש"ר חשוב בהיתירא אתי לידיה שהרי כבר נתייאש ביד הגזלן ומה"ט מועיל יאוש וש"ר כמ"ש הקדמונים ואולי לגבי דמים מקרי באיסורא דהרי מדמי לא קא מייאש עצמו כדאמרו בב"ב דף מ"ד ניהו דמגופיה מייאש מדמי מי קא מייאש ובתשובה אחרת ביארתי דהכוונ' למ"ש הראב"ד כאן דהיינו אם הגזלן ירצה ליתן דמים ומכאן הוציא הראב"ד דינו לפי גירסת השטמ"ק הנ"ל וא"כ עכ"פ בזה הוה באיסור' אתי לידיה. עוד קשה לי לפמ"ש בחו"מ סי' רל"ו ס"ח דבספרים ל"ש יאוש דידע שהספרים יבואו ליד ישראל א"כ לפ"ז גבי אתרוג של מצוה דשוה הרבה למצוה טפי מלאכילה א"כ ל"ש יאוש דהרי הגזלן לא יטול לצאת בו דלגבי' אף אם יאוש קני הוה מצוה הבאה בעבירה ומכ"ש דיאוש לא קני ויצטרך למכרו לאחר וא"כ לגבי אחר לא ייאש עצמו דהישראל ודאי יתנהו לו ובפרט אם נימא דדמים צריך לתת לו א"כ מ"ל חפץ או הדמים הא בדמים יוכל לקנות אחר וצ"ע כעת. אחר זמן רב ראיתי בח"מ באהע"ז סי' ק' ס"ק ה' שהביא בשם הר"ן פרק נערה שאם הקרקע שוה עשרה זהובים והיא רוצה לקבלה בעשרים והיורשים רוצים לסלקה בעשרה דמי הקרקע הדין עמם והביא כן בשם הר"ן פרק נערה. ובראשית ההשקפה תמהתי דלמה לא תוכל לומר לדידי שוה לי ואף דיכולים היורשים לסלקה במעות מ"מ יכולה לומר תנו לי הקרקע דלדידי שוה לי ולא יכול לסלקו בפחות מכדי

חובו. ובאמת שהבה"ת והראב"ד הוציאו הדין מהירושלמי שהביא הר"ן פרק נערה שם גבי פורנא. שוב ראיתי בנוב"י סי' ט' בחלק חו"מ מהד"ק שהאריך לחלק בין כתובה לשאר חוב ונדחק לפרש דפורנ' לאו כתוב' רק תוספת שליש וזה דחוק מאד גם לא הזכיר דברי הח"מ האלה שהביא הדין גם לענין כתובה ועב"ש שם וצ"ע כעת ובמ"ש נראה ליישב הא דאמרו בכמה מקומות ומהם בב"ב דף כ"ז דקרקע כל שהו כותבין עליו פרוזבול ופירש רשב"ם דאין אונאה לקרקעות והקשו התוס' דהא ביותר מפלג' י"ל ביטול מקח ופירשו הם משום דגבי וחזר וגבי ע"ש ולפמ"ש יש לומר דגם הרשב"ם כוון לזה דהא דגובה וחוזר וגובה משום דמצי אמר לדידי שוה לי וא"כ ל"ש אונאה בקרקעות דעכ"פ לדידי שוה לי כל החוב ויכול לכתוב פרוזבול ועיין במרדכי פרק המקבל במי שתפס משכון שוה שקל וטוען סלע רק שטוען לדידי שוה לי וכתב דל"מ למטען לדידי שוה לי יותר מכדי שווי המשכון ע"ש ולפענ"ד אין חולק על המרדכי דע"כ ל"ש טענת לדידי שוה לי רק אם רוצה באמת לקבל הדבר באותו סך שאומר ששוה לו אבל כל שאינו רוצה לקבל רק בדמי שויו באמת רק שיהיה נאמן לטעון עד כדי דמיהן טוען ששוה לו בזה פשיטא דל"ש לדידי שוה לי דבאמת טוען יותר מכדי דמיו וזה אינו רק ערמה בלבד וזהו דמחלק בין תפיסת מלוגא דשטרי דנאמן דשם ניהו דהשטר אינו שוה בעצם אבל מ"ש בשטר שוה כדי דמיו ושפיר אומר דיחזיק השטר בשביל חובו משא"כ בזה ודז"ב מאד בכוונתו ונוראות נפלאתי על בעל קצה"ח סי' ס"ד ס"ק ד' שהקשה דמ"ש משמטה דאם אין שוה המשכון כ"כ אינו גובה רק כנגד משכונו ונדחק בזה ולפמ"ש א"ש דבאמת אם אינו רוצה לזכות רק כנגד שיעור שווי המשכון באמת שפיר גובה ולא קרינא ביה לא יגוש אבל כאן הוא רוצה לגבות כל חובו עי"ז ול"ש לדידי שוה לי דעכ"פ צריך לגוש החוב שיותר על המשכון כפי שויו באמת ול"ד להך דפרוזבול דעכ"פ הקרקע יש בה שווי בעצם כיון דיכול לגבות ולחזור ולגבות או דאין אונאה לקרקעות ולכך נקרא קרקע לענין פרוזבול גם מ"ש להיפך לשיטת הרא"ש דסובר דלא מצי למימר לדידי שוה לי למה במלוגא דשטרי יוכל לטעון אף ביותר מכדי תפיסתו. לא זכיתי להבין דבשלמא בחוב שרוצה ליקח החפץ ביותר משויו שפיר ס"ל להרא"ש דא"י לומר לדידי שוה לי ויכול לסלקו בעד שויו באמת אבל כאן דבאמת החוב שבשטר שוה דמיו של כל החוב רק שהתפיסה בעצם השטר אינו רק נייר בעלמא דזה פשיטא דכל שתפס מועיל לגבות בו או שיהיה שעבודו עליו וז"ב כשמש ועיין בנתיבות המשפט שחלק כעין זה אבל לא דבריו דברינו ועיין משנה למלך פ"ה מגניבה ה"ו מ"ש בענין לדידי שוה לי ועקצה"ח סי' ק"ט ולא נפנית כעת לעיין בזה:

ה אחר כמה שנים מצאתי בטור חו"מ סי' שנ"ז שכתב בשם הראב"ד דמיירי אפי' לאחר יאוש שגם הוא סובר שאין יאוש וש"ר קונה אלא לענין שא"צ להחזיר הגניבה אלא הדמים ותמה הב"י דא"כ הא כאן הוה יאוש וש"ר ולמה צריך להחזיר הגניבה בעצמה וע' בד"מ אות ב' ועסמ"ע ס"ק ז' בסופו ולפענ"ד דברי הראב"ד כפשוטם דאם נותן לו הדמים צריך להחזיר גוף הגניבה וכמ"ש הראב"ד למעל' וכמ"ש אבי מורי הגאון כי' לפרש דברי הראב"ד בב"י הנ"ל וצ"ל כאן בטור שא"צ להחזיר הגניבה אלא בדמים וכע"ש ודו"ק וע' שעה"מ פ"ה מגניבה ה"ג שכ' בהדיא דהראב"ד ס"ל כן ואף שהוא כ' שאינו הראב"ד בעל השגות רק חותנו הר"א אב"ד מ"מ אפשר שגם הטור כוון לזה וצ"ע:

ו והנה הרמב"ם פ"ח מלולב ה"י כתב ואין נותנין אותו לקטן שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מה"ת ונמצא שאם החזירו לו אינו מוחזר והכ"מ כתב ע"ז דדברי הרמב"ם בקטן שלא הגיע לעונת הפעוטות מיירי דאילו בהגיע אקנוייי נמי מקני והמלמ"ל כתב דלא דק שהרי הרמב"ם כתב שאינו מקנה לאחרים מה"ת ואף בהגיע א"י להקנות רק בדרבנן ויפה כתב בזה. אמנם הא גופא קשיא מנ"ל להרמב"ם זאת דלמא שהגיע ויכול להקנות מדרבנן מהני ובשו"ת דבר משה הוסיף להקשות דהרי בהך סבתא בסוכה דף ל"א אמרו דאין לו אלא דמי עצים בלבד והיינו מתקנת מריש הרי דבדרבנן מועיל שיהי' הקנין דאורייתא והנראה בזה עפמ"ש הר"ן פרק לולב וערבה על הא דאמר ר"ז לא לקני איניש הושענא לינוקא ביו"ט והקשה והא הוא ע"מ להחזיר יהבי' נהלי' ואי אקנוייי לא מקני ולא מצי לאהדורי נמצאת מתנתו בטילה וכתב דהא קיי"ל דכל תנאי שאפשר להתקיים בסופו והתנה עליו בתחלתו תנאו בטל נמצא שהקטן קנאו אעפ"י שאינו יכול להחזירו ולפ"ז נלפענ"ד דבר נכון דהנה הוא נתן לו ע"מ להחזיר ויהי' שלו כמו שהיה מקודם ולפ"ז אף אם הגיע לעונת הפעוטות ונימא דקנין דרבנן מועיל להיות קנין מה"ת שנחלקו בזה הב"י והרי"ו ועיין ב"ש סי' כ"ח עכ"פ אינו רק משום הפקר ב"ד ואינו נעשה קנין כמ"ש הג"פ סי' ק"כ א"כ עכ"פ לא קיים התנאי לגמרי ומ"מ תנאי שאפשר להתקיים מקרי דהא באמת נעשה קנין תורה עי"ז ומ"מ אי לא קיים התנאי דהוא ע"מ להחזיר נתן שהי' שלו כבתחלה וכאן אינו מקנה לו כבתחלה רק שממילא נעשה קנין תורה א"כ אדרבא מגרע גרע דזה לא קיים התנאי ומ"מ תנאי שאפשר להתקיים מקרי ומ"ש רבינו שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מה"ת וא"כ התנאי בטל ול"ק מהאי סבתא דשם על ידי קנין דרבנן נעשה קנין תורה ודו"ק:

סימן נה

א לחכם אחד.

ב מ"ש בשם ספר מאיר נתיבים שנסתפק אם גם הבעלים אסורים בשלהם קודם הקטרת אמורים כמו הכהנים בחזה ושוק או לא. הנה הספר אינו ת"י. אבל בגליון הרמב"ם הערתי מזה וכתבתי בפ"ט ממעה"ק הי"א על מ"ש הרמב"ם שם שאין הכהנים זוכין בחזה ושוק אלא לאחר הקטר האמורין כתבתי בזה"ל ה"ה הבעלים אינם זוכים בבשר קודם הקטר האימורין כמ"ש רבינו פח"י מפהמ"ק ה"ז וע' מלמ"ל פי"א ממעה"ק הלכה ד' שכ"כ בהדיא בפח"י מפסהמ"ק ה"ז שם כתבתי עה"ג במ"ש הרמב"ם דהאימורין מתירין את הבשר לאדם וז"ל עמ"ש בפ"ט ממעה"ק הי"א. וכעת ראיתי שהדבר מבואר בביצה דף כ"א דכהנים כי קא זכו משלחן גבוה קא זכו וע"ש בש"ס ורש"י שכ' בהדיא דה"ה הבעלים משלהם והוא מוכרח דאל"כ אימתי יש לבעלים חלק בו ואף דיש לדחות כן הוא העיקר עכ"ל שם וכוונתי במ"ש שיש לדחות דהיינו דבאמת י"ל דגם קודם הקטרה מותר רק כיון שעכ"פ לאחר שחיטה משלחן גבוה קזכו שוב מקרי אין להדיוט חלק בו. אבל באמת גוף הדבר נ"ל מוכרח דאל"כ באמת יקשה הא כיון דעכ"פ מגיע להדיוט חלק ניהו דמשלחן גבוה קזכו אבל עכ"פ ממונו הוא ובפרט לשיטת רש"י דגם אחר שחיטה מקרי לריה"ג חלק הבעלים ממונם א"כ יש להדיוט חלק בו ומה בכך דמשלחן גבוה קזכו וע"כ דכיון דאסור קודם הקטרה א"כ אין להדיוט חלק קודם התרת הקטרת האימורין ושוב לא מקרי של הדיוט כיון שמחוסר התרה של ההקטרה וע' בתוס' פסחים דף מ"ז. ובזה יש ליישב קושית הצל"ח שם ע"ש ודו"ק: שוב ראיתי בצל"ח דף כ"א ע"ב בתוס' שעמד על מדוכה זו אם מותר לבעלים קודם הקטרת האימורין והוא מספק עלינו הדבר ורוצה להביא ראיה להיפך מהא דאמרו בפסחים דף נ"ט כיון דלא אפשר עשאום כמי שנטמאו או שאבדו דתניא וכו' נטמאו האימורין וכו' וע"ז הקשה דלמה לא הביא ממשנה ערוכה בפסחים דף ע"ח ע"ב נטמא החלב והבשר קיים זורק את הדם וע"כ כיון דפסח נאכל לבעלים ל"ש לומר דלא חזי כיון דהבשר נאכל לבעלים ולכך הביא מחלק הכהנים ע"ש ולפענ"ד אין כדאי לסתור פשטת הדברים ואין התחלה לקושיא זו דשאני התם דעיקר הפסח הוא בשביל אכילת אדם וכמ"ש רש"י שם ופשיטא דאינו מעכב החלב הבשר אבל בשאר קדשים דאדרבא הכהנים והבעלים זכו משלחן גבוה לכך ה"א דכל שלא יקרבו האמורים לא חזי לאכול הבשר וע"ז הביא מחלק הכהנים וז"ב:

ג והנה כעת ראיתי דהדבר מבואר בש"ס קידושין דף נ"ב ע"ב כי קאמר ריה"ג מחיים אבל לאחר שחיטה לא מ"ט כי קזכו משלחן גבוה קזכו ופירש"י כי קזכו בין הכהנים

בחזה ושוק בין הבעלים בבשר משלחן גבוה הקרבת אמורין וזריקת הדם מתיר הבשר עכ"ל הרי בהדיא דבין הכהנים ובין הבעלים אינם זוכים רק לאחר הקרבת אמורים וז"ב. וראיתי בפ"י בקידושין שם שהקשה באמת דמנ"ל לריה"ג דגם בחלק בעלים לאחר שחיטה אינו ממונו דחלק כהונה נפקא ליה לש"ס שם מקרא אבל חלק בעלים מנ"ל ע"ש ולפענד"נ דהדבר פשוט כיון דצריך התרת אימורים שוב פשיטא דמקרי ממון גבוה דהרי צריך שיתירו האמורין והוה כמו חלק הכהנים וזה נכון לפענ"ד וע' ברא"ש פ"ק דנדרים דף י"א ד"ה כבשר זבחי שלמים ודו"ק: שוב ראיתי ברש"י ב"ק דף ע"ו ד"ה בקדשים קלים שכ' לישנא אחרינא בטביחה מש"ה לא מחייב דבשעת טביחה דהקדש הוא וכו' ולא נהירא דבכי האי שחיטה לא מקרי משלחן גבוה קזכו אלא במקדש בחלקו שחלקו בקדשים דהוה התם שחיטה וזריקה והקטרת חלבים אבל בשעת טביחה אכתי ממון בעלים נינהו ע"ש הרי בהדיא דשיטת רש"י דאסור לבעלים עד לאחר הקטרת אימורין דאל"כ אין סברא כלל כיון דבשעת טביחה בעליו קרינן ביה ואח"כ תיכף מותר וא"צ להמתין על הקטרה מדוע יקרא משלחן גבוה קזכו אחר הקערה וע"כ כיון דאסור לאכול קודם הקטרה א"כ רק שלחן גבוה קא מתיר לאחר הקטרתו ושפיר קרינן ביה משלחן גבוה קזכו. איברא דלפ"ז צריך להבין דא"כ לאחר טביחה כל עוד שלא הקטיר נאסר לו לאכול וגם מחיים כל שהקדישו א"כ יהי' מקרי של גבוה וצ"ל כיון דיכול לשאול עליו כל שלא היה בו ד' עבודות ועתוס' בכריתות דף י"ג ובפרט קדשים קלים שחייב באחריותן פשיטא דמקרי ממונו של בעלים כל עוד שלא היה בו ד' עבודות וז"ב. וראיתי בא"מ ח"ב בתשובותיו סי' ב' שהקשה על דברת רש"י הלז דלפמ"ש רש"י דעד לאחר ד' עבודות מקרי של בעלים א"כ היאך בנדונ"ד דמשלחן גבוה קזכו והא ביו"ט אסור להקטיר אימורין והא דנאכל הבשר הוא משום דהו"ל כנטמאו ונאבדו האימורים כמ"ש התוס' בביצה דף כ' ד"ה מ"ב וא"כ קודם הקטרה הוי של בעלים עדיין והיאך אמרו משל גבוה קזכו וגם הקשה דלפמ"ש רש"י בב"ק דף י"ג דלכך מחיים הוה ממון בעלים משום דאחריותו עליו וכאן כל שנזרק אין אחריותו עליו וא"כ אף בחול אמאי הוה ממונו עד לאחר הקטרת אימורין והניח בקושיא. והנה לדבריו אין טעם כלל לסברת רש"י דלמה עד ד' עבודות יהי' מקרי של בעלים. אך לפמ"ש א"ש דבאמת הטעם דמשלחן גבוה קזכו הוא לפי שאסור לאכול קודם הקטרת אימורין אבל קודם לכן כל שיכול לשאול עליו מקרי ממונו ובפרט בדבר שאחריותו עליו בודאי יכול לשאול על ההקדש כל שלא נקטר כהלכתו ומיושב דברי רש"י דמ"ש רש"י מפני שאחריותו עליו היינו דלכך מקרי של בעלים דכל עוד שלא נעשה כל הד' עבודות עדן יכול לשנותו לשאול עליו ולכך מקרי

ממונו ועכ"פ ל"ש לומר שצריך להמתין עד שיתירו דהרי יכול לשאול עדיין עליו ויקריב אחר וז"ב: עוד נ"ל בכוונת רש"י דבאמת צ"ב מ"ש רש"י דלכך הוה ממונו משום דחייב באחריותו וכפי הנרא' משום דהוה דבר הגורם לממון וא"כ היינו ר"ש ולמה אמר ריה"ג דוקא בקדשים קלים ולא בקדשי קדשים ועוד כמה קושיות כמו שהקשו האחרונים וע' בהג"ה בא"מ שם. אמנם נרא' דהנה הרשב"ם בב"ב דף קכ"ה ע"ב ד"ה מוקדשין כ' דלכך לא הוי ממונו דמקדש קדשי ואף אם נשחטו שיכול לאכלן אינו שלו וכו' דמשלחן גבוה קזכו. ולפ"ז זהו לאחר שחיטה דהיינו לאחר ד' עבודות דלא מקרי שלו דמשלחן גבוה קזכו אבל מחיים דחייב באחריותו שוב מקרי שלו דעכ"פ הוה דבר הגורם לממון דבשלמא כל דבר הגורם לממון דאינו ממון בעצם רק שגורם לממון בזה נחלקו רבנן על ר"ש וס"ל דל"מ ממון כלל אבל כל שהוא באמת ממון רק שכעת אינו שלו בזה שפיר כל שהוא דבר הגורם לממון הוה כשלו ולכך הוה מחיים וגם לאחר שחיטה שלו דדבר הגורם לממון הוא דלאחר שחיטה ודאי יהי' ממון כיון שלאחר זריקה וכל ד' עבודות יהי' שלו עכ"פ אין לך דבר הגורם לממון גדול מזה ומחיים אף דעדיין בחיים חיותו מ"מ כיון שחייב באחריותו שוב הו"ל דהגל"מ וז"ב. יהי' איך שיהי' עכ"פ מבואר מדברי רש"י דגם לבעלים לא הותר רק לאחר הקטרה וז"ב. ולפמ"ש יתיישב מה שנתקשה בקצה"ח סי' ת"ו דהיאך יתחייב בכפירתו בקדשים קלים הא כיון דקדשים קלים ניהו דלאו בני מעילה נינהו אבל איסורא רכיב עליה כמ"ש רש"י בפסחים דף כ"ז ע"ב ולאחר שחיטה משלחן גבוה קזכו וכעת בחיים חיותו אסור בהנאה א"כ הכי יתחייב בא"ה בכפירתו וכן בשלמים שהזיקו דגובה מבשרן למה יתחייב על היזיקן וגם היאך מקדש בחלקו מקודשת לריה"ג והא המקדש בא"ה אינה מקודשת ע"ש שהעלה בצ"ע. ולפמ"ש א"ש דכיון לר"ש בכל דבר הגורם לממון אף שאינו שוה כלום בעצמותו אפ"ה כל דהוה גורם לממון חייב בכפירתו כדאמר בשבועות דף ל"ב ודף מ"ב וגם יכול לקדש בו כל דהוה דבר הגורם לממון א"כ ניהו דלא קיי"ל כר"ש היינו בדבר שאינו בעצמותו ממון כלל רק שהוא גורם לפטור מממון עי"ז או שיתחייב ממון עי"ז וכאן שבאמת הוא ממון חשוב רק שזוכה משלחן גבוה אבל עכ"פ ממון הוה ואטו שור בחיים אינו שוה אף דאסור לאכלו אבמה"ח רק לאחר שחיטה וכדומה וה"ה כאן י"ל בזה דהתורה משלחן גבוה קא זיכה לבעלים אבל סוף סוף שוה ממון והו"ל דבר הגורם לממון כממון דמי לכ"ע זהו סברת ריה"ג והוא נכון ודו"ק. נחזור לענינינו דלפמ"ש רש"י וכן מורה ל' הרמב"ם אסור לאכול קודם הקטרת אימורין. ולפענ"ד הדבר תלוי במחלוקת רש"י ותוס' בב"ק שם דלשיטת רש"י לפי המסקנא ג"כ חלק בעלים שלו הן מחיים דוקא אבל לאחר שחיטה משל גבוה

הוא דזכי והיינו כמ"ש רש"י בב"ק דף ע"ו דאחר ד' עבודות הוא דמשלחן גבוה קזכו ע"כ משום דהתרת הקטרה בעי וכמ"ש למעלה וא"כ ע"כ דאסור קודם הקטרה אבל לשיטת התוס' והרשב"א שם דדוקא בחלק הכהנים מחלקינן בין קודם שחיטה לאח"כ אבל חלק הבעלים אף לאחר שחיטה מקרי שלו דלא אמרי' משלחן גבוה קזכי והיינו ע"כ דמותר גם קודם הקטרה ול"ש משלחן גבוה קזכי רק לגבי הכהנים וז"ב:

ד ובזה נ"ל דמה שנחלקו הריב"א והר"י בתוס' שבת דף כ"ד ד"ה לפי בטעם דנדונ"ד דאין קריבין ביו"ט דלריב"א הטעם משום דעיקרו לגבוה ולר"י הטעם משום דמשלחן גבוה קזכי. ולכאורה לא נודע סברת מחלוקתם. ולפמ"ש א"ש דלריב"א ס"ל כשיטת התוס' ב"ק דבבעלים ל"ש משלחן גבוה קא זכו אף לאחר שחיטה וא"כ יקשה לריה"ג אמאי אין קריבין נדונ"ד ביו"ט וע"כ משום דעיקרו לגבוה אבל ר"י ס"ל דמשלחן גבוה קא זכו א"כ ע"כ הטעם משום דמשלחן גבוה קזכו. ובזה יש לתלות מה שנחלקו הנוב"י עם הש"י לענין אם המוכרי בשר הם נכרים ומוכרים למולים ג"כ אם מותר לשחוט להם ביו"ט והא"מ האריך שתלוי במחלוקת ריב"א ור"י ולפמ"ש תלוי במחלוקת רש"י ותוס' הנ"ל ודו"ק ויש לי אריכות דברים בזה ואכ"מ: ומ"ש בהגהת הא"מ שם דלפי דברי הש"י והא"מ א"כ היאך אכלו הכהנים מקרבנות מוסף כיון דהם ודאי משלחן גבוה קזכי ואסור כיון שאין בו צורך להדיוט במח"כ לא ידעתי מהו שח דפשיטא דכל שהותר לשחוט שוב אין האיסור לבשל וכל מלאכת אוכל נפש דמה בכך דמשלחן גבוה קזכו אטו זה לא מקרי אוכל וע"כ לא אמרו רק דאסור לשחוט נדונ"ד דהתורה לא התירה דבעת השחיטה של גבוה הוא ולא הותר כלל אבל כל שהותר השחיטה פשיטא דמותר לאכול וגם מה שהקשה היאך הקריבו שלמי חגיגה כיון דלית ביה צורך הדיוט לשיטת רש"י דגם לבעלים לא הותר לאחר שחיט' כ"א משלחן גבוה קזכו ג"כ לא ידעתי מה קאמר דכל דהתורה צותה לשחוט ביו"ט שהם השלמי חגיגה שבא מחמת החג פשיטא דמותר לבשל אח"כ דהוה אוכל נפש וז"ב. אחר שכתבתי כ"ז האיר ד' את עיני וראיתי במעילה דף י"ט שם נחלקו ר"י ור"ש דר"ש ס"ל דמי שחייב חטאת או אשם דחייב באחריותו עד שיביאנו לעזרה ור"י ס"ל דלעולם הוא חייב באחריותו עד שיזרוק הדם ועברש"י שם. ובזה עמדתי על כוונת רש"י וטעמו במ"ש דריה"ג לא ס"ל דמשלחן גבוה קזכו רק לאחר ד' עבודות אבל מקודם ממון בעלים מקרי ולא נודע מהיכן יצא לו זאת. ולפמ"ש א"ש דהרי רש"י פירש בב"ק דף י"ב דטעמו של ריה"ג דמחשיב ליה ממון בעלים הוא משום דחייב באחריותו וכיון דחייב באחריותו עד שיזרוק הדם לכך לא מקרי של גבוה עד לאחר ד' עבודות דקי"ל כר"י נגד ר"ש וז"ב בכוונתו וטעמו של רש"י ובזה מיושב כל קושית הא"מ

ח"ב הנ"ל במה שנתקשה בכוונת רש"י וכמ"ש למעלה. ולפמ"ש עיקר כוונת רש"י דעד שנזרק הוא חייב באחריות לכך הוה שלו ואף דמדברי רמב"ם פ"ו ממעילה הי"א נרא' שמפרש הפלוגת' בע"א אבל רש"י לשיטתו שפירש כנ"ל וז"ב:

ה ואחר שכתבתי כ"ז ראיתי לאחד מאחרונים בעל מחנה לוי שבסוף הפלאה בחידושיו לב"ק דף י"ב נתקשה במ"ש רש"י דדוקא מחיים משום שאחריותו עליו והקשה ע"ז דא"כ איך קאמר דלאחר שחיטה מודה ריה"ג והא חייב באחריות עד שיזרוק הדם כדס"ל לר"י במעילה שם. ולפמ"ש אדרבא אהניא ליה שיטתי' לרש"י ולכך כ' בב"ק בדף ע"ו דגם לאחר שחיטה עד שיזרק הדם הוא ממונו והיינו משום דחייב באחריותו עד הזמן ההיא ובמחכ"ת שלא זכר כלל דברי רש"י אלו בב"ק דף ע"ו הנ"ל. ומה שהקשה מדברי רש"י בתמורה דף ח' שכ' רש"י דגבי שלמים דישראל ליכא למימר ישראל משלחן גבוה קזכו ע"ש לפענ"ד ל"ק דשם קאי רש"י במחיים ובמחיים לא זכי משלחן גבוה דבאחריותו הוא וממונו של בעלים הוא וז"פ:

ו שוב ראיתי בשמואל כתוב שאמרו לשאול הנה העם חוטאים לאכול על הדם ופירש"י ורבותינו אמרו בשחיטת קדשים שהיו מקדישים אותם שלמים ואוכלים לפני זריקת דם הרי מפורש שגם העם שהם הבעלים בעצמם אסורים לאכול קודם זריקת דם והקטר חלבים כמ"ש רש"י גבי גלו אלי היום אבן גדולה עשאה במה לזרוק עליה הדם והקטר חלבים הרי שאסורים לאכול קודם זריקה והקטרה ואף שלא נודע לי מקומו של הדרש בשחיטת קדשים בלי ספק שאמרו כן במדרש כמ"ש רש"י ורד"ק הרי מפורש הדין ששם לא היו כהנים כלל רק כל העם אכלו כן ודו"ק:

ז והנה חפשתי בילקוט שמואל וגם באגדת שמואל ולא מצאתי דברים אלו שהביא רש"י בשם רבותינו דאמרו בשחיטת קדשים ורש"י קורא תמיד לזבחים שחיטת קדשים ולא מצאתי איזהו מקומן של זה בזבחים וצ"ע:

ח ומדי דברי זכור אזכור מ"ש הרשב"א בח"א מתשובותיו סי' ח"י בשם הר"י בן פלט ז"ל שלכך אין מברכין על מתנות כהונה משום שמשלחן גבוה קא זכו ואין הישראל נותנה משלו אלא מה שזיכהו השי"ת לכהן ע"ש וראיתי בספר פאת השלחן שנדפס מחדש בעיר קדשינו בחצרות ירושלים סי' ג' שתמה בזה מהא דאמרו ביבמות פ"ז ר"פ אמר מלחם אביה תאכל לחם הקנוי לאביה פרט לחזה ושוק דמשלחן גבוה קא זכי הרי דמ"כ כמו תרומה וכדומה לא מקרי משלחן גבוה קזכי ובמחכ"ת חשד למאורות הגדולים לממשלת ים התלמוד שלא זכרו דברי הש"ס אלו אבל באמת אין ראיה דגם תרומה מהש"י וכל הראשיות צוה הקב"ה לתנו לו ונקרא טבל עד שירימו ממנה תרומה ומעשרות ורק דזה

החילוק שבין מ"כ לחזה ושוק דבחזה ושוק גם לאחר שזכו בהם הכהנים הם לא מקרי בעלים ולא הוה נכסיו רק דזכו משלחן גבוה וכמו דהגבוה זכה בהקטרת האימורין כמו כן נחשב האכילת החזה ושוק לכהנים קדושת גבוה וז"ש רש"י כמו שנושאין משאת מאת פני אלקים שהם שירי שלחנו משא"כ בתרומה ומעשרות דלאחר שזכו הם נכסי כהן וע' חולין דף קל"א למה אמרו נכסי כהן. אבל עכ"פ לענין שיהי' מקרי של ישראל זה לא מקרי ואין הוא הנותן שהקב"ה זיכה אותם ואין הישראל זוכה בהתבואה להיות מותר בה שיצא מידי טבל עד שיתן התרומות ומעשרות ובמקצת הוה טבל גם במיתה ביד"ש ומקצת אינו רק באיסור אבל הכהנים מקבלים שלהם שהקב"ה זיכה להם ומ"ש משלחן גבוה קזכו הוא להורות שאין זה כמו צדקה שמקבל מאת הנותן וע' נדרים פ"ו גבי כהנים ולוים נהנים לי וגם בטה"נ קמפלגי אי מקרי ממון אבל גוף התרומה הוא של הכהנים וע' בתוס' קידושין נ"ב ד"ה המקדש וגם התוי"ט במ"ש בטעם דמקדש בתרומות ומעשרות מקודשת דלאו משלחן גבוה קזכו ג"כ כוון לזה דהוא נכסי כהן אבל מ"מ מאת ד' היתה זאת להם וז"פ וברור וע' פסחים ע"ב אי תרומה אקרי עבודה ע"ש ודו"ק:

ט שוב אחר זמן רב מצאתי בב"ק דף קט"ו מהו דתימא אין מתנות כהונה נגזלות קמ"ל ופירש"י בד"ה אינן נגזלות דאלימא קנייה דידהו דמכח גבוה קאתי ליה וכל היכא דאיתנהו אימא דכהן נינהו ע"ש הרי דהוה ס"ד דלא יהיו נגזלות כיון דמכח גבוה קאתי והכוונה לפענ"ד עפמ"ש בשמ"ק בכתובות ל' בהא דאמרו מדאגבהה קניא והקשה דנימא דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא כמו בהקדש וכ' דדוקא הקדש אבל תרומה הוה של הכהנים ע"ש ולפ"ז זהו לאחר שניתן לכהנים דנעשה שלהם אבל קודם שניתן להם ה"א דאינן נגזלות הרי דעכ"פ מקרי משלחן גבוה ודו"ק:

י והנה הרמב"ם בהלכות נחלות פ"ג השמיט הדין דמוקדשין אם הבכור נוטל פי שנים וכפי הנרא' משום קושית הש"ס דמוקדשין לאו דידיה נינהו והיינו דלא קרינן ביה אשר ימצא ואף דהש"ס משני כריה"ג ע"כ דלא פסק כריה"ג ודברי רבינו בענין הלז אי פסק כריה"ג בקדשים קלים אינם מבוררים וע' מלמ"ל פ"ד ממעילה הי"ח שהאריך בסתירות הרבה והניח בקושיא ולא הרגיש מזה וע' בנזיר ל' ע"ב דאמרו ואת"ל ירושה היא ולפום דשקיל מגלח ובחולין הוא דאית ליה פי שנים אבל בהקדש לא או דלמא כיון דקני לי' לגלוח ל"ש. והנה לשיטת המפרש המיוחס לרש"י שפי' דמיירי לאחר שנקרב הקרבן הנה בזה פשיטא דבהקדש לא שקיל פי שנים דמשלחן גבוה קזכי אף לריה"ג כמ"ש הרשב"ם שם בהדיא וכמ"ש למעלה באורך דלאחר ד' עבודות אינו שלו רק משלחן גבוה קזכי ומה דאמר או דלמא כיון דקני ליה לגלוח ל"ש היינו דכיון דעכ"פ מחיים קני לי'

והי' הבכור קונה פי שנים אף שלאחר שחיטה נעשה של גבוה מ"מ הרי בעוד הקרבן חי הי' שלו וזכה בו הבכור פי שנים אליבא דריה"ג ולפירוש התוס' דכל דאמר בל' הקדש אינו נוטל פי שנים צ"ע דלמה דאף הזמנה להקדש ל"מ במעות דהו"ל כטווי לארוג כמ"ש התוס' בסנהדרין מ"ח ואף אם נימא כמ"ש הרמ"ך והובא בט"ז ומג"א סי' קנ"ג דגם בזה קדוש אבל עכ"פ מוחזק מקרי הבכור לריה"ג ואולי האבעיא לא קאי אליבא דריה"ג ולכך כל שחל ההקדש לא נוטל פי שנים ובזה גופא מסתפק אם חל ההקדש על המעות ואינו נוטל פ"ש או דלמא שאינו חל ונוטל וע' בשטמ"ק על נזיר שהקשה דלמה פירש האבעיא דוקא בבכור ולא בשני פשוטים ולפמ"ש א"ש ודו"ק ועיין רמב"ם פ"ח מנזיר הלכה ט"ו שהשמיט הך איבעיא דבחולין הוא דנוטל אבל לא במוקדשין וכ' הכ"מ דפירש כפירש"י ואינה ענין לבעיות הקודמות ועדן אינו מיושב דעכ"פ לא היה לו להשמיט האבעיא ולפמ"ש הרמב"ם לשיטתו דלא הביא גם בהלכות נחלות הדין דמוקדשין וע"כ דמוקדשין לאו שלו נינהו וא"כ מכ"ש לאחר שחיטה לדידיה דלא ס"ל כריה"ג דממון בעלים הוא ולא קני ליה ולכך השמיטו וז"ב. והארכתי בזה לפי שמחו' הרב הגביר מוה' משה יצחק נ"י מקארלין (בעת היינו על חתונת בנו שנשא ב"ג) נתקשה הרבה בדברי הש"ס הלז ות"ל פירשתי לפי כל הפירושים ודו"ק: והנה בשטמ"ק ב"ק ע"ו בהא דפריך ולפלוג וליתני בדידה בד"א בקדשים קלים אבל בקדשי קדשים משלם דו"ה כתב בשטה לפרש בשם הראב"ד דבשלמא קדשים קלים אע"ג דממונו הוא הא איכא אימורין דלאו דידיה נינהו ובעינן ומכרו כלו והקדש גופי' לאו מכירה הוא דהא איכא בשר דדידי' הוא וכו' ע"ש הנה נרא' מדבריו דלריה"ג דקדשים קלים ממון בעלים הוא וא"כ הוו שותפים הבעלים וההקדש דהבעלים שייך להם הבשר והאימורים הם של גבוה וע"ז שאלני הרב החריף מוה' צבי יהודה ליב הכהן נ"י מראווא בהא דאמר בש"ס בכורות נ"ג ע"ב דמעשר בהמה אינו נוהג במוקדשין ופריך הש"ס מוקדשין פשיטא דלאו דידיה נינהו ומשני בקדשים קלים ואליבא דריה"ג דאמר ממון בעלים הוא סד"א לעשרו קמ"ל וע"ז הקשה דהא מעשר בהמה פטורה בשותפות כמבואר בדף נ"ו שם יהי' לך ולא של שותפות וזה הוה שותפות הבעלים וההקדש ואינו חייב במעשר בהמה. ולכאורה רציתי לומר לחלק דבבעוד הבהמה בחיים א"כ כלו ממון בעלים הוא דהא חייב באחריות וכדאמרו בב"ק י"ב דמחיים אמר ריה"ג ופירש"י משום דחייב באחריות וא"כ גם חלק גבוה ג"כ מקרי כשלו כיון דחייב באחריות כלו וא"כ לכך לענין דו"ה שפיר לא מחייב דלא מכר כלו דאם ישחטנה יהיו האימורין של גבוה וא"כ אין לו בגווה מכירה כללית אבל לענין שותפות דיפטור ממעשר ל"ש למפטריה דהא בעת שמכר שלו מקרי דהו"ל ממון בעלים דחייב

באחריות. אבל באמת העיקר דלק"מ כמו שהשבתי בראשית ההשקפה דמה נ"מ בין מעשר לשלמים דגם מעשר הוה קדשים קלים כשלמים וא"כ ל"ש דשותפות פוטר דגם עכשיו שהוא מעשר בהמה הי' ג"כ כן דבשלמא כל שותפות פטור דלאו שלו היא ולא חל הקדוש' דמעשר בהמה דהתורה לא חייבה בשל שותפות אבל כאן אם יהיו קדוש ממעשר בהמה יהי' ג"כ הקדושה והשותפות כבראשונה ואינו מפקיע מידי שותפות ולמה לא יהי' קדוש. ושבתי וראיתי דבבכורות אמרו בהדיא כן דפריך למה לי יהי' קדש ולא שכבר קדוש ת"ל דלא חיילא קדושה קלה אקדושה קלה ומשני דכל בהמה למעשר קיימא אע"ג דאקדשה לא פקע איסורא דמעשר מינה מה נ"מ ללא ימכר ולא יגאל קמ"ל וא"כ להס"ד דגם באקדשה לא פקע איסורא מינה וא"כ לא נפקע השותפות בזה ולמה יפטור ויש להמתיק הדברים דע"כ לא אמרו דמעשר בהמה פטור בשותפות רק משום דכל דיש שותפות חלקו של שותפות מעכב לכל אחד להקדיש דאינו שלו לגמרי אבל כאן מה דאינו שלו לגמרי הוא משום דהוא קדוש וכיון דקדושה חל על הקדושה שוב מי יפקע המעשר שלא יחול הא מה שהוא שלו הוא בודאי קדש וא"כ למה לא יקדש בכלו וז"ב ודו"ק. אך בגוף דברי הראב"ד אני תמה במ"ש דלא מקרי ומכרו כלו דהא אימורין לגבוה קא סלקי ומה בכך הא כל דהוא של הקדש ל"ש לומר דלא מכרו בכלו דהא לא שייר בקנינו ומכר כל מה שהיו לו למכור דשל הקדש א"י למכור וצ"ע. ומצאתי בספרי פ' קרח מנין אתה אומר שאם זכה בבשר קודם זריקת דמים ובחזה ושוק קודם הקטר חלבים שהכהנים נושאין עון. הנה מדחלקן משמע דהבעלים זוכין בבשר אחר זריקת דמים תיכף קודם הקטר חלבים והכהנים אינם זוכים רק לאחר הקטר חלבים וגם מהראיה שמביא מבני עלי משמע כן:

יא והנה אחר זמן רב שאל אותי הרב החריף והבקי מוה' יצחק שמעלקיש נ"י בהא דאמרו לר"ש בקדשים שחייב באחריותן חייב ואמאי הא הש"ס מוקי בשחט תמימים לשם בעלים ולפ"ז לר"ש לשיטתו כבר נפטרו הבעלים מאחריות כמבואר במעילה דף י"ט דלר"ש נפטר מאחריות תיכף משיביאנה לעזרה. והשבתי דז"א דכל זה כשמביאו לעזרה ונוכל להקריבו אבל כאן הגנב מביאו לעזרה וא"כ הוא לא נפטר מאחריות עד שישחטנו לשם בעלים ואכתי וגונב מבית האיש קרינא בי':

יב והנה במ"ש למעלה בדברי הש"ס בנזיר שהבאתי עדיין תמוה דאמרו שם ובחולין הוא דאית ליה פי שנים אבל בהקדש לא והרי בב"ב שם מבואר דגם במוקדשין אית ליה פי שנים ואף דשם מוקי בקדשים קלים אליבא דריה"ג הא גם שלמי נזיר הוו קדשים קלים וא"ל דשם מיירי במחיים וכאן מיירי לאחר שהקריב דז"א דהרי שם מיירי בדמי נזירות

רק דכיון דנקרב אח"כ שוב מקרי מוקדשין והדברים ק"ו דהשתא לאחר שהקדישה רק שעודנה בחיים מקרי עדן ממון בעלים אף כי בדמי נזירות שעדן לא קנה הבהמה וא"ל דרבא לא ס"ל הך דריה"ג דבב"ק דף י"ב מבואר דרבא מותיב תיובתא מהך דריה"ג וצע"ג. ואולי הרמב"ם שהשמיט הך דמוקדשין דנוהג בו בכורה הוא בשביל הך דנזיר מיהו גם פה השמיט הברייתי' וצ"ע בזה וע' בשטמ"ק בנזיר שם:

יג והנה בהא דנחלקו ת"ק ור' יוסי בחולין דף ל"ח ול"ט אי זה מחשב וזה עובד בחוץ ור"י יליף ק"ו מה בפנים במקום שהמחשבה פוסלת אין הכל הולך אלא אחר העובד בחוץ לא כ"ש. ושמעתי מפה קדוש ש"ב הגאון בעל חוות דעת בשנת תקצ"א בחורף בעת התאספו על חרם בשר כשר וכעת ראיתי בספר נחלת יעקב בחולין שהקשה כן דמה ק"ו מפנים לחוץ הא בפנים דין הוא שלא יוכלו הבעלים לחשב ולאסור דהא הוה דבר שא"ש וכדפריך בזבחים קי"ד על מוקצה ונעבד אמאי והא אין אדם אוסר דשא"ש ולכך הבעלים אינם יכולים לחשב ולאסור משא"כ הכהן דיכול לאסור דע"י מעשה יוכל לאסור דבר שא"ש וכמ"ש הר"ן בנדרים דף ל"ו דממזיד שפגלו בק"ק דבמזיד יוכלו לאסור ע"ש ולפ"ז בחוץ מהראוי שהבעלים יחשבו ולפענ"ד נרא' דבר חדש דהנה כבר הבאתי למעלה דנחלקו ר' יהודה ור"ש במעילה י"ט בחטאת ואשם אי חייב באחריות עד שיזרוק דם או דכל שהביא לעזרה נפטר. והנה לפענ"ד דאף לר"ש דס"ל דיצא משיביא לעזרה היינו במביא לעזרה וראוי להקרבה אבל כל שאינו ראוי להקרבה לכ"ע לא יצא וחייב באחריותו וע' תוס' חולין כ"ב ע"ב ד"ה והביא שכתבו בפשיטות דכל דהביא לעזרה יוצא י"ח והוא תימה דהא נחלקו ר"י ור"ש וקיי"ל כר"י דחייב באחריותו עד שיזרוק הדם. אך לפמ"ש גם ר"ש מודה בכה"ג שא"י להקריב ודאי לא יצא ועמלמ"ל פי"ד ממעה"ק שתמה עליהם מצד הסברא ולפענ"ד הוא תמוה דגם ר"ש מודה בזה ולפ"ז הנה כבר נודע שיטת רש"י בסוגיא דרביצה דאם הגביהה כיון דנתחייב באחריות כדידיה דמי ויכול לאסור והתוס' השיגו עליו דאף דגזלנות חייב באחריות אינו שלו ולפענד"נ דזה דוקא בגזל שלא היה שלו רק ע"י גזילתו נתחייב באחריות אבל לא זכתה לו התורה שיהי' שלו אבל בקדשים דהדבר הוא שלו רק שאקדשיה לשמים א"כ כל שעדיין חייב באחריותו עד שיקרב פשיטא דמקרי שלו לענין דיכול לאסור ולחשב כיון דהוה שלו עדיין. איברא דלפ"ז צ"ב הא דפריך בזבחים קי"ד מוקצה ונעבד היכא משכחת לה הא אין אדם אוסר דשא"ש ומוקי בקדשים קלים והא גם בק"ק משכחת לה כיון דחייב באחריות הוה שלו. אך לפענד"נ דשם כיון דהקצם או שעבדם לע"ז ל"ש לומר דיכול להקצותם כיון דחייב באחריותם הא כל שהקצם או עבדם לע"ז שוב ל"ש חיוב באחריות למסרם

לגבוה דהא נאסרו לגבוה ומה חיוב אחריות נופל בזה והחיוב עליו להביא לגבוה קרבנות אחרות אבל לא יפול על קרבנות אלו חיוב אחריות ושוב לא יוכל לאסור דשא"ש דאותם הקרבנות כבר זכו בהם שמים ואיך יאסרם ולכך מוכרח לאוקמא בקדשים קלים דעדן ממונו הם אבל כאן דמחשב בענין הקרבנות א"כ אינו רוצה להוציאו מידי הקדש ויהי' קרבן רק שיהי' קרבן פסול בזה שפיר יוכל לחשב כיון דחייב באחריותם עד שיזרקו דמם. עוד יש לי לומר לפמ"ש התוס' בכריתות י"ג דעד שנזרק דם יכול לשאל עליו וע' מלמ"ל פי"א ממעה"ק ולפ"ז שוב הוה כשלו כיון דיכול לשאול עליו ויוכל לאסור ולא מקרי דבר שא"ש. הן אמת דאם נימא דעי"ז יוכל לאסור יקשה בזבחים שם דפריך מוקצה ונעבד היכא משכחת לה והא יכול לשאל עליו וע"כ דכל כמה שלא שאל הו"ל אינו שלו וזכו בו שמים וא"כ ה"ה כאן ואדרבא ק"ו הוא דמה התם שלא הביאו לקרבן רק שאקדשי' בלבד דבודאי יכול לשאול ואפ"ה לא מקרי שלו עי"ז מכ"ש כאן שנמסר לגזבר וכבר התחיל להקריבו אינו בדין שא"ש מקרי וע"כ מחוורתא כמ"ש למעלה ודו"ק היטב:

יד והנה בפלוגתא דר"י ור"ש הנ"ל דלר"ש כל שהביאו לעזרה אינו חייב באחריותו הנה בלמדי במס' זבחים דף ד' ע"ב אמרו שם ונרצה לו לכפר עליו ר"ש אומר את שעליו חיוב באחריותו את שאינו עליו אינו חייב באחריותו הנה מבואר דגם בנדרים חייב באחריותו עד שעת כפרה מכ"ש בקרבנות חובה. ונתקשיתי בזה עד שמצאתי שהש"ס הלז הוא במגלה ח' ושם נתקשה בזה הגאון בעל טורי אבן שם והוא פי' שם בהך דנחלקו ר"י ור"ש במעילה פי' אחר יעו"ש דלא כרש"י ולרש"י היא תימה גדולה אמנם לפענד"נ דבר ברור בזה דהנה הש"ך בחו"מ סי' קכ"ח ס"ק ג' חידש דאם נתן מעות או קיני יולדת ליד כהן ונאבדו או נגנבו א"צ להפריש אחרים תחתיהם והרי אפי' נפגלו או נשחטו שלא לשמן בחטאת דלא יצא י"ח צריכין הבעלים להפריש אחרים תחתיהן ובקצה"ח שם הביא המשנה דתנאי ב"ד היה שהמספק את הקינים יספק הפסולות כמ"ש בשקלים פ"ז וכ"כ בנתה"מ. אבל הדבר תמוה דחטאות ואשמות לא היו תנאי וע' משובב שהרגיש בעצמו בזה. אך לפענד"נ דבזה פליגי ר"ש ור"י דלר"ש אינו חייב באחריות על שהביאו לעזרה וא"כ הוצרכו הב"ד של כהנים להביא אחרים תחתיהן ובמקום הבעלים הי' אבל לר"י דס"ל דעד שיזרק הדם הוא באחריות הבעלים ולכך לא הוצרכו הב"ד להביא אחרים תחתיהן ולפ"ז לר"ש דס"ל דאינו חייב באחריותן היו מביאים הב"ד קרבנות בשבילם אך זה קרבנות חובה כמו חטאות ואשמות אבל בנדרים ונדבות דלא אתי לכפרה שפיר אמר ר"ש ונרצה לו לכפר עליו דכל שעליו חייב באחריותן עד שעת כפרה דהיינו הקרבתן הך ונרצה לו לכפר עליו בעולת נדבה מיירי ולפ"ז לדידן דקיי"ל כר"י דחייב באחריותן

עד שעת זריקת הדם שוב לא היו צריכין הכהנים להביא משלהם ודברי הש"ך תמוהין כמ"ש התומים ומה דלר"ש הי' תנאי ב"ד על המספק קינים או על הציבור שיביאו היינו משום דכל דאינו בא לכפרת חטא חייש ר"ש לפשיעה וכדאמרו במנחות דף נ"ב וכיון דאסורים לאכול בקדשים לכך אתנו ב"ד דיביאו עליהם אבל בעולת נדבה דאינו לכפרה וא"כ אינו מחוסר כפרה וגם אינו אסור בקדשים לא חש ר"ש והכל ניחא בס"ד אבל לר"י דהבעלים חייבים באחריות עד שיזרק הדם ליכא למיחש למידי וע' בתוס' מנחות דף נ"ב ד"ה דשמעינן ובבה"ז שם ודו"ק היטב כי נתבאר בו ענין נחמד. ויש לי לבאר בזה מה שנחלקו ר"ש ור"י בפ"ז דשקלים בהרבה דברים אי בא משל ציבור או מיורשים ודו"ק:

טו והנה במ"ש התוס' בחולין דף ב' ד"ה שמא דאף דדם קדשים אינו מכשיר מ"מ חיבת הקדש מכשיר או שהעבירה בנהר ועדיין המשקה טופח לכאורה צ"ע לפמ"ש הרמב"ם דבעי שינתן ברצון הבעלים וכמ"ש פי"ג מט"א ע"ש ובכ"מ ולפ"ז קדשים דלא הוה בעלים ל"ש רצון בעלים ובקצה"ח סי' ת"ו ביאר משום דשלמים הם ק"ק ועדיין ממון בעלים הם ולפ"ז זהו קודם שחיטה אבל לאחר שחיטה לא ובקצה"ח האריך בזה ולפ"ז כאן דחיישי' שמא יגע אחר ששחט שנים או רוב שנים כמ"ש התוס' ד"ה ובמוקדשין וא"כ שוב לא יטמא וא"ל דמ"מ היה רצון בעלים מעיקרא דאז הי' עדיין שלו אכתי קשה דהא סתם קתני במוקדשין לא ישחוט והרי בק"ק מותר לשחוט דאין לו בעלים והיה לו לחלק בין ק"ק לק"ק וגם זה לריה"ג דוקא דק"ק ממון בעלים הוא ותירוצם הראשון דחיבת הקדש מכשיר ג"כ ל"ש לפענ"ד כיון דבעודה מפרכסת הרי היא כחי' ונפדית בהעמדה והערכה וא"כ עדן לא חל שם חיבת הקדש כיון דיכול לפדותה ותצא לחולין ומה"ט נ"ל דלכך כתבו התוס' בכריתות י"ג דיכול לשאול קודם זריקה ובמלמ"ל פי"א ממעה"ק ה"ד כרכר בזה דתיכף משהובא לעזרה מהראוי דלא יוכל לתשול וכמו בתרומה ביד כהן. ולפענד"נ כיון דיכול לפדות בהעמדה והערכה ותצא לחולין א"כ גם בשאלה יכול להיות ועכ"פ חיבת הקדש לא מקרי מיהו י"ל דניהו דאם ירצה לשאול ולפדות יכול לשאול ולפדות אבל כל כמה דלא שאל מקבלת טומאה כעין מה דאמרו בב"מ דף י' דאף דפועל יכול לחזור בו כל כמה דלא הדר כיד בעלים הוא וה"ה בזה דאין מצוה לשאול וא"כ שפיר מטמא וז"ב:

טז ובזה עמדתי על דברת התוס' בד"ה ובמוקדשין שהקשו אף על גב דמפרכסת הרי הוא כחי' לכל דברי' חיישי' שמא יגע אחר הפרכוס א"נ דוקא לענין העמדה והערכה היא כחיה אבל לענין ט"א הרי היא מטמאה לאחר ששחט שנים או רוב שנים כדאמרו בחולין דף קכ"א ודבריהם תמוהין דקארי לה מה קארי לה הא הך דמפרכסת הרי היא

כחיה אינה משנה בשום מקום רק דנלמד מהך דדף קכ"א וכמ"ש התוס' בחולין דף ל' וא"כ הרי שם מבואר דמטמא ט"א וכבר עמדו בזה בספר לב ארי' שם ובמי נפתוח באמנה ופרפר א' ולפמ"ש א"ש דהכי מקשה כיון דמפרכסת הרי היא כחיה לענין העמדה והערכה וה"ה דיכול לשאול א"כ שוב ל"ש חיבת הקדש כיון דיכול לשאול ולפדות וא"כ שוב צריך הכשר ומהיכן הוכשר וע"ז כתבו דחיישי' שיגע לאחר פרכוס דאז לא יוכל לפדות ושייך חיבת הקדש וע"ז חדשו דא"נ דמטמא ט"א כל ששחט רוב שנים והיינו אף דיכול לשאול ולפדות כל כמה דלא שאל ולא פדה הרי הוא מטמא ט"א דחשוב אוכל וחיבת הקדש מכשיר. ובזה מיושב ג"כ מה דהקשה הל"א שם דלמה ציינו התוס' דוקא על מוקדשין ולא הקשו על חולין שנעשו עטה"ק דצריך סכין ארוכה דלמה לי סכין ארוכה והא מפרכסת הרי היא כחיה. ולפמ"ש א"ש דבחולין אין מקום לקושייתם דהא ט"א מטמאת משחט שנים או רוב שנים ועיקר הקושיא על קדשים דל"ש הכשר דחבת הקדש ולא העבירו בנהר דבשאר קדשים ל"ש רצון בעלים. אך בגוף דברי הקצה"ח שהקשה דקדשים לית לי' בעלים והרי בעינן רצון בעלים לא זכיתי להבין דאדרבא אם אינם ממון בעלים שוב הוה רצון הגזבר של הקדש רצון ורצון ההקדש הו"ל רצון וגם הרי רש"י כ' דניחא ליה לבעלים דעורן שלהם ע"ש וא"כ גם בק"ק דעורן לכהנים ניחא להו לכהנים וכל שיש להם חלק שוב מועיל רצון שלהם דהרי גם לאסור כל שיש לו שותפות יכול לאסור וה"ה להכשיר. מיהו י"ל לפמ"ש בתשובה אחת דעור שהכהנים זוכין היא ג"כ משלחן גבוה א"כ שוב בק"ק אין להם בעלים מקרי דהעור לא זכו עוד הכהנים כ"ז דלא נשחט ונקטר כהלכתו והבעלים לא מקרי בעלים בק"ק וא"כ צריך ג"כ לבא מתורת חיבת הקדש ודו"ק:

יז והנה בעש"ק לך תרט"ז הראני הרב החריף מוה' מאיר ברא"ם נ"י דברי הקצה"ח סי' ת"ו בסופו שכ' לתמוה דאיך משכחת להך דמעלה מעל בד' לרבות ק"ק הלא ריה"ג לא אמר רק מחיים אבל לא לאחר שחיטה דמשלחן גבוה קזכו וא"כ הרי מחיים אסור בהנאה ולאו כפירת ממון היא וכן הקשה משלמים דהזיקו דגובה מבשרן ולמה יתחייב והא מחיים נאסרים והניח בצ"ע וע"ז תמה הוא דהא הוא ש"ס מפורש בב"ק דף ק"ה בגזל חמץ ועעה"פ ונשבע והיה שם אבעיא אי נימא כיון דהשתא לאו ממון הוא ועפרא בעלמא הוא לא מחייב על כפירתו או דלמא כיון דאח"כ שוה ממון הרי נתחייב על כפירתו וא"כ ה"ה כאן כל דלאח"כ הוא שלו הרי נתחייב ולק"מ דשאני התם דמעצמו יהי' ממון אח"כ אבל כאן כעת הוא אסור בהנאה ולא מקרי בעלים ואח"כ גם בעלים משלחן גבוה קזכו וכמ"ש למעל' וא"כ הויה חדשה היא כמו שזכה במתנה אבל אותו

דבר שהי' קודם שחיט' אין לו שום היתר ולאו בעלים מקריא וז"ב ופשוט וע' קצה"ח ש"ד ס"ה דהאריך שם דאף שאינו שוה כעת ממון כל דלקמיה שוה הו"ל דבר הגורם לממון ועדיף מינה דהא הוה דיני דגרמי וחייב אף לרבנן דר"ש וזה צ"ע קצת אבל עכ"פ היה לו להביא הך דב"ק דף ק"ה גם מ"ש שם ראיה מפסחים כ"ט ע' בבעל המאור שם:

יח והנה בשו"ת הנוב"י מהד"ת חאו"ח סי' פ"ב תמה על דברת התוס' בפסחים ל"ח ד"ה חלות תודה שכתבו דאי הוקדשו לא קרינא ביה מצתכם וע"ז תמה דהא חלק הבעלים הוא שלהם לקדש בו אשה כמ"ש התוס' בב"ק דף י"ב ד"ה ומחיים וא"כ שפיר קרינן ביה מצתכם והניח בקושיא. ואני תמה על עצמי דסוף סוף היאך יוכל לצאת בו כ"ז שלא נתן לכהן חלקו דהיינו הד' חלות כל דקדשי כמבואר במנחות דף מ"ז ודף ע"ח ולא הוברר איזה שלו ואיזה של בעלים והבעלים משלחן גבוה קזכו וא"כ לא מצי לזכות בו דדלמא מה שאוכל שייך לכהנים וכ"ז שלא נטלו הכהנים חלקם כלם קדושים לגבוה וגם הבעלים אינם רשאים לזכות כל שעדיין לא נטלו הכהנים כמ"ש המלמ"ל פי"א ממעה"ק והארכתי לעיל בזה וע"כ לא כתבו התוס' רק בשלמים דיכול לקדש בהם דהרי מבורר חלק הכהנים וחלק הבעלים וא"כ יכול לקדש בזה כיון דהוא בעין ולאחר שישחט ויטלו הכהנים חלקם אז יטלו הבעלים שלהם אבל כאן כל החלות נבללים ואין מבורר חלק הבעלים פשיטא דלא נקרא מצתכם ודו"ק כי זה ברור לפענ"ד:

סימן נו

א לחכם אחד.

ב על אשר הארכת במ"ש הרמ"א בחו"מ סי' ר"ט ס"ד שכ' דגבי אילן אם חנטו הפירות מקרי בא לעולם וע"ז הקשית דמ"ש מהא דהמקדש את העובר דמבואר באהע"ז סי' מ' ס"ח דהוכר עוברה ג"כ אינה מקודשת לרוב הפוסקים וכאן סתם כדעת רש"י דבחנטה המכר קיים ובש"ס קידושין דף ס"ב מדמה לה להדדי וע"ז הארכת בפלפול הנה עיקר קושייתך כבר קדמך הבני יעקב על העיטור בדף ס"ו ולפענד"נ דבר חדש דהנה בחו"מ סי' ריג ס"י בהג"ה מבואר השלש דיעות לענין החליף מעות ומטלטלין אם קנה הכל או מחצה או לא כלום וכתב הסמ"ע ס"ק י"ט דאף דבסי' ר"ט ס"ד לענין מקנה דבר שלבל"ע עם דבר שבא לעולם מביא הרמ"א דקנה רק מחצה וכתב לחלק דבשלמא בהחליף מעות ומטלטלין דבאמת יש מקום שיקנה המעות בהגבהה ומשיכה א"כ בכה"ג י"ל דאף דהקנה בחליפין חל הקנין מיגו דחל על המטלטלין חל ג"כ על המעות משום דעכ"פ שייך צד קנין בגווייהו משא"כ בדבר שלבל"ע דלא משכחת צד קנין כלל ע"ש ולפ"ז

יקשה אמאי לא יועיל בהוכר עוברה כיון דעכ"פ על חלק העובר לפי מה שהוא כעת היה יכול להקנות דהו"ל דבר שבל"ע רק דמה שיגדל אח"כ לא מקרי דבר שבל"ע עכ"פ יקשה יקנה גם מה שיגדל מתוך שקונה החלק שגדל כבר וא"ל דעל דבר שלבל"ע לא משכחת צד קנין דז"א דהרי קיי"ל בסי' ר"ט ס"ד דאם מכר פרה לעוברה דמועיל וכיון דמשכחת צד קנין אף שהעובר דבר שלבל"ע א"כ ממילא יקנה מתוך שקנה אותו חלק שכבר בעולם והיא קושיא נפלאה. אמנם באמת הדבר נכון דל"מ לפי שיטת הרמב"ם המבואר בסי' ר"ט ס"א דדבר המסויים בעינן וכל שמוכר לו דבר שאינו מסויים ל"מ הקנין א"כ אותו חלק שכבר גדל עכ"פ אינו מסויים כיון דדשא אחדה באפה וא"י אם קטנה או גדולה הרפה החזק וכדומה הו"ל כמוכר כל מה שיש בבית זה דמבואר דל"ק ואף לשיטת החולקים דדבר שאינו מסויים מועיל הקנין מ"מ כאן ודאי ל"מ דדוקא אם רוצה לקנות כפי מה שהוא אמרי' דגמר וקנה. אבל כאן באמת רוצה לקנות כל העובר כפי מה שיגדל וזה הוה דבר שלבל"ע א"כ לא סמך דעתי' ועכ"פ ל"ש לומר שהדבר שאינו מסויים יגרור להקנות הדבר שלבל"ע וז"ב. ומעתה זה דוקא לענין עובר אבל בחנטה דעכ"פ אותה חנטה איתא במכירה א"כ ממילא הוא מסויים וניכר וא"כ מתוך שקנה אותו דבר נקנה כל האילן מה שיגדל כדין דבר שלבל"ע עם דבר שבא לעולם וגם שם יש צד קנין דהרי אילן לפירותיו ג"כ מועיל כמבואר בסי' ר"ט שם ס"ד וז"ב והסמ"ע ס"ק ט' מחלק בין עובר דמכסיא ולא מקרי ניכר משא"כ פירות דמיגלו ע"ש ובאמת שזה אינו נמצא לחלק דמה בכך דלא נגלה מ"מ הוכר עוברה מקרי ולפמ"ש א"ש. וראיתי לקצה"ח שסייע החילוק של הסמ"ע דהרי עכ"פ אותה החנטה יכול למכור ובעובר ל"מ להקנות אף אותו חלק דאל"כ למה לי בבכורה להקנות הפרה לעובר כמ"ש התוס' והרא"ש ת"ל דעכ"פ אותו חלק שגדל איתא במכירה ושוב הו"ל שותפות עכו"ם דפוטר ע"ש וע"כ משום דמכסיא ליתא במכירה. אבל באמת אינו ראיה די"ל משום דבר שאינו מסויים קאתינן עלה וכמ"ש. ומ"ש הוא הנכון ת"ל ובש"ס דמדמה לה קידושין לענין תבואה היינו דשם לענין תרומה קיימינן דשם ל"מ לתרום הדבר שלבל"ע במגו דתורם אותו דבר שבל"ע וע"כ דראב"י כיון שניכר התבואה כדבר שבל"ע כלו חשיב לה ומש"ה מדמה לה להדדי וז"ב:

ג ובזה נ"ל דבר נחמד ליישב שיטת הרמב"ם דפסק דהוכר עוברה מקודשת ותמהו כלם דהא הו"ל דבר שלבל"ע ולא קיי"ל כראב"י ולפמ"ש א"ש דכבר כתבתי דעכ"פ מהראוי לקנות אותו חלק שגדל כבר וא"ל דהו"ל דבר שאינו מסויים דזה שייך היכא שרוצה לקנות אותו דבר שייך לומר דלא סמך דעתיה אבל כאן לא רצה לקנות הכמות

רק שרצה לקדשה וממילא היא נקנית לו וא"כ עכ"פ מה שגדל כבר יכול לקדש וא"כ ממילא פשטה קדושה בכולה וכדאמרו בקידושין דף ז' ונפשטו קידושין בכלה כמו בהקדש קדושת הגוף וכאן ל"ש תירוץ הש"ס דבקידושין דעת אחרת מעכבת דבאמת האב רוצה לקדש כלה רק שהוה דבר שלבל"ע וא"כ עכ"פ פשטה קדושה בכולה והא דמדמה הש"ס קידושין לתרומה ולא מחלק דבקידושין פשטה בכולה היינו לענין זה דהוכר עוברה מקרי מידי דחשוב לפשוט הקידושין עכ"פ באותו מקצת וממילא פשטה קידושין בכלה ודו"ק. ובזה יש ליישב מה שהקשה בקצה"ח סי' ר"ט להביא ראיות דעובר הו"ל דבר שבל"ע דהרי גם קדושת דמים חל בעוברין כמבואר בתמורה דף י' והרי כמו שא"י להקנות דבר שלבל"ע א"י להקדיש ע"ש ולפמ"ש י"ל דשם פשטה קדושה בכולה אלא שיש לפקפק דבקדושת דמים לא אמרי' פשטה קדושה בכולה ועכ"פ מה שהקשה מקדושת הגוף דחל בעוברין יש ליישב כן. ואולי גם בהקדש ל"מ דבר שא"מ אך כל הטעם דל"מ דבר שאינו מסויים הוא משום אסמכתא כמבואר בסי' ר"ט ס"ב וע' בסמ"ע שם והרי בהקדש דעת גדולי הפוסקים דמועיל אסמכתא וע' ביו"ד סי' רנ"ח. שוב ראיתי בחידושי בקידושין דף ס"ב שחידש ג"כ מכח קושיא זו דבקדושת הגוף יכול להקדיש דבר שלבל"ע וע"ז הקשה דקידושין מדמה לה הש"ס בדף ז' להקדש וא"כ גם בקידושין יועיל דבר שלבל"ע ולפמ"ש א"ש ודו"ק. ובגוף דינו של הרמ"א לענין חנטה אעתיק כאן מ"ש בגליון הש"ע שלי דלפענ"ד הדבר מבואר בקידושין דף נ"ד כגון דיהיב כשהוא סמדר והיינו דבזה ל"מ דבר שלבל"ע כמ"ש בחידושי הריטב"א בהדיא והרי חנטה דומה לסמדר ומקרא מלא הוא התאינה חנטה פגיה והגפנים סמדר הרי דבחנטה ל"מ דבר שלבל"ע ובזה יתיישב קושית הבני יעקב ודו"ק עכ"ל שוב מצאתי בחידושי רשב"א בקידושין שם דמשמע מדבריו דחנטה קודם לסמדר ולפענד"נ כמ"ש דדא ודא אחת היא:

ד וכעת נתיישבתי דלפמ"ש הבני יעקב שם וכ"כ הפ"י בחידושיו לקידושין דף ס"ב שם דשיטת רש"י להיפך דאף לראב"י דמועיל להקנות דשלבל"ע אבל מ"מ בעינן דבר המנכר והיינו חנטה ע"ש והרי בש"ס דף נ"ד שם אמרו לעולם ר"מ וכגון דיהיב כשהוא סמדר וא"כ לר"מ ודאי מועיל הסמדר דר"מ לשיטתי' דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע רק דבעינן דבר חשוב ובריטב"א שם הקשה דלר"מ למה לי סמדר הא אף דבר שלבל"ע מועיל ולפמ"ש א"ש ודו"ק. עכ"פ מ"ש נרא' נכון. אחר שכתבתי כ"ז ראיתי במקנה בק"א בסי' מ' שהרגיש בסברא זו דהו"ל דבר שאינו מסויים ונהניתי עד מאד וע' בגיטין דף מ"ב ע"ב ברש"י ד"ה פירות דקל דמשמע ג"כ דרש"י פי' אליבא דר"מ בעינן שחנטו הפירות ודו"ק:

ה שוב ראיתי במחנה אפרים הלכות מוכר דבר שלבל"ע סי' ב' שהאריך בענין זה ע"ש. והנה מה שהביא דמדברי הכ"מ פ"ח ממלוה נרא' דגם לאחר חנטה מקרי דבר שלבל"ע שהרי במ"ש רבינו פ"ח ממלוה ה"ה שאסור לקנות פרי הפרדס קודם שיתבשל כ' הכ"מ שיש תקנה לזה שיקנה כל אילנות הפרדס לפירותיהן כל השנה ויחזיק בהם לקנותם מיד ע"ש הרי דקודם שיתבשלו הפירות לא מועיל מה שיקנה הפירות ע"י נתינת הכסף משום דחשוב דבר שלבל"ע ולכך כתב הכ"מ שיקנה האילנות לפירות ע"ש. והנה במחכ"ת לפענ"ד אין הכוונה של הכ"מ דצריך שיקנה האילן לפירות דהיינו כמו דקל לפירות דאל"כ לא מועיל הקנין. ושייך ריבית אבל כשיקנה האילן לפירות ל"ש ריבית דהו"ל קנין דבאמת אף שמדברי התוס' בב"מ דף ס"ד ד"ה מה נרא' קצת דתלוי בזה אי הוה קנין לא הוה ריבית אבל מכל הפוסקים לא נרא' כן ובפרט שה"ה בספ"ט כ' חילוק אחר אבל כוונת הכ"מ דכל ששייך הקנין תיכף לא הוה אגר נטר דהרי נותן המעות בשביל מה שהוא כעת אבל אם כעת לא הוה שייך קנין הוה אגר נטר וראיית המח"א מהני דשבשי שיבשא גם שם אינו מתורת קנין דהרי אינו רק מהפך הזמורות ולא קנה אותם ורבינו בהלכה ו' שם כתב דצריך להפך בהם כשהם מחוברים דנמצא דהוה כקונה אילן לזמורות והרי שדקדק וכתב דהוה כקונה אילן משום דעיקר תלוי במה שמהפך בהם כשהם מחוברים וע' בלח"מ שהקשה ג"כ דאמאי לא אמר כאן אם הפך כמו בנותן מעות על השריגין וזמורות ע"ש הרי מבואר דעיקר תלוי באם הפך בהם אז לא נרא' כאגר נטר דהוה כקונה מיד ולא תלוי אם חל הקנין או לא כנלפענ"ד ברור.

ו שוב זכיתי ומצאתי בהדיא בהגהת אשר"י בדף ס"ד גבי מה שעיזי חולבות ע"ש שכתב דהיכא דתפיס בקרקע שרי וכתב דגם מוכר פירות דקל צריך להחזיק בגוף הדקל לקנות הפירות אף דאין מתכוין לקנות הדקל לצורך הפירות ע"ש הרי בהדיא דאע"ג דלא מתכוין לקנות הדקל לצורך הפירות אפ"ה כל שמחזיק בדקל ל"ש ריבית וכמ"ש וא"כ עכ"פ אין מדברי הכ"מ ראיה די"ל דבאמת קונה כשחנטו דמקרי דבר שבא לעולם ומ"מ חשיב אגר נטר דבאמת עיקר קנייתו אינו רק על מה שיגמר אח"כ משא"כ כשהפך בפירי דהוה כקונה מיד ל"ש אגר נטר וז"ב לפענ"ד. ובזה מיושב ג"כ מה שדקדק המח"א שם מדברי התוס' בדף ס"ד ס"ה דבפרדיסא לא זכי בשום דבר והו"ל כהלואה ומשמע דלא קנה ולכך הוה זוזי הלואה אף שכבר נחנט דהרי לבסוף הוא דמסקו התוס' דמיירי כשלא יצא עדיין הפירי כלל ע"ש ולפמ"ש אין כאן ראיה דלא תלוי בקניה כלל רק כל דעיקר קנייתו הוא על מה שיגמרו הפירות חשוב כאגר נטר וע' בשיטה מקובצת בב"מ דף ע"ג גבי שבשי שבושי דמשמע כדברי:

ז ובזה מיושב מה שהקשה הפ"י בדף ס"ד בהא דהקשו בתוס' דמ"ש מפרדיסא דאסר רב והקשה הפ"י לפמ"ש התוס' במסקנא דפרדיס' איירי כשלא יצא הפירי כלל א"כ לכך ראוי שיהי' אסור דהו"ל דשלבל"ע ולא קנה והוה זוזי הלואה משא"כ כאן דהוה קנין ע"ש ולפמ"ש לא תלוי בקנין כלל דמ"מ הוה כאגר נטר כל דלא הפך בדבר שיקנה תיכף:

ח והנה עלם משכיל שאלני דדברי הפ"י תמוהין במ"ש דלכך בפרדיסא אסור דהוה דבר שלבל"ע דהא לרב קיימינן דהוא אוסר בפרדיסא ורב ס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע וכמדומה שכן שאלני הרב המופלג מוה' יעקב סגן כהן נ"י ממקילניץ ושכחתי מה השבתי לו בעת ההוא. ובאמת שהשבתי להעלם הנ"ל תכ"ד דהפ"י לשיטתו דהעלה בחידושיו לקידושין דף ס"ב כהבני יעקב דגם לרב בעי שיהי' חנטה פירי וכמ"ש למעלה בשמו וא"כ שם דמירי שלא יצא הפירי כלל גם לרב אסור. אבל מ"ש ליישב קושית הפ"י הוא הנכון. והנה לכאורה רציתי לומר דבלא"ה לא תלוי בקניה דאם נימא דכל דקני ל"ש איסור ריבית וא"כ אף דבר שלבל"ע מהראוי דלקנות וחילי דילי דהרי באם נשבע על דבר שלבל"ע כפי הנראה מבואר מהטור על התורה פ' תולדות שהביא בשם אביו הרא"ש דהשבועה מקיים המקח שלבל"ע ולכך קנה יעקב הבכורה אף דהיה דבר שלבל"ע משום דנשבע לו וא"כ כל שיש איסור ריבית הוה כנשבע דכמו דהשבועה מחזיק המקח משום דלא נשבע שיעבור על שבועתו וה"ה כל דאיכא איסור מסתמא גמר בלבו לקיים המקח וכעין דכתב המהריב"ל הובא במלמ"ל פ"א ממכירה דהיכא דנשבע שיקנה בכסף לבד דקנה ואף לפי מה דמבואר בחו"מ סי' ר"ט דאין השבועה מחזיק הקנין מ"מ לענין איסור ריבית י"ל דמסתמא גמר להקנותו בלב שלם כדי שלא יהי' איסור ריבית ובלא"ה הא מבואר בחו"מ סי' קע"ו דבשותפין אמרי' אגב דבעי לקנות גמר ומקנה וא"כ ה"ה כאן דנתן לו מעות אגב דבעי לקנות גמר ומקנה כנלפענ"ד. והנה לכאורה תמהתי במ"ש הפ"י דבברייתא הוה דבר שבא לעולם ולכך לא הוה ריבית דהרי הוה מכר גמור דקנה והרי בברייתא מבואר מה שעיזי חולבות וא"כ הרי החלב כנוס במעיים והוה דבר שלבל"ע וע' בסמ"ע סי' ר"ט שכתב דבעובר כיון דאינו נגלה לכך מקרי דבר שלבל"ע א"כ ה"ה חלב דלא מגלי ובפרט בחלב דלא מיניה קא רבו כדאמרו בש"ס שם ודאי מקרי דבר שלבל"ע. וכאשר עיינתי בזה בקדמונים ראיתי בשיטה מקובצת שהביא בשם הרמ"ך שכתב בהדיא דגבי חלב לא מקרי דבר שלבל"ע שהרי החלב כנוס במעיה והרי הוא כמו שמכר פירות אילן שהשביחו שליש דקנה ואף דלא נגמר החלב עדיין עד לערב לא מקרי דבר שלבל"ע. ומיהו אחר כך נרא' שמסתפק בדבר וכתב דכאן לא בעי הש"ס לומר דקנה רק משום ריבית ליתא ע"ש הרי שזכיתי שהיא שאילת הראשונים ועכ"פ דברי הסמ"ע

צע"ג מהרמ"ך והריטב"א שם דעובר דמי טפי לדבר שבל"ע מחלב דלאו מיניה קא רבו וע' בב"י חו"מ ר"ס ר"ט דרצה לומר דעיזי חולבות הו"ל דבר שאינו מסויים ושייך ביה אונאה ודו"ק וע' במחנה אפרים הלכות ריבית סי' ל' אחר זמן רב ראיתי ולפענ"ד ט"ס בגמרא שם וצ"ל רבא כמו הא"ד דאמר רבא ול"מ כזה בכל הש"ס דלל"ק הך מימרא הוא רב ולא"ד יהי' אמורא אחר וע"כ שגם למעלה הוא רבא ור"כ הוה תלמידו דרבא והיו תרי ר"כ וע' ש"ך סי' תי"ט ס"ק ג' ובגליון הש"ך הארכתי דתרי ר"כ הוו אבל מה אעשה דהתוס' בב"מ דף ס"ד שם הבינו זה קודם ולפ"ז היו צריכים להגיה דל"ק ול"ב יהי' מימרא דאיש א'. שוב עיינתי בתוס' דמשמע להיפך דגרסו רבא דאל"כ למה לא הקשו רב דקרי אדרב דפרדיסא וע"כ דכאן גרסו רבא וצע"ג על כל המפרשים שלא הרגישו בט"ס זה.

ט אחר כמה שנים מצאתי ברמב"ם פ"ט מנטע רבעי הלכה ב' דאין נטע רבעי נקנה במתנה אלא אם נתנו בוסר ותמה הכ"מ דהא בש"ס אמרו כשהוא סמדר ולמה שינה הרמב"ם וכתב בוסר במקום סמדר והא בוסר גדול יותר מסמדר ולפמ"ש א"ש דבש"ס אזיל אליבא דר"מ וכדאמרו לעולם ר"מ וכגון דיהיב כשהוא סמדר ולר"מ דס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע ולא בעי רק שיהי' ניכר קצת לכך אייריי כשהוא סמדר וכמ"ש לעיל משא"כ לדידן דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע צ"ל דיהיב כשהוא בוסר שהוא גדול והו"ל דשבל"ע וז"ב והוא כפתור ופרח בכוונת רבינו ששינה ל' הש"ס בכוונה ודו"ק:

י והנה בהא דכ' הרא"ש ביבמות פרק ר"ג דף נ"ב גבי האומר ללבלר כתוב לארוסתי גט לכשאכנסנה אגרשנה וכנסה וגרשה דהוה גט אבל באשה דעלמא אינו גט וכתב הרא"ש דהיינו דוקא למ"ד אין אדם מקנה דבר שלבל"ע אבל למ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע הוה גט ודבריו תמוהין כמו שתמה הב"י באהע"ז סי' קל"ב דהא אנן קיי"ל דדבר שלבל"ע לא קנה ולאיזה צורך כתבו הרא"ש והטור ע"ש שהאריך והניח בקושיא. ולכאורה רציתי לומר דכיון דבא באמת בעולם רק שמחוסר כניסה עכ"פ הוה כחנטו הפירות דמקרי בא לעולם ול"ד למקדש לאחר שאתגייר או לאחר שתתגיירי דכעת אינה ראוי' לקידושין כלל משא"כ באשה דגם כעת ראוי' לגירושין אלו היה כנסה. אך באמת ז"א דמ"מ כל שמחוסר כניסה מקרי דבר שלבל"ע. ובזה יש מקום ליישב דברי התוס' ביבמות דף נ"ב שם שכתבו בד"ה ולאשה בשם ר"י דלמ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע מועיל כמו בשחרור דכותב לו לכשאקחך הרי אתה קנוי לך מעכשיו דמועיל והדבר יפלא דלמה להם כל האריכות הא פשיטא דלמ"ד אדם מקנה דשלבל"ע מועיל ולמה להם ראיה מעבד ולפמ"ש א"ש דבאמת לפמ"ש הבני יעקב דלשיטת רש"י גם לראב"י דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע

מ"מ בעינן שהפירות יהיו מנכר קצת א"כ באמת צ"ב דהיאך מועיל בעבד דהא כעת אין ראוי לשחרר דלא קנהו ואיך מועיל וצ"ל כיון דגם כעת אם הי' נקנה הי' יכול לשחררו מקרי ניכר ומועיל השחרור ולזה מביאים ראיה דגם בגט מועיל בכה"ג לכשאכנסנה אגרשנה למ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע. אך באמת לפענ"ד ל"ש בגט אין אדם מקנה דבר שלבל"ע דמלבד דע"כ לא אמרי' דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע רק באם מקנה דבר חדש שייך לומר דלא גמר להקנות וזה לא גמר לקנות בדבר שלבל"ע אבל כאן מה מקנה לה דבר חדש אדרבא כמו שהוא כעת שאינה אשתו והוא לא אישה ובעלה כמו כן רוצה שתהי' כן לאחר שאכנסנה א"כ ל"ש בזה דבר שלבל"ע וגם אטו צריך להקנות לה דבר האשה מתגרשת בע"כ רק צריך שתקבל הגט וכתבו על א"ה מגורשת כמבואר באהע"ז סי' קכ"ד ועח"מ שם וא"כ מה שייך בזה קנין בדבר שלבל"ע הא אינו צריך לקנות ואף שהוא מסתלק מכל הזכות שיש לו באשתו הא סילוק מועיל בדבר שלבל"ע כמבואר בחו"מ סי' ר"ט ס"ד וע' בסמ"ע שם ואף להט"ז החולק כ"כ בגליון הט"ז דכדברי הסמ"ע מבואר בר"ן ואף דבעי שיהי' לו קצת זכייה כמו בארוסה דאל"כ לא שייך סילוק א"כ גם כאן הוא אומר לכשאכנסנה אגרשנה וממנ"פ כעת איננה אשתו ולא זכה בה וכל שיכניסנה ויהי' לו זכייה ממילא יועיל הסילוק למפרע וע"כ דברי התוס' תמוהין וצ"ל בכוונתם דכל שכעת ל"ש הסילוק דעוד לא זכה בה הוה בכלל אין אדם מקנה דבר שלבל"ע ולכך כתבו דזה למ"ד אין אדם מקנה דבר שלבל"ע אבל למ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע מועיל. איברא דלכאורה י"ל דאף למ"ד אדם מקנה דשלבל"ע היינו משום דגמר לקנות אבל שיסלק עצמו מדבר שלא זכה בו ל"מ וע' מלמ"ל פכ"ב מאישות שהרחיב הדיבור בזה דא"י להסתלק מדבר שלא זכה בו ואולי מש"ה הביאו ראיה מעבד דג"כ מסלק עצמו כעת דהרי א"ל לכשאקחך קני לעצמך מעכשיו ועכשיו אין לו בו שום זכיה. ובזה מיושב היטב מה שהתוס' נתקשו במה דצריך לומר מעכשיו וע' בתוס' קידושין דף ס"ג שהאריכו בזה ולפמ"ש רבותא קמ"ל דה"א דמעכשיו לא יהי' מועיל דהו"ל סילוק מדבר שלא זכה בו קמ"ל דאפ"ה מועיל דכיון דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע גם להסתלק יכול לסלק עצמו וה"ה לגט (ובחידושי אמרתי בזה ליישב קושית התוס' דלכך נקט מעכשיו דהא באמת המשחרר עבדו עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו וא"כ כל שמשחררו לאחר שיקנהו הי' עובר בעשה והיאך אפשר דקרא דלא תסגיר עבד אל אדוניו מיירי באם עבר ודאי לא כתב קרא ואף דאי לאיסורא כתב קרא וע' ביבמות דף ע"ח מ"מ לא מסתבר ליה לאוקמא קרא בכה"ג ולכך אמר לכשאקחך קנוי לעצמך מעכשיו ונמצא שמעולם לא התחיל השעבוד עליו ולכך נקט מעכשיו דל"ש בזה העשה דלעב"ת

כלל) עכ"פ הקושיא הראשונה קשה והעיקר נרא' בכוונת הרא"ש והטור דהנה באמת צ"ב דהיאך מועיל שיכתוב בגט לכשאכנסנה אגרשנה והא אם נימא דבעי שליחות בגט או עכ"פ בצווי הבעל והא כעת אינו בעלה עדיין ול"ש בזה שליחות וצווי הבעל וכל מלתא דאיהו לא מצי עביד ל"מ משוי שליח וצ"ל דלמ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע א"כ יכול לעשות ולהקנות דשלבל"ע ה"ה דיכול לעשות שליח ע"ז. אך עדיין קשה דזה דוקא אם נותן למי שבא לעולם רק שהדבר אינו בעולם בזה שפיר יכול להקנות אבל כאן הוה לדבר שלבל"ע דעוד לא נעשית אשתו ולמי כותב הגט שיהי' יכול לעשות שליח. אך נרא' דלפמ"ש התוס' פ"ק דכתובות דף ז' ע"ב ד"ה המזכה ובגיטין דף י"ג דלשמואל ור"נ דבר שלבל"ע גרע טפי מלדבר שלבל"ע דהרי מקנה דבר שלבל"ע ל"מ לר"נ והמזכה לעובר קני ע"ש ולפ"ז להרא"ש והטור דפסקו בחו"מ סי' ר"י דהמזכה לעובר לכשיוולד קני וע"כ דס"ל דדבר שלבל"ע גרע טפי מלדבר שלבל"ע וע' פ"י בחידושיו לגיטין שם ובתומים סי' ס"א ס"ק א' שכ"כ בהדיא וא"כ ממילא כאן דל"ש בזה דבר שלבל"ע רק דהוה לדבר שלבל"ע ובזה שפיר מועיל להרא"ש וז"ש הטור בסי' קל"ב וא"א הרא"ש ז"ל כ' דאם כ' לאשה דעלמא הוה גט למ"ד אדם מקנה לדבר שלבל"ע ולא כתב אדם מקנה דבר שלבל"ע רק לדבר שלבל"ע משום דזה עדיף טפי וכמ"ש ודו"ק היטב:

יא שוב ראיתי בט"ז סי' קל"ב שכתב שצ"ל למ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע דלדבר שלבל"ע הכל מודים דלא קנה. ובאמת שז"א דאדרבא לר"נ ולשמואל עדיף טפי לדבר שלבל"ע מדבר שלבל"ע. ומ"ש שכ"כ התוס' בהאשה רבה דף צ"ב לא מצאתי דבר מזה ואדרבא בדף צ"ג ד"ה ור"נ כתבו דלר"נ הוה ההיפוך ורמזו למ"ש בכתובות וגיטין הנ"ל. ומ"ש הט"ז שם דכוונת הרא"ש לדברי המרדכי דאומר לכשיהי' בעולם דקני. הנה מלבד דדבריו תמוהין ואף לדברי המרדכי בדבר שצריך קנין או משיכה בעת בואו לעולם ל"מ כמ"ש האחרונים ומכ"ש בזה דל"מ. והנה האחרונים הקשו ומכללן דו"ז הגאון בישועת יעקב סי' קל"ב דאיך מועיל בגט דמתנה לכשאכנסנה אגרשנה אבל כשלא יכנסנה לא יגרשנה הו"ל תנאי קודם למעשה כתיבת התורף דל"מ דלא הוה כריתות והנה באמת באשה דעלמא בודאי לא קשה כיון דכעת איננה אשתו כלל ואם יכנסנה הוא מתנה שיגרשנה וא"כ עיקר הגט בא לשם כריתות גמור ואדרבא בא לרחק טפי שאף שיכנסנה יגרשנה ודומה למ"ש המהרי"ט בראשונות סי' ס"ו דבגט שמתנה באם לא באתי בתוך יב"ח דכל שמעשה חל עכ"פ לאחר יב"ח רק שמתנה שאם לא יבא תוך יב"ח שתהיה מגורשת מעכשיו דל"ש בזה תנאי קודם כתיבת התורף כיון דב"כ וב"כ היא מגורשת ממנו לאחר יב"ח מכ"ש בזה שכעת אינה אשתו. ובזה הנה מקום אתי ליישב הא דאמרו

בקידושין לכשאקחך הרי אתה קנוי לעצמך מעכשיו והקשו התוס' למה נקט מעכשיו. ולפמ"ש א"ש דבאמת גם גט שחרור בעי כריתות גמור ול"מ שיור בגט כדאמרו בגיטין דף ח' וא"כ ל"מ תנאי קודם כתיבת התורף מטעם כריתות וכמו בגט אשה ולכך בעי מעכשיו ואולי זהו שהביאו התוס' ראיה ביבמות מעבד דהוה ק"ל דהוה תנאי קודם כתיבת התורף וע"ז הביאו ראיה מעבד ודו"ק. איברא דעדיין קשה מהא דכותב גט לארוסתו לכשאכנסנה דשם לא הוה כריתות וכעת היא ארוסתו. ומיהו לפמ"ש התוס' דמיירי כאן שכתב זמן הנתינה דלכך לא הוה גט ישן א"כ כאן הוה כריתות גמור דבאותו זמן יהי' גט גמור והוה כמו גט מאוחר דלשיטת התוס' הגט חל לאותו זמן ודו"ק. [וע' קידושין דף נ"א ע"ב דא"ל קדושי לדידך וקשה הא הוה דבר שלבל"ע ויכולה לחזור בה וצ"ל דמ"מ אב לגבי ברתי' סמך דעתי' וכמו דאמרי' להיפך דאב לבנו מקנה דבר שלבל"ע כמבואר סי' ר"י וגם י"ל כיון דהוא מקבל כסף קידושין א"כ הו"ל כתפס דמודה ר"נ בתפס ודו"ק ולענין סמדר שכתבתי למעלה ע' גיטין ל"א ודו"ק]:

יב וראיתי בתוס' כתובות דף מ"ב ד"ה ר"ש שכתבו וז"ל וא"ת וכי נימא דסבר ר"ש דאדם מקנה דבר שלבל"ע דאפי' את"ל דאם אמר כלי זו יהא שלך אם ירדו גשמים דחשוב בא לעולם היינו משום דכלי שנותן לו בעולם וזוכה בו למפרע כשירדו גשמים והא דקאמר אם ירדו תנאה בעלמא היא אבל הכא אינו נותן לו הכלי מיד אלא שמייחדו לגבות הימנו קנס אם יתחייב כשיעמוד בדין והא לא בא לעולם הוא. ודבריהם תמוהים לפענ"ד דמה בכך דלא יחדו תיכף רק לכשיעמוד בדין מ"מ ל"ש דבר שלבל"ע דהא מודה ר"נ אם שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה והיינו בתפס וזה לא מכח ספיקא רק דכך הדין כמ"ש בש"ך חו"מ סי' ר"ט ובתשובה הארכתי בזה וא"כ כאן שייחד לו כלי לעשקו למה לא יועיל וא"ל דאינו רק למשכון ומשכון ל"מ בדבר שלבל"ע כמ"ש הבעה"ת שער ס"ד אבל ז"א דכאן ע"כ מיירי שייחד לו לגבות מגוף החפץ ל"ש משכון אך ז"א דהא מיירי רק במייחד לו כלי ולא נתן לו שוב הו"ל דבר שלבל"ע וז"פ:

יג ובזה מיושב היטב מה דק"ל טובא בהא דאמרו בירושלמי קידושין פ' האומר והובא ברמב"ן במלחמות פ"ב דביצה גבי הבו ד' מאה זוזי ולנסוב ברתי האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שירדו גשמים ירדו גשמים מקודשת ר"מ אומר בין אם ירדו בין לא ירדו מקודשת לאחר שירדו גשמים הכל מודים שאם ירדו גשמים מקודשת ואם לאו אינה מקודשת וקשה הא רבנן דר"מ ס"ל דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע וא"כ במה תהיה מקודשת אף לאח"כ דהא הוה דבר שלבל"ע וע"כ צ"ל כיון דתפסה הקידושין שנתן לה לא מקרי דבר שלבל"ע מיהו צ"ע דאכתי היאך מקודשת הא אין ברירה וגם בתנאים

שייך ענין ברירה ובשלמא בלאחר שירדו גשמים דאין הקידושין חלין רק אח"כ ל"ש ענין ברירה דל"צ שיתברר למפרע אבל בע"מ דחל למפרע לכאורה תלוי בברירה וצ"ל כיון דחיזק לתנאי בכל משפטי התנאים ל"ש ענין ברירה דהרי אלמו לתנאי ואמר שני הצדדים אם יהי' כך אם לא יהי' כך. ובזה נרא' דלכך דעת הרמב"ם והגאונים דע"מ א"צ משפטי התנאים והיינו משום דהמעשה חל מיד וגוף המעשה יש לה תיכף חלות רק באם לא יתקיים התנאי עוקר הקידושין ל"ש ענין ברירה דאם יתקיים התנאי יהי' המעשה מצד עצמו חלות וצ"ל דהירושלמי ס"ל דאף בע"מ צריך משפטי התנאים דלא כהגאונים והרמב"ן לא הרגיש שם בזה ועכ"פ מבואר בירושלמי דאם תפס הוה קנין ולא כהנימוק"י דכ' דאינו רק מתורת ספק כמ"ש בתשובה וגם האלשיך סובר דאינו רק ספק דא"כ שוב לא תהיה מקודשת בודאי רק בספק ודו"ק:

סימן נז

א לחכם אחד.

ב אשר שאלת באיש שנושה בחבירו מנה או מאתים והלך והפקיר נכסיו מה משפטו אם יכול הבע"ח לגבות מהם ולא יועיל הפקרו. והנה לפענ"ד הדבר מפורש והוא מחלוקת הסמ"ע והט"ז סי' רמ"ה בחו"מ סעיף י' במי שקיבל מתנה וזכה בו ואחר שבא לידו והוא שותק חזר בו ואמר איני רוצה בה וכו' לא אמר כלום לענין שתחזור לבעלים אלא הרי הוא הפקר וכל הקודם בה זכה ואם יש לו בע"ח גובה ממנו וכתב הסמ"ע דדוקא בבע"ח בשטר דאז כל נכסיו משועבדין לו וא"י להפקירן ולהפקיע שעבודן ולא עדיף מאילו מכרן לאחר ע"ש ומשמע הא בע"ח בע"פ יכול להפקירן אבל הט"ז כ' על זה בסמ"ע פי' דוקא בשטר ולפענ"ד דה"ה במלוה ע"פ כיון שאין לו ממה לשלם אין בידו להפקירן ולהזיק בידים לחבירו ע"ש. והנה באמת ראיית הט"ז מהא דמבואר בסי' צ"ט דאין אדם נאמן לומר על שלו שהוא של אחרים ואם איתא ליהימן במגו דאי בעי מפקיר לנכסיה וע"כ דא"י להפקיר נכסיו ולפענ"ד במחכת"ה אינו ראיה כלל דשמא לא רצה להפקיר דא"כ יהי' מופקר לכל העולם וכל מי שירצה יחזיק והוא רצה לתת לאותו האיש דוקא שאומר ששלו הוא אך לפענ"ד היה נרא' בראשית ההשקפה ראיה ברורה דיכול להפקיר אף שאין לו נכסים דהרי בהא דאמרו בכתובות דף י"ט ע"א לעולם דאמר מלוה וכגון שחב לאחרים והקשו בתוס' ולהמני' במגו דאי בעי מחיל לי' דהא המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וקשה מה קושיא הא כיון דמיירי כאן שאין לו מה להגבותם כ"א מזה א"כ א"י למחול דלא עדיף מחילה מהפקר שהוא מתורת נדר שא"י להפקיר וגם

במוכר שט"ח לחבירו יכול למחול אף שאין לו ממה לפרוע וכמ"ש הש"ך סי' ס"ו ס"ק פ"ט באורך ע"ש ואף די"ל דשאני מוכר שט"ח שמה שיכול למחול הוא משום שנשאר שעבוד הגוף במקומו כמ"ש ר"ת דשני שעבודים יש וא"כ ממילא זה לא מכר לו משא"כ כאן דכל מה שיש לו משועבד לבע"ח מ"מ הרי התוס' מדמו לה למוכר שט"ח ואם איתא היו יכולים לחלק דכאן א"י למחול וע"כ דגם בזה יכול למחול וא"כ מכ"ש להפקיר אבל אחר העיון יש מקום לחלק דשאני מחילה שמוחל להלוה ומיד שמחל נפטר זה מחובו ומה לו להאחר במה שמזיק להמלוה שלו כמו כן הוא מזיק לו ויכול לומר כל שפטרת אותי ומחלת לי כבר זכיתי ונפטרתי מן החוב ומה לי בהיזיקו של זה וכן במוכר שט"ח לחבירו אבל בהפקר דכל כמה דלא זכו בו אחרים יכול לחזור בו וא"כ כל שמשועבד לאחרים א"י להפקיר וצריך לחזור שלא יקחו אחרים:

ג ובזה נ"ל ליישב דברי הסמ"ע בסי' רמ"ה שם במ"ש דא"א לומר דכוונת הרמ"א היא למ"ש הנימוק"י פי"נ שכתב דאף אם הוא הפקר וכל הקודם בו זכה מ"מ אם קדם בע"ח וזכה נפטר המקבל מחובו ולא מצי למימר האי מהפקירא קא זכינא וחובי במקומו עומד דא"כ היו לו למור"ם לכתוב בהאי לישנא דבע"ח גובה ממנו ע"ש ותמה הקצה"ח דאיך אפשר לומר שלא יוכל הבע"ח לזכות מתורת הפקר דמ"ש הוא מאחרים ע"ש שהסיב דברי הנימוק"י לכוונה אחרת ולפמ"ש י"ל דכיון דהוא א"י להפקיר ולשיטת הסמ"ע היא בשיש לו שטר עכ"פ א"י להפקיר א"כ בשלמא אחרים שפיר יכולין לזכות דיוכלו לומר מה לנו בהיזיקו של אחר הוא ניהו דהוא א"י להפקיר ומקרי גזלן אבל מה לנו בזה אבל הבע"ח בעצמו פשיטא דא"י לזכות מהפקר ולומר שחוב שלו נשאר במקומו דבאמת א"י להפקיר חובו ולהעשות גזלן רק אחרים מה להם בהיזיקו של זה אבל הוא בעצמו א"י לעשות זאת. איברא דגם ע"ז יש לפקפק דסוף סוף יאמר דזכיתי בו מהפקר והעיקר נ"ל בכוונת הסמ"ע שהבין בהנימוק"י דכיון דבשטר אינו מועיל הפקר דיכול לגבות ממשועבדים מידי דהוה אם מכרם וכמ"ש בסמ"ע וא"כ לפ"ז שוב אף שכבר זכו בו אחרים מוציא הבע"ח מידם וא"כ בכה"ג שוב א"י לומר הבע"ח דמהפקר קא זכה דאם מתורת הפקר בא להוציא שוב א"י להפקיע זכות אחרים שזכו בו כבר וע"כ דזכה בו מתורת חבירו ושוב נפטר חבירו וז"ב כשמש:

ד ובזה אני אומר דבאמת כוונת הרמ"א למ"ש בנימוק"י והביאו בד"מ ומ"ש הסמ"ע דא"כ לא הי' לו לכתוב בהאי לישנא דבע"ח גובה ממנו והיינו דהי' לו לבאר שנפטר מחובו לפמ"ש זה תלוי בזה דכל שיכול לגבות ולהוציא מהפקר שכבר זכו בו אחרים ממילא ע"כ נפטר מחובו ולזה רמז הנימוק"י במ"ש שאם באים בע"ח וגובין ממנה דמשמע מאחרים

הזוכים וכמ"ש הקצה"ח שם וצ"ל דלפי' הסמ"ע מירי שכ' לו בשטר דאקנה בפי' דאל"כ כיון שזה נתן לו מתנה אח"כ הו"ל דאקנה ואינו משועבד לבע"ח וממילא דמועיל אם כבר זכו בו אחרים דהו"ל כמשועבדים ביד הלקוחות וע' סי' קי"ב. נחזור לענינינו דעכ"פ הראיה מתוס' יש לדחות דהוא כבר זכה בו ותדע דא"כ יקשה גם להסמ"ע דנוקי שחב לאחרים בשטר וגם להסמ"ע א"י להפקיר וע"כ דמחילה מועיל וכמ"ש. אמנם אי קשיא הא קשיא במ"ש התוס' בכתובות דף נ"ט ע"ב ד"ה קונמות שהקשו א"כ כל אדם יפקיע כל ממונו מבע"ח ע"י קונם ואם איתא הא כמו שא"י להפקיר א"י להפקיע בקונמות דהפקר הוא מתורת נדר כמ"ש הרמב"ם ובטוש"ע סי' רע"ג וע"כ דיכול להפקיר. מיהו לפמ"ש התוס' בתירוצם דאלמוהו רבנן לשעבודא דבע"ח כדאלמו לשיעבודא דאשה ודבעל א"כ כיון שאלמוה רבנן לשעבודא דבע"ח דיכול להפקיע מידי קונמות ממילא מכ"ש שא"י להפקיר דאינו רק מתורת נדר ואינו נדר גמור ועקצה"ח סי' רע"ג והרי קדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד מכ"ש הפקר ואף לשיטת הרמב"ם בפ"ז מערכין דגם קדושת דמים מפקיע משעבוד היינו משום דס"ל דגם קדושת דמים כל שהקדישו לעולם חייל הקדושה אבל היינו דוקא בהקדש אבל לא בהפקר ואף במטלטלין הבע"ח מפקיע מידי קדושה כמ"ש התוס' בערכין דף כ"ג ע"ש ובמק"א ביארתי דיני קונמות באריכות עכ"פ הדין ברור לפענ"ד דדין הפקר לא עדיף מקונמות דאלמו שעבודא לבע"ח ומכ"ש בהפקר ואף בלא הגיע הזמן של הבע"ח וכמו בהקדש דמים וכמבואר בתוס' בגיטין דף מ' ד"ה הקדש ושחרור וה"ה בזה שוב ראיתי בקצה"ח שהעלה כן להלכה ואף דראייתו מגר אינו ראיה דלא הוה הפקר מדעת כבר העלה שם מדברי הרשב"א דאף בהפקר מדעת הוא כן וכן עיקר וע' בתוס' ב"ב דף קכ"ד ע"א ד"ה ואם במ"ש בשם ר"ת דיצא שט"ח על הבכור והבכור אינו רוצה לזכות בנכסים ומשמע דיכול להפקיר הנכסים אף שמפסיד לבע"ח ודו"ק:

ה שוב ראיתי במחנה אפרים הלכות זכייה מהפקר סי' ה' שכ' דבמטלטלין של גר שמת שזכו בו אחרים אין הבע"ח יכול להפקיע ממנו משום שדינו של המחזיק כיורש כמבואר בתוספתא פרק מי שהיה נשוי ומטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי וחולק על בעל עיטור והרשב"א שכתבו בפירוש דאף במטלטל בע"ח גובה מהם ולפענ"ד לא נהירא דע"כ לא אמרו דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח רק ביורש ממילא אמרי' דכיון שמת והנכסים ממילא בחזקתייהו א"כ היאך מצי להפקיע מינייהו הא הם אינם משועבדים לו רק שהמת בחיים חיותו הי' מחוייב לו וכל שמת פקע שעבודו אבל כאן ניהו דנעשה יורש אבל זה כשאינו חייב לאחרים א"כ נעשו נכסיו הפקר אבל

כל שחייב לאחרים א"כ לא מצי זוכה מן ההפקר דהא הנכסים משועבדים לו מחמת הגר ושעבודייהו קדמו במה יזכו האחרים שרוצים לזכות מן ההפקר והרי הגר לא הפקירו מדעתו רק שממילא נכסיו שלו הפקר משום דאין לו יורשים אבל כל שהם משועבדים א"כ הוה כזכו הם מעיקרא ולא מצי האחרים לזכות וז"ב כשמש. ולדעתי לזה כוון הרשב"א בתשובה סי' רנ"ב שהביא המח"א דע"כ לא אמר ר"ע אלא שהם יורשין וזוכין ממילא דבר תורה אבל הכא גבי זוכה בנכסי הגר דבשעת מיתה לא היה זכיית אחרים מעכבת כתובת אשה ובע"ח קדמו שעבודייהו וקמו נכסי ברשותייהו עכ"ל והן הן הדברים שאמרתי והמח"א הבין שכוונת הרשב"א דשיעבוד דבע"ח וכתובה חל על המטלטלין עד גמר מיתה וע"כ תמה דאנה מצינו זאת והרי אמרו דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי. ולפענ"ד הדברים כפשטן דכיון דמשועבד להם בחיים חיותן לא יעלו לזכות מן ההפקר דשעבודם קודם והוה כזכו בהם מעיקרא. ובזה ממילא ל"ק מה שהקשה ממתנת שכ"מ דאם כבר זכה בהם לא יוכל הבע"ח לגבות מהם כמ"ש הרשב"ם פי"נ דף קל"ח ולפמ"ש אין קושיא דש"ה דהוה כיורשין ממילא כל שנתן להם במתנת שכ"מ עשה אותם כיורשין משא"כ בגר דלא הפקיר רק שממילא נעשה הפקר זהו כשאין חייב לאחר אבל בחייב הם זכו מעיקרא וז"ב. וראיה ברורה לזה דהרי בהקדש דמים מטלטלי ג"כ הבע"ח מפקיע ההקדש כמ"ש התוס' בערכין דף כ"ג וע"כ דכל שמשועבדין לב"ח א"י להקדישו הרי דאף לוה בעצמו א"י להקדישו דהוה כרשות אחרים עליו מכ"ש בנכסי גר וז"ב מאד וע' בקצה"ח סי' קי"ז ס"ק ג' שלמד הקדש מהפקר. ולפענ"ד איפכא מסתברא דכח הקדש ודאי עדיף מהפקר וע"כ הדין דין אמת לפענ"ד דאין הפקר מפקיע מידי שיעבוד אף במטלטלין ואף בלא הגיע הזמן וכמ"ש. ומה שיש להסתפק בזה הוא באחד שהפקיר חמצו בספינה וכדומה שדעת המהר"ש הלוי הובא במג"א סי' תמ"ח שמועיל הפקירו מה משפטו אם היה לו בע"ח ואין לו נכסים אחרים אי נימא כיון דאין מועיל הפקירו לפי שבע"ח יכול לזכות בו ול"מ בע"ח כותי דמותר לו החמץ אלא אף בישראל כיון דעכ"פ לאחר הפסח יהי' מותר לו דהוא לא עבר על ב"י ומותר לר"ש וא"כ ממילא שוב אין מועיל הפקירו וביארנו אם נימא כמ"ש הנימוק"י דא"י לזכות מתורת הפקר ורק נוטלו בחובו א"כ שוב הו"ל דבר הגורם לממון לאחר פסח דהו"ל כממון לענין ב"י ול"מ הפקירו או דלמא כיון דבעת שהפקירו דהיינו בפסח אסור לזכות בו הישראל והרי חמץ מפקיע מידי שעבוד ושוב הו"ל הפקר גמור וצ"ע בזה:

[1] והנה בהא דאמרו בב"ב קכ"ח במלוה שהוציא שטר וטוען הלוה שפרע מחצה ועדים אומרים שפרע כלה דהדין דנשבע הלוה וגובה מחצה בזה נלפענ"ד דאם הלוה משועבד

לאחרים פשיטא דאינו נאמן בהודאתו לחוב לאחרים וכמו דאינו נאמן נגד משועבדים דיוכלו לומר דאנן על עדים קא סמכינן. אך יש לדחות דשאני כאן דכל שיכול לזכות אין בידו להפקיר ולהפקיע הזכות של חברו אבל כאן דהלוה צווח וטוען שלא פרע יותר וכל שהודה הרי המלוה גובה וא"כ מה לו להמלוה בחובו של חבירו ובשלמא לגבי משועבדים י"ל דא"י להוציא מידם דיכולין לומר אנן על עדים קא סמכינן וא"י להוציא מידם מספק אבל האחר היאך יכול להוציא מספק דלמא טענת הלוה אמת וגם לפמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ק"י דלגבי לקוחות אף שהלוה מודה בשטר שכתבו יש לחוש לקנוניא ע"ש א"כ ה"ה כאן א"י להוציא מהמשועבדים אבל לגבי בע"ח אחר מה נ"מ בזה מבזה ובלא"ה י"ל דלגבי לקוחות הוחזק המלוה כפרן שהרי הוא אומר שלא נפרע והעדים מעידין שנפרע ונעשה כפרן בעדים וניהו דהלוה הודה במחצה ופסל העדים אבל א"י לפסול רק לגבי דידיה ולא לגבי הלקוחות אבל לענין ב"ח אחר ל"ש לומר דהוחזק כפרן דהרי נתחייב לו עכ"פ מכח הודאתו וא"כ חיובו כמו כל חיובי דעלמא ובפרט שיש לו שטר ברור וא"כ אין האחר יכול להוציא ונאמן בהודאתו כנלפענ"ד:

ז והנה הבעה"ת שער ח' הובא בש"ך ס"ס פ"ב הקשה דלמה לא נימא דהמלוה נשבע כמו כל מלוה בשטר ולפמ"ש א"ש דבאמת המלוה הוחזק כפרן ע"פ עדים וניהו דהלוה נאמן בהודאתו היינו לגבי עצמו לחייב עצמו שלענין זה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אבל איך ישבע המלוה הא יש שני עדים המעידים להיפך ונעשה כפרן ועכ"פ חשוד וא"י לישבע. שוב ראיתי בקצה"ח סי' ע"א ס"ק ה' שכתב כעין זה בישוב קושית הבעה"ת. והנה מ"ש הבעה"ת דכאן ל"ש שטרא בידך מה בעי דכאן הא לא פרע רק מחצה כבר תמה הש"ך עליו ע"ש ובלא"ה ל"ש כאן הטעם דשטרך בידי מה בעי דכל שיש עדים שאומרים שפרע כלו שוב י"ל דסמך על עדים וכעין שאמרו לענין פקדון דכל שיכול לטעון נאנסו שוב ל"ש שטרך בידי מה בעי וכמ"ש רשב"ם בב"ב דף ע' מכ"ש כאן שיש עדים וע"כ מה שמחלק הש"ך בין שטר דשייך שטרך בידי לטוענו בע"פ לפמ"ש כאן ל"ש כלל החזקה דשטרך בידי מה בעי די"ל דסמך על עדים: ובגוף קושית הבעה"ת דיהי' המלוה נשבע כ"כ בזה. וכעת נ"ל דבאמת צריך להבין היאך נשבע המלוה במוציא שטר והא יקשה נימא מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא ותירוצו של רבה ל"ש גבי מלוה וצ"ל תירוצו של אביי די"ל דהו"ל ספק מלוה ישינה וקשה דהיאך רוצה להוציא בספק מלוה ישינה הא הוא גופו א"י שנתחייב וצ"ל דבשטר בלא"ה י"ל דכל שנסתפק לו אם פרע הוא תובעו דבשטר כל שטוענים שניהם א"י הוא חייב כמ"ש סי' ע"ה בש"ך ס"ק ס"ה ולכך תובעו מספק ואינו חשוד כלל ולפ"ז כאן שיש עדים שפרעו רק שהלוה

פסלם לגבי מחצה אבל על המחצה השניה א"י המלוה לישבע דהו"ל חשוד אממונא דחשוד על השבועה וז"ב. אך לפ"ז יקשה להיפך דא"כ איך נשבע הלוה הא ל"ש תירוצו של רבה דהא יש לו מגו דל"ש אשתמוטי כלל דכל אשתמוטי הוא משום דכלו לא יכול לאשתמיט כ"כ דא"י לכפור כ"כ וכאן עדים מסייעים לו ויכול להעיז ותירוצו של אביי ל"ש דהו"ל ספק מלוה ישינה דא"כ יקשה לפטור באמת וא"ל דגם ספק מלוה ישינה ספק פרעון קודם להלואה ג"כ חייב וכמ"ש הש"ך בסי' ע"ה דז"א דשם הטעם דהחיוב בודאי וכאן אין החיוב בודאי די"ל דבאמת אינו זוכר וכמ"ש הר"ן דלכך אינו פוסל העדים די"ל דאינו זוכר וא"כ אין החיוב ברור ואפשר כיון דמחצה מודה הו"ל מודה במקצת וא"כ אף דטוען א"י הו"ל מחוישבואיל"מ ודו"ק. אחר כמה שנים שכתבתי זאת מצאתי בשו"ת הרמב"ן סי' ס"ט דהביא מהא דאיסור גיורא דל"מ שיחייב עצמו לענין שישתעבד לב"ח דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי ע"ש ומבואר כדברי המחנה אפרים הנ"ל וע' בשו"ת נוב"י מהד"ק חחו"מ סי' כ"ו שהוא וחתנו הגאון ז"ל נתקשו דלמה לא חייב עצמו ונדחקו מאד וכבר קדמם הרמב"ן במיוחסות בזה:

ח והנה כ"ז לענין הפקר אבל ביאוש בגזילה ואבדה יש לעיין מה משפטו ולכאורה כיון דיאוש הוה כמו הפקר וע' בתוס' ב"ק דף ס"ו א"כ היה הדין כמו בהפקר ותלוי במחלוקת הסמ"ע והט"ז הנ"ל והאיר ד' עיני ומצאתי בתומים סי' ל"ז ס"ק ח"י שכתב בפשיטות דיאוש מתורת הפקר וכשם שא"י למחול ולהפקיר במקום שחב לאחרים ע"ש מה שמחלק בין קרקע למטלטלין דבקרקע י"ל דמעמידו בפני בע"ח ואינו מועיל היאוש משא"כ במטלטלי דלא משתעבדי לב"ח. ובאמת מצד הסברא אינו נרא' כן דא"כ בכ"מ דאמרי' סתם גזילה יאוש בעלים נצטרך לחקור אולי מגיע להבע"ח ואין בידו וגם הוא עצמו יכול לחזור ולטעון כן וגם בקידושין מקודשת לר"ש כדאמרו בקידושין דף נ"ב וזו לא שמענו. וראיתי לשארי הגאון בנתיבות המשפט שהשיג עליו וכתב דל"ד להפקר והביא ראיה דהרי כל הא דטריף בע"ח חובו נכסים שמכר הוא משום דכל שמשועבדים לבע"ח הוה כדבר שא"ב וכמ"ש רש"י בפסחים דף ל"א ולפ"ז הא יאוש כל עיקרו אינו רק בדבר שא"ב דהרי גזילה אינו ברשותו מקרי וא"י להקדיש ואפ"ה יכול לייאש ובדבר שהוא ברשותו ל"מ יאוש וכמ"ש הרמב"ן במלחמות פ"ב גבי נטלה לפני יאוש וע"כ דיאוש אינו מתורת הפקר כלל וגזה"כ ורחמנא בע"כ דידיה אפקיה מרשותו וא"כ גם הבע"ח אינו יכול לטרוף זהו תורף דבריו ובמחכ"ת דבריו תמוהין דמ"ש דאינו מתורת הפקר הנה התוס' בב"ק דף ס"ו רצו לדמותו להפקר ומסקו דל"ד להפקר ואינו הפקר גמור כ"כ ע"ש ד"ה כיון ועכ"פ איך אפשר שיהי' עדיף מהפקר דהפקר ל"מ ויאוש מועיל

יציבא בארעא וכו' ומ"ש ראיה דיאוש ל"מ בדבר שברשותו כמ"ש הרמב"ן במלחמות הנה מהרמב"ן אין ראיה כמ"ש בקצה"ח סי' קנ"ט ע"ש באורך. אבל במק"א הראיתי דהדין דין אמת וכמ"ש הנימוק"י בב"מ גבי בני מעצרתא דכופרי ותמהני שלא זכרו זאת הקצה"ח והנתיבות וח"ב אינו ת"י מספר נתיבות. וכעת נ"ל הטעם בפשיטות דיאוש הוא מתורת סילוק ומחילה והרי גם במחילה משמע מהריטב"א דצריך תורת הקנאה וע' מחנה אפרים הלכות זכייה מהפקר סי' י"א ומכ"ש ביאוש שאינו מחילה ממש וזה ודאי כל שהוא בחצירו לא מצי לזכות האחר וע' בחו"מ סי' ר' ס"ב בהג"ה וצריך לזכות לו ע"י אחר וכאן לא הוה רק סילוק. ומ"ש דיאוש מועיל אף בדבר שא"ב כבר עמדתי בזה בתשובה לענין יאוש בחוב והעליתי דלזה שישנו בידו מועיל היאוש וכעין שכתב הב"ש סי' כ"ח דשניהם ביחד יכולין להקדישו והארכתי בזה ועכ"פ ראייתו אינו. אך לפענד"נ דגוף הדין כוון להלכה דביאוש מועיל אף שחייב לבע"ח וטעמא דידי דבשלמא בהפקר שפיר י"ל דאינו יכול להפקיר דבר שא"ש דהרי הוא משועבד לב"ח ובמה נפקע שעבודו אבל בגזל ואבידה שכבר זכו בו הגזלן והמוצא אם בהיתירא או באיסורא ורק שיש עליהם חיוב דהשבה וכל שזה מתייאש נפקע מעליהם חיוב זה וכיון שכן שוב אין בידו לחזור בו דהא כבר זכו ונפקע מצותן להחזיר והדבר דומה למ"ש הר"ן בנדרים דף פ"ה דאינו מועיל שאלה בהפקר דקנין ממונו של זה לא נפקע ע"י שאלה וה"ה כאן דכבר זכו בו משעת הגזיל' והמציא' רק שהי' עליהם חיוב להחזיר וכל שכבר נתייאש הרי זכו בו ממילא ואיך מועיל חזרתו וגם הבע"ח לא יטרוף דמה להם ולב"ח שהוא משועבד לבע"ח ואין בידו לחזור ואינו מבטל קנינו של זה וז"ב כשמש. ובזה אני אומר לקיים דברי התומים ולא מטעמיה דבקרקע כבר כתבו האחרונים דאף דנימ' דמועיל יאוש אבל מצות השבת הגזיל' ל"ש בקרקע דקרקע אינה נגזלת וכל היכא דאיתא ברשות' דמרא איתא וא"כ מה מועיל היאוש הא בע"ח יוכל לטרוף ול"ש לומר דאין קנינו של זה נפקע דהא קרקע אינה נגזלת ולא קני לה וכל היכא דאית' משועבד לב"ח משא"כ במטלטלין דשייך בהו זכייה ושפיר זכו בו כבר וז"ב מאד ודו"ק היטב:

ט ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש הרשב"ם דמיירי שלא קיבל אחריות והבינו התוס' דאל"כ לא מקרי שינוי רשות ותמהו ע"ז דל"מ בשום מקום וקבלת אחריות יבטל השינוי רשות ולפמ"ש י"ל דק"ל לרשב"ם דניחוש שמא שיעבד מטלטלי אג"ק וכדהקשו לקמן וא"כ גם מטלטלי משועבד לב"ח ומעמידו בפני בע"ח ול"ל דשייך תקנת השוק כמבואר סי' סמ"ך ולפ"ז זהו שלא באחריות אבל באחריות דאין לו פסיד' שיש לו על מי לחזור שייך החשש דמעמידו בפני בע"ח דל"ש תקנת השוק. ובזה י"ל הא דמשני לקמן כגון

שלקח ומכר לאלתר והקשו התוס' א"כ בית ושדה נמי ולפמ"ש י"ל דבלקח ומכר לאלתר לא שייך תקנת השוק בשעה מועטת משא"כ בבית ושדה וצ"ע בזה ודו"ק:

י אחר זמן רב מצאתי בנימוק"י ר"פ הגוזל ומאכיל שהקש' מאי איריא לא נתייאשו אפי' נתייאשו נמי ואף אם יאוש קונה גובה שני מדר"נ וכתב דנ"מ שאם מחל לו הגזלן דמטעם דר"נ אם מחל לא הי' מוציא מידו הרי מבואר דיכול למחול להשני אף שנתחייב להראשון דמים וה"ה דיכול להפקיר. ובזה מיושב היטב מה דק"ל טובא דאם נימא דשעבוד' דר"נ א"י למחול יקשה קושית הנימוק"י ואף דהנימוק"י לשיטתו דס"ל דגם שעבוד' דר"נ יכול למחול ועש"ך סי' פ"ו שלא הביא דברי הנימוק"י אלא מ"מ אכתי יקשה למאן דס"ל דשעבוד' דר"נ א"י למחול. ולפמ"ש אין ענינו לכאן דהא הגזלן השני קנאו ביאוש ורק דמדמים לא נתייאש וכל שמוחל לו הגזלן הראשון שוב אין על השני שום חיוב ול"ש בזה שעבוד' דר"נ שאין עליו שום חיוב כלל ודו"ק:

יא והנה הר"ן בפרק האש' שנתארמל' הקש' בהא דאמרו לעולם דאמר מלוה וכגון שחב לאחרים וכדר"נ דלמה לי דר"נ ת"ל דהב"ד יגבהו לזה שטרו של זה והוכיח מזה דשטרות לאו בני גובייני' ואח"כ הקשה הא יכול למחול וכתב כיון דמשועבד מדר"נ א"י למחול דהו"ל כאילו משועבד לזה ולכאור' אם נימא כמ"ש הסמ"ע דיכול להפקיר אף שאין לזה ממה לגבות א"כ היאך הוכיח הר"ן דשטרות לאו בני גובייני' והא אי לאו דר"נ לא מצי זה לגבות דנאמן במיגו דיכול למחול וע"כ דא"י למחול אף בלי דר"נ ודו"ק:

יב והנה ראיתי דבר פלא בתוס' מנחות דף נ"א ע"ב ד"ה יש לו נסכים שכתבו בזה"ל שהפרישן בחייו דלאחר מיתה הוה הכל הפקר. ולפענ"ד הוא תימה רבא דגם במלוה ע"פ כל שנגבית מיורשים וממשועבדים נגבית כמו כן מזה שהחזיק בהם כמבואר בחו"מ סי' ער"ה סעיף כ"ח בהג"ה ובש"ך ס"ק יו"ד שם ואף ממטלטלי כמ"ש הרשב"א ועיין קצה"ח סי' רמ"ה וא"כ כיון שנתחייב הגר בקרבן ונסכי' א"כ כל שנשאר בנכסיו כדי נסכיו דנעש' הפקר וזכו בו אחרים הו"ל דין מלוה ע"פ ונגבית מיורשים באופן המבואר בסי' ק"ח דל"ש כאן שום חשש ולמה לא יגבה ההקדש מהנכסים כדי נסכים ואף להסמ"ע דבהפקר ל"מ אף שחייב לאחרים היינו בהפקירו מדעת אבל לא בזה שהפקירו בא ממיל' ובלא"ה אני תמה דהו"ל מלוה הכתוב' בתור' כיון דהגר מקריב קרבן עם נסכים כישראל וא"כ צריך להגבות מנכסיו ועיין ברמב"ם פ"א ממחוסרי כפרה הי"ג שכתב דלכך יביאו יורשים עולתה שנשתעבדו נכסי' והשיעבוד דין תורה ובגליון הש"ך סי' ל"ט כתבתי דאף דהראב"ד ס"ל שעבוד' לאו דאורייי' אפ"ה לא השיגו בזה משום דמלוה הכתוב' בתור' היא ע"ש וא"כ גם כאן ודאי דחיובו הוא מן התור' ונשתעבדו הנכסים וצע"ג:

יג והנה נתיישבתי ולפענ"ד נרא' בכוונת התוס' עפמ"ש הר"ן פרק הכותב על דברת ר"ת ששני שעבודים יש שעבוד הגוף ושעבוד נכסים וכל שמוחל שעבוד הגוף ממיל' נפקע שעבוד נכסים וע"ז כתב דמ"מ כשמת הלוה אף ששעבוד גופו נפקע שעבוד נכסי לא פקע לפי שעיקר שעבוד וערבותן של נכסים בענין זה שכ"ז שלא יצא הלוה ידי חובו שיפרע מנכסיו אבל כ"ז שנפקע מחמת המלוה אף שעבוד נכסי נפקע ועיין ביאור הדברים בקצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו והדברים פשוטים ואני המתקתי יותר דכל שהערב נתערב אף במקום שנפטר הלוה פשיט' דל"ש לומר דכל שאין הלוה חייב לא נתערב הערב ומכ"ש בזה דאטו נפטר הלוה רק שמת ול"ש שעבוד גופו דבמתים חפשי אבל ערבות הנכסים נשאר וז"פ ולפ"ז כיון דהתקינו שאם אין לו נכסים שהב"ד יביאו משלהם והרי להגר כל שמת באמת אין לו נכסים דבמת הגר כל נכסיו הפקר וא"כ ל"ש לומר דנתערבו הנכסים דהא כל שאין לו להגר נפטר ידי חובתו והב"ד צריכין להבי' משלהם ושאני חוב דבמה נפקע ידי חובו א"כ הנכסים ערבים אבל כאן הי' תקנה דכל שאין לו הב"ד מביאין משלהם א"כ ממיל' אין על הגר שום חיוב כל שמת ושוב ל"ש ערבות דהא שעבוד הגוף נפקע ונפטר והוה כמו שפטרו המלוה וז"ב:

יד והנה בקצה"ח סי' ת"ו הקשה בהא דאמרו בב"ק כי קדמו ודנו ד"נ מאי הוה לחזור ולהדר ד"מ והקש' הא אמרו שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה משום דנתייאש ממנו וא"כ גם כאן כל שכבר דנו ד"נ הרי הפקיר שורו והו"ל כמו נגח ואח"כ הפקיר קודם שנגמר דינו דפטור ע"ש מ"ש בזה וכ"כ בזה בעלה מיוחדת. אמנם ק"ל דהיאך אפשר לדיינו הא אין כאן בעל דין דכבר הוא מופקר ואין לו בעלים. הן אמת לשיטת ר"ת דמחיים לא נאסר ול"ל לדידי' מ"ש כל הקודם בו זכה הוא משום כיון דאין לו מכר שהלוקח לא יוכל לזכות בו דעומד לסקל אבל עכ"פ מחיים לא נאסר ויש לו בעלים מקרי ול"ק קושית הקצה"ח וגם קושייתי אבל באמת ר"ת יחיד בדבר וא"כ קשה. אמנם באמת לפמ"ש דל"מ להפקיר כל שחייב לבע"ח וא"כ מכ"ש לענין נזקין דל"מ להפקיר ולהוצי' מבע"ח. אך ז"א דשאני כאן דהפקר בא מרצונו אבל שור הנסקל שנאסר ולא בא מרצונו וממיל' הוא מופקר א"כ אין לו בעלים לגמרי וא"כ איך אפשר לחזור ולדונו. אמנם נרא' דלפמ"ש התוס' בסנהדרין פ"א דכל דאילו מתזמו קמאי מקרי בתראי עדות שאי"ל וא"כ גם כאן כל דאפשר שיהיו מוזמין הך דד"נ יכולין לדונו ד"מ דאולי יתזמו הראשונים ואף דגם אם יתזמו הראשונים יהי' כל הקודם בו זכה מ"מ בזה דהוה הפקר בטעות כל שמגיע לזה נזקין ל"מ הפקירו והוה הפקר בטעות ול"מ לאפקועי ממונו של זה הניזק וז"ב כשמש. והנה ים התלמוד הקשה דמה מקשה הש"ס א"ה תם נמי נדייני'

ד"מ ברישׁ' והא הו"ל עדות שאילה"ז דהא כבר נאסר ולא הפסידו אותו. והנה יו"ד כסליו תרכ"ג הי' אצלי הרב מו"ה אלעזר ני' אבד"ק ראהטין והקש' דמה מקשה הים התלמוד הא כל דאילו מתזמו קמאי מהני עדות בתראי דשמא יתזמו קמאי ויהי' תועלת בעדותן אבל כאן היאך שייך שנקבל ד"מ ברישא ואח"כ נדיינו ד"נ דלאיזה צורך נקבל הד"נ הא עי"ז יהי' העדות הראשונ' לבטל' דהו"ל עדות שאילה"ז ומוכרח לומר דנקבלו דאם יתזמו יהיו עדות הראשונ' קיים א"כ כל קבלת עדות הוא דוקא שלא יהי' תועלת בעדותן זה לא מקבלין וז"ב כשמש. מיהו בגוף קושית התוס' בסנהדרין וקושית הים התלמוד לפענ"ד ל"ק דמשכחת לה שלא ידעו זה מזה וכדהקשו בב"ק דף כ"ד ולא מיירי דרמזו רמוזי או שבאו רצופים ול"ק הקושיא ודו"ק. ובפשיטות ל"ק קושית האב"ד מראהטין דממנ"פ אם כל הדין של ד"מ הוא משום דאולי יתזמו העדים א"כ אמאי כשכבר דנו ד"נ אין דנין ד"מ הא נ"מ דאולי יתזמו העדים וע"כ דל"מ להשהות דינו ושאני התם דאם עבר עבירה חמורה ומגיע לו מיתה חמורה עדן לא הוה נגמר דינו אבל הכא כבר נגמר דינו וא"כ גם אם דנין ד"מ ברישא הו"ל עדות שאילה"ז וא"ל דלמא יתזמו העדים הא לא נשהה דינו כלל ודו"ק:

סימן נח

א מ"ש לרעי אוהבי כנפשי ששאלת להודיעך מה שאמרתי בחידושי בסוגיא דשיירות מצויות שאתה עומד בה כעת אף כי עתה עוסק אני בסוגיא אחרת וכבר אמרו כי קאי רבי וכו' אף כי אנכי צעיר התלמידים בכ"ז למען כבודך ולמען למודך אמרתי לכתוב לך שנים ושלש' גרגרים בראש אמיר הנה לכאור' הקשיתי בהא דמבואר דמצאו בחפיס' או בדלוסקמ' אם מכירו כשר והיינו אף לזמן מרובה ואמאי והא מוקדם הוא ופסול משום גזיר' דב"א וע"כ צ"ל דקלא אית להו כדאמרו בדף י"ח גיטין הבאין ממדה"י מא"ל ומשני קלא אית להו ולפ"ז יקשה בהא דאמרו מצא גיטי נשים וכו' ודייקינן מינה הא אמר תנו נותנין ואפי' לזמן מרובה והיינו שמגרש' בגט זה כמ"ש התוס' בגיטין דף כ"ז בד"ה הא ואמאי יכול לגרש בזה והא הו"ל מוקדם וכאן ליכא קלא דלא נשלח ע"י שליח. איברא דבב"מ דף י"ט הקשו בש"ס על הברייתא דמצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ומשני דכי אתיא לטרוף אמרינן לה אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידך ולפ"ז כיון שכן שוב מסקו העדים לדעת אימתי נמסר גט לידה וכמ"ש התוס' בדף י"ח דגם לב"א ליכא למיחש דקלא אית לי' וה"ה כאן כל שנפל יש לו קול ול"ח גם לב"א וכמו שנרא' מהקדמונים. אך אי קשיא הא קשיא

לשיטת הר"ן בסי' קכ"ז דע"כ לא מכשרינן ע"י שליח אלא כשנכתב בכשרות רק שלא נמסר ביום הכתיב' אבל במוקדם שנכתב ונחתם בשקר חיישינן וא"כ כיון דנפל איתרע ניחוש שמא נכתב היום והקדימו הזמן למפרע ולכך לא נזהר בשמירתו ושוב אין לו תקנה אף ע"י שליח. והנה לכאור' משום חשש ב"א ליכא למיחש דל"מ לחפות דממנ"פ בשעה שכתב היו העדים צריכין לכתוב כדין ורק דכל שנפל אמרינן דאקרי וכתב אבל עכ"פ חשש דב"א בודאי תקנו דלכתחל' בודאי לא יכתבו מוקדם ואיך תזנה ותסמוך שהבעל ישכור עדים שקרים ויחתמו מוקדם:

ב ובזה מיושב היטב מה שהקשו הקדמונים בב"מ שם דאמאי פריך משום שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואמאי לא פריך דיש חשש משום ב"א ולפמ"ש א"ש. אך לפ"ז יקשה דאכתי יש חשש משום פירי וניחוש שמא היה מוקדם ולשיטת הר"ן לא סמכינן בזה על שליח ולא אמרינן דקלא אית לי' וצ"ל דס"ל להר"ן כשיטת התוס' דהקושיא מגיטין הבאין ממדה"י הוא רק למ"ד משום ב"א דמשום פירי ליכא חשש דהבעל כדין מפסיד ולחשש שמא כתב ליתן בניסן ע"ז סמכינן דהלקוחות יאמרו אייתי ראיה ושוב ליכא שום חשש כלל וז"ב. ובזה מיושב היטב דברי הבעל העיטור שכתב במאמר זמן דמהא דאמר וניחוש שמא כתב ליתן בניסן ולא נתן עד תשרי ואזיל וזבן פירי משמע דקיי"ל כר"ל דלר"י איכא חשש משום ב"א ע"ש ותמהו כלם דהא הש"ס אמר אלא למ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה מא"ל א"כ קאי אליבא דר"י דס"ל כן ואיך כתב דלא קיי"ל כר"י ולפמ"ש א"ש דהרי באמת כבר כתבתי דכל הקדמונים הקשו אמאי לא פריך הש"ס גם למ"ד משום ב"א ומ"ש למעלה דל"ח לזה דהעדים לא יכתבו ז"א דהרי קי"ל כותבין לאיש אעפ"י שאין אשתו עמו אבל באמת הדבר נכון דהרי התוס' בב"מ שם ובגיטין דף י"ז הקשו דאמאי באמת כותבין וניחוש לחיפוי דיתן לה בצנעא וכתבו דלא מקדים פורענות לנפשיה ולפ"ז זהו כשאין ריעותא לכתחלה יכולין לכתוב אבל כל שנפל ריעותא שפיר יש לחוש דלמא לא חש על אקדומי פורעניות וכתב מקודם ואיכא חשש חיפוי וצ"ל ע"כ דלב"א לא חיישינן דזנות לא שכיחא ואף בנפל לא חיישינן וע"כ דלא קיי"ל כר"י ומה דאמר אלא למ"ד יש לבעל פירות עד שעת נתינה היינו דניהו דל"ח לב"א אבל עכ"פ איך ניחא לר"י הברייתא דהוא ס"ל דיש לבעל פירות וא"כ יש חשש פירי ודו"ק:

ג והנה בהא דהקשו התוס' שם ד"ה כאן וא"ת היכא דהוחזקו אע"ג דאין השיירות מצויות היכא מהדרינן דניחוש דשמא לא זה הוא ותירצו דמיירי דידענו שמזה יב"ש נפל ע"ש והקשה המהרש"א דא"כ בהך דמשני ר"ז דמיירי באין השיירות מצויות ולישנא

דבעינן שיירות מצויות והוחזקו שוב יקשה קושית התוס' דניחוש שמא מאחר נפל ומצא זה ששמו כשמו כיון דהוחזקו וכאן ל"ש תירוץ התוס' דהא הבעל אומר שממנה נפל ובאשה ל"ש לומר דרואהו בידה דפשיטא דיחזיר כמ"ש התוס' לעיל ואמרתי בחידושי דבר נחמד ע"ד הפלפול דהנה לכאורה צריך להבין קושית התוס' דאיך נחוש שמא מאחר נפל ומצא זה ששמו כשמו והא זה הוה נפילה דיחיד דלכ"ע לא חיישי' כדאמרו בב"ב דף קע"ב וע' בחידושי רשב"א כאן ואינו ת"י כעת וצ"ל דלפמ"ש התוס' ביבמות דף קט"ז גבי יצחק ריש גלותא דאף דאיסורא מממונא לא ילפינן ילפינן איסורא דלא הוחזק מממונא דהוחזק ע"ש וע' בשו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל סי' קל"ד ולפ"ז כאן באיסורא דהוחזק שוב לא נוכל למילף מממון וחיישינן אף לנפילה דיחיד וצ"ע ברשב"א בחידושיו כאן דלא נחית לזה ואינו ת"י כעת ולפ"ז מיושב היטב הקושיא הנ"ל דהנה מצאתי בשיטה מקובצת בב"מ דף ח"י בסוגיא שם הביא בשם גליון שהקשה בהא דפריך הא בזמן שהבעל מודה יחזיר וניחוש וכו' והקשה דהא הוה ס"ס שמא נתגרשה כבר ונחזיר לה אף אם אינו גיטה ואפי' לא גירשה שמא זהו גיטה וכתב דבא"א לא סמכינן אס"ס דאין הולכין בא"א אחר רוב כדאמרו במים שאין להם סוף וה"ה בס"ס דלא מועיל ע"ש ולפ"ז הרי בשו"ת בית יעקב סי' ט' חידש דבתרי רובא מועיל אף במים שאל"ס וכמו ביוחסין דמועיל תרי רובא ע"ש ולפ"ז שפיר מחזירין ואין לחוש שמא יב"ש אחר הוא דהוה נפילה דיחיד וא"ל דבאיסור חוששין אף לנפילה דיחיד דז"א דכאן הוה ס"ס וא"ל דאין הולכין אחר הרוב דהא כאן הוה תרי רובא דאף אם הי' נפילה דרבים היה הס"ס שפיר ובנפילה דיחיד שוב הוה רובא דאם לא נפל ממנו ליכא למיחש לכל העולם רק למי ששמו כשמו ולכך נקרא נפילה דיחיד וא"כ הו"ל תרי רובא ואף בא"א מועיל ודו"ק היטב כי נעים ונחמד הוא ומן האמור נראה דמה שסמכו חכמי הספרדיים להתיר עגונה בס"ס והרי הדבר מבואר כאן דלא מועיל ס"ס בא"א ומי יגלה עפר מעיני הפ"י שנתחבט בזה בק"א למסכת כתובות על חכמי הספרדיים שאחר שס"ס הוא מטעם רוב ורוב ל"מ בא"א והדבר מבואר כדבריו כאן. הן אמת שחכמי הספרדיים סמכו על מ"ש הרשב"א בסי' ת"א דס"ס עדיף מרוב ואף ביוחסין מועיל ס"ס וא"כ נסתר כל דברי הגליון כאן עכ"פ הדבר במחלוקת גדולי עולם וצ"ע לדינא וע' בשו"ת ב"ח הישנות סי' ק"ב שהרב מוהר"י אבד"ק לובלין בחר לטעם ס"ס והוא נחלק עליו מטעם אחר הרי שהתירו בשביל ס"ס וצ"ע מדברי השיטה הנ"ל. אחר זמן רב מצאתי בשעה"מ פ"ו ממקוואות כלל ג' שהביא בשם שיטה כת"י ביבמות שכתב ג"כ דבא"א לא סמכינן על ס"ס ובשעה"מ דחה דבריו ולא נזכר מדברי השיטה בב"מ הנ"ל: ובמ"ש למעלה יש ליישב מ"ש התוס' בדף כ"ח ד"ה מצאו בחפיסה

דניחוש לשאלה וכתבו דמיירי שאומר שבחפיסה אבדו ומ"מ צריך שיהיה מכירו בט"ע דמה שאומר בחפיסה אינו סימן:

ד והנה בראשית ההשקפה הרגשתי בזה דלפמ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל דבסימן אמצעי בגוף וטב"ע בכלים מועיל דהו"ל כשאלה דיחיד וא"כ למה צריך שיהי' מכירו ולמה נחוש לשאלה. ומצאתי בישוע"י לדו"ז הגאון ז"ל סי' י"ז ס"ק י"ח שהעיר בזה ולפמ"ש א"ש דהרי הח"ץ כתב שם דדוקא באיסור דלא הוחזק ילפינן מממון משא"כ בהוחזק. והנה כאן דמוקי בהוחזק לרבה שפיר צריך לחוש לשאלה ודו"ק ויש להאריך בכ"ז ואכ"מ. ובזה יש ליישב קושית הרשב"א שהקש' דמה מועיל ש"מ להוחזקו דממנ"פ אם חיישינן לנפיל' דיחיד בהוחזק לחוד חיישינן ואם לא חיישינן לנפילה דיחיד גם בש"מ למה ניחוש והא עיקר החשש שמא נפל מאותו יב"ש שהוחזק וא"כ מקרי נפילה דיחיד דהרי לשאר אנשים ליכא למיחש והוא קושי' גדולה דלא כמו שהבין הפ"י בגיטין בכוונת הרשב"א וכמ"ש האחרונים ולפמ"ש א"ש דהרי כבר כתבתי בשם התוס' דלא ילפינן איסור' מממונא רק איסור שלא הוחזק מממון שהוחזק ע"ש ולפ"ז איסור' חמור בחד דרגא מממון ולפ"ז נאמר למאי דמשמע מב"ב דף קע"ב דרבה לא חייש אף לנפילה דרבים וא"כ ממילא באיסור דחמור עכ"פ לנפילה דיחיד ל"ח וא"כ ממילא לכך בשיירות מצויות והוחזק דעל כל פנים יש בכל העולם גם כן יב"ש וגם הוחזק יב"ש אחד בבירור שפיר חיישינן אבל בהוחזק בלבד דהוה נפילה דיחיד גמור בזה ל"ח לרבה אף באיסור וז"פ וברור והפ"י הקשה על הרשב"א דהא רבה ל"ח אף לנפילה דרבים ולפמ"ש א"ש. ובזה יש ליישב קושית הרשב"א שהקשה לל"ב דר"ז דאמר אע"ג דלא הוחזקו לא נהדר ופליגא דרבה דמנ"ל לל"ב דפליג' דרבה דהא רבה ור"ז אמרו לשון אחד דלמה נימא דפליגו ולפמ"ש א"ש די"ל דר"ז ס"ל דבממון חיישינן לנפילה דרבים רק לנפילה דיחיד ל"ח וא"כ ממילא באיסור החמור אף לנפילה דיחיד חיישינן ולכך אף בלא הוחזק והוה נפילה דיחיד דצריך למיחש רק ליב"ש שעבר ולא הוחזק כלל מ"מ חיישינן ויש להאריך בזה ואכמ"ל:

ה והנה בהא דאמרו דאין הבעל מודה לא יחזיר הקשו התוס' דהא אשה שאמרה גרשתני נאמנת דא"י להעיז ותירצו כאן מעיזה פניה דהגט מסייע לה. ובאמת שדבריהם דחוקים דל"ש כאן שהגט מסייע דכיון שהבעל מכחישה ואמר שלא נתן לידה וממנו נפל וא"כ אין הגט מסייע דלא התחיל כלל הגירושין וע"כ לא אמרינן דהאשה מעיזה רק במקום שהגט בידה או שניתן לגירושין וכאן הבעל מכחיש לגמרי ואומר שנמלך מלגרשה ולכך לא נזהר בו ונאבד. אמנם נראה דהנה הרא"ש בסוגיא דטמאה אני לך כתב דלכך בטמאה אני

לך חיישינן שמא עיניה נתנה באחר ובאומרת גרשתני נאמנת וכתב דבאומרת גרשתני נאמנת משום דלא חשידה שתקלקל עצמה כל ימיה דהבעל לא יתן הגט לה ותתקלקל לעולם ע"ש. ולפ"ז כאן שהיא טוענת שממנה נפל ורוצה שיחזיר לה הגט ואין הש"מ ול"ח לגט אחר וא"כ כשיחזיר לה הגט לפי טענתה שוב לא תקלקל עצמה כל ימיה שתהיה מגורשת כעת בהגט הלז וא"כ שוב ל"ש החזקה דאין אשה מעיזה דלא תקלקל עצמה לעולם וז"ב מאוד:

ו ובזה מיושב קושית התוס' שהקשו דמנ"ל לר"ז לדייק אפי' לזמן מרובה דלמא דוקא לאלתר. ולפמ"ש א"ש דאם נימא דלזמן מרובה חיישי' והיינו דחיישינן שמא מאדם אחר נפל וא"כ שוב יש לה חזקה וא"ל שלא תקלקל עצמה ז"א דאם לא נתגרשה רק שתתגרש כעת ושוב יש לחוש שמא מאדם אחר נפל והיא מנא ידעה אם אינו לזמן מרובה ואולי יש לומר דהיא סמכה עצמה שהבעל אומר שמידו נפל. אך עפמ"ש מיושב היטב קושית התוס' בהא דדייק הש"ס הא אמר תנו נותנין ומהיכן דייק דלמא אפי' אמר תנו אין נותנין והא דקתני ונמלך היינו דלכך אין נותנין משום שכבר נמלך. ולפמ"ש א"ש דאם לא יוכל לגרש בגט הלז שוב יקשה גם כאן קושית התוס' דיש לה חזקה דאין אשה מעיזה וא"ל דתוכל להתגרש כעת דז"א דאם ניחוש לגט אחר שוב תתקלקל כל ימיה ור"ז שפיר דחי לה דלמא אם אמר תנו נותנין ומיד והיינו דלאלתר ל"ח לגט אחר והיא סומכת שלאלתר היא דמסתמא לא יקלקלה וכמ"ש התוס' בד"ה מעולם וכמו שנאמן לומר גרשתי את אשתי:

ז ובזה מיושב היטב קושית התוס' דא"כ איך דייק ר"ז מהברייתא דלמא מה דקתני אם הבעל מודה יחזיר לאשה היינו לאלתר. ולפמ"ש א"ש דשם אם הבעל מודה שממנה נפל וגרשה אז מהראוי שתהי' נאמנת אף לזמן מרובה דהא יש לה חזקה שלא תקלקל עצמה לעולם דבשלמא אם אומר שיתן לה הגט שתתגרש בו כעת א"כ מגרש אותה כעת ולא הוה א"א עוד אבל אם אומר שממנה נפל שוב אינו רוצה לגרשה רק שמודה שכבר גרשה ואם לא גרשה אינה מגורשת בזה וכמ"ש התוס' בד"ה ואפי' ולכך שפיר דאף דייק לזמן מרובה דהא יש לה חזקה דאומרת גרשתני והיא התחיל' מקודם טרם שהודה לה והא דאם אין הבעל מודה לא יחזיר היינו דשם ל"מ החזקה דסברה שבודאי לא יקלקלה ויתן לה כעת הגט בעדים וכמ"ש התוס' דיחזיר היינו בעדים וא"כ לא תקלקל עצמה אבל במשנה דקתני תנו שפיר דחה ר"ז דלמא לאלתר והיינו כיון שא"ל תנו שוב לא תקלקל עצמה עצמה דהא נותן לה כעת. איברא דאכתי יש להקשות דאכתי איך יתנו לה אף לאלתר והא כיון דחיישינן לשמא נמלך א"כ שוב ביטל הגט וכשהגט ביד הבעל מועיל

הביטול אף לגט עצמו כמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' קמ"א סעיף ס"ו אך ז"א דהא כבר כתבנו דל"ח שהבעל ירצה לקלקל אותה בידים וא"כ מסתמא כשאומר תנו לה מסתמא לא ביטל הגט ובפרט כשהיה לאלתר ל"ח שמא פייס כדאמרו בגיטין דף י"ח. ובזה י"ל דלכך אמר ר"ז דמיירי לאלתר דל"ח שמא פייס וביטל כשהוא לאלתר ולכך על הברייתא דל"ח כלל לשמא נמלך שפיר דייק דאף לזמן מרובה ודו"ק היטב כי חריף הוא:

ח והנה במ"ש למעל' לענין ס"ס בא"א נראה לפענ"ד לחלק דכבר נודע דס"ס הוה כרובא דאיתא קמן וכבר נודע מ"ש התה"ד דברובא דאיתא קמן מועיל לענין ממון ולפ"ז בהך דכתב בשטה מקובצת ב"מ דהוה ס"ס דאיתא קמן שני הצדדים בזה י"ל דאזלינן בתר ס"ס להתיר אבל בהך דריש יבמות שמביא שעה"מ דשם הוה ס"ס מחמת הרוב דרובן אינן אילונית א"כ בזה ל"מ ס"ס דהו"ל רובא דליתא קמן ובזה יש לדחות הרבה ראיות של הפ"י ודו"ק היטב:

סימן נט

א בגיטין בסוגי' מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יב"ש והקשו בתוס' דממנ"פ אם חיישינן שלא זהו מה מועיל מה שהעדים אומרים שמעולם לא חתמו אלא על גט אחד לחוש שמא לאחר חתמו ולפענ"ד נראה בפשיטות דהנה ר"ז מוקי מתניתין בש"מ והוחזקו כמ"ש המפרשים והנה כבר הבאתי לעיל דש"מ והוחזקו הוה נפילה דרבים ובח"ר האריך בזה וגם שם באו הדברים סתומים ולפ"ז נ"ל ברור דזה דוקא בסתם ש"מ דאף דע"כ צריך לחוש שמא נפל מיב"ש אחר ובא לזה ששמו יב"ש והוה נפילה דיחיד מ"מ כיון שעכ"פ ישנו ליב"ש בעולם טובא הוה כמו נפילה דרבים כיון דהנפיל' עכ"פ מרבים אבל כשאמרו העדים שמעולם לא חתמו על הגט ששמו יב"ש כ"א באחד הוה נפיל' דיחיד גמור דניחוש דחתמו לאחר ורק לאחד ונפל ביד זה והוה נפילה דיחיד גמור ולשמא כשמא ועדים כעדים זהו בודאי ל"ח וז"ב מאד לדעתי. ובזה אמרתי ליישב מ"ש הרמ"א באהע"ז סי' קל"ב ס"ד בהג"ה דאם הוזכר שם העיר אין לחוש לשיירות מצויות ותמה הב"ש ס"ק ד' דא"כ האיך מוכיח הש"ס דרבה בעי תרתי שיירות והוחזקו דאל"כ היאך פשט מכל מעשה ב"ד והא ב"ד דר"ה כשיירות מצויות הוה ומאי פשיט והא שם הי' כתוב בגט בשוירי מתא ולא אכפת לן בשיירות מצויות והיא תמי' גדול' ולפמ"ש א"ש דהנה סברת הרא"ש דאם כתוב שם העיר ל"ח לשיירות מצויות נלפענ"ד דהוא מטעם שכתבתי דבאמת גם בשיירות מצויות הוה נפילה דיחיד כמ"ש הרשב"א דצריך לשם יוסף ב"ש והוה נפילה דיחיד ורק דכיון דעכ"פ דכמה יוסף ב"ש איכא בשוקא הוה

כנפיל' דרבים ולפ"ז זהו כשאינו כתוב שם העיר בגט אבל כשכתוב שם העיר א"כ תו אין לחוש ליב"ש רבים דעלמא רק מעיר ששמה שוירי ושם יהי' יב"ש ויזדמן שימצא אותו איש ששמו יב"ש ומשוירי זה הוה ודאי נפילה דיחיד גמור דל"ח וז"ב בטעמו של הרא"ש והרמ"א. איברא דכבר כתבתי דאיסור מממון לא ילפינן וא"כ גם בנפיל' דיחיד חיישינן וצ"ל דכיון דאנן קיי"ל דשיירות מצויות לחוד והוחזקו לחוד חיישינן וא"כ ממילא כשיש שם העיר ולא הוחזק דע"כ בלא הוחזק מיירי דבהוחזק מה מועיל שם העיר שלא יהי' מקרי שיירות מצויות הא עכ"פ חיישינן דהא הוחזק וע"כ דבלא הוחזקו מיירי ובלא הוחזק שפיר ילפינן איסור מממון וז"ב. ומעתה מיושב היטב הקושי' הנ"ל דשפיר דייק רבה דבעינן תרתי דאם נימא דבשיירות מצויות בלבד מחמרינן מה מועיל מה דכתב שוירי כיון דלרבה אין חילוק בין נפילה דיחיד לרבים כמבואר בב"ב דף קע"ב (ולדידיה ילפינן איסור מממון כדמייתי ממעשה ב"ד ראי' לגט) וא"כ אם בגט החמירו גם בנפיל' דיחיד החמירו ודוקא לדידן דמחלקינן בין נפילה דיחיד לרבים א"כ בכתב שם העיר הו"ל נפילה דיחיד דדוקא שיירות מצויות חיישינן משום דשיירות מצויות חשוב נפיל' דרבים משא"כ בכתוב שם העיר הו"ל נפיל' דיחיד משא"כ לרבה שוב אין חילוק וע"כ דבעי תרתי דלדידי ע"כ ילפינן איסור מממון דאל"כ מה מייתי ממעשה ב"ד יחזיר דהוא ממון לגט דהוא איסור (ועיין בשיטה מקובצת בב"מ שהקדמונים הקשו כן דמה פשיט מממון לאיסור ולא הזכירו דברי הש"ס בדף כ' וצ"ע) וע' בדף כ' ב"מ דר"ע דחה לו כן ואף דדחה לי' מ"מ משמע לי' להש"ס כאן דלרבה אין חילוק בנפיל' דיחיד לרבים כמו דלא מחלק בממון ודו"ק היטב. ובזה יש ליישב קושית הרשב"א דמנ"ל לעשות פלוגתא בין ר"ז לרבה. ולפמ"ש י"ל דרבה לא חילק בין הנפילות ולכך אף דנימא דשיירות מצויות חשיב נפילה דרבים גמור מכל מקום ל"ח לדידי' בלא הוחזק משא"כ לר"ז וכעין שכתבתי לעיל:

ב והנה הפ"י הקשה דלפמ"ש הנימוק"י בפרק האשה שלום לחלק בין נמצא הגט במקום דירת יב"ש ובין אם נמצא בדרך אם כן מה מקשה מברייתי' אמתניתין דהא במשנה מיירי שאבדו בדרך דהא המביא קתני לכך חיישינן לאחר משא"כ בברייתא ע"ש ובאמת שהרא"ש כתב לחלק גט מעגונה אבל להנימוק"י קשה וע' ב"ש סי' קל"ב ס"ק ד' ולפענ"ד אין כאן קושי' דע"כ לא חילקו בין במקומו לאינו מקומו רק לענין המביא גט דבזה ל"ש לומר כיון דנפל איתרע וחיישינן משום דמה לו להשליח בהגט הוא צריך לשומרו והוא טוען שאבד הגט וא"כ ל"ש לומר דנפל אתרע והיינו דע"כ הוא פסול דאל"כ למה אבדו דז"א דהא הוא ודאי לא עשה במכוון אבל שם בגט שנמצא בשוק דנפל אתרע שפיר

חיישינן שמא מאחר הוא ופסול מדאבדו. והנה לפענד"נ דאם הוחזקו שני יב"ש אף דנימא דהוחזק לחוד לא אכפת לן עכ"פ החזקה דכאן נמצא וכאן הי' אתרע לה דבאמת מצד כאן נמצא הרי נמצא גם יב"ש אחר וניהו דהו"ל נפיל' דיחיד וכדומה דל"ח אם אין שיירות מצויות עכ"פ לענין כאן נמצא אתרע לה במה שיש אחר. ובזה י"ל דלכך לא משני דכאן מיירי שאבדו במקום הזה דמשמע להו דגם הברייתא דמצא גט בשוק וכן המשנה דמצא שוברין מיירי דהוחזק וא"כ ל"ש כאן נמצא ולכך משני רבא דמיירי באש"מ ורבה בעי תרתי וגם לל"ב דר"ז ס"ל ש"מ אף בלא הוחזק י"ל דדוקא ש"מ ולא הוחזק הוא דחיישינן משום דהו"ל נפיל' דרבים אבל הוחזק בלבד ל"ח וכדעת הפוסקים דש"מ עדיף מהוחזק דלא כרא"ש:

ג ובזה מיושב קושית התוס' דלמה לא מוקי אידי ואידי בש"מ וכאן בהוחזק וכאן בלא הוחזק משום דע"כ משמע להו דמיירי אף בהוחזק דאל"כ קשה דקארי לה מה קארי לה הא שייך כאן נמצא ודו"ק. והנה האחרונים הביאו קושיא בשם ספר מ"ע ואינו ת"י שהקש' דמ"פ ר"ז ורבה על המשנה דהמביא גט מהמשנה דמצא גיטי נשים ומהברייתא והרי התוס' בב"מ דף כ' נתבו דלשני יב"ש ל"ח רק מדרבנן משום לעז ודוקא באיסור ובממון ל"ח ע"ש ולפ"ז בשלמא במצא גט אשה בשוק או במצא גיטי נשים דהבעל בעצמו הוא כאן ומצוה ליתן ל"ש לעז דלא אתי ומערער משא"כ בהמביא גט חיישינן שמא יבא הבעל ויערער וכעין דמחלקינן לענין בפנ"כ ובפנ"ח. ולפענ"ד אין התחלה לקושי' דע"כ לא כתבו התוס' דחיישינן משום לעז היינו לאחר דחדשו רבה ור"ז דבש"מ והוחזקו חיישי' לתרי יב"ש א"כ יש לחוש ללעז אבל אי נימא דאף בהוחזק וש"מ ל"ח לתרי יב"ש א"כ מה לעז שייך ואף בשליח מה לעז שייך כיון דל"ח אנן לתרי יב"ש א"כ מה יתן ומה יוסיף כשיבא הבעל בעצמו ויאמר דיב"ש אחר כתבו אטו יהיה נאמן ובשלמא התם הלעז הוא דהוא לא כתבו אבל כאן הוא לא יכחיש דעשה שליח להוליך הגט דע"ז השליח נאמן וגם לא יכחישנו בזה רק שיחוש לנפשו אולי אין זה גיטו ומי יחוש יותר ממנו כיון דאנן ל"ח לזה גם חששתו אינו כלום וז"פ. לולא שהאחרונים טרחו בזה הרבה ולפענד"נ כמ"ש וזה שחידש רבה כאן בש"מ וכאן בשאין ש"מ וא"כ שפיר יש לחוש ללעז:

ד ובזה מיושב קושית התוס' דכיון דהוחזקו למה יחזיר הא יש עוד יב"ש ולפמ"ש י"ל כיון דאינו רק חשש דרבנן ומשום לעז וא"כ כל שהבעל בעצמו מצוה ליתן לו ליכא חשש לעז ול"ח לזה. אך נראה לפמ"ש התוס' בב"מ ויותר מבואר בגיטין בד"ה מעולם דלכך בעי עדים דהוא לא חשוד לקלקל אותה רק דחיישינן שמא יסבור שאין יב"ש אחר או שאף שיודע מ"מ אין נראה לו לחוש שמא גם אחר אבדו ולכך אומר שהוא שלו

וא"כ בזה שייך חשש לעז אף שמצוה ליתן דכל הטעם דבבעל עצמו ל"ש לעז הוא דוקא שם כל שמביאו לא יוכל להוציא לעז שלא כתבו כדאמרו הוא מנקט נקיט לי' בידי' ואתי ומערער בתמי' והיינו דאם לא שברור לו שכדין נכתב לא היה מביאו ועיין בתוס' גיטין דף ב' ע"ב אבל כאן אטו ברור לו הדבר ואדרבא לא חשדינן לי' שיבא ויקלקל ורק שמתחל' סבר שבאמת לא אבדו אחר או שלא ידע מיב"ש אחר ואח"כ כשיוודע לו יבא להוציא לעז על הגט ושפיר הקשו בתוס' דאיך מחזירין כל שהוחזק. ובזה מיושב קושית המהרש"ל והמהרש"א שהקשו דאמאי לא משני התוס' כאן כמו דכתבו אח"כ דלא חשיד לקלקל. ולפמ"ש א"ש דאדרבא לפי שלא ידע שפיר חיישינן ללעז וע"ז כתבו דידענו דממנו נפל גט ואין לחוש ליב"ש אחר כל שלא הוחזק וכל של"ח ליב"ש אחר כל שאין ש"מ שוב לא חיישינן ללעז דידי' וכמ"ש למעל' דכל דאין לחוש ליב"ש אחר אף כשיבא ויערער מאן משגח בו ונאמר לו שאין לחוש לכלום כל שאין ש"מ וז"ב כשמש:

ה ובזה מיושב היטב קושית המהרש"א שהקש' דלפמ"ש התוס' דמיירי דידענו שנפל מיב"ש הלז א"כ מה יענו להבריית' דבזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה דשם דאומר דממנה נפל ליחוש ליב"ש אחר ושם ל"ש לומר דראינו שממנה נפל דאם ראינו בידה מכבר ליכא למיחש מידי דכבר נתגרשה וכמ"ש התוס' לעיל. ולפמ"ש א"ש דשם דאומר דממנה נפל ואומר שנתגרשה כבר שוב הוא לא יוכל להוציא לעז דהרי אומר שנתגרשה כבר וכל דליכא למיחש ללעז שלו שוב ל"ש לומר דניחוש ליב"ש אחר דהא אינו רק מדרבנן ומשום חשש לעז ואף דבאמת לא מהמנינן לי' ויחזור דקתני היינו בעדים כמ"ש התוס' בד"ה ואפי' לזמן מרובה היינו דאנן לא מהמנינן לי' כל דאיכא למיחש ליב"ש אחר אבל באין ש"מ דאנן ל"ח רק דחיישינן שמא יוציא לעז ע"ז שפיר ל"ח כיון שהוא אומר שנתגרשה כבר ודו"ק:

ו ובזה מיושב היטב דברי התוס' בד"ה מעולם שהקשו מה הועילו במה שיש עדים יותר משאין עדים דגם עתה יש לחוש שמשקר ע"ש והקשו המהרש"ל והמהרש"א דמה קושי' לישני כמ"ש התוס' לעיל דמיירי שראו עדים שמזה הבעל נפל הגט ע"ש ולפמ"ש א"ש דטרם שחידשו התוס' דיש לחוש שלא ידע מיב"ש אחר יקשה שוב ל"ל עדים כלל וכל שראינו שמזה נפל והוא אומר ששלו הוא שוב לא יוכל להוציא לעז וע"ז הקשו שפיר דממנ"פ אם ראינו שנפל ממנו שוב ליכא למיחש ללעז וע"ז תירצו דיש לחוש שמא טעה וסבר שאין שם יב"ש אחר או שחושב שלא אבדו הוא וא"כ יש לחוש ללעז ולכך בעי עדים שיעידו שלא חתמו רק על אחד והוא אומר שלו חתמו וא"כ לא יוכל להוציא לעז דהוא אמר שחתמו לו ולחוש לעדים כעדים זה ל"ח וא"כ לא יוכל להוציא. ובזה מיושב

היטב מ"ש התוס' בב"מ ד"ה מעולם דמה שאינו נאמן אף שהוא אומר שמכיר אני שהוא שלי הוא לפי שמספק אומר שהוא שלו והקשה המהרש"א בב"מ שם למה להו לחדש זאת ולישני כגון דהוא אומר שאינו מכיר כלל רק שיודע שבגט שלו חתמו אותן העדים ולכך בעי עדים דאל"כ יש לחוש שמא חתמו ג"כ על גט אחר כיון דש"מ ולפמ"ש א"ש כיון דל"ח לשני יב"ש רק משום לעז וכל שהוא מצווה ליתן מה לעז שייך בזה ולמה לי העדים ולכך חידשו שהוא חושב כן מספק וא"כ שייך לעז ודו"ק היטב כי הדברים לאמרים במועצות ודעת ת"ל וכל דברי התוס' מיושבים כמין חומר:

ז ובגוף דברי התוס' שכתבו דיש לחוש שלא ידע מיב"ש אחר ק"ל דהא קיי"ל דשני יב"ש הדרין בעיר א' אין מגרשין נשותיהן אלא זה בפני זה וכן קיי"ל באהע"ז סי' קל"ו וא"כ היאך אפשר שלא ידע וצ"ל דבאמת בלא"ה נתקשה הריטב"א הובא בשיטה מקובצת בב"מ דכל הסוגיא דאמרו דחיישי' בהוחזקו שני יב"ש היאך שולחין גט לאשתו של א' מהם דלמא אזיל וממטי לאתתא דהאיך וכתב דמשום עיגונא הקלו רבנן דאם שליח מכירה מותר לתת לה הגט וסמכו עליו כשנים וא"כ שפיר משכחת לה דלא ידע זה בחבירו כלל וז"ב. אך בגוף דברי התוס' הנ"ל שכתבו דמדאוריית' ל"ח לשני יב"ש רק מדרבנן משום לעז לפענ"ד לא כתבו התוס' רק לרבה שם דלרבה שם דפשט ממעשה ב"ד יחזיר והקשה לו ר"ע היכי פשיט מר איסורא מממונא וע"ז הקשו התוס' דהא ממון חמור דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"ז כתבו דמדאוריית' ל"ח והיינו דרבה לשיטתו הקשה ר"ע שפיר דהוא ס"ל דלנפילה ל"ח וא"כ שני יב"ש הו"ל נפילה דיחיד ואף בש"מ מ"מ תרי יב"ש הו"ל נפילה דרבים עכ"פ והוא ס"ל דגם לנפילה דרבים ל"ח ולא חש לנפילה כלל בממון מש"ה ל"ח לתרי יב"ש רק באיסור משום לעז אבל למאן דחייש לנפילה אף ביב"ש חייש כל דש"מ הו"ל נפילה דרבים וגם בנפילה דיחיד באיסורא חיישי' וז"ב מאד לדעתי. ובזה ממילא מיושב קושית המ"ע הנ"ל דעיקר הסברא היא לאו משום לעז רק דבאיסור החמירו בנפילה והתוס' כתבו דלכך החמירו באיסור משום חשש לעז אבל לעולם אף בבעל עצמו כל דיש חשש נפילה חיישינן וז"ב:

ח וראיתי לאחרונים שהשתמשו בדברי התוס' אלו דתרי יב"ש אינו רק חששא דרבנן ולפענ"ד ז"א רק למאן דל"ש לנפילה אבל לדידן צ"ע בדין הלז ודו"ק. ומדי דברי זכור אזכור מ"ש המהרש"א ביבמות דף קט"ו ע"ב בתוס' ד"ה יצחק ר"ג שכתב דכל דהוחזקו ב' יצחק שוב אין נפקותא אי שכיחי שיירתא או לא שכיחי דכל עיקר החשש דשכיחי שיירתא הוא כדי לחוש לתרי יצחק והכא בהוחזקו בלא"ה איכא חשש דתרי יצחק ע"ש שזה כוונתו אף שדבריו סתומים קצת והוא תמוה דהא באמת שיטת הרי"ף דבהוחזקו

כל דלא שכיחי שיירות מקילין בעיגונא דאתתא ולשיטת הפרישה שהובא בב"ש סי' י"ז ס"ק ג' יש ליישב אבל לשיטת הב"ח והט"ז שם קשה דעכ"פ איכא רבותא דאף בל"ש שיירתא כל דהוחזקו תרי יב"ש חיישינן וכגון שזה הלך מקרוב ע"ש ובח"מ ס"ק ל"ח וצע"ג ודו"ק:

ט והנה בגוף קושית התוס' בב"מ דף כ' שהקשו דהיכא קאמר ר"ע מה פשיט מר איסורא מממונא והקשו התוס' הא טפי אנן מחמירין בממונא דהא אין הולכין בממון אחר רוב ובאיסורא אזלינן בתר רובא אפי' היכא דאיכא חזקה דאיסורא נגד הרוב ולא חיישינן שמא במקום נקב קשחיט. ולפענ"ד היה נראה לפמ"ש התוס' בחולין דף צ"ו ד"ה פלניא להקשות היאך אנו מחזירין שטר ע"פ סימנים והא אי אתו סהדי ואמרו פלניא דהאי סימנא והאי סימנא לוה מפלוני לא מפקינן מיניה וכתבו דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מהדרינן שפיר משא"כ ממון שביד בעלים אין להוציא ע"י סימנים ע"ש. וביאור הדברים כיון דכעת אינו מוציא כלום כ"א שמחזיר השטר וגם אינו מוחזק בשטר דיהי' שייך חזקת ממון רק שע"י השטר יבא לידי הפקעת ממון אח"כ אבל גוף החזרת השטר אין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא לא אכפת לן ולפ"ז גם כאן בשלמא בגט דאם אנו מהמנין לשליח שגט שלו הוא א"כ האשה מתגרשת בו ומוציאין אותה מחזקת א"א א"כ זו האשה יש לה חזקת א"א והיא אומרת הגט לא נכתב לשמי ואני מוחזקת עודנה בא"א ולכך חיישינן לשני שוירי אבל בממונא ניהו דזה יש לו חזקת ממון הא המעשה ב"ד שמחזירין אין אדם מוחזק בו שיטעון שלי הוא וכל הטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא בשביל חזקת ממון דאלים א"כ זה כשאנו דנין על ממון אבל לענין השטר אין אדם מוחזק בו ושפיר מחזירין אותו וז"ב כשמש לפענ"ד: וראיתי בפ"י שכתב ליישב קושית התוס' כעין מ"ש דבממון דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום חזקת ממון משא"כ כאן דמי שמצאה אין לו חזקת ממון בזה ואין לו שום זכות ולמה לא יחזור משא"כ בגט דהוה חזקת א"א. הנה כי כתב ככל דברי אבל אם הי' רואה דברי התוס' בחולין הנ"ל היה מחזק דבריו יותר ששם ג"כ כתבו התוס' דשטר שאין אדם מוחזק בו לומר שלי הוא מהדרינן ליה והיינו דזה המוצא אין לו שום חזקה:

י הן אמת דעפ"ז יש לתמוה במה דרצה הש"ס בב"מ דף כ"ז ללמוד סימנים בגט אשה מממונא והא שאני התם דבעל אבידה לא מקרי מוחזק דהיינו מי שמוצאה וכמ"ש התוס' בכתובות דף ט"ו ולכך סמכי' אסימנים משא"כ בגט אשה דיש חזקת א"א ואנו מוציאין אותה מחזקתה ומצאתי בפ"י שם שהאריך בזה ות"ל אנא בר גילו בכל הענין. אמנם לפענד"נ דעיקר הכוונה בתוס' במ"ש דשטר שאין אדם מוחזק בו שפיר מהדרינן הוא

משום דשטר אין גופו ממון ורק דע"י השטר היא ראיה שזה חייב וא"כ כעת אין אנו דנין על הפקעת ממון ולכך מחזירין וכמ"ש למעלה ולפ"ז גם בגט אשה לאהדורי בסימנים שפי' רש"י שם דהיינו להחזירו לשליח שנאבד ממנו קודם שנתנו לה וא"כ הוה דומיא דשטר ממון שעדיין אין אנו דנין על הוצאתה מחזקת א"א דכל דלא נתן לה לא נתגרשה ואם ימות הבעל מקודם לא תהיה מגורשת דאין גט לאחר מיתה וא"כ אין אנו דנין כעת רק על הגט בעצמו והגט עדן אינו מוציא האשה מחזקתה ושפיר יכולין ללמוד מאבידה אבל כאן בגט אשה דחיישי' לשני יוסף ב"ש פירש"י דמיירי דאשכח בי דינא דר"ה ופירש"י דהיה מקויים בהנפק א"כ מדהי' ב"ד דר"ה ע"כ שמיירי שנתגרשה כבר עי"ז הגט או אפשר דהשליח היה שליח לקבלה וכדומה וא"כ אנו דנין אם כבר הוציאה אותה מחזקתה א"כ שפיר אמר ר"ע היכא פשיט מר איסורא מממונא וז"ב. ובלא"ה נרא' דיש ליישב קושית התוס' דהרי דעת התה"ד סי' שי"ד בשם גליון תוס' בב"ב דרובא דאיתא קמן אזלינן בתרה אף בממון ולפ"ז שני שוירי הוה רובא דאיתא קמן דאנו דנין שע"פ רוב ליכא עוד שוירי ויהי' שם איש ששמו כשם זה שבשוירי כאן וא"כ בממון ג"כ אזלינן בתר רוב. ובזה מיושב היטב מה דרצה הש"ס ללמוד מסימנים דאבידה לגט אף דלא יליף איסורא מממונא מ"מ הא שם אם אנו מסופקים אם הסימנים מוכיחים שזה הוא או לא ל"ש רובא דאיתא קמן והרי אנו חוששין שמא ראה או ידע הסימנים או אומר כסומא בארובה וכמ"ש הר"ן בחידושיו לחולין דף ע"ט גבי סימנים לאו דאורייתא וא"כ שוב ל"ש דהוה רובא דאיתא קמן דאז הסימנים הם בדמי וכיון שאינו סימן מובהק ביותר הרי יש כמה וכמה חפצים שיש להם הסימנים הנ"ל ולמה סמכינן ע"ז באבידה וע"כ דסימנים דאורייתא א"כ ה"ה בגט משא"כ בשני שוירי דהרוב איתא קמן וז"ב באופן שעכ"פ קושית התוס' אין לה מקום. אמנם נרא' דהתירוץ הראשון וגם השני אם שהם נכונים בסברא מ"מ קושית התוס' עדיין קשה דעכ"פ קושית התוס' היא דמה קאמר היכא פשיט מר איסורא מממונא דמשמע דאיסורא חמור דהא מצינו דממון חמור דאין הולכין בתר רוב ובאיסור מועיל אף נגד חזקת איסור וא"כ ל"ש לומר דכאן גם בממון אזלינן בתר הרוב דעכ"פ מה אולמא דאיסורא מממונא ולמה לא ניזול באיסור ג"כ בתר הרוב דאף דיש חזקת א"א מ"מ באיסור אזלינן בתר רוב אף נגד חזקה משא"כ בממון דעכ"פ כל ששייך חזקת ממון לא אזלינן בתרא וא"כ קושית התוס' חזקה ונצבה כמו נד וע"ז תירצו דבא"א החמירו אף שהוא נגד הרוב כמו במים שאל"ס וכבר כתבתי לעיל בשם גליון תוס' הובא בשטה דאף ס"ס ל"מ בחזקת א"א וא"כ שוב שפיר לא מדמי איסור לממון וז"ב מאד:

יא ובזה מיושב היטב מה דאמרו בברכות י"ט ע"ב ולגמר מינה איסורא מממונ' לא ילפי' והקשה בפ"י שם הא כאן יקשה קושית התוס' דממון חמור וכן הקשה בספר קול לוי ובספר באר יעקב באו"ח הלכות מגלה האריך הרבה בזה. ולפמ"ש א"ש דבאמת אין מקום כלל לקושית התוס' בב"מ שם דבשלמא כשאנו דנין לענין הוצאה מחזקה שפיר מקשו התוס' דהא ממון חמור ואלים חזקת ממון טובא ואפ"ה מחזירין ולמה יהי' איסורא חמור מיניה לחוש לחזקת א"א אבל שם אנו דנין לענין כבוד הבריות אם דוחה איסור וא"כ אף דבממון דוחה כבוד הבריות לבלי להחזיר אבל שם אינו מוציא ממון מחזקתו רק שאינו משיב אבל באיסור החמור ודאי אינו דוחה דבעצמותו ודאי איסור חמור מממון דממון קל שאתיהיב למחילה משא"כ באיסור וז"ב ופשוט ותמהני דבחנם טרחו כל הגדולים בזה. ובזה נלפענ"ד ליישב דברי הרמב"ם בהלכות נחלות פ"ז ה"ג מי שטבע במים שאל"ס וכו' בכל אלו יורדין לנחלה וכו' שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת וכו'. והוא תימה דמנין לו זאת ואדרבא מצינו בכמה מקומות דאף שמשיאין האשה מ"מ אין יורדין לנחלה כגון בששמעו בו שמת וכדומה וכמ"ש שם בה"א וה"ב. ולפמ"ש הוציא כן מש"ס ערוך דהיכי פשיט מר איסורא מממונא וכתבו התוס' דבא"א החמירו ול"מ רוב וא"כ אף שע"פ רוב ודאי מת אותו האיש מ"מ לענין א"א ל"מ ומצאתי לאא"ז הח"ץ ז"ל סי' כ"א שכתב דדוקא לפי שהוא איסור כרת אבל באיסור לאו היינו למידין ממון ממנו דממון חמור מאיסור אף דבעלמא איסור חמור מממונ' דממונ' מאיסור' לא ילפינן מ"מ שאני כאן שהוא להוציא הממון מחזקת מוריש ולתתו ביד היורשים ואי לאו דאיסור כרת הוא הוה ילפינן ממון מאיסור לאו ותמהני דיושב ודורש כמשה מפי הגבורה אבל מנין לו זאת ולא הזכיר דבר מדברי רש"י ותוס' הנ"ל. וגם מ"ש דזה מקרי מוציא מחזקה תמהני דזה לא יקרא מוציא מחזקת המוריש ליורש דמסתמא הרי הוא בחזקת היורש כל שמת המוריש ואין לך לומר רק שנותנין לזה חזקת חי והממון בחזקתו אבל כל שלאיסור מחזיקין שמת ממילא ל"ש חזקת מוריש.

יב והנה לפמ"ש התוס' הדברים יש להם סמך דדוקא באיסור א"א מחמירין אף שהוא נגד הרוב וכפי הנרא' הוא בשביל דא"א היא במיתה מחמירין טפי. אך משמיא אנהירנהו לעיינין דהדבר מבואר בחולין דף קל"ד ספק איסורא לחומרא ספק ממונא לקולא ופירש"י שם משום דספק כרת הוא ועון מיתה היא וכן ביארו בירושלמי שם שעון מיתה הוא וכ"כ הרמב"ם פ"ח מביכורים ה"ט דלכך ספק חייב מפני שעון מיתה הוא וע"ש בכ"מ שהביא הירושלמי וא"כ הרי שלך לפניך דבכרת ועון מיתה מחמירין בספיקו טפי וא"כ ממילא י"ל דאף רוב ל"מ והרי השיטה מקובצת בב"מ דף ז' כתב דרוב ג"כ ספק

הוא רק שהתירה התורה וא"כ כיון דבכרת ומיתה מחמרינן בספק שוב גם רובא לא מועיל ודברי הרמב"ם ברור מללו וברוך הפוקח עיני עורים. ומצאתי בפרמ"ג בפתיחה להלכות טריפות שהאריך ג"כ לדחות דברי שו"ת פ"מ והלכה זו העלה דבספק כרת יש להחמיר ע"ש שהאריך בראיות ודו"ק היטב:

יג וראיתי בשב שמעתתא שמעתא ז' פ"כ שכ' ליישב קושית התוס' הנ"ל בב"מ דיב"ש הוה כסימן בינוני כמ"ש זקני הח"ץ ז"ל סי' קל"ד וא"כ בסימן בינוני מועיל בממון דמחזירין אבדה בסימן בינוני משא"כ באיסורא דל"מ סי' בינוני ע"ש ובמחכת"ה לא ידעתי מה קאמר מר דממנ"פ אם סימנים דאורייתא למדין גם גט אשה מאבידה ואם סימנים דרבנן דאמרו שם די"ל דבאבידה תקנו א"כ פשיטא דדוקא באבידה תקנו והיה לו להש"ס לומר דסימנין דרבנן וגם תימה דא"כ מה השיב לו דתנן שטרי חליצה ומיאונין והא באמת אם סימנים דרבנן ל"מ באיסור וגם כפי הנרא' בסוגיא כאן דרבה ס"ל סימנים דאורייתא וא"כ שוב דומה איסור לממון וגם תימה דמה מדמה אבידה דאין לו חזקה למחזיק והמוצא מציאה מגט אשה דיש חזקה ובאמת זה קשה גם בהא דאמרו דאי סימנים דאורייתא גם גט מחזירין ומה מדמה גט לאבדה וכ"כ בזה אבל עכ"פ דברי הש"ש תמוהים הם. ובגוף דברי אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קל"ד שכתב דשני יב"ש דחיישינן משום דאינו סימן מובהק היכא דברי לן שהיה במקום פלוני יב"ש והוא אתרא דל"ש שיירות ולא הוחזק לן באחר דשריא אתתא לכ"ע לפענ"ד כוונת דבריו דאף דלא הוה סימן מובהק רק סימן בינוני עדיף מסימן בינוני דבשלמא בסי' בינוני ובנמצא הסימן הלז בהרבה אנשים רק דל"ש כ"כ וא"כ לא הוברר דאותו האיש שמת הוא זה שאתה דן עליו שנאבד דהא י"ל דגם אחר מת באותו סימן ולכך לא מועיל אבל בשני יב"ש עכ"פ אותו יב"ש ברור לך וא"כ עכ"פ ע"ז יש לך לדון בודאי וניהו דיוכל להיות עוד יב"ש אחר אבל כל שלא נודע לך למה תתפוס הספק ותניח הודאי דהא בכאן לא הוחזק ול"ש שיירתא וא"כ אותו יב"ש הנמצא פה הוא ודאי והיב"ש השני שיוכל להיות שנמצא במקום אחר לא נודע לך למה תניח האיש המוחזק לך בודאי ותחוש לספק ואין ספק מוציא מידי ודאי דבשלמא אם הוחזק או ששכיח שיירתא א"כ שוב יש לומר דגם זה השני בכל עולם נמצא בודאי איש ששמו כשמו ואשתו כאשתו וא"כ הוה כהוחזק והוה ספק השקול אבל בזה שלא נודע לך פשיטא דאין לחוש דהא כאן לא הוחזק ול"ש שיירתא וז"ב כשמש והדברים ראויים אליו.

יד ובזה מיושב היטב מה שהקש' בש"ש שם על הח"ץ דאם באנו לדמות סימן אמצעי לשני יב"ש א"כ כמו דשני יב"ש אפי' דשכיחי שיירתא כל שלא הוחזק ליכא איסור תורה

כמ"ש התוס' בב"מ דף כ' ה"ה בסימן בינוני כל שלא הוחזק בסימן זה ליכא חשש מן התורה וא"כ מה פריך הש"ס בב"מ דף כ"ז להך לישנא דסימנין דרבנן היאך מחזירין אבידה בסימנים ומה קושי' הא לא הוחזק אחר ולמה לא מחזירין. ולפמ"ש א"ש דניהו דיב"ש לא הוה סימן מובהק אבל סימן אמצעי מקרי א"כ עכ"פ זהו הוחזק בודאי ולמה לך לדון על אחר שלא נודע לך כלל אבל סימנין דרבנן שכלם שמות שמא זהו כמו כן יש הרבה בני אדם שיש להם סימנים כאלו והוה כהוחזקו וז"ב כשמש. ובזה מיושב גם קושי' השני' דאמאי בעידי מיתה בסימן בינוני אין מתירין והרי יב"ש כל שלא הוחזק מועיל רק בגט חשו כיון דאפשר באחר ולפמ"ש א"ש דסימן בינוני ל"ד ליב"ש דזה הוחזק משא"כ סימן בינוני שניהם מקרי הוחזקו דיש לך לדון על אחר כמו ע"ז ובאמת שכ"כ התוס' בגיטין דף כ"ז וגם בב"מ כאן דלכך ל"ח דמיב"ש אחר נפל דכל דידע שזה ודאי אבד גט ל"ח שמא יב"ש אחר ג"כ אבד גט ובש"ש הקש' ע"ז דא"כ במוצא אבידה במקום שאין שיירות מצויות נימא נמי דזה ודאי אבדו בודאי ומנ"ל לחוש לאחר ואני תמה דדברי התוס' ברור מללו דכל דנודע שזה יב"ש א"כ זה נודע לנו בודאי ששמו יב"ש וא"כ מנ"ל לחדש דלמא יש אחר ששמו יב"ש וכמ"ש אבל כל שזה אומר שאבד ואין לך ראיה רק ממה שאומר שאבד א"כ יש לחוש שגם אחר אבד ומנ"ל לתלות בזה דלא הוחזק ג"כ ניהו דאבד אבידה אבל מנ"ל דזהו אבידתו וז"ב לפענ"ד:

טו והנה הרא"ש כתב בתשו' כלל מ"ה סי' כ"א דאפי' לא נכתב שם העיר והנהר בגט כל שהשליח מביאו ואומר כתב ונתן לי במקום הזה דכשר. ודאי בגט שנפל ונמצא דחיישינן שמא מאחר נפל אותו כשר דוקא ע"ש העיר דל"ח לשתי עיירות ששמותיהן שוות כיון שלא הוחזקו ולא שכיחי שיירתא אבל אם הוא ביד השליח ולא נפל ממנו ודאי כשר ע"ש ודברי הרא"ש תמוהים כמ"ש הב"ש סי' קל"ב ס"ק ד' דא"כ איך דייק רבה דל"ח לשני שווירי כל שלא הוחזק אף ששיירות מצויות דלמא שאני התם דכתב שם העיר ולפי המסקנא חיישינן אף שלא הוחזק כל ששיירות מצויות אף שכתוב שם העיר ובאמת שהדברים מתמיהים. אך לפענד"נ דגוף דברי הרא"ש צ"ב דמה מהני שם העיר הא בכתובות דף כ"ד אמרו דעדים לאו אכולה מלתא קמסהדי רק על מנה שבשטר וה"ה לענין גט אינם מעידין רק על הגט שזה המגרש וזו המתגרשת אבל לא על שם העיר וא"כ אין ראי' ממה שכתוב שם העיר בגט ובפרט שא"צ לכתוב שם העיר בגט וכמ"ש הרא"ש בעצמו וא"כ אין כאן צורך לשם העיר בגט ועיין בתוס' גיטין דף פ' ד"ה ושם שכתבו לענין מקום הלידה דאף בנשתנה כשר דעדים לא מסהדי רק על גוף המעשה וצ"ל כיון דבהוחזק שני יב"ש ודאי אכולה מלתא קמסהדי כמ"ש התוס' בכתובות דף כ"ד דהיו

צריכין לדקדק על הסימנים כדי שידעו אם זה הוא המלוה או הלוה ע"ש וצ"ע בתוס' שם דף פ' דכיון שהקדמונים הצריכו מקום הלידה כדי שיהי' לסימן שמא יארע עוד יב"ש וכיון שכן שוב הי' מהראוי שיהי' פסול בנשתנה דאז אכולה מלתא קמסהדי וצ"ל כיון דאז לא הוחזק עדיין רק שתקנו שמא יארע ס"ל לר"ת דגם בכה"ג כל שלפנינו לא היו צריכין לדקדק עדיין ועכ"פ כל שהיה יב"ש אחר ודאי צריכין לדקדק. ומעתה שפיר כתב הרא"ש דעכ"פ בכתב שם עיר אין לחוש דממנ"פ אם דקדקו להעיד גם על העיר ע"כ שדקדקו יפה ולא הוחזק עוד עיר ששמה כך ואם לא דקדקו עכ"פ לא הוחזק שני יב"ש באותה עיר ורק דאם יש כאן שיירות מצויות חיישינן שמא מאחר נפל עכ"פ מ"ש שם העיר מסייע דמזה נפל שהוא משם מה תאמר דיש לחוש לשם עיר אחר ששמה כשמה בזה ס"ל להרא"ש ניהו דכעת נפל ואתרע וחיישי' לשני עיירות כל שיש שיירות מצויות עכ"פ בעת הכתיב' הי' כשר ויצא בהיתר דאז בודאי לא הוחזק שיב"ש וכעין מ"ש הט"ז והש"ך ביו"ד סי' י"ח לענין סכין שנאבד דכל דיצא בחזקת היתר אף שנאבד ל"ח ע"ש וה"ה בזה וגם כל דחיישי' לשני עיירות יותר מסתבר לומר דגם העדים ידעו שיש עיר ששמה כך וא"כ שוב דקדקו וכתבו אותה העיר בדיוק דשם לא הוחזק עוד יב"ש אחר והי' די בסימן העיר דבאותה העיר לא הוחזק אחר:

טז ובזה מיושב קושית הב"ש דשפיר דייק רבא דבלא הוחזק ל"ח אף ששיירות מצויות דאם חיישינן שוב אין ראי' ממה שכתוב שם העיר דדלמא לאו אכולה מלתא קמסהדי ואולי יש עוד עיר ששמה כך ואדרבא כל שלא הוחזק יב"ש אחר לא היו צריכין לדקדק כ"כ. איברא דאכתי קשה מר"ז דס"ל דבשיירות מצויות אף שלא הוחזק חיישינן הרי דחשו לשתי שוירי אף שלא הוחזק וכתב שם העיר. אך י"ל דהרא"ש בתשו' ס"ל דר"ז לא פליג על הדין דגיטא דאשתכח בי דינא דר"ה דשם י"ל דמודה לרבה דכל דכתב שם העיר ל"ח לתרי שוירי רק דעל ראיית רבה מכל מעשה ב"ד דרבה מפרש דמיירי שנמצא בב"ד והוא מפרש דנמצא אבראי וכל ששיירות מצויות חיישי' אף דלא הוחזק אבל לא כשכתב שם העיר בגט. איברא דברא"ש בב"מ מבואר להדיא דר"ז חייש לתרי שוירי והגידו לי כי הרב האבד"ק סטרעליסק תמה בזה על הב"ש דלמה לא הזכיר זאת ובאמת שלא הבינותי דהא הב"ש הקש' מהש"ס והרא"ש מפרש להש"ס ומה נ"מ בזה ויותר הקש' מהש"ס דעל הרא"ש ל"ק דיש לפרש דר"ז באמת לא פליג וחזר בו בתשו' מפירושיו אבל עכ"פ דברי הרא"ש בפסקיו מורין בהדיא דלא כהרמ"א בהבנת דברי הרא"ש בתשו' ומה"ת שנימא שחזר בו. שוב ראיתי בט"ז שס"ל ג"כ לדינא דל"ח לשני עיירות ששמותן שוות וראיתי במגיה שם שחתר לתרץ קושית הב"ש ובאמת לא אכחד קושט דברי אמת

דאף אם נקבל כל הדחוקים שלו כמו שיראה המעיין מ"מ הם להיפך מפסקי הרא"ש בב"מ הנ"ל:

יז והנה בגוף דברי הש"ס דחיישינן לשני שווירי לכאורה תמוה דהא עיקר החשש כיון שנפל אתרע וקשה הא עכ"פ אחד כתב הגט או איש מעיר הזאת שהוחזק לנו או איש מעיר אחרת שלא הוחזק ועכ"פ כל שנכתב הגט ל"ש לומר דנפל אתרע דהא גם זה שגירש באמת ג"כ אתרע בנפילה וא"כ אין ראיה מנפילה וכמ"ש התוס' בב"מ דף י"ב ע"ב בסוגיא דמצא שט"ח ד"ה ולא וה"ה כאן וכן קשה לר"ז דס"ל בשיירות מצויות אף שלא הוחזק חיישינן לשני יב"ש ולמה נחוש הא חזינן דעכ"פ נפל מיד האחר שכתבו באמת והיא קושיא גדולה לפענ"ד וצ"ל דמכאן ראיה למ"ש הב"ש סי' י"ז ס"ח פ"ד דאותו האיש שא"י לנו ל"ש חזקת חי וכמ"ש האחרונים בביאורו וגם אני הארכתי בזה בתשובה דעיקר אנו דנין על אותו האיש שידענו שנאבד אבל על איש אחר אטו ליכא מת בעלמא ול"ש להעמיד בחזקת חי ולפ"ז גם כאן אטו ליכא מגרשים בעולם ול"ש חזקת א"א על איש ואשה שאין אנו יודעין ואטו ליכא גרושות בעולם ורק על אותו איש אנו דנין שידענו שיש להאשה חזקת א"א וכל שנפל חיישינן והעמיד אותה אשה בחזקתה והגט הוא לאשה אחרת שלא ידענו אותה בחזקת א"א וז"ב כשמש לפענ"ד. איברא דעדיין קשה אם לא הוחזק שיב"ש איך שייך לחוש לשתי עיירות ששמותן שוות הא עכ"פ נכתב הגט וא"ל דהעמד האשה בחזקתה הא כל שאין לפנינו עוד אחרת א"כ אותה העיר נקבע לפנינו ובודאי מקרי אותה העיר הוחזק וא"כ אין אנו דנין על האשה רק על העיר ולגבי העיר בודאי שייך דאותה העיר הוחזקה ומה"ת לחוש לעיר אחת ואטו בשביל חזקת א"א נמצא עיר אחרת ששמה כשם אותה העיר זה בודאי ל"ח והיא קושיא נפלאה דבשלמא לשני יב"ש שפיר יש לחוש דאנו דנין על אותה האשה אבל כאן עיקר אנו דנין על העיר ומה"ת לחוש לעיר אחרת ואותה העיר הוא קבוע וקיים והיא קושיא גדולה וצ"ל דהא בהא תליא דאם נימא דחיישינן לתרי יב"ש אף שלא הוחזק א"כ חזינן דאף דזה יב"ש נודע וקבוע וקיימא אפ"ה כל שנפל חיישינן ליב"ש אחר אף דזה יש לו חזקת אשת איש מ"מ נגד זה הוחזק זה בשם יב"ש והאחר לא הוחזק ולא נודע כלל וא"כ עכ"פ אתרע חזקת א"א ואפ"ה חיישינן ה"ה דחיישינן לשני עיירות אבל אם לא חיישינן לשני יב"ש ממילא מכ"ש דל"ח לשני עיירות וא"כ רבה ור"ז שפיר נחלקו בזה דאם חיישינן לשני יב"ש כמו כן יש לחוש לשני עיירות ולפ"ז לדידן דמספקינן אי קיי"ל כרבה או כר"ז וכמ"ש הרא"ש בעצמו דעבדינן לחומרא א"כ עכ"פ אתרע חזקת א"א מספק וא"כ שוב ל"ח לשני עיירות אף דשכיחי שיירתא דהא אותה העיר הוחזק וגם שם יש יב"ש המוחזק

לנו ועכ"פ אתרע חזקת א"א של זה ובמקום אחר לא הוחזק וגם איכא לספוקי אם יש עכ"פ עיר ששמה כך מה"ת לחוש לעיר אחרת וליב"ש אחר שלא הוחזק כלל כנלפענ"ד ליישב דברי רמ"א בהבנת הרא"ש אבל מאד תמוה לי אנה ראה הרמ"א ברא"ש דל"ח לשני עיירות כל ששיירות מצויות וברא"ש שלפנינו כתוב בכלל מ"ח סי' כ"א דל"ח לשתי עיירות כיון שלא הוחזקו ולא שכיחי שיירתא א"כ ביאר דל"ש שיירתא וכיון דאין כאן שיירתא מה"ת לחוש לעיר אחרת כל שלא נודע לנו דאף דבהוחזקו שני יב"ש אף שאין שיירות מצויות חיישינן כ"כ הרא"ש בפסקיו בב"מ דיותר מסתבר לחוש שאותו המצוי בעיר עבר דרך שם ואפילו במקום שאין שיירות מצויות ממה שניחוש שבא א' מעיר אחרת ועבר דרך שם ואפי' במקום שהשיירות מצויות ע"ש אבל כל דל"ש שיירתא ולא הוחזקו למה נחוש ושפיר כתב הרא"ש ומהתימה על הב"ש שלא הקשה זאת על הרמ"א שהרא"ש ביאר בהדיא בל"ש שיירתא והוא חידש בשכיח שיירתא וכדי שלא יהי' תמוה כ"כ דברי הרמ"א נראה לפענ"ד דהרמ"א הבין בדברי הרא"ש בתשובה דאף דשכיחי שיירתא כל שלא הוחזק שתי עיירות ששמותן שוות ל"ש חשש שיירתא דהא אין כאן חשש כלל ומה"ת נחזיק ריעותא ובשלמא לענין שני יב"ש כיון ששכיח שיירתא מחזיקין ריעותא אף דמה"ת לומר שיש יב"ש אחר כיון דזה ודאי דעכ"פ בעולם יש עוד א' ששמו יב"ש אבל לענין עיר לא נודע כלל אם יש כלל עוד עיר אחת ששמה כך מה"ת לחוש לזה וכבר כתב הש"ך בסי' פ"ג דאף דאיכא לברורי לא מחזיקין ריעותא ע"ש וה"ה כאן מה"ת לחוש לעיר ששמה כך אבל שני יב"ש זה ידוע בודאי שבכל העולם יש עוד אחד ששמו יב"ש וכמה יב"ש יש בעולם א"כ כל ששכיח שיירתא מחזיקין ריעותא וז"ב מצד הסברא וא"כ גם בשכיח שיירתא הוה כלא שכיח שיירתא לענין זה.

יח ובזה יש ליישב דברי הרמ"א עוד הפעם דבאמת כבר כתב הב"ש בשם הב"י סי' קכ"ח דמה דכתב בשוירי דעל רכיס נהרא ע"כ דהיה עוד שוירי רק דלא נודע אם היא על רכיס נהרא והב"ש תמה דמ"מ רכיס נהרא סימן ולפמ"ש י"ל דבאמת כל דשכיח שיירתא כל שיש עוד שווירי אף שלא נודע אם הוא על רכיס נהרא עכ"פ הוקבע עוד עיר אחת ששמה שוירי וא"כ עכ"פ ריעותא יש ושפיר חיישי' אף דהוא לא נודע לנו אם היא על רכיס נהרא וז"ב ודו"ק:

יט והנה במה שהקשיתי למעלה דעל העיר ל"ש אכולה מלתא קמסהדי וכעת אמרתי דיש להקשות יותר דאף אם נימא דאכולה מלתא קמסהדי מ"מ הא דעת הרשב"א והרמ"ה דכל שכתוב בלשון הלוה בודאי אין העדים מעידין ע"ז וע' בחו"מ סי' מ"ט ובאהע"ז סי' נ"ו ובב"ש שם וכאן בגט אינו רק לשון סיפור של המגרש ואין כאן עדים ע"ז וע' בטוש"ע

אהע"ז סי' קכ"ו ס"ח דאין לכתוב לשון איך וא"כ לא מועיל כלל מ"ש שם העיר ואדרבא בזמן הש"ס דכתבו איך כמ"ש הח"מ ס"ק כ"ו שייך להקשות טפי דהא העדים מעידים ע"ז ודו"ק היטב בכל מ"ש. והנה מה שהבאתי למעלה דברי אא"ז הח"ץ ז"ל סי' קל"ד דיב"ש הוה סימן אמצעי ולפ"ז יקשה דא"כ גבי שוירי דעל רכיס נהרא מנ"ל לחוש לשני שוירי הא הוה סימן אמצעי וגם דהא הוה עכ"פ סימן אחד בגוף דהיינו יב"ש וסימן א' במקום דהיינו בהעיר ומהראוי שלא לחוש לשני שוירי אף דשכיחי שיירתא וצ"ל דבזמן הש"ס אפשר דלא היה כתוב שם אביו בגט ודעת המרדכי דכשר וע' באהע"ז סי' קכ"ט ושפיר חיישי' לשני שוירי ולפ"ז בזה"ז דכותבין שמו ושם אביו א"כ שפיר כתב הרא"ש דל"ח לתרי שוירי אבל כל הדברים צ"ע. והנה שיטת האבן עוזר וכ"כ אא"ז המג"ש בשו"ת פ"י דשני סימנים אמצעיים מהני והוה כמו סימן מובהק ועט"ז כאן ס"ק ז' דמבואר דלא כוותי' מיהו יש לחלק דדוקא בעגונה במת בעלה הוא דהקלו לא בגט כדרך שכ' הרא"ש לענין שיירות מצויות דהרי"ף מחלק בין גט למיתה ועכ"פ י"ל דלכך בעי שיכתוב שתי נהרות בגט למען יהיו עכ"פ שני סימנים אמצעיים ויש להאריך בזה:

כ והנה דברי התוס' ב"מ דף כ' הנ"ל שהקשו דמצינו דממון חמור מאיסור דאין הולכין בממון א"ה ותירצו דחומר דא"א שאני וכבר האריכו בזה בבאר יעקב בהלכות מגלה דא"כ היאך קאמר הש"ס בברכות שם איסורא מממונא לא ילפינן ושם שייך קושית התוס' הנ"ל ואין מרפא בתירוצם וע' בפ"י במגלה דף ב' מ"ש בזה ואני תמה עמ"ש בשם המהרח"ש בהא דמצינו בכמה דוכתי דמקילין בממון יותר מבאיסור דהיינו משאל"ס יורדין לנחלה ואין האשה נשאת ואילו בע"א משיאין האשה ואין יורדין לנחלה וכתבו בשם המהרח"ש הובא בספר ט"ג ריש גיטין דבמקום שהענין ואמיתות הדבר הוא בספק אז יש להקל בממון יותר דהא אתיהיב למחילה משא"כ האיסור אבל בדבר שאין לספק באמיתות הענין רק שהוא גזה"כ אז באיסור מקילין טפי דיפה כח חז"ל לעקור דבר מה"ת במקום שסמכו על חכמתם ע"ש ואני תמה דא"כ למה אין הולכין במא"ה דהא גם זה ספק באמתת הענין דגם רוב הוא ספק כמ"ש בשטה ב"מ ז' גבי עשירי ספק ואף דנימא דרוב הוא דבר ברור ולכך הקשו התוס' לענין שני שוירי דג"כ ע"פ הרוב הוא כן ולמה מחמירין באיסור יותר וע"ז חידשו דבא"א מחמירין יותר א"כ יפלו כל דברי המהרש"ח וגם יקשה דהרי גבי אבידה דודאי אין בו ספק מהראוי להקל באיסור יותר ואפ"ה אמרו דאיסורא ממונא לא ילפינן וא"כ נסתר כל בנינו וכל תירוצי באר יעקב שם לא יועילו לזה ובאמת לפענ"ד קושית הבא"י מעיקרא לק"מ דשאני שם דהוא משום כבוד הבריות רוצה לעבור על איסור א"כ פשיטא דאין חכמה ואין תבונה לנגד ד' וכבוד הרב וכבוד

התלמיד ודאי כבוד הרב גדול יותר אבל בממון דעיקר מצות התורה רק בשביל שרוצה להטיב לבריותיו א"כ גם כבוד הבריות הוא חשוב וא"צ לטרוח וז"ב ופשוט אבל דברי המהרח"ש תמוהין לפענ"ד וגם קושייתו לפענ"ד לא זכיתי להבין דבאמת מה שחשב הוא דבע"א דאינו נאמן בממון הוא דהוה גזה"כ ולא משום דחיישי' שמא משקר הנה מדברי מיוחסות לרמב"ן סי' ק' נראה דהוא משום דחשדינן למשקר ע"ש היטב וגם קושייתו אין לו מקום דבאמת משאל"ס הוא מטעם רוב ובא"א חשו להחמיר נגד הרוב ולכך יורדין לנחלה דשם אין מוציאין ממון דהירושה בחזקתם אבל להנשא אינה רשאית דבא"א לא אזלינן ב"ר וע' תוס' יבמות ק"כ אבל בע"א דלענין ממון לא האמינה תורה וא"כ אינו בגדר רוב כלל ולכך לירושה אינם יורדים אבל משום עגונא הקלו להאמין לע"א ולשיטת הרבה פוסקים הוא מה"ת דלזה האמינה התורה משום מלתא דעל"ג וכדומה ובממון ל"מ אף בעל"ג וא"כ אין מקום לכל דבריו. והנה נסתפקתי בהך דרבב"ח דנסתפק אי משום ט"ע או משום סימנים היאך הדין במי שבא ואמר שיש לו ט"ע וגם סימנים ונמצא שהסימן אינו כמו שאומר אם נאמן בט"ע או דלמא דאמרינן כיון שאמר שיש לו סי' עם ט"ע צריך לברר גם הסימנים. וגם נסתפקתי אם אמר שיש לו שני סימנים מובהקים או שאינם מובהקים ונמצא א' מהם אמת והשני לא נמצא או שנמצא משונה אם נאמן עכ"פ באותו סי' שנמצא כדבריו. והנה בסימנים מובהקים כיון דהוה כעדים כמ"ש הב"י סי' י"ז וא"כ מה בכך שהסימן השני נמצא משונה מ"מ הוה כעדים ואמרי' דמסתמא לא אייתי חובה לנפשיה כדאמרו לענין רמאי דמסתמא כוונו שאינו רמאי מכ"ש באמירת פיו אך בסי' שאינו מובהק צ"ע אולי כיון דאמר שיש לו סימנים הרבה ונמצא בדאי אין חוששין אף לאותו סימן והדבר אולי תלוי במי שאומר שיש לו שטר וחזקה דנחלקו אי צריך לברר דבריו והדבר צ"ע כעת ולא ראיתי נמי שמתעורר בזה:

כא והנה בהא דאמרו שם אי סימנים דאוריית' ע' בתוס' שם דאם סימנים דרבנן הא דמחזירין אבידה בסימנים משום דהפקר ב"ד הפקר וכן אמרו בהדיא בב"מ דף כ"ז והדבר צ"ב למה שחידשו הג"פ והמק"ח סי' תמ"ח דהפקר ב"ד אינו רק הפקר ולא קנין וא"כ במה יזכה להחזיר לו אבידה והא אינו רק הפקר בלבד ולא קנין וא"כ יוכל כל א' מן השוק לזכות בו. אמנם אחר העיון ז"א דהא שאני אבידה דכל מה דהפקירו הוא כדי להחזיר לזה דאם לא כך למה הפקירו והא זה שמצא מוחזק בו וע"כ דהפקירו כדי שיחזירו לזה וע' בדף כ"ז דהטעם שעשו תקנה משום דניחא ליה למוצא אבידה דנהדר בסימנים כי היכי דנהדרי' לדידיה ג"כ וא"כ כל ענין דהפקירו הי' מחמת זה וא"כ שפיר מחזירין וז"ב ופשוט:

סימן ס

א להאברך המופלג מוה' ליבוש לנדא נ"י בהרב המאה"ג אבד"ק גראביוויטץ.

ב אשר שאלת במ"ש הר"ן בטעמו של הרמב"ם דס"ל דלאחר מליחה משליכו מיד לתוך מים רותחין משום דהמלח אינו מוציא אלא מה שהוא קרוב לשטח ולא מה שבפנים דאי לא חיישינן שמא קודם שתרגיש הבשר בחום המים תפלוט מן הקרוב לשטח והקשית דלפ"ז למה בבשר חי כתב הרמב"ם דצריך מליחה ומדיחו יפה יפה ולא כתב שצריך להשליכו במים רותחין דאל"כ הא מליחה לא הוציאה רק מה שסמוך להשטח הבשר ולא מה שבפנים ועפ"ז כתבת שמכאן ראיה לפי' המהר"י חביב שהביא הב"י בסי' ס"ז ובכ"מ פ"ו ממ"א דדם אברים שלא פירש שרי דחיישינן כשיחתך יצא דם ולכך צריך מליחה בבשר חי אבל כל שמלחו שוב ל"ח למה שבפנים זת"ד הנה לדבריך יקשה דא"כ אמאי במליחת הבשר הוצרך להשליכו במים רותחין והא השאר הו"ל דם אברים שלא פירש וע"כ צ"ל דחיישינן שמא קודם שתרגיש החום כ"כ שיוכל להחליט ולהצמית הדם עכ"פ יתעורר הדם לצאת וכל דם האברים שעתיד לפרוש אף לשיטת הב"י אסור וא"כ גם לדברי הב"י מיושב דבשלמא אם יתנו במים לבשל אז יתעורר הדם וא"כ כל שעתיד לפרוש שוב אסור ולכך צריך להשליכו במים רותחין שאז מצמיתו ומחליטו תיכף ומונע הדם מלצאת כלל ושרי ולכך בבשר חי מה שלא יצא במליחה שוב אינו עתיד לפרוש דהרי אוכלו חי ולכך א"צ יותר ומליחה צריך דכל שחותכו התחיל להתפרד קצת הדם האברים ואסור ולכך בעי מליחה ומה שלא הוציא במליחה שוב אינו עתיד לפרוש ושרי. ומה שהקשה דא"כ בשובר מפרקתה של בהמה דודאי נפרש הדם ונבלע באברים ואפ"ה מותר ע"י שמולח יפה יפה והא שם לא הוציא המליחה כל הדם וכבר נפרש ובשלמא לדידן אמרינן דהמליחה מוציא הדם כלו משא"כ לשיטת הרמב"ם לפי פי' הר"ן קשה ג"כ ל"ק דמה שלא הוציא המליחה שוב אין עתיד לפרוש והו"ל דם אברים שלא פירש ושרי וכ"כ הלח"מ פ"ו ממ"א ה"ט שם ע"ש שכ' ראיה לשיטת הכ"מ. והנה בחידושי לכאורה רציתי להביא ראיה להר"י חביב דגם להרמב"ם מותר דם אברים שלא פירש ומה שהצריך מליחה הוא משום שחושש שמא יתפרד קצת מהא דאמרו במנחות דף צ"ט דהבבליים אוכלין אותו כשהוא חי והקשה התוי"ט דלשיטת הרמב"ם דדם אברים שלא פירש דאסור א"כ איך אכלו אותו בלי מליחה ומ"ש התוי"ט משום דאין עיבוד באוכלין כתבתי בגליון המשניות שלי דאכתי יקשה לפמ"ש הר"ן סוף ע"ז דאף דאין עיבוד באוכלין אבל מ"מ יש בו משום מבשל א"כ שוב יקשה דאסור משום מבשל ועפר"ח סי' ס"ח ס"ק י"ח ואף דבמק"א חידשתי דאף להר"ן כל שנאכל מחמת מלחו לית

ביה משום בישול כדאמרו בחולין דף קי"ב דדוקא אינו נאכל מחמת מלחו בעינן ע"ש ובתוס' ד"ה ה"מ ופשטות דברי רבינו בפ"ט ממ"א הי"ח מורה דדוקא אינו נאכל מחמת מלחו הוא דחשוב כרותח וא"ש דברי התוי"ט. אבל בכ"ז אינו מוכרח עדיין ופשטות לשון הר"ן משמע דכל מליחה הוה בישול וע' בשו"ת נוב"י מהד"ת חאו"ח סי' כ"ג שלא זכר כלל דברי הר"ן האלו ובחלק יו"ד סי' מ"ג הביא דברי הר"ן ע"ש שנדחק וע' בשעה"מ פ"ה מחמץ ובמג"א סי' שכ"ג ס"ק ז' לא הזכיר ג"כ דברי הר"ן אלו עכ"פ קשה הקושיא של התוי"ט ואם נימא דגם הרמב"ם ס"ל דלא פירש מותר רק שבחתיכה נתפרד קצת וזה רק חשש דרבנן ובמוקדשין לא גזרו משום שבות כמ"ש התוי"ט שם ולכך לא גזרו בזה וז"ב. אבל באמת גם לשיטת הכ"מ א"ש דבבשר חי כל שהדם אינו עתיד לפרוש שרי וא"כ לכך אכלו אותו הבבליים כשהוא חי ודו"ק:

ג והנה הלח"מ הקשה במ"ש רבינו דצריך למלוח בכלי מנוקב וכתב ה"ה דדוקא במליחה ראשונה אבל כל שמלחו והדיחו אם אח"כ מלחו בכשא"מ שרי והקשה הלח"מ דלשיטת הרמב"ם יאסר דעדיין נשאר בו הדם ומ"ש לתרץ דבריו דחוקים דמ"ש מליחה ראשונה משניה. ולפענד"נ דבר חדש דהנה כל הטעם דנאסר בכשא"מ כתב הרשב"א הביאו ה"ה שם דהו"ל מליח כרותח ונכבש הבשר בדם ולפ"ז הרי קיי"ל לענין שבת דאין בישול אחר בישול וה"ה דאין מליחה אחר מליחה וכלה רתיחתו שכבר נרתח הדם מחמת המליחה הראשונה ולא מקרי כבוש כל שאינו רותח ויש לחלק דשם כבר נתבשל ומה לו לבשל עוד אבל כאן עיקר תלוי ברותח ומ"מ אחר העיון ניתן להאמר ודו"ק. עוד נ"ל בישוב קושייתך דבאמת צריך להבין דברי הר"ן שכתב בטעמו של הרמב"ם דלכך צריך השלכה ברותחין דאין המליחה מוציא כל דם ונשאר עוד דם וחיישינן שמא תפלוט קודם והרי קיי"ל דלאחר הדחה נסתמו נקבי הפליטה היינו שם דיש עדן דם בבירור אבל כאן אטו ברור הוא שיש דם אנן חיישינן שמא המלח לא הפליטה כל הדם וגם אם נשאר עוד דם עדן לא פירש רק חיישי' שמא תפרוש אבל עכ"פ ל"ש כאן החשש שמא תפלוט וצ"ל דבאמת בבישול רב כזה תפלוט אף לאחר הדחה ודוקא מליחה א"י להוציא לא בישול ולפ"ז בבשר חי פשיטא דליכא חשש לאחר שהודח:

ד ובזה ממילא מיושב גם מה שמולחין שנית בכשא"מ כיון דהודח מקודם ל"ח כלל וז"ב ודו"ק וע' ברא"ה בית שלישי שער שלישי שדעתו ג"כ כדברי הרמב"ם וכפי' הר"ן דאין המליחה מפליט רק מה שבשטח הבשר ולא מה שהוא בתוך הבשר ע"ש והרשב"א במשמרת וע' בחידושי הר"ן בחולין קי"ג. ומן האמור הן נסתר מחמתו מה שחידש שארי הגאון בחוות דעת הלכות מליחה סי' ס"ט ס"ק א' דהא דנחלקו בחולין דף קי"א אי

מליח כרותח אינו רק בכדי קליפה היינו מצד רתיחות המליחה אבל מה שמטבע המלח להפליט דם לכ"ע יכול להוציא כל הדם והרי בחתיכה עבה מוציא כל הדם ע"ש והרי לשיטת הרמב"ם והרא"ה באמת אין מליחה מוציא רק מה שבשטח החתיכה גם מה שחידש הח"ד שם דכשם דהמלח בטבעו מושך הדם אליו כמו כן מה שבטבעו להבליע יוכל להבליע אף ביותר מכדי קליפה ולא שייך איידי דטריד למפלט כ"א מה שע"י רתיחת מליחה ולא מה שבטבע המליחה אך זה אם המלח אינו עוסק בפליטה אבל אם עוסק בפליטה אינו עושה פעולת בליעה ע"ש שהאריך והנה כל אלו הסברות חידש ולא מצאתי סיוע ולפענ"ד דבריו צ"ע מהך דמרי בר רחל דאמלח ליה בשר דשחוטה בהדי בשר דטריפה אתא לקמי' דרבא א"ל הטמאים לאסור צירן ורוטבן ופריך ולימא לי' מדשמואל דאמר שמואל מליח הרי הוא כרותח ומה קושיא דהא מהך דשמואל אין ראיה רק לאסור בקליפה מתורת רותח דמליחה ומשום ציר ורוטב כיון דהאיבעיא היה אם שייך איידי דטרוד למפלט לא בלע בשמנונית דאיסור כמו בדם ופשיט ליה מהך דצירן ורוטבן דשמנונית נוח לבליע מהדם וא"כ שוב הו"ל איסור מצד טבע המלח ואסור בכולה ומיהו יש לדחות דשם כיון דעסוק בפליטה לא מבליע המלח וכמ"ש בח"ד שם אמנם בחידושי ריטב"א שם כתב לדחות פירש"י דזה פשיטא ליה דאף דטרוד לפלוט דם מ"מ שמנונית בלע שהוא דבר רך והאיבעיא היא אם יש כח במלח להפליט שמנונית כמו דם וע"ז פשיט לי' מהטמאים לאסור צירן דמסתמא ציר היוצא מדבר חי אינו נפלט אלא ע"י מליחה ולפ"ז מה שנבלע הוא ג"כ ע"י מליחה וא"כ שוב מהראוי לאסור בכולם ול"ש לומר דעסוק בפליטה דהא לענין שמנונית דאיסור דנוח לבלוע יש כח במלח להבליע אף שעוסק בפליטה וע"כ צ"ל דמ"מ אינו מבליע רק מתורת מליח הרי הוא כרותח ודו"ק.
אמנם אחר העיון אין זה ראיה דבלא"ה יקשה דהא רבא דאסר מהטמאים הוא בכולה כמ"ש הרמב"ן והפוסקים והרשב"א במשמרת בית שלישי שער שלישי בדפוס וויען הוא בדף מ"ו וכתב דאף דבשאר איסור בחם לתוך צונן בקליפה סגי כאן כיון שהטפות מלוחות מרובות ונוטפות תמיד אוסר בכלן וא"כ גם מתורת מליח הרי הוא כרותח אוסר בכולה וע' בחולין דף צ"ז גבי אטמהתא דאמלח בגידא דנשייא דאסרו ג"כ מתורת מליח הרי הוא כרותח ומשמע דהוא בכולה וכמ"ש הקדמונים והוא ג"כ משום דהטפות מלוחות מרובות ואוסרות בכולה וא"כ אין ראיה מזה. אמנם לפענ"ד בלא"ה לא מסתבר לומר דמתורת טבע המלח יאסר בכלו דא"כ בבשר שכבר נמלח והודח ואח"כ מלחוהו שנית עם בשר טריפה שאז אינו עסוק בפליטה שוב יאסר מתורת המלח בעצמו וזה לא מצינו. ומ"ש ראיה דהרי מליח כרותח דצלי ואיך יוציא מחתיכה עבה הדם אין ראיה

דהרי הרמב"ן כתב עמ"ש הברצלוני דשיעור מליחה הוא כשיעור צלייה וכתב הרמב"ן דנלמד ממה דאמרו מליח הרי הוא כרותח דצלי אלמא כשם דבצלייה יוצא הדם לגמרי ומכאן ואילך חמר בשר הוא כמו כן במליחה יוצא מידי דמו ושיעורן שוין במציאות ע"ש והובא במשמרת דפוס וויען ע"ש וא"כ חזינן דמה דאמר מליח הרי הוא כרותח דצלי הוא דמוציא הדם כמו צלי ולפ"ז למ"ד דמליח לאו כרותח א"כ אין מועיל מליחה כשיעור צלייה וצריך שישהה כ"כ עד שיוציא דמו לגמרי ובפרט כיון שמלחו מכל הצדדים א"כ פשיטא דמוציא כל הדם ומרוב הטפות המלוחות נעשה חם בכלו וזה לפענ"ד ברור וא"צ לחדש יסודות אחרות בדיני מליחה שהמליחה מצד עצמה מוציאה דם ודו"ק:

ה ודרך אגב אזכור מה שראיתי בספר שיעורי רז"ה שבהגהותיו ליו"ד סי' ס"ט כתב בהא דמבואר בס"ב דה"ה אם היה ס' נגד דם שעליו ע"ז הקשה דלמה ל"צ ס' גם נגד המלח דנעשה נבלה כמבואר לקמן ס"ט בנתבשל בלי הדחה וכמ"ש הט"ז שם ס"ק י"ט וכתב דהיה נראה לתרץ דדוקא בבישול צריך ס' נגד המלח והדם דהוה נ"נ אבל במליחה אינו בולע אלא הדם דבדם בעין לא אמרי' איידי דטרוד לפלוט ולא כבכ"פ וכמבואר סי' ער"ו בהג"ה אבל המלח אינו נבלע בבשר איידי דטרוד לפלוט דאלת"ה תקשי על כל מליחה דיהא אסור הבשר שבולע מן המלח דנ"נ ע"י דם פליטה שבו אלא ע"כ כהנ"ל וע"ז תמה דמבואר בסי' ע' ס"ג דדוקא בדם שייך איידי דטרוד לפלוט ולא בציר ושאר איסורים וגם החוש מכחישו שאנו רואין כל בשר שנמלח והודח יש בבשר טעם מלח אלמא בלע הוא מן המלח ונ"נ ע"ש ואני תמה על עצמו שהיה אדם גדול בתורה ואיך לא זכר שם שקושייתו שהקשה דכל מליחה יהי' אסור הבשר שבלע מן המלח דנ"נ ע"י דם פליטה שבו כבר התעוררו הקדמונים בזה ומראש צורים נראה דבתוס' חולין דף קי"ב ע"ב ד"ה ובדגים וביותר ביאור הוא ברא"ש פכ"ה אות ל"ז שכתב וז"ל בשלמא כל חתיכה מליחה דעלמא אין דם שעליו אוסרה לפי שמועט הוא ובלוע במלח וא"י לצאת מן המלח כי אין המלח מפליטו הימנו כי אדרבא המלח דרכו שמפליט הדם ומושכו אחריו ונשאר בתוכו ואינו חוזר לבשר וכ"כ באות ל"ח שאע"פ שהמלח שעל הבשר אסור שהדם מעורב בו ולכך צריך להדיח הבשר יפה יפה קודם שיבשלוהו בקדרה מ"מ אותו דם שבמלח נדבק הוא במלח ואין לו כח ליבלע בבשר ע"ש. הנה לפ"ז ל"ק קושייתו דלכך אין המלח אוסר הבשר דאף דהמלח נבלע בבשר אבל אין לו כח להפליט הדם להבשר והדם נדבק במלח ולכך ל"צ ס' נגד המלח דל"ש דנעשה נבלה דכל דהדם אין לו כח לצאת מהמלח אין לו כח לאסור. אמנם אחר העיון אכתי קשה כיון דעכ"פ המלח נאסר משום הדם א"כ נ"נ וגם אפשר לסוחטו קיי"ל דאסור אף בשאר איסורים וא"כ כל דנבלע

מלח בבשר ממילא נאסר דהא המלח נ"נ ונאסר. הן אמת דשיטת הרמב"ן והר"ן גבי ר"ד מלח במלחא גללניתא שהמלח שמולחין בו מותר דאל"כ הרי ראינו שהמלח ניתך בבשר ונותן טעם בו וראוי לאסרו וע"כ דהדם נשרף במלח אבל באמת לא קי"ל כן וע' ספר באר שבע בחידושיו לחולין פכ"ה גבי ר"ד מלח במלחא גללניתא ע"ש שהאריך לדחות דברי הרמב"ן והר"ן אלו וכן מבואר בסי' ס"ט ס"ט בהגה"ה בסופו דהמלח שמולחין בו אוסר ומה גם דא"כ אמאי אם מלח ולא הודח צריך ס' נגד המלח וע"כ דלא קיי"ל כהרמב"ן והר"ן הנ"ל. אך תמהני דבר"ן ס"פ כל הבשר בסוגיא דטפת חלב הביא בשם הר"י בעל התוס' וז"ל וזה טעם הכשר מליחת בשר שאע"פ שהמלח בלוע מדם ונעשה נבלה והמלח נו"ט בבשר אפ"ה אין הבשר נאסר בכך כיון שאין הדם נבלע בבשר דאיידי דטרוד למפלט לא בלע והר"ן דחה משום דדם נשרף וכלה בתוך המלח לגמרי. ולפענ"ד גם הרמב"ן מודה דנשאר מעט בתוך המלח מ"מ נגד זה יש בו ס' ול"ש בזה נ"נ כיון דכח הדם נשרף ונכלה במלח הרי הוא מוציאו מכלל דם והרי דם שמלחו אינו רק מדרבנן מכ"ש בנבלע הדם במלח שנכלה ונשרף לגמרי ובכה"ג גם חז"ל לא אסרו וא"כ ל"ש נעשה נבילה דהא הותר הדם שבו ויהיה איך שיהי' עכ"פ לפי שיטת הר"י ל"ק קושייתו וגם הוא בעצמו הרגיש דבדם שייך איידי דמפלט ומה שדחה דבציר ל"ש זאת תמהני דהא אנן מדם עסקינן וא"כ מבואר דשרי. דרך כלל לדידן דלא קיי"ל דדם נשרף וכלה וגם קיי"ל אפשר לסוחטו אסור וגם נ"נ בשאר איסורין ע"כ אנו מוכרחין לומר דאיידי דפליט לא בלע כתירוצו של הר"י ועפר"ח סי' ס"ט ס"ק ל"ט ובכו"פ סי' ס"ט ס"ק ח' ע"ש ודו"ק ודברי שיעורי רז"ה צ"ע שלא זכר כלל מכל הדברים האלו וע' בסמ"ג מל"ת סי' קל"ז וברשב"א בתה"א בית שלישי שער שלישי ובמשמרת הבית שם:

1 אמנם אחר העיון קושית שיעורי רז"ה נכונה דניהו דאמרי' דאיידי דטרוד למפלט לא בלע היינו דוקא דם אבל לא שאר איסורים א"כ אף דהכא בדם מיירי מ"מ ניהו דהדם לא נבלע בבשר אבל עכ"פ המלח נבלע בבשר והרי המלח נ"נ ונאסר והרי אף אם היה אפשר לסוחטו ג"כ אסור א"כ גם כאן אסור וז"ב וגם החוש מכחישו שאנו רואין כל בשר שהודח ונמלח יש בבשר טעם מן המלח ע"ש וא"כ כיון דעכ"פ בלע טעם המלח מה בכך דהדם לא נבלע בבשר הא המלח נבלע. ובאמת שזה ג"כ כוונת הר"ן בסוגיא דטפת חלב שדחה סברת הר"י בעל התוס' דכיון דנ"נ א"כ סוף סוף המלח אוסר ולכך הוצרכו לטעמו של הרמב"ן דהדם כלה ונשרף בתוך המלח וצ"ל דתיכף בשעה שהמלח מתחיל להפליט מיד נשרף נמצא שלא נאסר מעולם המלח מן הדם. ובאמת שזה קשה מאד לומר שנשרף תיכף מה גם דאנן לא קיי"ל כן ולומר כיון דנשרף אח"כ שוב נעשה

הדם היתר והמלח הנבלע שב להיות היתר ול"ד לכל אפשר לסוחטו דאסור דשם עכ"פ עדיין איסור הוא רק שסוחטין הטעם אמרי' דמ"מ כבר קיבל טעם ונאסר אבל כאן ניתר אח"כ האיסור ואיך אפשר דהדם שאסרו שב להיות היתר והמלח שנאסר ממנו יאסר אח"כ הא אין הנאסר יכול לאסור במקום שהאיסור עצמו הותר אבל זה דחוק ג"כ דמי הגיד לנו כל זאת והיאך שייך שבבוא הדם להמלח נשרף ונתבטל כח הדם וגם הבאר שבע תמה מאד ע"ז מכמה מקומות דמשמע דגם הרמב"ן מודה דהמלח נ"נ ומ"ש הפר"ח ליישב בזה בס"ק ל"ט המעיין יראה שלא העלה ארוכה דלדברי הרמב"ן דהדם נשרף מה בכך שיבליע בהבשר הא אין כאן איסור דם דבשלמא לשיטת הרא"ש דהדם אין לו כח לצאת מן המלח א"כ אם המלח יבליעו בבשר יאסור משא"כ להרמב"ן וגם לפמ"ש הרא"ה דמליח כרותח לא שייך רק בבשר ולא במשקים ע"ש בבית שלישי שער שלישי א"כ היאך שייך שהדם נשרף במלח הא אין מלוח כרותח לענין הדם. סוף דבר השיעורי רז"ה הקשה שפיר דלכל השיטות והטעמים לדידן דהמלח נ"נ ואפשר לסוחטו אסור שפיר הקשה. אמנם מה שחידש דל"ש לומר דנ"נ רק אם האיסור והיתר מבליעין יחד אבל כשהאיסור אינו מבליע רק ההיתר ל"ש נ"נ וא"כ כיון שהדם בעצמו אינו נבלע רק שהמלח נבלע ל"ש דנ"נ. הנה מלבד דהסברא לא מסתבר כלל דלמה לא יהי' נ"נ הא מ"מ המלח בלע איסור דם ומה בכך שהדם לא יוכל לבלוע בבשר מ"מ המלח נעשה נבילה ואוסר אף גם דלמ"ד אפשר לסוחטו אסור הרי האיסור בודאי לא יוכל לאסור ואפ"ה המלח נ"נ ואף דשם כבר נאסר משא"כ כאן ז"א דגם כאן המלח נאסר מחמת הדם ולמה לא תוכל לאסור הבשר מידי דהוה אם היה נסחט לגמרי הדם מ"מ המלח נשאר באיסורו וז"ב מאד:

ז והנה הרב החריף מוה' צבי יהודה הכהן מראווא נ"י אמר ליישב קושית הרז"ה הנ"ל עפמ"ש הש"ך דדם אינו מפעפע ואינו יוצא מחתיכה לחתיכה בלי רוטב ודוקא בדם הנבלע אבל בדם מחמת עצמו שפיר נאסר ע"י מליחה וצלייה וה"ה כאן אותו דם הנבלע במלח אינו יוצא מחתיכה לחתיכה בלי רוטב זהו תורף דבריו וכוונתו למ"ש הש"ך בסי' ק"ה ס"ק ח"י. אבל דבריו תמוהין דמה בכך דהדם א"י לצאת אבל המלח שבלע מהדם ודאי מתפשט בכל הבשר וא"כ הרי המלח נאסר ויוצא להבשר ונאסר וע"כ הדבר צ"ע. ולפענד"נ בישוב הקושיא דל"ש נ"נ במלח דדוקא בדבר שקיבל טעם איסור שייך לומר דנ"נ אבל המלח אין דרכו לקבל טעם מהדם רק שמושכו מהבשר ומפליטו אבל אינו מקבל טעם מהדם אף שנבלע בהמלח אבל אינו נותן טעם בו ואין כח בדם לתת טעם בהמלח והמלח אינו מקבל הטעם וא"כ הוה כמו שהדם מפקד פקיד בו אבל כל שלא

נתן טעמו בו לא אמרי' נ"נ ול"צ רק ס' נגד הדם ובשלמא כשנתבשל בלי הדחה אחרונה הרי הדם מתפשט בהמלח ונתן טעם בו ככל דבר המבושל משא"כ ע"י מליחה אינו נותן הדם טעם בהמלח רק שנבלע בו ול"ש בזה נ"נ כנלפענ"ד וגם לפמ"ש הרא"ה בבדק הבית שם דהדם פגום וא"י ליתן טעם ודאי א"ש אבל המשמרת משיגו בזה אבל מ"ש נלפענ"ד נכון:

ח והנה מדי דברי זכור אזכור מה שנתחדש לי בר"ח אייר תרי"ב בלמדי עם תלמידיי נ"י הלכות מליחה סי' ס"ט ס"ב וז"ל בהג"ה ואם נמלח חתיכה בלא הדחה עם שאר חתיכות שאר חתיכות מותרות והיא אסורה וכתב הט"ז משום דדם משריק שריק ואינו מפעפע מחתיכה לחתיכה במליחה וצלייה וג"כ אמרי' כבכ"פ מחמת שהוא דם דרבנן שכבר נמלח ובראשית ההשקפה תמהתי דל"ל לסיים כיון שהוא דם דרבנן שכבר נמלח ואטו בלא"ה לא אמרי' כבכ"פ וא"ל דהוה דם בעין דהא חיישי' שמבליע דם בעין כל שלא הודח וכמ"ש הסמ"ק ובדם בעין לא אמרי' משרק שריק ולא כבכ"פ ולא איידי דטרוד כמ"ש הש"ך שם ס"ק א' וע' שו"ת בנימן זאב סי' ש"ל דז"א דהא לגבי אחרות מקרי דם פליטה וכבכ"פ וכמ"ש הש"ך ס"ק ט"ז איברא דגוף סברת הש"ך דלמה גבי עצמו הוה דם בעין ולגבי אחרות מקרי דם פליטה ג"כ צ"ב ועיינתי באו"ה כלל ז' דין ה' שמשם מקורו של הרמ"א ומצאתי שהט"ז והש"ך קצרו דשם כתב כן וגם אין לאסרו מחמת שנוגעין לאותה חתיכה שלא נמלחה דמאחר שנמלחה הו"ל לגבי חתיכות אחרות רק דם דרבנן והנה הש"ך קצר מאד בהעתקה וגם דברי הט"ז אינם מובנים כי גוף דברי האו"ה במה שתלוי רק בשביל שהוא דרבנן ג"כ אין לו הבנה אך משמיא אנהירין לעיינין דאו"ה לשיטתיה דהוא ס"ל בכלל ה' דלא אמרי' כבכ"פ רק בדם פליטה שהוא מדרבנן אבל דם בעין שנופל אפי' בשעת מליחה וצליה אסור כאלו נפל חלב או שאר איסורים ע"ש שכתב כן בשם א"ז ולפ"ז נתגלה לנו טעמו של האו"ה דהוא אינו מחלק בין דם פליטה לדם בעין כמו שנראה מהש"ך ס"ק א' וכל הפוסקים רק משום דדם פליטה הוא דם שמלחו ואינו רק מדרבנן משא"כ דם בעין דהוא מה"ת כיון שלא נמלח ולפ"ז צדקו דברי הט"ז בכוונת האו"ה דבדם שנמלח אינו רק דרבנן ואמרי' כבכ"פ. אך מה דמחלק חתיכ' בין עצמ' לחתיכות אחרות נלפענ"ד הדבר ברור דהנה בנמלח בלי הדחה המלח מבליע הדם בעין שע"פ הבשר לתוך הבשר והנה הדם בעין שנבלע זה לא נמלח דהא לא מלח הדם בעין רק גוף החתיכה וכל שנבלע הדם בעין לא אמרי' כבכ"פ שהרי זה הדם שע"פ הבשר לא נמלח וטבע המלח שנכנס לתוך הבשר וע"י שנתחמם הבשר מושך הדם בעין להבשר אבל לא מקרי דם מליחה ולכך לא אמרי' כבכ"פ ולפ"ז החתיכות שנוגעין בהחתיכה

ולא בהדם שע"פ וגם אין כלל דם בעין שתיכף שמתחיל למלוח מושך הדם בעין להבשר וא"כ אח"כ כשיצא להחתיכות אחרות הרי יוצא ע"י כח המלח שטבע המלח להבליע ולהפליט הדם לחוץ וא"כ מה שיוצא זה ודאי מקרי דם פליטה ובדם שנמלח דרבנן אמרי' כבכ"פ וז"ב כשמש וע' באו"ה כלל י"ב דין י"א דגם בשאר איסורים מחלק בין איסור תורה דלא אמרי' כבכ"פ משא"כ באיסור דרבנן ובזה כבר כ' הש"ך סי' צ"א ס"ק י"ג דאנן לא קיי"ל כן רק דבשאר דבר לא שייך כבכ"פ רק בדם ע"ש וע' כו"פ שם ובגליון הש"ך תמהתי דהש"ך לא הרגיש דהאו"ה לשיטתו דגם בדם מחלק בין איסור תורה לדרבנן. ולפ"ז לפי מה דקיי"ל ברמ"א סי' ע' ס"ו דבדם בעין לא אמרי' איידי ולא מחלקין בין איסור תורה לדרבנן דא"כ היה לו לומר דדם בעין כיון שלא נמלח וא"כ לכאורה אין מקום לדינו של רמ"א ס"ב הנ"ל. שבתי וראיתי דהש"ך כוון כוונה עמוקה במה שהשמיט חלוקו של או"ה בין דם שלא נמלח דהא באמת אנן לא קיי"ל כן רק דהוא מחלק דלגבי אחרות שפיר הוה דם פליטה דהא ע"כ או"ה מוכרח להודות דבעת שמתחיל למלוח המלח מבליע הדם בעין להחתיכה כל שלא הודח וא"כ בשלמא לגבי עצמו הו"ל דם בעין אבל לגבי אחרות ע"כ דאתה חושש דהמלח יוציא ומושך הדם שנבלע בתוכו לחוץ וא"כ שוב לא מקרי דם בעין רק דם פליטה ובדם פליטה שייך כבכ"פ וא"כ יפה כ' הש"ך לדידן והט"ז העתיק דברי או"ה אבל באמת אנן לא קיי"ל כאו"ה ודו"ק היטב כי הוא ענין נבחר והוא מקצוע גדול בדיני מליחה:

ט ודרך אגב ארשום כאן מ"ש הש"ך בסי' ע"א ס"ק ח' דשאר הראש מותר לפי שעצם הגלגלת מפסיק בין דם שבתוכו לבשר ואפי' אם קצת הדם נפלט ונכנס לתוך הבשר כבכ"פ וכתב הש"ך דטעם הראשון עיקר ולרווחא דמלתא כתבו התירוץ השני ונ"מ דאם הבשר שנמלח עמו פלט כל דמו וצירו אפ"ה מותר וע"ז תמה ש"ב הגאון בח"ד ותורף דבריו דהרשב"א והרא"ש לא כ"כ רק כיון שיש שורייקי דמא בקרום המוח והוה כדם הכנוס דל"ש ביה כבכ"פ ע"ז הוצרכו לחדש דהגלגלת מפסיק אבל לענין שאר הדם שבמוח ודאי מהמצה דרך הגלגלת כמ"ש הרשב"א עצמו לחלק בין שורייקי דדמא שבקרום ושאר דם שבעצמות והובא בש"ך ס"ק יו"ד ולזה צריך לומר הטעם משום כבכ"פ וא"כ שוב כל שכבר פלט כל דמו וצירו אסור ע"ש. ולפענד"נ ליישב דהנה מ"ש דעיקר הקושיא על שורייקי דדמא דהוה כדם בעין כיון שהוא כנוס וכמ"ש הש"ך סי' כ"ב ס"ק ו' וס"ק ח'. הנה גם בדם הלב אמרו כן וע' בט"ז סי' ע"ב ובש"ך שם. אמנם המעיין ברשב"א יראה בדיני מליחה בית ג' שער ג' דף מ"ט דפוס וויען ימצא שלא כ' כלל משום דהוה דם בעין. ותדע שהרי כתב דאפי' יוצא קצת אין בכך כלום דכבכ"פ והרי בדם בעין ל"ש

כבכ"פ וניהו דהש"ך כתב דלרווחא דמלתא כ"כ אבל מ"מ ע"כ דס"ל גם בזה כבכ"פ דאל"כ אין הדין אמת ואולי באמת מיירי הרשב"א לענין שאר דם שבמוח ושבקרום וס"ל דהגלגלת מפסיק לכל הדם שבמוח וקרום ומ"ש ששורייקי דדמא הוה ככנוס משא"כ בדם האברים במעט מליחה נפלט ונתמצה. הנה גם לדברי הת"ה אינו מובן הסברא דמה ענין כנוס שמקרי דם בעין לענין זה שיהי' אסור ולא יועיל מליחה שבעצם לזה ולפענ"ד כוונה עמוקה כוון בזה דהנה כבר נודע הבדל שבין משקין מפקד פקידי למבלע בליעי בפסחים ל"ג וכן לענין דם בתולים דמבעיא בכתובות דף ה' אי מפקד פקיד או מבלע בליעי דהוא שכל שמופקד בתוכו אינו חיבור להבתולים או להאוכל רק שהוא כנוס בתוכו כדרך שמפקידין איזה דבר בתוך התיבה ומבלע בליעי הוא חיבור וז"ש הרשב"א דשאר דם שבאברים הוא מבלע בליעי בתוך האבר וכאלו הוא אחת ומה"ט הוא קרוש ולכך המליחה מוציא הדם שבתוך העצם של האבר אבל בדם המוח שיש בו שורייקי דדמא א"כ אינו מחובר להאבר הראש רק שהוא כמפקד פקיד בתוכו וזה אינו יוצא ע"י מליחת העצם ולכך אינו מועיל וצריך להטעם שהגלגלת מפסיק וא"י וז"ב כשמש לפענ"ד:

י והנה הב"ח בסי' ע"א הביא ראיה להרשב"א מהא דאמרו בפסחים פ"ד וליטעמיך משחשיכה נמי ניתי גומרתא ונפקה למוח וע"כ דמוח שבעצמות יוצא ע"י צלייה אף שסתום מכל צד ה"ה במליחה ובארוך להש"ך תמה עליו דאין זו טענה די"ל דבפסח הקלו כמ"ש התוס' ר"פ כיצד צולין. ולפענ"ד ל"ק דכיון דאין בו משום שבירת עצם מבע"י רק מדרבנן פשיטא דיותר טוב להתיר שבירת עצם מבע"י ולא נצטרך להקל באיסור דם דהוא מדרבנן בבירור וזה אינו רק גזירה דרבנן ושאני בכבדא עלוי' פסח דא"א בע"א וז"ב ופשוט:

יא וראיתי לדו"ז הגאון בישועת יעקב שכתב דכוונת הב"ח דהוה צלי קדר כיון שהעצם מכסה אין האש מגיע לתוכו ובמחכת"ה לא ידעתי הא בצ"ק הפסול הוא משום דנצלה ע"י ד"א ושייך זה בדבר שא"צ לצלותו אבל כיון דצריך לצלות גם העצמות וא"כ בלא"ה העצם נוגע לשאר בשר הפסח והתורה התירה וה"ה במוח שבתוכו וז"ב ופשוט ומ"ש נכון ולכאורה רציתי לדחות דברי הב"ח דאדרבא כל שנפסל משום הדם שוב יוכל לשברו אח"כ וימלח המוח דהא אף בהיה לו שעת הכושר ונפסל אין בו משום שבירת עצם א"כ יוכל לשברו אח"כ ומה נ"מ בין אם כל הפסח נפסל או מקום א' לבד וע"ז תירץ אביי משום פקע וכמ"ש רש"י ורבא תירץ דמפסיד בידים. ובזה יש ליישב דברי התוס' דף פ"ה שכתבו בד"ה כשהוא דלרבא א"ש ותמה המהרש"א דגם לאביי א"ש. ולפמ"ש

י"ל דהכי כוונתם דבאמת לא יוכל לקיים ע"י גומרתא דתאסר משום הדם כקושית הב"ח ועכצ"ל דאח"כ יהי' מותר לשבור. ולכאורה יש להבין דהא צלי לא אסור רק כדי קליפה וא"כ נוכל לקלוף או לטול קצת ושוב אסור לשבור אמנם זה אסור משום הפסד קדשים שמפסיד בידים וא"כ א"ש לרבא דוקא:

יב ובזה יש ליישב גם קושיא הראשונה של התוס' דבאמת בפסקי תוס' בזבחים כתבו דכל דא"א בע"א ל"צ בעידנא אך אם נימא דאפשר ע"י גומרתא שוב אפשר בע"א ולפ"ז כל שתירצו דא"א משום הפסד קדשים א"ש גם קושיא הראשונה מיהו י"ל דכיון דא"א לקלוף המוח משום דהוא צלול הוה כא"א לקלפו ואף לשיטת האוסרים כל שא"א לקלפו הא כל שאינו רק איסור דרבנן שרי לכ"ע כמ"ש בתשובה בשם התוס' חדשים וגוף דברי הרשב"א לפמ"ש לפרש דמוח שבראש מפקד פקיד לפענ"ד יש לו מקום בהך דממנין על הראש מפני שיכול לגררו והיינו משום דמפקד פקיד ואינו מחובר ולכך יכול לגררו משא"כ בקולית שמחובר וא"י לגררו וע' כו"פ סי' ע"א ודו"ק היטב כי כל מ"ש יש לו פנים בהלכה ת"ל:

יג והנה בשנת תרי"ז ד' מקץ למדתי בחולין דף ל"ז והנה תמהני בהא דאמרו שם דטריפה מחסרא ופירש"י ניקב קרום של מוח והרי לא בעי חסרון כלל בניקב קרום של מוח ובמוח עצמו בעי חסרון וגם בהרבה טריפות מצינו שניקב בלי חסרון ג"כ טריפה וע' בסוכה דף ל"ו דמדמי אתרוג לטריפות ושם בודאי אסור בחסרון וע"כ בנקב שאין בו חסרון וע' באו"ח סי' תרמ"ז וא"כ מה פשיטא ליה להש"ס דטריפה היא בחסרון ומנ"ל טריפה שאין בו חסרון וע' תוס' בחולין שם ד"ה השתא שכתבו דאף דיתר ג"כ טריפה כיון דיתר כנטול דמי הא נמי מחסר וצ"ע דהרי יתר טריפה אף אם כחול ימים ירבה כמ"ש הרשב"א בתשובה והובא בש"ך יו"ד סי' נ"ז ס"ק מ"ח וצע"ג. ולולא דברי רש"י ותוס' הייתי אומר דאין הכוונה לחסרון ממש רק דעכ"פ נשתנה מכמות שהיה מקודם וניקב הרי נשתנה אלא דאכתי יקשה דא"כ ניקב בתולדה דלא נשתנה הרי לא שייך טריפה ועט"ז סי' מ"ג דאין שייך שם נקב אם נברא כך אלא חסרון ועמ"ש שם בגליון מדברי התוס' נדה דף כ"ד ד"ה עד ומב"ב דף ע"ה בך נסתכלתי ובראתי נקבים נקבים ע"ש וע"כ צ"ע:

סימן סא

א בענין מטעמת לגבי שבועה.

ב נסתפקתי במי שנשבע שלא יאכל אם גם טעימה בכלל השבועה והנה בהא דאמרו בברכות דף י"ד בעי מיניה אשיאן וכו' מר' אמי השרוי בתענית מהו שיטעום אכילה ושתיה קביל עליו והא ליכא או דלמא הנאה קביל עליה והא איכא א"ל טועם ואין בכך כלום ולפ"ז כיון דגם בתעניות אף דלא ביאר בהדיא אכילה ושתיה אפ"ה טועם ואין בכך כלום מכ"ש באומר בהדיא שלא אוכל דשרי לטעום. אך עדיין יש לעיין כיון דקיי"ל דהנשבע שלא לאכול אף ח"ש אסור וכמבואר סי' רל"ח ס"א וכיון שכן שוב מהראוי לאסור אף בטעימה דעכ"פ כ"ש איכא ובשלמא בתעניות העיקר התענית הוא מאכילה וכל שלא אכל רק טעם ל"מ אוכל וכדאמרו אכילה ושתיה קביל עליה והא ליכא אבל כאן עכ"פ ח"ש אסור. איברא דלפ"ז מהראוי שגם בתעניות יאסר טעימה משום ח"ש עכ"פ. אך נראה דל"ד דהרי באמת גם בנשבע שלא לאכול מהראוי להבין למה יאסר בכ"ש כיון דהוא לא רצה לאסור עצמו רק בכזית ול"ש כאן חזי לאצטרופי וכבר צווח בזה המלמ"ל והביא בשם הר"ן שפלפל בזה ומסיק דכיון דהוה איסור כל איסור אסרה התורה כ"ש משום חזי לאצטרופי וא"כ זה דוקא בנשבע שלא לאכול דאכילה עכ"פ אסור מדאוריית' אבל בתענית שהוא לא הזכיר כלל ענין אכילה ורק השלילה שיתענה ולא יאכל וא"כ כיון דאכילה ושתיה קביל עליה זה אינו בכלל אכילה ול"ש כאן ח"ש דזה אינו מענין שאסר עצמו דזה אינו בכלל אכילה שקיבל עליו ובשלמא כשנשבע שלא לאכול נמצא נעשה הכזית שם איסור עליו וממילא ח"ש אסור משום חזי לאצטרופי אבל כאן לא הזכיר כלל רק שקיבל עליו להתענות רק שממילא התענית הוא מאכילה ושתיה וא"כ רק אכילה קביל עליה וז"ב. מיהו י"ל דלפמ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל סי' פ"ו דח"ש דאסור הוא משום דאחשביה מדאכליה ע"כ דאחשביה א"כ כשטועם ופולט וא"כ לא אחשביה כלל דהרי לא רצה לאכול כעת רק שטועם לדעת אם חסר תבלין ומלח וכמ"ש רש"י שם וא"כ עכ"פ ל"ש דאחשביה ולפ"ז בטועם ובולע אפשר דאסור:

ג ובזה יש ליישב קושית המ"א סי' ר"י ס"ק ו' שכתב דהטועם פירש"י לדעת אם צריך מלח או תבלין ומשמע דאכל קצת לידע אם הוא טוב מקרי אכילה וצריך לברך וברוקח סי' ר"ט כתב דאמרו באגדת שמואל ויפדו העם את יהונתן מפני שאמרו מטעמת א"צ ברכה משמע אפי' כוונתו לאכילה דומיא דיהונתן ע"ש. ולפמ"ש יש ליישב דבאמת כל הטעם דמטעמת א"צ ברכה ולא אסור משום ח"ש עכ"פ הוא מטעם שכתבתי דל"ש אחשביה לפי שטועם ופולט ולא אחשביה כלל ולפ"ז שפיר דייק המ"א דאם אוכל מעט לידע אם הוא טוב שם ל"ש לומר דלא אחשביה דא"כ למה אכל ממנו דהרי אם יהי' טוב רוצה להנות ממנו דבשלמא אם הוא טועם לדעת אם חסר מלח אינו רוצה כלל בטעימה

זו לשם אכילה רק לשם טעימה אבל אם אוכל קצת לידע אם הוא טוב א"כ כשיהי' טוב רצה באכילה זו שוב אחשביה לאכילה זו וז"ב ולפ"ז ל"ק ממ"ש הרוקח דכבר נודע מ"ש הרמ"ה הובא בחידושי ריטב"א על מכות דף י"ז בהא דאמר ר"ש כ"ש למכות ולא אמרו כזית אלא לענין קרבן דלמלקות כיון שהוא במזיד אחשביה לחומר איסור להתחייב בכ"ש אבל קרבן שהוא על אכילת שוגג בעי כזית לחשיבות וביאור הדבר דמזיד אמרי' מדאכליה אחשביה לאיסור להתחייב בכ"ש דאל"כ למה אכלו משא"כ בשוגג י"ל דלא אחשביה ולכך בעי כזית והארכתי בזה אף שהוא פשוט מפני ששמעתי מפי הרב הגאון מוה' שמחה נתן נ"י ראב"ד פה שאמר שאין כוונת הריטב"א שהאוכל אחשביה לאיסור רק שר"ש אחשביה שיתחייב בכ"ש משא"כ בשוגג וזה דבר זר שאטו בחשיבתו תלוי הא זה הל"מ רק שנחלקו במה הי' הל"מ דרבנן ס"ל דהל"מ היה לענין מלקות ור"ש ס"ל דהל"מ היה לענין קרבן ואיך שייך שלרבנן לא אחשביה לשיעור אף שאכלו במזיד ור"ש אחשביה לחומר איסור וגם אם הל"מ לא היה רק בכשיעור איך שייך שמפני שאכלו במזיד יתחייב בפחות מהשיעור ובמה נתעלה הכ"ש בזה וע"כ דר"ש אמר כיון דאכלו במזיד אחשביה לאיסור מדאכלו וכעין שכתב הח"ץ ז"ל לענין ח"ש לרבנן דהטעם הוא משום אחשביה ומה שהביא הרב מהרש"נ הנ"ל ראיה דא"כ איך ס"ל לר"ל דח"ש מותר מה"ת הא לא יפלוג על רבנן ור"ש דס"ל דאחשביה לאיסור. לא ידעתי מה קאמר דבאמת ר"ל ור"י נחלקו אליבא דרבנן ור"ל ס"ל דלרבנן לא אמרי' מגו דאכיל ליה אחשביה ולכך באמת פטור לרבנן ואינו אסור כלל ואדרבא דלפ"ז יהי' סברת ר"ל עדיפא ור"י ס"ל דלענין מלקות הוא דא"א לחייבו משום זה אבל אסור עכ"פ משום דאחשביה וז"פ. וגם מה משנו רבנן שאני בריית נשמה דחשיבה והא כיון דלא האוכל אחשביה רק שר"ש מחשיבו להיות מקרי איסור ורבנן לא מחשיבו למה יתחשב בריית נשמה טפי האיסור הוא איסור בעצמותו אף שאינו בריית נשמה וע"כ דהסברא היא שהוא אחשביה באכילתו ורבנן ס"ל דאין ראיה ממה שאכלו דאחשביה זולת בבריית נשמה י"ל דאחשביה מפני שהוא בריה וחשוב הוא כמו דחשוב לענין ביטול וז"ב. עכ"פ כיון דבשוגג ל"ש אחשביה א"כ שפיר פדו את יהונתן דשם היה יהונתן שוגג שלא ידע בהשבועה כמבואר במקרא שם וכיון שהיה שוגג שוב ל"ש אחשביה. וז"ש מפני שאמרו מטעמת א"צ ברכה והיינו כמו דבמטעמת שבולע ופולט מותר משום דלא אחשביה וכמו כן התם אף שאכל קצת ואורו עיניו ולא פלט מ"מ הא היה שוגג ובכה"ג מטעמת אף שבולע א"צ ברכה ודו"ק היטב:

ד וראיתי באו"ח סי' תקס"ז ס"א בהא דמבואר שם דהשרוי בתענית יכול לטעום כדי רביעית ובלבד שיפלוט וכתב הט"ז דאכילה ושתיה קביל עליה אבל לא הנאה ולפ"ז

מי שמודר מאיזה מאכל אסור אפי' לטועמו עכ"ל. ולא זכיתי להבין דהא גם בתענית מקרי נודר ואמרי' דאכילה ושתיה קביל עליה ולא הנאה וה"ה המודר ולפמ"ש למעלה לחלק היה מקום לדברי הט"ז. אבל לא ניתן להאמר כ"כ בפשיטות וע"כ דברי הט"ז צ"ע. וגם מ"ש המ"א שם דאפשר דאף אם כוונתו להנאת עצמו שרי כמ"ש ביו"ד ר"ס רל"ח דכל שלא אכל כשיעור מקרי טעימה ולא אכילה וכ"מ ברוקח עמ"ש סי' ר"י. הנה דבריו תמוהין לפענ"ד דמ"ש ראיה מר"ס רל"ח לא ידעתי מהיכן משמע ליה דל"מ אכילה וממ"ש שם דאינו חייב אם נשבע שלא לאכול אם אכל פחות מכשיעור לא משום דהוה טעימה רק משום דלא נשבע כ"א על שיעור אכילה ואדרבא אם היה מקרי טעימה אינו מהראוי לאסור דאכילה קביל עליו והא לא אכל וכדאמרו לגבי תענית וע"כ דבריו צע"ג:

ה והנה לכאורה תמיה לי דהמעיין בש"ס ובראשונים שם יראה דלגבי ברכה פשיטא להו דא"צ לברך בטעימה אף טפי מרביעית וכמ"ש הרא"ש וכ"ה בטוש"ע סי' ר"י ובתעניות אסור ברביעית אף בטועם ופולט ולדידי איפכא מסתברא דבתענית אכילה ושתיה קביל עליה ולכך מטעמת ל"מ אוכל אבל בברכה ראשונה דחייב בכ"ש ומטעם שאמרו חכמים שאסור לאדם שיהנה מהעוה"ז בלא ברכה וא"כ אף טעימה עכ"פ נהנה דהנאה איכא והיא תימה גדולה להמעיין בשורש הדברים. ועיינתי בב"י ומצאתי שהביא בסי' ר"י בשם אהל מועד שכתב שבשיעור רביעית צריך לברך אף שאינו בולע כלום הואיל והחיך טועם והב"י השיג עליו דברכה לא בטעימת חיך תלוי אלא באכילה כדכתיב ואכלת ושבעת ואכילה היינו הנאת המעיים כדכתב הרא"ש ז"ל. ולפענ"ד דברי האו"ח נכונים דברכה ראשונה תקנו משום שלא יהנה מהעוה"ז בלא ברכה ולכך אף בכ"ש חייב וכמ"ש הטור שם וא"כ כל שהחיך נהנה ברביעית א"כ צריך לברך ומ"ש הב"י דברכה לא תליא אלא באכילה כדכתיב ואכלת ושבעת וברכת תמהני דשם בבהמ"ז התורה לא חייבה רק בשיעור אבל ברכה ראשונה דחכמים תקנו שלא יהנה מהעוה"ז בלא ברכה אף בכ"ש א"כ גם בטעימה איכא הנאה וז"ב כשמש. ואחר שכתבתי זאת ראיתי בצל"ח בברכות שם שהעתיק דברי השכנה"ג סי' תקס"ז שכתב בשם אחיו דמה שהפשטן אמר טועם ואין בכך כלום יש להסתפק מה כוונתו אם שגם הנאה אין בו ואף שהנאה קיבל זה לא מקרי הנאה או שאכילה ושתיה קיבל ולא טעימה וכתב שנראה דהכוונה הוא דגם הנאה לא קיבל דאל"כ למה בברכת הנהנין אינו מברך ע"ש שלא העתיק כלה וחסר יבואנו ושיורי כנה"ג אין אתי. וכפי הנראה הרגיש בכנה"ג שם בקושייתי ושמחתי וע"כ דברי הא"מ נכונים ולפענ"ד ליישב כל הקדמונים שגבי ברכה הקילו טפי הוא לפי שפירשו דטועם ואין בכך כלום הוא כפי' הר"ח דטועם ופולט והיינו שאינו טועם רק לדעת אם

חסר מלח או תבלין וא"כ בכה"ג לא נהנה מהעוה"ז כלל דלא עשה עבור הנאה כלל ולכך א"צ ברכה אף ביותר ואף בטועם ובולע כל שעושה לידע אם חסר מלח ואינו רוצה להנות לא הוה בכלל התקנה וז"ב. ולפ"ז במתכוין להנות אחר הבישול אם הוא טוב ודאי חייב בברכה.

ו ובזה מיושב קושית המג"א מהרוקח דשם ביהונתן לענין איסור השבוע' שפיר מותר אף באכילה משום דשם אכילה קביל עליה בשבועתו ולא מטעמת וז"ש משום דמטעמת א"צ ברכה היינו בטועם ופולט ולא הביא רק לדמיון דכמו דשם א"צ ברכה משום דלא עשה בשביל הנאה ואכילה לא מקרי ה"ה בזה ודו"ק:

ז ובזה עמדתי על כוונת רבינו בהלכות ברכות פ"א ה"ב כתב דמטעמת א"צ ברכה עד רביעית הרי שברביעית צריך ברכה ובהלכות תענית כתב דבכדי רביעית מותר משמע דרביעית בכלל ההיתר וכבר התעורר בזה הצל"ח ע"ש. ולפמ"ש א"ש דרבינו קשיא ליה דבברכה ראשונה דבהנאה תליא והרי ברביעית יש בו הנאה וכיון שרבינו ס"ל דאף בולע מותר לענין ברכה כמ"ש בכ"מ שם ולכך לא התיר רק עד רביעית אבל רביעית מקרי הנאה וצריך לברך ברכה ראשונה עכ"פ דבטועם ובולע לא ס"ל הסברא שכתבתי אבל בתענית דשם לא התיר רק טועם ופולט ולכך גם רביעית בכלל ההיתר דאכילה ושתיה קבל עליה ולא איכא עד יותר מרביעית ודו"ק. נחזור לענינינו דעכ"פ לענין נשבע אם מותר לטעום אינו מבורר עדיין דאפשר דאסור משום ח"ש דעכ"פ כ"ש איכא ורק בתענית אכילה ושתיה קביל עליה וכמ"ש בשם המלמ"ל דהיכא שמקבל על עצמו אין לאסור כ"ש דלא קיבל רק אכילה ורק דהיכא דיש איסור על האוכל בכזית:

ח ובזה מדוקדק מה דאמרו אכילה ושתיה קביל עליה ומשמע דמשום קבלה דידיה אתינן עלה והן הן דברי המלמ"ל הנ"ל בפ"ד משבועות:

ט ובזה מיושב מ"ש התוס' דמיירי בתענית יחיד אבל בתעניות הכתובים לא וכתב הב"י סי' תקס"ז דהיינו בתעניתים שהם מד"ק והיינו דשם לא קיבל עליה רק דחז"ל תקנום וא"כ הו"ל שם איסור בפ"ע ושוב אף ח"ש אסור וכמו בנשבע וממילא גם טעימה בכלל. ובזה מיושב היטב מ"ש התוס' בד"ה טועם ואין בכך כלום פי' ר"ש שחוזר ופולט דל"ח הנאה אבל בולע לא אפי' בשאר תעניות ותמה הפ"י דלמה כתבו כאן ל' אפי' בשאר תעניות ואדרבא בשאר תעניות יש להחמיר טפי ע"ש שנדחק. ולפענ"ד הדבר נכון דבשלמא לענין גוף הטעמה י"ל דשאר תעניות דלא תלוי בקבלתו עכ"פ ח"ש מקרי אבל לפי מה דהשיב דאין בכך כלום והיינו דאינו בגדר הנאה כלל דאף דהנאה קיבל עליה מ"מ אין כאן איסור משום דטעימה ל"ח הנאה כלל והרי א"ל לברך כלל וכמ"ש למעלה

בשם הכנה"ג א"כ לענין טעימה ובולע טפי יש להקל בתעניתים הכתובים דכיון דהוא לא קיבל כלל על עצמו א"כ אין איסור הנאה ורק שחז"ל צוו להתענות א"כ דוקא אכילה אסרו אבל טעימה ל"מ אכילה אף שנהנה אבל לענין תענית יחיד שהוא קיבל על עצמו הנאה ורק דכ"ז שפולט לא מקרי הנאה כלל אבל כל שבולע יש לאסור לזה כתבו דאף בשאר תעניתים אסרו בבליעה וז"ב ודו"ק.

י וראיתי בשו"ת הריב"ש סי' רפ"ח שכתב דטעימה אינו אסור רק מדרבנן דלמא יבא לאכול דאי ד"ת כמו ח"ש לבעי מטעמת ברכה הרי שכ' דטעימה אף ח"ש אין בו ולפ"ז נפשט הבעיא הנ"ל דלפ"ז מותר כשנשבע וע' בט"ז ביו"ד סי' צ"ח ס"ק ב' דמשמע ג"כ דטעימה אינו רק דרבנן ולכך בספק מותר לטעום דהו"ל ספיקא דרבנן וע' בפרמ"ג שם במ"ז מ"ש בדברי ריב"ש אלו ויש ליישב קושייתו ואין להאריך כאן ועכ"פ דברי הט"ז שכתב דמודר אסור לטעום צע"ג כיון דטעימה אינו רק דרבנן ולא הוה בכלל ח"ש א"כ אכילה ושתיה קביל עליה ולא טעימה. איברא דלפ"ז צריך להבין בהא דאמרו במדרש ויפדו העם את יהונתן שהתירו לו השבועה כמ"ש רש"י שם והא כיון שלא היה רק טעימה ובכלל שבועת שאול לא היו רק על אכילה ולא על טעימה ואולי מ"ד מטעמת א"צ ברכה חולק באמת וס"ל דלא התירו לו כלל או שהתירו לו השבוע' היינו אותה שבועה שנשבע שאול אח"כ שיהונתן ימות ואמרו לו דלא עבר על שבועתו והתירו לו שבועתו האחרונה ודו"ק וע' בשבועות דף כ"ב דאמר רבא מחלוקת בשלא אוכל אבל בשלא אטעום דברי הכל בכ"ש פשיטא מ"ד לטעום נמי כדאמרי אינשי קמ"ל ופירש"י דטעימה נמי ל' אכילה היא כדאמרי אינשי נטעום מידי וכן אמרו שם ע"ב ואבע"א סברא היא דאמר אינש לחבריה נעייל ונטעום מידי ואזלי ואכלי ושתו הרי דטעימה ל' אכילה היינו דטעימה ל' אכילה היא ג"כ אבל לא שהאומר לא אוכל כוון לטעימה וגם הא באמת לא אזלינן בתר לישנא דב"א דהרי לא אטעום חייב בכ"ש וכבר כתב הר"ן בפ"ק דחולין דף י' גבי נגע דאף דישנו בכלל לשונו אבל לא אמרי' שכוון דוקא לזאת מה שהוא רק בכלל הלשון ע"ש ותבין:

יא והנה לכאורה ק"ל הא דהשביע שאול האיש אשר יאכל לחם היום ואח"כ אכל יהונתן דבש ואפ"ה בכלל השבועה היה והוא תימה דדבש פשיטא דאינו בכלל לחם ורש"י הרגיש בזה וכתב לחם כל מאכל משמע והיא תימה דאף דבאמת כל מאכל בכלל אבל בשבועה וארור דאזלינן בתר הל' ועיקר הוא ל' בני אדם וא"כ איך נכלל בלשון לחם דבש וע' ביו"ד סי' רמ"ז ותמצא דפשיטא דאינו בכלל ובפרט לפמ"ש רש"י דהי' סוק"ר הגדלים בקנה ופשיטא דאינו בכלל לחם וכמבואר וע' באו"ח סי' ר"ב שנחלקו הרמב"ם

והטור אם לברך שהכל על הסוק"ר או ב"פ העץ אבל עכ"פ אינו בכלל לחם וע' ברמב"ם שם שמדמה לדבש תמרים ויש לי ראיה מכאן דקרוי דבש בלשון המקרא ואפשר כיון דהטעם של שאול היה כדי שינקם מאויביו א"כ כל מידי בכלל הארור דאזלינן בתר הכוונה ולא בתר הלשון:

יב ובזה נלפענ"ד מ"ש העם היהונתן ימות אשר עשה הישועה הגדולה הזאת בישראל ויפדו העם את יהונתן ולא נודע מאיזה טעם יכלו להתיר לו השבועה ולפמ"ש א"ש כיון דבלשון השבועה אין דבש וכ"ש סוקר"א בכלל לחם רק מצד הכוונה וא"כ כל שהכוונה היה בשביל הנקמה באויביו והרי יהונתן עשה תשועה גדולה בישראל א"כ לא עבר על השבועה וע' בי"ד סי' ריח מ"ש הרשב"ץ לענין מי שנשבע שלא יעלה עליו צמר ודו"ק.

יג שוב ראיתי ברד"ק בשמואל א' י"ד ע"פ ויפדו העם את יהונתן שהביא בשם המדרש שאמר ר"י אמר וכי לחם אכל והלא דבש אכל וכו' הרי ויפדו העם את יהונתן והוא תימה דבקרא לא כתיב זאת ולפמ"ש א"ש דכיון דאין בכלל השבועה וגם אינו לפי הכוונה שהרי הוא עשה ישועה גדולה בישראל א"כ שוב פדו את יהונתן כדת ודו"ק היטב כי היא ת"ל כפתור ופרח. אחר זמן רב מצאתי בשו"ת צמח צדק דבדבר דאינו אסור רק מדרבנן לא אסור טעימה דטעימה לא אסור רק בדבר האיסור מה"ת באכילה:

יד והנה יש להסתפק אי דוקא בדבר שאין עיקר איסורו רק מדרבנן הוא דלא אסרו טעימה אבל בדבר שעיקר איסורו מה"ת רק שבהתגלגל נעשה דרבנן כמו באם יש רוב כנגדו דמה"ת מותר רק שספק שיש ס' בזה במב"מ א"צ ס' רק מדרבנן אם בכה"ג אסור טעימה כיון דעכ"פ גוף האיסור מה"ת וכן מסתבר לפענ"ד. ובזה מיושב מה דק"ל טובא לשיטת הצ"ץ בהא דאמרו בחולין ל"ו בשלמא תרומה טעים לה כהן אלא בב"ח מאן טעים לה וקשה הא גם בתרומה כיון דהא דבעי ק"א הוא במב"מ וא"כ יכול לטעום ישראל אם נתבטל מכל וכל ולפמ"ש א"ש. הן אמת דע"כ מוכרח שם להיות מיירי במבא"מ דבמב"מ ל"ש טעימה דהא בס' נתבטל הטעם וא"כ כל שיותר מששים לא נטעום התרומה ומ"מ אסור עד ק"א וא"כ לפענ"ד לא סמכינן בכה"ג אטעימה רק בכהן וגם בלא"ה ליכא למיקם אטעמא במב"מ כדאמרו שם וא"כ ע"כ מיירי במבשא"מ. אמנם עדיין קשה דמה קשיא ליה לרבא מהך דקדירה שבישל בה בשר לא יבשל בה חלב מאן טעים לה והא שיטת המהריב"ל דבכה"ג שיש אמצעי לא הוה טעם כעיקר אף בב"ח מה"ת וכגון שנתבשל בקדירה וא"כ שוב לא הוה עיקרו רק מדרבנן דעדיין היתר הוא ובכה"ג מצי טעים ישראל וצ"ל כיון דעכ"פ משכחת לה שיהי' בב"ח מה"ת שוב אסור מה"ת טעימה:

טו ובזה יש ליישב קושית התוס' דאמאי לא הקשו ממשנה דירך שנתבשל בה ג"ה או מטפה שנפלה על החתיכה ולפמ"ש קמ"ל רבא רבותא דאף בכה"ג אסור ישראל לטעום ודו"ק היטב:

טז והנה במה שאמרו בחולין דף ל"ו בשלמא תרומה דטעים לה כהן אלא בב"ח מאן טעים לה ומשני דטעים לה קפילא הקשו בתוס' דלמה לא פריך מטפת חלב שנפלה על החתיכה אם יש בה בנו"ט ולפענד"נ דהנה באמת אם נימא דטעימה אינה רק מתורת הנאה וכמ"ש הט"ז סי' תקס"ז א"כ לאכול מותר ולפ"ז צ"ל דבב"ח דוקא קשיא ליה דבב"ח אסור בהנאה ומה דפריך מתרומה היינו דתרומה ג"כ אסור בהנאה של כילוי ולפ"ז טפת חלב שמיירי במקצתה חוץ לרוטב ולדעת הרבה פוסקים הוה כצלי וצלי אינו אסור בהנאה אם נימא דצלי אינו כבישול ואינו רק מדרבנן ודרבנן שרי בהנאה כמבואר בר"ס פ"ז ושפיר טעים לה אבל בב"ח דרך בישול ממש כמו קדרה שבשל בה חלב לא יבשל בה בשר שפיר פריך מאן קא טעים לה ודו"ק:

יז והנה הפליתי סי' צ"ח כ' ליישב קושית הש"ך דטכ"ע דאורייי' ולמה יהיה נאמן במסל"ת דכתב דישראל יכול לטעום מדאו' א"כ בדרבנן יכול לסמוך על עכו"ם במל"ת וע"ז שאלני משכיל א' דבב"ח דאסור בהנאה גם טעימה אסור דהא עכ"פ נהנה ודוקא באיסור אכילה טעימה אינה אלא מדרבנן אבל באיסורי הנאה אף טעימה אסור. והשבתי דמזה ראיה למ"ש הפרמ"ג בפתיחה להלכות פסח אות ח' דבהנאה ג"כ מותר מה"ת דל"ש חזי לאצטרופי וא"כ יכול לטעום בח"ש. אמנם בגליון הפמ"ג תמהתי ע"ז דאדרבא בירושלמי תרומות פ"ו אמרו דגם ר"ל מודה דבח"ש הנאה אסור מה"ת ואף דלא קי"ל בזה כהירושלמי עכ"פ לר"י ודאי אסור בהנאה מה"ת ודברי הצל"ח בפסחים דף כ"ב צ"ע:

סימן סב

א בענין קביעות ווסת בימי זיבה.

ב כה הראני אתמול הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י דברי הב"י סי' קפ"ט שכתב על דברת הרמב"ם פ"ח מא"ב ה"ט אין האשה קובעת לה ווסת בתוך ימי נדתה שראתה בהן כיון שראתה יום א' אין קובעת ווסת כל השבעה וכן אין האשה קובעת לה ווסת בימי זיבתה שהן י"א יום אבל קובעת היא ווסת בימי נדתה שאינה רואה בהם ואם נקבע לה וסת בימי זיבתה חוששת לווסתה וכל ווסת שקבעה בימי זיבתה אם נעקרה אפי' בפעם א' נעקרה וא"ל להעקר ג"פ שחזקת דמים מסולקים הם לימים אלו. וע"ז כ' הב"י ומ"ש שחזקת דמים מסולקין הם לימים אלו א"י למה היא בחזקת זו דבשלמא מעוברת ומניקה

שייך לומר כן לפי שרוב נשים אין דרכן לראות בהן אבל לימי זיבה אינו מוצא טעם ומ"מ כך משמע במתני' ס"פ בנות כותיים דקתני כל י"א ימים בחזקת טהרה עכ"ל. וע"ז תמה מהר"מ הנ"ל דש"ס מפורש היא בנדה דף ס"ח כדברי הרמב"ם דאמרו שם אם יש לה ווסת נימא תיהוי תיובתא דר"ה ב"ח אמר שמואל דאמר לומר שאין אשה קובעת ווסת בימי זיבתה א"ל ר"ה ב"ח כי אמרינן אין אשה קובעת ווסת בימי זיבתה דלא בעיא תלתא זימני למעקרה דאמרינן דמיה מסולקים וכיון דדמיה מסולקים דיה שעתה הרי מבואר דברי הרמב"ם דדמיה מסולקים והיא תימה גדולה. עוד תמה על דברי רש"י בנדה דף ל"ט על מה דס"ל לר"ה ב"ח א"ש שאין אשה קובעת לה ווסת בתוך ימי זיבתה פירש"י כגון ראתה ג"פ מט"ו לט"ו אין זה ווסת לענין דיה שעתה וכו' והרי מפורש בדף ס"ח דלענין דיה שעתה קובעת לה ווסת וגם זה תימה גדולה ומצאתי בספר מקור מים חיים ז"ל בסי' קפ"ט שתמה על דברת רש"י אלו והניח בקושיא. והנה לפענ"ד באמת לשון המשנה כל י"א יום בחזקת טהרה משמע לגמרי שאין קובעת ווסת כלל אף להיות דיה שעתה אך הש"ס בדף ס"ח משום דתני במשנה שם אם יש לה ווסת הוצרך לפרש דאין לה ווסת למעקר תלתא זימני אבל מ"מ קובעת וסתה ודיה שעתה ולפ"ז נראה לפענ"ד דלפי מה דנחלקו ר"פ ור"ה ברי' דר"י בדף ל"ט אי ניחש חיישׁ אף דלא קבעה ווסת ור"ה בריה דר"י אמר דאין לחוש א"כ היא בודאי בחזקת טהרה לגמרי וא"כ מה דתני אם יש לה וסת בדף ס"ג ע"כ ס"ל להמשנה שם דקובעת וסת בימי זיבה דלא כשמואל אבל לר"פ דחייש א"כ יש לפרש דאין לה ווסת למעקר תלתא זימני אבל דיה שעתה ולפ"ז רש"י ס"ל כר"ה ברי' דר"י וכ"ה שיטת רוב הפוסקים ולכך פירש כפשוטו אבל הרמב"ם דפסק כר"פ א"כ דברי הש"ס בדף ס"ח עיקר אבל זה דחוק וא"א לאמרו דא"כ לר"ה ברי' דר"י יהיו סותרין המשניות להדדי דבדף ל"ט אמרו דכל י"א בחזקת טהרה ולר"ה ברי' דר"י תהיה טהורה לגמרי. ולפ"ז מ"ש בדף ס"ח אם יש לה ווסת לא א"ש וכמ"ש. אך נראה דלפמ"ש הרשב"א דגם בימי זיבה יש לחלק בין ראתה ממעיין פתוח ובין ראתה ממעיין סתום א"כ יש לפרש הא דאם יש לה וסת היינו בראתה ממעיין סתום דקובעת לה ווסת וא"כ ל"ק כלל והמשניות אינם סותרים דכל י"א יום בחזקת טהרה היינו ממעיין פתוח וממעיין סתום קובעת ווסת ולפ"ז דברי רש"י א"ש דבש"ס דאמר שקובעת ווסת היינו ממעיין סתום אבל ממעיין פתוח לא קבעה לה ווסת. ולפ"ז יש ליישב דברי הב"י דהנה הרמב"ם לא ביאר החילוק בין מעיין פתוח לסתום רק בימי נדה אבל בימי זיבה לא חילק כלל כמ"ש הב"ח בסי' קפ"ט וא"כ ממעיין סתום דלא קבעה ווסת להיות נעקר תלתא זימני אינו מוכח דדמיה מסולקים בזה ולכך הוצרך הב"י לחדש דסתם לשון המשנה

דכל י"א יום בחזקת טהרה הוא אף ממעיין סתום דסתמא קתני כנלפענ"ד לחומר הנושא והנה בספר מי נדה בנדה דף ל"ט בכל הסוגיא שם ופירש"י נעלם ממנו דברי הש"ס בנדה דף ס"ח ומרבה שם דברים שאין בהם ממש:

סימן סג

א עת זכיתי לבנות בהכנ"ס פה עיר לבוב והיה ביום ה' אלול תר"ב שנת בחמשה לאלול הוחל המלאכה לפ"ק וביום הששי עת עמדנו במקהלות עם אז שאלוני אם יהיה לו כל דין קדושת בהכנ"ס ואמרתי כי קדושת בהכ"נ חמור מאוד בכ"ז עלה על דעתי שיהי' עליו קדושת בהכנ"ס אך בזאת יאות לי אשר אם יש בו ללמוד ויצמאו יוכלו לשתות בעת למודם וגם מה שנוהגין לאכול בש"ת מיני מתיקה יוכלו לאכול ועוד איזה פרטים יען פרטנו בפירוש בעת הקמת האבן הראשה. ואמרתי לברר הדבר הנה בסי' קנ"א סי"א מבואר דאם בשעת בנין בהכ"נ התנו עליו להשתמש בו מותר להשתמש בו בחורבנו אבל בישובו לא מהני תנאה וכתב המג"א ס"ק י"ד תימה דבסי' קנ"ד ס"ח מבואר דאף לתשמישי קדושה מועיל תנאי וכתב המג"א דהכא מיירי לתנאי של ק"ר כגון אכילה ושתיה ובחמה מפני החמה ע"ש ולפ"ז לכאורה ל"מ תנאי כלל. אבל באמת נראה דכל העינינים האלו מקרי לצורך ב"ה דשרי כמבואר ס"ד כיון דנהגו בכל תפוצות ישראל לחלק מיני מתיקה בש"ת מטעם שעושין סעודה לגמרה של תורה ועיין סי' תרס"ט א"כ מקרי לצורך ב"ה וגם כדי שלא יתענו ביו"ט ששוהין בה הרבה ועוד דע"כ לא אסרו רק אכילה ושתייה ממש אבל זה לא מקרי אכילה ושתי' שאינו רק טועם להשיב הנפש ופשיטא דזה לא מקרי ק"ר ובפרט שלדעת הג"א מותר לאכול ולשתות אף לאנשים שאינם ת"ח גם ביישובן ע"ש והמעיין ברמב"ן שמביא הב"י יראה דלצורך שעה הותר. ובלא"ה אני תמה על הטור והש"ע דבאמת המעיין ברמב"ן ורא"ש ובהפוסקי' שמביא הב"י יראה דע"כ לא כתבו דבישובן ל"מ התנאי רק בהא דאמרי' הני ב"כ שבבבל ע"ת הן עשויות וא"כ ע"כ מיירי שלא התנו בפירוש כן רק דמסתמא הם ע"ת עשויות והיינו דלב ב"ד מתנה עליהן וע"ז שפיר י"ל דלב ב"ד לא התנו ע"ז שישתמשו בהן בישובן אבל אם התנו בהדיא להשתמש בו מותר וכמו בכל תשמישי קדושה וכקושיית המג"א וכפי הנראה פירשו הטור והב"י דע"ת הן עשויות היינו שהתנו כן בפירוש ואשמועינן דאפ"ה אין נוהגין בו ק"ר בחשבונות. ובזה היה מיושב מה שהשמיטו הפוסקים הדין דב"כ שבבבל ע"ת הן עשויות משום דפירשו דמיירי שהתנו בפירוש וא"כ אין חילוק בין בבל לשאר מקום והמג"א ס"ק י"ב האריך בזה להקשות על המ"ב ולפמ"ש א"ש דהמ"ב מפרש דלאו דוקא

בבל רק שבכ"מ מסתמא לב ב"ד מתנה עליהם ובאמת שכן נראה פשטת לשון הש"ס דב"כ שבבבל ע"ת הן עשויות היינו שמסתמ' עומדים כך ועכ"פ נראה שלפ"ז אין ראיה מהפוסקים דבאמת י"ל דכל דהתנה בפירוש מועיל אף לענין זה ומה שהקשה המ"א דא"כ למה השמיטו הפוסקים דין ב"כ שבבבל נ"ל דהנה כבר נודע דלב ב"ד מתנה ל"ש רק בנדבת ציבור ולא בנדבת יחיד למסרם לציבור ולפ"ז אפשר שהב"כ של בבל הי' רק של ציבור א"כ שייך לב ב"ד מתנה עליהם משא"כ ביחיד בונה בהכ"נ אף למוסרו לציבור לא שייך לב ב"ד מתנה עליו וכמ"ש באורך במלמ"ל פ"ג משקלים הי"ב וא"כ לכך בעי התנה בפירוש אבל לעולם דכל שהתנה בפירוש מועיל אף לשאר דברים דהיינו לאכילה ושתיי' מה שצורך בהכ"נ. איברא דלפי מה שנראה מהמלמ"ל שם דבן עזאי ור"ע נחלקו אם בקדושת הגוף שייך לב ב"ד מתנה עליהם א"כ לפמ"ש הר"ן בפ"ד דמגלה לחלוק על הרמב"ן דקדושת בהכ"נ דין קדושת הגוף עליו מדרבנן וא"כ ל"ש לב ב"ד מתנה עליהם הן אמת שדברי הרמב"ן שם באו סתומים ומעורבבים ועיין בהגהת תומת ישרים שם על הגליון ובלא"ה דבריו דחוקים אבל גם דברי הרמב"ן שחידש דבהכ"נ דין תשמישי מצוה יש עליו וכ"ז שרוצים הקהל שלא להתפלל בו הו"ל דין תשמישי מצוה שנזרקים ולכך מותר אף למשתי ביה שכרא הנה באמת מבואר בסי' כ"א שאף תשמישי מצוה אין ראוי לזרקו ובתשובה הארכתי בזה הרבה ועכ"פ לחדש שיהיה מקרי תשמישי מצוה ואף בראוי להתפלל כל שאינם רוצים רשאין זה לפענ"ד קשה מאד כאשר קהה בו הר"ן ובחידושי אמרתי דל"מ לשיטת הר"ן בנדרים דף כ"ט בסוגיא דבר פדא דלדידן אין חילוק בין קדושת הגוף לקדושת דמים ואף קדושת הגוף נפקע בכדי א"כ לכאורה אין מקום לקושית הרמב"ן והר"ן דהרי כפי הנראה מהמרדכי ישן שמביא הב"י סי' קנ"ג נראה דהא דיכולין למכור הבהכ"נ אם בנאוהו יש לומר משום דע"ת הקדישן והו"ל כהא דאמרו ב"כ שבבבל ע"ת הן עשויות ע"ש א"כ כיון דמתחלה הקדישו רק כ"ז שירצו להתפלל א"כ כיון דגם קדושת הגוף פקעה בכדי שוב יכולין למכור ואין ראיה מהא דהקשה הרמב"ן דאבני עזרות והיכל שנפגמו אין פודין אותן כמבואר בתוספתא דשם הוקדשו סתם ולכך אין לו פדיון אבל כאן שהוקדשו ע"ת שישתמשו בהם כשירצו א"כ נפקע בכדי ואף דבבנינה ל"מ תנאי כמבואר סי"א כאן היינו דיהי' מקום קדוש ואעפ"כ ישתמשו בהם זה אסור אבל להפקיעו מקדושתו פשיטא דמועיל אך אף אם נימא דקדושת הגוף ל"מ הפקעה ולא נפקע בכדי כמ"ש הרמב"ם פט"ו ממעה"ק ה"ז מ"מ היינו שלא נפקע בכדי אבל כאן שפודהו על דמים והדמים נתפסים בקדושה ואף דשיטת הפוסקים דגם הדמים שרי אח"כ להוציאו לחולין דלא כשיטת הרמב"ם כמבואר באורך בב"י סי' קנ"ג מ"מ

כיון דעל דמים אינו רק קדושת דמים וא"כ נפקע בכדי כמ"ש הרמב"ם שם וכיון דדעתם בתחלה שיפדו הקדושת הגוף על הדמים וגם הדמים ישתמשו בו אח"כ א"כ ממילא לא תפסו הקדושה בדמים כ"א לפי שעה ואח"כ נפקע בכדי וז"ב מאד בישוב דברי הש"ס מקושיית הרמב"ן. איברא דעדיין קשה דא"כ יקשה קושית הרמב"ן דבמתנה במה נפקע הקדוש' דהא כבר נאכל הדמים ואין כאן דמים שיפקיע הקדוש' עליו והר"ן לא העלה בזה דבר ברור וע"כ נראה דלפמ"ש הראב"ד שם דאף קדושת דמים לא פקע בכדי ומ"מ נפדה בכ"ש וביאר הכ"מ משום דהקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל ואף דזה רק בדיעבד ורק בקדושת בדה"ב ס"ל להראב"ד דכאן לצורך קיום הנדר שלא יכבד עליו שרי בכ"ש ע"ש א"כ ה"ה כאן מסתמא כששבעה ט"ה במא"ה מסכימים לזה אין לך צורך גדול מזה ואף שאמרו למשתי בי' שכרא שפיר דמי היינו דאף ששותין בו שכר מסתמא כל שהרבים מסכימים עליו צורך הוא ומסתמא נודע להם ששם אין ראוי להם להתפלל מטעמים שונים א"כ יכולים להפקיע על שו"פ ומחולל. ובזה נ"ל דלכך בעי זט"ה במא"ה דלפמ"ש התוס' במנחות ובתמורה דף כ"ז דהא דהקדש שחיללו על שו"פ מחולל הוא דוקא בעלים ולא אחר ע"ש א"כ דוקא זט"ה במא"ה דהם הבעלים ולא אחר וז"ב ודו"ק היטב וגם לפמ"ש הריטב"א בפירושו להרמב"ן הלכות נדרים שנדפס מחדש שמחלק בין היכא דאוסרו על כל העולם בין היכא שאינו אוסרו על כל העולם בכה"ג נפקע בכדי ע"ש דמחלק דאף דבהקדש מותר לגבוה זה אינו מקרי חלק דזה עיקר ענין הקדש ע"ש ודפח"ח א"כ כאן שזט"ה במא"ה לא עשוהו הקדש רק על אחרים ולא עליהם שהם התנו שיהיו יכולים לשנות הקדושה כמ"ש המרדכי הנ"ל א"כ מתחלה לא אסרוהו על עצמם בהקדש ולכך גם קדושת הגוף נפקע בכדי ודו"ק:

ב ובזה נ"ל הטעם דלכך אוגרי ומשכונא אסור משום דבקדושתה קאי והיינו משום דבאמת קדושת הגוף לא פקע בכדי רק שנתפס על דמים או שמחללין על שו"פ וכאן שלא רצו להפקיע הקדושה לגמרי שהרי לא מכרו אותו לחלוטין רק אוגרא ומשכונא לזמן א"כ במה יפקע הקדוש' וז"ב. ובזה נפתח לי שערי בינה בדברי התוס' שם דא"כ היאך מתיר ר"מ למכור על תנאי דהו"ל כאוגרי ומשכונא וכתבו דר"מ יסבור דאוגרי ומשכונא שרי (כמ"ש הרשב"א בשמם) ותמה בחידושי הרשב"א דעדיין יקשה מרבנן דר"מ דגם הם מודו דיכולין למכור על תנאי רק דס"ל דגם לעולם יכולין למכור אבל ע"ת מודו והא הוה כאוגרי ומשכונא. ולפמ"ש א"ש דבאמת צריך להבין דל"ד איגרי ומשכונא למכר ע"ת דבמכר ע"ת נפקע הקדוש' בשעת המכיר' והרי שיטת הרא"ש דמתנה ע"ת צריך לחזור ולהקנות לו מכ"ש במכר ע"ת ומה דמות תערוך לו עם אוגרי ומשכוני וע'

בישוע"י לדו"ז הגאון שהעיר ג"כ בזה על התוס' לפי דרך הרמב"ן ולפמ"ש פה קשה טובא ועיין בר"ן בסוגיא דב"פ ותראה שקושיא גדול' היא. אך נראה דהנה ר"מ לשיטתו דס"ל דבעי משפטי התנאים. ובזה נ"ל ברור דכל דלא קיים התנאי נתבטל המכר למפרע וא"כ ממנ"פ לא נפקע הקדוש' דאם המכיר' מכיר' ע"כ שצריך לקיים התנאי וא"כ מעולם לא נפקע הקדוש' לגמרי מהבהכ"נ ואם לא יקיים התנאי שוב נתבטל המכר לגמרי ולכך שפיר הקשו בתוס' וע"כ לא כתב הרא"ש דמעמ"ל צריך לחזור ולהקנות לו היינו שם באתרוג דלא בעי משפטי התנאים וסגי באומדנא וכמבואר סי' תרנ"ח וא"כ שפיר צריך לחזור ולהקנותו דעכ"פ אף שלא יקיים התנאי לא נתבטל המתנה רק שיכולין לכופו משום דהו"ל כשכר פעולה ועיין בקצה"ח סי' רמ"א שהאריך בזה וא"כ עכ"פ צריך לחזור ולהקנותו. ומעתה לרבנן דל"ב משפטי התנאים א"כ ממילא המכירה כעת מכר הוא ואף שלא יקיים התנאי לא נתבטל המכר למפרע ורק שיכולין לכופו לקיים התנאי משום שכר פעולה ובזה שוב יכול למכרו ע"ת משא"כ לר"מ דלדידיה כל תנאי שאינו כתנאי ב"ג וב"ר אינו תנאי כלל והו"ל כמפליג בדברים בעלמא (ואומדנא לא מועיל דגילוי דעת ל"מ לר"מ כמ"ש הלח"מ פ"י מגירושין) א"כ א"צ לקיים תנאו כלל וע"כ כשהתנה משפטי התנאים ובכה"ג שוב הו"ל כאוגר ומשכונא וז"ב ודו"ק היטב. נחזור לענינינו דנראה ברור דדוקא בע"ת עשויות הוא דכתבו הפוסקים כן אבל בהתנה בפירוש ודאי מועיל לכל דבר וכן נראה מהמרדכי שהבאתי דגם לדידן שייך ע"ת הן עשויות דהרי כתב דלכך יכול למכור דהו"ל כע"ת הן עשויות ובלא"ה נ"ל דבנ"ד שהבהכ"נ שלי עשוי גם ללמוד בו ולכך נעשה תנור בית חורף בו כדי שילמדו בו בערב ובבקר השכם ובפרט ביום שבת קדש א"כ הו"ל דין בהמ"ד דמותר לאכול ולשתות מדוחק. וזה נ"ל טעם של ב"כ שבבבל שע"ת הן עשויות שכפי הנראה היו לומדים שם בבכ"נ שכן נראה מהמעשה דאתי מיטרא אזלי לבי כנישתא ומשמע דהיו לומדים בבהכ"נ וכן היה עושה רבא דהי' אומר דגריס בבי כנישתא ואמר ד' אהבתי מעון ביתיך כמבואר במגלה דף כ"ח וא"כ לכך ע"ת הן עשויות באופן שנ"ל ברור דבנ"ד ודאי מותר כיון שהתנה בפירוש ובפרט שאין לך צורך גדול מזה שישתו בעת צמאם בעת הלימוד וכדומה מה שנהגו בש"ת שזה מענין הבהכ"נ הוא כנ"ל (ונ"ע ברש"י במגלה דף כ"ח ד"ה אין שנראה דס"ל דאכילה ושתיה מקרי ק"ר) אחר שכתבתי כ"ז ראיתי במח"א הלכות צדקה סי' י"ב שהאריך אודות הרמונים שמשימים ע"ג ס"ת וכשיורדין הבעה"ב מנכסיהם מוכרין אותו לחולין אם שרי והביא שיטת הרמב"ן והר"ן אלו וכ' כיון שנהגו כך הו"ל כאילו התנה מתחלה ופירש שמקדיש אותם בתנאי שיצאו לחולין וכענין שהיו דורשין לשון הדיוט דהיינו מדעשו

כך ע"כ שהמנהג כן ואף זה שעשה סתם ע"ד המנהג עושה ע"ש ולדעתי זהו שאמרו בכ"נ שבבבל ע"ת הן עשויות היינו שכיון שראינו שהמנהג כן להשתמש בו חולין אם בבנינה או בחורבנה ע"כ שעל תנאי הן עשויות והנה אח"כ פלפל שם אם אף כשהתנה כך בפירוש אם יצא לחולין דהא קדושת הגוף לא פקע בכדי ולשיטת הראב"ד אף קדושת דמים לא פקע בכדי ות"ל כבר הרגשתי בכ"ז וישבתי דאף להראב"ד סגי עכ"פ בכ"ש. והנה חידש שם דבר חדש דבתשמישי קדושה שצריך הזמנה ומעשה כדי שיחולו עליהם כל שהתנה שפעמים יהיה קודש ופעמים חול לא מקרי הזמנה והו"ל כצר ביה ולא אזמניה דלא קדוש ע"ש שהביא כן משמא דשו"ת רשב"א במיוחסות סי' ר"ס וע"ז הקשה דא"כ אמאי אותן האמוראים לא רצו ללכת לבהכ"נ משום מטרא הא כל שהתנו הו"ל כצר ביה ולא אזמניה ע"ש שכתב דחומרא בעלמא הי' וכמ"ש הג"א א"נ שלא התנו על בנינין רק בחורבנן ע"ש ולפ"ז כל שהתנו בפירוש מועיל תנאי אף בבנינה וכמ"ש ואף שלפענ"ד הדבר תמוה דאיך אפשר שכל שחל בו קדושה יהי' מותר הואיל ולא אזמניה והרי קדושת הגוף לא פקע בכדי והראיה דהרי באמר מעכשיו ולאחר שלשים יום עולה ועד שלשים שלמים נימא דלא מקרי הזמנה שהרי הזמינו שיהי' שלמים אח"כ וע"כ דגוף קדושה לא נפקע אף בלא הזמנה ודוקא בת"ק הוא דיש לחלק כן מ"מ כיון דגם בזה י"ל דלא מקרי רק תשמישי מצוה כמ"ש הרמב"ן ולהר"ן אין בו קדושה רק מדרבנן לפענ"ד ברור דמועיל תנאי: והנה המח"א הביא ראיה דאף קדושת דמים לא פקע בכדי מהא דאמר רבא ככר זה היום קדש ולמחר חול ופירש"י דלמחר יהי' מחולל על המעות שיש לי בבית אלמא דקדושת דמים לא פקע בכדי:

ג והנה שאלה גדולה שאל ומ"ש דע"כ ס"ל לרש"י כמ"ש הראב"ד דאף קדושת דמים לא פקע בכדי. הנה במחכ"ת שם לרבא קיימינן ורבא לשיטתו דס"ל דקדושת דמים פקע בכדי כמבואר בנדרים דף כ"ט וגם לראב"ד עכ"פ נפדה בכ"ש כמ"ש פט"ו ממעה"ק וע' בכ"מ שם ולפי חילוקו יש ליישב זאת עכ"פ קושיא ראשונה קשה והנ"ל בזה דשם הוכרח רש"י לפרש כן דאל"כ יקשה מה דאמר שם מספיקא לא פקע קדושה והיינו דמוקמי' אחזקה קמייתא ואמאי והא בהשמ"ש דהוא ספק יום או לילה עכ"פ לא מקרי חזקה ולא עדיף מחזקת קטנות שכתב המהרי"ט בראשונות סי' י"א דלא מקרי חזקה מכ"ש בהשמ"ש דודאי עשוי להשתנות ולא מקרי חזקה וע"כ דמיירי שאמר שיהי' מחולל על המעות ונמצא כ"ז שלא מחלל לא מקרי עשוי להשתנות דעדיין קדש כ"ז שלא מחלל ורק שבידו להסיר החזקה עכ"פ בספק שפיר מוקמינן אחזקה וז"ב. ומן האמור יש בזה לפקפק על המג"א בסי' שמ"ב שכתב דבהשמ"ש של מ"ש יש להחמיר

בשבותין דמספיקא לא פקעה קדושה ולפמ"ש א"ש דאין דומה למה דאמרו מספיקא לא פקעה קדושה שרמז המג"א וכמ"ש וכמדומה שכבר הארכתי בזה באיזה מקום וגם מ"ש במח"א דכל שהתנה שפעם יהי' קדש ופעם חול לא מקרי הזמנה והו"ל כצר ביה ולא אזמניה ע' מג"א סי' מ"ב שחולק על הש"ג והביא דברי הנימוק"י פרק נגמר הדין ומשם לא משמע כדבדי המח"א וצ"ע. וצ"ע לשיטת הר"ן דבהכנ"ס יש לו דין קדושת הגוף א"כ איך קתני בה"כ לוקחין בו תיבה והא תיבה אינו רק תשמישי קדושה וע' סי' קנ"ד והר"ן במשנה כתב דתיבה חמור קדושתו מבהכ"נ ולא ידעתי מפני מה חמור קדושתו וצ"ע:

ד והנה במ"ש למעלה בדברי התוס' שדימו אוגרא ומשכנא למתנה עמ"ל והבאתי לעיל דברי הישוע"י שהקשה דל"ד דשם צריך לחזור ולהקנות וכתבתי לעיל ליישב כעת נ"ל דלכאורה יש מקום ליישב כיון דעכ"פ כשיחזור יהי' קדושת הבהכ"נ חוזרת עליו וא"כ הו"ל כאוגר ומשכנה דבעת שהוא ביד חבירו אין משתמשין בו קדושה ואח"כ חוזרת הקדושה וה"ה בזה כיון דאח"כ חזרה הקדושה מה בכך שצריך לחזור ולהקנות מ"מ הקדושה לא נפקע. אמנם יש לעיין בזה דבנדרים דף כ"ט שם מחלק הש"ס בין פדה הוא לפדאו אחרים דבפדאן אחרים לא נתקדשו אח"כ וה"ה בזה דכל שמתנה כמשפטי התנאים והוא צריך לחזור ולהקנות שוב פקע קדושה מהם והו"ל כפדאן אחרים דלא קדוש וא"כ אין מקום לקושית התוס' דשאני התם דנפקע הקדושה לגמרי וז"ב מאד. אך נראה דלר"מ כיון דהוא אוסר למכור מכר עולם כ"א בתנאי וא"כ שוב ממילא לא פקעה הקדושה דאם נימא דנפקע הקדושה שוב אין בידו למכור דכל ההיתר של ר"מ היא לפי שאינו מוכרו לעולם הא מכר עולם הו"ל בזיון וא"כ כל שנפקע הקדושה אין לך בזיון גדול מזה וע"כ שאינו מוכרו שיפקע הקדושה וא"כ שוב הו"ל כאוגר ומשכנה דאסור וע"כ תירצו התוס' דלר"מ באמת אסור להשכיר ליחיד דהו"ל זלזול ורבים לרבים הוא דשרי משום דבזה לא הוה זלזול כל שהוא על תנאי. ומעתה מיושב היטב קושית הרשב"א דלרבנן ניהו דיכול למכרו גם על תנאי ג"כ מותר כיון דלרבנן יכול למכרו ממכר עולם ולא מקרי בזיון א"כ גם כשמכרו על התנאי נפקע הקדושה ושוב הו"ל כפדאן אחרים ושפיר יכול למכור ול"ד לאוגרי ומשכונא דבקדושתה קאי ודו"ק היטב כי חריף הוא (וא"ל כיון דהוא מכרן ל"ד לפדאן אחרים דכאן הוא מכרו דז"א דאין חילוק וכמ"ש בשו"ת רדב"ז ח"ג סי' תרי"ד) וע' מ"א סי' קנ"ג ס"ק כ"ח שכ' בטעם דאוגר' ומשכנא אסור משום דאף דהמעות מותר להוציאו לחולין מ"מ בעינן שתחול קדושה על המעות ואח"כ להוציא המעות ע' שקלים פ"ד ובשבועות דף י' וכוונתו למה דאמר שם דמותר הקטרת מתחלל על מעות אומנים ע"ש ולדבריו ג"כ אין מקום לקושית התוס' דשם במכר על תנאי עכ"פ

חלה הקדושה על המעות ניהו דאח"כ תחזור קדושתה הא גם שם בקטרת עושין כן מיהו י"ל דלר"מ כיון דאסור למכרו לעולם שוב ע"כ תחזור הקדושה ואסור ול"ד לקטרת דשם בשעת החילול נתחלל הקטרת ואח"כ חוזר ומקדשו משא"כ כאן ובזה יתיישב קושית הרשב"א הנ"ל וע' מלמ"ל פ"ג משקלים הי"ב שם ודו"ק:

ה והנה לכאורה יש ראיה לשיטת הרמב"ן דבהכ"נ אין לו דין קדושה רק דין תשמישי מצוה וכמ"ש לעיל בשמו מהא דקיי"ל בסי' קנ"ג ס"ח דאף בבנה לשם בה"כ אינו קדוש עד שיתפלל בו ומקורו מהירושלמי וקשה הא עכ"פ לא גרע מהזמנה דבגוף קדושה קיי"ל דהזמנה מלתא היא כמבואר בסי' מ"ב וע"כ דגם גוף הקדושה של בה"כ אינו רק משום תשמישי מצוה ובתשמישי מצוה ואף במצוה עצמה לא אמרי' הזמנה מלתא היא כמ"ש המ"א בסי' מ"ב שם ס"ק ו' שם וכן מבואר בסי' תרל"ח לענין סוכה. הן אמת דלפ"ז צריך להבין הא דאמרו במגלה דף כ"ו ע"ב גבי ליבני דבחדתא שרי ואפי' למ"ד הזמנה מלתא היא ה"מ כגון אורג בגד למת אבל הכא כטווי לארוג דמי וקשה למה לא אמר בפשיטות דבמצוה אף למ"ד הזמנה מלתא היא לית לן בה. אמנם נרא' דע"כ לא כתב המג"א דבתשמישי מצוה ל"ש הזמנה מלתא היינו דוקא לדידן דקיי"ל הזמנה לאו מלתא היא רק דבגוף קדושה אף רבא ס"ל הזמנה מלתא היא כדמחלק רבא בסנהדרין דף מ"ז דלא גמרינן רק משמשין ממשמשין משא"כ עגלה ערופה דגוף קדושה היא וא"כ לכך במצוה לא עדיף מתשמישי קדושה דהזמנה לאו מלתא היא כיון דלית בה בעצמות שום קדושה אבל למ"ד הזמנה מלתא היא דלדידיה אף בתשמישי קדושה הזמנה מלתא א"כ פשיטא דלא גרע מצוה מתשמישי קדושה ושפיר פריך למ"ד הזמנה מלתא היא ומחלקינן דכאן הוי כטווי לארוג איברא דלפ"ז שוב הדרא קושית הרמ"ך לדוכתא דא"כ אמאי בגבו מעות מבואר בסי' קנ"ג ס"ה דאין משנין אלא מקדושה קלה לחמורה ואמאי והא הו"ל כטווי לאריג לאחרונים ומ"ש האחרונים דמעות עדיף מטווי לאריג דחזי למקני בי' כל מילי כמ"ש התוס' בסנהדרין שם דף מ"ז אכתי יקשה הא לדידן דקיי"ל כרבא דהזמנה לאו מלתא היא א"כ כיון דגבו מעות לצורך בהכ"נ דאינו רק מצוה ולא גוף קדושה א"כ לא עדיף מת"ק דהזמנה לאו מלתא היא. והנרא' בזה דהנה הט"ז סי' תרס"ה ס"ק א' כתב דביום הראשון אף קודם שנטלו למיפק בו יש איסור מוקצה ול"ד למ"ש בהג"א דעבדיה להושענא ולא אגדיה למיפק בו דשרי בהנאה דהזמנה לאו מלתא היא דשם כ"ז שלא עביד המעשה שיש לו לעשות דהיינו האגודה לא אקציה דעתיה ממנו ואפשר שיברור לו אחרת ע"כ ל"ש בו מוקצה אבל באתרוג אשר הכין לו בהשמ"ש לצאת בו למחר תיכף אסח דעתי' מיניה וכן ל"ד למ"ש רמ"א בסי' תרל"ח הזמין לסוכה ולא ישב בה

דשם היה ראוי לישב בה ומדלא ישב בה גילה דעתו שאינו רוצה באותה שעה ממילא לא אתקצאי לכל היום ע"ש. הנה נרא' מבואר מדבריו דכל שאפשר לומר דאסח דעתיה מיניה אמרי' דאתקצאי למצותה ואסור וא"כ במעות שנגבה לשם ב"ה הנה מעת נדבו ונתנו הנדבות הסיחו הבעה"ב דעתם ממנו ונתנו אותם לשם בהכ"נ וידעו שלא יוחזר להם עוד ומה"ט רצה בשו"ת הרא"ם ח"א סי' כ"ט לומר דבמעות הו"ל מעשה והובא בקצרה בש"ך יו"ד סי' רכ"ט ובמג"א סי' קנ"ג שם ובמ"ג שם הארכנו בזה וא"כ בכה"ג ודאי הזמנה מלתא היא דאתקצאי לשם קדושת בהכ"נ וא"י לשנותו לדבר אחר ולפ"ז צ"ל דהא דאמר הש"ס דבליבני אפי' למ"ד הזמנה מלתא היא לית לן בה היינו כל שלא בא לידי גבאי וכמ"ש בב"י וא"כ לא אסח דעתיה מיניה ובכה"ג כל שאינו גוף קדושה הזמנה לאו מלתא היא ולכך לא מקשה רק למ"ד הזמנה מלתא היא אבל למ"ד לאו מלתא היא לא מקשה כלל וכבר נתקשה בזה הטורי אבן ולפמ"ש הרמב"ן א"ש דבאמת בהכ"נ אין לו רק דין תשמישי מצוה ובכה"ג הזמנה לאו מלתא היא:

ו ובזה מיושב היטב דברי הש"ע בסי' קנ"ג ס"ה בהג"ה דמחלק בעצים ואבנים בין כשבאו ליד גבאי או לא באו עדן ותמה הט"ז מה זה תלוי בין כשבא ליד גבאי או לא וכי בשביל ביאה ליד גבאי יצא מכלל הזמנה. ולפמ"ש א"ש דכל שבא ליד גבאי כבר אסח דעתיה מיניה ובכה"ג הזמנה מלתא היא וכמ"ש והא דבהכ"נ אינו קדוש עד שיתפללו בו היינו מדלא התפללו בו י"ל דחזרו בהם ואינם רוצים להתפלל והו"ל כאלו לא אגדו למיפק בו וז"ב ויש להאריך עוד ואכ"מ:

ז והנה לכאורה ראיה ברורה לדברי הרמב"ן דב"ה אינו מקרי גוף קדושה מהא דמבואר בש"ע סי' ח' ומקורו מהירושלמי דבנו בהכ"נ כ"ז שלא התפללו בו אין לו דין קדושת בהכ"נ עד שיתפללו בו ומשום דהזמנה לאו מלתא היא וקשה הא בגוף קדושה קיי"ל דהזמנה מלתא היא וא"כ הא בה"כ יש לו דין גוף קדושה ואמאי הזמנה לאו מלתא היא וביותר תימה דהירושלמי הביא ראיה לזה ואמר נשמיענה מן הדא העושה תיבה לשם תורה מטפחת לשם ספר עד שלא נשתמש בה הספר מותר להשתמש בה הדיוט ומשנשתמש אסור ומה אלו שנעשו לשם ספר עד שלא נשתמש מותר אלו שבנו לשם חצר לא כ"ש ואם איתא מה קושיא הא שאני תיבה ומטפחת דאינו רק תשמישי קדושה וכמבואר סי' קנ"ד ולכך הזמנה לאו מלתא משא"כ בהכ"נ דהוה גוף קדושה וכמ"ש הר"ן וע"כ דגם בהכ"נ לא הוה רק תשמישי מצוה ולכ"ע הזמנה לאו מלתא היא. אמנם לפענד"נ דע"כ לא אמרי' דהזמנה לגוף קדושה מלתא היא רק גבי קלף המעובד לשם תפילין דאם היה נכתב על הקלף תו א"א לשנות מקרי הזמנה לגוף קדושה אבל כאן

בבהכ"נ דאף לדברי הר"ן דחז"ל עשוהו כגוף קדושה מ"מ יכולין זט"ה במא"ה לשנותו וא"כ לא אלים כ"כ כח הקדושה שיתפוס בהזמנה כח הקדושה שיהי' חל קדושה בזה.

ח ובזה הנה מקום אתי ליישב דברי הש"ע דמחלק בין בא ליד גבאי דאסור לשנותו או לא וכבר כתבתי מה שתמה הט"ז בזה. ולפמ"ש א"ש דבאמת לשיטת הר"ן הא דאמר גבו והותירו משנין המותר למה שירצו אבל אם לא הותירו אסור לשנות רק לקדושה חמורה ותמה הרמ"ך הא הזמנה לאו מלתא היא ולשיטת הר"ן א"ש בפשיטות דכאן הוה הזמנה לגוף קדושה דקדושת בהכ"נ הוה גוף קדושה ואסור לשנות וא"ל דהא גם גוף קדושה יכולים זט"ה במא"ה לשנות אבל הא שם מיירי דאינן זט"ה במא"ה וכמ"ש המג"א ס"ק ה' וא"כ כיון שא"י לשנות לכך אלים הזמנה דידהו. ומעתה זה בבא ליד גבאי אבל כל שלא בא ליד גבאי דיכולים לשאל עליו א"כ לא אלים כח הקדושה דהא גם לאחר שיקדש יכול לשאל עליו ושוב לא הוה הזמנה מלתא בזה. איברא דבש"ע מבואר גם בגבו לשם מטפחת ותיבה ובזה ישאר קושית הרמ"ך דהרי בתשמישי קדושה הזמנה לאו מלתא היא. וראיתי ברש"י שפירש על גבו והותירו שפירש לצורך ס"ת ומשמע דדוקא בס"ת והיינו משום דס"ת גוף קדושה היא וע' במ"ג שם שהרגשנו בזה וע"כ אקצר ובזה ניחא נמי הא דאמר גבי ליבני דה"מ בעתיקתא אבל בחדתא לית לן בה ואפי' למ"ד הזמנה מלתא היא ותמהו כלם דהא בגוף הקדוש' הזמנה מלתא היא ולפמ"ש א"ש כיון דיכולין לשנות לא מקרי הזמנה אף בגוף קדושה ומיהו דוקא זט"ה במא"ה וכמ"ש המ"א שם ס"ק כ"ו:

ט והנה במ"ש למעלה דכל דגוף הקדושה יכול להשתנות פשיטא דבכה"ג לא אמרי' דהזמנה מלתא היא אף בגוף קדושה ולפ"ז יקשה הא דאמרו בכריתות דף כ"ה עגלה ערופה אינה כן עד שלא תערף נודע ההירג תצא ותרעה בעדר ואמאי תצא ותרעה בעדר הא אתסרא לי' מחיים ומאי קושיא הא הא דאתסרא מחיים הוא משום דהזמנה מלתא היא וכדיליף אביי מיניה דהזמנה מלתא היא וכדפירש"י שם וא"כ לפ"ז גם לדידן כיון דעגלה ערופה גוף קדושה הזמנה מלתא היא וא"כ כיון דרק מכח הזמנה מתסרא כיון שנודע אח"כ ההורג דאזלה לה קדושת עריפתה דכל שנודע ההורג א"צ עגלה ערופה פשיטא דלא נאסר בהזמנה בעלמא והיא קושיא גדולה. אמנם נרא' דהדבר נכון דהרי שם לרבא קיימינן ורבא ס"ל הזמנה לאו מלתא הוא אף בגוף הקדושה דהרי רבא באמת לדידיה ס"ל דעריפתה אוסרתה ולא ירידתה לנחל איתן ולדידיה צ"ל באמת דהא דאמר משמשין ממשמשין גמרינן לאפוקי עגלה ערופה דהיא גופה קדושה היינו לא דבעגלה ערופה דגוף קדושה הזמנה מלתא היא דהא לדידיה באמת אינו אסור רק מעריפה ואילך

והא דקאמר מ"ט לא גמר מעגלה ערופה הוא לשיטתי' דלא תאסר בהזמנה וכמ"ש התוס' בסנהדרין שם ד"ה מ"ט וא"כ לדידיה אם נימא דנאסרה מחיים ע"כ לא משום הזמנה היא רק דמעת ההיא דהיינו בירידתה לנחל איתן אסורה והתחיל הקדושה וא"כ שוב יקשה כיון דכבר נאסרה מחיים והתחיל הקדושה איך תצא ותרעה בעדר. ובזה מיושב היטב קושית התוס' בכריתות שם דמאי מקשה הא גם באשם ודאי אם נודע תצא ותרעה בעדר ולפמ"ש א"ש דשאני כאן שכבר התחיל הקדושה מחיים משעת ירידתה לנחל איתן משא"כ קדשים דכל שנודע ששקר הוא שוב הקדש בטעות הוא ולא התחיל כלל הקדושה אבל בעגלה ערופה ניהו דנודע אח"כ הא משעת ירידתה לנחל איתן התחיל הקדושה ואז לא נודע ההורג והתחיל הקדושה ושוב לא פקע:

י ובזה מיושב היטב דברי רבינו בפ' י' מרוצח ה"ו שכתב דירידתה לנחל איתן אוסרתה ואפ"ה פסק דאם נודע ההורג תצא ותרעה בעדר ותמהו הרשב"א והכ"מ שם דזיכה שטרא לבי תרי ולפמ"ש א"ש דלדידן דקיי"ל הזמנה לגוף הקדושה מלתא היא וא"כ לא נאסרה מחיים כ"א מתורת הזמנה וכל שנודע ההורג דבטלה הזמנה בטל הזמנתו וז"ב. ודע שתמוה לי דברי התוס' בסנהדרין שם שהקשו על רבא דהא ר"י ס"ל דעריפתה אוסרתה ורבא פסק כר"י בכ"מ ולמה להו כל זאת והא רבא בעצמו ס"ל בכריתות דעריפתה אוסרתה ואולי גרסי רבה וצ"ע. אחר זמן רב מצאתי בשעה"מ הלכות טומאת צרעת הלכה י"א שהעיר בזה על דברת התוס' ע"ש:

יא ובזה מיושב ג"כ מ"ש רבינו בה"ח שם דאם נמצאו העדים זוממין תצא ותרעה בעדר והכ"מ כתב דנלמד מאשם תלוי וכבר כתבתי במק"א דדבריו תמוהים דכמו דמחלק הש"ס בין נרבע שורו לרבע שורו א"כ גם בזה יש לחלק בין אשם תלוי דידע ששקר דוברים משא"כ בעגלה ערופה דלא נודע ובמק"א כתבתי מקור מקומו של רבינו הוא מתוספתא פ"ד דכריתות דמבואר בהדיא כן ע"ש (ועדין קשה הא כיון דכבר נאסר מחיים אמאי תצא ותרעה בעדר) אמנם לפמ"ש א"ש גם מצד הסברא דכיון דלא נאסר רק מתורת הזמנה וכל שנודע ששקר הוא שוב בטל עגלה ערופה ול"ש הזמנה ודו"ק. ובאמת צריך להבין לפי שיטת הנימוק"י דס"ל דבגוף קדושה הזמנה מלתא היא ויצא לו כן מהא דאמר משמשין ממשמשין גמרינן לאפוקי עגלה ערופה דהיא גופה קדושה והיינו דבגוף הקדושה ודאי הזמנה מלתא היא ולפ"ז יקשה על רבא גופא דס"ל דעריפתה אוסרתה הא עגלה ערופה גופא קדושה וצ"ל דבאמת לרבא בעצמו אין חילוק בין גוף קדושה לתשמישי קדושה והוא ס"ל כיון דאיכא לאקושי לעגלה ערופה או למשמשי עכו"ם למשמשין מקשינן דמשמשין ממשמשין גמרינן לאפוקי היא דהיא גוף קדושה

וכל שמדמינן למשמשין שוב ס"ל לרבא דאף בגוף קדושה הזמנה לאו מלתא היא משא"כ אנן בדידן עושין כעין פשר כיון דאביי ס"ל דאף במשמשין נמי הזמנה מלתא היא וגם לרבא עכ"פ היה סברא דלא נילף מעגלה ערופה דהוא גוף קדושה שוב מחלקינן בין משמשין לגוף קדושה וז"ב וע' בתורת חיים בסנהדרין שם וע' מג"א סי' מ"ב שהבין ג"כ דהתוס' מחולק עם הנימוק"י ולפמ"ש גם הנימוק"י מודה להתוס' בפירושא דשמעתא דרבא ס"ל דהזמנה לאו מלתא היא אבל אנן בדידן ס"ל לחלק בין גוף קדושה לתשמישי קדושה וראיתי בטורי אבן במגילה בהא דאמרו ולמ"ד הזמנה מלתא היא טווי לארוג הוא והקשה מדעתא דנפשיה הא בהכ"נ הוה גוף קדושה ולא מכשירי ותשמישי קדושה ובכה"ג הזמנה מלתא היא טווי לארוג הוא והביא ראיה מהא דאמרו בסנהדרין משמשין ממשמשין גמרינן לאפוקי עגלה ערופה דהיא גופה קדושה דכתב דלפמ"ש התוס' שם גם בעגלה ערופה ס"ל דהזמנה לאו מלתא וירידתה לנחל איתן אוסרתה ע"ש ודבריו תמוהין מכל צד וכ"כ לעיל דלא זכר מחלוקת הרמב"ן והר"ן אם בהכ"נ הוה גוף קדושה או רק תשמישי מצוה ומלבד כ"ז מה דפשיטא ליה דבגוף קדוש' הזמנה מלתא היא לכ"ע לא זכר שהוא מחלוקת הנימוק"י והרז"ה והרמב"ן במלחמות פ"ק דסוכה והובא במג"א סי' מ"ב וגם מ"ש דהתוס' ס"ל דלרבא הזמנה לאו מלתא היא אמת שכ"כ התוס' אבל זה לרבא דוקא אבל אנן בדידן ס"ל לחלק בין תשמישי קדושה לקדושה עצמה ויישב בזה הנימוק"י קושית התוס' על רש"י בהא דקיי"ל דבעי עיבוד לשמה אף דקיי"ל כרבא דהזמנה לאו מלתא היא וע"ז מחלק הנימוק"י כמ"ש בשמו יעו"ש וא"כ כאן דהש"ס לא אמר רק למ"ד הזמנה מלתא היא יקשה דגם אם נימא הזמנה לאו מלתא היא קשה הא בהכ"נ הוה גוף קדושה לשיטת הר"ן ומהתימה עליו שנעלם לפי שעה ממנו במחכ"ת כל שיטות הפוסקים בענין הזה. וראיתי בשעה"מ פ"ו מרוצח שהקשה בהא דפריך הש"ס בסנהדרין על אביי מכמה ברייתות עד שלבסוף מסיק הש"ס כתנאי ואמאי לא מקשה דמהמשנה בכריתות דדייק הש"ס דס"ל דעריפתה אוסרת ולא מחיים א"כ ע"כ דלא כאביי דהא אביי ס"ל דהזמנה מלתא היא ויליף מעגלה ערופה וע"כ דס"ל דמחיים נאסרה וזה היפך המשנה והיא קושיא גדולה ולפמ"ש א"ש דלאביי ל"ק דניהו דהזמנה מלתא היא היינו היכא שראוי אח"כ לזה שהזמינו אבל כאן דנודע עד שלא נערפה ואינו ראוי למה שהזמינו ודוקא לרבא פריך הש"ס דלדידיה ירידתה לנחל איתן מתחיל גוף הקדושה וז"ב מאד ודו"ק.

יב ובזה מיושב היטב קושית התוס' בחולין דף פ"ב ע"א בהא דפריך ואם איתא לישני כאן קודם ירידה ע"ש וגם קושית מהרש"א ברש"י שם ע"ש ודו"ק ואכמ"ל בזה:

יג ובזה מיושב היטב הא דקי"ל בסי' תרע"ו ס"ב דאם נתן בו יותר יכול לכבותה וכתב הב"י בשם מהרי"א דאם לא הקצהו אלא לשיעור יכול להסתפק ממנו והקשה הט"ז מהא דאמרו בסנהדרין דף מ"ח מה דחזי לי' תפיס ליה וה"ה כאן דלא תפיס רק מה דחזי ליה ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דנאסר הוא משום הזמנה ולפ"ז ל"ש רק מה שמזמינו לקדושה וכל שלא חזי ליה ל"ש הזמנה וכמ"ש אבל שם שהוא הוקצה למצותו א"כ הוה גוף קדושה כ"ז שהיה המצוה ולכך תפיס האיסור אף במה דלא חזי לי' וז"ב ודו"ק. ובמ"ש למעל' בשם הט"ז ר"ס תרס"ה באמת דברי הט"ז תמוהים דבהג"א צ"ל ולא אגבה ולא כמ"ש לפנינו אגדה בדלי"ת וצ"ל אגבה בבי"ת וכמדומ' שהרגיש בזה אא"ז הגאון הח"ץ ז"ל בספר רב משלם מבנו ז"ל. והנני יוסיף להפליא על הב"י דבסי' תרס"ה העתיק ולא אגדה בדלי"ת ובסי' תרנ"ג העתיק ולא אגבה בבי"ת וכן העתיק בש"ע ס"ב שם וצ"ע:

יד והנה בבהכ"נ של כרכים דל"מ למכור משום דמעלמ' יש להם חלק בזה לכאור' בודאי בני העיר הם הרוב ולבטל מעות דעלמ' במעות של בני העיר ואף דמעו' לא בטיל ז"א רק דרבנן דמטבע חשוב ובזה ל"ש זאת שכבר בנו מהם ואין כאן חשיבו' מטבע אמנם נרא' כיון דמעו' הוה כטווי לארוג ועט"ז ומג"א מ"ש על הכ"מ בשם הרמ"ך ולפ"ז טרם שנבנ' הוה היתר בהיתר ולא בטיל וכשבנו שוב בא לעולם ע"י תערובו' ולכך זט"ה במא"ה יכולין למכור דהם הרוב וכעת נעש' הרוב היתר שוב בטל מעות של אחרים ברוב וצ"ע בזה כי יש לפקפק הרבה. ומדי דברי זכור אזכור מה שנשאלתי עיוה"כ שנת דר"ת מהגבאים בבהכ"נ דפה ת"ה שעשו מרצפת אבנים אחרת בבהכ"נ שנתקלקלו המרצפת ונשאלתי מה יעשו באבנים הישינים. והשבתי דלדעתי הדבר פשוט דמותר לשנותם ע"י זט"ה במא"ה ואף דהוה בהכ"נ של כרכים וכמ"ש המ"ב הובא במג"א סי' נ"ג ס"ק ט"ז ומ"ש המ"א לחלוק ע"ז דשמא לא ניחא לאחד שיפקע קדושתו כ"כ במ"ג ליישב דברי המ"ב וכן מסתבר וגם לדברי המ"א נ"ל דוקא באם נודע שנתנו אחרים אבנים בהדיא אבל אם לא נודע ניהו דנתנו נדבו' על הבהכ"נ אבל במה נודע שאותן אבנים ועצים הם משלהם והמעו' נתבטל ברוב המעו' של אנשי אותה העיר והם מפקיעים הקדוש' ואין לחוש שמא נתנו אבנים ועצים משלהם דכולי האי ל"ח ובפרט בדבר דאינו רק חשש בעלמ' שמא לא ניחא ומסתמ' באמת ניחא ליה שיתקנו אותו להיות יפה וכשיבא לבהכ"נ יהיו לו מרצפת אבנים טובה ובפרט לשיטת הר"ן דס"ל דכל קדושת בהכ"נ אינו רק דרבנן פשיט' דספיקו להקל ואף להרמב"ן דהוא מן התור' הוה רק תשמישי מצוה דנזרקין ואין בהם קדוש' לאחר שכלת' מצותן ובפרט בספק שמא לא ניחא ליה וז"ב לדעתי. ומה שהבי' המ"א מסי' שנ"ט ס"ב במחכ"ת לא שמיה מתיא דפשיט' דכל שישנו בעין ל"מ

מה שיתן לו דבר אחר בעדו דרוצ' אדם בקב שלו אבל כאן נתן על הבהכ"נ ולהבהכ"נ בודאי טוב יותר במרצפת חדשה וא"כ י"ל בזה שכל שלא ראוי לתשמישו מותר להפקיע ובפרט שכעת אבנים הם במקום המופקר ורבים גנבו וכחשו טוב יותר שימכרם והמעו' יהיו לקדוש' וכעין מ"ש הט"ז סי' קנ"ד ס"ק ט' לענין קדוש' קלה כנלפענ"ד:

טו והנה במ"ש למעל' דברי הרמ"ך שהקש' דמעות הוה טווי לאריג והבאתי לעיל מ"ש האחרונים דמעות הוה טפי מטווי לאריג וכמ"ש התוס' בסנהדרין דף מ"ח ולכאור' הוה מותבינן תיובת' כלפי סנאה דתוס' וראיה להרמ"ך מהא דאמרו בכריתו' דף כ"ז ע"ב מביאין מהקדש כשבה שעירה וכו' כיצד הפריש לכשבה או שעירה והעני מביא העוף ופירש"י דהפריש מעות לכשב' ולשעיר' והעני יביא העוף והמותר חולין וקשה כיון דהזמין המעו' לשעיר' ולכשב' א"כ הוה הזמנ' מלתא ובפרט בגוף קדוש' ודאי הזמנ' מלתא כמבואר באו"ח סי' מ"ב בהג"ה והארכתי למעל' בזה וא"כ איך יצא לחולין הא הוה הזמנ' ובמעו' ודאי הזמנ' מלתא לשיטת התוס' ועיין ט"ז סי' קנ"ג ס"ק ב' והמג"א שם ס"ק ה' וצע"ג ואולי י"ל דכיון דכעת א"צ שיביא רק עוף א"כ נפקע קדושת השעיר וכשב' ושפיר מביא תורים ובני יונה דזה חיובו ואותן המעו' שהזמין לשעיר' וכשב' ממילא נפקע הקדוש' ונעשו חולין והוה כמו מי שהפריש אשם ונודע לו שלא חטא וכן נרא' מדברי הרמב"ם פ"י משגגות הלכה ט' אבל צ"ע דל"ד דשם נודע שלא חטא וכאן ניהו דהתור' הקלה עליו בדלות אבל מ"מ נתחייב קרבן עשיר בעת שהי' עשיר וא"כ כבר נתקדש בהזמנתו וצע"ג:

טז והנה בשנת תבר"ך י"ב שבט למדתי רי"ף מסכת מגיל' ובפרק בני העיר נסתפקתי בהא דאמר רבא ל"ש אלא בכפרים אבל בשל כרכים וכו' ונסתפקתי היאך הדין במתא דמפק' מכפר ומפקא מכרך איך הדין אם ככרך או ככפר והנה מדברי הרא"ש למדתי בפ' בהמה המקש' גבי צומת הגידין כ' כל דהוא ספק אי רישא דוקא או סיפא דוקא אזלי' לחומר' ע"ש וה"ה כאן אזלי' לחומר' ולא מצו מזבני לי' וראיה ברורה נרא' לפענ"ד דהרי רב אשי אמר האי בי כנישת' דמתא מחסיא אע"ג דמעלמ' קאתו לה כיון דאדעת' דידי קאתו לה אי בעינא מצי מזבינא וקשה הא מתא מחסיא מפקא מכפר ומפק' מכרך כדאמרו בכתובו' ד' וא"כ ל"ל טעמ' דאדעת' דידי קאתו לה וע"כ דאזלי' לחומר' ומחמרי' כאילו היתה כרך ודו"ק היטב כי היא ראיה נפלא' ת"ל:

יז אמנם עדיין יש להקשו' לפמ"ש התוס' והרא"ש בשם יש מפרשים דהטעם דשל כרכים הוא משום דשמא יש אחד בסוף העולם וא"כ שוב הו"ל ס"ס ולקול' ואפשר דהו"ל ספק אחד בגוף וספק בתערובו' ודו"ק. והנה לפי טעם השני דמקדישין אותו לכל העולם

צ"ב דא"כ מה מועיל דאדעת' דידי קאתו לה הא סוף הציבור והוא הקדיש אותו לכל העולם והנרא' בזה דהנה מה דאמר רב אשי מתא מחסיא מפקא מכפר ומפק' מכרך היינו שבאמת מצד עצמותו של העיר הוא רק ככפר אבל מצד שרב אשי הי' ראש ישיבה וכ"ע אתו לגבה א"כ הוה ככרך ומ"מ כרך בעצמותו לא הוה וז"ש מפקא מכרך ומפק' מכפר והיינו שבאמת מצד עצמותו אינו כרך אבל מכח זה שהוא ראש ישיבה הוא כעין כרך ולפ"ז א"ש גם כאן דבאמת ז"ש כיון דאדעת' דידי קאתו וא"כ עיקר גדולת' הוא בשבילי שוב הוה דינה ככפר ומצו מזבני אבל בשאר עיירות דבעצמות' היא ממוצעת שמרוב' באוכלסין ומ"מ אינה ככרך גדול אפשר דדינה ככרך לחומר' ודו"ק היטב ועיין בתוס' בכתובות שם ד"ה כגון במ"ש דרוב עיירות הן כן ובשיטה מקובצת האריך דא"כ למה נקט כגון מתא מחסיא והא רוב עיירות הן כן ולפמ"ש א"ש דרוב עיירות הן בעצם בינוניות אבל מתא מחסיא לא הי' בינונית רק ע"י הישיב' הי' כן ודו"ק היטב. ובזה מדוקדק מה שאמר מפקא מכרך ומפק' מכפר ודקדק בשיטה שם דהוא כפל דכל שהוא מפקא מכפר ממילא ידענו דמפק' מכרך דאל"כ הו"ל כרך וכן להיפך ולפמ"ש א"ש דנקט זאת דבאמת אינה עיר בינונית בעצמות' רק ע"י הישיב' ולכך נקט שניהם דמפק' מכפר אבל אינה גדול' כעיר בינונית בעצמות' רק בישיבה ולכך הוא מפקא מכרך ג"כ ודו"ק היטב כי הוא ענין נכון. ובזה מיושב מה דקשיא בהא דאמרו מתא מחסיא והא באמת מתא מחסיא לא הי' כרך כדאמרו בכתובו' ולפמ"ש א"ש ודו"ק. שוב מצאתי הערה זו ממתא מחסיא בפ"י וד' יודע כי לא ראיתי מקודם ונהניתי שכוונתי בראשית השקפ' אבל לא ביאר כל הדברים כמ"ש ודו"ק:

סימן סד

א להרבני המופלג מוה' געציל נ"י.

ב מה ששאל אותי בהא דאמר תלמוד' בחולין דף י"א מה"מ דאזלינן בתר רובא ולמדו מכמה מקראות והקש' מעלתו ניליף מהא דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה וא"כ יכול לקדש' לאיש ואם תקבל היא בעצמ' קידושין שוב לא יחולו הקידושין כלל וע"כ דאזלינן בתר רובא והנה קושייתו ל"ק מכמה טעמים חדא כיון דהיא בעצמה א"י בבירור אם איננה ממנו וגם לא יודעת בבירור של מי היא וא"כ למה דקיי"ל כר"י דאמר בקידושין דף מ"ג מחלוקת לגירושין אבל בקידושין דברי הכל אביה ולא היא וכמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' ל"ז ס"א וא"כ כיון שא"י של מי היא ודלמ' אביה עודנו חי א"כ קידושין שלה א"י לחול כלל ואין ספיקה מוציאה מידי רוב שאביה הוא וגם הוא טוען בברי שאביה

הוא וא"כ פשיט' דקידושין שלו קידושין וקידושיה לא חלו כלל ועוד דניהו דספק הוא עכ"פ כל שקידש' חלו הקידושין דהרי הרשב"א הקשה על שיטת הרמב"ם דס"ל ספק מותר מה"ת א"כ איך יליף מיניה דאזלינן בתר רובא והא ספק מותר וכ' דמכאן ראיה דספק אסור מה"ת. והנה זה ודאי דעכ"פ בספק היכא דיש חזקה ודאי אזלינן בתרה וא"כ שפיר יכול לקדש' עכ"פ דיש לה חזקת פנויה ואזלינן בתר רוב וחזקה וא"כ אח"כ שוב לא חלו הקידושין כלל וא"כ אין ראיה מקרא דמיירי שקידש' מקודם ובלא"ה כיון דהתור' זכתה לו מספק שיכול לקדש' שוב א"י לקדש' בעצמ' וכל שזיכה לו התור' הקידושין שוב נאמן אח"כ אף לסקילה ואף דאמרינן בקידושין דף ס"ג כי הימניה רחמנ' לאב לאיסור' לקטל' לא הימניה ועיין בתוס' שם דוסקלוה מיירי היכא דאיכ' עדים היינו דוקא שם דזה ספק אם נאמן ע"ז שנתקדש' לפלוני אבל כאן כל דזכתה התור' לו שיוכל לקדשה יהי' משום ספק עכ"פ אין בו שום ספק דקידש' והתור' אחשביה לקידושיו קידושין שוב הויא א"א גמורה בלי ספק לזה וז"ב כשמש ודו"ק. ובלא"ה לפמ"ש התוס' בחולין דף י"א דיש חזקת צדקת ע"ש גבי מכה אביו ואמו א"כ גם כאן יש חזקת צדקת איברא דלפמ"ש יקשה למה לא הביאו ואף דיש לדחות וכמו שהביאו ממכה אביו ואמו אבל באמת קושיית התוס' לפענ"ד יש ליישב דגם חזקת צדקת הוה חזקה הבאה מכח רוב דכשרות דרוב נשים כשרות וצנועות הן וא"כ כל דלא אזלינן בתר רובא מ"ל חד רובא או תרי רובי ובפרט לקטול על ידו דבעינן ושפטו והצילו ובעינן דבר ברור וע"כ דאזלי' בתר רוב והתור' עשתה ספק זה לודאי וכמ"ש בשיטה מקובצת בב"מ דף ז' וז"ב ולפ"ז לענין קידושין ודאי מועיל תרי רובא דגם ביוחסין תרי רובא מועיל אף מדרבנן ומכ"ש מה"ת ודו"ק ואף דכתיב וסקלוה היינו דכל שהחזקנוה משום תרי רובא שהיא מקודשת ע"ז ממילא סקלינן אח"כ ואף דאמרינן כי הימניה רחמנא לאב לאיסור' לקטלא לא הימניה הכא שאני דכל דהמנהו שהיא בתו והיא מקודשת ממילא היא א"א גמורה וכמ"ש ובלא"ה י"ל דלכך נאמן אף לסקיל' דהרי הפ"י הקשה בהא דאמרו כי הימניה רחמנא לאב לאיסור' לקטל' לא המניה והקשה מהא דכתב הרמב"ם דאיסור הוחזק בע"א ואם ע"א יאמר שזאת הוא חלב ואח"כ אכלו אדם נתחייב על ידו משום דכבר הוחזק לחלב וה"ה כאן דכבר הוחזקה לא"א. והנה בחידושי ובתשוב' אמרתי כמה דברים בזה וכעת נ"ל דבר חדש בזה דהנה התה"ד סי' ר"ז כתב דיש שתי מיני חזקות חזקה שאינה פוסקת שהיא באה מכח הרוב כמו חזקה אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ נעשה גדול וכן חזקה אאעבב"ז וכדומה שבא מכח רוב זה מקרי חזקה גמורה ואף בד"נ סמכינן על חזקה זו אבל חזקה הפוסקת כגון אשה זו בחזקת פנויה עומדת או בחזקת א"א זה חזקה

גרוע ואין דנין בזה ד"נ ע"ש שכן נראה מדבריו אף שקצת לשונו מגומגם וכפי הנרא' חסר יבואנו בהעתקה מא"ז הגדול ולפ"ז בשלמא כשע"א מעיד שזה חלב והוחזק זאת לחלב זה הו"ל חזקה שאינה פוסקת דלעולם יהיה חלב ולכך מועיל אף שהוחזק רק בע"א אבל כאן ניהו דאתחזק' בא"א ע"י אביה אבל עכ"פ חזקה הפוסקת הוה דיכולה להתגרש שוב הו"ל חזקה הפוסקת ואין דנין ד"נ על ידה וזהו שאמרו כי הימניה רחמנא לאב לאיסור' אבל לא לקטלא וכיון שכן מה מועיל מה שהוחזק' ע"י האב הא בזה אינה נסקלת וז"ב. ומעתה זהו שם אבל כאן כל שהוחזק' לאב ע"י והוא נאמן לענין קידושין שהוא אביה ממיל' נסקלת ג"כ דכבר הוחזק' בבתו ודו"ק איברא דלפ"ז צריך להבין א"כ א"א שזינת' דמקטל' ע"כ צ"ל שהעדים יודעין בבירור שהיא א"א עדיין וזה דבר בלתי אפשרי דאטו בכיפה תלי לה דלמא קבלה הגט וע"כ דמוקמינן לה בחזקת א"א והרי הוה חזקה הפוסקת דל"מ לד"נ ועכ"פ הו"ל התראת ספק וצ"ל כיון דבד"נ בעינן שתקבל התרא' ותאמר אעפ"כ שוב ל"ש לומר דהוה חזקה הפוסקת דאם לא היתה א"א חזקה שלא היתה מתיר' עצמה למית' וזו חזק' שאינ' פוסקת דמסתמ' אין אדם מתיר עצמו למית' אם יוכל להתנצל עצמו וע"כ דא"א היא עדיין וז"ב. ובזה יש ליישב מה שהקש' הב"י בסי' קכ"ט דגט מאוחר למה יכשר הא שייך משום חיפוי דאין ראיה מזמן שנכתב בגט דאנו רואין שהוא מאוחר ולפמ"ש א"ש דבאמת התוס' הקשו דגם באין בו זמן כלל נוקי בחזקת א"א וכתבו דהרי גרושה לפניך ותמה הפ"י דחזק' דהשת' ל"מ חזקה לגבי חזקה דמעיקר' וכתבו האחרונים דעכ"פ אין אנו הורגין אותה דהו"ל חזקה הפוסקת ולפמ"ש צ"ב דהא קבלה התרא' וא"כ נתחזק' בא"א וצ"ל דאם אין זמן בגט שוב יכלה לומר שחקתי בכם דהרי גרוש' אני והגט לפניך משא"כ באין לה גט וכעין זה כ' בפ"י שם בסוגי' ולפ"ז זהו כשלא תקנו זמן כלל אבל עכשיו דתקנו זמן רק שהוא מאוחר א"כ שוב יש לאוקמ' בחזקת א"א דהרי קבלה התרא' ולא תוכל לומר הרי גרוש' אני דבאמת הזמן מאוחר ואם הי' הבעל אומר שלא גרשה רק מזמן הכתוב בו הי' נאמן א"כ עכ"פ ל"ש לומר שסמכה עצמ' על הגט וקבל' התרא' וז"ב:

ג ובזה יש ליישב היטב מה דאמרו ביבמו' דף למ"ד דננחי' גבי דידה מחקה לה ופריך א"ה גירושין נמי ומשני התם להצל' דידה קאתי ופירש"י משום דאי מחקה קטלינן לה והקשו בתוס' דא"כ מ"פ גזייה לזמן מא"ל והא לא תגוז דקטלינן לה ולפמ"ש א"ש דבאמת הש"ס משני דלרמאי ל"ח וצ"ל דהא דלא אמרו ביבמו' כן הוא משום דמחיק' אינו ניכר כ"כ כמו גזיזה וכמ"ש המהרש"א בגיטין דף י"ז ולפ"ז ממנ"פ קטלינן לה דהשת' דתקנו זמן שוב מוקמינן לה בחזקת א"א וכאן ל"ש תירוץ התוס' דהרי גרושה לפניך דהרי קבל'

התרא' דז"א דממנ"פ ע"כ צריכ' לעשות באופן שלא יוכר שמחק' בכוון דאל"כ לרמאי ל"ח וא"כ לא תוכל לומר ששחק' בהם דמנא ידעה שיכתבו לה גט בלי זמן דבאמת לכתחל' צריך לכתוב זמן ולא תוכל לשחוק דבשלמ' כשנחוש שתעש' דבר הניכר שוב יכלה לומר ששחק' וסמכה שתגוז אבל כיון דלגזיז' ל"ח דלרמאי ל"ח ורק למחיק' ובאופן שאינו ניכר כ"כ א"כ מנא ידעה שתוכל לעשו' כן באופן שלא יוכר עד שקבל' התרא' וסמכ' עצמ' ע"ז ודלמ' יהי' ניכר המחיק' ונקטל' ולכך למחיק' ל"ח. ובזה מיושב היטב קושיית המהרש"א דא"כ ניחוש למחיק' ולפמ"ש א"ש דלמחיק' באופן שלא יהי' ניכר ל"ח דא"כ למה קבלה התרא' ועיקר קושית הש"ס דניחוש לגזיז' ותאמר ששחק' שסמכ' עצמה ע"ז וע"ז משני דלרמאי ל"ח דזה דבר הניכר ולמחיק' לא חיישי' דלכתחל' ודאי יכתבו לה זמן ותצטרך למחוק ובאופן שלא יהי' ניכר וע"ז לא תסמוך עצמה ולקבל התרא' ודו"ק. נחזור לענינינו דעכ"פ הקושי' של מעלתו ל"ק מכמה טעמים וכמ"ש. איבר' דאי קשיא הא קשיא דאכתי איך יכול לקבל כסף קידושיה והא בממון אין הולכין אחר הרוב אבל באמת ל"ק דמלבד היכא דפתיך איסור' ג"כ הולכין אחר הרוב אף בממון וכמ"ש בהפלא' ספ"ק דכתובו' באורך אף גם דכל הטעם דאין הולכין במאה"ר הוא משום דלהוצי' ממון אין מועיל הרוב וכאן אינו מוצי' דהמקדש צריך ליתן אם לה או לו ואין נקר' מוצי'. ובזה מיושב מה שהקש' מעלתו דאיך יכול למכור את בתו לאמה ודלמ' לאו אביה הוא דאין הולכין במאה"ר ולפמ"ש א"ש ומה דלא יליף מזה דאזלי' בתר רוב דאל"כ איך יכול למכר' ל"ק וכמ"ש למעל' בישוב קושית מעלתו דהתור' זכתה לו מע"י יהי' מחמת ספק או מחמת רוב ודו"ק:

ד והנה שמעתי מקשים בשם הרב הגאון החסיד מוה' יעקב אבד"ק דינוב בעהמ"ח מלא הרועים בהא דיליף ממכה אביו דאזלינן ב"ר והקשה הוא דהא תוס' ביבמו' דף קט"ז הקשו דאיך אזלינן ב"ר דמתעברו' ויולדות דהא הוה רובא דתלוי במעש' וכתבו דזה לא מקרי מעש' דכאן הוה ממיל' שבא ע"י מעש' התשמיש וזה ממיל' נזקק אדם אל אשתו וא"כ בשלמ' התם הרוב אינו תלוי במעש' דהוא ממיל' ואם תחוש למיעוט זה נקרא ע"י מעשה דאם נחוש שמא אחר בא עליה זה הוה מיעוט דתלוי במעש' וא"כ לכך אזלינן ב"ר דאינו תלוי במעש' משא"כ בעלמ' היכא דהרוב והמיעוט אינו תלוי במעש' דלמא לא אזלינן בתר רובא. והנה לפמ"ש בחידושי לאהע"ז סי' קנ"ו ס"ז בביאור דברי התוס' ביבמו' הנ"ל דענין רוב התלוי במעש' הוא רק דמהראוי לומר דלא נעשה מעשה חדש וכמו דאמרי' דמוקמינן אחזקת הגוף וכדומ' ולפ"ז שם דאין אנו דנין על התשמיש ואדרב' סתם חזקת איש ואשתו דודאי בא עליה ורק אנו דנין אם הלידה הי' בן קיימא או לא וא"כ

כל שהי' הענין מהראוי לאוקמ' על הרוב דיולדות בני קיימא ע"ש שהארכתי בזה ולפ"ז גם כאן אנו דנין על אותו בן אם הוא מזה או לא וא"כ אף שיהי' מהמיעוט ל"ש לומר דהוה מיעוט התלוי במעש' דהא כל עיקר הסבר' דמה"ת להמציא מעשה חדש והא המעש' כבר לפנינו רק שאנו מסופקים אם מזה או מזה ובזה ל"ש למיזל בתר רובא. אמנם כ"ז כתבתי לפלפול' אבל המעיין בתוס' בכורות כ' בד"ה רבינ' ימצא שכוונת התוס' דדוק' תשמיש בהמה דתלוי לפעמים בהרבעת אדם לכך מקרי תלוי במעש' אבל אדם דעושה ברצונו ואין אדם אחר משכיבו עם אשתו מקרי רובא דלא תלוי במעש' א"כ אין נ"מ בין איש עם אשתו או עם אשת חבירו כלל:

ה ובזה מיושב ג"כ מה ששאלני הרב החריף מוה' חיים צבי נ"י מיאניב בהא דאמרו ביבמו' דף כ"ב וחייב על מכתו קרי כאן ונשיא בעמך לא תאור וע"ז הקשה דכאן קשה אמאי חייב על מכתו דלמ' לאו אביו הוא דהא כאן ל"ש למיזל ב"ר דהוה רובא דתלי' במעש' דהא לא בא על אשתו דיהי' מקרי ממיל' רק בא על שפחתו ולפמ"ש א"ש דאין חילוק בין אשתו לאשת חבירו העיקר החילוק באדם הוא ממיל' וא"צ למעש' איש אחר וז"ב ופשוט ובחידושי אמרתי בזה דבר נחמד ליישב קושית התוס' ביבמו' דף למ"ד ע"ב ד"ה אשה דהכ' מוקמינן אשה זו בחזקת היתר לשוק אעפ"י שבשע' שנולד הספק היתה עומדת בחזקת איסור שבעל' עדיין חי ואילו בהמה שנשחט' אמרינן דבהמ' בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיוודע לך במה נשחט' אלמא דבחזקת איסור מחזקינן לה ובחידושי רשב"א ביאר יותר דשם מחזקינן מאיסור לאיסור וכאן לא מחזקינן מאיסור לאיסור. ולפמ"ש י"ל דכאן שפיר בחזקת היתר לשוק עומדת דגם בהיות' אשתו של ראשון לא היתה עומדת להיתר ליבם דהרי באמת רוב נשים מתעברו' ויולדו' וא"כ הא רוב עדיף מחזק' וא"כ ל"ש להחזיק מאיסור לאיסור דגם מתחלתו לא היתה עומדת רק בחזקת היתר לשוק לכשימות בעלה דהא יש חזקה דאתי' מכח רובא דיולדו' דהא רוב נשים מתעברו' ויולדו' סותרת החזק' דהיתר ליבם אבל בשחיט' אף דיש רוב דרוב בהמות כשרים הא מ"מ צריך מעש' שחיט' והו"ל רובא דתלוי במעש' משא"כ כאן דהרוב ממיל' כמ"ש התוס' ביבמו' הנ"ל דממיל' נזקק לאשתו וז"ב מאד. איבר' דלפ"ז יקשה היאך אמרו בספק קידושין דבחזקת היתר ליבם עומדת והא יש רוב כנגדו. אך ז"א דשם היתה זאת נשאת מקודם ולא הי' לו בנים וא"כ בכה"ג ל"ש הרוב כמ"ש התוס' ביבמו' דף ל"ז דאין סבר' בכה"ג להעמיד' על הרוב דהא חזינן שלא ילדה אבל בספק גירושין אף שהראשונ' לא ילדה אין ראיה דדלמ' זו היא מהרוב והמניע' הי' מהראשונ' ושפיר שייך רוב דרוב נשים מתעברו' ויולדו' וז"ב ודו"ק היטב כי נכון הוא. איבר' דלפ"ז יקשה

בהא דפריך הש"ס ותא בשני כיתי עדים נמי ספיק' דרבנן הוא דאמרינן אוקמ' תרי לגבי תרי ואשה אוקמ' אחזקת' ופירש"י דאמאי קתני חולצת ומוציאין אותה מחזקת א"א וקשה מה קושי' דהא באמת ל"ש חזקת היתר לשוק דבעודנ' תחת בעלה נולד הספק וע"כ משום דיש רוב נשים דמתעברו' ויולדו' נגד החזק' וכיון שכן הא כבר נודע מ"ש האחרונים דבתרי ותרי ל"ש להעמיד על הרוב דעדים עדיפי מרוב דבשלמ' בחזק' קמיית' שייך לאוקמ' דגם העדים אחרים מודים שהית' בתחל' בחזק' זו אבל הרוב הא העדים הם נגד הרוב ועיין בשב שמעתת' שמעת' וא"ו פכ"ד וה"ה בזה מה מועיל הרוב נגד עדים אך ז"א דבשלמ' אם היו העדים מעידים נגד הרוב שפיר נאמנים אבל כאן הספק קרוב לו אינם מעידין נגד הרוב רק דממיל' נסתר החזק' וא"כ שפיר הקשו דנוקי בחזק' דמעיקר' דמעיקר' היתה בחזקת היתר לשוק דאז לא היו עדים וגם כעת אינם סותרים להרוב וז"ב. ובזה מיושב קושית התוס' דאיך עלה על דעת המתרץ לומר כן ולפמ"ש א"ש דבזה נחלקו המתרץ עם המסקנ' ודו"ק:

ו והנה לפי מה שחידש בש"ש ש"ו פ"ז דתרתי חזקות מרעין לסהדי א"כ כאן שיש שני חזקו' חזקת הצרה לשוק וחזקת הערוה שלא נתגרש' שפיר יוכל לאורעי לסהדי ושפיר פריך הש"ס וזהו דאמר תרי ותרי נינהו ואוקמ' אשה אחזקת' והיינו הערוה אוקמ' אחזקת' וגם הצרה בחזקת' ותרי חזקו' יכול לאורעי. ובזה מיושב קושית הש"ש שם דזה באמת קושית הש"ס על רבה ור"י אבל באמת כ"כ בתשוב' דאין דבריו נכונים בזה הכלל ועדים עדיפי מתרי חזקו' ומחוורת' כמ"ש ודו"ק. והנה לכאור' ק"ל בהך דחולין דשקיל וטרי טובא לילף רובא מקר' ואמאי לא ילפינן מדזכה התורה לאב להפר נדרי בתו ודלמ' לאו אביה וא"י להפר וע"כ דאזלינן בתר רובא וא"ל דעכ"פ ספק הוה וכל הספיקו' מה"ת לקולא וכשיטת הרמב"ם דז"א דאכתי תקשה דהא כל דאתחזיק איסור הו"ל ספיק' לחומר' וא"כ כאן בנדר הא האב והבעל אינו רק מיגז גייז מכאן ולהב' וא"כ הי' עד עכשיו בחזקת איסור ואף דלהס"ד דלא אזלינן ב"ר מכ"ש בתר חזקה היינו שלא להקל עי"ז אבל עכ"פ להחמיר שלא יועיל ההפר' בודאי מחמרינן ואין ספק מוציא מידי חזקת הנדר. אך נרא' דהנה בהא דאמרו דלכך הבעל יכול להפר דכל הנודרת ע"ד בעלה נודרת הביא הדרישׁ' בסי' רל"ד דגם גבי אב ע"ד אביה נודרת וז"ל הרא"ש כפי מ"ש הדרישׁ' בשמו וכ' הרא"ש כיון דסתם אשה ע"ד אביה או בעלה נודרת לכן אפילו אם אביה או בעלה נתנו לה רשות לידור אח"כ ביום שמעם יוכלו להפר וגם דברי הדרישׁ' לא ראיתי במקומם אלא שכן ראיתי שהאחרונים העתיקו כן בשמו ולפ"ז כיון דע"ד אביה היא נודרת א"כ ניהו דלא אזלינן ב"ר אבל עכ"פ הבת בודאי ע"ד האב הלז נודרת א"כ ניהו שאינו אביה

באמת אבל מ"מ היא ע"ד נודרת ושפיר יכול להפר לה ועיין מהרי"ט סי' ד' שהאריך דלכך הבעל מיפר משום דנודרת ע"ד וכשרוצ' להפר יכול לבטל נדרה שנדרה ע"ד ולא גזה"כ היא והארכתי בזה בחבורי לנדרים סי' רל"ד ובכמה מקומות ולפ"ז ה"ה באב דכל שנדר' ע"ד האב אף שאינו אביה מידי דהוה אם נדרה ע"ד איש אחר כל שנודר ע"ד חבירו חבירו יכול להתיר כמבואר בסי' רכ"ח וה"ה באב וז"ב. איבר' דעדיין קשה כיון דהבעל א"י להפר רק עינוי נפש ובינו לבינה וע"כ הא דכל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת היינו ג"כ דבר שבינו לבינה או עינוי נפש דאכפת לי' להבעל ולפ"ז לשיטת הרמב"ם דאב יוכל להפר אף נדרים שאינו עינוי נפש ודברים שבינו לבינה כמ"ש פי"ב מנדרים ה"א וא"כ בזה ל"ש כל הנודרת ע"ד אב נודרת וקשה לפ"ז בסתם נדרים שאינם עינוי נפש ובינו לבינה מא"ל וע"כ דאזלינן ב"ר ואמאי לא יליף הש"ס מזה וצ"ל דבאמת יש להבין אם נימא דגם באב מה שמפר לפי שנודרת ע"ד וא"כ למה באמת מפר אף דברים שאינו עינוי נפש וצ"ל דבאמת להבעל אין גופה קנוי רק שמשועבדת לו וא"כ לכך נודרת ע"ד דהא משעבד' ליה וא"כ רק דברים שיש בהם עינוי נפש או דברים שבינו לבינה דמזק' ליה לשעבוד' דיליה יוכל להפר אבל לא מה שאינו נוגע לו אבל האב שהנערה ברשותו לכל דבר וא"כ הגוף קנוי להאב שהרי יכול למוכרה ולמוסרה למוכת שחין וכדומה וא"כ כל הנדרים יכול להפר דע"ד נודרת דהא היא ברשותו לכל דבר וז"ב כשמש. ולפענ"ד מכאן יצא לו לרבינו דין זה דהאב יוכל להפר אף נדרים שאינו עינוי נפש דאם נימא דא"י להפר רק נדרי עינוי נפש ודברים שבינו לבינה באמת ע"כ א"א לומר דלכך מפר לפי שנודרת ע"ד דבאב כל נדרים שנודרת ע"ד דהא היא ברשותו לכ"ד וע"כ דגזה"כ היא להקיש אב לבעל וא"כ שוב יקשה למה לא יליף דאזלינן ב"ר דל"ש לדחות דע"ד אביה נודרת דהרי חזינן דאינו כן דא"כ למה לא יפר כל הנדרים וע"כ דבאמת יכול להפר כל הנדרים. הן אמת דזה אינו מוכרח דכיון דבבעל חזינן דכל מה שאינו עינוי נפש לא אכפת לי' ול"ש דנודרת ע"ד בעלה מנ"ל דבאב נודרת ע"ד ומה אכפת ליה לאב בנדריה ואין לו שום היזק בזה ואדרב' הנדרים סייג לפרישות ולמה יהי' יוכל להפר:

ז ובזה נלפענ"ד דבר נחמד ליישב דברי רבינו מה שהביא המ"מ והכ"מ ששאלו לו חכמי לוניל דמנין לו זאת שהאב יכול להפר אף כל נדרים והא בספרי אמרו דמקיש האב להבעל והשיב דמדל' הובא בשני תלמודים דרשא זו רק בספרי ע"כ דר"ש לבדו הוא שאמר זאת דסתם ספרי ר"ש ולא קיי"ל כר"ש ע"ש ותמה הכ"מ דהכי ר"ש אינו כדאי לפסוק כדבריו ומנין לנו לדחות דברי הספרי בזה והנ"ל בזה דהנה באמת פשטות הכתוב מורה כמ"ש רבינו דכל נדריה ואסריה אשר אסרה על נפשה לא יקום וכל הנדרים כלל

אך אם נימא דהטעם משום דע"ד היא נודרת א"כ ל"ש רק בעינוי נפש ובינו לבינה כמו בבעל והנה בב"מ דף קט"ז מקשה דר"י אדר"י ודר"ש אדר"ש ומשני דר"י לא דריש טעמ' דקרא ושאני הכא דמפרש קרא ור"ש כיון דס"ל בעלמ' דריש טעמ' דקר' לכתוב רחמנ' לא ירבה ולא יסור ל"ל ש"מ דאף אחת שמסיר' לבו נמי ע"ש ובסנהדרין כ"א ולפ"ז גם אנן בדידן נימא קרא דלר"ש אף אי לא הי' ההיקש דבין איש לאשתו ובין אב לבתו ג"כ הוה ידעינן דאב מיפר דכמו דע"ד בעלה היא נודרת ולכך מיפר הבעל ה"ה האב וא"כ היקיש' למאי אתי וע"כ דאתי לגלות דה"א דיפר כל נדרים כפשטות הכתוב דכל נדריה ולכך מקיש לבעל דאינו מיפר רק נדרי עינוי נפש ובינו לבינה אבל לדידן דלא דרשינן טעמ' דקרא וא"כ שוב פשטות הכתוב דכל נדריה במקומו ומה"ת לומר דאתיא קרא להקיש דע"ז ל"צ להקיש דאם נימא דכאן הוה כמפרש טעמ' דבשביל אביה ובעלה נודרת והרי כתיב כל נדריה ופשיט' דלא עקרינן לקרא בשביל הטעם ולכך נקיטין כפשט' דקר' ורק לר"ש איצטרך ההיקש דלא נימא כפשט' דקר' דאל"כ למה צריך קרא באב וכמ"ש ודו"ק היטב:

ח ובזה נלפענ"ד ברור הא דנסתפקתי בחידושי ליו"ד סי' רל"ז אם הארוס והאב מפירים אף סתם נדרים כיון דבשתפות' דאב הוא מיפר והעליתי שגם אינו מפר רק נדרי עינוי נפש בלבד וכן מצאתי בלח"מ פי"ב מנדרים שם וקשה למה לא יפרו אף נדרים שאין עינוי נפש ובינה לבינו. ולפמ"ש למעל' י"ל דבאב כל הנדרים ע"ד נודרת משום דברשותו היא לכל דבר ולפ"ז בארוס עם האב דקליש עכ"פ רשות של אב לכך אינו מיפר רק נדרי עינוי נפש ובינו לבינה כדאמרו בנדרים דף ס"ח דקליש הפרתו. ובזה אני אומר דבר נחמד ליישב קושית הלח"מ דהקש' לשיטת רבינו איך אמרו בנדרים ס"ז אימא אב לחוד' ליפר ומשני א"כ אסרה איסר בית אביה למה לי השת' במקום ארוס מיפר אב לחודא שלא במקום ארוס מבעי' וקשה הא במקום ארוס אינו מיפר רק נדרי עינוי נפש ובינו לבינה ואצטריך קרא שיפר האב אף סתם נדרים שלא במקום ארוס. ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דבמקום ארוס אינו מיפר כל נדרים משום דקליש' הפרתו שצריך שותפות הארוס ולפ"ז בהס"ד דמיפר האב לבד במקום הארוס שוב מיפר כל הנדרים ושפיר קשה ל"ל קרא שלא במקום האב וז"ב. ובזה י"ל גם טעמו של הרר"י שמבי' הטור דעשה פשר דלאחר שמת הארוס דחוזר ונתרוקן רשות לאב והיינו כיון דקליש' הפרתו באותן נדרים שנדר' בעודה ארוסתו דלא נדרה ע"ד האב בלבד וא"כ ממיל' שוב א"י להפר אף לאחר שנתרוקן לו לבדו רשותו:

ט ובזה מיושב היטב קושית הלח"מ מהא דאמרו בנדרים דף ע'. דמקיש קודמי הויה שניה לקודמי הויה ראשונ' וכיון דאין היקש למחצ' נימא כמו דקודמי הויה ראשונ' האב מיפר כל הנדרים לשיטת הרמב"ם ור' יחיאל ה"ה בקודמי הויה שניה וקשה להרר"י ולפמ"ש א"ש דכבר נודע מ"ש הפ"י וכללא כייל בריש קידושין ובכמה מקומות דל"ש אין היקש למחצ' בדבר שתלוי בסבר' ובזה שייך הסבר' ובזה ל"ש הסבר' וא"כ ה"ה כאן הא בקודמי הויה שניה כבר קלשא הפרתו ול"ש דע"ד אב נודרת כמו בקודמי הויה ראשונ' ול"ש אין היקש למחצ' ושם מוקי בנדרים שנראו לארוס ודו"ק. ואחר שזכיתי ליישב דברי רבינו נלפענ"ד להדיא ראיה לרבינו מהא דאמרו בנדרים דף ס"ח דבי ר"י תנא בין איש לאשתו בין אב לבתו מכאן לנערה המאורס' שאביה ובעל' מפירין נדריה וכו' ורבה האי דתנא דבי ר"י מאי עביד ליה מבעי' לי' לומר שהבעל מפר דברים שבינו לבינה ולשטת הפוסקים דפסקי כהך דספרי א"כ לימא בין איש לאשתו בין אב לבתו צריך להך דדרש בספרי דמקיש אב לבעל דמה בעל אינו מיפר רק נדרי עינוי נפש ובינו לבינה אף אב כן וע"כ דבאמת לא מסתבר לומר כן דההיקש יעקור פשטא דקרא והנה הפרישׁ' דעתו דלפמ"ש הפוסקים דקי"ל כהך דספרי האב א"י להפר רק נדרי עינוי נפש ולא בינו לבינה והט"ז סי' רל"ז ס"ק מ"ח השיג ע"ז דאין היקש למחצ' ויכול להפר האב אף דברים שבינו לבינה ולפמ"ש באמת לפי טעם הפרישׁ' שנתן בזה ל"ש אין היקש למחצ' כל דל"ש הסבר' אבל גוף הדברים לא נהירא לפענ"ד דבאמת פשטות הכתוב משמע דבאב יכול להפר כל נדריה רק דהיקש בא לגרע כח האב עכ"פ דיו לאוקמ' שוה בשוה לבעל ולא לגרוע כחו. אך לפענ"ד נרא' ראיה ברורה לכאור' כפרישׁ' מהך דאמר דמבעי' ליה לרבא הך דתנא דבי ר"י לומר שהבעל מיפר נדרים שבינו לבינה ומשמע דוקא בעל ולא האב אבל אחר העיון א"א לומר כן דכיון דמוכח דברים שבינו לבינה מהך דכתיב בין איש לאשתו והיינו בינו לבינה ה"ה מה דכתיב בין אב לבתו מורה על בינו לבינה וא"צ כלל להקיש דפשטות הלשון הכי משמע וכמו לתנא דבי ר"י דתרתי יליף מינה וז"ב. ובאמת שאף שנדחקתי לשיטת הט"ז אבל פשטות לשון הש"ס דאמר דבין איש לאשתו אתי להורות דבעל מיפר נדרים שבינו לבינה משמע דהאב אינו מיפר וכשיטת הפרישׁ' וכן אמרו בדף ע"ט ע"ב מלמד שהבעל מיפר נדרים שבינו לבינה. ובזה נלפענ"ד ראיה לשיטת רבינו שדחה הך דספרי דלהספרי קשה כיון דמקיש אב לבעל ומצד הסברא היה האב מיפר כל הנדרים א"כ די עכ"פ שהאב יהי' כמו הבעל דיהי' מיפר דברים שבינו לבינה ואמאי אמרו מלמד שבעל מיפר נדרים שבינו לבינה וע"כ דלא קי"ל כהך דספרי וא"כ גבי אב פשיטא דמיפר דהא מיפר כל נדרים ולא אצטריך

קרא רק דבעל מצי מיפר נדרים שבינו לבינה דה"א דוקא עינוי נפש לבד. ובזה הן נסתר מחמתו מ"ש הכ"מ פי"ב מנדרים דמהך דנדרים דף ע"ט שאמרו בין איש לאשתו בין אב לבתו מלמד שהבעל מיפר נדרים שבינו לבינ' ולמה מביא בין אב לבתו וע"כ להורות דהוקשו ולפמ"ש יקשה דא"כ למה האב אינו מיפר נדרים שבינו לבינה ונימא דהרי"ז בא ללמד ונמצא למד כדאמרו בפסחים דף כ"ה דרוצח ונערה המאורס' שוים וה"ה בזה וע"כ דהאב באמת מיפר כל נדרים וא"כ ההיקש להיפך דהבעל עכ"פ מצי מיפר נדרים שבינו לבינה כמו דבין אב לבתו בודאי מורה על בינו לבינה דודאי יכול להפר א"כ לזה מקיש הבעל להאב דעכ"פ אותן נדרים יכול להפר אבל האב עדיף מהבעל ודו"ק היטב כי מובטחני שרבינו הגדול יגן עלי בצדקתו דמתריצנא דבריו בקושטא ת"ל ודו"ק:

י שוב מצאתי בחידושי רשב"א בנדרים ס"ז בהך דבעל מיפר נדרים שבינו לבינה דה"ה אב דמיפר נדרים שבינו לבינה ובאמת שזה מבואר כהט"ז אבל פשטות לשון הש"ס מורה כפרישה וכמ"ש והט"ז כתב שכ"כ בראש וכוון לדברי הרא"ש בדף ע"ט ע"ב. אבל לפענ"ד צ"ע קצת בדברי הרא"ש בדף ע"ח שכתב ויליף אב מבעל לנדרי עינוי נפש משמע דוקא לנדרי עינוי נפש בלבד:

יא שוב ראיתי בתוס' ישנים בדף ס"ח שם שכתב דבין אב לבתו אתי לומר שיפר האב דברים שבינו לבין בתו דסד"א דאפי' מכל דבר כיון דאינו מפרש באב שום דבר שהוא מיפר קמ"ל דברים שבינו לבין בתו דוקא ודברים מעינוי נפש עכ"ל ויש קצת חסרון בדברים אבל הדברים מבוארים דפשטות הקרא הוא מורה כהרמב"ם ורק דמצד ההיקש שולל דא"י להפר ולפ"ז בש"ס דלא אמרו רק מלמד שהבעל מיפר דברים שבינו לבינה משמע כהרמב"ם דאל"כ היה לו ללמדינו דהבעל א"י להפר דברים אחרים כ"א עינוי נפש ודברים שבינו לבינה וכמ"ש ודו"ק:

יב וראיתי בשעה"מ פי"ב מנדרים שהקש' לדעת הפוסקים דלא כרמב"ם דא"כ היאך פריך הש"ס אימא אב מיפר לחודיה דא"כ יקשה למה לי קרא דאם היו תהיה לאיש דמקיש קודמי הויה שניה להויה הראשונ' דהאב מיפר דהא גם כשיש הארוס אב מיפר לחודי' וע"כ כדעת הרמב"ם דאב מיפר כל הנדרים וא"כ זהו ההבדל כשהוא במקום ארוס א"י להפר רק נדרי עינוי נפש משא"כ קודם הויה ראשונ' ושניה שנתרוקן לו לבדו מיפר כל דבר. ובאמת שהיא קושיא גדולה. אבל מ"ש דלהרמב"ם ניחא לפמ"ש גם להרמב"ם קשה דכל שס"ד דאב מיפר לחודי' שוב מסתבר דמיפר גם כשהוא במקום ארוס כל נדרים דלא קליש הפרתו. אך נרא' די"ל כיון דיש ארוס וא"כ אם קיים הארוס מוקם גם להס"ד כמבואר בר"ן שם א"כ הוה כנודרת ע"ד שניהם ושוב קליש הפרתו ולא יהי' יכול

האב להפר רק עינוי נפש בלבד ולכך אצטריך קרא דהיו תהי' לאיש להורות דמקיש קודמי הויה שניה דשם יכול להפר אף כל הנדרים וע' ביו"ד סי' רט"ז ס"ז ובסי' רכ"ח דאם נשבע שלא ילוה בלי רשות ראובן ושמעון ומת אחד מהם דמותר להלוות ברשות אחד מהם ולפ"ז כיון דס"ד דאב מיפר בלבד רק שאם הארוס קיים יכול לקיים הנדד א"כ כיון דזו נדרה ע"ד שניהם וע"ד אחד מהם בלבד א"כ כ"ז שהוא חי א"י להפר האב שאר נדרים וכן לשיטת שאר הפוסקים בנדרי עינוי נפש ובינו לבינה אצטריך שפיר קרא דה"א דלא יוכל להפר לבדו כיון דהיא תלוי ברשות הארוס ג"כ דדלמא יקיים אבל כשמת פשיטא דפקע רשות הארוס ופשיטא דזו לא תלתה הנדר אף לאחר מיתת הארוס וכמ"ש הרשב"א שם ולכך שפיר אצטריך קרא דאם היו תהי' לאיש דא"ל דהשתא במקום ארוס מיפר לבד דה"א דבחי הארוס ולא קיים הנדר בודאי יכול להפר בלבד דגם בעודו חי תלתה ברשות האב בלבד וכמ"ש הש"ך סי' רט"ז ס"ק כ"ב ומכ"ש בזה דאב בודאי יש לו יותר כח מהארוס כדס"ד דאב מיפר לבדו אבל כשמת הארוס נחוש דלמא אי הי' קיים הוה מקיים הנדר בפירוש והיה אומר שבדעתו היה לקיים ואפ"ה יכול להפר וא"ש ודו"ק היטב כי הוא חריף:

יג והנה במ"ש למעל' בענין רובא דתלוי במעשה נלפענ"ד ליישב מה שהקש' אותי החריף מוה' מרדכי מיזיש נ"י בהך דכתב הר"ן דאם נסתפק לנו אם הביצה היא מהנולדים מזכרים או מארעא דתלינן ברוב דהוה מזכרים ואמאי לא נימא דהוה רוב התלוי במעשה כמו דאמרי' לענין רוב התלוי במעשה. והשבתי בתכ"ד דלק"מ דכל הטעם דלא אמרי' רובא דתלוי במעש' הוא משום דאמרי' שמא לא נעשה מעשה הרבעה א"כ זה כשאנו דנין על אותה הבהמ' הפרטית ואמרי' דרוב מתעברות ע"ז שייך לומר דהוה רובא דתלוי במעש' אבל כשאנו דנין אם הנולדים בכלל הוא מן הזכרים או מארעא בזה ל"ש לומר דהוה רובא דתלוי במעש' דאטו אין מרביעין בעולם והלא באמת הרוב מרביעין ואטו אנן דנין על המעש' אם נעשה בפרטי הזה אנו דנין אם זה הפרטי בא מהרוב או מהמיעוט דספנא מארעא והרי זה נודע בבירור דרוב מרביעין וז"ב כשמש ולפמ"ש למעל' בביאור הדברים דרובא דתלוי במעשה יתיישב טפי ודו"ק:

סימן סה

א למדינת הגר

ב אשר שאל מעכת"ה שבא איש אחד לפניו וצוה לכתוב גט לאשתו והלך מאתו והנה נשתטה אח"כ והי' שוטה כל עת הכתיבה ונתינה ולאשר מעכת"ה לא ידע מזה ולא

הרגיש בו ואח"כ נגלה הדבר שבעת כתיבה ונתינה כבר החל רוח שטות לפעמו והאריך מעלתו בזה. הנה באמת הדברים עתיקין וכל האחרונים האריכו בזה. אך בכ"ז מראש צורים נרא' הנה בב"י סי' קכ"א מבואר דאם היה שוטה בעת הכתיבה ונתינה אף שבעת שצוה לכתוב היה מיושב בדעתו הגט בטל וע"כ תמה על הרמב"ם לענין מ"ש דאם היה בריא בעת שצוה לכתוב ואח"כ אחזו החולי שכ' דהגט פסול דמאחר דהש"ס מדמה לשוטה ובשוטה הגט בטל ורצה לפרש ולחלק בין סמי' בידן לאין סמי' בידן וכמ"ש בשלחנו ס"ב והח"מ והב"ש המה ראו כן תמהו דבאמת גם בנשתטה אינו רק פסול דרבנן. והנה ראיתי באור הישר שנדפס בשנת תקי"ב ע"ד הגט שנעש' שם ע"פ הרב מוהר"י ז"ל ועוררו עליו חכמי פפ"ד וע"ז כ' הגאון בעל נוב"י ז"ל דאף אם היה שוטה גמור בכל הסימנים אפ"ה כל שנותן בב"ד וב"ד מסברין ליה וסבר ענייני ביטול מודעות ושיכוין להתירה בגט זה איך לא יקרא גדול עע"ג ואף שהתוס' בגיטין דף כ"ב דשוטה שחולץ לאו כלום דלא מוכח מתוך הענין שחולץ לשמה כדמוכח מכתיבת הגט שכותב לשמה וא"כ בנתינת הגט דלא מוכח מתוך הענין א"כ פסול אפ"ה עכ"פ לא הוה רק ספק ואטו ידענו בבירור שאינו מכוין לשמה עכ"פ מידי ספק לא יצא ע"ש שהאריך וזת"ד.

ג והנה דבר גדול דיבר הרב בזה והנה ספר הישר הלז אין אתי כעת כ"א כפי מה שזוכר אני ממה שראיתי. אבל לפענ"ד תמהני דהרי התוס' בעצמם הקשו אח"כ דניהו דגדול מלמדו אבל עכ"פ לאו בני שליחות נינהו וכתבו דלא בעי בכתיבה לשמה ע"ש ולפ"ז כיון דעכ"פ לאו בני שליחות הוא א"כ אם היה נותן ע"י שליח הגט לא היה מועיל דא"י לעשות שליח וע"ז ל"מ מה שהב"ד מלמדו ועכ"פ דעתו לא מקרי ואיך אפשר שיוכל לתת גט והא בעינן דעתו בשעת נתינת הגט והרי אין לו דעת דהרי ל"מ שליחות אף שהב"ד מלמדו לא אתרבי לשליחות וה"ה לנתינתו בעצמו כנלפענ"ד. אך אף אם נימא דמועיל נתינתו בעצמו עכ"פ ע"י שליח ודאי לא מועיל וכמ"ש התוס' ולפ"ז נ"ל ברור דזה דוקא היכא שהי' שוטה בעת שצוה לכתוב הגט אז ל"מ שליחות אבל אם היה שפוי בעת ההוא ואח"כ נשתט' בזה נ"ל שבזה מועיל אף ע"י שליח והטעם דהרי באמת לא גרע מה שצוה לכתוב וליתן ממה שמלמדין הב"ד דבעת ההיא היה שפוי ניהו דאחר כך נשתט' הא עכ"פ בעת ההיא היה שליח לגירושין א"כ מה בכך שנשתט' אטו ידעינן בבירור שא"י לדעת אף במסברי לי' וא"כ לא גרע השליח מאלו מסברין לי' וסבר ואף אם נאמר דכיון דעכ"פ כעת נשתט' א"מ לשליחותו עכ"פ אם היו מסברין לי' וסבר בודאי נלפענ"ד דהי' מועיל השליחות דאף דהוא בעצמו לא היה יכול לגרש דלא ניכר מתוך הנתינ' אם מכוין לשמה עכ"פ כשעש' שליח מקודם וכעת אינו מבטל השליחות ממילא

מחשבתו ניכר מתוך מעשיו שרצונו בהשליחות ואין לך גדול עומד ע"ג יותר מזה ואף אם נתעקש בכ"ז מ"מ בנ"ד שהי' מעלתו מסדר לו הגט א"כ ודאי א"ל כל עניני הגט וביטול מודעות אין לך גדול עע"ג יותר מזה ובודאי מועיל. וראיתי בבית מאיר שכתב להשיב על הנוב"י דשאני גט חרש שוטה דכיון דאין בו כוונה לא לקנות ולא למכור אין זה אלא כאלו העומד ע"ג משיאו עצה להקנות ולקנות דל"מ כל שאין מבחין מעצמו ושאני חליצת חרש ושוט' דבאמת חליצה מוטעת כשרה א"כ לא גרע מה שהב"ד מלמדים אותו דעכ"פ הטעו אותו ורק שאין בו כוונת המצוה ובזה סגי בגדול עומד ע"ג ע"ש שהאריך בזה. והנה לפמ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל סי' א' דכוונת חליצה היא ג"כ מתורת ההקנאות ולא מתורת כוונת המצוה ע"ש וא"כ נסתרו דבריו אבל גם לפי דבריו זהו כשלא היה בעת הציווי לכתוב שפוי אבל כל שהיה בעת ההיא שפוי בדעתו מה בכך שאח"כ נשתטה הא כיון שהוא משום הקנאה ומכירה וכל שהיה בדעתו כן וצוה כן לשליח לקנות אטו נימא דאם נשתטה אח"כ לא יועיל קניית השליח זה לא שמענו ואף דיכול לחזור ולבטל שליחותו אבל בלא נודע כוונתו מה לנו ולשטותו דלמא מ"מ לא הדר ביה מזה וה"ה כשאח"כ מסברין ליה וסבר ניהו דאינו דעתו השלימה אבל עכ"פ הרי בעת ההתחל' הי' בדעתו ואח"כ ג"כ הוא בדעתו ע"פ הגדול העומד ע"ג אם כן לפ"ד מהראוי שיועיל וז"ב לפענ"ד:

ד ובזה מיושב לפענ"ד מה שהביא הב"מ ראיה להב"י ממ"ש התוס' בגיטין דף י"ג דהאומר תן גט זה לאשתי וכו' הרי"ז לא יתנו לאחר מיתה וכתבו התוס' שם דאף שמינה השליח בחיים מ"מ לא חשוב להיות כמותו אחר מיתה וכן אמרו בגיטין דף כ"ט דכלהו מכח בעל קאתו מת הבעל ליתנהו לכלהו ע"ש הרי דאף דמפני שאינו בעת הנתינה נפסק כח השליחות וה"ה כשנשחטה. ולפמ"ש יש ליישב דשאני התם דבעינן שיבא מכח הבעל דונתן בידה כתיב ואנן מרבינן שליח אבל כל שאין הבעלים בעולם פשיטא דשליחות לא מועיל אם נפסק כח השליחות והוא לא אמר שהגט יחול מחיים רק לאחר מיתה ואז נפסק כח המשלח שהשליח בא מכחו אבל כאן אטו השוטה אינו בעולם ורק שלא נודע כוונתו וכל דמסברין ליה וסבר ניהו דא"י לקנות ולהקנות כל שצוה ע"י השליח הרי נעשה שליחותו:

ה ובזה מיושב קושיית הרשב"א דאם נימא דגם נתינה פוסל בנשתתק א"כ היכי אמרי' בגיטין דף ע"ב מעת שאני בעולם והא בעת ההיא לא נוכל לבדקו ע"ש ולפמ"ש א"ש דכיון דאמר שהגט יחול למפרע וא"כ מה לנו בזה שנשתטה בעת ההיא ואטו אם יתן

אדם אחד מתנה לחבירו ויתנה מכאן ועד שלשים יום ונשתטה ביני לביני האם לא יחול מתנתו למפרע וה"ה בזה וז"ב לפענ"ד:

ו ודרך אגב אומר במה דדעת הפוסקים דבעי לענין הכתיבה ג"כ שליחות מה"ת ותמהו הקדמונים מריש זבחים דמפלפל שם אי סתמא כשר והא עכ"פ לא גרע מלא עשה שליח דפסול והוא תימה רבה. ולפענד"נ דלק"מ דהנה כל הטעם דבעי שליחות בכתיבה משום דכתיב וכתב לה וקאי אבעל ולא אסופר והתוס' גיטין דף כ"ב נדחקו דקאי אסופר אבל פשטא דקרא קאי על בעל וא"כ צריך לעשות שליח דאל"כ לא מתקיים הקרא דוכתב לה רק ע"י השליח דשלוחו כמותו והנה אמרו במכות דף ח' ע"ב כיון דאם מצא חרוש אינו חורש לאו מצוה היא ע"ש ברש"י ולפ"ז גם כאן בהס"ד דש"ס דסתמא כשר וא"כ אם מצא גט כתוב היה כשר ע"כ דוכתב לאו על הבעל קאי רק על הסופר אבל להמסקנא דסתמא פסול ובעי שיכתוב לשמה שוב י"ל דוכתב על הבעל קאי ובעי שליחות וז"ב מאד:

ז ומ"ש הנוב"י שם דבירושלמי פ"ק דתרומות הלכה א' דר"י בנו של ריב"ב אמר דחש"ו שקדשו בינן לבין עצמן אין קידושיהן קידושין בינו לבין אחרים קידושיהן קידושין הרי דלריב"ב גם בחש"ו מועיל קידושין כשהגדול עומד ע"ג ע"ש והאריך בזה. הנה באמת הדבר יפלא מאד לכל רואה דהיאך אפשר שיהי' שום תנא שיאמר דחש"ו מועיל קידושין כשגדול עע"ג וכבר כ' בעל בית מאיר שם דנשתומם על המראה ומדלא הזכירו הפוסקים ע"כ שתפסו למשבשתא ע"ש:

ח והנה הפריז על המדה שלומר שיהי' דברי הירושלמי בשם תנא משובשים ח"ו וחלילה חלילה לומר כן ומוטב לתלות החסרון בידיעתינו. ובאמת שבלא"ה תמוה שיהי' כוונת הירושלמי שבינן לבין אחרים יהי' הכוונ' כשגדול עע"ג זה לא מקרי בינן לבין אחרים והנלפענ"ד דבר חדש בזה דהנה זה כמה נתקשיתי למה לא יועיל קידושי קטן הא אם דעת אחרת מקנה אותן לדעת רבים מהפוסקים דמועיל מה"ת וא"כ גם בקידושין יועיל ומצאתי בנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' נ"ד שנתקש' בזה ע"ש שהאריך דגם בקידושי כסף כיון שרבנן תקנו דבמטלטלין מתנתן מתנה וא"כ יוכל לתת לה כסף הקידושין והיא תקנה עצמה לו ולא העלה דבר ברור בזה אבל באמת כבר כתבתי במק"א דלפמ"ש הר"ן בנדרים דף כ"ט דהאשה אינה מקנית עצמה לבעל רק שנעשית הפקר והוא זוכה אותה במה שמקדש' וא"כ בהפקר דדעת הפוסקים דל"מ בהפקר דעת אחרת מקנה וע' מלמ"ל שנסתפק בזה וא"כ ל"מ קידושי קטן דאין כאן דעת אחרת מקנה שהיא רק נעשית הפקר ולא קנין וכמדומה שכ"כ הח"מ. אך עדיין קשה דהא דאם מזכה ע"י אחר מועיל גם בשוטה כמבואר סי' רל"ה בסמ"ע ס"ק כ"א דאחר יכול לזכות א"כ יקשה יזכה אחר בעדו

שתהי' לו להשוטה והיינו שהיא תקנה עצמה לאחר שיזכה עבור שתהי' לאשה להשוטה ואף דבאשה י"ל כיון דתקנה עצמה לאחר א"כ תהי' אשת אחר ולא אשת שוטה מ"מ י"ל דהאחר אינו רק זוכה אותה שנעשית הפקר וזוכה בשביל השוטה וזה לדעתי מ"ש ריב"ב דחש"ו שקידשו בינן לבין עצמן אין קידושיהן קידושין והיינו שהם בעצמם א"י לקדש שאין להם כח לזכות אבל בינן לבין אחרים דהיינו שאחרים רוצים לזכות עבורם יש להם קידושין והרי דעת הר"י ברזילי דאם האב קידש לקטן שלו אשה דמקודשת מה"ת וה"ה דאחרים יכולים לזכות עכ"פ בשביל החש"ו כנלפענ"ד בכוונת ריב"ב בירושלמי שלא יהי' תמוה כ"כ:

ט והנה הקול נשמע משם הגאון התנא מוהרא"וו זצלה"ה שאמר דהירושלמי כוון לקידושי מי חטאת דמבואר בזה פלוגתא אם הקטן יכול לקדש וע' ביומא דף מ"ג וע"ז אמר ריב"ב דאם קידשו בינן לבין עצמן אינן קידושין אבל בינן לבין אחרים קידושיהם קידושין. ובאמת אף שדפח"ח אבל לדבריו יקשה לשון בינן לבין אחרים שאף אם נימא דהיינו שגדול עע"ג ומלמדן שיקדשו לשמה מ"מ יקשה לשיטת התוס' אמאי יועיל והא אינו ניכר מתוך המעש' אם קדשו לשמה והוה כמו חליצה דל"מ והנלפענ"ד כתבתי. אחר כמה שנים זכיתי לקנות הס' הנחמד אור הישר הנ"ל ועיינתי בו וראיתי בתשובת הגאון מוה' יוסף אבד"ק פירדא ז"ל שהתחיל בדברי הב"י באהע"ז סי' קכ"א שכ' ראיה לדברי הרמב"ם דלאו דוקא הני ד' המפורשים בחגיגה דף ד' דאל"כ יקשה למה לא נקיט בבריית' הראשונ' הך דמאבד מה שנותנין לו ובבריית' השנייה הנך ג' דבבריית' הראשונ' וע"כ דלדוגמא נקטי הנך וה"ה כיוצא בהן וע"ז האריך הגאון ליישב הקושי' הלז וכן ראיתי כמעט ברוב תשובת הגאונים שם שפלפלו בזה. ואני תמה בזה דכפי הנרא' הרגיש בזה הר"ש הובא בב"י סי' קי"ט וז"ל ור"ש משפירא כ' דלא מחזקינן ליה בחזקת שוטה לגרש עד שיראו בו סימנים המפורשים במס' חגיגה וכו' ועיקר הסי' המאבד מה שנותנין לו דומיא שטותא יתירתא חזו ביה דהוה משחרר עבדי' ובעוד שלא ראינו סי' זה אפי' בדיק' ל"צ והרי הוא בחזקת פקח עכ"ל. הרי דהסי' הלז מורה שהוא שוטה עד שצריך בדיקה והיינו דר"ש לשיטתו דכתב שם בירושלמי דמס' תרומות משמע דבעי כלם ופליג קצת אגמרא דידן וכוונתו דהרי בירושלמי אמרו שם והובא בתוס' בחגיגה שם ד"ה דרך א"ר אבין מסתברא כר"י ובלבד במאבד מה שנותנין לו והיינו דבזה דוקא קי"ל כר"י משום דזה שטותא יתירתא משמע דבכל הג' סימנים אחרים בעינן שיהיו כלם והיינו משום דשם בירושלמי הזכיר גם המאבד מה שנותנין לו בפלוגתת ר"ה ור"י ור"ה בעי כל הד' ביחד וא"כ ר"א דאמר דמסתבר במאבד כר"י משמע דהשאר בעי כלם וא"כ

לכך שפיר כתב ר"ש דעיקר הסימן שיהיה צריך בדיקה היא במאבד דבשאר השלשה לא נתחזק עוד בשוטה דבעינן שיהיו כלם ויתחזקו כ"פ כמ"ש הב"י בחו"מ סי' ל"ה אבל בש"ס דילן דלא נזכר בפלוגתא דר"ה ור"י מאבד ור"פ אמר דאי שמיע לי' הוה הדר ביה וא"כ שפיר לא נקט הנך שלשה במאבד דמאבד לבד הוה שוטה. איברא דלפ"ז יקשה מה שהקשה הגאון מפירדא שם דמה אמר ר"פ אי הוה שמיע לי' הך דמאבד הוה הדר בי' דמה קושיא דלמא שאני מאבד דהוה שטותא יתירתא ולכך די באחת משא"כ באינך אחרים. אבל באמת תמהתי מאוד על הב"י וכל האחרונים הנמשכים אחריו שבחנם הרעישו העולם בקושיא זו דהנה המעיין בש"ס דמביא דתניא איזה שוטה המאבד מה שנותנים לו וזה לא נזכר בשום מקום אבל בתוספתא דתרומות פ"א מוזכר הנך ד' דברים ביחד דבהנך ד' מקרי שוטה וא"כ שפיר מקשה הש"ס על ר"ה דא"א לומר דכלם ביחד דהא במאבד ודאי דאף באחת מהם וכמ"ש הר"ש וא"כ ע"כ גם אינך שלשה דקחשיב הם ג"כ כל אחד לבדו ושפיר אמר דאי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה וז"ב:

י אחרי כמה שנים מצאתי בתוספתא דפרה פ"ד שם מבואר דברי הירושלמי ריש תרומות וז"ל הכל מערין לקדש חוץ מן החרש שוטה וקטן ר"י מכשיר בקטן וזה מוזכר ביומא מ"ג אח"כ אמרו ר' ישמעאל בנו של ר' יוחנן ב"ב אומר חרש שוטה וקטן שקידש ואחרים רואין אותו קדושו כשר והן דברי הירושלמי אף שאינו כלשונו ממש ובלי ספק שהגאון הראה לדברי הירושלמי אלו דברי התוספתא הנ"ל ואשרי עין ראתה כל אלה. ובזה מיושב היטב הא דבש"ס דילן פשיטא ליה לר"פ דאי הוה שמיע ליה הך ברייתא הוה הדר בי' ר"ה ובירושלמי א"ר אבין דמסתברא כר"י במאבד מה שנותנין לו ואיך שייך שיחלקו בסברא מהיפך אל היפך. ולפמ"ש א"ש דבש"ס דילן דנזכר רק השלשה סימנים וע"ז נחלקו ר"ה ור"י ושפיר מקשה ליה מהתוספתא דחשיב גם מאבד מה שנותנין לו בכלל הסימנים [אולי בירושלמי דחשיב כל הד' סימנים כמו שחשבם בתוספתא] ועל כלם אמר ר"ה דבעינן ביחד וא"כ אין קושיא על ר"ה דגם במאבד יש לתלות בקנוקוס וע"ז שפיר אמר ר"א דבמאבד מסתבר יותר כר"י דבזה בלבד הוה שוטה דזה הוה שטותא יתירתא אבל ש"ס דילן דלא ידע מהך תוספתא שפיר מקשה ר"פ מהתוספתא הלז דחשיב גם מאבד מה שנותנין לו בכלל הסימנים ובזה מסתבר כר"י דבזה לבד די ולכך ע"כ דגם אינך הסימנים דחשיב בכל אחד לבד די וז"ב מאד עכ"פ דברי הב"י תמוהין במ"ש דלמה לא קחשיב הברייתא הראשונה המאבד ובברייתא השניה לא קחשיב אינך השלשה ובאמת הברייתא השניה הוא התוספתא פ"א דתרומות ושם חשיב הנך ד' וכמ"ש ואף דהש"ס העתיק איזה שוטה המאבד מה שנותנין לו הוא רק קיצור לשון שכן דרך הש"ס לקצר

ולא להביא רק מה דצריך לענינו ואף לשון המשנה מקצר בכמה מקומות כמ"ש התוס' עירובין דף ע"ט ע"ב ד"ה ותנן ובברייתא הראשונה לא מצי לחשוב מאבד דבמאבד מסתבר להש"ס דגם ר"ה מודה בזה דסגי באחד ומה"ט מוכיח ר"פ דלא שמיע ליה הך וכמ"ש וז"ב. ובזה מיושב היטב הרבה דברים שהאריכו בזה הגאונים באור הישר בהסוגיא הלז וחשבו שהברייתי' השניה לא חשב רק המאבד לבד ולא זכרו התוספתא הנ"ל ואני יגעתי ולא מצאתי יותר מוזכר אותה הברייתא כ"א בתרומות לבד:

יא והנה בגוף הדין אי הלכה כר"י או כר"ה ראיתי להב"י סי' ל"ה בחו"מ שכתב דמסתבר דהלכה כר"י דהרי הלכה כר"י נגד רב שהוא רבו דר"ה מכ"ש נגד ר"ה. ותמהני דכפי הנראה מהר"ש שפסק כר"ה ומשום דבירושלמי משמע דהלכה כר"ה בהנך שלשה ורק במאבד מסתבר כר"י כמ"ש ר' אבין שהוא בתרא ובכ"מ הלכה כבתראי ואף דר"פ אמר אי הוה שמיע לי' הוה הדר ביה באמת בירושלמי שמיע ליה לר"ה גם מאבד וחולק ע"ז ג"כ דיש לתלות בקנוקוס וגם בתשובת הגאון בעל שו"ת שאגת אריה שם האריך בדברי הב"י אלו ולפמ"ש אין מקום להקושיא כלל וגם במה שהאריך אי בעינן אתחזק או לא תמהני דלא הזכיר מדברי התוס' בחגיגה שם ד"ה דרך וד"ה כיון ועיין במהרש"א שם ומה שנתגלגל בדברי הגאון ענינים אחרים בחזקה דהשתא ובענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד כתבתי למקומותם בענינים אלו ואכ"מ להאריך. והנה השאגת אריה שם הביא דברי רש"י בנדה דף מ"ה ע"ב ד"ה אעפ"י שכתב גדולים הם ובכלל שוטה נמי לא מחזקינן להו דסופו לבא לכלל דעת ואין שוטה אלא המקרע כסותו וכו' וע"ז תמה הגאון דדברי רש"י סותרין זא"ז דמדהתחיל ובכלל שוטה נמי לא מחזקינן להו דסופן בא לכלל דעת משמע הא לא"ה אף שאינו מקרע כסותו ג"כ מקרי שוטה או דעתו אינו מיושבת וכשיטת הרמב"ם ואח"כ כתב ואין שוטה אלא המקרע כסותו הא לא"ה לא מקרי שוטה כלל אף שדעתו משובשת ע"ש שנדחק. ולפענ"ד נראה דבר חדש בכוונת רש"י דהנה בשבועות דף כ"ו אמרו האדם בשבועה פרט לאנוס ופירש"י דהאדם משמע שלבו עליו וכן קי"ל בין בנדר ובין בשבועה דזה מקרי נדרי אונסין וכמבואר סי' רל"ב וסי' רל"ט ועיין בתוס' שם ולפ"ז כשבדקינן אותם ואמרו שאין אנו יודעין לשם מי נדרנו עכ"פ לא מקרי האדם בשבועה דבעינן שיהא אדם בשבועה שיהא לבו עליו וכפירש"י וכל שאינם יודעים עכ"פ לבם אונסם שלא היה לבם עליהם א"כ ניהו דלא מקרי שוטה לענין דיני שוטה אבל עכ"פ לבו עליו לא היה וע"ז קאמר דבכלל שוטה לא מחזקינן ליה דסופו לבא לכלל דעת והיינו דהאדם בשבועה לא מקרי רק דהם לבן אנסו ולפי דבריו כן הוא הדעת ולא יבא לכלל דעת אחרת דגם עכשיו הוא פקח ומבין רק שלבו

אנסו שסבר שכן הוא וכמו בהך מעשה דתלמוד דא"ל את לבך אונסך אבל זה דעת קלישתא היא וא"י לשם מי נדרו וסופן לבא לכלל דעת ובכה"ג אף בכלל שוטה לא יחשב. ולזה כתב רש"י ואין שוטה אלא המקרע כסותו דזה לא נודע אם יבא לכלל דעת כלל אבל כאן א"י להפלות אבל סופן לבא לכלל דעת ולא מקרי האדם בשבועה וז"ב לפענ"ד בכוונת רש"י ודו"ק. והנה דרך אגב אומר במה דאמר ר"י בגיטין דף כ"א ר"י פוסל עד שתהא כתיבתו וחתימתו בתלוש והקשו בתוס' שם בדף ד' דלמה לי חתימתו דכל שהיה הכתיבה בתלוש פשיטא דהחתימה בתלוש ע"ש ושמעתי מהרב הגאון מו"ה וואלף אבד"ק פשווערסק וכעת בק' רישא נ"י שאמר עפמ"ש בגיטין דף י"ט דבכתב ע"ג כתב אם הראשון נכתב שלא לשמה הכתב השני יכול לעשותו כתב ע"ש בד"ה דיו ולפ"ז משכחת לה שכתבו וחתמו במחובר ואח"כ העביר עליו קולמוס על הכתיבה בתלוש ולכך אמר ר"י דבעינן שיעביר קולמוס על החתימה ג"כ בתלוש דאל"כ הוה החתימה במחובר ואם כי לכאורה דבר חכמה אמר בכ"ז השבתי תיכף דאין דבריו נראין דמלבד דזה דוקא לענין גוף הכתיבה שלא נכתב לשמה דא"כ אינו חשיב כתיבה דכל שכותב אגרת בעלמא לא מחשיב כתיבה ולכך העברת קולמוס מחשבהו כתב אבל פסול מחובר הוא ענין מבחוץ וכל שכתבו לשמה ולכל דיני הגט רק שנעשה במחובר ואנן בעינן וכתב ונתן מה נ"מ במה שהעביר עליו קולמוס בתלוש וז"ב לפע"ד ובלא"ה נ"ל כיון דכל הפסול הוא דבעינן וכתב ונתן שלא יהיה מחוסר קציצה בין כתיבה לחתימ' א"כ כאן לא אכפת לן דהרי בעת הכתיב' והחתימ' במחובר היה מחובר לגמרי דגם הכתיב' פסול ואח"כ כשהעביר עליו קולמוס על הכתיב' מה אכפת לן בחתימ' במחובר ס"ס לא היה הפסק בין כתיב' לחתימ' וצ"ע בזה:

יב והנה בתשובות הגאון מו"ה יצחק הורוויטץ אבד"ק האמבורג ז"ל הקשה על הר"ן שכתב דכל דלא מחוסר מעשה בגופו כמו הקנאה ל"ש לומר דפסול משום דבעינן וכתב ונתן והובא בב"י אהע"ז סי' ק"כ וע"ז הקשה מהא דאמרו ר"פ כיסוי הדם ולפרקינהו ולכסינהו ומשני דמחוסר שפיכה ופריקה וכיסוי אף דאינו מחוסר בגופו וכמדומה שכבר כתבתי ליישב באיזה מקומן של ענין הלז ולא ידעתי ע"כ אכתוב בכאן דלפענ"ד ל"ק דשאני התם שההקנאה אינו חסרון בעצם הדבר ושם לולא הפדייה א"צ לכסות דהו"ל שחיטה שא"ר ול"צ כיסוי וא"כ הוה חסרון בעצם הדבר. ובזה מיושב היטב מה דק"ל ג"כ על הר"ן מר"פ ראשית הגז דאמרו ג"כ יצא זה שמחוסר גזיזה ופדייה ונתינה ולפמ"ש א"ש דשם ג"כ א"י לפדות קודם שגזזו ואם לא יפדהו אינו ראוי לתת לכהן דהא הוה קדשי שמים וז"ב ודו"ק. ובלא"ה י"ל דל"ק מפדייה דשם דלא משכחת בלי פדייה ודאי

מקרי מחוסר מעשה אף שהוא מבחוץ ודוקא בהך דר"ן דמשכחת לה שלא יהיה מחוסר כל שהחסרון מבחוץ לא מקרי מחוסר משא"כ כאן וע' תוס' חולין פ"ד ד"ה יצא.

יג ובזה יש ליישב מה שראיתי בס' חוות דעת שהביא בשם אביו הרב ז"ל ש"ב שהקשה בדברי הרמב"ם פ"ד מע"ז הי"ג דקדשי ב"ה יפדו ואמאי הא מחוסר פדייה וכדאמרו ר"פ ראשית הגז וכן ממעט התם פירות המחוברין מקרא דתקבוץ ושרפת ולפמ"ש א"ש דבאמת פדיה אינו מחוסר מעשה בגוף ורק דאינו ראוי מקודם ולפ"ז שם באמת הקשה הראב"ד דהו"ל שלל שמים וכתב הכ"מ דאדרבא הם של עיר הנדחת ורק דאריה דהקדש רביע עלה ולפ"ז כל שיכולין לפדות שוב אינו מחוסר מעשה בגופו דהרי באמת שלל עיר הנדחת היא ודו"ק היטב כי ברור היא לפענ"ד. ולפענ"ד עוד להמתיק הדבר דבעינן שלא יהיה מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה משום דבעינן ספר כריתות שיהא הספר כורת בינו לבינה וזה אחת מעשרה דברים דבעינן בגט ומעכבין כמ"ש הרמב"ם פ"א מגירושין והרי כל שמחוסר עדיין עוד איזה דבר לא יכרת אותו ספר בינו לבינה שצריך עוד דבר אחר שיוכל לכרות וזה לא אמרינן ולכך היטב אשר דיבר הר"ן דכל שאין החסרון בגופו רק מבחוץ ל"ש ספר כריתות שאותו ספר יכרתו דהא אותו ספר בעצם כורתו וז"ב. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף ליישב בזה תמיה גדולה שתמה הקצה"ח סי' קפ"ח בהך דאומר תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי דאין גט לאחר מיתה ופירשו התוס' דקמ"ל אף במינה בחייו לא מועיל הגט לאחר מיתה ואמאי לא מועיל הא קיי"ל באהע"ז סי' קכ"א דאם צוה לסופר ולשליח שיכתבו ויתנו גט בעת שהיה בריא ואחר הצווי נעשה שוטה או חולה ואף גוסס מועיל כל שהיה בריא בשעת צוויו לדעת הרמב"ם וכן הסכימו הח"מ והב"ש והפר"ח שם שכן עיקר רק שפסול מדבריהם שלא יאמרו שוטה בר גירושין וא"כ מ"ש כשמת מגוסס דגוסס הוה כמת לדעת הרבה פוסקים ואפ"ה אזלינן בתר שעת הציווי וא"כ גם במת כל שמינו הם שליח בחייו למה לא יועיל ומ"ש בזה דשאני מת דפסקה שליחותו כיון דאיהו גופא אילו רצה לשחרר אחר מותו אינו יכול והשליח שבא מכחו אינו מועיל יותר מהוא עצמו אבל השליחות לא בטל אכתי קשה מעבד דכיון דאמרינן עבז"ל נימא כיון דמטא לידי' לבסוף הוה כאילו זכה בו למפרע בעודו בחיים בחיותו כיון דלא נפסק השליחות ואף דנפסק כח האדון מ"מ לא גרע מאילו מכר לאחר בין כתיבה לנתינה דאמרינן עבחז"ל וזכה למפרע ומכ"ש בזה וכבר הרגיש בזה הקצה"ח בעצמו ונדחק ולא מצא מענה בשטר מתנה ע"ש. אך לפענ"ד היה נראה דבר חדש דאין גט לאחר מיתה הוא משום דבעינן ספר כריתות שיהיה הספר כורתה וכאן אין הספר כורתה דבעת הגיע הספר כבר נפסק כח אישותו ומה נשאר עוד דביקות

בינו לבינה שיהיה הספר כורתה ובשלמא נשתטה וגוסס כל עוד נשמתו בו נשאר ענין אישות שיהיה הספר כורתו אבל במותו לא נקרא שם בעל ואישות עליו שיהיה הספר כורתו וא"כ לא יועיל ולכך גם בשחרור דבעינן כרות גיטא כדאמרו בגיטין דף ט' דגמר לה מאשה וכל שמת לא נשאר מה שיצטרך לכרות וז"ב. ומה שהקשה הקצה"ח מהא דאמרו בגיטין דף ט' דשכ"מ שאמר כתבו ותנו לפלוני ומת דאין כותבין ונותנין דשמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ופירש"י לכי מטי שטרי' לקני' ואין שטר לאחר מיתה דפקעה ליה רשותא דנותן ואמאי לא נימא עבחז"ל. לפענ"ד שאני התם דאכתי לא כתב השטר ואף לשיטת הראב"ד דכתב השטר בחייו מ"מ כיון דהוא הי' שכ"מ והוא לא רצה להקנות רק בשטר א"כ חזינן שרצה לעקור הזכות ול"ש עבחז"ל דאדרבא ע"י השטר מגרע זכותו שהיה לו ע"י המתנת שכ"מ וא"ל דס"ס הי' לו טובה שאף שעמד הי' חוזר ומכח השטר לא היה חוזר ע"ז י"ל א"כ עכ"פ לא רצה להקנות רק כשיבא לידו מחיים. ודרך אגב אומר דתמיה לי על המלמ"ל פ"ח ממכירה ה"ד דבמקבל מתנה לא בעינן עד דמטי שטרא לידיה דמקבל מתנה סמך דעתו בכל דהו וקשה מכאן דמבואר דבעינן דמטי לידיה השטר מחיים ולא אמרינן דמקבל מתנה סמך דעתו בכ"ד ולדברי הקצה"ח לק"מ דדוקא למ"ד עבחז"ל ולא מיירי בשטרי אקנייתא אבל לפמ"ש ודאי קשה ועכ"פ בגט ושחרור הדבר ברור כמ"ש דמכח כרות גיטא אתינן עלה ובזה מיושב מה דאמרו בגיטין דף כ"ט ע"ב אי מת השליח הראשון בטל השליחות כלה ואמר מרימר דהא דאבא דקטנותא דכלהו מכח הבעל קאתו ותמה בטיב גיטין לשיטת הקצה"ח היאך ס"ד דלפסוק השליחות בשביל שמת השליח ולפמ"ש א"ש דס"ד דהפסול דמיתה הוא בשביל שנפסק כח הצווי של בעל וה"ה כשמת השליח הראשון דשליח השני במקומו והיאך יהיה כמותו הא הוא ל"מ לתת וע"ז אמר דטעותא היא דתלוי בהבעל ומשום ספר כריתות קאתינן עלה ודו"ק. וערש"י שפירש שם דאם מת הראשון עד שלא הגיע הגט לידה ולכאור' צ"ב דפשיטא דכל שהגיע הגט לידה דלא בטל הגט דכבר נתגרשה וכוונת רש"י לאפוקי אם לא היה נותן השליח הראשון הגט כלל דפשיטא דאין מקום לשליח השני להקרא שליח כלל. אמנם לפענ"ד כוונת רש"י דקאי באם עשה שליח ראשון לשני רק שלא בפני ב"ד ומת קודם שאמר השליח הראשון שליח ב"ד אני דל"מ שליח כלל ועדיין דברי רש"י צ"ע לפום רהיטא:

יד והנה במ"ש התוס' בגיטין י"ב דקמ"ל המשנה דאגל"מ אף שנתמנה בחייו אני תמה דגם זה מבואר דהרי אמרו בדף כ"ח במשנה דהמביא גט והניחו זקן או חולה נותן לה בחזקת שהוא קיים ומשמע דצריך שיהיה קיים ואם יש גט א"מ הא הוא מסרו בחיים

חיותו וצ"ע כי לא נפניתי לעיין במפרשים בזה אם עמדו ע"ז. אמנם נראה דהיה מקום לדחות דהרי כל עיקר הטעם דהאמינו לשליח לומר בפ"נ הוא משום דכיון דאילו אתי בעל ומערער מעיקרא מידק דייק השליח כדאמרו בריש גיטין וא"כ אם מסר לו כשהוא חולה ה"א דלא יהיה נאמן. והנה בהא דנחלקו ר"י ור"ל אי כותבין תיכף או לכשישתפה ואמרו דר"י מדמי ליה לשוטה ור"ל מדמי ליה לישן ור"י אמר דל"ד לישן דישן אין מחוסר מעשה ושוטה מחוסר מעשה ולכאורה מבואר מכאן מה שנסתפק המלמ"ל פ"ד מאישות ה"ז אם במחוסר זמן שייך דשלבל"ע שהרי זמן ממילא קאתי והרי כאן כ"ז שישן הרי הוא מחוסר שאין לו דעת אז ורק כיון דאינו מחוסר מעשה ואינו רק זמן דממילא מתער אח"כ לא מקרי מחוסר מבואר דדשלבל"ע כל שאינו רק מחוסר זמן לא מקרי מחוסר וע' תוס' סנהדרין דף מ"ז ע"א ד"ה אימא שכתבו דאף אי ישן לא חזי הו"א ראוי כשיתעורר משינתו ובאמת מ"ש דמקריבין בחזקת שהוא קיים ולא חיישינ' שמא ישן משמע דראוי אף שהוא ישן לפענ"ד אין ראיה דכיון דהני כהני שלוחי דרחמנ' א"כ כל שכבר מסר הקרבן לכהנים מ"ל עוד אף שהוא ישן ובשלמ' כשנשתט' או המיר קודם שמסרו ליד הכהן אז אסור להקריבו אבל כל שכבר מסרו ליד הכהן מ"ל עוד וע"כ העיקר לפענ"ד כמו שפירשו דאף דישן לא חזי מ"מ כיון דהוא ממיל' מקרי חזי ומהתימ' שבריש' בהא דר' יוחנן ור"י ס"ל דיש חילוק בין ישן לנשתט' שלא הזכירו מהסוגי' כאן וצע"ג לפענ"ד (וגם הא אח"כ א"צ דעת כלל כמבואר בנדרים דף ל"ה ע"ב וא"כ בישן לא גרע מאין בו דעת משא"כ מומר דלא ניחא ליה בכפר' וצ"ע) שוב ראיתי בבית מאיר סי' קכ"א ס"ב שהאריך ג"כ כמעט בכל דברי הקצה"ח סי' קפ"ח וקושית בעל טיב גיטין ע"ש ודו"ק:

טו והנה בהא דאמרו בחולין דף י"א ושחט ושרף מה שחיטה כשהיא שלימה והתוס' נדחקו דהא כתיב פסוק אחד בנתים ע"ש ולפענ"ד הכוונה למ"ש וכתב ונתן יצא זה שמחוסר קציצה בנתים וכן ושפך וכסה והיינו שלא יהי' מחוסר פדייה וכדומה וה"ה כאן ושחט ושרף שלא יהי' מחוסר נתיחה בנתים וע"כ דסמכינן על הרוב דאל"כ הוה מחוסר נתיחה בנתים. ובזה מיושב היטב קושי' גדול' שהקש' אותי הרב החריף מוה' יצחק שמעלקיש נ"י דהרי בפ"ד ממס' פרה מבואר בר"ש דאם רוצה לנתחה מותר אף לכתחל' וזה נגד דברי הש"ס והראיתיו תיכף שכבר הרגיש בזה המלמ"ל פ"ד מפרה הי"ב ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת מותר לנתחה רק כיון דאין חיוב לנתח שוב לא מקרי מחוסר נתוח בין שחיטה לשריפ' וז"ב כשמש:

טז אחר זמן רב ראיתי בהעבר' בעלמ' בספר אחד שמו טוב טעם ודעת ששאל אותו ג"כ זאת ולא ידע מהמלמ"ל וגם כ' שהרמב"ם לא העתיק הדין דבעינן שיהי' שריפה כשהוא

שלימה ונעלם ממנו דברי הרמב"ם פ"ד הי"ב הנ"ל ודו"ק ועיין ירושלמי פ"ז דגיטין ה"א דהגוסס זורקין עליו מדם חטאותיו וכ"ה בירושלמי הוריות פ"ק ה"ב וצ"ע בתוס' קידושין דף ע"ח ע"ב שפלפלו בגוסס וברא"ש שם ולא זכרו זאת ועיין באהע"ז סי' קכ"א ס"ק ל"ב וע' בתויו"ט סוף שקלים ובגליון מוהרש"ח שם מ"ש בזה ותמצ' דדברי התוס' צ"ע:

סימן סו

א להרב החריף מוה' רפאל הכהן נ"י מקרעשיב.

ב אשר שאל מעלתו בבשר שנתבשל בלא מליחה דקיי"ל בסי' ס"ט סי"א דאף דיש ששים נגד החתיכ' מ"מ אותה חתיכ' אסור' רק שלצורך כבוד שבת ולכבוד אורחים יש להתיר אף אותה חתיכה וע"ז שאל מעלתו מה דינו של אותה חתיכ' אם צריכ' מליחה והדחה מחדש או שמותרת בל"ז. והנה הדחה ראשונ' פשיט' דא"צ לכל הטעמים לא משום ריכוך ולא משום דם ע"פ אבל מליחה לכאור' הי' נרא' בפשוט דצריך דניהו דיש ששים אבל עכ"פ אינו ברור אם יצא כל הדם ממנה ונמצ' שהי' צריך מליחה ואף דיש ששים כנגד החתיכ' מ"מ הא באמת נ"נ רק דלכבוד אורחים או שבת מקלינן והיינו לענין שתהי' מותרת אבל אפשר שצריך מליחה שנית. ובלא"ה נרא' דכאן ל"מ ששים עפמ"ש בחידושי בסי' קט"ז ושם כתבתי על הגליון בקיצור וכאן אוסיף לברר הדבר במ"ש שם בהג"ה ס"ה דיש לחוש לספק סכנה יותר מספק איסור וכתבתי שם עה"ג בזה"ל עיין חולין דף י' ע"ב דגם רובא דליתא קמן דמועיל לענין איסור אבל לענין סכנת' חיישי' למיעוט' ועיין בפסחים קי"ד ע"ב גבי קפא ובתוס' שם ודו"ק ואפשר דאף רובא דאיתא קמן לא מועיל גבי סכנה ולפ"ז גם ששים ל"מ דכמות האיסור אף שיש ששים עכ"פ זה לאיכות האיסור וטעמו אבל עכ"פ גוף האיסור בכמותו ע"כ מטעם ביטול ברוב קאתינן עלה דהרי עכ"פ נתרבה האיסור בכמותו ולפ"ז בסכנה ל"מ ששים דגם רובא דאיתא קמן ל"מ בסכנת' דמ"מ זיהרא דארס יש והוה כטומאת משא ולכך ל"מ ששים וע' ט"ז שם ס"ק ב' ובנקה"כ ודו"ק עכ"ל בגליון וקצת בתוספת ביאור. ולפ"ז עכ"פ גם בששים צריך לבוא לביטול ברוב לענין כמות האיסור וכ"כ האחרונים בהדיא ובמק"א ביארתי באורך הדבר על דברת המלמ"ל פ"א ממשכב ולפ"ז יקשה דהיאך מועיל כאן ששים הא מ"מ גוף החתיכ' ניכר ול"ש ביטול וצ"ל דכיון דאמרינן דנפק מיניה כלה שוב בטל והחתיכ' מותרת ולפ"ז לדידן דבאמת אמרינן דחנ"נ ואמרינן דבמקומו נשאר האיסור ביותר וא"כ לענין זה ל"מ ביטול ואף דהדם לא ניכר הא החתיכ' היא עם הדם ול"ש ביטול. אך כ"ז לענין פלפול אבל בעיקר הדין נ"ל ברור דא"צ מליחה שנית דהנה באמת

בטעם של הדיעה הראשונ' דמתיר הכל כ' הרא"ש דמה שיצא נתבטל ומה שלא יצא הו"ל דם אברים שלא פירש ולפ"ז א"צ מליחה דדם איברים שלא פירש מותר ואף דדעת המהריב"ח הובא בכ"מ פ"ו ממ"א דאף בשר חי צריך מליחה מטעם כשיחתך יתפרד ויצא דם אף שכ' ששיטת הרמב"ם דדם אברים שלא פירש מותר ע"ש היינו שם שלא יצא כלל דם שלא נמלח ולא נתבשל אבל כאן שנתבשל לא יצא הדם א"כ מה שלא יצא הוה דם אברים שלא פירש וגם לפמ"ש הר"ן דמלח אינו מוציא רק מה שקרוב לשטח הבשר לא מה שבתוכו א"כ כאן שכבר יצא רוב הדם ועכ"פ מה שסביב לשטח ע"י הבישול א"כ מה שנשאר הוה דם אברים שלא פירש ואף דטעם האוסרים משום שהרוטב מבלבל טעם החתיכ' וגורם שפורש הדם ממקום למקום כמ"ש הש"ך מ"מ הא לכבוד אורחים סמכינן על הדיעה הראשונ' וא"כ לדיעה הראשונ' שוב ל"ח לזה. ובלא"ה הא דחנ"נ גופא באיסור דרבנן ג"כ יש שני דיעות ועט"ז סי' צ' ס"ק ד' וא"כ הא דם שבשלו אינו רק דרבנן ובודאי יש לסמוך על דעת המקילין:

ג ובזה נ"ל דגם אם נפלה לקדירה אחרת דאינו אוסר ואף דבכחל אמרי' דאם נפלה לקדיר' אחרת אוסרת היינו משום דשם הוה אפשר לסוחטו דאיסור' משא"כ כאן דהוה אפשר לסוחטו דהיתיר' וכ"כ ש"ב הגאון בחוות דעת ובאמת שהדבר מבואר ברא"ש כאן דכאן ל"ש אפשר לסוחטו אסור דלא נאסר הבשר מעולם הרי שביאר בהדי' דכאן לא אסור משום אפשר לסוחטו משום דהוה התירא מיהו לפמ"ש התוס' בחולין צ"ז בד"ה וכחל דלכך יש לאסור בכלה אף למ"ד אפשר לסוחטו מותר משום דחיישי' שמא יאכל קודם גמר בישולו ול"ד לצלי דל"ח שמא יאכל קודם צלייה דבדם אין אוכלין בלא מליחה וצלייה ולכך ל"ח דהרי צולהו בשביל כך ע"ש ולפ"ז כאן דנתבשל בלא מליחה שלא כדרכו שוב חיישי' שמא יאכל קודם שנתבשל כל צורכו ואז ישאר בו עוד דם שנפרש ולא יצא עוד לחוץ. שוב ראיתי בפרמ"ג שכ' בפשיטו' דבקדיר' אחרת אוסר אבל לא כ' שום טעם ולא הרגיש בכ"ז וע"כ בנפל לקדיר' אחרת יש לדון די"ל דכיון דנשאר בו דם הבישול יוציא עוד ומהראוי שתאסר אבל לאכלו כך נלפענ"ד פשוט שא"צ למלחו דהרי לדעת המקילין הו"ל דם אברים שלא פירש ובפרט בבישול יש סברא לומר דמה שלא יצא נחלט הדם בקרבו ולא יצא עוד ואף דאין אנו בקיאין בחליט' מ"מ בדרבנן סמכינן ע"ז ועש"ך סי' ע"ג וא"כ כיון דהוה דם שבשלו ודאי יש להקל כנלפענ"ד. אחר זאת ראיתי במרדכי סי' תשל"ב והובא בב"י בקצרה שכ' בתרנגולת שנתחב' במחבת רותח על האש כדי למולגה והתיר התלמיד אותה התרנגולת אם יש במים ששים ותמהתי איד יתיר

בשר לקדירה בלי מליחה חנם תמהתי דודאי אמת הדבר וכו' הרי בהדי' דמאן דמתיר מתיר בלי מליחה כלל וה"ה בבישול כל שיש ששים מותר ע"ש שמבואר בהדי' כן ודו"ק:

ד והנה מ"ש מעלתו להקשו' על הט"ז סי' ע' ס"ק מ"ח שכ' ראיה דבשר שלא נמלח שנפל בציר דמותר ממ"ש המרדכי וע"ז הקשה מעלתו דאין ראיה מהמרדכי דהמרדכי לשיטתי' דס"ל דטעם הדחה ראשונ' משום הדם שע"פ הבשר שלא יתמלא ממנו ולא יהי' מועיל המליח' ולכך לדידי' מועיל הדחה ומליח' שנית כמ"ש הש"ך סי' ס"ט ס"ק א' ולכך מתיר גם כאן. הנה יפה הקשה והאמת שחפשתי במרדכי ולא מצאתי שורש הדברים ואולי לא חפשתי יפה ובלי ספק נאמנים בעדותם שוב ראיתי שגם הש"ך ס"ק כ"ט הביא ג"כ דברי המרדכי אלו והפרמ"ג שם הרגיש שאין ראיה מהמרדכי. ודרך אגב ארשום מה שהערתי על דברת הכו"פ סי' ס"ט ס"ק ה' במ"ש ליישב דברי הרמ"א שלמד מהר"ן דמ"פ אינם כשרים כ"א למה שהודח באחרונ' ולא הדחה קמיית' והט"ז והש"ך תמהו עליו וכ' הוא דבאמת הר"ן כ' במי גשמים והרי כל שהוא לרצון מכשיר אך י"ל דלא ניחא ליה שהי' יכול לצלותו וזה בהדח' קמיית' אבל בתריית' כבר ניחא ליה. וזה שנים רבות שראיתי בספר רב משולם בן זקני הגאון הח"ץ ז"ל שבראש ספרו הביא איזה קונטרס מאביו הגאון הח"ץ ז"ל שהביא זאת בשם הגאון מוהר"מ מבראד ותמה זקני עליו דהרי כל שסופו לרצון שוב מכשיר וכ"כ בזה. וכעת אומר שביום ג' ב' דר"ח אייר תרי"ב בלמדי עם תלמודיי הלכות מליחה נתעוררתי ממ"ש התוס' בב"ב דף צ"ז ד"ה ל"צ דבגשמים בעינן תרתי שיחשוב אותו למשקה ואח"כ בעינן דניחא ליה ע"ש ולפ"ז כאן שכ' הר"ן דמיירי שהודח במי גשמים א"כ לא הועיל בתקנתו דמהיכן מוכח דהדח' שניה הי' במ"פ דלמא במי גשמים ואף דניחא ליה הא י"ל דלא חשבו למשקה והיא קושי' גדולה. אמנם נרא' דכל דהדיח במי גשמים עכ"פ מחשב משקה דכל דאחשבי' שיהי' עליו תורת הדחה והדח' עכ"פ צריך שיהי' במים או במשק' מחשב משקה גם לענין הכשר. אך לכאור' ז"א דאם נימא דמ"פ כשר ג"כ א"כ א"צ למחשב משקה לענין הכשר:

ה אמנם באמת בהדחה ראשונ' דפסול במ"פ כמ"ש הרמ"א א"כ ע"כ צריך למחשבו מים והו"ל תורת משקה רק שלא ניחא ליה ולפ"ז בהדחה אחרונ' דניחא ליה שוב הו"ל משקה ואף דלא אחשביה הא אחשביה בהדח' ראשונ'. ומעתה ל"ק על הכו"פ דניהו דסופו לרצון וניחא ליה אבל מ"מ לא אחשביה למשקה בהדחה ראשונ' דיכול הי' לצלותו ומה בכך דניחא ליה אח"כ הא צריך למחשבו מקודם למשקה טרם שניחא ליה וא"ל דמגו דמחשב משקה לענין הדחה ראשונ' דז"א דבהדח' ראשונ' הי' יכול לצלותו רק אח"כ

כשמלחו לא אפשר לצלות וא"כ מחשבו אח"כ למשקה אבל לא נעשה למפרע משקה ודו"ק היטב כי נכון הוא:

ו והנה דרך אגב אמרתי לבאר במ"ש הריב"ש והועתק בש"ע סי' ע"ב סעיף ד' דהריאה א"צ חיתוך אבל נהגו לקרעה ולפתוח הקנוקנות הגדולים שבה ומנהג יפה הוא ובריב"ש ביאר הטעם דדוקא בלב אמרו קורעו ומוצי' את דמו ולא בריאה ואני תמה למה לא כ' הריב"ש דהריאה בכלל בני מעיים המבואר סי' ע"ה דאין מחזיקין דם. הן אמת דלפמ"ש הט"ז והש"ך שם י"ל דדוק' הדרא דכנת' והדומה מה דחשיב שם בפכ"ה דהוא בכלל בני מעיים ולא שאר דברים א"כ ה"ה ריאה. ומצאתי להרשב"א בחולין דף ט' שכ' בהא דמצא ב"מ נקובים דתלינן בזאב וכ' הר"י הלוי דהריאה אינה בכלל ב"מ כמו דאמרו אין מחזיקין דם בב"מ ואפ"ה אין הריאה בכלל והרשב"א כ' דאין ראיה משם דשם מפורש תרגמ' אכרכשת' ואב"מ והוא כדברי הט"ז שם. והנה מדברי שניהם מפורש דהריא' אינה בכלל ב"מ ומחזיקין דם ומהתימה על הריב"ש והב"י והש"ע שלא הזכירו מזה כלום וע' ט"ז סי' ס"ט ס"ק י"ג שכ' הדין דריאה ולא הזכיר מהריב"ש והש"ע כלל. ומה שאני תמה על הר"י הלוי והרשב"א שלא הזכירו הא דאמרו בחולין דף ל"ב ל"ש אלא ריאה דתלוי חיותא בקנה אבל ב"מ לא ושם אמרו מ"ל ריאה מ"ל ב"מ אלמא דריאה לאו בכלל ב"מ. אמנם אח"כ אמרו שם ש"מ מדר"ל מזמנין ישראל על ב"מ ואין מזמנין נכרי היינו משום הריאה שהוא בכלל ב"מ א"כ מבואר דהריאה בכלל ב"מ וע' בחידושי ר"ן שם וע"ש שכ' דא"א לומר דלב תלוי בקנה דא"כ הוה כמתה לגמרי ואיך יתיר הוושט אח"כ. והנה מזה ראיה לשו"ת זקני הח"ץ דבלב הוא עיקר החיות וכל שאין לב הוה כמתה לגמרי דאל"כ אף שהלב מת מ"מ יכול הוושט להתיר ואף דאפשר לומר דניטל הלב לגמרי גרע טפי ויכולה לחיות לא מסתבר ואדרב' אם הי' הלב רק שמת הוה עדיף טפי מלא הי' לו לב כלל עכ"פ זה ברור דהריאה היא בכלל ב"מ ורק אם יש חילוק דין מפרש הש"ס בהדי' החילוק ודו"ק היטב וע' ברש"י חולין קי"ג בהא דאין מחזיקין דם בב"מ פירש"י דהלב והכבד וריאה מחזיקין דם מיהו משם אין ראיה כמ"ש הרשב"א דהרי פרט הדרא דכנתא וכו' אבל הריב"ש סתם וכ' דהריאה א"צ לפתוח הקנוקנות שבה משמע משום דאין מחזיקין דם בב"מ וצ"ע שלא הרגיש בכ"ז וע' בחולין דף נ' מקיפין בבני מעיים ואח"כ אמרו מקיפין בריאה ומשמע דריאה אינה בכלל ב"מ וכ"כ הרשב"א בהדי' שם בחידושיו. ובאמת דברי הרשב"א סותרים זא"ז ממ"ש בדף ט' ומצאתי בלב אריה שם דף נ' שהקשה דסתרי אהדדי ע"ש שוב מצאתי בחולין דף נ"ד ע"א ברש"י ד"ה עם ובתוס'

ד"ה אילימא שנחלקו בזה אי בלשון אמוראים ריאה בכלל ב"מ ע"ש וע' בחידושי ת"ח שם וע' בחידושי רשב"א בדף נו"ן שם וע' דף נ"ו ע"ב בתוס' ד"ה באלו:

ז והנה בשנת תרי"ד י"ב טבת הגיעני שו"ת מהרב מוה' יהודה ליבוש היילפרין אבד"ק פמארין וכעת מתעלה להיות אבד"ק חראסקיב במה שאירע שם שאשה מלחה בשר ותיכף הלכה לשוק ואשה אחרת לקחה הבשר והדיחה ונתנה לקדירה לבשל ולא נודע אם שהה הבשר במלח עכ"פ ח"י מינוטין וכ' מעלתו דיש לאסור ואין להתיר מטעם ספק דרבנן כמ"ש הרשב"א דכיון שקרוב מאד לאיסור תורה מחמרינן בספיקו והביא ראיה מדברי הש"ך בסי' ע' בסופו לענין מה שחוץ לציר בקרקע דמתיר רק משום שהוא חומר' ול"ק מפני שהוא ספק דרבנן ואז היה מותר אף מה שתוך הציר וע' ש"ך סי' ס"ט ס"ק ע"ה ובפ"מ שם ומה גם דהו"ל אתחזיק איסור' וכמ"ש הט"ז בס"ק כ"ד בסי' ס"ט דיש רוב נגד החזקה וכאן ל"ש זאת וגם הנה"כ חולק שם ומ"ש הת"ד להקל דכל החתיכה לא אתחזיק בדם ובמ"ש הט"ז סי' קכ"ז יפה דחה מעלתו דכאן כל החתיכה היא מלאה דם ול"ד לניקור שניכר מקום החלב ועוד דהט"ז לא כ' רק דהעד נאמן ומטעם שאינו מעיד נגד הרוב דמברר המיעוט מתוך הרוב אבל כאן אינו נאמן נגד החזקת איסור. הנה לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה בשו"ת מיימוני סי' ז' בהלכות אישות מחלק בין אם גם לפי דברי העד היה כאן חזקת איסור רק שהוא מעיד שכעת אינו אסור ובין שלפי דברי העד לא אתחזיק כאן איסור. ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה שמברר המיעוט מתוך הרוב אינו ענין לכאן דשם כשמברר המיעוט לפי דבריו לא אתחזיק כאן איסור כלל אבל במקום שאף לדברי העד היה כאן חזקת איסור רק שהוא אומר שכעת מנוקרת היא א"כ היה כאן חזקת איסור:

ח ובזה נלפענ"ד דזה סברת הט"ז דהט"ז סובר ניהו שאתחזיק כאן חלב אבל הירך הוא בחזקת היתר וא"כ כשמעיד העד שניקר החלב א"כ הירך עצמו בחזקת היתר כמו שהיה והדבר דומה למ"ש התוס' יבמות פ"ב דל"ש חזקת איסור בתערובות שהרי באמת ההיתר כמו שהיה רק שנפל בו איסור וא"כ כשהעד מעיד שהוסר האיסור הרי ההיתר כמו שהיה ולפ"ז מה ענינו לחתיכת בשר שהוא כלו דם וכל שהעד מעיד שיצא מחזקת איסור אינו נאמן ומכ"ש בנ"ד דודאי שייך חזקת איסור וע' בפ"מ בפתיחה להלכות מליחה. עוד נ"ל דבר חדש דכאן אף שהוא ספק דרבנן יש להחמיר דהנה תר"י כתבו בברכות פ"ב גבי טעה באמצע הפרק חוזר לראש שהקשו דהא ק"ש דרבנן וכתבו דדוקא בשלא קרא כלל הוא דאינו חוזר וקורא דק"ש דרבנן אבל כל שהתחיל לקרות אפילו שמואל מודה שיש לו לתקן כשטעה כיון שהתחיל ע"ש וא"כ ה"ה כאן דדוקא אם ספק אם מלחה

יש להקל כיון דהוה ספק דרבנן דהא כבר נתבשל אבל כאן שהתחילה למלוח וספק אם נמלח כהוגן וכשיעור שיש לו לתקן וא"ל דל"ד דשם אפשר לתקן וכאן אי אפשר לתקן דז"א דגם כאן כיון שאם היה נולד הספק בעת שנמלח היינו מחמירין להשהותו עוד כיון שהתחיל למלוח ובפרט שאין די בח"י מינוטין וצריך לשהות שעה במלח וא"כ כל שבעת שנולד הספק היינו מחמירין אף שהוא דרבנן א"כ גם כעת מחמרינן. עוד י"ל לפמ"ש הבית יעקב דבתחלת מליחה ותחלת בישול הוה ד"ת א"כ אז אם היה נולד הספק אם נשתהה שיעור מליח' היינו מחמרינן דהו"ל ספק תורה וממילא גם כשנודע לאחר שנתבשל מחמרינן בזה הספק וע"כ לא מקילינן בספק דרבנן רק אם הספק הי' כלו דרבנן אבל כאן בתחלתו הוא ספק תורה ומחמרינן א"כ מחמרינן בזה הספק גם כשנודע אח"כ ודו"ק. ויש להוסיף בזו לפמ"ש מהר"ש חיון דבספק אם בירך ברהמ"ז מברך אף ברכה ד' מטעם דלא ליתו לזלזולי בדרבנן והובא במג"א סי' קפ"ד מכ"ש כאן דבתחלת מליחה מחמירין בזה הספק מחמרינן בסופו ג"כ וז"ב ודו"ק:

ט ובדבר השאלה השניה שאחד שלח לחבירו בשר וחשב שלא עבר עליו ג' ימים ואח"כ נודע שעבר עליו ג' ימים דל"מ המליח' אמנם הוא לא ידע ויש לו כמה וכמה כלי פרצליאן וכבר עבר יותר מי"ב חדש וע"ז שאל על הכלים הנ"ל מה דינם וכתב מעלתו דיש לצרף דעת זקני הח"ץ ז"ל שמתיר לשמש בכלי איסור שעברו יב"ח ואף דחלקו עליו מ"מ בזה שאינו רק חומרא בעלמא יש להקל. הנה לבאר דברי הח"ץ יש לי קונטרס מיוחד ואכ"מ אבל בזה יפה כתב ובפרט בכלי פרצליאן דכיון דא"א להשתמש בהם בשום פנים הו"ל כדיעבד דמותר וכמ"ש בשו"ת נחלת יעקב להקל בזה ובפרט שלא נודע אם שמשו בו בתוך מעל"ע ויפה כ' בזה:

י והנה ביום ג' משפטים נשאלתי מהרב המופלג מוה' בעריש נ"י חתן הרב דק"ק שטעריטץ במה שאירע שם שאשה לקחה אווזא קודם מליח' והניחה על התנור מלמעל' דהיינו מה שנקרא וועריך אויבין על מעט שחת והאווזא היתה שלימה וסגורה והי' בתוכה הבני מעיים והלב והכבד והריאה ונשתהה שם האווזא עד שנגעה בתנור היה כמעט כמו צלי והאשה באה לפניו ואמרה לו שבשעה שפתחה האווזא הי' באותו צד שנגעה בתנור ובתוכו באותו צד חם רק מלמעל' בתוכו היה קר והנשים אמרו שהריאה שיש עכשיו על צד הנ"ל נרא' קצת רושם כמו צלי וגם הוא בעצמו וחותנו הרב האב"ד ראו לאחר שניטל מהצד הנ"ל השומן שעליו וגם מעט בשר עם השומן ומ"מ הי' עוד בהבשר של הצד הנ"ל כמו מעט צלי ומפני כי לא היה חותנו בביתו לא רצה להורות והיא לא רצתה להמתין והלכה אצל חכם אחר שאינו בעל הוראה והכשיר לה כל האווזא

למלוח ולבשלה רק שצוה לה שתמלח הצד שנגעה בתנור בפ"ע ואח"כ תוכל לבשלה הצד הנ"ל עם שאר הצדדים והאשה עשתה כן וכאשר נודע הדבר למעלתו שלח להאשה שתשאל פי חותנו הרב נ"י וספרה לו כל המעש' וגם ספרה לו שבשלה גם הצד שנגעה בתנור שהי' כמעט צלי עם שאר בשר בקדיר' דהיינו שליש בשר אווזא ושני שלישים שאר בשר וגם התיכה השומן מהאווזא וערבה עם שאר השומן ושומן האחר הי' כמו ב' או ג' פעמים כמו השומן הלז אך השומן של אותה צד שנגעה בתנור לא התיכה ביחד רק בפ"ע ונתנה לכלי בפ"ע. והנה האריך והביא דברי החוות דעת סי' ע"ו ס"ק א'. והנה טרם יהי' כל שיח אבאר דאם האווזא הונח על התנור למעל' והיה נוגע בחרסו של תנור באופן שלא היה לדם מקום לזוב היה טריפ' בודאי והדבר מבואר בצל"ח פסחים ר"פ כיצד צולין שכמו שפלטה כך נבלע בתוכו ול"ד לצולה על גחלים דשם יש מקום לדם לזוב וגם טבע האש לשאוב הדם אבל חרסו של תנור ואין מקום לדם לזוב וגם אין כאן אש רק חמימות מהתנור ואינו שואב ע"ש ואף שהוא כתב לענין כבד אבל גם בשאר בשר הדין כן ואף שהי' כאן מעט שחת מ"מ השחת ג"כ מונח על חרסו של תנור ומה שהוציא השחת כמו כן הבליע לתוך האווזא כיון שלא היה מקום לזוב וכן ראיתי בחוות דעת שם שביאר כן בהדיא וא"כ אם היה על חרסו של תנור היה טריפ' גמורה ולפ"ז צ"ל מ"ש בסי' ס"ח להתיר למליגת תרנגולת ברמץ או באור היינו דוקא באם הוא באויר באופן דיש מקום לדם לזוב או שרמץ חם ג"כ טבעו להוציא הדם כמו אש דאל"כ אסור דהוה כנתבשל בדמה דהוה כשא"מ. והנה מעלתו כתב דמ"ש הח"ד לאסור כמו במליגה ע"ז הקש' החכם הנ"ל דבמחבר סי' ס"ח ס"ט הנ"ל מבואר דאינו אסור רק מחמת הכבד והלב וע"ז כתב הוא דהמחבר לשטתו דס"ל דם שפי' ממקום למקום מותר גם במולח בכשא"מ וה"ה כאן או דס"ל להרשב"א כהדרישׁ' שמביא הש"ך סי' ע"ו ס"ק ב' אבל לדידן דלא קיי"ל כהדרישׁ' וגם בדם שפי' ממקום למקום אסור א"כ גם כאן אסור וע' בש"ך סי' ע"ו ס"ק י"ג ובדג"מ שם:

יא והנה ז"א לפענ"ד דא"כ היה לו להרמ"א להגיה בסי' ס"ח שם דלדידן אסור למלוג ברמץ והוא לא כתב רק שלא נהגו למלוג ברמץ אפי' תרנגולת ובאמת מ"ש אפי' תרנגולת באמת אם יש חשש מחמת פירש ממקום למקום יש לחוש בתרנגולת יותר מבשאר בשר לפי שהיא חלילה ועט"ז סי' ס"ט ס"ק כ"ט וע' בנקה"כ שם וע' ט"ז סי' ע"ו ס"ק ו' שרמז ג"כ להמרדכי שהביא בסי' ס"ט ס"ק כ"ט הנ"ל ע"ש והפ"מ לא העיר בזה אבל באמת לפענ"ד אין ענינו לשם דשאני מולח בכשא"מ דהו"ל כבוש כמבושל וכל שנכבש ונתבשל שוב א"י ע"י צלי' אבל מה שהי' ע"י צלי' דאינו ברור שפי' כלל ממקום למקום

ואף אם יזוב מעט מ"מ לא נתקש' כ"כ ויכול לצאת ע"י צלי' ולכך שפיר כתב התם דבצלי מותר אם אין חשש מחמת לב וכבד ולקדיר' אסור כשנשתהה הרבה וא"י רק ע"י אש כמ"ש הרשב"א. והנה מעלתו רצה לצדד דלהשומן של אותה צד שנגע בהתנור לא התיכה ביחד רק בפ"ע וא"כ על שאר השומן י"ל דלא הגיע כ"כ החום לצד השני ואת"ל שהגיע דלמא יש ס' כנגד הדם שפירש ממקום למקום ובפרט בשומן שאינו מוחזק כ"כ בדם ואת"ל שאין ס' מ"מ הרי התיכו ונתערב עם שאר שומן שנתערב וא"ל דנעש' נבלה דז"א דבלח בלח במקום הפ"מ לא אמרי' נ"נ כמבואר סי' צ"ב וא"ל דקודם שהותך לגמרי והיד ס"ב אז נאסר ונ"נ דז"א דהא אז לא נודע האיסור ולא נ"נ כמ"ש הרב סי' צ"ט ס"ה בהג"ה. הנה מלבד שהש"ך השיג שם ע"ז דמה בכך שלא נודע אך לפענ"ד גם הרמ"א מודה בנ"ד דדוקא היכא שלא נודע כלל האיסור שייך לומר דלא נודע אבל כאן דהאשה כבר באה לשאול אף שלא היה הרב בביתו והלכה לאחר שאינו בעל הורא' עכ"פ ידעה כבר שיש בזה שאלה זה לא מקרי לא נודע והו"ל פשיעות' שהי' לה להמתין מלעשות מעש' ומה גם שכאן היה הלב וב"מ והריא' והכבד בתוכו ואסרו וא"כ בודאי לא היה ס' בהשומן ובודאי נ"נ וגם לא מקרי לח בלח לגמרי כי הדם שנתערב אינו נתערב עם השומן וניכר קצת בפ"ע ואותו שומן שיש בו אותו דם ניכר קצת לעצמו בטעמו וממשו וע' בט"ז סי' צ"ב ס"ק ט"ו וגם מה שצדד להכשיר הכלים דלמא יש ס' נגד הדם שיצא ממקום למקום. הנה באמת קשה להקל דלא ידעינן כמה דמא נפיק כמ"ש בסי' ס"ט סעיף י"א ומ"ש מעלתו בשם הפ"מ ס"ק מ"ה. הנה קשה להקל בשביל זה והנה כ"מ יש להגעיל וכ"ח כיון דהוא דיעבד כיון שכבר נשתהה מעל"ע א"כ יש לצדד להקל בדיעבד כמ"ש בספר מנחיל יעקב הספרדי והנה מה שחשב מעלתו להתיר בשביל שמא לא הגיע החום לצד השני. הנה לפענ"ד מה שחשב הוא לקולא לפענ"ד אדרבא יש להחמיר עי"ז דהנה אם נצלה הדם הנה דם שמלחו או נצלה אינו רק מדרבנן אבל אם אינו חום כ"כ א"כ אדרבא יש לחוש שמא הועיל החום שהפריש הדם ממקום למקום אבל לא הגיע הדם לגדר דם שנצלה:

יב ומ"ש דדלמא יש ס' דשומן אינו מוחזק כ"כ בדם לא ידעתי דהא יש לחוש דהלב והכבד וב"מ הבליעו הדם במה שהם מונחים על צד חלק אווזא שהיה על התנור ואין ששים וגם באמת אנן משערין בכלה בתוכה דלא ידענו כמה נפיק מינה ואף דהוה ספק חסרון ידיע' לכל העולם. הנה הט"ז בסי' צ"ח ס"ק ו' כ' דבכה"ג דיש לשער בכלו לא הוה ספק אף דהוא ספק לכל העולם וא"כ שוב יש להחמיר וקש' להקל ובפרט דכאן

חוששני לפשיע' שעל מה סמכה האשה לעשות מעש' ובפרט שכבר שמעה שיש בזה חשש איסור ולמה מיהרה וע"כ קשה להקל:

יג והנה לכאור' רציתי לומר בהך דחידש הצל"ח בכבד שנצל' חרסו של תנור דהו' כמולח בכשא"מ דלכאור' יש לדחות דשאני מולח בכשא"מ דהבליע' ע"י כבוש וכבוש הו"ל כמבושל וא"כ א"י ע"י צלי' ומליח' אבל כאן הוא ע"י האש שהוציא הדם וחוזר ומבליע וא"כ בכה"ג אולי מועיל צליי'. אך ז"א דהבליע' שחוזר לתוכו אינו ע"י האש רק ע"י שאין מקום לזוב וא"כ שוב הו"ל ככבוש.

יד ודרך אגב ארשום במ"ש הש"ך סי' ע' ס"ק כ"ט וז"ל והיינו שלא כתבו הפוסקים והמחבר בשר שהודח ולא נמלח והוא תמוה דהמחבר מיירי בבשר שנמלח קודם פליטתו דם וא"כ צריך הדחה כמ"ש הש"ך בעצמו שם למעל'. ובשנת תרט"ז ה' אדר שני נשאלתי בזה מאחד מתלמודיי והשבתי דמ"ש בשר שנמלח קודם פליטתו כולל שתיהן אם שלא פלט עדיין כל דמו או שפלט דמו ונשאר צירו וא"כ היה צריך המחבר להאריך ולחלק דבנשאר עדן דם צריך הדחה ובלא נשאר רק ציר א"צ תדח' ולכך סתם הדברים ודו"ק:

טו ובגוף הדין שכתב בשם מהרי"ל צ"ל דמיירי בנשתהה הרבה דבלא נשתהה יש להקל טפי בחתיכות ועט"ז ס"ק ט"ז מ"ש בשם מהרש"ל ובש"ך סי' ע"ח. והנה הש"ך ס"ק מ"ו השיג על המהרש"ל. ולפענ"ד יש ליישב עפמ"ש הש"ך סי' ק"ה ס"ק ט"ז דדם אין בו שמנונית וצ"ל לדידי' הא דאוסר במליח' בששים הוא כשהבשר שמן וכמ"ש בדג"מ שם בש"ך ס"ק ל"ח ודברי הש"ך כאן ס"ק ה' צ"ע דהא גם דם אין בו שמנונית וע"כ משום דהבשר שמן וא"כ שאר איסורים נמי ועכ"פ גם בשמן בעינן שיהי' ההיתר מלוח כמ"ש הש"ך סי' ק"ה ס"ק כ"ח וא"כ כאן צריך המליח כרותח שיעש' שתי פעולות לחמם את הציר ולעשותו שמן והציר יבליע וזה אין לו כח כ"א בשיעור כבישה והרי גם עירוי נחלקו אם יש לו כח להפליט ולהבליע וכ"ש בזה ודו"ק:

טז והנה ביום ו' חשוון תרי"ז מסר לי הרב מוה' בעריש חתן הרב מטשעריטץ כעין שאלה שנשאלתי מהרב מחראסקיב הנ"ל וע"כ לא השבתי:

יז והנה מעשה היה פה לבוב ששרו שומן בכלי קודם מליח' לאחר שהדיחו אותו בתחלה נתנוהו בקדיר' וספק אם אולי נשהה שם מעל"ע וכאשר נזכרו מצאו שמעט שומן היה נשרה במים איז' חתיכות קטנות ממנה והשומן כלו היה מחזיק שמנה פינד: והנה לכאור' י"ל דאף ששים לא מועיל בתבשיל נגד זה השומן דכאן קשה קושיית הפרישׁ' הובא בט"ז סי' ס"ט ס"ק כ"ז ותירוצו של הט"ז ל"ש דדוקא בבישול שייך לומר דמה

שנפרש נפרש ומה שלא יצא לחוץ לא פירש כלל אבל כאן בשרייה יוכל להיות דנפרש ממקום למקום שאין לו כח להוציא לחוץ שאינו חם כבישול מיהו קלקלתו זהו תקנתו דשריה אינו מבלבל הטעם כמו רוטב כמ"ש הת"ח הובא בט"ז וש"ך סי' ס"ו דמה"ט גם אותה החתיכ' מותרת דאינו מבלבל כ"כ. והנה אם היה ששים באותן החתיכות השרויות נגד הדם שבתוכו היה מותר הכל אבל שאר השומן א"י להצטרף דהם חוץ לקדיר' ועדיף יותר דשם היה בישול וכאן אינו רק שרייה ומה שנשרה נשרה ומה שלא נשרה במים מותר ואינו מצטרף והנה מה שכבוש אינו כבישול ממש לענין דם מגרע גרע דאם היה כבישול ממש דם שבישלו אינו אסור רק מדרבנן משא"כ בכבוש וכן מצאתי במשבצות ר"ס ק"ה וע"כ ברור דאם אין באותן חתיכות שומן שהיו שרויים ממש בהמים ששים הם אסורים ושאר השומן מותר אף דאין מחזיקין דם בשומן כ"כ אבל מ"מ יש בו דם וע' בסי' ע"ה:

סימן סז

א למשכיל אחד.

ב מה שהבאת היום מפרי מנחתך בסוגיא דבטלו מבוטל. הנה אם כי עוד טל ילדותך עליה זורחת בכ"ז נהניתי עד מאד כי דרכת בדרכי החכמים לא לבך הלך לבנות בנין תהו על אבני בהו. ואשר שאלת כי גם אנכי אודיעך מ"ש בסוגיא זו גם לדבר הזה אשא פניך אך לא כלו אפס קצהו תראה. הנה בהא דאמרו במאי קמפלגי בעדות שבטלה מקצתה בטלה כלה דרבי סבר דלא בטלה כלה ואי אזלי הנך כתבי ויהבי לכתבו וליתבו ורשב"ג ס"ל דבטלה כלה והנך לא ידעי ואזלי וכתבי ויהבי ושרו אשת איש לעלמא ונתקשה הפ"י דהא קיי"ל בנמצא אחד מהם קאו"פ בטל כל העדות וכאן קיי"ל כרבי בשתיהן וא"כ לא בטלה כלה לשתי הלשונות ע"ש שמחלק. ולפענד"נ דאין התחלה לקושיא. דהנה התוס' בב"ב דף מ"א כתבו בתירוצם האחרון שם דע"כ לא אמרי' נמצא אחד מהם קאו"פ דכל העדות בטל דוקא כשמסייעים זה לזה ולא במכחישים זה לזה ע"ש וביאור הענין דכל שמכחישים ל"ש צירוף שהרי לא נצטרפו ביחד ואדרבא הכחישו זא"ז. ולפ"ז כאן שבטל אותם מלהיות לעדים וא"כ ל"ש לומר שיתבטל כל העדות דממנ"פ ע"י מה נעשו פסולים בשביל שבטלם מהיות עדים א"כ אדרבא בעת הלז הרחיקם והבדילם מהיות עדים א"כ ל"ש צירוף קאו"פ וז"ב. איברא דלפמ"ש ה"ה בפ"ו מגירושין הי"ט דמירי כאן דבעת שביטל זה שלא בפני זה ביטל כל העשר' מהיות לעדים רק שבטלם זה שלא בפני זה א"כ כיון שבטל כל העדים א"כ אף אם נימא דל"מ מ"מ ל"ש לומר דלא בטלה כלה

דהרי לא הבדילם מהעשר' ובטל כלם וא"כ ממנ"פ יבטלו כלם וכעין מ"ש הש"ך בסי' ל"ו לענין לא נתכוונו להעיד דאם כלם לא נתכוונו להעיד כלם בטלים דממנ"פ או שלא מקרי עדות בלא נתכוין א"כ לא הוה עדות או שמקרי עדות וא"כ בטל משום נמצא אחד מהם קאו"פ וה"ה כאן ממנ"פ או שבטל כלם ומועיל הביטול נתבטלו כלם או של"מ הביטול כלל ואיך שייך בזה עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כלה דהא לא הבדילם זה מזה. והנ"ל בזה דהנה התוס' הקשו בד"ה רבי דמנ"ל לש"ס דס"ל דלא בטלה כלה דלמא ס"ל בטלה כלה ויכול לבטל היינו בדיעבד דהרי רבי ס"ל בטלו מבוטל וכתבו דמשמע ליה דרבי מיירי שמבטל בפני אחד או שמבטל בפני שנים זה שלא בפני זה ובכה"ג ל"מ לרבי ע"ש:

ג והנה לפענ"ד נ"ל דאף אם נימא דלרבי לא מועיל כל שמבטלו בפני אחד דבעי שנים או שלשה ביחד עכ"פ זה דוקא לענין שיהי' מועיל הביטול אף לאותם שלא שמעו כיון ששייך תקנת ממזרות בזה ל"מ אבל לאותן שביטל פשיטא דמועיל הביטול דל"ש משום ממזרות ומשום תקנת עגונות ל"ש דאם נימא דכשר לאחרים שוב ל"ש תקנת עגונות ולא ממזרות ואף אם נימא דפסול מ"מ עיקר התקנה היא בשביל ממזרות וע' בתוס' ובמהרש"א וכל שביטל בפניו לא אתי אותו השליח ליתן וליכא ממזרות וז"ב. ולפ"ז רבי ורשב"ג לשיטתייהו דלרבי כיון דס"ל דבטלו מבוטל וא"כ עכ"פ לאותן שביטל ודאי מועיל הביטול שוב לא בטלה כלה דל"ש נמצא אחד מהם קאו"פ ולהם מועיל הביטול ולאחרים ל"מ ושוב אין חשש דאם יכתבו ויתנו יהי' כשר אבל לרשב"ג דס"ל דל"מ הביטול בעבר ובטלו וא"כ גם לאותם שביטל ל"מ הביטול והיינו משום דהחשש של ממזרות גדול כ"כ עד שאף בדיעבד ל"מ ביטול וא"כ שוב הו"ל עדות שבטלה מקצתה בטלה כלה דהו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ דבאמת גם לאותם שביטל אינו מועיל הביטול וכל שביטל שוב הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ ובטל כלה ושוב יש חשש:

ד ובזה נראה ראיה לפירש"י דרשב"ג ס"ל הפסול משום תקנת עגונות דאל"כ אמאי מקרי עדות שבטלה מקצתה דהא אדרבא לא נתבטל כלה דהא ל"מ הביטול לרשב"ג רק משום דהו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ ואם נימא דל"מ ביטול כלל א"כ לא נתבטלו הם ומכ"ש שלא נתבטלו האחרים וע"ש דשייך תקנת עגונות ולכך נתבטלו הם ושוב הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ דבאמת בטלו כלם מיהו לפירוש התוס' יש ליישב ג"כ דכל דיש חשש עכ"פ שיטעו כאן ויסבור שאחרים לא נתבטלו שוב הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ ובטל כלה ודו"ק. ובזה מיושב היטב קושית הפ"י שתמה על ה"ה דממנ"פ דאם בטל כלם בפני השנים זה שלא בפני זה מה מועיל מה שלא בטל כלה ואי כתבי אינך כשר הא באמת

ביטל כלם ולא גרע מבטלו שלא בפניהם רק בפני אחרים בטלו מבוטל ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת לרבי בטלו אינו מבוטל דהרי לא בטל רק בפני שנים ולא ביחד ובכה"ג לרבי ל"מ ורק דעכ"פ אותם השנים מבוטלים ושוב ל"ש נמצא אחד מהם קאו"פ משא"כ לרשב"ג דל"מ הביטול אף בזה וא"כ אם נחוש שיהי' תקנת עגונות לפירש"י או לפירוש התוס' דיסברו דאחרים לא נתבטלו וכל שיש חשש שוב ל"מ הביטול ושוב הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ דבאמת בטל להשנים אלו ורק דל"מ הביטול משום חשש תק"ע עכ"פ נמצא אחד מהם קאו"פ מקרי ודו"ק היטב כי נכון הוא ע"ד הפלפול ובזה ישבתי לנכון דברי רבינו ז"ל בפ"ו שם שכתב דאמר לעשרה כתבו יכול לבטל זה שלא בפני זה ואפילו על ידי שנים אחרים ותמה הלח"מ דממנ"פ אי קאי על לכתחלה הא אינו מועיל בפני שנים אחרים ואם קאי על דיעבד קשה הא ע"י אותם אנשים יכול לבטל אף לכתחלה ולפמ"ש א"ש דכל הטעם הוא משום עדות שבטלה מקצתה לא בטל כלה והיינו משום דל"ש נמצא אחד מהם קאו"פ דמיירי שבטלם זה שלא בפני זה ובכה"ג ל"מ הביטול אף לרבי כמ"ש. והנה מבואר בש"ע סי' קמ"א סעיף ס' דהא דצריכין להיות ביחד הוא דוקא אם מבטל השליח אבל אם מבטל הגט יכול לבטל אף זה שלא בפני זה ע"ש. ולפ"ז כאן צ"ל דרבינו מיירי שמבטל להגט ובכה"ג לרבי בטלו מבוטל אף שלא ביחד וא"כ שוב הו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ ובטל כלה ולכך דוקא בדיעבד מועיל דקיי"ל דבטלו מבוטל. שוב ראיתי במהדורא תליתאי של הלח"מ שפירש דברי רבינו דמיירי בביטול הגט ונהניתי עד מאד שעפ"ז יתיישב דברי רבינו לפי דרכי וכמ"ש ודו"ק. איברא דק"ל על דברי הגה הלז שמחלק דבמבטל הגט מועיל אף שאינם ביחד ומטעם שכתב הב"ש דלבטל מה שכבר נעשה צריך שיהיה ביחד אבל אם מבטל הגט סגי בכל אחד בפ"ע דאינו מבטלו רק מכאן ולהבא וצ"ע דא"כ מ"פ הש"ס אלא אי אמרת בעידי כתיבה היאך מצטרפי הא אמרי' עד שיעידו שניהם כאחד ודלמא מיירי כגון שבטל הגט ובכה"ג סגי אף שאינם ביחד ואפשר דזה דוקא לדידן דקיי"ל דא"צ שיעידו ביחד דקיי"ל כריב"ק וגיטין דמי לד"מ ולכך שפיר כתב הרמ"א דבכה"ג שאינו בא לבטל מה שנעש' כבר סגי זה שלא בפני זה אבל להס"ד דבעינן שיגידו ביחד אף בד"מ שפיר הקשו בש"ס דאיך מצטרפי דאף דאינו בא לבטל מה שעבר מ"מ הא כל ד"מ בעי שנים ביחד. ובזה י"ל הא דמשני דלמא כריב"ק ותמה הרשב"א דמאי ודלמא הא קי"ל כריב"ק וע"ש שהאריך בזה. ולפמ"ש א"ש דבאמת אף לריב"ק בכה"ג שבא לבטל מה שכבר נעשה צריך שנים ורק דלריב"ק י"ל דמיירי כאן שמבטל הגט ולא השליחות וכמ"ש ודו"ק:

ה שוב ראיתי שטעות היא בידי דקושית הש"ס לאו מביטול הוא רק מאמיר' איך אמר לכל אחד בפ"ע ואין מקום למ"ש. והנה בהא דאמר ר"י אטמורו וכתבו ופריך ואס"ד אידך נמי כרשב"ג ס"ל ל"ל אטמורי לברורי אבדור והקש' הפ"י הא קיי"ל עידי הגט אין חותמין אלא זה בפני זה וא"כ היו צריכין להטמין דהא צריכין שיחתמו בהדי הדדי א"כ יוכל לבטל שם ע"ש ולפענד"נ דבר חדש דהנה כל הטעם דפסול הוא משום גזירה דכלכם ופירש"י דבכלכם הבעל קפיד שיחתמו דבקפידא תליא דלא שויה גיטא אלא בהכי ע"ש בגיטין דף י' וברש"י שם ולפ"ז זהו דוקא בכל גיטין אבל בגט שכופין אותו ליתן א"כ מה לנו ולקפידתו הרי אף הגט גופא כפינן ליה א"כ כפינן ליה שיגרש כפי מה שהב"ד רוצים וא"כ בכה"ג אפשר דל"ש הגזיר' משום כלכם וז"ב לדעתי ולכך כאן דאשקלי' לגיטא ע"כ ופירש"י דכפה אותו דהי' מאלו שכופין ל"ש הגזיר' משום כלכם וכשר גם כשחתמו זה שלא בפני זה. ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש רש"י שהשיאו בע"כ לגרש כגון בהנך דאמרי' בהו יוציא ויתן כתובה ולמה האריך רש"י ויתן כתובה שהוא ללא צורך ולפמ"ש א"ש דהנה הפ"י כתב בסוגיא דממה דקיי"ל דבשאר שטרות חותמין זה שלא בפני זה ע"כ מוכח כריב"ק דאל"כ היאך יחתמו זה שלא בפני זה שהרי חתימתן היא כמו שנחקרה עדותן בב"ד וצריכין שיעידו כאחד וע"כ דס"ל כריב"ק וע"ש בד"ה ודלמא כריב"ק ולפ"ז כיון דאמר אבדורי אבדור וע"כ דחותמין זה שלא בפני זה אף דגט הוה צ"ל דכל דל"ש גזירה דכלכם גיטין דמו לד"מ וכמ"ש כאן ודלמא כדריב"ק וכמ"ש ברמב"ם הובא בב"י סי' קמ"א בהדיא וע"ש בסוגיא שלא זכר דברי הב"י אלו ולפ"ז הא כל הטעם דגיטין דמי לד"מ משום דהו"ל כתובה למשקל כד"מ דמי וע' בב"י סי' י"א ולפ"ז ע"כ דהיה מאותן שכופין להוציא ויתן כתוב' דכל שלא היה צריך ליתן כתובה לא הוה כד"מ והי' צריך שיחתמו זה בפני זה ושוב ל"ש אבדורי אבדור ודו"ק כי זה כפתור ופרח:

ו והנה הרשב"א בחידושיו הביא ראיה דהא דאמרו כל דבר דמתעבדא בי עשרה צריך עשרה למשלפיה דהיינו אותן עשרה דוקא דאל"כ למה אמר אבדורי אבדור הא מ"מ יש לחוש דיראה אחד מהם ומכניף בי עשרה אחרינא וע"כ דל"מ. ולפענד"נ דהנה הפ"י הקשה בהא דאמר לקמן אותבי קרי באודנייכי דלמה לן כל זאת הא הרשב"א כתב בחידושיו דיש תקנה שיבטל כל הפוסלים ולפסול כל העדים שיעידו על הביטול והוה כאומר נאמנת עלי' שלא פייסת והי' להם לעשות כזאת וכתב דזה לא מועיל רק אם מבטל בפני עדים אחרים אבל בפני אותן העדים אין מועיל אף שיפסול כל העדים מ"מ הא ביטל בפניהם ואין להם לכתוב בע"כ ע"ש ולפ"ז לענין בי עשרה אחריני הי' תקנה

שיפסול כל העדים כיון דכפו אותו אבל הא דאמר זילו אטמורו או אבדורי היינו כיון דיבדרו עכ"פ לא יוכל לבטל אותם בעצמם ושוב איכא תקנה בפיסול כל עדים ודו"ק:

ז אך גוף דברי הרשב"א דא"כ דיש תקנה למה תיקן ר"ג שלא יבטלו ויהי' עושין כן מפני תיקון עולם ולמה לא תיקן שיפסול כל העדים המעידים על ביטול וגם נרא' דל"מ כלל הביטול דלפמ"ש הפ"י דצריך עדים אחרים ע"ז דאותן העדים פסולים שהרי בטלם א"כ הוה חצי דבר דעידי הגט צריכין לעדים המעידים שלא ביטל והו"ל כעדי קבלה ועדי אמירה ולשיטת הרי"ף לא מועיל ואף דיש לדחוק בזה מ"מ מדלא ראיתי בש"ע ובב"י שהובאו דברי הרשב"א אלו נ"ל שצ"ע וח"ר בעצמם אינם ת"י באופן שאותיותיו יחכמוני:

ח והנה בהא דאמרו דאם בטלו מבוטל ק"ל מהא דאמרו בכתובות פ"א ע"ב א"ר יוסף כיון דאמרו רבנן דלא לזבין אם זבין לא הוה זביני זביני ומזה הוציאו הפוסקים דאף בדרבנן כיון דאמרו לא תעביד אי עביד לא מהני וא"כ יקשה אמאי יועיל ביטול הגט הא תקנו רבנן דלא יבטל. ובזה נ"ל דלכך ס"ל לר"י כאן דאם בטלו אינו מבוטל משום דהוא לשיטתו דבדרבנן ג"כ לא מהני. ובזה י"ל מה שהקשו בתוס' ממאי דמנגיד אמאן דמבטל גיטא אף דאם בטלו אינו מבוטל ומ"ש התוס' ראיה ממה דמקדש בביאה ובשוקא דמנגד אע"ג דליכא איסורא אין ראיה לפענ"ד דשם כיון דחוצפא הוא לקדש בביאה לכך מנגיד ליה והועילו מעשיו דמ"מ הקידושין קידושין אבל כאן לא מהני מעשיו. ולפמ"ש כיון דלא מהני מהראוי שלא ילקה וצ"ע לכאורה וצ"ל דמ"מ לקי כמו בדאוריית' דלקי דעבר על מימרא דרחמנא וה"ה בדרבנן מנגיד ג"כ אבל ליישב דברי רבי וכן קיי"ל דבטלו מבוטל צ"ל דל"ד להתם דשם דתקינו רבנן דלא לזבין וא"כ אין זביני' זבינא דלא עקרו דברי תורה אבל כאן דמה"ת גט בטל ולא אפשר שרבנן יכשירו הגט משום דעבר על דבריהם ולכך אם בטלו מבוטל דלא אלים כחייהו לבטל דברי תורה:

ט ובזה יש ליישב קושית התוס' שהקשו דלמא ס"ל לרבי דבטלה כלה ורק דמ"מ בדיעבד יכול לבטל ולפמ"ש א"ש דבאמת הוא לא בטל כל העדות דאינו ענין לעדות פסולין וקרובים וכמ"ש הפ"י ורק דנחלקו אם דעתו לבטל כלו או לא והנה זה ודאי דאינו רק מדרבנן בלבד מה דבטל כלהו ולפ"ז בזה בודאי אם בטלו אינו מבוטל דבכה"ג כיון שחז"ל אמרו דלא יבטל משום ממזרות או משום עגונות אף שעבר ובטלו אינו בטל דרבנן אמרו דלא תעביד וע"כ דרבי ס"ל דלכתחל' יכול לבטל דליכא חשש כלל ודו"ק ויש להאריך בזה הרבה. ובזה ניחא מה דס"ל לרבא כרבי דבטלו מבוטל אף דהוא ס"ל כל מלתא דרחמנא אמר ל"ת אעל"מ וה"ה בדרבנן משום דכאן עוקר ד"ת וזה לא אמרינן. ובזה י"ל הא דמחלקינן לר"נ התם ממונא הכא איסורא היינו דבממון כיון שי"ל הפקר

ב"ד א"כ נעשה גם מה"ת כמו כל קנין דרבנן דמהני לתורה ולכך מועיל דא"כ מה כח ב"ד יפה ואם עבר על דרבנן ל"מ משא"כ באיסורא א"מ נגד דאוריית' וז"ב:

י ובזה יש ליישב קושית התוס' דא"כ מה מביא ממה דחזר רבי ועשה כרשב"ג דחזר בו מבטלו מבוטל ודלמא שאני לי' בין ממון לאיסור ולפמ"ש א"ש דהנה כל הטעם דיש חילוק בין ממון לאיסור הוא דבממון הפקר ב"ד הפקר כפירש"י ולפמ"ש נעשה כשל תורה. והנה כבר נודע מ"ש הג"פ סי' ק"כ דהפקר ב"ד הפקר אמרו ולא קנין דאין להם כח להקנות רק להפקיר ולפ"ז שפיר דייק משם דס"ל לרבי דגם בטלו מבוטל לא אמרי' דמה כח ב"ד יפה דל"ש לחלק בין ממון לאיסור דניהו דהפקירו הב"ד מה שטעו אבל במה נקנה להלוקח או להמוכר דאין להם כח להקנות וא"כ שייך אונאה דעיקר אונאה היא מה שהמוכר או הלוקח נתאנה וניהו דהפקירו המעות אבל במה קנה הוא וע"כ דמה כח ב"ד יפה אלים כ"כ שא"צ להחזיר א"כ גם באיסור כן משא"כ גבי אפוטרופוס דעיקר ההפקר הוא במה שהקנו לכל אחד הרוח כפי הברירה שבררו וא"כ י"ל כיון דבררו נעשה הפקר והקנו לכל אחד מההפקר דל"ש כאן קנין ולא הפקר דא"כ לא עשו כלום וגם כיון דיכלו להפקיר שוב זכו האפטרופסין להם דאף בקטן מועיל זכיית אחר בעדו וז"ב:

יא ובזה מיושב מה שהאריך הפ"י להקשות על ר"נ דבשום הדיינים ס"ל דל"א מה כח ב"ד יפה והרי בממון ס"ל דאמרי' מה כח ב"ד יפה ולפמ"ש א"ש דשם ל"ש הפקר ב"ד הפקר וכמ"ש. וגם מה שהקש' דבאיסור כל דלא ביטל בפני שנים א"מ הביטול לר"נ והא באיסור לא אמרינן מה כח ב"ד יפה ולפמ"ש א"ש דשם באחד אפשר דגם מה"ת ל"מ ביטול ושפיר אלמו חז"ל תקנתם ודו"ק:

יב והנה במה שהבאתי לעיל בשם הפ"י שהקש' דלמה צוה שיתנו קרא באודניו ולא צוה שיבטלו כל המודעות וכל הביטולי' וכעת ראיתי שהביאו בשם תשובת הר"ן שהרגיש בזה בסי' מ"ג וכתב דבתוך כ"ד יכול לבטל ע"ש ואף דבמגרש תוכ"ד כדיבור דמי היינו לאחר הכתיב' וכאן שמבטל קודם שכתבו לא הוה כדיבור ויכול לחזור וכ"כ האחרונים ועיין בישוע"י לדו"ז ז"ל סי' קמ"א. ולפ"ז מיושב קושית הפ"י דאף דאין חותמין רק זה בפני זה אבל כבר כתבו הגט ושוב לא יוכל לחזור דעכ"פ הוה מעשה בכתיבה ויש להאריך בזה ודו"ק:

יג והנה בגוף הקושיא שהקש' הפ"י על ה"ה שמפרש הסוגיא דביטל בפני שנים כל העשר' וע"ז הקשה דא"כ נתבטלו כלם דלא גרע מאילו בטלו בפני שנים אחרים וכבר כתבתי לעיל בדרך פלפול וכעת נ"ל בפשיטות ע"פ מה דקיי"ל בסי' קמ"א ס"ס בהג"ה

דאלו שנים שמבטל לפניהם השליח צריכין להיות ביחד כתב הב"ש הטעם כיון דרוצה לבטל מעשה שכבר נעשה צ"ל ביחד ולפ"ז נ"ל דה"ה אם רוצה לבטל השליחות שצוה להם לכתוב גט ג"כ צריך להיות ביחד דאף דלא כתבו עדן כיון דיכולין לכתוב שלא בידיעתו צריכין להיות ביחד דהו"ל כאלו כבר כתבו ובפרט שיש לחוש שמא כתבו. ובלא"ה נ"ל דבאמת גיטין מהראוי להיות דומה לד"נ ורק כיון דאיכא כתובה למשקל כד"מ דמי ולפ"ז זהו דוקא בעידי כתיבה הוא דקיי"ל כריב"ק אבל במבטל השליחות ורוצה שלא יכתוב ולא יהי' כתובה למשקל שוב דומה לד"נ וצריכין להיות ביחד ולפ"ז י"ל דכיון דמבטל שנים זה שלא בפני זה א"כ כל שלא היו ביחד לא נתבטלו הנשארים בזה ובשלמא אותם השנים שביטלם בעצמם אף שלא ביטלם ביחד מ"מ הרי ביטל שליחתם ואינו רוצה בהם פשיטא דא"צ להיות ביחד ול"ש כאן כל הטעמים שכתבתי דהם בודאי לא עשו עדן מעש' וגם שייך בהו ד"מ דהאחרים יכולים לכתבו ולכך ס"ל לרשב"ג דבטלו כלם ורבי ס"ל דלא נתבטלו כלם. ובזה מיושב מה שהקש' הפ"י דהו"ל נמצא אחד מהם קאו"פ וכבר הרגיש הרמב"ן בחידושיו בזה. ולפמ"ש א"ש דאם נימא דנתבטלו כלם שוב ל"מ כלל הביטול דבעינן שיהיו ביחד ודו"ק היטב וע' במהרי"ק שורש א' דכתב דל"ש בממון הפקר ב"ד זולת כשיש איזה מגדר מלתא ומהריב"ל תמה בזה ובתשוב' אחרת הערתי בזה מכמה מקומות ולא ידעתי מקומה כעת. אבל כעת אני תמה מהך דמחלק כאן בין ממונא לאיסורא ומבואר דבממונא אמרי' הפקר ב"ד הפקר אף דליכא מגדר מלתא וסייג לאיסור ודו"ק וצ"ע:

יד איברא דעדיין קשה דהרי הב"ש בסי' קמ"א ס"ק צ"א הקשה דאמאי לא יהי' הבעל נאמן בעצמו במגו דבידו לבטל וכתב כיון דהשליח אינו מודה הוה כשליש נאמן אפי' יש לו מגו ע"ש ולפ"ז גם כאן ניהו דהוא צוה להם לכתוב ונאמנים כשליש אכתי הא כל הטעם דשליש נאמן דהרי הימני' ולפ"ז הא כיון דיכול לבעל עדותם שוב לא האמין להם וא"כ מהראוי שיהי' הבעלים נאמנים ומכ"ש השנים אף שלא היו ביחד ולפ"ז אדרבא לרבי דס"ל בטלו מבוטל ל"ש הימני' והבעל נאמן ולרשב"ג דס"ל דאינו מבוטל א"כ אין בידו לבטלם ושייך הימני' ואף די"ל דגם לרשב"ג עכ"פ יכול לבטלם כלם ביחד אפשר דזה אינו בידו מקרי דמי יימר שהם מקובצים ביחד אבל עכ"פ לרבי ודאי נאמן. מיהו י"ל דהש"ס אזיל כאן אליבא דהנך אמוראי דבטלו אינו מבוטל וא"כ הרי הימני' אבל לדידן דקי"ל דבטלו מבוטל דברי הרמב"ם נכונים ועפ"י שכתב כעין זה לפי דרכו בשם בנו הגאון מוה' בעריש זצ"ל ע"ש:

טו והנה ראיתי בב"מ שהרגיש דאיך מועיל שליחות על ביטול הגט שלא בפני השליח והאשה הא כיון דאינו רשאי לבטל שלא בפני השליח רק דאם בטלו מבוטל א"כ הו"ל שלד"ע דל"מ ע"ש בסעיף ס' שמבליע הבית מאיר זאת בנעימות דבריו. ולפענ"ד ל"ק דל"מ אם נימא דא"צ לבטל כלל בפני עדים א"כ מה בכך שמבטל השליחות ואטו תורת שליחות בעינן בזה וכל שניחא להבעל בביטולו ממילא מועיל הביטול ואף אם נימא דבעי עדים א"כ בעינן תורת שליחות נלפענ"ד כיון דעכ"פ צוה לשליח שיבטל הגט א"כ אין לך גילוי דעת גדול מזה שרוצה לבטל ואף דקי"ל גילוי דעת' בגיט' לאו מלתא היא היינו בשלא אמר ענין הביטול בפירוש אבל כאן באמת ביטל בפירוש רק דנתבטל השליחות משום דארי' רביע עלה דאשלד"ע אבל עכ"פ הוא רצה לבטל וצוה להשליח לבטל ומועיל וז"ב כשמש לדעתי וע' סי' קמ"א סעיף ס"ב: והנה בהא דאמרו לרשב"ג דאם בטלו אינו מבוטל משום דא"כ מה כח ב"ד יפה ופרכינן מי איכא מידי דמדאוריית' לא הוה גיטא ומשני דכל דמקדש אדעת' דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיני' והקשו התוס' דא"כ יוכל לחפות כדין וכתב בחידושי רשב"א בגיטין ובריש פ"ק דכתובות דהכוונ' היא כיון דאם נימא דירצה לעמוד בשלו אפקעינהו רבנן לקידושין אף הוא גומר ועושה ומגרש בלא שום תנאי או שאינו מבטל ותדע דאל"כ הכי יהי' מותר לישא קרובתי' או דתהי' מותרת לכהן וע"כ דאמרינן דכל שיכולים להפקיע הקידושין ויהיו בעילותיו ב"ז לכך אמדינן דעתי' שודאי עושה כפי רצון חכמים ע"ש ודבריו אהובים וברורים. והן נסתר מחמתו דברי הראב"ן בדף קל"ז שכתב גבי אונס בגיטין דכיון דהטעם הוא משום דאפקעינהו רבנן לקידושין א"כ זה בחכמים הראשונים שהי' כח בידם להפקיע הקידושין אבל בזה"ז אין כח בידינו להפקיע קידושין ע"ש וראיתי בספר מקור מים חיים הנדפס מחדש שהביא בשם גאון אחד שחש להראב"ן הנ"ל. ובאמת שאין שום אחד מהראשונים והאחרונים דחש לה ולפמ"ש הרשב"א א"כ באמת לא אפקעינהו רבנן לקידושין רק דכל שיכולין להפקיע שוב גמר בלבו לגרש בכל הנהו ענינים דרצו חכמים שיהי' גיטו גט ולפ"ז ניהו שאין לאל ידינו להפקיע קידושין ואין כח ב"ד יפה היינו לענין זה שנהיה מפקיעין קידושין אבל כל שתקנו חכמים דלא יהי' מועיל אונס בגיטין א"כ לענין זה לפסוק כמ"ש הראשונים זה יש כח בידינו דניהו דהראשונים הנהיגו כן משום שהי' כח בידם להפקיע הקידושין אבל כל שכבר תקנו כן אנן שליחותא דקמאי קעבדינן במה שתקנו דאין אונס בגיטין או שלא יכול לבטל בפני שלשה לרשב"ג ולרבי בפני אחד עכ"פ והדין דין אמת אף שהטעם ל"ש לדידן אבל הדין נשאר כמו שהי' וז"ב לדעתי לדינא לקיים דברי הפוסקי' ובזה יש ליישב ראיית

הגאון הנ"ל מש"ס ב"מ וגם ראייתו מפרוזבול ע"ש ואכ"מ להאריך. איבר' דרש"י בשבת דף קמ"ה בהא דאמרו דאין עד מפי עד כשר כ"א לעדות אשה ופירש"י לומר לאשה מת בעלך דאקילו בי' רבנן משום עגונא וכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיני' וכאן ל"ש דברי הרשב"א האלו דאם חי הוא איך אפקעינהו רבנן לקידושין מיני'. אך באמת דברי רש"י תמוהין כמו שהקש' בשו"ת פנים מאירות ח"א סי' פ"ט דא"כ אמאי הוה ממזר מראשון מה"ת ומותר בממזרת הא הוה פנוי' דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' ע"ש שהאריך בזה. אמנם נראה דבאמת שם יש ע"א רק דבדבר ערוה צריך שנים. ולפ"ז שם דבאמת חז"ל האמינו לע"א משום דייקא או משום דעל"ג רק דיקש' דהיאך הפקיעו דבר תורה בקום ועשה שתשא איש ועוקר דבר תורה בקום ועשה לזה כתב רש"י כיון דקידש אדעת' דרבנן ויכלו להפקיעו הקידושין שזה בשב וא"ת דעשו הקידושין כאילו אינם וא"כ כיון שיש כח ביד חז"ל להפקיע דבר תורה בשב וא"ת שוב שפיר האמינו חז"ל לע"א ולא עקרו דבר תורה דלענין זה מועיל מה שהאמינו לע"א שמת דהוה כאילו הפקיעו הקידושין וז"ב. ומעתה זה כשלא בא הבעל אבל כל שבא הבעל שוב אין שייך נאמנות חז"ל וממיל' היא א"א גמורה וז"ב מאד: ומעתה אין מזה סתיר' לדברי הרשב"א הנ"ל ודו"ק. מיהו צ"ע בהא דכתב הר"ן בסוגי' דטמא' אני לך דלכך ל"ש שווי' אנפשה חד"א משום דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה וכ"כ הרשב"א שם ושם משמע דמפקעינן באמת לקידושין שהרי ביאר הר"ן שם דאם נבעלה מנתין ל"ש זאת ע"ש וצ"ע לשיטת הרשב"א שהבאתי למעל' לא מפקעינן הקידושין כלל ודו"ק וע' בנמוק"י רפ"ד דסנהדרין שכתב דגט שאין בו זמן כשר דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה ע"ש ולפמ"ש הרשב"א ל"ש לומר כן ולכך כתב הרשב"א והובא בב"י אהע"ז סי' י"א דמשום דפתיך בי' ד"מ כד"מ דמי':

טז ובזה יש ליישב מה ששמעתי מקשים בהא דאמרו גיטין דף י"ז אהני דלכתחל' לא תנשא אין לה כתובה כמו במים שאל"ס לשיטת הראב"ד וא"כ שוב צריך דו"ח ואמאי לא תצא. ולפמ"ש אתי שפיר דשם שוב שייך לומר דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' כיון דלא עשה כתיקון חז"ל ולא כתב זמן וא"כ כיון דמגרש אדעת' דרבנן ולא כתב זמן שוב אפקעינהו לקידושין דידי' ודו"ק:

יז והנה בהא דפריך הש"ס אי ס"ד כרבי ס"ל מה מועיל אטמורי והיינו דהא יכול לבטל בפני שנים אחרים. הנה הרב הגאון מוה' נתן אבד"ק ראווא נ"י הקש' בתשוב' אחת אשר שלח לנו בענין ביטול גט לשיטת המרדכי והגהמ"יי דאם אמר לעדים ולסופר כתבו גט ותנו לאשתי א"י לבטל שלא בפניהם דהו"ל כעשו מעשה הכתיב' וא"י לבטל וע"ז

הקש' דא"כ שפיר הועיל במה שא"ל אטמורי שלא יוכל לבטל שלא בפניהם והיא קושי' גדולה ובתשוב' הארכנו בזה. והנה לכאור' רציתי לומר כיון דשם הי' אשקלי' לגיט' ופירש"י שכפה אותו לתת גט דהי' מאלו שכופין. ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הרמב"ם פ"ב מגיטין דלכך בישראל כדין יכולין לכפות משום דכל שכופין לעשות מה שהוא עפ"י הדין אמרינן דודאי כל שכבר כפה יצרו הרע הוא מסכים בלב שלם לעשות כדין מרצונו הטוב ולפ"ז אם הי' אח"כ מבטל הגט הרי גילה דעתו שלא כפה יצרו הרע ולא נתרצה רק מחמת הכפיי' אבל לא ברצונו הטוב וא"כ שוב יכול לבטל אף שלא בפניהם דבשלמא כשהוא צוה בעצמו לסופר ועדים שיכתבו ויתנו שייך לומר דא"י לבטל המעשה שצוה לעשות משא"כ כשהוא בלא צוויו ורק שכפהו ע"ז כל שביטל אח"כ הרי גילה דעתו שהי' למפרע כפי' אך זה דחוק. אמנם העיקר נ"ל בזה דהנה לכאור' צ"ב למה לא יהי' מועיל ביטול שלא בפניהם שלא לכתוב והא באמת כבר נודע שיטת בעל המאור דהא דמועיל מפי כתבם בשטרות ובגיטין הוא משום דהתור' לא פסלה רק מפי כתבם ולא מפי כתבו של המתחייב וכל שנעשה מרצונו של המתחייב לא אכפת לן ע"ש בפר"א ביבמות. ולפ"ז כאן דהוא מבטל אח"כ שלא לכתוב א"כ הוה שלא ברצון המגרש וא"כ שוב הוה מפי כתבם ואיך מועיל והוא לכאור' שאלה גדולה. וצ"ל דבאמת כיון שכבר צוה להם לכתוב והם לא שמעו הביטול וע"פ דין אינו מועיל ביטול שלו שלא בפניהם שוב הם כותבים מפי המתחייב והמגרש שהרי פיו צוה להם לכתוב וליתן והם לא שמעו הביטול. וגם בלוה הי' נלפענ"ד כל שכבר צוה לכתוב ל"מ הביטול אח"כ שלא בפני העדים. ובפרט לפמ"ש הרמב"ן במלחמות שם דהכל צריכין למרי חטיא לחילוקו של הרי"ף שם בין כשהוא תחות ידי סהדי ובין כשכבר נתן ליד המתחייב וע"ש היטב דעיקר החילוק דכל שניתן לכתוב ולהנתן ביד המלוה שוב הו"ל כמו שנחקרה עדותו בב"ד אבל כל שלא ניתן להמסר רק שיהי' תחת יד סהדי כמו בקידושין דחיישינן שמא תמחק הזמן ורק שיהי' מונח תחת יד העדים הו"ל כשטר משמוש וכדוכרן פתגמא שאינו נקר' שטר ע"ש ולפ"ז כאן שכבר צוה לכתוב וליתן להאשה שוב הו"ל שטר גמור ולא נקר' מפי כתבם וע' בנימוק"י שם ולפ"ז שפיר פריך הש"ס דמה הועיל באטמורי הא יכול לבטל שלא בפניהם וא"ל דל"מ לשיטת המרדכי דז"א דעכ"פ יקשה דהא הו"ל מפי כתבם דכאן ל"ש לומר דנעשה כתיקון שטר דכיון דא"ל אטמורי שירא שמא יבטל בפניהם א"כ שוב לא נתן להעדים הרשות להיות כשטר ממש ורק שיהי' תחת ידם למען לא יבטל שוב הו"ל מפי כתבם ואין עליו דין שטר ממש והו"ל מפי כתבם ודו"ק. ובפשיטות י"ל דטעמו של המרדכי דכל שלא ביטל בפניהם לא אלים הדיבור כ"כ להוציא מידי מעשה שצוה להם

לכתוב דאם איתא דרצה לבטל באמת למה לא אמר להם בעצמם ולא היו חציפי למכתב כמ"ש המרדכי שם ר"פ השולח וע"כ דלא רצה לבטל באמת הכתיב' ושוב לא אלים הדיבור לבטל מעשה הכתיב' ולפ"ז שפיר מקשה דכאן דא"ל אטמירי ושוב לא הי' יכול לבטל בפניהם ושוב הי' מועיל הביטול שלא בפניהם. ובלא"ה נראה בכוונת המרדכי בשם סה"ת דאף דא"י לבטל הגט שלא בפניהם היינו לבטל הגט גופא דמביא שם אותה הגירס' דגט גופא בטל ע"ז אמר דגוף הגט א"י לבטל שלא בפניהם אבל עכ"פ השליחות של הסופר והעדים בטיל ונ"מ אם יכול לחזור ולגרש בו ולכך שם לענין מסירת מודעא כל שמגרש אח"כ בו אין לחוש שמא ביטל שלא בפניהם דאף דבטלו כיון דגוף הגט לא יכלו לבטל עכ"פ יכול לגרש בו וז"ב בכוונתו וע' בגליון מהר"ם שם שנראה ג"כ דמפרש כן בכוונתו ולפ"ז שם שפיר מקש' דל"ל אטמורי דכי אטמירו מאי הוה הא יכול לבטל בפני אחרים וניהו דהגט לא יבטל היינו אם ירצה לגרש בו אבל עכ"פ בטלה שליחות של הסופר ועדים ולא תוכל להתגרש כ"א כשירצה וא"ל דיכפוהו ע"ז דא"כ אותו התקיפות היו יכולים לעשות שלא יבטל בפניהם ואם יבטל יכתוב גט אחר וז"ב ודו"ק:

יח והנה הפ"י האריך במ"ש התוס' ד"ה רבי דא"י לבטל בפני אחד דאין דבר שבערוה פחות משנים והרי בד"ה ור"נ פשיטא להו דיכול לבטל בפני אחד. ולפענד"נ דבאמת מ"ש אין דבר שבערוה דבאמת אמרו בקידושין דף ס"ה דלא איברי סהדי אלא לשקרי ובדבר שבערוה דיליף דבר דבר מממון ג"כ ל"צ שני עדים רק משום דחב לאחריני והיינו שאסרה על כהן כמ"ש התוס' בגיטין דף ד' וא"כ שם דמבטל להגט לגמרי וא"כ אדרבא נשארה בחזקת א"א כמו שהית' וא"כ אדרבא תוכל להיות מותרת לכהן כשימות וע"י הגט נאסרה א"כ מה דבר שבערוה שייך בזה הרי היא כמו שהיתה אבל כאן דרבי ס"ל עדות שבטלה מקצתה לא בטלה כולה וא"כ באמת נתגרשה ע"י עדים אחרים רק שהם נתבטלו ולזה צריך שפיר שנים דאין דבר שבערוה פחות משנים וכאן חב לאחריני דבאמת הרי אסרה על כהן רק לא עפ"י עדים אלו וצריך שנים דענין דבר שבערוה הוה ודו"ק וכעין זה כתב הפ"י. והנה בהא דאמרו בגיטין דף ע"ה ע"ב ולימא לא יהא גט אם לא מתי ומשני בעינן תנאי קודם למעש'. ולכאור' צ"ב דאם נימא דהגט גופא בטל כשאמר שלא יהי' גט א"כ היאך יתחיל לומר לא יהי' גט אם לא מתי והא תיכף כשאומר לא יהא גט הרי מבטל להגט ואף שמסיים אח"כ אם לא מתי הא כיון דעכ"פ בתחלת דבריו כבר נתבטל הגט וצ"ל כיון שהוא לא נתכוין לבטל הגט רק שרוצה לסיים אם לא מתי א"כ כשמסיים אח"כ אם לא מתי מזה ניכר שאין רצונו לבטל הגט ושפיר דמי. אך לפ"ז כיון דמשני דבעינן תנאי קודם למעש' והיינו שאם המעש' קודם אין בכח התנאי לבטל

מעשה שקדם אף שגם המעש' לא הוה רק בדיבור בעלמא שהרי לא קיימא לן כשיטת הרמב"ם דפירש תנאי קודם למעש' שלא יקדש ואח"כ יתנה התנאי ואנן לא קי"ל כן רק שגם בדיבור צריך שיקדים התנאי קודם להמעש' וע"כ דהדיבור של הקידושין והגיטין זה מקרי מעשה וא"כ שוב כיון שמקרי מעשה שוב כל שיאמר לא יהי' גט הרי מקרי מעשה ובטל להגט ומה שמסיים אח"כ אם לא מתי זה תנאי הסותר להמעש' והרי בעי תנאי קודם למעשה:

יט ובזה מיושב מה ששאל אותי אחד מלומדי למד בהא דאמר הש"ס שם דתיקן הכי אם לא מתי לא יהא גט ואם מתי יהא גט ואם לא מתי לא יהא גט והקש' כיון דעיקר מה שמקדים תחלה אם לא מתי לא יהא גט הוא בשביל שלא יהי' מקדים אינש פורענות' לנפשי' א"כ מהראוי שיקדים לא יהא גט אם לא מתי וכאן ל"ש דבעינן תנאי קודם למעש' דבזה לא מענין התנאי הוא רק שלא מקדים אינש פורענות' לנפשי' ואדרב' מהראוי שיקדים המעש' קודם כדי שיהי' ניכר שזה לא מענין התנאי הוא. ולפמ"ש א"ש דאדרב' כיון שאינו מענין התנאי וא"כ יהי' נרא' כמבטל הגט שהרי התחיל ואמר דלא יהי' גט ומה שמסיים אם לא מתי זה הוה כתנאי הסותר למעש' הקודם והרי עכ"פ מחזי כמבטל הגט ולכך מקדים אם לא מתי ונמשך להקודם שאם לא מתי לא יהא גט ודו"ק היטב וע' יבמות לענין לא אבה יבמי כה"ג וע' בטור וש"ע סי' קס"ט:

כ והנה במ"ש למעל' לענין אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' הוגד לי קושי' בשם ספר פני יהושע (ואני חפשתי ולא מצאתי לא בפ"ק דכתובות דף ג' ולא בגיטין דף ע"ג שמציין שם) שהקש' דא"כ ביבמה דאף ביאת זנות קנה כמבואר סי' קס"ו ס"ז וא"כ מה יעשו חז"ל בגט שנותן ליבמתו לאחר שיבמה ויהי' תנאי בגט וארעו אונס שם ל"ש דאפקעינהו רבנן לקידושין מיני' ע"י ששויא בעילתו ב"ז. והנה אינה קושי' כלל דהא מ"מ רבנן תקנו מאמר ליבמה וא"כ אף שבאם עבר ובא על יבמתו אף בלי קידושין קנה מ"מ נלפענ"ד כיון דעכ"פ צריך עדים על הביאת יבמה ועיין ב"ש סי' קס"ו שם ס"ק ב' שדייק מהרמ"א דאם לא הי' מאמר בודאי צריך להיות בפני עדים וכיון דצריך עדים כל דרבנן שויא לבעילתו ב"ז הרי לא הי' עדים שמייבם היבמתו בביאה זו. הן אמת דצריך להבין דאם נימא כהש"ג דצריך עדים ביבמתו איך קנה בביאת זנות והא עכ"פ לא הי' עדים על הביאת יבמתו וצ"ל דעכ"פ ראו הביאה ולא אכפת לן בכוונתו שנתכוין לשם זנות הם מעידים שראו שבא על יבמתו ולפ"ז כל שבאמת נתכוין לשם מצות יבום וחז"ל הפקיעו אח"כ הבעיל' ועשו ביאת זנות הוה כאילו ייבם בלי עדים דעדים נתכוונו שלשם מצות יבום מתכוין והוא לא כוון ובפרט דביאה דמצוה סגי בשראו שנתייחד עמה אבל לענין

ביאת זנות היו צריכין לראות כמכחול בשפופרת או כדשמואל שוכבים זע"ז דאין אדם עושה בעילתו ב"ז וכיון שהיו למפרע ב"ז הוה כאלו בא על יבמתו בלי עדים דקנה לענין שתנשא לשוק דס"ס בא עליה אבל שתהי' כאשתו שתצטרך גט ככל יבמה לענין זה צריך עדים על הביאה. והן נסתר מחמתו לפענ"ד כל מה שהאריכו בזה האחרונים להקשות על הש"ג כמה קושיות. ולפמ"ש באמת הדבר ברור דאף בלי עדים נתקיים מצות יבום דעכ"פ בא עליה אלא דלא הוה כשאר יבמה שצריכה גט כשמגרשה דכל שיבמה הרי היא כאשתו לכ"ד זה דוקא כשנתכוין לשם מצות יבום א"כ מה"ת אותה ביאה קונה אותה והוה אשתו גמורה ומדרבנן צריכה מאמר והוה ככסף עם ביאה אבל כל שלא היו בעדים הוה כמו ביאת זנות דעכ"פ גט בודאי ל"צ לפענ"ד אף שלא מצאתי מבואר בביאת זנות אם צריכה גט או לא לפענ"ד מסתבר דלא נעשית כאשתו אם לא עושה לשם מצות ביאה כמו אשתו וא"כ ה"ה בזה. ובזה הן נסתר מחמתו כל בניני אחרים כנלפענ"ד:

כא והנה המרדכי בקידושין ר"פ האומר במעשה באחד ששלח שליח לקדש לו אשה והלך השליח ואמר הרי את מקודשת לי דשינה בשליחות כתב המרדכי בשם ר"ב דמקודשת לשליח ול"ש לומר כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיני' דזה דוקא כשקידש אדעתא דרבנן ואח"כ קרה מקרה דצריך לאפקועי הקידושין כגון הך דריש כתובות וגיטין וכדומה שייך לומר דאפקעינהו רבנן לקידושין דיש כח ביד חז"ל להפקיע כל שקידש לדעתם אבל היכא דלא התחיל לקדש אדעתא דרבנן כמו בקידש שניות לעריות וגם היכא דעשה רמאות ושינה בשליחות לא אפקעינהו רבנן לקידושין וע"ז שאל אותי הרב החריף מוה' מאיר בראם נ"י מהך דקידושין דף י"א דאמר רבא טעמא דב"ש משום שלא יהיו בנות ישראל כהפקר ופירש"י דאפקעינהו רבנן לקידושין הרי דשם לא התחיל לקדש אדעתא דרבנן דרבנן תקנו בדינר וזה קידש בפחות מדינר וא"כ לא התחילו קידושין כלל אדעתא דרבנן ואפ"ה אפקעינהו רבנן. והנה בראשית ההשקפ' רציתי לומר דבאמת קשה על המרדכי מהך דיבמות דף ק"י בעובדא דורש דעשה שלא כהוגן וראיתי במרדכי שהרגיש בזה וכתב דשם לא היה רק חוצפא בעלמא ולפ"ז ה"ה בזה דקדשה בפחות מדינר דאינו רק חוצפא בעלמא שבנות ישראל נראות כהפקר ובפרט לפמ"ש הר"ן דכל שהוא שו"פ יכול אדם לומר לדידי שוה לי יותר ורק ששאר בנות ישראל נראות כהפקר וא"כ פשיטא דאינו רק חוצפא בעלמא דשייך לומר אפקעינהו רבנן לקידושין. עוד אמרתי דיש מקום אתי לומר דרבא מדאוריית' קאמר דלא כרש"י דבאמת קשה לשיטתו דל"ש כלל תקנה זו דמה זה שהפקיעו הקידושין ומה זלזול שייך כ"כ עד שיפקיעו הקידושין. אך נרא' דבאמת מצינו כ"פ שהדבר מה"ת רק

שנמסרה לחכמים כמו הדר לשיטת הר"ן דהתורה אמרה סתם הדר וחכמים מבארים מה נקרא הדר וכמו מלאכת חוה"מ לשיטת גדולי הפוסקים ולפ"ז קדושי כסף נמי בתורה מבואר שיקדש בכסף והנה היה מהראוי שיהי' בפחות שבשיעורים דהיינו פרוטה רק לב"ש ס"ל דנפקא מאמה העבריה דאינו בשו"פ והש"ס מקשה דיהי' בפלגא דדינר ומשני כל דאפיקתיה מפרוטה אוקמא אדינר וע"ז בא רבא לומר כיון דאפיקתי' מפרוטה א"כ שוב לא נתפרש בתורה השיעור אמרי' דנמסר לחכמים וחז"ל תקנו דינר כדי שלא יהיו בנות ישראל הפקר וא"כ שוב הוה קידושי תורה רק בדינר ויש להסכים שיטת רש"י גם לזה:

כב שוב מצאתי בריטב"א בחידושיו שכתב ג"כ די"ל דרבא מה"ת קאמר ע"ש שלא נתבאר הטעם בדבריו ולפמ"ש הדבר נכון מאד וא"ש. ובזה מיושב היטב מה דהקש' באבני מלואים בהא דאמרו כאן בקידושי ודאי כאן בקידושי ספק וע"ז הקשה דא"כ גם לב"ש דאמרו בשוה דינר יקשה לשמואל דניחוש שמא שוה דינר בידי וא"ל דבאמת קידושי ספק הוה דא"כ שוב יקשה דנימא לדידי שוה לי כיון ששוה יותר מפרוטה ולפמ"ש א"ש דלב"ש מעיקרא ל"ק דהרי תקנו רבנן דלא יהיו קידושין בפחות מדינר שלא יהא זלזול לבנות ישראל וא"כ מה מועיל מה דלדידה שוה לה מ"מ יהיו זלזול לבנות ישראל אחרות ודו"ק היטב. אמנם בגוף הקושיא מהמרדכי לפענ"ד מעיקרא לק"מ דבשלמא בכל עניני קידושין דעשה שלא כתקנת חכמים לא היה בעצם הקידושין החסרון רק דהחסרון הוא מבחוץ עד"מ שעשה רמאות או שיש חשש משום פרוצות וצנועות או שניות לעריות א"כ במה כח ביד חז"ל להפקיע קידושי תורה שבעצם הם קידושין רק דאריה דאיסורא מבחוץ רביע עלה אבל כאן עיקר הקידושין אינו כתקנת חז"ל א"כ פשיטא דיש כח ביד חז"ל להפקיע הקידושין שאינם חלים רק בדינר ובשב וא"ת יש כח ביד חז"ל שלא יחולו הקידושין מעיקרא וז"ב ונכון ופשוט. ובמ"ש למעל' ליישב דברי רש"י בשבת דף קמ"ה בענין אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' שנתקש' הפ"מ דא"כ אמאי תצא מזה ומזה. אחר זמן רב מצאתי בנימוק"י על כתובות שנדפס מחדש בספרי רי"ף דפוס פ"ב שכתב דבכ"מ שאמרו אפקעינהו רבנן לקידושין מיני' אינו רק במקום דאיכא איזה סמך ולכך בטבע במשאל"ס לא אפקעינהו רבנן לקידושין משום עגונה כיון דליכא סמך אבל אי איכא סמך עדות כל דהו אפקעינהו רבנן אפי' בגוי מסל"ת משום עגונה כי הכא ומיהו לא הוה אפקעתא גמורה כיון דליכא סמך גיטא אלא דסמכו אדייקא דידה ומימר אמרי אתתא דייקא עד דלא מתנסבא והלכך היכא דאיגלאי מלתא דלא דייקא לא הוה אפקעתא ואם נשאת לאחר ואתא בעל תצא מזה ומזה והולד מן האחרון ממזר גמור כדאיתא התם

בפ' האשה רבה וכך פירש"י ז"ל פרק חבית גבי אין עד מפי עד כשר אלא לעדות אשה בלבד דמשום אפקעתא הוא עכ"ל הנה נתבארו דברי רש"י היטב ומיושב קושית הפ"מ סי' פ"ט והשבות יעקב ח"ב סי' קט"ז וע' בש"ש ש"ז פ"א ובאבני מלואים סי' ק' ס"ק א' שלפמ"ש הנימוק"י דבריו מבוארים ונכונים. אמנם כן עדן לא פלטינן מקושיא דלפי דברי הנימוק"י עיקר הפקעת קידושין הוא רק משום דכוון דיש סמך דסמכו אדיוקא דידה ולכך היכא דאגלאי מלתא דלא דייקא לא הפקיעו הקידושין. ולפ"ז צ"ב לאיזה צורך הפקיעו הקידושין דממנ"פ כ"ז שלא נתברר ההיפוך מאמינים לעד ולדיוקא דידה דמת וא"כ אין נ"מ אם נפקעו הקידושין או לא סוף כל סוף מת ואם נתברר ששקר הדבר שוב לא הפקיעו ואם נימא דלא האמינו לעד ולדייקא דידה שוב לא הפקיעו הקידושין כלל וע"כ דהאמינו לעד ולדייקא דידה ושוב מה צורך להפקעת קידושין. אמנם לפענ"ד הי' נרא' דבר חדש דלפמ"ש בתשובת מיימוני בהלכות אישות סי' ג' דאף בדבר שבערוה ע"א נאמן היכא דלפי עדותו לא היה כאן דבר שבערוה ודוקא היכא שלפי דבר העד היה כאן דבר שבערוה רק שהעד אומר שמכאן ולהבא אין בו דבר שבערוה הוא דאינו נאמן כיון שגם לפי דבריו מודה דלמפרע הי' בו דבר ערוה אבל כל דלפי דבריו לא היה כאן דבר שבערוה שוב בודאי נאמן העד ע"ש ולפ"ז באמת כל הקדמונים נתקשו היאך האמינו לע"א בדבר שבערוה ואמאי יהי' נאמן לומר מת ולכך חידש רש"י דהפקיעו רבנן לקידושין מיני' כל דאיכא ע"א וא"כ לפי דברי העד אומר בדבר שאין בו דבר ערוה דאף שאומר שהיתה אשת איש הא כל דהפקיעו רבנן לקידושין מיני' הוה כלא היתה א"א מעיקרא וא"כ מה נ"מ אם לפי דברי העד לא היה כלל דבר שבערוה או שרבנן הפקיעו הדבר שבערוה ובזה שוב ע"א נאמן. ומעתה מבואר הדברים ומיושב קושית הפ"מ דלכך כשנמצא ששקר דיבר א"כ שוב ל"ש שרבנן הפקיעו הקידושין דבאמת לא הפקיעו רק לפי שהעד נאמן היכא שאינו דבר שבערוה וא"כ כל שהוא אומר שמת אין החסרון רק דדבר שבערוה אין פחות משנים וע"ז הפקיעו הקידושין ושוב הנאמנות של העד במקומו אבל כל שהעד שקר דיבר שוב נתבטל הפקעה של הב"ד והרי היא אשת איש כמו שהיתה וז"ב כשמש. אמנם אי קשיא הא קשיא בהא דא"ל מת בנך ואח"כ מת בעלך ונתייבמה ואח"כ א"ל חילוף היו הדברים תצא והולד ראשון ואחרון ממזר וקשה טובא כיון דעכ"פ במה שהעיד העד שמת בעלה לא אתכחיש העד וא"כ כבר הפקיעו רבנן הקידושין ושוב לא היתה אשת אחיו ומותרת להנשא לאח השני וא"כ למה תצא והולד ממזר ראשון ואחרון וא"ל דע"א ביבמה לא האמינו כלל ולא אפקעינהו לקידושין דז"א דבין לל"ק ובין לל"ב ביבמות צ"ג ע"א ביבמה מהימן רק להנשא לשוק

לא נאמן עכ"פ ליבמה מהימן ע"א ושוב הפקיעו רבנן לקידושין מינה וא"ל כיון שנתברר ששקר היה לא הפקיעו לקידושין דז"א דע"כ לא כתב הנימוק"י רק כשנתברר ששקר היה הדבר שלא מת כלל אבל כאן לענין מת בעלך לא אתכחש וא"כ מהראוי לומר דלמה דאתכחש אתכחש ולמה דלא אתכחש לא אתכחש ושוב לא הוה אשת אחיו. ולכאורה רציתי לומר לפמ"ש כל הטעם דהפקיעו רבנן הוא בשביל דאל"כ אין ע"א נאמן בדבר שבערוה ולפ"ז זהו כשרצה העד להוציאה מחזקת א"א אבל כשמעיד מת בנך ואח"כ מת בעלך דאינו דבר שבערוה דע"כ לא מקרי דבר שבערוה רק כשמוציא מרשותו וגם יבמה לשוק מקרי דבר שבערוה שמוציאה מחזקת יבמה וגם בזה פקפק הנוב"י מהד"ק חאהע"ז סי' נ"ד אבל להכניסה ליבמה לא מקרי דבר שבערוה. אמנם לפ"ז אכתי קשה בהא דאבעי' ביבמות שם אי טעמא דע"א משום דהוה מלתא דעל"ג וגם ביבמה נאמן או דלמא משום דדייקא והכא ל"ש דייקא דזימנין דרחמא ליה לא דייקא ומנסבה ול"ל טעמא דרחמא לימא דבשלמא בע"א שפיר סמכו אטעמ' דדייקא משום דפקעו לקידושין בשביל איזה סמך כל דהו דדייק' אבל ביבמה דלא הפקיעו לקידושין דאינו דבר שבערוה מה שהכניסוה ליבמה ושוב אינו נאמן העד בשביל דייקא בלבד. ולכאורה רציתי לומר דע"כ לא אמרינן דאין לסמוך אדייקא רק להתיר א"א לעלמא אבל ליבמה דאינו רק לאו בעלמא לא צריכין לזה וסמכינן אדייקא דז"א דמלבד דבאמת אמרינן מ"ל איסור כרת מ"ל איסור לאו כל דהאיסור בעצמותו וע' רש"י ביבמות דף קי"ט ובתה"ד ומהרי"ק ועמלמ"ל פ"א מיו"ט אף גם דא"כ מה מייתי ראיה ממת בנך ואח"כ מת בעלך דאמרינן דייקא והא שם בודאי סמכינן אדייקא דשם צריכין להפקיע הקידושין דאל"כ היאך סמכינן במת בנך ואח"כ מת בעלך על הע"א דהו"ל אשת אח בכרת וע"כ דהפקיעו לקידושין ושוב שפיר סמכינן על דייקא דידה כל שיש איזה סמך וגם דא"כ למה באכחשו העדים תצא והא הפקיעו הקידושין מיהו בזה יש לדחוק כיון דלא הוצרכו להפקיע קידושין רק בשביל העדות דמת בנך דלמת בעלך ליכא חשש כלל ולא הוצרכו להפקיע הקידושין וכמ"ש וכל שנתברר ששקר דיבר דלא מת הבן קודם לא הפקיעו הקידושין אז ושוב הו"ל אשת אח אבל הא קשיא. אמנם אחר העיון י"ל כיון דבמת בעלך סמכינן אדייקא והפקיעו רבנן לקידושין לא מסתבר להש"ס לומר דביבמה לא סמכינן אדייק' דהשתא להנשא לשוק סמכינן על דייקא מכ"ש ליבמה וע"ז הוצרך הש"ס לחדש דל"ש דייקא דזימנין דרחמא. ומעתה שפיר פשטא ליה מהך דמת בנך ואח"כ מת בעלך דחזינן דסמכה על דייקא דאל"כ הו"ל אשת אח בכרת וע"כ דבשביל דייקא הקלו וה"ה בסתם עד ביבמה דודאי ראוי להאמין לע"א בשביל הדייקא.

כג ובזה יש ליישב קושית התוס' דמה מבעיא ליה אי ע"א ביבמה משום גילוי מלתא או בשביל דייקא ת"ל דודאי בשביל דייקא וכמ"ש לעיל. ולפמ"ש א"ש דזו היא מה שאבעיא ליה דבשלמא בע"א דעלמא דהפקיעו הקידושין סמכו אדייקא דידה דהוא רק סרך בעלמא אבל ביבמה דל"צ להפקיע הקידושין שוב לא סמכינן אדייקא שלה. ובזה י"ל מה דאמר בל"ב דלהתירה ליבמה לא קמבעיא לן דודאי נאמן רק להתיר לעלמא והיינו משום דלהתיר ליבמה ניהו דלא הפקיעו רבנן לקידושין אבל מ"מ אין כאן דבר שבערוה דאדרבא מכניסה ליבמה שבא מכח אישות לבעל' אבל להתיר' לשוק שוב מבעיא לי' אי סמכינן אדייקא ולומר דבזה שוב הפקיעו רבנן לקידושין לא מסתבר. ובזה יש ליישב הרבה קושיות של התוס' שם וע' ט"ז סי' קנ"ח בהשו"ת שם שיש להאריך עפ"ז ואכ"מ. אמנם עדיין קשה בהא דאמר רבא ע"א ביבמה מהימן מק"ו איסור כרת התרת איסור לאו לכ"ש והא יש לו פרכא דמה לאיסור כרת דהפקיעו רבנן לקידושין וליכא איסור כרת משא"כ ביבמה דלא הפקיעו לקידושין. ולכאורה רציתי לומר דביבמה היינו להנשא לשוק וס"ל לרבא דגם בזה שייך הפקיעו. דז"א דמלבד דע"א ביבמה משמע דגם להנשא ליבמה הוא מק"ו אף גם דכל שמת הבעל ונתייבמה ובא ע"א ואמר מת יבמך שוב א"א להפקיע הקידושין של אחיו שכבר מת והיא זקוקה ליבמה מה"ת מכ"ש בשכבר נתייבמה דהיאך שייך דהפקיעו הקידושין למפרע וע"כ צ"ע ודו"ק היטב כי נתבאר בו ענין נבחר:

כד והנה בפ"י בגיטין דף ע"ג רצה לחדש דכל שלא פשע ל"ש אפקעינהו רבנן לקידושין ולפענד"נ דכיון דהוה כמו תנאי בקידושין ע"מ שירצה אבא וא"כ כל שחז"ל תקנו שלא יהי' קידושין הוה כלא נתרצה האב אף שזה לא פשע כנלפענ"ד וע' תוס' גיטין דף ג' ד"ה האי קולא דאתי לידי חומרא דהקשו דגם בע"א באשה לפרוך האי קולא דאתי לידי חומרא הוא והגאון מוהר"ע איגר ז"ל בגליון הקשה דשם כיון דהאמינו לע"א שוב לא יבא הבעל דהא מת הוא ולפמ"ש למעל' דמשום אפקעינהו רבנן לקידושין אתינן עלה לק"מ דהא י"ל דבאמת חי הוא וא"כ אדרבא שוב לא אפקעינהו רבנן לקידושין כמ"ש הנימוק"י. אך לפמ"ש למעל' דכל שהפקיעו ואינו דבר שבערוה לכך יכולין להאמין ע"א א"כ מיושב קושית התוס' ודו"ק היטב:

כה והנה עש"ק פקודי תרי"א הגיעני מכתב מבראד מבחור א' ושמו משה חיים ראבינשטיין והקש' על דברת התוס' יבמות דף נ"ב ד"ה דמבטל גיטא שכתבו אע"ג דרב ס"ל בהשולח בטלו אינו מבוטל גבי הא דאר"י נחזי אנן וע"ז הקשה דלא נמצא שם כלל דברי רב וע' בתוס' גיטין דף ל"ג ד"ה אמר ר"י וביותר תימה דברי התוס' רי"ד שכ'

בקידושין מ"ב רב לטעמיה דס"ל בטלו מבוטל דלא נמצא כלל והתוס' כתבו להיפך ודברי התוס' אפשר ליישב דר' אבא הנזכר שם הוא רב כמ"ש הערוך בברכות דף מ"ט אבל דברי התוס' רי"ד הוא תמוה זהו תו"ד. ובאמת שתימה גדולה היא וחפשתי בכל מפרשים קדמונים ואחרונים ולא ראיתי למי שהעיר בזה גם ברמב"ן ורשב"א וריטב"א בגיטין ל"ג ובקידושין לא מצאתי לא' שיאמר שרב ס"ל כן לבד מהריטב"א בקידושין הנ"ל שכתב להיפך כי מ"ש מעלתו בשם תוס' רי"ד אינו ברי"ד רק בחידושי ריטב"א. והנה בריטב"א לפענ"ד ט"ס וצ"ל רב ס"ל ביטלו מבוטל ומ"ש לטעמי' אינו וט"ס הוא. אבל דברי התוס' הם תמוהים כי מ"ש מעלתו דרבי אבא היינו רב כמ"ש הערוך סמך עמ"ש הגאון מוהרי"פ בשמו בברכות שם אבל בערוך עצמו והובא בסה"ד אות אלף בשם רה"ג מצאנו בשלשה מקומות בברכות דף מ"ט ושבת קל"ה וכתובות פ"א רב אבא היינו רב שנקרא רב אבא בבבל כמ"ש בערך אביי והנה מנה הג' מקומות ואינו מהמקומות שמנה גם מנ"ל להתוס' להקשות וגם בתוס' קידושין דף י"ב משמע דרב יוסף הוא דס"ל לא רב ע"ש וע"כ הדבר צריך חיפוש וביקור אולי היו להתוס' יבמות גירסא אחרת וע' בשטמ"ק בכתובות פ"א שהביא דברי הערוך הנ"ל. (אחר זמן רב מצאתי בס' שנדפס מחדש שמו ערוך לנר שהרגיש בזה ביבמות דף נ"ב ע"ש שגם הוא הקש' כן על הריטב"א): ודרך אגב אזכור הא דאמרו שם דר"נ ס"ל דבפני ב' הוא מבטל לבי תרי נמי ב"ד קרו ליה ומביא ראיה מהא דמוסרני לפניכם הדיינים פ' ופ' והקשו בתוס' דביבמות כ"ה אמרו טעמא דב"ד הוא הא לבי תרי לא והא לבי תרי נמי ב"ד קרו ליה ע"ש. ולפענד"נ עפמ"ש הר"ן בתשובה סי' ע"ז על ענין שטר חליצה שהיה צריך לכתוב שנת קל"ד ונכתב בטעות ק"ד וכ' כיון דהעדים טעו בדבר שהוא מצוי לטעות אנו מאמינים שמה שכתוב בשטר הוא אמת וגבי מבנ"ח וכשר השט"ח ולא דמי לגט דאף דאנו מאמינים במ"ש בגט כל שאין הגט כשר אין עליו תורת גט והרי אינה מתגרשת אלא בגט משא"כ בחליצה החליצה היא המתרת וכל שאנו מאמינים שהמעשה הוא אמת מה אכפת לן במ"ש בשטר טעות וע"ז הקשה דא"כ למה פרוזבול המאוחר פסול וכתב דגם פרוזבול העיקר מה שמפקיע הממון הוא הפרוזבול עצמו ולא ישיבת ב"ד ולכך כל שהפרוזבול מאוחר אין עליו תורת פרוזבול ופסול משא"כ בחליצה שגוף החליצה מתרת ולא השטר ע"ש ודפח"ח:

כו ובזה מבואר מ"ש הש"ך בחו"מ סי' מ"ג ס"ק ה' וס"ק ז' דדוקא בגט משום חומרא דעריות הוא דמחמיר ולפמ"ש י"ל בפשיטות דוקא גט שגוף הגט הוא המתיר וכל שאינו תורת גט מה מועיל מה שמאמין בהגט שט"ס בו ס"ס אינו גט משא"כ בשאר שטרות דלא איברי סהדי אלא לשקרא וכל שנודע שהמעש' אמת כשר ולכך תלינן בט"ס. ומעתה

נלפענ"ד דלכך מביא ר"נ ראיה מפרוזבול דלתרי ב"ד קרו ליה דאל"כ כיון דהפרוזבול עצמו הוא המפקיע ממון ואם נימא דהפרוזבול צריך שיעשה בשלשה וכל שאינו בשלשה אין שם פרוזבול עליו דאין נעשה כדין פרוזבול וא"כ במה יפקיע ממון וע"כ דתרי נקרא ב"ד וכשר הפרוזבול וכן לבטל הגט דצריך לבטל גוף הגט ג"כ סגי בשנים דע"כ תורת ב"ד עליה אבל בחליצה דגוף החליצה היא המתרת א"כ ל"ש לומר דלתרי נמי ב"ד קרי לי' דשם גוף החליצ' מתרת ולא השטר וא"כ כל שלא היה בפני שלשה מה בכך דשנים נמי קרי ב"ד אבל הרי שם אינו עיקר השטר חליצה רק גוף החליצה וכל שלא הי' בפני שלשה לא הי' שם חליצה ע"ז דצריך ב"ד של שלשה דבשלמא מה שתלוי בעצם השטר וכל שלתרי קרו ב"ד הרי היה מעשה השטר כהוגן אף שלא הי' בעצם רק שנים ודו"ק:

סימן סח

א ראיתי ונתון אל לבי במה דאמרו בביצה דף ח' ע"ב אלא בחול א"נ מספיקא אמרו ליה רבנן זיל טרח וכסי ביו"ט אי מספיקא מי אמרו לי' רבנן זיל טרח וכסי והיא תמוה לפענ"ד דהא ספיקא דאוריית' היא אי חייב בכיסוי ואיך שייך דא"נ מספקא אמרו רבנן זיל טרח וכסי והלא הוא ספקא דאוריית' וחייב מדאוריית' ולכאורה מזה מבואר דספיק' מדאוריי' שרי רק דרבנן גזרו עלייהו וגם לשיטת הרמב"ם עכ"פ מדרבנן חייב ואיך שייך דביו"ט לא חייבו מספק ובפרט ביש לו אפר כירה המוכן למה לא יטרחו. אמנם נרא' דבאמת כל דיש חשש התרת חלבו יכולין רבנן לגזור בשב וא"ת וע' בתוס' ד"ה ותני. אך כבר נודע מ"ש התוס' ביבמות דף כ' ד"ה אי הכי דשיעקרו מצות התורה לגמרי זה א"א אף בשב וא"ת ולפ"ז בחול אי נימא דלא לכסי משום חשש התרת חלבו זה א"א דהרי עוקרין מצות כסוי בזה לגמרי ולכך בחול א"נ דספיקא הוא א"ל זיל וכסי מספק אבל ביו"ט שפיר עקרו משום חשש התרת חלבו. איברא דעדיין קשה דע"כ לא כתבו התוס' ביבמות דלעקור לגמרי זה א"י בידם רק שם דרוב נשים אינם איילונית וא"כ עוקרין מצות יבום לגמרי מה דהתורה צותה שתתייבם בזה אין לאל ידם אבל כאן דבכל כוי יש חשש התרת חלבו דהספק בכלם שוה וא"כ שפיר י"ל דבשביל חשש התרת חלבו עקרו בכוי מצות כסוי. אך נרא' דכל שעשו היכר ביו"ט דאם שחטו אין מכסין דמו שוב סגי בהיכר זה ובחול הניחו מצות כסוי מספק:

ב ובזה הנה מקום אתי ליישב מ"ש הרע"ב חולין פ"ו ואין שוחטין אותו ביו"ט ואם שחטו אין מכסין את דמו ופירש הרע"ב דאין שוחטין דדלמא לא בעי כסוי ומחללין יו"ט

מספיק' ואם שחטו אין מכסין משום התרת חלבו וע"ז תמה הגאון מוהר"ע איגר ז"ל בהגהותיו דכיון דאף באיכא אפר מוכן אסור לכסות משום חשש התרת חלבו א"כ למה לא כתב ברישא דלכך אין שוחטין משום התרת חלבו והיא תימה גדולה ולפמ"ש א"ש דבאמת קשה למה אסרו חכמים מלשחוט כוי ביו"ט והא שוב יהי' חשש התרת חלבו בחול דהרי ליכא היכר כלל דביו"ט אין שוחטין כלל ול"ש היכר משום הכיסוי ושוב יכלו לעקור בחול מצות כסוי לגמרי מפני חשש התרת חלבו ולכך פירש הרע"ב דכיון דיש חשש משום חילול יו"ט במקום שאין לו אפר מוכן שפיר יכלו לגזור דבמקום שיש חשש איסור ליכא חילוק בין איסור לאו לאיסור כרת וכדאמרו ביבמות דף קי"ט מ"ל איסור לאו ומ"ל איסור כרת וערש"י שם ובתה"ד ומהרי"ק ומלמ"ל פ"א מיו"ט שהאריך המגיה בזה ולכך אסרו לשחוט אבל אם עבר ושחט שוב אסרו הכסוי אף במקום שיש אפר מוכן כדי שיהי' היכר משום חשש התרת חלבו ודו"ק היטב. שוב ראיתי שגם הש"ך ביו"ד סי' כ"ח ס"ק ח' כ' בדברי הרע"ב ודבריו ג"כ תמוהין ולפמ"ש יש ליישב כאמור ודו"ק:

ג והנה בהא דקאמר הש"ס שם ודאי נמי נגזור משום כתישה ודאי כי עביד כתישה אתי עשה ודחי ל"ת ופירש"י ד"ה ודאי ומשני כיון דרוב פעמים א"צ לכתוש לא גזור רבנן משום כתישה דא"נ אתי לידי כך לאו איסורא דאוריית' איכא דאתי עשה וכסהו בעפר ודחי ל"ת מלאכ' ודברי רש"י צ"ב דלמה האריך כ"כ והלא בפשיטות מקשה הש"ס דכתישה ל"ש דאתי עשה ודחי ל"ת. אמנם לפענד"נ כוונה עמוקה דבאמת תמוה דאטו הש"ס לא ידע דל"ת ועשה היא וכדמסיק אח"כ אמנם נרא' דהנה בהא דאמרו ביבמות דף פ"ט ודף קי"ט אמרי כל בדאוריית' מ"ל איסור כרת מ"ל איסור לאו ופירש"י ד"ה כל דכל בדאוריית' ל"ש איסור לאו ל"ש איסור כרת ואם חשו רבנן לכרת חשו נמי ללאו ועביד תקנתא וכו' ובדף קי"ט ביאר רש"י דכל דאיכא משום הרחקה איכא חילוק בין לאו לכרת והנוב"י חידש במהד"ק חאו"ח סי' צ"א דבאיסור עשה לכ"ע לא עביד הרחקה ע"ש. ולפ"ז אני אומר כיון דרוב פעמים לא אתי לידי כתישה שוב ל"ש לגזור דלמא אתי לידי כתישה דהא מצד הל"ת עשה דוחה לל"ת ומשום העשה שבו שוב לא גזור משום הרחקה ושפיר פריך דאתי עשה ודחי ל"ת אף דביו"ט איכא ג"כ עשה ע"ז לא עביד הרחקה וז"ב וע"ז פריך דהא לא הוה בעידנא ומשני בהדי דכתיש קא מכסי וכיון דבא ע"י שיכתוש שוב ל"ש לומר דאינו רק הרחקה דברוב פעמים אינו כותש דהא גוף הל"ת אפשר לקיים שלא בכתישה ולא הוה בעידנא וע"כ דבהדי דכתיש קא מכסי וא"כ שוב יו"ט עשה ול"ת היא דגם העשה שייך בזה ודו"ק:

ד ובזה מיושב מ"ש רש"י בתחלת הסוגיא דע"כ ר"י לא סבר דמשום דיו"ט העשה דכסוי דוחה דא"כ למה לי דקר נעוץ והקשה בישועת יעקב סי' תצ"ח דדלמא באמת ס"ל לר"י דעשה דוחה ל"ת ול"ש משום כתישה דבעידנא דכתיש מכסי ואפ"ה צריך דקר נעוץ דהא לא הוה בעידנא. ולפמ"ש א"ש דהא באמת הוה עשה ול"ת וע"כ דמשום דרוב פעמים אינו כותש ואינו רק משום הרחק' ל"ש העשה ובעידנא לא ס"ל וס"ל דהוה הכשר מצוה דא"כ דקר נעוץ למה לי דא"ל דהוה בעידנא דא"כ שוב הוה עשה ול"ת ודו"ק וע' בנימוק"י פ' שני גבי אבידה בבה"ק ובחידושי טורי אבן ריש חגיגה ודו"ק:

ה ולפנעד"נ דבר חדש בישוב כל הדברים דהנה להס"ד דעשה דוחה ל"ת אף שאינו בעידנא א"כ שפיר כ' רש"י דכיון דרוב פעמים א"צ לכתוש ל"ש לגזור דלמא אתיא לידי כתישה דאף אם יבא לידי כתישה יבא עשה וידחה ל"ת דא"ל דאין עשה דוחה ל"ת ועשה דיו"ט דז"א דאם כבר עבר וכתש בודאי דדחי העשה דכסוי את הל"ת דא"ל דלא דחי דז"א דהא באמת הל"ת יוכל לדחות ולא נשאר רק עשה והרי כל מה דאינו דוחה משום דמה אולמא האי עשה מהאי עשה והא כל דעבר ודחה שוב בודאי מוטב שיכסה ויעשה מצוה דעכ"פ ידחה הל"ת לגמרי וגם העשה דוחה דל"ש מה אולמא דעכ"פ כבר עבר על העשה וא"כ למה לא ידחה דאם לא תדחה בודאי עבר על עשה ול"ת ומוטב שידחה וזה עדיף ממה שחידש הנוב"י סוף ספרו דאם כבר עבר ודחה שייך להיפך מה אולמא ומכ"ש באם עבר על עשה ול"ת מוטב שיעש' עכ"פ המצוה וידחה להל"ת והעשה ג"כ עכ"פ עשה מצוה בזה אך זה באם ל"צ בעידנא וכבר עבר על הל"ת אבל כל שצריך בעידנא ורק דבהדי דקא כתיש קמכסי שוב קשה דלמה יכתוש ויכסה והא הוה עשה ול"ת ולא דחי ושפיר מקשה וז"ב כשמש:

ו ובזה מיושב היטב דברי רש"י בתחלת הסוגיא דשפיר מקשה דאם מטעם דעשה דוחה ל"ת והיינו דנימא דל"ב כאן בעידנא דהוה אתחלתא דמצוה וכעין מ"ש הנימוק"י פ"ב דב"מ שוב יקשה דלמה לי דקר נעוץ וא"ל דבעינן בעידנא דז"א דאם בעינן בעידנא שוב הוה יו"ט עשה ול"ת ואסור לכתוש ולכסות ודו"ק היטב כי נחמד ונעים. ובגוף הדבר דהוה יו"ט עשה ול"ת ואין עשה דוחה הנה לפמ"ש הרשב"א והובא במלמ"ל פ"א מנערה ובפ"י בכתובות דף מ"ם ובק"א שם דעשה דקום ועשה דוחה העשה דאינו רק בשב וא"ת שוב מהראוי שתדחה עשה דכסוי עשה דשבות דיו"ט דאינו רק בשב וא"ת. אך י"ל דזה תלוי במחלוקת הריב"א והתוס' אי העשה מאלם הל"ת גופא וע' במלמ"ל פ"א משופר ופ"א מיו"ט ודו"ק היטב:

ז והנה במ"ש למעלה דאם אינו רק משום הרחקה יש חילוק בין איסור לאו לכרת צריך להבין לפמ"ש הראב"ד פכ"ד משבת דטלטול נאסר משום שלא יבא להוציא ומקורו מהש"ס שבת קכ"ד א"כ יקשה לפ"ז ביו"ט דליכא רק לאו ל"ש לגזור אטו הוצאה וא"כ מ"ט דיו"ט ועל הש"ס ל"ק דבשבת מיירי אבל על הראב"ד קשה דא"כ מ"ט דיו"ט וגם יקשה מהא דקאמר בביצה דף י"ב אלא מעתה לפלגו באבנים ופירש"י דאם אין הוצאה ליתא איסור טלטול והלא אף אם יש הוצאה לא שייך לאסור טלטול ביו"ט ושם ביו"ט קאי והוא קושיא גדולה וע"כ כמ"ש הרמב"ם דמטעם שלא יהי' הלוכו בשבת כדרך חול וגם משום שבות הניכר ולכך גם ביו"ט אסור ומה דאמרו דאם אין איסור הוצאה ביו"ט גם טלטול ליכא נלפענ"ד דהכוונה דבאמת הוצאה מלאכה גרועה וא"כ עכ"פ עשה דתשבות ליכא כדאמרו ביבמות לגבי מחמר ע"ש בדף ו' ובחידושי ריטב"א שם וכן אמרו בפסחים דף ד' דש"מ הבערה לחלק יצאת וכתבו התוס' בשם ריב"א דאי אינו רק לאו לא הוה אסור ביו"ט דאין שם מלאכה עליה ע"ש ולפ"ז הוצאה דהוה מלאכה גרועה לא היה מהראוי לאסור ביו"ט וא"כ שוב ל"ש לאסור משום הוצאה וגם משום שביתה הניכרת ל"ש דגם הוצאה ל"ש שביתה הניכרת וגם העשה בודאי ל"ש דאם אינו מלאכה הוה שביתה כמ"ש הריטב"א לענין מחמר ושפיר אמרו בביצה:

ח ובזה מיושב השגת הראב"ד דהרמב"ם רצה לכלול גם יו"ט בזה וגם לענין עשה תשבות לא היה שייך בזה וכמ"ש וע"כ נתן הרמב"ם טעמים שלו ובשבת שם קאי לענין שבת ובזה שייך לאסור משום הוצאה. ובזה מיושב מה שהקשיתי בחידושי מש"ס ביצה הנ"ל דמבואר כשיטת הראב"ד ולפמ"ש אדרבא שם בודאי א"א לפרש רק כשיטת הרמב"ם וכמ"ש ודו"ק:

ט והנה במדרש רבה פ' ראה ע"פ כי ירחיב ד' אלקיך הלכה אדם מישראל מהו שיהא מותר לכסות דם שחיטה ביו"ט כך שנו חכמים השוחט חיה ועוף ביו"ט בש"א יחפור בדקר ויכסה ובה"א לא ישחוט אא"כ היה לו עפר מוכן מבע"י אר"ח מי שאין לו עפר מוכן א"צ לשחוט למה שאין בין יו"ט לשבת אלא אוכל נפש בלבד לפיכך אם שחט ביו"ט צריך שיהא לו עפר מוכן לכסות והוא תימה לשיטת ר"ת דמוחלפת השיטה וב"ה מתירין וא"צ הכנה כלל וא"כ הך דר"ח הוא תימה דפסק דלא כב"ה. והנה בשו"ת [מהרי"ט] בית יוסף בחידושיו לקידושין על הר"ן הביא דברי רש"י ביומא דף ס"ד בד"ה יקרבו כל הראשין כלן מבואר דרש"י ס"ל דספק מה"ת אסור ע"ש וזה רבות בשנים כתבתי תשובה ארוכה וכתבתי דאין ראיה לפמ"ש המהרי"ט בתשובותיו דתלוי אי אשם תלוי

בעי חתיכה משתי חתיכות ע"ש א"כ שם לר' אליעזר קאי והוא לא בעי חתיכה מב' חתיכות ושפיר ספק אסור מה"ת ודו"ק.

סימן סט

א שלום אל כבוד הרב המופלג בתורה וביראה מוה' אליקום געציל מו"ץ דק' טאמשיב נ"י.

ב תמול הגיעני מכתבו ע"י אנשים משם והנה ראיתי אשר נחרדתם על אודות העופות הגדולים אשר משונים הם בגדלם ובקול ובצים אשר מתחלה אכלו אותם וכעת בא אגרת מעיר קאמיניטץ אשר הרב וכו' אסרם וע"כ לא היה להם בשר על יו"ט העבר כי כלם הכינו להם עופות אשר הכינו להם ערלים למכור. והנה בקשתם דעתי הנה ידעו מעלתם שורש דבר אם העופות הללו יש להם ג' סימנים רק שלא נודע אם הם דורסים הנה היו כשרים בלי פקפוק ומאר תמהני עליכם ועל כל המערערים איך שכחו או לא למדו הסוגיא דנשר וכל השיטות הנאמרים בטוש"ע סי' פ"ב והנה לשיטת ר"מ בר יוסף המחוורת מכל השיטות אשר הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והה"מ קיימו וקבלו השיטה הזאת כל שיש לו ג' סימנים רק שלא נודע אם הם דורסים הם כשרים ולדעת ר"ת כל שיש לו שני סימנים של טהרה הם כשרים ולא נשאר רק שיטת רש"י והרא"ש וטוש"ע. הנה מלבד ששיטת רש"י נדחה לא מחמת סוגית הלכה שמפני זה לא נוכל לדחותו וכ"פ מצינו שהגדולים הראשונים נחלקו בפירוש ההלכה אך כאן שיטת רש"י מוכחשת מפאת המוחש כמ"ש כל הקדמונים וראש לראשונים הרמב"ן שעיניהם ראו שאין כן בחוש הראות כמ"ש הה"מ. אמנם אף לרש"י תלוי במסורת ואני מעיד לכם כי יש לי גביית עדות מהרבה לומדים מאה"ק אשר היו פה וכאשר ראו אותן העופות העידו שכמו אלו העופות אוכלים באה"ק ואמרו סימניהם טרם ראו אותם ואף אם יש אנשים אשר בזדון ירצו לעקש הישרה אולי אינם בדמותם ובצלמם ממש הנה לא מצינו להסימנים שיאמרו כל שמשונה בקול פסול ולא כל הקולות כשרים או פסולים כ"א בסימנים ובגופם ולא מחמת קול ובצים. וגם הא יש אנשים המעידים שהם בדמותם ממש ועכ"פ לא גרע מתרי ותרי והוה ספק ספיקא שהם כשרים ספק שמא כדעת רמב"י ור"ת שהקדמונים העידו וששיטת רמב"י מחוורת וברורה ואת"ל כרש"י אולי האמת כדברי האומרים שיש להם מסורת והוה ס"ס המתהפך שאולי נאמנים האנשים שאומרים שיש להם מסורת ואת"ל שאינם שוים שמא הלכה כשיטת רמב"י המחוורת. ובאמת שיטת רש"י בעצמו סותרים זא"ז כמ"ש ביש"ש חולין שם. ולבי אומר לי שרש"י בעצמו בראותו קושי הסוגיא לפי

דבריו ע"כ תלה במסורת ועכ"פ כאן יש מסורת ואני אני המתיר בראשונה כאשר נדפס בשמי זה פעמיים בשנת כת"ר ואח"כ בשנת תרכ"ד כאשר התחיל המעשה שנית בררתי כל ואני מעיד לכם שאני בעצמי אוכל אותם משופרא שופרי. ועתה אשיב אשר כתב הרב בשם הרב הגאון מאלטונא. הנה יש בידי ג"כ העתק משמו והוא לא דיבר על עופות שלנו המצויים במדינתינו שיש להם ג' סימנים. ומ"ש שבירושלים אסרו זה שקר מוחלט שר' שמואל העליר בעצמו העיד שאוכלין אותן שם בלי פקפוק כמ"ש בשו"ת דברי משה בשמו ואף אח"כ אשר חזר בו כתב שאולי נשתנו אותן שלנו משל אה"ק. אבל הנני מעיד שכמה אנשים מאה"ק כאשר ראו פה ובכל מדינתינו אמרו שהם שוים ממש. ואני שואל היאך אוכלים האינדיק שבא מאמעריקא שבודאי לא היה שם מסורת ומ"מ אוכלין אותו בכל התפוצה שישראל הם. ואני מתפלא על הרב שנודע לנו בבירור גמור שביאס וכל המדינה היו אוכלים אותם זה רבות בשנים רק לפי שנחלק הרב על הגאון מוהרש"ט ז"ל שהוא הכריז בפומבי שהם מותרים ע"כ עמד הוא והכריז שהם אסורים וכאשר יאמרו המושלים בין מחבלתא לחייתא וכו' ולאחר שמת הרב ר"ש ע"כ עורר מדנים להכריז ובאמת הוא זקן וחלש ולא למד כעת הסוגיא והוא בעצמו היה פה בקיץ העבר והתנצל לפני בית דיני הרבנים הגדולים שבאמת הם כשרים רק שבקעה מצא וגדר בה גדר לפי שהפריצים שם מביאים עופות טמאים בבירור ע"כ התעורר לאסור כלם מפני ההמון ובאמת זה התנצלות שקר שאם באמת הוא כן היה לו להכריז שכל שיש להם ג' סימני טהרה הם טהורים וכשרים וכי בשביל שנאת הרב ר"ש ז"ל ובניו יכריז שישראל אוכלים עופות טמאים וע"כ תפוג תורה ובעוה"ר השטן מרקד וזקן שכמותו מדבר דברים בטלים ואני ידעתי וכן יעידו כל אנשים אשר היו פה אצל הרב גם הי' בביתי והי' מתיירא לדבר מזה פן אקפחהו בהלכות כי לא למד כלל הסוגיא רק נפתה לדברי הבל למען הראות בפני ההמון כי הרב ר"ש ז"ל האכיל טמאים לבית ישראל. אוי לנו מפני פרצת הדור שיאמרו האפיקורסים ראו כי התורה נתחלקה קרעוה פרעוה לשנים עשר גזרים ואני אומר בדרך הלצה שכעת לא יוכלו לומר מה אהני לן רבנן שהרי הרבה הועילו ששרו עורבא לפי דברי המערערים. אמנם חלילה חלילה העופות הם כשרים והמערערים רק מפני גאוה להראות לעולם כי המה קדושים ובעוה"ר יש הרבה דברים חמורים שדומה להם לקלות. והנה זאת חקרתי וידעתי ודעו כי אני אני המתיר וכן נדפס בשמי פעמיים קונטרס מיוחד וגם ביו"ד שנדפס פה מחדש כתבתי בסי' פ"ב שהעופות הם כשרים בלי פקפוק וכן יש לי מכתבים שונים וגב"ע הרבה מחכמי אה"ק ומחכמי מדינתינו שבכל המקומות אוכלין אותן ויאכלו ענוים וישבעו:

סימן ע

א בענין קבוע כמע"מ במקום דיש חזקה להיפך המסייע להרוב. הנה מקור הדבר הוא בפסחי' דף ט' ע"ב תשע ציבורין של מצה ואחד של חמץ ואתא עכבר ושקיל ולא ידעינן אי מצה שקיל אי חמץ שקיל היינו תשע חניות ופירש רש"י דהאבעיא קאי לענין בדיקה והתוס' הקשו דא"כ היאך פשיט מתשע חניות דשם הוה ספיקא דאוריי' וכאן אינו רק ספק דרבנן וכתבו דמיירי בלא ביטל וע"ז הקשו דלוקמא הבית בחזקת בדוק דגבי תשע חניות ליכא חזקת היתר ומשמע דבמקום שיש חזקה לא שייך קבוע. ובאמת שלכאור' צ"ב דכיון דרוב עדיף מחזקה וגלתה התור' דבקבוע לא אזלינן בתר רוב א"כ מכ"ש בתר חזקה [ומצאתי בפרמ"ג סי' ק"י שהעיר בזה ושמחתי] וא"ל דהא יש רוב וחזק' דז"א דכיון דלענין רוב אינו נחשב רוב כיון דנקבע איסור א"כ אף שיש חזקת בדוק מ"מ נקבע האיסור כאן וא"ל דע"ז גופא אנו דנין כיון דיש חזקת בדוק אמרינן דלא נקבע איסור כאן ומרוב ההיתר בא והו"ל רוב וחזקה להיתר דאכתי צ"ב דמה מועיל חזקת הבית שהוא בדוק לענין הככר הלז והרי אם היו מוצאי' הככר בפי העכבר או בבית והיינו דנין לענין אכילה בודאי היינו דנין כמע"מ דהא אקבע האיסור וכמ"ש התוס' בעצמם דמיירי לענין אכילה וא"כ מה מועיל חזקת הבית לענין הבדיק' הא אין הספק נולד בעצמו' הבית רק בשביל סבת הככר ששקל העכבר והככר הלז אקבע לו שם איסור דהוה כמע"מ והדבר תמוה מאד. וראיתי בפני יהושע שהאריך לתמוה על דברי התוס' מטעמי' אחרים ותמהני דלמה לא הרגיש בזה. והנרא' מזה עפ"י דברי הט"ז ביו"ד סי' ק"א ס"ק י"ד שכ' בזה"ל אבל אין לומר הטעם דכל קבוע כמע"מ דכאן יש לפניך שני קביעות האחד החלק הנחתך והשני שנשאר שלא נחתך א"כ טפי ראוי לומר שהאיסור בחלק שנחתך כי חלק זה הרוב נגד הקבוע השני. והנה דברי הט"ז קשים להולמם דבכל קבוע לא אזלינ' בתר רוב מטעם דאמרי' דקבוע כמע"מ ומדוע כאן נתלה דהוא בחלק הרוב וכעת מצאתי בזרע יצחק על משניות פ"א דערלה שתמה בזה וכתבתי בגליון הש"ע שלי דכוונת הט"ז דבשלמא כשאנו דנין על אותה החתיכ' אם הוא כשר או טרפה שפיר אמרי' דכל קבוע כמע"מ ולא אזלי' בתר רוב דהא אקבע החנו' דטריפ' כמו החנו' של היתר אבל שם אין אנו דנין על אותה החתיכ' דזו ממנ"פ מותרת דהרי נחתך רק דאנו דנין אם נקבע האיסור בחלק שנחתך או בחלק שנשאר א"כ יותר ראוי לתלות דהוא בחלק הרוב דהא הרוב נחתך וגם הרוב אקבע כאן ואף דעי"ז נתיר השאר דאמרינן דנתרסק ובטל החשיבו' מ"מ זה בא ממילא אבל פשיט' דיש לתלות בהרוב דאין אנו מוציאין הדבר מהקביעו' ולפ"ז כאן נמי בשלמא כל שהיינו צריכין לדון על הככר עצמו אם מותר באכיל' שפיר אמרי'

כיון דגם החמץ אקבע כאן וקבוע כמע"מ אבל כל שאנו דנין על הבית אם צריך בדיקה שפיר אמרינן כיון דיש לפניך שני קביעו' של מצה ושל חמץ והמצ' היא הרוב מה"ת לתלו' דשקל מן החמץ טפי יש לתלות דמחלק המצה שהוא הרוב בא לכאן כיון דהבית בחזקת בדוק:

ב ובזה מיושב תמיהת הפ"י שהאריך שם דמה שייך חזקת בדוק דהא החזק' אתרע שהרי העכבר נכנס שם ואיכא ריעותא דהרי הככר אסור מספק וא"כ אתרע חזקת הבית ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דכל הטעם דהככר אסור הוא משום קבוע א"כ זה כשאנו דנין על הככר אבל כשאנו דנין על הבית שפיר יש לומר כיון דאיכא לפניך שני קביעות א"כ הוה ספק השקול והבית בחזקת בדוק טפי יש לתלות דמחלק הרוב בא דהרי גם הרוב אקבע והבית בחזקת בדוק כנ"ל בכוונת התוס'. ובזה מיושב היטב הא דאמרו שני צבורין אחד של חמץ ואחד של מצה ולפניהם שני בתים אחד בדוק ואחד שאינו בדוק ואתו שני עכברים וכו' היינו ב' קופות ותמה המהרש"א בתוס' בדף יו"ד ד"ה ספק דהא גם כאן יש לאוקמ' בחזקת בדוק. ומ"ש בזה ליישב אין בו כדי שביעה כמ"ש המפרשים ועצל"ח ובאמת מ"ש המהרש"א לדמות למ"ש התוס' ביבמו' דף פ"ב דל"ש חזקת היתר באיסור שנתערב. באמת אינו דומה דשם בשביל האיסור שנתערב לא נשתנ' ההיתר מכמות שהיתה כמ"ש הר"ש משא"כ הכא דהחזקת בדוק אתרע עי"ז דאם נימא שהכניס חמץ הרי נשתנה חזקת בדוק מכל וכל. אך לפמ"ש א"ש דבשלמא בתשע צבורין שפיר מועיל חזקת בדוק של הבית שהרי איכא כאן הרוב שנקבע של היתר א"כ שפיר מועיל חזקת הבית דל"ש לומר דאתרע כיון שהעכבר הכניס דז"א דכיון דיש לתלות דמהרוב נכנס שוב לא אתרע כלל הבית מחזקתו שהי' כבר בדוק משא"כ כאן דיש שתי צבורין א"כ הוה ספק השקול וא"כ עכ"פ כששקלו העכברים ולא ידענו לאיזה הכניסו החמץ שפיר אתרע הבית מחזקתו וכיון שכן היינו שתי קופות ול"ש חזקת הבית ודו"ק. ובזה יש ליישב קושית התוס' בהך דספק על דהקשו דנוקמ' בחזקת בדוק. ולפמ"ש י"ל כיון דראינו שנטל חמץ רק שלא ידענו אם הכניס לבית אבל בעת שנטל יכול להכניס לבית א"כ עכ"פ אתרע חזקת בית ול"מ חזקת הבית. ואגב אומר מ"ש התוס' שם בד"ה ספק ביאה דגם מטהר ברה"י והדבר צ"ב דא"כ למה נקט דוקא ספק ביאה וכ"כ בחידושי למס' ע"ז שלמדתי בשנת תר"ג בחורף בעיון דכוונתו דבאמת כאן הס"ס אינו מתהפך רק דאם נימא כמ"ש הרמ"ע מפאנו והש"ך סי' ק"י בכללי הס"ס דכל דאנו צריכין לדון על הספק הראשון תחלה לא בעינן שיהי' מתהפך א"כ באמת בס"ס המתהפך שפיר ר"א מטהר אבל כאן אינו מתהפך לגמרי ולכך נקיט ספק ביאה דהספק ביאה צריכין אנו לדון

אם בא ואם התחיל ענין הטומא' כלל. ובזה מיושב היטב קושית המהרש"א שהקשה על מ"ש התוס' בדף ט' גבי מדורו' הכותים דהוה כמו ספק ביאה דלמאן קאמרי דלר"א בכל ס"ס מטהר ולפמ"ש אתי שפיר דשם ג"כ אין הס"ס מתהפך דאת"ל לא אכלתי' ל"ש לומר דלמא לא הוה וע"כ צ"ל דהוה כספק ביאה דצריך לדון אם הוה כלל או לא ודו"ק כי קצרתי:

ג נחזור לענינינו דיש לומר דכוונת התוס' כמ"ש ושפיר שייך לומר דאוקמא בחזקת בדוק אבל בעלמא ל"מ חזקת קביעות. ובאמת בישוב דברי הרא"ש י"ל דניהו דהבית בחזקת בדוק אבל כל שאילו היינו מוצאין הככר היינו אוסרין הככר משום דהו"ל קבוע וא"כ איך נדון עכשיו על הבית דהוא בחזקת בדוק והככר הוא של מצה הא למחר כל שנמצא הככר נחזיקו בחזקת חמץ ובכה"ג לא מקילינן בספק. אך לפענ"ד נראה דאף אם נמצא הככר אח"כ מותר הככר דבאמת התוס' הקשו מ"ש נמצא בפי עכבר מנמצא ביד נכרי דשרי וכתבו דמיירי שראינו שלקח העכבר מהקבוע והו"ל כנולד הספק בהקבוע ולפ"ז אם נמצא אח"כ הככר א"כ מה"ת לתלות בהככר הלז ולא נימא דככר אחר הוא ואותו ככר שוב יש לתלות דמן הרוב הוא וז"ב. איברא דהתוס' פירשו דקאי בנמצא הככר ומבעיא לן לענין אכילה וע"ז פשיט דהיינו תשע חניות וצ"ל דהתוס' מיירי שנמצא תיכף ובאותו מקום ראינו שהעכבר הכניסו ובאותו פרק ותלינן שזו היא הככר שהביא העכבר אבל עכ"פ לענין שיהי' הבית אסור ולא נתלה בחזקת בדוק משום דהככר ע"כ נחזיק בחזקת איסור זה אינו דהתם אם נמצא הככר אח"כ שוב נוכל לומר שככר אחר הוא ושפיר הקשו התוס' דנוקי בחזקת בדוק:

ד אמנם בגוף הדין נראה לפענ"ד דזה תלוי בפלוגתא דעל ובדק ואשכח דהוא פלוגתא דר' ורשב"ג. והנה הטור סי' תל"ט כ' דבלא ביטל מחמרינן כרשב"ג ובביטל מקילינן כרבי ובעל המאור פסק כרבי אף בלא ביטל ועיין מלמ"ל פ"ב מחמץ הי"א ולפ"ז כיון דכל הטעם דמחמרינן בלא ביטל משום דהו"ל ספק תורה א"כ אם יהי' חומרא אם נימא דזו היא הככר שנאבד פשיטא דנחמיר מספק א"כ כאן שפיר כתבו התוס' דלענין אכילה קבעי וא"ל דנתלה באחר דז"א דלענין אכילה דהוה ספק תורה שפיר תלינן לחומרא דזו היא שנאבד. אך אכתי יש לדחות דכיון דאיכא רוב וכל שלא ראינו שנולד הספק בקביעו' ל"ש קביעו' ותלינן ברוב. ואולי כיון דעכ"פ נולד הספק בקביעו' לענין הככר שראינו ששקל העכבר א"כ כל שלא נודע להיכן אזל שוב לא תלינן דזו ככר אחר דהרי יש כאן ספק קבוע וגם בספק קבוע דעת הפוסקים להחמיר ועיין בש"ך סי' ק"י ובאחרונים ועכ"פ לפמ"ש יש ליישב קושית המהרש"א לענין ב' צבורין דשם ל"מ חזקת הבית דהא

אם נמצא הככר לענין אכילה שפיר יהי' ספק איסור דשם ליכא רוב משא"כ כאן דיש רוב נגדו:

ה ובגוף קושית הט"ז הנ"ל דנימא דהו"ל קבוע נראה לפענ"ד דשם באמת אין הקבוע ניכר ולא הוה קבוע מן התור' רק כיון דהוא חהר"ל וחשוב עשו חכמים כאלו הוה קבוע א"כ עיקר הקביעו' בשביל שיש כאן חהר"ל א"כ כל שנחתך בטל החשיבו' וא"כ כל שנתל' ברוב ונחתך האיסור היאך שייך כאן קבוע הא יש כאן ספק אם ישנו במציאו' כלל הדבר החשוב שיהי' מקרי קבוע דבשלמא בקבוע דאוריי' דהספק היא על החתיכ' אם הי' מחנו' המוכרת בשר טריפ' שפיר תלינן דזו היא מהקבוע כיון דנשאר הקבוע במקומו אבל כאן כל דנתל' שהוא בחלק הרוב ונחתך תו לא נשאר כאן שום קבוע ודו"ק היטב. ובדברי הט"ז הנ"ל יש לדון על מה שנחלקו גדולי ישראל במעש' שהובא בשו"ת גאוני בתראי באם נפרש הרוב מהמקולין אז תולין לומר דאיסורא ברובא איתא ולפמ"ש הט"ז פשיטא כיון דאיכא שני קביעות י"ל דאיסורא ברובא תלוי ול"ש כאן קבוע וגם צ"ע בשו"ת מהרי"ל סי' קס"ח קס"ט ואין הספרי' לפני ולא נפניתי כעת לעיין בזה:

ו נחזור לענינינו דעכ"פ מבואר מהתוס' דבמקום שיש חזקה להיפך יש קבוע ולפענ"ד נראה ראיה לזה מהא דאמרו בחולין דף קל"ד פרה בחזקת פטורה קיימא קמה בחזקת חיובא קיימא והקשה הר"ן דל"ל כלל להטעם דקמה בחזקת חיובא ות"ל דמספק ג"כ חייב דכל ספק מתנות עניים לחומרא ע"ש ובש"ך יו"ד סי' רנ"ט ולפמ"ש י"ל דהרי המרדכי הקשה דניזל בתר רובא דרובא דקמה לבעה"ב וכ' דהו"ל קבוע ולפ"ז ניהו דבכל מתנות עניים מחמרינן מספק ולא אזלינן בתר החזק' דממונא אבל כאן שיש רוב וגם החזק' לא הי' מועיל הקבוע ולכך איצטריך לטעם דקמה בחזקת חיובא קיימא ושפיר הוה קבוע. והנה בתוס' הקשו בהך דספק על דכאן מדמה לה לרה"י ולעיל מדמה לה לרה"ר וכוונתם בהא דצבור אחד של חמץ ולפניו ב' בתים בדוקים דמדמי לה לשני שבילין ועיין במהרש"א ולפענ"ד נראה עפמ"ש התוס' ר"פ שני נזירין דאחד מעיד שראה טומא' שנזרק ברה"י דהקשו התוס' דא"כ הו"ל ספק טומא' ברה"י דטמא וכתבו דל"ד לסוטה דאחד מהם ודאי טהור וע"ז הקשו דא"כ גבי רה"ר נמי דהא אחד מהם ודאי טמא ואינו דומה לסוטה וכתבו דברה"ר מטהר לה משום חזקת טהרה ע"ש והנה הא דרצה לומר כאן דדמי לרה"י הוא משום דבאמת כל הא דטמא ברה"י הוא משום דיליף מסוטה דעשה הכתוב כודאי ולפ"ז ה"ה במקום דעשו חז"ל כודאי ג"כ דמי לסוטה ולפ"ז כיון דבדיק' נתקנה תחלתו על הספק כמ"ש הרה"מ וא"כ אף שביטל ואינו רק ספק דרבנן אפ"ה עשהו כודאי וא"כ לכך מדמי לה לרה"י דהרי גם בטומא' דרבנן כל שהוא ברה"י

טמא כמבואר פי"ט מאה"ט ולפ"ז זהו כשיש לומר שהוא ודאי אבל בשני בתים דע"כ באחד לא נכנס ונמצא אינו כמו ודאי והוה כמו בשני נזירין ולכך מדמה לה לרה"ר דטהור. שוב ראיתי בהה"מ בהלכ' י"ב שהקש' ג"כ על הרמב"ם כעין קושית התוס' וכ' לחלק דהתם איכא ודאי חד בית שלא נכנס בו ואי אתה יכול להצריך בדיקה לשניהם דאיכא חד ודאי דלא נכנס בו משא"כ כאן דאין כאן רק חד בית והבדיק' נתקנ' על הספק והדבר ברור שכוון למ"ש והט"ז ס"ק ג' נתקש' בדבריו ולפמ"ש הדברי' ברורים כשמש בצהרים:

ז ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהאריך הה"מ והכ"מ ליישב דברי רבינו דבש"ס מדמה לה לשני שבילין ורבינו סתם ולא חילק בין באו בבת אחת לבאו בזאח"ז והמלמ"ל הוסיף להקשות מהא דפסק רבינו פי"ט מאה"ט דאף בטומא' דרבנן כל שנשאלו בב"א טמאין ע"ש ולפמ"ש מיושב דהנה באמת הדבר צ"ב מה דמחלק בין באו בב"א לזא"ז וגם בבא לשאול עליו ועל חבירו ולפענ"ד נראה בטעם הדבר דכל הטעם דברה"ר טהור משום דמסוט' ילפינן והתם הוה רה"י ולפ"ז כשאחד ודאי טמא דל"ד לסוטה וע"כ משום חזקת טהרה קאתינן עלה וא"כ כל שהוא בב"א א"א לדון משום חזקת טהרה דלא נודע מי ומי יש לו חזקת טהרה או חזקת טומאה וע"כ הוה ספיקא דאוריי' ולהחמיר. אך עדיין צ"ב דא"כ אכתי בבא לשאול עליו ועל חבירו למה מדמה ר"י לב"א ור' יהודה לזא"ז ועיין מלמ"ל פי"ט מאה"ט מ"ש בזה. אך לפענ"ד נראה דהנה בהא דמטהר ספק טומא' ברה"ר כ' רבינו פט"ז מאה"ט הטעם משום דציבור עושין בטומא' מכ"ש ספק טומא' והראב"ד הביא בשם התוספתא דארשב"ג דנשאלין על היחיד ואין נשאלין לרבים וביאור הדבר דיחיד אפשר שישאל על עצמו אבל רבים א"א לשאל לרבים והו"ל כדבר שאין בו דעת לשאל ולפ"ז נ"ל דזה טעמו של ר"י דמטמא בבא לשאל עליו ועל חבירו דכיון דהוא בא לשאל עליו ועל חבירו א"כ מה נ"מ דהוא רבים דהא הטעם דאין נשאלין לרבים דהא יחיד שאל עליו ועל חבירו ומה נ"מ בהיותו שואל על עצמו לבד או גם על חבירו ור' יהודה ס"ל הטעם משום דציבור עושין בטומא' וא"כ אף שנשאל עליו ועל חבירו מ"מ טהור ברה"ר ולפ"ז כ"ז דוקא בטומא' דכל שנשאלין לרבים הוה לי' דין יחיד אבל כאן בחמץ כיון דעיקר תלוי במה שאינו כודאי שפיר כל שהספק על שניהם ואינו כודאי טהור אף בב"א ועיקר מה דמדמה הש"ס לשני שבילין היינו דלא הוה כודאי טומאה ודו"ק היטב:

ח ואגב אומר מה שאמר לי חכם אחד ליישב קושית השיטה מקובצת בכתובות דף ע"ו דאמאי אמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם ולא אמרינן דהו"ל קבוע ורצה הוא

לחדש דקבוע נפקא לן מקם וארב עליו דהוא כתוב גבי דיני נפשות דאזלינן בתר רוב ואפ"ה בקבוע לא אזלינן בתרה וא"כ ענין רוב דאזלינן בתרי' הוא רובא דאיתא קמן אבל ברובא דליתא קמן לא גלתה לנו תורה דניזל בתר קבוע ואני אמרתי דטעות בידו דמלבד דבכמה מקומות מבואר דאזלי' בתר קבוע אף ברובא דליתא קמן כמו ברובא דעלמא וע' בסוגיא דניפול ובלא"ה הוא טעות דאם ברובא דאיתא קמן שהוא חשוב טפי מרובא דליתא קמן כדאמרו בחולין דף י"א אימור דאזלי' בתר רובא ברובא דאיתא קמן ברובא דליתא קמן מנ"ל הרי דרובא דאיתא קמן חשוב טפי ואפ"ה הקבוע דוחה אותה מכ"ש רובא דליתא קמן שהקבוע דוחה וז"פ:

ט והנה בהא דהאריך הט"ז סי' תל"ט ס"ק ב' דס"ס מהני לשיטת הטור כמבואר ברמ"א באם הככר קטן. ולכאור' לפי מה דקי"ל דס"ס במקום דאיכא לברורי מבררינן א"כ כאן ג"כ דאיכא לברורי ע"י בדיקה למה לא נברר ובפרט כאן דעיקר הספק הוא אם צריך בירור הבדיקה או לא וכאן ודאי מהראוי שלא יועיל ס"ס ולהצריך בירור אך נראה דלפמ"ש הנוב"י וכללא כייל דע"כ ל"צ בירור בס"ס רק במקום דאם נברר נוכל לבא על הבירור שתי הספיקות אבל באם לא נוכל לברר רק ספק אחד א"צ לברר כלל ולפ"ז כאן הספק של חמץ או מצה ג"כ קשה לברר ועיין פסחים דף ל"ז גבי עפושה מוכיח עליה דאין זה דבר ברור וגם אם אכלתיה לא נוכל לברר דאף שלא נמצא לא נתברר אם אכלתי' או דלמא דגררוהו למקום אחר בחורין ובסדקין במקום שלא נוכל לראותו כעת ובכה"ג א"צ לברר. ובזה מיושב מה דהקשה הט"ז דל"ל בדף ט' במשנה לטעם דאין לדבר סוף ת"ל דאיכא ס"ס ולפמ"ש אתי שפיר דמפני שאין לדבר סוף לכך לא הוצרך לברר שהרי לא נוכל לעמוד על הבירור הא אל"ה היינו צריכין בירור אף בס"ס וע' במהרש"א שהקשה שם ג"כ כעין זה ויש להאריך שם בסוגיא:

י והנה לפמ"ש הכ"מ פי"א ממעשר הי"ג דבדמאי כיון דרוב ע"ה מעשרים הם ואפ"ה החמירו לחוש למיעוטא לכך גם ס"ס לא מועיל ע"ש ולפ"ז י"ל דלכך ס"ל לרמב"ם דלא מועיל ס"ס בזה כיון דבדיקה הוה ספק דרבנן והחמירו ונתקנה מתחלתו על הספק א"כ אף ס"ס ל"מ בזה ויש להאריך בזה ואכ"מ. אחר שכתבתי כ"ז בזמן רב מצאתי לאא"ז בעל מגיני שלמה בחידושיו לפסחים שכתב ג"כ סברא זו דבחמץ כיון שנתקנה על הספק הוה כמו ספק טומאה ברה"י דהוה כודאי ע"ש בסוגיא דשתי צבורין ושמחתי שזכיתי לכוין לדעתו ולפ"ז נתחזק מ"ש למעלה ת"ל. וראיתי שם שהקשה במג"ש דהרי בשני שבילין אילו הי' ברה"י בודאי הי' טמא כ"ש בכה"ג בלי בדיקה וא"כ חזינן דחמץ קיל וא"כ מה מדמה חמץ לספק טומאה ע"ש ולפמ"ש למעל' א"ש עפמ"ש המלמ"ל מרגניתא

טבא בפ"ט מאבה"ט ה"א ד"ה שוב ראיתי דבשני שבילין ברה"י אחד טמא ואחד טהור ישרפו שניהם אף דבנזרק' טומא' ברה"י כתבו התוס' בנזיר דכיון דע"כ מה דטהור ל"ש שעשה הכתוב ספק כודאי היינו שם שנזרקה טומאה וא"ש בא הספק טומאה כאחד וכל שא"א לטמאות שניהם לכך ל"ש דנעשה ספק כודאי אבל בשני שבילין דלא נתהווה הטומאה בבת אחת א"כ כ"א מטמאינן מספק ונעשה ודאי טמא ע"ש ולפ"ז לכך בשני שבילין ברה"י טמא משא"כ בחמץ דבחמץ הוה כנזרקה טומאה דהספק בא מחמת ד"א וא"א לעשות כודאי משא"כ בשני שבילין ברה"י ומה דמדמה הש"ס חמץ לשני שבילין היינו בשני שבילין ברה"ר. איברא דאכתי קשה דלפמ"ש המלמ"ל דברה"ר בשני שבילין עדיף מנזרקה טומאה דבשני שבילין כל שלא באו לשאל בבת אחת שניהם טהורים דהוה ב' אנשים וב' שבילין וכל אחד יש לו חזקת טהרה משא"כ בנזרקה טומאה ביניהם דאז הטומאה בא מכח דבר אחד וא"א לטהר שניהם לכך שניהם טמאים מדרבנן ע"ש וא"כ מה מדמה חמץ לשבילין דשם שפיר טהור בזאח"ז משא"כ בחמץ דספק אם נכנס לבית זה או זה וכיון שעכ"פ באחת ודאי נכנס א"כ מהראוי שיהי' שתיהם צריכין בדיקה אמנם י"ל דכל טעמו של המלמ"ל הוא דבשלמא בשני שבילין לא נולד הספק בבת אחת אבל בנזרקה טומאה הספק נולד בב"א ע"ש ולפ"ז זהו לענין טומאה דכל שנולד בב"א אין חלוק דין ביניהם אבל כאן לענין חמץ אף שנולד בב"א משכחת לה דיהי' חלוק הדין כגון בשזה ביטל כבר החמץ וזה לא ביטל החמץ או שזה ביטל תיכף אח"כ וזה לא ביטל וא"כ מה"ת הי' של זה בית בדוק כל שביטל וא"כ שוב לא מקרי בא בב"א ושפיר מדמה לה לשני שבילין וז"ב לפענ"ד:

יא ובזה עמדתי על לשון הרב המגיד שכתב בפ"ב מחמץ הי"א על דברת רבינו שלא חילק בין בא לשאול עליו ועל חבירו כמ"ש באה"ט פי"ט וע"ז כתב דהתם בשבילין דא"א שלא יטמא עכ"פ אחד מהם ולכך כשבא לשאול בב"א טמא משא"כ כאן בביטול סגי ליה ותמה המלמ"ל דמה טעם יש בדבר ואם כוונתו כמ"ש הכ"מ דבדיקת חמץ אינו רק מדרבנן א"כ מה חידש הכ"מ דגם הה"מ כוון לזה. ולפמ"ש אתי שפיר דכוונת הה"מ כיון דבביטול סגי לה לא מקרי בב"א דלא נולד הספק שוה בשתיהן דיכול להיות שזה ביטל ולא ביטל ודו"ק ומ"ש הכ"מ לחלק בין חמץ דכיון דא"צ בדיקה רק מדרבנן ובדרבנן העמידו על דין תורה וע"ז תמה המלמ"ל דא"כ משמע דבדרבנן אף כשבאו לשאול בב"א טהורין והרי משנה ערוכה פ"ה דטהרות דשני ככרים אחד טמא ואחד טהור דרי"א ב"כ וב"כ שניהם טמאים הרי אף דשם אינו רק טומאה דרבנן אפ"ה טמאים והיא קושיא עצומה. ולפענ"ד נרא' דש"ה די"ל דמיירי ברה"י וכמ"ש המלמ"ל שם ד"ה ומ"ש רבינו

וא"כ אף שהוא רק מדרבנן כל שהוא ברה"י מחמרינן משא"כ בחמץ ומ"ש המלמ"ל לתמוה על כל הפוסקים שלא הראו מקור לדברי רבינו בהא דאמרו בכתובות דף כ"ז הכי השתא התם ודאי איכא טומאה הכא מי יימר דנטמאה הרי דכל שיש ספק אם יש כאן איסור או לא אף בב"א תלינן לקולא ה"ה בחמץ דאיכא ספק אם יש כאן איסור כלל ע"ש לפענד"נ דבאמת צריך להבין לפי מה שהבין הט"ז סי' תל"ט ס"ק ד' דשם יש איסור דאורייתא א"כ קשה למה לא מחמרינן מספק דהו"ל ספק טומאה ואף דשבויה אינו רק איסור דרבנן וכבר תמהו עליו האחרונים אבל באמת כוונת הט"ז דעכ"פ לכהונה ל"ש חזקת צדקת דגם אנוסה אסורה א"כ גם בשבויה מחמרינן מה"ת דניהו דמנוולת נפשה לגבי שבאי עכ"פ ל"ש חזקת צדקת ועכ"פ למה לא נחמיר בזה וצ"ל עפמ"ש בשיטה מקובצת בסוגיא דפ"פ דהא דמתירין בס"ס אף דספק טומאה ברה"י טמא אף בס"ס וכתב דה"מ כשהוחזקה שם טומאה אבל כשיש ס"ס ולא הוחזקה טומאה מתירין אף בספק טומאה ברה"י (ובאמת שדבריו תמוהין דהרי אף בספק ביאה מחמרינן בטומאה ברה"י וע' בב"ב דף נ"ה בתוס' שם ובפסחים דף יו"ד וצע"ג) ולפי"ז זהו דאמרו הכא מי יימר דאטמו וא"כ בכה"ג אף שהיה ספק טומאה ברה"י כל שספק אם נטמא כלל טהור וא"כ מיושב הקושיא של המלמ"ל וצ"ע בזה וע' ט"ז יו"ד סי' ק"ץ ס"ק י"ג מ"ש לחלק בין שני שבילין ולענין כתמים דשאני שני שבילין דאם יש אחד לבד שהלך היו מקילין בספק טומאה דמוקמינן אחזקה משא"כ בכתמים דכל שאין במה לתלות הוא טהור והנה ע"כ מיירי בשני שבילין ברה"ר דברה"י בודאי טמא דעשה כודאי אבל דבריו לא מחוורים דגם בכתמים שייך לאוקמא אחזקה ואף דמדרבנן טמא הא גם בשני שבילין אמרינן לי' הא נהרא קמך זיל טביל ואם נרצה להעדיף על סברת הט"ז ולומר כיון דתחלתו על הספק ל"ש להקל בכתמים א"כ יקשה מ"ש דמדמה חמץ לשני שבילין הא חמץ ג"כ נתקנה על הספק. ודרך אגב אומר דלפמ"ש דבכתמים תחלתו על הספק נתקנה ובזה כתבתי בחידושי להלכות נדה דגם ס"ס ל"מ בכתמים וכמ"ש למעלה בשם הכ"מ פי"א ממעשר הי"ג ולפ"ז צדקו דברי הש"ך סי' ק"ץ שם ס"ק מ"ה דעכ"פ משום כתם טמא דלענין כתם ל"מ ס"ס לטהר דעכ"פ תחלתו נתקנה על הספק והרי בכל כתם איכא ס"ס וכקושית הכ"מ ואפ"ה ל"מ וכמ"ש. שבתי וראיתי דזה א"א דהרי גבי האשה שעושה צרכיה בדף נ"ט ע"ב גם לר"מ כשר אף בס"ס והרי שם אף לכתם קאי לשיטת כל הפוסקי' מלבד הר"ח שפירש דמשום כתם טמא ואף לדבריו באיש ואשה שעשו צרכיהם אף משום כתם טהור ע"ש ובדף פ' ובב"י סי' קצ"א וע"כ דס"ס עדיף מרוב דהוה רובא דאיתא קמן וברובא דאיתא קמן גם ר"מ לא חש למיעוטא ואין מקום לחז"ל לגזור וע"כ לא כתב הכ"מ

רק ברוב ע"ה מעשרים דהוה רובא דליתא קמן. תדע שהרי גם לר"מ כשר ע"י ס"ס והרי ר"מ חייש למיעוטא וע"כ דס"ס הוה רובא דאיתא קמן ובזה ר"מ מודה כמ"ש המרדכי סוף חולין וכן הוא בתוס' יבמות דף ס"ו ע"ב אליבא דר' יוסי ע"ש ודו"ק.

יב והנה אגב אזכור מה שהקשה אותי מופלג אחד בהא דפירש"י בסוגיא דהך דשני קופות מיירי בפירות ובדף מ"ד פירש"י בדגן. ולפענ"ד דרש"י ס"ל דגם בפירות יש מקום חיוב מה"ת כמ"ש הרמב"ם פ"ה מתרומות ה"א ובכ"מ ובמלמ"ל ולאו דוקא דגן וא"כ בפסחים שם דע"כ קאי בתרומה דאורייתא דאל"כ שייך שאני אומר כמ"ש התוס' שם ולכך פירש"י בדגן דבזה ודאי הוה מה"ת אבל בפסחים דשני קופות דמסיק הש"ס דתרומה דרבנן א"כ לכך פירש"י בפירות דאין הכרע אם בפירות שחיובם מה"ת או מדרבנן. ומ"ש שם בהא דאמר תרומה דרבנן דהיינו בזה"ז היינו משום דאף אם נימא דבפירות שחיובם מה"ת מיירי אפ"ה תרומה בזה"ז דרבנן אבל אה"נ דמצי מיירי בפירות שאינם חייבים מה"ת ולהכי נקיט תרומה דרבנן ולא ביאר בפירוש תרומה בזה"ז ודו"ק:

יג והנה הש"ך בסי' ק"י חידש דכל שנתפזרו כלם ממקום הקביעות ל"ח קבוע אף שחזרו ובאו במקום אחד ובאמת בדגול מרבבה שם הקשה מהא דאמרו בנזיר דף מ"ב הדרא לניחותא. ולפענ"ד ל"ק דכל שהדרא לקביעות הראשון שוב נקרא קבוע והש"ך לא כתב רק בבאו למקום אחר וכן ראיתי בשיטה מקובצת בנזיר דף י"ב שכתב דבעי הדרא לניחותא דוקא למקום קביעות הראשון ע"ש שנסתפק בזה. ובזה נלפענ"ד הא דמחלק ביומא בין נתפזרו כלם לנתפזרו מקצתם לשיטת הרי"ף היינו דבנתפזרו כלם ל"ח קבוע שמא הדרא לניחותא בעת שזה מחלל שבת אפ"ה כל דפריש כלהו ל"ח אף לפ"נ מכ"ש בכל הדברים ודו"ק:

יד והנה מהמרדכי סוף חולין למדתי דבר חדש דהא דהקש' רבינו משולם לר' ברוך גבי נמצא בחורי הנמלים דאמאי לא אזלינן בתר רובא דרוב הקמה לבעה"ב והשיב לו דאמרינן כל קבוע כמחצה על מחצה דכל דבר שאין בע"ח כל מקום שמונח שם הוא קביעתו דהא אמרינן ט' שרצים וצפרדע אחד ביניהם וגבי תשעה צבורין הואיל והונח שם הוה מקום קביעתם ודבריו משוללי ביאור והמלמ"ל פ"ד ממתנות עניים ה"ט עמד בזה והבין דכוונת המרדכי דמיירי דהיה ציבור אחד של לקט ומתנות עניים ואחד של בעה"ב וע"ז תמה דהא בנמצא הלך אחר הרוב כל שלא ראינו שפירש ממקום קביעתם. ובאמת שהוא תימה רבה. וזכורני שכתבתי בזה במק"א ולא נודע לי איה מקומו דהנה שיטת הב"ח דקבוע שאינו ניכר כגון שידע שיש טריפה בחנות ולא נודע איזה חנות ולקח מאחד מהם ויודע מאיזה מהם לקח דהו"ל קבוע ועיין ש"ך סי' ק"י ס"ק י"ד ובהגהת

דגול מרבבה כתב שמתוס' נזיר דף י"ב לא מבואר כן ע"ש בד"ה אסור ואני הארכתי בזה בחידושי דזהו הוה כקבוע שאינו ניכר שכתבו התוס' דאינו רק מדרבנן דהיינו כל דהאיסור מעורב בהיתר ולפ"ז נלפענ"ד דבר חדש דבאמת כל שיש שתי קביעות לפנינו ניכרים וידועים כגון תשע חניות שניכר החניות שמוכרת כשר לעצמו וכן הטריפות לעצמן זה מקרי קבוע תורה ואם נמצא הלך אחר הרוב אבל עד"מ אם בצבור אחד יש בו רוב היתר ומיעוט איסור א"כ נקבע כאן בקמה הלז שניהם גם יחד היתר ואיסור רק שלא נודע בבירור איזה היתר ואיזה איסור אבל שניהם נקבעו ובכ"מ שמונח אף שלא נודע לנו זהו קביעתו וא"כ לא שייך בזה בנמצא הלך אחר הרוב דהא נקבע כאן ג"כ איסור והו"ל שני קביעות דגם המיעוט נקבע ואף דהט"ז כתב דכל דאיכא שני קביעות מהראוי ליזל בתר רובא דהו"ל רוב וקבוע וכמ"ש למעלה בביאור דבריו אפ"ה ל"ד לכאן דשם עכ"פ נקבע איסור לעצמו אבל כאן בעודו בקמה טרם שנשאר בלקט ושכחה א"כ לא נודע כלל עדיין שם לקט ושכחה וגם לא היה מבורר איזה מהשבלים יהי' לקט הזה או הזה וא"כ היאך שייך בזה לומר כל דפריש מרובא קפריש דאטו מבורר איה איפוא מונח הלקט דהא בקמה כל עוד שלא נפרש ונשאר הלקט הי' הכל בקביעות וא"כ אף שיש רוב שאינו לקט מ"מ שייך לומר דקבוע כמע"מ וז"ב כשמש:

טו ובזה מיושב היטב מה שהוצרך המרדכי להביא ראיה דזה מקרי קבוע דבכ"מ שהוא מונח שם קביעתו שא"י איזה מקום קביעתו והוא תימה דכל הש"ס מלא מזה דכ"מ שהוקבע איסורו מקרי קבוע. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת קבוע שאינו ניכר לא מקרי קבוע ולכך כתב המרדכי דעכ"פ רוב קמה של בעה"ב ל"ש כאן דעכ"פ נודע בודאי שיש כאן לקט ושאר מ"ע באותה קמה ואף דלא נודע היכן הוא מונח מ"מ בכ"מ שהוא הוה קביעות בכל דבר שאינו בע"ח וא"כ ניהו דלא מקרי קבוע דאורייתא עכ"פ קבוע מדרבנן מקרי וא"כ אף בתר רוב ל"ש למיזל אף דנפרש ממקום קביעות דעל כל חדא וחדא מהשבולים יש לספק שמא זהו הלקט וא"כ הוה קבוע בכ"מ שהוא מונח ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש דל"ד לתשע צבורין של מצה וכדומה דשם הי' ניכר האיסור בפני עצמו וההיתר בפני עצמו אבל כאן נקבע לכל הקמה שם איסור והיתר וא"כ לא שייך לומר כל דפריש מרובא קא פריש דכל אחת מהשיבולים הי' עליו קביעות איסור דהיינו שמא יהי' לקט.

טז ובזה אני אומר לישב דברי התה"ד סי' שי"ד שכתב באחד שמסר עשרה זהובים לשמעון ולוי נתן לו ששה ושמעון בעצמו הי' לו עשרים וכעת נאבד ארבעה זהובים ואין לידע מאיזה זהובים נאבדו ורצה לדון מתחלה דיש לומר הואיל דרוב הזהובים הם של

שמעון נימא כל דפריש מרובא קא פריש וע"ז הביא אח"כ לבסוף ראיה מהא מעשה דגניבא שיצא בקולר ואמר הבו ד' מאה זוזי מחמרא דנהר פקוד וכתב הרא"ש דאף שהחמיץ איזה מהיין לא שייך לומר שלך החמיץ דהא חלקו אינו מבורר וחל על כלם על כל חביות וחביות וה"ה בזה דכל שעירב הזוזים לא שייך לומר מרובא או ממיעוט דל"ש בזה שלך נפסד או כל דפריש מרובא קפריש ע"ש שהאריך בזה וכן קי"ל בש"ע חו"מ סי' רצ"ב ואני כתבתי בגליון הש"ך בסי' רנ"ג ס"ק ג' דהתה"ד לא הזכיר משיטת הרמב"ן והר"ן פרק התקבל שם דאף בחמרא שהוא מעורב מראהו מת ומראהו נפל ולפמ"ש יש ליישב דברי התה"ד דעל כל פנים כל דפריש מרובא קא פריש לא שייך כאן דעל כל אחת מהזהובים הוקבע של מי הוא ואם כן לא שייך כל דפריש מרובא קא פריש והו"ל כמחצה על מחצה וא"כ בזה נחלקו הרמב"ן והרא"ש אי יכול לומר שלך נחמצו או נפסדו דבאמת כל דנקבעו הו"ל ספק והמע"ה והרא"ש ס"ל דכל שנתחייבו בודאי ליתן לזה וספק בפרעון אם קיימו החוב שחייב אביהם ליתן להמקבל הלז וא"כ לכך חייבים מספק והדבר תלוי אי יורשים חשובים א"י אם פרעתיך ועיין בעה"ת שער ל"ח דאף יורשים הו"ל כא"י אם פרעתיך והארכתי בזה בתשובה ושם הבאתי דברי הבית מאיר סי' קע"ח באורך ע"ש וה"ה בנדון זה דהתה"ד אם היה שומר ונתחייב משעת משיכה הו"ל א"י אם פרעתיך ודו"ק היטב (ועכ"פ גוף סברת המרדכי זכיתי לכוין לדברי התה"ד הנ"ל שכתב ג"כ דל"ש מרובא פריש דשם טיבעא חד הוא) ויש להאריך בזה בדברי הנימוק"י ר"פ הבית והעלייה וע' בגליון הד"ת ואכ"מ:

יז אמנם גוף קושית המרדכי דלמה לא ניזיל בתר רוב הקמה דהוא של בעה"ב לפענ"ד לא זכיתי להבין לפמ"ש המרדכי שם בעצמו דאף דר"מ חייש למיעוטא היינו ברוב אבל בחזקה אזלינן בתרא אף לר"מ דלא אשכחן דפליג ר"מ אחזקה ובאמת שם כתב המרדכי דזה תימה דברוב יפלוג ר"מ ובחזקה יהי' מודה. אבל לפענ"ד הדבר ברור דבשלמא רוב אף דאזלינן בתר רובא אטו אין המיעוט בעולם רק שרוב הוא כך וכך ובזה פליג ר"מ ואמר דברובא דליתא קמן חיישינן למיעוטא דדלמא נזדמן לזה מהמיעוט שישנו בעולם כמו רוב אבל כל שאנו מעמידים על החזקה ואמרינן דכמו שהי' בחזקת כך וכך כך הוא גם כעת א"כ לצד הספק שאנו מעמידין הדברים שהיו כן לא נשאר שום מיעוט שיהי' באופן אחר דאף דמשכחת לה שיצא הדבר מחזקתו אבל עכ"פ כל שאנו מחזיקין שכן הוא לא יצא מחזקתו ולכך אזלינן בתריה וז"ב כשמש. ולפ"ז זהו דמשני הש"ס דקמה בחזקת חיובא קיימא וא"כ מעמידין הדבר בחזקתו כמו שהיתה אף לר"מ. ובזה מיושב היטב קושיא הקדמונים והר"ן בנדרים דף ח' דלמה להש"ס לומר דבחזקת חיובא קיימא

הא גם ספק מתנות עניים אזלינן לחומרא וכ"כ לעיל בזה. ולפמ"ש בספק גרידא הוה אזלינן בתר רובא רק כיון דבחזקת חיובא קיימא גם ר"מ מודה. ובזה מיושב היטב כל המשך הסוגיא בחולין דף קל"ד שבתחלה הקשה הש"ס מספק לקט וא"ל אל תקניטני שבלשון יחיד אני שונה אותה ר"י בן אגרא בשם ר"מ והדבר תמוה דאכתי קשה מה נ"מ אם ר"י בן אגרא בשם ר"מ הא מ"מ הי' האומר בשם ר"מ. ולפמ"ש י"ל דבאמת רבינו משולם במרדכי שם רצה לומר דלר"מ אזלינן בתר מיעוטא ור"ב חידש לו דברובא דאיתא קמן גם ר"מ מודה דאזלינן בתר רובא. ובאמת שהדבר צ"ב דמה חילוק יש בין רובא דאיתא קמן לליתא קמן סוף סוף הא יש מיעוט ואדרבא באיתא קמן גם המיעוט יש קמן בבירור רק שלא נודע איזהו הוא אבל מ"מ מהראוי לחוש למיעוט טפי. ולפמ"ש א"ש דכבר הבאתי דברי הט"ז דאף בקביעות דכמע"מ דמי אפ"ה כל שיש קביעות איסור וקביעות היתר והקביעות היתר הרוב אזלינן בתר רובא הרי אף דקבוע לדידן עכ"פ הוה כמיעוט לר"מ דלר"מ יש שיטות דאינו חושש רק מדרבנן וגם למיעוט' דמיעוט' לא חייש ר"מ ובקבוע אף בכל שהו אזלינן בתרי' ואפ"ה כל דיש שתי קביעות ובאחד רוב אזלינן בתרי' ומכ"ש במיעוט דאף שהי' קבוע ההיתר והאיסור מהראוי לתלות כל שיש רוב היתר דמההיתר שיש בכאן הרוב הוא דנזדמן לידו אבל ברובא דליתא קמן ואתה דן אם מן הרוב או מן המיעוט כיון דרובא דליתא קמן אינו רוב חשוב חייש ר"מ למיעוט משא"כ ברובא דאיתא קמן וז"ב. ולפ"ז י"ל דבר נחמד דבאמת אם נימא דבספק מתנות עניים הוה ספק איסור ולחומרא א"כ כיון דבחורי הנמלים הו"ל קבוע וכמע"מ דמי א"כ אף דהוה רובא דאיתא קמן כל דהוה ספק אזלינן לחומרא והקבוע עושהו כמע"מ ל"ש כאן בתר רובא לר"מ דא"ל דנתלה ברובא דכבר כתבתי סברת המרדכי דבכאן ל"ש כל דפריש מרובא קא פריש וא"כ זהו שמקשה דע"כ ספק לקולא כמו כאן וא"כ יקשה מחורי הנמלים דאזל בספק לקט להחמיר וע"ז אמר אל תקניטני שבלשון יחיד אני שונה אותו ר"י בן אגרא בשם ר"מ דספק לקט לקט וא"כ לר"מ דחייש למיעוט רק ברובא דאיתא קמן אזיל בתר רוב א"כ שפיר כל שהוא ספק לקט עכ"פ אינו רובא דאיתא קמן ושפיר אזל להחמיר דהא חייש למיעוט משא"כ לדידן דאף רובא דליתא קמן מועיל וא"כ רוב אינם לקט ושכחה ומהראוי ליזל לקולא. ובזה מיושב היטב מה שהוצרך להביא דברי ר"י בן אגרא ולא אמר דרק לר"מ ספק מ"ע להחמיר ולא לרבנן. והנני יוסיף דהתוס' כתבו דגם לרבנן הקושיא ומה יענו להתירוץ דבלשון יחיד אני שונה סוף סוף קשה מרבנן ולפמ"ש א"ש דשאני התם דהו"ל קבוע אבל ספק לקט דעלמא שלא נקבע כאן איסור בבירור א"כ מהראוי ליזל בתר רובא וע"ז אמרינן דספק לקט רק לר"מ אתמר אבל רבנן באמת

ס"ל דאזלינן בתר רובא דעלמא וע"ז הקשה דהא טעמא קאמר משום הצדיקו ולכאור' קשה דלמא מ"מ דברי יחיד הם ולפמ"ש א"ש דהמקשן סבר כתירוץ ראשון של המרדכי דמשום דכתיב הצדיקו לכך לא אזלינן בתר רובא וא"כ הדבר מוכרח אף לרבנן דר"מ וא"כ ע"כ מוכח דבמתנות עניים מתירין בספיקו ואף רוב לא מועיל וע"ז חידש דטעמא משום דקמה בחזקת חיובא קיימא וא"כ בחורי הנמלים ל"ש רובא ובשאר ספק לקט באמת ר"מ הוא דאמר לה משום הצדיקו:

יח ובזה מיושב דאם נימא משום דקמה בחזקת חיובא קיימא מה הוצרך ר"י בן אגרא לחדש משום הצדיקו וגם במשנ' אמר ר"מ הכל לעניים שספק לקט לקט והא בקמה בחזקת חיובא קיימא ולפמ"ש רצה ר"מ לחדש דמשום הצדיקו חייש ר"מ למיעוט ודו"ק היטב. איברא דיקשה דבספק לקט דעלמא ר"מ באמת חייש למיעוט ול"ש כלל רוב ולמה לי' לכתוב דעני ורש הצדיקו. אך נראה דבאמת חזקת ממון יש לו עכ"פ והרי לר"מ בתר חזקה בודאי אזיל ומכ"ש חזקת ממון דאלים טובא ולפענ"ד נראה דזה ענין הצדיקו משלך ותן לו דבאמת ע"כ ל"ש חזקת ממון רק היכא דאנו דנין אם זה הממון שלו או של חבירו שייך לומר דיש לו חזקת ממון אבל כאן אטו אין אנו מודים דזה הממון של בעה"ב רק מה שמחמירין בספק לקט הוא דאטו לקט בודאי מי יש לו לעני כלום רק דהתור' אמרה לעני ולגר תעזוב אותם ואתה מחוייב לתת לו בדרך מתנה וצדקה וא"כ גם בספק אמרינן צדק משלך דהיינו שבאמת הוא שלך ותן לו ודו"ק היטב כי הוא נחמד ונכון ועיין בספר לב אריה בחידושיו לחולין שהקשה הרבה קושיות בהך דמשני קמה בחזקת חיובא קיימא ולפמ"ש אתי שפיר הכל ברווחא ת"ל. ובמ"ש עמדתי על לשון המרדכי שאחרי שכ' דר"מ מודה ברובא דאיתא קמן ובחזק' כ' בהך דיבמה שרקקה דם וכן בש"ז של זב והקשה דאמאי לא בטל ברוב והיא תימה דמה ענינו לשם והמעיין במקומו יראה שהוא משולל ביאור ואין לו שייכות לא למ"ש מקודם ולא למ"ש אח"כ ומהתימה על המלמ"ל פ"ד ממ"ע ובפ"א ממשכב שהאריך בדברי המרדכי ולא ביאר ההמשך בדבריו ולפמ"ש י"ל דאחר שביאר דר"מ מודה ברובא דאיתא קמן דאזלינן בתר רוב א"כ אף לר"מ קשה דאין מקום לומר דאתיא כר"מ ולהחמיר מטמאין במשא ש"ז וגם חליצה פסולה מקרי דהא דיינים הוה רובא דאיתא קמן דגם ר"מ אזל בתר רובא וע"ז הוצרך לחדש דל"ש ביטול בדבר שמתחלת ברייתו היו בתערובות ולפמ"ש הי' מקום לומר דרק לר"מ ל"ש ביטול בדבר שבתחלת ברייתו הי' בתערובות אלא שממה שהקשה אח"כ מהך דנדה משמע דלכ"ע חידש זאת המרדכי ועכ"פ דברי המרדכי כלם מבוארים לאשורם ת"ל בדרך ישר ונכון:

יט ובמ"ש למעל' לבאר ענין דצדק משלך ותן לו דהוא משום דאטו אנן באים להוציא המעות מחזקתו דהא באמת גם במתנות עניים ודאים הם של בעה"ב רק שהתור' צותה שהבעה"ב יזכה להם מתנותיו וא"כ זה שאמר צדק משלך ותן לו ובזה אנו מוצאים טעם לכל ספק מתנות עניים וממון עניים דאזלינן בספיקן להחמיר לנתבע וה"ט משום דספיקן לא בא להוציא הממון מחזקתן הראשונה. ובזה נראה לפענ"ד שצדקו בזה דברי הגהמ"ר שכ' דכל ספק בצדקה אזלינן לחומרא וכן קבעו להלכה בש"ע יו"ד סי' רנ"ט והש"ך תמה שם וכ"כ בזה בחידושי כמה ענינים ובשו"ת מהרי"ט חלק חו"מ סי' קכ"ד עמד בזה והקשה ג"כ מהך דהקדיש כל נכסיו דהוה אבעיא דלא אפשיטא וקי"ל דהממע"ה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל טעמו של הגהמ"ר משום דכתיב צדק משלך ותן לו והיינו דאין מוציאין מחזקתן רק דהתור' צותה ליתן ולפ"ז זהו מתנת עניים או ספק מעות צדקה דהתור' צותה לאדם שיתן אבל שם בהקדיש בעת חוליו ואנן מספקינן אי יכול לחזור אבל התורה לא צותה לו שיקדיש כל נכסיו דאדרבא איכא איסור במקדיש כל נכסיו כדאמרו בערכין דף כ"ח וא"כ שוב שייך הממע"ה וגם נראה לפענ"ד כיון דהקדש משנה המעות עצמן דחל שם הקדש עלייהו ואסור להוציאן רק לבדק הבית או לקדושת הגוף וא"כ שוב יש להעמיד המעות עצמן בחזקתן הראשונ' משא"כ הקדישות שלנו דדין חולין יש לו ולעניים אזלי ומותר לשנותן באחרות ואין מועלין בהם והרי הוא חולין כמעיקרא ל"ש חזקת ממון וז"ב. ובזה מיושב ג"כ מה שהקש' המהרי"ט דהגהמ"ר לקחו מלקט והרי צדק במתנותיו דוקא קאמר ולפמ"ש זיל בתר טעמא דכל ספק ממון עניים הרי הוא עדן חזקתו הראשונ' עליו רק שנותנו בתורת צדקה:

כ ובזה אני אומר דבר נחמד לבאר דברי המהר"ש חיון שהביא המהרי"ט שם שמחלק דדוקא נגד חזקת ממון הוא דס"ל להפוסקים דאזלינן לחומרא לא נגד חזקה דמעיקרא. ולכאורה לא נודע דהא חזקת ממון אלים טובא ואדרבא חזקת מ"ק בממון לא נודע מאין לנו ועיין בקונטרס התפיסות לאחי הקצה"ח כלל א' אבל חזקת ממון אלים טובא ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא חזקת ממון דגם כעת לא נגרע החזקת ממון דרק בתורת צדקה נותנו ונותנו משלו שייך לומר צדק משלך אבל חזקת מ"ק עכ"פ משנה החזקת מ"ק דכעת הוא אצל אחר וז"ב כשמש. ובזה נלפענ"ד מה שהקשה בקונטרס התפיסות מהך דבכורות דף י"ח דמוקי פלוגתא דר"ט ור"ע בחצר בעה"ב ורועה כהן והרי שם אין לבעה"ב חזקת מ"ק דאנו מסופקים דלמא של כהן הוא רק חזקת ממון ואמאי אמרינן המע"ה והא מתנות כהונה דמי ללקט דאמרינן צדק משלך ותן לו ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם הוא משום דאין אנו מוציאין מחזקת הבעה"ב וזה שייך בלקט וכדומה אבל

בכור דקדוש א"כ גוף הבכור הי' לו חזקה דבמעי אמו לא הי' בכור וכמ"ש התוס' בחולין דף י"א וגם אם בכור הוא משלחן גבוה קזכי וא"כ מוציאין החזקת ממון מבעה"ב ואמרינן דשל כהן הוא וא"כ שפיר אמרינן הממע"ה:

כא ובזה נלפענ"ד דבר נחמד מה שהקשה בקונטרס התפיסות שם וכבר קדמו בטורי אבן אבני מלואים למס' ר"ה בד"ה ונוהג שני מעשרות לתמוה על מ"ש המרדכי בתירוץ הראשון ליישב דלכך לא אזלינן בתר רובא משום דכתיב צדק משלך ותן לו ותמהו דהא לא גרע מחזקה דהרי כל שהפרה בחזקת פטורה קיימא פטור כדאמרו בחולין שם מכ"ש אם הרוב מנגדו והיא תימה רבה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל שיש חזקה לפטורא והיינו חזקה קמייתא כבר כתבתי דלא שייך צדק משלך דהא עכ"פ חזקת מ"ק מנגד למה שמסתפקים כעת אם חייב במתנות וכל שאתה מחייבו במתנות אתה מוציאה מהחזקה ראשונה ולא שייך צדק משלך דאנו דנין על גוף החיוב אם נתחייב לצדק משלו אבל ברוב ניהו דהרוב הם של בעה"ב אבל ע"כ היינו שהוא של בעה"ב וא"כ לא עדיף מחזקת ממון דאלים טובא ואף יותר מרוב דהרי אין הולכין בממון אחר הרוב נגד חזקת ממון דאלים טובא ואפ"ה כל דשייך צדק משלך ותן לו אמרי' דבאמת ע"פ רוב הוא של בעה"ב ואטו כעת לאו של בעה"ב הוא רק דצדק משלך ותן לו וז"ב כשמש ודו"ק כי הוא חריף ועמוק ומובטחני כי יש לו פנים בהלכה:

כב והנה נסתפקתי בקבוע במקום ובבית אחת שני נכרים וישראל אחד ונמצא חתיכת בשר בבית ולא נודע אם כשר הוא או טריפה אם מקרי קבוע או דמקרי פירש. ולכאורה היה נ"ל דמקרי קבוע דהרי בחזינן שנטל עכבר מהקבוע אף דפירש מ"מ אזלינן בתר הקביעות וכאן כיון דבבית זה דרים שני נכרים וישראל אחד שוב מקרי קבוע דהוה כאילו ראינו שנפרש מהקביעות. ולפענ"ד ראיה ברורה להדין הלז מהא דמבואר בטור חו"מ סי' ר"ס דאם שני נכרים וישראל אחד דר בו דאזלינן בתר רוב והו"ל של המוצאו וקשה הא הוה קבוע ואף דפירש הא נודע מהיכן פירש דהא בבית זה אין כאן אחר רק או מהנכרים או מהישראל ואפ"ה אזלינן בתר רוב. ובאמת בתוס' והרא"ש אינו מבואר כלל הדין רק בשלשה נכרים ועיין תוס' ב"מ דף כ"ו ד"ה לשלשה שכתבו דבפחות משלשה לא נקרא רוב ובמהרש"א האריך דגם בשנים נקרא רוב וע' בש"ך סי' ר"ס שם ולפמ"ש כוונת התוס' דדוקא דכל השלשה הם נכרים משא"כ כשישראל אחד דר ביניהם הו"ל קבוע וצ"ע דאכתי תקשי שלשה למה לי בתרי סגי ומה מועיל שלשה דיהי' מקרי רוב יותר משנים. אמנם בגוף הראיה מהטור לפענ"ד לאו ראיה דניהו דהו"ל קבוע והו"ל ספק הא הוה ספק ממון ולקולא להמוציא כיון דאין מוחזק בו שום אדם ואף ספק גזל

התירה התורה כמ"ש האחרונים ומכ"ש ספק מציאה. אמנם יש לומר דבאמת הבעה"ב קונה מציאה שבביתו אף במושכר לאחרים וע' בסי' ר"ס במ"ש הרא"ש דשכירות ליומא ממכר הוא ותמהו עליו דלא קיי"ל כן ועש"ך שם וסי' שי"ג ובפרט בהשכירו לשני נכרים והנכרים בודאי לא קנו וא"כ שוב יש לו לבעה"ב חזקת הבית והמציאה היא שלו ולא של המוצאו וא"כ שוב לא היה מועיל הרוב דנכרים דאין הולכין בממון אחר הרוב ואמרינן דשל בעה"ב הוא ואף דהנכרים עדיין בהבית וכמ"ש התוס' מ"מ עכ"פ הרוב בא להוציא מחזקת בעה"ב וגם בלא"ה עכ"פ בשני נכרים וישראל אחד דעכ"פ יש גם להישראל חזקת בית שהכל שכרו הבית ביחד והם שותפים וא"כ הרי הרוב בא להוציא מחזקת הישראל ואין הולכין בממון אחר הרוב ומעתה לפמ"ש התה"ד סי' ר"ז דברובא דאיתא קמן אזלינן ב"ר וא"כ לכך בעו התוס' ג' שיהי' רובא דמנכר ורובא דאיתא קמן דאזלינן ב"ר ועדן צ"ע והספק שנסתפקתי עדן צ"ע:

כג והנה שוב נשוב אל הסוגיא והנה בהניח עשר ומצא תשע פלוגתא דרבי ורבנן וגם בזה נחלקו הרמב"ם והראב"ד אם ביטל אם צריך בדיקה או לא וע' טור וש"ע סי' תל"ט ובכ"מ ובמלמ"ל ואני תמה דלפענ"ד יש ראיה ברורה דאף בביטל צריך לבדוק דהרי בדף ט' ע"ב מקשה הש"ס על מה דשנו במשנה מה שמשייר יניחנו בצנעא שלא יהא צריך בדיקה אחריו ומשני רב מרי גזירה שמא יניח עשר וימצא תשע ופירש"י דהכא מוכחא מלתא שנטלה פרוסה אחת ודאי איכא למיחש והרי שם לאחר בדיקה קאי והבודק צריך שיבטל וא"כ כבר ביטל ואפ"ה גזרינן שמא יניח עשר וימצא תשע וא"ל דבימי המשנה עדן לא נתקנה שצריך שיבטל דז"א דמלבד דאינו מוכרח אף גם יקשה לרב מרי דא"כ לדידן למה נגזור ולמה צריך שיניחם בצינעא וע"כ דאף בביטול צריך בדיקה ולפענ"ד היא ראיה ברורה:

כד והנה ראיתי בשאלתות פ' צו סי' ע"ט שכתב ברם צריך היכא דחזי לחולדה או עכבר דשקיל ועל בתר דבדק ביתא היאך אמרינן דצריך בדיקה מיהו היכא דבדק ושייר ריפתא למיכל והשתא ליתא כי צריך למבדק וכו' מי חיישינן דלמא עכבר או חולדה שקלה וצריך בדיקה או דלמא אמרינן שקלי' ויהבי' לעניא ואשתלי מפלג פליגי רשב"ג ורבנן לענין טומאה כה"ג דתנן קורדום שאבד בבית הבית טמא רשב"ג אמר הבית טהור הלכתא מאי ת"ש דתנן מה שמשייר וכו' רב מרי אמר שמא הניח עשר ומצא תשע דחיישינן שמא עכבר או חולדה נטלו ואע"ג דאיכא למימר הוא נתנו לאחר ושכח חיישינן לעכבר דרשב"ג מיירי אף בבטלו וגם בזה נחלקו הרמב"ם והראב"ד דהרי הגאון פשיט מהא דאין הלכה כרשב"ג וש"מ דאף בבטלו חיישינן במצאו בזוית אחר איברא

דלפי דברי הגאון צ"ע כמ"ש השאילת שלום דמה ראיה מרב מרי הא לרשב"ג הוא דוקא במצא הקרדום רק דניחוש שמא אדם טמא היה בזה לא חיישינן אבל בלא מצאו כלל חיישינן אף לרשב"ג ועוד הקשה דהיה לו להוכיח מהך דהניח עשר ומצא תשע דאמרו בש"ס דפליגי בפלוגתא דרבי ורבנן הרי אף לרבי עכ"פ צריך שימצא אותו שחסר ודלא כרשב"ג דנתלה ששכח והניחו במקום אחר או שהשאילו גם הי' לו להש"ס למתלי בפלוגתא דרשב"ג ורבנן בקרדום ולמה אמרו בפלוגתא דרבי ורשב"ג. ובאמת שהדברים מרפסין איגרי וגם גוף דברי השאלתות דחידש ספק חדש לתלות במה שחסר שמא נתן לעני ושכח ופשיט לה מרשב"ג הוא ענין חדש וכבר חלק הש"ש שם דשאני בקורדם דהיה משך זמן מרובה משא"כ כאן דבין לילה היה ובין לילה אבד מה"ת לתלות בזה. אך נרא' ביאור הדברים דהנה גוף דברי רשב"ג תמוהין מאד מה"ת לתלות דהשאיל או שהניח ושכח ולטהר עי"ז ובפרט בספק טומאה ברה"י וגם אף אם נימא דתלינן ברוב דטהורים הם ומה"ת ניחוש למיעוטא דטמאים מ"מ קשה דרשב"ג מצינו בבכורות דף כ' דחייש למיעוטא ולמה הקיל בזה. וע"כ נרא' דסברת רשב"ג הוא דכל דלא נודע ריעותא ובשעת שהניח בזוית זו לא הונח בכוונה מכוונת בזוית זה דוקא רק שע"פ מקרה הונח שם א"כ כל דלא רמיא עליו בשעת מעשה להניח דוקא שם ממילא אמרינן דאף שלא מצאו שם מה"ת לחוש לזה ותלינן בכל ענין שנוכל לתלות שמא שכח והשאיל או ששכח והניח דבשלמא אם היה ההנחה בכוונה מכוונת במקום הזה אמרינן דאם היה לוקחו משם היה זוכר אבל כל שלא הונח בכוונה מכוונת בזוית זו בכל מה דיש לתלות תלינן אף להקל והוה כמו כל מלתא דלא רמיא עליה דאינש דלאו אדעתי' ואינו נתפס בדבריו לענין ממון וכמו כן לענין איסור וטומאה בין להחמיר בין להקל וז"ב בסברת רשב"ג. ולפ"ז שפיר כתב הגאון דמוכח מרב מרי דלא כרשב"ג דאל"כ יקשה מה שייטא דמה שמשייר יניחנו בצנעא להניח עשר ומצא תשע דבשלמא שם שהניח במספר עשר ובמנין מכוון ומצא תשע א"כ יש לחוש אבל כאן דהוא משייר לצורך מאכלו פת וכדומה ואינו במספר ובמשקל מה"ת לחוש שישייר במקום המוצנע דשמא הניח עשר ומצא תשע דהא גם בהניח עשר אם לא היה בכוונה מכוונת לא היה שום חשש לרשב"ג וא"כ אדרבא יוכל לשייר בלי מנין ואז לא יחוש כלל וע"כ דלא כרשב"ג ואף בזה חיישינן:

כה ובזה מיושב כל הקושיות לפענ"ד דלכך בלא מצא בזוית אחרת ג"כ חיישינן אף לרשב"ג היינו משום דעכ"פ זה ודאי דהניח בהבית עכ"פ בכוונה מכוונת שיהי' בביתו עכ"פ וא"כ מה"ת לתלות דמסתמא היה זוכר אם השאילו או הניחו בבית אחר אבל מזוית לזוית גם מתחלה לא הניח בכוונה מכוונת ומה יש לו לזכור ולפ"ז ענין הניח עשר

ומצא תשע אין לו ענין למחלוקת רשב"ג ורבנן דאף רשב"ג מודה דבהניח עשר במספר ודאי דצריך לבדוק דהא ידע היטב כמה הניח והיה זוכר. ובזה מיושב דאף שלא שהה הרבה כל שלא הניח בכוונה מכוונת תלינן להקל לרשב"ג ושפיר הביא הגאון מזה ראיה דלא קי"ל כרשב"ג ודו"ק היטב:

כו והנה התוס' הקשו דלמה לא נימא היינו הך שאבד היינו הך שנמצא וכתבו דאתיא כרשב"ג דאמר תבדוק כל השדה כולה. ולכאור' תימה דדברי רשב"ג סותרין זא"ז דשם אף שמצא קבר חיישינן שמא ישנו עוד אחד וכאן תלה דהוא הניח ושכח אף דשם שכח בודאי. ולפמ"ש א"ש דשם דאתחזיק שם טומאה א"כ אף דמצא קבר יש לחוש לרשב"ג דשמא זהו קבר אחר והקבר הנאבד אינו ידוע משא"כ כאן דלא נודע כלל ריעותא ולרבנן הוה להיפך ששם כל שמצינו קבר מהכ"ת לאחזוקי ריעותא ולומר שעוד קבר אחר יש שם אבל הכא הוה ריעותא שלא מצאו בזוית שהניחו עוד תירצו התוס' דכאן מיירי שלא נודע מספר הככרות שהניח וחיישינן שמא לא מצא כלם כמספר שהניח ואתיא אפי' כרבי דס"ל היינו הך שנמצא היינו הך שנאבד דשם נודע קבר אחד וכל שמוצאו לא חיישינן יותר וצריך להבין דלפ"ז לרשב"ג דחייש בקבר ואמר תבדק כל השדה כלה אף שלא נאבד רק קבר אחד ומכ"ש כאן שלא נודע מספר הככרות ושמא לא נמצא כמספר שהניח וצ"ל דאדרבא לרשב"ג כיון דלא נודע מספר הככרות א"כ אין ריעותא רק בשביל מקומו וכל שלא הניח בכוונה מכוונת באותו מקום אין המקום ריעותא ול"ד להניח עשר ומצא תשע דשם הריעותא מחמת חסרון המספר וזה הניח בכוונה מכוונת וספר הככרות שהניח אם איתא דנתן לאיזה אדם וכדומה היה זוכר משא"כ בזה וז"ב ולפ"ז אצטמיד פירושו דמזה הוכיח הגאון דרב מרי לית ליה דרשב"ג. וראיתי בפר"ח סי' תל"ט שרצה להוכיח דלא קיי"ל כרשב"ג בהך דקרדום מהא דאמרו פ"ד דמעשר שני האומר לבנו מעשר שני בזוית זו ומצא בזוית אחרת הרי אלו חולין ואי כרשב"ג למה לא נימא ששכח והניח במקום אחר. ולפמ"ש הך נסתר מחמתו ראיה זו דשם במעשר שני שהוא קודש מסתמא אדם מייחד זוית אחד שלא יתערב בחולין וא"כ הניח בכוונה וכל שהיה נוטלו לזוית אחרת לא שייך לומר ששכח שדבר כזה אדם זוכר וכמ"ש ועיין פר"ח ביו"ד סי' ס"ג ובחק יעקב כאן. ולפמ"ש אין מקום לכל דבריהם. ועכ"פ מהשאלתות נתבאר דלא קיי"ל כרשב"ג לענין חמץ בהניח בזוית זו:

כז והנה הגאון כתב אע"ג דכ"מ ששנה רשב"ג במשנתינו הלכה כמותו חוץ מערב וכו' והאריך בש"ש דהך דקרדום אינה במשנה אלא ברייתא אם גם בברייתא הלכה כמותו והאריך בבקיאות עצום: ולפענ"ד היה נרא' בטעם הדבר דכ"מ ששנה רשב"ג במשנתינו

הלכה כמותו דהנה בעדיות אמרו למה נזכרו דברי היחיד לבטל' ויש בו שני טעמים והמתבאר מתוך פירוש הרמב"ם והראב"ד ובתוס' יו"ט שם דהוא על שני פנים או דראה רבי שיוכל להיות שיקבעו האחרונים הלכה כמו היחיד דמסתבר טעמיה ולכך העתיקו או דראה רבי שאין הלכה כמותו ודיעה יחידית היא ואם אולי דורות הבאים יסברו שלא ידעו בה מקודם לכך הוקבע לדעת שדיעה יחידית היא ע"ש. ובזה נטיתי מעט מהתוי"ט. ובזה יתיישב דברי הרע"ב שם. והמורם מזה דיש לספק אם הוזכר איזה דיעה יחידית בין המרובים אם שראה רבי דמסתבר טעמיה רק שלא רצה להכריע נגד הרבים ובדור האחרון אם ירצו יקבעו הלכה כמותו או שהיא דעה יחידית ונדחית לגמרי ולפ"ז תלוי בדעת האמוראים אם לקבוע הלכה כמותו או לא והנה רשב"ג שהיה אביו של רבי הנה א"א לומר דלכך הזכירו כדי שלא יאמרו דורות הבאים שרבי לא הזכיר הדיעה הלז ולא ידעה והיא דעת רבים דפשיטא דרבי יודע במילי דאבוה טפי מינן וא"כ למה הזכירה ע"כ שראה שמסתבר טעמיה וכיון שכן ממילא הלכה כמותו דאנן יש לנו רשב"ג ורבי בנו שראה שמסתבר טעמיה וע"כ בכ"מ שדעת האמורא ג"כ נוטה לזה יש לפסוק הלכה כמותו משא"כ בשאר יחידים דאולי הזכירם לבטל' כדי שלא יאמרו (חסר וחבל וכו'):

סימן עא

א בענין שטרי ממרני"ש שלנו.

ב ע"ד אשר הארכת בעניני שטרי ממרני"ש שלנו. הנה זה ימים חדשתי בזה ענין דבשטרי ממרני"ש שלנו שמכרם לאחר קודם שמיטה אין השביעית משמטתו וחילי דילי דהנה הר"ן בגיטין פרק השולח והובא בב"י בטור חו"מ סי' ס"ז כתב בשם הרא"ה דהא דיתומים א"צ פרוזבול מפני שב"ד אביהן של היתומים הוא דוקא ביתומים שהלוו דאי בשירשו א"צ פרוזבול כדדרש בספרי ר"ש אומר כל בעל משה ידו ולא היורש ומיהו דוקא יורש אבל לא לוקח דלוקח לא זכה אלא בשעבוד נכסי ואכתי נשאר שעבוד הגוף קיים ואע"ג דלא קרינן בי' לא יגוש כיון דאידך נגוש מחמתי' לא יגוש קרינן ביה וראיתי בכנה"ג בסי' ס"ז בהגהת ב"י אות נ' שביאר הדבר שלא נתרוקן כח המלוה מכל וכל שהרי יכול למחול וא"כ אף דהמוכר א"י לנגשו כיון דהלוקח בא מחמת המוכר לא יגוש קרינן בי' משא"כ ביורש דלא אתי מחמת המורישׁ אלא שעכשיו הם שלו ע"ש ולפ"ז בשטרי ממר"ניש דיש להם דין כתב לי' משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך כיון דנשתעבד לכל המוציאו וא"כ לשיטת הראב"ד ז"ל ודעימיה דבכתב לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דא"י למחול ה"ה בזה א"י למחול ועש"ך סי' ס"ו ס"ק יו"ד וא"כ שוב הלוקח הוה כיורש

ולא שייך לומר דנגוש מכח המלוה כיון דלא נשאר לו שום זכות וכפי הנרא' מהראב"ד גם שעבוד הגוף נקנה להלוקח בכתב לו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך ועיין בהרא"ש פרק הכותב ופ"ק דגיטין ובטוש"ע סי' ס"ו סעיף כ"ו וא"כ שוב אין שביעית משמטתו. אמנם אחר העיון נרא' דאדרבא כיון דכתב בו לכל מי שמוציאו וא"כ מתחלה נשתעבד להלוקח כמו להמוכר והו"ל השני מלוה שלו כמו הראשון וא"כ שוב ל"ד ליורש דלא נקרא משה ידו דהוא לא הלוה לו רק אביו אבל בנשתעבד לכל מאן דאתי מחמתך או לכל מי שמוציאו א"כ כל מי שמוציאו הוה מלוה שלו שוב משועבד לשני ונקרא משה ידו ומשמט וז"ב לדעתי:

ג ובזה נרא' לי ליישב דברי רש"י שכתב בגיטין דף ל"ג דיתומים א"צ פרוזבול שאין שביעית משמטת חוב של אביהם ותמה הר"ן דהא בלא"ה חוב של אביהם אינו משמט דהא נפקא ליה בספרי ממשה ידו לאפוקי יורש והר"ן כתב דרש"י ל"ל דרשא דספרי והיא תמוה כמ"ש הגד"ת בשער מ"ה ח"א דמנ"ל לדחות דרשא דספרי ומ"ש הגד"ת דלא נמצא בספרי הנה אף שלא נמצא לפנינו נאמן הרמב"ן והרא"ה והר"ן בעדותם שכן הוא בספרי ובפרט שבתוספתא בשביעית נמצא כן וע' תומים. ומ"ש הב"י דא"כ איך משכחת לה דברי ר' חוצפית שאמר כותבין ליתומים על נכסי אפטרופוס הוא תמוה דהא משכחת לה להיפך כגון שהיתומי' חייבים לאחרים כותבין על נכסי אפטרופוס. אך לפמ"ש אתי שפיר דרש"י ס"ל דרשא דספרי הוא דוקא בסתם שטר שלא נשתעבד לכל מי שמוציאו א"כ לא קרינן גבי יורש משה ידו דהא לא הלוה לו אבל בשטר שכתוב שכל מי שמוציאו יגבה א"כ גם היורש נקרא משה ידו ולמה לא ישמט ולכך הוצרך לומר דהב"ד אביהן של יתומים וא"כ ממילא לא קרינן גבי היורש משה ידו דהב"ד הפקירן הפקר וא"כ לא יגוש מחמת המלוה וז"ב:

ד ובזה ניחא גוף ענין מוסר שטרותיו לב"ד דהו"ל כאילו תפס והדבר צ"ב דהיאך שייך הפקר ב"ד ומה הפקירו וגם הפקר אינו עושה קנין ואף אם נימא דאינו נגוש מחמת המלוה רק בשביל הב"ד מ"מ קשה הא לא עדיפי מלוקח דאמרינן דמ"מ נגוש מחמת המוכר ומכ"ש בזה דס"ס נגוש מחמת המלוה ועיין בבעה"ת דמוסר שטרותיו עדיף מפרוזבול וע' בסמ"ע והדבר צ"ב במה עדיף כחו. ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דהו"ל כאילו הוא ביד ב"ד א"כ הוה כיורש דלא קרינן ביה משה ידו דכיון דהפקירו ב"ד המלוה א"כ מה שנתחייב לב"ד לא הוה כנגוש מיד המלוה דסוף סוף הב"ד לא נשו בו ולא קרינן בי' משה ידו וז"ב מאד ויש להאריך בזה ואכ"מ. ובמ"ש יש לי ליישב מה שהקשיתי בתשובה אחת לענין ט"ה והקשיתי דלמה יורש מוחל והא לשיטת ר"ת כל הא דמוחל

הוא משום ששיעבוד הגוף דאין בו ממש א"א להקנותו ללוקח ונשאר ביד המלוה ולכך יכול למחול והקשיתי דא"כ איך יורש יורשו דהא דבר שאין קנין נתפש עליו ליתא בירושה כמבואר בסי' ער"ו בחו"מ בסופו ושם כתבתי דמכאן ראיה לשיטת הש"ך שם דניהו דא"י היורשים להקנותו אבל שלהם היא. אך עדיין קשה א"כ איך יכולין היורשין למחול הא לאחרים א"י להקנות דבר שאין בו ממון וצד קנין כמו ט"ה ודבר שאין בו ממש וכדומה והיא קושיא גדולה וגם קשה לי אם נימא דא"י למחול ממילא במות המלוה פקע שעבוד הגוף דאין לו למי להשתעבד וא"כ כל שלא נשאר שעבוד הגוף בטל שעבוד נכסים דאינם רק כמו ערבים בשביל הגוף. ולפמ"ש יש לומר דכיון דהיורש יורש מכח המלוה א"כ מתחלת הלואה נשתעבד למלוה וליורשים ואף דלא כתיב ביה משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך פשיטא דליורשים ודאי נשתעבד וא"כ ממילא יש להיות שעבוד הגוף דהרי נשתעבד לו ג"כ. ובזה י"ל טעם הסוברין דיורש מוחל לעצמו וא"צ לשלם מדינא דגרמי כמבואר בסי' ס"ו משום דכל שמוחל הרי הוא מסלק עצמו שאינו רוצה לירש וממילא פקע שעבוד הגוף ולכך לא שייך דיני דגרמי דהוא בדנפשיה קעביד ושאני מוחל דבדיבורו אזיק שעבודו של חבירו וכאן הוא לא עשה רק שלא רצה לירש וממילא פקע שעבודו של חבירו ועיין ש"ך חו"מ סי' שפ"ו ס"ק י"ב. ובזה יש ליישב קושיא המפורסמת בסוגיא דתקנת אושא דאם היורש מוחל לעצמו א"כ יוכל הבעל למחול לעצמו. ולפמ"ש אתי שפיר דשם יתחייב מדיני דגרמי דשם מסלק עצמו ואינו רוצה לירש מ"מ לא פקע שעבוד הגוף של האשה וא"כ צריך למחול ממש וחייב משום דיני דגרמי וז"ב אלא שלפמ"ש דהו"ל כנתחייב להיורש ג"כ שוב יקשה למה לא קרינן לגבי היורש משה ידו דהו"ל כנתחייב ליורש עצמו ואולי לכך דחי הספרי הנ"ל ודו"ק:

ה ובמ"ש יש ליישב מה שהקשה באבני מלואים ח"ב סי' ק"ה ס"ק ב' בהא דמבואר בש"ע חו"מ סי' ס"ו סט"ו במכר שט"ח ומת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דגובה הלוקח בשבועה והקשה הוא כיון דאם היה מת לוה ואח"כ המלוה ולא היה מוכר כלל לא היו יורשי המלוה גובין כלל דאין אדם מוריש שבועה לבניו וא"כ גם כעת שמכר הא השיעבוד הגוף נשאר אצלו דמה"ט יכול למחול וכמ"ש ר"ת דשיעבוד הגוף אינו נמכר וא"כ כשמכר ומת לוה בחיי מלוה והמלוה צריך לשבע אז לא יוכל להוריש שעבוד הגוף ליורשים דאין אדם מוריש דבר שצריך שבועה וא"כ כל שלא ירשו הגוף ופקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד הנכסים וכמבואר שם סעיף ל"ו לענין גר שמת דפקע שעבוד הגוף ונפטר הלוה וה"ה בזה ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לא יכלו היורשים לירש שעבוד הגוף דהו"ל דבר שאין בו ממש ומהראוי שיפקע במות המלוה שעבוד

הגוף וממילא ליכא משום שעבוד נכסים דאינם רק ערבים וע"כ צ"ל כמ"ש דבתחלת הלואה נשתעבד לו וליורשיו וא"כ שוב הו"ל היורש כמו המלוה גופא לענין זה ושפיר גובה הלוקח בשבועה ואף דאם מת מלוה בחיי לוה א"י היורשין לגבות היינו משום דמתחלה לא נשתעבד הלוה רק כשישבע המלוה וכל שמת ולא נשבע שוב לא נשתעבד להיורשים אבל כשמת לוה בחיי המלוה דכבר נשתעבד למלוה אף שמת המלוה שוב משועבד להיורשים ובלא"ה נראה דאם נימא דאין אדם מוריש בזה שוב יתבטל השטר מכל וכל ואף אם יתפוס הלוקח לא יוכל להתפרע כל דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסי וכמו בגר וא"כ בכה"ג לא אמרינן אין אדם מוריש דבאמת קיי"ל דלא מקרע קרעינן ולא מגבה מגבינן בי' כמבואר בסי' ק"ח וכאן נתבטל השטר לגמרי ביד הלוקח והיורשים ג"כ לא יוכלו לתפוס דלהם אינו מגיע דהא כבר מכרו השעבוד נכסי לאחר וא"כ נפקע כל השטר לגמרי ובכה"ג לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו ודו"ק:

ו ובזה יש ליישב דברי הח"מ שם ס"ק ה' שפירש בנתגרשה דמיירי דוקא במתה האשה ואח"כ הבעל דאם מת הבעל תחלה שוב אין אדם מוריש ודומה לנתאלמנה והשיג הב"ש דאף במת הבעל תחלה הא הזמ"פ הגיע בעת הגירושין והוה כקונה ש"ח ומת הלוה ואח"כ המלוה דגובה. ולפמ"ש יש לומר דכאן גרע דעכ"פ היורשים לא יכלו לירש כ"ז שלא נשבע' דשעבוד הגוף נפקע וא"ל דבזה ל"ש אא"מ דא"כ נקרע כל הכתובה וזה לא אמרינן דהא היא מכרה דז"א דהא הוה כמכרה בעת הגיע הזמ"פ וא"כ אז היו יכולין לגבות ומ"ל בזה במה שאח"כ נפקע. וגם לפמ"ש למעלה בתירוץ הראשון א"ש ויש לפקפק ע"ז והמעיין יבחין ודו"ק:

ז והנה בגוף השטר ממרני"ש להנצל מאיסור שמיטה הנה לכאורה היה נ"ל כיון דכתוב בו ולכל מי שמוציאו דמשתעבד לכל מי שמוציאו כמבואר בסי' נ' ובסי' ס"ו ס"א דא"צ כומ"ס ועיין ש"ך שם א"כ אם היה נמכר השטר לעכו"ם היה העכו"ם גובה בשטר אף בשביעית דעכו"ם לא אכפת ליה בשביעית וא"כ זה נתחייב שלא ישמיט הוא בשביעית ובכה"ג אמרו במכות דף ג' ע"מ שלא תשמיטני שביעית לא מועיל אבל ע"מ שלא תשמיטני אתה בשביעית דמועיל וה"ה כאן הרי חייב עצמו הלוה שלא ישמיט הוא בשביעית דהרי לעכו"ם היה צריך לשלם בשביעית וא"כ למה לא נימא דגם לישראל נתחייב שלא ישמיטהו הלוה בשביעית ולמה יגרע ישראל מעכו"ם. איברא דלפ"ז גם בסתם שטר כיון דיכול למכרו לעכו"ם והעכו"ם יגבה בו בשביעית א"כ נשתעבד אף לישראל ובאמת הרא"ש בתשובה כתב דאף דמבואר בשטר שיוכל לגבות בין בדרכים דתיים או בדרכים שאינם דתיים אינו מועיל להפקיע איסור שמטה דהו"ל מתנה עמ"ש

בתורה והובא בטור סי' מ"ג. אך נראה דבאמת המהר"א ששון הובא במלמ"ל פ"ו מאישות הוכיח דמתנה עמ"ש בתורה אף בכולל לא מהני דהא מתנה על שאר כסות ועונה על שאר וכסות קיים דמתנה בדבר שבממון תנאו קיים ובעונה תנאו בטל אף דהוה כולל וכתב המלמ"ל לדחות דש"ה דהזכיר האיסור בפירוש ולא שייך כולל כמ"ש התוס' בשבועות דף כ"ד לענין שבועה על איסור בכולל דכל שמזכיר האיסור בפירוש לא שייך כולל ע"ש ולפ"ז כאן שלא נשתעבד רק לישראל רק שכתב לו בדרכים דתיים ושאינם דתיים א"כ שאינם דתיים הו"ל איסור בפירוש ול"מ ולא שייך כולל וגם אם ימכרנו לעכו"ם מ"מ הוא לא נשתעבד רק לישראל ולישראל לא התנה ע"מ שלא ישמיטהו הוא בשביעית והו"ל תנאו בד"ת מפורש ולכך אף שנכלל עכו"ם בכלל לא בשביל זה לא מקרי מתנה עמ"ש בתורה אבל כל שכתב ולכל מי שמוציאו א"כ נכלל עכו"ם וישראל ועל עכו"ם דל"ש איסור שמיטה א"כ אף לישראל ל"ש שמיטה ולא הזכיר האיסור בפירוש וז"ב:

ח ובזה יש ליישב דברי מהרי"ל שנתן טעם על מה שאין נוהגין שמיטה בזמן הזה משום דכתב שיכול לגבות בד"י ובדא"ה ותמה בתומים סי ס"ו סק"ב דהא הרא"ש כתב דל"מ משום דהוה מתנה עמ"ש בתורה. ולפמ"ש אתי שפיר דהרא"ש כתב שיכול לגבות בדרכים דתיים או בדרכים שאינם דתיים א"כ שפיר מקרי מתנה עמ"ש בתורה דמתנה שיגבה בדרכים שאינם דתיים ובדינינו כל שאינו ע"פ דת אסור לגבות ומזכיר האיסור בפירוש אבל שיגבה הן בד"י הן בדא"ה אטו לא מצי לחייב עצמו שישתעבד בדא"ה דהיינו אם ימכרהו לעכו"ם וגם דינא דמלכותא דינא וא"כ אינו מזכיר האיסור בפירוש ניהו דבדא"ה גובה גם בשמיטה מ"מ לא מזכיר האיסור בפירוש דאם לא ירצה לעמוד בד"י אנו כופין ע"י דא"ה ושוב לא הוה מתנה עמ"ש בתורה וז"ב. ובזה מיושב היטב הא דכתב הרא"ש שמצא טעם למנהג דכיון שנהגו שלא להשמיט הו"ל כאילו התנה ע"מ שלא תשמיטני והיינו דתנאי שבממון קיים וע"ז הקשה בקצה"ח ס"ק א' דזה שייך לענין סוף שנת שמטה אבל כל שנת שמטה דקי"ל דאין ב"ד נזקקין להגבות שום חוב והמלוה בעצמו אין לו לנגוש לגבות כמבואר בראש בפרק השולח וטוש"ע סי' ס"ג ובזה לא שייך תנאי דאינו דבר שבממון אלא איסור בלבד ועיין בטור סי' ס"ו דכל שאין זכות ממון חשוב קנין דברים וה"נ כיון דאינו משמט אלא מלתא דאיסורא בלבד והניח בקושיא. ולפמ"ש אתי שפיר כיון דהוה כאילו מתנה ע"מ שלא תשמיטני שביעית א"כ על סוף השמיטה הוה תנאו קיים וממילא חל גם על תחלת שמטה בכולל ואין האיסור מפורש דהא לא התנה כלל ורק דהוה כאילו התנה.

ט ובזה מיושב היטב קושית הקצה"ח שם ס"ק ג' בהא דפלפל הש"ס במכות דף ד' במלוה לעשר שנים אי משמט והקשה ת"ל דהו"ל כאילו מתנה ע"מ שלא תשמיטני בשביעית דמועיל. ולפמ"ש א"ש דבאמת גם במתנה ע"מ שלא תשמיטני בשביעית הא דמועיל דבממון תנאו קיים דהא לא התנה ע"מ שלא תשמיטני אתה ולפ"ז כיון דבתחלת שנת שמטה לא הוה רק איסור בלבד ל"מ התנאי כמ"ש הקצה"ח וכאן לא שייך כולל דהא מזכיר האיסור בפירוש דבשלמא כשמזכיר ע"מ שלא תשמיטני שביעית א"כ עיקר השמיטה היא בסופה ורק שנכלל גם התחלת השנה בכה"ג מועיל אבל בשמלוה לעשר שנים וא"כ כל שנת שמטה הוא בכלל העשר שנים וא"כ כל אותן שנים שמשנת שמיטה ואילך הו"ל כמזכיר האיסור בפירוש וזה לא מהני והבן בדברים כי הם ברורים:

י ובגוף דברי המהר"א ששון דאמאי לא חל על עונה בכולל לפענ"ד ברור דל"ק דאטו דבר שבממון מועיל ולא מקרי מתנה עמ"ש בתורה כלל הא גם בממון לא מצי להתנות רק שבממון מועיל מתורת מחילה כמ"ש הרמב"ן והנימוק"י. ולפ"ז בעונה דהיא צערא דגופא ול"ש מחילה ועיין מלמ"ל פ"ו מאישות וא"כ ל"ש כולל ולפי"ז הי' נ"ל להיפך מהמלמ"ל דאם לא הזכיר האיסור בפירוש לא שייך כלל ענין כולל דכבר נודע מ"ש הראב"ן בהך דאמרו בנזיר דף ג' דהא מושבע ועומד מה"ס והקשה רש"י דליחול נדרים ע"ד מצוה וכתב הראב"ן דאף שנדר חל על דבר מצוה זהו כשנדר בפירוש אבל דנימא שבסתם כוון ע"ד מצוה זה לא אמרינן ע"ש. ומעתה גם לענין מתנה עמ"ש בתורה דוקא כשמתנה בפירוש מועיל בממון אבל כאן בשביעית דנימא שכולל גם שנה שביעית זה לא אמרינן דמה"ת נימא דרצה לכלול גם איסור בזה וצ"ע. וגם יש לעיין מה שייך כאן ע"מ שתמחול ואולי הוה כמתנה ע"מ שלא תשמטני אתה בשביעית דכל שמתחייב לו שלא ישמיטהו הוא מועיל ויש להאריך בזה בריש מכות דף ג' שם ודו"ק: עוד נראה לי דבר חדש דהנה הט"ז הקשה דאמאי לא יועיל שטר לגבות בשמיטה הא לשיטת הפוסקים דגוף הנייר משכון ביד המלוה וגם הלוקח א"צ להחזיר גוף הנייר אף שמחל המוכר משום דהנייר הוא משכון כמבואר סי' ס"ו וא"כ הא קי"ל דמשכון מחט קונה ואינו משמט כנגד כלו ע"ש ולפענ"ד נראה כיון דלא לקחו רק למשכון וא"כ בשביעית דהתורה הפקיע החוב ובפרט כל שנת השמטה דאין כח ביד הב"ד להגבות והמלוה אין לו כח לנגוש א"כ הו"ל כאילו מנה אין כאן משכון אין כאן דהא גוף החוב אינו משועבד ממילא גם המשכון אין כאן ובשלמא במחל דהוא מחל שעבוד הגוף רק שממילא פקע גם שעבוד נכסים ע"ז אמרינן דעכ"פ השטר שהוא משכון לא נפקע השעבוד נכסי אבל כאן דממילא נפקע החוב א"כ גם משכון אין כאן וז"ב כשמש. ולפ"ז נראה לי דכל דמתנה ע"מ שלא תשמיטני ניהו

דהו"ל כמתנה עמ"ש בתורה מכל מקום הא לא גרע ממקח שנעשה באיסור דלא שייך כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד כמבואר בחו"מ סי' ר"ח בט"ז וש"ך וסמ"ע שם. ובזה נראה דטעם דדבר שבממון תנאו קיים הוא כיון דיכול למחול א"כ כל שיכול לעשות בהיתר לא הוה כמתנה עמ"ש בתורה וכמ"ש שם דכל דיכול לעשות בהיתר ל"ש זאת ע"ש ולפ"ז א"כ שוב שטר אינו משמט דהו"ל משכון וא"ל דמנה אין כאן משכון אין כאן דז"א דגוף המנה קיים כיון דהתנה אף דהתנה באיסור דהיה יכול להתנות בהיתר ע"מ שלא תשמטני אתה וכדומה ושוב יש כאן מנה ומשכון דאינו משמט ודו"ק היטב כי הוא ענין נבחר ראה זה חדש הוא. והנה בסתם שטר שלא כתב לכל מי שמוציאו נלפענ"ד דלא יוכל לעשות פרוזבול דמי יעשה הלוקח השטר הא המוכר השטר נשאר לו שעבוד הגוף וכל שהגיע שמיטה ונפקע שעבוד גופו שוב נפקע גם שעבוד נכסי ומה מועיל פרוזבול של לוקח דהוא לא מסר רק שעבוד נכסי והמוכר לא יוכל לעשות פרוזבול דהא אין בידו רק שעבוד הגוף ושיעבוד הגוף אין בו ממש ומה מסירה לב"ד שייך בו והרי אינו יכול למכרו. אך נראה דמ"מ הלוקח יכול לעשות פרוזבול דענין פרוזבול הוא דכל שמסרו לב"ד הרי הוא נגוש ועומד וא"כ הב"ד יוכלו לגבות בהשטר דאף שנשאר שעבוד הגוף ביד המלוה הראשון מ"מ הב"ד אלים כחייהו ולא נפקע שעבוד נכסי אף דנפקע שעבוד הגוף ואולי נקנה גם שעבוד הגוף להב"ד וצ"ע בזה ולפענ"ד התקנה המובחרת שיקנה הלוקח השטר להמוכר הראשון בחזרה והוא יעשה פרוזבול ודו"ק:

יא והנה לכאור' הי' נראה לי תקנה חדשה לפמ"ש בגיטין דף ל"ז דלב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי לא שייך שמטה דהוה כגבוי א"כ בממרני"ש שלנו דכתבו הט"ז והב"ש סי' נ"ג וסי' ע"ז דחשוב כגבוי א"כ שוב הוה כגבוי ולא שייך שמטה בזה וזה דבר חדש. ובאמת שמצאתי בספר בת עיני להגאון החסיד אבד"ק זלאטשיב בתשובתו לענין הדריטליך לענין ריבית שם הלכה זו העלה דגם הט"ז לא מחשיב הממרני"ש כגבוי ממש רק דהוה אומדנא דמוכח. אבל באמת לא ראה דברי הב"ש סי' ע"ז הנ"ל וגם גוף דבריו הארכתי בתשובה ליישב דברי הגאון מוהר"ח כהן ואכ"מ. עכ"פ לפי פשטת לשון הט"ז והב"ש מצאנו תקנה לממרני"ש שלנו דלא ישמט שביעית. אמנם לפענ"ד לענין שמיטה לא שייך זאת ודוקא לב"ש דהוה כגבוי כיון דיש בו קרקע ובזמן שיד ישראל תקיפה והדת רוממה והי' כגבוי אבל בעוה"ר כעת שיד העכו"ם תקיפה ובדיניהם הרבה טענות עד שתבא לידי גבייה א"כ גם הממרני"ש אפשר דלא חשיב כגבוי וצ"ע בזה. והנה רש"י כתב הטעם דהוה כגבוי מאחר שהשטר כשר והקרקעות משועבדים בו א"כ לפ"ז בממרני"ש שלנו דאין גובין ממשועבדים דאין עדים וא"כ אפשר דלא חשוב כגבוי. מיהו יש לומר

כיון דבזמן הזה גם מטלטלין משתעבדי כקרקעות ועיקר הסמיכות על מטלטלין ועיין בחו"מ סי' ק"א ובאהע"ז סי' ק' וא"כ חשוב כגבוי:

יב והנה לכאורה הי' נראה לי דגם לענין בכור וכן לענין בעל שמגרש לאשתו דבראוי אין נוטלין אם היו ממרניי"ש דחשוב כגבוי שוב נוטלים דכל טעמו שאינן יורשין בשטר דשטר לא חשוב כמוחזק וזה דוקא בסתם שטר אבל שטר ממרניי"ש שגובה כל מי שמוציאו חשוב כמוחזק. ובזה היה מקום ליישב קושית הפ"י דלשיטת רש"י דכתב לה כסות פירות וכלים מיירי בארוסה אבל בנשואה גובה הבעל והרי הוה מלות אשתו וחשוב ראוי ולפמ"ש י"ל דשם דנתן שטר סתם שחייב לבתו כך וכך וכל מי שיבא בשטר זה יגבה לא חשוב ראוי. אבל באמת ז"א דלפי"ז אובליגאציאנן שלנו ודאי חשוב מוחזק והרי הנוב"י כתב בהדיא בחלק חו"מ מהד"ק סי' ל"ד דאבליגאציאנן מקרי ראוי לגבי בכור וגם מצד הסברא הוא כן דמה בכך שכל מי שירצה לגבות יבא ויגבה מ"מ גבייה בעיא והרי מ"מ אינו מוחזק בהמעות. אך לפענ"ד היה נראה דכל הטעם דשטר לא חשיב מוחזק משום דאין גופו ממון ורק שעי"ז עומד לגבות ולא חשוב מוחזק ולפ"ז אבליגאציאנן וכדומה דזה גופא יכול להגבות ול"ד לשטרות דשטרות לאו בני גובינא הם כמ"ש הרשב"א אבל מה דיכול להגבות זה מקרי מוחזק ותדע דאל"כ גם הבאנקנאטן שלנו לא יהיה מקרי מוחזק לגבי בכור והרי גם הם אינם רק שטרות וע"כ דזה גופא מקרי ממון מיהו י"ל דשאני אבליגאצינן דהם אינם עומדים על מצב אחד והשער עולה ויורד לפי הזמן ולכך ל"ח מוחזק ולפ"ז גם ב"נ בעת השערורה דהם ג"כ עולים ויורדים ג"כ לא מקרי מוחזק וזה צ"ע. ודרך אגב אבאר מ"ש המרדכי בהגהות פרק אלמנה ניזונית דכתובה חשובה מוחזק ועיין שו"ת שער אפרים סי' ע' שהאריך להקשות עליו ונפלאתי למה לא הקשה מהא דאמרו כתובות דף פ"א מאן שמעת לי' דאית לי' מדרש כתובה ב"ש וב"ש הא ס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי והתוס' הקשו דלב"ה מא"ל ע"ש ולדברי המרדכי בכתובה גם ב"ה מודה והרי התם בסוטה עיקר הפלוגת' היא לענין כתובה ועיין ש"ש שמעתא א' פכ"ד. ודרך אגב ארשום מה שהקש' הפ"י דאיך יורש הבעל נצ"ב הא מלוה שעמו פלגי כמו בבכור וכתב בא"מ ח"א סוף סימן נ"ה דשאני נצ"ב דאינו יורש רק דכתב לכשתנשאי לאחר תטלי מ"ש ליכי והרי לא הגיע זמנה ליטול ע"ש ויפה כתב ובתשוב' הארכתי בזה וא"י מקומה כעת אמנם ק"ל בשומרת יבם דשם יקשה למה בנצ"ב יורש כלו ואף למ"ד יחלוקו הי' לו לירש רק המחצה דכאן לא שייך לומר דאין יורש דהא בא מכח ירושה וא"ל דיבם הוה במקום הבעל דז"א דהא בהדיא פריך בכתובות פ"א והא בעינא כשתנשאי לאחר תטלי מ"ש ליכי וליכא אמר ר"א יבם נמי כאחר דמי וא"כ

כל שמקרי אחר שוב כל שמת הבעל איך יוכל לירש והא אינו מגיע לו רק המחצה וכאן לא שייך לומר שלא הגיע הזמן דהא הגיע הזמן דיבם ג"כ כאחר דמי וצ"ע ועיין בישועות יעקב סי' ק"ס אבל לא הרגיש במ"ש:

סימן עב

א בענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד.

ב מ"ש בענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד וכתבת עפ"י דברי הר"ן פרק אלמנה ניזונית דלפטור את עצמו מקבלין שלא בפני בע"ד וכן קי"ל בש"ע חו"מ סי' כ"ח סי"ח. הנה באמת כבר תמה הש"ך מסי' ק"ח סט"ז ובגליון ש"ע כתבתי לחלק דשם החיוב בודאי בשטר והוא מביא שובר לפטור עצמו בזה אין מקבלין שלא בפני בע"ד אף לפטור אבל הר"ן מיירי היכא דלא אתחזיק חיוב רק שיש ספק שמא נתחייב בזה שפיר לפטור עצמו מקבלין שלא בפני בע"ד כמו באלמנה דמגיע לה בודאי רק שיש ספק שמא נפרעת בזה פשיטא דמקבלין שלא בפני בע"ד וכעין זה כתב בתומים ליישב משו"ת הרשב"א ע"ש. אך גוף הדבר תמוה דמה חילוק יש בין לפטור ובין להוציא וכבר צווח ע"ז בשו"ת מהרי"ט סי' כ"ח והובא בש"ך דלא שנא לפטור או לחייב ואיך יעלה על דעת שמקבלין עדות על המלוה שלא בפניו ונמצא כל לוה יביא עדים שפרעו שלא בפני המלוה ויפטר משטרו ע"ש שהאריך דרק להגן לדחות תביעת התובע מקבלין שלא בפניו ע"ש אבל אינו במשמעות לשון הר"ן וגם מצד הסברא כל שאין מקבלין שלא בפני בע"ד גם להגן אין מקבלין. אך לפענד"נ דבר חדש ע"פ מה דאמרו בב"מ דף ק"י דשטר משכנתא שכתבו בי' שנין סתמא בעל הפירות אומר שלש ובעל הקרקע אומר שתים וקדם זה השוכר ואכל הפירות דאין מוציאין מידו אף דקרקע בחזקת בעלים עומדת משום דהוא מלתא דעבידא לגלויי ולא מטרחינן ב"ד דלמחר יבא השוכר עדים כדבריו ונטרח ב"ד שתי פעמים ע"ש ולפ"ז ה"ה בזה דניהו דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד עכ"פ נודע בודאי שזה יש לו עדים והיום או למחר כשיבא הבע"ד זה יביא עדיו ויחזור ויוציא ואיך נטריח הב"ד ב' פעמים ובשלמא להוציא שפיר אין מקבלין דמה נ"מ בין היום או כשיבא הבע"ד אדרבא אמרינן דלא נקבל כעת ונקבל לאחר שיהי' הבע"ד אבל לפטור אם לא נפטרו ונפסק כעת שאינו פטור ואח"כ כשיבא הבע"ד והוא יביא עדים אז יחזור ויוציא ממנו בעדים וזה הוה מלתא דעבידא לגלויי דהא באמת יש לו עדים רק דגזירת הכתוב הוא שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד או שהוא מדרבנן עכ"פ עפ"י רוב ועפ"י השכל נוטה ודאי שנצטרך לפסוק הדין שנית ולכך מקבלין שלא בפני בע"ד וזה לפענ"ד ברירא דמלתא.

ובזה מיושב היטב קושית הש"ך מסי' ק"ח סט"ז דשם כל שאין קורעין השטר ולא מגבין בו א"כ לא מטרחינן הב"ד ב' פעמים ושפיר אין מקבלין שלא בפני בע"ד אבל לחייב עי"ז אותו שמביא עדים לפטור ושם באלמנה שמכרה שלא בפני ב"ד לפטור עצמה שפיר מקבלין שלא בפני היתומים וז"ב מאוד ובזה יש ליישב כל קושיות המהרי"ט דלכתחלה לקבל לפטור ודאי אין מקבלין אבל כל שכבר נפטר לחייבו להוציא בשביל שהי' שלא בפני בע"ד ודאי לא נעשה להטריח הב"ד שתי פעמים ודו"ק: ואם חומה היא נבא ליישב בזה דברי המהר"ם מינץ ואא"ז הרש"ל דס"ל דתפיסה דלאחר מיתה לא מהני אף שיש לו מיגו משום דמיגו לא עדיף מעדים ואין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ותמה המלמ"ל פכ"א ממלוה דהא להחזיק מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ולפמ"ש א"ש דבאמת כל הטעם היא דאל"כ נטריח שתי פעמים וזהו בעדים אבל במיגו אם נימא דלא מאמינים ליה לא יתברר הדבר רק שיהיה לו מגו וזה לא מקרי גילוי מלתא ושפיר אין מקבלין כעת ואח"כ כשיגדלו ויהי' להם מגו שפיר מקבלין אבל גילוי מלתא לא הוה ומכ"ש לפמ"ש הקצה"ח שם דבמיגו ל"ש לומר דיהיה להם אח"כ מיגו דאח"כ כבר טען טענתו וא"כ שוב בודאי לא מקבלין כעת דהא כל שלא יועיל תפיסתו כעת שוב לא יהי' לו מגו אח"כ ודו"ק היטב. ובזה מיושב היטב דברי הרמ"א בש"ע חו"מ סי' מ"א ס"א דכתב דעדות זו שמעידין על השטר יכולין להעיד שלא בפני בע"ד ותמה הש"ך דאמאי מקבלין עדות זו שהוא על מנה שבשטר יותר מכל עדות שבא להוציא דאין מקבלין שלא בפני בע"ד. ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דאין מקבלין הוא משום דמה נ"מ בין אם נקבל אותן היום או כשיבא הבע"ד אבל כאן איכא נ"מ גדולה דאח"כ הא יוכל להכחישו דהא לא יהי' אח"כ עדים ודלמא ימותו אותן העדים ואיך נטריח הב"ד כמה פעמים ודלמא אז כשיבא הב"ד לא יהיו העדים כאן והרי כעת יש כאן עדים שרוצים להעיד וגם הא איכא נ"מ לענין הזמן של השטר ודלמא ישכחו אח"כ ולא יוכל לגבות ממשועבדים וגם איכא נ"מ אם לא יזכרו עדותן אח"כ ומפי השטר זוכרין דלשיטת הפוסקים דמקיימין העדות כשזוכרין מפי השטר ולא חשיב מפי כתבם ועיין סי' מ"ו א"כ איכא נ"מ טובא והרי בחלה מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מכ"ש בזה דכעת איכא שטר לפנינו ובחזקת כשרותו עומד ואף שנמחק לגמרי היינו לענין שיהי' השטר בתקפו בזה אמרינן דהשטר נמחק והלך לו אבל לענין העדים הם מזכירין עצמן ע"י השטר ונזכרין הלואה בטוב וא"כ מקיימין השטר וז"ב לפענ"ד. וראיתי בים התלמוד לדו"ז הגאון ז"ל בב"ק דף צ"ח שחידש דלקיים השטר שלא בפני בע"ד רשאי דהשטר לא מקרי מוציא וכמ"ש התוס' בחולין דף צ"ו דלכך מועיל סימן בשטר דלא נקרא מוציא ודבריו תמוהין לפענ"ד דמה נ"מ אם לא נקרא מוציא סוף

סוף הוה שלא בפני בע"ד והרי גובין עי"ז מהלקוחות מזמן הראשון והתוס' לא כתבו רק לענין סימנים דהם לא מעידין על החוב שבשטר רק על השטר בעצמו ולא נקרא מוציא אבל כאן שמעידין על מנה שבשטר מה נ"מ בין מוציא מיד לאח"כ כל שאינו לפטור או להגן על עצמו אין מקבלין שלא בפני בע"ד ודו"ק:

ג והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש בטעם דלפטור מקבלין דבאמת הא דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כפי הנראה אינו רק מדרבנן דחשו שמא יעידו שקר כשאינו בפני הבע"ד המכיר בשקרם וא"י להעיז נגדו ועיין בב"י סי' כ"ח שמבואר בהדי' דאינו רק דרבנן. ולפ"ז יש לומר דלא אלמו תקנתם במקום שהוא לפטור דהוה בקום ועשה שיחייבו אותו לשלם עבור תקנתם ואין כח ביד חז"ל לעקור דברי תורה בקום ועשה רק בשב וא"ת ואף דבממון יש לאל ידם אף בקום ועשה היינו משום דהפקר ב"ד הפקר והרי כאן אטו בשביל שאמרו שאין מקבלין עדות הפקירו ממונו של זה שיש לו עדים והרי כשיבא בע"ד יגבה הלה מעות ובכה"ג לא שייך הפקר ב"ד הפקר כל דנשאר הממון שלו וכמ"ש התוס' במנחות דף פ"ט גבי תרומה ויחזור ויתרום ע"ש וע"כ לא הי' ביד חז"ל לעשות מעשה להוציא ממון במקום שהדין בבירור שנפטר מה"ת ורק כשבאין עדים לחייב אז אלמו חז"ל תקנתם שלא לגבות על ידם עד שיבא בע"ד דהוה שב וא"ת וז"ב מאד לדעתי. ובזה י"ל קושית הש"ך מהך דתברא דלשיטת הרמב"ם דשטר לא הוה מה"ת שטר כיון דהוה מפי כתבם ורק מדברי סופרים שמקיימים עדות שבשטר וא"כ מה"ת לא הי' שטר ורק דרבנן עשו שטר והם אמרו דאם אין הבע"ד בפנינו לא נקבל עדותם ואף לפטור אין מקבלין בכה"ג:

ד ובזה יש ליישב קושית מהרי"ט שהביא הש"ך ע"ש ודו"ק ואף דגם אם העדים אומרים דנקב יש בצד פלוני ג"כ אין מקבלין כמ"ש הנימוק"י פ"ק דב"ב גבי הך מעשה דתברא היינו שכיון שהשובר כ"ז שלא נתקיים כעת אינו שטר מה"ת ומה שלא נוכל לקיימו עכשיו זה יש כח ביד חז"ל דזה הוה שב וא"ת דאם לא נתקיים שוב אין מקבלין עדותן דזה הוה שב וא"ת. ובזה יש לסתור דברי דו"ז הגאון ז"ל בים התלמוד שכתב דלקיים השטר שפיר מקיימין אף שלא בפני בע"ד דהא אינו מוציא כעת ולפמ"ש ניהו דאינו מוציא אבל מ"מ כל שהוא בשב וא"ת יוכלו לאלם תקנתם ואף שאינו מוציא כעת אדרבא הוה יותר שב וא"ת דאינו רשאי לקבל שלא בפני בע"ד וז"ב ודו"ק. ובמ"ש יש לומר דכיון דכל הטעם דאין מקבלין שלא בפני בע"ד הוא רק משום דחז"ל חשו כל שאומר שלא בפני בע"ד אולי משקרים ולנגדו לא יכלו להעיז לשקר בדבר שמכיר שקרם א"כ בשני שותפין בדבר והעדים העידו בפני אחד אפשר לומר דבכה"ג לא גזרו דהא עכ"פ לפני השותף

הלז העידו ולא שייך לומר דלא יכלו להעיז בפני השני יותר מזה דמה אולמא האי שותף מחבירו ולא שנים מאחד דכמו שא"י להעיז בפני שנים כמו כן אין אדם מעיז בפני אחד המכיר בשקרו וכיון דאינו רק תקנת חז"ל אפשר דבכה"ג לא גזרו. איברא דבר"ן ס"פ השולח לגבי נ"מ דיש לבעל פירות אם האשה ליתא במתא דל"מ נגד הקרקע דאין לבעל חלק בגוף הקרקע רק נגד הפירות. הרי מבואר דאף שהבעל שותף אין מקבלין העדות שלא בפני אשה ועיין ב"ש סי' פ"ה ס"ק ז'. אמנם י"ל דכיון דגוף הקרקע אינו שלו א"כ יכולין העדים להעיז נגדו בגוף הקרקע דאולי א"י כ"כ גוף הקרקע איך נעשית שלה ומאין בא לידה ולכך אמרו דל"מ אבל נגד פירות מועיל ואדרבא משם ראיה להיפך דהרי נגד הפירות מועיל אף דגם לה איכא חלק בפירות דעכ"פ יש ריוח ביתא אפ"ה מקבלין עדות דאף דהיא שותפת אבל הבעל יודע היטב בזה ולא יוכלו להעיז נגדו ובספר שערי משפט סי' כ"ח הביא מדברי הר"ן ראי' דבשני שותפין א"י לקבל העדות שלא בפני שותף השני. ולפמ"ש נהפוך הוא דאדרבא מזה משמע דבדבר שהם שותפים בשוה וזה מכיר בשקרו כמו זה דודאי מקבלין עדותן בפני שותף אחד. ומה שהביא ראי' מעובדא דינאי המלך דעבד' קטל גברא ושלחו לינאי דיבא ויעמוד על שורו אף דהעבד עכ"פ שותף בדבר דישראל מוזהר על הריגתו כעל שאר ישראל. הנה מלבד דד"נ שאני וכמ"ש בתשובת הרמ"א סי' י"ב להוכיח מזה דבד"נ אף בדיעבד פסול כשקיבל שלא בפני בע"ד אף גם נראה לפענ"ד דאין משם ראי' דהרי רש"י כתב דעבדו כחמורו והפסד ממון הוא לו לפיכך צריך לדונו בפניו וא"כ לענין הממון כל מה שקנה עבד קנה רבו ואין לרבו שום שותפות בו וא"כ ניהו דלא יוכלו להעיד בפני עבדו אבל לענין הפרט של ממון כבר אמרו חז"ל דאין מקבלין שלא בפני בע"ד והרי לענין הפרט מממון אין לעבד שותפות והוא כולו לרבו ודו"ק. ומה שהקשה על הר"ן והרשב"א שכתבו דאם האשה במתא יכולין לקבל עדותן בפני הבעל דמאי מועיל דלא עדיף משלח שליח או אפוטרופוס של יתומים דל"מ הנה לפמ"ש אתי שפיר כיון דאיתא במתא העדים מתייראים להעיד דהא תוכל האשה בעצמה להביא ואף שהתחילו להעיד קודם מ"מ לא יוכלו להעיד אחר כך כשתבא וכמו שכתב הרשב"א באשה שאמרה שלא בפני בעלה גרשתני ואח"כ בא בעלה דנאמנת ועיין ב"ש סי' י"ז ס"ק ג' ואף החולקים מודים בזה דאינו רק איסור דרבנן ודו"ק אבל כשאינה במתא לא יראו מזה דכל שכבר נגמר הדין מ"ל עוד ובפרט דבכה"ג שנגמר הדין בודאי אמרינן דעביד איניש לאחזוקי דיבורא ולכך אין מקבלין שלא בפני בע"ד. הן אמת דצ"ע דברשב"א בתשובה שהביא ב"י כתב דכל שאין הבע"ד מצוי בכאן מקבלין שלא בפניו והביא ראיה מהירושלמי גבי ר' ירמיה דהיה לו דין עם אחד ואמר ר"י אפשר דמקבלין

עדות שלא בפני בע"ד ואפי' מצוי עמהם באותה שעה משמע דכל שמצוי בעיר גרע טפי מאין כאן ושם מבואר להיפך וצ"ע. ובאמת שבלא"ה צ"ע דברי הרשב"א בתשובה דא"כ יתומים דודאי אינם מצויים מקרי ומה יעשה זה שהם קטנים ואפ"ה אין מקבלין עדות שלא בפניהם ומכ"ש כשאין מצוי בעיר וצ"ע כעת ועיין כתובות דף ק"י דמשני ביתומים קטנים וכל שתפס תפס והקשה הר"ן שם דהא אין נזקקין לנכסי יתומים וכתב דכל שתפס נזקקין וצ"ע דהא כל הטעם דאין נזקקין לנכסי יתומים הוא משום דהוה שלא בפני בע"ד ועיין ב"ק דף קי"א והרי להחזיק דעת הרמב"ן דמקבלין שלא בפני בע"ד ויש לחלק ולדחות מיהו לפמ"ש למעלה אתי שפיר. ובמ"ש למעלה דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד אינו רק דרבנן ראיתי בשיטה מקובצת בב"ק דף קי"ב בשם הרשב"א שכתב דבד"מ ודאי אינו רק דרבנן וכן מצאתי בשו"ת רד"ך בית כ"ג חדר ב' שהאריך להוכיח כן. ובאמת מה שפירש שם דברי הראב"ן שכתב דע"כ מוכח דבדיעבד קבלת עדות שלא בפני בע"ד מועיל דהרי באונס מועיל אף שלא בפני בע"ד ממילא גם בדיעבד בלא אונס מועיל ולא נודע ראייתו וכתב הוא דכיון דאם קבלו העדות א"א להם לחזור ולהגיד א"כ זה גופא הוה כאונס ולכך מועיל דאל"כ מה נעשה. הנה באמת מלבד שיש לדחות כמ"ש הוא בעצמו דדלמא כל שלא היה אונס קנסינן ליה דלא יועיל אף בדיעבד. ואני מוסיף דאל"כ מה הועילו חז"ל בתקנתם וכ"א יקבל שלא בפניו ובדיעבד יועיל וכעין זה כתב הפר"ח ביו"ט סי' ל"ט לענין בדיקת הריאה ע"ש אף גם דהא גופא לא נודע דאם נימא דלא אמרינן עביד איניש לאחזוקי דיבורא ובפרט כל שלא נפסק הדין ועיין בש"ך סי' ל"ג וא"כ שוב אין מקום לדבריו דהא יוכל לחזור ולקבל העדות. ובפשיטות יש לומר בכוונת הראב"ן דבאמת כיון דבאונס מהני ע"כ צ"ל דאינו מעכב דאל"כ מה שייך אונס הא אונסא ניהו דהוה כמאן דלא עבר אבל מ"מ יש לחוש דלמא הוא שקר כיון שהי' שלא בפניו או שגזירת הכתוב היא דלא הוה עדות וא"כ מה לנו ולאונסו וע"כ דבדיעבד אף שלא הי' בפני בע"ד מועיל וא"כ באונס הקלו דלא לצריך בפני בע"ד וז"ב ופשוט:

ה שוב ראיתי בישועת יעקב סי' מ"ם בתשובותיו (להגאון מוה' יוזפא זצ"ל) לענין עדי קידושין שכוון מדעתא דנפשיה לסברת הרד"ך הנ"ל ולפמ"ש הרד"ך אין ראיה מזה ודו"ק ועיין בח"ג באהע"ז מ"ש שם בתשובתו להגאון מוה' יוזפא זצ"ל ג"כ בזה ועיין בנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב בענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד ויש לי עוד דברים בזה ואכ"מ. וראיתי ביש"ש ב"ק פרק הגוזל בתרא סי' ט' שכתב דהריב"א מביא ראיה נכונה דקבלה שלא בפניהם ל"מ מהא דאמרו הזמה שלא בפניהם ניהו דהזמה לא הוה הכחשה מי הוה והיינו דלעדים ל"מ דהוה שלא בפניהם רק שלגבי בע"ד מועיל וכבר כתבתי

דאין זה ראיה לפמ"ש הריב"ש והש"ך סי' ל"ח ובמלמ"ל ובנוב"י הנ"ל ומ"ש מהרש"ל דבמרדכי דחה ראיה זו דהזמה חידוש היא ואין למדין ממנה ומהרש"ל תמה ע"ז דדוקא חומרא לא גמרינן מיניה משא"כ קולא ילפינן בק"ו דמה עדים לא מחייבינן שלא בפניהם מכ"ש במקום אחר. לא זכיתי להבין דהא כוונת המרדכי פשוט דכיון דחידוש הוא מה דמחייבין העדים א"כ די לנו שנאמין להעדים אחרונים כשמזימים ולא כשהם שלא בפניהם א"י להזים גם מ"ש שכן נראה מרש"י פרק כל הבשר דדוקא חומרא לא גמרינן מיניה הנה במחכ"ת לא זכר שר דברי התוס' במ"ק דף ח' ע"א בד"ה נפקא לי' וסנהדרין דף כ"ז ע"א בד"ה אין שכתבו דאף אם החידוש הוא חומרא ג"כ לא ילפינן מיניה וע' בשוו"ת נוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' ל"ז ובהשמטות הרחיב הדיבור בזה ואכ"מ וע"כ דברי היש"ש צע"ג:

ו והנה הכנה"ג חידש בסי' כ"ח דאם אין העדים מכירין הבע"ד הוה כמעידים שלא בפני בע"ד והביא ראיה מהא דאמרו בסנהדרין דף פ' הבמ"ע ברוצח שנתערב ברוצחים אחרים בעוד שלא נגמר דינו דאין גומרין דינו של אדם אלא בפניו אלמא כל שאין מכירין אותו הוה כשלא בפניו וה"ה בזה ע"ש. ובאמת שהדבר צ"ב דמה טעם יש בדבר והא כתיב והועד בבעליו ומה נ"מ אם הם מכירין את הבע"ד או לא סוף סוף הם מעידין שזה עשה כן. ובאמת גם שם הדברים צ"ב דמה נ"מ אם מכירין את הרוצח ביחוד סוף סוף נודע שהרוצח בין הרוצחים והרי גומרין דינו בפניו. אך נראה דהנה מדברי הרשב"א למדתי שטעם הדבר דבעינן לגמור בפניו משום דדלמא אם היה שם היה טוען ולפ"ז יש לומר דלכך כל שנתערב ואין מכירין אותו א"כ עכ"פ לא טען טענות לפטור ואילו הי' שם ביחוד היה טוען טענת לפטור עצמו. ולפ"ז לענין קבלת עדות דכתב הרשב"א שם הובא בב"י סי' שפ"ח לענין המסור דכיון דיכול עוד לטעון וכל שהי' עדי' חולים מקבלים אף שלא בפני בע"ד וא"כ מה נ"מ אם מכירין אותו או לא וז"ב:

ז ובזה מיושב היטב מה דהקשה בשו"ת שבות יעקב ח"א סי' רמ"ח על רש"י דפירש בב"ק דף מ"ה דאין גומרין דינו של אדם אלא בפניו דיליף מהא דכתיב עד עמדו לפני העדה למשפט והרי במכות דף י"ב אמרו דר"ע ס"ל בסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש דל"מ דנו לי' דרחמנא אמר עד עמדו לפני העדה למשפט עד שעמד בב"ד אחר הרי דצריך קרא ע"ז ואיך יליף רש"י מיניה דרשא אחריתא. ולפמ"ש אתי שפיר דהא בר"ה דף כ"ו אמרו הטעם דאין עד נעשה דיין בזה משום דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה וכיון דחזו דקטל נפשא תו לא מצו חזו לי' זכות. ולכאורה צ"ב דמנ"ל זאת גם התוס' הקשו שם דבמכות דרשו מקרא אחר דעד עמדו לפני העדה למשפט ותרי קראי למה לי.

ולפמ"ש אתי שפיר דהרי כל הטעם דאין גומרין דינו של אדם שלא בפניו הוא משום דדלמא יטעון איזה טענה. ולכאורה למה נחוש לזה וע"כ צ"ל דהתורה אמרה והצילו העדה ושפטו העדה ומחוייבים לחפש בזכות דההורג בכל אשר נוכל. ולפ"ז כל דיש לחוש שמא לא יהיו מחפשים זכות כיון דחזו שקטל נפש שוב לא מקיימין עד עמדו לפני העדה למשפט וא"כ כל השלשה דרשות מקרא אחד יצא לנו ודו"ק היטב ועכ"פ לענין דינא צדקו דברי השבות יעקב דבקבלת עדות אף שאין מכירין סגי ובתומים סי' כ"ח נדחק בזה בישוב קושית השבות יעקב ולפמ"ש אתי שפיר ודו"ק ועיין בב"ב דף ל"ג גבי רבה בר שרשום דא"ל אביי לקוחה לא מצית אמרת ופירשו בשיטה מקובצת שם ובחידושי רמב"ן דלא היה מועיל אף שמביא עדים דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ושם משמע דאף לפטור אין מקבלין וצ"ע:

ח והנה במ"ש למעלה דברי הר"מ מינץ תפיסה לאחר מיתה לא מהני והמלמ"ל פכ"א ממלוה תמה ע"ז דלא קי"ל כן ואם כוונתם למ"ש המהרש"ך ומהרש"ל דס"ל דתפיסה לאחר מיתה ל"מ משום דלא עדיף מגו מעדים ובעדים הא קי"ל דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כבר צווח עליו מר דודי דלהחזיק מקבלין אף שלא בפני בע"ד וכמ"ש הר"ן וכבר כתבתי לעיל ליישב. וכעת חדשות אני מגיד ת"ל דהנה באמת בלא"ה דבריהם תמוהים דמה מדמו מגו לעדים בשלמא עדים שלא בפני בע"ד חיישינן דמשקרי ולכך לא מהמני אבל מיגו הוא בירור שטענתו אמת ואמאי לא יהי' נאמן וכבר תמה בזה שארי הגאון בנתיבות סי' ק"י ע"ש והנ"ל בזה ע"פ דברת הר"ן פרק הכותב במ"ש על דברת ר"ת דשני שעבודים יש וכל שנפקע שעבוד הגוף ליכא שעבוד נכסי וע"ז כתב הר"ן ומיהו כשמת הלוה אף ששעבוד הגוף נפקע שעבוד נכסי לא נפקע לפי שעיקר ערבותן של נכסים הוא בענין זה שכ"ז שלא יצא הלוה ידי חובו שירד לנכסיו ויפרע מהם אבל כ"ז שנפקע מחמת המלוה אף שעבודו של נכסים פקע. וביאור הענין דשם באמת הלוה נשאר חייב רק שמת ואין לאל ידו לשלם וא"כ נשאר השעבוד נכסי דלזה נתחייב מתחלה שכ"ז שלא פרע לא נפקע שעבוד נכסי רק כשמחל המלוה והמלוה הפקיע שעבוד הגוף וז"ב וע' קצה"ח סי' ס"ו ס"ק כ"ו שביאר כן והדברים פשוטים. ולפ"ז אני אומר דבר נכון דלכך ל"מ תפיסה לאחר מיתה בקטנים אף דיש לו מיגו דהא כשם שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד וכן בקטן דהוה כשלא בפניו וחיישינן שמא פרע אביהם וא"כ לענין שעבוד הגוף חיישינן דנפקע וא"כ מה מועיל שעבוד נכסי דהא היתומים אינם חייבים לשלם כל שאין להם נכסים מאביהם וכמבואר בסימן ק"ז ואף אם נימא דחייבין מצד כבוד אביהם כמבואר שם מ"מ זה כשידענו שלא פרע אביהם אבל כל שלא נודע אם

פרע איך שייך שעבוד נכסי ומה מגו שייך דהא תפיסה ל"מ כל שתפסו מיד מי שלא נתחייב בזה פשיטא דלא שייך תפיסה דהא כל שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וקטן הוה כשלא בפניו וחיישינן דפרע וא"כ מה שייך כאן מגו הא ניהו דמאמינים לו על התפיסה הא זה ודאי דכל שתפסו מאחר פשיטא דל"מ וא"כ כל דיש לחוש שוב לא שייך שעבוד נכסי וכאילו תפסו מיד אחר דמי וז"ב. וגדולה מזו נלפענ"ד דהרי נחלקו הרמב"ם והפוסקים בסי' ק"י אי נזקקין לנכסי ערב ביתומים קטנים משום דערבא בתר יתמי אזיל. ולפ"ז אני אומר דאף להרמב"ם דנזקקין היינו משום דהערב לא יגבה רק אחר שיגדילו היתומים ולפ"ז השעבוד נכסי שהניח אביהם דאינו רק מטעם ערב א"כ זה ודאי בתר יתמי אזיל ואי נימא דיהי' מועיל תפיסה שוב הוה כנזקקין לנכסי יתומים קטנים דהא הערב הלז ודאי בתר יתמי אזיל ואין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ואף דלהחזיק ודאי מקבלין היינו משום דאינו רוצה להוציא מיתומים רק להחזיק בשלהם א"כ ניהו דתפיסה הוה כהחזיק היינו כל שתפס דבר המשועבד לו אבל כאן הוה כתפס מיד אחר פשיטא דלא בשביל זה הוה להחזיק דיהיה מותר לקבל עדות בפני יתומים קטנים וז"ב כשמש לפענ"ד להפך בזכותן דמהרש"ך ומהרש"ל אדירי התורה:

ט והנה בגוף הדבר שכתבתי למעלה בטעם דאין מקבלין דהוא משום דמלתא דעבידא לאגלויי לא מטרחינן דאולי יתברר להיפוך. כעת בעברי על סי' ק"י ראיתי שהדברים נכונים ויש להם סייג דהרי חזינן דבשטר מקבלין שלא בפני בע"ד ומטעם דהא מה"ת לא חשוד לזייף והיינו כמ"ש דע"פ הרוב לא יתברר להיפך וא"כ שפיר מקבלין שלא בפני בע"ד ולכך בדבר הברור כמו צוואה מקבלין שלא בפני בע"ד ועיין סי' ק"י ס"ט בהג"ה. ובזה יתיישב כמעט כל הסימן שם ובזה יתיישב תשובת הרא"ש התמוה וע"פ דרכו של הסמ"ע ס"ק י"א שם ועיין ש"ך ודו"ק כי בזה יתיישב הרבה ענינים בסי' ק"י שם וברוך העוזר המנחני בדרך האמת. והנה במ"ש למעלה בביאור דברי המהרש"ך ומהרש"ל הנ"ל נלפענ"ד במה שהאריכו כל הגדולים במלמ"ל שם אם גובה הב"ח מדמי קאן פאסי דהוא דמי הנהרג אם מקרי ראוי. ולפענ"ד היה נראה דאם היתומים היו לוקחין דמי קאן פאסי בודאי אינו משועבד לב"ח דבאמת היתומים אינם חייבים כשלא הניח נכסים וגם כשהניח נכסים אינו רק משום שעבוד נכסי והרי כל שנפקע שעבוד הגוף גם שעבוד נכסי פקע רק דלא נפקע מחמת המלוה רק מחמת הלוה וע"ז היה ערבותו שאף שימות יתחייבו היורשים ולפ"ז כל שלא הניח רק מה שלקחו עבור דמי הריגת גופו בעוה"ר א"כ זה שאינו בא בבירור רק לאחר שנפקע שעבוד גופו ולזה לא שיעבד גופו שיהי' דמי נפשו משועבד להב"ח וא"כ כל שמת פקע שעבוד הגוף ואין עליהם

שום מצוה לפרוע חובת אביהם אף שהניח אחריו דמי קאן פאסי דזה לא בא רק לאחר שנפקע שעבוד הגוף ול"ד לשאר ראוי דבא לאחר מות אביהם דעכ"פ היה ראוי לבא בחייו ג"כ ושפיר נשתעבד לב"ח אבל בזה פשיטא דנפקע וז"ב כשמש לפענ"ד ומקום הניחו לי ועיין מלמ"ל פי"א ממלוה ה"ז שכתב דכל שתפס דבר שאינו משועבד לו לא מהני תפיסה ע"ש וה"ה בזה ועיין בשיטה מקובצת כתובות דף צ"ח גבי מוכרת שלא בב"ד צריכה שבועה שכתב בשם הרמב"ן ג"כ דלפטור משבועה מקבלין שלא בפני בע"ד וטעמא קטעים דהרי שבועה לשבע ולטול אין מקבלין וכאן מקבלין ולא תהא הודאת עדים גדולה משבועה ע"ש ואם גם כוונת הר"ן כן ל"ק כל קושית הש"ך ומהרי"ט. ועיין בחו"מ סי' ק"מ סיו"ד דמקבלין עדות שלא בפני בע"ד ע"ש ובסמ"ע וט"ז ולפמ"ש בטעם דמקבלין להחזיק שלא בפני בע"ד יש לפלפל שם ואכ"מ:

י ובזה נלפענ"ד בהא דאמרו בב"ב דף ל"ב הלכתא כוותיה דרבה בארעא דהיכא דקיימא תיקום והלכתא כוותי' דר"י בזוזי דהיכא דקיימי זוזי תיקום והתוס' נדחקו דמ"ט יש בדבר. ולפענד"נ כיון דבאמת יש לו מגו והתוס' נדחקו שם מאד למה לא נחשב מגו ע"ש ועכ"פ יוכל הדבר להתברר דאולי ימצא השטר האמיתי או יביא עדים ואז יהי' זילותא לב"ד להטריחם שנית להחזיר הקרקע אליו ע"כ הניחו הדבר כמו שהוא והדבר הוא כמו שהי' זהו נלפענ"ד דבר חדש וצ"ע בכה"ג שמודה שהשטר הלז מזויף אם מוציא אח"כ השטר אם כשר כיון דחזינן דזייף שטרו לא גרע מאם באו עדים ואמרו ממנו שאל לזייף לו ומכ"ש כאן דמודה שזייף ועיין בח"מ סי' ס"ג. והנה אם השטר שנמצא הוא מזמן מוקדם לכאורה נראה דלא שייך לחוש דאז היה בחזקת כשרות. אך ז"א דיש לחוש שמא זייף והקדים הזמן וצ"ע. והנה בטעם דמקבלין עדות שלא בפני בע"ד בהך דחו"מ סי' ק"מ סעיף יו"ד לפענ"ד הטעם בפשיטות דהנה באמת הרמב"ן כתב בטעם החזקה דשלש שנים דהוא משום כיון דשתק רגלים לדבר ולפ"ז לע"ע כל זמן שלא בא המערער הרי באמת אנו תולין דודאי הוא של המחזיק דהרי המחזיק שתק ואף דאם יבא המערער ויאמר שלא עשה חזקה ג' שנים ובאמת הוא מוחה מכל מקום כעת שלא בא עדיין מה"ת לומר דיבא ויערער ולא שייך כאן שלא בפני בע"ד דהא לא נודע כלל אם יהי' כאן מערער כלל ובפרט לפמ"ש בתשובה בענין דבר ולא חצי דבר בביאור דברי הרמב"ן במלחמות בב"ק גבי דבר ולא חצי דבר שעדי חזקה כל עד המעיד הוה כמעיד עדות שלם ושמה ביארתי הדברים דכוונתו דכ"ז שאינו מערער החזקה הוא שהוא שלו דהא שתק רק דלא מקרי עדיין חזקה כיון דיכול לערער עוד והוה כחזקה שלא נתבררה. ולפ"ז עכ"פ כ"ז שלא ערער מחזיקין בודאי שהיא בחזקת המחזיק ולכך א"צ לקיים בפניו. ובלא"ה נראה

לפענ"ד לפמ"ש בכה"ג חו"מ סי' כ"ח דאם אין מכירין לבע"ד הוה כמקבלין שלא בפני בע"ד ובשבות יעקב חולק ע"ז ובתומים סי' כ"ח ס"ק ח"י העלה כהכנה"ג רק דמחלק דדוקא אם אפשר להמתין עד שיכירו הבע"ד הוא דצריכין להמתין אבל באם א"א להכיר לא ולפ"ז כאן דיכול להיות שלא יהי' כאן בע"ד ולא יערער כלל פשיטא דמקבלין שלא בפני בע"ד. עוד נראה לי דבר חדש דבאמת התוס' הקשו שם דמ"פ והא נוגעין בעדותן הא יש להם מגו והרמב"ן כתב דהקושי' הוא אליבא דידן דתקנו שבועת היסת ולפ"ז הא כתבו התוס' בקידושין דף מ"ג דלכך אין נאמנים בשבועת היסת במגו משום דעדים צריכין להיות נאמנים בדיבור בלבד ולפ"ז זהו כשצריכין תורת עדות אבל שם דכעת שאין המערער לפנינו א"צ העדים לתורת עדות שהרי מדשתק ע"כ שקנה כמ"ש הרמב"ן וכל דא"צ תורת עדות הרי נאמנים עפ"י מגו ול"ש לומר דעדים צריכים להיות נאמנים עפ"י דיבורם דזה כשהם באו בתורת עדות אבל כעת כ"ז שאין מערער אינם באים בתורת עדות וכעין זה מצאתי בשיטה מקובצת כתובות דף כ"ו גבי הא דאמרו ונפק עליו קלא דב"ג וב"ח הוא והקשה הרשב"ם למה לי דנפק קלא לימא דמוחזק לן דאביו כהן ואתא ע"א ואמר דכהן הוא וכ' הרשב"א דבכה"ג דמוחזק לן דהוא כהן עדות העד שמחזיקו ג"כ בחזקת כהן לא מעלה ולא מוריד ע"ש. וביאור הדברים דעדות העד הוא שיעיד בדבר שנתגלה לנו על פיו דבר חדש וכאן לא גלה לנו רק שאחזקו במה שהי' מוחזק זה ל"מ וה"ה בשני עדים לא מקרי תורת עדות כל שאומרים דבר שמוחזק לנו שהוא כן לא מקרי תורת עדות ול"צ שיאמר בפני בע"ד כנלפענ"ד וע' בקצה"ח סי' ק"מ סק"ד שכ' כעין זה דנאמנים במיגו אך בגוף הדברים שנאמנים במגו לפענ"ד זה אינו דדוקא שם שהמערער לפנינו שייך לומר מגו דיכלו לומר פרענו לך דהרי יודעים כעת מי המערער ויכולין לומר פרענו לך אבל כל שלא נודע מי המערער רק שחוששין שמא יבא המערער מי יכלו לומר פרענו למערער בעוד שלא ידעו כלל מי המערער ופשיטא דכל שלא בא עדן המערער לא הלכו השוכרים לפרוע לו וז"ב כשמש ודו"ק:

יא והנה בדברי הרר"י הנ"ל תמהתי על מ"ש המהרש"ל דבתפיסה דלאחר מיתה ל"מ מגו דלא עדיף מגו מעדים ועדים ל"מ שלא בפני בע"ד והמלמ"ל פכ"א ממלוה בהתשובה שם תמה ע"ז דלהחזיק מקבלין ועקצה"ח סי' ק"י סק"ב מ"ש בזה. ובאמת לפמ"ש הרר"י דמקבלין עדות שלא בפני בע"ד כל דלאח"כ לא נוכל לקבל דיהיו נוגעים בעדותם כמבואר בסי' ק"מ סעיף יו"ד וא"כ מכ"ש דמועיל תפיסה לאחר מיתה במגו דהא ל"ש להמתין עד שיגדלו דדלמ' לא יוכל לתפוס אז ובודאי לא יהי' לו מגו כ"ז שלא תפס ודו"ק היטב כנלפענ"ד:

יב והנה בענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד מצאתי דבר חדש ברש"י פ' תצא גבי מוש"ר שכ' את האשה הזאת לקחתי וכ' רש"י מכאן שאין אומר דבר אלא בפני בע"ד והוא מהספרי ושם נאמר מלמד שאין אומר דבריו אלא בעמידתה אבל הדבר תמוה דבאמת לענין קבלת עדות שלא בפני בע"ד מועיל אפטרופוס או שליח כמ"ש הרשב"א הובא ביתה יוסף סי' שפ"ח וגם בסי' כ"ח מוזכר בקצרה והרי שם יש אביה ואמה ולמה לא יוכל לומר בפניהם בפרט שהיא קטנה או נערה שהיא ברשות אביה וגם בב"ק דף קי"ב למדו דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מקרא והועד בבעליו וכאן יש קרא אחר וגם הב"י סי' כ"ח שם כ' דאינו רק אסמכת' בעלמ' וא"כ למה לי שני אסמכתות. אמנם לפענ"ד נראה דשתי ענינים הם דבאמת עדות דהתורה האמינם באמת כשר אף שלא בפני בע"ד ורק לכתחל' צריך שיעידו בפניו וכ"מ דאיכ' אונס' וכדומה בא"א לקבל בפניו מקבלין אף שלא בפניו אבל בפ' כי תצא מיירי לענין הבע"ד שאין רשות לבא להב"ד לטעון על חבירו רק בפניו והנה שם באמת גם בדיעבד פסול דמה מועיל שם שליח ואפוטרופוס דהא באמת בע"ד אין לו בעצמו נאמנות ולכך בעי שיטעון בפני בע"ד המכיר בשקרו ולא יעיז בפניו לדבר שקר ולכך אינו טוען אלא בפניו וז"ב ופשוט. והארכתי בזה לפי שראיתי בספר אור הישר אודות הגט שנעשה בקליוא שהנו"ב כ' דל"מ אף שאבי האשה טוען כל שלא היתה האשה ונראה מדבריו שאף אפטרופוס ושליח ל"מ והגאון משוואבך מוהר"י העשיל ז"ל הביא דברי רש"י פ' תצא הנ"ל ומזה למד דאף לפסול אדם הוה כד"נ ושם הי' אביה ואמה שם ואפ"ה ל"מ וכפי הנרא' הבין דזה מטעם שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד ולפמ"ש הם שני ענינים נפרדים ובאמת לענין עדות מועיל אפטרופוס ושליח כמ"ש הרשב"א ולפענ"ד נראה מה שאמרו בכתובות דף כ' אין מזימין את העדים אלא בפניהם זהו מתורת בע"ד דצריך לומר בפני בע"ד חבירו ולכך לא אמרו שצריך לומר בפני בע"ד משום דהזמה אינו רק להעדים ולכך צריכין שיזימו בפניהם אבל לא בפני בע"ד דהיינו המלוה והלוה ולכך הכחש' מיהא הוה ויש לי להאריך בזה ואכ"מ וע' בכתובו' דף ע"ו ד"ה כל במ"ש התוס' לחלק בין ספק לגריעות' בין ספק לטיבות' ולא נודע החילוק וכמדומה שבשו"ת זקני שער אפרים עמד בזה ומצאתי בשיטה שם שכ' הרב מוהר"א לפרש דלטיבות' היינו קום עשה ולא נוכל לעשות מעשה להטיב משא"כ לגריעות' מניחין הדבר כמות שהוא ע"ש והדברים סתומים ולפמ"ש הדבר ברור דלעשות מעשה חיישי' שמא יתברר הדבר להיפוך משא"כ להניח הדבר כמו שהוא שפיר מניחין הדבר וכמ"ש למעל' ודו"ק וע' בחידושי רשב"א ובב"ק דף כ"א גבי אגבי' ר"נ לאפדניה שכ' דהוא א"י לגבות מהיתומים שכר דירה דהם קטנים והוא מחוייב לשלם במה שבנה

על אשפה שלהם וצ"ע דהרי הוא להחזיק ומקבלין שלא בפני בע"ד וגם ל"ש הטעם דאין נפרעין מהיתומים דכאן מגיע לו שכר דירה רק דהם יכולים לטעון אח"כ טול עצים ואבנים כמ"ש הרשב"א ועכ"פ שכר דירה למה לא יוכל להחזיק לעצמו וצ"ע:

סימן עג

א לצורבא מרבנן ני' בענין בכור ופשוט.

ב ע"ד מה שאירע שאחד מת וחל"ש והניח בכור ופשוטים והניח מוחזק וראוי וטוענים היורשים שיפרעו החובות מהמוחזק ולא יטול הבכור פי שנים בהראוי והבכור טוען שיתנו לו מהמוחזק והבאת דברי הנוב"י מהד"ק סי' ל"ד חלק חו"מ שהאריך בזה. הנה באמת אא"ז הפ"י ז"ל בתשובותיו חלק חו"מ סי' א' כ' להיפך מדבריו וכבר הפליא להגאון ז"ל זאת והאריך בנוב"י מהד"ב חלק חו"מ סי' נ"ג ליישב דבריו וכ"כ בזה במק"א באריכות. אמנם כעת עיינתי בזה ולפענ"ד נראה דבר חדש דהנה באמת יש לעיין מי נקרא מוחזק טפי אם הבכור או הפשוטים ולכאור' בחלק הפשיטות הם שוים בשוים ואף שזה יש לו יתרון טפי החלק הבכור' אבל בחלק פשיטות שוים הם וכבר כתבו התוס' ריש ב"מ דאף דמקרי ודאי בחלק אחד בהחלק השני לא נקרא מוחזק טפי. אך נראה דבכור מקרי מוחזק טפי וחילי דילי מהא דכ' הריטב"א והנימוק"י סוף גט פשוט בשני יב"ש בעיר אחת דא"י להוציא שטר דיכולין לדחותן לא לך אני חייב כ"א לאחר וכ' הריטב"א דוקא חוב אבל נותן מתנה לא דנותן מתנה הוה מקבל מתנה שותף בהנכסים ע"ש ולפ"ז רואין אנו דל"ש בזה המע"ה ונקרא מוחזק בנכסים ולפ"ז בכור דמתנה קריא רחמנ' א"כ הוה מוחזק טפי מהיורשים ויוכל לומר שיפרעו מנכסים הראוים לבע"ח והוא יטול פי שנים בהמוחזק כיון דבמוחזק הוא מוחזק טפי ועדיף עוד משם דשם בא להוציא ממש וכאן באמת הוא יורש ג"כ והוא בכור פשיט' דהוא נקרא מוחזק טפי. איברא דגוף דברי הריטב"א תמוהין דמה חילוק יש בין מתנה לחוב והש"ך בסי' רנ"ג ס"ק ל"ט כ' דגם מקבל מתנה נקרא מוציא לגבי היורשים בכ"מ ע"ש שדחה דברי הריטב"א אך לפענ"ד נראה דסברת הריטב"א דהנה הר"ן פ"ד דגיטין גבי משחרר חציו והניח חציו הביא בשם הרמב"ן שהנותן לחבירו מחצית נכסיו שאינו נוטל בכל כלי וכלי מחצה כ"א נוטל כחוש והר"ן נחלק עליו ודעתו דנוטל מחצה מכל כלי וכלי ולפ"ז בשלמ' היכא שהספק היא בגוף המתנה שפיר אמרי' דנקר' מוציא לגבי היורשים שהם ודאין והוא ספק אם זכה כלל אבל כל שיש כאן מתנה רק שם יכולין היורשין לדחות כל אחד דלא לך נתן אבל מ"מ יש כאן ודאי מתנה שודאי נתן לאחד וכל שנתן לו הרי הוא נוטל מחצה

מכל כלי וכלי וא"י לסלקו בדמים ובכחוש וא"כ היאך יוכל לדחות אותו כל שהוא שודא דדייני דלזה כוון א"כ הוא שוה בשוה ממש עם היורשים וז"ש הריטב"א דדוק' בחוב דניהו דיש לו שעבוד אבל יכולין לסלקו בכל דבר משא"כ במתנה שהוא שותף בכל הנכסים ובזה מיושב קושית הרב אבד"ק יארטשוב נ"י שהקשה בהא דאמרו בב"ב דף קכ"ז דבילדה במחבא כותבין הרשאה זה לזה והקש' למה צריך להרשא' הא מתנה קרי' רחמנא ובמתנ' הוה כשותף וא"י לדחותו ולפמ"ש אתי שפיר דניהו דהוה שותף אבל יוכל לדחות לכל אחד דאתה אינך שותף והשני הוא השותף ושם שאני דיש שודא דדייני ובחידושי כתבתי הרבה ישובים לקושיא הנ"ל. וכעת אני רואה דזה טעות גמור ודו"ק. וע' בט"ז אהע"ז סימן קי"ג שנשאל ג"כ בבכור ופשוט כמו שנשאל הפ"י והשיב דהדין עם הבכור וכן נראה מדברי הב"ש סי' ק"ה ס"ק ח' בסופו ודו"ק:

ג והנה מ"ש אא"ז בשו"ת פ"י דבראוי בלא"ה אין מקום להסתפק דהרי ב"ח אינו גובה מהראוי ולא נשתעבד לו כמבואר בחו"מ סי' ק"כ וא"כ איך יכול לדחותו לב"ח במה שלא נשתעבד לו. הנה אמת נכון הדבר דכן משמע בטור שם וכ"כ הרמ"א בש"ע שם סט"ז שהרי אין ב"ח נוטל בראוי אבל הש"ך האריך שם די"ל דבע"ח נוטל בראוי והתם טעמא אוחרי איכא משום דמצי לומר במקום דאבוה דאבא קאתינא ע"ש ולהיות כי יש לי בזה מקום עיון אמרתי לבאר הדבר. הנה יש מקום ספק למ"ד שעבודא דאוריית' אם הנכסים שקנה אח"כ אם נשתעבדו להמלוה מן התורה. ומקום הספק נראה לפענ"ד דהנה באמת נכסי דאינש אינן ערבין בי' וא"כ כיון שאותן הנכסים לא היו בעת הלואה לא נתערבו עבורו ואינן משועבדים לו אבל באמת אחר העיון ליתא דאטו נכסי דאינש דאינון ערבין ביה הוא מתורת ערב שפירש לו בהדיא שזה יהי' ערב בעבורו רק ממילא כיון שיש לו על הלוה שעבוד הגוף ונכסוהי דבר נש ערבין בעדו שבלי ספק לא יפרע מגופו רק מנכסיו נעשו הנכסים של מלוה לשעבודו כיון שגופו של לוה משועבד ממילא כל אשר לו יתן בעד גופו וא"כ כל מה שקנה ושיקנה כולם אחראין וערבאין בעדו ותדע דאטו בערב בעד חבירו יש חילוק בין דקנה ובין דאקני הא כל שנעש' ערב הוא נעשה ערב בכל מה שמוצא בידו בעת הגיע זמן פרעון וה"ה נכסיו דממיל' נתערבו בעד הלוה ממילא כל מה שיש בידו נעשו ערבים בעדו ומשועבדים לו וז"ב ופשוט ואף דערב לאחר מתן מעות לא משתעבד היינו דוקא באינש אחר כיון שלהערב לא הלוה וללוה לא הלוה בעת שערב א"כ לא על אמונתו הלוהו אבל נכסוהי דבר נש דאינון ממיל' אחראין וערבאין עבור הגוף א"כ פשיט' דבכל מה שמוצא בידו נעשו ערבים עבורו וז"ב מאד ופשוט לפענ"ד. איברא דלפ"ז צ"ב דא"כ אמאי אם מכר הלוה מה שקנה אח"כ אינו טורף מהלקוחות

אם לא כ' לו דאקני והא כל נכסיו נתערבו בעדו ויטרוף מהלקוחות. אך אחר העיון זה ודאי אינו דאטו נעשו הנכסים ערבים בפירוש רק שממיל' נתערבו בעדו וא"כ כאן שקנה אח"כ ומכרן אימתי נתערבו בעדו בעת הלואה לא היו בידו ובעת הפרעון הא בפרעון אינו מוצא להלוה אותן הנכסים שכבר מכרן והיאך נעשו ערבין וז"ב ובזה נראה לפענ"ד ברור הא דדאקני משתעבד כדמסיק הש"ס בב"ב דף קנ"ז. וצ"ב מ"ש מקנין דל"מ בדבר שלבל"ע ולמה יוכל לשעבד דבר שלבל"ע והרי קנין עדיף משיעבוד דלמ"ד של"ד ל"מ אף שעבד בפירוש וקנין פשיטא דמועיל ולפמ"ש י"ל שבאמת ניהו דא"י לקנות דבר שלבל"ע היינו משום דא"י לתפוס בו קנין דהוה דבר שלבל"ע אבל שעבוד הנכסים דאינן ערבין בעד הגוף והרי גופו איתא בעולם והוא חייב עצמו להמלוה ונכסיו אחראין וערבאין בי' א"כ שפיר יכול לשעבד עבורו אף שקנה אח"כ וכמו שיכול לחייב עצמו בדבר שלבל"ע וא"כ כמו כן יכול לשעבד כל מה שיקנה ובעת שקונה אותם נעשו ערבים בעד גופו וא"כ אף שמכרן אח"כ לא נפקע שעבודו של המלוה מינייהו וז"ב כשמש. הארכתי בזה לפי שראיתי בקצה"ח סי' קי"ב שהאריך בזה מדוע עדיף שיעבוד דאקני מקנין וכתב בתוך דבריו דאף למ"ד שע"ד אפ"ה מנכסים שיקנה אח"כ לא שייך שעבוד מן התור'. ולפענ"ד נראה ברור דנכסים כיון שנעשו ערבים בעדו ובערב אין חילוק כל מה שמוצא בידו אינון ערבין ביה וה"ה הנכסים ומה שהביא שם מדברי רבינו הרמב"ם פי"ח ממלוה ה"א במחכ"ת לא שמי' מתי' דשם דמיירי במה שקנה אח"כ ומכרן שפיר כתב רבינו דלא משתעבד ולא באמת נשתעבדו לו לא בעת ההלואה ולא בעת הזמן פרעון דהא כבר מכרם אבל במה שמוצא בידו בעת הפרעון אף שקנה אח"כ נשתעבדו לו ועיין בה"ה שם שמש"ה דקדק רבינו וכתב שאינו טורף והיינו מהלקוחות ע"ש. ומן האמור צדקו דברי המהרי"ט שהביא בקצה"ח שם שכתב דשיעבוד דאקנה מתורת חיוב הוא והיינו כמ"ש כיון דגופו איתנייהו בעולם וא"כ נכסיו נעשו ערבין בעד הגוף והוא מחייב עצמו אף בדבר שלבל"ע ומ"ש דא"כ הי' יכול לחזור קודם שבל"ע כמו שיכול לחזור בשיעבוד דאקנה ע"ש לפמ"ש ליתא דשאני שעבוד דאקנה דהיינו מה שמכר לאחרים דלא הי' בעת הלוואה וכל שמוכרן ורצה לחזור יכול לחזור קודם שקנה אותן וממילא נעקר ערבותם אבל במה שמוצא בידו איך יכול לחזור הא הנכסים ערבים עבור הגוף וגופו כבר נתחייב ולא הוה דבר שלבל"ע ומ"ש הקצה"ח דשיעבוד צריך שיחול על גוף הנכסים ואיך יחול בדבר שלבל"ע לפמ"ש אתי שפיר דבאמת חל על נכסיו שנעשו ערב בעד הגוף והוא מחייב עצמו אף בדבר שלבל"ע וע"כ הדבר ברור כמ"ש והוא ענין נבחר ת"ל. ואחרי שזכינו לזה הבא נבא לדין ראוי דב"ח לא משתעבד. ובאמת לפמ"ש צ"ב

דלמה לא ישתעבד הא נעשו ערבים בעדו וכל מה שמוצא הכל נכנס ערב בעדו. אך נראה דבאמת לא נעשו ערבים רק עבור גוף הלוה וכל שאין כאן גוף הלוה אף שהיורשים מצוה עליהם לפרוע חוב חביהם אבל עכ"פ ערבים עבור הגוף לא שייך דבאמת גופו ליתנהו בעולם ואף דמ"מ שעבוד הנכסים לא פקע אף שמת הלוה וכמ"ש הר"ן פרק הכותב שעיקר ערבותן של הנכסים הי' שכ"ז שלא יצא הלוה ידי חובו שיפרע מהנכסים ע"ש אבל כ"ז שייך דוקא על אותן הנכסים שהיו בידו בעת הלואתו אבל אותן הנכסים שבאו אח"כ אף שבעת הפרעון ישנו ביד היתומים הא היתומים לא נשתעבדו ממילא אותן הנכסים לא נעשו ערבים זה נ"ל בטעם הסוברים שאין ב"ח גובה מהראוי. ובאמת שלפ"ז נראה העיקר כדעת הסוברים דב"ח גובה מהראוי דכיון שמ"מ הנכסים נשתעבדו לשלם עבור הלוה א"כ כל נכסיו ערבים בעדו דאטו נפקע שעבוד הגוף רק שמת ואין כאן הלוה שיהי' גופו משועבד אבל כ"ז שלא יצא ידי חובו הנכסים משועבדים עבורו כמ"ש הר"ן ואם כן כל הנכסים נעשו ערבים בעדו. ובזה נלפענ"ד ליישב דברי הנימוק"י פרק מי שמת גבי מי שמכר בנכסי אביו שכתב דמצי לומר דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא ואבא לא זכה באותן הנכסים ואין אדם מקנה דבר שלבל"ע והרכיב שני הטעמים מכח אבוה דאבא ודבר שלבל"ע ועיין קצה"ח סי' ק"ד מ"ש בזה. ולפמ"ש א"ש דבאמת ל"ש דבר שלבל"ע דהנכסים אינון ערבין בי'. אך כ"ז אם הנכסים באו ליד הלוה עכ"פ אחר שקנה אבל כאן שמעולם לא זכה האב באותן הנכסים והבן יכול לומר דמכח אבוה דאבא קאתינא שוב ל"ש דנעשו ערבים בעדו דהא לא זכה כלל ואם כן פשיטא דלא שייך ערבות בדבר שלא זכה והו"ל כמו שכר פעולה שמעולם לא בא לידו דאין ב"ח גובה מהם ועיין בשארית יוסף שכתב דנכסי אבי אבא הוה ראוי גרוע דמעולם לא בא ליד אביו ובזה כ"ע מודו דאין הבע"ח גובה מהם. והנה הספר אינו ת"י אבל לפמ"ש דבריו נכונים דלא שייך אינון ערבין ביה דמעולם לא זכה בהם שיעשו ערב שלו. ובזה מיושבים דברי הטור דבסי' ק"ד כתב בשביל דהוה ראוי ובסי' קי"א כתב הטעם משום דמכח אבוה דאבא קאתינא. ולפמ"ש א"ש דדא ודא אחת הוא דבאמת אם הי' זוכה בהם אביו ל"ש דמכח אבוה דאבא קאתינא דאביו קודם ועיין קצה"ח שם רק דכיון דלא זכה האב שוב לא שייך דנעשה ערב בעדו ושפיר יכול לומר דאנא מכח אבוה דאבא קאתינא ועיקר הכוונה דאביו לא זכה בהם שישתעבדו עבורו וז"ב וגם בקצה"ח כתב כעין זה אלא שמ"ש נכון מאוד ת"ל. ולפמ"ש א"ש דברי הש"י שכתב דראוי דאבי אבא הוה גרוע מכל הראוי ולא גבה הב"ח ותמה בשו"ת עבוה"ג סי' ע"ה דמנ"ל לחלק בין ראוי שלא בא לידו לראוי שבא לידו והביא מכתובות דף צ"א שפירש רש"י ראוי דאבי אבא ע"ש וגם מב"ק דף

מ"ג הביא שאין לחלק בין הראוי ע"ש דאף בכופר שלא בא לידו לר"נ גבה ולפמ"ש א"ש דבאמת אין חילוק בין הראוי לראוי דעיקר הכוונה שמעולם לא זכה האב ולא נעשה ערב בעדו ודו"ק וע' באהע"ז סי' קי"ג דגובה מן הראוי ופירש"י דהיינו נכסי אבי אבא ותמה במלמ"ל דהא יכלו לומר מכח אבוה דאבא קאתינן ולפמ"ש א"ש דשם כיון דלא בשביל ערב דאב קאתי תו אין סברא לומר דמכח אבי אבא קאתינן דזה דוקא אם הוא ב"ח דאב אבל בעישור נכסים הוא ב"ח דאחין וז"ב מאד:

ד ובזה יתיישב קושית הקצה"ח סי' קי"ד באהע"ז שהקשה דמזון הבנות אמאי לא ישתעבד אף דהוה דבר שלבל"ע הא לר"מ מועיל בדבר שא"ק כמ"ש הבה"ת ושעבוד לרבנן הוה כמו קנין לר"מ ע"ש בסי' קי"ד. ולפמ"ש א"ש דבאמת שיעבוד גרע מקנין ולכך בדבר שא"ק ל"מ לרבנן אבל בדאקנה שפיר מועיל השעבוד וכמ"ש דנעשה ערב בעבורו אבל בדבר שא"ק גם ערב ל"מ לשיטת הרמב"ם וכמבואר בחו"מ סי' קכ"ט ודו"ק: והנה במ"ש בשם הרמב"ן והר"ן שנחלקו בנותן לחבירו מחצית נכסיו אם נוטל בכל כלי וכלי מחצה ודעת הרמב"ן שאינו נוטל בכל כלי וגם נוטל כחוש. הנה לכאור' מצאתי סתירה לזה מהא דאמרו בערכין דף ד' ע"ב ראש עבד זה הקדש הוא והקדש שותפין בו ראש עבד מכור לך משמנין ביניהם ועיין בתוס' שם דמש"ה נקט בהקדש שותפין דהיינו שחולקין בשוה ובמכיר' נקט משמנין דהיינו שישומו כמה שוה ונוטל דמי שויה. והנה כבר כללא כייל לנו הר"ן והנימוק"י דבכל אלו הדברים דין מתנה כהקדש וכל מה שבכלל ההקדש הוא בכלל מתנה וכמבואר בב"י חו"מ סי' ר"כ וא"כ כשם דבהקדש הם שותפין ויחלוקו בשוה כמו כן במתנה ודלא כרמב"ן והר"ן. אך כאשר נתתי עין בדברי רבינו בפ"ה מערכין הי"ז ובהשגת הראב"ד יראה כי רבינו מפרש בדרך אחר והי' לו גירסא אחרת כמ"ש הב"י סי' ר"כ ובלח"מ שם באורך ע"ש ולדידיה אין סתירה להרמב"ן ועיין ברמב"ם פכ"ז ממכיר' ה"ה ותמצא שגירסא אחרת הי' לו דמחלק בין דבר שהנשמה תלוי' בו ולזה כיון הראב"ד במ"ש בסוף ועיין פרק האומר משקלי עלי והיינו דשם מחלק לענין הקדש בין דבר שהנשמה תלוי' בו וגם ה"ה כתב שלא מצא אותו בגמרתינו וכיון לזה דזה החילוק בין דבר שהנשמה תלוי' בו לא מצא בערכין ולא נעלם ממנו הך דריש ערכין שמזכיר הראב"ד ובעל מגדל עז שם הביא הך דפ"ק דערכין ולא עמד במחכ"ת על כוונת השגת הראב"ד ודו"ק ע"ש:

ה אחר זמן רב נתיישבתי בדברי הריטב"א שכתב דמקבל מתנה הרי הוא כשותף בנכסים שכתבתי למעלה דלא הוה רק לשיטת הר"ן דנוטל בכל כלי מחצה אבל לשיטת הרמב"ן דאין לו חלק בגוף הכלי ל"מ שותף בנכסים כעת נתיישבתי דגם לשיטת הרמב"ן א"ש

דע"כ לא כתב הרמב"ן רק בנותן לו מחצית ממה שיש לו שפיר כתב דיכול לסלקו ונוטל כחוש אבל בהך דריטב"א דקאי על דברי התוספתא באומר תנו מאתים זוז לפלוני דנותנין למי שאוהב יותר בזה שפיר כתב הריטב"א דמקבל מתנה הוה כשותף בנכסים והיינו דלענין זה עכ"פ מקרי שותף דלא יוכל לסלקו מכל וכל דעכ"פ צריך ליתן לו מאתים זוז או מזה או מזה ובפרט כיון שמאתים זוז אמר ליתן לו לא שייך לומר דיכול לסלקו בדבר אחר וא"כ לענין זה מקרי שותף בנכסים דהיינו שמכל הנכסים יש לו חלק בהם לפי ערך מאתים זוז וז"ב מאד.

י ובזה סרה מהר קושית הרב הגאון אבד"ק יארטשוב הנ"ל דבבכור ניהו דמתנה קריא רחמנא אבל הוא כיון שצריך ליטול מגוף הנכסים א"כ אם מתורת מתנה קאתינן עלה יכולין ליתן לו כחוש ולא שייך לומר שנעשה שותף בגוף הנכסים לשיטת הרמב"ן דאינו מבורר חלק המתנה כמה הוא ובגוף הנכסים יכולין ליתן לו כחוש ול"ש לומר שנעשה שותף ולכך צריך הרשאה וז"ב מאד:

יא ובזה מיושב היטב דברי התוס' שהקשו לר"פ דס"ל דאין לו זכות קודם חלוקה היאך מצי לכתוב הרשאה וכתבו דיכול לשוי' שליח והדבר יפלא דמתורת שליחות ל"מ דיכול לומר לאו בע"ד דידי את רק מתורת הרשאה כמ"ש הרמב"ן במלחמות פרק מרובה באורך וכאן הרי מתורת הרשאה ל"מ כאן דהו"ל כפקדון דכפרי' כ"ז שאין לו חלק וא"כ איך מועיל מכח שליחות והקצה"ח סי' רע"ז עמד בזה אך שלא ביאר היטב ולפמ"ש א"ש דבאמת כל הרשאה הוא על מה שיזכה אח"כ ואפ"ה מועיל כמ"ש הרמב"ן שם ורק בגזילה ל"מ משום דאם יאנס מיד השליח יחזיר ויתבע מיד נאמן וכמ"ש הקצה"ח סי' קכ"ג באורך ולפ"ז כאן דכל אחד לבדו יוכלו היורשים לדחותו רק שהוצרכו לכתוב הרשאה א"כ פשיטא דמועיל הרשאה דכאן בודאי יזכה אח"כ דאח"כ יהי' מתנה וא"כ מועיל אף דהוא דבר שלבל"ע. איברא דעדיין קשה דאכתי מה מועיל הרשאה הא כל טעם דהרשאה משום דכתב לו זיל ואפיק לנפשך והרי הוא בע"ד דידי' וכאן ממנ"פ אם הוא בע"ד דידי' שוב יוכל לדחותו דדלמא אינו חייב לו דהא בכור ספק אינו חייב מה"ת ורק כשהוכרו ולבסוף נתערבו וא"כ מה מועיל הרשאה דדלמא זה לאו הבכור הוא וניהו דזוכה ע"י שנתן לו היאך יכול לתת לאחר דבר שלא היה בידו כלל ובמה זכה האחר (וע"כ צ"ל כיון) דבעת חלוקה הוא בודאי זוכה בחלק בכורתו שפיר מועיל הרשאה שיזכה בעת שיבא לידי חלוקה וז"ב:

יב ובזה יש לומר מ"ש הב"י בחו"מ דבחלק פשיטות יכולין לכתוב הרשאה אף בשלא הוכרו ולפמ"ש י"ל כיון דגם יורש אין לו חלק קודם חלוקה כמ"ש הרמב"ם שם בדף

קכ"ו וא"כ בזה לא שייך ענין הרשאה דהרשאה היינו שהוא מסלק עצמו ונותן לאחר חלקו וזה א"א בחלק פשיטות דא"י לסלק עצמו מנחלת אבותיו כל שלא זכה וע' קצה"ח סי' רע"ז במ"ש שם בשם הגהת אשר"י שכתב ובירושלמי אמרו ונדחק בכוונתו. ושמעתי מפי אבי מורי דט"ס בהגהות הנ"ל וצ"ל בירושה דהיינו סתם יורש דל"מ מחיל וכוון אמת לאמיתו וא"כ לא יהי' יכול להרשות. מיהו יש לחלק דניהו דא"י לסלק עצמו אבל ליתן לאחר דזוכה מכחו שפיר יכול ליתן ואף דהוה דבר שלבל"ע הא כל הרשאה אף בדבר שלבל"ע הוה וז"פ: ובמ"ש נרא' הטעם דהתורה אמרה דלא יוכל לבכר משום דבשאר בנים דהוא מכח ירושה שהוא מוריש יכול לומר פלוני ירשני אבל מה שהתורה זכתה לבכור הוא בתורת מתנה שהתורה חייבה להאב שיתן מתנה להבן הבכור ואין בידו להפקיע חלק בכורתו שגם הבן א"י להסתלק מחלק מתנתו ובכורתו כל שלא זכה בו. ובזה יש לתת טעם דלכך כל שמת הבן בחיי האב דעת הרמב"ן דנפקע הלאו דלא יבכר דכיון דהוא מתנה כל שמת קודם שזכה במתנתו שוב ל"ש דמתנה קריא רחמנא ויוכל להפקיע המתנה כל שלא זכה בו והוה כשאר ירושה:

ט והנה בשו"ת נוב"י במהד"ק פלפל אי שייך בקאמר אובליגאציאנען דין מוחזק או ראוי לגבי בכור ע"ש בחלק חו"מ סי' ל"ד. ולפענ"ד היה נרא' דבר חדש ע"פ מה שמצאתי דבר נפלא בחידושי רמב"ן בב"ב דף י"ב גבי בכור ופשוט שהי' להם עבד ובהמה טמאה שהקשו התוס' מ"ש בכור ופשוט דנקט וכתב הוא בשם י"מ דכיון שאין בהמה טמאה ראויה בעצמותה רק לשכר והדמים מקרי ראוי ורק אם נימא גוד או אגוד שוב יוכל להשתמש בגוף הבהמה כמו בבהמה טהורה ע"ש ולפ"ז בשטרות דאינם שוים בעצמותן ואינם ראויים לתשמיש שישוה כמו מה שיש בהם שווי למכור וא"כ שוב מקרי ראוי כיון דעצמותם אינם כלום רק המעות שיש בהם וגוד או אגוד לא שייך בשטרות לשיטת הרמב"ן והרבה פוסקים וע' חו"מ סי' ס"ו וסי' קע"א אבל אחר העיון מלבד דלא קיי"ל כאותו פירוש של הרמב"ן וע' בחו"מ סי' קע"א וסי' ער"ח אף גם דעיקר ראוי ומוחזק אין אנו דנין לגבי הבכור ופשוט ורק לגבי אביהם מה נקרא מוחזק לאביהם כמ"ש הב"י ר"ס ער"ח וא"כ לגבי אביהם היתה הבהמה טמאה מוחזקת דאצלו היתה ראוי לתשמיש ודו"ק היטב ודברי הרמב"ן צע"ג:

י והנה דרך אגב אכתוב מה דהקשה הרבני המופלג מו"ה מרדכי מיזיש נ"י בהא דאמרו בב"ב דף קנ"ח בנפל הבית עליו ועל אביו וכו' דאקני הוא ולא ישתעבד ומוקי כר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע וע"ז הקשה דהא בב"ב דף קכ"ו אמרו דיכיר אתי אף לר"מ בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס וא"כ כאן שנפל הבית עליו ועל אביו ואנן מסופקין

מי מת קודם ניהו דאב מת קודם עכ"פ היה גוסס בעת מיתת אביו ואין יכול להקנות דבר שלבל"ע וא"ל דעכ"פ שיעבוד מועיל לר"מ דמלבד דלשון הש"ס משמע דיכול להקנות לר"מ אף גם דלפמ"ש הכ"מ פי"א ממכירה ליישב לרבינו דס"ל דדבר שא"ק ל"מ והקשה בבעה"ת מהך דיכיר דאמרו דיכול ליתן במתנה וכתב הכ"מ דהכוונה דיכול לשעבד וא"כ משמע דבגוסס אף לשעבד אינו יכול. ולפענ"ד לק"מ דבאמת לשעבד מעכשיו או להקנות מעכשיו ולכשיבא לעולם פשיטא דיכול לר"מ אף בגוסס דהא כל הטעם דגוסס או שאינו בר קנין בשעה שהוא גוסס או שא"י לדבר כמ"ש התוס' בקידושין דף ע"ח וא"כ כשמקנה מעכשיו ולאחר שיבא לעולם פשיטא דמועיל וכ"כ בשעה"מ בהדיא ורק שם דלא רוצה להקנות לו מעכשיו רק לאחר שיבא לעולם או בשעה שהוא גוסס ועיין שעה"מ פכ"ב ממכירה אבל כאן שפיר מועיל דכל ששיעבד לב"ח מעכשיו פשיטא דנשתעבד דא"ל דלר"מ לא קנה דבר שלבל"ע דהא גוסס בר קנין הוא רק דא"י להקנות דא"י לדבר וכאן כבר שעבד לו בעודו בחיים חיותו ואף אם נימא דאינו בר קנין אבל ירושה דממילא ודאי ירש וא"כ כל שהבן ירש ממילא נשתעבד לבע"ח דשעבדו מחיים ולר"מ מועיל בדבר שלבל"ע וז"ב כשמש:

יא והנה בהך דבכור ופשוט שהבאתי למעלה הנה התוס' בכתובות דף צ"ג ע"ב כתבו ג"כ כדבריהם בב"ב. אמנם בחידושי מהרי"ט כתב שם די"ל דקושית הש"ס היא לפמ"ש הרי"ף בהך דהניח להם אביהם מרחץ דאם אין לו לאחד זיתים ועבדים יאכל הלה וחדי שע"ד כן הניח להם אביהם שכ"ז שלא יחלקו ישתמשו בשוה וה"ה כאן כ"ז שלא יוכלו לחלק למאן דלית לי' גוד אביהם הניח להם ע"מ כן שישתמשו בשוה.

יב והנה שאל הרב החריף מו"ה מאיר בראם נ"י דאין זו דמיון דשם י"ל דאביהם הניח להם שישתמשו בשוה אבל בכור ופשוט שהתורה אמרה לא יוכל לבכר א"כ שוב אסור לומר שישתמשו בשוה ומה מועיל מה שהניח להם ע"ד כך. ולכאורה יפה שאל. והנני יוסיף דלדברי המהרי"ט אכתי יקשה למה נקט בכור ופשוט לתני בשניהם פשוטים. ולפענד"נ דבאמת זה אינו בכלל לא יבכר דאם נימא דאין לבכור קודם חלוקה שוב לא עבר על לא יבכר אם לא יחלוקו הנכסים והתורה לא אמרה רק כשיחלקו הנכסים אז לא יבכר ואף אם נימא דיש לו לבכור קודם חלוקה אפ"ה כיון דבשבח אינו נוטל פי שנים דהו"ל ראוי ואף דבשבחא דאתי ממילא נוטל פי שנים כמבואר בסי' ער"ח אפ"ה נראה דכל שעדן לא השביחו יכול האב לבכר מידי דהוה אבכור שקדושתו מרחם וכ"ז שלא יצא לאויר העולם מותר להטיל בו מום ה"נ מה שלא הושבח עדן יכול לבכר ומה גם

שלא אמר בפירוש רק שהניח להם בסתם ודעתו שישתמשו בהם בשוה כנלפענ"ד ולכך נקט בכור ופשוט בדוקא וז"ב והיא הערה חדשה:

סימן עד

א לצורבא מרבנן חריף ושנון נ"י:

ב אשר כתבת להסתפק לשיטת הרא"ש והטור באע"ז סי' נ"ה דיש לארוסה כתובה אם לדידן שבעת השידוכין כתב לה כתובה אם מועיל אף שלא כתב לה מחדש בעת הנישואין. הנה בראשית ההשקפה היה הדין פשוט דיש לה כשכתב לה דאטו לא יכול להזיק בנכסיו וגם מה נ"מ בין ארוסה למשודכת כל שכתב לה דין כתובה יש על זה. וכאשר עיינתי בזה ראיתי בח"מ וב"ש סי' נ"ה ס"ו שם שהביאו בשם הריב"ש דבמשודכת לא מגיע לה דלא כתב לה רק ע"מ לכנסה אבל אין מזה ראיה דשם מיירי שחזר בו קודם אירוסין וע"ז שפיר י"ל דלא כתב לה רק ע"מ לכנסה אבל כל שנשאה אח"כ למה לא יגיע לה. וראיה ברורה מכתובות דף צ' קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת שע"מ כן קיימה וכן קיי"ל בטוש"ע אהע"ז סי' ס"ז ומכ"ש בגדול כשכתב לה דהרי בקטן ודאי דאין בקידושיו כלום ולשיטת הר"י ברזילי יש לדחות די"ל דאביו קדשה לו ומועיל אבל בש"ס ובפוסקים מבואר דאף שלא היו בעת ההיא קידושיו ונשואיו כלום אפ"ה מועיל ומכ"ש בגדול. שוב נזכרת שהדבר מבואר בקידושין דף נ' ע"ב באתרא דכתבי והדר מקדשי לא חיישינן הרי דאף דלא חשו לקידושין אפ"ה הכתובה הוה כתובה ואף די"ל דשם לא מיירי רק אם זה ראיה על הקידושין אבל באמת כל שישאנה יכתוב לה כתובה אחרת דז"א דא"כ למה כתב לה כעת ועיין בטוש"ע שם סי' מ"ו וע"כ דמועיל וכן מבואר בר"ן בקידושין פ"ג גבי היא אומרת קדשתני דמבקשין ממנו ע"ש שכתב דמיירי באתרא דכתבי כתובה הרי דמועיל הכתובה ומ"מ אם לא כתב לה נרא' דאף דארוסה יש לה במשודכת אין לה אף לשיטת הרא"ש ודעימיה אחר שכתבתי זאת מצאתי בשו"ת בית יעקב סי' קל"ג שהאריך בענין זה אם מועיל כתובה למשודכת אף בכתב לה כתובה ע"ש שהוציא כן ממשמעות התוס' ב"מ דף ז' ולפענ"ד הוא ש"ס ערוך כמ"ש ועיין בחידושי ריטב"א בקידושין דף נ' שם ודו"ק:

ג ודרך אגב אומר בסוגיא דב"מ דף ז' דמסיק רבינא דטעמא דרבנן משום דחיישינן לשתי כתובות ור"י לא חייש לשתי כתובות והרי בדף כ' נחלקו בזה אביי ורבא אי חיישינן לשתי כתובות והיאך אפשר דיחלקו בזה רבנן ור' יוסי. ולדעתי מה"ט פסקו הפוסקים דלא כאוקומתא דרבינא והש"ך סי' ס"ה ס"ק ל"ב נדחק בזה. ובאמת שגוף דברי הש"ך

שם תמוהים כמ"ש באו"ת שם ס"ק כ' דמחלוקת רבנן ור"י היא בתוספת כתובה אבל בעיקר כתובה אינו נאמן לומר פרעתי דהיא מתנאי ב"ד וכמ"ש בשיטה מקובצת שם בהדיא והרי"ף והרמב"ם לשיטתייהו דס"ל במקום שכותבין ואין כתובה נאמן לומר פרעתי ע"ש. ובאמת שדבריו נראין עיקר. והנה בסי' מ"א האריך הש"ך בס"ק י"ט לתמוה על הכ"מ והג"ת דאף בתו"ז חיישינן לפרעון וע"כ לא נחלקו רק בכתובה אבל בשאר חוב ודאי דחיישינן וגם מ"ש הש"ך דהראב"ד לא נחלק אלא אם העדים קיימים גם בזה תמה התומים דהרי בכתובה ודאי עדים קיימים דהרי עודנה תחת בעלה ובודאי לא נפרעה. וראיתי בקצה"ח שם שחידש דשאני כתובה דחיישינן טפי לצררי משום דאית לה בתנאי ב"ד וחיישינן טפי לצררי ומה"ט נשבעת ליתומים ובנתיבות המשפט לשארי הגאון ז"ל השיג עליו דחשש צררי הוא דוקא לשבועה ולא לפרעון דהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וכבר הרגיש בזה הקצה"ח בעצמו והביא דברי המהרש"ך שרצה לומר כן אבל המלמ"ל השיג עליו ע"ש שהאריך בקצה"ח אבל מאד תמהני על הקצה"ח דתמיד דרכו בקדש ללמוד מדברי קדמונים והרי בשיטה מקובצת ב"מ דף ז' מבואר בהדיא דאף בכתובה ל"ח לפרעון ושאני שבועת הבא לפרע מנכסי יתומים דהחמירו לענין שבועה אבל החזקה דא"א פורע בתו"ז לא אתרע כלל ע"ש והנני יוסיף דאף לאביי ורבא דלא ס"ל הך חזקה דא"א פורע בתו"ז מודים בכתוב' דאינו ברור שתבא לידי פרעון וכמ"ש התוס' בב"ב דף ה' שם לענין פדיון וכבר הארכתי בזה בתשובה ליישב מה ששאלוני עפ"ז בדברי התוס' בגיטין שהקשו דוקא לר"ל אמאי תקנו שבועה לענין כתובה ולא הקשו גם מאביי ורבא וע"כ הדבר ברור דלדידן דאף במקום שכותבין כתובה אינו נאמן לומר פרעתי ע"כ המחלוקת דרבנן ור"י לא קאי רק לענין תוספות כתובה וכמ"ש בשיטה מקובצת שם דזה הוה כשאר חוב וכמ"ש בתומים סי' ס"ה הנ"ל:

ד והנה הש"ך בסי' מ"א ס"ק י"א הביא דברי הב"י שכתב דבשטר הלואה אין לכתוב טופס דאף דכותבין שובר חיישינן שימצא שטר הראשון ויתבע בו תחלה ולא יכריחוהו ב"ד לכתוב שובר כיון שנותן לו שטרו ואחר כך בב"ד אחר יוציא טופס השטר ויגבה בו והקשה הש"ך מהא דאמרו בכתובות דף ט"ז ע"ב וליחוש דלמא מפקא עידי הינומא בהאי ב"ד וגביא ביה והדר מפקא בב"ד אחרינא ותגבה בי' ומשני דכותבין שובר והשתא קשה דניחוש שמא תמצא הכתובה ותוציא תחלה ולא יכריחו ב"ד ליתן שובר ואח"כ תגבה בעידי הינומא ושאלני הרב החריף מוה' מאיר ברא"ם נ"י דהרי כשירא' הכתוב' בב"ד ע"כ תצטרך לומר שנאבד הכתוב' ממנה וא"כ בלא"ה יהי' נאמן לומר פרעתי כיון דנאבד הכתוב' ואף בתו"ז חיישינן ולפמ"ש אין כאן קושיא דבתו"ז אינו נאמן במנה

ומאתים וכמ"ש רק דהש"ך מדויל ידו משתלם דהוא ס"ל דאף בתו"ז נאמן גם בכתוב' מנה ומאתים אבל בלא"ה אין כאן קושיא כל עיקר דשאני כתוב' דהבעל בודאי יזהר לקחת שובר דהא יודע שיש כמה וכמה עידי הינומא משא"כ בשטר דמהכ"ת יחוש שזה יש לו טופס ומ"ש הש"ך דכשזה יוציא השטר א"י לגבות עוד בטופס וכוונתו דבטופס ניכר שהוא טופס העתק' וז"פ והנתיבו' הקשה עליו והכוונ' פשוטה כמ"ש. והנה לכאור' קשה מה פריך הש"ס דר' יוסי אדר' יוסי ודלמא באמת לפרעון לא חיישׁ ורק דבכתוב' חיישינן למחילה דלמא מחלה לו כתובת' ולכך חילוק לר' יוסי בין עודה תחת בעלה דהרי ללישנא בתרא דכתובות דף נ"ז ס"ל לר"י דל"מ מחילה בסוף ביאה עד שתכתוב לו התקבלתי ולכך כשעודה תחת בעלה ל"ח למחילה משא"כ אח"כ וקשה טובא לפענ"ד וצ"ל דמלבד די"ל דהש"ס אזלי ללישנא קמא דאף בסוף ביאה יכול למחול אף גם דא"כ לבר פלוגתא דר"י דהוא ר"מ ור' יהודה משמע דמועיל מחילה והרי לר"מ בודאי ל"מ מחילה וצ"ע על דברת הרמב"ם סוף הלכות גזילה דחיישינן שמא נמחלה והרי לשיטתו ל"מ מחילה אף בכתב ועיין ב"ש ר"ס ס"ו שהאריך בזה. ואולי קאי על אינה תחת בעלה שפיר חיישינן שמא מחלה ודו"ק.

ה אחר שנים רבות מצאתי באבני מלואים ס"ס מ"ה שנתקש' בדברי התוס' ב"מ דף ז' הנ"ל שכתבו דאין לחוש שמא כ' לה כתובה קודם אירוסין והרי בש"ס קידושין דף נ' אמרו דמהכתוב' ליכא ראיה על הקידושין דשמא קודם הקידושין כ' לה והביא דברי הריטב"א הנ"ל ונהניתי עד מאד שהרגשתי כבר בראשית ההשקפ'. אך אחר העיון אין קושיא מדברי התוס' דלפי מה שביאר הריב"ש דכתוב' קודם הקידושין אינו כלום וכל שחזר בו לא נתחייב משום דלא כ' לה אלא ע"מ לכנסה ודוקא מן האירוסין יש לומר דרצה שיתחייב תיכף משעת אירוסין משא"כ קודם אירוסין הוה כמו תוספת כתובה דבודאי לא כ' לה רק ע"מ לכנס' וא"כ דברי התוס' נכונים דלכך אין לחוש שמא כ' לה קודם אירוסין דמ"מ לא נתחייב מקודם עד שישא דלא כ' לה רק ע"מ לכנסה וא"כ עכ"פ מהלקוחות בודאי לא תוכל להוציי' דלא נשתעבד לה מזמן הכתוב בכתוב' רק מעת האירוסין או מעת הנשואין ולכך אין ראיה מהכתוב' לקידושין די"ל דנזדמן לו סופר וכתבו ובאמת בעת הנשואין יכתוב לה הזמן האמיתי וגם יהי' עדי נשואין ואין ראיה מהזמן הכתוב בכתוב' ודו"ק וגם אולי כ' בכתוב' זמן של הנשואין ושטר מאוחר כשר ודו"ק וע' בב"מ דף י"ז ע"ב ד"ה מן הארוסין שכתבו דאין דרך לכתוב כתובה קודם קידושין והיא תימה רבה לפענ"ד דאם דרך אנשי המקום לכתוב כתובה קודם הקידושין א"כ מה ראי' מכתוב' לקידושין ואם רוב מקדשין ואח"כ כותבין אז ראי' מקידושין ואף

דמקצת מאנשי העיר מקדשין ואח"כ מסבלין הדין כן אבל זה דוקא בידוע שנכתבו מדעת שניהם והגיע לידה והרי שם כשטוען לא קדשתיך אין ראיה מהכתוב' לקידושין וגם מ"ש שאין דרך לכתוב כתובה קודם הקידושין הוא תימה דבאמת אדרב' משמע דלדידן כל המקומו' כותבין כתובה ואח"כ מקדשין רק דהכתוב' אינה כלום קודם שישאנה וכמ"ש וגם מדברי התוס' ב"מ דף ז' נראה כן וע"כ דברי התוס' צע"ג ובשו"ת בית יעקב הקשה במ"ש התוס' שם גבי הוציא' גט ואין עמו כתובה דיש לו מיגו דאי בעי אומר אין את אשתי והקש' הא הכתוב' מוכיח שנשא' ולפמ"ש א"ש דבאמת אין ראיה מהכתוב' דכ"ז שלא נשאה אינו מחוייב לה כתובה דיכול לומר שלא כ' לה רק ע"מ לכנסה ודו"ק ויש להאריך שם בסוגי' בזה וע' בתוס' שם ד"ה הטוען שכתבו דהא דאמרו בכתוב' דלא יחזיר משום דגם בכתוב' גופא יש לו הפסד במה דמחזיר דאי לא החזיר היו נאמן במגו דאלמנ' נשאתיך או אין את אשתי במקום שאין מכירין אותו הרי דמהכתובה אין ראיה דיכול לומר דלא כ' לה רק ע"מ לכנסה וכמ"ש:

ו ואגב אזכור מה שנשאלתי מהרב החריף מוה' אליעזר ראש ישיבה בווילנא במ"ש התוס' דהי' נאמן במגו דאלמנ' נשאתיך ונתקש' בזה דאיך שייך מגו הא השטר כתובה ביד המוצא וכתוב שם שהוא בתולה ואיך שייך דיש לו הפסד דהי' יכול לטעון שקר דהיתה אלמנה הרי בכתוב' מבואר שהיתה בתולה ואמר שנתקש' בזה מאד ואני אמרתי בחפזי דלק"מ דכל שנפל אתרע ואף במעש' ב"ד דאינו נאמן לומר פרעתי מ"מ כל שנפל איתרע והכתוב' הוה כחספ' בעלמא והוה כמקום שאין כותבין כתובה דגובית במעש' ב"ד ולענין זה שוב יש לו מגו דאי בעי אמר אלמנה נשאתיך וזה הי' ברור לפענ"ד והראיתי לו דברי הש"ך בס"ס מ"א ס"ק י"ט ובסי' ס"ה ס"ק ל"ב ואחר החיפוש מצאנו בתומים סי' ס"ה ס"ק כ' שהקש' קושית הרב הנ"ל וכראותי כן תמהתי ומצאתי ביד יוסף שכ' כמ"ש ונהניתי עד מאד:

ז ודרך אגב אזכיר מה שראיתי בש"ך סי' מ"א ס"ק י"א שחידש דכל שיהי' לו הכתוב' לא תוכל לגבות בעידי הינומא וה"ה כשיהי' להלוה השטר לא יוכל המלוה לגבות בהטופס וע"ז הקשה אותי הרבני המופלג מוה' יצחק נתן נ"י מק' טארני דהא כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו וכותבין כתובה לאיש אף שאין אשתו עמו וא"כ מה ראיה מהכתוב' והשטר הא יוכל לומר דבאותו יום כ' לו הלוה או האיש כמה שטרי כתובו' וא"כ אין ראיה מהכתוב' והשטר. והנה לכאור' יפה תמה. והנה בזה שאמר שכותבין כתובה לאיש לפום רהיטא לא מצאתי אמנם בשטר הדבר מבואר בב"ב דף קס"ז דכותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו וא"כ שוב אין ראיה משטר שביד הלוה.

והנרא' לפענ"ד בזה דבר נחמד דהנה לפענ"ד נראה דאף דכותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו וכן אם נימא דבכתוב' כותבין ג"כ אעפ"י שאין אשתו עמו מ"מ אותן עדים שחתמו לו כבר בהיום הלז שטר אחד על מנה ורוצה הלוה שיכתבו לו עוד שטר אחר על סך כזה לפענ"ד שאין להם לכתוב דבאמת לפמ"ש הר"ן בפרק המגרש במה שהאריך הרי"ף אי ע"מ כרתי חידש הר"ן דכל שחתמו שטר אחר ומסרו ליד המלוה ונקנה לו הנכסים אם כתבו עוד שטר ומסרו כיון שלא נודע מתוך החתימ' באיזה שעה נכתב ונחתם ועדי חתימה מקנין הרי הוא כמשייר בקנינו שלא יקנה באותו יום דאינו נודע למי הקנה תחלה וחזר אח"כ מהקנאתו והקנהו לשני ולכך קנו מסוף היום שניהם ע"ש ולפ"ז כיון שכשכתב לשני בני אדם אינו מקנה רק בסוף היום לפ"ז ה"ה בכותב לאדם אחד ולא נודע אם הוא מלוה אחת או שני מלוות עכ"פ אותן הלקוחו' שיקנו באותו היום אין להמלו' כלום דהא יוכל להיות שחזר בו מהחיוב של שטר ראשון ולא רצה שיזכ' רק משעה שנכתב השני והרי לא נודע איזה השטר ראשון הרי שניהם לא חל החיוב רק מסוף היום וע' בכתובו' דף מ"ד דשני שטרות היוצאין בזה אחר זה ביטל שני את הראשון וא"כ שוב אין להם לעדים לחתום שנית דדלמ' חדא הלואה הוא ורוצה לחזור בו מהראשון וימכור באותו יום ויראה השני שטרות ויאמר דבטל השני את הראשון ולא נודע איזהו הראשון ואיזהו אחרון ואף דכתבו התוס' בב"מ דף כ' דל"ח שמא תמכור באותו יום היינו דמן הסתם לא חיישינן לזה אבל העדים אין להם לחתום רק כשידעו שורש הדבר וכיון שכן שוב אין לחוש רק שיחתום עדים אחרים וא"כ שוב אין לחוש בזה דהרי בטופס שמוצי' המלוה כתוב שנתן לו לפי הטפסת השטר שהי' זמנו באותו יום ועדיו כך וכך וא"כ כשיוצי' הלוה שטר נראה אם הם אותם העדים עצמם פשיטא שאין לחוש דהא העדים הללו לא היו נותנין עד שהיו כותבין בפירוש שהי' הלואה אחרת וכשאין אותם עדים שוב אין ראיה על אותו טופס של שטר זה ושפיר נותנין לו הטופס ודו"ק היטב:

ח ובאמת לשיטת הב"ח סי' ל"ט דלאביי דאמר עבחז"ל הוא רק כשמצווה לעדים ליתנו ליד המלוה אבל כל שמצווה שיתנהו לידו של הלוה לא מועיל א"כ כאן ע"כ לא יתנוהו ליד המלוה רק לידו וזה א"י דהא אין העדים יכולין לכתוב שטר כזה והלוה בודאי לא יצוה לתת ליד המלוה דלמה יתן בידו שני שטרי הלוואו' וא"כ שוב אין חשש כלל אלא שהש"ך מדויל ידו משתלם דבסי' מ"ג ס"ק ל"ג חולק על הב"ח ובאמת קושיותיו לק"מ כמ"ש בתומים וקצה"ח שם וא"כ עכ"פ דברי הש"ך נכונים לפי שיטת הש"ך אלא שמ"מ יש לומר דלמא היו שטרי אקנייתא אבל מ"ש למעל' נכון. שוב מצאתי בנתיבו' המשפט

סי' מ"א שהקש' כן על הש"ך ורמז לדברי התוס' ב"ב דף קס"ח ד"ה אבל ולפענ"ד נכון וזכורני שכתבתי באיזה מקום מהענין הלז ולא ידעתי מקומו. והנה במה שהבאתי למעל' דברי הש"ך שהאריך דחיישינן לפרעון אף בתו"ז כל שנפל אתרע תמהני שלא הביא לראיה דברי הר"ן בפ"ב דכתובו' גבי כותב אדם עדותו בשטר ומעיד עליו אף לאחר כמה שנים שבה"ג פירש דיכולים העדים לכתוב השטר ול"ח לפרעון והקשו דלמה לא ניחוש לפירעון וכ' הרשב"א והר"ן הביאו דע"כ לא חיישינן לפרעון רק בנפל אתרע וחיישינן אפי' בתוך זמנו ע"ש ובשיט' מקובצת מבואר כן בשם הריטב"א ושאר קדמונים. אך לפענ"ד גם מ"ש הש"ך דאף שיש עדים שאומרים שהוא בתו"ז חיישינן לפרעון וזה שחידש הש"ך בשם רבותיו לפענ"ד יצא לו לרבותיו מכאן שהם פירשו כבה"ג ופירשו דהא דל"ח לפרעון משום דכיון דלא קצב זמן לפרעון שהרי קבל קנין שיכתבו אימתי שירצו שטר והרי ע"כ דלא קצב זמן לפרעון וכמ"ש בתשוב' אחרת לענין מפיהם ולא מפי כתבם ביארתי השיטו' של בה"ג ורש"י ורי"ף שם וא"כ לכך ל"ח לפרעון והיינו בלא נפל מותרין העדים לכתוב אבל כל שנפל חיישי' גם בזה ודו"ק היטב:

ט והנה בשנת תרי"ז עש"ק פנחס ח"י תמוז [בעודי באבלי על אשתי הרבני' שמתה עלי כ"ו סיון ה' שלח] והנה הרהרתי במה דאמרו ארוסו' לא שותות ולא נוטלו' כתובה וקשה הא ארוס' אין לה כתוב' אף מנה ומאתים כל שלא כ' לה ואיך משכחת לה שלא נוטלת כתובת' וא"ל בדכתב לה וכדאמרו בכתובו' פ"ט ובב"מ דף ח"י אכתי קשה דהא פשיטא דלא מגיע לה כתוב' דהרי ראב"ע ס"ל דלא כ' לה אלא ע"מ לכנס' ואף למאן דחולק על ראב"ע זה דוקא כשמתה י"ל דעכ"פ הוא רצה לתת לה כתוב' ומזלי' גרים דמתה אבל כאן שהביא' עצמה לידי חשד וכל שלא שותית היא נכנס' להספק והיא כודאי איסור ופשיטא דאין לה כתוב' וע"כ דארוס' יש לה כתובה מאתים או מנה וצע"ג וע' תוס' יו"ט משנה ח' פט"ו מיבמו' ובכתובו' פ"ד ובסוט' כאן. שוב מצאתי בתוס' בסוטה שם שהביא דברי הירושלמי דאמר לפי שהכניס' עצמה לספק הזה בשביל לפוסל' מכתובת' וע"ז הביאו דברי הר"ח דארוס' אעפ"י שאין לה כתובה יש לה מנה ומאתים ולא נודע הסמיכו' ולפמ"ש יש לומר דקשיא לי' לר"ח כיון שהכניס' עצמה לספק הזה א"כ בדין הוא דלא מועיל מה שכ' לה ומזה הוכיח דע"כ ארוס' יש לה מנה ומאתים אף שלא כ' לה:

י והנה בהא דאמרו כתובו' דף מ"ג ע"ב מנה מאתים מן האירוסין תוספת כתובה מן הנשואין ופירש"י דשאני מנה מאתים דאית לה מתקנת ב"ד יש לה מן האירוסין אבל תוספת שהוא כ' לה אינו רק מן הנשואין ולפ"ז למ"ד דארוס' אין לה כתובה רק בכתב לה א"כ יקשה מ"ט דמנה ומאתים מן האירוסין ובר"ן ראיתי שמפרש אף למ"ד דאין

לארוס' כתוב' רק בכתב לה אבל הוא מפרש דתוספת לא כ' לה רק בשביל לכנסה והיינו חיבת ביאה וא"כ אין ראיה ועכ"פ יש מחלוקת בין רש"י לר"ן בזה:

סימן עה

א לצורבא מרבנן נ"י.

ב מ"ש להקשו' על הטור אהע"ז סי' קנ"ב שכ' דשלא בפניו אינה נאמנת לומר גרשתני וא"צ גט משני אם קבלה קידושין מאחר ואפי' נשאת וע"ז הקשית דמנ"ל להטור בנשאת הא מקור הדבר הוא בגיטין דף פ"ט דאי מגליא מלתא דקידושי קמא דבתרא לאו כלום הוא והא באמת גם שם קשה היאך מותרת לכ"ע בלי גט הא כיון דהיא אומרת שנתגרש' מראשון וקידושי שני קידושין הא יכולה לשויא נפשא חד"א אכ"ע עד שתתגרש וצ"ל כמ"ש הר"ן סוף נדרים דלמשנ' אחרונ' אינה נאמנת לומר טמאה אני לך משום דמשועבדת לבעל וא"י להפקיע עצמה משיעבודו ולפ"ז ה"ה כאן א"י לאסור עצמה על בעל הראשון כיון שאמר' שלא בפניו ולפ"ז זהו בנתקדש' לאחר אבל בנשאת לאחר שכבר נאסר' על בעלה הראשון דהא זינתה לפי דבריו שלא נתגרש' א"כ כבר נפקע שעבודו של בעל ושוב יכולה לשויא נפשה חד"א על אחרים עד שתתגרש מבעל' השני ותמהתי על כל מפרשי הטור שלא העירו בזה. באמת שכדבריך כן הקשה דו"ז הגאון בישוע"י ז"ל אבל בלי ספק נשמט מדבריו שם שזהו קושית הב"ש שם ס"ק י"ב על הב"ח שכ' ליישב כן דברי הטור דלא שייך שויא אנפשה חד"א משום דמשועבדת לבעל וע"ז הקשה הא בנשאת אסורה לו ע"ש. ובאמת שזו תימה גדולה על אא"ז הב"ח ז"ל. ואחר שכבר דפקת על דלתי בית מדרשי אמרתי מבלי להשיבך ריקם והנה לכאור' רציתי לומר דלפי מה דמבואר סי' קמ"ז דבזינת' מותרת לשהות אצלו ולא חיישינן שמא יבא עליה דמאיס' בעיניו ועיין ב"ש ס"ק ח' שם ולפ"ז עדיין משועבדת לבעל ומע"י שלו ולכל דבר הרי היא שלו וא"כ אינה נאמנת אף שנשאת לאחר בזנות דמ"מ משועבדת לבעל' הראשון וז"ב:

ג וע"ד הפלפול יש לומר דהנה בתוס' ישנים בנדרים דף פ"ט שם בהא דנטולה אני מן היהודים הקשו דהיאך מצית לאסור עצמה על כל היהודים בעודה א"א הא אין איסור חל על איסור וכתבו דמגו דחל על בעלה חל על אחרים בכולל ולפ"ז צ"ב קושית אא"ז הב"ח ז"ל דהיאך שייך שויא אנפשה חד"א הא כיון שאמרה שנתגרש' מהראשון א"כ מותרת לבעלה השני וא"כ הא כל שויא אנפשא חד"א הוא מתורת נדר כמ"ש בשו"ת מהר"י בסאן ז"ל סי' פ' ובשו"ת מהרי"ט חלק אהע"ז סי' א' הזכיר סברא הלז ע"ש ובתשוב' הארכתי לברר דבר זה ולפ"ז לא עדיף מאמרה נטולה אני מהיהודים דלא חל כמ"ש

התוס' דבלא"ה אסורה להם בעודה א"א וכאן לא שייך תירוץ התוס' הנ"ל דמגו דחל לבעלה דהא לבעל' באמת לא אסרה עצמה ואדרבא אומרת שנתקדש' לו וצ"ל דלהס"ד של הב"ח דנאסר' בשביל זה על בעלה הראשון א"כ חל בכולל עם בעלה הראשון וע"ז כ' הב"ח דלבעל הראשון א"י להפקיע עצמו משיעבודו ושוב אינה נאמנת לאחרים ג"כ ולפ"ז זהו בנתקדשה אבל בנשאת לאחר דאז בלא"ה כבר נאסרה לבעל הראשון א"כ שוב לא שייך כולל כלל דלבעל הראשון נאסרה ולבעל השני אדרבא נשאת לו וא"כ ל"ש כולל ול"ש שויא אנפשא חד"א וכמ"ש ודו"ק היטב כי חריף הוא:

ד ועי"ד החידוד יש ליישב דברי אא"ז הב"ח ז"ל דהנה לכאור' צ"ב הא דקי"ל דאם אומרת גרשתני והוא מכחישה דנאמנת משום החזקה דאין אשה מעיזה וכו' וקשה הא אם הוא אומר שגרשה והיא מודית כ' הרמב"ם וכן קי"ל בש"ע סי' קנ"ב ס"א דחיישינן שמא כ' לה גט בטל או פסול והיא אינה יודעת כובד איסור כמ"ש הרמב"ם פי"ב מאישו' ולפ"ז שוב גם אם טוען לא גרשתיך אמאי לא נימא שמא שניהם אומרים אמת שגרש' בגט פסול והוא יודע שהוא בטל לכך טוען שלא גרשה משא"כ היא סברה שאמת גרשה בגט כשר ול"ש החזקה דהא באמת חושבת שאמת הוא הדבר ובפרט לפמ"ש הרא"ש סוף נדרים דלכך נאמנת באומרת גרשתני דאינה רוצית לקלקל עצמה שתהיה באיסור כל ימיה שלא יתן לה גט עוד ולפ"ז כאן שחושבת שגט כשר הוא א"כ אמאי תהיה נאמנת וכגון דא קושיא הוא וצ"ע וצ"ל דבאמת זה חשש רחוק דניחוש שמא יתכוין הבעל לקלקלה ולגרשה בגט פסול וכבר אמרו בכמה מקומות ומקורו מהירושלמי דהבעל אינו חשוד לקלקלה בידי שמים ועיין בתוס' ריש גיטין לענין בפ"נ וע"כ צ"ל דאינו רק חשש בעלמא ולכך הוה ספק מגורשת וזה דוקא כשטוען גרשתיך דאז יש מקום לומר שהיה כאן ענין גירושין אבל כל שטוען לא גרשתיך ויש לה חזקה אלימתא דאינה מעיזה מה"ת לחוש שלא נתגרשה אלא בגט פסול ולהורע כח החזקה וז"ב ולפ"ז כשטוענת שלא בפניו דאז לא נאמנת בחזקה דשלא בפניו מעיזה שוב יש לחוש שמא הי' לה גט פסול והוא חושבת באמת שנתגרשה ובכה"ג לא שייך שויא אנפשא חד"א דכל שסברה שבאמת נתגרשה לא נאסרה על בעלה כמבואר סי' י"ז סעיף י"ח בהג"ה כשהיתה אנוסה או טעתה כנלפענ"ד ע"ד הפלפול ועיין ב"ש ר"ס י"ז מ"ש בכוונת הרי"ו שהאריך הח"מ שם ס"ק א' ודו"ק:

ה והנה בדברי הרא"ש שהבאתי למעלה אמרתי דבר נחמד במ"ש הרמב"ם פי"ד מאישות במאיס עלי כופין אותו להוציא דאינו בדין שתבעל לשנוי לה ותהיה כשביות חרב וכלם תמהו עליו דאמאי תהיה נאמנת לכפות אותו שיהיה גט מעושה ולמה לא ניחוש שמא עיני' נתנה באחר. ולפמ"ש א"ש דבאמת הש"ס הקשה סוף נדרים דלמה לא תהיה

נאמנת בטמאה אני לך משום חזקה דאין אשה מעיזה פניה אבל באמת הדבר נכון דהרי צ"ב לפמ"ש הרא"ש דחזקה דאין אשה מעיזה ל"מ רק מטעם שלא תקלקל עצמה א"כ באמת צ"ב מה מדמה הש"ס השמים ביני לבינך לזה דשם אינה מקלקלת עצמה שתהיה מתגרשת ע"פ גט כשר וכבר תמה בזה הש"ך בספר גבורת אנשים. אך נראה דבאמת כל שיהי' צריך לגרשה עי"ז שטוענת שמים ביני לבינך א"כ אנן סהדי שמגרשה רק עפי"ז והוה כאילו מתנה ע"מ שאמרת אמת וא"כ אם שקר הדבר הגט בטל ושפיר מקלקלת עצמה ושפיר מקשה ולפ"ז במ"ע דכופין אותו ובאמת הוה גט מעושה רק שאינו בדין שתבעל לשנוי לה וא"כ מצוה לשמוע דברי חכמים ולא הוה גט מעושה ולפ"ז כל ששקר הדבר שוב הגט בטל ושפיר שייך החזקה דאין אשה מעיזה פניה דהרי הגט בטל ותאסר כל ימיה וז"ב ודו"ק:

ו ובזה י"ל מה שהקשו בתוס' בדף ס"ג דלהמנה לומר טמאה אני לך במגו דמאיס עלי. ולפמ"ש שם אינה נאמנת רק מטעם חזקה דאין אשה מעיזה ול"ש מגו כיון דכל הנאמנות מטעם שא"י להעיז ואיך שייך מיגו בכה"ג וכמ"ש המהרי"ט כעין זה דכל הנאמנות מטעם שא"י להעיז ל"ש מגו וז"ב. ובלא"ה י"ל דהוה מגו דהעזה דבטמאה אני לך לא ידע דלכחשה. אך באמת כיון דשם מיירי באשת כהן באונס ובכה"ג הוה מגו כמו דנאמן לומר נאנסו במגו דהחזרתי וכמ"ש הסמ"ע סי' ק"ח וגם כאן אין עושית עצמה מרשעת ומחוורתא כמ"ש דהנאמנות הוא משום דאין מעיזה ודו"ק:

ז והנה שיטת הרי"ף דבדיני מתיבתא היו כופין להבעל לגרש בשטוענת דלא בעינא לבעלה ובאמת הרא"ש חולק ע"ז כמ"ש בפרק אע"פ לא שיכפוהו לגרש ע"ש. ובאמת שזה תימה דבמאיס עלי נחלקו כל הפוסקים על הרמב"ם ובמתיבתא תקנו לדברי הרי"ף שיכפוהו לגרש ולא עוד אלא שבזה חולק הרמב"ם על הרי"ף. ובאמת י"ל שטעמו של הרי"ף לפי שבמורדת מפסדת הרבה מנ"מ ונצ"ב הוה כמו תלוה וזבין דאגב זוזי גמר ומקני. אבל באמת לפענ"ד י"ל דבאמת כל דמצוה לשמוע דברי חכמים ל"ש תלוה וכדאמרו בב"ב דף מ"ח. ומה שהקשו על הרמב"ם הוא רק על מ"ש דמדינא יש לכפותו בטוענת מאיס עלי משום דאינו בדין שתבעל לשנוי לה וא"כ שפיר מקשים דאם נימא דאין הדין כן שוב הוה גט מעושה דל"ש מצוה לשמוע דברי חכמים דהרי חזינן דאדרבא חכמים חשו שמא עיניה נתנה באחר אבל כל שתקנו מתיבתא דיכפוהו ל"ש גט מעושה דמצוה לשמוע דברי חכמים וגם הם בדורם יש להם הכח הזה ובכ"ז חלקו עליו כל הפוסקי' הרז"ה והרמב"ן והרא"ש וכמ"ש בטור סי' ע"ז בהדיא וע"ש בב"י ולכך השמיטו בש"ע וגם ברמ"א לא הובא דעת המתיבתא משום שכבר נתבטל לאחר כך וכמ"ש הרז"ה

והרמב"ן והרא"ש שכתב דדיני דמתיבתא גופא לא תקנו שיכפוהו. הארכתי בזה לפי שמצאתי בספר פרי תבואה סי' נו"ן שפער פיו לבלי חק וכתב שנפלא מאד על הרמ"א שלא הביא דברי המתיבתא וכתב שאשתמיטתיה לכלהו וגם להרא"ש דברי הרי"ף בפרק שני דייני שכתב דהשתא דתקנו במתיבתא דיהיב לה גיטא גם באמרה כנוס או פטור כייפינן ליה ובמחכ"ת חשד בכשרים איך יעלה על הדעת שהרא"ש זקן ביתו של הרי"ף והעתיק כל דבריו ולא ראה זאת מה שראה הוא והיה לו להסתכל שגם שם השמיט הרא"ש דברי הרי"ף אשר זה דרכו בקדש להעתיק דבריו אף אם לי' לא ס"ל ורק בזה שנחלק עליו והבין בכוונת המתיבתא דב"כ לא כפוהו ומהתימה שהיה לו לעיין בטור סי' נ"ב ובטור סי' ע"ז וע"כ השמיטו בכוונה וכמ"ש בב"י באהע"ז סי' נ"ב ושם ג"כ הרמב"ם חלוק עליו ועכ"פ ראו כל הגדולים מה שראה הוא והיה רואה שבכוונה השמיטו דברי הרי"ף האלו וכמ"ש בב"י דנחלקו עליו ובטלוה לתקנתא ואף דאין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו כיון שספק להם בגוף התקנה אם הכוונה ע"י כפייה שוב היו יכולים לבטלה וכל שבטלוה א"א לדון בכפיי' ע"כ מה שסמך הפ"ת שם על הרי"ף וסייעתו ליתא והוא משענת קנה רצוץ דגם הרי"ף מודה דכעת שנתבטל התקנה א"א לדון בכפייה ובאמת במאיס עלי אף שיש מקומות שנהגו לדון כפי פסקי הרמב"ם בזה לא נהגו כמותו כמ"ש התשב"ץ (ועיין במהרי"ק סי' כ"ט שכתב בהדיא דהרא"ש והרשב"א חולקין בזה על הרי"ף ע"ש). הארכתי בזה למען יהי' מוסר להלומדים שלא יהרסו לעלות ולסתור דברי הקדמונים אשר כל דבריהם שקול בשקל הקדש ויחקור היטב ודעת קדושים ימצא ודו"ק ועיין בנימוק"י שנדפס מחדש על הרי"ף כתובות עם הרי"ף בדפוס ווין ושם הובא דברי הרמב"ם בדין מאיס עלי וכתב שאף שאין לכפותו מדין הגמרא יש לכפותו מדינא דמתיבתא וכמ"ש הרי"ף ולא זכיתי להבין דבמאיס עלי אין כאן תקנת מתיבתא ותקנת מתיבתא הי' במורדת דלא בעינא לי' ובאמת בזה נחלק הרמב"ם כמ"ש בפי"ד מאישות ובפכ"ג מאישות ע"ש גם מ"ש בשם הרמב"ם לא ידעתי ואולי צ"ל הרמב"ן וגם בזה צ"ע ע"ש וצע"ג: ובגוף דברי הרא"ש שכתב דודאי חזקה שלא תאמר אשה לבעלה גרשתני להפקיע עצמה מתחת בעלה בשקר ותהיה באיסור אשת איש כל ימיה. נלפענ"ד סברת הרא"ש דלכאורה צ"ב דהש"ס לא אמר רק דאין אשה מעיזה פניה וע"ז אנו דנין דאפשר דתקיף לה מבעלה מעיזה ומעיזה כדאמר רבא שם ומהיכן יצא לו לרא"ש דכל דתאסר כל ימי' אינה מעיזה ונלפענ"ד דכוונתו עפמ"ש בגיטין דף ס"ז דדיבורא מקרי ואמרי מעשה לא קעבדו והקשו בתוס' דא"כ לישני גם בחכם שאסר האשה דדיבורא מקרי ואמרי וכתבו דכל דיבור שנגמר הדבר על ידו וניסת ע"י כך לשוק זה מקרי דיבור דאתי

לידי מעשה וכמעשה גמור חשבינן ליה אבל הכא לא נגמר על ידו ואינו אלא דיבור בעלמא ע"ש ולפ"ז גם כאן הרי הדיבור שאמרה גרשתני אם נאמין לה אין לך מעשה גדול מזה שע"י כך תנשא לשוק בלי גט ותהי' אסורה דיבור כהאי ודאי לא תאמר אף דתקיף לה מבעלה דבשלמא כשאמרה טמאה אני לך או שאר טענות דעכ"פ גט בעיא וא"כ אינו רק דיבור בעלמא יכול להיות דדיבורא מקרי ואמר כיון שלא נגמר הדבר ע"י הדיבור משא"כ בזה וז"ב בכוונתו:

ח ובזה אמרתי דבר נחמד ליישב דברי הרשב"א בתשובה סי' אלף רנ"ג דהביא ראיה דכל שהעיזה שלא בפני בעלה נאמנת אח"כ כשבא בעלה ולא אמרינן דעבידא להחזיק דיבורה בשקר והביא ראיה מהא דאמרו בכתובות דף כ"ב דראה ר"י דבריו של ר' מנחם בר"י במיתה דא"י להכחישתו ובגירושין יכולה להכחישו והקשו ומי חציפה כולי האי והאמר ר"ה האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת ומאי קושיא דהא כבר העיזה שלא בפני בעלה ועבידא לאחזוקי דיבורא וע"כ דיראה לומר כן שמא יבא בעלה וע"כ דלא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורא. וכל הבא בתוכו יתמה הפלא ופלא על הר"ן והרשב"א דמה ראיה דאטו לאו העזה היא דבאמת תצטרך להעיז ולהחזיק דיבורא רק דכל שהעיזה שלא בפניו אמרינן דעבידא לאחזוקי דיבורה ולהעיז גם אח"כ אבל שם פריך ומי חציפה כולי האי והיינו דהיאך מכנסת עצמה בתחלה לזה הא יודעת דיבא בעלה ויכחישה ולכך נאמנת וכבר הרגישו בזה כל האחרונים ומכללן הנוב"י באחת מתשובותיו בנוב"י מהד"ת חלק אהע"ז סי' צ"א ודו"ז בישועת יעקב בסי' י"ז ובסי' קנ"ד. ולפמ"ש א"ש דבאמת כל עיקר הנאמנו' דדיבורא שנגמר מעשה על ידו לא אמרי ולפ"ז כל שהעיזה שלא בפניו שפיר מקשה הרשב"א דכיון שלא בפניו מעיזה א"כ י"ל דמקרי ואמרי וא"ל דנגמר מעשה על ידה דז"א דכל שלא בפניו דלא מועיל ותוכל להעיז א"כ י"ל דמקרי ואמרה ואי דתוכל להחזיק דיבורא אח"כ דז"א דאח"כ בפני בעלה שיהי' דיבור המביא למעשה לא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורא דדיבור שלא הי' מעשה עבידא דאמרה ומעיזה משא"כ כשתאמר בפני בעלה תהי' מעשה ולכך כ' הרשב"א דכל שהעיזה אח"כ נאמנת וע"כ שפיר מוכיח דאי נימא דכל שהתחיל' להעיז שוב תוכל להעיז א"כ אין קושיא דלמה תהי' נאמנת הא בעת ההיא לא הי' רק דיבור גרידא ואח"כ אף דבא מעשה עי"ז עבידא לאחזוקי דיבורא שהי' מכבר ואף דמ"מ יודעת הי' שתצטרך אח"כ להעיז ז"א דאטו אנן סמכינן על החזק' דא"א מעיז' לחוד רק דהוה דיבור שהוא מעשה וכל שלא בא לידי מעשה י"ל דכל דתקיף לה מבעלה אמרה ואח"כ אף שבא לידי מעשה אינה נאמנת דעביד' לאחזוקי דיבורא הראשון וע"כ דאין זו סברא דמ"מ כעת הוא

דיבור שמביא לידי מעשה ולא תחזיק דיבור הראשון שהי' דיבור גרידא דמעש' לא עבדא וז"ב כשמש:

ט ובזה מיושב מה שאמרו דשלא בפניו מעיזה ולא נימא דמ"מ יראה דלמא יבא בעלה ותצטרך להעיז ולפמ"ש אתי שפיר דכעת לא הוה רק דיבור בלבד ומעיזה ודו"ק: ובחידושי אמרתי בזה דהנה לכאור' ק"ל הא דכ' הרא"ש דתקלקל עצמה שתאסר כל ימיה ואמאי כל דנאמנת לגבי בעלה למה לא יכופו הב"ד הבעל שיתן לה גט דכופין על מדת סדום כדאמרו בקידושין דף ס"ה כופין ומבקשין. אך ז"א כיון דכל עיקר הנאמנו' עי"ז שלא תאסר עצמה כל ימיה א"כ איך נוכל לכופו והוא צווח שלא גרשה וכשיתן לה גט יהי' לו הפסד דעי"ז תוכל להעיז כיון שלא תאסר כל ימיה וז"פ. אך אי קשיא הא קשיא דשם שכבר נשאת לבעלה השני א"כ איך שייך נאמנו' הא כל שיבואו עדים שלא נתגרש' ותצטרך לצאת ממנו דעכ"פ זינתה עליו אם לא נתגרש' וא"כ אנן נכופו שיתן לה גט דעכ"פ מה אכפת ליה דאין לו הפסד בזה שבלא"ה עכ"פ עליו נאסרת ושוב לא שייך חזקה דאין אשה מעיזה דהא לא תאסור כל ימיה וע"כ צ"ל דעכ"פ בעת שהעיזה פניה ואמרה גרשתני שלא באו העדים האחרים וגם לא בא בעלה אז לא ידעה אולי לא יבאו עדים ולא יגרשה בעלה ותאסר דשמא לא יבא בעלה כלל וא"כ יש לה חזקה דאין אשה מעיזה פניה דלא תקלקל עצמה ובפרט שם שכבר נשאת. ולפ"ז שפיר מקשה הרשב"א דכל שלא בפניו מעיזה וא"כ בעת ההיא שנשאת לאחר ואמרה גרשתני לא היתה מעיזה ולא שייך חזקה ועל חשש שלא תקלקל עצמה לבד לא סמכינן והעיקר היא החזק' שאין אשה מעיזה ומאי אמרת דתחשוש שמא יבא בעלה ותצטרך להעיז דז"א דאז שוב לא יהי' שייך חשש קלקול כל ימיה דיצטרך הבעל הראשון לגרשה וע"כ דאף שלא בפניו א"י להעיז ויש שתי חזקו' חזקה דאינה מעיזה וחשש שלא תקלקל עצמה ודו"ק כי היא מחודד והראשון עיקר: ובדרך הפשוט נראה לפענ"ד דהנה באמת בכל אשה המעיז' שלא בפניו ג"כ שייך לומר דמתיראת שמא יבא הבעל וצ"ל דבאמת בדיעבד יש לסמוך ע"ז רק לכתחל' אמרי' דכל שלא בפניו תוכל להעיז ולא אלים החזק' כ"כ וכן נראה בשיטה מקובצת בכתובו' שם ולפ"ז שם דאמרו ומי חציפה כולי האי דמשמע דאלים החזק' טובא וע"ז שפיר כ' הרשב"א דעכ"פ אינו אלים כ"כ החזק' דהא הוה שלא בפניו וא"ל דמ"מ יראה שמא אח"כ יבא בעלה דכיון דלכתחל' לא סמכינן ע"ז עכ"פ לא אלים החזק' כ"כ שיהי' הש"ס מקשה ומי חציפה כולי האי וז"ב ואמת בכוונת הרשב"א ודו"ק היטב וע' ב"ש סי' י"ז ס"ק ד' שכ' דאם ליכא כאן אלא ע"א שנתקדש' והאשה מכחישתו נאמנת ואם ע"א מכחישו והאש' ג"כ מכחישתו כ' המגיד דהרמב"ם ס"ל דזה גרע טפי

כיון דעד מסייע לה יש לומר דמעיזה ואסור' ודבריו תמוהים וערבובי דברים אני רואה. ובאמת בראשית ההשקפ' תמהתי דלשיטת התוס' והמחבר העתיקו בסתם דאף בעד מכחיש עד תנשא לכתחל' מכ"ש כשגם האשה מכחישתו ומה בכך שהאש' מעיזה אבל העד עכ"פ מכחיש והה"מ כ' שפיר לשיטת הרמב"ם דס"ל דבעד מכחיש עד לא תנשא לכתחל' ובהאש' מכחשת תנשא לכתחל' שפיר כ' הה"מ דכל שהאש' יש לה עד המסייע גרע טפי אך לפי שיטת התוס' והטור והמחבר דע"א המכחיש העד תנשא לכתחל' א"כ מכ"ש כשהאש' ג"כ מכחשת דודאי תנשא לכתחל' וז"ב ודברי הב"ש צע"ג:

י והנה התוס' הקשו בכתובו' דף כ"ג בד"ה תרוייהו ולא הי' צריך להא דאפי' ליכא אלא האי דאמר נתקדש' לא תצא דאין דבר שבערוה פחות משנים אבל תימה אמאי לא תנשא לכתחל' דהו"ל לאוקמא אחזק' והקש' המהרש"א למה לא הקשו התוס' בפשיטו' כיון דאין כאן רק ע"א שנתקדש' א"כ אין חוששין לקידושין דאין דבר שבערוה פחות משנים. ולפענ"ד נראה דהנה אביי ס"ל בקידושין דף ס"ו דע"א אומר שזינתה והיא שותקת דנאמן והקשו התוס' דא"כ אמאי ע"א בקידושין ל"מ וכתבו די"ל דהמעו' מתנה ולפ"ז באמת כאן אביי לשיטתו וא"כ הא באמת יש שנים המעידין שזרק לה קידושין רק שמכחישין זא"ז וא"כ עכ"פ המעות מתנה ל"ש ושוב סגי בע"א לבד לאביי ולכך הקשו דהי' לנו לאוקמא אחזקה אבל אי לא הי' רק ע"א בלבד שפיר לא הי' מועיל אף לאביי דהיינו תולין דהמעו' מתנה ובזה גם אביי ס"ל דאין דבר שבערוה פחות משנים ומ"ש התוס' בתירוצם דמיירי שאנו יודעים שזרק לה הקידושין רק שספק להעדים אי קרוב לו אף דגם בקושייתם ידעו זאת היינו כמ"ש הב"ש ס"ק וא"ו דהתוס' ס"ל דבעינן שידוע לנו שזרק לה קידושין ואם לא היינו יודעים דזרק לה קידושין אף שהעדים מכחישין זא"ז אוקמי בחזקת פנויה ולפ"ז בהס"ד ס"ל להתוס' דאנו אין יודעין רק שהעדים מכחישים ושפיר הקשו דנוקמי בחזקת פנויה ומזה ראיה ברורה לשיטת הב"ש שם דלא כהגהת פרישה. איברא דמצד הסברא לא נודע מה נ"מ אם אנו יודעין מקידושין בבירור רק שהקול יצא שזרק לה קידושין וא"כ כל שהעדים מכחישין זא"ז למה אתרע החזקה וצ"ל דכל שיש קול אף דהעדים מכחישים עכ"פ אתרע החזקה ע"י הקול משא"כ כשלא נודע רק ע"י עדים והעדים מכחישים זא"ז הו"ל קול ושוברו עמו כיון שהם מכחישים זא"ז ודו"ק:

יא והנה הפ"י בגיטין כ"ח האריך להוכיח דע"י שזרק לה קידושין ואתרע החזקה אזלא לה החזק' מה"ת ובאמת שדבריו תמוהים דא"כ למה אם ניסת לא תצא וכבר האריך בזה הגאון מוה' יוזפא ז"ל מזאלקווא בתשובתו הנדפס בישועת יעקב אהע"ז סי' קס"ט ומ"ש ש"ב בד"ז הגאון מוהרמ"ז ז"ל דע"א בקידושין ל"מ דהו"ל דבר שבערוה לפמ"ש אין מקום

לדבריו דהא לאביי קיימינן וא"כ כל שמעידין שזרק לה קידושין רק שמכחישים עצמם אי קרוב לה או לו שוב ל"ש אין דבר שבערוה לאביי והמעות מתנה ודאי ל"ש דהרי הם מעידים שזרק לה לשם קידושין וז"ב. ומ"ש הפ"י ראיה מהא דיבמו' בחרש שקידש אשה דהבא עליה באשם תלוי והקש' הא יש להאש' חזקת פנויה וע"כ דהחזק' אתרע הנה באמת לק"מ דהא כבר נודע מ"ש המלמ"ל פ"ז מעדות דבספיקא דדינא ל"ש חזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין וא"כ כאן דאנו מסתפקין על החרש אם יש לו דעת קלישתא ונ"מ לכמה דברים ואיך בשביל חזקתה של זו ישתנה הדין ומהתימה על בד"ז הרב ז"ל שהאריך לדחות דברי הפ"י ולא כ' כמ"ש מיהו אם נימא דראיית הפ"י אזיל אליבא מה דמבעיא שם אי הוה עתים חלים ועתים שוטה י"ל דשייך החזקה וע' בדברי הגאון מוה' יוזפא ז"ל והגאון מוהרמ"ז הודה לדבריו אבל באמת לפמ"ש התוס' בכתובו' כ' גבי בר שטיא דבעיתים שוטה ועיתים חלים ל"ש חזקה והיינו דעשוי להשתנו' א"כ ל"ק קושית הפ"י וז"ב ודו"ק:

יב ובגוף סברת פ"י הארכתי בחבורי יד שאול סי' רל"ד. ובלא"ה לא ידעתי מה ענינו דחזקת פנויה שלה להחרש והנה כעין דאמרו בכתובו' דף ע"ו רישא מנה לאבא בידך וכו' וכמ"ש התוס' שם בשם הר"י וע' ח"ץ סי' ד' וע' רמב"ן ור"ן פרק התקבל דחזקת קרובו' לא מועיל לגבי דידיה ואף שדברי הרמב"ן תמוהין וע' נוב"י מהד"ק חיו"ד סי' מ"ו אבל כאן דאדרבא החזקת פנויה שלה היא להיפך שאין קידושין שלה קידושין א"כ מה ענין חזקת פנויה שלה להחרש אדרבא עי"ז אינו בעלה וגם חזקת פנויה לא חשיבא חזקה כ"כ וכמ"ש הנוב"י שם וע' מחנה אפרים בהגהותיו להלכו' יבום ודו"ק היטב:

יג והנה בתובעת כתובתה אי נאמנת בטוענת גרשתני האריך המהרי"ק בשורש ע"ב וכבר כתבתי בתשובה אחת והוא אשר כתבתי מכבר דנראה מפשטת לשון התוס' בכתובו' פ"ט דאינה נאמנת אף לנשואין כמו שמביאין ראיה מאמרה מת בעלי והתירוני לנשא תנו לי כתובתי דאינה נאמנת אף להנשא ומ"ש ראיה מתוס' יבמו' קט"ז לפענ"ד אין ראיה דכוונ' התוס' דדוקא לנשואין היינו כשאינה מזכירה כתובה אבל כל שמזכירה הכתובה שוב אינה נאמנת אף להנשא ולפענ"ד טעם הדבר הוא פשוט דהרי קי"ל דאמרינן מגו דהעזה לפטור מממון מטעם דלענין ממון אמרי' דמעיז פנים ולא יחת מפני כל וכמ"ש הרשב"א ח"ב סי' רפ"ג וע' בקצה"ח סי' פ"ב וע' בע"ש וסמ"ע סי' רצ"ו והע"ש כ' שם דלענין ממון יעשה במחשבתו כל דבר וכתבתי בגליון הש"ך שם דכדברי הע"ש מבואר בשיטה מקובצ' בב"ק כ"ח ע"ב בשם הרר"י בעליו' גבי נשבע וגובה מחצה וכ"נ מדברי הר"ן דבממון משום חימוד ממון יותר מעיז מלפטור משבועה. ולפענ"ד עוד להוסיף

דבאמת החזקה דאין אדם מעיז זהו ודאי דאינו רק חזקה מכח רובא דאינשי דפשיטא שיש מיעוטא דמעזין ולפ"ז בשלמא לגבי שבועה דהוא מידי דאיסור' אזלינן בתר רובא אבל בממון לא אזלי' בתר רובא ואמרינן מיגו דהעזה ועוד יש להמתיק הדבר. ובזה יובן מ"ש הרשב"א דאם אתה חושדו שיחזיק שלא כדין כל שמעיז פניו בכך יעיז ויעיז בכל טענה ואינו מובן סברתו והקצה"ח נדחק. ולפענ"ד כוונתו דבאמת איכא מיעוטא דמעיזין ורק דרוב אינם מעיזין והרי רובא דאינשי אינם רוצים להחזיק שלא כדין ורובא דאנשים כשרים וע"כ דזה יצא מגדר הרוב וא"כ שוב כל שיצא מהרוב שוב יש לומר דהוא מהמיעוט דמעיזין אבל לענין שבועה אמרינן דהוא מהרוב ויש לו ספק מ"י וכדומה ע"כ לא אמרי' מגו דהעזה לפטור משבוע' ולממון אמרינן ולפ"ז ה"ה בחזקה אין אשה מעיזה ג"כ שייך זאת דאם תובעת ממון יש לחוש שהיא מגדר המיעוט דמעיזין וא"י להוציא ממון מכח חזקה זו ולפ"ז גם להנשא אינה נאמנת וז"ב כשמש. איברא דהרא"ש בפסקיו סוף נדרים העתיק עוד טעם דחזקה דאין אשה מעיזה וגם לא תקלקל עצמה להיות באיסור א"א כל ימיה ולפ"ז גם דנימא דהיא מהמיעוט המעיזין אבל מ"מ לא תקלקל עצמה כל ימיה. מיהו י"ל דיש לחוש שמא אינה רוצי' להנשא כלל רק חימוד ממון התעורר בקרבה כדי שיתן לה הכתוב' ולכך אינה נאמנת:

יד ובזה אמרתי דבר נחמד במה שהקשה הריצב"א בתשובת מיימוני לספר נשים בהא דפריך בנדרים דף צ"א מהשמים ביני לבינך על ר"ה דאמר דאינה מעיזה ולמה לא משני דמיירי בתובעת כתובה ע"ש בסי' וא"ו ובמהר"ק שם האריך בזה ונדחק ג"כ ולפמ"ש א"ש דבאמת יש לומר דאינה מקלקלת עצמה כל ימיה ורק שיש לחוש שמא אין דעתה להנשא כלל ולפ"ז שם למשנה אחרונ' דחיישי' שמא עיניה נתנה באחר ומה"ט אינה נאמנת שפיר מקשה דא"כ שוב להמנה מדר"ה והיינו מטעם דלא תקלקל עצמה וא"ל דאינה רוצית להנשא כלל דזה אינו דהא חיישינן שמא עיניה נתנה באחר וא"כ ע"כ דרוצי' להנשא ושפיר מקשה ודו"ק היטב וע' תוס' ישנים בנדרים שם דמבואר בריצב"א בהדי' דכל דתובע' כתובת' אף להנש' אינה נאמנת וכן מבואר בשו"ת מיימוני שם בשם הריצב"א ע"ש וכ"כ הרא"ש בפסקיו סוף נדרים ודברי הרא"ש שם צע"ג דמ"ש דהרמב"ם שכ' דהאש' שאמרה גרשתני נאמנת אף לכתוב' מיירי באינה תובעת כתובה. ואני בעני' לא מצאתי בפ"ד מאישו' ופי"ב מגירושין שיהי' מוזכר בו שנאמנ' ליטול כתובה רק בפט"ז מאישו' הלכה כ"ו ושם מבואר דאמרה נתגרשתי ותנו לי כתובה הרי שמזכר' הכתוב' ג"כ והרמב"ם לשיטתו דפסק בהלכה ל"א באמרה מת בעלי והתירוני להנשא ותנו לי כתובתי נאמנת והטעם שעיקר ביאתה היא בשביל נשואין וכשאומר' תנו לי

כתובתי בלבד כ' רבינו הטעם שמא אין דעתה להנשא אלא ליטול כתובתה מחיים והוא הדבר אשר דברתי דלא שייך שלא תקלקל עצמה דשמא אין דעתה להנשא כלל. ועכ"פ דברי הרא"ש צע"ג דשם מבואר אף באומר' תנו לי כתובתי מ"מ נאמנת להנשא ולכתוב' ואף דמעיזה בשביל ממון מ"מ לא שייך בזה אין הולכין בממון אחר הרוב משום דבכתובת' חשיבה מוחזק' ועב"ח אהע"ז סי' ט' ואף שהב"ש השיג עליו מ"מ במרדכי מבואר כן וע"ש בגליון. ובזה נראה דלכך לענין תוספת כתובת' אינה נאמנ' משום דלזה לא חשיבה מוחזק' ובמהרי"ק שם האריך בטעם רבינו דלכך אינה גובה התוס' דלענין זה דרשינן המדרש כתובה לכשתנשאי לאחר והיינו כשאינו מכחיש' והמדרש כתובה הוא דוקא לתוס' כתובה בלבד ולא לעיקר כתובה ובמחכת"ה תמה אני מדוע לא הזכיר דברי הה"מ פט"ז מאישו' הלכה כ"ו דאדרב' מדרש כתובה לכשתנשאי לאחר הוא רק בגוף הכתוב' ולא לענין תוס' וכ"כ הר"ן והרא"ש סוף נדרים שם. ובאמת אם לא נאמר מהראוי לומר דמדרש כתובה אינו רק בגוף הכתוב' וע"ש במהרי"ק כמה דוחקים סבל בזה אבל א"א לומר כן והרמב"ן ובעל העיטור כתבו להיפך גם מ"ש לכשתנשאי לאחר הוא לא במכחיש' א"י מנ"ל הדרש הזה:

טו ומה שהאריך שם בדברי התוס' ביבמו' באמת המעיין שם ימצא שגם הוא הרגיש שאין דבריו מוכרחין. אך מ"ש ראיה דגם בתובע' כתובת' נאמנת להנשא דאל"כ מה פריך ביבמו' שם ולהמנה מדר"ה ולישני דמיירי בתובע' כתובת' אינו קושיא לפענ"ד דשם במשנה לא הזכיר רק דאמרה מת בעלי ולא נזכר כלל מתובע' כתובת' וגם דקטטה הוה דומיא דשלום בינו לבינה וגם בשלום כל שבאת לתבוע הכתוב' ולא אמרה התירוני להנשא אינה נאמנת ואם אמרה התירוני להנשא ותנו לי כתובתי נאמנת להרמב"ם ולשאר הפוסקים אינה נאמנת וא"כ אין נ"מ בין קטטה לשלום. ולפענ"ד יש לומר עוד מה דאינה נאמנת רק על העיקר ולא על התוס' הוא דבאמת לענין ממון יש לומר אוקי ממונא אחזקתו ואיתרע חזקת אין אשה מעיזה וגם המהרי"ק הרגיש בזה וכ' דזה דוקא בחזקה דאתיא ממילא אבל כאן אם נימא דאין אשה מעיזה ממילא מגיע לה הכתובה וזה מחזיק בממון שלא כדין וכמו חזקה א"א פורע בתו"ז דנאמן ע"ש ולפ"ז זהו לענין עיקר כתובה דכל אשה מגיע לה הכתובה וחזקת ממון לא שייך שכבר נתחייב אבל התוספת דזה אינו בכל הנשים רק שהוא רצה להתחייב א"כ זה שייך חזקת ממון דנגד זה ל"ש לומר דכבר נתחייב דהא מהראוי לומר דלא יתחייב תוספת כלל. אך זה דחוק דסוף סוף כבר נתחייב אמנם לפענד"נ דבר חדש דע"כ לא שייך חזקת ממון רק במקום שהממון הוא רק ממון גרידא אבל כתובה דעיקר חיוב הממון כדי שלא תהא בעילתו ב"ז

וא"כ לא מקרי חזקת ממון דהממון הוא באמת שלו רק שמחוייב לתת מצד האיסור דב"ז ול"ש בזה חזקת ממון. וכיוצא בזה כתבתי לענין ספק צדקה דל"ש חזקת ממון דהממון באמת שלו רק שהתורה אמרה צדק משלך ותן לו ע"ש בחבורי הלכות צדקה סי' רנ"ט וה"ה כאן אטו התחייב לה ממון שרצה ליתן לה והרי התורה חייבו או חז"ל חייבו שלא תהיה בעילתו ב"ז וא"כ כל שיש חזקה דאין מעיזה מגיע לה ממון מצד חיוב התורה ול"ש בזה חזקת ממון כנלפענ"ד דבר חדש וצריך סעד לתמכו ולפ"ז לענין תוספת כתובה לא שייך זאת:

טז והנה המהרי"ק הקשה שם על דברת התוס' ביבמות שם ד"ה באותה שעה שהקשו דאמאי לא מהמנה במיגו דאמרה גרשני דאיכא למ"ד דנאמנת אף שלא בפניו והקשה המהרי"ק דאף למ"ד דנאמנת לומר גרשני שלא בפניו היינו דוקא אם נשאת ל"ת והיא רוצית לומר מת כדי שיתירו אותה לכתחלה לפענד"נ דכל הטעם דנאמנת באומרת מת משום חומר שהחמרת עליה בסופה דתצא מזה ומזה ולפ"ז שפיר הקשו התוס' דלמה לא נאמינה במיגו דאמרה גרשני וא"ל דבאמת לא מת ולא גרשה והוא משקרת ורוצית שתנשא לכתחלה דא"כ למה נאמנת מטעם חומר שהחמרת עליה בסופה דאכתי לא תקנו כלום דאם תרצה להנשא ולא תצא בסופה תוכל לטעון דגרשה כבר וכל שכבר נשאת לא תצא ומה שטענה מקודם שמת הוא כדי להתירה לכתחלה אבל לעולם שנתגרשה כבר כנלפענ"ד ודו"ק היטב וגם ל"ש עיגונא דעכ"פ אם נשאת לא תצא ולא היו צריכין להאמינה מכח עגונא. וגם נלפענ"ד להוסיף דקושית התוס' דל"ש חומר שהחמרת בסופה דתוכל לטעון נתגרשתי ועתה מת בעלה דאז ממנ"פ תהיה נאמנת ול"ש מתוך חומר שהחמרת בסופה דאם נשאת ל"ת בשביל שטענה שנתגרשה ובלא"ה נרא' לפענ"ד דלכך הקדימו התוס' דמשום עיגינא הקילו רבנן והיינו דאל"ה לא היתה נאמנת משום חזקה וע"ז מקשה שפיר דעכ"פ חזקת א"א ל"ש כיון דעכ"פ יש לה מגו דטענה גרשתני ואף שלא בפניו נאמנת עכ"פ לענין דיעבד וע"כ דחזקת א"א לא אלים כ"כ דיש חזקה כנגדה ואף דלכתחלה מחמרינן מ"מ חזקת א"א ל"ש כ"כ ואתרע לה עכ"פ ושוב מהראוי להאמין כשאומרת מת דכבר אתרע חזקת א"א והרי כל ענין חזקה דייקא ומנסבא אינו רק דמרע לחזקה א"א וה"ה כאן עכ"פ אתרע חזקת א"א כיון דאם נשאת ל"ת וגם לפמ"ש הסמ"ע סי' ק"ח דמש"ה נאמן לטעון נאנסו במגו דהחזרתי משום דנאנסו ל"ש והחזרתי אף דהוה העזה מ"מ זה טוב יותר ולפ"ז הרי במת איכא העזה טפי מגרשתני דמת א"י להכחישה משא"כ גרשתני דיכולה להכחישו ובפרט כאן דכל דהעיזה שלא בפניו

ודאי יכולה להעיז אח"כ בפניו וא"כ שוב טוב לה יותר טענת גרשתני דאף דלא תנשא לכתחלה מ"מ יכולה להכחישו ואם נשאת ל"ת משא"כ במת דא"י להכחישו וז"ב ודו"ק.

יז עוד נלפענ"ד דהנה מ"ש המהרי"ק דמשמע דכל שלא בפניו לכתחלה לא תנשא כפי הנרא' טעמו דהרי החזקה היא רק דאינה מעיזה בפני בעלה וא"כ כל שלא בפני במלה לא סמכינן רק בדיעבד וכמ"ש התוס' שם ד"ה אית לי' דר"ה ע"ש ולפ"ז נ"ל דבר נכון דהנה לכאורה י"ל דזה חשוב כדיעבד דאם נימא דכל שמעיזה שלא בפני בעלה שוב עבידא לאחזוקי דיבורא ואפי' תאמר אח"כ בפניו אינה נאמנת א"כ שוב כל שאין לה תקנה חשוב כדיעבד וכעין זה כתב בשו"ת מוהרד"ך לענין אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד דאי נימא דכל דקבלו שלא בפני בע"ד אף אח"כ שיאמרו בפני בע"ד עבידו לאחזוקי דיבורייהו שוב הו"ל כדיעבד ע"ש וה"ה כאן.

יח אמנם באמת נחלקו הפוסקים בזה וע' בד"מ ריש סי' י"ז בזה ולפ"ז י"ל דכל דאפשר לומר אח"כ בפניו שוב לא חשוב כדיעבד דהא אפשר בתקנה ולפ"ז י"ל דהכי מקשו התוס' דלמה לא המנה מתחל' עד שראו דאיכ' עיגונא טובא וכמ"ש שם וע"ז מקשה דיש לה מיגו דהיתה יכולה לטעון גרשתני ואח"כ תבא ותאמר מת דאז יהי' חשוב כדיעבד דהא בשלמ' כל שטוענ' גרשתני ואנחנו ידענו אי' איפוא בעלה ל"ח כדיעבד דהא אפשר שתאמר בפני בעלה אבל כל שבאת אח"כ ותאמר מת ניהו דלא מהמנינן לה מ"מ דיעבד חשוב דהא לא אפשר שתברר וא"ל דנחיש שמא הוא חי ויבא לפנינו דאז ודאי יהי' העזה גדול' ולא תוכל להכחישו כדאמרו מת א"י להכחישו וא"כ מת גופא היא העזה וע"כ דאמרינן לפי שאינו לפנינו היא חושב' שודאי אינו חי ולכך אמרה מת וא"כ כיון שא"א לברר שוב הוה כדיעבד ודו"ק היטב. דרך כלל המעיין במהרי"ק שם באותה תשובה ימצא כי החריפו' תלהט אנה ואנה אבל לפענ"ד יש לפקפק הרבה וע' שטה מקובצת כתובו' פ"ט ותמצ' ג"כ שלא כדבריו דמדרש כתובה אינו רק בכתובה ולא בת"כ וההיפוך מדבריו יעו"ש. והנה בספר ק"ע למהר"ל סי' י"ז ס"ק וא"ו שנדפס מחדש ראיתי קושיא בהא דפריך בכתובו' כ"ב ומי חציפה כולי האי והאמר ר"ה האשה שאמרה לבעל' גרשתני נאמנת והקשה הוא דהא רבא מוקי כן להך דר"י והרי רבא חולק על ר"ה בנדרים פ"ט שם ואמר דזימנין דתקיף לה מבעלה ומעיזה והיא תימה רבה וכמדומה שעמדתי בזה ולא ידעתי מקומו. ולפענ"ד נראה דהנה רש"י פירש הא דאמרו זימנין דתקיף לה מבעל' דהיינו שעיניה נתנה באחר ע"ש בפירוש השני ולפ"ז נראה דלפי מה דמוקי רבא בתרי ותרי וא"כ א"א לה להנשא רק לאחד מעדיה וכדמוקי הש"ס שם דהא הבא עליה באשם תלוי קאי ולפ"ז הרי התוס' כתבו שם דבשנים לא

חשדינן להו דהא האחר לא משקר ולפ"ז כיון דלכ"ע אסורה ול"ש ענ"ב ולגבי העד לא חיישי' שוב גם לרבא נאמנת וז"ב ודו"ק. ובזה מיושב דברי הרשב"א שהבאתי למעל' דשפיר הוכיח דאף שהעיז' שלא בפניו מ"מ אינה יכולה להעיז אח"כ דאל"כ יקשה הא טרם שבאו עדים שאמרו לא נתגרש' היתה יכולה להעיז לרבא דהא מתקפ' לה מבעל' וענ"ב דהא תהיה מותרת לכ"ע דהא הי' לה עדים שנתגרש' וא"כ אף שבאו עדים אח"כ שוב תוכל להעיז וע"כ דגם בזה א"י להעיז ודו"ק היטב כי הוא חריף ועמוק קמ"ל:

יט והנה החריף מוה' אברהם לבוב ני' נד"ז הגאון בעל ים התלמוד אמר דהכוונ' של רבא לפמ"ש הרא"ש דיש לה חזקה שלא תרצה להיות אסורה כל ימיה ולפ"ז כיון דמתקפ' לה מבעלה תוכל להעיז ובאמת חושבת שלא תנשא כלל ורק שתפטור מבעלה שיש לה כעס עמו ולכך אינה נאמנת לומר גרשתני ולפ"ז שם דרוצי' להנשא לאחר גם לרבא נאמנת דלא תרצה להיו' באיסור ודפח"ח:

כ ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הרא"ש שכ' טעם חדש על מה דאשה נאמנת לומר גרשתני והא ר"ה מפרש טעמ' משום חזקה דאין אשה מעיזה ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת רבא פליג ואמר זמנין דמתקפ' לה מבעלה אך זה שייך כשאינה רוצית להנשא שייך לומר דיכולה להעיז ולא אלים כ"כ החזק' דאין אשה מעיזה דזימנין דמעיזה אבל אם רוצית להנשא שוב יש לה חזקה דאינה רוצית שתהי' באיסור כל ימיה ולכך הוסיף הרא"ש טעם זה והמעיין ברא"ש ימצא דזה עיקר כוונתו שכ' למעל' אף דרבא פליג הלכה כרה"מ מכח הני סוגיו' ועוד מכח החזק' דלא תרצה להיו' באיסור כל ימיה ולפ"ז לכך חידש הרא"ש טעם זה ודו"ק היטב:

כא ובזה מיושב קושית המהריב"ל דאמאי לא נימא דתהיה נאמנת לומר טמאה אני לך במגו דטענה גרשתני ולפמ"ש א"ש דאינה רוצה לטעון גרשתני כיון דאמרינן למשנה אחרונה דענ"ב שוב אם תטען גרשתני לא תוכל להנשא לאחר אבל בטמאה אני לך תינשא לאחר וענ"ב:

כב ובזה מיושב היטב מה שהקשה בשו"ת בית אפרים סי' קמ"ו דל"ל לחוש שענ"ב ות"ל דלמא מאיס עליה בעלה ולכך אינה נאמנת ע"ש בחלק אהע"ז. ולפמ"ש א"ש דכל שאינה רוצית להנשא לאחר שוב יש לה מיגו דגרשתני דא"ל דא"כ לא תוכל להנשא דהא כל שמאיס עליה בעלה תוכל לישב בלי בעל וע"כ חידש דחשו לענ"ב וא"כ ל"ש המגו וכמ"ש. ובזה מיושב היטב מה שאמר רבא אפי' למשנה ראשונה דנאמנת ולכאורה למה ליה לרבא למימר למשנה ראשונה דלא קי"ל כן. ולפמ"ש אתי שפיר דלמשנה אחרונה דחשו לענ"ב בודאי י"ל דנאמנת בגרשתני משום סברת הרא"ש ואין לה מיגו

דגרשתני משום דרוצית להנשא וענ"ב רק כיון דענ"ב וחיישינן לזה ממילא גם בגרשתני שייך החשש זה וכמ"ש רש"י בפירוש השני אלא אף למשנה ראשונה דל"ח לענ"ב אפ"ה בגרשתני חיישינן לענ"ב. ולפענד"נ עוד להוסיף דלפמ"ש הרא"ש דאם התחילה להעיז שלא בפניו שוב תעיז גם אח"כ ולפ"ז גם אם נימא דמתקפא לה מן בעלה ולא תרצה להנשא כלל ותוכל להעיז אף שנשאת אח"כ ג"כ ל"ש החזקה דהא י"ל דבשעה שהתחילה להעיז לא היתה רוצית להנשא ואז שפיר י"ל דהיתה יכולה להעיז ואח"כ אף שתרצה להנשא שוב יכולה להעיז ושוב מחמת החזקה שלא תרצה לאסור עצמה על בעלה לא מהמנא כיון דאזדא לה חזקה דאין אשה מעיזה דהא י"ל דאז היה בדעתה שלא תנשא ומעתה שפיר מקשה על רבא בכתובות שם דשם דאזלינן בשיטה זו דאף שהתחילה להעיז שלא בפניו מ"מ א"י להעיז אח"כ וכמ"ש הרשב"א שוב ליתנהו לדברי רבא ובזה א"ש דיוקא של הרשב"א דאם נימא דכל שהתחילה להעיז שוב תוכל להעיז אף בפניו שוב אין מקום לקושית הש"ס דהא יקשה קושית הרב הנ"ל דהרי רבא חולק ע"ז ודו"ק היטב כי חריף ועמוק הוא ת"ל ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ב חלק אהע"ז סי' צ"א: ובלא"ה נ"ל דהנה באמת צ"ב הא דאמר רבא זימנין דמעיזה ומשמע דאינו ענין ברור ואינו רוב רק זימנין שהוא כן וא"כ היאך דוחה החזקה בזה. אך נראה דהנה באמת חזקה דאין אשה מעיזה הוא נגד חזקת א"א רק חזקה דאתיא מכח סברא עדיף מחזקה הפוסקת כמ"ש התה"ד סי' ר"ז ולפ"ז כל שאינו ענין חזקה ברורה ופעמים שמעיזה שוב הו"ל נגד חזקה דא"א ולכך לא מועיל:

כג ובזה י"ל דלכך הצריך הרא"ש עוד טעם בשביל שלא תרצה לאסור עצמה כל ימיה ולפ"ז שם בתרי ותרי ובאו עדים שהתירוה מקודם שוב אזל לה חזקה דא"א וכמ"ש רבינו ברוך ז"ל בתוס' כתובות כ"ו ע"ב וא"כ שוב מועיל חזקה דאין אשה מעיזה פניה נגד חזקת א"א דרבנן ואף לדידן דלא קי"ל כר"ב מ"מ עכ"פ אתרע חזקת א"א שלה ודו"ק היטב ובזה יש ליישב גם דברי הרשב"א הנ"ל ואין להאריך:

כד והנה לכאורה צ"ב הך שכתב הרא"ש דיש חזקה שלא תרצה לאסור כל ימיה ומה חזקה יש לה והא כיון שהבעל מכחישה ואומר לא גרשתיך א"כ שוב מהראוי היה שהב"ד יבקשו ממנו שיגרשה כדאמרו בקידושין דף ס"ה מבקשין ממנו ליתן גט וכאן עדיף משם דשם א"י לכופו דלא ניחא ליה ליתסר בקרובותיה וכאן ב"כ וב"כ כבר נאסר בקרובותיה וא"כ מה הפסד יש לו בזה. אך ז"א דבאשת ישראל הבעל יש לו הפסד דהוא טוען דאינה גרושה והוא רוצה לדור עמה ולמה יגרשה שתהיה מותרת להנשא לכל אדם אדרבא יאמר הבעל אם איני מגרשה עכ"פ לא תנשא לאחרים שהרי היא יודע שלא

גרשה וא"כ שוב יש לה הך חזקה דלא תרצה לאסור עצמה. ובזה מבואר מה דאמר ר"ה רק החזקה דאין אשה מעיזה ורבא פליג דמעיזה ולא אמר סברת הרא"ש משום דרש"י פירש דהך אבעיא באמרה לבעל גרשתני וקאי בא"כ והרי בא"כ שוב אין לבעל הפסד במה שיגרשה דבלא"ה אסורה לחזור לו דלפי מה שהוא טענה שכבר נתגרשה שוב אין לה חזקה שלא תרצה לאסור שהרי מבקשין מבעלה שיגרשנה ואפשר דגם כופין שהרי אין לו הפסד וכמ"ש הרמב"ם שם. ובזה מיושב מה שפירש"י לענין א"כ ולא פירש כהר"ן דהנ"מ לענין שתנשא לאחר ועיין דרישת ארי וק"ע למהר"ל. ולפמ"ש א"ש דבזה ל"ש סברת הרא"ש ושפיר לא אמר ר"ה רק מטעם חזקה דאינה מעיזה לבד: עוד היה נ"ל דבר חדש דלכאורה צ"ב לפמ"ש הרמב"ם בטעם דאם הבעל אומר גרשתי דא"נ משום די"ל דבגט פסול גירש וא"כ יקשה להיפך למה באומרת גרשתני נאמנת ודלמא גרשה בגט פסול והוא אינה מעיזה לגמרי דעכ"פ גירשה בג"פ ומצאתי בבית מאיר ריש סי' י"ז שהעיר בזה וצ"ל דרב המנונא לא חש לזה שמא גרשה בגט פסול דמה"ת לחוש לזה ולפ"ז י"ל דרבא ס"ל דחיישינן שמא גירש בגט פסול ולכך יכולה להעיז. אמנם רש"י פירש דבא"כ מיירי שם וא"כ ל"ש גט פסול דאף בגט פסול עכ"פ ריח הגט הוה ופסולה לכהונה וא"כ הרי הוא אומר לא גרשתיך והיא מודה שעכ"פ לא הי' גט פסול ולכך נאמנת דבשלמא באשת ישראל כל שאומר לא גרשתיך אף גט פסול בכלל דכל שהגט פסול הרי הוא בכלל לא גרשתיך משא"כ באשת כהן דעכ"פ פוסל לכהונה ושוב אין לחוש לזה ודו"ק: ובזה מיושב היטב הקושיא הנ"ל דמה פריך בכתובות על רבא והא רבא חולק על רה"מ ולפמ"ש א"ש דשם בתרי ותרי עכ"פ שני כתי העדים מעידין שלא היה כאן גט פסול ושוב שייך חזקה דאין אשה מעיזה ורבא לא פליג רק מטעם שיש לחוש שהי' גט פסול ודו"ק היטב:

סימן עו

א נסתפקתי במי שנתן מעות על המקח ולא משך דקי"ל דאינו קונה במטלטלין ומת המוכר בתוך כך קודם שמשך אם הבנים מחוייבים לקבל מי שפרע. ולכאורה רציתי לומר דכמו דקי"ל דהנודר ומת אין הבנים מחוייבין לקיים א"כ גם הבנים אינם מחוייבין לקבל מי שפרע דהרי באמת אין מעות קונות כלל רק שחייב לקיים דיבורו ועובר במי שפרע אבל עכ"פ לא עדיף מנודר ונשבע ומת דאין הבנים חייבין לקיים. אבל אחר העיון נראה דהבנים עוברים במי שפרע דבאמת כיון דמן התורה קנין הוא רק שחז"ל עקרוהו וכיון דלענין מי שפרע נתקיים הקנין א"כ לענין מי שפרע נקרא קנין דכל דנתקיים חשש

חז"ל שמא יאמרו נשרפו חיטך לא נקרא קנין מוחלט אבל מ"מ לענין שיהי' חייב לקיים הקנין מקרי קנין וזה שאמרו בכ"מ שקונה למי שפרע והיינו שמקרי קנין שגם הבנים חייבין בזה וז"ב לפענ"ד. וגדולה מזו נראה דגם לגבי בכור נקרא מוחזק ונוטל פי שנים בזה. וראיה ברורה ממ"ש התוס' בב"ב דף קנ"ז ע"ב ד"ה הכא שכתבו דמכירי כהונה הוה כמתנה מועטת ואף דיכול לחזור כל כמה דלא חזר הו"ל מוחזק ע"ש הרי שאף שלא קנה כלל רק משום שאסור לחזור אף שהבנים יכולים לחזור מ"מ מקרי מוחזק א"כ ה"ה וכ"ש בזה דהוה קנין מן התורה וז"ב לפענ"ד וע' בקצה"ח סי' ער"ח ודו"ק:

ב אחר שכתבתי זאת מצאתי בשו"ת רדב"ז ח"א סי' של"ד שכתב בכעין נדון זה שאחד מכר לחבירו בעת שהיה חולה מחמת מיתה בעד חוב שנתחייב לחבירו מכר לו חפץ וכתב הוא דל"ק זה כיון דמעות אינן קונות ואילו היה רוצה היה חוזר נוכל לטעון בעד היתומים שמא היה חזר בו ויתמי לאו בני מי שפרע נינהו ע"ש. ובמחכ"ת נפלאתי מאד ע"ז דמלבד דלפענ"ד נראה העיקר כמ"ש דהבנים עוברים במי שפרע אף גם שנטעון בעד היתומים שמא היה חוזר זה הוה מלתא דל"ש וגרע מיניה דודאי לא טענינן בעד היתומים וחזקת ישראל שלא יעשו עולה לעבור במי שפרע כנלפע"ד. מיהו בלא"ה הדבר תמוה דמלוה אינו קונה כלל כמבואר בחו"מ סי' קצ"ט ומקורו מקידושין דף מ"ו במכר לא קנה וצע"ג וע' ברדב"ז שם סי' תקצ"ה. שוב ראיתי דדברי הרדב"ז נובעים מהא דאמרו בגיטין דף נ"ב ע"א דנכסי יתומים הרי הן כהקדש ולא מקני אלא בכספא יהבו יתמי זוזי אפירי זול לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש וע' בתוס' שם דאף מי שפרע א"צ לקבל דיתמי לאו בני מי שפרע נינהו ומזה הוציא דינו דיתמי לאו בני מי שפרע ננהו (וע' בפ"י שם) אבל אכתי אינו ראיה דניהו דאם רצו לחזור בהם תקנו רבנן שיוכלו לחזור בהם ול"ש מי שפרע אבל מה שאביהם מכר שייך מי שפרע על אביו וא"כ כל שמת אפשר דמקרי קנין עכ"פ שיהיו צריכין לקבל מי שפרע. ובאמת בטוש"ע חו"מ סי' קצ"ט לא נזכר כלל אם חזרו היתומים אם צריכין לקבל מי שפרע ואדרבא מפשטת דבריהם משמע דדינם ככל אדם וא"כ עכ"פ צריכין לקבל מי שפרע ומצאתי בדרישה שעל מה שכתב שאם הוזל ורוצה הלוקח לחזור שחוזר ומקבל מי שפרע מטעם שרעה היא ליתומים שלא ירצה אדם לקנות מהם וכתב ע"ז בפרישה שא"ל גם בנתייקרו דלא יוכלו היתומים לחזור בשביל זה משום דדינם שוה לכל אדם וא"כ למה לא ירצו להקנות ולקנות מהם ואף דשאר אדם צריך לקבל מי שפרע מ"מ ע"י שליח אינו מקבל מי שפרע כמבואר סי' קפ"ב והנה דבר גדול דיבר בזה דע"י אפטרופוס לא שייך מי שפרע ולפ"ז אפשר דגם הא דיתומים יכולין לחזור הוא דוקא כשהוא ע"י אפטרופוס ולפ"ז בנ"ד דאביהם מכר

שייך מי שפרע גם ביתומים. אבל המעיין בדברי התוס' משמע דבלא"ה א"צ היתומים לקבל מי שפרע ובאמת בטור מבואר דביתומים אוקמוה אד"ת לפיכך אם האפטרופס מכר וכו' משמע כדרישה דרק באפטרופוס הדברים נאמרים אבל בש"ע כתב יתומים או אפטרופוס שלהם וא"כ צ"ע אמאי לא ביאר אם צריכין לקבל מי שפרע. שוב נזכרתי שהדבר מבואר ברמב"ם ובטוש"ע חו"מ סי' רל"ה ס"ד דבקטן שנתן מעות על המקח אינו מקבל מי שפרע וה"ה כתב שלמדו מהא דאמרו ביתומים הרי הם כהקדש וכתב ה"ה ששם ביתומים שיש להם אפטרופוס וכן הדין לקטן עצמו. וכפי הנראה שלל בזה דלא ניחא לחלק דאפטרופוס שאני דהוה כשליח משא"כ היתומים עצמם ועכ"פ יהיה איך שיהי' נלפענ"ד דדוקא היתומים בעצמם א"צ לקבל מי שפרע כיון דחז"ל תקנו שיהי' דינם כהקדש ויפו כחם א"כ גם בזה יפו כחם אבל במה שעשה אביהם נלפענ"ד דצריכין לקבל מי שפרע ועכ"פ לא טענינן בשבילם שאביהם היה חוזר בו ודו"ק:

ג ובדברי התוס' שכתבתי מצאתי בשיטה מקובצת בב"ב דף קכ"ג שכתב בשם עליות דלא בשביל דאסור לחזור בו דאכתי הוה ראוי דיכול לחזור בו ורק דכל דאשתחיט בחיי אביהן א"י לחזור ועשו שאינו זוכה כזוכה ע"ש וזהו דלא כשיטת התוס' ודברי הקצה"ח סי' ער"ח צ"ע.

ד והנה במ"ש למעלה דלענין בכור ודאי מקר' מוחזק כיון דאסור לחזור ועובר במי שפרע א"כ הוה כמו מכירי כהונה דמקרי מוחזק בשביל דאסור לחזור בו כעת נתיישבתי דל"ד דשם דמיירי שהנותן לו מתנות הוא חי רק שהכהן המקבל מת ע"ז שפיר אמרינן כיון דהנותן הוא מכירי כהונה ורגיל לתת להכהן הזה אף שזה מת מ"מ כיון דאשתחט בחיי אביהן ומתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין א"כ כבר זכה האב בהן וע' תוס' שם שכתבו בהדיא דאם לא אשתחיט בחייו ל"ש שזכה בו המת ולא היה מקרי מוחזק ולפ"ז כאן שהמוכר מת ניהו דהוא אסור לחזור בו וקאי במי שפרע אבל הבנים אם נימא דלא קאי במי שפרע שוב פשיטא דל"מ מוחזק ואף אם נימא דקאי במי שפרע היינו לא מחמתם רק בשביל אביהם שמחוייבין לעשות כל מה שהיה צריך אביהם לעשות אבל מוחזק לא מקרי דאביהם שנתחייב אינו בעולם וגם לפמ"ש בש"ע סי' קפ"ב סעיף יו"ד דע"י שליח לא שייך מי שפרע משום דמה לו להשליח אם חזר בו המשלח ע"ש א"כ גם כאן אם נימא כמ"ש הרדב"ז דטענינן עבורם שמא היה חוזר בו אביהם וא"כ שוב לא עליהם המי שפרע דמה להם לעשות אם אביהם היה חוזר בו הם לא מכרו החפץ והוה דומיא דשליח ואף שכתבתי למעלה דלא מסתבר כלל לטעון שמא חזר בו אביהם דמה"ת לחשוד אותו דחזר בו ושארית ישראל לא יעשו עולה מ"מ פוק חזי מאן

גברא רבא שכתב כן הרדב"ז ז"ל וא"כ עכ"פ לא מקרי מוחזק וע' בשו"ת אא"ז הח"ץ ז"ל סי' ע' באופן שחזרני בי דל"מ דלא מקרי מוחזק אלא גם מי שפרע אפשר דלא קאי היתומים ומטעם שכתבתי דכיון דטענינן עבורם שמא חזר בו האב א"כ עכ"פ ל"ש מי שפרע לגבייהו ואף אם לא טענינן עבורם מ"מ הספק במקומו עומד ולא נוכל לחייב במי שפרע דיתמי לאו בני מי שפרע הן ואף דכתבתי לחלק לא בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה והעיקר כהרדב"ז:

ה והנה התוס' בגיטין דף נ"ב ע"ב ד"ה דאתו הקשו דא"כ לעיל גבי משיך פירי מיתמי ואייקור דאמרו היינו דר' חנילאי והדרו בהו ואמאי והא רעה היא לגבייהו דא"כ יאמרו הלוקחין נשרפו חטכם בעליה וכתבו דהלוקחים הוו ש"ש על הפירי כיון דיכולים לאכלם ולעשות בהם כל חפצם ע"ש וראיתי לשארי הגאון בעל נתיבות המשפט סי' קצ"ט שהקשה דא"כ גבי הקדש יקשה קושית התוס' דרעה היא לגבי ההקדש ושם ל"ש לומר דהלוקחים נעשו ש"ש דהרי על ההקדש ל"ש תורת שמירה וגם הקדש אינו מתחלל רק על הכסף וא"כ א"י לאכול הפירי ולעשות כל חפצם עד שיתחלל על הכסף ע"ש:

ו והנה באמת שדבר גדול דיבר בזה ועמ"א סי' קנ"ג ס"ק כ"ח ומ"ש בגליון שם וצ"ע בתוס' מעילה דף י"ד ע"ב ד"ה מותר ע"ש והנה בגוף קושית הנ"מ הנ"ל נרא' דהנה באמת בר"ן בגיטין פ' הניזקין [וכפי הנראה פ' הניזקין הוא מהנימוק"י] כתב דלענין אונסין הוה באחריות הלוקחין ולענין חזרה הוה ברשות היתומים לחזור וישב בזה קושית התוס' ע"ש. אבל התוס' כפי הנראה לא ניחא להו בזה דממנ"פ אם לענין אחריות אונסין קאי ברשות הלוקחין משום גזירה שמא יאמרו נשרפו חטכם אין סברא דיוכלו לחזור בו ויהי' ידם עדיפי בתרתי דממנ"פ או שקנו כקנין תורה או כקנין דרבנן במשיכה. אמנם נרא' דזה דוקא ביתומים דבאמת הא דדבר תורה מעות קונות הוא משום דבהקדש כתיב ונתן הכסף וקם לו ויליף הדיוט מהקדש או דרוב קנינים בכסף כמ"ש רש"י בב"מ דף מ"ז ובנימוק"י שם ולפ"ז בשלמא לענין יתומים כיון דחז"ל עקרו הקנין כסף ורק דביתומים העמידו על ד"ת אין סברא דיהיו היתומים עדיף בתרתי לענין חזרה יהי' דינם כד"ת ולענין אונסין יהי' דינם כדין קנין דרבנן אבל בהקדש דבאמת עיקרו בכסף כדכתיב ונתן הכסף וקם לו א"כ באמת רבנן עקרו לקנין תורה שלהם ולכך לענין אונסין שפיר הוה באחריות הלוקחין דבשב ואת"ת יש כח ביד חז"ל לעקור קנין תורה אבל לענין חזרה פשיטא דיוכל ההקדש לחזור דאין כח ביד חז"ל לעשות שאינו קנין קנין ומה שהוא קנין באמת לא יהי' קנין וכ"ז דלא נתן מעות לא קני. שוב ראיתי בר"ן פ"ק דקידושין גבי רשות ההקדש בכסף דביאר בהדיא שיש לחלק בין הקדש ליתומים לענין מי שפרע ע"ש דיתומים באמת דינם

במשיכה אבל הקדש עיקר דינו בכסף. ובלא"ה נלפענ"ד דבהקדש בלא"ה לא מצי לומר נשרפו חיטך בעליה והיינו שלא קניתי דהרי כיון שעכ"פ אמר לתת כסף הרי אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ונתחייב לתת להקדש מעות ומה לו להקדש באונסו של זה כל דאיכא רווחא להקדש ודו"ק. איברא דיש לפקפק בזה דע"כ לא אמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט רק באם נדר ליתן להקדש אבל כאן הרי לא נדר רק קנה מהקדש וא"כ כל שלא בא לידו החפץ ונשרף קודם שקנה אותו ל"ש אמירה לגבוה בזה. אך נראה דהנה בהא דמשני בב"מ דף נ"ו בשקנו מידו והקש' בתוס' דבמתנה ש"ח להיות כשואל פריך הש"ס במאי בדברים ומשני בהאי הנאה דנפקין עליה קלא דגברא מהמנא הוא אלמא דלא בעי קנין וכתב הריטב"א בחידושיו דבהקדש ל"ש בהאי הנאה דהכל נאמנים אצל הקדש ובודאי לא יפשעו בהקדש וישמרו אותו ומעתה כיון דכל תגזירה שמא יאמרו נשרפו חיטך בעלייה הוא משום דלמא לא ירצה לטרוח ולהציל וכאן בהקדש בודאי יטרח ויציל דהכל נאמנים אצל הקדש ובודאי ישמרו אותו. ובלא"ה נראה לפענ"ד ברור דכל שמשך אותו כדינו פשיטא דכבר נפקע כח הקדש בדק הבית מעליו כיון דבאמת מדרבנן קנה אותו והפקר ב"ד הפקר ושוב אינו של הקדש עכ"פ וחייב בתורת שמירה דממנ"פ כיון דאתה אומר דמשום גזירה דנשרפו חיטך בעלייה מהראוי להיו' קונה במשיכה ושוב אינו של הקדש וחייב בשמירה ואף דההקדש יכול לחזור היינו דכיון דמה"ת לא קנו לא אלמו חז"ל לגזירתם ותקנתם שלא יוכל לחזור בו ההקדש אבל באמת כבר קנהו הלוקח ואינו הקדש עוד וחייב בשמירה וזה נראה לפענ"ד ברור ודו"ק היטב:

ז עוד נראה לפענ"ד דבר חדש כיון דבאמת תקנו רבנן דמשיכה קונה א"כ יש לומר דגלי דעתי' דרצה לקנות בזה ושפיר קנה הלוקח במשיכה וחייב באחריות ואף דהוא יכול לחזור בו היינו דל"מ גילוי דעתו שלו שיקנה בע"כ של מוכר ועיין בסי' רס"ח בחו"מ שמביא הב"י שני דיעות אם שייך לומר בנפילה גלי דעתי' ואף לשיטת הסוברים דבקנין דרבנן לא שייך לומר בנפילה גלי דעתי' היינו שם דיש לו קנין תורה וקנין דרבנן שפיר י"ל דקנין דרבנן לא אלים כ"כ אבל כאן דבאמת רבנן עקרו הקנין תורה ועשו קנין דרבנן לענין זה ורק בהקדש העמידו דבריהם על ד"ת שיהיה יוכל לחזור בו אבל עכ"פ כל שלא חזר בו שוב גלי דעתיה דניחא ליה בקנין דרבנן ושפיר קנה ועומד באחריותו ומידי דהוה אי פריש בהדיא לקנות במה שאינו קנין כלל דדעת הב"י סי' ק"ץ דקנה ואף דהש"ך חולק אבל כאן שהוא באמת קנין גמור מדרבנן ועקרו להקנין פשיטא דקנה עכ"פ לענין זה שיהי' באחריות הלוקח.

ח ומדי דברי זכור אזכור מה דתמי' לי דברי הר"ן פ"ק דקידושין בסוגיא דבהמה גסה נקנית במסירה שכתב שם דלכך ל"מ משיכה אף דעדיף ממסירה משום דגלי דעתי' דלא רצה לקנות בזה וצ"ע דהא לשיטת הרבה מהפוסקים לא קיי"ל כהך דבנפילה גלי דעתי' ואף להפוסקים דמחלקי' בין קנין תורה לדרבנן כאן משיכה ומסירה הם קנינים שווים וצ"ע:

ט ומדי דברי זכור אזכור במה שחדשו התוס' והרא"ש בב"מ דף מ"ז ע"ב בתוס' ד"ה אי שחדשו דאם נשרף יכול הלוקח לחזור אף לר"ש והביאו ראיה מהאי גברא דיהיב זוזא אחמרא ובעי למנסב בי פרזק רופילא ולא אמרו שם דמקבל מי שפרע וע"כ דל"ש מי שפרע כיון דמפסיד לגמרי ובב"י האריך בסי' ר"ד אם באונס ממש אי שייך מי שפרע וכתב שם דדעת המרדכי דאף באונס ממש שייך מי שפרע וכן רצה לפרש דברי הרמב"ם ע"ש ובבה"ב שם חזר בו ונפלאתי מדוע לא זכר שר הא דאמרו בב"מ דף ע"ט דאם אמר חמור סתם צריך ליקח חמור אחר וכתב הראב"ד דוקא שהקנה לו בקנין דאל"כ אינו מחויב דלא קנה כלל דלא משך וגם מי שפרע לא שייך כיון שמת והובא ביתה יוסף סי' ש"י וביאר הדבר דלא שייך מי שפרע רק אם מבטל המקח ברצונו אבל זה שאנוס הוא שמת החמור לא שייך מי שפרע ומדברי הרא"ש וכל הפוסקים שם לא נראה סתירה לזה רק דהם מפרשים דנשתעבד במשיכתו של החמור שמת נשתעבדו נכסי המשכיר ע"ש אלמא דאי לא נשתעבד כל שלא פשע ואונס הוא לא שייך מי שפרע. ובאמת שאף אם נימא דגם באונס לא שייך מי שפרע לא יתיישב דברי הש"ס דהרי הש"ס אמר דחייב להעמיד לו אחר ומשמע חיוב גמור ולא דקאי בתורת מי שפרע בלבד וא"כ שוב יותר מסתבר כדעת הראב"ד דל"ש מי שפרע כלל באנוס לגמרי ועכ"פ הי' לו להב"י להזכיר זאת:

י והנה בחג השבועות תרט"ז כה הגיד לי החריף מו"ה מרדכי מיזיש נ"י במ"ש הרמב"ם פ"ט ממכירה גבי קנה הגזבר דאם הוזל חוזר והראב"ד הסכים על ידו וכתב ראיה ממספק סלתות בשלשה ועמדו בארבע' דמספק בארבעה והר"ן והרשב"א תמהו בזה כיון דהדיוט קאי במי שפרע שוב א"י ההקדש לחזור בו וע"ז אמר הוא כיון דקי"ל דע"י שליח לא שייך מי שפרע דיכול לומר לתקוני שדרתיך כמבואר בטוש"ע סי' קפ"ב ס"ק ז' וא"כ ה"ה גזבר ההקדש דהוא שליח כללי על כל צרכי ההקדש דל"ש מי שפרע ולכך מספק בארבעה ויוכל לחזור בו ולפענ"ד ז"א דניהו דבשליח ל"ש מי שפרע מ"מ בהקדש קונה מן הדין בכסף ופשיטא דא"י לחזור וז"ש הרשב"א והר"ן דכיון דהדיוט מקבל מי שפרע לפיכך בהקדש אינו חוזר שאינו ראוי לקבל מי שפרע והרי שס"ל דהקדש ל"ש מי שפרע ואפ"ה

אינו ראוי לחזור דעכ"פ קנה מדינא ואף דמהרשב"א משמע דמשום דאינו ראוי לקבל מי שפרע הוא אבל הדבר בעצמותו נכון דהרי בהקדש מן הדין קנה ואיך יכול לחזור בו וא"ל כיון דההקדש יוכל לטעון לתקוני שדרתיך שוב אינו קונה כלל והוה מקח טעות דז"א דמה"ת לומר דאם הוזל אח"כ יתבטל המקח למפרע והא הדבר תלוי בדעת שניהם וכמ"ש התוס' בכתובות מ"ז ורק דהקדש יכול לטעון למה לא התנית כשער הזול וא"כ כל שקנה מן הדין שוב לא יוכל לחזור. ובלא"ה נראה לפענ"ד דבהקדש לא שייך לתקוני שדרתיך דהרי לא עדיף מאילו הי' מזיק בהקדש דפטור ומכ"ש בזה דאינו מזיק גמור דלא הי' ברור שיוזל ופשיטא דהגזבר קנה. והנה מדי שוטטו עיני בדברי הה"מ והכ"מ שם אמרתי להעיר במ"ש הכ"מ דלמה לי קרא בהקדש ונתן הכסף וקם לו הא בהדיוט ג"כ כסף קנה והדבר תמוה דהא בנימוק"י מבואר דהדיוט נלמד מהקדש מונתן הכסף וקם לו יעו"ש ומהתימה על המלמ"ל שהשיג ג"כ על הכ"מ ולא העיר מזה וגם לשיטת רש"י דרוב קנינים בכסף עכ"פ איצטריך למכתב ונתן הכסף וקם לו דהרי רוב קנינים היו בכסף ואורחא דמלתא היא כן גם במ"ש למעלה דקני בהקדש באמירה בעלמא הנה באמת הרמב"ן הובא בהה"מ שם כתב דכל שנשתנה השער אינו יכול לכופו באמירה בעלמא וגם אני הזכרתי בזה לעיל דכל שנשרף ודאי ל"מ אמירה בעלמא. שוב ראיתי בהמקנה שכתב ג"כ ליישב דברי הרמב"ם והראב"ד הנ"ל עפי"ז דבשליח ל"ש מי שפרע ולפענ"ד נראה כמ"ש עיקר ודו"ק:

סימן עז

א ביאור ענין דבר ולא חצי דבר והשיטות הנאמרים בזה.

ב מקור הדבר היא בב"ק דף ע' ע"ב פלוגתא דר"ע ורבנן הרי אכלה שנה ראשונ' בפני שנים וכו' הרי זו חזקה אלא שר"ע חולק בדבר שנאמר דבר ולא חצי דבר ורבנן דבר ולא ח"ד מאי עבדי לי' למעוטי ב' אומרים אחד בגבה וב' אומרים אחד בכריסה והנה ראש המדברים בזה הרי"ף ז"ל כתב שהראשונים שאלו מה בין זו לחזקה דהתם מצטרפין וכתב דש"ה דכל עדות של הכתות מועיל עכ"פ להפירות של שנה זו ומיגו דהוה עדות להפירות הוה עדות לענין חזקה אבל בב' שערות כל אחת בפ"ע אינו עדות כלל ע"ש והבהעה"מ תמה דאכתי קשה מהא דקאמר הש"ס בב"ק לימא מתניתין דלא כר"ע ולשיטת הרי"ף גם כרבנן לא אתיא דלדידי' עידי טביחה לא הועילו בלי עידי גניבה ואף דעידי גניבה לא צריכי לעידי טביחה הא בהס"ד לא הוה ידעינן מהסברא הלז דהא אח"כ חידש הש"ס זאת דמי לא מודה ר"ע בעידי קידושין ע"ש ולפענ"ד נראה דיש ליישב דבאמת ענין דבר

ולא חצי דבר ל"ש רק בענין אחת וכמו חזקה דענין חזקה לא הוה רק בשלשה שנים וכן ב' שערות דלא הוה סימן גדלות רק בשתי שערות וא"כ מקרי חצי דבר והוצרך הרי"ף לדחוק דמועיל עכ"פ לפירות אבל כאן בעידי טביחה דהגניבה והטביחה הם שני ענינים נפרדים ועל הגניבה חייב כפל ועל הטביח' ד' וה' וניהו דכל זמן שאין כאן עידי גניבה ל"ש ענין עידי טביחה דדלמא שלו הוא טובח אבל כל שידעינן מקודם דגניבה היא העידי טביחה הם עדות שלם ועידי גניבה הם רק גילוי מלתא דלא שלו טבח אבל הטביחה היא עדות שלם בפ"ע ושפיר לרבנן הוה עדות שלם ורק לר"ע דס"ל אף בעידי חזק' מועיל לפירות ולענין הפירות הוה עדות שלם ומהראוי שיועיל גם לענין חזקה ואפ"ה לא מועיל לכ"ע דהוא בעי שהעדים יגידו כל דבר ולא יהיו צריכים לעדות אחרים וא"כ גם בזה הא עכ"פ לולא עידי הגניבה לא הי' מועיל עדותם ולזה אמר דלא כר"ע וע"ז משני כיון דעידי גניבה ל"צ לשום דבר והיינו דבאמת גם ר"ע מודה דהם ענינים נפרדים וכל שידענו שלא שלו הוא שפיר הוה עדות שלם לר"ע וז"ב. ובזה מיושב לדעת הרי"ף הא דהקשו בתוס' ב"ק ובב"ב דף נ"ו מהא דאמרו בגיטין דף ס"ב דצריכה להביא שתי כתי עדים אחת שבפניהם אמרה ואחת שבפניהם קבל וקרע והקשו דהא אותן שאמרו שקבל צריך לעידי אמירה וכן להיפך ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דשם ענינים חלוקים הם דודאי צריכ' שתאמר לשנים לקבל הגט והשליח צריך לקבל בפני שנים א"כ כל כת בפ"ע דבר שלם הוא משא"כ בשערות וחזקה דלא הוה ענין עד שיאמרו על כל הג' שנים דעד ג' שנים לא מקרי גדר חזקה וכן קודם השתי שערות לא מקרי גדר הגדלות וז"ב כשמש לדעתי ומהתימה על הה"מ והרמב"ן במלחמות שנתקשו בזה ולא העלו תירוץ מספיק. ולפענ"ד הדבר מבואר כמ"ש ובזה מדוקדק לפענ"ד הא דבב"ק מסיימי למעוטי שנים אומרים אחת בגבה וכו' דהני אמרי קטנה היא והני אמרי קטנה היא ובב"ב לא מסיימי הך דהני אמרי קטנה היא ובחידושי ת"ח עמד בזה בב"ק שם ואמר כי הש"ס כיון ליישב דמ"ש מעידי טביחה דלענין חזקה יש לומר כתירוצו של הרי"ף משא"כ בב"ק דקאי לענין עידי טביחה דלא שייך תירוצו של הרי"ף ויקשה שם קושיתו וצ"ל דשם לא היו יכולים לראות יותר משנה אחת ואותו שנה ראו משא"כ בשערות דהיו יכולין לראות יותר ומדלא ראו יותר משמע שאומרים שאכתי קטנה היא ובאמת שסברא זו מוזכר קצת בבעה"מ בב"ב שם אבל הוא דחוק דמה בכך שלא ראו יותר ואטו בשביל זה מגרע גרע ועיין רשב"ם שם שמחלק כעין סברא זו אלא שכפי הנראה רוח אחרת אתו דהוא מחלק כיון שלא ראה רק שערה אחת ולא התחיל עדן סימני גדלות דיכול להיות דהוה שומא בעלמא כל עוד שאינו מעיד על שנים משא"כ בחזקה וזה סברת מלחמת ד' להרמב"ן ז"ל בב"ק שם

ובאמת שסברא נחמדה היא אבל א"צ למה שהרכיב הרשב"ם אתרי ריכשי סברת התוס' והרמב"ן ביחד דוק ותשכח עכ"פ יהיה איך שיהי' לשיטת הרי"ף ודאי קשה ועיין בת"ח בחידושיו לב"ב שם ולפמ"ש אתי שפיר דגם להרי"ף עיקר הסברא דבשערות לא מקרי גדר הסימני גדלות רק בב' שערות וא"כ כל שלא מעיד על שתי שערות מעיד על הקטנה עדיין משא"כ בטביחה ומכירה וזה שסיים בב"ק דהני אמרי קטנה היא לחלק בין שערות לעידי טביחה וגניבה וז"ב ודו"ק ובזה מיושב מה דק"ל למה מצטרף בעידי חזקה לשיטת התוס' ישנים בכריתות דף י"ב דצריך שיתכוין לשם עדות וא"כ כל שלא ראה רק שנה אחת לא נתכוין לשם עדות דמה יעיד ולשיטת הרי"ף אתי שפיר כיון דעכ"פ לפירות הי' עדותו עדות מועיל גם לענין חזקה וזה שמסיים דהני אמרי קטנה היא והיינו שלא נתכוונו להעיד על סימני גדלות כלל:

ג והנה לכאורה היה קשה לי בהא דעידי גניבה וטביחה דהיאך יתחייבו עידי טביחה הא יכלו לומר סברנו דדידיה קא טבח וכעין דאמרו בב"ק דף כ"ד לענין יעודי גברא והוצרך לאוקמא במרמזי רמוזי או שבאו רצופים ושבתי וראיתי בתוס' ב"ב דף נ"ו שם דכעין זה הקשו על עידי חזקה ותירצו דכיון דהמחזיק מביאם מסתמא לטובתו באו וידעו למה מביאם וכ"כ הנימק"י שם וא"כ גם כאן י"ל דאם לא ידעו שיש עידי גניבה למה באו להעיד על הטביחה הא כל שאין כאן עידי גניבה אין חייב על הטביחה וז"ב ופשוט:

ד ולפענ"ד היה נראה ליישב קושית הרי"ף דלכך מועיל בעידי חזקה אף דאין כאן דבר שלם משום דכיון דבד"מ דנין עפ"י אומדנא וכמו גמל האוחר בין הגמלים ובתשובה הארכתי בזה לבאר זאת באר היטב ודחיתי דברי המהרי"ק בתשובה סי' קכ"ט ולפ"ז כיון דעכ"פ יש כאן שלשה כתי עדים שאכל שלש שנים ניהו דלא מקרי עדים אבל עכ"פ אומדנא מקרי לענין החזק' וז"ב מאד ועיין בתוס' ב"ק דף כ"ד ע"ב ד"ה במכירין ודו"ק:

ה והנה בהא דאמרו בסנהדרין דף פ"ו עידי גניבה ועידי מכירה בנפש שהוזמו חזקי' אמר אין נהרגין ור"י אמר נהרגין ומפרש דחזקי' כר"ע דדבר ולא ח"ד ור"י כרבנן ולשיטת הרי"ף גם לרבנן הא לא מועיל עדות כל כת לשום דבר והו"ל חצי דבר אף לרבנן וכן בבן סורר ומורה דאמר גם בזה חזקיה דנהרגין הכת האחרונה וקשה הא הוה ח"ד וכבר נתקשה בזה הלח"מ פכ"א מעדות ה"ט ונדחק ע"ש ולפמ"ש א"ש כיון דענינים חלוקים הם זה גניבה וזה מכירה א"כ כל כת בפ"ע מעידה על דבר שלם וגם הרי"ף מודה בזה. אמנם אחר העיון יש לפקפק בזה דכיון דאינו חייב מיתה עד שיגנוב וימסור וא"כ כל כמה דלא העידו על גניבה אין ענין חיוב מיתה וא"כ הו"ל כשתי שערות שכתבתי שגדר סימני גדלות אינו רק בשתי שערו' ולא מקרי דבר שלם עד שיעידו על ב' שערות וא"כ

ה"ה כל כמה שלא העידו על הגניבה ועל המכירה לא מקרי ענין גונב נפש כלל והו"ל חצי דבר ובשלמא עידי גניבה וטביחה דשני ענינים הם דעל הגניבה חייבה תורה כפל ועל הטביח' דו"ה וכל עיקר מה שצריך לעידי גניבה הוא רק להעיד דאל"כ יוכל לומר דשלו הוא טובח א"כ לא הוה רק גילוי מלתא אבל כאן כל כמה דלא נעשה ענין המכיר' לא התחיל כלל החיוב מיתה דבגניבה לחוד לא נתחייב מיתה וא"כ המכירה מקרי חצי דבר דאינו ענין כלל בלא הגניבה וגם הגניבה בלא מכירה לא התחיל כלל ענין חיוב הוה חצי דבר. אך נראה בזה דבאמת כיון שעכ"פ על הגניבה מהראוי ללקות דהו"ל לאו וניהו דלר"י לא לקי דהו"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד היינו אם נימא דנהרגין כשיבאו עדי מכירה אבל אם נימא דמקרי חצי דבר שוב לא הוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דהרי כל שלא ראו הדבר בעצמם שוב יהיה מקרי חצי דבר וא"כ עכ"פ ילקה ושוב לא מקרי חצי דבר דעידי גניבה ל"צ לעידי מכירה וכמו שאמרו לגבי סורר ומורה מתוך שיכולין לומר להלקותו באנו ועיין בתוס' שם וא"כ בכה"ג לא מקרי חצי דבר אף לר"י דבאמת אינו לוקה דהו"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד היינו משום דבאמת ס"ל לר"י דנהרגין אבל אם נימא דלא נהרגין שוב לא הו"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד וא"כ עכ"פ עידי גניבה לא צריכי לעידי מכירה ולא מקרי חצי דבר ודו"ק:

ו אך גוף הדבר מה דאמרו דעידי גניבה א"צ לעידי טביחה לא מקרי חצי דבר צ"ב דסוף סוף העידי טביחה צריכי לעידי גניבה והנרא' בזה דעיקר הכוונה דוקא היכא שהם על ענין אחד ושניהם א"י לפעול בלתי האחד וצריכים ביחד מקרי כל כת חצי דבר אבל כל שעידי גניבה יכולים לפעול גם בלי עידי טביחה א"כ הוו עידי גניבה לעצמם ועידי טביחה לא באו על ענין הגניבה שזה כבר נודע רק שמעידין על הטביחה וע"ז מעידין עדות שלם וז"ב כשמש לדעתי ולפ"ז גם כאן עידי גניבה לעצמם ועידי מכירה לעצמם שהם מעידין על דבר שכבר נודע שאחר שהאיש הנ"ל נגנב ע"י עידי גניבה שראו שנגנב הם מעידין על המכירה והוה כל ענין בפ"ע ויש להמתיק הדבר דבשלמא בשתי שערות מה שזה מעיד על שערה אחת בגבה וזה בכרסה אין ענין נצמח מזה דכל שערה היא במקום אחד ועומד בפ"ע ויכול להיות זה בלא זה ונמצא שכל אחד לא העיד על דבר שלם אבל כאן מה שזה מעיד על המכירה אטו מידי משמא אית בי' בלא הגניבה דאטו א"י למכור דבר שלו ועבד שלו וע"כ דמעידין זה האיש שנודע לנו ע"פ עדי גניבה שגנב אנחנו ראינו המכירה וא"כ הרי גמרו כל הדבר דמ"ל שראו הם או שנודע להם הגניבה הם מעידין על דבר שלם אבל בשתי שערות אין מעידין על דבר שלם שאינו נצמח מכח זה ולכך גם בשני חזקה הוצרך הרי"ף לדחוק דמעידין על הפירות שאל"כ לא העידו על

עדות דבר שלם דהא השנה שראה זה לא נצמח מהשנה שראה זה והוה כל אחת חצי דבר ולכך בעידי גניבה וטביחה הוה ג"כ דבר שלם שהטביחה נצמח מכח הגניב' שאלמלא הגניבה אין כאן טביחה א"כ זה מעיד על דבר שלם וז"ב ורק לר"ע אף בכה"ג מקרי חצי דבר. איברא דאכתי קשה דניהו דעידי מכירה כאן הם מעידין על דבר שלם אבל עידי הגניבה אין מעידין רק על חצי דבר דגניבה בלי מכירה אין כאן ענין חיוב כלל. ולדעתי זה מה דמסיק הש"ס דפליגי בעידי גניבה דחזקי' סבר דאין נהרגין דגניבה לחודא קיימא ומכירה לחודא קיימא והיינו שהם שני ענינים נפרדים אבל ר"י סבר דגניבה אתחלתא דמכירה היא והיינו דלולא הגניבה לא היה באפשר שיהי' ענין מכירה שייך א"כ מקרי דבר שלם שעל ידו בא ענין עדי המכירה וא"כ עכ"פ עידי מכירה מקרי עי"ז דבר שלם משא"כ בשתי שערות שהשערה שבכרסה אינו נצמח מהשערה שבגבה וז"ב מאד מאד והרבה יש להאריך שם בסוגיא בישוב קושית מהרש"ל ומהרש"א שהאריכו בקושיות ופירוקים ומהתימה שלא זכרו שכבר קדמם כמעט בכל דבריהם ברז"ה ומלחמות שם ולפמ"ש היה מקום ליישב הרבה ואכ"מ. שוב ראיתי בחידושי הר"ן לסנהדרין שגם הוא האריך בסוגיא הלז וכתב באמצע הדברים ר"י כרבנן ס"ל דדבר ואפי' ח"ד פירש דוקא בכה"ג אבל בשערות הוא מודה דמקרי ח"ד ששערה אחת הוה ח"ד דלא מתחיל ענין גדלות כלל בשערה אחת משא"כ בגניבה דהוא ענין אתחלתא דגניבה. וכפי הנרא' הוא מחלק בע"א דבשלמא שערה אחת אין ענין לגדר גדלות כלל משא"כ גניבה עכ"פ אתחלתא דחיוב הוא ועכ"פ ל"ק קושית הלח"מ הנ"ל על רבינו הרי"ף ז"ל ודו"ק:

ז אחר שכתבתי זאת נזכרתי שיש להגאון מוהרח"י בקונטרסו לשיקול הדעת דברים נספחים שם להלכות עדות לרמב"ם וחפשתי וראיתי בפ"ד מעדות ה"ז האריך בענין ח"ד ולא מצאתי דבר ולא חצי דבר ובפכ"א הלכה י"ח האריך הרבה בסוגיא הלז וראיתי שהקשה שם על דברי רבינו שכתב דעידי גניבה בנפש שהוזמו בין עידי גניבה בין עידי מכירה כל כת שהוזמה נהרגין שגניבה אתחלתא דמכירה היא והיינו דפסק כר"י ותמה הגאון מוהרח"י הנ"ל דהא כיון דגניבה ומכירה שני חצאי דבר ומצטרפין הוה ככת אחת להזמה כמו שלשה עידי חזקה שהן עדות אחת להזמה וכעין דאמרו בב"ק דף כ"ד לענין עידי יעוד. ולפענ"ד ל"ד דשם ענין חזקה או שיעשה מועד אינו נגמר רק בשלשה וכל עוד שלא נעשה זאת אינו התחלה כלל לענין החיוב דאינו סי' גדלות כלל בשערה אחת וכן אין ענין חזקה כלל בשנה אחת ושתים ואדרבא צריך לשלם הפירות כל עוד שלא החזיק שלש פעמים וכן מועד כל שלא נגח שלשה פעמים לא נעשה מועד כלל ומקרי תם משא"כ בגניבה ומכירה שעכ"פ ענין מעניני החיוב התחיל בגניבה ואך על ידו אפשר

שתהי' המכירה ומבלעדו ל"ש ענין מכירה וא"כ מקרי דבר שלם שכל אחת בפ"ע ענין היא והתחלת מכירה ולכך ניזומת כל כת בפ"ע וז"ב מאד:

ח והן נסתר מחמתו פירושא שפירש לענין לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ע"ש ויש לי אריכות דברים בדבריו שם ואכ"מ כי לא באתי רק לברר ענין חז"ל ות"ל שהדברים שכתבתי נכוחים וישרים להמעיין ישמע חכם ויוסיף לקח ועיין תומים סי' ל"ח ודו"ק היטב בכל מ"ש. והנה במה שהקשה המהרש"א וכבר קדמו הרז"ה והרמב"ן בהא דנקט הש"ס פלוגתא דחזקיה ור"י דוקא לענין העדים שהוזמו ולא לענין הגונב גופא אם נתחייב מיתה משום דלא מקרי ח"ד או לא נראה לפענ"ד דבר ברור דבאמת כבר כתבתי הא דלא מקרי כאן ח"ד צ"ל דבאמת ל"מ לפירוש הרז"ה והתוס' דכל שראו כל מה שהיו יכולין לראות ל"מ ח"ד א"כ גם כאן ל"מ ח"ד וכ"כ הלח"מ ואף לשיטת הרי"ף ישבתי הדברים כמ"ש למעלה באורך. אך נראה דזה שייך לענין הגנב גופא אבל אם העדים הוזמו ואנו דנין לחייב בכאשר זמם א"כ כיון שעכ"פ אחד בלבד לא חייבו רק בצירוף שני העדים ניהו דהוא עצמו נתחייב עפ"י שני הכתות דכל דראו מה שיכולין לראות או דהוה ענין שלם בפ"ע לשיטת הרי"ף נתחייבו אבל איך נחייב להעדים הא כל אחד בפ"ע לא עשה רק חצי חיוב ומעתה אם נימא דח"ד ל"מ א"כ גם לענין הזמה ל"מ אם מזימין אותם וימתק יותר לשיטת הרז"ה והתוס' דבשלמא לחייב הבע"ד שפיר אמרינן דכיון דלא היו יכולין לראות יותר חייב ע"י שתי כתי העדים אבל אם הדבר שקר ואנו דנין על כאשר זמם א"כ הרי כל כת לא עשה דבר שלם. ומעתה רבותא גדולה השמיענו במה דנקט הברייתא הפלוגתא לענין העדים הניזמין וז"ב מאד מאד. ובזה אני אומר הא דנקט הש"ס ומודה חזקי' בבן סורר ומורה דהעדים האחרונים חייבים מתוך שיכלו לומר להלקותו באנו וכתבו התוס' ד"ה מתוך דאין הטעם תלוי בזה רק במה דעידי גניבה ל"צ לעידי מכירה ולפמ"ש אתי שפיר ומדוקדק דבשלמא בב"ק כשאנו באנו לדון על הבע"ד גופא שפיר אמרינן דכיון דעידי גניבה ל"צ לעידי מכירה א"כ מקרי דבר שלם אבל כאן שאנו באנו לדון אם העדים האחרונים עשו כל פעולת החיוב וחייבין בכל אשר זמם או דלמא גם הראשונים פעלו א"כ אדרבא אם האחרונים צריכין להראשונים והראשונים א"צ מה"ת לחייב האחרונים בכאשר זמם ולכך צריך הש"ס לומר הטעם משום דהראשונים יכלו לומר דלהלקותו באנו וא"כ לא רצו לחייבו כלל ועיקר החיוב נצמח ע"י האחרונים וז"ב כשמש ודו"ק ויש להאריך בסוגיא בזה ואכ"מ וי"ל דבזה פליגי חזקי' ור"י להמסקנא דחזקי' ס"ל דגניבה לחודא ומכירה לחודא והיינו דל"ש לחייבו עי"ז מכאשר זמם ור"י ס"ל דאתחלתא דמכירה היא ושייך כאשר זמם על תרוייהו ודו"ק:

ט והנה בהא דאמרו בקידושין דף י"ב והא איכא סהדי באודית דידעי דבהאי יומא הוה שו"פ הקשה הפ"י בחידושיו דהא הו"ל חצי דבר דכל כת אינם יודעין דבר ברור והניח בקושיא. ולפענ"ד היה נרא' דבר חדש בזה דהנה בהא דשיטת הרי"ף דלר"א עידי מסירה כרתי וע"ח נמי כרתי כתב הר"ן בפ' המגרש דר"א ס"ל דע"מ כרתי ולא ע"ח. מיהו מה דמודה ר"א דע"ח כרתי היינו משום דס"ל דהמסירה כורתת בין שהם מעידים על המסירה עצמה או על גוף הדבר שהרי הגט יוצא מת"י בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרה לה ונמצא כאלו הן עצמם מעידין על המסירה ע"ש ומזה למדו האחרונים דאף בגיטין וקידושין בעי עדים על גוף הדבר כל שיש עדים על גוף הדבר אף ידיעה בלי ראיה סגי וע' קצה"ח סי' צ' ס"ק ז' שביאר כן בהדיא. ולפ"ז אף אנו נאמר דכיון דעכ"פ יש עדים על גוף הקידושין אף שהעדים א"י אם הם שו"פ מ"מ כיון דלדידן איכא סהדי דשו"פ א"כ הו"ל ידיעה בלי ראיה דסגי בקידושין כמ"ש הב"ש סי' מ"ב וא"כ שוב לא הוה ח"ד דעיקר העדים צריך על גוף הקידושין ועל השו"פ הי' סגי כשיהי' נודע לנו אף שלא ראו. ובזה מיושב היטב מה שתמה הפ"י שם דכל שהעדים לא ראו ששו"פ איך יהי' עדות דלא ראו דבר ברור. ולפמ"ש א"ש דעכ"פ בידיעה בלי ראיה סגי בזה. אמנם נראה דדברי הפ"י נכונים לענין דלא יהיו קידושין של תורה בהא דשמואל אמר חיישינן שמא שו"פ במדי דידיעה בלי ראיה היינו ידיעה ודאית כמו דאיכא סהדי באודית אבל כאן אינו רק חשש שמא שו"פ במדי והו"ל ידיעה מספקת ואינו ברור וא"כ הוא כמקדש והכמין עדים אחורי הגדר דאמרינן דהם עצמם לא נתכוונו לשם קידושין כמבואר סי' מ"ב בזה ה"ה כאן דהא לא ידעו אם יש בו שו"פ ואינו רק חשש דרבנן ועיין קצה"ח שם ודו"ק היטב: ובזה מיושב היטב מה דאמרו שם ולא משום דס"ל הא דשמואל אלא משום אביי ורבא ודקדקו הפוסקים דאין הלכה כשמואל. ולפמ"ש אין ראיה דאף דהלכה כשמואל מ"מ עכ"פ אין כאן קידושי תורה דגם הם עצמם לא נתכוונו לשם קידושין ואף אם אומרים דנתכוונו הא בקידושין בעי דבר ברור וכל דמה"ת לא חיישינן לספק בפרט כיון דיש לאוקמא אחזקת פנויה א"כ שוב לא נתכוונו לקידושי תורה ולכך לא הוה רק חששא דרבנן דמדרבנן כיון דחשו לספק שוב גם הם נתכוונו לספק זה ואולי הם קידושין וכעין זה כתב הר"ן בתשובה לענין מי שנדר שלא להיות בע"ש בפרפיאן והעתיקו להלכה ביו"ד סי' רכ"ח יעו"ש בב"י ובט"ז אבל לאביי ורבא חיישינן דכל דיש עדים באודית שהי' שו"פ הוה ידיעה בלי ראייה דהא ידעו בבירור דיהיו קידושין וז"ב ועיין ב"ש סי' למ"ד ס"ק ט' דכתב בשם הג"א סוף גיטין דאם ספק להעדים אי קרוב לה או לו הוה כמקדש בלי עדים. ולפמ"ש לאו משום דאין עדים אתינן עלה דהא אף ידיעה בלי ראיה

נמי סגי רק דכל שבאמת ספק הוא לעדים א"כ גם להם הי' ספק דזה ספק במציאות ענין אשר לא נתברר להמקדש והמתקדש' יותר מהם א"כ שוב הוה כמקדש בלי עדים דלא נתכוונו לקידושין ודוקא בשני כיתי עדים המחולקים אם קרוב לה א"כ הי' לפי דברי עדים שקרוב לה קידושין והוה כידיעה בלי ראיה לדידן והעדים יודעים היטב שנתקדשה א"כ הו"ל ספק קידושין ממש ועיין בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' נ"ח ובמהד"ב חלק אהע"ז סי' נ"ד. ובזה מיושב קושית התוס' בגיטין דף ע"ח בהא דאמרו והא א"א לצמצם הקשו הנוקי דנוקי כגון דלא ידעינן איזה מנייהו קדים והוה ספק. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דליכא תרי ותרי לא הוה מגורשת כלל דהוה כמגרש בלי עדים וז"ב. והנה שיטת הרמ"ה בטוש"ע אהע"ז סי' קמ"ב סי"ח דצריך שימסור הגט בפני עידי שליחות עצמם ומטעם דאל"כ הוה חצי דבר והב"י בבדק הבית שם הקשה דע"מ ועידי שליחות שני ענינים הם ועב"ש ס"ק ל"ט שם. וביאור הדברים נראה לפענ"ד כיון דהשליח שמעיד על בפ"נ האמינוהו על השליחות ג"כ כיון שהגט יוצא מתחת ידו אין הבעל נאמן לומר שלא שלחתיו כמ"ש הרא"ש רפ"ק דגיטין ולפ"ז כל שלא אמר בפנ"כ ובפנ"ח א"כ עיקר השליחות דידי' עפ"י העדים שמעידין שעשו שליח וא"כ לכך דעת הרמ"ה דהו"ל חצי דבר ובשלמא בכל שליח שהאמינוהו וא"צ תורת עדות בזה א"כ ל"ש ח"ד אבל כאן הע"מ הם מועילים רק עפ"י עידי השליחות דאין ראיה רק מזה דאל"כ לא הוה כאן עידי מסירה כלל דדלמא לא צוה הבעל לתת גט כלל ולמסור בע"מ וא"כ הוה ח"ד ובזה יש לחלק מסעיף י"ב ע"ד שכתב הב"ש ס"ק ל"ט שם. ובזה מיושב קושית הפ"י בגיטין דף י"ז בהא דאמר ר"י ל"ש אלא שהגט יוצא מתחת יד עד כתיבה דהו"ל כשנים ע"ז ושנים ע"ז והקשה לשיטת הרמ"ה הנ"ל דע"כ כהרי"ף ס"ל דבעינן שיהי' תועלת בעדותן וא"כ כאן שצריך כתיבה וחתימה לשמה שוב הו"ל ח"ד דכתיבה בלי חתימה וכן להיפך ל"מ. ולפמ"ש דבאמת כל שיש שני עדים על הכתיבה ועל החתימה עכ"פ הוה כידיעה בלי ראיה דאנן ידענו שנכתב ונחתם הגט לשמה ומה בכך דהוה חצי דבר מידי דהוה דע"ח מועיל שיהיה כע"מ כל שנודע שבא לה מיד הבעל משא"כ בהך דהרמ"ה דלא נודע כלל אם בא מיד הבעל רק עפ"י עידי השליחות וז"ב מאוד. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה דמבואר בטור וש"ע חו"מ סי' ר"ה ס"ה דאם אמר כתבו לי שמסרתי מודעה בפניכם וכשיודע עפ"י העדים אונס שאנסוני וכו' אין שומעין לו אבל אם כתבו המכירה בטילה והקשה בקצה"ח דהו"ל חצי דבר. ולפמ"ש א"ש דבאמת בממון ודאי מועיל ידיעה בלי ראיה כל שיש עדים על גוף הענין ולפ"ז מה שמסר מודעא אח"כ כשנתוודע עפ"י עדים שאנוס הי' הוי ידיעה בלי ראיה דמועיל והו"ל דבר שלם ושאני עידי חזקה דכל אחת

מהכתות לא היה רק על שנה אחת ולא ידעו כלל מחזקה וכן בשערות אבל כאן ידעו שמסר מודעא שיש לו אונס רק שלא ידעו אם אמת דבריו אבל כל שנתברר שאונסו אמת שוב הו"ל ידיעה בלי ראיה. ובזה נראה לפענ"ד ליישב מה שהקשה במודע' זוטא על המהרח"ש אות י"ד דא"כ למה כתב בס"ז גבי מעשה דפרדיסא שהם העדים שכפר בב"ד והם העדים שמסר מודעה ומטעם דהו"ל ח"ד הא מועיל אף ח"ד כמו בס"ה. ולפמ"ש א"ש דשם בעובדא דפרדיסא אי לא ראו הכפירה א"כ אף שיתברר אח"כ שכפר עדיין לא נודע אם באמת כפר והוא צריך לברר שמה שכופר אינו עושה רק בשביל שימכרנו לו כמ"ש הסמ"ע שם ס"ק י"ח וא"כ שפיר בעי דעכ"פ יהיו עידי הכפירה והמודעה אחת דאז אם יתברר אח"כ שמה שכפר הי' בשביל שרצה שימכור לו הו"ל אונס והו"ל ידיעה בלי ראיה דאם לא ידעו שכפר אז אף שיתברר שכפר לא יהיה ידיעה בלי ראי' דלעידי המודעה לא נתברר כלל שהי' אנוס רק שהוא מסר מודעא א"כ לא ראו דבר כלל ופשיטא דל"מ והמעיין היטב ימצא כי כנים הדברים. ובחידושי אמרתי בזה עוד דלכאורה עדיין צ"ב דגם הך דס"ה לא היה ראוי שיהיה מועיל דבאמת מסירת מודעה מהראוי שלא יועיל הכתיבה דה"ל מפי כתבם רק שלמען הציל עשוק מיד עושקו מועיל וכמ"ש התוס' בב"ב דף מ"ם וכ"כ הקדמונים לפ"ז כל שלא נתברר אונסו שוב הו"ל מפ"כ דלא נתברר שהוא הצלת עושק והו"ל מפ"כ. דפסול וגרע מחצי דבר דל"ש בזה ידיעה בלי ראיה דהשטר חספא בעלמא הוא אך נראה דכיון דעכ"פ העדים שידעו באונסו הם היו יכולים לכתוב שטר קודם המכירה דמודעא בפני שנים וא"צ לומר כתיבו רק דאח"כ כשלא מסר מודעא חיישינן שמא גמר והקנה אבל כל שנתברר שמסר מודעא שוב הו"ל לגבייהו ידיעה בלי ראיה וכיון דהו"ל לגבי' דבר שלם סגי כמו בעידי טביחה וגניבה כל דאחת מהכתות א"צ לשניה הו"ל דבר שלם וה"ה בזה. ומעתה בהך דפרדיסא דאף שיתברר לעידי המודעא שזה כפר עכ"פ לא ידעי אם אולי לאחר שמכר גמר והקנה ועסמ"ע שם ורק כל שכפר והם עידי המודעא לא אמרינן דגמר והקנה א"כ הו"ל חצי דבר ממש לכל אחת מהכתות וז"ב כשמש להמעיין בעומק הענין. ובזה אמרתי דבר נחמד במ"ש הרח"ש במודעא שלו בשם הרשב"א דלא פסק כהרר"י וס"ל להרשב"א דכתבינן לכתחלה המודעא ולכשיבאו עדים שהי' אנוס מצטרפין והבי' הרשב"א ראי' דאל"כ למה לי' לנהרדע' שיהי' כתיב במודעא דאנן ידעינן באונס' הא מסתמ' ידעו באונסו דאל"כ ל"מ השטר וחזקה על העדים שחתמו כדינו וע"כ דהעדים א"צ לידע כלל זאת. ולפמ"ש א"ש דהנה כבר נודע מ"ש הר"ן בפ"ב דכתובו' גבי נכסי דבר שטיא דדוק' אם חתומין על שטר הוא דאמרינן חזקה זו אבל כשנמכר ע"י כסף או חזקה והיו עדים בעת המעש' ל"ש זאת ובתשוב' הארכתי

בביאור דברי הר"ן ולפ"ז דמודע' לא ניתן לכתוב והו"ל מפ"כ וחספ' בעלמ' הוא ורק שהוא להציל עשוק מיד עושקו רשאי וא"כ כל שלא נתברר אונסו אין למדין משטר כזה והו"ל כאילו הי' עדים בענין זה ולא חתמו על השטר דכל שהשטר לא מקרי שטר לא חתמו על השטר מקרי וא"ל דהא גופא חזקה דאל"כ למה חתמו בפסול דז"א דכל שידעו העדים שיהי' פסול ולא יקרא שטר שוב לא אכפת להו במה שחתמו דדוק' אם ע"י השטר נטעה שהוא כשר א"כ לא חתמו עדים ע"ז אבל כאן הא העדים ידעו דיהי' מקרי מפ"כ וא"ל דכיון דהרמ"א כ' דאם כתבו המודע' ואח"כ נתברר שאנוס הי' מועיל א"כ שוב הי' להם לעדים לחוש שמא יתברר אח"כ שאנסו יהי' מועיל דז"א דמה הי' להם לחוש דממנ"פ אם יתברר שהוא אנוס שוב חתמו כהוגן ואם לא יתברר שהוא אנוס שוב לא מועיל חתימתם דהו"ל מפי כתבם וא"ל כיון דחיישינן לב"ד טועין ומה"ט אין כותבין לכתחל' שוב לא הי' להם לחתום ומדחתמו שוב הו"ל חזקה דז"א דממנ"פ כיון דחיישינן לב"ד טועין אף דבכ"מ דל"ח לב"ד טועין וע' ב"ש סי' קנ"ה ס"ק י"א ובגליון הש"ך סי' ר"ה ציינתי דיש להקשו' באמת אמאי חיישינן לב"ד טועין וציינתי דברי המלמ"ל שהרגיש בזה פ"י ממכיר' וצ"ל כיון דלענין אונס תלוי באובנת' דלבא וכמה עקולי ופשורי איכא להבין מהות אונס אם הוא אונס דנפשי' או שאר דברים דלא מקרי אונס חיישי' שיטעו בזה ויחשבו דכל שמסר מודע' אף באונס קל סגי וכדומה ולפ"ז שוב איך שייך לסמוך על חזקה דאין העדים חותמין דאם הב"ד טועין מכ"ש דיש לחוש לעדים טועין וסברו שזה אונס ולכך בעי שיכתבו שאנו ידעינן באונסי' דאז כיון שצוו חז"ל שידעו באונסי' מסתמ' מדקדקים מהאונסי' ולא חתמו עד דידעו שאונס גמור הי' ודו"ק היטב כי נעים ונחמד הוא:

י והנה בהא דמבואר בב"ק דף ע"ב גנב ומכר עפ"י שנים וטבח ומכר עפ"י שנים אחרים ונמצאו אלו ואלו זוממין הראשונים משלמין תשלומי כפל והאחרונים משלמים תשלומי שלשה וכ' רש"י וכגון שהוזמו האחרונים תחלה דאי עידי גניבה הוזמו תחלה בטלה לה עדות טביחה דדלמ' בעלים מכרוהו לו וכי מתזמי אמאי משלמי ואח"כ מבואר במשנה נמצא אחד מן הראשונים זומם בטלה כל העדו' וכ' רש"י והרע"ב ואפי' חזרו והוזמו האחרונים אח"כ אין משלמין שהרי בטלו עדותן והוכחשו שכיון שלא גנב לא טבח ואהכי לא מחייב אלא אעמנו הייתם והנה דברי רש"י תמוהים דל"ש חיוב דדלמ' שלו טבח וכמ"ש רש"י לעיל וגם איך הוכחשו במה שהזימו לאחד מהראשונים. ובראשית ההשקפ' רציתי לומר דאם נימא דהכחש' תחלת הזמה היא הוה כהוכחשו גם הם דכל דליכא גניבה ל"ש טביחה. אך אין סברא לומר דמה שהוכחשו הראשונים יהי' מקרי לגבי

אחרונים הזמה ומצאתי בנימוק"י שכ' על דברת רש"י לעיל שכ' דע"כ עידי טביחה הוזמו בתחיל' שכ' הנימוק"י דמשמע מדברי רש"י דהכחש' לאו תחלת הזמה דאל"כ אף דהוזמו עידי גניבה תחלה הוה הכחש' לגבי הטביח' וכי הדר אתזמי משלמי הרי שהרגיש בסבר' זו ות"ל אנכי בראשית השקפ' אמרתי סברא הלז. אבל באמת דברי הנימוק"י תמוהין כמ"ש הפ"י דאפשר דקושט' קמסהדי רק דשלו טבח ואין מהזמת הראשונים הכחש' לאלו. אמנם מה שנרא' לי עיקר בביאור דברי רש"י האלו דהנה כבר הבאתי הלא מראש קושית הקדמונים בעידי גניבה ועידי טביחה דעידי טביחה הו"ל חצי דבר ולר"ע חלקו בש"ס דעידי גניבה ל"צ לעידי טביחה הו"ל דבר שלם אבל לדידן א"צ לומר כן וא"כ הרי"ף ושיטתו דמחלקו בין אם הועיל עדותו מה יענה בעידי גניבה ועידי טביחה וכתבתי דעידי גניבה ועידי טביחה הם שתי עניני עדות חלוקו' ובזה כל שעידי גניבה מעידים שזה גנב אז עידי טביחה מקרי עדות שלם בפ"ע ושאני עידי חזקה דכל שאינו בשלש שנים אינו חזקה וא"כ ענין אחד הוא דכל שאינו בשלש שנים אינו מקרי חזקה כלל וחצי דבר הוא כמ"ש למעל'. ולפ"ז צ"ב דזה יתכן כשהם עידי אמת א"כ אף שעידי טביחה לא ידעו מהגניב' מ"מ עדות שלם הוא בפ"ע דכל שראו שטבח וכבר גילו העידי גניבה שזה השור נגנב א"כ הוה רק כגילוי מלתא בעלמ' אבל כל שהוזמו העידי גניבה שוב הוה חצי דבר דהרי עידי טביחה בפ"ע אינם עדות דדלמ' שלו הוא טובח רק שעיקר עדותם נסמך על עדות הראשונים א"כ כל שהוזמו הראשונים הוה כהוכחשו האחרונים דניהו דהזמה לא הוה דהרי באמת יכול להיות דטבח אבל הם באו לחייב על הטביח' דאל"כ מה העידו וכל שעידי גניבה אין כאן שוב הוה כחצי דבר ומה לי הוכחשו בעדותן או שנעש' חצי דבר והוכחש עדותן ממה שהי' וא"כ שפיר כ' הנימוק"י דע"כ דהכחש' לאו תחלת הזמה היא ומעתה גם כאן מיושב דכל שהוזם אחד מהראשונים שפיר כ' דבטל' עדות השניים והוכחשו משום דהוה חצי דבר ומ"מ לא הוזמו דלא הוסר עדותן דיכול להיות דטבח רק דשלו טבח ודברי רש"י ברורים כשמש וע' בפ"י שכ' שדברי הנימוק"י אינם מוכרחים וגם דברי רש"י אינם מובנים ולפמ"ש דברי רש"י ברורים ודברי הנימוק"י נימוקו עמו וכמ"ש ות"ל הדברים נראין אמת נכון לפענ"ד ובנימוק"י כ' גבי עידי גניבה ועידי טביחה דאף דעידי טביחה צריכין לעידי גניבה מ"מ כיון דעידי גניבה ל"צ לעידי טביחה דבר קרינא ביה ותמה בתוי"ט בב"ק שם דל"צ להא רק לר"ע משא"כ לדידן דקי"ל כרבנן ולפענ"ד גם בזה נימוקו עמו דבאמת בעידי טביחה ל"ש סברת הרי"ף וע"כ הצריך להא דאמרו אליבא דר"ע ובאמת הרז"ה השיב כן על הרי"ף והרמב"ן במלחמות והשיב בזה

ודבריו סתומים וכמ"ש למעלה וע"כ כתב הנימוק"י דצריכין בזה לסברת ר"ע ולפמ"ש א"ש ודו"ק:

יא ובגוף הענין דדבר ולא חצי דבר נלפענ"ד בזה דבר ברור דהטעם היא דהנה התוס' ישנים בכריתות דף י"ב כתבו בהא דאמרו דיכול לומר לא נתכוונתי לעדות דמכאן אמר רבי דצריך שיכוונו העדים לשם עדות ובשו"ת פנים מאירות ח"ג תמה למה לא הובא בפוסקים דעת התוס' הנ"ל. ובאמת אנן קי"ל דכל שהיו עדים אף שלא הובאו לשם עדות כל שראו המעש' יכול להעיד. אך לפענד"נ דזה דוקא כשראה עדות שלם רק שלא נתכוונו העדות לעדות אבל כל שלא היו כאן עדות שלם אף שהיו מתכוונים לא היה כאן עדות שלם א"כ היאך שייך עדות דהא לא נתכוונו לשם עדות דל"ש עדות בחצי דבר וזה טעמו של ר"ע דאמר דבר ולא חצי דבר דכל שראו רק שנה אחת שאכל א"כ בודאי לא נתכוונו לעדות דמה מועיל שנה אחת ועדיין לא נתחזק א"כ לא כוונו לעדות ול"מ. וזה נלפענ"ד מה דקאמר הש"ס דאף לר"ע כיון דעידי קידושין ל"צ לעידי ביאה דבר קרינא ביה אף דעידי ביאה צריכי לעידי קידושין. ולכאורה מה סברא היא זו הא עכ"פ עידי ביאה צריכי לעידי קידושין. ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דחצי דבר משום שלא היה כאן ענין שיהי' שייך בו עדות ולפ"ז כאן כל דהוה ידענו שזו נתקדשה שוב היו צריכין להעיד דהיא אשת איש שנבעלה לאחר א"כ מה בכך דצריכין לעידי ביאה אבל עכ"פ כל שידעו עידי ביאה דיש כאן עידי קידושין והיא מתקדשה לאחר א"כ שפיר היו צריכין להעיד שזו נבעלה לאחר וא"כ אף שלא היו יודעים כל דהיו מתכוונים להעיד היו נאמנים בעדותן ועדותן עדות שוב לא מקרי חצי דבר וז"ב כשמש:

יב ובזה נכון מ"ש הרי"ף דבעידי חזקה מועיל עדותן עכ"פ לפירות ולא נודע הסברא דסוף סוף לענין הדבר שאנו דנין הוה חצי דבר ולפמ"ש א"ש דכל שהיה מועיל עדותם לאיזה דבר שוב דבר שלם קרינן ביה דעכ"פ היו מקום שיתכוונו להעיד על ענין עדות וז"ב והתוס' כתבו שראו כל מה שהיו יכולין לראות היינו שכל שעכ"פ אותו דבר ראו בשלימות מקרי נתכוין להעיד. ובזה יש להאריך בכל הסוגיא שהבאתי דהוה דבר ולא חצי דבר ולפמ"ש יש מקום לבנות ולסתור וע' בהפלאה בכתובות דף ע"ב גבי פלוני תיקן לי הכרי שהקש' דהו"ל חצי דבר כל ששתי עדים מעידין שהחכם אמר לה שהוא טבל ושני עדים מעידין שהאכיל' לבעל ולפמ"ש יש מקום ליישב ואכ"מ כי לא כתבתי רק להאיר עין המעיין וגם בעידי קינוי וסתירה לר' יהושע דס"ל דבעי שני עדים על הקינוי ושנים על הסתירה קשה ג"כ דהו"ל ח"ד ויש ליישב ג"כ לפי הכללים שכתבתי דהיינו דלהשטה דכל שראו כל מה שיכולין לראות א"כ בין עידי קינוי ובין עידי סתירה העידו

מה שיכולין לראות ולהעיד ולשיטת הרי"ף באמת בעידי קינוי לבד יש תועלת בעדותן דאם ראה בעצמו אף שלא יהי' עידי סתירה כלל תאסר עליו וכן אם יעיד לו ע"א על הטומאה תאסר עליו אם לבו סומך עליו כמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' קע"ח וברמב"ם פ"א מסוטה וא"כ עידי קינוי א"צ לעידי סתירה ואף שעידי סתירה אפשר שצריכי לעידי קינוי מ"מ כל דעידי קינוי א"צ לעידי סתירה דבר קרינן בי' והנה מעד טומאה ל"ק כלל דהא אף בעבד ושפחה סגי ואף בפסול וקרוב וא"כ אינו בתורת גדר עדות דיהי' שייך בו חצי דבר וכעין זה כתבו האחרונים דבעדות אשה ל"ש דבר ולא ח"ד וע' בישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל סי' י"ז ס"ק ו' שכתב כיון דפסול וקרוב כשר ל"ש בזה תורת עדות וה"ה בזה וז"ב. ולפ"ז נ"ל לפרש דברי הרמב"ם פ"א הי"ד מסוטה האשה שקינא לה בעלה ונסתרה אחר הקינוי עמו בעדים והרי היא עומדת לשתות ובא ע"א והעיד עלי' שזינתה עם זה שקינא לה עליו עמו הרי זו אסורה על בעלה וכו' ואפי' היו עד טומא' זה אחד מעידי הסתירה וכתב הכ"מ לתמוה על לשון אפי' דהכי יגרע מפני שהוא אחד מעידי סתירה ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת כבר כתבתי דלכך עד טומאה ל"ש חצי דבר דהא אינו רק גילוי מלתא בעלמא לפי שכבר קינא לה ונסתרה ולפ"ז כאן שהוא עצמו מעידי סתירה שוב הוה חצי דבר דהא עידי סתירה צריכין לעידי קינוי וא"כ ניהו דעידי קינוי א"צ לעידי סתירה היינו לענין השתי' שפיר מקרי עידי סתירה עדים אבל לענין הטומא' כיון דע"א לא מועיל על הטומא' רק בשביל דקינא לה ונסתרה והוה רגלים לדבר ולפ"ז שוב בעי העידי קינוי להסתירה לענין טומאה וא"כ לא יהי' נאמן דהו"ל חצי דבר וקמ"ל דמ"מ מועיל לפי שנאמר ועד אין בה והרי כאן עד ודו"ק היטב:

יג עוד יש לי לומר לפרש כוונת הרמב"ם עפמ"ש התוס' בגיטין דף י' ע"ב ד"ה אי לאו שהקשו תימה א"כ כולי' שטרא מתקיים עפ"י ע"א ישראל דחתם לבסוף וכתבו דאין לחוש כיון דהאי כותי כשר מדאורייי' דגירי אמת הן ובמק"א הארכתי בביאור תירוצם. אמנם כעת נדבר עפ"י פשטת לשונם וכוונתם דלפ"ז גם כאן כיון דע"פ העד הסתירה האחד שהעיד על הטומא' מתקיים העדות דאל"כ לא היה נאמן ושוב היאך נאמן העד סתירה הלז שהעיד על הטומא' הא מתקיים ע"פ עדותו יותר מהעד השני והתורה אמרה ע"פ שנים עדים יקום דבר וע"ז כתב רבינו כיון דכתיב ועד אין בה והרי כאן עד והיינו כתירוץ התוס' כיון דמה"ת כשר הכותי וה"ה כאן כיון דאף קרוב ופסול כשר וא"כ מה נ"מ בזה הא מ"מ לא גרע מאילו היה פסול וקרוב ודו"ק היטב. ולפ"ז דוקא כשמעיד שנטמא' באותה סתירה דהוה רק גילוי מלתא בעלמא ועמלמ"ל שהאריך בזה ולפמ"ש מוכרח דע"כ גם הרמב"ם ס"ל כן וצ"ע בזה. ויש להסתפק אם העד טומא' הוא עד על

הקינוי והיו עוד אחד עמו על הקינוי אם מועיל ויש לי לתלות ג"כ בענין דבר ולא חצי דבר ואין להאריך המשכיל יבין מעצמו וישמע חכם. ואחר שנים רבות הוגד לי סברא דדבר ולא חצי דבר בשם הרב הגאון בעל פני משה על אהע"ז דדומה למ"ש התוס' בגיטין דדיבורא עבדי ואמרו כל דלא נגמר המעשה על ידם וא"כ כל דהוה חצי דבר לא נגמר המעשה עי"ז. והנה אם כי דבר חכמה הוא לא ידעתי דא"כ אמאי כשעידי גניבה א"צ לעידי טביחה אף שעידי טביחה צריכין לעידי גניבה לא מקרי חצי דבר הא הם צריכין להם ואפשר דדיבורא מקרי ואמרו ויש לדחות דהעידי טביחה יודעין כבר שיש עידי גניבה וא"כ נגמר המעשה על ידם. אבל צ"ב דא"כ לשיטת הפוסקים דסגי בראו כל מה שיכולים לראות קשה דסוף סוף לא נגמר המעשה על ידם ויש לפלפל הרבה אבל מפני כי לא ראיתי בגוף הספר רק שמעתי אולי המחבר בעצמו מפלפל בזה ע"כ קצרתי:

יד והנה הרב מו"ה אברהם קאמפף נ"י הוא אמר בדבר ולא חצי דבר דבעידי חזקה עיקר העדות הוא שקנה השדה והחזקה היא רק למופת כי קנה ול"ש בזה דבר ולא ח"ד דהא העדות שקנה הוא דבר שלם משא"כ באחת בגבה ואחת בכרסה דשתי שערות הוא סימן גדלות ושערה אחת אינו סימן שלם וא"כ הוה חצי דבר והא דר"ע מחשיב עידי חזקה חצי דבר הוא דר"ע ור"י ס"ל בריש חזקת הטעם חזקה משום דליף משור המועד כמבואר שם וא"כ גוף השנים הם העדות משא"כ לרבנן דהחזקה אינו רק למופת דקנה וא"כ לא מקרי חצי דבר. ובאמת שדבר חכמה אמר ואף שיש לפקפק דבשנה אחת אין ראיה שלקחה מ"מ י"ל דעכ"פ לאחר שאכל שלש שנים א"כ המופת ברור שקנה אותה וא"כ גם השנה הראשונ' הוה עדות שלם ותמהתי מאד על הראשונים שלא התעוררו בזה ומצאתי ברמב"ן במלחמות שבב"ק דף ע' הרגיש בזה ואמר דהעדות שמעיד שראו שאכל ושנה הוא עומד ברשותו ע"ש שביאר יותר ובאמת הרמב"ן לשיטתו שביאר דהחזקה היא בשביל ששתק רק שלא נימא דלמה אין לו השטר צריך ג' שנים דלא מזדהר בשטרי' וא"כ החזקה היא רק מדשתיק ואף בשנה אחת נגמרה החזקה אבל לפירוש הנימוק"י רק בשלש שנים הוה החזקה משום נעילת דלת ועקצה"ח סי' ק"מ וא"כ שוב הוה חצי דבר ודו"ק היטב:

טו אך לפענד"נ דלדברי הרמב"ן במלחמות אין מקום לסברת הרב מו"ה אברהם קאמפף אך טרם יהי' כל שיח אעתיק דברי הרמב"ן לפי שהם סתומים לכאור' ואבאר אותם וז"ל הרמב"ן והרוצה לעמוד על העיקר יבא ויסמוך על דברי רש"י ז"ל שפירש דגבי קטנה היינו טעמא דלא מצטרפי משום דכל כת כי מסהדי אקטנה הוא דקא מסהדי וכאומר אני קטנה ראיתיה שאין אחת מהן מעידין בגדלותה ולא בהתחלת גדולתה שאף הקטנה

שבקטנות אפשר שיהי' לה שערה אחת וכשאתה מעמיד על אותה חזקה שהם מעידין אכתי קטנה היא שאם לא נולד שם דבר אחר אפי' עמדה בשערה זו כל ימיה אכתי קטנה היא אבל גבי עדי חזקה כל אחת מעידה שהוא מחזיק בה כאדם המחזיק בשלו שהוא טוען ואומר אני לקחתיה ממך ואין אנו צריכין אלא שיהא אוכל כאדם האוכל בשלו ואלו שמעידין אנו ראינוהו אוכל אותה כאדם האוכל את שלו עדות שלם הוא אע"פ שאנו צריכין עדות אחרים מפני שאנו אומרים שמא יצאת מרשותו ולא עמדה בחזקתו אלא אותה שנה מ"מ אם תעמידנה בחזקתו בעדות זו שלו היא שהרי העידו שראו אותה ברשותו של זה ולא יצאת מרשותו ושלו הוא אם לא נולד שם דבר אחר ויצאת מרשותו נמצאת עדות ועדות שני' בדבר אחד הלכך מצטרפין משא"כ בקטנה עכ"ל. הנה עם כל אריכות דברים שהאריך הרמב"ן עדן לא נודע ההבדל שבין חזקה לקטנה וגם מ"ש דבחזקה כל שמעידין על שנה אחת עדות שלם הוא צ"ב הא כל שלא הי' שלש שנים מעמידין בחזקת מ"ק ואמרינן דגזלן הוא וגם מה זה שכתב שחוששין שמא יצאת מרשותו ולא עמדה בחזקתו אלא אותה שנה אין לו ביאור דכל שלא החזיק שלשה שנים אמרינן דגם מה שהחזיק היה שלא כדין וגזלן הוא. ולבאר הדברים נקדים מ"ש הרמב"ן בחידושיו לב"ב שהבאתי למעל' דטעם החזקה היא משום דמדשתיק רגלים לדבר ששלו הוא שקנה אותו אלא שבתוך ג' שנים אמרינן ליה למחזיק אחוי שטרך ואחר ג' שנים דלא מזדהר בשטריה אמרינן דמדשתיק ע"כ דרגלים לדבר שקנה אותם ע"ש:

עז והנה זה רבות בשנים שהקשה אותי כבוד אבי מורי הרב הגאון נ"י דלדברי הרמב"ן א"כ למה צריכין שיחזיק שלש שנים רצופות כשיבאו עדים ויאמרו זה ג' שנים ראינו שזה החזיק בשדה זו והמערער שתק א"כ ראיה דמדשתיק ע"כ שרגלים לדבר שקנה אותו והנה כתבתי בזה בתשובה אריכות דברים וכעת אני רואה דהדבר נכון דהנה זה ודאי דאחר שתקנו חז"ל דבעי שלש שנים ואמרינן ליה אחוי שטרך א"כ עכ"פ אף ששתק אם יבא אח"כ וימחה כל שהוא בתוך ג' שנים יכול למחות ולפ"ז הו"ל הך חזקה שהחזיק בשדה חזקה שלא נתבררה בשעתה דכל משך שלש שנים יכול למחות וא"כ כל עיקר חזקתו בא לאחר ג' שנים ואם כן צריך שיחזיק ג' שנים דאל"כ מה מועיל מה שהחזיק הא עדיין היה יכול למחות ולא הוה חזקה ולכך כל שמחזיק ג' שנים הוה חזקה שנתבררה דבסוף הג' שנים מבורר החזקה היטב וז"ב כשמש. אך לפ"ז ניהו דלא הוה חזקה גמורה עכ"פ בעת ששתק הוה רגלים לדבר רק דלא הוה חזקה גמורה דיכול למחות אבל עכ"פ לא גרע ממקוה שהוחזק להיות מימיו מתמעטין שכתב הר"ן בתשובה והובא בש"ע יו"ד סי' ר"א דלא הוה חזקה ע"ש וה"ה כאן עכ"פ כל משך תוך ג' שנים כל יום ויום ושנה

ושנה כל שאינו מוחה עכ"פ הוחזק לצאת מרשות המערער דהא חזינן דעד הנה שתיק. ומעתה דברי הרמב"ן מבוארים דזהו שכתב דעכ"פ כל עדות של שנה הוה כעדות שלם דאף שצריך לעדות של שנה שני' דאל"כ אמרינן דשמא יצא מרשותו והיינו כיון דיכול למחות א"כ הוה חזקה שלא נתבררה עכ"פ רגלים לדבר הוה דמדשתיק קנהו וא"כ הוה התחלת עדות שניה וז"ב מאד מאד. ומעתה אין מקום לדברי הרב הנ"ל דבאמת אינו מעיד על הקניה דהא הוה חזקה שלא נתבררה בשעתה כל דיכול למחות רק דרגלים לדבר והוה התחלה לעדות שנה שני' וז"ב. וז"ש רש"י בב"ק שרמז הרמב"ן שלגבי חזקה כלן מעידין שמוחזק בה ניהו דלא הוה חזקה גמורה מ"מ התחלת חזקה היא ודו"ק היטב כי הוא ענין עמוק:

יז ובזה יש ליישב היטב קושית התוס' ריש חזקת ד"ה שהן י"ח חדש שכתבו תימה וכי מנינא אתא לאשמעינן דליכא למימר דרצופין אתי לאשמעינן דא"כ מה קמ"ל ר"ה. ולפמ"ש א"ש דבאמת לרבנן דהולכי אושא דטעם דחזקה משום דמזדהר בשטרא ומדשתק מחל א"כ באמת הוה סגי כשהעידו שאכל זה ג' שנים מהשדה ורק דהוה חזקה שלא נתבררה ולכך בעי מיום ליום עכ"פ רצופות ודאי לא מסתבר ולכך אצטריך ר"ה לאשמועי' אבל לר"י דהוא מהולכי אושא דלמד משור המועד א"כ פשיטא דבעי רצופות כמו שור המועד וז"ב ודו"ק:

יח והנה במה שהבאתי למעלה בשם הגאון בעל פ"מ ז"ל הטעם דדבר ולא חצי דבר דדיבורא מקרי ואמרו כיון דלא נגמר המעשה על ידו. והנה כששמע זאת הרב מו"ה אברהם קאמפף נ"י אמר דיש לבאר בזה במ"ש התוס' בעידי חזקה דל"ש חצי דבר כיון דכל מה שיכולין לראות ראו. והוא אמר כיון דאדרבא אם לא יעידו על שלש שנים שוב יתחייב זה לשלם בעד הפירות כדאמרו בב"ב דף ל"ד א"כ לא מקרי דיבור גרידא דהא הוה דיבור שיבא למעשה על ידו. ובאמת שדבר חכמה אמר אבל גוף הדבר אינו נכון לפענ"ד דהרי אמרו דיבורא מקרי ואמרי מעשה לא עבדי ופירש"י שיעידו שקר הרי דעדות שקר לא מקרי דיבור בעלמא וא"כ מה בכך שחצי דבר הוא מ"מ עדות שקר לא מעידין והתורה סמכה ע"ז דשני עדים לא יעידו שקר רק דיבור שאינו תורת עדות מקרי ואמרו והתוס' הוסיפו דאף דיבור גרידא כל שיבא לידי מעשה ג"כ לא אמרו רק דיבור שאין בו מעשה אבל עדות שקר אף שאינו רק דיבור בעלמא כל שהוא בתורת עדות חזקה על שני עדים שלא יעידו שקר וז"ב כשמש לפענ"ד. אחר זמן ראיתי בתוס' יבמות דף כ"ה ע"ב ד"ה לא שכתבו בהדיא כן דכשמעידים שקר חשיב נמי כמעשה כיון דעל פיהם נגמר ולא קרי דיבורא התם אלא באומר אמרו ע"ש הרי בהדיא כמ"ש. והנה לעיל ע"א אמרו שם

טעמא דממדה"י דעליו קסמכינן ישא את אשתו וכו' וכן קי"ל בטוש"ע אהע"ז סי' י"ב. ולכאורה לפמ"ש התוס' אדרבא כל שלא נגמר הדיבור על ידו שייך לומר דיבורא מקרי ואמרי. אך ז"א דזה דוקא שייך כשהוא אינו רק מעיד אמרינן דבורא בודאי מקרי ואמר אבל כשזה בעצמו רוצה לשאנה א"כ ל"ש דיבורא מקרי ואמרי מעשה לא עבדי דאדרבא על ידו נגמר המעשה והוא בעצמו נושאה אם לא ידע שהאמת אתו לא הוה אמר כך וא"כ אדרבא כשעליו סמכינן יש קצת חשש לעז משא"כ כשלא עליו סמכינן וז"פ ולפ"ז במה שחידש הט"ז בסי' י"ז בע"א בקטטה דלא מהימן משום כיון דעיקר מה דמהימן ע"א הוא משום דהיא דייקא ומנסבא וא"כ כל שיש קטטה יש לחוש דהעד יאמר שקר ולא הוה רק דיבורא בלבד ע"ש ודפח"ח ולפ"ז אם הי' רוצה לשאנה אפשר דלא היה כ"כ החשש הזה דהרי חזינן שעושה מעשה ורוצה לשאנה מיהו במת קי"ל דלא ישא את אשתו ודו"ק. אך טעם הדבר אף דכתבתי דעדות שקר חשוב מעשה וא"כ לכאור' אין מקום לדברי בט"ז דזה לא מקרי דיבור בעלמא צ"ל דבאמת ע"א הוא ואינו מהימן מתורת עד רק משום דייקא ומנסבא ובזה שוב לא מקרי רק דיבור בעלמא. אחר זמן רב ראיתי בשיטה מקובצת בב"ב נ"ו אחר שהביא הרבה שיטות בענין דבר ולא חצי דבר כתב בשם שיטה אחת לא נודעת בשמה וז"ל ולי אני תלמידיהם נראה דגבי שערות שביאתן היא הגדלות אמרינן בי' חצי דבר אבל בחזקה שאינה אלא לראיה ואינה גוף הקניה לא אמרינן בי' חצי דבר עכ"ל ולפענ"ד כוון למ"ש הרב מו"ה אברהם קאמפף הנ"ל ועיין בפ"י כתובות כ"א בהא דאמרו לדברי רבי על כתב ידן הן מעידין והקשה דא"כ אמאי מועיל כשיש עוד אחר על החתימות הא ע"א בשטר לאו כלום הוא והו"ל חצי דבר ע"ש שהקשה לשיטת הרי"ף ולא זכיתי להבין דכיון דאם היו מכיר כל אחד כת"י של חבירו היו מועיל א"כ שוב לא מקרי חצי דבר דהא גוף החתימות היו על המלוה רק שקיום החתימות היא רק על החתימה אבל גוף העדות הוא על המלוה ואם כן שניהם ביחד מוציאין ממון ואדרבא בעינן שלא יעדיף אחד על חבירו כמו דאמרו דנפיק כולא ממונא נכי ריבעא ע"פ חד ושניהם ביחד מעידין על דבר שלם וה"ה כאן כל דנתקיים החתימות מעידין על גוף הדבר וע' תוס' דף כ' ד"ה ור"י שהביאו בשם הירושלמי דר"ה ור"י פליגי בפלוגתא דרבי ורבנן והיינו כשזוכרין המלוה ע"י השטר דלרבי לא חשוב זכירה ולפ"ז שפיר יקשה על רבי דל"מ דהוה מפ"כ וא"כ גם כשמצרף אחר עמו הא הו"ל חצי דבר מיהו בלא"ה יקשה לרבי דא"כ מה מועיל מה שמצרף אחר הא הו"ל מפ"כ. מיהו י"ל דעכ"פ הם מעידים שהחתימה היא אמת וממילא נתקיים השטר ולא הוה מפ"כ דכל שנעשה כשטר גמור ס"ל להירושלמי דלא מקרי מפ"כ וכמ"ש התוס' שם הרבה שיטות

בזה ולפ"ז שוב גם ח"ד לא מקרי דכל שנתקיים השטר שוב ע"י שניהם הו"ל דבר שלם וז"פ לפענ"ד. מיהו אי קשיא הא קשיא דאיך אמרו דאי מית לכתוב חת"י אחספא כיון דבעי לרבנן שיעיד על מנה שבשטר וא"כ מה שמקיימין חת"י אחספא זה אינו ראיה על זכירת המנה שבשטר וע"כ צריכין שיגיד שזוכר המנה שבשטר ע"י הכתב וא"כ נפיק כולא ממונא נכי ריבעא ע"י אחד דהא הוא עכ"פ צריך לזכור העדות בע"פ וצע"ג ועיין בהפלאה בדף כ"א בד"ה לדברי חכמים וד"ה אמר ר"י ותמצא לישב ודו"ק. שבתי וראיתי דל"ק דהרי הקיום שהב"ד מקיימין החתימה זה ודאי דא"צ שידעו אם העד זוכר העדות או לא וסמכו על קיום שטרות דרבנן ומה"ת כמי שנחקרה דמי וא"כ שוב לא נפיק על ידו יותר מחצי ודו"ק:

יט והנה בהא דהבאתי למעלה דברי הפ"י שהקשה בהא דאמרו בקידושין דף י"ב והא איכא סהדי באודית דההוא יומא הוה שו"פ והקשה דאכתי הו"ל חצי דבר וכן הקשה בכל מה דחיישינן שמא שו"פ במדי הא אף שיבואו עדים ויעידו ששו"פ במדי הא הו"ל חצי דבר לפענד"נ דל"מ לשמואל דחייש שמא שו"פ במדי וא"כ עכ"פ אהני עדותן של אלו לקידושי ספק עכ"פ דצריך גט ולא מקרי חצי דבר דהא הועיל עדותן על כל פנים לקידושי ספק ובכה"ג לא מקרי ח"ד ומכ"ש לשיטת הרי"ף דראו כל מה שיכולין לראות אלא אף לר"ח דס"ל דלא כשמואל מ"מ זה אם במקומו אין שו"פ רק דניחוש שמא שו"פ במדי בזה לא חש ר"ח דס"ל דאין להקדש אלא מקומו ושעתו אבל אם יש עדים שכאן היה שו"פ בודאי עכ"פ קידושי ספק הוה ושוב הועיל עדותן וע"ז משני דהשתא ליתנהו לעדים וא"כ שוב לא הועיל עדותן אף לעשות ספק כיון דלא ס"ל לדשמואל שוב הו"ל ח"ד:

כ ובזה יש ליישב היטב קושית התוס' דלא אמר לקידושי ודאי. ולפמ"ש א"ש דאם ס"ל כדשמואל שוב היה עכ"פ מועיל עדותן דהוה עכ"פ ספק קידושין ושוב יקשה הא איכא עדים דידעי דהיו שו"פ כאן וא"ל דהשתא לתניהו קמן דז"א כיון דעכ"פ הועיל עדותן במקצת שוב הו"ל דבר ושפיר חיישינן לאותן עדים ודו"ק כי קצרתי אבל הדברים נכונים:

כא וראיתי בספר אחד נדפס קושיא בשם הגאון החריף מו"ה משלם ז"ל אבד"ק פ"ב בהך דכתבו התוס' בגיטין ל"ג דיוכל לחפות על ב"א וישלח לה גט וכתבו דאם בדין יחפה לא אכפת לן ועוד תירצו כיון שעוש' תקלה ומרבה בזנות וכל כוונתו להפקיע הקידושין כדי שלא יהרגו אותה בזה ל"מ החיפוי בכל כה"ג ע"ש וע"ז הקשה דבאמת כל עידי זנות הם חצי דבר דהא בלי עידי קידושין ל"מ עדותם דפנויה היא וצ"ל דעידי קידושין ל"צ לעידי זנות ולפ"ז גם כאן גם עידי קידושין ל"צ לעידי הזנות דבלא עידי זנות היו

הקידושין בטלים דאפקעינהו רבנן לקידושין כל דשלח גט ובטלו רק שע"י שהעידו עידי זנות שזינתה ל"מ ההפקעה וא"כ עידי זנות צריכין לענין עדות הקידושין וא"כ הו"ל עידי קידושין חצי דבר ובאמת שהיא קושיא מושכלת אבל לא אמר הגאון רק לחדודי בעלמא דכאן כ"ע מודו כיון דהעידו כל מה שיכולין לראות לא חשוב חצי דבר וכמ"ש הרי"ף וגם התוס' מודים כאן דע"כ לא נחלקו רק בשאר חצי דבר דבשעה שראו לא ראו רק חצי דבר בזה שפיר י"ל דמה בכך שראו כל מה שהיו יכולין לראות הרי לא ראו רק חצי דבר אבל כאן בשעה שראו הקידושין ראו עדות שלם רק שכעת היו נפקעים הקידושין אבל עדות ראיית הקידושין הם עדות שלם וז"ב ופשוט:

סימן עח

א בענין נערה וקטנה אם יש להם יד לקבל הגט.

ב הנה מה שהארכת בענין קבלת הגט לקטנה ונערה ע"י עצמם ובקשת ממני להעתיק לך מה שחדשתי בזה. הנה אעתיק לך אפס קצהו הנה בהא דאבעיא לן בש"ס קידושין דף מ"ז ע"ב נערה מה שתעשה שליח לקבל גיטה מיד בעלה כיד אביה דמיא או כחצר אביה דמיא כיד אביה דמיא ומה אביה משוי שליח אף היא נמי משוי שליח או דלמא כחצר אביה דמיא ועד דמטי גיטא לידה לא מגרשה. והקשיתי לפי מה דמבואר בטוש"ע אהע"ז סי' קמ"א סעיף י"ג דש"ק א"י לעשות שליח אחר אף בנאנס משום דהוה מילי ומילי לא ממסרי לשליח וא"כ כאן היאך תוכל לעשות שליח הא גם היא מתורת שליחות דאב קאתינן והו"ל מילי דל"מ לשליח ואף אם נדחה דיד דידה אינו מתורת שליחות דאב רק מתורת יד דל"ש בזה מילי לא ממסרי לשליח וכן מצאתי בישועת יעקב לדו"ז הגאון זלה"ה סי' קמ"א שכתב כן אכתי קשה בהא דאמרו או דלמא כחצר אבי' דמיא ועד דמטי גיטא לידה לא מגרשה הא כיון דל"מ שליחות והרי חצר דגברא משום שליחות אתרבאי וא"כ מה שנעשית חצירו הוא דהוה כשלוחו והרי הש"ק א"י לעשות שליח אחר וא"כ יקשה בעשתה שליח מהראוי שלא יהי' מועיל דהו"ל כטלי גיטך מע"ג קרקע כיון דזה השני לא נעשה שלוחה וא"כ הוה כאילו קבלתה מע"ג קרקע ודוחק לומר דכיון דבאמת אם נימא כחצירו דמיא ל"מ השליחות א"כ שוב באמת הש"ק שלה נעשה שליח הולכה עד דמטי לידה דז"א דא"כ נפלנו ברבוותא דהא היא עשאתו ש"ק והבעל אמר כמו שאמרה היא ואיך יהי' מועיל שיהי' שליח הולכה ובטל השליחות וע' סי' ק"מ והיא קושיא נפלאה לפענ"ד. אמנם נרא' לפמ"ש הב"ש ס"ק מ"ט דדוקא ש"ק הוה מילי אבל שליח הובאה שלה לא הוה מילי דהרי לא נגמר השליחות עד שיגיע ליד השליח ואז

הא אית לה גט ול"מ מילי ע"ש ולפ"ז ל"מ אם נימא כחצר דמיא וא"כ עד דמטי לידה לא מגרשא וא"כ לא נגמר השליחות עד שיבא לידה וא"כ אז חל השליחות השני ואז ל"מ מילי אלא אף אם נימא דכיד' דמיא הא עיקר מה שיש לה יד הוא כיון דמכנסת עצמה לרשות האב הוה לה ידו וכמ"ש הרמב"ן במלחמות פ"ו דגיטין ע"ש ולפ"ז הא עיקר השליחות נגמר בעת שניתן הגט ותוכל להכניס עצמה לרשות האב ואז שוב לא הוה מילי וז"ב מאד לדעתי:

ג ובזה יש ליישב הא דאמר הש"ס בו ובשלוחו אין בה ובשלוחה לא ותמה המהרש"א דשלוחה לאו דוקא כדאמר ר"נ לקמן דא"י לעשות שליח בגירושין. ולפמ"ש י"ל דשם באמת י"ל דממנ"פ אם כידה דמיא א"כ יש לה יד בפ"ע ושייך שליחות וכמ"ש וא"נ כחצר דמיא מ"מ באמת אינה מקודשת עד שיבא לידה ול"ש לומר דהוה כטלי גיטך מע"ג קרקע דבקידושין לא בעינן שיבא לידה ואף אם נימא דבשטר פסול אבל קידושי כסף לכ"ע לא איכפת לן בטלי קידושיך מע"ג קרקע כמ"ש המהריב"ל ומהרשד"ם וע' מלמ"ל פ"ג מאישות ודו"ק. ולכאורה רציתי לומר בישוב הקושיא הנ"ל דבאמת כיון דהוה זכות להאב במה שמכנסת עצמה לרשותו א"כ השליח השני נעשה שליח של האב דזכייה מטעם שליחות וא"כ בשליח ראשון ל"ש מילי ושפיר נעשה ש"ק. אך ז"א דהא ש"ק צריך עדים במנויו וא"כ כל שהאב לא עשהו שליח בעדים ל"מ מטעם זכייה וז"ב ולפ"ז יש ליישב קושית המהרש"א הנ"ל דבקידושין שפיר מועיל אף דהוה מילי משום דהוא מתורת זכייה ובקידושין א"צ עדים במנויו לשיטת הרא"ש כמ"ש סי' ל"ה באהע"ז והא דהוה זכייה אף שמפקעת עצמה מרשותו היינו דעכ"פ זכי לי' הכסף הקידושין וכבר כתב הר"ן לענין פרוזבול דאף שע"י הזכייה מסתעף חוב אפ"ה מקרי זכייה ועיין נקודות הכסף סי' קס"ב ודו"ק. ובזה י"ל טעם רש"י קודם חזרה דס"ל דקטנה א"י לקבל גיטה דלית לה יד היינו משום דצריכה עדים על ש"ק ואין מעידין על הקטן וכ"כ הרמב"ם פ"ו מגירושין טעם זה. ובזה יש ליישב קושית התוס' מקטנה אמרה התקבל לי גיטי דמגורשת. ולפמ"ש א"ש דשם דנעשה שליח להולכה וזה א"צ עדים על מיניו וגם דהא הבעל הוא גדול ושפיר מעידין עליו ואם כן שפיר מגורשת בהגיע לה הגט וז"ב:

ד והנה הראב"ד פירש הא דקטנה מתגרשת בהגיע גט לידה דמיירי שאביה הסכים שתקבל הגירושין ומגורשת בהסכמת אביה ותמה הרשב"א דא"כ איך יפרנס הא דדייק הש"ס דנערה יכולה לעשות שליח הא מיירי בהסכמת אביה ע"ש. ולפענד"נ דבאמת גם ע"י הסכמת אביה ל"מ כיון דצריך עדים בעת השליחות לקבלה וניהו דאביה הסכים שתעשה שליח אבל הוא לא מינה העדים וצ"ל דהא דמועיל בקטנה משום דקטנה כיון

דלית לה יד ל"ש שאין מעידין על הקטן הא היא מתגרשת בע"כ ולא בעי דעתה וא"כ מה מעידין עליה ואי שמעידין שמינתה ש"ק הא אין לה יד וע"כ שהעדים מעידין שהאב הסכים שתמנה שליח והיא אינה רק כקוף בעלמא ולכך מועיל אבל בנערה שפיר ל"מ דניהו דהסכים האב אבל הוא לא מינה:

ה והנה בגוף האיבעיא אי יכולה לעשות שליח לקבל גיטה נלפענ"ד דבר חדש דהנה בירושלמי בגיטין פ' האומר אמרו שאין אדם יכול לעשות שליח לקבל מתנה מיד חבירו ופריך מגט שעושית שליח לקבלה ומשני שאני גט דהתורה זכתה לה והו"ל דבר שלה ע"ש והובאו דבריו להלכה במחנה אפרים הלכות שלוחין סי' ו'. ולפ"ז נרא' דזה כוונת הש"ס בהאבעיא דאם נימא דכיד אביה דמיא א"כ התורה זכתה לה יד יתירא ושוב שייך לומר שהתורה זכתה לה שתעשה ש"ק אבל אם נימא דכחצירה דאביה דמיא והיינו שאינה רק שליח של האב וכיון שהתורה לא זכתה לה שתקבל הגט מצד עצמה רק מתורת שליחות דאב א"כ שוב איך יכולה לעשות שליח לקבל דבר שא"ש וז"ב מאד. ובזה י"ל דזה דוקא בגירושין אבל בקידושין ל"ש שמקבלת דבר שא"ש שהרי עי"ז נקנית לבעל והו"ל כמקח ושפיר יכולה לעשות שליח לקבלה והירושלמי לא הקשה רק מגט ולא מקידושין ובזה מיושב קושית המהרש"א הנ"ל דבקידושין שפיר נעשית שליח וז"ב:

ו ובזה מיושב היטב דברי הרמב"ן פ' התקבל שכתב הטעם דאין הנערה יכולה לעשות שליח משום דאין לה יד בעצמה רק דהתורה ירדה לסוף דעת האב שניחא ליה שתעשה שליחו להיות מכנסת עצמה לרשות האב לכך א"י לעשות שליח ע"ש במלחמות ותמהו האחרונים דסוף סוף למה לא תוכל לעשות שליח ורצו לחדש דמשום דמילי לא ממסרי לשליח הוא ע"ש ולפמ"ש הדבר פשוט דכיון דהתורה לא זכתה לה שוב א"י לעשות שליח שתקבל דבר שא"ש וז"ב מאד. ובזה י"ל טעמו של רש"י דקטנה א"י לקבל הגט והיינו כיון דאין לה יד שוב לא נעשה הקטנה שליח של אביה דאיך יכול' לעשות שליח שיקבל דבר שא"ש ואף דאביה יש לו זכות אבל לא שהקטנה תקבל והו"ל כגט מע"ג קרקע. ובזה מיושב קושית התוס' דשם דהבעל עשה שליח להולכה שפיר דמי ודו"ק ועדיין צ"ע בזה אבל גוף טעמו של האבעיא הדבר נכון כמ"ש בטעמו ועיין מהרי"ט בשניות חלק אהע"ז סי' ז' ודו"ק:

ז והנה הפנ"י הקשה בהא דפריך הש"ס מקטנה שאמרה התקבל לי גיטי ודייקינן הא נערה הרי זה גט והקשה לפי מה שנסתפקו התוס' בקידושין דף י' אם בקטנה נשואה יכול האב לקבל גיטה וא"כ יש לאוקמא בנשואה ולכך בנערה שפיר הוה גט דנערה ודאי משנשאת אין לאביה רשות בה אבל בקטנה כיון דיש לאביה ג"כ רשות א"כ א"ש הרישא

והסיפא דאביה יכול לעשות ש"ק ולא היא. ולכך ברישא אינה מגורשת עד שיגיע גט לידה והיא קושיא גדולה. ולפענד"נ בפשיטות דהנה בגיטין דף ס"ג פריך הש"ס למה תהיה מגורשת כשיגיע הגט לידה והא לאו שליח להולכה שוויא ומשני דאדם יודע שאין שליחות לקטן וגמר ונתן לשם הולכה ולפ"ז זהו דוקא בארוסה אבל בנשואה שפיר יקשה דאפשר דטעה בזה כיון דנשאת שוב יש לה יד לעצמה ושפיר לא תתגרש אף משהגיע גט לידה וז"ב. וראיתי במים חיים להפר"ח שהקש' בהא דקאמר הש"ס דאדם יודע שאין שליחות לקטן וגמר ונתן לשם הולכה וקשה הא בסיפא קתני אם אמר אביה צא וקבל גט לבתי לא יחזור הבעל וא"כ דלמא טעה הבעל וסבר שאביה עשה הש"ק. ולפענ"ד לא קשה כיון דבא השליח בשם הבת מה"ת יטעה הבעל ויחשוב כי האב עשה הש"ק ובפרט כי ש"ק צריך עדים ואין מעידין על הקטן וא"כ בלי ספק חזקה על העדים שעשו כהוגן ולא רצו להיות עדים וא"כ השליח בא בלא עדים וידע הבעל שלא עשה האב ש"ק דא"כ היה אומר השליח שנתמנה בעדים כמשפט ש"ק וז"ב:

ח ובזה מיושב הא דהקשו האחרונים מ"פ הא נערה הרי זה גט דלמא נערה בודאי אינו גט כיון דבנערה משכחת לה שתוכל לקבל הגט בעצמה דהיינו כשיתן לה האב רשות או כשאין לה אב וא"כ לא שייך לומר דידע הבעל דאין שליחות לקטן דהא באמת נערה יש לה רשות וחשב שאין לה אב או שנתן לה רשות. ולפמ"ש א"ש דא"כ הי' לה לעשות ש"ק בעדים ואם באמת מיירי שעשתה בעדים ע"כ דיכולה לעשות שליח דאל"כ לא היו העדים בעת המינוי דחזקה על העדים שעשו כהוגן וז"ב. ובזה מיושב דברי הראב"ד שפירש המשנה דקטנה דמיירי שהיתה בהסכמת אביה ותמה הרשב"א דא"כ בנערה ודאי דמועיל. ולפמ"ש א"ש דא"כ היו העדים והשליח יודעים שהי' בהסכמת האב ודו"ק ויש לפקפק קצת. עוד נ"ל בטעם דלא תוכל הנערה לעשות שליח לקבלה אף דבאמת ירדה תורה לסוף דעת האב דניחא ליה שתכניס עצמה לרשות האב משום דהרי שיטת רש"י והרי"ף דבאומר תן גט שחרור לעבדי אם רצה לחזור לא יחזור בעבד ואפ"ה אינו משוחרר עד שיגיע גט לידו והטעם דניהו דזכות הוא לו היינו לענין זה שא"י לחזור אבל לא שיהי' משוחרר עד שיגיע הגט לידו ע"ש ולפ"ז ה"ה כאן י"ל דעכ"פ ניהו דזכות היא לו לאב וניחא לי' שתכניס עצמה לרשותו אבל שליח לקבלה לא הוה שיהי' מגורשת בקבלתו של השליח דזה לא אכפת לי' להאב דכל שא"י לחזור בו ממילא היא ברשות עצמה ומעשה ידיה לאביה ולא אכפת לי' להאב שתהי' מגורשת תיכף ולכך א"י לעשות ש"ק וז"ב מאד בטעמו.

ט ובזה מיושב היטב הא דקאמר הש"ס בה ובשלוחה לא ותמה המהרש"א דהא שלוחה לא מהני בקידושין כמו בגירושין ולפמ"ש א"ש דשם לענין קידושין שפיר י"ל כיון דירדה תורה לסוף דעתו של אב דניחא לי' בשליחות ממילא יכולה לעשות שליח דא"ל דניהו דא"י לחזור אבל מקודשת לא הוה בקבלת השליח דזה אינו דכל שאינה מקודשת ממילא יכול לחזור בו היא והוא דשאני גט דמגרשה שלא מדעתה אבל בקידושין דעשתה ש"ק ואם לא רצה האיש ממילא לא הוה קידושין כלל ויכולין שניהם לחזור בהם וא"כ ע"כ מקודשת תיכף וז"ב מאד. והנה לכאור' י"ל דבקידושין ל"מ לעשות שליח משום דבאמת אם נימא כמ"ש הרמב"ן במלחמות דהיא אין לה יד רק שהתורה ירדה לסוף דעתו של אב דניחא לי' שתהי' שלוחו דזכות היא לו ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הש"ך בחו"מ סי' קפ"ה דשליח הנותן ושליח המקבל אינו מועיל משום דלא חזרה שליחות אצל המשלח וא"כ גם כאן היאך תעשה שליח האב הא עי"ז מפקעת עצמה מרשות האב ומכנסת עצמה לרשות הבעל וא"כ לא חזרה שליחות אצל האב וז"ב מאד. ובזה י"ל דזה טעמו של ר"י דמחלק בין גירושין לקידושין משום דבקידושין מפקעת עצמה מרשות האב. ולכאור' מה נ"מ בזה סוף סוף נעשית שלוחו ולפמ"ש א"ש ודו"ק. איברא דלפ"ז צ"ב מ"ט דר"ל וצ"ל דהא באמת בקידושין ל"ש לומר זכייה מטעם שליחות דאדרבא חוב הוא לו שמפקעת עצמה מרשותו וע"כ צ"ל דהזכות היא שמזכית לו הכסף הקידושין ולפ"ז לענין כסף הקידושין השליחות חזרה לבעליו והכסף של אביה. ובזה מיושב מה שהקש' הפנ"י ריש קידושין דלר"ל למה לא תהי' כסף קידושין שלה כמו דיכולה לקדש עצמה וכעין קושית הש"ס השתא היא מקדשה נפשה אביה שקיל כספה וכמ"ש בתוס' דף ג' ולפמ"ש א"ש דאם אביה לא מקבל כסף הקידושין שוב לא תחזור שליחות אצל האב וגם ר"ל מודה דא"י לקדש עצמה וז"ב ודו"ק וע' שעה"מ פ"ב מגירושין:

י והנה הרמב"ם כתב בפ"ו מגירושין ה"ט דקטנה א"י לעשות ש"ק משום שאין מעידין על הקטן שאין לה דעה שלימה ונתקשה בזה הנוב"י מהדו"ב חלק אהע"ז סי' נ"ג נ"ד דא"כ היאך יתומה קטנה מקבלת קידושיה דהא אין מעידין על הקטנה ובתשובה אחרת לענין קטנה שזינתה דנאסרת הקשיתי בזה דהיאך מעידין על הקטנה והארכתי בזה בדברים חדשים. וכעת נלפענ"ד דהנה באמת צ"ב הך קטנה דעושית ש"ק במה מיירי דהא כל שיש לה אב האב מקבל גיטה ולא היא וצ"ל דמיירי כשמת האב וכשמבחנת בין גיטה לדבר אחר דאז היא מתגרשת כשיגיע לידה הגט ולכך כ' רבינו דשליח לקבלה אינה יכולה לעשות ולפ"ז נ"ל דבר ברור דלפמ"ש לעיל בשם הירושלמי דא"י לעשות שליח לקבל מתנה ודבר שאינו שלו וגט שאני דהתור' זכתה לו ולפ"ז בקטנה דבאמת

אין לה יד לקבל גיטה כל שיש לה אב ובאין לה אב משתוכל להבחין בין גטה לד"א והוא שיעור משתגיע לעונת הפעוטות או בשיעור שתקבל צרור ותזרקנו אגוז ונוטלתו כמבואר בש"ע אהע"ז ס"ו וזהו בודאי אינו רק מדרבנן והיינו משום דבגט לא בעי דעתה או דבדעת אחרת מקנה קונה בשתגיע לעונת הפעוטות וא"כ עכ"פ מה"ת אין לה יד לקבל גיטה ואיך תעשה שליח וז"ש רבינו דכיון דאין לה דעה שלימה וא"כ אינה זוכית רק מדרבנן כשתבחין וא"כ איך יכולה לעשות שליח. אך לפ"ז צ"ב דלמה לי' הטעם דאין מעידין על הקטן. אך נרא' דבאמת כיון שצריכה להבחין ואם לא הבחינה אינה מגורשת כמ"ש רבינו בפ"ב מגירושין הלכה י"ח י"ט והנה זה נודע דמי שאין לו דיעה שלימה אין העתים שוות אליו לפעמים יבין וישכיל ולפעמים לא ידע וכמו שהוא נהוג במי שאין לו דיעה שלימה וא"כ איך יוכלו להעיד על הקטנה דלמא בעת שיגיע הגט לידה לא תהי' מבחנת ולא תהי' מגורשת כיון דבהבחנה תליא מלתא והיא אין לה דיעה שלימה ודלמא אז לא תהי' מבחנת ובשלמא על הגדול מן הסתם מוקמינן על חזקתו דיהי' תמיד בדיעה שלימה כמו שהוא כעת אבל בקטנה דאין הדיעה שלימה לא גרעה מעתים חלים ועתים שוטה דכתבו התוס' ביבמות דף נ"א ובכתובות דף כ' דל"ש חזקה ומכ"ש בקטנה דתמיד לא נשלם הדיעה שלימה ולפעמים לא תדע להבחין וז"ב מאד. ובזה מיושב היטב מה שהקשיתי בתשובה הנ"ל דאיך משכחת לה מ"ש רבינו דקטנה שזינתה נאסרת על בעלה ומפסדת הכתובה דהא אין מעידין על הקטן ולפמ"ש א"ש דשם אנו דנין על אותו העת שזינתה אם הי' ברצונה וזה יוכלו להבחין דעכ"פ אז ידעה ועשתה ברצונה שהרי התרו בה וקבלה ואמרה ע"מ כן וז"ב ודו"ק.

יא ובזה מיושב קושית הנוב"י הנ"ל דשם בעת שקדשה היתה ברצון והעידו על אותו העת ושפיר העידו: ובזה מיושב היטב קושית אבי מורי הרב הגאון מו"ה ארי' ליבוש נ"י שהקש' בהא דאמרו אלא אשה חבירה דמקטלא איך משכחת לה דהא יכלו לומר לאסרה על בעלה באנו והקשה דלפמ"ש התומים בסי' ל"ח דקושית הש"ס קאי על הא דאמרו בדף ח' בסוגיא דחוששין ללעז דפליגי במוש"ר ובאשה חבירה וא"כ היו יכולין לומר דקטנה היתה בעת שזינתה דאז נאסרת ומפסדת כתובת' ולא נהרגת והארכתי בזה בתשוב' בסוגיא זו. ולפמ"ש א"ש דאם לא התרו בה רק דאשה חבירה מסתמא ידעה וא"צ התראה להבחין בין שוגג למזיד ולפ"ז שוב א"א שתאסר על בעלה דהא אין לה דיעה שלימה וכל שלא קבלה התראה היאך מעידין על הקטנ' ובשלמא כל שקבלה התרא' יודעין העדים שבעת הלז היה דעתה שלימה משא"כ בזה. עכ"פ דברי רבינו בטעמו שאין מעידין על הקטן נכונים:

יב ובזה נלפענ"ד כוונה בדברי רבינו במ"ש בפ"ב הי"ט קדשה אביה כשהיא קטנה ומת אם מבחנת בין גיטה לדבר אחר הרי זו מתגרשת משיגיע הגט לידה ואם לאו אינה מתגרשת עד שתבחין ואם גרשה אינה מגורשת ולכאורה דברי רבינו כפולים שהתחיל באם מבחנת מגורשת ואם לאו אינה מגורשת ומה זה שכפל אינה מגורשת עד שתבחין וגם מה שהוסיף ואם גרשה אינה מגורשת לא נודע ואין זה דרכו של רבינו וצוף דבש תחת לשונו כנודע. ולפמ"ש בא לשלול דלא מועיל שליח לקבלה רק עד שיגיע גט לידה כי גם חצירה מתורת ידה כדאמרו בב"מ דף י' ודף י"א ע"ש אבל שליח לקבלה אינו מועיל כי לא נודע אם מבחנת אז בעת הגעתו ליד שליח וז"ש ואם לאו אינה מגורשת עד שתבחין אז מגורשת ולכך אם גרשה אינה מגורשת דכל דלא נעשה שלוחה אף שמבחנת אז הא הוה טלי גיטך מע"ג קרקע כיון דלא נעשה שלוחה כנלפענ"ד בכוונת רבינו ואם כוון רבינו לזה מה טוב ואם לאו עכ"פ לפענ"ד הדין אמת ונכון כמ"ש ודו"ק:

יג והנה בהא דאמרו או דלמא כחצר אביה דמיא כי מטא גיטא לידה נמי לא תתגרש דהו"ל חצר המשתמרת שלא לדעת אביה הקש' אותי תלמידי המופלג כמר סענדר דלמה לא יהי' מועיל הא כל הטעם דבעי בגט חצר המשתמרת לדעתה משום דאל"כ הו"ל חוב לה וכאן לענין אב הוה זכות כדאמרו שם דמכנסת עצמה לרשות אביה. ולק"מ דמ"מ חצר המשתמרת בעינן רק דלא בעי שתעמוד בצד חצרה אם הוה זכות וגם לפמ"ש הנימוק"י גבי ראה אותן רצין דמה דמהני במתנה הוא משום דהו"ל יד אריכא דכל מה שיש לאדם בחצירו מניח לה וכאן באמת עד שעה שמקבלת הגט לא היתה ברשות אב דכבר יצאת מרשותו וא"כ שוב ל"מ דלא הוה חצר המשתמרת לדעת אביה וצ"ע כעת כי לא השקפתי בזה בעיון:

יד ובגוף ענין שכ' הרמב"ם דאין מעידין על הקטן ראיתי בפ"י שהקש' בגיטין דף ס"ה דא"כ איך קטנה מתגרשת בע"ח או ע"מ והא אין מעידין על הקטן. ולפענ"ד לק"מ דבגירושין דמתגרשת בע"כ א"כ אין מעידין עליה כלל ועל כוונתה רק על הקבלה סתם ולזה יכולין להעיד אבל אם הקטנה עושית ש"ק צריכין העדים להעיד על כוונתה ואין מעידין על הקטן. ובזה יש ליישב כמה קושיות של הלח"מ וע' קצה"ח סי' קפ"ח:

טו והנה דברי רש"י בגיטין בסוגיא שם במשנה מבואר דיתום' היא מהווה את עצמה ומבואר דלא כשיטת הר"ן בסוגיא דב"פ דהאשה אינה עושית עצמה רק כהפקר והקידושין באו מצד הבעל וכאן אינו מבואר כן ברש"י וע' בכתובות דף מ' ע"ב במהווה עצמה הכתוב מדבר וע' ברש"י שם ובתשובה אחרת כתבתי ליישב הך דכתובות דדוקא באנוסה היא כן אבל באמת מדברי רש"י נרא' מבואר שהיא מהווה עצמה תמיד וגם

מכחה באו הקידושין וע' בתוס' קידושין דף מ"ג ע"ב ד"ה וכל שכתבו אף ע"ג דאמרו שם דמשום גרירה אסור ה"מ גדולה והיא שוטה לפי שיש לה תאוה. ולכאורה תמוה דגדולה אין אביה יכול לקבל גיטה וא"כ משום משלחה וחוזרת שייך בזה. וצ"ל דגדולה שכתבו התוס' לאו דוקא רק נערה ג"כ קרוי גדולה כל שאינה קטנה ממש. ולכאורה י"ל דכל שיש לה אב ויכול לשמרה שלא תחזיר אף שאינה ברשות אביה לגמרי מ"מ מקרי משלחה ואינה חוזרת וכן נרא' מלשון הירושלמי דאמר יש לה בן ואב ואח דמגורשת אלמא אף שאינה ברשות אביה לענין קבלת גט מ"מ מקרי משלחה ואינה חוזרת. אבל מדברי התוס' ביבמות דף קי"ג לא משמע כן וע' בב"י אהע"ז סי' קי"ט במ"ש בשם ר"ש והוא פירש דיש לה אב היינו בקטנה והיא ארוסה משמע דכל שאין אביה יכול לקבל גיטה אינה מגורשת אף למ"ד דמשלחה ואינה חוזרת וגם לא הבנתי מה נ"מ בין קטנה שאינה בת תאוה הא מ"מ בני אדם להוטים אחריה. ואולי כיון שאין לה תאוה לא תתפתית להם אבל גדולה בת תאוה וכל שבני אדם להוטים אחריה חיישי' שתתפתית להם ובקטנה ל"ש שתתרצה להם ולאנוסה ל"ח. ועכ"פ מבואר מזה דשוטה שייך חשש פיתוי וע' מלמ"ל פי"א מאישות ובכנסת יחזקאל סי' ע"ח. מיהו אין ראיה דאף דחיישי' שתתפתה להם אבל מ"מ הוא אונס כמו פיתוי קטנה דאונס מקרי אף שנתרצית וה"ה בשוטה חיישינן שתתרצה דבאמת יש לה תאוה ותתרצית אך אין לה דעת שלימה ודו"ק אך מה שאני תמה בזה על התוס' שכתבו דבקטנה ל"ש גרירה והרי ריש החרש אמרו והרי קטנה דאתיא לכלל דעת ותקנו לה רבנן נשואין ומשני כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר הרי דחשו בקטנה ג"כ לחשש זנות ונתקשיתי בזה מאד ומצאתי במקנה שנתעורר בזה ונהניתי. ולכאורה רציתי לומר דשם חשו שאם לא תהי' לאיש בקטנותה שמא ינהגו בה מנהג הפקר גם בגדלות' דמי יחוש לה להשיאה תיכף כשתגדל אך שלפ"ז גם בגרירה שייך בקטנה דלמא תגרר בגדלותה. אמנם העיקר נלפענ"ד דכבר נודע מ"ש הקדמונים דתקנ' שהתקינו חז"ל אף על המיעוט תקנו שגם המיעוט ישנו בעולם אבל חשש על הפרט ל"ח ואמרינן שהוא מן הרוב. ולפ"ז ניהו דקטנה לאו בת תאוה היינו שאין לחוש למיעוט שיש להו תאוה או שיאנסו אותה דל"ש אבל שם דתקנו רבנן נשואין לכל הקטנות שפיר חשו שלא ינהגו בה הפקר ודו"ק היטב. אמנם באמת לא מצינו זאת להדי' וכן ראיתי בישו"ש פרק חרש סי' ד' שכתב בהדיא דאם השוטה קטנה או נערה ולא נשאת מתגרשת ע"י אביה בדיעבד דלמ"ד מפני גרירה בדיעבד מותרת ע"ש וגם בנערה מותרת בשוטה ע"י אביה א"כ אין מקום לחלוקו של התוס' בין קטנה שאינה בת תאוה לגדול'. הן אמת דדברי התוס' עצמם במה שהביאו ראי' דיש לה אב מגורשת ע"י אביה

מהירושלמי תמוה לפענ"ד דגם אם בבן ואח מגורשת דאינה משלחה וחוזרת ומה ענינה לקבלת האב הגט ועיין בשו"ת מהרי"ו סי' נ"ב שכתב שאין לחלק בגזירת חז"ל אף במקום דל"ש גרירה והמתירין הביאו ראי' מר"ת שהתיר קטנה שלא שייך בה גרירה שכתב בספרים שלהם דלאו בת תשמיש היא הא טעמא לא מצאתי בכל הספרים שבידי והט"ז סי' קי"ט הביא דבריו והבין שמהרי"ו לא ראה דברי ר"ת וע"כ כתב שדברי ר"ת הם בתוס' קידושין ונפלאתי על דבריו דהא המהרי"ו כתב שסמכו על דברי ר"ת הרי ראה דברי המתיר אבל כוונת המהרי"ו שבש"ס לפני ר"ת הי' כתוב כן דהטעם דגרירה הוא מפני שהיא בת תשמיש ולכך בקטנה דלאו בת תשמיש היא ל"ש זאת אבל בספרים שלפנינו לא כתוב כן. ובלא"ה קשה על התוס' בקידושין דהרי התוס' ביבמות ד"ה יצתה כתבו דטעם דגרירה דבירושלמי היינו משלחה וחוזרת ולפ"ז אף ביש לה אב אינה מגורשת דמשלחה וחוזרת והתוס' דחו זאת דמפני גרירה היינו הפקר דאל"כ למה למ"ד מפני גרירה מותרת בעבר וגרש כיון דהוא דאורייתא ועכ"פ אי אפשר לומר דבקטנה לא שייך גרירה דהא באמת מפני גרירה אינו מבורר הפירוש ולזה כוון המהרי"ו דאם הי' כתוב קטנה דלאו בת תשמיש והיינו דגרירה הוה הפקר אז הי' שייך זאת משא"כ כיון דלא כתוב בספרים אין לנו לסמוך על ר"ת בזה:

טז ובאמת בגוף דברי התוס' שדחו דברי הי"מ דגרירה היינו שמשלחה וחוזרת מתרי טעמי דא"כ למה בעבר וגרש מותר בדיעבד והא שייך טעמא דגרירה וגם למה בעתים שוטה אינה מגורשת הא באותה שעה משלחה ואינה חוזרת. הנה בקושיא הראשונה באמת לפי מה דגרס הראבי' דעבר וגרש הוא להיפך דלמ"ד משום גרירה אסור וכמ"ש הגאון מוהרא"וו ז"ל ביבמות שם בשם הראבי' והרשב"א והנה ברשב"א מצאתי להיפך אבל בראבי' נאמנה עדותו והוא מפרש דהטעם דעשאוהו כשל תורה אבל לפמ"ש הי"מ א"ש בפשיטות דמטעם שהיא משלחה וחוזרת לכך אסור אף בדיעבד והקושיא השני' דסוף סוף כעת היא משלחה ואינה חוזרת לפענ"ד תלוי בשני טעמי' דאם נימא כדר' ינאי דדריש מונתן בידה דבעי שיהי' לה יד וא"כ ממילא כל שהיא כעת חלומה הרי יש לה יד לעצמה אבל אם נימא כר' ישמעאל דבעי שלא תהי' משלחה וחוזרת א"כ מה נ"מ שהיא כעת חלומה הא סוף סוף עתידה שתהיה שוטית ובפרט להט"ז דמיירי שיש לה ווסת קבוע וא"כ שוב אסורה ואטו משלחה וחוזרת בעינן דוקא שחוזרת תיכף זה לא מצינו שתהי' תיכף חוזרת רק כל שעתידה לחזור הרי היא אסורה וא"כ למ"ד מפני גרירה אסורה דהיינו שמשלחה וחוזרת אבל למ"ד מפני שא"י לשמור גיטה והיינו שאין לה יד כר' ינאי וא"כ הרי בעתי' שוטה ועתי' חלומה הרי בחלימתה יכולה לשמור

גיטה בעצמה וא"כ מסתבר דדברי ראבי' הן לפי הפירוש של הי"מ דמפני גרירה היינו שמשלחה וחוזרת. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש המהרש"ל בתשובה סי' ס"ד בשם הראבי"ה הגדול שכל הגדולי' אסרו וכ"כ בתשובות רש"ל סי' ס"ח בשם ראבי' לפענ"ד הראבי' מכלל המפרשי' דגרירה היינו משלחה וחוזרת והיא איסור תורה ולכך אסר אף בדיעבד אבל לדידן דגרירה אינו משלחה וחוזרת רק חשש הפקר פשיטא דבדיעבד מותרת ואף שברש"ל משמע דראבי' מפרש דמשום הפקר היינו גרירה היינו לפי שלא עלה בדעתו פירוש אחר בגרירה רק הפקר כמ"ש התוס' והי"מ שבתוס' דחו התוס'. אבל לפענ"ד דדברי הי"מ יש להם יסוד והם מפרשים דר' ינאי ור' ישמעאל חולקים אבל לפמ"ש באמת בירושלמי גרירה היינו משלחה וחוזרת ודבית ר' ינאי שבירושלמי חולקין על ר' ינאי בש"ס דילן כמ"ש התוס' לשיטתם וס"ל דמשלחה וחוזרת וא"כ לדידן פשיטא דמותר בדיעבד עכ"פ:

יז ובזה עמדתי לפענ"ד על דברי הר"ש שמביא הב"י שאין להם שום פירוש והנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' פ"ג ביאר אותם ועכ"ז המעיין יראה שנדחק מאד. ולפענ"ד הדברים מבוארים לפמ"ש דהנה לפי גירסת הראבי' שעבר וגירש אסור למ"ד משום גרירה א"כ השלשה דברים הם עבר וגרש דלמ"ד משום גרירה אסור ולמ"ד שא"י לשמור הוא מותר ויש לה אב למ"ד משום גרירה דמשלחה וחוזרת וא"כ ל"מ אב דמ"מ א"י לשמרה וכמו למ"ד משום הפקר דאסור אף ביש לה אב למ"ד משום גרירה ה"ה להפירוש משלחה וחוזרת מ"מ א"י לשמרה האב וחוזרת אל הבעל ובפרט הבעל שמכרת ברמיזותיו ולמ"ד שיכולה לשמור גיטה הרי יכולה לשמור גיטה ע"י האב ועתים שוטה ועתים חלומה למ"ד שמשלחה וחוזרת אסורה דמ"מ תחזור כשיגיע עת שטותה ולמ"ד שא"י לשמור גיטה כאן יכולה לשמור כמ"ש ולפ"ז מה דסיים בירושלמי עתים חלומה ועתים שוטה ויכולה לשמור גיטה זה מיותר דהרי בעת חלימותה ודאי יכולה לשמור גיטה וגם עצמה יכולה לשמור ורק ביש לה אב שם שייך לומר זאת דהיינו דיכולה לשמור גיטה ע"י אביה ולכך סיים גם כאן זאת וע"כ כתב הר"ש דהוא אינו רגיל להפך הגירסא והיינו בעבר וגירש דראב"י המהפך הגירסא וכתב דלמ"ד גרירה אסור וכמ"ש אבל הוא אינו מהפך הגירסא ולמ"ד מפני גרירה היינו הפקר וא"כ בדיעבד מותר למ"ד משום גרירה והשלשה נ"מ היינו מה שחשב ביכולה לשמור גיטה וא"י לשמור עצמה דלמ"ד משום גרירה אסור דשייך הפקר ולמ"ד שישמור גיטה מותרת וגם אם א"י לשמור גיטה ולא את עצמה רק שיש לה אב דאז ג"כ למ"ד מפני גרירה אסור דא"י לשמור עצמה וגם האב א"י לשמרה מזנות ולמ"ד דיכולה לשמור גיטה הרי אביה משמר את גיטה ועתים

חלומה ועתים שוטה למ"ד מפני גרירא אסור דדינו כשוטית ממש ולמ"ד שיכולה לשמור גיטה הרי שומרת גיטה. ומעתה כל דברי הר"ש מבוארים שכתב אני איני רגיל להפוך הגירסא אלא שדילג הסופר יכולה לשמור גיטה שראה ב' פעמים כתוב לפניו ויכולה לשמור גיטה וחשב בלבו שאחד מהם טעות ודלגו וכך היא הגירסא מ"ד מפני גרירא אסור מ"ד מפני שא"י לשמור עתים חלומה ויכולה לשמור את גיטה וכל הנך תרתי מילי מפני גרירה אינו גט וכוונתו למ"ש דלדברי ראבי' וגירסתו א"כ מה שסיים ויכולה לשמור את גיטה בעתים חלומה זה מיותר דפשיטא רק לפי שביש לה אב היא רבותא דאף שהיא א"י לשמור גיטה מ"מ אביה יודע לשמור גיטה וסגי בזה ע"כ נשתרבב גם בעתים חלומה אבל לפי הגירסא דעבר ונשאת בדיעבד מגורשת א"כ א"ש דא"כ הנ"מ הם לענין א"י לשמור עצמה הוא אחת וא"י לשמור גיטה ולא עצמה רק שיש לה אב זה שתים ועתים חלומה הם שלשה כמו שחשב אח"כ וא"כ מה שסיים הירושלמי יכולה לשמור גיטה הוא נ"מ אחרת דהיינו ביכולה לשמור גיטה וא"י לשמור עצמה ובזה אינו גט לכתחלה אבל בדיעבד מגורשת דעבר ונשאת בדיעבד מגורשת ובט"ז העתיק בשם הב"י שכתב בר"ש דהני תרתי מילי אפילו בדיעבד אינו גט וע"ז תמה דהא עבר ונשאת מגורשת אבל לפמ"ש לפנינו לא כתב רק בהני תרתי אינו גט וכוונתו דיכולה לשמור גיטה היא נ"מ אחרת ואינו קאי על עתים חלומה והמעיין בירושלמי ובר"ש ובתוס' בכל המקומות ימצא שכוונתי האמת בס"ד ברוך הפוקח עורים והיינו דבכל הני תלתא בעבר וגירש מותרת רק הנ"מ לכתחלה דלמ"ד מפני גרירה אסור לגרש וכ"כ בהגהות הגאון מוהר"א ז"ל למעיין היטב ובזה יתישבו דברי הגאון ותבין באר היטב. ובזה נראה לבאר דברי הרמ"א שכתב די"א דאפילו בדיעבד אינה מגורשת אבל אם הי' נראה שתשאר כך מגורשת אם גרשה בעת חלימתה. והנה הב"ח והח"מ והב"ש כלם הבינו דהר"ש שמביא הב"י זה מחמיר אפילו בדיעבד ואינו כן לפמ"ש דהוא גרס בעבר וגירש מותר למ"ד מפני גרירה רק שזה ראבי' שגרס עבר וגרש למ"ד מפני גרירה אסור וגם הב"ח כתב כן רק שלא ידע טעמם ולפמ"ש מבואר שהם פירשו דמפני גרירה היינו שמשלח' וחוזרת ולכך אף בדיעבד אינה מגורשת דזה דבר תורה וגם בעתים שוטה ועתים חלומה אם נודע שתשיב לשטותה אז אינה מגורשת דעתידה לחזור אבל אם גרשה בחלימתה והיה נראה שתשאר כך חלומה א"כ בשעת הגירושין היה מגרשה ואינה חוזרת אף שקרה שחזרה אח"כ מ"מ מגורשת והמהרי"ו שהחמיר הוא לפי שיטת ראבי' אבל רק באם היתה עתידה לחזור בבירור דהיינו שקבעת ווסת לחלימתה ולשטותה אבל לא באופן אחר. ולפענ"ד עוד להוסיף בזה דבאמת כשהיא חלומה מהראוי לאוקמא בחזקתה שתשאר כך רק שהתוס' כתבו

בכתובות דף כ' דבעתים חלים ועתים שוטה ל"ש לאוקמא אחזקתה וכתבתי בתשובה אחת דהיינו כמו מקוה שדרכה להתחסר שכתב הר"ן דהוה חזקה העשויה להשתנות ולפ"ז זהו דוקא באם נתחזקה כך אבל באם אין עשוי להיות שטיא אח"כ שוב מוקמינן אחזקתו ודו"ק היטב כי ת"ל נתברר הענין היטב ועיין סי' קכ"א ס"ג ולפמ"ש במגרש ל"ש כלל עתים חלים כמ"ש הב"ש והח"מ שם וגם לפמ"ש אין ענינו לכאן ומכ"ש באם לא אתחזיק. ולפ"ז יפה כתבו בספר אור הישר דאין לחוש כשהי' חלים דלפמ"ש הרי לא אתחזיק כלל בעתים חלים ועתים שוטה דשייך לאוקמה אחזקה שהי' חלים וכמ"ש ודו"ק ובתשובה ביארתי הדברים ואכ"מ ובטור וש"ע פסק דבקטנה ל"ש חשש גרירא והיינו כהתוס' בקידושין הנ"ל ומהרי"ו שכתב שאין ראיה מהמתירין שלא נמצא כתוב בספרים והיינו כמ"ש למעלה דל"ש גרירה הכוונה למשלחת וחוזרת ולא תלוי בתשמיש כלל וא"כ גם קטנה אסור דעכ"פ משלחה וחוזרת וכמ"ש ואנן לא קי"ל כן ודו"ק היטב כי הוא ענין נכבד ת"ל ברוך הפוקח עיני עורים לדרוך דרך סלולה: שוב זכיתי לראות בספר התרומה סי' קל"א בהלכות גיטין ושם מבואר באר היטב שני הגירסות דאית דגרס מ"ד מפני גרירה אסור בעבר וגירש והביא שם שי"מ דגרירה היינו משלחה וחוזרת רק שדחה שם דאיך אפשר דלא תהיה מגורשת בעתים חלומה. ולפמ"ש אתי שפיר הדבר בטעמו וזה הי' גירסא של ראבי"ה ור"ש רוצה לשלול הגירסא וכמ"ש והמעיין שם ימצא דהדברי' שמחים לפמ"ש ועיין בחידושי הרשב"א בגיטין ס"ד ולזה כוון הגאון מוהרא"וו ז"ל: והנה לפענ"ד ראיה ברורה להגירסא דאם עבר וגירש (דאסור') [דמותרת] דבאמת יקשה טובא דאמאי יהיה מותר בעבר וגירש דהא קי"ל דאף בדרבנן אי עביד ל"מ ואמאי מהני כאן וע"כ דאסור. מיהו אכתי קשה דא"כ מ"ט דמאן דמתיר ובפרט לפי פירוש שנחלקו אי הטעם משום משלחה וחוזרת או משום שאין לה יד וא"כ הם מה"ת נחלקו וא"כ מ"ט דמאן דמתיר ואדרבא נראה לפענ"ד דעיקר הגירסא דעבר וגירש דמותר והטעם הוא מפני גרירה משום חשש הפקר וס"ל דע"כ לא נחלק רבא רק בדבר דאסורו בהחלט אבל אם אינו רק משום חשש בעלמא כל שעבר ועשה מותר וא"כ א"ש. וזה לפענ"ד ראיה ברורה לפירוש זה וגירסא זו ודו"ק שוב מצאתי סברא שכתבתי למעלה דבעתים חלומה כיון שעתידה לחזור לשטותה שייך משלחה והיא חוזרת וישבתי קושית התוס' על י"מ מצאתי בבית מאיר בסי' קי"ט שכ"כ והבליע בנעימות דבריו ונהניתי מאד:

יח והנה במ"ש הט"ז דבעינן שתתחזק בעתים שוות לפענ"ד לא משמע כן הלשון דעתים חלים ועתים שוטה דהרי גם באם הבעל עתים חלים ועתים שוטה מוזכר הדין ושם ודאי לא בעי שיהיו עתים שוות ועיין בספר אור הישר שכלם לא הזכירו שיהיה דוקא בעתים

שוות ושם לא הי' עתים שוות ואפילו הכי התירו ואדרבא נראה לפענ"ד להיפך דבאמת התוס' בכתובות דף פ' גבי בר שטיא כתבו דלכך לא אזלינן בתר חזקה משום דהוי עתים חלים ועתים שוטה והיינו משום דהוה חזקה העשוי' להשתנות ואם איתא אם הי' לו ווסת קבוע לחלימתו ולשטותו א"כ אדרבא בעת חלימותו אינו עשוי להשתנות באותו עת וכן להיפך וע"כ דמיירי שאין לו ווסת קבוע ודו"ק היטב ודברי הט"ז צ"ע ועיין בשעה"מ וטעם המלך פ"ב מגירושין הי"ט ואין הזמן מסכים כעת לעיין בזה ועיין תוס' קידושין דף יו"ד ד"ה ומקבל את גיטה שפשטו מירושלמי פ"ח דתרומות דאמרו גרשה מי לא ידעה ולמה לא מוקי כשנשאת כשהיא קטנה ואביה מקבל גיטה ע"כ דמשנשאת אין לאביה רשות בה וקשה לי אם מיירי בקטנה איך שייך קרן וחומש וכי חיובא לקטנה ובפרט דבר שהוא כפרה כמו חומש ועיין סי' שמ"ג באו"ח בט"ז ומ"א שם דאף לכשתגדל אינו רק מדת חסידות וגם קשה לי דאמאי לא אוקמא בשנתן לה גט שעה אחת לפני מיתתו ואסורה לאכול תרומה מיד דלשמא ימות חיישינן וכדאמרו בגיטין דף כ"ט וא"כ ממילא היא לא ידעה אבל ז"א דכל שלא קבלה הגט אינה נאסרת ומשקבלה הלא ידעה וז"פ. אבל הקושיא הראשונה קשה. אמנם אחר העיון עדן קשה דהא במזכה לאשתו במקום יבם נסתפקו הש"ס ביבמות דף קי"ח ע"ב אי הוה זכות וכן במקום גיטה וא"כ משכחת לה בכה"ג וצע"ג:

יט ומצאתי בישועת יעקב אהע"ז סי' ק"מ ס"ק ב' שהעיר בזה והביא מזה ראיה לשיטת הרי"ף דאף דזכות הוא לה מ"מ גט לא הוה עד דמטי גיטא לידה וע"ז הקשה דא"כ בעבד היאך משכחת לה דשחררו והא אף דזכות הוא לו מ"מ גט לא הוה עד דימטי גיטא לידי' כמ"ש הרי"ף ע"ש. ובאמת שלפענ"ד היה נראה דלענין תרומה כיון שעכ"פ הוא א"י לחזור בו וניהו דלא הוה גט עד דמטי לידי' והדבר דומה לפענ"ד למה דאמרו בגיטין דף פ"ב ע"ב דאף אם לא נתגרשה רק מאישה בלבד פסולה לכהונה ואף רבנן מודו וא"כ כאן כיון דהיא א"י לחזור הוה עכ"פ כאילו נתגרשה מאישה וא"כ ממילא נפסלה מתרומה דעכ"פ אם ירצה הבעל לשאנה צריך לחזור ולקדשה והרי נתגרשה ממנו ולפ"ז גם בעבד עכ"פ הוה נשתחרר ממנו ועכ"פ פקע קנין כספו שהוא א"י לחזור. ובאמת מ"ש הוא להקשות מעבד באמת לא זכר שהר"ן בגיטין פ"ק דחה דברי הרי"ף והביא הך דעבד ובשו"ת פנים מאירות ח"א סי' מ"ג דחה ראיות הר"ן דעכ"פ כשיגיע גט לידו למפרע נשתחרר ואסור לאכול בתרומה ולפ"ז נסתר גם דברי הישוע"י לענין אשה דגם להרי"ף עכ"פ למפרע נתגרשה ואסורה לאכול בתרומה. ולכאורה הי' נ"ל ליישב דברי הר"ן מקושית הפ"מ הנ"ל דבאמת יד עבד כיד רבו רק דגיטו וידו באין כאחת וא"כ כ"ז

שלא הגיע גט לידו של עבד אף דזכות הוא לו עכ"פ אז הי' מחוסר יד לקנות מיהו י"ל כיון דהוא עכ"פ א"י לחזור חזרה ידו לעבד עצמו ועכ"פ באשה ודאי קשה וגם דעכ"פ הרי נפסלה מתרומה כמ"ש דעכ"פ נתגרשה ממנו אך לפענ"ד נראה דבר חדש דהרי הר"ן כתב לענין פרוזבול דכל שיש זכות אף שנמשך חוב מזה מ"מ זכין לאדם ובנקה"כ סי' קס"ב כתב דדוקא אם הזכות בא מיד והחוב נמשך אח"כ ע"ש ולפ"ז כאן להיפך דהחוב הוא מיד שאכלה התרומה בשוגג ועברה על איסור וחייבת קרן וחומש וגם הזכות אינו ברור דזימנין דרחמא לי' וגם שמא יהיה לה עוד בנים או שימות היבם בכה"ג לא מועיל ולא מצי לאוקמא בכה"ג דכה"ג לא הוה זכות עוד יש לי לומר דבר חדש דהרי אנן קיי"ל לענין חומש דבעינן זר מעיקרא ולפ"ז בכה"ג דעכ"פ בעת שאכלה לא היתה זרה ניהו דלמפרע נתגרשה מ"מ זה ג"כ לא מקרי זרה מעיקרא דבשעת אכילה לא הוה זרה וגם זה בכלל לאו זרה מעיקרא מקריא. ובזה מיושב גם קושית הפ"מ על הר"ן הנ"ל דעכ"פ זרה מעיקרא לא מקריא ודו"ק היטב כי המה דברים חריפים ונחמדים ת"ל:

כ והנה בשנת תרח"י ט' מרחשוון הגיעני תשובה מר' מנלי קרעמניר מבראד באשה שנשתטית פעמים רבות סמוך ללידתה ופעמים בעתים שונות סמוך ללידתה ובעבור כן לא יכול בעלה לדור עמה כי בעלה נפשו בהול ובעת חלימתה בקש לפטרה בג"פ וליתן לה כתובתה והיא אמרה כי לא תאבה בשום אופן ושאל אם מותר לגרשה בע"כ או להתיר לו לישא אשה אחרת עליה והעלה מעלתו דאין לגרשה אף בעת חלימתה רק שנוכל להתיר לו שישא אשה אחרת עליה וכן עיקר לפענ"ד. ומה שהאריך בענין גרירה ובדברי הירושלמי כבר כתבתי למעלה בזה. אבל מה שנסתפק אם צריך להשליש הכתובה כיון דהוחזקה לעתים שוטה א"י לגרשה שוב ל"ש טעם של הצ"ץ סי' ס"ז. יפה כתב מעלתו דודאי יש לומר שמא תתרפא אח"כ באופן שלא תחזור לשטותה דאז יהיה יכול לגרשה ושוב צריך להשליש הכתובה דשייך טעמו של הצ"ץ ואם חרגמ"ה שלא לישא אשה על אשתו חמור מחרגמ"ה שלא לגרש בע"כ כבר הארכתי בתשובה ודו"ק:

סימן עט

א בענין מי שנתחייב בכת"י שהוא ערב למי שילוה לזה.

ב מ"ש שאירע מעשה באחד ששלח כת"י לסוחר אחד דכל מה שיקיף מאיזה איש שהוא ישלם עבורו ואח"כ הלך זה האיש ועשה הקפות הרבה הקפת כל הראש ושאלת אם זה נתחייב לשלם עבורו וכשבא הדבר לפני מורה אחד הורה שא"ח לשלם עבורו ושאלת אם יפה הורה. הנה אם אמנם אני מכיר המורה שלא ניתן לצדקה בכ"ז לא אעשה תורתו

פלסתר כי הדבר מבואר בשו"ת הרשד"ם סי' ל"ח שאין זה ערב כיון שלא אמר בשם צווי תן לו והש"ך סי' קכ"ט ס"ק ו' הביאו והתומים נחלק עליו ועיין קצה"ח מ"ש בזה. אך לפענ"ד הדבר מבואר כמהרשד"ם ולא מטעמי' רק דכל שאינו מיחד למי הוא ערב ל"ש ערבות והדבר מבואר בהר"ן פ"ק דקידושין גבי אומר לבתו צאי וקבלי קידושיך שהקשה למה לא יתחייב האב משום ערבות וכתב כיון שלא ייחד למי נתחייב לא מקרי ערב דערב דוקא שמייחד למי ערב זה נקרא ערב דגמר ומשעבד נפשו אליו ע"ש וכבר כתב כן הר"ן שם פעמים כן וא"כ ה"ה בזה דלא נעשה ערב וכל ראיות התומים אינם ראיות לערב דדוקא שכר פעולה או שאר חיוב יכול אדם לחייב עצמו משא"כ בערב ומהתימה על כלם שלא זכרו דברי הר"ן האלו. איברא דלכאורה תמוה לי דברי הר"ן שכתב דלכך לא נעשה הערב משום דלא התנה על אדם ידוע לא הוה ערב דלא גמר ומשעבד נפשיה והא הקטנה שקבלה הקידושין עכ"פ מהראוי שתעשה ערבות דהו"ל כאמרה תן מנה לפלוני שהרי הכסף קידושין שקבלה של אביה והיא מקודשת עי"ז הו"ל ערב דהרי תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב וא"כ כמו דנעשה האב ערב כמו כן הקטנה מהראוי שתעשה ערב ותהיה מקודשת ואף שכתב בש"ע סי' קל"ב ס"א ובסי' רל"ה סט"ו דקטן שנעשה ערב לא נתחייב אף אחר שיגדיל היינו משום דכל מה שאין הנאה לקטן לא נתחייב וכאן דמתקדשת עי"ז שפיר נעשית ערב כמ"ש הרא"ש דלכך נעשית שליח לקבל הקידושין ואף דאין שליחות לקטן מ"מ לטובתה ולזכותה נעשית שליח א"כ גם ערב מהראוי שתהי' ערב כיון שהוא להנאתה ועיין סמ"ע סי' קל"ב ס"ק ב' דלאו בר חיובא ואונאה הוא בדבר שאינו להנאתו וכאן הוא להנאתה ועסמ"ע סי' רל"ה ס"ק מ"ה ששינה קצת וכתב דבקל יתפתה להיות ערב וצ"ע למה צריך לכל זה. ואולי כל שאינו להנאתו אמרינן שקטן אין מעשיו כלום שהרי יוכל להתפתות ועכ"פ כאן שהוא א"ל צאי וקבלי קידושיך א"כ מהראוי שתתקדש מדין ערב וביותר יגדל התימה דגם האב מהראוי שיהי' ערב דאף שלא נתערב לאדם ידוע מ"מ הרי מבואר בסי' קל"א סי"ד האומר לחבירו ערוב זה לפלוני ואני ערב לך הרי זה כמי שאמר הלוהו ואני ערב וא"צ קנין ע"ש והוא מדברי הרמב"ם וא"כ גם כאן כיון דהקטנה נעשית ערב להמקדש דא"ל תן מנה לפלוני וניהו דהאב לא התנה עם איש ידוע כמ"ש הר"ן שם גבי קידושי שטר בתך מקודשת לי כתב ג"כ כן מ"מ הא נעשה ערב להבת ושפיר מועיל ערב לערב וכאן עדיף יותר שהוא המקבל והערב וגם היא מקבלת ערבות וצ"ל דל"ד דשם א"ל שיהי' ערב למי שערב אבל כאן לא נעשה ערב להבת רק שהמקדש עשהו ערב דעל ידו נתן להבת הקידושין וכיון שלא נתחייב לאדם ידוע ל"ש שיהי' האב ערב להבת דלה לא אמר שיהי' ערב וז"ב: ובזה

נפתח לי שערי בינה בדברי התוס' קידושין דף י"ט ד"ה אומר שכתבו תימה למה לא תתקדש אפי' היה אומר תן מנה לפלוני ותתקדש בתי לך היתה מקודש' מדין ערבו' כל שכן שאמר לבתו וכ"ת דהכא ל"ש דין ערבו' דהא לא דיבר למקדש ותמה המהרש"א דמה ס"ד מעיקרא שנעשה ערב וע"כ דאומר להמקדש וא"כ לבסוף מה קסברו שלא נעשה ערב. ולפמ"ש א"ש דגם בהס"ד הוו ידעו התוס' דמיירי שלא דיבר רק דס"ד של התוס' דניהו דלא נעשה ערב להמקדש שהרי לא התנה עם אדם ידוע מ"מ הא נעשה ערב לה שנעשית ערב וע"ז חידשו דכיון שלא דיבר למקדש לא שייך ערבו' דלה לא נעשה ערב ולהמקדש ל"ש ערבות וכמ"ש. אמנם אכתי קשה מה שהקשיתי למעלה דעכ"פ היא תעשה ערב דהוה כאומר תן מנה לפלוני. והנראה בזה דהנה באמ' התוס' הקשו היאך מתקדש' באומר צאי וקבלי קידושיך הא קטן אין לו זכייה בשלמא גבי יעוד דהתם דין היא שתזכה שאינו אלא מחמ' שעבוד בעלמא וכתבו דבדע' אחרת מקנה אותו שאני דיש לה זכיה מן התורה ע"ש. ולפ"ז כל מקבלת קידושין אינה יכולה לזכות בשביל אביה דהא גם לעצמה אינה זוכית רק כששקנה להאחר אבל אינו מועיל לזכות ע"י קנין לאחר ועיין סי' רל"ה וסי' רמ"ג וא"כ ע"כ צ"ל דאביה סילק נפשו מהכסף קידושין ומחל לה ומחילת שעבוד מועיל כמ"ש התוס' לענין יעוד. וא"כ עכ"פ לא נעשי' ערב עבור האב ועיקר הקידושין היא מצדה אם נימא דיש לה יד אבל ל"ש דין ערבות בזה וז"ב:

ג ובזה מיושב היטב מ"ש התוס' דלא הוה כאומר לו ולא לה דע"כ מוכח שיש לה יד לקבל קידושין דאל"כ לא היה מועיל יעוד. ותמה בחידושי מהרי"ט שם דמנ"ל להוכיח מיעוד דלמא שאני התם דהו"ל מחילת שעבוד דמועיל אף בקטנה וכמש"ל בתוס' ועיין בעצמות יוסף שם. ולפמ"ש א"ש דגם כאן פשיטא דל"מ הקטנה לזכות בשל אב ורק דהאב מסלק שעבודו וקנינו ובזה מועיל כמו ביעוד ודו"ק היטב ועיין באבני מלואים סי' ל"ז שהקשה לשיט' הרא"ש דצאי וקבלי קידושיך הוא מתורת שליחו' היאך מועיל בשטר הרי הרמב"ן והר"ן פ"ג דקידושין כתבן דל"מ אם אומרת לפלוני שיכתוב לה שטר קידושין משום דמילי לא ממסרי לשליח וה"ה כאן ובמחכ"ת לא דק דלא משום מילי פסל שם דשם לא היה רק שליח ראשון ורק משום אומר אמרו דפסול בגט משום לשמה ה"ה הקירושין דאתקש לגירושין אבל כאן באמ' המקדש מודיע לקטנה וכותב לשמה רק שהוא מקבלת השטר והרי אין לה יד ועושה האב שתהי' שלוחה לקבל הקידושין ופשיטא דאינו ענין לאומר אמרו דנעשית שליח לעצמה וז"ב ופשוט:

ד ודרך אגב ארשום מה שנשאלתי דשם אמר רבא אמר ר"נ דר"י בר"י ס"ל דמעות הראשונות לאו לקידושין נתנו וקשה לשיט' רש"י דר"נ סתם הוא רנב"י והרי רנב"י אמר

התם דמעות הראשונו' לקידושין נתנו. אבל לק"מ לפענ"ד דע"כ לא כתב רש"י רק אם נזכר ר"נ סתם אבל רבא אמר ר"נ ע"כ ר"נ בר יעקב הוא דר"נ בר יצחק היה תלמידו של רבא ועיין בסדר הדורות סדר תנאים ואמוראים אות נון להאריך בקושיו' על שיטת רש"י מכמה מקומות ולא הזכיר מקדושין הנ"ל ודו"ק: עכ"פ יהיה איך שיהי' הדבר מבואר בר"ן דערב צריך שיתנה עם איש ידוע וא"כ הך דינא דמהרשד"ם ברור דלא נעשה ערב כיון שלא היה אדם ידוע וכמ"ש הר"ן וכן נראה מדברי התוס' והרא"ש כל שלא דבר עם המקד' לא נעש' ערב. הן אמת דיש לתמוה דאף דל"ש גמר ומשעבד נפשיה הרי לפמ"ש הש"ך בחו"מ סי' מ"ם דכל הטעם דערב מקרי אסמכתא הוא משום דלא נתחייב מיד רק לכשלא יהי' ללוה מה לשלם אבל כשהתחייב מיד ל"ש אסמכתא. אך לפ"ז שם דנעשה ערב שתתקדש תיכף שפיר יש לומר דאף באין ידוע למי נעשה ערב ואולי כל דלא ידע למי ל"ש כלל ענין הערבות אף דל"מ אסמכתא וצ"ע עכ"פ הדין דין אמת ובזה ל"ק מה שהקשו האחרונים על הש"ך דבסי' נו"ן הביא דברי מהרא"ש דיכול לחייב עצמו למי שא"י לו ואמאי לא נעשה ערב. ולפמ"ש אתי שפיר דערב ל"ש בכה"ג. ובזה מיושב ג"כ מ"ש הבעה"ת הובא בב"ש סי' ע' דכל האומר כל הזן אינו מפסיד אינו חייב לשלם והקשה הבית מאיר שם למה לא יתחייב מדין ערב וכמו בזרוק מנה לים. ולפמ"ש א"ש דכל שלא נעשה ערב לאיש ידוע לא מקרי ערב. ומיהו בלא"ה ל"ק כמ"ש הקצה"ח בסי' קכ"ט לחלק ודבר ד' בפיו אמת שכ"כ מהר"א ששון בעצמו בתשובה שם ובחידושי לאהע"ז סי' ע' הארכתי לבאר כל דברי הב"ש שם וישבתי הרבה קושיו' והבאתי שם דברי התוס' בתמורה דף ב' ע"ב ד"ה קתני וכל האחרונים לא ראוהו וגם הב"ש לא נזכר מזה ע"ש ונלאיתי להעתיק כאן ודו"ק היטב בכל מ"ש ועיין ר"ן פ"ב דקידושין בסוגיא דקרנא שהקשה דלמא מיירי שאמר כל הרוצה לקדש בתי דמועיל ע"ש ודו"ק. שוב עיינתי בזה ולפענ"ד נראה ליישב דאין ראיה מדברי הר"ן דהנה הר"ן כתב דכל שלא התנה עם אדם ידוע ל"ש לומר דגמר ומשעבד נפשיה ולפ"ז י"ל דבאמ' ערב מקרי רק דבאמ' בערב יש שני ענינים אחד דאיך יכול להתחייב בדברים בעלמא בלי קנין ולזה צריך לומר הטעם בהאי הנאה דקא המניה ולכך צריך ששעבד עצמו בשע' מתן מעות ועוד בה משום דהוה אסמכתא וע"ז צריך לומר דגמר ומשעבד נפשיה לאפוקי מידי אסמכתא. ולפ"ז בערב קבלן דל"ש אסמכתא שאמר הלוה לפלוני ואני אתן א"כ עיקר מה שצריך לומר בהאי הנאה הקנה לו אבל ל"צ שיגמור ושעבד נפשיה דכל דאית ליה הנאה קני כמו במתנה ש"ח להיות כשואל וכדומה דבהאי הנאה דנפיק עליה קלא דגברא מהימנא הוא מהני. ולפ"ז ניהו דלא התנה באדם ידוע דל"ש לומר דגמר ומשעבד נפשי' דלא ידע למי שעבד

נפשו מ"מ אטו מי לא הי' לו הנא' שנתן לו אדם עבורו. ולפ"ז המהרשד"ם מיירי בנכנס ערב קבלן עבורו כמ"ש הש"ך בשמו שפיר לא היה מקום להביא הך דהר"ן והוצרך לפלפל אי נעשה שלוחו באומר כל מי שילוה וכאומר כל הזן. איברא דגם בהך דהר"ן שאומר צאו וקבלי קידושיך דהוה כאומר תן מנה לפלוני ואקדש בתי לך דמקודש' וזה הוה כע"ק. אך ז"א דבשלמא אילו אשה אמרה תן מנה לפלוני ואקדש אני לך שפיר מקרי ערב קבלן דאמר הלוה לפלוני ואני אתן אבל כל שאומר תתקדש בתי זה אינו מקרי רק ערב שערב לו שתתקדש בתו ופשיטא דל"מ ע"ק והו"ל אסמכתא ושפיר כתב הר"ן דל"ש גמר ומשעבד נפשו כל שלא ידע למי דשמא לא תתרצה הקטנה בקידושיו והוא אינו רק ערב:

ה ובזה יש ליישב דברי התוס' מה שס"ד בתחלה דמקרי ערב ואח"כ חדשו וכ"ת דלא הוה ערב כיון דלא דיבר עמו ונתקשה המהרש"א בזה. ולפמ"ש א"ש דבתחלה ס"ד דאף באומר שתתקד' בתו כיון דקטנה היא וברשותו קאי מקרי ע"ק וע"ז חידשו דאפשר דבכה"ג לא הוה רק ערב סתם וממילא לא מועיל בזה כיון דלא דבר עמו ועכ"פ דברי המהרשד"ם נכונים. אחר זמן מצאתי בספר מחנה אפרים הלכו' ערב סי' ג' שכתב להקשו' על המהרשד"ם מדברי הר"ן הנ"ל. ומ"ש הוא הנכון לפענ"ד ועיין במחנה אפרים הלכו' ערב סי' א':

ו ובזה מיושב היטב מה דהקשה המח"א שם על הר"ן מהא דע"ז דף ס"ב דפריך ובחנוני שאינו מקיפו לא משתעבד והאמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודש' מדין ערב ומה קושיא שם לא יחד לחנוני ול"ש ערב בכה"ג. ולפמ"ש א"ש דשם דאמר אני פורע א"כ הוה ע"ק ושפיר דמי לואקדש אני לך דנעשה ע"ק וכמ"ש ודו"ק: ובלא"ה י"ל דשם נשתעבד מדר' נתן דהרי הוא חייב להפועלים והפועלים נתחייב לחנווני הרי נתחייב מדר"נ ולא מטעם ערב קאתינן עלה ועיין בתוס' שם שנדחקו בקושיא ותירוץ של התוס'. ולפמ"ש י"ל דבזה נחלקו אם הוה כאן ערב וכמ"ש אי משום דר"נ ל"ש בשכירות לקצת פוסקים ועיין ש"ך סי' פ"ו ודו"ק ועיין מח"א סי' א' מה שהאריך בדברי רבינו ירוחם ותמהני דכעין זה מבואר בסי' קל"א סי"ד בשם הרמב"ם וצ"ע. ומן האמור למעלה יש ליישב דברי הרמב"ן שדעתו דגם בקידושי שטר יכול האב לומר לקטנה צאי וקבלי קידושיך והר"ן פ"ק דקידושין גבי בתך מקודש' לי הביא דבריו והשיג עליו דדוקא גבי קידושי כסף משום דלא גרעה הבת מכלב דאם אמרה תנהו לכלב שלי מקודש' מדין הנאה משא"כ בשטר דאין מגיע לה הנאה כלל ע"ש ולפענ"ד נראה דבאמת כבר כתבתי למעלה דהא דלא נעשי' ערב עבור אביה משום דבאמ' לא מצית זכייה בשביל אביה

דקטנה היא רק דלפמ"ש התוס' דמחילת שעבוד מועיל אף בקטנה א"כ האב מוחל לה הכסף קידושין והיא מתקדש' ע"י שמחל האב לה ולזה צריך ראיה מדר"י ב"ח דיכולה לקבל קידושיה כל שאביה נתן לה הכח וכמו בקידושי יעוד ע"ש שהארכתי למעלה בזה. ולפ"ז יהי' דוקא בקידושי כסף צריך ראי' דעכ"פ היא זוכית בכסף הקידושין לעצמה והיאך קטנה יכולה לקבל קידושין לעצמ' ע"כ צריך ללמוד מדריב"ח אבל קידושי שטר דאינה זוכה כלל בשום דבר רק שמתקדשת א"כ פשיטא שכל שאביה מחל לה כחו דיכולה להתקדש דאינו רק מחילת שעבוד לבד וז"ב מאד.

ז ובזה יש ליישב ג"כ מה שחוכך הר"ן גבי קידושי שטר צריך שיכתוב בתך מקודש' לי דהא עיקר הקידושין הוא השטר. ולפמ"ש אתי שפיר כיון דהאב נתן לה כח לקבל קידושיה שפיר היא יכולה לקבל קידושיה בעצמה וכותב הרי את מקודש' לי וז"ב מאד. ובזה אני אומר מה שהביא הב"י סי' קי"א בבדק הבית שמ"כ שמהר"ל בן חביב כתב שהאשה א"י לקבל גיטה בקטנותה אף כשיאמר לה האב צאי וקבלי גיטך כמו שדעת הרא"ש שקידושי שטר אינו מועיל שיאמר לה צאי וקבלי קידושיך ע"ש ולפמ"ש י"ל דאף הר"ן מודה בגירושין דאינו רק מחילת השעבוד שע"י הגט נפטר הבעל מכל חיובי הבעל על אשתו וזה יכול לעשו' בע"כ וא"צ לא דעתה ולא דעת אביה ומה שמחל לה החיובים שנתחייב' האשה לבעל זה אינו רק מחילת שעבוד דמועיל בקטנה כמ"ש התוס' לענין קידושי יעוד ואף דבקידושין חולק הר"ן היינו משום דבקידושין בעי דעת האב והבת הלכך לא מסתבר ליה להר"ן שיהיה כאילו מחל האב שיעבודו על בתו לבתו אבל בגט פשיטא דמועיל וז"ב לדעתי ועיין בחידושי פ"י מה שהניח בקושיא על הקדמונים דלמה לא כתבו דמה דנשמע מדריב"ח הוא דאף דהמקד' לא דיבר עם האב ואמר לה הרי את מקודש' אפ"ה מקודש'. ולפמ"ש זה פשוט דכל שהאב סילק עצמו ונתן לה הכח שתקבל קידושיה פשיטא דא"ל הרי את מקודש' ועיין שו"ת מהרי"ט חלק אהע"ז סי' וא"ו שהאריך בענין הלז ואין הזמן מסכים כעת לעמוד על דבריו:

ח והנה לכאורה צ"ב בהא דאמרו משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך דהיאך משתעבד לאיש שלא נודע מי הוא והא נכסי דאינש אינון ערבי' בי' והיאך יהיו ערבים לאיש שלא נודע מי הוא וא"ל דכיון דעכ"פ המלוה נודע רק שנשתעבד לכל מאן דאתי מחמתי' שפיר מועיל דאכתי קשה בהא דאמרו בב"ב דף קמ"ב ממך ואפי' מריש גלותא דלא נודע כלל מי המלוה ואפ"ה נתחייב ומזה למדו הרא"ש בתשובה כלל ס"ח וכן קיי"ל בחו"מ סי' ס"א בשטרי ממרניש שלנו דמשתעבד לכל מי שיוציאו ומועיל והרי לא נודע למי נעשו הנכסים ערבים ואפ"ה מועיל הערבות ולפמ"ש המחנה אפרים דע"כ לא כתב

הר"ן דכל שלא ייחד האיש שנעשה לו ערב לא נתערב רק בלשון כל מי שיתן לאיש הזה אני ערב א"כ לא הוה לשון צווי אבל כל שאמר בלשון צווי בכה"ג נעשה ערב ע"ש א"כ לק"מ אבל באמת דבריו אינם מוסכמים וא"כ קשה כנ"ל. אמנם נראה דכל הטעם דל"מ ערבות אם לא יחד המלוה הוא לפי שלא גמר ומשתעבד דבאמת ערב הוה אסמכתא רק דבהאי הנאה דהמניה אמרינן גמר ומשעבד וכל שאינו מדבר עם אדם ידוע לא גמר ומשעבד נפשי' וכמ"ש הר"ן שם. ולפ"ז נרא' לי הדבר ברור דלא גרע עכ"פ מערב שלא בשע' מתן מעות דג"כ ל"ש גמר ומשעבד נפשיה דלא עפ"י נתן ולפ"ז לפי מה דמבואר בסי' קכ"ט דכל דבא המעות ליד ערב אף שלא בשע' מתן מעות גמר ומשעבד נפשו ומקורו משו"ת מהר"י וייל ובתשובה אחר' ביארתי דבריו לתרץ קושיו' הש"ך עליו ולפ"ז כאן שבא המעו' לידו ונכסי דאינש אינון ערבין בשבילו א"כ מה בכך דלא גמר ומשעבד נפשי' הא לא גרע מערב שלא בשע' מתן מעות דכל דבאה המעו' לידו נעשה ערב מכ"ש בזה ועיין סי' קכ"ט ס"ג בהג"ה בחו"מ. ובזה מיושב היטב קושי' המח"א בהלכו' ערב סי' ג' שהקשה בהא דפריך בע"ז דף ס"ג ובחנווני שאינו מקיפו לא והאמר רבא הן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודש' והרי שם לא דיבר עם החנווני והיאך נעשה ערב ולפמ"ש א"ש דהרי שם חייב מעות לפועלים וא"כ הגיע מעות לידו ופשיטא דנעשה ערב אף שלא ייחד הלוה דהא גמר ומשעבד נפשיה בשביל שלוה אצלו. ובזה י"ל מה הס"ד שם לחלק בין חנוני המקיפו ללא מקיפו משום דבחנווני המקיפו הוה כאילו ייחד למי נעשה ערב ושפיר נעשה ערב משא"כ בשאינו מקיפו דלא נתייחד שם המלוה ול"ש ערב וע"ז חידש הש"ס כיון דאומר תן מנה לפלוני ואקנה נכסאי דקנה מדין ערב ומטעם דגמר ומשעבד נפשיה וה"ה בזה דאף שלא נתייחד שם המלוה מ"מ כל דהגיע המעות ליד הערב שפיר נעשה עדב אף שאינו מכירו ודו"ק:

ט איברא דלפ"ז בגוף דברי הר"ן שכתב דלא נעשה ערב בשביל בתו דהא לא נודע למי נעשה ערב והרי הגיע המעות לידו דהקידושין הוא שלו וצ"ל כל דלא הגיע המעות לידו אף שודאי יגיע לו בכה"ג מודה המהרי"ו דלא נעשה ערב וגם אם נימא דלא נעשה ערב ולא תהיה מקודשת שוב לא יגיע המעות לידו דצריכה להחזיר וא"כ ל"ש ערבות. ובזה יש ליישב דברי התוס' בקידושין דף י"ט ד"ה אומר ליישב קושיות המהרש"א שם ודו"ק ועיין בשו"ת הרא"ש כלל ס"ח סי' ח' שהאריך להוכיח דיכול להשתעבד אף למי שלא ידוע כלל והדבר צ"ב למה לא יוכל להשתעבד אף למי שאינו מכיר. ולפמ"ש י"ל דעיקר ראיית הרא"ש דלא נימא דאיך נכסיו משתעבדין והא אינו רק מתורת ערב וערב ל"ש באם אינו מכיר למי נעשה ערב ע"ז הביא ראיות דיכול להשתעבד אף למי שאינו מכיר כל

דהגיע המעות לידו דהיינו הנאה וע"ז שפיר הביא מהא דאמר שאול אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול ונשתעבד נכסיו משום דמגיע הנאה לידו ובשו"ת מהרי"ט סי' כ"ג האריך לדחות דברי הרא"ש והבין דעיקר ראיית הרא"ש הוא משום דלא נימא ברירה וע"ז הקשה עליו כמה קושיות. ולפמ"ש באמת י"ל דהרא"ש ס"ל דבכה"ג לא שייך ענין ברירה דעל כל פנים לגוף המכר ל"צ לתורת ברירה וכמו שכתב הרשב"א בתולדות אדם סי' פ"ב גבי מוכר בית מבתיו דל"ש ברירה דלענין גוף המכר א"צ לברירה ויכול לחול אח"כ כשיתברר וכ"כ הר"ש פ"ב ממעשר שני גבי כל הנלקט סברא זו וכן מצאתי בשו"ת ריב"ש סי' רכ"ח שביאר בהדיא סברת התוס' בב"ק דף ס"ט גבי כל הנלקט והתורת חיים נתקשה בזה ולא ראה דברי הריב"ש שם ע"ש וכל עיקר ראיות הרא"ש הוא דל"ש ערבות בכה"ג וע"ז חידש דכל דהגיע המלוה לידו והגיע המעות לידו נעשה ערב אף שלא ייחד שם המלוה וגם שאול נתחייב מתורת ערב אף שבעת ההוא לא נתברר למי נעשה ערב ודו"ק היטב כי בזה מיושב כמה קושיות של המהרי"ט ועיין קצה"ח סי' ס"א:

י ומדי דברי בענין כל מי שרוצה להקיף לו אם מקרי ערב והדבר תלוי בשני תירוצי התוס'. הנה מצאתי דבר חדש בתוס' תמורה דף ב' ע"ב ד"ה קתני שכתבו דע"כ אם ישראל מתפיסה צריך שיאמר העכו"ם כל הרוצה להמיר יבא וימיר ואם העכו"ם עצמו אין עושה תמורה היאך אפשר לו לעשות שליח ועיין בצאן קדשים שהגיה כן הרי מבואר דכל הרוצה להמיר הוא מתורת שליחות. איברא דבלא"ה אין שליחות לעכו"ם ואיך שייך שליחות. אך צ"ל כיון דה"א כמו שנודרין נדרים ונדבות כישראל כמו כן יכולין להמיר והרי לענין נדרים ונדבות הוה שלוחא דרחמנא ה"ה לענין תמורה וגם הא ישראל מתפיסה רק דאין אדם ממיר שא"ש וכל שהרשה עכו"ם לומר כל הרוצה להמיר הוה כמו שהרשה וחל התמורה אבל אינו שליחות ממש וסברת התוס' הוא דכל שאין לו תמורה בעצמו ואין לו כח להמיר גם הישראל א"י להמיר בשבילו והוה כענין כל מלתא דהוא ל"מ עביד ל"מ משוי שליח דהיינו שאין לו הכח לענין זה. הארכתי בזה לפי שמצאתי בשו"ת נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' פ"ב אות כ' רצה לדחות דברי הגאון מהר"ץ ז"ל אבד"ק המבורג במ"ש להקשות הא דאמרו בירושלמי ריש פ"ב דקידושין דאם המר ימירנו למעט שליח אף דבלא"ה אשלד"ע וע"ז כתב הגאון הנוב"י דקרא אתי באומר כל הרוצה להמיר דזה לאו שליח מקרי דרק מטעם נתינת רשות הוא ולא שליחות הוא ואילו היה נזכר מדברי התו' הנ"ל היה שמח מאד דכן מבואר מדברי התוס' דאינו בתורת שליחות דהרי אין שליחות לעכו"ם רק בתורת נתינת רשות ובעי שיהי' להנותן אותו כח שעושה השליח ודו"ק:

יא אך בגוף דברי הגאון המעיין בירושלמי יראה שמיירי בעושה שליח ממש שהרי מדמהו להפרה ולרציע' ושם ענין שליחות ממש וגם אמר שם דה"א דבעלמא שלוחו של אדם כמותו וכאן מיעט הכתוב הרי דמיעט שם בשליחות ממש ועיין ק"ע ובאמת לענין רציעה פסק הרמב"ם פ"ג מעבדים הלכה ח' דא"י לרצע ע"י שליח והיא מהמכילתא והדבר יפלא דניהו דסתם מכילתא סתם לה כן אבל בירושלמי אמרו שם אית תנויי תני ורצע לרבות את השליח עד כדון כר"ע כר' ישמעאל אדוניו כל שבא מחמת אדוניו ועיין בק"ע שם שפירושו עיקר וכן כוונתי בראשית ההשקפה דאף לר"י דלא דריש כפל לשון וס"ל דברה תורה כלשון בני אדם מ"מ כאן מרבה וצ"ע דהמכילתא כר"י שסתם מכילתא ר' ישמעאל וכאן אמרו דגם לר"י נרצע ע"י שליח ועיין במלמ"ל בהלכות עבדים שם מ"ש בזה ולא נזכר מדברי הירושלמי הלז ועיין פר"ח הלכות ע"ז פ"ה והשעה"מ שם וכלם לא זכרו דברי הירושלמי הלז שנמצא כמה ענינים שממעט שליח ודו"ק. אחר זמן רב ראיתי בנוב"י מהד"ק שם סי' ע"ז במ"ש להגאון מוהר"י הורוויץ שגם הוא הביא ראיה מתמורה דף ט' דאמרו דלא יחליפנו בשל אחרים והיינו כגון דאמר מר' דבהמה כל הרוצ' להמיר יבא וימיר והיאך נעשה שלוחו והא אשלד"ע וע"ז כתב הנוב"י שם שאני התם דרבי' קרא דלא יחליפנו ועוד דלאו משום שליחות והרי האומר כל הרוצה להמיר אינו לוקה רק הממיר עצמו והיינו שאינו רק נתינת רשות והנה אני תמה במ"ש דרבי' קרא הא בירושלמי ממעט שליח וא"כ ע"כ אינו רק מתורת נתינת רשות. אך בגוף הקושיא הי' נראה לפענ"ד דזה לאו משום שליחות הוא דהרי באמת לא יחליפנו היינו שאומר תצא זו ותכנס זו וא"כ ל"ש אשלד"ע דמה שמתפיס זו בקדושה אינו איסור רק שעי"ז האחרת יוצאת מקדושתה וזהו מידי דממילא דל"ש בזה ענין תורת שליחות וכמ"ש הרא"ש בנדרים דף ע"ב דבמידי דממילא ל"ש שליחות ובמה שעשאו שליח זה אינו עבירה ובזה ניחא מה דדרשו דלא יחליפנו היינו בשל אחרים ולא ימיר בשל עצמו ורש"י נדחק דחילוף משמע ע"י שני אנשים. ולפמ"ש הדבר נכון דבאמת זה ודאי דחילוף משמע זה תחת זה וממיר יוכל להיות אף דממיר תרוייהו כדקאמר בש"ס ולפ"ז במקדיש תרוייהו כיון דרחמנ' אסר אף במקדיש תרוייהו כדדרשו שם מלא ימיר א"א לפרש בשל אחרים דא"כ הוה שלד"ע כיון דמה שמתפיס הוה איסור משא"כ בחילוף דמה שמתפיס זאת בקדושה אינו עושה איסור רק מה שנכנס זה חילוף זה והראשונה יצאת מקדושה ובזה ל"ש דבטל שליחות דזה נעשה ממילא ואף דבאמת גם מקדיש תרוייהו אסרה תורה וא"כ גם מה שמקדיש עושה איסור ז"א דהא לא יחליפנו אתי לאורויי בזה תחת זה ולא ימיר אתי להורות במקדיש תרוייהו וא"כ שפיר צריך קרא דאי לא כתיב לא יחליפנו הו"א דלא

ימיר אסור דוקא בשלו ול"ש שליחות לד"ע ולכך כתב לא יחליפנו להורות דאף בחילוף בשל אחרים אסור ולעולם דאינו אסור רק מה שמוציא הראשונה מקדושתה דלשון לא ימיר יוכל להתפרש או דמקדיש תרוייהו או דממיר זו תחת זו אבל לשון חילוף אינו רק בזו תחת זו שזה נקרא חליפין בלשון המקרא ודו"ק:

יב ומן האמור אני תמה על מ"ש הרמב"ם בפ"ד דתמורה הי"ג שזה שאמר הכתוב והי' הוא ותמורתו יהי' קדש הוא כמו שאמר שאם פדה לעצמו יוסיף חומש משום שירדה תורה לסוף דעתו של אדם שדעתו להרבות קנינו ואף שהקדיש יחזור בו ויפדה בפחות משויו וע"כ אמרה שיוסיף חומש וכן אם הקדיש בהמה קדושת הגוף שמא יחזור בו וכיון שא"י לפדות ירצה להחליפ' ואם תתן לו רשות להחליפ' יחליפה בפחותה ממנה ע"כ נעלה התורה בפניו ואמרה שלא יחליפנו ולא ימירנו ואם החליף קנסו דאמר והי' הוא ותמורתו יהי' קדש ע"ש והרי היא תימה גדול' דממנ"פ בהחליף מיירי שמחליף בשל אחרים וא"כ לא לו יהי' הבהמ' דהא הוא נתן רשות כל הרוצה להמיר ואחר שמחליף א"כ מה יש לחוש ולחוש לקנוניא כולי האי לא חיישינן ובפרט בהקדש אין אדם עושה קנוניא על ההקדש. אמנם בלא יחליפנו יוכל להיו' שזה האחר יתן עינו בבהמת הקדש הטובה ויחליפנו ברע ע"כ נעלה בפניו התור' אבל בלא ימיר ודאי תימה שהרי מקדיש תרוייהו ואפ"ה לוקה ושם ל"ש הטעם דלמה יהיו תרוייהו הקדש וגם ל"ש קנס בזה שהרי הוא בעצמו רצה להקדיש תרוייהו וגם תימה הא אפשר לו לשאל על הקדישו ומה לו להתחבל בתחבולות ואף במסרו ליד גזבר יכול לשאול עד זריק' כמ"ש התוס' בכריתות דף י"ג ועיין מלמ"ל פי"א ממעש' הקרבנות ואף דאין נשאלין על דבר מצוה אלא מדוחק מלבד דזה אינו רק דרבנן אף גם דכבר כתב הרא"ה הובא ברשב"א בהא דאמרו בהקדש הואיל ואי בעי מתשיל עלה דאף דאין נשאלין על דבר מצוה מ"מ היינו אם אינו רוצה לתת לגמרי וחוזר בו אבל להחליף בטוב א"כ שוב יכול להחליפה בטוב ע"י שאלה. ועוד אני תמה מה שייך קנס הא אמרו בנזיר דף ל"ב דלב"ה נמי אף דאמרו תמורה בטעות הוה תמורה ה"מ היכא דאיכא לעיקר הקדש אבל היכא דמתעקר עיקר הקדש אתעקר נמי תמורה וא"כ הרי יכול לשאול על עיקר הקדש ושוב לא נעשה הקדש התמורה ושוב לא קנסו אותו ואיך שייך קנס בדבר שיוכל לפרוק מעליו הקנס וע"כ אמת הדבר כי אין לנו לדרוש ולחקור בטעמי המצות ור"ש הוא דדריש טעמא דקרא וגם זה במקום שכתוב הטעם קצת אבל אין רשות בידינו לדרוש ולחקור החקר אלוה תמצא ובמורה נתן בזה טעם זה בפ' מ"ו מחלק השלישי ושם נאות הדבר למה שנתן טעם בכל המצות ע"ד הדרוש אבל בספרו היד א"א לתת טעם. והנה ראוי להסתפק אם נשאל על

הראשונה דהתמורה נעקר מקדושתה אם לא לקי על התמורה שהמיר כיון דלא הועיל המרתו והנה לרבא לא קמבעיא לי דהא הוא ס"ל דאף דלא מהני מ"מ לקי דעבר על מימרא דרחמנא והרי הוא עבר אמימרא דרחמנא דצוהו שלא ימיר אבל לאביי דס"ל דמהני דאם לא מהני לא לקי א"כ כאן דנתגלה מלתא למפרע דלא אהני מעשיו שוב לא לקי. איברא דלפ"ז יקשה היאך משכחת לה דילקה על לא יחליפנו והא מיירי דממיר בשל אחרי' ואיכא התראת ספק שמא האחר ישאל על הראשונה וא"ל דמוקמינן ליה בחזקת שלא ישאל כמ"ש התוס' בגיטין דף ל"ג דמשום זה לא נלקי האחר בשביל חזקתו של זה וכעין מ"ש הרמב"ן דחזקת פנויה של קרובות ל"מ לזו ומכ"ש לענין מלקות וצ"ע:

יג ודרך אגב אזכיר במה דהקשו כל האחרונים בהא דאמרו בתמורה דף ד' דגבי מימר לקי אף דהוה לאו הניתק לעשה משום דהוה תרי לאוי ולא אתי חד עשה ועקר תרי לאוי והרי בדף ס' מוקמינן חד בשל חבירו וחד בשל עצמו ואין כאן תרי לאוי. ולפענ"ד נראה בפשיטות דבאמת צ"ב דהיאך שייך לומר דהוה לאו הניתק לעשה בלאו דלא ימיר והא לא ימיר מיירי במימר לתרוייהו וא"כ מקדיש לתרוייהו והיאך שייך דהוא לאו הניתק לעשה דלאו הניתק לעשה הוא היכא דהלאו בע"א והעשה בע"א כגון לא תגזול והשיב דהשבה הוא עוקר ללאו אבל כאן אדרבא אם נתקדשו תרוייהו לא עקר ללאו וצ"ל דעל לאו דלא ימיר באמת לק"מ רק על לא יחליפנו ה"א דלא ילקה דהוה לאו הניתק לעשה דהא הוא רצה להחליף זו בזו ותצא הראשונ' מקדושת' וע"ז אמרה תורה שישארו שניהם בקדושתן ולפ"ז נראה ברור דכיון דחזינן דגלתה התור' דאף במימר ומקדיש תרוייהו לקי א"כ חזינן דכוונת התורה שלא ימיר אף להתפיס תרוייהו וא"כ בלא יחליפנו אין האיסור בשביל דרצה לעקור הראשונ' מקדושת' רק במה שהתפיס השניה ג"כ הלאו וא"כ שוב לא מקרי ניתק לעשה וזה דאמרו לא אתי חד עשה ועקר תרי לאוי והיינו דכיון דחזינן דגם בלא ימיר אמרה תורה והיה הוא ותמורתו יהי' קודש וא"כ לא בשביל שיהי' ניתק לעשה אמרה תור' שיהיה הוא ותמורתו קודש דשם לא שייך ניתק לעשה וגם לא הקפידה תורה על מה שזה יוצא לחולין רק גרע למה שזה נתפס ג"כ בקדוש' וא"כ שוב ל"ש דאתי עשה ועקר ללאו דהוי תרי לאוי אף דתרווייהו מצרך צריכי וז"ב:

יד איברא דלפ"ז קשה בהא דקאמר הש"ס דף ט' אי כתיב לא יחליפנו ה"א תצא זו ותכנס זו הוא דילקי אבל מימר דמקדיש לתרוייהו אימא לא לקי קמ"ל והרי אדרבא אי כתיב לא ימיר לא הי' לקי על לא יחליפנו דהו"ל לאו הניתק לעשה אבל אחרי דכתיב לא ימיר הוא דלקי וכמ"ש וצ"ל דמזה ראיה להמהרש"א בר"פ איזהו נשך דכל דלא כתיב העשה

בלשון הלאו לא מקרי ניתק לעשה וגם כאן הלאו כתוב בלשון לא יחליפנו והעשה בלשון ותמורתו ופשיטא דלקי:

טו ובזה מיושב היטב דברי התוס' ריש חולין שהקשו דללקי שמונים משום לא יחליפנו ולא ימיר ותירצו דחד בשלו וחד בשל חבירו והקש' המהרש"א דאיך אפשר דללקי שמנים הא הוה לאו הניתק לעשה ורק דלא אתי עשה ועקר תרי לאוי אבל חד לאו עקר (ובאמת י"ל דל"ק דכל דאלים הל"ת דהן שנים שוב ילקה) שנים אבל לפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל דכתיב ולא ימיר דאף במקדיש לתרוייהו אסור שוב ל"ש כלל לאו הניתק לעשה וכמ"ש וע"ז כתבו דאצטריך חד בשלו וחד בשל חבירו והיינו דאי לא כתיב לא ימיר לא הוה ידענו דאם מקדיש תרוייהו ג"כ לוקה ומזה נשמע כוונת התור' דלא יחליפנו ושוב ל"ש ללקות תרוייהו דבאמת אין בו רק חד לאו שלא יתפיס וז"ב כשמש וזה נראה לפענ"ד בכונת הרמב"ם פ"א מתמורה ה"ג דלכך לא מקרי לאו הניתק לעשת מפני שיש בה עשה ושני לאוין ועוד שאין לאו שבה שוה לעשה שהרי הציבור ושותפין אין עושין תמורה אם המירו אף שהן מוזהרין שלא ימירו והבינו כל האחרונים דהלאו שבה כולל יותר מהעשה וע"ז האריכו מכמה מקומות ועיין במלמ"ל פ"ג ממלוה ובש"א ושעה"מ ולפמ"ש עיקר הכוונ' דחזינן שאין כוונת התור' שיהי' ניתק לעשה דהרי הציבור הוזהרו אף שלא חייב שיהי' קדש וא"כ חזינן שלא לשם עשה כתבה התור' ובאמת שלפמ"ש הרמב"ם בטעמו יקשה מציבור ושותפין שלמה לא קנסו בהם ג"כ ואף די"ל דציבור ושותפין לא חשודי זה רחוק. אך לפמ"ש הרמב"ן במנין המצות דבקנס של עבד שיוצא לחירות ל"ש מצוה דאין מצות התור' קנס א"כ ל"ש לומר דהוה לאו הניתק לעשה דקנס אינו מצוה והרמב"ם כתב שזה קנס וע"כ א"א לומר כטעמו של רבינו ועכ"פ דברי רבינו נכונים. הנה נתגלגל מענין לענין. נחזור על הראשונות במ"ש דכל הרוצה להמיר אינו בתורת שליחות ולפענ"ד ראי' ברור' לזה ממ"ש המהרי"ט בראשונו' סי' קכ"ז דמי שעשה שליח שיקדיש בשבילו ל"מ דהו"ל מילי. ובאמת שדבריו תמוהין ועיין מחנה אפרים הלכות שלוחין סי' ז' מ"ש בזה ואם נימא דמקרי שליחו' גמור קשה דאיך שייך לא יחליפנו דמילי לא ממסרי לשליח למהרי"ט וגם בירושלמי אצטריך למעט דל"מ שויא שליח ולהמהרי"ט קשה וע"כ דזה אינו רק נתינת רשות בלבד ודו"ק היטב:

טז והנה לכאור' הוה קשה לי טובא דהא דאמרו בתמורה דף ב' ע"ב ה"מ עונש דשוה בכל אבל עונש שאינו שוה בכל דתנן הציבור והשותפין אין עושין תמור' ה"א דאשה נמי כי עבדא לא לקי קמ"ל והרי אדרבא ציבור ושותפין בודאי לוקין דשם אין הלאו ניתק לעשה ולוקה. ומצאתי בלח"מ פ"א מתמור' ה"א שם שהרגיש בזה וכתב דרבינו לא גריס רק

דה"מ בלאו השוה בכל אבל לאו שאינו שוה בכל לא ע"ש. ובאמת שגוף החילוק מוזכר ביבמות דף פ"ד אבל כאן תימה היא דהא הלאו שוה בכל רק דהעש' אינה שוה בכל דהרי גם הציבור ושותפין אין רשאין להמיר רק שאם המירו אינו מומר אבל הלאו שוה בכל ולפמ"ש הבה"ז בגירסת הרמב"ם א"ש ע"ש בתמורה אבל להלח"מ קשה. ולפענ"ד נראה דהכונ' דבאמת תמור' הוה לאו שאב"מ רק דבדיבורו עביד מעשה והיינו ביחיד דעביד מעשה שחל המעש' דהרי הוא ותמורתו יהי' קודש אבל בציבור דלא חל התמור' א"כ ניהו דהם רצו לעשות מעשה אבל מ"מ לאו שאינו שוה בכל מקרי דביחיד עושה באמת מעשה ובציבור אינו עושה מעש' ולפ"ז יש לקיים הגירסא דגריס לפנינו דה"א אשה כי עבדא לא לקיא והיינו כמ"ש רש"י לפי גירסתו דהא דהוקש אשה לאיש לעונשין הוא דוקא במידי דאית בי' מעשה כדכתיב איש או אשה כי יעשו וא"כ כאן דבאמת הוה לאו שאב"מ רק דביחיד באמת חל המעשה אבל כיון דבציבור אינו חל המעש' א"כ שוב הוה לגבי ציבור לאו שאב"מ דאף דבדיבורא קא עביד מעשה כיון דהלאו אינו שוה בכל עכ"פ שוב לא הוקש אשה לאיש ולא לקיא דבאמת הוה לאו שאב"מ שוב לא הוקש אשה לאיש ודו"ק כי נכון הוא:

יז ובזה עמדתי על דברי רבינו שכתב דהוה לאו שאב"מ ותמה הכ"מ דבש"ס אמרו דלא תתני מימר דבדיבורא קא עביד מעשה ולפמ"ש א"ש דרבינו בא להורות הטעם דלוק' כאן דהרי באמת הוה לאו שאב"מ ואין לומר דלא חל דלא אתי חד עשה ומנתק תרי לאוין וא"כ ממנ"פ לקי דבאמת ביחיד חל המעש' ומקרי לאו שיב"מ ולאו הניתק לעשה והנה באמת יש תרי לאוין ולא אתי חד עשה ומנתק תרתי לאוי וא"כ שוב הות לאו שאב"מ דז"א דעכ"פ חד לאו נשאר ולאותו לאו הוה ניתק לעשה וחל המעש' וא"כ מחמת הלאו השני שוב לקי דכיון דחל המעשה שוב נשאר לאו השני והוה כלאו שיש בו מעשה ובציבור לא הוה ניתק לעשה ושפיר לקי דא"ל דלאו שאב"מ הוא דז"א כיון דאין הלאו שוה לעשה שוב הוה לאו שיש בו מעש' דהרי ביחיד עושה מעש' מקרי דהרי משום כך לא ניתק לעשה דהוה הלאו שאינו שוה עם העש' אבל עכ"פ בזה בודאי הוה כלאו שיש בו מעשה דהרי עכ"פ איחיד לאו שבו עושה מעשה והוה אלים הלאו ובזה יתבארו כל דברי רבינו ואכ"מ להאריך עוד: והנה במה שהבאתי למעלה דברי הרא"ש דהוא מתורת שליחות רק שלזכותה ולטובת' אף בקטן שייך שליחות בזה ישבתי לנכון דברי הר"י ברזילי שכתב דאין ממאנים אלא נשואות אבל ארוסות א"צ מיאון כלל והקשו עליו הא ממאנים ארוסות ונשואות וכמה קושיות וכתב הרמב"ן ליישב דאם הקטנה קבלה קידושין בעצמה בזה צריכ' מיאון באריסות לבד אבל באם אמה ואחיה מקבלים הקידושין א"צ מיאון לפי

שלא מצינו שליחות לקטן אבל בשהכניסוה לחופה לדעת הר"י היא צריכה מיאון ע"ש בב"י סי' קנ"ה הובאו הדברים האלו בטור אהע"ז. ולכאור' הדברים משוללים ביאור דמה נ"מ אם קבלה בעצמה הקידושין או הם קבלוה בעדה. ולפמ"ש י"ל דבאמת אין שליחות לקטן רק לטובתה ולזכות' נעשית שליח וא"כ כל שקבלה היא הקידושין נעשית שליח לעצמה במה שנתרצו האם ואחיה שתקבל הקידושין בשליחותם אבל כל שקבלו האם והאח הקידושין ונצטרך לומר דנעשו שליח שלה והרי היא קטנה ול"ש שליחות כל שאינה נהנית ואין זכות לה וז"ב: וע"ד הפלפול נראה דהנה כבר נודע מ"ש האבן עוזר בחידושיו ריש פסחים דהקטן כשם שא"י להקנות כמו כן א"י להפקיר ודייק לה מהא דאמרו לא ליתיב אינש לוליבא לינוקא ביו"ט קמא דקנויי קני אקנויי לא מקני והקשה הרי יכול להפקיר וע"כ דכשם שא"י להקנו' כמו כן א"י להפקיר ע"ש ובתשוב' הארכתי בזה: ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הר"ן דבר פדא דעיקר הקידושין באין ע"י הבעל דכתיב כי יקח איש אשה ולא כתיב כי תלקח והאשה אינה רק מפקרת עצמה ע"ש ולפ"ז הקטנה דא"י להפקיר עצמה וע"כ צ"ל דהאם ואחיה מפקירין אותה ולפ"ז נראה דלפי מה דאמרו בנדרים דף מ"ד דבהפקר לזמן לשנה ולשבוע בעינן אף לרבנן דאתיא לרשות זוכה ע"ש לאוקימתא דעולא וכן קי"ל ולפ"ז כיון דהאם ואחיה א"י לקדשה ולהשיאה רק עד שתגדל וגם בזה יכולה למאן אימתי שתרצה א"כ שפיר אינו מועיל הקידושין דהא א"י להפקיר' לזמן עד דאתיא לרשות זוכה והרי בקידושין לבד אינו זוכה בה לגמרי ועדיין היא ברשות עצמה ואמה ואחיה ולכך בעינן נשואין דאז זוכה בה ולפ"ז זהו כשקבלו הם הקידושין אבל כשקבלה היא הקידושין הרי אמרו ביבמות דף ק"ט דלכי גדלה גדלו קידושין בהדה ופירש הרשב"א בחידושיו דהו"ל כאילו מתנה עמה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום ומטעם דנשאר שעבוד עלי' שהיא משתעבדת בכסף קידושי' ע"ש וכיון שכן הוה כאילו הפקירה עצמה לעולם שהרי קבלה כסף קידושין ונשתעבדה לעולם וא"כ שוב מועיל הקידושין דהוה כאילו הפקירה עצמה לעולם כ"ז שלא תחזור בה. אמנם כ"ז לחיבת פה קודש הר"י ברזילי אבל הדברים תמוהין דהרי לב"ש אין ממאנין אלא ארוסות וב"ה ס"ל אף נשואות וא"כ יהיו מחולקים ב"ש וב"ה מהיפך אל היפך ודוחק לומר דלא פליגי רק בקבלה בעצמה הקידושין ובקבלו הם הקידושין יהי' להיפך זה דחוק. איברא דגוף הדבר תמוה דלכאור' מבואר שנהגו כב"ש דהרי אמרו ביבמות דף ק"ז ע"ב בראשונה היו כותבין גט מיאון לא רעינא בי' ולא צבינא בי' ולית אנא בעי להתנסבא לי' ומשמע דאינה רוצית להנשא והיא עדיין ארוסה ולמה לא נקט כשהיתה נשואה מהו אמרה וצ"ע. ולכאורה נראה דהענין של מיאון היא דלפמ"ש הר"ן דעיקר הקידושין מצד

הבעל והיא אינה רק מפקרת עצמה א"כ כל שממאנת בו א"כ יכולה שתאמר אין אני מבטלת דעתי ואינו יכול לזכות בה שאינה מפקרת עצמה ומה שהפקירו אותה אמה ואחיה אינה רוצית בזה וזה שאמרה ולית אנא בעי להתנסב' לי' והיינו שיהי' הוא זוכה בי ואנשא לו דהיינו על ידי ביטול דעתי ורצוני ואיני הפקר שיהי' זוכה בי כנלפענ"ד. שוב מצאתי בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' צ"ח שנשאל ג"כ באשה שנתחייבה בערבות כל מה שיקח הבעל בהלואה אי שייך ערבות כיון שעדיין לא ידעה אם ילוה ולא לוה אז. והנה הביא ראי' מהך דשטרי אקנאה בשו"ת הרא"ש כלל כ"ח במי שנתחייב לכל מי שמוציאו. והנה מכ"ז אין ראי' לערב דהוה אסמכתא והראי' שהביא מכל הזן אינו מפסיד זו ראיה אבל מ"מ יש לדחות וכמ"ש התומים והקצה"ח:

יח והנה במה שהארכתי למעלה בדברי הרמב"ם בתמורה פ"א. הנה כעת בהיותי בטריסקאוויטץ שנת תרי"ב אב עיינתי בדרך העברה בענין זה במה שהקשה המלמ"ל ה"ד דאמאי בממשכן לא קאי דניתק לעשה והא בעשיר ל"ש העשה וא"כ הלאו כולל יותר מעשה כמ"ש הרמב"ם בתמור' הנ"ל. ולפענ"ד לק"מ דשאני תמורה דבאמת במימר דמקדיש תרוייהו א"כ ל"ש לאו הניתק לעשה דבמה מנתק הלאו הא התור' אמרה לא ימירנו דהיינו אפילו מימר לתרוייהו. ואני תמה על הא דאמרו בתמורה דף ט' אי כתיב לא יחליפנו לבד ה"א תצא זו ותכנס זו לקי אבל מימר דתרוייהו קא מקדיש להו אימא לא והנה לפענ"ד אדרבא איפכא מסתברא בלא יחליף היה מקום לומר דלא לקי דה"א דניתק לעשה במה דהתור' צותה שיהיו שניהם קדש ולא הועיל במה שאמר תצא זו מקדושת' אבל מימר לא שייך ניתק לעשה דע"ז אמרה תורה שלא ימיר דהיינו תרוייהו. ומה אעשה כי אין לי ספר לעיין וברמב"ם לא מצאתי הדין אם במימר לתרוייהו דהיינו שמקדיש לשניהם אם הוא לקי. ואולי יש לומר דבאמת מימר הו"ל לאו שאב"מ וחידוש הוא רק דאמרינן דבדיבורו קעביד מעשה ולפ"ז בשלמא באומר תצא זו ותכנס זו א"כ ע"י דיבורו רוצה לעשות מעש' והלה תצא מקדושת' ע"י החלפתו בזה אבל במימר תרוייהו והיינו שרוצה להכניס עוד בהמה אחת בקדושת' רק שאומר בלשון תמור' א"כ בדיבורו לא קעביד מעשה דהא מה שמקדיש עוד בהמה הי' רשאי להקדיש ורק שתלה בלשון תמור' וא"כ ל"ש בזה בדיבורו קעביד מעשה וה"א דלא לקי קמ"ל. אך העיקר נרא' לפענ"ד דגם במימר אין הכונה שמקדיש לתרוייהו דע"ז אינו נופל ענין תמור' דהיינו שאומר הר"ז תחת זו או חליפת זו וכמ"ש הרמב"ם פ"ב מתמורה ה"א ותדע דאל"כ למה לא אמר לא יחליפנו באומר תצא זו ולא ימיר במימר שניהם והש"ס מוקי דלא יחליפנו בשל אחרים ולא ימיר בשל עצמו אבל הכוונ' כיון דמוקי לא יחליפנו בשל אחרים וכגון דמתפיס חולין

דידי' בקדשים דחברי' וא"כ שם ע"כ באומר תצא זו ותכנס זו דהוא אין לו רשות בשל אחר ולא אקדשי' רק האחר הקדישו ואמר כל הרוצ' להמיר יבא וימיר ובזה הו"א דלקי אבל במימר בשל עצמו סד"א כיון דהוא מקדיש תרוייהו ובתחל' הקדיש הראשונ' וכעת רוצה להקדיש השניה מה נ"מ בין זו לזו ע"ז הו"א דלא לקי קמ"ל דלקי. ובזה ל"ק מה שהקשיתי למעל' על טעמו של רבינו סוף תמור' בטעם של התור' ואני הקשיתי דמקדיש לתרוייהו. ולפמ"ש א"ש דאין הכונ' שמקדיש לתרוייהו כעת רק ששניהם נתקדשו ע"י פיו ובאמת לכך לקי ע"ז דשמא יחליף טוב ברע ועכ"פ ל"ק מה שהקשיתי כאן דשפיר הוה תמור' לאו הניתק לעשה. אמנם לפענ"ד י"ל סברא אחת דל"ש לאו הניתק לעשה בתמור' דבאמת הו"ל לאו שאב"מ רק דע"י דיבורו קא עביד מעש' והיינו ביחיד דהועילו מעשיו שנכנס' האחרת ג"כ לקדוש' עי"ז אבל בציבור שאין עושין תמור' א"כ לא הועיל מעשיו כלל והו"ל לאו שאב"מ ולפ"ז לק"מ על הרמב"ם דשאני תמור' דא"א לומר דכיון דביחיד הוה לאו הניתק לעשה גם בציבור יהי' לאו הניתק לעשה דז"א דאדרבא ע"י העש' עוד נתאמץ הלאו דבלי העש' לא הי' לאו שיב"מ וא"כ אדרבא בציבור אין עושין מעשה והיאך אפשר דהיחיד יהי' גורר הציבור דאדרבא ביחיד ע"י העש' הלאו חזק יותר ולכך שפיר לא הוה ניתק לעש' כיון דבציבור לקי אף דהוה לאו שאב"מ וא"כ ל"ש ביחיד שניתק לעשה דאדרבא ע"י העש' עוד מגרע גרע והלאו נתחזק יותר משא"כ בממשכן דבעני הלאו קליש שניתק לעש' גורר גם בעשיר וז"ב. ומ"ש המלמ"ל מדברי התוס' יומא דף ל"ו ד"ה טריפ' דלא חשיב ניתק כיון דאינו מנתק כל הלאו וכפי הנרא' חשב שזה כעין סברת הרמב"ם. ולפענ"ד לא קרב זא"ז דהתוס' שם מיירי בלאו שבכללו' שאף שאותו לאו כולל ענינים אחרים שאינו ניתק בכ"ז יש לומר דאותו לאו הניתק אינו לוקה וכספרים דגרסו גם טריפ'. אבל הרמב"ם מיירי כשיש באותו לאו גופא דבר שאינו ניתק כמו בציבור ושותפין ובזה י"ל דכ"ע מודים דבכה"ג אינו ניתק וכן להיפך אם נימא דבכה"ג ניתק הלאו מ"מ בלאו שבכללות לא חשוב ניתק כיון דעל הלאו הנכלל בתוכו לא ניתק כלל וז"פ וברור ודברי הלמ"ל צ"ע. נשוב לדברי הרמב"ם סוף תמור' שלפענ"ד סברתו מוכרחת דהרי התוס' הקשו ללקי שמונים וכתבו בתירוצם האחרון דחד בקרבן שלו וחד בקרבן חבירו וכתב הלח"מ פ"א מתמור' ה"א ד"ה לוק' שהתירוץ הזה עיקר וכן ס"ל להרמב"ם ע"ש וקש' דאכתי ללקי שנים משום טוב ברע או רע בטוב דעכ"פ התור' אמר' שלא ימיר ויחליף בין טוב ברע או רע בטוב. ולפמ"ש הרמב"ם דזה גדר שגדר' תורה שאל"כ יבא להחליף טוב ברע א"כ לא הוה רק לאו אחד מיהו י"ל דל"ש

תרי לאוין בזה דממנ"פ הבהמ' שממיר אין בו רק אחת או טוב ברע או רע בטוב וא"א שילקה על שניהם:

יט והנה הרמב"ם כתב דלוק' על התמור' אעפ"י שאין בו מעש' ותמה הכ"מ דהרי אמרו דלא תתני מימר דבדיבורו קא עביד מעשה ולק"מ דהרי הרמב"ם ע"כ גרס כגירסת רש"י בריש תמור' דה"מ לאו שיש בו מעש' אבל תמור' דהוה לאו שאב"מ כמ"ש הלח"מ ד"ה ועוד ע"ש שהדבר מוכרח וא"כ מבואר דמימר מקרי לאו שאב"מ. ובגוף קושית הלח"מ דשם מבואר דהו"ל לאו שאינו שוה בכל דהציבור ושותפין אין עושין תמור' ומשמע דלא לקי בציבור ושותפין לפענ"ד נראה דבר חדש דהנה לא יחליפנו הוא במחליף בשל אחרים ולפ"ז נרא' לי ברור דאם ציבור ושותפין ממירין בשל אחרים דלא לקי. והטעם נרא' לפענ"ד ברור דבשלמא בשל עצמן אף שאין עושין תמור' לקו בשביל דעברו על הלאו דעכ"פ אמרו להמיר אבל בשל אחרים ע"כ בחולין דידהו בקדשים דאחריני א"כ כל דלא הועילו מעשיהם לא עשו כלום דאין בידם להוציא בהמת חבירו לחולין ורק דאחרים אמרו כל הרוצ' להמיר יבא וימיר וא"כ זה כשיתנו אחרת תחתיה אבל אם אין בכחם להמיר זה הי' הדיבור שלהם כאין וא"כ ברור דלא לקי וא"כ בכה"ג שפיר אמרו דהו"ל לאו שאינו שוה בכל דעכ"פ על לא יחליפנו אינן עוברין בציבור ושותפין. איברא דלפ"ז לאו דלא יחליפנו דהיינו בשל אחרים שוב הוה לאו הניתק לעש' ול"ש לומר דכולל הלאו יותר מעש' דבזה גם הלאו לא חל בציבור ושותפין כמ"ש:

כ ובזה מיושב דברי התוס' ריש חולין שהקשו וללקי שמונים משום לא יחליפנו ותמה המהרש"א דכיון דלא אתי חד עשה ועקר תרי לאוי א"כ פ' בודאי לא לקי והלח"מ תמה דקארי לה מה קארי והא חד בשל עצמו וחד בשל אחרים וכמ"ש בתירוצם השני ולפמ"ש אתי שפיר דהתוס' ס"ל כשני טעמים של הרמב"ם וא"כ בלא ימירנו לבד הוה לקי דהלאו כולל יותר מעשה ושוב אף בלא יחל פנו ללקי דל"ש דהוה לאו הניתק לעשה אף דאינו כולל יותר כמ"ש המהרש"א בריש א"נ דכל דהלאו לא כתיב בל' העש' שוב לא מקרי לאו הניתק לעשה וכמ"ש למעל' וע"ז כתבו דבאמת לקי פ' ואח"כ חידשו כיון דהוה בשני ענינים חלוקים ל"ש לומר דילקה שמונים וכמ"ש הלח"מ בעצמו ואף דהוא כתב כיון דעל כל לאו לחוד הי' העשה עוקר מקרי לאו הניתק לעשה בכאן ל"ש זאת דהרי בלא ימירנו הלאו כולל יותר ובלא יחליפנו לא הוה ניתק דלא כתיב בלשון העשה וכמ"ש ודו"ק היטב. ובזה יש ליישב דברי רבינו והמשכיל יבין כי אין הגליון מספיק:

סימן פ

א להרב החריף מוה' צבי יהודא ליב הכהן נ"י מראווא.

ב אשר הראני דברת התוס' בב"ק דף כ"ב ד"ה דאפיך מיפך במה שהקשו דלמ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב לחייב נ"ש דתב"פ דאורחי' וסופו באונס דלאו אורחי' וי"ל דלא אמר משום דתב"פ לגבי רגל לחייב נ"ש לגבי קרן דאפילו פושע גמור לענין קרן לא חייבתו התורה אלא חצי נזק וע"ז הקשה מעכ"ת להבין הסברא של התוס'. ולפענ"ד נראה דכוונתם דהנה באמת צ"ב הא דמקשה הש"ס בתחילת הסוגיא טעמא דקפצו הא נפלו פטור אלמא קסבר תב"פ וסופו באונס פטור וכו' והא כבר נודע מ"ש התוס' והרא"ש בב"מ בסוגיא דשומר שמסר לשומר דתב"פ וסב"א דחייב הוא דוקא כשבא האונס ע"י הפשיעה וא"כ כאן דתב"פ לגבי קפיצה וסב"א לגבי נפילה א"כ אינו בא ע"י הפשיעה וצ"ל כיון דעכ"פ אם הי' שומרן הי' ניצל גם מהאונס א"כ עיקר החיוב על שלא שמרן ושפיר קרי לי' תב"פ וס"ב ולמ"ד פטור כיון שמ"מ הפשיעה בקפיצה והאונס על הנפילה פטור ולפ"ז יקש' מה מקשו התוס' דנימא דתב"פ לענין אורחיה וס"ב דלאו אורחיה הא כל שלאו אורחי' שוב אינו בא בשביל הפשיע'. אך נראה דבאמת זה כוונת התוס' דלכאורה י"ל דמ"מ פשע על שלא שמרו והו"ל האונס בא מחמת הפשיעה וע"ז שפיר תירצו דא"א לומר דהאונס בא מחמת הפשיע' דהרי גם אי פשע בקרן הוא פטור מנ"ש וע"כ לענין קרן שוב הו"ל אונס גמור וז"ב מאד מאד בכוונתם:

ג ובזה מיושב היטב מה שהקש' בשיטה מקובצת בב"ק שם דאמאי הוה פ"נ קנסא והא הוה ממונא דלענין ח"נ הו"ל תחב"פ לענין שן ורגל וס"ב לענין קרן ע"ש. ולפמ"ש א"ש דעיקר כוונת התוס' כיון דקרן לאו אורחיה ובפרט למ"ד פ"נ קנסא הוא משום דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי וא"כ לענין קרן לא הוה פשיע' במה שלא שמרו ושוב לא הוה תב"פ לענין קרן דאפי' פשע במה שלא שמרו מ"מ הא סתם שוורים בחזקת שימור קיימי. ובזה מיושב ג"כ מה דקשה להיפך למה יהי' שן ורגל ברה"ר פטור נימא דתב"פ לענין קרן ול"ש כ"כ תירוצו של התוס' דאדרבא שן ורגל חייב נ"ש ברשות הניזק. ולפמ"ש א"ש דבאמת שן ורגל וקרן אינו מענין אחד ול"ש תב"פ וס"ב ול"ש לומר דתב"פ על שלא שמרו דלענין רה"ר אפי' פשיע' גמור' פטור בשן ורגל וז"ב מאד מאד. וראיתי בישש"ש פ' כיצד סי' ב' שהבין בכוונת התוס' דכל שאינו מאב אחד שזה קרן וזה רגל ל"ש תב"פ ולא כתב שום טעם בדבר דס"ס פשע ולפמ"ש א"ש ודו"ק.

ד ובזה מיושב מה שהקש' מעלתו על מ"ש ר"ט דקרן ברשות הניזק חייב לשלם נ"ש מק"ו ור"ט לא ס"ל דיו דאינו משלם רק ח"נ והקש' מעלתו ממנ"פ אם יש קרא לר"ט דחייב נ"ש

ברשות הניזק א"כ ממילא יקשה גם ברה"ר לחייב נ"ש דהו"ל תב"פ וס"ב וגם לרבנן דס"ל דיו הא עכ"פ הוה תחב"פ וס"ב ולפמ"ש א"ש דלרבנן דס"ל דיו ולא חייבתו התורה בקרן רק ח"נ א"כ ממילא ל"ש תב"פ וס"ב דהא אין האונס בא מחמת הפשיע' וגם לר"ט ניהו דחייבתו התור' ברשות הניזק בנ"ש אבל ברה"ר ל"ש תב"פ וס"ב משום דבזה לא חייבה אף בפשיע' רק ח"נ ולכך ל"ש תב"פ ועיין בתוס' דף כ"ג ד"ה סתם דלתות ובמהרש"א שם ובשיט' מקובצת שם בשם הקדמונים שקדמוהו להמהרש"א שם בסברתו ע"ש ודו"ק היטב כי לפי מה שהערתי יש להאריך שם ואכ"מ כעת ועיין במפה"י ריש הכונס שיש להאריך עפמ"ש כאן ואכ"מ:

ה ודרך אגב אומר מה שאמרתי זה שנים רבות במה שחידש הרז"ה בב"ק דף נ"ב ע"ב כראוי לשורים ולא כראוי לגמלים שכתב דתב"פ וס"ב לא חייב בבור כיון דחזינן דבור פטר בו את הכלים הקלה התור' גם בזה והרמב"ן קיהה שם בזה. ולפענ"ד נראה להסביר הדברים באופן אחר דבאמת שני דברים א"ב ש"א ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו וחד מינייהו בור וא"כ כ"ז שלא אירע הנזק עדן לא מקרי ברשותו וא"כ היאך שייך בזה דתב"פ דהא לא הוה ברשותו כלל בעת הפשיע' ודי דנימא דהוא ברשותו בעת הנזק דזה גופא חידוש היא שחדש' תורה וא"כ ל"ש תב"פ דתב"פ לא מקרי רק אם בעת שפשע הי' כאן חיוב אם הי' נזק דפשע ולא שמר כראוי אבל כאן כל שלא בא הנזק עדן לאו ברשותו הי' ול"ש פשיע'. ובזה מיושב מה שהקש' הרמב"ן שם מהא דאמרו בב"ק דף ט' ע"ב בשור קשור ובור מכוס' ודכוות' גבי אש גחלת ודקאמרת מ"ש הכא שור דרכי' לנתוקי ובור דרכי' לנתורי והיינו ע"כ משום דהוה תחלתן בפשיע' וס"ב הרי דחייב בבור ובאמת לפמ"ש התוס' אין הכרח דכיון דמסר לחרש דרכו לנתוקי ולנחורי עי"ז והו"ל תחלתו וסופו בפשיע' משא"כ בתב"פ וס"ב וז"ב. ומיהו לפמ"ש יש ליישב דכל הסוגיא היא משום דעדיין א"ב ולפ"ז זהו בשחופר בור ברה"ר אבל כשחפר ברשותו והפקיר בורו דלא הוה חידוש שוב חייב בתב"פ וס"ב וא"כ משכחת לה בכה"ג ובזה מיושב היטב קושית דו"ז בים התלמוד דף י"ב הא דחשיב חומר באש מבבור והקש' לבעה"מ למה אש חייב תבו"פ ובבור פטור ע"ש ועיין במפה"י שם. ולפמ"ש א"ש דשם מיירי בבור ברה"י דהרי חשיב החומרא דבור משור במסרו לחש"ו וא"כ בכה"ג אין חומרא לאש מבבור ועכ"פ גם בור יש לו חומרא וכגון בבורו ודו"ק היטב. איברא דיש להקשות דלתני חומר בבור שחייב אף שאינו ברשותו דזה חידוש הוא וחומר גדול וצ"ל דניהו דחידוש הוא אבל כל שגילת' תורה דבור חייב אף בזה עכ"פ אין לו חומר יותר מבאש בעניינים שחייבים בזה ובזה וכאן לא קתני מה שיש לו חומר שאף שמקרי בור מ"מ פטור אבל עצם גוף

החיוב של בור זה לא חשיב הכא. אמנם אי קשיא הא קשיא בהא דאמרו במשנ' לא זה וזה שדרכן לילך ולהזיק כהרי הבור שאין דרכו לילך ולהזיק וקשה הא בלא"ה צריך למכתב בור דה"א דבור אינו חייב כיון דא"ב וכן קשה לשיטת הרז"ה הא צריך לכתוב בשאר דברים לחייב אף תחב"פ וס"ב דבבור פטור וכן קשה בהא דאמרו בדף ה' כלהו וכי שדית בור ביניהו אתיא כולהו במה הצד דהא אכתי איך נדע תבו"פ דחייב בכלהו. ולפענ"ד נראה דבאמת ניהו דבור יש לו קולא זו הא בשור אין בו קולא זו ושפיר איתא מבינייהו דא"ל מה לבור שכן יש בו קולא זו הא שור אין לו קולא זו הצד השוה שבהן וכו' ולכך שפיר אתי מבינייהו. ובזה מיושב גם מה שהקש' הרב מוה' אברהם ראש ישיבה דק' הורדנא נ"י דאיך אתי מבינייהו והא בור א"ב ש"א ואיך אמר רבא דנלמד מביניהו ולפמ"ש א"ש דכיון דאתי במה הצד א"כ מה נ"מ דיש לו חומרא זו הא השור אין לו חומרא זו ואפ"ה חייב ושפיר אתי כולהו במה הצד וז"ב ודו"ק היטב ועיין דף י' שם דאמר מה לבור שכן שלא ברשות תאמר בהני דברשות שור יוכיח הרי דאף שפרכינן להיפך דבור מהראוי שיתחייב דהוה שלא ברשות ב"ד אפ"ה אמרו שור יוכיח וה"ה בזה ודו"ק. ועכ"פ לפי מה שנתבאר בתוס' דף נ"ב ובבעה"מ ורמב"ן שם תמצא לפרש היטב דברי התוס' הנ"ל בדף כ"ב וכעין מ"ש ודו"ק היטב:

ו והנה גוף דברי הרז"ה תמוהים שכתב דלכך יש להקל בבור בתבו"פ משום דמצינו בו קולא דפטר בו את הכלים והוא משולל ביאור. ולפענד"נ דהנה באמת ר' ישמעאל ס"ל דבעל הבור היינו בעל התקל' כדאמרו בב"ק דף נ' ואף לר"ע דס"ל דבעל הבור בור דאית ליה בעלים דהיינו בור ברשותו מ"מ זה ודאי דברה"ר לכ"ע חייב כדאמר רבה שם וא"כ ע"כ דעיקר הא דחייב' התור' בבור ברה"ר הוא בשביל שעשה תקלה וא"כ לכאור' יקשה למה יפטור בבור שכסה כראוי ואירע אונס שנפל שם שור כגון שהתליע הא מ"מ כיון דתחב"פ לענין כלים שהרי עשה תקלה שיוכלו לפול בו כלים ולענין זה לא הצריכ' התורה כסוי כלל שהרי בור פטר בו את הכלים וא"כ עכ"פ זה פשע שחפר בור ברה"ר ועשה מכשול וא"כ הוה תב"פ שעשה מכשול דלמה חפר בור ברה"ר ואף שכסהו הא אירע אונס והו"ל תחב"פ וס"ב וגם לענין כלים גופא ע"כ לא פטרה התור' כלים רק משום דלגבי כלים הו"ל פשיע' דדהו כמו באונס בשור דגזה"כ הוא שכלים פטור בבור אבל עכ"פ אטו לא פשע בזה דמה לו כי עשה מכשול ברה"ר וא"כ למה יפטור בכלים גופא דלא עדיף הפשיע' מאילו הי' אונס גמור דמ"מ מהראוי להתחייב דעכ"פ תחלתו הי' בפשיע' במה שחפר בור ברה"ר והו"ל בעל התקל' וע"כ דבבור תבו"פ פטור וזהו סברת הרז"ה ודו"ק ובזה יש ליישב קושית הרמב"ן ואין להאריך. איברא דצריך להבין

למה אמרו ב' דברים א"ב ש"א ועשה הכתוב כאילו הן ברשותו והא אדרבא בבור ברה"ר לכ"ע חייב דעל עסקי כרייה ופתיח' בא לו. והנרא' בזה דהנה בב"ק דף ל' הגירסא ר"א בשם ר' ישמעאל ואף דבפסחים דף וא"ו הגירסא סתם ר"א אבל בב"ק מבואר בשם ר' ישמעאל ולפ"ז באמת הא כתיב בעל הבור ומפרש ר' ישמעאל דבעל הבור אין הכוונ' שצריך להיות בעליו רק שבעל הבור הכוונ' שגרם להתקל' וזהו בעליו וא"כ ז"ש דעשאו הכתוב כאילו הן ברשותו והיינו דאף דאינו בעליו ממש מ"מ בעל התקל' מקרי. ובזה נראה ברור דלכך מקרי חמץ ג"כ ברשותו דאף דאסור בהנא' מ"מ בעל התקל' הוא דהוא גרם המכשול הזה שאינו ברשותו ע"י שלא בטלו ובערו מקודם ולכך אף שא"ב עשאן הכתוב כאילו הן ברשותו וז"ב בסברא. ובזה נכון מה שכללם יחד דגם בחמץ אף דא"ב מ"מ הוא בעל התקל'. איברא דלכאור' יש לחלק דל"ד לבור דבבור גרם תקלה בידים וגם התקל' הוא בכל עת משא"כ בחמץ דמה תקלה יש לאחרים הא בלא"ה אסור לאכול חמץ כל שבעה ומכ"ש לר"י דס"ל דכל חמץ אף דנכרי אסור באכיל' ומה מכשול ותקלה יצא מזה ואף דלאחר הפסח יוכל להיות מכשול דיחשוב הרוא' שלא עבר עליו הפסח ויאכלנו אבל עכ"פ בפסח אין שום מכשול ועיין פסחים דף ז' דיש היכר בין חמץ למצה דעפשו מוכיח עליו וא"כ שוב אין כאן בעל תקלה וכל שאתה אוסרו בהנא' אינו ברשותו מקרי ואין כאן בעלים ולא בעל התקל'. ובזה יש לפרש הא דאמר ריה"ג תמה על עצמך היאך חמץ אסור בהנא' כל שבעה והלשון תמה על עצמך הוא תמוה ועיין בפ"י וכ"כ דברים רבים ולפמ"ש א"ש דזה הי' תמיהתו דאיך אפשר דאסור בהנא' כל שבעה הא אינו ברשותו עי"ז ואיך יעבור על ב"י ובעל תקלה ל"ש דהא אין שום מכשול מזה דהא כל חמץ אסור באכיל' לר"י וגם לר"ש וא"כ שוב אין כאן תקלה ומכשול ודו"ק יהי' איך שיהי' עכ"פ בבור ודאי דמתחייב שפיר ברה"ר טפי מברה"י דבעל תקלה מקרי דלמה לו לחפור. ולפמ"ש מיושב היטב הקושיא דהיאך נוכל ללמוד מבור ואינך הא י"ל שאני בור דחידוש הוא דא"ב ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו. ולפמ"ש א"ש דבבור אדרבא דברה"ר חייב טפי דלמה עשה תקלה ברשות שאינו שלו ואדרבא לבור ברה"י אצטריך קרא מטעם דהוא בעליו ממש אבל בבור ברה"ר פשיטא דחייב דבעל התקל' מקרי ודו"ק היטב.

ז והנה ראיתי בחידושי רשב"א בב"ק דף ב' שכתב על הך דמכילתא דאם על הפתיח' חייב על הכרי' לכ"ש וכתב דע"כ לא אמרו דאין עונשין מן הדין רק בבור דהוא חידוש דהא אינו שלו ועשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו. ולפמ"ש אדרבא עיקר חיובא ברה"ר הוא. אמנם הדבר נכון דבאמת הא דחיובא ברה"ר היא משום דדרשו כי יפתח וכי יכרה

דעל עסקי כרייה בא לו וא"כ להמכילתא דדרש לי' שאין עונשין מה"ד וע"כ דלא ס"ל הך דרשא ועיין תוס' ריש ב"ק שהרגישו בזה וא"כ להמכילתא י"ל דס"ל דעיקר חיובו ברה"י וברה"ר באמת חידוש הוא אבל לדידן י"ל דלא מקרי חידוש כלל ודו"ק. ובאמת מה דס"ל לר' ישמעאל דהוא בעל התקל' צ"ב דמה תקלה היא זו דגוף הכרייה אין איסור דהא יכול למסרו לרבים ועיקר התקל' היא בשעה שאינו מכסהו ונפל בו ואז אינו ברשותו וא"ל דמה דמקלקל רה"ר היא תקלה כמ"ש רש"י בב"ק דף נ"ג ד"ה נפל לפניו דהא המלמ"ל פ"ב מרוצח כתב דאינו רק דרבנן וכדבריו נראה מצד הסברא. וראיתי להגאון ש"ב בעל כסא דהרסנא סי' ח"י שבמרוצת דבריו וקיצור לשונו כתב דנעלם מהמלמ"ל ש"ס מפורש בזבחים דף כ"ב דאמרו אלא מעתה גבי בור ע"ש שהטמין ברמז. והנה לא נמצא בדף כ"ב דבר ולא חצי דבר מזה. ויגעתי ומצאתי שכמדומ' שכוון להא דאמרו בזבחים דף ס"ו אלא מעתה גבי בור דכתיב ולא יכסנו ה"נ דא"צ לכסות ומשני דהתור' הטילה עליו לכסות ואם לזו כוון אין מזה סתירה דניהו דאינו איסור בשביל קלקול רה"ר אבל מ"מ חייב לכסות דהרי גרם תקלה שחפר בור ברה"ר וצריך שיהי' מכוסה ועכ"פ אין איסור וצ"ל דהתקל' היא אם אינו מכסה למפרע הבור הוה תקלה ועיין שטמ"ק דף מ"ט ע"ב ודף נ' ועכ"פ מזה סייעתא דל"ש בבור תבפוס"ב ודו"ק:

ח והנה בהא דאמרו בב"ק דף נ"ה ע"ב ד' דברים מיעטה התור' משמירתן וחשוב בור חד מינייהו ולכאור' קשה דלמא שאני בור דהוה חידוש דא"ב ועשה הכתוב כאילו הוא ברשותו מיהו ל"ק דס"ס יהי' הטעם מה שיהיה עכ"פ הקלה התור' בשמירתו ומה שהארכתי למעל' בסברת התוס' לענין תב"פ וס"ב מצאתי כעת בים התלמוד בב"ק ריש הכונס שמפלפל בענין תב"פ ועיין במפה"י והי' מקום לפמ"ש לפלפל בזה אלא שכעת לא נפניתי:

ט והנה בשנת תרכ"ב ביו"ט אחרון של פסח נשאלתי מתלמידי בהא דרב פפא משני בב"ק דף כ"ב שם דאפיך מיפך כלבא בזקירה וכו' פטורין מנ"ש וחייב בח"נ וע"ז הקשה מהא דכתבו התוס' בב"ק דף ט"ו ד"ה והשתא דלמ"ד פ"נ ממונא האי כלבא דאכל אמר' פטור לגמרי דל"ש תולדה דקרן דהא קרן אורחי' דסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימי וכאן אינו אורחי' ע"ש ולפ"ז ר"פ דס"ל ממונא א"כ איך שייך דחייב ח"נ הא לאו אורחי' ואינו תולדה דקרן ועיין במהרש"ל שהקשה על דברת התוס' שם מהך דתני אכלה כסות וכלים משלם מה שנהנית והא לאו אורחיה הוא וכתב כיון דאכלה דברי' שאין ראויים לה א"כ כוונה להזיק ושוב הו"ל אורחי' והו"ל קרן דדרכה להזיק למ"ד פ"נ ממונא אבל אכל אימר' רברבי דלאו אורחי' ולא דרכה ונהנית וא"כ לא כוונה להזיק ושוב אין לחייב

דלא הוה תולדה דקרן ע"ש וא"כ כאן דלאו אורחיה שוב למה יתחייבו בח"נ ויפה שאל. והשבתי בזה כיון דבאמת תפ"ב לגבי רגל ניהו דלגבי קרן לא מתחייב בשביל תב"פ אבל מ"מ ח"נ חייב דעכ"פ ל"ש לומר דפטור לגמרי דהא באמת הוה פשיעה דלא שמרו לגבי רגל ולענין זה אורחיה רק דכלבא בזקירה לאו אורחי' ואין לחייבו על מה שתב"פ ועכ"פ א"א לפטור לגמרי דמ"מ פשע ובשלמא באכל אימרי רברבי דלא פשע כלל דלא הי' לו לשמרו מזה א"כ למה יתחייב אבל כאן דהי' לו לשמרו שלא יזיק ברגל וניהו דלא בא ההיזק מחמת הרגל אבל עכ"פ ח"נ חייב אף דלאו אורחי' והו"ל כמו צרורות דרגל כנ"ל לפום רהיטא אבל לא נתברר היטב. עוד יש לומר דהנה התוס' בדף ה' ע"ב ד"ה שכן כתבו דלמ"ד פ"נ ממונא אדרבא קרן עדיפא דדרכו להזיק ולא קיימי בחזקת שימור ולפ"ז שוב באמת הו"ל תב"פ וס"ב דבשלמא אם פ"נ קנסא א"כ קרן אין דרכו להזיק בקרן ואין לו לשמרו משא"כ בפ"נ ממונא א"כ דרכו להזיק ושוב הו"ל תב"פ וניהו דמ"מ קרן א"ח רק ח"נ אפילו בפשיעה גמורה מ"מ עכ"פ ח"נ בודאי חייב דהו"ל תחב"פ ודו"ק היטב ומה שהקשה עוד מדף י"ט ע"ב גבי פת ובשר עיין יש"ש פ' כיצד סי' דביאר בהדיא דשם מיירי למ"ד פ"נ קנסא ודו"ק. שוב הראני הבחור הנ"ל דברי הת"ח שחולק על דברת התוס' בב"ק ט' הנ"ל והראני שרש"י בכתובו' דף מ"א פירש כמ"ש התו"ח דלא כתוס' ב"ק הנ"ל וצ"ע בזה:

י והנה הרב החריף מו"ה מאיר ברא"ם נ"י רצה לחדש דלכך ס"ל לר"ט משונה קרן בחצר הניזק דמשלם נ"ש משום דהשטה הקשה בדף כ"ב דלהוי תב"פ לגבי שן ורגל וס"ב לגבי קרן וכתבו דזה דוקא ברשות הניזק ולא ברה"ר וא"כ עכ"פ ברשות הניזק ודאי דשייך לומר דהוה תב"פ וס"ב ולכך משלם נ"ש ובזה האריך בסוגיא דב"ק דף ט"ז בהא דאמר כלה ר"ט היא וכו' וע"ז הקשה מ"פ הש"ס שם מי מצית לאוקמא כלה כר"ט והא תנן השן מועדת לאכול את הראוי לה וכו' ואי ר"ט האמר משונה קרן בחצר הניזק ומה קושיא והא כל הטעם דמשונה קרן בחצר הניזק הוא משום דהוה תב"פ לענין שן וכל שבשן גופא פטור באינו ראוי לה א"כ ל"ש תב"פ כלל ובאמת שהמעיין בשטמ"ק ימצא דמ"ש דהוה תב"פ וס"ב היינו לענין ח"נ דאמאי יהי' מקרי קנסא מטעם דהוא בר שמירה ומהראוי להיות פטור והרי הוא תב"פ וס"ב ומהראוי להיות חייב ח"נ ויהיה ממונא אבל לחייב ע"י תב"פ נ"ש כאילו הי' שן ורגל זה א"א דא"כ נפל פיתא בבירא והיכא משכחת לה שיהיה קרן אב בפ"ע והרי קרן אינו משלם רק ח"נ ואף דמשכחת לה ברה"ר מ"מ זה אינו מסתבר שיחייבה התורה יותר משיעור החיוב באמת בשביל שתב"פ לענין שן וע"כ שר"ט ס"ל דמשונה קרן בחצר הניזק ומדינא חייב נ"ש ושפיר מקשה ודו"ק. ובגוף קושית

השטמ"ק הנ"ל לכאורה צ"ב דהיאך שייך לומר דהוה תב"פ לענין שן ורגל וס"ב לגבי קרן ואמאי הוה פ"נ קנסא והדבר צ"ב הא מה דאמרינן דפ"נ קנסא הוא היינו דאין דרך הבהמה להזיק וא"כ איך שייך לומר דהוה תב"פ לענין שן הא לענין שן לא הוה בחזקת שימור ורגילות הבהמה לאכול מה שרואית וכן ברגל לדרוס ולהזיק אבל לנגוח בקרנה לא הוה רגילה והיא בחזקת שימור וא"כ איך שייך תב"פ. וזה נלפענ"ד בביאור כוונת התוס' דל"ש תב"פ לגבי רגל שיהי' תב"פ לגבי קרן והיינו דמה ענין זה לזה זאת בטבעה לאכול וזאת אינה בטבעה וצע"ג לפענ"ד ומכאן ראיה לפענ"ד לפירוש הרמב"ם שהובא במגן גיבורים סימן קי"ד דבחזקת שימור שהיינו שהבעלים משמרים אותה והבהמה מצד טבעה עלולה להזיק וא"כ ברשות הניזק דלגבי שן אמרינן דאין הבעלים משמרין אותה וא"כ אטו הבעלים עומדין אצלה שלא תהיה מזקת בקרנה ג"כ וז"ב. ובזה מיושב היטב דברי התוס' שהקשו בב"ק דף כ"ד ד"ה השתא דמ"מ קנס לא הוה דמכי נגח שלשה נגיחות יצא מחזקת שימור ובשמ"ק תמה על דברי התוס' דמה בכך דלא הוה קנס ע"ש שסירס דברי התוס' דאינם שייכים כאן. ולכאורה דברי התוס' פשוטים דכל הטעם דפ"נ קנסא משום שבחזקת שימור קיימו וכאן דיצא מחזקת שימור מהראוי לחייב נ"ש כמו למ"ד פ"נ ממונא והעירני לזה הרב החריף הנ"ל: ובאמת שהדברים בפשטותן הם כן וכ"כ בשטמ"ק עצמו בשם הר"ר ישעי' ע"ש. אך נראה דכוונת השיטה היא דאם נימא דבחזקת שימור היינו שהבעלים משמרין אותה וארע אונס אבל מכי מייעדין אותו ראינו שפשע ולא שמרו א"כ כל שיכול לומר השתא הוא דמסהדת בי א"כ היו סוברים הבעלים דהוא בחזקת שימור וא"כ לא פשע עדיין וגם אם נימא דהפירוש הוא משום דהבהמה בחזקת שימור מעצמה א"כ ע"כ מה דעד שלשה הוה בחזקת שימור שי"ל שהבעלים לא פשעו דאוקמא הבהמה בחזקת שימור ולא הי' חושבין הנגיחה רק למקרה בעלמא וא"כ לפ"ז כל שלא יעדו בו עד עכשיו שפיר י"ל דאני חשבתי דהבהמה בחזקת שימור ולכך לא שמרתי אותה. ובזה י"ל דשני הפירושים עולים כאחת דלכך הבעלים א"ח על שלא שמרו משום דהבהמה בחזקת שימור קיימא א"כ לא היו צריכין לשים עין עליה ודו"ק היטב כי שפיר כתבו בשטה בשם הגליון דדברי התוס' תמוהים אבל התוס' סברי כפירוש הרמב"ם דהבהמה מצד עצמה אינה משומרת ודרכה להזיק רק שהבעלים משמרים אותה וא"כ כל שהזיקה ג"פ הרי ראינו למפרע דלא שמרה ואמאי לא יתחייב ושפיר מקשו התוס' אבל לפירוש רש"י אין מקום לקושית התוס' דעיקר הסברא הוא דעד ג' פעמים אמרינן אף דנגחה ויצאה מחזקתה מ"מ לא הורע חזקתה דתלינן שמקרה אירע לה וא"צ לשמרה ולפ"ז כל שלא העידו בו שפיר תלו הבעלים במקרה וא"כ בודאי קנס הוא וגרע מאם

העידו לו ג"פ ואפ"ה אמרינן דתלינן במקרה מכ"ש בלא העידו כלל עד ג"פ ביום אחד ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד. שבתי וראיתי שלא הועלתי כלום דניהו דעד השתא לא ידע מ"מ על הנגיחה הרביעית ודאי מהראוי להתחייב דכבר נתגלה לו שאינו בחזקה שימור דהא כבר נגח ג"פ ודברי התוס' צ"ע:

יא והנה במ"ש למעלה בהך דשני דברים א"ב ש"א ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו מצאתי בשטמ"ק ב"ק דף כ"ט שהקשו דאמאי לא חשיב שור המועד ג"כ דאף דאסור בהנאה אעפ"כ עשה הכתוב כאילו הן ברשותו. ודבריו צ"ב דמה כוונתו דשור המועד אסור בהנאה ואם כוונתו לשור שהמית את האדם מאי אריא שור המועד דנקט אפילו תם נמי נאסר בהנאה דנסקל אמנם נראה דכוונתו להא דאמרו בב"ק דף צ' דשור תם שהמית והזיק דנין אותו ד"נ ואין דנין אותו ד"מ שור המועד שהמית והזיק דנין אותו ד"מ ואח"כ דנין ד"נ וא"כ שפיר מקשה דהא א"ב כיון דנסקל ואפ"ה דנין ד"מ ומחוייב לשלם כאילו הי' ברשותו והנה לפענ"ד לק"מ ל"מ לפמ"ש ר"ת דמחיים לא נאסר השור כמ"ש התוס' בשמו בב"ק ע"א ובסנהדרין פ' ועיין בתוס' ב"ק כ"ג ע"ב ד"ה ולא א"כ שוב הוה ברשותו. אמנם אף אם לא קיי"ל כר"ת מ"מ כ"ז דוקא לאחר שנגמר דינו אבל כ"ז שלא נגמר דינו מכרו מכור והקדישו הקדש כמבואר בב"ק מ"ה וא"כ שם דאמרינן דדנין ד"מ תחלה ואח"כ ד"נ א"כ לא גמרינן דינו לנפשות ושוב עדיין מותר בהנאה ושפיר הוה ברשותו. אמנם עדיין קשה דהרי הש"ס פריך דאף בקדים ודן ד"נ להדר ולדייני' ד"מ ומוקי בשברח וא"כ כל שלא ברח אף באם דן אותו ד"נ חייב בד"מ וקשה הא אינו ברשותו ולחשבי' אבל ז"א דעכ"פ בשעה שעשה הנזק הי' ברשותו כל דלא דנו אותו ד"נ תחלה וא"כ שוב אף שכעת א"ב מ"מ על תחלת הנזק אנו דנים והוה ברשותו:

יב והנה בקצה"ח סי' ת"ו הקשה דאיך אפשר לדיינו ד"מ אחר שדנו ד"נ הא שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה והיאך יוכל לדון ד"מ דהא הפקירו קודם שעמד בדין וע"ש מ"ש בזה ודבריו תמוהים כמ"ש בהרבה מקומות וגם קושייתו ישבתי. אמנם כעת לפענ"ד הדברים פשוטים דלק"מ דהא באמת צ"ב דמה מועיל הפקרו להפקיע שעבודו של ניזק והפקר ל"מ להפקיע שעבודו של ב"ח מכ"ש של הניזק ועיין בחו"מ סי' רמ"ה בט"ז שחולק על הסמ"ע וקצה"ח שם אך נראה דבתם דהוה קנס ואינו מתחייב עד שיעמוד בדין וא"כ לא התחיל השעבוד כלל קודם שנגמר הדין ושפיר מצי להפקיר ולפ"ז יצמח לנו דין חדש דזה דוקא בתם אבל במועד ל"מ הפקרו דהא נשתעבד משעת נגיחה ול"מ לאפקועי שעבודי' וקרא הכי דייקא דלמדו מקרא והועד בבעליו והמית וא"כ משמע דלא נעשה מועד עד השתא אבל במועד לא ולפ"ז בשור המועד ל"מ הפקירו ול"ק

קושייתו. ובזה מבואר החילוק בין תם ואח"כ מועד דבתם בודאי דנין ד"נ ואין דנין ד"מ דהא תם הוה קנס ונעשה הפקר וא"א לדון ד"מ מקודם דהא אינו משתלם רק מגופו אבל במועד יכולין לדונו ד"נ ואח"כ ד"מ ושפיר פריך הש"ס ודו"ק היטב:

יג אחר שכתבתי זאת ראיתי בשטמ"ק ב"ק דף י"ג ע"ב שהקשו דאיך אפשר להפקיר אחר שהזיק לר"י דס"ל יוחלט השור בב"ד וכתבו דמיירי במועד שנסקל ול"ש החלטה ע"ש בשם מוהר"י כ"ץ ובשם המאירי ורבינו יונתן ז"ל משמע לכלם דל"מ להפקיר. ונוראות נפלאתי דקודם שנגמר הדין בודאי מכרו מכור לד"ה כדאמרו בדף ל"ג וא"כ אדרבא בתם מיירי דבמועד ל"מ הפקירו לאפקועי שעבודו של זה וכמ"ש ולכך לא נקט בדף ל"ג בהפקירו גבי מועד משום דל"מ להפקיע שעבודו דבעי שיהי' לו בעלים משעת נגיחתו עד שעת העמדה בדין כנלפענ"ד לולא דברי קדמונים הקדושים ועיין היטב בב"ק דף ל"ג ובשיטה שם. ואי ק"ל הא ק"ל בהא דאמרו בב"ק דף מ"א כגון שהוזמו זוממי זוממין ופריך עלי' ע"ש ולמה לא אוקמא בפשיטו' דהרי כל שנגח והפקיר פטור ממיתה וא"כ הרי שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה וא"כ בשלמא כל שור נגח אף שאחר שנגמר דינו הפקירו ל"מ ההפקר אח"כ אבל כל שבאו זוממין להזים א"כ הפקירו בא קודם דכל הקודם בו זכה ולכך אף שזכה בו אח"כ מ"מ הפקירו קודם ואח"כ כשבאו עדים והזימו לאותן זוממין מ"מ הפקירו קודם ומפטר ממיתה ומ"מ נעשה מועד אח"כ בהשלישית ושפיר נעשה מועד וצ"ע:

סימן פא

א לצורבא מרבנן חריף ושנון נ"י.

ב ע"ד מי שהבטיח לתת מתנה לאחד ובתוך כך נפטר המקבל אם מחוייב ליתן ליורשיו וכתבת שלא נזכר זה בהלכו' מתנ' והנה באמת לא נזכר זאת בפי' אף שאפשר להשמע מכללא ממה דמבואר סי' רמ"א בהאומר ע"מ שתתן לי דאמרינן שלא ליורשיו וע"כ דלא כוון רק לנפשיה ולא ליורשיו ועיין בסמ"ע שם וה"ה להיפך. אך יש לדחות דש"ה דאמר לי ואמרינן דלי דוקא אבל באמת יגעתי ומצאתי דהדבר מבואר בט"ז אהע"ז סי' קי"ד דאינו חייב ליתן ליורשיו והב"ש סק"ט נחלק עליו. ובאמת שלפענ"ד צע"ג מהא דאמרינן בגיטין דף י"ד מנה לפלוני ובקשו ולא מצאו ואח"כ מת הנותן דאמרינן מלקדה"מ וכן קיי"ל בחוה"מ סי' קכ"ה ואמאי לא נימא דהא בעת שאמר לשליח הולך לא כוון רק שינתן לו דוקא ולא ליורשיו וא"כ שוב ל"ש מלקדה"מ דהא לא כוון כלל על היורשים כיון דמת המקבל ובאמת הנותן הי' יכול לחזור בו כמבואר שם בהדיא וצע"ג ומהא דמותר המת

ליורשיו אין ראיה דכל שכבר זכה המת ממילא המותר ליורשיו אבל בלא זכה אין ראיה ואף דשם בסנהדרין דף מ"ח משמע דאף בלא זכה המת מחיים רק שגבו לצרכי המת וכן נראה מבואר מלשון הטוש"ע סי' שנ"ו ביו"ד ע"ש אכתי אין ראיה משם דש"ה שזכה מתורת צדקה והוה אמירה לגבוה אבל כאן אינו רק ת"כ שמתחייב ליתן לו והיורשים אינם מחוייבים לקיים א"כ ה"ה דאינו חייב ליתן להבנים אבל שם דהוה אמירה לגבוה אפשר דזכה המת. מיהו אכתי צ"ע דהא ל"ש זכייה למת כמ"ש הרא"ש במ"ק פ"א אות ע"ג וא"כ שוב לא יוכלו היורשי' לזכות. איברא דבגליון הש"ע יו"ד סי' שמ"ט כתבתי דצ"ע ממה דמבואר בש"ע חו"מ סי' ר"י ס"ג בהג"ה ומצאתי במ"א הלכות זכייה שבסי' ל"א העיר בזה ושמחתי מאד עכ"פ קשה לשיטת הרא"ש וא"ל דעכ"פ אותן הגבאים שגבו בעבורו זכו עבורו משא"כ כאן דלא זכה המקבל שוב ראיתי בבאר היטב ביו"ד סי' שנ"ו שהביא בשם הרדב"ז דאם גבו לצורך עני ולא הספיק הגבאי לתת לו לא זכו יורשיו והנה הרדב"ז אינו ת"י. ועכ"פ נראה דאף זכיית הגבאי ל"מ ומזה יש ראי' לדברי הט"ז. (אח"כ מצאתי בהרדב"ז והוא בהשלשה מאות תשובות סי' רי"ג מה שרמז הבה"ט משמו אבל מ"ש בשמו בסי' קכ"ג לא מצאתי) אבל עכ"פ מה שהקשיתי מגיטין צ"ע ועיין בבית מאיר ובק"א להפלאה סי' קי"ד שם מ"ש בדברי הט"ז ולא הזכירו כלל מזה וצ"ע. שוב מצאתי במ"א הלכות זכייה ומתנה סי' ס"ב שהביא בשם הריטב"א בגיטין דמי שמתחייב לחבירו לתת לו כ"כ בכל שנה לו ולא ליורשיו קאמר ולמדו מהך ירושלמי דמתה כבר מתה ע"ש במח"א שהאריך בזה. ולפמ"ש יש להאריך בדבריו וצ"ע בכ"ז. והנה במח"א הלכות זכייה ומתנה סי' ל"א הביא דברי הרשב"א סי' שע"ה שכתב במי שזיכה מעות למת ע"י חבירו לקנות לו מצבה על קברו ופסק הרשב"א דקנה המת והביא ראיה מהא דמותר המת ליורשיו והמח"א דחה דש"ה שנתבזה המת עי"ז משא"כ היכא דלא נתבזה. ובאמת לפמ"ש ראיית הרשב"א נכונה דע"כ משום דזכה המת דאל"כ במה זכו היורשים נימא דדעת המתנדבים לא הי' רק לו ולא ליורשים וע"כ דיש קנין למת וזכו היורשים בירושתו ועיין במרדכי פ' אעפ"י באחד שנדר להשיא ליתומה ונפטרה היתומה ותבעוהו היורשי' שהח"ר חיים כהן ז"ל פטרו והראבי' אמר דחייב משום דבע"כ נעשה הנדר וזכו בו היורשים כדתנן מותר המת ליורשיו וע' ביו"ד סי' רנ"ג ס"ז ובאמת לפמ"ש הט"ז לא נתחייב ליתן לבניו דלא עדיף מת"כ שאף שהבטיח בת"כ אפ"ה אמרינן דלא כוון רק לו ולא ליורשיו וה"ה בזה וצ"ל דמזה ראיה למ"ש דש"ה דהוה אמירה לגבוה וזכה בהם המת או הגבאים עבור המת וממילא זכו בהם היורשי' וזה שהביא ממותר המת ליורשיו ועיין במח"א הלכות צדקה סי' וא"ו ע"ש ועכ"פ מה שהקשיתי מהך דגיטין קשה דאיך שייך

מלקדה"מ הא לא זכה בו המת הן אמת דמדברי הסמ"ע והש"ך סי' קכ"ה סעיף ח' נראה דזכה בו המקבל משום מלקדה"מ וע"כ זכו היורשין מחמתי'. וכפי הנראה מדברי רש"י והתוס' בגיטין דף י"ד שם משמע ג"כ דמשום מלקדה"מ אמרינן דזכה בו המקבל וכפי הנראה ס"ל דמלקד"ה עושה קנין וזכו בו יורשי המקבל תיכף. אבל באמת מדברי הר"ן פ"ק דגיטין בהא דאמרו בדף י"ג כאן בבריא כאן בשכ"מ משמע מדבריו דמלקד"ה אינו עושה קנין אלא שמחוייבים לקיים דבריו ובמחנה אפרים הלכות מתנה סי' כ"ט האריך בזה וא"כ שוב יקשה דאמאי זכו בהם היורשי' הא לא עדיף מהבטיח בת"כ ושבועה. ובזה מיושב מ"ש שם המח"א להקשות על דברי רבינו שמחה הובאו דבריו במרדכי פ' מי שמת דאע"ג דמלקד"ה מ"מ לא זכה בהן המקבל אלא שכופין לתת להמקבל אבל אם מת לא יתנו ליורשיו והקשה דאמאי לא יתנו ליורשי המקבל ולפמ"ש א"ש והוא הדבר אשר דברתי דכיון דמלקד"ה אינו עושה קנין שוב לא זכו בהם היורשי' של המקבל דאמרינן דהוא לא רצה לתת ליורשיו רק לו לבדו ע"ש ולפמ"ש המח"א שם לחלק בין שמצוה ליורשים שיתנו אם מלקד"ה אינו עושה קנין כיון דתלה ביורשי' משא"כ היכא שנתן לשליח להוליך א"כ ממילא אין סתירה לדברי רבינו שמחה מדברי הש"ס דבדף י"ד דמיירי בנתן לשליח א"כ מלקד"ה עושה קנין משא"כ רבינו שמחה מיירי במצוה ליורשיו וא"כ גם על הט"ז והב"ש ל"ק ודו"ק היטב:

ג והנה מעלתו כתב להקשות בהא דאמרו בגיטין דף י"ד הולך מנה לפלוני ובקשו ולא מצאו תני חדא יחזיר למשלח ותני חדא יחזיר למי שנשתלחו לו ליורשיו ומפלפל שם הש"ס בכמה אוקומתות והקשה מעלתו לפמ"ש הסמ"ע בסי' קכ"ה ס"ק כ"ה דבעניים נעשה נדר וא"י לחזור בו דהיינו דלענין זה הוה בעני אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דא"י לחזור בו כל שנתנו ביד השליח דהו"ל כתרומה ביד הגזבר דא"י לשאול וא"כ נוקי הא דקתני יחזיר למשלח באם היה המקבל עשיר דאז כיון שלא זכה בו המקבל דהולך לאו כזכי א"כ יחזיר למשלח והא דקתני ליורשי מי שנשתלח לו משום דמיירי בעני דאז א"י לחזור בו ולכך יחזיר ליורשי מי שנשתלחו לו והאריך בזה. ולפמ"ש א"ש דכל דלא זכה בו המקבל אף דהוה כנדר מ"מ לא זכה בו המקבל א"כ שוב לא זכו בו יורשיו דאף דנדר לו אבל ליורשיו לא נדר וכמ"ש הט"ז. וראיתי בקצה"ח שם שרצה לומר דבנדר לעני הו"ל הולך כזכי כמו בשחרור דאי לאו דעביד נייח נפשי' לא הוה יהיב לי' וה"ה בנדר כל שנדר לו תן לו הו"ל כחוב והו"ל כזכי. ולפ"ז כל דזכה בו שוב בודאי זכו בו היורשי' שלו אבל באמת המח"א הלכות צדקה סי' ג' דחה הדבר זה ע"ש וכן נראה מפשטת לשון הב"י והש"ע שם דלא כתבו רק דנעשה נדר וא"י לחזור בו אבל לא דהוה כזכי:

ד והנה מדברי התו' בגיטין שם דף י"ד נראה דהולך גם בשכ"מ לא הוה כזכי ממש רק דדעתו הי' שיזכה המקבל אחר מיתתו או הוא או יורשיו ועיין במח"א סי' כ"ט בהלכות זכייה ומתנה שהאריך בזה ומשמע מזה דאף שצוה לתת לו גם יורשיו בכלל ודלא כט"ז ועיין קצה"ח שם ס"ק ג' בהדיא שאחרי כל אריכות מסיק דבהתנה ליתן לו אמרינן דאף ליורשיו כוון ליתן ובאמת שלא נראה כן מדברי הט"ז והב"ש. והנה לפמ"ש הפוסקים ובפרט הרדב"ז הובא בכנה"ג חו"מ סי' ט"ו דלהוציא לא מועיל אומדנא בממון ע"ש א"כ י"ל כיון דהט"ז לא אתי עלה רק מכח אומדנא דלא כיון רק לו ולא ליורשיו ומכ"ש אם נימא דאינו רק ספק השקול דשמא לא כוון ליורשיו א"כ במתנת שכ"מ דכתובים וכמסורים דמו י"ל דלא מקרי מוציא אבל ז"א דהרי מבואר במרדכי דלענין ספק במתנת שכ"מ מוקמינן אחזקת היורשים וע"כ וצ"ע בזה. אחר שכתבתי כ"ז מצאתי בשו"ת תורת השלמים סי' ז' הנספח לספר מנחת יעקב שכתב ג"כ שם מצד הסברא דלא אמרינן דכוון ליורשיו ע"ש שהאריך וקצת יש לדחות אך מ"ש ראיה מהך דגיטין דאמרינן דיחזרו ליורשי משלח במחכ"ת ז"א דכל דלא זכה המקבל א"כ במה יזכו היורשים והוא לא חייב עצמו רק במה שנתן לשליח להוליך וכל שלא מצאו פשיטא דיחזרו ליורשי משלח ואדרבא סניגור נהפך לקטיגור דמש"ס שם משמע דכל דהבטיח ומלקדה"מ אמרינן אף ליורשיו וכמ"ש אבל כל שחזר פשיטא דיכול לחזור ודו"ק ומצאתי בקצה"ח סי' ר"ז ס"ק ט' שנסתפק ג"כ מדעתא דנפשיה אם נדר ומת המקבל אם חייב ליורשיו ולא נזכר מדברי הט"ז והב"ש הנ"ל ולענין דינא העלה ג"כ דחייב ע"ש. ואחר כמה שנים מצאתי בכריתות דף כ"ד ע"ב דאמרו שם קסבר רשב"ג כי יהיב אינש מתנה אדעתא דמקבלין לה מני' כי לא מקבלין לה מני' הדרא למרא ות"ק לא ס"ל כן ולפענ"ד נראה דזה תלוי במחלוקת הנ"ל דאם נימא דכל שנתחייב ליתן מתנה אף שמת המקבל מחוייב ליתן ליורשיו והיינו דהוא נתחייב עכ"פ ליתן א"כ כל שנתן הוא נסתלק ממנו וא"כ שוב מה לנו בזה אי המקבל בעצמו מקבלו או יורשיו ס"ס מקבל מתנה כבר נסתלק וה"ה שם אף דזה אמר אי אפשי כל המחזיק בה זכה אבל לרשב"ג דאמר דכל דלא רצה לקבל הדרא למרא ה"ה הנותן ג"כ יכול לחזור בו כל שמת המקבל דכשם דלא יהיב אם לא רצה לקבל כן לא רצה ליתן אם מת והנה זה עכ"פ ודאי ברור דלרבנן דאף אם לא רצה לקבל אפ"ה הוא הפקר וא"כ חזינן דאף שזה לא רצה ליתן רק ע"מ שיקבל ממנו אפ"ה לא מצי הדר בי' מכ"ש בכה"ג דמת דלא נודע כלל אם לא רצה לקבל דודאי שייך ליורשיו וז"ב. הן אמת דאני מסתפק שם לת"ק דס"ל דהמקבל כבר זכה והוה הפקר א"כ איך מצי לומר אי אפשי בה דשם לענין עבדים קאי והו"ל משחרר עבדו דעובר בעשה ובשלמא

לרשב"ג דאמר דלא התחיל הזכיי' בהן א"כ שוב לא התחיל כלל לזכות בעבדים ואינו נופל עליו שם עבדים שיהי' מצוה לעולם בהם תעבודו אלא לרבנן הא כבר הוה עליו עשה דלעולם בהם תעבודו דעובר בעשה וגם שוב מהראוי לומר בכה"ג דהכוונה שאינו רוצה בהם מעיקרא דאל"כ יעבור בעשה ועיין בחולין דף ל"ט דמפרש טעמא דרשב"ג דאמרינן כי לא אתי לידו אמאי אצווח. ולפמ"ש בלא"ה י"ל דהוכיח סופו על תחלתו כי היכא דלא יעבור על עבירה דלעולם בהם תעבודו ועיין בב"ב דף קל"ח דפירש רשב"ם דלכך בצווח מעיקרא לא זכה המקבל משום דחוב הוא לו דכתיב שונא מתנות יחיה ועיין בחידושי רשב"א בפ"ק דקידושין דף כ"ג ע"ב גבי שחרור ע"י אחרים ובקצה"ח סי' קצ"ה ולפ"ז י"ל דכל דעושה לטובתו ולהנאתו שאינו רוצה במתנה שוב לא היה בכלל המשחרר עבדו וכמ"ש הרמב"ן והר"ן בגיטין דלכך שחרר ר"א עבדו דהו"ל כמקבל כסף בעדו ע"ש אבל באמת מלבד דלא דמי דשם מקבל כסף עבור השחרור וכאן רוצה לזכות ומפקיר אח"כ. ומה גם דבאמת כל שמקבל מתנה אינו בכלל שונא מתנות דהא הוא מקבל ומ"ל בזה שמפקירו או עושה בו מה שרוצה וא"כ צ"ע ולכאורה הי' נראה עפמ"ש הרשב"א בקידושין שם דבמתנת ממון באמת חוב הוא לאדם מצד עצמו דכתיב ושונא מתנות יחי' ורק מצד שנפשו של אדם מחמדתן קרי לה זכות ואעפ"י שמצד עצמו חוב זכין לאדם שלא בפניו ע"ש הנה האיר הרשב"א עינינו דלכך בשתק ולבסוף צווח דל"מ אף דחוב הוא בעצם משום דנפשו של אדם מחמדתן:

ה ולפ"ז הי' נראה לי דבר חדש דהנה בעבד יש שני קנינים קנין ממון מעשה ידיו וקנין איסור שאסור בבת ישראל ולפ"ז הקנין איסור שבו בודאי לא מצי לזכות לו שלא בפניו דכאן ל"ש לומר מצד שנפשו של אדם מחמדתן דהא לא נ"מ לי' בזה דיהי' אסור בבת ישראל או לא וא"כ עיקר הזכות היא מה שזוכה למעש' ידיו דבזה כבר זכה שלא בפניו ולפ"ז כל שפה אמר אי אפשי עכ"פ מהקנין איסור יכול להסתלק בודאי דזה לא זכה מקודם וכל שאינו זוכה בקנין איסור ממילא גם קנין הממון בטל ושוב אינו עובר בעשה דלעולם בהם תעבודו דכל שאין שם עבד עליו לענין קנין איסור גם לענין קנין ממון בטל דאין קנין לחצאין וכמ"ש הריטב"א דלכך שעבודא לאו דאורייתא דאין קנין לחצאין ובכמה מקומות מצינו כן ומכ"ש בזה דהוא בענין אחד ויש בו שני קנינים ובשלמא כל מפקיר עבדו הרי מסלק עצמו מהקנין שבו וא"כ הרי מסלק עצמו מהיות לו עבד ועובר בעשה אבל כאן הקנין איסור עדן לא זכה כל שלא הגיע לידו וא"כ פשיטא דמזה יכול לסלק עצמו וא"כ שוב ממילא מסתלק מעליו שם עבדות גם לענין קנין ממון ובכה"ג ל"ש לעולם בהם תעבודו ודו"ק היטב. ובזה נראה לפענ"ד להבין סברת הרשב"א שכתב

בחידושיו בשבת דף ד' דכל דהוא חציו ב"ח וח"ע ל"ש העשה דלעולם בהם תעבודו ולא נודע טעמו. ולפמ"ש י"ל דבאמת כל שהי' יכול להפקיע הקנין איסור ולא הקנין ממון לא היה שייך לעולם בהם תעבודו ועכ"פ מעשה ידיו הם שלו ומ"ל אם מותר בבת ישראל או לא רק דכל שתלוי זה בזה ואין תאר עבד עליו רק בהיותו נקנה שני קנינים לרבו ולכך עובר בעשה ולפ"ז בח"ע לא מבעיא לשיטת הירושלמי דלאיסור נתחלק דאם קידש ביום של עצמו חוששין לקידושיו א"כ חזינן דעכ"פ הקנין איסור שבו כבר אתרע דבשלמא הקנין ממון לא אתרע וכפי מה שהי' לו הקודם חצי מעשה ידיו וכן הוא לו כעת א"כ עובר בעשה אבל האיסור כבר נתקטן ונקלש א"כ ממילא הוא יכול להסתלק לגמרי מהקנין איסור וממילא נמשך אחריו הקנין ממון אלא אף לתלמודא דידן דאמרו דבאיסורא לא קא מיירי והיינו משום דאין האיסור יכול להתחלק לגמרי מהקנין איסור וממילא נמשך אחריו הקנין ממון ולא מצינו נשתחרר וחוזר ומשתעבד והו"ל כחצר שאין בו דין חלוקה ועיין קצה"ח סי' קע"א וסי' רמ"ט א"כ עכ"פ נקלש האיסור והוה כמו דאמרו לענין הפרת נדרים בארוס ואב דקלשא נדרי' דיש לו שותפות וה"ה בזה עכ"פ נקלש האיסור ולכך ל"ש בו העשה דלעולם בהם תעבודו וז"ב לפענ"ד ודו"ק היטב וצ"ע בנימוק"י פרק נגמר הדין שכתב דלכך מותר המת ליורשיו ולא אמרינן אדעתא דיורשיו לא נתן כמו דאמרו אדעתא דארי' לא אפקרי' משום דבמתנה שמוציא מרשותו לרשות המקבל לא אמרינן כן וקשה א"כ בשכ"מ דהולך כזכי א"כ זכה השליח להמקבל אמאי לא יזכו יורשי המקבל אף דמת נימא דגם ליורשים נתן וכמו מותר המת וצע"ג:

ו והנה מצאתי דבר פלא בשטמ"ק בב"ב דף קכ"ו גבי בכור שמיחה מיחה שכתב דמהא דאמרו בכור מתנה קרייה רחמנא מה מתנה עד דמטיא לידי' אף חלק בכורה עד דמטיא לידי' וכתב הוא דהכוונה דבמתנה כ"ז שאינו מקבל יכול לחזור ולא ירצה לקבל ויחזור מתנתו מהא שמעינן דאם אחד שלח מתנה לחבירו וקודם שהגיע ליד המקבל נשבח המתנ' בשבח דממילא כגון חפיר' והוה שובלי שליפפי והוה תמרי דבכור לא שקיל וא"כ גם המקבל לא זכה בזה השבח והוה של המקנה דהיינו הנותן ע"ש שכתב כן בשם הר"ן. ולפענ"ד הוא דבר תימה דמלבד די"ל דנותן בעין יפה נותן ומסתמא הקנהו המתנה עם השבח שעליו ואף דהו"ל דבר שלבל"ע הו"ל כדקל לפירותיו דהא בגוף המתנה נשבח ממילא וגם מיד הנותן כבר יצא והרי הוא נתייאש ממנו ואיך יזכה בדבר שא"ב ובמה יזכה ושאני בכור דבאמת הירושה מגיע ממילא לכל הבנים והאב רוצה להוריש לכל הבנים ורק שהתור' זכתה חלק בכורה להבכור וכל דלא מטא לידי' יכול להסתלק דהו"ל בכלל ירושה ומגיע לכל הבנים בשוה ועיין רשב"ם דפירש דלכך לא זכה עד

דמטי לידי' דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע ובאמת כבר כתבתי במק"א בשם דו"ז הגאון בעל ים התלמוד שהקש' כשנעשה אבד"ק ראהטין ובאתי מברזאן לקבל פניו ועודני ילד קטן הקשה דא"כ מ"פ אח"כ לרבי דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע כדאמרו ביבמות דף כ"א א"כ לא אצטריך קרא להקיש חלק בכורה לחלק פשוט דהא בלא"ה קני ומצאתי אח"כ בשעה"מ כמדומה פכ"ב ממכירה שהקש' כן וכעת ראיתי בשטמ"ק בב"ב דף קכ"ד שהרגיש בזה וכתב דגם לר"מ יכול לחזור עד שלא בא לעולם ועכ"פ להרשב"ם אין ראי' לדברי הר"ן והר"ן שם לא נהירא לי' פשט הרשב"ם ולא זכיתי להבין למה ועכ"פ הדין שחידש לפענ"ד צ"ע:

ז והנה מעשה שאחד נתן לחבירו במתנה שטרות הנקרא לאזין בל"א שיש להם שער ולפעמים כשיצאו אותן הנומרין מרוויחין הרבה בזה ושלח אותו ע"י שליח ובטרם הגיע לידי המקבל יצא הנומרין ורצה זה לחזור ולומר שלא זכה רק בגוף הלאז כשוי' ולא מה שהוא אחר שיצא הנומר וזה הוה כשבח דממילא והנה לפמ"ש זכה המקבל ובפרע בלאזין שגם בשעת המתנה היה יודע שיש מקום שיבאו הנומרין ואמרינן דבעין יפה נותן אף כשיצא הנומרין וזכה הלה במתנתו ובשבחו. אחר זמן רב מצאתי בתומים סי' קט"ו ס"ק ח"י שפירש כן לפי תומו דברי הש"ס ב"ב דאף לרבי דס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע מ"מ יכול לחזור קודם שבא לעולם וכמ"ש בשיטה הנ"ל וראיתי בשעה"מ פכ"ב ממכירה הלכה יו"ד שם הקשה קושיא זו וכתב ליישב דגם לר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלבל"ע ה"מ כשלא מת המזכה עד שבא לעולם אבל אם מת המזכה קודם שבא לעולם לכ"ע לא קנה א"כ ר"א דאמר התם מתנה קרייה רחמנא היינו לענין זה דכל שמת המזכה קודם שהגיע לידו לא קנה ולפענ"ד במחכת"ה הדין שחידש אינו דכל שיכול להקנות דבר שלבל"ע אף שמת קודם שבא לעולם הא כל זמן שלא חזר בו מועיל הקנאתו שהקנה מקודם וראיה ברורה מהא דפריך הש"ס בב"ב דף קכ"ז דשט"ח המאוחרין אמאי כשרין דהא דאקני הם ומשני דהא מני ר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע ואכתי ניחוש דלמא ימות קודם ואף דלשמא מת לא חיישינן לשמא ימות חיישינן וע"כ דכל שהקנהו מועיל לר"מ מה בכך שמת ומה שהביא ראיה מהא דאמרו בב"ב דף קכ"ז ל"צ בנכסים שנפלו כשהוא גוסס אין ראיה לפענ"ד דשאני גוסס דלאו בר הקנאה הוא וכמ"ש רשב"ם והיינו דנכסים שהוא בעצמו לא זכה כ"א בשעה שהוא גוסס א"י להקנות אף לר"מ אבל כל שהוא יש לו זכות בהם רק דמקנה לאחרים אף שמת המזכה יכול זה לזכות וז"ב ופשוט לפענ"ד אחר שנים רבות נתעוררתי שנית לעיין על דברת הט"ז הנ"ל ולפענ"ד נראה דדבריו נכונים דודאי מי שהבטיח ליתן מתנה לחבירו ולא נתן עדיין א"צ ליתן

כשמת המקבל דאמרינן דלא רצה ליתן רק לו ולא ליורשיו ואולי הוא עביד נייח נפשיה ולא יורשיו אבל כל שא"ל הולך לפלוני אם נימא דכבר זכה בו הוא שוב ממילא הי' של היורשים ולפ"ז כל דמסרו ואמרינן מלקד"ה א"כ שוב זכה בו המקבל וממילא זכו בו היורשים שלו וא"כ אין סתירה לדברי הט"ז דכל שעדיין בידו א"צ ליתן לו אבל כל שמסרו ליד השליח להולך לו אם אמרינן הולך כזכי או מלקד"ה א"כ שוב כבר זכה בו הלה ושוב זכו היורשים של המקבל ממילא וז"ב לפענ"ד. ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית הקצה"ח סי' קכ"ה סק"ג לפמ"ש הרשב"א דאף דאמרינן הולך כזכי מ"מ לא זכה המקבל עד שיגיע לידו דהו"ל כהתנה שלא יזכה רק כשיגיע לידו של המקבל א"כ אמאי יתנו ליורשי המשתלח הא ניהו דס"ל הולך כזכי מ"מ לא זכה עד שיגיע לידו. ולפמ"ש א"ש דע"כ לא אמרינן דהו"ל כתנאי רק אם לא מת הנותן דאז לא זכה השליח בשביל המקבל עד שיגיע ליד המקבל אבל כאן דמת הנותן א"כ כיון דעכ"פ הבטיח ליתן לפלוני דהרי עשה שליח להוליך לפלוני א"כ כל שמת הנותן לא שייך לומר דלא נפיק מרשותי' וא"כ כל שלא יוכל השליח להשיב למי שנתנה לו שוב זכו בו יותר יורשי המשתלח. עוד יש לי לומר דבאמת אטו זה דבר ברור דבודאי לא רצה לזכות ליורשי מקבל רק דהט"ז ס"ל דכל שמת מספק א"י להוציא מידו וגם כיון דלא קנה המקבל רק שזה הבטיח לו א"כ י"ל דלא רצה לתת ליורשיו רק אליו בלבד ולפ"ז כל שנתן ליד השליח א"כ עכ"פ אם היה המקבל חי כבר הי' יוצא מרשות הנותן למקבל וא"כ אף שמת עכ"פ אתרע חזקת ממונו של הנותן דהא היה יכול להיות שיצא מרשותו לגמרי וכעין שכתבו התוס' בכתובות דף כ"ג לענין ספק קרוב לה דכל שהי' אפשר שתפול קרוב לה שוב אתרע חזקת פנויה ולפ"ז כל שכבר נמסר להשליח שוב זכו מספק יורשי המשתלח לו יותר מיורשי המשלח. ויתכן יותר עפמ"ש בסי' קכ"ה דלכך במתנה הולך לאו כזכי משא"כ בחוב דחוב כבר נתחייב לו יותר קל להיות של המלוה ממקבל מתנה דלא הי' לו זכייה ולכך בהבטיח לתת לו מתנה עכ"פ לא עדיף מאילו אמר הולך דלא זכה עד שהגיע לידו ולפ"ז אם נימא דבמתנה הולך כזכי שוב זכה המקבל ממילא גם יורשיו זכו. ומעתה גבי יורשי המשלח ויורשי הנשתלח דניהו דלא רצה לזכות רק בתנאי אם יגיע ליד המקבל אבל מ"מ יותר הם בחזקת יורשי הנשתלח מחזקת יורשי המשלח כיון דהי' יכול לזכות שתצא מרשות המשלח לגמרי. איברא דלפ"ז צ"ב הא דאמרו וחכמים אומרים יחלוקו. ומפרש שם דמספקא להו אי הולך כזכי וקשה א"כ אמאי יחלוקו הא כל דהוה ספיקא אם הולך כזכי שוב לא יצא מחזקת המשלח דמספיקא אין מוציאין מחזקת המשלח וא"כ כיון שבאמת מת המקבל ושוב יש ס"ס אם רצה לזכות ליורשי הנשלח לו ולדעת

הפוסקים דבס"ס אין מוציאין ממון. אמנם נראה דבלא"ה צ"ב דהרי רש"י כתב דהוה ס"ס אם הולך כזכי אם מצוה לקיים דברי המת והרי בס"ס אין מוציאין ממון וכבר נתעורר בזה המלמ"ל והארכתי בזה בתשוב'. וכעת נראה דניהו דאין מוציאין ממון מ"מ כאן דאינו לא בחזקת יורשי משלח ולא בחזקת יורשי המשתלח והוה כמו נפקד דהוה בחזקת שניהם ולפ"ז שוב הוה יותר בחזקת יורשי הנשלח לו דעכ"פ הוא הבטיח לתת דהרי באמת שלח לו וא"כ ניהו דבניו אינם מחוייבים לקיים היינו בעוד שלא הוציא מידו אבל כאן כבר הוציא וכשם שהס"ס נגד היורשים של הנשלח כן יש ס"ס ליורשי המשלח וא"כ שוב הם מוחזקין טפי. ומעתה נרא' לי דמיושב גם קושיא דידי דמה בכך ביש עוד ספק מ"מ היורשים של המקבל מקרי מוחזקין טפי:

ח ובזה מיושב מה שהקש' הקצה"ח שם דלאיז' צורך פירש רש"י דמספקא לי' אם מלקדה"מ הא י"ל דאין מלקדה"מ והספק אינו רק אם הולך כזכי ולפמ"ש א"ש דא"כ שוב יורשי המשלח מוחזקים טפי דספק ממון מהראוי לאוקמא בחזקתו של המשלח אבל בס"ס דהוה כמו רוב רק דאין הולכין בממון אחר הרוב א"כ כל שעכ"פ היורשים אינם מוחזקים שוב הוה ס"ס גמור ושוב יורש' הנשלח מוחזקים טפי ודו"ק היטב ועיין מלמ"ל פט"ו מטוען ה"ט ודו"ק:

ט ובזה נראה לפענ"ד הא דאמרו הא בשכ"מ וכתבו התוס' דאף דהולך לאו כזכי מ"מ כיון דדברי שכ"מ ככתובון וכמסורין דמי אמרינן דדעת השכ"מ הי' שכל שהי' המקבל חי בעת שנתן ביד השליח אף במת אח"כ יזכו יורשי המקבל ע"ש והר"ן תמה בזה דהא מתנת שכ"מ אינו חל עד לאחר מיתה ואז כבר מת המקבל ע"ש ולפמ"ש א"ש דכיון דהוא עכ"פ הבטיחו לתת מתנה לזה ורק שספק שמא לא רצה ליתן לו אם ימות וא"כ בשכ"מ דדבריו ככתובין וכמסורין עכ"פ כל שנתן ביד השליח ואינו ברשותו לא יוכל לחזור מספק ולא מקרי בחזקת השכ"מ כל שמתחיל מתנתו למפרע ועיין ש"ך סי' ר"כ ס"ק א' בחו"מ ודו"ק:

י והנה רש"י פירש דבשכ"מ דאלים דיבורו הולך כזכי וזכה בו המקבל בחיים וראיתי בקצה"ח שם שהקש' דא"כ בהא דמוקי דליתא למקבל בשעת מתן מעות פירש"י דהוה זכייה בטעות וקשה ת"ל דלא זכה מקבל דאין קנין למת ולפמ"ש יש לומר דניהו דהמת לא זכה הא עכ"פ הבטיח לתת לו בעת שצוה לתת לו ונתן ביד השליח וניהו דהוה ספק הא כל שמסר ליד השליח ל"ש ספק ולכך הוצרך רש"י לומר דלא הוה זכייה כלל דהוה זכייה בטעות. ויש ליישב בזה הרבה קושיות של התומים והקצה"ח שם ולא נפניתי כעת ודו"ק היטב. אחר כמה שנים ראיתי בקצה"ח סי' ר"ז שהאריך בנשבע ומת המקבל

אם חייב לתת לבניו ע"ש שהביא דברי המרדכי וכבר כתבתי לעיל בזה ומהתימ' שלא זכר כלל דברי הב"ש הנ"ל. והנה אחד מהתלמידים שאל על דברת הקצה"ח הנ"ל א"כ מה פריך בשבועות דף כ"ה אילימא מתנה לעני מושבע ועומד הוא והא נ"מ לענין אם מת המקבל שחייב ליתן להבן בשביל שנשבע. והשבתי דז"א דכיון דעיקר החיוב נצמח בשביל שנשבע לתת למקבל והבן עומד במקומו וכל שלא חל השבוע' לגבי האב מכ"ש שא"צ ליתן לבן מכח שבועתו. ובלא"ה הוא טעות לפי דעתי דע"כ לא נסתפק הקצה"ח רק במי שנשבע לתת מתנה לעשיר דהבן במקום האב קאי אבל בנשבע לתת לעני דמתורת צדקה היא א"כ אין הבן במקומו והרי אם הי' הבן עשיר פשיטא דלא נתחייב לתת לו צדקה והוא לא רצה לתת לאב רק בתורת צדקה וגם כשהוא עני יכול לומר לאביך הייתי רוצה ליתן צדקה ולא לך וז"ב כשמש וזהו לפענ"ד כוונת הש"ג שהביא הקצה"ח שם דלגבי עני לא נתחייב רק לאותו עני ולא ליורשיו והקצה"ח במחכת"ה לא ירד לכוונתו ודו"ק היטב:

יא ודרך אגב ארשום מה שהראני הרב החריף מוה' מאיר ברא"ם נ"י ג' אדר שני תרט"ז דברי הקצה"ח סי' קפ"ח שהאריך באחד שעשה שליח ונשתט' או מת בנתיים טרם שעשה השליח שליחותו אי בטל עשיה שהאריך בזה. וע"ז אמר דלכאור' היא ש"ס מפורש בהא דאמרו בב"ק דף ק"ד דא"ל אי כתב לך נמי התקבלתי לאו כלום הוא דדלמא אדאתית שכיב ר' אבא ונפלו זוזי קמי יתמי והתקבלתי דר' אבא לאו כלום הוא ופירש"י דזקן הוא וכבר בטל שליחותו קודם שתקבלם ואי הוה אנסי לך באורחא תבעי לך יתמי ומבואר בהדיא דבטל שליחות כל שמת. ולכאורה היא ראיה גדול' וע"ז אמר דיש לדחות דשם השליחות של ר"ס לר' אבא לא מתחיל רק לאחר שקבלם וכל שמת לא התחיל השליחות. והנה נעמו דבריו וחפשתי בשו"ת הגאון ש"ב מהר"ז ז"ל בב"א על אהע"ז סי' קי"א שם האריך בדברי הקצה"ח ובכל הפלפול ואינו מביא דברי הש"ס הלז וגם בטיב גיטין בדף כ"ט בגיטין מביא דברי הקצה"ח ולא הרגיש בזה. אמנם אם דבר חכמה דיבר אבל אינו נכון דלדבריו היו לו לרש"י לכתוב וכבר נתבטל שליחותו ולא וכבר בטל שמשמע שהוא ביטל שליחות. אבל לפענ"ד הדבר ברור שרש"י כוון שיש לחוש שהיתומים יטענו דאולי יבטל ר' אבא בעצמו השליחות קודם שתקבלם וא"כ נתבטל השליחות ועיין סי' קכ"ב ובסמ"ע ס"ק ג' ומדברי רש"י ראי' ברורה להטור וש"פ שם ודו"ק ועיין בב"י סי' קכ"ב מ"ש על דברי רש"י ועיין בבעה"ת שער נון ח"א אות וא"ו ובגד"ת שם ועכ"פ מכל הפוסקים נראה שאם הי' מת ר' אבא הי' בטל שליחתו וא"כ ראי' מבוררת משם דבמת נתבטל השליחות מיהו אינו ראיה די"ל כמ"ש למעלה בשם

הרב הנ"ל דהשליחות לא נעשה רק לאחר שקבל ודו"ק ודרך אגב אזכיר במה דשאלני עלם משכיל מפה בדברי הש"ך חו"מ סי' פ"ג ס"ק ב' במה שמחלק דבסי' קכ"ה מיירי שאומר שבתחל' קבלם ע"מ לתנם לאחר ואח"כ רוצה לחזור דא"י לחזור דהולך כזכי והיא תמוה דא"כ למה לי עדים והא לא יכול לחזור בו ול"ש מיגו דאנן מהמנינן לי' רק שלא יכול לחזור והשבתי בתכ"ד דבאמת צ"ב היאך שייך הולך כזכי והא כיון שרוצה להחזיק לעצמו שוב לא הי' זכות למלוה בזה וכל שנמשך חוב מתוך הזכות לא מקרי זכות ועיין ר"ן מ"ש לענין פרוזבול ובנקה"כ סי' קס"ב מ"ש בזה. אך ז"א כיון דיש עדים ול"מ להחזיק לעצמו שוב הוה הולך כזכי ולפ"ז לכך בעי עדים דאל"כ הי' יכול לחזור בו ולא הוה הולך כזכי כיון דהי' חוב למלוה כנלפענ"ד בראשית ההשקפ' בלי עיון בספר:

סימן פב

א להרב המאה"ג אבד"ק בראזדזוויטץ נ"י.

ב ע"ד אשר שאל במ"ש התוס' בקידושין דף נ"ח ד"ה ושני שהקשו דהיאך הוה שני כתובים הא לא אתי שביעית מע"א דאיכא למפרך מה לע"ז שכן אסור' בהנא' וי"ל מ"מ יכתב שביעית וניתי ע"ז מיניה ע"ש וע"ז הקשה דלפי שיטת הרמב"ן והר"ן ר"פ השוכר את הפועל שהביאו דברי הירושלמי דמכרן וקידש בדמיהן מקודשת ואמר הירושלמי ש"מ המקדש בגזל מקודשת וביארו הם הטעם דבאמת כיון שאסורין בהנאה א"כ אינם שווים דמים וא"כ מה שלוקח דמים אינו לוקח בשביל הדבר דאינו לזה דמים דא"ה היא והמעות גזל בידו ע"ש א"כ היאך יש למילף ע"ז משביעית שאני שביעית דאינו אסור בהנאה וא"כ המעות הם חליפי השביעית לכך יש לאסור אבל בע"ז כיון דהוא אסור להחליף דלכתחל' אסור דגם זה מקרי הנאה דמכר מקרי הנאה וא"כ אינו לוקח בשביל האיסור ה"א דיהי' מותר המעות כל שעבר והחליף ולכך אצטריך למכתב ע"ז ג"כ. הנה יפה שאל. ולכאור' רציתי לומר כיון דפירות שביעית הם ג"כ הפקר וגם התור' אסרה למכור דלאכל' ולא לסחור' וא"כ גם שם אינו דמיו והוה המעות גזל אבל באמת בקידושין דף נ"ב ש"מ המקדש בפירו' שביעית מקודשת ובתוס' שם ד"ה המקדש לא משמע כן ועיין תוס' סוכה דף ל"ט. והנרא' בזה דהנה בע"ז אסור גם רוצה בקיומו ואף רוצה בקיומו ע"י ד"א אסור וכפי הנרא' מהטור באו"ח ס' ת"נ אסור מן התור' ואף דהפר"ח שם האריך לחלוק על הטור וכתב דאינו רק מדרבנן ובחמץ אינו אסור כלל הנה אשתקד כשלמדתי בחורף שנת תר"ג מס' ע"ז בעיון הארכתי בחידושי בדף ל"ב בתוס' שם ליישב כל קושיו' הפר"ח ע"ש ולפ"ז ניהו דהמעו' גזל הם אבל עכ"פ לולא דהי' נוח לו הע"ז לא הי' נותן לו

הלוקח הרי רוצה בקיומו של ע"ז ואף ברוצה בקיומו ע"י ד"א אסור ובפרט כאן שרוצ' בקיומו של ע"ז גופא דמקבל מעות עבורו וא"כ פשיטא דהמעות אסור ושפיר כתבו דהי' יכול למילף ע"ז משביעית:

ג ובזה יש ליישב מה שהקש' המלמ"ל על דברת הרא"ש פרק האיש מקדש שהבין מדברי רש"י דאינו אסור להחליף בא"ה רק מדרבנן א"כ מצינו דמים לחמץ בפסח ועיין תוס' חולין דף ד' ובמהרש"א שם. ולפמ"ש א"ש דחמץ בפסח דאסור ג"כ כל שרוצה בקיומו שוב אסור להחליף מן התורה דהרי רוצה בקיומו ועיין בר"ן בע"ז פרק השוכר ובלא"ה נראה דאף אם נימא דרוצה בקיומו אינו אסור רק מדרבנן וגם כאן לא מקרי רק רוצה בקיומו ע"י ד"א דהיינו דאינו רוצה בשביל ע"ז עצמו רק בשביל הנאת הדמים וזהו ודאי אינו רק מדרבנן דהרי איכא מאן דמתיר רוצה בקיומו ע"י ד"א עיין בע"ז דף ל"ב מ"מ שאני ע"ז דהרי בע"ז אסור מה שבא בגרמתה מקרא דלא ידבק בידך מאומה ואף שלא כדרך הנאתן אסור בע"ז מן התורה וא"כ ניהו דהמעות הם גזל בידו אבל עכ"פ בא בסבת גרמת ע"ז דלקח הלוקח עכ"פ לא גרע משלכד"ה דאסור מן התורה דמכירה היא ג"כ הנאה מדהתירה התור' מכור לנכרי והיינו שעי"ז המכיר' נהנ' מהדמים וכאן דאף שתאמר שאינו דמיו והמעות גזל אבל הוא גזל מסבת וגרמת ע"ז זה אסור בע"ז כנלפענ"ד דבר חדש. והא דפריך בפרק השוכר את הפועל מערלה וכה"כ על יי"נ אף דיש לחלק כנ"ל הנה לפמ"ש בתירוץ האחרון משום שלכד"ה א"כ בכה"כ ג"כ אסור שלא כדה"נ א"כ שפיר קשה וגם לתירוץ הראשון יש מקום ליישב וכבר ביארתי בזה בחידושי למס' ע"ז שם ואין להאריך כאן. אמנם העיקר נראה לי ליישב עפמ"ש בשם הרשב"א ליישב הא דכל חליפי א"ה מותר וחליפי נדר אסורין וכתב דלכך כל חליפין מותרין משום דאינם חליפי איסור דאינו לוקח בשביל האיסור דהא"ה אין לו דמים והמעות הוא גזל בידו משא"כ בנודר דאינו א"ה רק להמודר אבל לאחר שרי א"כ לוקח דמים בעד האיסור דלחבירו שרי א"כ נותן הקונ' דמים בעד א"ה דלדידי' אינו אסור ושפיר הו"ל להמודר חליפי א"ה. ולפ"ז אני אומר ג"כ בכל א"ה דמוכר לנכרי דלנכרי הדבר מותר שוב אסורין החליפין ומקרי חליפי איסור:

ד ובזה אמרתי הא דהקש' הר"ן על מ"ש רש"י דא"כ מצינו דמים לחמץ בפסח וכתב הר"ן דאין זה מקרי דמי א"ה דהדמים הם גזל. ולפמ"ש א"ש דרש"י מקשה דא"כ מצינו דמים לחמץ בפסח אם ימכור לנכרי ומסתמא לא ימכור רק לנכרי דלישראל א"א למכור בפסח וא"כ הקונ' נותן דמים עבור א"ה ושפיר מקשה דא"כ מצינו דמים לחמץ בפסח וע"כ דחליפין אסורין עכ"פ להמחליף. ומעתה ל"ק קושייתו דאיך נדע בע"ז דלמא דוקא

שביעית דחליפי איסור נינהו משא"כ בע"ז דאינו דמיו ול"ש חליפי איסור. ולפמ"ש א"ש דע"ז בודאי אינו מוכר רק לנכרי וא"כ הוה חליפי איסור ובודאי אסור ודו"ק:

ה ובזה נראה לפענ"ד לדחות ראיית הר"ן והתוס' שכתבו רפ"ב דפסחים אהא דתנן ואם עבר זמנו אסור בהנאה כתבו ואסור למכור ואם מכר דמיו מותרין וכדתנן מכרן וקידש בדמיהן מקודשת. ולפמ"ש י"ל דדוקא שם דמכרן לישראל ואינם שווים כלום וא"כ הו"ל כמקדש בגזל כדאמרו בירושלמי שם וכמ"ש הרמב"ן והר"ן שם ולפ"ז אין ראיה לחמץ בחמץ דמוכר לנכרי ואסור בהנאה והו"ל חליפי איסור ממש וז"ב. ובזה נראה לי ליישב הא דמביא הטור בסי' תמ"ג במעש' שקנת' שפח' ירקות מנכרי בחמץ והתיר ר"ת לפי שאינו תופס דמיו וכדאמרו בחמץ של עוברי עביר' ותמה הב"ח דאמאי לא הביא ראיה מהך דמכרן וקידש בדמיהן ולפמ"ש אתי שפיר דמשם אין ראי' די"ל דלאו חליפי איסור נינהו לפי שאינו דמיו והו"ל מקדש בגזל אבל כאן שקנת' השפח' ירקות מנכרי בחמץ וא"כ הו"ל חליפי איסור ממש דקנתה מהנכרי וגם הישראל הבעה"ב שיהנה מהן יהי' משל נכרי דתופס דמיו. ולכך הוצרך להביא מהך דחמצן של עוברי עביר' דמותר מפני שהן מחליפין ושם ג"כ מחליפין עם הנכרי וא"כ ודאי הו"ל חליפי א"ה וע"כ דאינו תופס דמיו ולכך מותר. ובזה י"ל כיון דאינו תופס דמיו ולכך הוה ההיתר א"כ עכ"פ להמחליף אסור. ובזה י"ל הא דכתב בש"ע סתם דמותר ולא כתב שהשפחה קנתה בלי ידיעתו ועיין מג"א סי' תמ"ג ס"ק וא"ו משום דבש"ע אינו מבואר שקנו מהנכרי ויוכל להיות מישראל אחר וא"ו שעות והישראל לא ידע שהוא אחר וא"ו שעות וא"כ הו"ל אינו דמיו מותר אף לישראל עצמו משא"כ בקנתה שפח'. ובזה י"ל דלר"ש דאמר חמץ לאח"פ מותר בהנא' וקנסא קניס ר"ש א"כ אם נימא כמו שנסתפק הח"י סי' תמ"ח אם קנסו לכל או למי שעבר דוקא על האיסור ולפ"ז א"כ כל שמחליף פשיטא דל"ש הקנס משא"כ לר"י דהחמץ אסור בהנאה מדאורייתא וגם לשיטת בעל העיטור דלא קניס ר"ש רק באכילה ולא בהנא' יש לחלק בו בין ר"ש ור"י ויש להאריך בזה בסוגיא ואכ"מ. הן אמת ולא אכחד קושט דברי אמת דלדידי דברי הרשב"א תמוהין דמה בכך דלהקונה מותר סוף סוף הוא אסור להנות ממנו ולדידי' אינו שוה כלום והו"ל אינו דמיו וצ"ע. שוב ראיתי במלמ"ל פ"ג מאישות ה"ג שכתב דאף במכר לנכרי לא מקרי חליפי א"ה דהו"ל המעות מתנה כיון דלהמוכר אסור בהנאה ואינו שוה כלום. ובאמת שמצד הסברא נראה כן אבל מדברי הרשב"א לא נראה כן וכמ"ש והנה לכאור' בחמץ בפסח הי' מקום לומר דבודאי לא מקרי דמיו שהרי א"י למכרו כלל דהו"ל דבר שאינו ברשותו והתור' אפקרי' ושאני כל א"ה דהוה ברשותו עכ"פ ולדעת קצת פוסקים מקרי שלו אבל חמץ בפסח ודאי אינו ברשותו מקרי. ובזה

הי' מקום לומר דעכ"פ לר"ש דאינו אסור בהנאה רק מדרבנן א"כ חמצן של עוברי עביר' ודאי לא מקרי חליפי א"ה דמדרבנן עכ"פ אסור ואינו דמיו ושלו מקרי דעכ"פ מן התורה הי' מועיל מכירתו ואולי כיון דקנסא קניס קנסו אף לענין חליפי א"ה דאל"כ לא הועילו בתקנתם דכל אחד לא ימכור ויחליף ויש לדחות ועיין פר"ח יו"ד סי' ל"ט לענין בדיקת הריאה וצ"ע ויש להאריך בכ"ז בסוגיא וליישב כמה קושיות של המלמ"ל והשעה"מ הלכות חמץ והלכות אישות ואכ"מ. והנה המלמ"ל פ"ה מאישות ה"א ביאר דברי רש"י במ"ש בע"ז דף נ"ד דלכך בערלה וכה"כ אם מכרן וקידש בדמיהן מקודשת דלא מתפסי באיסורא אע"ג דאיהו אסור להנות אבל הא לאו מערלה קא מטיא לה הנאה ע"ש וביאר דס"ל לרש"י דחליפי איסורי הנאה אסורין למחליף מדרבנן וע"ז הקשה המלמ"ל דמה מועיל מה שהיא מותרת להנות מכל מקום הוא לא נתן כלום וע"כ דאף דלדידיה לא שוה כל ששוה לדידה מקודשת ע"ש. והרב החריף מו"ה אליעזר מבראד שאל אותי דדברי המלמ"ל אין מוכרחין דהרי התוס' הקשו בקידושין דף נ"ו דלמה לא תהיה מקודשת בערלה וכה"כ הא יכולה להנות שלא כדרך הנאתן וכתבו בתירוצם השני דכיון דהיא סברה להנות כדרך הנאתו אינה מקודשת ולפ"ז שפיר כתב רש"י דהיא אינה נהנית מא"ה מה תאמר דהא הוא לא נתן לה מידי דז"א דהוא שפיר נתן לה דהא יהיב לה דבר ששו"פ דיכולה להנות שלא כדה"נ ולגבי דהמקדש לא שייך תירוץ התוס' דכל דמשכחת לה ששו"פ מקדשה בזה. והשבתי לו ת"ל תכ"ד דבאמת צ"ב קושית התוס' דיכולה להנות שלא כדה"נ והא כל הטעם דמותר להנות שלכדה"נ משום דזה לא מקרי הנאה וא"כ איך שייך שמותר לקדשה דהא יכול להנות שלא כדה"נ והא זה אינו מחשב שלו כלל דאל"כ היה אסור להנות ואם נימא דמותר לקדש' שוב הוה כדרך הנאתו דמכירה וקידושין מקרי דרך הנאתו. ותדע דאל"כ יהי' מקרי כל א"ה של בעלים דהא יכול להנות שלא כדה"נ וע"כ צ"ל כיון דא"י להנות כדרך הנאתו אינו מקרי של בעלים וכעין זה כתב הריטב"א בקידושין שם על מה שהקשו דיכול להנות באפרן וכתב דכיון דכי שריף לה שוב אינו שלו וכל הקודם בו זכה ובמה מקדש' הוא וה"ה בזה כיון דאסור להנות בו שוב אינו שלו אף דיכול להנות שלכדה"נ הא גם כל העולם מותרין בזה. שוב ראיתי בריטב"א שם ובאמת הרגיש בזה גם לענין שלכה"נ וכתב דא"י למכרו לחולה דמ"מ הוא נהנה כדרך הנאתו ודברי הב"ש סי' כ"ח ס"ק נ"ד תמוהין במ"ש דיכול למכרו לחולה שיש בו סכנה דהרי הוא עכ"פ נהנה כדרך הנאתו וליתא במכיר' וצ"ל דכל עיקר קושית התוס' היא דניהו דהוא אסור להנות מכל מקום כל שהיא יכולה להנות שלכדה"נ א"כ לדידה שו"פ וס"ל להתו' דאזלינן בתר דידה וכל שלדידה שו"פ ומטי לה הנא' שוב יכול לקדש'

בזה ומה בכך שהיא עושה איסור סוף סוף הוא א"צ שיתן לה דבר דשוה לדידי' וא"כ שוב הוא לא נהנה כלל ולדידי' א"צ שיהי' שוה כלל ורק לדיד' מגיע הנאה ויכול לקדש' בדבר שאינו שוה לדידי' כלום רק לדיד' שו"פ וע"ז כתבו שהיא סברה להנות ממנו כדרך הנאתו ולפ"ז ל"ק קושיתו דלדידי' אין מקום לומר כלל דכל דשוה שלכה"נ יכול לקדשה דסוף סוף אינו נותן לה משלו וע"כ דבקידושין אזלינן בתר דידה ודו"ק היטב כי יש ליישב בזה הרבה קושיות ואכ"מ שוב ראיתי לש"ב הגאון בצל"ח פסחים בהשמטו' בדף ד' ע"ג שביאר בהדיא כונת התוס' כמ"ש ושמחתי מאד:

1 והנה בגוף דברי הירושלמי שכתב שאין זה דמיהם לפענ"ד נרא' כוונ' עמוקה בזה דהנה בע"ז דף ס"ב אמרינן דבי ר"י יזפי פירות שביעי' מעניים ופרעי להו בשמינית ואמר ר' ינאי יאות הן עבדין וכתבו התוס' דהטעם לפי שאז אין האיסור בעין ולא מקרי חליפין דידי' ומזה למדו דבע"ז שמכר' לנכרי ואותו הנכרי מכרו לאחר קודם שיתן לישראל זה הדמים מותרי' דאינו חליפי איסורי הנאה דזה אין לו הא"ה אף שהאיסור עדיין בעולם ועוד הוסיפו שאם הנכרי משכה תחלה וקנה דקי"ל משיכ' בנכרי קונה א"כ לא הית' ע"ז ברשותו בשעת פריעת המעות ושרי. והנה טרם יהי' כל שיח נבאר דלכאור' הי' נראה לפענ"ד הכוונ' בתוס' דמתחל' כתבו שאותו הנכרי מכר לאחר בעד דמים ואח"כ הוסיפו דאף שהאחר לא נתן הדמי' עדיין כל שמשכ' האחר קנה אבל בהרא"ש שם מבואר דאף אותו העכו"ם כל שמשכ' קודם שנתן הדמי' לא מקרי ע"ז ברשות ישראל בשעת משיכ' ולא הוה דמי ע"ז רק דלאותו ישראל מ"מ אסור המעות דנהנ' עכ"פ מע"ז רק לאחרי' מותרי' ויליף לה מערלה וכה"כ דאם מכרן וקידש בדמיהן מקודשת ע"ש. ובזה נרא' לפענ"ד ליישב דברי הש"ע ביו"ד סי' קל"ב ס"א שכתב הדין הלז בשם י"א ותמה הט"ז דהדין מפורש בש"ס דלאחרי' מותר וכדאמרו גבי שביעית ורק דלו אסור. ולפמ"ש א"ש דבאמת בתוס' הי' מקום לומר דלא התירו רק כשמשכ' האחר שלא נתן מעות להעכו"ם וס"ל דעכו"ם מעכו"ם ג"כ קנה במשיכ' ורק הרא"ש חידש דאף להנכרי הראשון כל שמשכ' קודם נתינת המעות דשרי ועכ"פ כיון שהדין כן א"כ לכך יכול לקדש בערל' וכה"כ דעכ"פ כיון שמכר' לעכו"ם א"כ העכו"ם קנה במשיכ' וא"ל דהא קיבל המעות בעד א"ה דזה אינו דבאמת כיון שאין לו דמים א"כ המעות אינו רק גזל ומ"ל במה שגזל לאחר והא אינו לוקח דמי א"ה ולא מקרי חליפין דזה קנה במשיכ' ורק דהוא אסור להנות מערלה וכה"כ אבל לאחרי' מותר דאינו לוקח דמי א"ה ומזה הוכיח הירושלמי דקידש בגזל מקודשת וז"ב כשמש. ובזה מיושב דברי רש"י שכתב דהדמים אסורים להמחליף דא"כ היאך דייק הירושלמי דאין זה דמיהם והמקדש בגזל מקודשת

ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם רש"י מודה דאין זה חליפי א"ה וזה קנה במשיכ' ורק דמ"מ אסור הוא להנות מערל' וע"כ דהמקדש בגזל מקודשת. ובזה מיושב מה שתמה המלמ"ל פ"ה מאישות דמנ"ל לירושלמי לדייק דלמא מיירי שמכר לעכו"ם ואין המעות גזל. ולפמ"ש א"ש דא"כ הי' חליפי א"ה ורק דהוה כמו גזל ואין בו משום חליפי א"ה רק דאסור מדרבנן להנות וכמ"ש הרא"ש והטור וז"ב כשמש. אמנם אי קשיא הא קשיא דהיאך אפשר לומר דחליפין כל שאינם בעין אף במקום שתופסין דמיהם כמו שביעית וע"ז ואפ"ה כל שאינם בעין מותרין והרי בנדרים דף מ"ז ע"ב בעי רמב"ח אי חליפין כגידולין דמי ואיך אפשר לומר דחליפין כגידולין דמי והא בגידולין אסור אף בדבר שזרעו כלה וא"כ אין האיסור בעין וה"ה החליפין אסור בזה והא לא מקרי חליפין כל שאין איסור בעין וא"ל דזה דוקא בנדרים דהגידולין אסור משום דבר שיל"מ לכך אסור גם חליפין דזה אינו דמה ענין חליפין לגידולין דחליפין אינו כאן משום דבר שיל"מ דאינו בא רק מכחו וכל שאין בעין לא מקרי חליפין משא"כ בגידולין דיש בו קצת מהזרע שנזרע והו"ל דבר שיל"מ כדאמרו בדף נ"ט שם וגם א"כ היאך פשיט מערלה וכה"כ ולפמ"ש הר"ן דעיקר הבעיא אם אסור להמחליף בעצמו אתי שפיר דלהמחליף בעצמו אסור דעכ"פ נהנה אבל עדיין לא אתי שפיר הלשון דחליפין כגידולין אך נראה דבאמת ע"כ לא אמר ר"י דיאות הן עבדין רק בשביעית דאינו אסור בהנאה רק דתופסין דמיהם ולכך כל שנותנין בשמינית שרי דליכא שוב איסור דהם יזפי בשביעי' ואכלו בקדוש' שביעית ומה דהם לקחו בשמינית לא אכפת לן אבל בא"ה פשיטא דלכתחלה אסור לעשות כן דהרי הוא נהנ' עכ"פ מזה והרי להמחליף אסור אף שאינו בעין. ומעתה זהו דמשני הש"ס הא לכתחלה הא דיעבד והיינו דבדיעבד א"א לומר דכגידולין דמו דהא באמת אינו חליפין כל שאינו בעין וז"ב.

ז ובזה נפתחו שערי בינה במ"ש הר"ן פ"ק דחולין להקשו' על שיטת רש"י דהדמים אסור להמחליף דא"כ איך יכול לקדש באם מכרן וקידש בדמיהן וכתב דמ"מ היא מתקדשת וע"ז תמה דזה קושי' הש"ס בנדרים ומחלק בין לכתחלה ובין דיעבד וכן תמה על התוס' בחולין שם דלאחר שהביאו החילוק בין לכתחל' ובין דיעבד למה הוצרכו לחלק בין קידושין לשאר איסורים וכן הקש' הרא"ש בס"פ האיש מקדש על רש"י ע"ש ולפמ"ש א"ש דבאמת אין דברי הש"ס ענין לזה דהש"ס לא מקש' רק למה דאבעיא לי' לרמב"ח דחליפין יהי' דינם כגידולין וא"כ אסור אף שאין בעין א"כ אמאי מכרן וקידש בדמיהן מקודשת והא ניהו שאין זה דמיהם וכמ"ש הירושלמי והרמב"ן והר"ן מ"מ הא אף שאינם בעין אסור להמחליף דהו"ל חליפי א"ה וע"ז משני דבדיעבד מותר ולא מקרי חליפי

א"ה מדאורייתא וע"ז הקשה הר"ן דכיון דעכ"פ להמחליף עצמו אסור דנהנה מאיסור הנאה וכמ"ש הרא"ש והטור בסי' קל"ב א"כ איך מקודשת וע"ז שפיר תירץ דכיון דהיא מתקדשת שוב יכול לקדש' ובזה מיושב גם דברי התוס' וגם קושי' הרא"ש על רש"י ודו"ק היטב כי הוא ענין נחמד ונעים ת"ל:

ח ובזה ישבתי לנכון מ"ש בע"ז דף ס"ד בהא דאבעיא להו אי דמי ע"ז ביד נכרי אי אסור וע"ז מסיק הש"ס דשאני התם כיון דדעתי' להתגייר בטלה וע"ז שאלני החריף ובקי מוה' פייביל נ"י מבוטשאטש דהא הוא לא בטלה רק ע"י מכירתו וא"כ כיון שמכרה לנכרי וע"ז של נכרי נאסר אף שלא עבדה א"כ בשעה שבאה לעכו"ם הרי נאסרה ושוב שקיל הוא דמי ע"ז דהרי כל שנאסר' שוב הו"ל דמי ע"ז והוה כמו שאם הי' המכוש אחרון שו"פ יהי' אסור כל המעות וה"ה בזה. והשבתי דל"ד דשם כל שיש בו שו"פ הרי דמי ע"ז מעורב בו אבל כאן ניהו דהעכו"ם אחר אסרה לה אבל מה לו לעכו"ם הראשון שבטל' במה שאסר' זה אטו בשביל זה יהיה נפסד במה שנתן לו ע"ז המותרת שהיא בטלה ולא גרע מאם משך קודם שנתן הדמים דמותר דאינו חליפי ע"ז ומכ"ש בזה דעד שאסרה זה היתה מותרת ומה לו בזה במה שהעכו"ם האחרון אסרה והוא לא רצה בזה וז"ב ופשוט. וגם הא בעת שבא לרשות העכו"ם ונאסר בא חובו של זה ובכה"ג מצי למשקל דמי דהקניה והאיסור באין כאחד וכמו דאמרו גזירה שמא מגבה לה אף דבהגבהה נאסר' ואין לו ביטול אפ"ה שייך זכייה ומכ"ש בזה דעי"ז שנאסר' ובאה לרשות עכו"ם נתחייב בדמיה ושפיר דמי ע"ז שבטלה לוקח ואטו מכרה לו כדי שיעבדנ' ומה אכפת לי' במה שזה עבדה ואסרה. ודרך אגב אומר מה דהקשו בתוס' שם דביין נסך דל"מ ביטול לא שייך זאת דל"מ ביטול והיא תימה רבה ולפענ"ד הי' נרא' בפשיטו' דכל הטעם דלא שייך ביטול ביי"נ משום דבתקרובת ע"ז ל"ש ביטול והנה הט"ז כתב בסי' קל"ט דלכך לא שייך ביטול משום דאף כי לא נשאר רק מעט מ"מ מקריבה לפני ע"ז ול"ש ביטול. ולפ"ז זהו דוקא במה שבטל ע"י שבירה אבל כאן דהביטול הוא במה שמכרה ואף דבכ"מ שמכרה לעובדיה לא ביטל כאן דדעתו לגייר ביטל וא"כ מה נ"מ במה שהיא תקרובת הא סוף סוף לא אחשבי' שהרי ביטלה בלב שלם דדעתו לגיורי ואף דכל תקרובת אם ימכור לישראל בודאי לא מהני ביטול היינו משום דל"ש ענין מכיר' וזכייה בזה דהם כבר נאסרו ולא מצינו שיחזור להתירו ע"י ביטולו אבל לענין שלא יהי' מקרי דמי ע"ז ביד נכרי פשיטא דלא מקרי דהרי הוא בטלה בלב שלם וז"ב לדעתי ויש להמתיק הדברים דהרי התוס' כתבו בטעם דדמי ע"ז ביד נכרי מותר משום דמה דכתיב והיית חרם כמוהו כל שאתה מהיה ממנו הרי הוא חרם כמוהו היינו דוקא בישראל ולפ"ז מאן דאוסר הוא רק דמהיה

ממנו וא"כ לפ"ז צריך להבין הא אינו דמיו כלל דאין דמים לע"ז ורק דבע"ז אסרה תורה כל שמהיה ממנו דעכ"פ נהנה בסבת ע"ז ולא ידבק בידך מאומה מן החרם כתיב והרי עכ"פ בא לו בסיבת ע"ז ולפ"ז כל שזה ביטלה ניהו דל"מ הביטול היינו שהאיסור במקומו עומד אבל זה ממעט התפלה שהרי ביטל הע"ז ותקרובתה ודעתו לאגיירי וא"כ לא שייך לא ידבק בידך מאומה דהרי באמת זה ביטל לע"ז שבה רק שאין בידו להתיר מה שכבר נאסר אבל כעת נתבטל ע"ז ולא קרינא ביה והיית חרם כמוהו כנלפענ"ד לפום רהיטא לחומר הנושא. אחר זמן רב שכתבתי זאת מצאתי בשו"ת פ"י ח"ב סי' מ"ג שהאריך בענין זה חליפי א"ה כשאינו בעין והביא הסוגיא דע"ז ס"ג גבי פירי שביעית והאריך בכל הדברים. ולפענ"ד משם סייעתא לדבריו והי' מקום לפלפל בדבריו שם אלא שלא העמקתי עיוני בזה ולא ראיתי רק בהעברה בעלמא ולא היה הזמן מסכים לעבור על דבריו רק בהעברה בעלמא:

ט והנה בהא דאמרו בפסחים דף כ"א ובכמה מקומות כל מקום שנאמר לא יאכל ולא תאכל ולא תאכלו אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה במשמע עד שיפרוט לך הכתוב כדרך שפרט בנבילה דתניא וכו' והביא המחלוקת דר"מ ור"י ולכאורה צ"ב דלא צריך להביא רק הקרא דלא תאכל כל נבילה לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה או מכור לנכרי דמבואר דמותר ולא ראיתי בהחפזי מי שעמד בזה. אמנם נראה דהנה הרמב"ם נחלק עם הפוסקים דדעת הרמב"ם דאף בדבר שאסור בהנאה אם נהנה ולא אכל כגון שמכר לעכו"ם או נתן לכלבים אינו לוקה והדמים מותרים אף לו ועיין רמב"ם פט"ז ממ"א הט"ז וא"כ אפשר דאין ראיה די"ל דבאמת אסור בהנאה ומ"מ הדמים מותרים ולפ"ז שוב אין ראיה מהכתוב די"ל דבאמת אסור נבילה בהנאה ולכך כתיב לגר אשר בשעריך תתננה ואף דגם מה שמשליך לכלבים חשיב שכר כמ"ש התוס' בפסחים דף כ"ב שם מ"מ כיון דלהישראל אסור בהנאה שוב אינו מחזיק לו הגר טובה דהא לדידיה מותר באכילה והתורה צותה לתת לו א"כ מה החזקת טובה שייך בזה וזה נהנה וזה לא חסר כופין על מדת סדום ומה דכתיב או מכור לנכרי אדרבא בזה מדוקדק הכתוב דהי' לו לכתוב או תמכרנה לנכרי כדרך שהתיר ליתן לגר אבל כיון דכתבה התורה מכור לנכרי משמע דאינו מותר לכתחלה רק דאם מכר מה שעשה עשוי והדמים מותרים וא"כ אין ראיה מהקרא לכך הביא מה דנחלקו ר"מ ור"י אי לגר מותר במכירה ג"כ או דוקא בנתינה וא"כ מזה ראיה דעכ"פ מותר בהנאה וז"ב כשמש בכוונת הש"ס. איברא דלר"י דאמר דברים ככתבן קשה טובא מנ"ל לר"א דנבילה מותר בהנאה דלמא אסור רק דאם מכר הדמים מותרים. אך נראה כיון דאמרו ביבמות דף ע"ז ע"ב אליבא דר' יהודה דאי לאו

דתלאן בלידה מצרי שני במה יטהר דאין לומר דאי עבר ונסיב דהרי דאי להיתירא לא כתב א"כ לר"י כיון דלכתחלה אסור למכור היאך כתב דאי להתירא וע"כ דמותר בנבלה. ובזה יש להאריך הרבה בסוגיא ואכ"מ ובזה מדוקדק מ"ש רש"י דר"א יליף איסור הנאה מדפרט הכתוב או מכור לנכרי ותמה הצל"ח דלמה לא נקט המוקדם מלגר אשר בשערך תתננה ולפמ"ש אתי שפיר דמזה אין ראי' דבאמת הנתינה מותר' דאין לו החזקת טובה רק ממכור לנכרי יליף למר כדאית לי' ולמר כדאית לי' ובזה נבין היטב מה שמחק רש"י בדברי ר"א הגירסא הישינה דלגר בנתינה ולנכרי במכירה ולא נודע למה מחקו ועיין פ"י וצל"ח ולפמ"ש א"ש דבאמת לר"י אין ראיה די"ל דבדיעבד מותר ורק דאי להיתרא לא כתב קרא וא"כ עכ"פ אין ראיה מהא דנכרי במכירה רק מגוף הכתוב או מכור לנכרי ובזה מקושר דברי רש"י יפה דוק ותשכח ובזה מיושב היטב הא דשמעתי בילדותי מאבי מורי הרב הגאון נ"י קושיא שהקשה דלמה אצטריך לפרט היתר בנבילה הא מפורש בקרא והמת יהי' לו ושמעינן דנבילה מותרת בהנאה וכמדומה שמצאתי באחת מספרי הפרי מגדים קושיא זו והיא תימה גדולה ולפמ"ש אתי שפיר דהיה מקום לומר דוהמת יהיה לו הוא דכיון דשייך להמזיק והמזיק מוכרח לשלם להניזק א"כ הדמים מותרי' להניזק דלאחר בודאי הדמים מותרי' וא"ל דפורע חובו בא"ה דז"א דכיון שהבעלים מטפלים בנבלה א"כ שוב אם נימא דיהי' זה פורע לו במעות אחרות שוב יהיה זה נהנה מא"ה וכמ"ש בהגהות עטרת זקנים בשם הרב מהר"ץ שפיץ בסי' תמ"ד לדחות דברי המג"א ולכך מותר ליתן לו עבור חובו דאף שזה נותן לו דזה אינו נהנה רק מניעת היזק לא הוה פורע חובו בא"ה וא"כ אין ראיה מזה דבאמת בדיעבד הדמים מותרי' ויכול לומר לו הש"ל ולכך דייק מהא דמכור לנכרי ודו"ק היטב כי הוא ענין נפלא ובלא"ה נראה לי בישוב קושית אבי מורי הגאון נ"י דבשלמא שם נבילה הראוי לגר הוה נבילה ואסור בהנאה וא"כ שפיר שמענו דנבילה אסורה אבל מוהמת יהיה לו אימא לך דמיירי בכה"ג דנסרחה כבר ואינה ראויה לגר כלל ואינה ראויה אלא לכלב דבכה"ג הוה נטל"פ ועכ"פ בהנאה מותרת ולכך לא מייתי מוהמת יהיה לו ודו"ק:

י ובזה יש ליישב הא דאמרו בב"ק דף י"א השתא אי אית לי' נבלה וטריפה יהיב ליה דאמר מר ישיב לרבות אפילו סובין וראיתי קושיא בשם הגאון מו"ה בעריש בהגאון בעל פני יהושע דמה קושיא דלמא טריפות אסור להפוסקים דאיסור סחורה בטריפו' הוא מן התורה ולכך אצטריך והמת יהיה לו להורות דשלו הוא והוה נזדמנו ולפמ"ש אתי שפיר דעכ"פ כשלא יהיה ראוי לגר יהיה מותר וא"כ ממילא והמת יהיה לו מיותר דעכ"פ יוכל לתנו לו לאחר שיסרח ולא יהיה ראוי' לגר וע"ז משני דאצטריך לפחת נבלה דהיינו

דעכ"פ יצטרך שיהיה מוסרח כ"כ עד שיפחות משויו שאינו ראוי לאדם רק לכלב ודו"ק היטב כי הוא חריף ובלא"ה י"ל כיון דעכ"פ אצל המזיק הוה כנזדמנו לו דמותר לתת בחובו להניזק ואף לשיטת הב"ח דאוסר בסי' קי"ז למכור לישראל שימכור לנכרי היינו באם זה קונה כדי להשתכר אבל אם זה נתנו לו בפרעון חובו ובע"כ שקיל מיניה אף סובין פשיטא דשרי ועיין בט"ז שם ואף להט"ז יש מקום לפלפל ואכ"מ. ובגוף קושית הרב מבראזדאוויטץ נ"י נראה לפענ"ד ברור דע"כ לא כתב הרמב"ן דא"ה אינו דמיהן רק כל שלא נתפס באיסור אלא שאסור בהנאה אמרינן דלאו דמיהן הוא ומתנה או גזלה הוא ושרי אבל כל שניליף משביעית דתופס דמיו בכל האיסורין מכ"ש בע"ז וכל שתופס דמיו פשיטא דאין מתירין כל שנתפס באיסור ול"ש לומר שאין דמיהן דסוף סוף נתפס באיסור והרי לפי האמת בע"ז נתפס האיסור על הדמים ואסור אף שאינו דמיהן א"כ ה"ה כשהוה יליף משביעית הי' ג"כ כן ודו"ק היטב:

סימן פג

א להחריף ושנון נ"י בענין אמתלא בממון.

ב אשר נסתפקת אם מועיל אמתלא בממון כדרך שמועיל באיסור או דלמא דחיישינן שמא לאחר זמן למדו אותו לטעון שקר באמתלא כוזבת. הנה הדבר מבואר בש"ע אהע"ז בח"מ סי' קט"ו ס"ק כ"ב שנסתפק בזה אם מועיל אמתלא גבי ממון ומצאתי בשו"ת מהר"ש הלוי סי' כ' וסי' כ"א שנחלק בזה הוא ומהר"א חסון אם מועיל אמתלא בממון ודעת המהר"א חסון דל"מ בממון דלאו כל כמיניה לחוב ולהפקיע חובו כל שכבר הודה ומוהר"ש הלוי תמה בזה דהיאך יפרנס בזה דברי הרמב"ם שכתב בפ"ז מטוען דאם טוען וחוזר וטוען כל שנותן אמתלאה מועיל ע"ש שהאריך. ובאמת אם כוונת המהר"א חסון כדרך שנסתפק הח"מ דהיינו לאחר שיצא מב"ד ל"ק כלל דהרמב"ם שם ביאר בהדיא והוא שלא יצא מב"ד וכן מבואר בחו"מ סי' פ'. אך לפענ"ד נראה דבלא"ה ל"ק דבאמת כל שנותן אמתלא על מה אמר זאת שהיה מוכרח לומר כן שפיר י"ל דניהו שהיה לו אמתלא למה אמר כן אבל עכ"פ בממון סגי בהודאה אף שהוא שקר א"כ ניהו שהיה אומר כן לסיבה זו אבל עכ"פ סוף כל סוף הודה שהיה כן ונתחייב בהודאתו אך לפ"ז זהו דוקא היכא שאמתלא הוא למה אמר כן אבל מ"מ מודה שבתחלה הודה שנתחייב אבל כל שאומר שכוונתו היה בתחלה לא לחייב עצמו כלל בזה שפיר מועיל אמתלא וז"ב לדעתי. ומעתה ל"ק כלל כל מה שהקשה המהר"ש הלוי דהרמב"ם והש"ע שם כתבו שא"י להשיא לטענה אחרת אא"כ נותן אמתלא לטענה שסמך עליה ויש במשמעה כמו

שהשיא בזאת הטענה ולפ"ז כיון שמתחלה היה ג"כ לפטור רק שבאו עדים והכחישו את הטענה א"כ שפיר מועיל אמתלא דהרי הוא לא חייב עצמו ואף שהטענה הראשונה הכחישוהו עדים ונתחייב שפיר מועיל אמתלא להאמינו שכן היה כוונתו והוא באמת רצה לפטור עצמו בטענתו הראשונה אבל אם הי' באמת נתחייב בטענה הראשונה רק שנותן אמתלא למה טען כן בזה שפיר אמרינן דניהו שנתן אמתלא אבל מ"מ ניהו שהי' לו סיבה לטענה זו אבל סוף כל סוף הודה שנתחייב א"כ אף שהודה בשקר מ"מ נתחייב ובזה ל"ק ממה שהקשה המוהר"ש הלוי דהיאך נאמן לטעון שלא להשביע או משטה ולפמ"ש אתי שפיר דטענת שלא להשביע או משטה הוא בא לגרע הודאתו שלא רצה לחייב עצמו כלל רק כוון להשביע עצמו או שמשטה היה ובזה שפיר מועיל בממון דא"י להוציא ממנו מספק ויש להאריך בזה בדברי הרא"ה שדעתו דאם אמרה נתקדשתי לפלוני אינו מועיל אמתלא והכי קי"ל באהע"ז סי' מ"ז אך כבר האריכו המהר"ש הלוי ומהר"א חסון שם ועיין נוב"י חלק אהע"ז מהד"ק סי' סמ"ך שפירש עפ"י דברי הח"מ הנ"ל ובתשובה הארכתי בזה ע"כ דבריי מעטים שוב ראיתי בקצה"ח סי' פ' שנדחק ליישב קושית מוהר"ש הלוי ולפענ"ד כמ"ש:

ג והנה לכאורה הי' נראה ראיה דמועיל אמתלא בממון מהא דאמרו בש"ס כתובות דף ק"י וחכ"א זה היה פקח שמכר לו את השדה מפני שהוא יכול למשכנו הרי דאף דעשה מעשה ומכר לו את השדה יכול לטעון מה שמכר לו היה כדי שיוכל למשכנו הרי דמועיל אמתלא גבי ממון. אך נראה דיש לדחות דבאמת שם לא מיירי לענין קיום המקח רק שזה טוען לו אילו הייתי חייב לך היה לך להפרע את שלך כשמכרת לי את השדה וע"ז אמרו חכמים שזה יכול לומר שעשית זאת כדי שאוכל למשכנך ונמצא שאין ראיה מזה לענין אמתלא דשם כבר היה חייב לו מעות והיה טוען שע"כ מזויף השטר או פרוע דאל"כ היה לך להפרע וע"ז שפיר מועיל אמתלא דאין ראיה מזה ונשאר השטר בתקפו. ובזה ניחא ג"כ דבאמת הא אף באיסור ל"מ אמתלא כל שעשה מעשה וכמבואר ביו"ד סי' קפ"ה ואיך מועיל אמתלא לבטל מעשה המכירה וע"כ צ"ל דאטו אנו דנין לבטל המעשה המכירה אנו דנין לבטל טענתו של הלוה וממילא כל שנותן זה אמתלא נשאר השטר בתקפו. ובזה נתיישב מה דקשה לי טובא בהא דאמרו בש"ס שם אדמון סבר איבעי לך לממסר מודעא ורבנן סברי חברא חברא אית ליה והוא תמוה מאד לפענ"ד דמה זו טענה אטו בכ"מ דאמרינן דכל שלא מסר מודעא לא מועיל ולא אמרינן דנתיירא למסור מודעא והרי גם בתלוה וזבין אם לא מסר מודעא ל"מ ולא אמרינן דנתיירא מהתליין והוא לדעתי הערה עצומה. ולפמ"ש אתי שפיר דבשלמא היכא שאנו דנין על המכירה שפיר

אמרינן דכל שלא מסר מודעא ל"מ אבל כאן אין אנו דנין על המכר רק על גוף השטר אם נאמן בשטרו וע"ז שפיר אמרינן דזה יכול לטעון שכוונתו היה כדי שיוכל למשכנו ומה שלא מסר מודעא הוא לפי שנתיירא וחברא חברא אית ליה וז"ב. שוב ראיתי בש"ך סי' ר"ה סק"ז שכתב בהדיא דכאן ל"מ מסירת המודעא רק לענין שלא הפסיד חובו ומ"מ המכר קיים ולא ביאר כלל למה לא מועיל זאת ולפמ"ש י"ל דבאמת אם מסר מודעא בפירוש ואמר שאינו מוסר רק בשביל זה היה המכר בטל רק ששם שלא מסר מודעא רק דאמרינן דמה שלא מסר מודעא הוא משום דחברא חברא אית לי' בזה שפיר אמרינן דזה ל"מ רק לענין הלואה אבל המכר קיים דלענין זה שפיר אמרינן דהיה לו למסור מודעא וז"ב כשמש ומן האמור הן נסתר מחמתו מה שהאריך בשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' קנ"ח והובא באחרונים שהקשה דלמה באמת לא יתבטל המכר לחכמים דהא לא עשה כן רק להוציא ממנו והקרקע יהיה שלו ולפמ"ש אתי שפיר דלענין זה שוב הי' צריך למסור מודעא בפירוש. ובזה ניחא גם מה שהביא מחו"מ סי' ק"ץ ס"ו בהג"ה וסי' ר"ד סעיף י"א ומקורו מהמרדכי דאם הלוקח טוען החזק המעות בעד החוב ואני אתן לך דמי המקח מחדש הדין עם הלוקח ואמאי לא יתבטל המקח לגמרי. ולפמ"ש אתי שפיר דלענין זה יקשה היה לו למסור מודעא ועיין בסמ"ע סי' ק"ץ סעיף ז' ודו"ק:

ד שוב ראיתי בב"ב דף למ"ד ע"ב דאמרו אפילו תימא רבנן התם עביד ליה מעשה הרי דהש"ס מרגיש ומחלק בין מעשה לדיבור ועיין מהרי"ט חלק אהע"ז סי' א' שכתב ראיה מש"ס הלז ועיין לקמן מ"ש בדברי המהרי"ט אלו ועיין מ"ש לקמן להרב מברעסטיצקי דלכך לתרומה מותרת אף דאינה משועבדת משום דל"ש שויא אנפשא חד"א דל"ש הודאה דעל תרומה לא הודית וכמ"ש הפ"י. ושאל אותי תלמידי החריף מו"ה ישראל אלימלך נ"י דא"כ למה מפסדת הכתובה והשבתי דל"ד דכתובה תלוי בזנות דכל שזינתה מפסדת הכתובה משא"כ תרומה שאפשר בחולין ולא הודית על תרומה ומ"ש שם ליישב דברי הה"מ כעת נראה לי להוסיף ליישב קושית המלמ"ל השני' דלמה בתחלה מביא ראיה מתרומה ואח"כ לענין אמתלא מביא מכתובות ולפמ"ש י"ל דבתחלה מביא ראיה כשלא נתנה אמתלא אבל שם דאמרו דפסלה נפשה לכהונה והרי יכולה לתת אמתלא וש"מ דל"מ אמתל' ויש להוסיף דאמתלא היינו כמו שניתר ע"י פתח דנדר שהותר מקצתו הוא בפתח דוקא דהוה נדר טעות וה"ה אמתלא ולזה הביא ראיה דאפ"ה נאסרת כמו דאמרו דפסלה נפשה מכהונה ודו"ק ועיין שו"ת ח"ץ סי' ק"נ: ובלא"ה ל"ק קושית השבות יעקב הנ"ל מהמשנה דאמאי לא יתבטל המקח לחכמים דבאמת אדרבא המוכר רוצה להחזיק המכר כדי שיוכל למשכנו בחובו וא"כ שניהם גם יחד נתרצו בהמקח וא"כ

היאך נימא דיתבטל המקח אדרבא המוכר בודאי נתרצה וכל מה שטרח לא טרח רק כדי שיהיה בטוח על משכונו וז"פ. ובזה יש ליישב דברת התוס' שם שכתבו לחלק ופירש"י דעשאו סימן לאחר מיירי שהמוכר עשה סימן דלכך שם אמרינן לכ"ע דחברא חברא אית לי' משום שירא דאם יתוודע להמוכר לא ימכור לו ויהיו לו הפסד השדה אבל כאן אין לו פסידא כ"כ דהרבה לוקחים ימצא ואא"ז המהרש"ל והמהרש"א תמהו דהא אכתי אית לי' פסידא בשביל שצריך לו כדי למשכנו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת לענין שיהיה אונס על המכירה יש לומר מפני שצריך למשכנו דבאמת אדרבא אם זה נחשב לאונס שוב יתבטל המכר כקושית השבות יעקב ולא יהיו לו מה למשכנו וא"כ אי אפשר לומר שמה שצריך למשכנו זה יהיה סיבה לקיים המכר ואין לו קיום להמכר כ"א מה שיש לומר שרצה למכור ופן לא ירצה ליקח וע"ז כתבו שפיר דזה לא מקרי פסידא כ"כ וז"ב:

ה ובחידושי אמרתי בזה ליישב קושית המהרש"ל והמהרש"א עפ"י מה דמבואר בסי' ר"ה סי"ב דלא מקרי אונס רק כגון שאנסו ליתן לו מעות וזה מחמת שלא הי' לו מעות נתן לו קרקע לא הוה אונס וזביני זביני. ולפ"ז באמת הי' צריך למסור מודעא רק דבשביל דחברא חברא אית לי' אמרינן דנאנס על המודעא ג"כ ולפ"ז זהו דוקא אם האונס הוא שהוצרך למכור אבל מה שהוצרך למכור לו כדי שיוכל למשכנו זה לא מקרי אונס דזה אינו אונס על גוף המכיר' וגוף המכיר' הי' ברצון רק שנאנס במה שצריך לו למשכנו וזה לא מקרי אונס ולכך הוצרכו לומר שנאנס על גוף המכירה שצריך למכור וע"ז כתבו שזה לא מקרי אונס כ"כ דהרבה קונים יש על שדה וכן מבואר בש"ע שם דמי שאנוס למכור מפני שדחוק למעות לא נקרא אונס כ"כ דזה נקרא אונס מחמתי' ואינו אונס והא דהוצרכו התוס' לומר משום שנמצא קונים ולא אמר משום שזה נקרא מחמתי' וצ"ל דבאמת שם לא הוה האונס מה שמכר רק מה שנתיירא למסור מודעא משום שנתיירא שלא יקנה א"כ שוב נקרא אונס מחמת אחרים ולכך הוצרכו התוס' לומר דזה לא נקרא אונס כ"כ דימצא קונים הרבה ובזה ממילא מיושב ג"כ קושית המהרש"ל והמהרש"א דבשביל שצריך למשכנו זה נקרא אונס מחמת נפשיה ולא נקרא אונס ודו"ק היטב בכל מ"ש עכ"פ קושית השבות יעקב ל"ק כלל דשם אדרבא רוצה בקיום המקח. מיהו אכתי קשה מדינו של המרדכי דשם רוצה באמת לבטל המקח ואפ"ה קיים וצריך לומר כחלוקי שכתבתי למעלה ובלא"ה יש לחלק דלכך ל"מ לבטל גוף המקח דבאמת הוה דברים שבלב דלא הוה דברים כל שאינו בלבו ובלב כל אדם ולכך ל"מ לבטל המקח אבל עכ"פ שיהיה לזה ראיה לבטל השטר בזה שפיר יכול להתנצל שעשה בשביל זה וז"ב לדעתי. אמנם יהיה איך שיהיה עדיין לא נתיישב מה שהקשה השבו"י על שו"ת פנים

מאירות ח"א סי' פ"ב שנראה מדבריו בעובדא דילי' דהמקח בטל לגמרי וגם שם לא נזכר כלל שמסר מודעא מקודם וע"כ בזה צדקו דברי השבו"י לפענ"ד וראיתי בשו"ת גוא"י סי' י"ט חלק חו"מ שהביא דברי הפ"מ והשבו"י הנ"ל והוא תמה דאין ראיית השבו"י ראיה דשאני לוקח ממוכר דאנסוהו למכור מהני ואנסוהו לקנות לא קני כמבואר סי' ר"ה והביא דברי הש"ך שדעתו דגם אם מסר מודעא ל"מ לבטל המכר וכבר כתבתי אני בעניי דלפענ"ד אם מסר מודעא בפירוש היה מועיל רק שכיון של"מ מודעא ל"מ טענת חברא חברא אית לי' לבטל המכר וז"ב מאד ומה שהקשה שם מהא דמבואר באהע"ז סי' פ"ה ס"ט דבמעות טמונים יכול הבעל לומר לגלויי זוזי נתכוונתי ובטל המכר הרי דיכול לבטל גוף המקח. במחכ"ת לא שמיה מתיא דש"ה שכל שהוא מעות טמונים והוא טוען שהוא שלו או שהוא נ"מ הרי ממילא נתבטל המקח דבמעות נ"מ הפירות שלו ואין לה לקנות קרקע ממנו אבל בהך דכתובות שפיר לא נתבטל המקח דניהו דזה רוצה למשכנו שירא שמא יבריח אבל מ"מ גוף המקח הי' מקח כדינו וז"ב ופשוט וע"כ קושית השבו"י ל"ק אבל מה שדחה דברי הפ"מ צדקו דבריו. ובלא"ה דברי הפ"מ שם מגומגמין דמה שרצה לחייבו מטעם מזיק במה שעכבו שלא מכר סחורתו ביום השוק במחכ"ת אף לפי דבריו אינו רק גרמי בעלמא ואולי רק גרמא דל"ב היזיקא דאולי גם לאחר השוק יוכל למוכרו ואף אם נחשבהו לגרמי הא לא גרע ממבטל כיסו של חבירו דפטור. ומה שהביא מהא דשכר את הפועלים ולא מצאו מי שישתכרו לו דנותן להם שכרם כפועל בטל כמ"ש הרא"ש באמת שכן מבואר בש"ע חו"מ סי' של"ג אבל באמת גם שם יקשה דהו"ל מבטל כיסו של חבירו ועיין בקצה"ח שם שנתעורר בזה והאריך ואולי כוונת הפ"מ דמה שהוציא הוצאות ובא על היריד זה צריך לשלם לו ובזה צדקו דבריו דזה היזק גמור הוא ודו"ק. והנה בשו"ת בשמים ראש המיוחס לרא"ש כתב באשה שבשעת ווסתה אמרה טמאה אני ואח"כ נתנה אמתלא אי נאמנת וכתב בשם חכמי ההר דל"ש בזה אמתלא דאין אמתלא מועיל רק לסתור דבריו הראשונים ולא לקיים דבריו האחרונים. וביאור הענין דבשלמא כשהיא אינה בחזקה טמאה עומדת א"כ א"צ שתאמר טהורה אני וממילא אף שאמרה טמאה אני מ"מ כל שנתנה אמתלא לדבריה נאמנת משא"כ בשעת ווסתה דהיא בחזקת טמאה ובעינן שתוציא עצמה מהחזקה ע"י שתאמר טהורה אני וא"כ כל שאמרה טמאה אני הרי לא הוציאה עצמה מחזקת טמאה וא"כ מה מועיל אמתלא דניהו שאין בזה ראיה על דבריה שאמרה טמאה אני מ"מ טהורה לא הוית דמוקמינן לה אחזקתה ובעי שתאמר טהורה אני והרי היא אמרה להיפך ואמרינן דל אמירתה ואמתלאתה מ"מ היא טמאה דבחזקת טמאה היא. ובזה י"ל דל"ש מ"ש

הרא"ש שם דתאמר עכשיו דטהורה אני דהרי באמת הא דנאמנת לומר טהורה אני משום דהתורה נתנה לה נאמנות וכאן דל"ש נאמנות דהרי גם להיפך בודאי נאמנת לומר טמאה אני ובפרט בשעת ווסתה וא"כ אמרינן דאוקי אמירתה זה כנגד זה והיא נשארה טמאה כנלפענ"ד. מיהו יש לומר דלפמ"ש הנימוק"י דע"כ לא אמרינן דכל שהאמינה תורה ע"א כשנים רק כל שצריך שני עדים כגון בדבר ערוה אבל באיסורין א"צ לומר דנאמנת כשנים א"כ גם כאן לענין טמאה ובפרט בשעת ווסתה אינה נאמנת כשנים משא"כ לענין טהורה דנאמנת כשנים שהתורה האמינתה ולכך נאמנת לומר כעת טהורה וצ"ע בגוף הספר כי אינו לפני כעת רק מה שהגידו לי בשמו ויש להאריך בזה בסוגיא דכתובות דף כ"ב ובישוב קושית המהרש"א בתוס' שם ע"ש. ולפ"ז גם לענין ממון נאמר דכל שהי' בחזקת חיוב והוא הודה שחייב א"כ אף שיאמר אמתלא ל"מ לקיים דבריו שפטור דכל שיש חזקת חיוב וצריך שיפטור עצמו בבירור וכל שהודה הרי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וא"כ ניהו שסותר האמתלא מ"מ נשאר בחזקת חייב משא"כ בהודה ממון שאינו חייב ואח"כ נתן אמתלא שפיר שייך אמתלא בממון דסותר הודאתו הראשונה והרי הוא בחזקת פטור. ובזה ממילא דברי הח"מ נכונים מה שנסתפק אי שייך אמתלא שם דשם כיון דכתובה לא ניתנה לגבות מחיים אפשר דל"מ כ"כ חזקת חיוב וגם כל שזינתה יפטר מהחיוב וא"כ יש לחוש שכל שהודית הרי הוא פטור מכתובה ומה מועיל אמתלא ויש לומר כיון דכל שלא הודית הרי נתחייב ל"ש אמתלא בזה ודו"ק. ומן האמור יש ליישב דברי המהר"א חסין דבאמת בממון ל"ש אמתלא אך דוקא כשהוחזק חייב אבל בהודאה שייך אמתלא ובזה ל"ק קושית המהור"ש הלוי שהקשה מהך דרמב"ם פ"ז מטוען דשם מיירי מהודאה בלבד וכן הך עובדא דקב רשו דמביא המהר"ש הלוי סי' כ"ב שם מיירי בכה"ג אבל כל שהוחזק חייב ל"מ אמתלא ועקצה"ח סי' פ' וסי' פ"א ס"ק כ"א שהאריך בענין הלז ולפמ"ש יש להאריך ולבנות ולסתור בזה והמשכיל יבין. והנה הקצה"ח סי' פ"א שם הביא בשם המהרי"ט חלק אהע"ז סי' א' דבר חדש דע"כ לא אמרו דמועיל אמתלא רק באם אומר מעצמו אבל אם הי' שם ע"א והוא הודה לדבריו ל"ש אמתלא דאין אדם עשוי להודות בדבר שיודע שאינו כן אלא להכחישו שכל שיודע שיש ע"א נגדו לא יאמנו דבריו של אמתלא שלו ולכך בתבעו והודה ל"ש להשביע דאין אדם עשוי להודות כל שיש שם תובע ע"ש. ובזה נראה לפענ"ד מה שהקשה הטור ביו"ד סי' קפ"ה דלמה הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה משום נדה דמ"ש מאמרה טמאה אני לך דמועיל אמתלא ולפמ"ש אתי שפיר דשם דהשכינות ראו שלובשת בגדי נדות ואיך שייך שעשתה כן בשביל אמתלא ומי ידע אח"כ מהאמתלא שלה והרי השכינות הוו כע"א

עכ"פ שיהי' עלי' עדים ואיך תאמר אמתלא דבשלמא בכל אמתלא שפיר יש לומר שסמך עצמו על אמתלא אבל כאן אותה אשה שלא תדע אמתלא שלה תהי' כעד עלי' ששמשה בנדותה ואין אדם עשוי להודות בדבר שיודעת שיש עליה עדים וזהו כעין מ"ש אא"ז הגאון מוהר"ל מפראג לחלק והובא בט"ז שם אלא שאני הסברתי הדברים ביותר. ובזה מיושב מ"ש להקשות מהך דשוחט שעשה סימן בראש הכבש דמועיל אמתלא ולפמ"ש שם אין אדם יודע ולא עד נגדו ואף דהסי' הוא עדות אבל אין מזה ראיה להעיד עי"ז משא"כ הוחזקה נדה בשכנותיה ודו"ק היטב ועיין בהראב"ד פי"ח מא"ב ה"ט שכתב אעפ"י שאמר דבר חכמה וכו' שאם אמרה אחר מות בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני בעלי למה לא תהי' נאמנת הלא לא הודית על עצמה הודאה לאסור ולא נתקבלו דבריה כלל ודבריו אינם מובנים כמ"ש ה"ה ובמלמ"ל ובשו"ת אא"ז החי"ץ ז"ל ובשו"ת נוב"י חלק אהע"ז מהד"ק סי' ח' רצה לפרש דבריו עפ"י דברי הח"מ דאמתלא לא מועיל בממון ולפענ"ד ברור דהראב"ד ס"ל דכל שבשעת מעשה לא הי' מהני הודאתו דיש לחוש שמא עיניה נתנה באחר זהו גופא אמתלא ולא מהני הודאה. והאיר ד' עיני ומצאתי בשו"ת הרשב"א חלק תולדת אדם סי' ש"ז שכתב בשם הראב"ד בהא דאמרו בכתובות דף י"ט לעולם דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים וכתב הראב"ד אף שעמד מלוה ופרע אח"כ לאשר חב לו מ"מ חוזר וגובה מאותו לוה אף שהודה לו שהוא שטר אמנה לפי שיכול לומר מתחלה לא נתכוונתי בהודאתי אלא להפסיד על בע"ח וכיון שלא הייתי נאמן באותה שעה אין בהודאתי כלום וכ"כ הרשב"א שם למדנו דכל שבאותה שעה לא הי' מועיל הודאתו אינו מועיל אח"כ והן הך דברי הראב"ד פה ודברי הרשב"א אלו מוזכר בב"י אהע"ז סי' צ' ורמז שם לדברי הראב"ד הנ"ל בקצור אבל בחו"מ סי' מ"ז לא הזכיר כלל דברי הראב"ד אלו דכל שבשעת הודאתו היה יכול לומר דהודה בשביל להפסיד לבע"ח אינה הודאה כלל ואדרבא בש"ע שם מוזכר דאם מעצמו הודה בלי תביעת בע"ח אינו חוזר וגובה וצ"ע דהשמיט דברי הראב"ד הנ"ל ועיין בב"י שם שמזכיר דברי הראב"ד אלו אבל בשו"ת הרשב"א הנ"ל מוזכרים דברי הראב"ד אלו באופן אחר וצ"ע שנשמט שם דברי הראב"ד הנ"ל מלפניו ומעיניו הטהורות. ומזה ראי' דהראב"ד ס"ל דשויא אנפשא חד"א הוא מתורת הודאת בע"ד ולכך כל שהודאתה לא הי' בעת ההיא הודאה שלימה די"ל דעיניה נתנה באחר ל"ש שויא אנפשה חד"א דהא בעת שהודית לא היה הודאה שלימה וגם הה"מ הבין כן בדברי הראב"ד. ובזה יתיישבו דבריו ממה שתמה המלמ"ל ובשו"ת זקני הגאון החי"ץ ז"ל סי' ק"נ ודו"ק היטב:

א והנה בגוף הענין אי מועיל אמתלא בממון הנה מצאתי ראיה ברורה לכאורה דמועיל אמתלא דהרי בהך דאמרו בב"ק דף ק"ב דהלוקח שדה בשם ריש גלותא דאין כופין את המוכר למכור ומוזכר הדין בטוש"ע חו"מ סי' קכ"ד נסתפקתי איך הדין אם הריש גלותא בא וטוען שאחר שהלוקח קנהו על שמו א"כ אמרינן כי זכהו לריש גלותא ממילא הוא שלו וזה טוען כי רק לפנחא בעלמא הוא דעבד כן אם מועיל ולא מצאתי דבר אבל בחידושי רשב"א בב"ק מצאתי שכתב בהדיא שאם לא הודיע מתחלה לעדים שאינו קונה רק שלא להשביע טענתו של ריש גלותא טענה הרי דאמתלא של לפנחא לא מועיל אף דבש"ס אמרו דמצי אמר דמידע ידעת דאנא לנפשאי קניתי ולפנחא בעלמא הוא דעבידנא ואפ"ה ל"מ רק שאם הודיע לעדים שלא להשביע כוון אז מועיל ומבואר כדברי הקצה"ח ז"ל דדוקא שלא להשביע הוא דמועיל אבל כל שלא טען שלא להשביע אינו מועיל אף דיש לו אמתלא דלפנחא בעלמא הוא דעביד וכ"כ בשיטה מקובצת בשמו ע"ש. אמנם בטור סי' ס' סעיף ח"י הביא בשם בעה"ת לענין הלואה דאם זה שנכתב על שמו השטר בא להוציא המעות ואמר כיון שכתב בשמו זכה בו לא מצי לזכות כיון שאמר שיתן השטר לידו ולא הוציא בשפתיו שום זכי' רק בדרך אמנה שסמך עליו והוא ג"כ מודה שלא נעשה ההלואה מממונו לא זכה לו ע"ש ובתומים שם ס"ק י"ז הביא דברי הרשב"א בב"ק שחולק ע"ז ולפענ"ד נראה דתלוי בזה אי מועיל אמתלא בממון וכמ"ש. ולכאורה רציתי לומר דלעולם דמועיל אמתלא בממון רק דוקא בדיבור בעלמא אבל כאן שצוה לכתוב על שמו הו"ל מעשה ול"מ דל"ש לפנחא כל שעושה מעשה ועיין בתב"ש סי' א' ס"ק ע"ו שהאריך בזה אם שייך לפנחא כל שעשה מעשה ע"ש. ובזה י"ל דזה סברת הטור והבעה"ת דזה דוקא אם עשה מעשה שיראו הכל המעשה ול"ש שעושה מעשה לפנחא בעלמא אבל כל שצוה ליתן השטר לעצמו א"כ מה שייך לחלק בין מעשה לאמירה דהא אם יבקש הר"ג ממנו יטמין השטר ולא יראהו לו ואם יצטרך לפנחא יגלהו והוה כלא עשה מעשה. ובזה הי' מקום לחלק בין הלואה למקח דבשטר מקח לא יוכל להטמין השטר מקנה דאל"כ יטלהו המוכר ממנו וא"כ יוכל להיות דהמוכר יעשה קנוניא עם הר"ג ולא שייך לפנחא אבל בהלואה הר"ג לא יוכל לעשות קנוניא דעכ"פ הלוקח יטעון שאחר שהשטר תחת ידו יחזיר לו הלוה מעותיו וא"כ יצטרך לשבע או לשלם ומה לו במה שיש לו דו"ד עם הר"ג עכ"פ מי שבא עם השטר צריך לפרוע לו דעכ"פ בא בשטר. ובזה י"ל דהרשב"א לא חולק על הטור והטור מיירי בהלואה ולכך בסי' קפ"ד לא כתב כן והרשב"א דכתב הדין על הש"ס ושם במכירה מיירי לא שייך לפנחא כל שעשה מעשה וכבר הארכתי בזה בתשובה על דברת התב"ש שם ופלפלתי על ראיות התב"ש

דיש לדחות הראיות וכל שעושה מעשה ל"ש לפנחא ודו"ק. עכ"פ פשטת הענין מבואר דאמתלא דפנחא אינו מועיל רק שלא להשביע כמ"ש התומים בשם הרשב"א בב"ק ואינו לפני ומצאתי קצת ראיה בהא דאמרו ס"פ איזהו נשך שלשה צועקים ואינם נענים ואחד מהם התולה מעותיו בנכרי ופירש"י דאומר מעות שאני משתמש בהם של פלוני נכרי הם שלא להשביע עצמו פעמים שהנכרי שומע ומעמיד עדים ותובעו בדיניהם ע"ש ומשמע דוקא בנכרי אבל בישראל לא היה זוכה אותו ישראל דיכול לטעון שלא להשביע ומשמע דוקא טענת שלא להשביע את עצמו אבל טענת לפנחא בעלמא לא שייך כלל בממון. ולכאורה רציתי לומר דמה שאמרו תולה מעותיו בנכרי היינו שאומר שהלוה בריבית ותלה ע"ש הנכרי וכעין דאמרו בב"מ דף ס"א אבל ז"א דלא היה נאמן לעשות עצמו רשע והיה יכול להלוות בהיתר ולא הי' נאמן בודאי וא"כ ע"כ הדברים כפשטן ולמה פירש"י דוקא בטענת שלא להשביע וע"כ דל"מ רק שלא להשביע ומזה מבואר דאף כשאמר של פלוני הם שייך אמתלא ואף דלהרא"ה באיסור כל שאומר לפלוני ל"מ בממון ל"ש זאת דהרי רש"י פירש דשל פלוני נכרי הוא ע"ש וע' קצה"ח סי' פ' וע"כ נראה דדוקא בטענת שלא להשביע שייך זאת דזה אמתלא טובה ולא בשאר אמתלאות ולכך ל"מ לפנחא כמ"ש הרשב"א. ומזה נראה דטענת שלא להשביע שייך אף בכתב ועיין בסי' ס"א סעיף י"ז י"ח והב"ח שם רצה לחלק דדוקא בכת"י ל"מ דהו"ל כמעשה וכבר כתבתי דמדברי הטור מבואר דאף בכתב כל שלא נתן לחבירו מועיל אמתלא ועיין ש"ך סי' פ"א שם ס"ק מ"ה ודו"ק היטב ועיין שיטה מקובצת ס"פ איזהו נשך שם. שוב מצאתי אחר שנים רבות בתה"ד סי' שכ"ו שנסתפק בזה אי מועיל אמתלא לענין ממון ועיין ש"ך ביו"ד סי' רל"ב ס"ק כ"ח ובנוב"י מהד"ק חלק חו"מ סי' ל' ובחבורי כת"י על ח"ש מיו"ד סי' רל"ב שם יבואר בזה ברצות ד'. והנה בשו"ת מהר"י בן לב ספר א' כלל ששי סי' ל"ט כתב דבנשבע ל"ש שום אמתלא לפ"ז בטענת השבעה דהוא מתורת אמתלא כמ"ש למעלה בשם מוהר"ש הלוי ובקצה"ח סי' פ' וסי' פ"א האריך בזה ל"מ כל שנשבע וכ"כ בטוש"ע סי' פ"א סי"ט אבל אינו מבואר שם הטעם ולפמ"ש המהריב"ל הטעם מבואר ובזה יש ליישב מה שהקשה הש"ך שם על המהרשד"ם דשאני שלא להשביע דהוא מתורת אמתלא ול"מ במקום שנשבע אבל טעות דאינו אמתלא רק שנאמן במיגו דפרעתי א"כ אף שנשבע מועיל. והנה בדברי הרא"ה שהבאתי למעלה דבאמרה מקודשת אני לפלוני לא מהמנינן לה הנה באמת ברא"ה בעצמו כתוב דאינה נאמנת בשום אמתלא אבל הר"ן העתיק בשמו דאינה נאמנת בשום מגו ואם כה ואם כה דבריו סתומים ועיין נוב"י מהד"ק סי' ס' ובח"מ וב"ש סי' מ"ז נדחקו בדבריו. ולפענ"ד נראה עפמ"ש הר"ן

בהא דאמרו אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני א"ל אף בזו אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת וכתב הר"ן אע"ג דבידה לתקן שתלך לטבול ובגליון המהר"ם מטיקטין ז"ל כתב דמן הדין הי' לאסור בנדה שאינו בבת אחת משא"כ בא"א אני לשעה מועטת תוכל לומר גרשתני ועוד בא"א אני יכולה לומר מעולם לא נאסרה להאי גברא דיכולה לחזור ולומר לזה נתקדשתי כדאיתא בתוס'. והנה בתוס' לא מצאתי אבל הסברא נכונה. ולפ"ז י"ל דאם אמרה נתקדשתי לפלוני דאסרה עצמה עליו אינה נאמנת להפקיע עצמה ממנו אבל עדן ל"ד דשם על אותו איש שרוצית להתקדש כעת לא נאסרה משא"כ בהך דרא"ה דאדרבא ע"ז הפלוני נאסרת שאמרה נתקדשתי לו ולמה לא תהיה נאמנת באמתלא. ולפענ"ד נראה דבר חדש דענין אמתלא לא עדיף מאומדנא דדעת הרא"ם וכמה מבעלי תשובות שהביא הכנה"ג בחו"מ סי' ט"ו ומראה מקום שבעלי תשובה עומדים דל"מ אומדנא רק להחזיק ולא להוציא ולפ"ז שפיר כתב הרא"ה דבשלמא כל שלא אמרה לפלוני הרי לא נודע למי נתקדשה ול"ש לדון רק עליה לבד שפיר מועיל אמתלא אבל כל שאמרה לפלוני ל"מ אמתלא להפקיע זכותו של זה דלזה ל"מ אמתלא דלא עדיף מאומדנא דל"מ להיציא. והנה במהרי"ק שורש קכ"ט כתב דאומדנא ל"מ רק במקום שהמעשה נגלה רק דאנן מסופקים איך הי' דעתו כמו אומדנא שלא כתב לה רק ע"מ לכנסה דהמעשה נגלה רק שאנו מסופקים בדעתו אבל אם אנו דנין אם היה כאן מעשה ל"מ אומדנא בממון לומר דהאומדנא מחשיב כאילו הי' המעשה לפנינו דאולי אף שאנו מדמין לא היה כן וכבר אמרו וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה ובשו"ת מעיל צדקה סי' נ"ג הביא דברי המהרי"ק וביאר דכוונת המהרי"ק ע"ד מ"ש הרא"ש בתשובה כלל פ"ד סי' ה' דאומדנא אינו מועיל רק לבטל המעשה וממילא חזר הדין לכמו שהיה כבר אבל לא שנפסק עפ"י האומדנא לחייב ממון וכדומה ע"ש ולפ"ז נראה ברור דזה סברת הרא"ה דכל שאמרה נתקדשתי לפלוני א"כ אנו עושין מעשה להוציא זכותו ולהפקיע וזה אין בידינו לעשות כן עפ"י אומדנא. ובזה נראה לפענ"ד מ"ש אף בזו נאמנת והקשה הר"ן דלמה יגרע מאמרה א"א הייתי ופנויה אני ועיין במהרש"א מ"ש בזה על דברי התוס' בסוגיא שם והרבה דברים אמרתי בזה ולפמ"ש יש לומר דבשלמא כשבאתה ואמרה א"א אני אלמלא באתה לפני ב"ד לומר כן או בפני עדים לא היינו יודעים כלל אם זו א"א ומסתמא היא בחזקת פנויה וא"כ כיון שהיא החזיקה מעצמה בחזקת א"א כל שאמרה אח"כ פנויה היא ונותנת אמתלא למה אמרה א"א אני א"כ נאמנת דהוה כמו אומדנא דמבטל המעשה ומכ"ש דמבטל דיבורה והוה כמו שהיתה כבר אבל באמרה טמאה אני לך הא אשה עלולה בכל פעם להיות נדה וגם אח"כ מטהרת עצמה וא"כ כל שאמרה

נדה אני לא היתה מחזקת עצמה בענין חדש דניהו שהיא טהורה הא מ"מ האה מעותדת להיות בחזקת טמאה וכמו עתים חלים ועתים שוטה דל"ש להעמיד בחזקתו וכמ"ש התוס' ביבמות דף ל"א ובכתובות דף כ' וא"כ עכ"פ לא שייך אומדנא דבזה צריכין לדון עפ"י אומרנא דהיא בחזקת טהרה כעת ולזה ל"מ אומדנא וא"ל דאנו רק מבטלים אמירת' והיא כאשר היתה דז"א דאטו ידעינן העת והזמן שהיא טהורה או טמאה וא"כ בכה"ג לא שייך אומדנא וע"ז השיב דמ"מ נאמנת דמ"מ שייך להעמידה בחזקת טהרה ועיין בתוס' ריש גיטין דף ב' ע"ב וביבמות דף פ"ח ודו"ק היטב. והנה בהא דאמרו בב"ב דף למ"ד ע"ב גבי עורר על השדה והוא חתום עלי' בעד דאדמון אומר יכול הוא לומר השני נוח לי ורבנן פליגי ואמרו דאפילו רבנן מודו דמעשה לא עביד דיבורא מקרי ואמר הנה מזה מבואר דמעשה לא עביד ולא שייך אמתלא אבל בדיבור שייך אמתלא אף בממון אף שכבר הודה והודאת בע"ד כמאה עדים דמיא ועיין מהרי"ט חלק אהע"ז סי' א' דמביא מזה ראיה כמ"ש הרמב"ן דבמעשה ל"מ אמתלא ע"ש. והנה לפענ"ד יש לדחות דיש לומר דלעולם בממון ל"מ אמתלא דכבר הודה אלא דבאמת הודאת בע"ד גופא אינו רק כשעושה מעשה או שטוען לפני ב"ד הא דרך שיחה בעלמא יכול לומר משטה הייתי ועיין בחו"מ סי' פ' וסי' פ"א וא"כ לכך דיבורא מקרי ואמר ולא שייך הודאה בזה אבל מעשה לא עביד ודו"ק:

ז ובזה ישבתי מה שהקשה אותי הבחור החריף מ' אורי וואלף סלאט נ"י דלפמ"ש הב"ח בסי' קפ"ה ביו"ד והובא בש"ך שם דגבי טבח כל שהיה מוכרח לעשות מעשה גם המעשה ל"מ וא"כ כאן שהוכרח לחתום בעד גם המעשה אינו ראיה ולמה לא יועיל אמתלא. ולפמ"ש א"ש דהמעשה עכ"פ היא דרך הודאה שלא יוכל לומר שהיה שיחה בעלמא ושוב ל"מ אמתלא בממון וז"ב ודו"ק. ובלא"ה יש לדחות דשם אטו לא הי' יכול לאשתמוטי שלא ירצה להיות עד והאחר יהי' עד ובכה"ג אינו מוכרח להמעשה ואדרבא אם אחר יחתום בודאי היה נוח לו וא"כ אינו מוכרח שהוא יעשה המעשה ועיין תב"ש ס"ק א' דכתב דאף בעשה מעשה כל שצריך לאותה מעשה יכול לתת אמתלא והביא הרבה ראיות והביא דכתיבה קרי מעשה כדאמרו בב"ב דף למ"ד וכוונתו למה דאמרו דמעשה לא עבדי והיינו מה שחתם עצמו והדבר תמוה דשם מוכח דל"מ אמתלא במעשה וכמ"ש ולפמ"ש א"ש ודו"ק היטב:

ח והנה הנוב"י סי' ס' חלק אהע"ז פירש בכוונת הנוב"י דכל דלא הי' צריך לומר לפלוני וע"ז לא נתן אמתלא א"כ שוב אינו נאמן דלאיזה צורך אמר לפלוני. ולפענ"ד ראיה מהא דאמרו בב"ב ל"א ומודה עולא היכא דאמר של אבותי ולא של אבותיך דאינו טוען וחוזר

וטוען הרי אף דשם נתן אמתלא למ"ש של אבותי דהיינו דסמך עלה כדאבהתי ואפ"ה אינו טוען וחוזר משום דלמה שאמר שהיא של אבותי יש לו אמתלא אבל למה שהוסיף ולא של אבותיך לזה אין לו טענה ודו"ק היטב:

ט והנה בשנת תרי"ג ב' בלק הגיעני תשובה מהרב מוה' מאיר בהרב מוה' אליעזר ני' אבד"ק זיקוב במה שאירע בעת שרחצו הכהנים ידיהם אמר אחד לחבירו בזה"ל דיא וועסט אוך וואשין והשיב איך בין טאקי אכהן נאר איך האב נישט צו צאהלין וועש געלד כן שמעו ממנו שני אנשים וכעת רוצה לישא גרושה באמרו שלא אמר רק דרך שחוק והיתול ובאמת אינו כהן וגם הראה מכתב מגיסו שכתב לו סג"ל שוב פעם שנית אמר וועך איך אפילו גיוועזין אכהן האב איך שוין אין דער כהונה פרגעסין בייא מיליטעהר וע"ז האריך מעלתו לצדד שמותר לישא ובאמת לבי בל עמי כעת ואני שרוי בצער ד' ירחם עלינו. אך בכ"ז אמרתי להשיב הנוגע לדין. הנה מה שהביא דברי המהר"ל מפראג שהביא הט"ז בסי' קפ"ה ותמה עליו מכתובות כ"ב יפה תמה וכבר קדמו במנח"י שם ועכו"פ הלכות נדה שם מ"ש בזה והעיקר מה שאני סומך בזה דהרי אף בממון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי מ"מ כל שאומר דרך שיחה מבואר בסי' פ"א ס"ח דבעי שיהיה דרך הודאה ולא דרך שיחה והוא מהרמב"ם וכל הפוסקים מודים לזה וא"כ כאן שלא הי' רק דרך שיחה בלבד שזה אמר לו בדרך שחוק דיא וועסט דיך אויך וואשין וע"ז השיב איך בין טאקיא כהן נאר איך האב נישט צי צאהלין וועש געלד וא"כ הרי לא אמר דרך הודאה רק דרך שיחה וגרע מדרך שיחה שאמר דרך שחוק ול"ש שויא אנפשי' חד"א. עוד נ"ל דבר חדש דל"ש שויא אנפשי' חד"א רק באם בעת שאמר נתקבלו דבריו אבל כל שלא נתקבלו דבריו ל"ש שויא אנפשיה חד"א וכ"כ הראב"ד בהשגות פח"י מאבה"ט אך אף להרמב"ם שם מה שלא נתקבל דבריה הוא משום שאין מאמינים לה ואמרינן דענ"ב אבל כאן הרי אם כהן הוא ואינו רוצה לעלות לדוכן הרי הוא רשע ומבטל כמה מ"ע ואין אדם משים עצמו רשע ולא נתקבלו דבריו בשעה שאמר ער איז טאקי אכהן. דא"כ למה לא עולה לדוכן וע"כ שאמר דרך שחוק ול"ש שויא אנפשי' חד"א וא"ל דבשעת מעשה הי' יכול לעלות אף בלי נטילה דז"א דעכ"פ אינו רוצה ליטול ידיו וכבר כתב בשיטה מקובצת בכתובות דף ח"י דאף שיאמר שלא עשה כמו שראוי לעשות שייך אאמע"ר ומכ"ש בזה. והנה הראב"ד שם ארכבה אתרי ריכשי משום שלא נתקבלו דבריה והודאתה וגם נתנה אמתלא והדבר תמוה למה לו שני טעמים וכ"כ בזה בתשובה וכעת נראה בתוספת נופך דהנה שויא אנפשי' חד"א הוא או מתורת הודאת בע"ד או מתורת נדר והנה משום הודאת בע"ד לכאורה ל"ש אמתלא שלא אמרה רק שיגרשני בעלי והא

בעלה אינו מצווה לגרשה כמ"ש הה"מ. אך נראה דבאמת מתורת הודאת בע"ד לגבי עצמו הא לא נתקבל דבריה לגבי עצמה כלל ול"ש שויא אנפשי' חד"א ומשום נדר הא עכ"פ כל שנתנה אמתלא שחשבה שבעלה יאמין לה אין לך פתח חרטה גדולה מזו ויכולה לשאל על נדרה והרי בשעת נדרה הי' פתחה עמה משום אמתלא זו ואף דהמ"ן סי' פ' כתב דהוה כנ"ש דליתא בשאלה זהו כשלא היה פתח עמו אבל כאן הרי פתחו עמו והוה נדר בטעות ולא חל הנדר וז"ב. ומעתה כאן שאין אדם מע"ר א"כ הוה נדר בטעות דסבר שלא יאמינו לו וגם לא שייך הודאת בע"ד דלא נתקבלו דבריו כלל ודו"ק היטב כי נכון הוא. ואף להרמב"ם היינו שם שנתקבלו דבריה רק דהבעל אינו מחוייב להאמין לה וכל שמשועבדת לגבי אחרים אינה נאמנת כמ"ש הר"ן סוף נדרים אבל במקום שמע"ר לא נתקבלו דבריו כלל ואינו נאמן ודו"ק. ובזה מבואר היטב החילוק שבין לבשה בגדי נדות לאמרה טמאה אני דכתבו הרמב"ן והרשב"א דבעשתה מעשה אינה נאמנת אף באמתלא והטור חלק ע"ז. ולפמ"ש א"ש דכל ענין אמתלא הוא דאף דשויא אנפשא חד"א מ"מ נתינת אמתלא הוה כנדרו ופתחו עמו דהוה נדר בטעות. ולפ"ז הא כבר נודע מ"ש הש"ך בחו"מ סי' רנ"ה דבמסר ליד גזבר ל"מ שאלה דבשלמא אמירתו לגבוה דלא הוה רק דיבור אתי דיבור דשאלה ומבטל דיבור דאמירה אבל במסר ליד גזבר דהו"ל שאלה לא מועיל ולפ"ז גם כאן נדרו ופתחו עמו הו"ל כשאלה על הנדר אבל ע"י מעשה לא שייך שאלה וז"ב. ובזה מיושב הא דאמרו בכתובות כ"ב אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני ומפרשי התוס' אי מועיל אמתלא ותמה המהרש"א דמ"ש מא"א ואמרה פנויה. ולפמ"ש י"ל דבטמאה דאסרה עצמה על בעלה מה מועיל נדרה ופתחה עמו לגבי בעלה דכל דהתורה האמינה לגבי בעלה א"כ הרי גם הבעל שויא אנפשי' חד"א ומה מועיל פתח שלה לגבי בעל וע"ז אמר דאף בזו נאמנת והיינו משום דכל עיקר הנאמנות כתב הרמב"ן ריש גיטין מתוך שנאמנת לעצמה נאמנת לבעלה וא"כ כל שפתחה עמה ממילא גם לגבי בעלה נאמנת ודו"ק היטב ועיין בבית מאיר סי' ו' סי"ג מ"ש בכוונת הראב"ד ודרך ג"כ בדרך הלז דל"ש הודאה כל שלא נתקבלו דבריה והביא דברי הראב"ד לגבי אמנה אבל לא דבריו דברי ע"ש ועכ"פ לענין ממון ל"ש ענין אמתלא וכמ"ש בטעמו דזה דוקא מכח נדרי איסור ודו"ק היטב:

י והנה לפמ"ש בטעם אמתלא דהוה נדרו ופתחו עמו לפ"ז מבואר היטב הא דאמרו בקידושין דף ס"ג לאב המניה רחמנא לדידה לא הימנה ועיין רש"י דלדידה לא הימנה רחמנא רק משום דשויא אנפשי' חד"א ולכך אין סוקלין אבל לאב המניה רחמנא ומזה הוציא בשו"ת מהריב"ל כלל ו' סי' מ"א דלאב דהתורה המני' ל"מ אמתלא והיינו משום

דאמתלא אינו רק משום דשויא חד"א הוא מתורת נדר וא"כ באמתלא הו"ל נדרו ופתחו עמו ולפ"ז לאב דהתורה המניה א"כ הוה מתורת עדות ול"ש אמתלא וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשה בש"ש שמעתא ו' פ"ח מנדה דמועיל אמתלא אף דהתורה הימנה ולפמ"ש א"ש דלגבי דידה מועיל אמתלא דהוה נדר ופתחו עמו לכך מועיל אמתלא משא"כ באב דל"ש מתורת נדר דהיאך יכול לקבל נדר על בתו ורק מטעם נאמנות הוא וא"כ לא שייך אמתלא ודו"ק. ומיהו בלא"ה ל"ק דחכמי פרווינצא והמהריב"ל לא אמרו רק בנאמנות האב דהתורה המניה כשנים ולא בזה דאינה נאמנת רק כע"א באיסורין ודו"ק. והנה בשנת תדיר"ל ג' חיי למדתי בכתובות דף ק"ט בתוס' ד"ה אדמון הקשו מב"ב דף מ"ג דאמר השני נוח לי וכאן קיי"ל כרבנן ומחלקו דשם עשה מעשה וחתם ולא הי' לו לעשות מעשה משא"כ שם וכ"כ בשיטה מקובצת בשם הרא"ש ואני תמה על עצמי ובוש אני מלומר שנעלם מהם דברי הש"ס בב"ב דף למ"ד הנ"ל דמחלקו בעצמם כן ע"ש וצע"ג. וראיתי בחידושי הריטב"א שכתב פרישנא לה בח"ה ולא ידעתי כוונתו אי כוונתו שהוא פירש בח"ה או דהכוונה דהש"ס פירש לה בח"ה והי' צ"ל מפרש לה בח"ה וצע"ג.

יא והנה הרב החריף מוה' יעקב יוטש ני' אמר דיש לחלק דגם התוס' ידעו דיש לחלק בין דיבור למעשה רק דק"ל דבדף מ"ג הוה עדות שקר ואולי חשוב כמעשה וע"ז משני דמ"מ מעשה גרע טפי. והנה אף שיש בדבריו טעם ואני מוסיף ראיה מתוס' גיטין ס"ז דמחלקו ג"כ התוס' דדיבור שע"י נגמר המעשה חשוב כמעשה אבל התוס' לא חלקו רק דהתם הודאה היא ולא היה לו לחתום ולעשות דבר הנראה הודאה משא"כ התם דלאו הודאה היא ואם כוונתם דאף שהדיבור חשוב כמעשה אבל מ"מ לאו הודאה היא היה להם לפרש וגם באמת ל"ד לגיטין דשם עדות שקר הוא לגמרי אבל בב"ב מ"ג אינו שקר גמור דהרי באמת אינו של יהודה רק של ראובן וא"כ לא הוה ג"כ רק דיבורא בעלמא ואף דמ"מ יש לחלק בין דיבור גרידא למעשה מ"מ עכ"פ הי' להם להתוס' להביא זאת. ובגוף סברת התוס' שחלקו דשם עושה מעשה שנראה הודאה משום ניחותא דשני נראה לפענ"ד דסברתם כעין מ"ש האחרונים לחלק בין טבח שעשה סימן בראש הכבש דמועיל אמתלא ובין לבשה בגדי נדות דל"מ וכתבו דשם לבישת בגדי נדות הוא מעשה המורה על ענין נדות וכאן מה שעשה סימן בראש הכבש זה אינו מורה שטריפה דכמו כן היה יכול לרשום על כשר רק שהשוחט עשה לו סימן כזה זה אינו מעשה גמור הניכר ענין טריפות אבל לבישת בגדי נדות המעשה לבישה ניכר לכל שהיא נדה. ולפ"ז גם כאן מה שחתם עצמו בעד זה מעשה שמורה לכל שהוא אינו שלו אבל שם שמעיד אינו מעיד שניכר לכל שהודאה היא דהא אף שמסהיד שאינו של יהודה מ"מ אינו מעיד

שאינו שלו ודו"ק. ועכ"פ הרווחתי בזה דמ"ש בדף למ"ד דדיבורא מקרי ואמרי מעשה לא עבדי אין ראיה להרמב"ן כמ"ש המהרי"ט והבאתי לעיל רק דשם המעשה מורה על ההודאה ומעשה כזו בודאי לא עבדי וגם לבישת נדה היא כן אבל שאר מעשה אין ראיה ודו"ק ועיין בגיטין דף נ"ט גבי לקח מן הסקריקון דמבואר דרב ס"ל דמעשה לא עבדי ושמואל ס"ל דאף מעשה נמי עבדי ולכאורה זהו שלא כדברי הש"ס בב"ב ל"א הנ"ל ונתקשיתי בזה ומצאתי בחידושי הרשב"א בגיטין שם שרמז לב"ב הנ"ל ושמחתי ע"ש. והנה בגוף דברי הרא"ה הנ"ל שכתב דאם אמרה לפלוני לא מהני אמתלא דלאו כל כמינה להפקיע עצמה ממנו כן כתב בש"ע באהע"ז סי' מ"ז ס"ד בהג"ה והנה הח"מ הקשה למה לא תהיה נאמנת במיגו דגרשתני אף לאחר כ"ד והב"ש כתב דהר"ן ס"ל דאינה נאמנת לומר גרשתני רק לאסרה עצמה על בעלה ולא להנשא לאחר. ולפענ"ד נראה דהח"מ יפה הקשה דהא באמתלא נאמנת רק דלגבי בעלה לחוב לו אינה נאמנת ולפ"ז כל שבידה להפקיע עצמה שלא תהיה משועבד לבעל והיינו בטוענת גרשתני דעכ"פ לגבי הבעל נאמנת לאסור עצמה לבעלה וא"כ שוב לגבי עצמה נאמנת מטעם האמתלא. ובזה מיושב מה שהקשה אחד מהתלמידים על הח"מ דהא ל"ש מגו דגרשתני די"ל דלא ניחא לה דתתסר על קרובותיו ומצאתי בבית מאיר שהקשה כן ולפמ"ש א"ש דעכ"פ כל שבידה להפקיע השעבוד כשתטעון גרשתני שוב לא מקרי משועבדת ושוב נאמנת מטעם שנותנת אמתלא ודו"ק היטב:

יב ודרך אגב אבאר במה שנשאלתי מהרב מוה' יוסף חיים אבד"ק ברעסטישקי בשנת תרכ"א ער"ח טבת במעשה שהיה שבעיר אחת הסמוכה לו באה אשה אחת ודמעתה על לחיה וספרה שהלכה מעירה לכפר סמוך ונתלוה עמה עכו"ם אחד ופיתה אותה ונבעלה לו וגם בעלה בא לפני הרב אח"כ וכששמע בעלה הדברים אלה מפי' נתרצה לגרשה ולא שאל אחר הדין ונתפשר עמה עבור כתובתה ונתן לה גט וכתובה ואח"כ באה האשה ואמרה שלא זינתה רק מפני כי בעלה הי' מאיס עליה ומרגלת קטטה עמו ובקשה כ"פ ממנו גט אף בלא כתובה ולא רצה לזאת אמרה כן כדי שיגרשה וכן העידו הרבה אנשים שכמה פעמים מרדה בו ונסעה לביתה לעיר אחרת ושאלה ממנו גט והוא לא רצה לגרשה והנה גם הבעל רוצה להחזירה והיא יש לה הרבה בנים ממנו. והנה מעלתו הביא דברי הרמ"א סי' קט"ו ס"ו והח"מ והב"ש שם דאם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת אף שנתגרשה כבר ובאמת הנוב"י מהדו"ק חלק אהע"ז סי' י"א לא זכר זאת והרב השואל הביא לו זאת שזוכר שברמ"א מבואר כן והוא כתב לו שאין שם זכר למו. אבל באמת מוזכר ברמ"א וח"מ ס"ק כ"ח והב"ש ס"ק ל"א. ומ"ש לתמוה על הב"ש סי' ו' ס"ק כ"ה

מ"ש בשם הב"ח ולא נמצא בב"ח כן כבר תמה בב"מ שם ע"ש. ומ"ש שם להקשות על שיטת הר"ן דשויא אנפשה חד"א ל"ש רק משום דמשועבדת לבעלה א"כ לענין תרומה מהראוי להאמינה דל"ש משועבדת. ולפענ"ד ל"ק דבאמת שויא אחד"א היא מתורת נדר או מטעם הודאת בע"ד דאדם נאמן על עצמו והנה ל"מ אם הוא מתורת נדר פשיטא כל דלגבי בעלה אינה נאמנת שוב הוה נדר שבטל מקצתה ול"מ אלא אף אם הוא מתורת הודאת בע"ד כל שלא נתקבלה הודאתה לגבי העיקר גם לענין זה ל"מ הודאתה דהנה הראב"ד כתב בהך דאמרו בכתובות דף ע"ב מנא ידעה והקשה דלמה לא משני דקמודית וכתב דאאמע"ר והקשה הר"ן הא לענין ממון נאמן וכתב הפ"י שם דדוקא במודה בעיקר הדבר אבל כאן אינה מודית בהפסדת כתובתה רק דאם האכילתו שאינו מעושר מפסדת הכתובה וכל שאינה נאמנת שוב ממילא לא מפסדת כתובתה ע"ש וה"ה כאן כל דלא נאמנת ע"ע דאמרינן ענ"ב ממילא גם לתרומה ל"מ הודאתה דאטו הודית על התרומה רק דממילא כשנאסרה לבעלה אסורה לאכול בתרומה וכל שא"נ לגבי בעלה ממילא בטל הודאתה וז"ב כשמש. ובזה אני אומר דבזה תלוי מחלוקת הרמב"ם והראב"ד פח"י מא"ב הנ"ל אי נאמנת לאחר מיתת בעלה והראב"ד לשיטתו דל"מ כל שלא נתקבלה דבריה. ובזה מיושב מ"ש הה"מ דרבינו למדו כן מתרומה והוא תמוה כמ"ש אלי תלמידי הרב החריף מוה' מענדיל בודק דא"כ למה לי הטעם דחיישינן ללעז ות"ל דהא שויא אנפשי' חד"א. ולפמ"ש אתי שפיר דהנה באמת כ"כ דלטעם הודאה מהראוי לומר דבטל כל הודאה אם מטעם דהוה נדר שבטל מקצתו בטל כלו. אמנם טעמו של רבינו דאסר לאחר מיתת בעלה לכהן נראה לי דבר נחמד דהנה בספר קול יעקב נסתפק בהך דנדר שבטל מקצתו בטל כלו אם הוא באופן שלא התחיל הנדר כלל על אחת כגון שאמר שני בהמות עלי להקריב ואחת היא בע"מ ע"ש ולפ"ז כל דלגבי בעלה לא חל דחיישינן שמא ענ"ב וחז"ל לא המנה שוב לאחר אסורה ולפ"ז לענין תרומה בעודה תחת בעלה נחלקו אם אלמו חז"ל התקנה גם לגבי תרומה דלא מהמנה כלל או דלמא דלגבי זה לא אלמו התקנה ושפיר אפשר בחולין אבל לאחר שנתארמלה אסורה כל דל"ש לעז ומזה למד הרמב"ם לענין איסור נשואין ג"כ וז"ב כשמש. ומה שהקשה מעלתו בהא דאמרו בכתובות דף ט' בהא דפריך מה קמ"ל הא תנן האומר לאשה קדשתיך וכו' ומה מדמה שם איסור תורה וכאן אינו רק דרבנן דרובא דברצון אינו רק מדרבנן כמ"ש התוס'. וגם הקשה לדברי הרמב"ם דספיקות אינו רק מדרבנן א"כ הו"ל ספק דרבנן משא"כ בקדשתיה הוה דאורייתא ורוצה לתלות דבזה מחולקים הרמב"ם עם הראב"ד דהרמב"ם ס"ל דאינו רק דרבנן והראב"ד ס"ל דספיקות הוא מן התורה. והנה קשר חבל בחבל ובהבל דהראב"ד

פוסק ג"כ כהרמב"ם בספיקות כמבואר בפ"ט דכלאים. אמנם גוף הקושיא כבר הקשה כן בנוב"י מהד"ת חיו"ד סי' ל"ח יעו"ש מ"ש בזה. והנה בגוף הדין כל שנתגרשה בב"ד אף די"ל דל"ש משום מוציא את אשתו משום ש"ר שלא אמר כן מ"מ תלוי בפלוגתת הרמב"ם והראב"ד הנ"ל וגם להראב"ד בעינן אמתלא המקובלת וגם לאחר שעשתה מעשה גירושין יש לצדד דל"מ אמתלא וכבר הארכתי בזה וע"כ לפענ"ד דאסור להחזירה ועיין בב"מ סי' ו' ודו"ק כי קצרתי:

סימן פד

א לחכם אחד.

ב מה שהקשית בהא דאמרו בגיטין דף י"ח דר"י ס"ל דשנים משום עדים וכלם משום תנאי והקשית לשיטת הרמב"ם דכל שהתנה קודם כתיבת התורף לא הוה גט ועיין פ"ח מגירושין ובטוש"ע סי' קמ"ז וקשה הא גם כאן הוה תנאי קודם כתיבת התורף. הנה כבר קדמך רבנן ומכללן דו"ז הגאון בישועת יעקב סי' ק"כ. ואשר אני אחזה לי דהנה באמת הרבה יש לתמוה לשיטת רבינו פ"ח מגירושין דתנאי דאם דאימתי שמקיימת התנאי אף לאחר שנשאת הגט כשר ולכתחלה לא תנשא קודם שקיימה התנאי ובדיעבד כל שקיימה אף לאחר שנשאת כשר א"כ למה יהיה בתנאי דאם לשיטתו פסול קודם כתיבת התורף הא לא שייך בזה ענין ברירה כיון דבידה לקיים גם לאחר שנשאת וצ"ל כיון דעכ"פ צריכה לקיימה ואם לא קיימה אינה מגורשת הרי נשאר לו עוד זכות בגוף הגט וכמו שביאר רבינו בתשובה דבעינן ספר כריתות שיהיה כורת בינו לבינה והרי עדן אגוד' בי' ולא אמרינן ברירה ובשעה שנכתב הגט לא היה ספר כריתות ולפ"ז נראה לי ברור דכאן שתלה התנאי בעדים שהעדים צריכין לחתום והרי בתולה בדעת אחרים רצה הש"ס בגיטין דף כ"ה לומר דבזה לא שייך ענין ברירה ואף דלא קיי"ל כן ואף בזה שייך ברירה אבל עכ"פ להבעל לא נשאר שום זכות בגט דמצית לחתום עדים ואף אם יחתמו לאחר שנשאת לא תצא א"כ לא אגידא גבי' דהבעל כ"כ ואין לו זכות בזה הגט. ובזה מיושב מה שתמה הח"מ בסי' ק"כ ס"ק כ"ב דאמאי אם נשאת לא תצא והא הוה תנאי דאם ולפמ"ש א"ש דאם נימא דאין בידה להנשא שוב הוה תנאי קודם כתיבת התורף דבטל הגט כנלפענ"ד בדוחק. אמנם העיקר נראה לפענ"ד דהנה בלא"ה הדבר יפלא דאיך מקרי תנאה והא לא הוה כמשפטי התנאים דבעי שיהיה כפול והרי לא כפל התנאי וכבר התעורר בזה הגט פשוט סי' ק"כ. אך לפענ"ד נראה דהנה באמת ר"י ור"ל נחלקו דר"ל ס"ל משום עדים והנה אם נימא דמשום עדים פשיטא דלית בי' שום צורך לכפילת התנאי

דהא לא רצה שיהיה גט עד שיהיה עשרה עדים ואף דדי בשני עדים הוא לא רצה עד שיהי' עשרה משא"כ אם אמרינן דמשום תנאי צריך כפילת התנאי ולפ"ז נראה לי ברור דכאן א"צ לכפול התנאי דבאמת כל הטעם דצריך לכפול הוא משום דאם לא כפל התנאי אמרינן מדלא כפליה בלי ספק לא רצה להקפיד שיהיה בדוקא כן וכמ"ש הרשב"א דכל שלא נפל גרע מאומדנא ולפ"ז זהו כשהוא תנאי ברור אבל כאן באמת מהראוי לומר שהי' משום עדים והי' צריך לחתום כולם ביומו ושיהי' עדים כשרים לא קאו"פ כדאמרו הנ"מ בין ר"י לר"ל רק דר"י חידש דהאומדנא הי' דל"ל להצריך עדים כ"כ כמו לתנאי וא"כ איך נימא דכל דלא כפליה לא אתי תנאי ומבטל מעשה דא"כ כל שלא הועיל בתנאי שוב ע"כ כוון לשם עדים ובלא"ה פסול כל שלא חתמו ביומו ואדרבא התנאי היקל שא"צ שיהיה חתומים ביומו וא"צ שיהי' כשרים ואיך נימא דמנח האומדנא שהוא תנאי וז"ב. ובזה מיושב מה שהקשו האחרונים דכיון דאם לא נתקיים התנאי באונס המעשה קיים דאונסא כמאן דלא עבר וא"כ אמאי אם מת אחד מהם הגט בטל אף למ"ד משום תנאי הא הוה אונסא. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אמרינן דהוא הצריך עדים רק דלא הצריך עדים לגוף הענין רק דרצה להטיל תנאי אבל מ"מ לא יצאו מתורת עדים. ולפ"ז נראה לי ברור דל"ש בזה תנאי קודם כתיבת התורף דבאמת הוא לא כפל לתנאו והתנאי בטל רק דמ"מ צריך להתקיים התנאי משום דכוון לעדים לא לקיום הגט רק שרצה להטיל תנאי ולפ"ז אם הי' משום עדים פשיטא דלא שייך תנאי קודם כתיבת התורף אף דאגיד' גביה עד שיחתמו כלם כיון דגוף הגט הוא כן שאינו גט עד שיהי' עדים והוא רצה שיהי' כלם עדים א"כ מ"ל אם רצה שיהי' עדים על גוף הגט או שרצה זאת מכח התנאי שרצה לביישה ברבים שיהי' עשרה וכל דנתקיים התנאי היא מגורשת מידי דהוה אם הי' כלם עדים ולא נשאר לו שום זכות בגט וז"ב מאד לדעתי. ובזה מיושב מה שהקשו האחרונים לפי מה דמבואר בסי' קכ"ב ס"א דאם לא נחתם הגט לא אמרינן דעשו שליחותן ומקורו משו"ת תשב"ץ ובתשב"ץ מבואר דאף שחתם ע"א כל שלא חתם השני אמרינן דלא עשו שליחותן ולפ"ז למה לא אמרו בגיטין שם דזה הנ"מ בין ר"י ור"ל דלר"י דשנים משום עדים וכלם משום תנאי א"כ כל שחתמו שני עדים הרי עשו שליחותן דהאחרונים הם רק לתנאי משא"כ לר"ל דכולם משום עדים ולא עשו שליחותם כמו בחתם ע"א. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם לר"י הם עדים רק שאינם עדים לקיום הענין והם לתנאי אבל כל זמן שלא חתמו כלן עדיין לא עשו העדים שליחותן. ובחידושי אמרתי בזה דלכאורה קשה בהא דאמר ר"י דשנים משום עדים וכלם משום תנאי והא קיי"ל דאין ברירה ודלמא זה שעתה משום עד היה ראוי שיהיה משום תנאי דאף אם אמרינן ברירה כבר נודע

מ"ש התוס' רי"ד בקידושין דף נ"א גבי קידש שתי אחיות דבאומר איזה שארצה אברור דלא אמרינן ברירה דבשעת הקידושין לא ידע בעצמו איזה יתברר לו ע"ש. אך זה אינו דהא עיקר קפידתו היה דיעשה בעשרה כמו שפירש"י אין נ"מ לו מי שיהיה מהעדים ומי שיהיה מהתנאי וז"ב. ולפ"ז אם נימא דכבר עשו שליחותן זה אי אפשר דהוא חפץ שיהיה בעשרה ולא גמרו שליחותן עד שיחתמו כלם דזה בודאי הקפיד כל שלא ביירר:

ג ובזה יש ליישב מה שהקשה הפ"י שם בהא דאמר א"ב דנמצא אחד מהם קאו"פ והקשה לפמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ו ס"ק ט"ז דבמזמין עדים בערבוביא ונמצא אחד מהם קאו"פ דנתבטל כל העדות וא"כ גם כאן הזמין בערבוביא ולפמ"ש א"ש דבאמת כל טעמו של הש"ך הוא משום דלא ביירר מי שירצה להיות עדים ולכך כלם בכלל דא"ב ואף למ"ד יש ברירה בכה"ג מודה כמ"ש בשם התוס' רי"ד לעיל ולפ"ז הא הרא"ש כתב דאם הזמין עדים כשרים אף שעמדו קרובים או פסולים לא נתבטלו העדות של הכשרים ולפ"ז בגט דבעינן שני עדים אף ששניהם מודים וא"כ צריכין הבעל ואשתו לכוין לשני עדים כשרים הו"ל כאילו הזמין בפירוש עדים כשרים וכעין זה כתב הקצה"ח סי' ל"ו ס"ק ו' לענין עידי קידושין ע"ש ודו"ק. והנה האחרונים הקשו בהא דר"י מכשיר אפילו מכאן ועד עשרה ימים דכיון דהוא משום תנאי הא לר"י דזמן משום ב"א והא הו"ל מוקדם דהא הוה תנאי דאם ובתנאי דאם אינה מתגרשת רק בעת שמתקיים התנאי והו"ל מוקדם ע"ש ובישועת יעקב לדו"ז הגאון ז"ל האריך בזה בסי' קכ"ב. ולפענ"ד נראה דהנה באהע"ז סי' ל"ח סעיף ל"ה מבואר דהמקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי אף שביטלו בינו לבינה בטל התנאי והרי היא מקודשת למפרע ע"ש בח"מ וב"ש. ולפ"ז כאן דהיה תנאי כדי לביישה ברבים אם רצה למחול התנאי היה מועיל וכ"כ הרמב"ם בהדיא בפ"ח מגירושין דבתנאי דאם יכול לבטל או לשנות כ"ז שלא נתקיים התנאי ולפ"ז כיון שבידו לבטל שוב כשירצה לחפות יהיה נאמן כשיטעון שנתגרשה מקודם דהא בידו לבטל התנאי והרי אמרו בב"ב דף קל"ד בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן משום דבידו לגרשה ואף דלמפרע אינו נאמן היינו משום דע"ז אין בידו אבל כאן דבידו לבטל התנאי ועיין בתוס' שם דאם נימא דנאמן גם על למפרע ל"ש חשש חיפוי על ב"א דהא נאמן לומר שגירשה מקודם דהרי בידו לבטל התנאי ולמחול וא"ל דניחוש שמא כעת כבר קיימה התנאי וחתמו כל העדים דעכשיו אין בידו לבטל ולהוסיף או למחול אבל הזנות היה בעת שעדן לא קיימה התנאי א"כ היתה עדן אשת איש דז"א דמלבד דלשיטת הרמב"ם בתנאי דאם כל שכבר נשאת לא תצא כל דעדיין יכול להתקיים התנאי א"כ שוב לא נתחייבה עכ"פ מיתה בזינתה ואף לשיטת החולקים על הרמב"ם

כמבואר בסי' קמ"ג מ"מ הא כל שרוצה לחפות עליה משום דהיא ב"א וכדומה א"כ גם בעת הזנות לא נתחייבה דהא היה יכול למחול התנאי ולבטל ול"ש משום ב"א כיון דהי' יכול למחול ולחפות כדין ועיין בגיטין דף ל"ג ובתוס' שם וז"ב. ובזה יש ליישב דברי רבינו שכתב בפ"ח מגירושין שם דאם נשאת לא תצא ותמה הה"מ והכ"מ הביא בשם התשב"ץ שנדחק בזה דאיך אפשר שלא תצא הא היתה עדן א"א גמורה ונאסרה לבעלה דזינתה וכשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל ולפמ"ש א"ש הרי אם נאנסה אמרו בכתובות דף ח' דכיון שמותרת לבעל גם לבועל מותרת ועיין ב"ח וח"מ באהע"ז סי' י' דקיי"ל כהך תירוצא ועיין ב"ש שם ס"ק ג' ובמלמ"ל פ"ב מסוטה הי"ב שהאריכו בזה ולפ"ז כיון דלבעלה אם היה רוצה לחזור ולשאנה היה יכול לבטל התנאי ולמחול לה והיתה מותרת לו וא"כ לא נאסרה לבעלה דאף לאחר שנשאת לאחר כיון שלא הי' נשואין ואין דינה רק כזינתה הרי מותרת כמו בזינתה אחר שגרשה וכמבואר ביבמות דף י"א לענין זנתה דדוקא הוי' אסרה ולא בזנות וכ"כ הרמב"ם פי"א מגירושין הי"ג וא"כ שוב מותרת לבועל כל שלא נאסרה לבעל וז"ב. ומה שהקשה הה"מ והא יש לחוש שמא יבטל התנאי ויוסיף על התנאי לפענ"ד לא חיישינן בבעל שיתכוין לקלקלה כדאמרו בירושלמי דהבעל לא יתכוין לקלקלה ועיין בגיטין דף ב' ודו"ק. וראיתי בר"ן ס"פ הזורק שהאריך להוכיח גבי גט קרח דהוא לא כוון לעדים רק לתנאי דאל"כ ודאי פסול בקרוב וע"ז הקשה דא"כ למה תצא הא יכולה להשלים התנאי ע"ש שתירץ שני תירוצים בזה ושם משמע דנסתפק הר"ן בזה אם נשאת תצא בזה והח"מ סי' ק"כ ס"ק כ"ב הבין בדעת הר"ן פ"ק דגיטין דודאי תצא כשלא נתקיים התנאי ולא זכר שם דברי הר"ן אלו וגם הב"י והד"מ לא הזכירו מזה ומ"ש הר"ן שם דאם נימא משום עדים כל שלא החתימו באותו יום פסול משום מוקדם וכ"כ בפ"ק דגיטין בשם הרמב"ן גבי גזירה משום כלכם צ"ע דמאי נ"מ בין עדים לתנאי הא הוה מוקדם ועוד יש כמה דברים שצ"ע בר"ן גבי גט קרח ואכ"מ. והנה לכאורה הי' תמי' לי טובא על מ"ש הראב"ד בפ"א מגירושין דגט מאוחר כשר להנשא מיד ואוכל פירותיה עד הזמן הנכתב בגט דהוה כאילו התנה עליה ע"ש וקשה טובא דכיון דהוה כאלו התנה הא הוה תנאי קודם כתיבת התורף דפסול דהא הוה כאילו התנה עמה עד אותו הזמן יהי' אוכל פירותיה ולא תתבע ממנה הכתובה ולא הוה כתיבה לשמה ולאו כרות גיטא הוא. הן אמת דלפמ"ש הרא"ש בסוגיא דזמן בגיטין דכוונת הראב"ד הוא דוקא אם נכתב הזמן מדעת האשה אז מחלה לו הפירות אבל כשלא הי' מדעת האשה אינה מפסדת הפירות א"כ זהו ענין מבחוץ שמחלה לו פירות ואינו תלוי בהגט שנתגרשה מיד רק שמחלה לו הפירות עד אותו זמן. אבל באמת

פשטת לשון הראב"ד משמע דהוה כאילו התנה עליה שלא תתבע הפירות והכתובה עד אותו זמן הכתוב בגט ואף שלא מדעת האשה מפסדת הפירות וכמ"ש האחרונים א"כ קשה דאין לך תנאי קודם כתיבת התורף יותר מזה וכתוב בגט ונתקשיתי בזה טובא ועד בשחק נאמן שמצאתי אח"כ בא"מ סי' קכ"ז שהעיר בזה. ורציתי לומר שבאמת זה טעמו של רבינו הרמב"ם דפוסל גט מאוחר משום דהוא לשיטתו דהוא בפ"ח מגירושין החמיר בתנאי קודם כתיבת התורף אף שנתקיים אח"כ התנאי ונסמך על הירושלמי שאמר דלא הוה כרות גיטא ע"ש ולכך פוסל במאוחר. ובזה הי' מקום ליישב קושיית הראב"ד מהא דאמרו בב"ב דף קס"ד השיב רבי לדברי רחב"ג והלא אינו דומה זמנו של זה לשל זה וכו' והשיב דאין כותבין שובר ועדיין יקשה מגט מאוחר דפסול ואמאי כשר מקושר הא יכול לעשותו פשוט ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת כל טעמו של הרמב"ם שסמך על דברי רבי דאמר כל התנאים פוסלים בגט ובירושלמי מפרש בפ"ג דגיטין ה"א דטעמא משום דלאו כרות גיטא הוא ע"ש ולפ"ז לרבנן דפליגי עליה דרחב"ג הי' כשר מאוחר בגט וא"כ לא היה יכול רבי להקשות על רחב"ג מגט דדלמא כרבנן ס"ל ולכך אקשי' משט"ח ודו"ק. אבל העיקר נראה לי בקושיא זו דהנה המהרי"ט בראשונות סי' ס"ו האריך לתרץ איך נוכל להתנות בגט אם לא באתי דהו"ל תנאי קודם כתיבת התורף וכתב הוא דכיון דאם אומר שלא תתגרש בו אלא לאחר י"ב חדש הו"ל גט כשר דמגביל הזמן ובעת חלות הגירושין הרי הוא גט כשר וכשחזר ואמר ואם לא באתי בתוך י"ב חדש הרי היא מגורשת מעכשיו אדרבא לקרב זמן הגירושין בא שתהא מגורשת ממנו מעכשיו וא"כ ל"ש בזה תנאי קודם כתיבת התורף דאדרבא התנאי בא לקרב זמן הגירושין ע"ש דבריו הנחמדים מפז ולפ"ז גם כאן הא באמת אם היינו אומרים דמאוחר אינו כשר רק מזמן הכתוב בגט לא היה קשה כלל דכל שמגביל הזמן ולא חל הגירושין עד אותו הזמן הוא גט כשר כמשפטו רק במה שחל הגירושין מעכשיו ע"ז יש חשש דהו"ל תנאי בגט ולפ"ז כיון דבאמת חל הגט מעכשיו דבודאי לרחקה אתי רק שהפירות והכתובה התנה שלא תתבע עד לאחר זמן אבל הגט חל מעכשיו וא"כ מה תנאי שייך בזה הא ממנ"פ בלי התנאי מגורשת מעכשיו והתנאי אם היה כפי התנאי ולא היתה מתגרשת רק בזמן הלז הי' ג"כ כשר א"כ מה שנתגרשה מהיום הוא לא בשביל התנאי ואיך שייך דהוה תנאי בגט וז"ב מאד. והיא עצה עמוקה לפענ"ד. ובזה מיושב ג"כ מהך דמקושר דבאמת בעודו מקושר הזמן נכתב כהוגן דמלך שנה מונין לו שנתים ומתגרשת מעכשיו וכשנעשה אח"כ פשוט ואמר דלא גרשה רק אח"כ בודאי לא יהיה שום חשש שתתגרש מזמן ההיא וא"כ ל"ש כרות בגיטא ואף הרמב"ם דפוסל במאוחר היינו כל שניכר שהוא מאוחר דעכ"פ בעת

הגט לא נתברר אם תקיים התנאי אבל שם מעולם לא ניכר האיחור. אמנם עדיין קשה דהא לר"י דחושש לזנות א"כ כל שזנתה בנתים הפסידה הפירות והכתובה ושוב לא נתקיים התנאי שלא תתבע הפירות ממנו עד אותו זמן דבלא"ה לית לה פירי וא"כ שוב לא הוה כרות גיטא ועיין בא"מ שם. אך באמת ז"א דמלבד דאין דין זה ברור כל דא"י לקיים התנאי מחמת שכבר נתקיים אז הגט כשר בשביל זה והו"ל כאילו מת בנתים. אף גם דבלא"ה כיון דלהראב"ד היא מגורשת מעכשיו וא"כ שוב אין שיור בתנאי דממילא מגיע לה הפירות והכתובה אף שזינתה בנתים וא"כ הוה כרות גיטא. אך לשיטת התוס' דדעתם דאינה מגורשת עד הזמן הכתוב בגט יקשה דא"כ אם תזנה בנתים לא תקיים התנאי אך לשיטת התוס' בלא"ה ל"ק דכיון שלא מתחיל הגט רק לאחר זמן א"כ שוב הו"ל הגט בלי תנאי כלל דאין הגט חל רק לאחר זמן ודו"ק. עוד נראה לי בישוב הקושיא דבאמת צ"ב דברי הראב"ד שכתב דהוה כאילו התנה והא צריך משפטי התנאים ולא היה כאן משפטי התנאים. אמנם נראה דהנה במעכשיו דעת הגאונים דלא בעי משפטי התנאים ומטעם כיון דמעכשיו חל המעשה א"צ משפטי התנאים וא"כ כאן שמעכשיו חלו הגירושין רק שהתנה שלא תתבע ממנו הפירות והכתובה עד אותו זמן א"כ כל שנתקיים התנאי היא מגורשת מעכשיו ואין התנאי בא לעקור המעשה ובכה"ג לא בעי משפטי התנאים ולפ"ז אם נימא דהוה תנאי קודם כתיבת התורף דאז בטל המעשה למפרע שוב יקשה דהא לענין שיתבטל המעשה צריך משפטי התנאים וז"ב. איברא דלפ"ז יקשה הא דהביא הראב"ד ראיה דגט מאוחר כשר מהא דהשיב רבי לר' חנינא בן גמליאל משטר מאוחר ולא מגט מאוחר וע"כ דגט מאוחר כשר והא אכתי קשה דהא לרחב"ג דס"ל בקידושין דף ס"א דלא בעי משפטי התנאים והוא החולק על ר"מ במשנה שם וא"כ לדידיה פסול גט מאוחר משום תנאי קודם כתיבת התורף ואף דלא היה משפטי תנאי הא הוא לא בעי משפטי תנאי והיא קושיא נפלאה וצ"ל דבאמת לרחב"ג דגט מאוחר פסול א"כ ליכא שום חשש דיעשה ממקושר פשוט ויהי' מאוחר דכל החשש בגט הוא או משום ב"א או משום פירות וכאן לא יוכל לחפות דכשיעשה פשוט לא תנצל מהמיתה דכיון דנראה שהוא מאוחר ופסול הגט שוב הו"ל א"א גמורה ותהרג ומשום פירות ליכא חשש דהפירות החשש הוא משום לתא דידה דתפסיד הפירות והיא למה תעשה כזאת ואם יתן לה מקושר ותעשנה פשוט אנו מה אכפת לן שתזיק בנכסיה ואם הבעל יעשה ממקושר פשוט א"כ למה תניחהו הא היא תטעון דהעדים יגידו שהיה מקושר ותביא העדים ובזה ממילא לא חיישינן כלל במקושר. ובזה ממילא ל"ק על הרמב"ם ג"כ ממקושר שעשהו פשוט דליכא שום חשש כלל וכמ"ש. ומיושב השגת הראב"ד ודו"ק

היטב. והנה לכאורה היה נראה דבר חדש דלכך פסול מאוחר דהרי אנן קיי"ל דע"ח בלי ע"מ פסול ורק דמסתמא תלינן שהיה ע"מ וכמבואר סי' ק"ל וסי' קל"ג ע"ש ולפ"ז אם נימא כשיטת התוס' דמאוחר לא כשר רק מזמן הכתוב בגט א"כ בשעה שנתן לה הגט ומסר לה בע"מ אז לא הי' מועילין הע"מ דל"ש לומר ע"מ כרתי שהרי לא היו כורתין בעת ההיא ואימתי חל הגט בזמן שכתוב בו ואז לא הי' הע"מ ובפרט בדבר שמזויף מתוכו שהם מסרו לה הגט בניסן והגט אינו חל רק באייר ואין לך מזוייף מתוכו כזה ולכך פסול בגט מאוחר ובשלמא בשאר שטרות אף אם נימא דע"מ כרתי מ"מ לא איברי סהדי אלא לשקרי וכל שאמת הדבר רק שמאוחר מועיל ע"מ משא"כ בגט דבעי עדים אף שאמת הדבר וא"כ מה מועיל ע"מ כל שהגט מאוחר וז"ב כשמש. ובזה י"ל שיטת הראב"ד דס"ל דבגט מאוחר תנשא מיד כדקיימא בב"ד בגיטה או שנתנו לה בעדים ולא הזכיר לה אחור הזמן אלא שאוכל פירותיה עד אותו הזמן ותמה הרא"ש למה יאכל הפירות עד אותו הזמן כיון שנתגרשה מיד מה לה במה שאיחר הבעל הזמן וכ"כ לעיל בזה דהראב"ד מטעם תנאי קאתי עלה ולפמ"ש י"ל בפשיטות דבאמת כיון דנותן לה בע"מ כרתי א"כ ע"כ דמותרת להנשא מיד דאל"כ ל"ש ע"מ כרתי דלא כרתו כלל אבל לענין הפירות כיון שאיחר הזמן אינה גובית הפירות והכתובה עד אותו הזמן דלענין זה ל"צ ע"מ וזה הוה כמו שאר שטרות דדעת הרבה פוסקים לפסוק כר"מ דבשאר שטרות ע"ח כרתי ודוקא מה שנוגע לענין הגט גופא לענין שתהיה מותרת להנשא בזה שייך ע"מ כרתי משא"כ לענין הפירות והכתובה וז"ש הראב"ד שלא הזכיר לע"מ שאיחר הגט וא"כ עדי מסירה כרתי גוף הגט ואף דהוא כמזוייף מתוכו ס"ל להראב"ד כיון דעכ"פ גוף הדבר אמת רק שנתאחר הזמן בכה"ג לא ס"ל לר"א דפסול ועיין בתוס' גיטין דף ד' גבי כתיבה לשמה אבל להרמב"ם פסול אף בכה"ג דהוה כמזוייף מתוכו וז"ב. ובזה מיושב היטב קושית הראב"ד על הרמב"ם מהא דהשיב רבי לרחב"ג משטר מקושר ומה יענה לגט מקושר דשם ל"ש שובר ולפמ"ש אתי שפיר דכל הטעם דפסול הוא משום דצריך ע"מ והע"מ לא יועילו כיון שמזויף מתוכו ולפ"ז שם דבאמת הע"מ באמת בעת שהעידו ע"מ כרתי דבאמת הי' מקושר ולא הי' מזוייף מתוכו כלל ורק שחיישינן שמא יהיה אח"כ גט פשוט ובזה שוב לא פסול גט מאוחר וגם הרמב"ם מודה בזה דכשר וז"ב ודו"ק היטב כי הוא דבר חדש וחריף:

סימן פה

א בענין טעות עכו"ם.

ב מ"ש בענין שהטעית לעכו"ם בחשבון ושאלת אם מותר או אסור. הנה בש"ע חו"מ סי' שנ"ח יש שתי דיעות בזה בס"ב שם. ולהכריע מאן ספין ומאן רקיע. אך לפענ"ד נראה ראיה ברורה להדיעה השניה דאסור להטעות אא"כ הטעה הוא מעצמו. דהנה באמת המהרש"ל תמה בגוף הדין דאיך שייך לאסור גזל עכו"ם מן התורה והא כל המצות לישראל נאמרו. אך היטב אשר דיבר בזה אא"ז הח"ץ ז"ל סי' כ"ו שעיקר כוונת התורה למענינו לקנות בנפשינו דעות אמתות ע"ש דבריו הנחמדים. ולפ"ז צריך להבין דא"כ אמאי מותר הפקעת הלוואתו הא ניהו דהעכו"ם א"י וליכא חילול השם הא אינו אסור בשביל העכו"ם רק שאנחנו לא נפעול עוולות א"כ מה נ"מ אם העכו"ם אינו יודע וע"כ שרק בהטעה לנפשו הוא דשרי א"כ אנן אין אנו עושין שום דבר רק בשב ואי"ת מה שלא ילונו לו וזה לא נצטווינו וכיון דהוא בהתירא אתי לידי' דבאמת הלוה לו והוא לא ידע שפרע לו כבר וא"כ מה עול נמצא בנו ובזה נראה הא דאמר שמואל אסור לגנוב דעת הבריות ואפילו של עכו"ם ותמהתי בראשית ההשקפה דשמואל סותר לעצמו דטעותו מותרת בב"ק וגם הא גניבת דעת לא עדיף מהפקעת הלוואתו. ומצאתי במרדכי שהיא מקור דעה השניה שבאמת הקשה כן ומזה יצא לו שיטתו דלהטעות אסור אבל עדיין קשה מה הוסיף שמואל ואפילו לעכו"ם וגם לשון ואפילו כבר נודע מ"ש רש"י במנחות דלשון ואפילו מוסיף איזה דבר ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת אין האיסור בשביל העכו"ם רק שלא נקנה לנו פעולות מכוערות ולכך אמר ואפילו לעכו"ם וכיון דאסור לגנוב דעת הבריות א"כ אף לעכו"ם אסור כדי שנהיה נקיים מכל פשע ולא יבא לגניבת דעת ישראל וז"ב. ועכ"פ דינו של הי"א הוא נכון לפענ"ד. ומן האמור נראה לפענ"ד מה שחדשו המהר"ם בן חביב ביום תרועה דף כ"ח והנוב"י מהד"ק חלק יו"ד סי' פ' דוהשיב את הגזילה ל"ש בנכרי משום דרק לישראל נאמר ולכאורה אם נימא דגזל עכו"ם אסור מה"ת גם מצות השבה יהי' שייך בו. ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת החורה רק לישראל נאמרה וא"כ מ"ע דוהשיב לא נאמר רק בישראל ועיין באא"ז הח"ץ ז"ל שם דבמ"ע ודאי דלא נאמרה רק לישראל וא"כ בשלמא הגזל דהוא כדי לנקות עצמינו מפעולות זרות וממעשים רעות המכוערים שלא להיות גזלנים וא"כ שפיר שייך אף בעכו"ם אבל מ"ע דהשבה כיון דכבר עבר על גזל וא"כ א"צ להשיב לו דהמצוה לא נאמרה רק לישראל ולא לעכו"ם ומשום שלא לעשות פעולות זרות ומעשים המכוערים לנקות עצמינו מזה כבר נצטווינו על איסור גזל ולמה יצטרך להשיב דבשלמא בישראל חסה התורה על ממונם של ישראל אבל ממון עכו"ם דהתורה אפקרי' וא"כ ל"ש מ"ע דוהשיב גביה וז"ב מאד מאד. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף במ"ש רש"י בסוכה דף ל' גבי אוונכרי

דחשש שמא גזלו מישראל ובשו"ת רשב"א סי' תתנ"ב כתב דלאו דוקא מישראל דגם בעכו"ם שייך האיסור דגזל עכו"ם אסור מן התורה. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דכבר גזל מה שאינו מחזיר הגזילה מותר בעכו"ם דתורה לא אסרה הגזל בשביל העכו"ם רק בשבילנו והתורה אפקרי' לממונו של עכו"ם וכבר כתבו הרשב"א וה"ה דבעכו"ם לא שייך חזקת ממון ועיין בה"ה פט"ו מא"ב ובשיטה מקובצת כתובות דף ט"ו ע"ב גבי מחצה על מחצה למאי נ"מ ע"ש וא"כ ל"ש לומר דהוה מה"ב דבשלמא במטלטלין ניהו דאינו מחוייב בהשבה אבל עכ"פ כל דלא השיב עובר בכל רגע על לא תגזול והו"ל מה"ב משא"כ בקרקע דאינה נגזלת וא"כ כל דכבר עבר על לא תגזול מה שאינו משיב כעת הא לא מקרי מה"ב דהמצוה מקיים כעת בלי שום עבירה דמה שעבר כבר עבר וז"ב מאד ועמ"א סי' תרל"ז שהאריך לענין אנשים העושים סוכה ברה"ר דהא אף דנימא דישראל מחלו אבל הא יש להעכו"ם חלק והעכו"ם לא מחלו והו"ל מצה"ב דגם לעכו"ם אסור ולפמ"ש אתי שפיר ויש להאריך שם בסוגיא ואכ"מ:

ג והנה בהא דהפקעת הלוואתו דמותר נראה מפירש"י דמשום דאינו ניכר ולא הוה חילול השם ולפ"ז קשה מה פריך הש"ס בב"ק דף קי"ג שם דעבד הו"ל הפקעת הלוואתו והא עכ"פ העכו"ם יודע שזה עבדו ואיך יפקיע אותו ואולי כיון שנאמר לו דבדינינו יוצא מהנכרי ודי בשתי שנים וכדומה אפשר דהו"ל הפקעת הלוואתו מיהו לפ"ז צ"ע מה דמשני דגופו קנוי אכתי הו"ל הפקעת הלוואתו דמה נ"מ אם גופו נשתעבד ונקנה או לא וצ"ע. אך לפמ"ש י"ל דדוקא בהלואה הוא דהתירו הפקעת הלוואתו דבהיתירא אתי לידי' ומה שמפקיע שעבודו זה לא הוה גזילה בפועל והתורה לא אסרה רק בשבילנו שלא נתאכזר כ"כ ולכך פריך דגם בעבד הו"ל הפקעת הלוואתו ומותר דהתורה לא נתנה רק לישראל ועכ"מ פ"א מגזילה ה"ב ודו"ק. ולפ"ז אין היתר לגנוב מעכו"ם דאף דאין העכו"ם יודע ל"ש הפקעת הלוואתו דהאיסור הוא בשבילנו וכמ"ש הח"ץ ז"ל. ומן האמור נלפענ"ד במ"ש בשו"ת צמח צדק סי' ס"ד בגוי שנתן מעות לישראל לקנות בהמה והלך וקנאה במעותיו של עכו"ם והעלה דאף דמן הדין לא קנה הגוי בקניית הישראל מ"מ כיון שאם לא יתן לה עכו"ם המעות יתפוס הפרה א"כ מקרי יד גוי באמצע והביא ראיה ממקבל צאן ברזל מהעכו"ם דמקרי יד נכרי באמצע וע"ז הקשה דא"כ בכל גוי שקונה מישראל בכסף יפטור מבכורה דהרי ניהו דלא קנה אבל עכ"פ חשיב כמשכנתא בעד המעות וכמבואר בחו"מ סי' קצ"ד והעלה מזה דהוא כמ"ש הרא"ש שם דאף משכנתא לא חשיב ע"ש. ובאמת לשיטת הר"ח ודעימי' קשה ולפמ"ש י"ל דבאמת כבר כתבתי במק"א הא דכתבו הקדמונים בכתובות דף ט"ו דחזקת ממון בעכו"ם לא חשיבה חזקה ותמה

המהרי"ט אלגזי בבכורות דהא גזל עכו"ם אסור מה"ת ואיך לא חשיב חזקת ממון של עכו"ם וכתבתי דלפמ"ש אא"ז הח"ץ הנ"ל דלכך אסור גם לעכו"ם משום דהישראל ינקה עצמו מפעולות הרעות וא"כ זה כשגוזל ממנו אבל חזקת העכו"ם אינה חזקה והארכתי בזה בתשובה בענין קנינים ולפ"ז כאן דבאמת הוא רצה לקנות בכסף וכל שלא קנה אינה רק הלואה א"כ כיון דהפקעת הלואתו שרי באופן דלא מטעהו וא"כ עכ"פ שעבודו על הפרה ל"ח שעבוד דהא ממונו של עכו"ם באמת הפקר ושאני הך דמקבל צ"ב מן העכו"ם דגוף הבהמה היא של העכו"ם והרי הוא כגוזל ממונו דזה אסרה תורה אבל כאן הא עפ"י הדין לא קנה דהוא דהטעה אנפשיה וא"כ אין כאן רק הלואה גרידא והפקעת הלואתו שרי וכמ"ש לעיל בטעמו ועכ"פ יד עכו"ם באמצע לא שייך בזה ומיושב קושית הצ"ץ. אבל גוף דינו י"ל דהוא אמת דכשנתן הגוי המעות ע"מ שיקנה לו בהמה א"כ אין לך גזל גדול מזה אם לא יתן לו הבהמה שקנה דאדעתא דהכי נתן לו מעותיו ובכה"ג לא מקרי הפקעת הלוואתו דמאן שם לי' שיהי' מקרי הלואה ומקרי יד גוי באמצע וז"ב מאד. שוב ראיתי במהרי"ט אלגזי בפ"ב דבכורות גבי מקבל צ"ב שגם הוא האריך לדחות דברי הצ"ץ עפ"י דרכו ע"ש: ומן האמור נראה במה שאמרו בב"ק דף קי"ד ולא אמרן אלא חד והקשו התוס' דהא שרי הפקעת הלוואתו וא"כ הי' יכול להשמיט עצמו ולפמ"ש א"ש דהפקעת הלוואתו לא שייך רק היכא שהטעה עצמו אבל במקום שהעכו"ם יודע שחייב לו א"כ שרי הישראל להעיד לו ועיין שלטי הגיבורים סביב האלפסי מה שנסתפק היכא שהדבר בעצמו אמת ולא הי' יכול לשבע באמת נגד העד אף שבדיני עכו"ם מאמינים לעד כשנים לא מחייבאו דלמא כיון דעכ"פ הי' יכול לשבע ובמחנה אפרים בהגהות על הרי"ף הבאנו בהגהותינו על האלפסי בב"ק שם תמה בזה דשייך מי יימר דמשתבעת ואינו חייב העד לשלם דהא באמת חייב לו:

ד והנה החריף מוה' מרדכי מיזיש נ"י תמה ע"ז דהא נגד העכו"ם א"צ לשבע דנכסי העכו"ם אין נשבעין עליהם ומזה רצה לפשוט ספיקו של התומים בסי' כ"ח לענין ישראל שתבע לגוי בשט"ח והעד יודע שהוא פרוע וע"ז אמר דכאן להוציא מיד העכו"ם שוב יכול להעיד דמי יימר דנשבע ובשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסי. ובאמת שלא דק דשבועה דאורייתא נשבעין נגד העכו"ם ומבואר במקומו דבי דואר חדא מומתא שדי' לי' הרי מבואר דבזה נשבעין נגד עד ובחו"מ סי' קמ"ט סי"ד מבואר דאין נשבעין היסת נגד עכו"ם דלא תקינו רבנן היסת נגד עכו"ם אבל ש"ד דע"א משביעין וז"ב ופשוט ודו"ק. והנה בהא דאמרו בב"מ דף פ"ז ע"ב הניחא למ"ד גזל עכו"ם אסור וכו' אלא למ"ד גזל עכו"ם מותר מא"ל וכתב רש"י דפלוגתא היא בהגוזל ומאכיל דף קי"ג והקשה בתוס'

שם דלא פליגי שם רק בהפקעת הלוואתו אבל לא בגזל ממש. ושאלני עלם משכיל די"ל דכוונת רש"י למה דמשני רב יוסף שם כאן בגר תושב. וטעה בזה דהש"ס בב"מ שם קאי אליבא דרבא והרי רבא מחלק בהדיא בין גזל להפקעת הלוואתו ושפיר הקשו בתוס'. והנה בחידושי אמרתי ראיה ברורה להדיעה הלז דגם בעכו"ם אסור להטעותו רק שאם הטעה את עצמו אז שרי דהנה בע"ז דף ע"ה ע"ב אמרו אמר מר רב אשי אבא השכין לו נכרי כסא דכספא ואטבולי ואשתי בי' ולא ידענא אי משום דקסבר משכנתא כזביני דמי או משום דחזי לנכרי דדעתי' לשקועי וכתב זקני הב"ח ז"ל ביו"ד סי' ק"כ דבאין דעתו לשקועי אסור להשתמש בו משום גניבת דעת עכו"ם ותמה הט"ז תרתי תמיהי דאם אסור משום גניבת דעת לא הי' מועיל דעתו לשקועי וכיון דאסור במשכונו של ישראל ה"ה במשכונו של עכו"ם וגם להשתמש במשכונו של עכו"ם לא שייך כלל לאסור משום גניבת דעת עכו"ם דהרי לא עדיף מהפקעת הלוואתו דמותר כיון דלא ידע העכו"ם דמשקר ע"ש ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת גם הפקעת הלוואתו אסור רק טעותו היכא שטעה מעצמו הוא דמותר. ומעתה נראה לפענ"ד ברור דזה החילוק בין דעתו לשקועי או לא דכל שהגוי דעתו לשקועי א"כ אין הישראל מטעהו דכל שדעתו לשקועי בשלו הוא משתמש אף דיכול להיות שלא ישתקע מ"מ אין הישראל מטעהו דהא הישראל ראה בדעת העכו"ם שדעתו לשקעו א"כ הוה כאילו הטעה עצמו ומותר וז"ב כשמש ולפמ"ש למעלה גם הפקעת הלוואתו דמותר הוא משום דבהיתירא אתי לידי' וזה לא נאסר לעכו"ם דמה שאינו משיב זה אינו שייך בו לומר דגזלו בפועל ולכך להשתמש בו שוב אסור דהו"ל גוזל בפועל וז"ב ודו"ק ובזה נראה לפענ"ד ליישב הא דאמרו דלא ידענא אי משום דקסבר משכנתא כזביני והוא תמוה דמנ"ל סברא זו דמשכנתא כזביני ולפמ"ש א"ש דכיון דאטבלי' ושתה בו ולא חש רב אשי על גניבת דעת עכו"ם והרי רב אשי ס"ל דגזל עכו"ם אסור וכמ"ש התוס' שם דמה דאמר רב אשי אי דגוי שקיל דמי' זהו האמת ולא הי' דרך הערמה וא"כ שוב גם טעותו אסור ואף דהפקעת הלוואתו שרי הא שם בהיתירא אתי לידי' ואינו גזילה בפועל משא"כ כאן דבמשכנתא אתי לידי' וע"ז אמר דע"כ משום דמשכנתא חשוב כזביני וא"כ בתחלה בהיתירא אתי לידי' רק דכל שמחזירו למפרע נעשה של עכו"ם ובזה לא אכפת לן בעכו"ם והוה כמו הפקעת הלואה או דלמא דדעתו לשקועי וא"כ הוא מטעה עצמו ובזה ניחא דברי הטור שכתב ואם א"י אם דעתי' לשקועי מבעיא לן משמע הא דידוע בודאי שאין דעתו לשקועי אסור בבירור והא אכתי יש להסתפק דלמא משכנתא חשיב כזביני ולפמ"ש כל דהוה ספק שוב אסור משום גניבת דעת ורק רב אשי י"ל דברור לי' דמשכנתא חשיב כזביני או שידע שדעתו

לשקועי וכ"כ הב"ח שם ודו"ק היטב כי הוא נכון מאד. ובזה ניחא מה שאמרו בגיטין ס"פ הניזקין דרב כהנא אמר שלמא למר ופירש"י דבלבו לא הי' כן והקשו בתוס' דהו"ל גניבת דעת ותמה הט"ז דלא גרע מהפקעת הלוואתו. ולפמ"ש א"ש דכל שהוא מטעהו הו"ל גניבת דעת וכן מבואר בהדיא בב"ק שם גבי עובדא דרב כהנא דא"ל חזי דעלך קא סמיכנא ע"ש ברש"י שני פירושים ולפמ"ש פירוש שני עיקר דהגוי הטעה עצמו אבל בלא"ה אסור ודו"ק היטב:

ה והנה הט"ז חידש דבמקום שעובר בשב ואל תעשה לית ביה משום גניבת דעת ע"ש ובסי' רנ"ד שהאריך בזה. והנה דבר גדול דיבר בזה דזה נראה הטעם דהפקעת הלואתו דמותר דהיינו מה שאינו גוזל בפועל רק בשב וא"ת מה שאינו מחזיר לו זה לא נקרא גניבת דעת ומותר. ובזה ניחא היטב החילוק שבין טעות עכו"ם דאסור וכל שהוא הטעה מעצמו דשרי משום דבהטעה אותו הוא עושה בקום ועשה משא"כ בהטעה נפשו דאינו עושה בפועל רק שאינו אומר לעכו"ם שטעה זה אינו איסור וגם בהך דר"כ שאמר לו חזי דעלך קא סמיכנא והוא לא אמר לו שטעה בזה מותר. ובזה נלפענ"ד הא דאמר רב אשי הכי קאמינא לי' דעכו"ם הוא הא קא שקיל דמי וכתבו התוס' דר"א כוון מעיקרא כן ולפמ"ש אפשר לומר דבאמת לא נתכוין לזה רק דכל דעכו"ם שקיל דמי א"כ מה שלוקח גוף הפירות שרי כל שעומדים למכירה וכמו דאמרו בב"ב דף פ"ז דבדבר העומד למכירה מותר ללקחו שלא מדעת וא"כ מה שאינו משלם המעות זה אינו גניבת הדעת בפועל רק בשב וא"ת וזה מותר ומעתה גם בדעתו לשקועי א"כ הוא מותר להשתמש בו משום דאינו גוזלו בפועל דהא דעתו לשקועי רק דאם אח"כ פורע לו ומחזיר משכונו צריך להחזיר לו מה ששמש בו וזה אינו גניבת דעת בפועל מה שאינו מחזיר לו ודו"ק היטב כי חריף הוא ולכך ברב אשי דאמר לו שלמא למר שוב אסור ודו"ק היטב. ובזה נראה לפענ"ד הא דקאמר בחולין דף צ"ד ע"ב אינהו הוא דקא מטעו אנפשייהו והקשו רש"י ותוס' דמ"ש מהך דלא ימכור לו טריפה בחזקת שחוטה וכן במוכר לו חביות הפתוחות בשביל חנוני ולפמ"ש א"ש דבאמת בעכו"ם לא אכפת בגניבת דעת שמטעהו בשב וא"ת וזה אינו רק שב וא"ת שאינו אומר לו שהוא טריפה משא"כ במוכר לו בחזקת כשרה הוה מטעהו בפועל וכן בישראל אף בשב וא"ת אסור וז"ב. והא דמייתי מרב ספרא היינו דשם לא נתכוין להטעותו ולא הגיע לרב ספרא שום טובה בשביל זה א"כ בכה"ג ודאי מותר היכא דקא מטעי אנפשי' וז"ב ופשוט. והנה שאלני הרב המופלג מוה' פייביל שרייאר בסוגיא דנכרי שהלוה לישראל על חמצו אחה"פ מותר בהנאה דבאמת קשה כל דהפקעת הלואתו מותר א"כ שוב הוה של הישראל דיכול להפקיע הלוואתו וצ"ל דכל כמה שאינו

מפקיע הלואתו חייב הוא לו וכ"כ בתומים. ולפ"ז יקשה דהרי הר"ן הקשה דנימא הואיל ואי בעי פדה לה וכתב דמחוסר ממונא ולפ"ז קשה עכ"פ הואיל שייך בזה איבעי היה מפקיע הלוואתו. ולפמ"ש לק"מ דהפקעת הלוואתו דשרי הוא משום דכל דאינו עושה מעשה לא אסרה תורה גזל עכו"ם. ולפ"ז ל"מ לפי המסקנא דמיירי בהרהינו אצלו א"כ צריך להפקיע החמץ מרשות עכו"ם חנם אין כסף זה לא מקרי הפקעת הלואתו אלא אף לפי הס"ד דל"מ בהרהינו ג"כ ל"ק כלל דלמפרע הוא גובה א"כ ל"ש לומר בהיתירא אתי לידי' דהא אדרבא החמץ השכין אצל עכו"ם וע"כ ל"ש הפקעת הלוואתו רק לענין גוף הלואה דכיון דהלוהו בהיתירא אתי לידי' והתירו בשב וא"ת אבל שיהיה המשכון של הישראל הא כל דלמפרע הוא גובה הו"ל כאילו בא ליד העכו"ם וא"כ פשיטא דל"מ הפקעת הלוואתו ואדרבא זה מקרי באיסורא אתי לידי'. ובזה י"ל קושית התוס' בהא דמוקי דפליגי בבע"ח קונה משכון ובעכו"ם שהלוה לישראל ב"ח לא קני משכון ולכך ד"ה עובר והקשו התוס' הא אכתי קשה דאמאי ד"ה עובר הא למפרע הוא גובה. ולפמ"ש אתי שפיר דכל דעכו"ם לא קנה משכון שוב מקרי הפקעת הלואתו ויכול להפקיע דניהו דהרהינו אצלו הא עפ"י דין לא קנה משכון והו"ל כאילו הפקידו בידו וניהו דלמפרע הוא גובה מ"מ כיון שבא ליד עכו"ם בתורת משכון ולא קנה משכון אינו רק כמו שהטעה עכו"ם את עצמו דהוא סבר דקנה המשכון ובאמת עפ"י דין לא קנה וא"כ גם למ"ד למפרע הוא גובה היינו באם לא השכינו אצלו ולמפרע הוא גובה כל שעשאו אפותיקי אבל כאן דלא עשה לו אפותיקי ורק דנתנו לו בתורת משכון והעכו"ם סבר דהוא קנה ובאמת לא קנה א"כ אינו רק שהעכו"ם מטעה עצמו ובכה"ג ודאי טעות עכו"ם מותר ודו"ק היטב:

[1] ובזה מיושב היטב דברי הרא"ש שתמה על הרמב"ם דכמו דלאביי דאמר למפרע הוא גובה אף שהגיע זמנו לאחר פסח אינו עובר ה"ה לרבא כשאמר מעכשיו ותמה בשו"ת פנים מאירות דמהיכן פשיטא ליה להרא"ש דלאביי בודאי אף בהגיע זמנו אח"פ אינו עובר דלמא גם לאביי בעי שיגיע זמנו קודם הפסח. ולפמ"ש א"ש דלאביי כל שלא הרהינו אצלו רק שעשהו אפותיקי א"כ הו"ל הפקעת הלוואתו באיסורא דהא באמת משועבד לו החמץ ולמפרע הוא גובה וא"כ מה בכך שיגיע זמנו אח"פ הא לא יוכל להפקיע החוב כלל ושפיר אינו עובר וה"ה לרבא כל שא"ל מעכשיו והרי קנהו למפרע ושוב הו"ל כחמצו של עכו"ם דאסור להפקיע הלוואתו. שוב ראיתי בתומים סי' צ"ה ס"ק א' שהאריך בענין הפקעת הלוואתו ואין הזמן מסכים אתי לעיין בו. והנה בהא דאמרו בב"ק דף ט"ו בני חורין ובני ברית למעוטי עבדים ונכרים כתב הרא"ש שם דשור של נכרי שנגח לשור של ישראל דאין מוציאין מיד הנכרי אלא בעדים כשרים ע"ש ומשמע מזה דכל שיש

חילול השם אסור דאל"כ למה לא סגי בעדים נכרים ועבדים אף דלדידן אית בהו מומא מ"מ לדידהו לית בהו מומא והוו כשרים לגבייהו וע"כ דאסור להטעות אותו כל שלא הטעה הוא מעצמו וכמ"ש. ובזה מיושב מה דהקשה אותי מופלג אחד דאמאי לא פריך הש"ס בב"ק דף פ"ח מהמשנה הלז גבי הא דפריך אלא מעתה עדים זוממין בעבד לא יהרוגו ואמאי לא פריך דלמה יענשו אמאי אצטריך המשנה לאשמועינן דבעי בני ברית וב"ח והא הוה עדות שאילה"ז דבעינן כאשר זמם לעשות לאחיו. ולפמ"ש א"ש דבאמת בזה ל"ש עדות שאילה"ז דבאמת כל עיקר שבעינן שיהיה עדות שאתה יכול להזימה כדי שלא ישקרו העדים ויתייראו מן הזמה ועיין ב"ק דף ל"ה וא"כ לגבי עכו"ם פשיטא דסגי בזה דזה הוה כהפקעת הלוואתו שאינו ניכר הפסול כלל ואין כאן חילול השם כלל דבשלמא להכשיר עדים הפסולים לגבי דידן איכא חילול השם דהעכו"ם יודע שלגבי ישראל פסול עכו"ם ועבד אבל עדות שאילה"ז פשיטא דלא בעי בזה ודו"ק כנלפענ"ד:

ז והנה אירע מעשה בשנת תר"ט שאחד מכר חמצו לעכו"ם קודם פסח ואחר הפסח הלך העכו"ם לדרכו ונתפש על גניבה וא"א לחזור ולקנות ממנו החמץ ונשאלתי כדת מה לעשות. והנה לומר כיון דמכר לו שיתן לו המעות אחר יו"ט וזה לא נתן לו א"כ אדעתא דהכי לא הקנהו דא"כ בטל המקח למפרע וזה א"א וגם במתנה ע"מ להחזיר אסור בפסח וכמבואר סי' תמ"ח ועיין מ"א מ"ש שם בשם הרדב"ז. איברא דיש מקום לומר דל"ד למתנה ע"מ להחזיר דשם מתחלה לא רצה להקנות לגמרי רק ע"מ להחזיר א"כ אם לא יתקיים התנאי נתבטל המתנה למפרע או דהוה עכ"פ כפקדון כ"ז שלא נתקיים התנאי ואסור וקנסא קניס ר"ש דעבר על ב"י דכל דלא מכר מתחלה מכירה גמורה עבר על ב"י אבל במכר מכירה גמורה א"כ קיים תקנת חז"ל כתקנה ורק שאח"כ אירע אונס שנתבטל המכירה א"כ הרי באונס מצד עצמו כל שביטל הי' מקום להתיר כמ"ש בתורת השלמים להמנחת יעקב ואף למה דקי"ל שאסור היינו דחיישינן להערמה שאם נתיר בזה למחר יערים ויאמר דהי' אנוס ובאמת לא הי' אנוס. ולפ"ז זהו שם אבל כאן דעשה כתקנה ומכר מכירה גמורה ל"ש הטעם ומותר כל שהוא אנוס ולא עבר על ב"י למפרע. ובלא"ה י"ל דבכה"ג לא עבר על ב"י דהרי שוגג גמור כל ימי הפסח ובשוגג לא עבר על ב"י כמ"ש הט"ז סי' תל"ד ס"ק ג' ואף לפמ"ש המג"א שם ס"ק ה' דעובר על ב"י היינו דוקא כשהיה לו ידיעה מתחלה ושכח אח"כ אבל כאן הוה כלא ידע מתחלה דאינו עובר על ב"י כלל וא"כ ל"ש קנסא קניס וז"ב. והיא הערה חדשה. וגם אמרתי דיוכל לקחת החמץ לעצמו אף בלי רשות גוי ולא יבטל המכירה רק דלא עדיף מאילו הי' החמץ של נכרי והוא גזלו לאח"פ דשרי ואף דגזל הגוי אסור היינו כל שיש חילול השם וגם אף בלי חילול השם

אסור לגזול אך דוקא כשהוא שלו ממש אבל כאן באמת אינו מכירה גמורה דגם הגוי לא סמך דעתו רק דעושה כן להפקיע איסור חמץ וכמ"ש התב"ש דהוה הערמה בדרבנן א"כ עכ"פ אינו גזל גמור ול"ש חילול השם דכל הגוים יודעים דזה לא קנה והוא הערמה הניכר וידוע א"כ קלקלתינו תקנתינו ועכ"פ נראה ברור דאם הולך עם שלשה אנשים ואומר לפניהם כך וכך י"ש וכדומה אני לוקח ואם יבא הגוי וירצה לקיים המקח אני אתן לו י"ש כזה השוקל במשקל כך וכך גראד והוא מין המצוי בשוק לקנות ולמכור פשיטא דלית בזה שום מיחוש וכן דנתי הלכה למעשה כנלפענ"ד ברור ולא עיינתי בשום ספר רק העולה על דעתי כתבתי:

ח והנה מצאתי בריטב"א בחולין דף צ"ד גבי אסור לגנוב דעת הבריות שהביא בשם רבותינו הצרפתים דאסור לגנוב דעת הבריות ואף דעת העכו"ם הוא איסור תורה מדכתיב לא תגנובו ולא תכחשו ואף דסיפא דקרא כתיב איש בעמיתו דממעט עכו"ם האי על לא תכחשו ולא תשקרו קאי במקום שאין חה"ש בדבר ודייקא נמי דלא כתיב מעמיתו או לעמיתו והיינו נמי דיהבי אתנחתא בלא תגנובו ואף דלא אשכחן סתם גניבה על גניבת דעת אלא לשון גניבת לב דכאן נכתב לא תגנובו סתם לכלול אף גניבת ממון ובתוספתא דב"ק איתא שלשה גנבים הם גדול שבכלם גונב דעת הבריות עכ"ל. ובזה יש לו לכווין מ"ש ביעקב ויגנוב יעקב את לבן הארמי על בלי הגיד לו כי בורח הוא דבאמת צ"ב הא אסור לגנוב דעת אף דעתו של עכו"ם. אך באמת כתבתי בשם הט"ז דגניבת דעת דאסור הוא בעושה מעשה אבל בשב וא"ת שרי וז"ש ויגנוב יעקב את לב לבן הארמי על בלי הגיד לו דהיינו רק בשב וא"ת. אך גוף דברי הריטב"א תמוהין דא"כ דגניבת דעת אסור מה"ת אף בעכו"ם ומשום דכתיב לא תגנובו א"כ מ"פ הש"ס בב"מ ס"א לא תגנובו דכתב רחמנא למה לי ופירש רש"י דנילף מריבית ואונאה והא ריבית ואונאה ל"ש בעכו"ם דעם שאתך בתורה ומצות הוא דאסור להונות ומכ"ש ריבית ועיין תוס' שם ד"ה לעבור וא"כ אצטריך לכתוב לא תגנובו ע"ז להזהיר אף לעכו"ם שלא להנות וצע"ג.

ט והנה בשנת תרי"ג ה' עקב הגיעני מכתב מהרב מוה' שמואל אבד"ק ביזניב שנשאל בענין מס הנקרא איינקאמשטייער שדרך להעריך כל איש ואיש כפי מה שיאמר והטילו עליו יותר מכפי שהעריך עצמו והנה הפו"מ שם שמעו מאדון אחד שהגיד להם שיערוכו כל איש כפי מה שמרוויח ובידם להקטין אנשים מהערך שהיה כבר אך בזאת יאות להם שירבו הערך על אנשים וגם להכניס אחרים שלא היו כלל בהערכה והפו"מ יריאים שאם ימנעו מלהגיד האמת מיראת המלך ומעלתו כתב שאסור לעשות כן דאין חשש במה שלא יגידו אמת כי יוכלו להתנצל שכן חשבו באמת שזה נערך כהוגן ולכך לא הוסיפו עליו

וא"כ אסור משלשה טעמים א' עפמ"ש רמ"א בחו"מ סי' שס"ט ס"ו בהג"ה ומקורו מהר"ן נדרים כ"ח ע"ב. ב' דממנ"פ אם הוא מטעם המלך מה שהוסיף יותר מכדי ההערכה א"כ הוה כמוכס שאין לו קצבה ואם השר מוסיף בעצמו הוה כמוכס העומד מאיליו. ג' אולי באמת יטעו בהערכה ויוסיפו יותר ממה שמרוויח באמת והוו כמוסרים גמורים. ובבא הדבר לפני הגאון המ"מ ומ"ץ מהרש"ק ני' מבראד השיג דמ"ש דהוה כהפקעת הלוואתו הא כל מוכס הוה הפקעת הלואה ואפ"ה אסור לשבע בשקר וגם מה ענין הפקעת הלואה לכאן דזה דוקא במה שמגיע לו בתורת הלואה אבל כאן המלך גוזר ליתן לו ומה שייך הפקעת הלואה וגם דזה תשלומי שכירת קרקע מה שדרין בארצו א"כ הוה כגוזל שכירות קרקע והקרקע בעין הוה כגוזל החנות ומ"ש דהוה כמוכס העומד מאיליו ז"א דזה דוקא כשלוקח לעצמו אבל כאן הרי גובה להמלך ולכך יפה עשו שיעריכו עפ"י אומדנא של הפו"מ או שישבעו כמה יש להם עכ"ל. וע"ז צווח מעלתו דמ"ש להשיג דל"מ הפקעת הלואה הא זה כתב הר"ן בנדרים דף כ"ח והועתק ברמ"א סי' שס"ט ומ"ש להקשות דא"כ למה לא אמרו בש"ס דמותר ול"ש דדמ"ד בזה ע"ז כתב מעלתו דמ"מ לשבע בשקר אסור בשביל זה וכ"כ הר"ן שם בהדיא וכ"כ בחידושי רשב"א בב"ק דלשבע בשקר אסור והאריך לפרש כן דברי הרמב"ם פ"ה מגזילה והביא שקצת מזה כתב בא"מ סי' כ"ח ס"ק ג' והאריך עוד הרבה. והנה מ"ש משום הפקעת הלואה צדקו דברי מעלתו וכמ"ש הרמ"א בשם הר"ן וכ"ה בר"ן בהדיא ולבי אומר לי לפי שבש"ס דפוס ווילנא נשמט סוף דברי הר"ן ומפני המוראה ע"כ חשב הרב מוהרש"ק שרמ"א כ"כ מדעתא דנפשי' ובאמת הן דברי הר"ן וגם רש"י כתב בב"ק דמכס הוה כהפקעת הלואה. אבל מ"ש מעלתו דאם המלך לוקח יותר הוה כמכס שאין לו קצבה לא צדקו דבריו דשם מיירי שהמוכס נוטל יותר ממה שנקצב לו מאת המלך וכאן נקצב מאת המלך שידין כפי ערך חמשה למאה מהריוח רק שאינו מאמינו לאותו שמעריך עצמו אם באמת העריך ע"כ הוא מטיל עליו יותר וע"כ אינו בכלל מוכס שאין לו קצבה וגם אינו בכלל מוכס העומד מאליו שנגבה הכל להמלך:

י והנה הקצה"ח הקשה דברי הש"ע אהדדי דבחו"מ שם מבואר דאף שהישראל נוטל יותר מהקצבה מ"מ מה שמגיע לו עפ"י קצבה אסור להבריח ממנו וביו"ד סי' רל"ב סי' ד' מבואר דאם בא ליטול יותר מקצבתו יכול לידור או לשבע להפטר ועפ"י דברי הרא"ש בנדרים שם ע"ש והיא תימה גדולה ואני מוסיף דהרי שם מתירין לו לשבע בשקר שזה ודאי אסור כמ"ש הר"ן והרשב"א בב"ק. אך נראה דל"ק דביו"ד מיירי ממוכס שאין לו קצבה והיינו שהמלך בעצמו לא קצב לו רק שבידו ליטול כפי מה שרוצה א"כ

שפיר הו"ל כולו גזל אבל בחו"מ מירי שבאמת המלך קצב לו קצבה רק שמ"מ הוא לוקח יותר ובאמת אם ילך להשרים יענש בזה אבל מי ומי ירצה לילך ולדון עמו וע"כ נוטל יותר ולכך מה שמגיע לו עפ"י הדין מחוייב ליתן לו ולא להבריח וז"ב ופשוט. ובדברי רבינו פ"ה מגזילה הי"א התמוהים שהאריכו הה"מ והכ"מ והמלמ"ל לפענ"ד נראה דהנה באמת המלמ"ל כתב דזה לא מקרי הפקעת הלואה כיון דהמלך גזר שלא יבריחו המכס ודדמ"ד א"כ הוה המבריח גוזל. אך באמת מהש"ס לא נראה כן. אך נראה דלפמ"ש למעלה דטעם דהפקעת הלואתו מותר משום דבאמת התורה לישראל נאמרה ומה דאסרה גזל הוא שלא נקנה בדעותינו אכזריות כמ"ש אא"ז הח"ץ ז"ל ולכך הפקעת הלואה דלא גזל ולא עשה פעולה רעה מה שאינו משיב זה אינו כ"כ פעולה רעה בלב לכך מותר לפ"ז ה"ה המכס שהמלך גזר ניהו דדמ"ד ואנו מחוייבים לעשות אבל אינו רק מפני המוראה ולא שיהיה אכזריות ופעולה רעה אם לא ניתן לו מנת המלך א"כ שוב דמי להפקעת הלואה וכל שנוכל להשמט ולהבריח שרי. ולפ"ז אני אומר להיפך דזה דוקא כשהמלך בעצמו מחזיק המוכס ונתן לאחד שיגבה לו המעות אבל אם אחד קנה מידו כיון שהמלך מצד הדין יכול לגזור שיתנו לו מס כל שמכר לאחר אף לעכו"ם הוה כמכר לו המלך קרקע שאסור לגזול מיד הקונה שיש לו זכות המלך בזה ולכך הוצרך הרמב"ם לחדש דכיון דמוכס עכו"ם נוטל יותר הו"ל גזל ולכך שרי להבריח דזה אינו דד"מ דהמלכות לא קצב לו כך וז"ב ומיושבין דברי הגמ' ודברי רבינו וזה היפוך חלוקו של המלמ"ל דוק ותשכח ודברי הר"ן עם דברי הרמב"ם אחת הן ודו"ק. והנה במוכס שאין לו קצבה דהיינו שמותר לו ליקח בכל מה שירצה נראה לפענ"ד דלכך הוה כלו גזל משום דיכול להרבות על המכס ולתת להמלך סך רב כיון דאינו קצוב כמה שיטול והרי זה מוסר ממון של ישראל ביד גוי ובשלמא כשקצוב א"כ לא ירבה על המכס דלא ירצו ליתן יותר ויפסיד ממונו משא"כ באין לו קצבה אבל כשיש לו קצבה רק שהלוקח לוקח יותר אף שהוא גזלן אבל מה שנקצב לו אסור לגזלו ומיושבים דברי הש"ע שלא יסתרו אהדדי וכמ"ש למעלה. ובגוף הדבר אי מותר להקטין לאיזה אנשים להרבות לאנשים אחרים עיין ש"ך חו"מ סי' קס"ג ס"ק י"ח מ"ש בשם מהריב"ל ח"ב סי' מ' ועיין בנוב"י מהד"ת חלק יו"ד סי' ע"ז ומכ"ש כאן שפרעו כבר האנשים וכבר העריך אותם דאסור להקל מזה ולהחמיר על זה. ומ"ש הרב מהרש"ק מתשובת ח"ץ וכתב מעלתו שכוון לסי' ס"ח יפה דחה מעלתו דאין ראיה משם וע"כ נראה לפענ"ד לאסור כמ"ש מעלתו ודו"ק. ובמ"ש מיושב התמי' הגדולה שתמהו הרשב"א והר"ן דאיך הותר לשבע בשקר אף שהפקעת הלואה שרי מ"מ אסור לשבע בשקר. ולפמ"ש י"ל דבאמת גם לא תשבעו בשמי לשקר

לישראל נאמרה כקושית מהרש"ל לענין גזילה רק שגם בזה שייך תירוץ הח"ץ דהעיקר הוא שנשמור מוצא שפתינו ולא נשקר וא"כ כל שהוא הפקעת הלואתו שרי גם לשבע בשקר ודו"ק היטב. ודרך אגב אזכיר מה דהקשה אותי החריף מו' זלמן נכד בעל חוות דעת ער"ח אב תרי"ז למה לא פריך הש"ס בב"מ ס"א ל"ל לאו בגזל הא נפיק לי' מואל כליך לא תתן דאף שאינו גזל גמור וע' בחינוך מצוה תקע"ז שהפועל חושב דאין הבעה"ב מקפיד בלקחו מב"כ בעת הבציר ואפ"ה אסור מכ"ש בגזל ממש. והשבתי דנ"מ לענין מלקות דבשעת שלקח לאכול היה מותר ובמה שנותן לכליו אולי מקרי לאו שאב"מ ובלא"ה אם נימא דגזל עכו"ם ג"כ אסור א"כ בזה לא נוכל לילף מפועל דזה דוקא בישראל ודו"ק. ובגוף קושית החינוך הנה שמעתי שבפנים יפות תירץ דה"א דקניא בהגבהה ולא יהיה אח"כ איסור. ולפענ"ד היה נראה בפשיטות דזה באמת מה שגזרה תורה ואל כליך לא תתן דבאמת מה נ"מ מצד הסברא אם ירצה לקמץ ממה שצריך לאכול ויתנהו לתוך כליו וחדשה התורה דאל כליך לא תתן וא"כ עי"ז אסרה התורה ממילא נעשה גזל אבל מצד הסברא לא ידענו זה וצ"ע ודו"ק ועיין בחו"מ סי' של"ז ובסמ"ע ס"ק ל"ח ודו"ק:

סימן פו

א למשכיל וחריף ובקי נ"י.

ב מה שהאריך אי קי"ל כר"ש בדבר העומד לזרוק ולשרוף אי כזרוק ושרוף דמי והביא דברי התוס' בשיטה דף כ"ה ע"ב ד"ה לאו שכתבו וצ"ע כלאי הכרם אמאי מטמא טומאת אוכלין ולא אמרינן כתותי מכתת שיעורא וע"ז הקשה דהא במקום דמבואר דמטמא טומאת אוכלין מבואר גם ערלה כדאמרו במנחות דף ק"א ובכורות דף ט' ולמה לא הקשו מערלה ג"כ דהוא ג"כ מכתת שיעורא. הנה יפה הערת. ולכאורה בפשיטות י"ל דהנה בסוכה דף ל"ה נסתפקו התוס' אם בערלה היא מה"ת בשריפה או רק מדרבנן ומשמע שם דאי אינו רק מדרבנן ל"ש לומר דכתותי מכתת שיעורי' ואף דמסקי התם דהוא מה"ת מ"מ לא הי' להם מקום להקשות בפשיטות מערלה ולכך הקשו מכלאי הכרם דהוא בודאי בשריפה מה"ת דכתיב תקדש תוקד אש כנ"ל בפשיטות. אך ידעתי כי דרכך ע"ד הפלפול הנהוג ע"כ אמרתי לעיין בזה. והנה נראה לפענ"ד דלכאורה צ"ב הא באמת כל איסורי הנאה דאין להם דמים קשה והא יוכל להנות מהם שלכדה"נ וכבר כתבו התוס' בקידושין דף נ"ו דלכך האשה מתקדשת באה"נ דמותר להנות שלכד"ה וצ"ל כיון דאיסורי הנאה היא א"כ מה שנהנין שלא כד"ה זה אינו מצדו ויד כל בו שוה א"כ ממילא לכך א"ה מקרי אינו ברשותו דהא הוא שוה לכל אדם ועיין בהשמטות לצל"ח פ"ק דפסחים שכ"כ בהדיא

להשיב על קושית הרב מוה' אפרים וועהלר יעו"ש וכן נראה מדברי הריטב"א בקידושין שם לענין מה שהקשו דיכול להנות מאפרן ע"ש ולפ"ז יקשה דעכ"פ היאך נקרא כתותי מכתת שיעורי' דעכ"פ לא מחשב כעפרא בעלמא דיכול להנות מזה עכ"פ שלכדה"נ ולא מכתת שיעורי' וצ"ל דכיון דבכלאי הכרם אף שלא כדה"נ אסור כדאמרו בפסחים דף כ"ד וכן קי"ל בטוש"ע סי' קנ"ו וא"כ שוב שפיר הקשו דכתותי מכתת שיעורא ומעתה לכך הקשו מכה"כ ולא הקשו מערלה דבערלה מותר להנות שלא כדה"נ א"כ שוב לא שייך כתותי מכתת שיעוריה וזה ברור. ומה דאמרו ביבמות דף ק"ד לענין בגד המנוגע דכתותי מכתת שיעורי' צ"ל כיון דאתקש למת אסור אף שלכד"ה וצ"ע בזה והנה לכאורה רציתי לומר דבר חדש דמערלה ל"ק כלל דהרי אמרו בסוטה דף מ"ג ע"ב דבילדה בילדה כשנטע הראשונה לסייג ולקורות דהשנייה חייבת בערלה (מכאן מטושטש מאד).

ג עוד יש להקשות בהא דפריך הש"ס לר"ש דס"ל כל העומד לשרף כשרוף דמי נותר ופרה אמאי מטמא ט"א עפרא בעלמא הן ומה קושיא הא בזבחים דף מ"ג אמר דהפיגול ונותר שהעלן ע"ג המזבח ומשלה בהן האור דפקע איסורן וא"כ אף שנותר עומד לשרף מ"מ הא יכול להעלות ע"ג המזבח ומשמשלה האור ברובו פקע איסורו ונשאר אוכל ואולי לר"ש כיון דעכ"פ עומד לשרוף אף דיכול לעשות תחבולה אחרת מ"מ לא פקע איסורו ממנו והו"ל כעפרא ויש להאריך בזה גם בפיגל במנחה שהאריך הש"ס במנחות שם בזה והא גם פיגול יש להפקיע איסורו ועיין כריתות דף י"ב דפיגול ונותר בחד אבר לא משכחת לה ודו"ק:

ד והנה השע"א סי' ל"ח נסתפק אם בהנקברין שייך לומר כתותי מכתת שיעורי' והשעה"מ השיג שם מדברי התוס' ביבמות דף ק"ד ד"ה סנדל דאף בדבר דטעון גניזה כע"ז של ישראל ג"כ אמרינן כתותי מכתת שיעורי' ע"ש ובתשובה אחת הארכתי בזה הפרט. וכעת נראה דהנה יש לחלק דבדבר שלאחר שנשרף אינו ראוי לאותו דבר כמו התם דבעינן שיהיה ראוי ללולב או לנעל של חליצה ובזה פשיטא דאין חילוק בין נשרפין לנקברין דסוף סוף לכשישרף או נקבר לא ראוי לאותו דבר אבל במקום שא"צ דוקא להדבר בשלימותו שפיר יש לחלק בין נשרף לנקבר דכיון שעכ"פ לא נעשה עפר ורק שנקבר ל"ש לחשבו לעפר בעלמא דאף לאחר שנקבר הוא עודו קיים וכעין זה אמרו בחולין דף פ"ח בכיסה בעפר עיר הנדחת דכל כמה דכתת מעלי טפי אף בנשרפין לא אמרינן כתותי מכתת שיעורא ע"ש. איברא דלפ"ז יקשה בהא דהקשו התוס' בכה"כ דכתותי מכתת שיעורא דמה בכך שיעשה עפר לאחר שנשרף ויהיה אפר ואטו לענין לטמאות אוכלין נ"מ בזה הא זה כמו זה הא גם בעודו קיים אינו קרוי אוכל ואפ"ה מטמא

ה"ה לכשישרף וא"ל דשם נפיק מכלל אוכל כל שנשרף דא"כ כיון שעיקר הוא בשביל שיצא מכלל אוכל הא בזה לא שייך כתותי מכתת שיעורא דכעת שעכ"פ לא נשרף מקרי אוכל ואם היה ראוי גם לאחר שישרוף להיות עוד שם אוכל עליו הי' מטמא וא"ל דכבר נעשה מצותו ומותר אפר דא"כ עכ"פ כל שלא נשרף עדן ולא נעשה מצותו עוד לא מכתת שיעור דבשלמא כשאנו צריכין שיהיה שלם שפיר אמרינן דכל שעומד לשרף אף לדידן דלא קיי"ל כר"ש ולאו כשרוף דמי מ"מ שיעור אין בו אבל בדבר שלא אכפת לן שיהיה שיעור הדבר בעינו ואף אם היה דק דק כל עוד שהי' בו תורת אוכל הי' מקרי שיעור לענין ט"א וא"כ כל עוד שלא נשרף לא שייך בזה כתותי מכתת שיעורא ועוד לא נעשה מצותו וצ"ל דהא כל כה"כ נתערב עם דבר היתר דבעודו נזרע מותר. וגדולה מזו כתבו התוס' במנחות דף ו' וחולין דף קט"ז דאף המשקה שנעשה אח"כ מה שגדל מקודם נאסר מכח תערובות. ולפ"ז אם היה נשרף שוב היה בודאי בטל ברוב דאפר באפר בודאי בטל ברוב ועיין מ"א סי' תצ"ח וא"כ בזה שפיר אמרינן כתותי מכתת שיעורי' דכל שהיה נשרף הי' בעצמותו מותר דהי' בטל ברוב ואמרינן כיון דלשריפה קאי כתותי מכתת שיעורי'. ובזה מיושב מה שלא הקשו מערלה דבערלה לא שייך כתותי מכתת שיעורא ועדיין צ"ע בזה דאיך שייך כתותי מכתת שיעורי' דאם נעשה אפר היה מותר לגמרי דהיה בטל ברוב דאף דכל הנשרפין אפרן מותר היינו משום דנעשה מצותו אבל כאן ממילא היה בטל ברוב ומותר וצ"ע בזה. עכ"פ יהיה איך שיהיה בנקברין ודאי לא שייך כתותי מכתת שיעורא בדבר שא"צ שיהיה הדבר כלו ביחד וכמ"ש למעלה. ובזה נראה לי לפרש דברי הר"ן במ"ש ומיהו באותם שצריכין ביעור למ"ד כל העומד לשרוף ותמהו כלם דמה בעי לשלול במ"ש ומיהו באותם שצריכין ביעור הא עד עתה מיירי ג"כ בזה ולפמ"ש י"ל דבעי לשלול באותן הנקברין דא"צ ביעור ובזה מיושב קושית הפר"ח סי' קכ"ד והג"פ שם ודו"ק. וראיתי בישוע"י לדו"ז הגאון ז"ל שהקשה על הר"ן מהא דאמרו בירושלמי לענין קידושין בכתבו על א"ה דכשר ואמאי לא יפסול בדבר שצריך שריפה משום דכתותי מכתת שיעורא וגם אמאי לא יישב הירושלמי הא דקתני פסול דמיירי בכה"ג ע"ש. ולפמ"ש אתי שפיר דבקידושין דהיא יכולה להתקדש בזה דעכ"פ לדידה שוה לה וגם שלכה"נ מותר ולא שייך בזה כתותי מכתת שיעורא דניהו דמצדו כתותי מכתת שיעורי' עכ"פ מצדה נהנית מזה וכבר נסתפק המלמ"ל בהלכות אישות בכה"ג דלדידה שוה אי מקודשת דבהנאה תליא מלתא אבל בגט דעיקר הוא מצדו דכתיב ונתן והיא מתגרשת בע"כ כל דלדידיה כתותי מכתת שיעורא פסול דליכא נתינה ודו"ק. והנה בהא דאמרו במעילה דף ז' דמחשבין על האבוד והשרוף ומקשה הש"ס כיון דאין

מחשבין על הנשפכין גם על האבוד אין מחשבין ומסיק רבא דעל העומד לשרוף ולאיבוד מחשבין וכ"כ הרמב"ם פי"ד מפהמ"ק הי"ח לכאורה משמע דלא כר"ש דלדידיה כל העומד לשרוף הוה כשרוף ובשלמא על האבוד י"ל דבדבר שאינו בשריפה לא אמר ר"ש משא"כ בשריפה. אבל באמת רש"י תיקן שם וכתב דלא מיירי בעומד לשרוף רק שנשרף ונאבד אח"כ אבל בשעת שחשב לא הי' עומד לשרוף כלל וכפי הנראה רש"י הרגיש בזה משום דכתב במנחות דף ק"ב דקי"ל כר"ש דכל העומד לשרוף כשרוף דמי אבל התוס' שם ד"ה אלא פירשו דמיירי בעומד בפי כלב ובפי כבשן ולדידי' משמע דלא קיי"ל כר"ש. ומדברי הרמב"ם אין הכרע לאחד מהפירושים ובאמת שכפי הנראה אזיל בשיטת התוס' דאל"כ היה לו לבאר דנשרף אח"כ לא שעומד לשרוף וא"כ צ"ע בזה. ובאמת הא דאמרו שם דבנשפכין כיון דלאיבוד אזיל לא מהני בהו מחשבה לא מצאתי מבואר בדברי רבינו פי"ג מפהמ"ק הז"ח ובעין משפט ראיתי שרשם פי"ז מפהמ"ק ה"ז ובהלכה ז' לא נמצא כלל וגם בה"ח לא ראיתי זאת וגם לא ביאר רבינו כפי אחד מפירושים שברש"י ותוס' שם מה הכוונה להך דנשרפין ודו"ק:

ה והנה לכאורה קשה לי בהא דאמרו בחולין דף קכ"ט ר"ש ארישא קאי אאבר ובשר מדולדלין בבהמה וכו' ר"ש מטהר א"ר אסי א"ר יוחנן מ"ט דר"ש מכל האוכל אשר יאכל אוכל שאתה יכול להאכיל לאחרים קרוי אוכל וכו' וקשה הא ר"ש מודה בבע"ח הואיל והיתה לו שעת הכושר דמקרי אוכל ולפ"ז כיון דבהמה בחייה לאו לאברים עומדת הרי בהמה בחייה כל זמן שלא נתלש האבר היה עומד לאכילה ע"י שחיטה ובהמה בחייה בחזקת איסור עומדת ל"מ לשיטת התוס' דמשום אינו זבוח הוא וא"כ לעכו"ם מקרי אוכל שעכ"פ יכול להאכילו לעכו"ם ואף לשיטת רש"י דבחזקת אבמה"ח עומדת אבל עכ"פ כל שמתה מאליה מותרת לב"נ וא"כ כל שא"צ מעשה להכשירה לא מקרי חזקת איסור וכמ"ש הרשב"א ביבמות דף ל"א ומכ"ש כאן דאין אנו דנין על חזקת איסור רק אם היה לו שעת הכושר והרי כל שבהמה בחייה לאו לאברים עומדת היתה לה שעת הכושר וא"כ כל הבהמה ואף אותו אבר טרם שנתלש היתה לו שעת הכושר ולר"ש ג"כ בכה"ג אוכל מקרי וגם כל שהי' יכול לחזור ולחיות לית בי' משום אבמה"ח כמבואר בסי' ס"ב וא"כ היה לו שעת הכושר והיא קושיא גדולה וצ"ל דר' יוחנן לשיטתו דס"ל בחולין דף ק"ב דבהמה בחייה לאברים עומדת ולכך מחייב שתים ושפיר לא מקרי אוכל. ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דאמרו בחולין דף ע"ג ע"ב שחיטה תנינא נשחטה הבהמה הוכשרו בדמי' דברי ר"מ ר"ש אומר לא הוכשרו בדמי' והקשו התוס' דטפי הו"ל לאקשויי אר"ל דאמר דפליגי באבר ועוברין ע"ש שהניחו בתימה והיא באמת תימה רבתי

ולפמ"ש אתי שפיר דהרי התוס' הקשו שם על מה דמשני דאי מהא הו"א דמאי הוכשרו אבשר ולעולם דשחיטה עושה ניפול והקשו בתוס' דא"כ למה אמר ר"ש לא הוכשרו דמשמע דוקא ע"י הבהמה והא גם שאר הכשר ל"מ דהו"ל אוכל שא"י להאכילו לאחרים ותירצו דהו"מ לומר לטעמי' דרבנן וליה לא ס"ל ולפ"ז י"ל דגם המקשן הוה ידע דיכול לשנויי דהוכשרו אבשר ורק דדחיק לי' דכיון דר"ש לא ס"ל כלל דהוכשר למה השיב לא הוכשרו בדמי' ודחיק לי' דלטעמי' דרבנן קאמר. והנה כ"ז אליבא דאמת דקי"ל דבהמה בחייה לאברים עומדת אבל לר"ל דס"ל דלאו לאברים עומדת ופליג אר"י בדף ק"ב שם וא"כ לדידי' מקר' שפיר אוכל שהי' לו שעת הכושר וא"כ לשיטתו אין התחלה לקושית הש"ס די"ל הוכשרו אבשר קאי ור"ש פליג דס"ל לא הוכשרו בדמי' הא שאר הכשר מועיל ודו"ק.

1 והנה בהא דאמרו במנחות דף וא"ו דטריפה מקרי היתה לה שעת הכושר שאל אותי הרב המופלג מו"ה פייביל שרייאר נ"י מבוטשאטש דהרי קרי ליה בבכורות דף י"א לשור הנסקל ועגלה ערופה שלא היתה להם שעת הכושר לפי שבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת וא"כ ממילא גם טריפה היא כן והשבתי דאם הוקדשה ואח"כ נטרפה ונימא דלאו לאברים עומדת א"כ שוב אינה בחזקת אבמה"ח ושפיר הי' לטריפה שעת הכושר. ובלא"ה י"ל דעכ"פ לענין איסור טריפה הי' לו שעת הכושר דכל שתשחט תצא מחזקת אבמה"ח ותטהר מידי נבילה ותהיה אסורה משום טריפה משא"כ בשור הנסקל ועגלה ערופה דלא קאי כלל לשחיטה מיהו בב"ק דף מ"א אמרו דשור הנסקל אף דשחטי' משחט אסור אבל באמת א"צ לכל זה דשם בבכורות אנו דנין אם יש לו שעת הכושר לאכילה משא"כ במנחות דאנו דנין שהיתה לו שעת הכושר לגבי המזבח וכל שלא נטרפה היתה לה שעת הכושר וז"ב ופשוט. והנה בהא דאמרו במנחות דף ק"ב נותר ופרה אמאי מטמא טומאת אוכלין עפרא בעלמא הוא א"ל חיבת הקדש מכשרתן וקשה מה זו סברא דהא סוף סוף כעת הוא נותר ואסור וענוש כרת ואיך שייך חבת הקדש בזה והרי הוא עומד לשרוף וכשרוף דמי לר"ש ועפרא בעלמא הוא ואיך שייך חיבת הקדש בעפרא בעלמא. אך נראה דהא מה שהוא נותר הוא רק מצד קדושת קדשים שהתורה צותה שלא יהיה נותר אבל בחולין לא הי' נותר רק בקדשים א"כ ע"י חיבת הקדש נעשה כעפרא בעלמא ולכך חבת הקדש מכשרתו להיות טמא וז"ב כשמש. ואם חומה היא נבנה עליה טירת כסף במ"ש התוס' בפסחים דף י"ד ד"ה דאיכא דאין אוכל מטמא אוכל אפילו מדרבנן ומ"מ משכחת שלישי ע"י עצים ולבונה והדבר יפלא דהא עצים ולבונה לאו בני אכילה נינהו ורק דחבת הקדש מכשרתו להיות אוכל וא"כ היאך יהיה יציבא

בארעא וכו' והרי אין אוכל מטמא אוכל בקדשים אף שבאוכל בודאי שייך חיבת קודש ועיין צל"ח שהרגיש בזה ולפמ"ש א"ש דבאמת ל"ש כ"כ חבת הקודש באוכל שנטמא ועומד לשרוף וכדאמרו במנחות ורק דכל היכא דע"י חיבת הקדש נעשה אוכל הוא דשייך חיבת הקודש ולפ"ז בשלמא אוכל דגם בחולין שייך טומאה א"כ אין הטומאה נצמח בשביל הקדש דווקא ולכך אינו מטמא אוכל אבל עצים ולבונה דלאו בני אכילה נינהו כלל ועיקר בא ע"י חבת הקדש א"כ שפיר יכול לטמא אחר ג"כ וגם יכול להיות נטמא מאוכל טמא דאף דאוכל טמא ל"ש חבת הקדש מ"מ מה בכך דל"ש חיבת הקדש מ"מ עכ"פ לא גרע מעצים ולבונה דהם לאו בני אכילה כלל ואפ"ה ע"י חיבת הקדש נעשה כאוכל וא"כ לענין שיהיה יכול להיות מטמא עצים ולבונה דחבת הקדש מכשרתו להיות אוכל מכ"ש באוכל בעצם רק שנטמא דיוכל לטמא עצים ולבונה עכ"פ ולכך שפיר נטמאו עצים ולבונה מהאוכל הטמא וגם מטמא אחר ג"כ כיון דעצים ולבונה לאו בני אוכל נינהו אבל אוכל טמא א"י לטמא אוכל שני דבשני אוכלים ל"ש חיבת הקדש בהאוכל שנטמא ואיך יהיה מטמא האוכל השני הא ל"ש חיבת הקדש והאוכל השני הוא בקדושתו ושם אוכל עליו בעצמותו:

ז ובזה מיושב היטב מה דהקשה אותי החריף מו"ה מאיר ברא"ם נ"י בהך דבשר שנטמא בולד הטומאה דשורפין עם בשר שנטמא באב הטומאה וע"ז הקשה דלר"ש דאמר כל העומד לשרוף כשרוף דמי יקשה דהא הוה עפרא בעלמא וע"כ משום דחבת הקדש מכשרתו ולפ"ז כיון דחבת הקדש מכשרתו שוב מטמא מחמת חבת הקדש והוה כמו עצים ולבונה שכתבו התוס' דע"י חבת הקדש נעשה שלישי ולפמ"ש דז"ש התוס' דאוכל אינו מטמא אוכל דבזה ל"ש חבת הקדש וכמ"ש מלתא בטעמא ודו"ק. ומה שרצה מעלתו לחדש דע"כ ל"ש חבת הקדש מכשרתו אף דעפרא בעלמא הוא רק כל שהיתה כבר טמאה לא יצא מטומאתו עד שיפסל מאכילת כלב כמבואר ברמב"ם בפ"א מט"א אבל לקבל טומאה ל"מ חיבת הקדש כל שנעשה כעפרא שוב לא יוכל לקבל טומאה הולד טומאה מאב הטומאה. הנה רואה אנכי שזה סותר למה שאמרו דעצים ולבונה דודאי לאו אוכל נינהו ואפ"ה מועיל חבת הקדש לטמאותן והתוס' הוסיפו דאף דאין אוכל מטמא אוכל מ"מ ע"י עצים ולבונה נעשה שלישי וע"כ דחבת הקודש מועיל לשויא אוכל אף מה שלא הי' אוכל מעולם מכ"ש בזה דעודנו אוכל וגדולה מזו הקשו התוס' בחולין דף ל"ז על משקה בית מטבחייא דנימא דחבת הקדש מטמא אותן אף דהמשקה קל יותר מאוכל וכל שנפסל משתיית אדם יש מקום לומר דאינו מטמא ועיין ברמב"ם וראב"ד פ"א מט"א שם וע"כ אין לדבריו מקום:

ח והנה בשנת תרי"ב בר"ח אלול הקשה אותי הרב החריף מו"ה אהרן נ"י ראבד"ק סטרעליסק בהא דאמר ר"ש דלכך אין מטמא ט"א משום דכתיב מכל האוכל אשר יאכל והקשה דל"ל קרא הא ר"ש ס"ל כל העומד לשרוף כשרוף דמי וא"כ הו"ל כעפרא בעלמא וכמו דהקשה הש"ס במנחות דף ק"ב ומשני משום דחיבת הקדש מכשרתן אבל כאן ל"ש זאת ואמר שלפי שהברייתא יש בשם הרבה דברים שהן מהנקברים וכמו שור הנסקל וכבר נסתפקו הראשונים והאחרונים אם בנקברים שייך ג"כ כל העומד להקבר כקבור דמי ולכך הוצרך לטעם דלא מקרי אוכל. ולפענ"ד י"ל דאף דמדרבנן צריך קבורה שלא יכשל באיסור אבל מה"ת הי' מקרי אוכל ומטמא ולכך צריך קרא דמה"ת לא מטמא ט"א ודו"ק. והנה במה שהבאתי למעלה דברי הש"ס חולין קכ"ט דאבמה"ח אינו חשוב אוכל לר"ש שא"י להאכילו לאחרים וקשה טובא הא בבכורות שם מבואר משום דאסור בהנאה הוא דל"מ אוכל שאתה יכול להאכילו לאחרים אבל כל שמותר בהנאה מקרי אוכל וא"כ אבמה"ח דמותר בהנאה אמאי לא מקרי אוכל שאתה יכול להאכילו לאחרים וצ"ל דזה דוקא בכל הני דחשיב דאין איסור על הנכרי רק משום דאסור בהנאה לישראל לכך כל שאין אסור בהנאה שפיר מקרי אוכל דיכול להאכילו לעכו"ם אבל אבמה"ח שגם הב"נ נצטווה א"כ אף דאינו אסור בהנאה ולכלבים שרי להאכיל מ"מ כל שאין ראוי להאכיל לנכרי משום דב"נ אסור ועובר הישראל משום לפני עור לא תתן מכשול א"כ מקרי אוכל שא"י להאכיל לאחרים ועיין רש"י בחולין שם שפירש דא"י להאכילו בהיתר משמע משום דא"י להאכילו לעכו"ם בהיתר שהרי נאסר לעכו"ם לכך לא מקרי אוכל ואף דבתרי עברי דנהרא הוא דאסור מ"מ ניהו דהעכו"ם היה יכול לטלו אבל לא מקרי אוכל לגבי' דבאמת אסור ועוד כיון דאינו שלו רק של ישראל א"כ לא מצי למשקל מעצמו רק אם ירשהו הישראל שוב לא מקרי אוכל ואף דהרמב"ם פ"י ממלכים ה"ב כתב דאין עונשין בב"נ חש"ו לפי שאין להם דעת מ"מ אסור הישראל להאכילם ולא מקרי אוכל כל שאינו ראוי לעכו"ם לאכול וצ"ע דזה הטעם אינו מפורש בהדיא ובאמת כל דמקרי אוכל מצד עצמו ואינו אסור בהנאה אף שלעכו"ם אסור באכילה מ"מ הראוי להיות מקרי אוכל. עוד קשה לי דהרי מקרי אוכל שהרי יכול לבטלו ברוב ומה"ת מותר לבטל איסור וא"כ שוב מקרי אוכל שראוי להאכיל לאחרים דבשלמא אם אסור בהנאה אסור לבטל דהרי נהנה וכמ"ש בחוות דעת סי' צ"ט לענין נר חנוכה דכל שאסור בהנאה ל"ש ביטול דמ"מ נהנה אבל אבמה"ח דמותר בהנאה רק שלעכו"ם אסור שוב מותר לבטלו. ומזה ראיה ברורה למה שנסתפק הפרמ"ג ביו"ד סי' ס"ב אי אבמה"ח לב"נ שרי בביטול ברוב אי אחרי רבים להטות שייך בב"נ ואף דנרא' דבביטול בששים גם לב"נ

שרי דהרי ליתא במציאות וגם טכ"ע לא שייך רק לישראל ולא לב"נ מ"מ הא לענין ביטול הכמות צריך שיתבטל ברוב וכמ"ש דו"ז הגאון ז"ל על הנוב"י לענין איסור שבא לעולם בתערובות והארכתי בזה בתשובה וא"כ שוב לב"נ ל"מ ביטול ברוב. אמנם אחר העיון א"צ לכ"ז דבאמת כל הטעם דביטול ברוב הוא משום דהאיסור נהפך להיתר או דאמרינן על כל אחת דאינו האיסור א"כ עכ"פ גוף האבמה"ח אין ראוי להאכיל לאחרים ורק אחר הביטול נפקע האיסור או שאינו איסור אבל אותו שנאסר זה א"י להאכיל לאחרים וגם לפמ"ש הנוב"י מהד"ב בחיו"ד סי' דביבש ביבש ל"מ ביטול ומה"ת אסור לבטל ל"ק. והנה הארכתי בזה ליישב אבל עוד לא נתחוור לי וצ"ע. אמנם אי קשיא הא קשיא דהיאך רצה הש"ס שם לומר דר"ש קאי אמציעתא והא שחיטה אינו עושה ניפול וא"כ אוכל שאתה יכול להאכיל לאחרים הוא ובשלמא לפי הס"ד דקאי אריש א"ש אף דבמעורה ויכול לחיות ל"ש אבמה"ח כמבואר פ"ה ממ"א ה"ו מ"מ זה דוקא בששחטה אח"כ ולא קודם שנשחט' אבל במציעתא דהוה לאחר שחיטה ואין שחיט' עושה ניפול וא"כ ל"ש אבמה"ח. וצ"ל דמכאן ראיה ברורה למ"ש הרמב"ם פ"ה ממ"א ה"ו שם דאסור מה"ת אף שאינו לוקה וכלם תמהו דמשמע דאין בו רק משום מצות פרוש בלבד ולפמ"ש מוכח דעכ"פ אסור מה"ת דאל"כ יקשה לר"ש דהו"ל אוכל שאתה יכול להאכיל לאחרים דכל שמותר לישראל גם לב"נ מתיר השחיטה ועיין ביו"ד סי' כ"ז. שוב ראיתי ברש"י שם ד"ה אלא ובמהרש"א שם. ולפמ"ש גם במציעתא ג"כ חולק ר"ש משום דעכ"פ אסור ואולי רש"י ס"ל דאין בו רק מצות פרוש בלבד: ומדי דברי זכור אזכור מה דתמיה לי דברי הכ"מ פ"ט הי"א עמ"ש הרמב"ם דאחד אבר ואחד בשר מן החי והכ"מ תמה דהא לר"י דיליף בשר מן החי מטריפה א"כ ב"נ דטריפה מותר בו וא"כ מנ"ל דאסור בבמה"ח ועלח"מ שכתב ליישב דגם ר' יוחנן מודה בעכו"ם ע"ש שהביא ראיה דא"כ יקשה הברייתא דר' אושעיא לר"י ובאמת שכבר קדמו בחידושי רשב"א בחולין דף קכ"א. אבל אני תמה דלמה לא הביאו מכאן דר' יוחנן מפרש דר"ש מטהר דקאי על בשר דר"ש מטהר משום דא"י להאכילו לאחרים הרי מפורש דר"י ס"ל דבשר אסור משום דפירש מן החי ואסור לב"נ והוא תימה גדולה על הכ"מ:

ט ודרך אגב ארשום מה שנשאלתי בהא דנהגו העולם באם אין לחם משנה ויש שני בעה"ב ואין להם רק לחם משנה אחת ואחד לוקח שני לחמים ומברך וקודם שפורס לוקח השני הלחם ומברך ואח"כ מחזיר לראשון הלחם וע"ז נסתפק הרב מוה' יחיאל מיכל נ"י הובניר מק' ניזניב בשנת תרי"ד כ"ח שבט אם יוצאין בזה כיון דהוה כל העומד לחתוך כחתוך דמי ולא הוה לחם שלם להשני והאריך אי קי"ל כר"ש בעומד לשרוף

ולזרוק והביא ראיה ממס' כלים פי"ט מ"ב וחולין נ"ד דקי"ל כל העומד לקצץ כקצוץ דמי וגם במקוואות פ"י מ"ה לענין ידות הכלים דמטבילן עד מקום המדה וגם להחולקים על ר"ש כבר אמרו בחולין דף ע"ג דבחבורי אוכלין מודה דכמאן דמפרת דמי. הנה יסלח לעיין במ"ש בשו"ת זקני בעל שער אפרים סי' א' ונכדו זקני הגאון בח"ץ סי' ס"ב מלא את ידיו בזה ומכ"ש בנדון כזה דבאמת עודנו שלם רק שעומד לחתוך מ"מ בעוד שלא נחתך עודנו מקרי שלם לענין לחם משנה והברכה אינו עושהו כחתוך כנלפענ"ד במידי דאינו רק מדרבנן:

י והנה ביום ב' קדושים ג' אייר תרי"ד עיינתי עוד בענינים אלו וארשום בקצרה מה שראתה עיני בדברי זקני הח"ץ ז"ל סי' ק"ז במה שמיישב דברי הרמב"ם פ"ג מאה"ט ה"ב וג' ליישב תמיהת הראב"ד ופירש דמ"ש בזבחים דף ק"ה אמרי במערבא צריכין הכשר טומאה ממקום אחר קאי על רבנן ולא על תנא דבי ר"י וא"כ מבואר כשיטת הרמב"ם. ולכאורה חשבתי דא"א לנטות ימין ושמאל בזה. אמנם אחר העיון א"א לומר כן דמלבד דקשה א"כ למה צריכין רבנן לומר שעיר המשתלח אינו מטמא שהוא חי והחי אינו מטמא אוכלין ומשקין והלא לדבריו בע"ח א"י לקבל טומאה. וממילא א"י לטמא אחרים והי' די בשאמר מפני שהוא חי והחי אינו מיטמא ולא מטמא. ומלבד כל זאת אני תמה מאד דלדבריו שפרה מיירי שנטמא מאבר המטמא אות' וא"כ כבר נפסלת וא"כ יקשה מ"ט דר"מ דל"ש לומר מפני שסופו לטמא ט"ח דהא כבר נפסל' ואינו סופו לטמא ט"ח וכמ"ש התוס' בב"ק דף ע"ו בד"ה השני פרה בסופו ע"ש וגם דשעירי המשתלח ע"כ אינו מקבל טומא' וא"כ ממילא גם פרה אינו מיירי שמקבל טומאה ממק"א ולומר דר"מ מיירי שלא קיבל טומא' רק מעצמו מטמא ורבנן חולקין בשעיר המשתלח משום דהם מיירי שמקבלו טומא' זה דוחק גדול ולא ישוער דהא משמע דבמה שאיירי ר"מ ע"ז פליגי רבנן לענין שעיר המשתלח ומודו בפרה ופרים ואם איתא לדברי הח"ץ הא בזה שמיירי ר"מ בהא נחלקו רבנן גם בפרה ופרים דהא ר"מ ע"כ מיירי בלא נגע שרץ או טומא' אחרת בפרה דאל"כ מ"ט דר"מ דמטמא דל"ש דסופו לטמא ט"ח וגם בשעיר המשתלח ל"ש כלל נגיעת טומאה דבע"ח אינו מטמא לכ"ע ובזה לא נחלק אדם ועוד תמהני דלדברי הח"ץ ז"ל דרבנן מיירי כשנגע טומא' ור"ש דפליג בתוספתא והובא בב"ק שם מיירי ג"כ שנגע טומאה וא"כ יקשה הא דאמרו במנחות דף ק"ג דלר"ש דכל העומד לשרוף כשרוף דמי פרה ונותר אמאי מטמא הא עפרא בעלמא היא ומשני דחיבת הקדש מכשרת ואם איתא הא כבר נפסל' הפרה ול"ש חיבת הקדש עוד ושאני נותר דאף דנפסלה מ"מ מצד הקדש נפסל' שנותר אבל פרה נפסלה משום דנוגע בה שרץ ול"ש חבת הקדש כלל

וז"ב. ובאמת גוף דבריו הוא לפי מה שגרס לפנינו צריכין להכשר טומאה ממקום אחר אבל התוס' בב"ק שם כפי הנראה דגרסו אין צריכין הכשר טומא' ממקום אחר והיינו דהכשר טומא' אינם צריכין אבל הכשר אוכל בעי וא"כ אין מקום לפירושו. וע"כ נראה ברור דלכך נדו כלם מפירושו שהוא לכאורה פשוט בדברי הש"ס. שוב מצאתי בשיטה מקובצת בב"ק שם שהביא בשם ר"ת שפירש דל"ח פרה סופה לטמא ט"ח הואיל ואינה מטמא' לה מגופה אלא ע"י עוסקי' ומפרש פלוגתא דר"מ ורבנן דר"מ ס"ל דכיון דסופה לטמא ט"ח ע"י עוסקי' מקרי סופו לטמא ט"ח אבל רבנן ס"ל דלא מקרי סופו לטמא ט"ח ולכך צריכין לרבנן הכשר מים והכשר שרץ כלומר ע"י הכשר ונגיעת שרץ הוא דמקבלי טומאת אוכלין אבל שעיר חי אינו ראוי לקבל טומאה בעודו בחיים. הנה מבואר פירוש הח"ץ ז"ל שזכה לכוין לפירוש ר"ת אבל לפענ"ד צע"ג כמ"ש ואולי ר"ת לא ס"ל סברת התוס' בשם ר"י דאף לאחר שנפסלה מ"מ סופו לטמא ט"ח אבל הדבר צע"ג כמ"ש. גם מ"ש עוד הח"ץ במ"ש הרמב"ם פ"ה מפרה אדומה בזה במחכת"ה הציץ מבין החרכים וכבר העלה בזה זקיני וזקיני הגאון בשער אפרים סי' א' בזה דברים ברורים והביא דברי הרמב"ם בכמה מקומות ומה שחסר עוד השלים בסי' ל"ח ועיין ח"מ וב"ש ופר"ח סי' קכ"ד ביארו הדברים בשרשן ע"ש ודו"ק:

יא והנה האחרונים העירו דלמה יתחייב בב"י אם נימא דבפחות מכזית אינו עובר על ב"י א"כ נימא גם בכשיעור כתותי מכתת שיעורי'. ולפענ"ד נראה דבר חדש דבאמת גם בנותר ופיגול צריך להבין למה יתחייב כשאכלם הא כתותי מכתת שיעורי'. אמנם נראה ד"ח דהנה ח"ש אסור מטעם דאחשביה וכמ"ש הח"ץ ז"ל סי' פ"ו ולפ"ז נ"ל ברור דאף לר"ל דח"ש מותר היינו בדבר שאין לו חשיבות מצד עצמו רק דהוא אחשבי' מדאכלי' בזה י"ל דכל שהוא בעצם אינו חשוב ל"מ חשיבתו ללקות אבל בדבר שיש בו שיעור רק דעומד לשרוף כל דהוא אחשביה שוב חשיב שיעור וחייב אף דעומד לשריפה וכתותי מכתת שיעורי' אבל עכ"פ הוא אחשביה ודבר דחשוב בעצמו רק שהתור' צותה לשרפו בזה מועיל מה דאחשביה.

יב ובזה נראה לפענ"ד ליישב קושית התוס' בעירובין דף פ' דלמה כשר לחי של אשרה הא כתותי מכתת שיעורי' ועבב"י סי' שס"ג. ולפמ"ש כיון דלחי העומד מאליו צריך שיסמכו עליו מבע"י ולפ"ז כל דאחשבי' וסמך עליו שוב חשוב שיעור דהרי אחשביה והא דאמרו במנחות ק"ב דבנותר חבת הקדש מחשבי' היינו לענין טומאה דלא אחשביה ולכך צריך שחבת הקדש מחשבו. ולפ"ז כל הטעם דאינו עובר על ב"י פחות מכשיעור הוא משום דל"ש חשיבות במה שמניחו ואינו שורפו. ולפ"ז כל שיש בו שיעור בעצם רק

שאתה אומר דאינו מחשבו במה שמניחו אבל כיון דהתור' עשתה אינו ברשותו כאילו הוא ברשותו מכ"ש בדבר שעומד לשרוף כ"ז שלא שרפו הו"ל כאילו לא נשרף ועובר על ב"י כיון דבעצם הוא שיעור חשוב כנלפענ"ד. ובזה אמרתי דבר נחמד במה דכתב רבינו פ"ב משגגות הט"ז דאם היו לפניו צלי של פסח ושל נותר ונתחלף ואכלו חייב שהרי לא עשה מצוה והקשה בצל"ח פסחים ע"ב דהרי מקור הדבר מהא דאמר שם ר"ל נתחלף לו שפוד של נותר בצלי ומנ"ל דמיירי בפסח שזמנו בהול ולא פירש דמיירי בקדשים אחרים שזמנם ליום ולילה או שני ימים דאין זמנו בהול אבל בפסח דאינו רק עד חצות א"כ הוה זמנו בהול ע"כ ע"ש שהניח בצ"ע. והנני יוסיף דרש"י באמת כתב בשאר קדשים. ולפמ"ש אתי שפיר דהרי לכאורה קשה דשם דנתחלף לו בשוגג שוב יקשה דאיך יתחייב על נותר דהא נותר כתותי מכתת שיעורי' וא"ל דאחשבי' והוא בעצמותו חשוב דז"א דהרי בשוגג ל"ש אחשבי' כמ"ש הריטב"א במכות דף י"ז גבי ר"ש דלא אמרו כשיעור רק לקרבן ובפרט כאן דהוא נתכוין למצוה והיא קושיא נפלאה ולפמ"ש הרמב"ם א"ש דמיירי בפסח דאז אינו עומד לשרוף דאין שורפין נותר בי"ט וא"כ אז עכ"פ אינו עומד לשרוף ושפיר הוה שיעור חשוב וחייב ודו"ק ואף שיש לפקפק דעכ"פ עומד לשרוף רק שארי די"ט רביע עליו מ"מ י"ל דכל דעכ"פ כעת אינו עומד לשריפה ל"ש בזה כתותי מכתת שיעורי' ודו"ק היטב. ובמ"ש דכל דהוא שיעור חשוב בעצם שייך אחשבי' אף לר"נ בזה הי' נראה לפענ"ד דיש מקום לומר דביוה"כ דהוא ככותבת הגסה והוא יותר מזית א"כ שוב אם אכל כזית אף ר"ל מודה דאסור והטעם דהרי באמת זית הוא שיעור חשוב בכל איסורי מאכלות ורק ביוה"כ התורה שיערה בככותבת דבהכי מייתבא דעתי' וא"כ עכ"פ זית הוא באמת חשיב מצד עצמו ושוב שייך אחשביה דבהכי באמת הוא חשוב מצד עצמו וביומא דאמר בדף ע"ז ע"ב הניחא לר"י אלא לר"ל מא"ל היינו דמשמע דאף בכ"ש ממש דהיינו אף בפחות מזית וזה מותר לר"ל אף ביוה"כ אבל ביותר מזית אסור לר"ל. ובזה מיושב הא דכפל לשון הניחא למ"ד ח"ש אסור מה"ת וכו' הניחא לר"י אלא לר"ל מא"ל והיינו דר"י ור"ל נחלקו בשאר איסורים ושם הח"ש היא בפחות מזית וזה גם ביוה"כ פטור אליבא דר"ל. ובזה יש להסכים דברי הירושלמי פ"ו דתרומות דאמר מודה ר"ל ביוה"כ ובש"ס דילן משמע גם ביוה"כ ח"ש מותר לר"ל ולפמ"ש י"ל דשם מיירי ביותר מזית דגם זה מקרי ח"ש לגבי יוה"כ ואפ"ה מודה ר"ל דאף דלגבי יוה"כ השיעור הוא בככותבת כל דעכ"פ שיעור חשוב מקרי בשאר איסורים אסור לר"ל ביוה"כ ודו"ק היטב. ובזה יש מקום ליישב דברי הכו"פ שהקשה בסי' ק"י על הירושלמי דאמר דמש"ה לא עשו שני ימים יוה"כ משום הסכנה וע"ז הקשה לר"ל דחצי שיעור

מותר א"כ היו יכולים לתקן ויאכל פחות מכשיעור ולא יסתכן ומ"מ חשוב עינוי ותמהו האחרונים דהא לשיטת הירושלמי מודה ר"ל ביוה"כ. ולפמ"ש א"ש דדוקא מה שיותר מזית אבל קושית הכו"פ דיאכל חצי השיעור פחות מזית ובזה אפילו ביוה"כ מותר לר"ל ודו"ק. והנה בהא דאמרו דשור הנסקל מטמא טומאת אוכלין ופירש"י דהיינו לאחר שנגמר דינו דלאחר שנסקל מטמא טומאת נבילות וק"ל לשיטת ר"ת דפירש דשור הנסקל אינו נאסר מחיים מה יענה לזה מיהו זה אינו דגם ר"ת מודה דלאחר ששחטו למפרע נאסר ולק"מ:

סימן פז

א להרב המופלג מוה' מאיר נ"י מווילקאטש

ב מה שהקשה בהא דאמרו בב"ב דף קל"ח ע"ב שכ"מ שאמר מנה יש לי ביד פלוני העדים כותבין אע"פ שאין מכירין לפיכך כשבא לגבות צריך ראיה וע"ז הקשה דמה מועיל אותו השטר הא הו"ל מפי כתבם וכל שאינו בצוואת בע"ד מקרי מפי כתבם כמבואר ברז"ה ביבמות פ"ג וא"כ כאן שאין הלוה בפנינו ואין העדים מכירין כלל הלוה איך כותבין ולמה צריך להשמיענו שא"י לגבות כ"א בראיה ומה חשו חכמים לב"ד טועין. הנה לפענ"ד הדבר פשוט דלק"מ דטפי הי' לו להקשות דמה שייך שטר בשזה אומר שזה חייב לו והא פשיטא דלהמלוה לא יכתבו שטר שלא בפני הלוה. אך באמת שם מיירי בשכ"מ שמצווה לפני מותו וא"כ לכך כותבין כדי שידעו היתומים אח"כ אצל מי הי' לו לאביו מעות ויחקרו וידרשו ע"ז אח"כ אולי ימצאו ראיה דאם לא יכתבו אז כשילכו העדים או ימותו ולא ידעו היתומים אצל מי מגיע להם מעות וזה שנחלקו ר"מ ורבנן דר"מ ס"ל כיון דבאמת אין לו דין שטר כלל דאין המלוה נאמן לומר שזה חייב לו ורק שכותבין לזכרון דברים לכך כותבין וכשיבאו לגבות באמת יצטרכו להביא ראיה בעדים והשטר הלז חספא בעלמא הוא ורבנן ס"ל דחיישינן לב"ד טועין שמא יחשבו ששטר זה יש בו ממש ויחשבו שכבר נודע להב"ד באמת שמגיע לו והלוה הודה וכדומה ולכך נתנו לו שטר ולכך ס"ל דלא יכתבו וז"ב מאד ופשוט אלא שמעלתו נתקשה בזה הרבה. וראיתי בטור שם בסי' רנ"ה שהביא בשם הרמ"ה דדוקא כשהש"מ מחלק זאת לאיש אחר שאין מעידין על גוף הלואה רק על הצוואה וכיון דיש לו זכות למקבל בזה לכך כותבין ולדידי' בפשיטות א"ש דלענין מה שצוה לתת להמקבל מקרי שטר גמור כיון שאין מעידין על הלואה דבזה צריך לשאל להלוה אבל מה שצוה מקרי שטר כיון דנעשה ברצון המצוה לא

מקרי מפי כתבם אבל גם להטור החולק א"ש בפשיטות ודו"ק ועיין בב"ח מ"ש בכוונת הרמ"ה ולפמ"ש א"ש בפשיטות דברי הרמ"ה ודו"ק היטב בלשון הרמ"ה:

ג והנה מדי דברי בענין מפיהם ולא מפי כתבם אזכיר מה שמצאתי דבר נפלא בשו"ת רמ"ע מפאנו סי' קכ"א שכתב לבאר שיטת רש"י והרמב"ם דס"ל דמדאורייתא הו"ל בכל אופן מפי כתבם דהרי בד"נ ודאי דפסול מפי כתבם ואפומא דשטרא לא מקבלינן עדות כלל וא"כ אם נימא דבזה חלוק ד"מ מד"נ אמאי לא תני בהא דתני בסנהדרין פאד"מ החילוקים שבין ד"מ לד"נ וע"כ דמה"ת אף ד"מ פסול מפי כתבם וגם דמה"ת בעינן דרוח"ק אף בד"מ והיאך אפשר לחקור מפי הכתב וע"כ דמה"ת באמת פסול מפי כתבם בכל גווני ורק אחר דבטל דו"ח בד"מ כדי שלא תנעול דלת בפני לווין הכשירו גם מפי כתבם בזה זהו תורף דבריו ע"ש שבירר זאת באורך. והנה באמת דבר גדול דיבר הנביא ובאמת מ"ש דמפי הכתב ל"ש דו"ח כ"כ כעין זה מצינו בש"ע חו"מ סי' י"ג ס"ג דאין לדיין לקבל טענות מהכתב ומקורו מהריב"ש וביאר הטעם והובא בסמ"ע שם ס"ק י"ב דמפי הבע"ד אפשר לחקור ולהבין מי טוען אמת ומי טוען שקר אבל בכתב יוכל ליפות השקר בתיקון הלשון ע"ש וא"כ מכ"ש דו"ח דזה ודאי צריך להיות מפיהם ולא מפי כתבם ובאמת שהמעיין בלשון הרמב"ם פ"ג מעדות ה"א שהתחיל בדין זה דמה"ת אחד ד"מ ואחד ד"נ בדו"ח וחכמים אמרו כדי שלא תנעול דלת בפני לווין שלא להצריך דו"ח והאריך בענין דו"ח עד ה"ד ובבע"ד כתב הדין הלז דבשטר מה"ת לא מועיל מפי כתבם ומשום תקנת נעילת דלת הקלו בעדות שבשטר וא"כ מבואר כדברי הרמ"ע ואף למ"ד בכל התורה לא דריש סמוכין במשנה תורה דריש שכן דרכו בקדש להסמיך הלכה להלכה שיהיה כמו הקדמה להלכה הסמוכה לאחר זה וז"ש שבקנס ואצ"ל במכות וגלות אין מועיל בכתב כמ"ש בפ"ב דבזה צריך דו"ח. ולדעתי מזה יצא לחז"ל להקל בדו"ח בד"מ ומנין להם לעקור דבר תורה בשביל תקנת הלווין וע"כ משום דעדות שבשטר ע"כ כשר מדרבנן דזה ודאי תקנת העולם דכל העולם אין מלוין בלי שטר ושטר עדיף מעדים שמא ימותו וא"כ הוכרחו לעשות עדות שבשטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד לכך בטלו כל דו"ח בד"מ וז"ב מאד:

ד ובזה מובן מה דאמר ר"ל עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ול"ל לומר כמי שנחקרה משום דבאמת הא דכשר בשטר אף שלא נחקרה דמדרבנן נעשה כמי שנחקר בב"ד. ובזה מיושב היטב מה דהקשה הש"ך בסי' כ"ח על הרמב"ם מהא דאמרו בגיטין בדין הוא דבקיום שטרות וכו' וכדר"ל דאמר עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה בב"ד דמי ורבנן הוא דאצרוך וכו' הרי משמע דמועיל עדות שבשטר מה"ת

ולפי מה שכתבתי אדרבא מבואר כהרמב"ם דמה"ת באמת לא הועיל דצריך דו"ח רק שנעשו כמו שנחקרה עדותן בב"ד והיינו מדרבנן שבטלו דו"ח וגם גיטי נשים כד"מ דמי לענין דו"ח ורק מדרבנן החמירו להצריך קיום עכ"פ וכמו דצריך קיום לכל השטרות מדרבנן והיינו משום אם לא יהי' קיום יש לחוש שמא מזוייף ושוב ל"ש תקנת הלוין דהרי יש לחוש שמא לא לוה וצריך דו"ח מן התורה ע"כ הצריכו קיום וכל שלוה שוב שייך כמו שנחקרה עדותן בב"ד וא"כ גם בגיטין כן מדרבנן צריך קיום ורק משום עגונא אקילו בה רבנן וז"ב. ובזה י"ל דזה טעמו של הר"ר אביגדור דכל דבע"ד מכחיש ואומר שמזוייף הוא צריך קיום מדאורייתא והש"ך בחו"מ סי' מ"ו ס"ק ט' כתב להשיג עליו דמה"ת לחוש לזיוף מה"ת. ולפמ"ש א"ש דבאמת מה"ת בטל עדות שבשטר דהא צריך דו"ח ורק מדרבנן הכשירו דל"צ דו"ח וא"כ זה כשנתקיים השטר ושייך תקנת הלוין אבל כל שלא נתקיים השטר שוב צריך להתקיים כדי שלא להצריך דו"ח וז"ב:

ה ובזה מיושב מה שהקשו הש"ך והב"ש סי' קמ"א דא"כ למה בגט אף כשיבא הבעל ויערער לא מאמינים לו והא שוב צריך קיום מה"ת. ולפמ"ש א"ש דכל שחז"ל האמינו להשליח ולא אצרכו קיום ומטעם דאי אתי בעל ומערער פסל לי' מידק דייק וא"כ שוב הוה כמו שנחקרה עדותו בב"ד וא"צ קיום מה"ת וגם מדרבנן הוה כאילו נחקרה וז"ב מאד ודו"ק. ומיושב בזה היטב קושית התוס' שם ד"ה חד שהקשו דאיך פסל לי' ולמה יהיה נאמן ולפמ"ש א"ש דבאמת דלהס"ד דלא מידק דייק שוב יהיה נאמן הבעל אבל כל שמידק דייק אינו נאמן מה"ת ודו"ק היטב:

ו שוב ראיתי בב"ש סי' קמ"א ס"ק ג' שכתב להקשות לשיטת הרמב"ם דמפי כתבם לא הוה רק מדרבנן א"כ לא מהני גט הבא ממדינת הים מה"ת וזה א"א. ולפמ"ש הדבר מבואר בש"ס דרק מדרבנן עשו כמי שנחקרה עדותן בב"ד וא"כ שוב מועיל מה"ת כל דא"צ דו"ח וכמ"ש וז"ב. ובזה מיושב קושית הב"ש סי' קמ"ב ס"ק ה' דאמאי כשבא הבעל וערער בא"י אינה מגורשת כלל והא מה"ת ל"צ קיום ולפמ"ש א"ש דכל שלא אמר בפ"נ ולא עשו כמו שנחקרה עדותן בב"ד שוב צריך קיום מן התורה בשביל שלא יצטרך דו"ח וז"ב ועיין תומים סי' מ"ו שהאריך בענין הלז ולפמ"ש מיושב היטב ואכ"מ להאריך באופן שלפענ"ד בדברי הרמב"ם אין לנטות ימין ושמאל שכן הי' שיטתו ולפמ"ש מ"ש הרמב"ן דמצינו ד"נ וקנסות שהן עפ"י כתב לפמ"ש א"א לומר כן דכל דבעי דו"ח פשיטא דפסול ע"י שטר וכמ"ש וע"כ כמ"ש המג"א דמה שכשר ע"י שטר הוא משום דלא דנין על השטר כלל ודו"ק. ובזה הן נסתר מחמתו דברי הש"ך סי' ל"ג שדעתו דגם בממון בעינן עדות שאילה"ז אף דבטלוהו לדו"ח דאל"כ הא בעדות שבשטר ל"ש עדות שאילה"ז דיכלו

לומר אחרנוהו וכתבנוהו וכדאמרו בסנהדרין ר"פ אד"מ ומיהו לשיטת הרז"ה דבשטר ל"ש כלל תורת הזמה א"ש והדברים עתיקים. עכ"פ דברי הרמב"ם נכונים:

ז והנה לפ"ז צריך להבין שיטת הרי"ף ודעימי' דבעדות שבשטר שהוא תחת יד הבע"ד אף מה"ת כשר צ"ב דעכ"פ בעי דו"ח והיאך שייך בכתב דו"ח. אמנם נראה דהרי"ף ס"ל דדוקא בע"פ י"ל דדלמא משקרי ודיבורא מקרי ואמרי ולכך הצריכה התורה דו"ח שאז נודע כי אמת נכון הדבר ויודעים שבדיבורם יגמרו המעשה ולכך הצריכה התורה דו"ח אבל כל שחתמו על השטר ועשו מעשה הוה כאילו נחקרה עדותן בב"ד דמעשה לא עבדי בשקר וחזקה על עדים שחתמו בשטר ועבדו מעשה דודאי עשו כהוגן והוה כאילו נחקרה עדותן בב"ד וזהו כעין מ"ש בגיטין דף מ"ז דיבורא מקרי ואמרי מעשה לא עבדו ועיין בתוס' שם דגם דיבור שיגמור המעשה ע"י לא אמרו ולכך כל שיש דו"ח ויודעים שנגמר ע"י המעשה הוה כדיבור דאית בי' המעשה אבל בשטר דעבדי מעשה וחתמו הוה כנחקרה עדותן בב"ד וז"ב בסברא. ובזה מיושב היטב דברי הרי"ף שכתב דדוקא כי מסר לי' לבע"ד הוא דמקרי שטר ולא הוה מפי כתבם אבל היכא דאיכא לשטרא ת"י סהדי דאי בעו כבשו לשטרא וכל כמה דלא נפיק מת"י סהדי כמו דלא אסהדי. ולא נודע היטב ההבדל שבין ת"י עדים לת"י הבע"ד ולפמ"ש א"ש דכל שהוא ת"י העדים ויכולים לכבשו ת"י שוב ל"ש לומר דהוה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ומטעם דמעשה לא עבדי דהא לא מקרי מעשה דיכולים לכבשו ת"י ולא נגמר המעשה ולכך לא מהני משא"כ ביוצא ת"י הבע"ד דאז כבר נגמר המעשה שוב הוה כמו שנחקר עדותן בב"ד וז"ב מאד. ומזה ראיה למה שהבין הב"י בסי' כ"ו בדעת הרי"ף דעיקר החילוק של הרי"ף בין הגיע ליד הבע"ד ובין הוא תחת ידם וחולק על הרמב"ן ונמוק"י שמחלקין בין ראוי ליתנו לבע"ד או לא ובתומים סי' מ"ז הקשה דא"כ מה יתרץ הב"י קושית הראב"ד והרמב"ן והנימוק"י דכמה שטרות שהם ת"י העדים ואינם מספיקים ליתנו לבע"ד עד ששוכחין עיקר העדות ואמאי לא נקרעינה דזה הוה מפי כתבם. ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דמקרי מפי כתבם הוא לפי שלא נגמר המעשה וא"כ כל שנותנין ליד הבע"ד אמרינן דלא עבדי מעשה לתתם ליד בע"ד שטר חתום כל שלא הי' זוכרין העדות היטב ומסתמא גמרו היטב הענין והוה כמי שנחקרה עדותן בב"ד וז"ב. ובחידושי אמרתי ראי' להבנת ב"י בדברי הרי"ף מהא דכתב הרא"ש בפ"ק דב"מ דמדברי הרי"ף נראה דהא דאמרו דאביי ס"ל עדים בחתומיו זכין לו וה"מ דקא מטי לידי' דזה דוקא בשטרי הלואה ומכר דצריך זה לזכות בדבר אבל כשזוכה בדבר שהוא כבר ת"י זכה בשעת חתימה אפילו לא יבא השטר לידו לעולם וגם אם מכר או נתן הקרקע לאחר אחר חתימת העדים כל שלא הגיע ליד הלוקח לא זכה הלוקח ע"ש

ותמה הש"ך בסי' ל"ט דא"כ קשיא שוברין דאמאי לא יחזור וכי נמלך מה הוה ול"ש לומר דלא הגיע לידו דבשוברין לא בעינן דמטי לידי' ע"ש. ולפמ"ש א"ש דבאמת גוף סברת הש"ס דבעינן מטי לידי' צ"ב דלמה לא יזכה תיכף וצ"ל דכל שלא הגיע לידי' מקרי מפי כתבם וכמו שהבין הב"י מדברי הרי"ף דכל שיכולין לכבש השטר ומכ"ש אם החזירו השטר ליד הלוה דאז לא מקרי שטר והו"ל מפי כתבם וז"ב ולפ"ז נ"ל דבר נחמד דלכך מחלק הרי"ף בין דבר שצריך לזכות ובין דבר שהוא כבר ת"י דהנה בהא דאמרו בב"ב דף נ' דמחאה בפני שנים וא"צ לומר כתובו והקשו התוס' דהא הו"ל מפ"כ דהא לא הי' מדעת המתחייב ואינו בנוסח שטר וכתב הנימק"י בשם האחרונים דכל שכתבו מדעת המוחה בלשון שליחות פלוני העידנו על עצמו לכתוב עליו שמיחה לא מקרי מפ"כ ואף דאינו מדעת המתחייב דבעלמא בכל שטר בעינן צוואת המקנה דומיא דספר המקנה דהוה דבר שבינו לחבירו אבל כאן אין הדבר תלוי אלא בו ע"ש ובקצה"ח סי' ר"ה שביאר הדברים ולפ"ז דברי הרי"ף מבוארים דדוקא היכא שצריך המלוה לזכות בשעבוד הקרקעות של לוה אז בעינן שיהי' מטי לידו דאל"כ מקרי מפ"כ אבל בדבר שהוא ת"י והוא יכול לזכות אף בלי שטר א"כ אין הדבר תלוי אלא במי שמסתלק מזה א"כ כל שכתב השטר אף דלא הגיע לידו כל שזה נסתלק מזכותו וא"כ לגביה לא מקרי מפ"כ דהוה מדעת המתחייב אף שלהרי"ף בעינן שיהיה בתורת שטר ועיין רמב"ן פד"א במלחמות מ"מ זה דוקא בדבר שתלוי בדעת שניהם אבל כל שבא לזכות בדבר שת"י כל שזה נסתלק זכה זה תיכף ול"צ להשטר כלל וא"כ אף שלא הגיע לידו מקרי שטר גמור וז"ב מאד ולכך גם הדין במכר שמכר באמצע לאחר דנתבטלה הזיכוי ג"כ נכון דכל שכבר מכר באמצע ולא מטא ליד הלוקח הראשון מקרי מפ"כ ולא הוה שטר וז"ב כשמש:

ח ולפ"ז מיושב היטב קושית הש"ך דהרי בסי' רמ"א מבואר דכל שיש שטר ל"מ מחילה כל שלא החזיר השטר ועיין בגליון הש"ך שם שכתבתי ראיה נפלאה מהירושלמי וזה לשוני שם עש"ך ס"ק ד' ושם אינו מבואר רק לענין שטר ולא לענין משכון ואז מצאתי בירושלמי פ' שני דייני ה"ב מפייס הווינא ומחיל לי הגע עצמך דהו"ל משכון מפייס הוינא ומהדר לי משכונא משמע דכ"ז שהמשכון ת"י ל"מ מחילה מדלא קאמר סתם מפייס הוינא ומחיל לי וה"ה לענין שטר. אחר זמן רב האיר ד' עיני ומצאתי בשיטה מקובצת בב"ק דף מ"ט גבי משכונו של ישראל ביד הגר שכתב ראיה זו ולא ביאר היטב שלא העתיק לשון הירושלמי יפה ע"ש ושמחתי עכ"ל. עכ"פ לא מהני מחילה כ"ז שלא החזיר השטר וא"כ שוב מקרי מפ"כ הרי בעינן שיזכה בשובר דאל"כ ל"מ מחילה כ"ז שלא החזיר השטר. אך באמת הדבר נכון דהרי הרי"ף כתב זאת גבי הא דאמר אביי בדף

כ' שובר בזמנו טריף דאמר אביי עדיו בחתומיו זכין לו והרי שם מיירי בקרקע המיוחד לכתובתה כמ"ש רש"י בד"ה ומפיק לשובר שכתוב בניסן וכו' ויחזיק הבעל בקרקע המיוחדת לכתובתה שלא כדין וא"כ לענין הקרקע המיוחדת לכתובתה שפיר מועיל מחילה בשובר אף דלא מטא לידה דאף דלא החזירה כתובתה הא אין המחילה כעת רק על הקרקע שייחד לה לכתובתה וכתובתה סתם הוא על כל הנכסים ושפיר מועיל מחילתה ולא מקרי מפ"כ וז"ב. ולפ"ז מיושב היטב קושית הש"ך דבשובר על שטר מלוה בהא שפיר צריך שיגיע לידו דכ"ז שלא החזיר השטר לא נתבטל השטר והו"ל השובר מפ"כ ודו"ק היטב כי חריף הוא ונסתייע שיטת הב"י. אבל באמת לא אכחד קושט דברי אמת דהעיקר כהבנת הרמב"ן במלחמות ובספר הזכות והנימוק"י בדברי הרי"ף דהכל תלוי אם הוא שטר שראוי לתתו ליד המלוה אף שלא נתנו הו"ל כפקדון ביד העדים מיד המלוה משא"כ בשטר קידושין דכל שאסור ליתנו ליד האשה שמא תמחוק הזמן שוב לא מקרי שטר ואף דיכולין לכבש השטר כ"ז שלא נתנו מ"מ כיון דעבדי מעשה וחתמו השטר והמלוה יוכל לתבוע הזכות שיש תחת ידם כמבואר סי' ט"ז ס"ד דהאומר לחבירו שטר שיש לי תחת ידך זכות בו לי דצריך להראותו לו ע"ש וא"כ ה"ה בזה כל שיש לו בו זכות ושטר נכתב שיתנו להמלוה א"כ אף שיש ת"י העדים הרי הוא כאלו נפקד מן המלוה ביד העדים אבל כל שאין רשאין לתנו להאשה לא הוה תורת שטר עליו רק שטר משמוש ומקרי מפ"כ וז"ב:

ט ובזה אמרתי ליישב דברי הש"ע חו"מ סי' מ"ו סל"ה דאם חתם על השטר טרם שנעשה חתנו ואח"כ נעשה חתנו דהוא א"י להעיד אבל אחרים יכולין להעיד על חתימתו ודוקא שהשטר יוצא מת"י אחר אבל כשיוצא מת"י עדים לא והוא מהב"י שחידש כן עפ"י הרי"ף דכל כה"ג הוה מפ"כ ותמה הקצה"ח דלפי הרמב"ן והנימוק"י הנ"ל אין נ"מ בזה דכל שהי' יכול לתנו ליד הבע"ד מקודם אף שלא נתנו רק לאחר שנעשה חתנו אף ביד העדים מקרי שטר ע"ש שהניח בקושיא. והנה על הב"י בעצמו באמת ל"ק דהב"י לשיטתו שכתב בסי' כ"ח דבעינן שיגיע לידו ושוב לא מקרי שטר והקצה"ח לא נזכר מדברי הב"י אלו אבל עכ"פ לדידן דקיי"ל כשיטת הרמב"ן והנימוק"י א"כ אין מקום לדין הלז וכן הקשה בתומים ורמז בקיצור לשונו ע"ש ולפמ"ש א"ש דכיון שנעשה חתנו אח"כ א"כ פקע יד בעלים מיניה וא"כ ל"ש דהוה כנחקרה עדותן בב"ד דהא לא הגיע ליד בעלים ואף דאמרינן מדחתם מסתמא הי' כהוגן ז"א דאדרבא אמרינן כיון דיכול לכבשו עוד לא נגמר המעשה וכאן ל"ש לומר כיון דיכול לבקש מידו השטר שוב הוה כהופקד ביד העדים דז"א דכעת לא יוכל לבקש מתחת ידו דהא הוא קרוב ואין ראיה מה שנמצא

כעת זכות ת"י ושוב הו"ל מפ"כ וז"ב מאד. וגם י"ל דגם הרי"ף מודה דע"כ לא אמרינן דהוה בשטר כמו שנחקרה עדותו בב"ד רק במי שראוי להגיד בפה כעת אבל אם כעת נעשה חתנו ואינו ראוי להגיד בפה מה מועיל מה שכעת נותנו ליד הבע"ד ונעשה כמו שנחקרה עדותו הא כעת אינו ראוי להגיד והוה כמו אלם וגם הרי"ף מודה דבאלם לא הוה כמו שנחקרה וכשיטת ר"ת דבאלם פסול מפ"כ:

י ובזה יש ליישב קושית הש"ך שם ס"ק צ"ג דאמאי אלם פסול לחתום שטר הא לפי שיטת הרי"ף ודעימיה כל שהוא שטר ל"ש מפי כתבם ולפמ"ש א"ש דגם הרי"ף מודה באלם שאינו ראוי להגיד ול"ש כמי שנחקרה רק שגם באינו אלם מצריך הרי"ף שיהיה שטר שיהיה שייך לומר דהוה כמי שנחקרה עדותו בב"ד וז"ב מאד. והנה ע"א בשטר יש דיעות אם הוה כשטר ועיין בתוס' כתובות דף כ' ובטוש"ע חו"מ סי' נ"א. ולפענ"ד תלוי בשיטה הנ"ל דלשיטת הרי"ף דס"ל דמשום דהוה שטר לא מקרי מפ"כ א"כ בע"א דל"ש כמי שנחקרה עדותו בב"ד דע"א אינו נאמן רק לשבועה ול"ש בי' ענין דו"ח והזמה ועיין ברז"ה ורמב"ן במלחמות בסנהדרין גבי עדי גניבה בנפש ועיין נוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ע"ב ובקצה"ח סי' ל"ח וא"כ לא מקרי שטר אבל לשיטת הרמב"ם דהוא משום דבטל דו"ח בד"מ א"כ ל"ש מפ"כ בזה וא"כ מכ"ש בע"א דלא בעי כלל דו"ח והזמה ופשיטא דהוה ע"א בשטר עדות מעליא. ובזה מיושב היטב קושית הנוב"י מהד"ק חלק אהע"ז סי' ל"ג דאמאי פסק רבינו דע"א בשטר זוקק לשבועה והו"ל מחשואיל"מ הא שטר אינו רק דרבנן לשיטת הרמב"ם וא"כ ל"ש מחשואיל"מ בדרבנן. ולפמ"ש א"ש דאדרבא בע"א לענין שבועה הו"ל השטר מה"ת דלא בעי דו"ח וז"ב. ובזה אני אומר דבר נחמד בהא דאמרו בגיטין דף ט"ו ע"ב אלא אמר ר"א אפילו אומר אני הוא עד שני פסול מ"ט או כולו בקיום הגט או כלו בתקנת חכמים והקשו התוס' דמי איכא מידי דאלו אמר בפני נחתם כשר ומשום דאמר אני הוא עד שני פסול. ולפמ"ש א"ש דבאמת אין כאן רק ע"א בשטר דעל חתימתו אינו נאמן רק לקיים חתימתו דהרי ל"ש לומר דמעשה לא עבדי דהא עד הראשון לא עשה מעשה רק בצירוף השני שנעשה השליח א"כ כל שלא עשה שליחותו עוד לא עביד מעשה ושוב צריך שני עדים דל"ש לומר דמה"ת כמי שנחקרה עדותו בב"ד דהא עוד לא הוה השטר בגדר שטר כ"ז דלא מטי ליד האשה ול"ש לומר דהוה כאלו מידה הופקד ביד עדים דכ"ז שלא יעיד השליח על העד הראשון לא יהיה גט כלל וא"כ כ"ז שלא הגיע לידה לא נעשה גט כלל וא"כ צריך לקיים הגט מה"ת ולכך פסול דצריך להיות כלו בתקנ"ח אבל כאן צריך לקיים חתימתן מה"ת וכעין זה כתב הקצה"ח סי' מ"ו ס"ק י"ח לפי דרכו ולפמ"ש הדבר מבואר היטב ועיין נתיבות המשפט לשארי

הגאון מליסא ז"ל שדחה דברי הקצה"ח ובמחכת"ה דחהו בקש דמ"ש שיצא מקודם ליד הבע"ד קודם שעשאו שליח להולכה במחכ"ת ז"א כיון דעשאו אח"כ שליח להולכה ובידו לכבשו ולא ליתנו שוב אין עליו גדר שטר ומ"ש דא"כ גם השטר צריך לקיים מה"ת דהרי לא יצא רק ליד השליח ולא להאשה ע"ש ליתא דכל שא"י לכבשו שוב הוה תורת שטר דראוי לתנו ליד האשה אבל השליח בעצמו יכול לכבשו ולא ליתנו אבל למ"ש א"ש כל הדברים ואין אתי המשובב לעיין:

יא ובזה מיושב היטב מה דאמר אח"כ בדף ט"ז ע"ב ל"ש אלא שאין יוצא מתחת יד שניהם אבל אם יוצא מת"י שניהם כשר אלמא קסבר שנים שהביאו גט ממדה"י א"צ שיאמר בפנ"כ ובפנ"ח והקשו בתוס' דמנ"ל זאת דלמא שאני הכא דאחד מסהיד אכתיבה ואחד אחתימה ולפמ"ש א"ש דהרי באמת קשה אמאי יכשר כשהגט יוצא מתחת יד שניהם הא הו"ל מפ"כ וכאן לא הוה גדר שטר דהרי אינו ראוי לתנו ליד האשה עד שיאמרו בפנ"כ ובפנ"ח וא"כ לא הוה כמופקד בידם מן האשה כיון דצריכין עדן לקיימו ושוב לא כשר אחד על הכתיבה ואחד על החתימה דל"ש לומר דמה"ת כמי שנחקרה עדותן בב"ד דהא עדן תחת ידם ומצו לכבשו ולא לומר בפנ"כ ובפנ"ח ולכך ע"כ מוכח דא"צ שיאמר בפנ"כ ובפנ"ח וא"כ אף שהוא תחת ידם הוה כמופקד בידם וידם כיד האשה דמי ולא הוה מפ"כ וכשר היטב ודו"ק כי חריף הוא ויש להאריך בזה בסוגיא שם.

יב והנה רש"י כתב דמפיהם ולא מפ"כ שלא ישלחו כתוב עדותן לב"ד ע"ש ובנימוק"י פד"א ובתוס' כתובות שם וב"ב דף מ"ם ולפענ"ד הוא ג"כ מטעם זה דע"י כתבו אפשר ליפות השקר דלא שייך דו"ח וכמ"ש הרמ"ע מפאנו וכמ"ש לעיל בשם הריב"ש. ועכ"פ ת"ל נתברר היטב כל השיטות בענין מפיהם ולא מפ"כ. ולפמ"ש אפשר ליישב קושית הקצה"ח סי' ס"ח שהקשה בהא דמבעיא בכתובות דף כ"ד אי אמנה שבשטר קמסהדי או אכלה מלתא קא מסהדי והקשה הוא דלכל השיטות יקשה דניהו דאכולה מלתא קא מסהדי מ"מ לענין זה שהוא כהן הו"ל מפ"כ ואין לו דין שטר לזה ע"ש ולפמ"ש א"ש דל"ק לשיטת הרמב"ם דבזה"ז דל"צ דו"ח כשר מפ"כ א"כ לענין יוחסין דלא בעי דו"ח וגם כיון דאכולה מלתא קמסהדי והו"ל כאלו נחקרה עדותן בב"ד א"כ ממילא מועיל גם לענין יוחסין וגם לשיטת הרי"ף אף שלפי דעתו גם בזה"ז שבטל דו"ח בד"מ מ"מ מפ"כ פסול הא כל שהוא שם שטר עליו ל"צ דו"ח ומטעם דמעשה לא עבדי וכיון דאכולה מלתא קמסהדי א"כ הוה כנחקרה עדותן בב"ד אכולה מלתא ודו"ק. וגם לשיטת בעה"מ דדעת המתחייב בעינן ועכ"פ כיון שנעשה שטר ולא קרינן בי' מפ"כ דמפי כתבו הוא א"כ אם נימא דע"ז לא מהמני שוב נתבטל כל עדותם מטעם עדות שבטלה מקצתו וכיון

דעל שטר מהמני והם אכולה מלתא קמסהדי לא מקרי מפ"כ וגם קושית מעלתו מב"ב יש ליישב עפ"ז ונלאיתי להאריך. ועיין ברי"ף פ"ב דכתובות גבי כותב אדם עדותו ומעיד עליו לאחר כמה שנים שרש"י פירש דיכול להעיד מפי כתבו וגם הרי"ף החזיק בפירוש הלז ודחה דברי הה"ג דלדבריו מה אמר רבא ש"מ מדר"י הני בי תרי דידעי סהדותא ומנשי חד מינייהו מדכר לי' חברי' דהא היינו הך עצמו. ולפענד"נ בפשיטות דסד"א דאחרים עדיפי דאם זה מזכירו שוב נפיק כולא ממונא נכי ריבעא אפומא דחד ולזה קמ"ל כיון דאחר מותר להזכיר להעדים והיינו דכל שמזכירין אותם נזכרים ומעידים מפי עצמם וה"ה כאן דכל שזה מזכירו שוב אומר מפי עצמו והר"ן שם הביא ראיה לפירש"י והרי"ף מהא דאמרו בתוספתא יפה כח עדים מכח שטר שהעדים שאמרו מת פלוני תנשא אשתו מצאו כתוב בשטר מת פלוני לא תנשא אשתו ואם אמרו מה שכתוב בשטר שמענו ושכחנו תנשא אשתו כותב אדם על השטר ומעיד לאחר מאה שנים ומשמע דמיירי משטר זכרון ע"ש ולפענד"נ דגם משם ל"ק דהנה צ"ב דלפי שטחת לשון התוספתא קשה למה קאמר יפה כח עדים הא גם בע"א שאומר מת פלוני תנשא אשתו וגם אטו בזה לבד יפה כח העדים והרי אם עדים אומרים שלא פרע מהמני ובשטר יכול לטעון פרוע ועוד כמה דברים. אך נראה דהנה ע"א במיתה דנאמן הוא ספק אם משום מלתא דעל"ג ולפ"ז נראה לפענ"ד ברור דאם נמצא כתוב בשטר שמת פלוני י"ל דעד סמך על השטר וכיוצא בזה כתבו לענין עד מפי עד דאינו נאמן מה"ת ומכ"ש במצא כתוב בשטר כיון דמה"ת ל"ח לזיוף רק דרבנן אצרכו קיום א"כ שוב י"ל דזה סמך על השטר ול"ח שמזויף הוא וכיון דאנן לא סמכינן על השטר שוב גם הע"א לא מהימן ועיין באהע"ז סי' י"ז סי"א. ולפ"ז זהו שנקט דיפה כח העדים שעדים נאמנים ושטר אין סומכין עליו ומ"מ אם עדים אומרים שמענו ושכחנו מועיל אלמא דכח עדים יפה מהשטר. ולפ"ז נ"ל דגם הך דכותב אדם עדותו על השטר ומעיד גם זה שייך לענין זה דיפה כח עדים דהנה באמת לפירוש הה"ג ע"כ דא"י לטעון פרעתי וכמ"ש הר"ן בשם הרשב"א. ולפענ"ד היה נראה דלכך א"י לטעון פרעתי דהו"ל כתוך זמנו דכיון שזה נתן לו קנין בפני עדים שיוכל לכתב עליו שטר אף לאחר מאה שנים ועכ"פ לא הוקצב זמן פרעון ושוב הוה תמיד כתוך זמנו. ומעתה זהו שיפה כח העדים שהרי על שטר צריך לשבע אם טוען אשתבע וכל שיש עדים אינו נאמן לטעון פרעתי ודו"ק היטב כי אף שזה רחוק בכוונת התוספתא אבל עכ"פ הדינים שחידשתי בזה נראה שיש מקום לאמרם להלכה ולא למעשה ודו"ק:

סימן פח

א לשנון וחריף בביאור דברי הרי"ף בשובר דל"צ מטי לידי'

ב מה שהארכת ליישב קושית הש"ך סי' ל"ט ס"ק ל"ט שהקשה על הרי"ף דסובר דבשובר לא בעינן מטי לידיה דהלה זכה במה שבידו וע"ז הקשה הש"ך דא"כ הדרא קושית הש"ס לדוכתא בב"מ דף י"ג דאמאי בשוברין לא יחזיר דכי נמלך מה הוה והא עבחז"ל אף דלא מטי לידי'. הנה אא"ז המג"ש בחו"מ סי' ז' האריך ג"כ בישוב קושיא זו ע"ש ולפענ"ד נראה דהנה בטעמו של הרי"ף נראה דהנה כל מה דבעינן מטי לידי' אף דעבחז"ל נראה לפמ"ש הר"ן בפ' המגרש לחלוק על הרמב"ן בענין מה שהאריך ליישב דאנן קיי"ל כשמואל דס"ל שודא ומוקמינן בכתובות כר"א דס"ל ע"מ כרתי המעיין בעומק הדברים ימצא דאף למ"ד עבחז"ל לא קני עד דמסר אחר כך וכל אותו היום יוכל לחזור בו וקנה מסוף היום למ"ד דבעינן מטי לידי' זהו העולה מכל הדברים ואף הרמב"ן מודה בזה יעו"ש היטב ולפ"ז עכ"פ אותו היום בודאי יכול לחזור בו וא"כ שפיר חיישינן כל שנפל דלמא חזר בו באותו היום ומועיל החזרה כיון דלא מטי לידיה ועבחז"ל לא מצי זכי תיכף דאין כותבין שעות רק מסוף היום וא"כ יוכל לחזור בו עדיין כל אותו היום וממילא אין מחזירין ולפ"ז זהו דוקא בדבר שאינו ת"י אבל בשובר דמחל לו החוב א"כ משעה שחתמו לו זכו דבמחל לו זכה תיכף וא"כ כל שהיו עבחז"ל שוב ל"מ מה שחזר בו וקני באותה רגע שכתב לו ול"מ חזר בו וז"ב בטעמו. איברא דבסי' רמ"א בח"מ מבואר שני הדיעות אם בתפס שטר מועיל מחילה ולפ"ז בשובר על השטר ל"מ מחילה א"כ שוב נוכל לחוש דשמא נמלך. אך נראה דלפמ"ש העיטור והובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק ע"ז במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דמחול דשם מועיל אף דלא הדר השטר והלוקח תפס השטר דכיון שאין ביד המוכר שטר שוב מועיל מחילה ולפ"ז בשובר בכה"ג שמכר השטר שפיר מחזירין דל"ש בי' נמלך. ולפ"ז י"ל דהרי"ף מיירי בשובר בכה"ג שפיר מחזירין אבל בסתם שובר דל"מ מחילה שפיר אין מחזירין והא דאמר בדף כ' אביי לטעמי' דאמר עבחז"ל היינו משום דבאותו יום ל"ח שמא מכרה שטר כתובה כמ"ש התוס' שם א"כ שפיר שייך עבחז"ל בשובר ודו"ק ובלא"ה י"ל במה שהקשית דהא ל"מ מחילה היכא דתפיס שטרא דכיון שכתב שובר ע"כ דטען דאבד השטר דאל"כ בודאי אין כותבין שובר אליבא דכ"ע ועיין סי' נ"ד וא"כ הו"ל כמוכר שט"ח דכל דאין לו השטר שוב מועיל המחילה וגם בזה יש ליישב דברי הרי"ף דבש"ס מיירי שכתב שובר וזה נתרצה וכדומה באופן דל"מ מחילה ודו"ק שוב ראיתי דהרי"ף קאי בהא דאמרו שובר בזמנו טריף ואביי לטעמי' דס"ל עבחז"ל ושם קאי באשה שיש לחוש שמכרה כתובתה ואין לה כתובה

בידה ושפיר מועיל מחילתה אף שלא מטי לידיה וכמ"ש למעלה בשם בעל העיטור דכל דליכא כתובה בידה שפיר מועיל מחילה ואיצטמיד פירושי ודו"ק ואף דחיישינן לשתי כתובות מ"מ אפשר דבכה"ג מהני מחיל' ודו"ק ולפמ"ש במק"א יש לקיים גם מ"ש פה. עוד י"ל בכונת הרי"ף דבאמת הא דבעינן מטי לידי' בסוף הוא משום דאי לא מטי לידי' במה יזכה ואף דעבחז"ל עכצ"ל דהעדים יזכו לו ויהיו נעשין שלוחין דהמלוה א"י לזכות לו בדבר שבידו כ"א ע"י אחר כמבואר בחו"מ סי' ר"ב וא"כ גם העדים לא יוכלו לזכות לו שהם נעשו שלוחי הלוה לזכות לו ואם יהיו נעשין שלוחי המלוה ג"כ הא לא חזרה שליחות אצל הנותן וכבר נסתפק בזה הש"ך בחו"מ סי' קפ"ה ס"ק א' אם יכולין להיות שלוחי הנותן והמקבל ביחד דהא לא חזרה שליחות אצל הנותן ע"ש ולכך בעינן דמטי לידי' ואז זוכה המלוה בעצמו ולא צריך שיהיה העדים שלוחין והם נעשו שלוחי הלוה וז"ב מאד. ולפ"ז שפיר כתב הש"ך דאם יש ת"י כגון בשובר שפיר זכה אף דלא מטי לידיה דל"ש לומר דהיאך יזכה בדבר שלא בא לידו דז"א דגוף המלוה ת"י ושפיר זכה בו משעה שעבחז"ל וכל שהמלוה זיכה לו ונסתלק מחובו זכה הלוה בחובו לא ע"י עדים. אך נראה דזה דוקא לענין שאם מכר לאחרים כבר זכה הלוה אבל אם רצה לחזור בו שפיר מצי חזר דבאמת כל דלא מטי לידי' עוד ברשותו לחזור ורק למכור לאחרים א"י למכור כל דאינה רוצית לחזור משוברה שנתנה להבעל דכבר זכה בו אבל אם באמת רוצית לחזור שפיר חוזרת בה וא"ל דהמכירה בעצמה הוה חזרה דז"א דכ"ז שלא חזרה בפירוש אין במכירתה כלום כנ"ל. ויש להמתיק הדבר דבאמת הש"ך נסתפק בדבר אם בעינן חזרה שליחות אצל הנותן וכתב דהוה אבעיא דלא אפשיטא ולפ"ז כיון דהוה ספיקא דדינא כל שנסתפק לכך בשובר זוכה אף שלא הגיע לידו וזוכה במה שבידו משא"כ במתנה וכדומה וא"כ זה טעמו של הרי"ף דבשובר לא בעינן שיגיע לידו. איברא דכיון דזה כבר נתחייב ויש ספק אם זכה במה שבידו הו"ל ספק בפרעון אך ז"א דהרי"ף קאי בשובר דכתובה ובכתובה לא ניתן לגבות מחיים קודם הגירושין או המיתה ושפיר זכה הבעל ע"ש ולפ"ז בשאר שוברין שפיר חיישינן שמא נמלך שלא ליתן ושפיר אמרינן דלא יחזיר ודו"ק כי הוא חריף ונכון וצ"ע על הרמב"ן שבפ"ק דב"מ גבי שובר בזמנו טריף מפרש דבעינן מטי לידי' בסוף עכ"פ וגם הש"ך הביאו והרי בגיטין שם כתב דלמאן דס"ל עבחז"ל לא בעינן מטי לידו כלל וכפי הנראה מרמב"ן שם עכ"פ רק שמואל ס"ל כן ועכ"פ דלשמואל קשה קושית הש"ס משוברין וכמו שהקשה הש"ס וצע"ג על הרמב"ן וגם על הש"ך שלא נזכר כלל מדברי הרמב"ן אלו:

ג וראיתי לאא"ז המג"ש בשו"ת פנ"י חלק חו"מ ס"ז שהביא קושית הש"ך שהקשה לו חכם אחד וכפי הנראה רמז להש"ך ז"ל והוא תמה עליו שהדבר מבואר ברמב"ן פ"ק דב"מ דלא זכה עד דמטי לידיה בסוף ע"ש ובמחכ"ת הש"ך יפה הקשה על הרא"ש שהבין דברי הרי"ף שלא בעינן מטי' לידי' בסוף ע"ש ובאמת הש"ך כתב שהראו לו דברי הרמב"ן וכפי הראות כוון להמג"ש ז"ל והביא ראיה שהבין דברי הרי"ף דבעינן מטי לידיה בסוף ע"ש ויפה כוון אבל באמת תמהני על שניהם שלא זכרו דברי הרמב"ן שבספר הזכות והר"ן מביאו בגיטין שם שפירש דלשמואל לא בעינן מטי לידי' כלל דאל"כ זה שמסר לו תחלה קני ושייך שודא וצ"ע ויש ליישב ודו"ק היטב ברמב"ן שם:

ד והנה במ"ש למעלה בשם בעל העיטור דלכך מועיל מחילה בשטר משום דליתא שטרא בידי' שאלני המופלג החריף מוה' מאיר בראם נ"י דא"כ בהא דאמרו חיישינן לתרי כתובות דא"כ מה מועיל גם אי ס"ל לדשמואל דמ"מ כיון שהכתובה יוצא מת"י אם איתא דמחלה הוה מחזיר' לי' השטר וכמ"ש הבעל העיטור ולא שייך לומר דליתא לשטרי' בידי' דהא מיירי כשהכתובה יוצא מתחת ידה וא"כ למה לא החזיר' הכתובה. והנה לפמ"ש למעלה כל דנתן שובר הוה כהחזיר השטר וא"כ שם מיירי בשובר מועיל מחילה. אך בלא"ה נראה דבכתובה ל"ש דהוה מחזיר הכתובה דהשתא דאסור לכתוב הכתובה בשם הלוקח דהוה כמי שאין לה כתובה וכמ"ש התוס' בסוגיא דתקנת אושא והוה קלה בעיני' להוציאה אף שבאמת מגיע להלוקח הכתובה מכ"ש אם תחזיר הכתובה לגמרי דהוה קלה בעיניו להוציאה. וגם בלא"ה י"ל דכל דמכרה הכתובה לאחר אף שנשאר הכתובה ת"י מ"מ ל"ש לומר דהו"ל לתת הכתובה לבעלה דהא השטר כתובה שייך להלוקח וא"כ היאך תחזיר לבעלה דאף דיכולה למחול אבל גוף הנייר א"צ להחזירו כמבואר סי' ס"ו סעי' כ"ג שני דיעות ועיין ש"ך שם ס"ק ס"א מ"ש לחלק בין פרוע למחילה או בין מכר השטר ללא מכר ועכ"פ במכר פשיטא דאין לו להחזיר גוף השטר המשועבד להלוקח וא"כ ל"מ תפס שטרא וז"ב:

ה ובזה מיושב מה שהקשה אותי הנ"ל דא"כ בנתן השטר אג"ק דדעת הרמב"ם פ"ו ממכירה דיכול למחול והא שם הוא תפס השטר דהרי מיירי שלא נתן לו השטר רק שהקנה לו אג"ק. ולפמ"ש א"ש דכל דהקנה לאחר שוב מועיל המחילה אף שתפס השטר דהוה כאילו אינו בידו דהרי הוא של הלוקח והו"ל כאלו הפקיד בידו השטר: ובגוף קושית הבעל העיטור דאיך יכול למחול והא בתפס שטרא ל"מ מחילה נראה לפענ"ד דבאמת לפמ"ש ר"ת דלכך יכול למחול לפי שיש ב' שעבודים שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים ולא מכר רק השיעבוד נכסים אבל שיעבוד הגוף א"י למכור כלל ע"ש ולפ"ז הא

שעבוד הגוף א"צ כלל לשטר דכל שהלוה לו משועבד הגוף לפרוע לו ועיקר השטר הוא על שעבוד הנכסים ולפ"ז שוב ל"מ תפש שטרא דהשטר הוא על שעבוד נכסי וזה כבר מכר ועיקר מה שמוחל הוא השעבוד הגוף וזה נשתעבד אף במלוה ע"פ וא"כ לענין זה ל"מ תפס שטרא וז"ב מאד. ואולי יש להעמיס בזה כוונת הבעל העיטור דליתא לשטרא בידי' דהיינו דזה אינו בידו דהשיעבוד נכסים שנתחייב ע"י השטר זה כבר מכר וליתא בידו ודו"ק היטב.

ו ובזה יש ליישב קושית הגאון מוהרח"י בקונטרס שיקול הדעת על מה שהקשו התוס' משורף שטר דהוה מזיק ממש ולא הקשו ממוחל דע"י דיבורו הוה מזיק וכבר הארכתי בתשוב' בכמה אנפין ולפמ"ש אתי שפיר דבאמת תפס שטרא לא מהני מחילה ורק שהוא אינו מוחל מה שנתחייב ע"י שטר רק השיעבוד הגוף ועי"ז ממילא נתבטל השעבוד נכסים וזה אינו מזיק ממש רק גורם. שוב נזכרתי שכ"כ התומים בסי' כ"ה ס"ק ד' אבל באמת עדיין יש לומר דסוף סוף הזיק להשטר וקלקל בזה שעבוד נכסים ולא גרע משטר שנמחל שעבודו דאינו גובה אף מבנ"ח דעכ"פ נמחל במקצת אבל לפמ"ש לא קלקל השטר דהרי הוא תפס שטרא וא"כ בכה"ג פשיטא דלא נקרא רק גורם וז"ב ודו"ק. ובלא"ה נראה לפענ"ד דע"כ לא כתב המרדכי דמחילה בתפש שטרא ל"מ רק לענין שיכול לחזור בו אם לא הי' קנין כ"ז שתפש שטרא אבל בלא תפש שטרא א"י לחזור אבל בלא חזר פשיט' דמועיל מחילה אף כשתפש שטרא והא דמקשה הבעל העיטור מהך דמוחל שט"ח היינו לפי מה דס"ד דאף שהמלוה אינו תופש השטר רק הלוקח אפ"ה מקרי תפש שטרא דעכ"פ לא החזיר ללוה שפיר פריך היאך מועיל מחילה הא הלוקח תופש השטר והוא ודאי חוזר וממילא ל"מ מחילת המלוה ומכ"ש כשגם המלוה חוזר כעת וע"ז אמר כיון דהוא לא תפש השטר היה מועיל המחילה מעיקרא אף שרוצה אח"כ לחזור המלוה דהוא כבר מחל ולא תפס השטר ולפ"ז מיושב כל קושי' דאם אינו רוצה לחזור פשיטא דמועיל מחילה אף שתפש השטר. ובזה יש ליישב קושית הגאון מוהרח"י הנ"ל די"ל דהתוס' לא ס"ל כחילוק הבעל העיטור משום דהוא לא תפס השטר ועיין ח"מ וב"ש סי' ק"ה דהקשו ג"כ קושית הבעל עיטור ולא נחתו לסברא זו. ולפ"ז באמת כיון דתפס השטר ובידו לחזור רק שאינו רוצה לחזור בזה עכ"פ לא מקרי מזיק ממש כיון דיכול עדן לחזור ואינו רק גורם לבד וז"ב מאד:

ז שוב ראיתי שהביא הטור בסי' י"ב בשם הר"ר ישעי' מה שצריכין קנין דוקא במידי דמצי הדר בי' כגון אתן לך או מחול לך אי תפש שטרא הרי בהדיא לענין חזרה אתמר הך דינא ובזה יש ליישב דברי הסמ"ע סי' י"ב מקושית הש"ך סי' י"ז שם ע"ש ודו"ק:

ח נחזור לענינינו במה שהבאתי בשם הרמב"ן דלמ"ד עבחז"ל לא בעי מטי לידי' כלל לכאורה קשה בהא דאמרו בגיטין דף מ"ב הכותב נכסיו לשני עבדיו קנו ומשחררין זא"ז וקשה ניהו דמסר לשניהם כאחת הא עכ"פ עדים בחתומיו זכין לאחד בתחלה אף דלא מטי לידי' ודוחק לומר דמיירי שלא הי' בע"ח כלל ואף במצוה לתת לידו דעת הש"ך בחו"מ סי' מ"ג דמועיל דלא כב"ח וצ"ל דעכ"פ ביום ההוא ל"מ רק לבסוף היום וכמ"ש הר"ן בפ' המגרש באורך ועיין תוס' ב"מ דף כ' וא"כ זכו שניהם בב"א כיון דאין כותבין שעות זכו שניהם כאחד בסוף היום. ובזה יש ליישב הא דמחלק בין אמר כלו ובין אמר חצי חצי ונדחקו רש"י ותוס' למה בחצי חצי עכ"פ שניהם ביחד מהראוי לזכות ולפמש"ל י"ל דבאמת כיון דעבחז"ל א"כ ממנ"פ אם נימא דיזכה כל אחד בעת כתיבת השטר וחתימתו וא"כ הרי שייר בקנינו דלא הקנה לו רק החצי מאי אית לך למימר ששניהם לא זכו רק בסוף היום עכ"פ בעת החתימה של הראשון הי' שיור עד דמטי לידייהו וגם בעת חתימת השני לא הי' רק בחצי והרי אף דזכו למפרע מ"מ לא זכו בעת החתימה רק כל אחד בחצי ואף למ"ד ע"מ כרתי מ"מ בעי ע"ח מדרבנן עכ"פ ובע"ח לא זכו בכלו וכעין זה כתב הר"ן שם ודו"ק ועפ"י שם: והנה לכאורה היה נ"ל דבר חדש בטעמו של הרי"ף דס"ל דבשובר לא בעי מטי לידיה עפמ"ש המסגרת השלחן בשם המהרש"ל דאם אומר שבלבו הי' למחלו ועכשיו רוצה להתנקם ממנו לאיזה סבה ותובעו לא מהני תביעתו דמחילה בלב הוה מחילה וכן הוכיח הסמ"ג דמחילה בלב מועיל דאל"כ מה מוכח מדלא תבעה כתובתה שנים רבות מחלה והא הוה מחילה בלב וע"כ דמועיל מחילה אף בלב אף דנקט שטרא ע"ש ולפ"ז לכך לא בעי בשובר מטי לידיה דאף בלא מטי לידי' כיון דעכ"פ העדים כתבו לו שובר עפ"י צוויו א"כ היה עכ"פ בלבו למחול לו וא"כ ל"מ חזרה. איברא דהקצה"ח ס"ק י"ב הביא דברים אלו בשם המהרש"ל ותמה ע"ז דבלב ל"מ דל"מ בשום מקום מחשבה בלב אף בהפקר והקדש וא"ל דמדין סילוק מועיל דז"א דהא סילוק ל"מ רק בדבר שלא בא לידו כמו דאמרו בכותב לה ועודה ארוסה אבל בחוב ל"מ. והנה דבר גדול דיבר בזה אבל אכתי קשה על הסמ"ג דמביא ראיה מדמועיל מחילה בכתובה שלא תבעתה כ"ה שנים הרי דמועיל מחילה בלב. אך נראה דהדבר נכון דבשטר כתובה ודאי מועיל דל"מ לשיטת מהראנ"ח הובא במלמ"ל פכ"ג מאישות דבדרבנן מועיל סילוק ולפ"ז כתובה דרבנן ודאי מועיל סילוק אלא אף לפי שאר חילוקים שם נראה כיון דכתובה לא ניתנה לגבות מחיים א"כ פשיטא דמועיל סילוק כל שמוחלת מחיים וא"כ אף שם דהיא אלמנה מ"מ כיון דכל התובעת כתובתה אין לה מזונות א"כ כ"ז שהיתה רוצית

לזון לא יכלה לתבוע הכתובה והוה כלא הגיע הזמן של הכתובה דכ"ז שיש לה מזונות א"י לתבוע הכתובה ושפיר מועיל המחילה על הכתובה כל שלא תבעתה כ"ה שנים:

ט ובזה נראה לפענ"ד ראיה לשיטת רש"י בכתובות דף ק"ד דפירש דהיורשים זנו אותה כשהיא בבית אביה והמרדכי פירש דעיקר החילוק שבין בית אביה לבית בעלה הוא משום דבבית בעלה נותן לה מזונות היורש משא"כ כשהיא בבית אביה. ולפמ"ש לא הי' ראוי להיות מועיל מחילה וכמ"ש ודו"ק. ובזה נלפענ"ד לפרש דברי הירושלמי וכן קי"ל בש"ע אהע"ז סי' צ"ג ס"ה דהתובעת כתובתה דהדין שאין לה מזונות זה דוקא כשתבעה מעצמה אבל כשרמוה או שתבעה מדוחק יש לה מזונות והיא תמוה דטעמא מאי. ולפמ"ש י"ל דהירושלמי מפרש דהא דתובעת כתובתה אין לה מזונות הוא משום דמחלה על מזונותיה ואף שמחילה בלב הוה מחילה ולפ"ז כל שהי' בטעות שרמוה או שתבעה מדוחק ל"ש מחילה ויש לה מזונות. ומזה ראיה לשיטת הר"ן והמ"מ דס"ל דמזונות מדרבנן ולכך יש לה יכולת למחול אף דכבר מגיע לה מזונות דאף לשיטת הראב"ד פח"י מאישות דמזונות אין מגיע לה מעת שנשאה רק לאחר מיתה מתחיל החיוב של המזונות שלאחר מיתת הבעל ולכך כל הנשים שוות מ"מ עכ"פ כבר הגיע החוב מקודם ואפ"ה יכול למחול וע"כ דמזונות אינו רק דרבנן. איברא דלפמ"ש בהגהת אשר"י בב"מ דף ס"ב גבי התם הלוואה הכא זבינא דמחילה בטעות הוה מחילה משום דהלה זכה במה שבידו וקנאו ביאוש והפקר ע"ש א"כ ניהו דהוה מחילה בטעות מ"מ הוה מחילה ואין היורשים חייבים לתת לה מזונות. אמנם נראה דהדבר נכון דהרי לענין מזונות נכסי בחזקת אלמנה קיימו וכדאמרו בכתובות דף צ"ו וכמ"ש התוס' וכיון דנכסים בחזקתה שוב לא מועיל מחילה בטעות כמ"ש בהגהת אשר"י שם דדוקא כשנותנין לאחר מועיל מחילה בטעות אבל קנין בטעות חוזר כי עדיין בידו ע"ש וה"ה כאן וז"ב ודו"ק. ובזה מיושב היטב מה שהקשו האחרונים בהא דאמרו בגיטין דף ל"ד דא"ל דכתובה לית לך דרב לא מגבי כתובה לארמלתא מזוני נמי לית לך דכל התובעת כתובתה אין לה מזונות והרי שם היה מחילה בטעות כי סברה דיש לה כתובה ולכך מחלה על מזונות. ולפמ"ש א"ש דהנה שיטת הרמב"ם דאשה שאין שטר כתובה בידה אין לה מזונות שמא מחלה והרמב"ן חולק בזה והביא ראיה מהש"ס הלז דאף שבועה א"צ למזונות דאל"כ אמאי לא אמר דגם מזונות לית לה מטעם שא"י לישבע כמו שאינה גובית כתובתה דרב לא מגבי כתובה לארמלתא והטעם של הרמב"ן משום דנכסים בחזקתה לענין מזונות ועיין ב"ש סי' צ"ג ס"ק כ"ט שהאריך בזה. ומעתה אין קושיא דלכך שם כיון דרב לא מגבי כתובה לארמלתא ול"ש לומר שתשבע בסוף ושוב אין הנכסים בחזקתה שוב שפיר

מועיל מחילה אף דהוה מחילה בטעות דכל שא"י לישבע לא הוו הנכסים בחזקתה וגם עכ"פ מחוסרת שבועה והא דלא קאמר דמזוני לית לה משום דצריכה לשבע הוא משום דבאמת ע"כ לא כתב הרמב"ם דחיישינן שמא מחלה רק בשאין הכתובה יוצא מתחת ידה אבל כאן דיש לה כתובה או במקום שאין כותבין כתובה רק דהיא תובעת כתובתה א"כ עכ"פ ל"ח בסתם שמא מחלה או שמא תפסה צררי וכדומה ולכך אמר דכיון דעכ"פ תבעה כתובה הוה מחילה ועכ"פ הנכסים אינם בחזקתה כיון דצריכה לשבע וא"י לשבע שוב מועיל המחילה:

י ובזה מיושב קושית הט"ז דגם לשיטת הרמב"ן יקשה דכל הטעם דא"צ לשבע על המזונות הוא משום דתשבע לבסוף וכאן א"י לשבע בסוף דרב לא מגבי כתובה לארמלתא ולפמ"ש א"ש דפשיטא דלא תפסיד בשביל זה מזונות במה שא"י לשבע בסוף ולא גרעה מחשודה גמורה דאינה מפסדת בשביל זה כיון דיש לה ממעשה ב"ד ורק דהנכסים בחזקתה עכ"פ לא מקרי וא"כ שפיר מועיל המחילה והרמב"ן שפיר הקשה על הרמב"ם דלהרמב"ם דס"ל דצריכה לשבע על המזונות ולא ס"ל דהנכסים בחזקתה וא"כ שפיר לא תגבה כל דחשודה אבל לשיטת הרמב"ן באמת הנכסים בחזקתה בסתם אלמנה ורק כאן דחשודה אבל עכ"פ לא תפסיד בשביל זה דאטו ברור הוא שהיא חשודה אנן חשדינן אותה ופשיטא דלא תפסיד בשביל זה וז"ב. ומן האמור קשה לי על המהרש"ך דדעתו דטעם דתובעת כתובה אין לה מזונות הוא משום דהוה כגבוי כבר כל שתובעת בב"ד. ולפמ"ש הדבר תמוה דא"כ שם דלא תוכל לגבות הכתובה כלל דרב לא מגבי כתובה אמאי תפסיד המזונות עי"ז וגם קשה לי בהא דאמרו בכתובות דף ק"ד ע"ב גבי חמתי' דר"ח דאמר לה לא מזוני אית לך ולא כתובה דלמה לא יהיה לה מזוני ובש"ע בסי' ק"א לא מבואר רק דכתובה אין לה אבל מזוני למה לא יהי' לה וע"כ משום דתובעת כתובה והרי לא נתן לה הכתובה. ומיהו בלא"ה דהא כל שלא תבעה בב"ד לא הפסידה המזונות כמבואר סי' צ"ג ואולי כשם שבכ"ה שנים מחלה הכתובה מחלה ג"כ המזונות דהוה מתנאי כתובה ועכ"פ מבואר דהוא מתורת מחילה אף דהוה מחילה בטעות דסברה דיתנו לה כתובה ולפמ"ש עכ"פ הנכסים לא הוה בחזקתה וצ"ע בכ"ז. נחזור לענינינו דעכ"פ בכתובה שפיר י"ל דמטעם מחילה נגעו ביה ולפ"ז ממילא י"ל דבשובר לכך ל"צ מטי לידי' דמועיל מחילה. ובזה מיושבין היטב דברי הרי"ף שכתב גבי שובר בזמנו טריף דאף בלא הגיע שובר לידו מועיל ותמה הש"ך דא"כ עדיין קשה מהא דאמר גבי שוברין ודייתיקי דחיישינן דלמא נמלך ואף לאביי בעינן מטי לידי' והרי בשוברין ל"מ מחילה

ולפמ"ש א"ש דדוקא גבי שובר דכתובה כתב הרי"ף דמועיל דהרי מ"מ מחל בלב ומתורת סילוק נגעו בו דמועיל בכתוב' אבל בשובר דחוב ל"מ סילוק:

יא שוב ראיתי שגם הקצה"ח הרגיש בהא דאמרו שמא נמלך עליהם שלא לתנם והלא במחילה לא יכול לחזור ולפמ"ש א"ש דבחוב ל"מ זאת ודברי הרש"ל באמת תמוהין אבל דברי הסמ"ג נכונים ודברי הרי"ף א"ש ודו"ק. ובזה מיושב מה ששמעתי מקשים בשם מים עמוקים בהא דאמרו משום דקשיא לי' לאביי וכו' ופירש המהרש"א דעיקר הקושיא משובריו דאיך שייך נמלך והרי בש"ס אמרו בדף כ' דאם איתא לדשמואל אין קושיא כלל ורק אביי אמר אפילו תימא ליתא לדשמואל וא"כ לשמואל לא מוכח כלל ולפמ"ש א"ש דאביי באמת לא אמר דינו רק בשובר דכתובה ובזה שייך לדשמואל אבל בשובר דחוב ל"מ גם דשמואל דבאמת יש לחוש שמא הי' במעמד שלשתן כקושית התוס' שם ורק בכתובה לא שייך מעמד שלשתן אבל בשאר שטר ל"ש זאת וא"כ ל"מ גם לשמואל וע"כ חיישינן שמא נמלך ודו"ק וצ"ע בזה.

יב ודרך אגב אומר במ"ש התוס' דל"ש מעמד שלשתן בכתובה דלא הגיע החיוב דלא נתנה כתובה לגבות מחיים נראה לפענ"ד דהסברא היא דע"כ ל"ש מעמד שלשתן רק במקום דיש להם שייכות כמו כל מעמד שלשתן שזה אומר לחבירו שיש לו בידו פקדון או חוב תנהו לזה דנמצא זה נותן וזה השליש וזה המקבל אבל אם יאמר בפני איש אחר פשיטא דל"ש מעמד שלשתן דזה לא נתחייב עדיין והוה עדיין כאיש זר. ובזה נראה דמה שנסתפק הש"ך בסי' קכ"ו ס"ק א' אם בהלואה שלא הגיע זמ"פ דמי לכתובה דל"מ מעמד שלשתן. ולפמ"ש אינו דומה דשם לא התחיל החיוב כלל והוה כאיש זר משא"כ כאן דזה יש לו חוב ויש לו התיחסות עם זה הלוה ומקרי מעמד שלשתן. ובזה הוטב בעיני מה שהגיד לי החריף השנון מו"ה מאיר בראם נ"י בהא דכתב הר"ן דבגיטי נשים ושחרורי עבדים ל"ש מעמד שלשתן ואמר הוא עפ"י דברי הרשב"א גבי נתינה בע"כ דבגט ל"ש נתינה בע"כ משום דאינו רק כמסלק שעבודו וקנינו שיש לו על האשה ע"ש וא"כ לכך ל"ש מ"ש בגט שהיא או העבד אינם המקבלים רק שזה מסלק שעבודו ול"ש מ"ש בכה"ג. ואני רציתי לתלות הדבר דתלי' אם שייך מע"ש כשהמקבל הוא כותי דהרי גם בכותי ל"ש זכייה והנה בשחרורי עבדים הי' מקום לומר עד"ז בע"א דהנה בעבד צ"ל גיטו וידו באין כאחד כ"ז שלא בא הגט לידו ל"ש מעמד שלשתן דעדיין אין לו יד לקבל כ"ז שלא הגיע הגט לידו ודו"ק:

סימן פט

א להרבני המופלג חריף ושנון מו"ה מרדכי מיזיש נ"י.

ב מה שהקשית על מ"ש התוס' בב"ק דף ס"ט ד"ה והצנועין שכתבו דצנועין אשאר שני שבוע קאי דאי אשביעית כיון שהי' זוכין מן ההפקר א"כ א"י לחלל וע"ז הקשית דאמאי לא יכלו לחלל דהא זכייה מטעם שליחות והם בעצמם היו יכולין לחלל וכמ"ש התוס' בקידושין דף נ"ו ד"ה מתקיף בשם הר"מ דלכך לא יכלו לחלל דהוה מלתא דל"מ עבדו אינהו וזה דוקא בשאר שני שמטה אבל בשביעית ל"ש זאת והנה בגוף הסברא כ"כ הקצה"ח בסי' ס"א בשם אחיו הרב ז"ל ליישב דברי הרמב"ם ועמ"ש סי' שנ"ד לסתור דברי אחיו וממילא נתיישב קושייתך ואין להאריך. ובאמת התוס' בסוגיא דצנועין לא אזלי בשיטת הר"מ וכמ"ש בד"ה הוא דאמר כצנועין וע"ש במהרש"א. אך לפענ"ד הי' נראה דאף לשיטת הר"מ לא מועיל לפדות אף בשמטה דבאמת צ"ב מ"ש התוס' דבשמטה היו זוכין מן ההפקר דהא כיון שאסור לאכול עד שיפדה א"כ ל"ש הפקר דע"כ לא התירה התורה בשמטה והפקר לאכול רק דבר שמותר אבל כרם רבעי דצריך פדייה ל"ש הפקר ומה דאמר רשב"ג בד"א בשמטה דהפקר נינהו היינו כיון דכל הדברים מופקרים שפיר עשו להם תקנה בציון כדי שלא יבואו להנות מן האיסור ולא ידעו אבל לא שדברים האסורים יהי' שייך הפקר דהא לא מצי לזכות באה"נ ול"ש לומר שיזכו בהם וצ"ל כיון דיכולים לפדות שפיר מצי זכו דהא יש לו היתר ע"י פדיון ולפ"ז ל"ש לומר דמצי לזכות להם דזכייה מטעם שליחות דהא קודם הפדייה לא מצי זכי בהם ואיך יזכו הצנועים להם במידי דלא שלהם עדיין טרם שפדו. עוד י"ל בזה דהנה באמת צ"ב דברי הר"מ שכתב דבצנועין היו יכולין לזכות להם הצנועין רק דהגזלנים בעצמם א"י לפדות והא בלא"ה ל"ש זכייה בגוה דדלמא הגזלנים רוצים להוליך הפירות לירושלים לאכול שם וא"כ כל שמעורב קצת חוב ל"ש לומר זכין לאדם שלא בפניו ועט"ז סי' ש"ה לענין פדיון הבן ובנקה"כ וכבר האריך המח"א הלכות זכייה בזה דכל שמעורב קצת חוב לא שייך לומר זכין לאדם שלא בפניו. אך ז"א דשם בשאר שני שבוע דא"ב לפדות וא"כ מכ"ש שא"י לאכול בירושלים והו"ל בוצע בירך וא"כ ל"ש לומר דהו"ל חוב בשביל שרוצים להוליך לירושלים ושפיר הוצרכו התוס' לומר דלכך ל"מ זכייה כיון דהם בעצמם א"י לפדות ל"מ משוי שליח ולפ"ז זהו בשאר שני שבוע אבל בשביעית דהוא הפקר שוב ל"ש לומר דהוה זכייה דדלמא רוצים להוליך לירושלים ושוב ל"ש לפדות מתורת זכייה וז"ב. והן נסתר בזה דברי הקצה"ח בשם אחיו הרב ז"ל סי' ס"א שם:

ג ומה שהקשה עוד דמה מקשה הש"ס מצנועין דהא הו"ל דבר שא"ב ומסיק הש"ס דאמר כל המתלקט דהא אם נימא דיכלו לפדות אם אמרו כל המתלקט שוב אף כשאמרו כל הנלקט ל"ש לומר דהו"ל דבר שא"ב דהא כיון שבידו לחלל ע"י שיאמר כל המתלקט הו"ל בידו לחלל עכשיו וכל שבידו לא מקרי דבר שא"ב והו"ל כהא דאמרו בכתובות דף נ"ט האומר לחבירו שדה זו שאני מוכרה לך לכשאקחנה ממך דתקדש מי לא קדשה ומטעם שבידו להקדישה עכשיו. הנה אף שדבר חכמה אמר ודילדה אמא כוותי' תלד אף דאית לי' פירכא דשאני התם שבידו להקדישה מעכשיו שיחול ההקדש תיכף ומיד ולכך לא מקרי דבר שלבל"ע אבל כאן אף שיאמר כל המתלקט מ"מ אין ההקדש חל תיכף רק לכשנלקט חל למפרע ההקדש אם אמרינן ברירה אבל אין בידו שיתחיל כעת החילול בבירור ובכה"ג לא מקרי בידו דבאמת כעת לא הוברר הדבר ניהו דאח"כ תקדש למפרע אבל בידו ל"ש בזה דאינו בידו שילקטו הם וז"ב מאד. אך אי קשיא הא קשיא הא התוס' שם הקשו למה לא הי' מחללין כל הכרם בב"א ותירצו דשמא הי' רוצים להוליך לירושלים וא"כ כיון דעכ"פ בידו לחלל בב"א ולא יוליכו לירושלים א"כ שפיר מקרי בידו. ומכאן נראה ראיה ברורה למ"ש רבינו בפ"ט מנטע רבעי הלכה ב' דאין פודין במחובר וא"כ אין בידם לחלל כעת כל שלא לקטו ובשו"ת המיוחסות לרמב"ן סי' קנ"ו ובכ"מ שם נדחקו דלכאורה היא נגד הש"ס דאמר כל המתלקט ולפמ"ש יש לו ראיה דבאמת אם אמרינן כל הנלקט ס"ל דבאמת לא יכול לומר כל המתלקט כלל וז"ב. וע"ד הפלפול י"ל בזה אף אם נימא דיכולין לפדות במחובר דהנה התוס' כתבו הטעם דאין פודין במחובר לפי שאין דמיו ידועים ואולי יטעה בשומא וכאן כיון שעושין הצנועין כדי שלא יכשלו הי' יכולין לפדות אף במחובר וכ"כ בשו"ת הרמב"ן ז"ל בהדיא הובא בכ"מ שם:

ד ואני המתקתי הדבר כיון דבאמת בזה"ז הקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל וא"כ הי' יכולים לפדות בשו"פ וכ"כ הרמב"ן שם וא"כ כל דעושין לתיקון ויש חשש שלא יפדה כלל מותר לכתחלה לעשות כן וכעין זה כתב הכ"מ פט"ו ממעשה הקרבנות ה"ז ליישב דברי הראב"ד ע"ש ולפ"ז אני אומר דבר נכון דהנה התוס' במנחות דף ע"א ובתמורה דף כ"ז כתבו דע"כ לא אמרו הקדש שוה מנה שחללו על שו"פ מחולל רק הבעלים ולא אחר ובחידושי הארכתי בזה ולפ"ז מיושב היטב מה שכתבו דבשביעית כיון שזכו מן ההפקר שוב אין יכולים לפדות והקשה הנ"ל דהא כיון דשמטה הי' שוב זכו להם דזכיה מתורת שליחות ולפמ"ש א"ש דבאמת כבר כתבו התוס' דגם כל הנלקט הכוונה שהי' מניחין המעות קודם ואומרים לכשילקט יהי' מחולל על המעות הלז וא"כ

באמת שוב שייך לומר דאין פודין במחובר דל"ש לומר שאף שאין בקיאין בשומא פודין בשו"פ דז"א דכיון שהי' שביעית וזכו הגזלנים בתורת הפקר שוב לא הי' יכולים לפדות הצנועים בעודו מחובר דהא לא שלהם הם רק של הגזלנים דזכו מן ההפקר ואחר לא יכול לפדות בשו"פ:

ה ובזה מיושב גם מה שהקשה דהא בידו לומר כל המתלקט ולפמ"ש אתי שפיר כיון דבאמת אסור לפדות מהמחובר רק לתיקון שלא יאכלו בלי פדיון התירו שוב ל"ש בידו כל שיש קצת איסור דבידו באיסור לא אמרינן. ובזה מיושב היטב דברי הרמב"ם שכתב בהלכות נטע רבעי ה"ז שם דהצנועין מניחין את המעות ואומרים כל הנלקט שהרי לא יוכלו לפדות במחובר. והדבר תמוה דמה מועיל כל הנלקט הא הו"ל דבר שא"ב וכל המתלקט הו"ל אין ברירה וכבר תמה בזה הרמב"ן שם ובכ"מ נדחק ולפמ"ש אתי שפיר דכיון דביאר רבינו שא"א לפדותו במחובר ע"כ כוונתו כשנלקט דהיינו שבאמת הי' פודין לאחר שנלקט דאל"כ אין פודין במחובר וא"כ שוב הי' מועיל מתורת זכייה ול"ש לומר דאין פודין במחובר דהא באמת פדאו לאחר שנלקט באמת ופדו בשוי' ממש. ובזה מדוקדק מאד מ"ש הרמב"ם שאין פודין במחובר ולאיזה צורך כתב זאת הא בלא"ה א"א לומר כל המתלקט דהא אין ברירה ולפמ"ש אתי שפיר דנתן טעם שמועיל כל הנלקט בשביל שבאמת פדו לאח"כ וז"ב ודו"ק היטב כי הוא חריף ונעים ונחמד ת"ל:

ו אחר כמה שנים למדתי סוגיא דצנועין דרך למודי בב"ק ועיינתי בקושייתו והנה מצאתי דלק"מ דמ"ש דהוה בידו לומר כל המתלקט וכל שהוא בידו לא הוה דבר שא"ב והביא ראיה מהא דשדה זו לכשאקחנה ממך תקדש לא שמי' מתיא דשאני התם דכעת הוא בידו להקדישו וגם לכשיקחנה ממנו הוא בידו להקדישו ורק דבאמצע יש זמן שיפסק מלהקדישו ושפיר אמרינן דכל שכעת בידו להקדישו וגם לאח"כ יהיה שלו לא אכפת לו במה שאמצע אינו שלו אבל כאן אמת דכעת יש בידו לחלל אבל לכשיקחוהו הלוקטים לא יהיה בידו ומה מועיל מה שכעת היא בידו שיחול החילול לאחר שילקטהו ולא יהי' בידו. ותדע דאטו אם אומר אדם שדה זו לכשאמכרנה יהי' קדוש מי אמר כלום והא לאח"כ יצא מרשותו ולא יועיל מה שכעת הוא בידו וה"ה בזה מה מועיל מה שכעת הוא בידו ולדבריו למה לו כל זאת מה שיוכל לומר כל המתלקט והאריך דכעת באמת הוא בידו קודם שלקטוהו מיהו יש לדחות דכרם רבעי ממון גבוה הוא ואינו שלו. אבל הדבר ברור דע"כ לא מקרי בידו רק אם בידו בשעת אמירתו וגם בעת חלות ההקדש יהיה בידו משא"כ בזה דבעת חלות החילול אינו בידו ודו"ק:

ז והנה הרב החריף מו"ה חיים צבי מיאניב נ"י הקשה בהא דכתבו התוס' בדף ס"ח בהא דמשני הוא דאמר כצנועין והקשו דהא צנועין מחללין אף אחר יאוש דסתם גניבה יאוש בעלים א"כ ע"כ דיאוש לא קני ור"ל סובר דיאוש קני וא"י להקדיש אחר יאוש וכ"ת דהוי יאוש שלא מדעת שא"י אם לקטו אם לאו דהא גבי תמרי דזיקא אמרינן כיון דשכיחי דנתרי הו"ל יאוש מדעת וכתבו דל"ד לשם דכאן יריאים מן הבעלים ולא שכיח כולי האי וחשיב יאוש שלא מדעת וע"ז תמה מדברי הש"ך סי' שנ"ג ס"ק ד' שכתב דלכך לא מהני יאוש שלא מדעת אף דנתן הגנב הדבר לאחר והוה ש"ר משום דכל דלא נודע דנתייאש הי' היאוש אחר שינוי רשות ול"מ כיון דבאיסורא אתי לידי'. ולפ"ז משמע מדבריו הא אם יאוש לבד היה מועיל אף דהוה בודאי באיסורא אתי לידי' היה מועיל אף ביאוש של"מ והרי בתוס' מבואר דאף לר"ל דס"ל יאוש כדי קונה מ"מ לא מועיל יאוש של"מ. ואני אומר דאין כאן קושיא כלל דזה ודאי דיאוש של"מ ל"מ לכ"ע דכ"ז שלא נודע שמייאש אף שנימא דבודאי יתייאש אח"כ מ"מ כל שלא נתייאש כעת במה יזכה זה והא אף אם יאוש יהיה כמו הפקר הנה הפקר בלב ודאי ל"מ ומכ"ש בדבר שלא הפקיר כלל רק דנימא דמסתמא מפקיר. ותדע דא"כ יהיה מועיל בחמץ אף שלא ביטל כלל דמסתמא הוה יאוש וזה א"א ובב"ק אמרו כיון דכי מטי זמן איסורא אייאושי קא מייאש אבל לומר דמסתמא הוה יאוש אף שכעת לא ידע כלל שיגיע זמן ביעור ויהי' לו חמץ וכדומה א"כ פשיטא דל"מ יאוש של"מ והש"ך לא כתב רק דניהו דל"מ יאוש של"מ אבל כל שנתייאש אח"כ מה בכך הא עכ"פ סתם גניבה יאוש בעלים א"כ עכ"פ נתייאש ניהו דהי' אחר השינוי רשות סוף סוף הוה ש"ר ואח"כ יאוש וע"כ צריך שיהי' היאוש מקודם וזה לא נודע דלא קחזי לי' שנותן לאחר וז"ב ופשוט ועיין שעה"מ פ"ה מגניבה ה"ג בסופה ותמצא שגם הוא הבין כן בדברי הש"ך. ובאמת בגוף קושית הש"ך לפענ"ד לאו ראיה משם דבאמת להפוסקים דש"ר ואח"כ יאוש נמי מועיל עכצ"ל דלא מכח הגזלן הוא מועיל דהא הגזלן באמת בעת שמכר לא היה עדיין מתייאש ובאיסור מכר רק דהלוקח בהיתר בא לידו ולכך מועיל יאוש לגבי' וצ"ל דכל דמועיל לגבי לוקח ממילא מועיל אף להגזלן אבל עכ"פ עיקרו בא בשביל הלוקח דבשלמא יאוש ואח"כ ש"ר א"כ עכ"פ הבעה"ב נתייאש ניהו דביד הגזלן ל"מ היאוש כיון דבאיסורא אתי לידי' מ"מ כל שמוכרו ומקדישו היאוש והש"ר אח"כ א"כ הלוקח קנאו לגמרי ושוב בא הזכייה להגזלן ע"י המכירה והו"ל קנייתו ומכירתו בא כאחד וכמ"ש ה"ה לענין קידושין אבל בש"ר ואח"כ יאוש א"כ בעת שמכר להלוקח ל"מ רק דכל שנתייאש אח"כ ממילא קנה הלוקח ומועיל ג"כ להגזלן א"כ עכ"פ כל דהוה יאוש של"מ ונתייאש אח"כ שוב קשה

היאך קתני מה שנטל נטל ומה שנתן נתן והא לא בשביל נטילת ונתינת הגנב בא הקנין רק ע"י הלוקח והרי לא הוה דומיא דגזלן וירדן וז"ב מאד:

ח ובמ"ש אמרתי דבר נחמד במה שהקשו אח"כ בתוס' ב"ק הנ"ל דהיכי מדמה הקדש לחילול דלמה לא יוכל לחלל נטע רבעי של חבירו שלא מדעתו כיון דזכות הוא לו דזכין לאדם שלא מדעתו וזה זכות הי' להם דהכי אין טוב להם שיחללו אותם הבעלים ממה שיאכלו בלא חילול והניחו בקושיא ובקידושין דף נ"ו ד"ה מתקיף שהקשו ג"כ קושיא זו וכתבו בשם רבינו מאיר דלכך א"י לחלל שלא מדעתם דכמו שהמלקטים לא יכולים לחלל שהרי אינו שלהם והוה גזל ולא נתייאשו וכיון דאינהו ל"מ עבדו גם שלוחם לא מצי משוי ע"ש וא"כ הרי תירצו בטוב טעם ולמה הניחו שם בקושיא. ולפמ"ש א"ש דבאמת צ"ב דלמה לא יוכלו המלקטים לחלל דמ"ש התוס' קידושין דהוה גזל ולא נתייאשו קשה דהא אם נימא דסתם גניבה יאוש בעלים א"כ שוב יכולים לחלל דהוה שלהם וצ"ל דכיון דיאוש אינו קונה א"כ הוה כגזל ולא נתייאש וא"ל דאכתי אינו מועיל תירוצם דהא כל דהוה יאוש כשם דיכולים להקדיש דהו"ל יאוש וש"ר ה"ה דיכולין לחלל דהקדש וחילול שוים הם וכמ"ש בב"ק שם דחילול עדיף מהקדש וא"כ למה לא יוכלו לחלל וגם בודאי ניחא להו להבעלים שיחללו וכל היכא דשניהם מתרצים שיטת השארית יוסף הובא בב"ש סי' כ"ח דמועיל ומכ"ש כאן דבאמת הצנועים מחללין ג"כ וא"כ שוב מועיל החילול של המלקטים וממילא יכולים לעשות שליח להבעלים שיחללו וצ"ל כיון דבאמת הוה יאוש של"מ וא"כ לשיטת הש"ך ל"מ דהו"ל ש"ר ואח"כ יאוש וה"ה שא"י לחלל דכל שלא מועיל ההקדש גם לחלל א"י לחלל ולפ"ז זהו לדידן אבל שם דאמר דר"ל סבר כצנועין וא"כ לדידיה הי' מועיל היאוש אף לאחר ש"ר דהא כל דסבר דייאוש לבד קנה גם יאוש אחר ש"ר מועיל כמ"ש הש"ך בהדיא וא"כ שוב שפיר היה מועיל החילול של המלקטים ולמה לא יוכלו הם לחלל ול"ש תירוץ של רבינו מאיר ושפיר הניחו בקושיא ודו"ק היטב כי חריף הוא ועיין מ"ש בזה המהרש"א וקצה"ח סי' שנ"ד ס"ק ה' כתב לסתור דברי המהרש"א ולפמ"ש יש ליישב דברי המהרש"א דכל דהוה יאוש של"מ מועיל החילול ודו"ק היטב. ועיין שיטה מקובצת בב"ק שם:

ט ובזה אמרתי דבר נחמד בהא דאמרו בב"ק דף ס"ז מיתבי הגנב והגזלן והאנס הקדישו הקדש אמרי התם שינוי השם דמעיקרא טבלא והשתא תרומה וכו' והקשו בתוס' דת"ל דהו"ל שינוי רשות בקדשים שאינו חייב באחריות ולפמ"ש א"ש דהכא אביי הוא דמקשה לר"י כמו אינך מיתבי דהיה אביי לרבה וא"כ לדידיה יקשה בגנב דלא קחזי הו"ל יאוש של"מ ול"מ דהוי ש"ר ואח"כ יאוש וכמו שהקשה בב"מ שם גנב מי קחזי וכאן ל"ש

התירוץ של הש"ס דגנב מירי בלסטים מזויין דהא קתני גם גזלן ואנס וא"כ לסטים מזויין או דהוה גזלן או אנס וע"כ גנב ממש מירי וא"כ הו"ל יאוש של"מ:

י ובזה יש ליישב דברת התוס' במ"ש דהו"ל שינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה והקשה המהרש"א דהא עם יאוש אפשר דמועיל אף שינוי החוזר לברייתו והפ"י מילא ידיו כמו אברז' דאמרו בהגוזל דמועיל עם יאוש ולפמ"ש א"ש דכל הטעם דל"מ שינוי החוזר לברייתו כתב הרמב"ן במלחמות משום דכל שהוא חזר לברייתו והבעלים מרדפין אחריו וישיגוהו ישוב הדבר לכמו שהיה וא"כ לכך כל דהוה יאוש ואין הבעלים מרדפין שכבר נתייאשו מועיל אף בשינוי החוזר לברייתו ולכך מועיל באברז' ולפ"ז כאן דהוה יאוש של"מ א"כ בשעה שנשתנה דהיינו הקרש היה הדבר חוזר לברייתו ולא היה יאוש כלל והיו הבעלים מרדפין אחריו ויכול להיות שיהיו רוצים שיחזור לברייתו וא"כ לא הי' מקרי שינוי כלל א"כ אף שנתייאשו אח"כ מה מועיל ודוקא יאוש קודם שינוי החוזר לברייתו מועיל ולא להיפך דבעוד שלא נתייאש לא היה כאן שינוי כלל ויאוש הוא דעושהו לשינוי החוזר לברייתו והרי לר"מ ל"מ יאוש כלל אף מדרבנן ומה יועיל השינוי השם כל דמצי לחזור לברייתו בעוד שלא היה יאוש כלל ודו"ק היטב כי הוא נעים ונחמד ואף דהתוס' בדיבור שאחריו לא קאי בזה כמ"ש ליישב י"ל דהם הקשו לרבא דס"ל יאוש של"מ הוה יאוש היה יכול להקשות דהו"ל שינוי רשות ודו"ק:

יא והנה התוס' בקידושין דף נ"ו ד"ה מתקיף לה כתבו דהלוקח יכול לחלל המעשר שביד המוכר דזכיה משום שליחות משא"כ בהך דצנועים דהוה גזל ולא נתייאשו הבעלים וכל דהם א"י לחלל גם הבעלים לא יכלו לחלל דל"ש שליחות דהוה כל מלתא דהוא ל"מ עביד ע"ש ובהפלאה שם הקשה דהיאך יכול לחלל בלי חומש כיון דשליחותי' דמוכר קעביד והמוכר צריך להוסיף חומש ודבריו תמוהים דע"כ לא בעי חומש אלא כשפודהו במעות הבעלים אבל בזוזי דהלוקח והמעשר דבעלים לא וכן מבואר בקידושין ד' כ"ד לענין אשה בזוזי דידה ומעשר דבעלה וכן מבואר ברמב"ם פ"ה ממעשר שני ע"ש ונשאלתי בזה מהחריף השנון מוה' מאיר בראם נ"י ולפום רהיטא הוא תימה רבתי על הגאון. ויש להמליץ בעדו דכוונתו דאיך אפשר להיות מטעם שליחות כיון דהמוכר היה צריך להפריש חומש ובלא חומש לא יכול לפדות ושוב כל מלתא דהוא ל"מ עביד לא מצי משוי שליח וכמו בצנועין ודו"ק כנ"ל לפום רהיטא ואף דהוא גופא יכול לזכות המעות לאחר שיפדה היינו שלא יהי' נעשה שלוחו רק כאילו זכה בהמעות ופודהו משלו אבל להיות שלו לא ואף דהחומש אינו מעכב מ"מ כיון שא"י לאכול עד שיפדהו ואפי' בשבת א"כ שוב ל"מ שיהיה הלוקח נעשה שלוחו וכמ"ש דכל מלתא דהוא ל"מ עביד ל"מ משוי

שליח וכן אמרו בהדיא בקידושין ד' כ"ד אילימא בזוזי דבעל ומעשר דבעל שליחותי' דבעל קא עבדה והיינו דכל דנעשית שליחו חייבת בחומש ואף דבזוזי דידה הוה מצי לפדות היינו לא מטעם שליחות רק מתורת אחר שפודה דאין צריך ליתן חומש וגם אם הי' בעלה מזכה לה המעות הוה המעות שלה אבל פדיון המעשר בא מחמת מעות של אחר משא"כ אם נעשה הלוקח שליחו של הבעל פשיטא דלא מצי לפדות בלי חומש וכן מבואר שם לענין מעשר דבי נשא דכל שפודית ממעות בעל ושליחות דידי' קעבדא בעי חומש ובמעות שלה הוא דאינה חייבת משום דהמעשר של בעל והפדי' היא משלה ותדע שהוא כן שהרי הרמב"ם כתב סוף הלכות תמורה דהבעלים לכך מוסיפין חומש משום דאפשר שניחם על הקדישו לכך מוסיף חומש ולפ"ז במעות של אחר פשיטא דא"צ להוסיף חומש ולכך ע"כ דהכוונה דהמוכר ל"מ לעשות ולחלל בעצמו וכמ"ש ודו"ק:

יב והנה שאל אותי החריף ושנון מו"ה זאב וואלף נכד הרב מזוועהל ז"ל בהך דצנועין דאמאי א"י לחלל דניהו דהוה דבר שא"ב מ"מ לגבי העניים שלקטו יכולין הבעה"ב לתתם להם וכמ"ש האחרונים דמש"ה מועיל יאוש אף דהוה דבר שא"ב מ"מ לגבי הגזלן מועיל היאוש דהא כעת מונח ברשותו של הגזלן וה"ה בזה עכ"פ אצל העניים מונח הדבר ואף שהם גזלנים מ"מ מקרי ברשותם וא"כ מועיל מה שיתנו להם בעצמם ושוב יכולים לחלל דהו"ל זכייה ול"ש כל מידי דל"מ עביד ל"מ משוי שליח וכמ"ש התוס' בקידושין דף נ"ו דהא העניים יכולים לחלל דברשותם הוא והבעה"ב נתן להם ושוב יכולין הבעה"ב לחלל ולכאורה קושיא גדולה היא. והנה באמת מה שאמר בשם האחרונים ת"ל אני קיימתי כן מסברא דנפשאי בתשובה לענין יאוש בחוב והבאתי שם שמצאתי בשו"ת שאגת ארי' סי' ל"ג בסופו וכ"כ בפשיטות ומהתימה ששם סמוך ונראה מביא סוגיא דצנועין ואח"כ כתב כן בפשיטות וא"כ קשה סוגיא דצנועין. ולפענ"ד נראה דהנה באמת גוף הסברא צ"ב למה יועיל יאוש לגבי הגזלן וכן אם יתן במתנה דמה מהני לגבי הנגזל דסוף סוף אינו ברשותו ואין לו כח להקדיש וכן ליתן במתנה דהא א"ב. ולפענ"ד נראה דהנה הבעה"מ פרק שור שנגח ד' וה' גבי אנן יד עניי אנן דעתו דבגזילה אם הגזלן רוצה להחזיר הגזילה שוב הוה ליה פקדון אצל הגזלן ויכול הנגזל להקנות ולהקדיש והרמב"ן חולק עליו בזה ודעתו דכל דאתי לידי' בתורת גזילה אף שרוצה להחזיר א"י להקדישו ע"ש. ולפענ"ד נראה ברור דאף לשיטת הרמב"ן זה דוקא אם רוצה להקדיש או להקנות לאחר אבל אם רוצה להקנות להגזלן זה פשיט דיכול להקנות דהא לגבי הגזלן אנן סהדי דהגזלן בודאי מקנהו לו כדי שיוכל לקנותו וז"ב לפענ"ד וזכייה מטעם שליחות וז"ב מאד בסברא:

יג ובזה נראה לפענ"ד דלכך לא מועיל יאוש גרידא משום דבאמת כיון דהפקר ל"מ בדבר שא"ב ממילא גם יאוש ל"מ וא"ל דאנן סהדי דרוצה להחזיר שיהי' ברשות הנגזל כדי שיוכל לייאש דז"א דהרי שיטת הרמב"ן דבדבר שא"ב הוא דמועיל יאוש אבל כל שהוא ברשותו ל"ש יאוש ואף לפמ"ש הקצה"ח סי' רנ"ט בכוונת הרמב"ן בכה"ג שרוצה להקנות לו כדי שיוכל להקנות לו בודאי ל"מ יאוש דחשוב כאילו הוא ברשותו ממש ושוב ל"מ יאוש ולכך במציאה מועיל יאוש דאף דהוה דבר שא"ב מ"מ המוצא מקנהו לו כדי שיוכל לקנות כיון שבהיתירא אתיא לידיה משא"כ בגזלן שכל עיקר היאוש הוא משום דהוא גזלן וכל שרוצה להקנות לו שוב לא מתייאש ועדיין צ"ע דמ"ש ממוצא דגם באבידה ל"מ יאוש כל שהוא ברשותו. אך בלא"ה נראה לפענ"ד דכיון דאמרינן בב"ב דף מ"ד ניהו דמייאש מגופי' מדמי מי קמייאש א"כ שוב הו"ל מטלטלין דכפריה דניהו דמתייאש מגוף המטלטלין אבל מהדמים לא מתייאש וא"כ איך נימא דהו"ל כאילו הן ברשות הנגזל דבודאי רוצה להחזירו כיון דהלה מקנהו לו דז"א דעכ"פ על אותן המטלטלין יש לו להנגזל חוב ממון וא"י לייאש ודו"ק והיה מקום להרחיב הדיבור בזה אי מועיל יאוש בחוב וכבר האריך בשו"ת זקני הח"ץ ז"ל בזה ול"ש זאת לענין יאוש דניהו דהו"ל דבר שא"ב מ"מ הא מסלק עצמו דז"א דהא מבואר בסוגיא בצנועים דא"י לייאש דבר שא"ב ועכ"פ הסברא שכתבתי נכונה. ולפ"ז נראה לפענ"ד דזה שייך התם אבל כאן לענין חילול באמת הא הו"ל כרם רבעי וממון גבוה ובלא"ה אינו ברשותו של הנגזל רק דהתורה נתנה לו כח שיחלל על המעות אבל כ"ז שלא פדהו הוא של גבוה וא"כ כיון שהעניים גזלו שוב א"מ יאוש דהוה דבר שא"ב וא"ל דהא לגבי הגזלן שפיר מועיל יאוש דז"א דהא הו"ל דבר שא"ב וא"ל דרוצה להחזיר כדי שיוכל לזכות בו דז"א דהא א"י לתנו לו דהא הו"ל דבר שא"ש ואיך יכול ליתן לו וכל דא"י ליתן לו שוב א"י לחלל ג"כ דרק לאחר החילול נעשה שלו וז"ב. והן נסתר מחמתו דברי הא"מ סי' כ"ח ס"ק י"ג לענין אם שניהם יכולין להקדיש ודו"ק:

יד ובזה מיושב הא דהקשה אותי החריף הנ"ל במ"ש הרשב"ם בב"ב דף נו"ן במה דאמרו ואבע"א אמימר דאמר כר"א ופירשב"ם דכ"ש אם מכרה לבעל דלא מועיל וקשה הא גם הנגזל יכול להקנות להגזלן מכ"ש האשה להבעל ונחת רוח ל"ש לגבי בעל כדאמרו שם ולפמ"ש אתי שפיר דעיקר הטעם דהגזלן אנן סהדי דמקנהו לו שיוכל לתנו לו ולפ"ז כל דס"ל לר"א דשניהם א"י למכור לאחר לפי שזה יש לו קנין הגוף וזה ק"פ א"כ מה מועיל מה דהוה ברשות הבעל והא גם ברשות' היא ואינו שלה לבדה ולכך א"י להקנות לבעל ודו"ק היטב:

טו והנה במה שרצה לחדש באמר כל שילקטו היום דכיון דלענין שיועיל ההפקר לאחר הלקיטה ל"ש ענין ברירה דהו"ל כמ"ש הר"ש בפ"ה דמעשר שני וא"כ לשיטת הרמב"ם דלוקח קודם המירוח הו"ל רק דרבנן א"כ בזה שוב שייך ברירה דהא לאחר לקיטה הוא קודם המירוח וא"צ לעשר רק מדרבנן ובדרבנן אמרינן ברירה ושוב אמרינן ברירה ומועיל אף למה שילקטו והאריך בזה ליישב קושית רש"י דגם לפי המסקנא קשיא דר"י לית ליה ברירה:

טז והנה אף דדבר חכמה אמר מ"מ לפמ"ש התוס' דכל המתלקט אף שלא מועיל למה שיגדל אח"כ מ"מ מדאורייתא בטל ברוב ע"ש וא"כ כיון דטבל הו"ל דבר שיל"מ א"כ שוב גם בדרבנן לא שייך ברירה דבדבר שיל"מ אזלינן להחמיר בספיקו אף בדרבנן ושוב ממנ"פ לא אמרינן ברירה ודו"ק היטב. והנה בגליון המ"א סי' ש"כ ס"ב ס"ק ה' רשמתי עמ"א סי' שי"ח ס"ק ח' ומצאתי בשיטה מקובצת בב"ק דף ס"ט שכתב ג"כ דלא מקרי דבר שיל"מ משום דלא ניכר האיסור ועיין רמב"ם פ"א מתרומות הי"ב שכתב דמעשר לפי חשבון ולא אמרינן דבטל ברוב בשני שלישים שגדלו ביד ישראל וצ"ל דשם ניכר השליש שגדל קודם ל"ש ביטול עכ"ל. וכעת הקשה אותי אחד מק' פאדהייץ בהא דכתב הר"ן גבי אף אני לא אמרתי אלא לביעור בנדרים דף נ"ח ופירש הר"ן דהוה כדבר שיל"מ הרי אף דלא ניכר שייך דבר שיל"מ. ולפמ"ש יש לחלק דשם קודם הביעור הוה איסור דבר שיל"מ שאפשר לאכלו עתה והרי ניכר האיסור ול"מ ביטול דהוה כדבר שיל"מ ודו"ק ועיין נו"ב מהד"ת חלק יו"ד סי' נ"ג ובשעה"מ פ"ד מחמץ ופ"י ממ"א ודו"ק. והנה הקצה"ח סי' שצ"ד חידש דכל דמחוסר העמדה בדין ובטעות דין בא לידו אע"ג דציית דינא הו"ל דבר שאינו ברשותו ע"ש שדחה בזה דברי התוס' רי"ד ולפענ"ד דבריו תמוהים דהרי בהך דבכורות דף מ"ט דמוקי בבא בהרשאה ופריך הא אמטלטלי לא כתבינן הרשאה ומשני ה"מ היכא דכפרי' אבל היכא דלא כפריה כתבינן הרשאה והרי שם בא בטעות דין ומחוסר העמדה בדין להוציא מהכהנים ואפ"ה חשוב כפקדון דלא כפרי' וכמ"ש בתוס' שם ובב"ק דף ע' וכן האריך בזה בספר תמים דעים להראב"ד סי' ס"א וא"כ חזינן דכל דציית דינא מקרי דבר שברשותו ועיין בחידושי רשב"א בשבועות דף ל"ג ע"ב ועיין בתמים דעים סי' קס"ז. והנה הת"ד סי' ס"ח הקשה דהיאך מהני הרשאה בהך דבכורות הא שם הוה מלוה דהרי בשעה שנתנו לכהנים נתנו להם ע"מ להוציאם וכן הקשו התוס' ב"ק ובכורות שם וכתב הראב"ד שם כיון דיכול להקנות באודייתא שוב שפיר יוכל לכתוב הרשאה וע"ז הקשה דא"כ דברי ר"י בטלים דאמר כל ממון שא"י להקנותו א"י להרשות וכתב דאודייתא לאו הקנאה אלא חזרת ממון לבעליו הוא ע"ש

ומזה סתירה למ"ש הקצה"ח סי' קצ"ד דאודייתא הוה קנין גמור רק שבחוב בע"פ אינו מועיל אודייתא דהו"ל דבר שא"ש. והנה מכאן מבואר ההיפך שהרי שם להוצאה נתנה והו"ל מלוה ואפ"ה מועיל אודייתא אבל קנין לא מקרי וכדבר האמור בראב"ד וע"ש בראב"ד דכמה מילי מעליותא איכא למשמע מינה לענין גזילה אם חזר והודה דנחלקו הרז"ה ומלחמות פרק שור שנגח אי מקרי דבר שברשותו ובראב"ד משמע דלא מקרי דבר שברשותו:

יז שוב ראיתי בקצה"ח סי' קכ"ג שכתב לדייק מדברי רש"י דגבי הרשאה אינו יכול להקנות לשליח הואיל ואינו ברשותו ודייק מדבריו דאף בציית דינא כל דמחוסר העמדה בדין מקרי דבר שאינו ברשותו ודבריו תמוהים לפענ"ד דבתוס' והראב"ד והרשב"א מבואר להיפך דכל שאינו גזילה ולא כפרי' מקרי ברשותו ע"ש ומדברי רש"י אין ראיה די"ל דזה דוקא ללישנא קמא דנהרדעא דס"ל דכל דאינו ברשותו אף דלא כפריה אין כותבין הרשאה. אבל ללישנא בתרא דוקא על גזילה ומלוה ע"פ אין כותבין ועיין בחידושי רשב"א בשבועות שם שרצה לומר דלל"ק אף על מלוה בשטר אין כותבין והביא ראיה דאל"כ ל"ל לאוקמא כר"י לוקמא ככ"ע דהא מלוה ע"פ וגזילה א"י להקדישו דהא מלוה להוצאה ניתנה וכדפריך בקידושין ד' מ"ז דלמה קנה במכר הא להוצאה נתנה וע"כ דלל"ק אף במלוה בשטר א"י להקנות ולהרשות וקצה"ח שם תמה דמה ראיה משם הא המלוה בודאי עכ"פ יכול למחול דמחילה א"צ קנין וע"כ דבתורת קנין וקידושין לא מצי להקנות ע"ש ולפענ"ד לא זכיתי להבין דאה"נ דמזה ראיית הרשב"א דא"י להקנות מלוה וממילא א"י להרשות וא"כ שוב יכול לאוקמא ככ"ע וגם מ"ש דמחילה א"צ קנין עיין במחנה אפרים שנסתפק בזה מיהו העיקר כדברי הקצה"ח דמחילה א"צ קנין גם מ"ש הרשב"א דא"י להרשות גם על מלוה בשטר והאריך הקצה"ח כיון שיכול למכור למ"ד מכירת שטרות דאורייתא כמו כן יכול להקנות ולהקדיש באמת שהדברים פשוטים דשאני הרשאה דאינו באמת מכירה רק שמשוהו שליח בעלמא וגם שליח גמור לא הוה וא"כ פשיטא דאינו דומה למכירה ממש וגם במכירה המוכר יש לו שעבוד נכסי ובהרשאה ל"ש זאת וז"פ. ומ"ש הרשב"א דיכול להקנות גזילה כל דיש עדים וראה אף דאינו ברשותו וע"ז תמה דכיון דגזילה היא א"י להקנותו אף שא"ב. הנה באמת כדבריו כן הוא דא"י להקנות גזילה כל דלא הוציאה אבל סברת הרשב"א נכונה דניהו דא"י להקנות משום דעכ"פ אינו ברשותו וכמו שא"י להקדיש דבעי איש כי יקדיש את ביתו קודש. אך נראה דלפמ"ש בשיטה מקובצת בב"ק ד' ל"ג דבדבר שסופו לבא ברשותו יכול להקדישו ואם הקדיש הנגזל דבר שא"ב ואח"כ העמיד הנגזל להגזלן בדין והוציא מידו

קדוש למפרע א"כ ה"ה דאם מכר דבר שא"ב ואח"כ העמיד הנגזל להגזלן בדין דמכור למפרע ולפ"ז לענין הרשאה דעיקר הרשאת הוא רק לכשיוציא בדין שפיר יכול להרשותו דעיקר הרשאה היא רק לכשיבא לרשותו ויוציא בדיינים ואז יהי' למפרע שלו. איברא דלפ"ז צ"ב למה צריך דוקא שיהי' עדים וראה מיהו ז"א דכל דליכא עדים וראו א"כ שוב יוכל להיות דלא יוציא כלל אבל כל דאיכא עדים וראו א"כ בודאי עומד שיוציא בדיינים וכל שמרשהו ועיקר הרשאתו שיוציא בדיינים וא"כ בכה"ג בודאי יכול להרשהו וכמ"ש ודו"ק היטב:

יח עוד יש לי לומר דבר חדש דהנה בלא"ה צ"ב במ"ש הרשב"א דכל דאיכא עדים וראו יכול להקנות אגב קרקע דממנ"פ אם ס"ל דבכה"ג לא מקרי דבר שא"ב ויכול למכור למה צריך אג"ק. אך נראה כיון דהראב"ד כתב דיכול להקנות מלוה ע"פ ע"י אודייתא רק דהוא ס"ל דאינו קנין רק חזרת ממון לבעליו ולפ"ז י"ל דהרשב"א ס"ל דאודייתא הוה קנין רק דבדבר שא"ב דלא מועיל שום קנין לא מועיל גם אודייתא כמ"ש בבעל העיטור ובקצה"ח סי' קצ"ד האריך בזה ולפ"ז נראה לי ברור דכל דאיכא עדים וראה א"כ באמת יכול להוציאו בדיינים רק שמ"מ כל זמן שלא הוציאו א"י להקדיש אבל עכ"פ אודייתא שייך בזה דהרי אודייתא הוה קנין אף שאנו יודעין שאין לו קרקע מועיל והרי אנו כותבין הרשאה אג"ק אף שאין לו קרקע כל שמודה שיש לו קרקע מועיל כמ"ש התוס' בב"ב ד' מ"ד ובש"ע חו"מ סי' קי"ג ולפ"ז גם כאן ניהו דלא הוציא הרי הודה שזה הגזל שיש לו ביד הגזלן הוא של השליח וא"כ נקנה לו להשליח בתורת אודייתא וניהו דא"י להקדישו וא"י להקנותו דבעי דעת המקדיש והמקנה והרי אינו ברשותו ואין כאן מקנה ומקדיש מ"מ אודייתא דאף שידענו ששקר הוא מועיל א"כ מכ"ש באם יש לו באמת רק שכעת א"ב דמ"ע מועיל אודייתא שיקנה זה והרי הוא של השליח אף שאין כאן דעת מקנה כנלפענ"ד. ומה שהביא ראיה ממלוה אם לאו להוצאה ניתנה דיכול למכור ולקדש האשה אף דאינו ברשותו ותמה הקצה"ח דשאני התם דכל דלאו להוצאה נתנה הו"ל כפקדון משא"כ בגזילה לפענ"ד לפמ"ש הקצה"ח דכל דמחוסר העמדה בדין הו"ל גם פקדון כגזילה וא"כ בכה"ג דאיכא עדים וראו אפשר דגזילה עדיף דודאי יוציא הגזילה בדיינים משא"כ במלוה שבעצמו הלוה לו אף שיכול לחזור גם בע"כ של לוה וכמ"ש הרשב"א בתשובה והובא בש"ך חו"מ סי' מ"ט והאריך שם מ"מ עכ"פ מחוסר העמדה בדין כנלפענ"ד ליישב לחומר הנושא שלא יהיו דברי הרשב"א תמוהין כ"כ ועיין בשיטה מקובצת בב"ק שם שהאריך ג"כ בענין זה. שוב נלפענ"ד להיפך דסברת הרשב"א היא דכל שיש עדים וראו א"כ ממילא הוה כפקדון דכל דא"א לכפור בזה שהרי יש עדים

הוה כפקדון דלא כפרי' ואף דא"י להקדיש היינו משום דצריך שיהיה כמו ביתו ברשותו אבל לענין למכור כל שידו תקיפה ויוכל להוציא מיד הגזלן בב"ד ויש עדים וראו באופן דא"א לכפור הו"ל כפקדון דלא כפרי' וזה שהביא ראיה מהא דיכול לקדש אשה אם מלוה לאו להוצאה נתנה והיינו דהוה כפקדון דלא כפרי' אף שצריך עדיין להוציאו ממנו ומחוסר העמדה בדין וה"ה בזה ומזה מבואר דלא כקצה"ח סי' שנ"ד הנ"ל וסי' קכ"ג וסי' ל"ז שחידש דכל דמחוסר העמדה בדין לא מקרי ברשותו והרי בהרשב"א מבואר להיפך ועיין בב"ק ד' ק"ז דאמר כל דאפשר לאהדורי ממונא למרי' הו"ל כמאן דאמר לי' יהי' לי בידך ומזה הבאתי ראיה בתשובה אחת דאף בגזילה כל דרוצה לחזור ולהשיב הו"ל כפקדון וא"כ יש לומר דגם כשאינו רוצה להחזיר כל שיד הנגזל תקיפה עליו ויש עדים וראה דיוכל להוציא בב"ד הו"ל כפקדון דלא כפרי' ודו"ק היטב:

יט והנה מ"ש התוס' בב"ק ד' ס"ט ד"ה כל הנלקט דהו"ל דבר שיל"מ ולכאורה כיון דלגבי הלוקטים לא הו"ל דבר שיל"מ דהם א"י לחלל לא מקרי דבר שיל"מ ועיין בלח"מ פ"ה מנדרים הט"ז. אמנם יש לחלק דכאן בשעה שמניח המעות לחלל הוא עדן של הצנועים דהרי מניח המעות קודם שלקטו שיהיה חל למפרע החילול וא"כ הוו המחללים בעלים והם יכולים לחלל והו"ל דבר שיל"מ ודו"ק:

כ והנה במ"ש התוס' בד"ה אימא כל המתלקט דמשמע דחל פדיון במחובר לקרקע ובתוספתא סוף מעשר שני מבואר דהכל מודים דאין פודין במחובר לקרקע וכתבו התוס' דשם משום דאין דמיו ידועים במחובר ולכאורה צ"ב דא"כ אמאי מותר לומר כאן כל המתלקט. אבל הרמב"ן במיוחסות סי' קנ"ו כתב דכאן כדי שלא יכשלו הלוקטים התירו ע"ש: והנה כפי הנראה ס"ל דמה"ת פודין במחובר רק מדרבנן אין פודין לפי שאין דמיו ידועין ומפני חשש שלא יכשלו אוקמא אדאורייתא ע"ש ברמב"ן ובשיטה מקובצת בב"ק שם:

כא והנה מצאתי בירושלמי פ"ק דפאה במשנה דנותנין פאה מתחלת השדה שם אמרו ובקצרכם מה ת"ל לקצור אלא אחד לגבוה וא' להדיוט ר' יודן בעי כלום הקדש מתחלל אלא בתלוש שמא במחובר וע"ש במפרש מוהר"א פולדא ז"ל ומבואר דמה"ת אין פודין במחובר לקרקע ומצאתי במלמ"ל פ"ט מנטע רבעי ה"ב על מ"ש הרמב"ם ואין פודין במחובר ציין ע"ז עיין בירושלמי פ"ק דפאה אמתניתין דנותנין פאה ודו"ק עכ"ל והנה רמז למ"ש ושמחתי. והנה הקושיא גדולה מאד. והנה לפענ"ד הי' נראה דבר חדש דהנה בטעם שכתבו דלכך אין פודין במחובר דאין דמיו ידועין. לכאורה לא נודע מה אין דמיו ידועין. אך נראה דהנה במחובר יוכל להתגדל עוד וכמ"ש התוס' דלכך לא הוו מחללין

בב"א דל"מ החילול למה שיגדל אח"כ והא דאמרו כל המתלקט לא חשו למה שיגדל אח"כ וכל מה שהיו יכולים לתקן הי' מתקנים ועוד דבטל ברוב אע"ג והו"ל דבר שיל"מ מ"מ מדאורייתא בטל ולפ"ז לכך במחובר דעומד לגדל אח"כ ולכך אין פודין במחובר. ולפענ"ד היה מקום לומר דלכך לא חללו הכרם בב"א משום דבאמת חשו למה שיגדל אח"כ ומה שאמרו כל המתלקט לפי דאז ע"כ כבר הגיע עת הלקיטה ואינו עומד להתגדל אח"כ א"כ שפיר כל העומד לקצור שוב אינו מתגדל אח"כ ושפיר חללו וא"כ שוב מדאורייתא אין פודין במחובר דאינו מתקן מה שיגדל אח"כ ולכך אמרו בירושלמי דפאה הנ"ל כלום אדם מחלל במחובר אבל שם בעת שעומד ללקיטה אינו מתרבה ומתגדל אח"כ וא"כ שוב מותר לחלל. אבל זה דחוק דמשמע אף במחובר ממש אינו רק מדרבנן. אך לפענ"ד הי' נראה דבר חדש דבאמת עתיד להתגדל אח"כ ועיין במ"א סי' ש"כ דמשמע דאף בתלוש יוכל להתגדל אח"כ כמ"ש באורחת חיים שם אבל באמת בטל ברוב מה"ת עכ"פ ולפ"ז אם נימא דאין מבטלין איסור לכתחלה הוא מדאורייתא כמ"ש הראב"ד שוב הי' אסור לחלל ולבטל מה שיתגדל אח"כ דהו"ל מבטל איסור בידים אך באמת אנן קי"ל דאינו רק איסור דרבנן ומדאורייתא מותר לבטל ולכך מדאורייתא מותר לחלל אף במחובר. ולפ"ז לפמ"ש הנוב"י מהד"ת חיו"ד סי' מ"ה דדוקא הטעם הוא דמותר לבטל מה"ת דאין האיסור בעין אבל דבר שהוא איסור בעין כמו יבש ביבש איך אפשר שיהיה מותר לבטל מה"ת הא כמו שהוא כעת שניכר האיסור שוב אין בידו לבטל והרי אף לאחר הביטול אם ניכר האיסור שוב אין לו ביטול ע"ש ולפ"ז דוקא כרם רבעי שאינו ניכר האיסור בעין דיש בילה בדבר לח ולכל אין בילה חוץ מיין ושמן וא"כ אין האיסור בעין ולא הוה רק טעם ושפיר מותר לחלל לכתחלה אבל בשדה דמה שיגדל יהי' בעין אח"כ שוב אסור לבטל לכתחלה. ובזה מובן היטב טעמא דב"ש דסברי דאין מחללין ענבים אלא יין והיינו דענבים כל שאפשר שיתגדלו גם בתלוש אם לא נגמר בישולו כמבואר באו"ח סי' שי"ח ס"ב בהג"ה ועמ"א שם ולכך אמרו שלא לפדות ענבים אף כשנגמרו אטו לא נגמרו וב"ה מתירים כשנגמרו אבל במחובר לכ"ע אין פודין. ומעתה הירושלמי דמיירי משדה שיש בה תבואה לענין פאה שפיר אמרו דאין פודין במחובר מה"ת ודו"ק היטב. הן אמת דלפענ"ד ל"ש בכה"ג מבטל איסור לכתחילה דזה דוקא כשיש האיסור כבר בעולם אבל מה שעתיד לגדל ל"ש זאת. ואולי כיון שעומד לגדל הו"ל כאילו האיסור בעין כנלפענ"ד ודו"ק היטב. אמנם לשיטת הרמב"ם ודעמי' דס"ל דאין פודין במחובר א"ש דברי הירושלמי בפשיטות ולפענ"ד בטעמו של רבינו כיון דנטע רבעי קודש הוא א"כ מה מועיל מה שיפדה במחובר ויהיו הפירות חולין והרי הוה כאלו פירות חולין יונקין

מן ההקדש דהרי כל מה שיגדל אח"כ עודנו הקדש וא"כ עכ"פ הוה השדה דהיינו מקום הנטיעה וגם מה שיגדל אח"כ הקדש והוה כאילו אילן של הדיוט יונק משדה הקדש וזה א"א כמ"ש הרשב"א בתשובה סי' תקס"ג וכן קי"ל בחו"מ סי' רנ"ז דלכך מקדיש שדהו מעכשיו ולאחר מיתה או מעכשיו ולאחר שלשים ל"מ כיון דגופא מהיום ופירות לאחר מיתה או לאחר שלשים והו"ל כאילן של הדיוט יונק משדה הקדש וזה א"א אלא א"כ שייר מקום היניקה ע"ש ומעתה כאן דהוא שדה הקדש או נטע רבעי דעדיין כל היניקה הקדש וא"א לפדותו וז"ב מאד.

כב ובזה מיושב היטב קושית התוס' דהרי כל המתלקט משמע דשייך פדייה במחובר. ולפמ"ש א"ש דבאמת בלא"ה מה שיגדל אסור וצ"ל דכל מה שהיו יכולים לתקן מתקנים וכמ"ש התוס' וא"כ גם בזה לא חשו למקום היניקה וז"ב. וגם י"ל דהחילול והלקיטה חלו כאחת ובשעה שלקטו אז חל החילול ואז כבר אינו יונק מהקרקע ודו"ק.

כג והנה בעש"ק האזינו שנת תרט"ו התחלתי ללמוד בירושלמי פ"ה ממעשר שני על רשב"ג דאמר כל הנלקט ופריך שם בירושלמי דכמ"ד בשחרית לא אתיא ויש אדם דמפקיר במחובר והיא קושית התוס' והרמב"ן במיוחסות ובשיטה מקובצת הנ"ל ומשני דאית לי' לרשב"ג משיכתו של מע"ש הוא פדיונו וא"כ פדה בשחרית והפדייה מועיל כשהתחיל זה למשוך ועיין שם בה"ב דאמרו ג"כ בירושלמי ויפדה במחובר לקרקע ואסיק בקשיא. ועכ"פ מבואר דקושית הקדמונים הנ"ל היא קושית הירושלמי הנ"ל וצע"ג. ועל הר"ש יש לתמוה יותר דהוא ראה דברי הירושלמי במקומו ואפ"ה לא הרגיש בזה ודרכו להביא בפירושו דברי הירושלמי וכאן לא הרגיש בזה:

כד והנה בשנת תרי"ט בש"ק תולדות שאל תלמידי המופלג מוה' גרשון קארציר נ"י במ"ש התוס' ד"ה כל הנלקט למה לא חללו כרם בב"א וע"ז תמה דבאמת מדרבנן אין פודין במחובר לפי שאין דמי' ידועין רק דא"א בע"א וכמ"ש בשיטה מקובצת וא"כ עכ"פ כל הכרם לא היו צריכין לחלל וא"כ שוב אין רשאין. והשבתי דכל הטעם דאין מחללין הוא מטעם שאין דמיו ידועין וא"כ אפשר דזה בחלק מהשדה והכרם אין דמיו ידועין אבל כל הכרם אפשר דמיקץ קיץ להו ועוד כיון דחללו על מה שאכלו האחרים וא"כ עכ"פ שלהם יהי' מחולל דהא נתנו יותר ממה שחללו לאכילתם ואף דרצו לחלל בשביל אחרים אבל עכ"פ מה שעשו לתוספת חומרא בזה לא יגרע חלקם והוא מחולל כנלפענ"ד ועיין מ"ש המהרש"א שם והנ"ל נתקשה בדבריו. ולפענ"ד הכוונה פשוטה דשם הקביעות למעשר הי' לעתות ערב ומקודם לא נקבע למעשר ואף דמדרבנן אסור גם ארעי מ"מ לא חשוב כ"כ דהו"ל ספק דרבנן משא"כ בנטע רבעי ודו"ק:

כה שאלה

כו ב"ה פה קראקא כ"ד לחודש אדר עש"ק לסדר ויקהל הברכה והישועה לפ"ק. ייתי שלמא רבא. לגברא רבא ויקירא. עמודא דנהורא. איש אלקים קדוש ונורא. ה"ה הרב הגאון האמיתי רכב ישראל ופרשיו. אור ישראל וקדושיו. צדיק חסיד ועניו. מאור הגולה לו נאוה תהלה. שמו הטוב נודע למרחקים. דבריו מאירים כברקים. שבעתיים מזוקקים. ומדבש מתוקים. ע"ה פ"ה נ"י כקש"ת מוהר"ר יוסף שאול הלוי נאטנזאהן יוסף שליט"א יוסף לו אורך ימים ושנות חיים אבד"ק לבוב והגליל יע"א

כז מה נכבד היום הזה בהגלות נגלות לנו אור נערב ככסף צרוף מזוקק שבעתיים דברים העומדים ברומו ש"ע. הלא המה הגהותיו היקרות עינים מאירות על ש"ע יו"ד ד' לבוב מענקיש ונקובים בשמות יד שאול. אולם ל"ז להבין דבריו הקדושים אשר עיני ראו בסי' נ"ה ס"ב ס"ק שם. עט"ז מ"ש בזה על דברת הרשב"א ואני תמה על הרשב"א ממה דאמרו בחולין קכ"ז ע"ב ביצת השרץ מרוקמת טהורה ונקובה כ"ש טמאה ולפי דברי הרשב"א כל ביצה נקובה ויכול לכנוס לתוכה בשר כחוט השערה ודוחק לחלק בין נקובה בתולדה ולנקובה אח"כ כמו שכתב הט"ז וצע"ג. עכ"ל הטהור והנה הרואה צריך להשתומם לפי מה דאמרי' שם וכמה נקובתה כחוט השערה שאפשר ליגע כחוט השערה ופירש"י בד"ה כחוט השערה וכו' שער ראשו וזקנו אם יכניסו לתוכו הרי נגע וטמא שהשער המחובר הרי הוא כבשר עי"ש א"כ בהדי' משמע בפי' דצריך ע"כ לידע אם יכולין ליכנס לתוכו שער ראשו וזקנו להביא הטומאה מתוכו לחוץ אבל אם הוא מנוקב בדרך שאין יכולין לכנוס לתוכו שער ראשו וזקנו טהור אע"פ שמנוקב אח"כ ויכול להיות בדרך זה שיהי' מנוקב אח"כ ואעפ"כ לא יהי' הנקב גדול כ"כ עד שיכולין ליכנס לתוכו שער ראשו וזקנו כדמשמע בהדי' בגמ' דאמרי' את שאפשר ליגע טמא ואת שא"א ליגע טהור וכמה נקיבתה כחוט השערה וא"כ לפי"ז ביצה שמנוקב בתולדה אע"פ שברור שמנוקבת היא אעפ"כ אינה מנוקבת כ"כ עד שיכולין ליכנס לתוכה שער ראשו וזקנו כאשר יעיד הרואה. ובודאי לא יהי' עדיף אם הוא מנוקבת בחולדה ממנוקבת אח"כ במקום שאינן יכולין ליכנס לתוכו שער ראשו וזקנו וצע"ג. ודברי הרשב"א ברורים:

כח ואגב אציע לפניו דבר אחד מה שצ"ע לי זה שבועות שתים עפרש"י שמפרש בפ' תצוה וז"ל להעלות נר תמיד. כל לילה ולילה קרוי תמיד כמו שאתה אומר עולת תמיד ואינה אלא מיום ליום אבל תמיד האמור בלחם הפנים משבת לשבת הוא עכ"ל וכתבו שם מפרשי רש"י דק"ל וכי שייך שידליק תמיד בלתי הפסק לכן פי' כל לילה וכו' א"כ לפי"ז ל"ז להבין דברי הגמ' במנחות דצ"ט ע"ב דאמרי' שם אר"א מדבריו של ר"י למדנו

אפי' ל"ש אדם אלא פ"א שחרית ופ"א ערבית קיים מצות לא ימוש ס"ת הזה מפיך עכ"ל הגמ' א"כ קשה ל"ל לר"א לומר מדברי ר"י למדנו דאפי' סילק הישנה שחרית נמי קרוי תמיד. יותר הי' לו ללמוד אליבא דכ"ע אפי' אליבא דרבנן דטפחו ש"ז בצד טפחו ש"ז מתמיד דמנורה שמשמע תמיד לאו עולם הוא כדפירש"י כאן ומדברי רב אמי משמע דאליבא דרבנן מפרשי' כפשוטו הא עדיין משמע מתמיד דמנורה דתמיד לאו עולם ממש הוא אליבא דכ"ע. ועוד עדיפא מני' הוה למשמע מינה דבלחם הפנים אע"פ שסילק היישנה שחרית אליבא דר"י אבל עדיין היה מונח כל ימות חול בלי הפסק יום ולילה והאיך משמע דפ"א שחרית ופ"א ערבית קיים מצות לא ימוש וגו' אבל מתמיד דמנורה שפיר ילפי' שבכל יום לא הי' מדליק אלא פ"א ואף לפי שיטת הרמב"ם בתמידין ומוספין ובעבודת יוה"כ דסדר הטבת הנרות היינו הדלקת הנרות והי' מדליק בבוקר עוד הפעם ולא כשיטת הראב"ד שם אבל ודאי עדיין לפי דבריו אכתי צריך לפרש דתמיד דמנורה לאו דוקא וכי שייך שידליק תמיד בלי הפסק זמן וכן פי' בס' דבק טוב על רש"י וצ"ע לי כעת ולא ראיתי מי מהגדולים אשר הרגישו בזה. אולם אמרתי קצת בתירץ דבר זה בשלמא אליבא דר"י דלא מצינו בשום פעם דתמיד יהי' פירושו עולם ממש דהא במנורה ובעולת תמיד ובמנחת חביתין וכן בלחם הפנים אליבי' לא נשמע רק פ"א ביום או בלילה בלי הפסק יום א' א"כ תמיד דכתיב גבי תורה נמי יהי' פירושו כך דמהיאך אתה מוציא להחמיר אבל אליבא דרבנן אע"פ דבמנורה ובאידך מפרשים ע"כ דתמיד ל"ד אולם גבי לחם הפנים סברי דתמיד כפשוטו טפחו ש"ז בצד טפחו של זה ושפיר י"ל תמיד דכתיב גבי תורה צריך להיות ביום ובלילה בלי הפסק רגע אחד כלל כמו בלחם הפנים דבודאי לא הי' מקילין לדרוש תמיד כמו גבי מנורה דמנ"ל לדרוש כך דרוש כך לאפוקי אליבא דר"י וכנ"ל ואין להאריך בזה ועדיין צ"ע לי ובקשתי שטוחה מול הדרת כ"ק הרמה והנשאה לכתוב לי תשוב' ובו יגיד חוות דעתו הקדושה בזה ואקוה שיהי' נא בטובו למלאות את שאלתי ולא ישיב את פני ריקם:

כט גם באתי בזה הפעם אשר ישא רנה ותפלה לשומע תפלות ויושב תהלות. בעד זוגתי הצנועה מ' נעטיל בת חי' רבקה מעוברת זה תשעה ירחים. שתלד בנקל ולחיים טובים. כי זה בשנה העברה הפילה ולדה ר"ל ומתוך צער גדול וקושי לידה עד שהגיעה לסכ"נ ל"ע ובל"ס יעלה לרצון תפילתו לפני אדון כל. ורצוף פה אר"כ לחלקו לעני ת"ח הגון. ומרוב טרדת הש"ק אקצר ואומר שלום לו ולכל המסתופפים בצלו צל קדושתו אכט"ס מאת עבדי המתאבק בעפר רגלו ומשתחוה מרחוק מול הדרתו ונושק כפות רגלו מרחוק.

ל הק' מנחם מאנדיל קרענגיל

סימן צ

א שלום להרב החריף מוה' מנחם מאנדיל קרענגיל נ"י.

ב מכתבו הנוכחי הגיעני ואני טרוד מאד. והנה קושיתו על הגהותי ביו"ד סי' מ"ה והוא כתב שמשתומם על המראה ואני תמה על מה חרד את כל החרדה הזאת שבאמת ביצת המרוקמת יכול לכנוס בו כחוט השערה כיון שהיא מנוקבת ויעיין ברמב"ם שכתב פ"ד משאר אבות הטומאות דביצה מנוקבת טמא ולא התנה שיוכל לכנוס בתוכה רק כל שהיא נקובה כ"כ שיוכל לכנוס בתוכו כשערה טמא וא"כ קושייתי נצבה ואף שאפשר לומר דבתולדה אינה נקובה כ"כ כבר הרגשתי בזה וכתבתי שקשה לחלק. והנה בהגהות מהד"ב שעדן בכתובים כתבתי שראיתי שהט"ז הרגיש בעצמו בהמשנה הלז וכעת אינם תחת ידי:

ג והקושיא השניה יפה כתב בעצמו ליישב ואין להאריך שאני טרוד מאד דברי הכותב בנחיצה.

ד הצעיר יוסף שאול נאטנזאהן האבד"ק לבוב והגליל.

ה בדבר זוגתו יתן ה' ותלד ברווחה ורציתי לשלוח בחזרה הר"כ שאני איני מאותן המקבלין קוויטליך אך אמרתי אחרי כי כבר שלח אחלק ברצות ה' בל"נ ותחשב לו לצדקה.

ו שאלה

ז ב"ה קראקא לסדר והי' ברכה עשרה למרחשון לפ"ק. מאלהי המערכה. ישא ברכה. אשרי העם אשר לו ככה. שוא"ל ומשי"ב כהלכה. ה"ה כבוד אדונינו מורינו ורבינו גאון הגאונים. נזר החכמים והנבונים פאר והדר הזמנים. ראש כל בני הגולה. זאת תורת העולה. אין לנו שיור רק התורה הזאת. לא נמצא כמוהו בעולם בארבע הפיאות. גם לפני שנים מאות. ע"ה פה"ח נ"י כקש"ת מוה' יוסף שאול הלוי נאטנזאהן שליט"א אבד"ק לבוב והגליל יע"א.

ח אחרי כריעה והשתחוי' מול ארון הקדש א"פ. אף שאין זה דרכי. כי ידעתי את שפל ערכי. בכל זאת גודל ענותנותו תרבני. ובנפשי עוז תרהיבני לבוא הפעם בשורתיים האלו ולדפוק על דלתות היכל תורתו הקדושה. וזה החלי. בעזר גואלי. הנה בראשית החורף הזה התחלתי ללמוד בעזה"י דאין מערבין שמחה בשמחה. ואין עושין מצות חבילות. והן כל יקר ראתה עיני בספרו הנק' שואל ומשיב ח"ב תס"ו שמפלפל בשיטה זו אולם ל"ז להבינו על מכונו מה שמביא שם בסוף התשובה קושי' בשם הגאון רע"א ז"ל על גמ' דכתובות דמ"ז ע"א במה דפריך רב אחאי דמסר לה בשויו"ט הלא אכתי לא מבטלה

משמירת פירות וע"י הבלעה וע"ז מתרץ כבוד גאונו הרמה ע"פ תירוצו אשר העלה ואשר הביא לתרץ קושי' בנו של הגאון בעל הפלאה שהקשה היכי ס"ד דהגמ' להוכיח דמעשה הבת לאב מדמסר לה לחופה הלא אכתי לא ידעי' מעשה ידי' דקא טרחה שיהי' ג"כ לאביה ותירץ ע"פ המרדכי דאם שכרה א' על איזה ימים ומבטלה אפי' יום א' גם ימים הראשונים יפלו ותפסיד גם מה שטרחה מקודם זה וממילא רוחא שמעתתא ויתורץ קושי' הגאון הנ"ל דליכא למימר דמיירי ע"י הבלעה דאם תפסיד את מעשה ידי' ע"י השוי"ט ל"ה הבלעה עכ"ל בשינוי לשון קצת בקיצור. בראשית כל לא הבנתי את קושייתו אשר הביא בשם רע"א ז"ל למה צריך לו להקשות מטעם הבלעה הלא בלתי הבלעה נמי מותר מדאורייתא א"כ קשה דהתם בגמ' על דין תורה קאי וזה לשון הגמ' שם מדזכי לי' רחמנא לאב למימסרה לחופה ומבטלה ממעשה ידי' וע"ז מתרץ ר"א דמסר לה בשויו"ט א"כ בלא הבלעה ג"כ מקשה הגאון הנ"ל שפיר דיכולה לשמור פירות ושכר שבת אינו אלא מדרבנן דהא נישואין בלי חופה גופא הוי מדרבנן ואעפ"כ מצי למימסר בשוי"ט משום דכאן על דיני דאורייתא קאי כמ"ש שם על דברי התוס' הש"מ והמהרש"א לתרץ קושי' מהרש"ל על התוס' שם. ולפי"ז תירוצו אינו עולה יפה. ובעיקר תירוצו אשר תירץ קושי' הפלאה ג"כ לא זכיתי להבין דל"ל להגמ' להקשות דיכול למימסרה לחופה בשוי"ט פי' היינו דילמא דלא זכי לו התורה לאב למסרה רק בשבת ויו"ט הי' לו לר"א בפשיטות להקשות לפי דבריו דילמא לא זכי לו התורה לאב למימסרה לחופה אך ורק היכי שלא שכרה עצמה באופן הנ"ל על איזה ימים ויהי' יכול להפסידה את מעשה ידה אשר טרחה מקודם. ובאמת מצאתי וראיתי קושי' הגאון הנ"ל בהגהותיו ד' וויען ולא מצאתי רמז ורמיזה מהבלעה כלל וכלל. וז"ל שם ק"ל הא מ"מ שייך ביטול מלאכה דיכולה לעשות דברים המותרים לחתוך התלוש ולשמור פירות וכדומה דהא שכר שבת ליכא דרא דאיסורא דאורייתא וצ"ע עכ"ל ומ"ש הגאון בלשונו הטהור וכדומה נראה שרמז ג"כ למקח וממכר שאינו אלא מדרבנן. וחלילה לי לאמר כי שגגה יצא מלפני השליט שליט"א. ובעיקר קושי' הגאון רע"א ז"ל אמרתי לפע"ד לתרץ ע"פ דברי רש"י כאן בכתובות ד"ה הא דזכי לי' רחמנא לאב כדכתיב את בתי נתתי לאיש כל נתינות שבה במשמע ואו"תו ה"יום אינה עושה מלאכה. ולכאורה לא הבנתי במה שדקדק רש"י ואותו היום וכשפת יתר הוא חלילה אך נראה לפע"ד דרש"י הלך בשי' הרמ"ה הובא ברא"ש ריש כתובות דשמחת נישואין יום ראשון דאורייתא הוא א"כ בל"ס אסור מלאכה יום ראשון ג"כ דאורייתא הוא כמו לדידן דאסור במלאכה מדרבנן מטעם שמצות שמחה הוא מדרבנן כמו שכתבו כל הפוסקים בטעמא. וזהו ג"כ פשוט שאם השמחה מדאורייתא

הוא שייך המצוה בדידה כמו בדידי' דהא אין הטעם משום שישמחה אלא אם השמחה הוא מדרבנן. וג"כ אינו יכולה למחול דלא כר"י בנתיב' הובא בד"מ אה"ע ובב"ש שם סי' ס"ד דס"ל דיכולה לומר אי אפשי בתקנתן ואף לפי מה שאמרנו שהוא מדאורייתא לשי' הרמ"ה זה פשיט שהמלאכות שמותרין בשבת מותרין ג"כ כאן בדידה אפי' ביום ראשון דלא עדיף משבת. וזה שמדייק רש"י היטב ואו"תו ה"יום כ"ולו היינו במה שהוא מסרה לחופה אסור עליה יום א' כולו המלאכה מדאורייתא ומבטלה ממעשה ידה א"כ מתורץ היטב הדק קושי' הגאון הא מ"מ שייך ביטול מלאכה לעשות דברים המותרים הא מדברים המותרים ג"כ השתא במה דמסר לה לחופה לא מבטלה האב רק ממלאכת איסור מלאכה שאסור בשויו"ט מדאורייתא ומה שמותר במלאכה שמותרין בשבת לא חושש הגמ' דאעפ"כ מבטלה ממעשה ידיה שייך בה. היכי דאינה יכולה לעשות מלאכת עבודה אחרת רק המלאכה שאסור מדאורייתא וק"ל ופשוט הוא:

ט ב. גם מה שהביא כג"ה בתשובתו שם דלפי הטעם דאין מערבין מדרבנן הוא מצאתי כתוב בפירוש בדברי מהרא"ם עה"ת בפ' ויצא שאף לפי הטעם דאין מערבין הוא מדאורייתא אך לטעם הירושלמי דממלא שבוע זאת נפקא לי' הוא מדרבנן ע"ש. גם בתוס' מו"ק ד"ח ע"ב ד"ה אין מערבין כתבו גזירת הכתוב הוא כדדריש לקמן מקרא דשלמה. והטעם שמביא התוס' כמו שאין עושין מצות חבילות. ואין עושין מצות חבילות הוא מדרבנן הוא דוקא לפי טעם הירושלמי שמביא שם קודם לזה או שתוס' לאו דוקא קאמר דהא כתיב וקצת נראה כמו שאנו אומרים אין עושין מצות וכו' דאל"כ לא הי' מתחיל ג"כ הפר"ח להקשות כלום על הרשב"א שפסק בתשובה שנושאין בפורים מאין מערבין שמחה דהא הא דאין מערבין הוא מטעם דאין עושין ובאין עושין מצות חבילות פסק הרמב"ם להדי' בהל' שבת דאין שייך מצות רק היכי שהב' מצות הם מדאורייתא. א"כ לאפוקי פורים שהוא רק מדרבנן א"ו כמו שכתבתי גם למה דחקו כל האחרונים ואיזה מהראשונים לחלק מה בין טעמא דושמחת בחגיך לטעם דאין מערבין הלא רחוק הוא כרחוק מזרח למערב דלטעם ושמחת הוא מדאורייתא ולטעם דמערבין הוי רק מדרבנן. (ומה שמביא שם בשם הבית מאיר לחלק היפך דברי המג"א כן מצאתי להדי' ג"כ בקרבן נתנאל על הרא"ש מו"ק שם ונשנית בהגהותיו לאו"ח בנתיב חיים סי' תקמ"ו):

י ג. ולפי דברי התוס' בכאן דאין מערבין מטעם דאין עושין מצות חבילות מצינו למפשט הנסתפקתי של הגאון מהר"י אלגזי וכמ"ש ס' קהלת יעקב שמסופק אי אתמר הך דאין עושין מצות חבילות דוקא היכי כשזמן מעשי הב' מצות נמשך שוה בשוה ונגמרת יחד אבל בב' מצות הנעשית בב"א והאחת נעשית מיד וחברתה נמשך גמר מצותה יותר מי

אמרי' דכל דאין התחלתן וסיומן בב"א אין בזה משום חבילות אף דהתחיל בשתיהן יחד דהכל הולך אחר החתום ע"ש והא הכלל לפי המסקנא עיקר שמחה חד יומא הוא ושמחת יו"ט התחיל איזה ימים מקודם ונמשך עוד איזה ימים אח"כ ושמחת נישואין אינן אלא באמצע חדא יומא ואפ"ה מדמי התוס' לשאין עושין מצות. ומכ"ש היכי דהתחלתן הי' בשוה רק דא' נמשך יותר מחברתה דשייך בי' אין עושין מצות וצ"ע על הגאון הקדוש אלגאזי אשר כל רז לא אניס לי' שלא הרגיש מדברי התוס' כאן וצ"ע:

יא ד. רמב"ם פ"י מה"א הי"ג כתב יש לו לישא נשים רבות ביום א' ומברך ברכת חתנים לכלן כאחת. אבל לשמחה צריך לשמוח עם כ"א שמחה הראוי' לה ואין מערבין שמחה בשמחה וכתב עליו המגדל עוז בזה הלשון יש לו לאדם לישא נשים רבות עד בשמחה. הסכמת כל הגדולים פ"ק דכתובות מכח ההיא דפ' ע"פ דאין עושין מצות חבילות ע"כ וצ"ע דהיכי שייך זה לפ"ק דכתובות דהא לא נמצא שם בפ"ק דכתובות רמז רמיזה שאומרים אין מערבין או אין עושין מצות וצ"ע אשר לא הרגיש מזה שוב פוסק ומכ"ש הבית מאיר שמדקדק שם על לשון הה"מ ולא מדקדק ג"כ על לשון המ"ע שלכאורה צ"ע יותר מלשון הה"מ:

יב ה. ואגב אורחא אציע לפניו גרגיר אחד מה שרציתי ליישב הרמב"ם שם בהל' שבת מה שצ"ע שם שמחלק בין הבדלה וברה"מ שאומרים על כוס א' משא"כ בקידוש ובה"מ הלא הבדלה הוא ג"כ מדאורייתא לשי' הרמב"ם ע"ש בהה"מ וכשאני לעצמי מה אני. אמרתי ליישב קצת ע"פ דברי המג"א בסקמ"ז דכתב דל"א אין עושין מצות חבילות רק היכא שיש חובה לעשות הדבר עכשיו ע"ש א"כ שפיר יש נ"מ דבהבדלה אין החיוב מוטל להבדיל עכשיו דכל כמה דמאחרה טפי עדיף ולאפוקי מצות קידוש היום דנהפוך הוא דכל כמה דמקדים טפי עדיף א"כ מוטל עליו החיוב לקבל עליו קדושת היום שייך שפיר אין עושין מצות חבילות אבל בהבדלה אין החיוב עליו להבדיל עכשיו רק שהוא מביא עצמו להחיוב ול"ש גבי' אין עושין מצות חבילות כנ"ל ודברי המחצית השקל שם באו"ח סקמ"ז על המג"א מה שרוצה לפרש דברי התוס' ב"מ ד"ח מה שמקשה מטהרת ב' מצורעי' לא יכולתי להבין בשום אופן ואולי נחסר שם איזה תיבות עכ"ד ונא ונא יהי' נא בטובו הפעם וימחול נא א"פ לשום עיניו על כל דברי כי תורה הוא וללמוד אני צריך כי אל מי מקדושים אפנה ע"כ בקשתי מאת פני רום מעכתה"ק לפנות נא לבבו הטהור על דברי. ובזה אחתום בברכה ואומר שלום לו ולכל אשר אליו אך חיים ושלום. כ"ד המצפה לקראת הצלחתו ולהצלחת ב"י עד מהרה מאת המתאבק בעפר רגלו ומשתחוה מרחוק מול הדרת קדשו ונושק כפות רגלו מרחוק.

יג הק' מנחם מאנדיל קרענגיל

סימן צא

א שלום וכ"ט להרב החריף ושנון סופר מהיר מוה' מנחם מאנדיל נ"י.

ב מכתכו הגיעני היום. ומ"ש על מה שכתבתי ליישב קושית הגאון מוהר"ע איגר ז"ל והוא לא הקשה דוקא בהבלעה. הנה באמת לא ראיתי בדבריו רק מה שהוגד לי. אמנם כעת ראיתי קושיתו ולא כתב בהבלעה רק סתם שיכולה לחתוך בתלוש ולשמור פירות ושכר שבת ליכא דררא דאיסורא דאורייתא. אמנם לפענ"ד יש דררא דאורייתא עפמ"ש הרמב"ן פ' אמור בפסוק יהיה לכם שבתון הביא הספרי להביא דברים שהם משום שבות ותמה הרמב"ן דשבות אינו רק מדבריהם וכתב דבר חדש דהתורה רצתה שיהיה לאדם מנוחה בשבת ויו"ט וע"ז נצטוינו מקרא דאף בשבותין דהיינו שאין בהם מלאכה וכגון שימדוד כל היום ויקנה וימכור זה אסור מה"ת ע"ש שכתב בעצמו שהוא הגון וטוב מאד והריטב"א כ' שהיא מרגליות טובה ולפ"ז אם נתיר לקבל שכר בשבת יהיה האדם טורח לעשו' כל ענינים שאינן מלאכה ולא יהי' לו מנוחה לכך אסור שכר שבת שע"כ לא ירצה לטרוח בחנם ולכך רק בהבלעה מותר שאז לא ירצה לעשו' בשבת ויהי' לו מנוחה וא"כ אף שהגאון לא הרגיש בזה אבל אני מוצא לו תבלין בקושיתו ועפ"ז שפיר כתבתי לישב:

ג ומ"ש מעלתו על מ"ש ליישב קושית הרב בן הפלאה ע"פ דברי המרדכי וכ' דמנ"ל להש"ס זאת דלמא לא זכתה לו התורה למסרה לחופה רק באופן שלא תפסיד הימים מקודם. זו לאו קושיא דהא התור' כתבה סתמא דזכה להאב חופה ומשמע בכל גווני שיהי' וז"פ. ומ"ש מעלתו לישב דשמחת נשואין יום ראשון הוא מדאורייתא כמ"ש הרמ"ה וא"כ ממילא אסורה במלאכה ג"כ מה"ת. והנה זה אינו מוכרע. ועוד נ"ל דניהו דהבעל אסור מה"ת שנצטוה לשמוח אבל האשה אינה מצווית ע"ז דהוה עכ"פ לא עדיף מכל מ"ע שהז"ג דהאשה פטורה וממילא יכולה לעשות מלאכה וז"ב ופשוט. ז"ז לרב הטרדא אין הזמן מסכים להאריך דברי הד"ש

ד הצעיר יוסף שאול הלוי נאטנזאהן האבד"ק לבוב והגליל

סימן צב

א להרבני המופלג החריף מוה' מרדכי מיזיש נ"י.

ב מה שהקשה בהא דאמרו בב"ק ד' ס"ו ואי ס"ד יאוש כדי קנה אמאי א"ל הרי שלך לפניך דמי מעליא בעי שלומי לי' וע"ז הקשה דהא רבה דאמר דיאוש כדי קנה הוא

מפני תקנת השבים ופירש"י שלא יהא צריך לחזר ולטרוח אחרי הגזילה עצמה א"כ משמע דכל דהגזילה בעין אין יאוש קונה וכ"כ הפ"י בגיטין ד' נ"ה בהדיא וכתב שכן משמע בב"ק דף צ"ה א"כ כאן שהחמץ בעין אין היאוש קונה ושוב יכול לומר הש"ל. הנה לכאורה יפה שאל. ולכאורה רציתי לומר כי היכא דאמרו בב"ק דף צ"ה גבי מריש כיון דאיכא פסידא דביתא כליתא בעינא הוא וה"ה כאן כיון דהוה פסידא דהחמץ הוה עפרא בעלמא הוה כליתא בעיני'. אך באמת יש לחלק דש"ה דהוה תקנת הגזלן שלא יפסיד הבית שפיר עשו לו תקנה שלא יצטרך לחזור המריש אבל כאן דאדרבא פסידא דגזלן שלא יוכל לומר הש"ל א"כ יכול לומר לא ניחא לי שאקנה ביאוש דבשביל טובתי תקנו כן תקנת השבים וא"כ לא ניחא לי בתקנתא ולא אקנה. אך בלא"ה ל"ק דפשיטא דכל שהוא כעפרא בעלמא דל"ש לומר שהוא בעין דהא אינו כלל דעפרא הוא ובכה"ג בודאי יאוש קני דזה החמץ מקרי ליתא בעינא דאינו כמו שגזלו וז"ב לדעתי.

ג ובגוף דברי הפ"י שחידש דכל שהוא בעין ל"ש לומר דיאוש קני דל"ש בזה תקנת השבים באמת שמש"ס ב"ק ד' צ"ה יש לדחות כאשר יראה המעיין. אך לכאורה לא הבינותי דלפ"ז יאוש ושינוי רשות היכא קני דהא כל שהוא בעין לא מקרי יאוש. ולכאורה רציתי לומר כיון שהי' יאוש וש"ר א"כ להלוקח בהיתירא אתי לידי' דהרי נתייאש מקודם ועשו"ת רשב"א סי' תקמ"ח וא"כ שוב היאוש קנה מה"ת להלוקח דהא לדידי' בהתירא הוה דומיא דאבידה ובכה"ג אף כשהוא בעין קני. אך עדיין קשה דהא הה"מ כתב דלכך יכול לקדש בגזל דהו"ל יאוש וש"ר וגם להמקדש מותר והא כיון שהדבר בעין ל"מ היאוש כלל והיאך יכול לקדש בו והיא קושיא גדולה. וצ"ל דכל שקידש בזה הו"ל כמכרו או נתנו ובכה"ג מקרי אינו בעין כמ"ש התה"ד סי' שי"א דכל שמכר או נתן מועיל חזרת דמים אף דכל שהחפץ בעין ל"מ חזרת דמים כל שמכרו או נתנו הו"ל כאילו אין החפץ בעין וה"ה בזה ועקצה"ח סי' רמ"א ס"ק ז' באורך וה"ה בזה וז"ב.

ד ובזה מיושב מה דהי' ק"ל טובא במ"ש התוס' בב"ק ד' ס"ז ע"ב ד"ה דבר בהא דאמרו בב"מ ד' כ"ו דאף דאהדרי' לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב לי' אף דיאוש לא קני מ"מ כיון דהועיל למוכרה או להקדישה חשיב גזלן. והדבר יפלא כיון דיאוש ל"ק איך יכול למכור או להקדיש דבר שא"ש. ולפמ"ש א"ש דבאמת כל שמכר או נתן שוב הו"ל שינוי רשות ומועיל אף להגזלן בעצמו דמקרי אינו בעין וכמ"ש.

ה ובזה מיושב מה שהקשה הפ"י שם בגיטין דהיאך כתבו הפוסקים דקידש ביאוש לבד מקודשת מדרבנן דהא כל שהוא בעין ל"ש יאוש כדי קני והניח בקושיא. ולפמ"ש א"ש דכיון דעכ"פ קדשה בזה אף דמיירי בגזל דידה ועב"ש סי' כ"ח ס"ק וא"ו כיון דעכ"פ

לא יכלה לומר דידי שקלתי' כמ"ש הב"ש שם א"כ הוה כאילו אינה בעין דהוה כמכר ונתן וכמ"ש. ובזה י"ל מה שהאריך הב"ש שם דלמה לא נימא דכל דקני מדרבנן הו"ל קידושי תורה כמ"ש הב"ש לענין מעמ"ש. ולפמ"ש א"ש דבאמת כל שהוא בעין ל"מ יאוש ורק דכל שקידש הו"ל כמכר או נתן ולפ"ז ל"ש להפקר ב"ד הפקר דהפקר ב"ר ל"ש רק שהפקירו המעות ונעשה שלו אבל לעשות דבר בעין כאילו אינו בעין בזה לא יוכלו לעשות וא"כ לא הוה קידושי רק מדרבנן וז"ב ויש להאריך בזה. ומן האמת יש להביא ראיה לשיטת הרמב"ם דס"ל דאף ש"ר קודם יאוש מועיל ובש"ך סי' שנ"ג האריך לתמוה עליו ולפמ"ש י"ל דבאמת גם כשהי' יאוש ואח"כ ש"ר ל"מ דהא כל שהוא בעין ל"ש יאוש כדי קנה ורק דהוה כאילו מכרה או נתינה א"כ אימתי מועיל היאוש לאחר שנשתנה הרשות וא"כ שוב גם כשהי' ש"ר קודם ג"כ מועיל. ובזה יש ליישב מה שהקשו על הרמב"ם מהא דפליגו בב"ק דף קט"ו רב ור"י אי יאוש ואח"כ ש"ר דוקא קני ור"י ס"ל דש"ר ואח"כ יאוש לא קני וקי"ל כר"י נגד רב וכן הקשה הש"ך בסי' שנ"ג מב"מ דף כ"ה גבי יאוש של"מ א"כ יש חילוק בין יאוש ואח"כ ש"ר דא"צ השני להחזיר הדמים דלגבי אתי לידי' בהיתירא משא"כ בש"ר קודם דבאיסורא אתי לידי' ניהו דנתייאש אח"כ אבל לא נתייאש רק מגוף הדבר ולא מהדמים משא"כ רבינו דאזיל לשיטתו דס"ל אף ביאוש ואח"כ ש"ר דמים חייב להחזיר והיינו מטעם דיאוש ל"מ רק לגוף הדבר דכל שמכר הו"ל כאינו בעין וכמ"ש אבל הדמים חייב להחזיר א"כ לדידיה אין חילוק בין יאוש ואח"כ ש"ר או ש"ר ואח"כ יאוש וז"ב מאד ויש להאריך הרבה בזה ואכ"מ. ובמ"ש י"ל הטעם דאמרו בב"ב דף מ"ד ניהו דמגופי' מייאש מדמי מי מייאש והדבר תמוה דמהיכן פשיטא ליה דמדמי לא קמייאש וכבר הארכתי בזה בתשובה לענין יאוש בחוב ולפמ"ש א"ש דהא אף למ"ד יאוש קני מדרבנן הוא מפני תקנת השבים כדאמרו בב"ק דף ס"ו והיינו שלא יהי' צריך לחזור ולטרוח אחר הגזילה בעצמה וא"כ לדידיה פשיטא דעכ"פ לענין הדמים ל"מ היאוש דהא באמת באיסורא אתי לידיה רק דעשו תקנת השבים שאם אין הגזילה בעין א"צ לטרוח עליו אבל הדמים בודאי משלם וא"כ מכ"ש לדידן דיאוש ל"ק כלל ורק הש"ר בצירוף היאוש קונה וא"כ פשיטא דעכ"פ מהדמים לא מייאש וז"ב מאד:

[1] איברא דלפמ"ש הרמב"ן במלחמות פ' הגוזל בתרא ובשו"ת הרשב"א סי' תתקס"ח דלכך מועיל ש"ר משום דלגבי האחר הו"ל כהיתירא אתי לידי' ולכך ל"מ ש"ר מקודם דהו"ל באיסורא בא לידו קודם שנתייאש וא"כ כיון שלגבי אחר הו"ל בהיתירא מהראוי שיהיה מועיל היאוש אף מהדמים ומזה היה ראיה לשיטת הרמב"ם דאף בש"ר ואח"כ יאוש ומשום דבאמת גם בש"ר לאחר היאוש כיון דמדמים לא מייאש וגם היאוש לא

קני א"כ בא באיסור ליד השני ומ"ל יאוש ואח"כ ש"ר או להיפך ולכך צדקו דברי רבינו דגם ביאוש ואח"כ ש"ר כתב דצריך להחזיר הדמים וכמבואר בפ"ה מהלכות גניבה ועיין בטוש"ע חו"מ סי' שנ"ג. ולפמ"ש הדבר מבואר דאל"כ אמאי לא קא מייאש מדמי' וצ"ל לשיטת הרמב"ן ודעימיה דכיון דהיאוש לבד ל"מ רק בשביל דנשתנה הרשות ובהיתירא בא לידו והיינו בשביל שנתייאש מקודם דהרי לשיטתי' בנתייאש אח"כ ל"מ וכיון שכן כיון דלגבי הגזלן לא נתייאש מהדמים אף שלגבי האחר אף מהדמים מתייאש שוב בא היאוש אחר ש"ר וזה ל"מ דלא מקרי בהיתירא ולשיטת הרמב"ם דס"ל דש"ר ואח"כ יאוש מהני הא לדידיה אף ביאוש ואח"כ ש"ר צריך להחזיר הדמים וז"ב. ובזה נ"ל ליישב קושית אא"ז הח"ץ ז"ל שהאריך בסי' קמ"ד לדחות דברי המהרי"ק דגם בחוב נמי נימא דלא נתייאש מדמי כמו בגזילה. ולפמ"ש א"ש דהרי כל הטעם בגזילה היא לפי שאינו רק מתקנת השבים וזה ל"ש גבי הדמים וכמ"ש ולפ"ז זה בגזילה דמה"ת לא מועיל היאוש דבאיסורא בא לידו אבל בחוב דבהיתירא בא לידו הו"ל דומיא דאביידה דאף מהדמים מתייאש וא"כ שפיר מועיל יאוש בחוב וז"ב מאד. ובזה אמרתי דבר חדש דלמאן דס"ל יאוש קנה מן התורה והו"ל כמו אביידה אף מדמים מייאש דהא למ"ד מה"ת מה נ"מ בין גוף החפץ לדמים. ובזה הוה מקום אתי ליישב דברי רש"י בב"ק דף קיא ע"ב בד"ה רשות יורש שכתב ודאי ביאוש כדי קני דאל"כ לתני פטורא גבי אביהן תמה המהרש"א דעכ"פ דמים צריך לשלם ולפמ"ש א"ש דהא כוון לשלול דיאוש לא קני' מה"ת דלמאן דאמר יאוש קני מה"ת אם כן אף מדמים מייאש וא"כ הי' לו למתני פטורא באביהן וז"ב. ומה שהקשה המהרש"א דא"כ לרב דס"ל יאוש קנה א"כ לתני פטורא באביהן יש ליישב לפמ"ש התוס' בד"ה ר"ח ע"ש ודו"ק. וגם נראה לפענ"ד לפמ"ש למעלה יש ליישב דברי רש"י דבא לשלול אף דיאוש קנה מדרבנן דהרי כל הטעם דיאוש דרבנן צריך להחזיר הדמים משום דלענין הדמים הו"ל באיסור' אתי לידיה ולגבי אחר הו"ל שוב היאוש אחר הש"ר ולפ"ז נלפענ"ד ברור דעכ"פ אם נתן האב להיורשים בחייו ל"ש זאת דבשלמא לגבי אחר שפיר שייך לומר דכיון דמהדמים לא נתייאש א"כ אף דלאחר הוה ש"ר ובהיתירא בא לידו אבל הדמים מתחייב דמזה לא נתייאש מקודם אבל זה דוקא באחר דבא ע"י מכירה או מתנה אבל באב שנותן לבניו ל"ש לומר דבאיסורא אתי לידיהו דמה להם במה שעשה אביהם איסור כל שמאכילם אינו רק להם ל"ש באב הנותן לבניו באיסורא אתו לידייהו וא"כ כוונת רש"י דלתני פטורא אצל אביהן וכגון שנתן לבניו בחיים ועי' תוס' ד"ה הגוזל אבל זה דחוק והעיקר כמ"ש ראשונה דכוונת רש"י לשלול דיאוש לא קני מה"ת. והרווחנו בזה ליישב קושית הפ"י על הרמב"ם דס"ל דאף ביאוש וש"ר צריך

לשלם דמים א"כ היכא אמרי' ש"מ דרשות יורש כרשות לוקח דמי הא מ"מ צריכין לשלם דמים והיא תמי' עצומה וכבר הרגיש בזה המאירי בשיטה מקובצת בב"ק שם ולפמ"ש א"ש דהרי כל הטעם דצריך לשלם דמים הוא משום דמדמי לא מייאש וניהו דבצירוף הש"ר מועיל היאוש מ"מ זה לגוף החפץ אבל הדמים צריך להחזיר דלא נתייאש מזה. ולפ"ז זהו בשאר לוקח דבאיסורא אתי לידיה כיון דהיאוש ל"מ ולא קני כלל א"כ מה מכר ראשון לשני אבל ביורש דהוא יורש ממילא וכיון שנתייאש ל"ש בזה באיסורא אתי לידי' וגם להדמים מועיל היאוש וז"ב מאד לדעתי ודו"ק:

ז אחר שכתבתי זאת מצאתי בתומים סי' ל"ז ס"ק י"ט שכתב כעין סברא זו ושמחתי. ובגוף הענין מה דאמרו ניהו דמייאש מגופי' מדמי מי קא מייאש דהרי בתוס' ב"ק ד' ס"ו כתבו בד"ה ה"נ דמה דרצה לילף מאבידה דמועיל יאוש אף דאבידה ג"כ כל שכבר באתה לידו אינו מועיל יאוש היינו לענין שצריך להחזיר הדמים אבל גוף אבידה היא שלו ע"ש ולפ"ז עכ"פ זה ודאי דלא עדיף גזילה מאבידה דניהו דמייאש מגופא מדמי לא קא מייאש דכל דבאיסורא אתי לידיה לא מייאש מדמי. והנה בראשית ההשקפה תמהתי על דברת התוס' דמה קושיא מאבידה שאני אבידה דנעשה שומר של בעה"ב וכמ"ש הרמב"ן במלחמות פ"ח דמציעא גבי נטלה ע"מ לגזלה ע"ש מ"ש בשם הגאון ובש"ך סי' רכ"ט רמזו בקצרה ומצאתי בקצה"ח שיישב בזה קושית התוס' ע"ש בסי' שס"ב. אבל לפענ"ד גם מהתוס' לא נעלם זאת רק שבאמת גם בגזילה פשיטא דלא עדיף מה שגזל מאבידה ופשיטא דגם בגזלן נתחייב להשיב וחייב באחריות מצד הגזילה ואדרבה באבידה עדיף טפי דבהיתירא אתי לידיה ואינו מחייב בהשבה וכמ"ש הרמב"ן. עכ"פ דברי הש"ס מבוארים עפ"י דברי התוס' הלז. ובזה נלפענ"ד ליישב קושית הפ"י הנ"ל דביורש הוה כמו בהיתיר' בא בידו דכל שלא גזל רק דממילא ירשו והם לא עשו מעשה לא שייך לומר באיסורא אתא לידו ואינם חייבים לשלם הדמים והוה כמו באבידה ואף דהרשב"א כתב דבגזילה גם היורשים מחוייבים להשיב ול"ד לריבית ועמלמ"ל פ"ד ממלוה אבל עכ"פ באיסורא אתי לידיו ל"ש בזה ועיין בב"ק דף צ"ד דרש"י כתב שם דגם בגזילה אינם מחוייבים היורשים לשלם ובאמת שדבריו תמוהים דדוקא בריבית אמרו כן ולא בגזילה וכמ"ש הרשב"א בעצמו ועכ"פ רש"י כתב כן ועגד"ת שער מ"ו ח"ד ובמלמ"ל הלכות מלוה פ"ד שם ועכ"פ דברי הש"ס נכונים ובזה מיושב קושית התומים והשעה"מ פ"ב מגניבה בהא דמוקי הש"ס בב"ב דף מ"ד ביורש והא ביורש ל"ש תקנת השבים וא"כ צריך לשלם דמים לשיטת הרמב"ם ולפמ"ש א"ש דביורש לא מקרי באיסורא אתי לידי' ודו"ק הטיב:

ח והנה מה שהקשה מעלתו בהא דאמרו בב"ק דף קי"ח דאמר רב לדעת צריך דעת ופירש הרמב"ן במלחמות דהיינו כיון שהוציאו מרשות הבעלים א"כ כ"ז שלא ידעו הבעלים בחזירתו הרי לא החזירו לרשות הבעלים המיוחדים לו ול"מ השבה וע"ז הקשה כיון דרב ס"ל יאוש כדי קני ועיין דף ס"ח ולפ"ז הא גוף הדבר קני ביאוש ורק הדמים צריך להחזיר ולגבי דמים ל"ש שהוציאו מרשות מיוחד וכל שהחזירו לא גרע מהחזרת דמים דא"צ רשות מיוחד. הנה לכאורה רציתי לומר דלפמ"ש הפ"י דכ"ז שהוא בעין ל"מ יאוש וא"כ ה"ה כאן אבל ז"א דזה דוקא למ"ד יאוש קני מדרבנן ומשום תקנת השבים בזה שייך לומר דכ"ז שהוא בעין ל"ק אבל לרב דכפי הנראה ס"ל דקני מה"ת א"כ אין חילוק דכל שנתייאש קני אף כשהוא בעין והדר' קושי' לדוכת'. אבל לדעתי לק"מ דמלבד די"ל דלא נתייאש וגם י"ל דסתם גניבה לא הוה יאוש בעלים נינהו אף גם דאף אם נימא דיאוש קני וסתם גניבה יאוש בעלים אפ"ה כל דמחזיר גוף הגניבה פשיטא דמקיים העשה דוהשיב את הגזילה ואף דאמרו בב"מ דף ס"ו דכל דאהדר לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב היינו שם דקאי על לאו דלא תוכל להתעלם דע"ז כבר עבר אבל על לאו דלא תגזול הוה ניתק לעשה ועיין תוס' שם ד"ה מתנה שביארו כן ולפי שיטת הרמב"ן במלחמות שאני התם דגזילה ואבידה היא זו ונקנית ביאוש ע"ש אבל בגזילה דצריך יאוש בעלים כדי לקנות גוף הדבר והיינו מתורת גזילה קני לה דנתייאש מגוף הדבר אבל פשיטא דכל דרוצה להחזיר מקיים מצות השבת הגזילה שהרי כל קנייתו הוא מתורת קנין גזילה וא"כ כל שמשיב לא נתקיים מצות השבה עד שיהי' השבה מעלייתא ולכך צריך דעת בעלים וז"ב לדעתי:

ט ודרך אגב אומר במה שראיתי בקצה"ח סי' שס"ב ס"ז שהאריך דל"מ ש"ר אם מכרוהו לקטן כיון דש"ר אינו קנין רק לגבי הלוקח או המקבל דבהתירא אתי לידי' לא לגבי הנותן א"כ ל"ש דעת אחרת מקנה ולא קנהו הקטן ע"ש. ולפענ"ד נראה דאף כי דבר חכמה אמר מ"מ כיון דדעת הראב"ד הובא ברשב"א גבי נטלו מוכסין את חמורו דהדמים בעי להחזיר אף שקנהו ביאוש וש"ר והובא בב"י סי' שנ"ג בחו"מ א"כ בין אם נימא דהכוונה דעכ"פ דמים צריכין להחזיר להבעלים או דהכוונה שבדמים צריך להחזיר דהיינו אם הבעלי' נותנים הדמים וכמו שהיא הגירס' לפנינו ועיין בשעה"מ הלכות גניבה ובתשובה הארכתי בזה עכ"פ לא שייך בזה לומר דלא הי' דעת אחרת מקנה דהרי התורה אוקמוהו ברשות הלוקח כדי שיצטרך להחזיר הדמים או שעכ"פ יצטרך להחזיר החפץ כשיתן לו הדמים ובכה"ג אף הקטן קונה דהתורה אוקמא ברשותו וכעין זה כתב הקצה"ח סי' רמ"ג לענין מתנות כהונה דמועיל אף בכהן קטן דהתורה אוקמוה ברשותו ע"ש וה"ה בזה. וגם

י"ל דעכ"פ שינוי רשות מקרי דעכ"פ הגזלן כבר מכרו ונתנו מידו ואטו אם זה הקונה לקחו ונתנו להפקר תיכף לא מקרי ש"ר דעכ"פ מידו כבר יצא הדבר וא"כ כאן דעכ"פ הוא נתנו לקטן ולקח דמים רק דהקטן אין לו יד לזכות בו עכ"פ ש"ר מקרי וז"ב והרי גם רשות יורש כרשות לוקח דמי מקרי ש"ר ועכ"פ מה שרמז הקצה"ח למה דאמרו הגוזל ומאכיל את בניו ומוקי בבנים קטנים ולפמ"ש הבנים דזוכים מתורת ירושה בודאי מקרי ש"ר אף שאין להם יד לקנות דירושה זכי ממילא ולא בעי דעת אחרת מקנה כנלפענ"ד.

עוד נ"ל דכיון דאסור לכל אדם לקחת מיד הגזלן הדבר דשייך להגזלן לפטור בו מהנגזל וכמ"ש התוס' בב"ק דף ס"ט ד"ה כל א"כ עכ"פ דבר הגורם לממון מקרי ביד הגזלן דאחר א"י לקחתו ממנו וא"כ אף דקי"ל דבר הגורם לממון לאו כממון דמי מ"מ זה דוקא היכא שהוא של אחר כמו בנגנב מהשומר דחשיב ליה הש"ס דבר הגורם לממון עיין בב"ק דף ע"א וכדומה דבכה"ג לאו ממון מקרי אבל כאן דהנגזל יאש עצמו ניהו דגזלן ל"ק ביאוש אבל עכ"פ יש לו בו ממון שכל אדם אינו רשאי ללקחו ממנו וא"כ לא עדיף מאילו יש לו בה ט"ה מה שהוא יש לו בה יותר זכות מכל אדם ואסור ללקחו ממנו ומקרי ממון לענין זה שעכ"פ שייך בו דעת אחרת מקנה דעכ"פ זאת יוכל להקנות לו מה שיש לו בו זכות וכל שיש דעת אחרת מקנה עכ"פ בשיעור זה דחשוב ממון ממילא יש כח להקטן לקנות הדבר להיות מקרי ש"ר וז"ב מאד לדעתי:

י ובזה נראה לפענ"ד ליישב שיטת רש"י בחולין בסוגיא דרבוצה שפירש דל"מ הרבצה והגבהה דקני והוה שלו והקשו התוס' דניהו דחייב באחריות אבל לא מקרי שלו ומה"ט גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו זה לפי שא"ש וזה לפי שא"ב ועוד מ"פ ממנסך ולפמ"ש א"ש די"ל כיון דעכ"פ יש להגזלן בו זכות דאחר א"י לקחתו ממנו לפי שנצרך להגזלן לפטור בו א"כ עכ"פ יש לו בו זכות בגוף הפרה וחשוב ממון ועכ"פ ט"ה יחשב למ"ד ט"ה ממון והוה כאילו הגזלן והנגזל שותפים בו זה בגוף הבהמה וזה בהזכות שיש לו בו וא"כ לכך א"י להקדישו דכל הזכות שלו היא במה שיוכל לפטור בו מיד הנגזל אבל עכ"פ גוף הפרה הוא של הנגזל ואיך יכול להקדישה ולא עדיף מאילו היו לו בה שותפות אחד ממאה שבו דא"י להקדיש יותר ממה שיש לו בו מכ"ש כאן דגוף הפרה הוא של הנגזל ואיך יכול להקדישו וגוף הזכות אינו רק במה שצריך להחזיר לבעלים דעכ"פ א"י להקדישו אבל עכ"פ לענין לאסרו על בעלים דכל שיש לו איזה שותפות דאוסר וא"כ גם בזה יש לו שותפות קצת במה שיש לו בו ט"ה דא"י לקחתו ממנו איש אחר ושפיר יכול לאסור ובזה מיושב הא דמקש' ממנסך ולא משני דמכי אגבהה קניא דהרי כל הסברא הוא דיש לו שותפות בגוי' והרי באמת משני דאית לי' שותפות בגוה:

יא ובזה מיושב קושיות התוס' שם שהקשו דא"כ היינו מדמע. ולפמ"ש א"ש דכיון דאית לי' שותפות שוב אוסר מטעם הגבהה. ובזה מיושב מה דמקשה לל"ב דלצעורי ממנסך וכתב רש"י דהי' יכול לשנות דאית לי' שותפו' ועיין תוס' שם דשייך לצעורי אף ביש לו שותפו' וזה דחוק ולפמ"ש י"ל דניהו דכל שמנסך ממש ל"ש לצעורי דהרי אוסר ליינו ג"כ מ"מ כיון דעכ"פ בעת הגבהה הי' שייך לצעורי ולא אסור שוב בניסוך ממש יקש' דהיינו מדמע וכמ"ש ודו"ק ראה זה חדש. ובחידושי אמרתי בזה דבר נפלא ועמוד והתבונן בזה דהנה בהא דמועיל בקטן דעת אחרת מקנה צ"ב דמה מועיל מה שחבירו מקנה לו סוף סוף הוא אין בו דעת לקנות ועיין קצה"ח סי' רל"ה שכתב דהוא משום זכייה. אך לפענ"ד נראה דהדבר נכון דהרי אף בגט דבעי כוונה לשמה כל שאחרים עומדין ע"ג ומזהירם שיעשו לשמה מועיל וכבר נודע מ"ש רבינו יונה הובא בחידושי רשב"א בגיטין דף כ"ג ובחולין דף י"ב ובשו"ת הרשב"א ח"א סי' כ"ו דכל שאפשר ע"י שליח כוונת העומד ע"ג הוא ככוונת העוש' מעשה דהו"ל כשליח ע"ש ואף דהרשב"א חולק עליו וס"ל דכל שאיכא הוכח' קצת כחרש וקטן דאית בהו דעתא קלישתא מועיל אחרים עומדים ע"ג משא"כ בשוטה דלית בי' דיעה כלל מ"מ עכ"פ למדנו דכוונת העומד ע"ג מועיל ככוונת העוש' מעש' ולפ"ז בקטן דאין לו דיעה שלימה להתכוין לשם קנין עכ"פ כיון שיש דעת אחרת מקנה עכ"פ נחשב כוונת המקנה כאילו הי' שלוחו אף דאין שליחות לקטן מ"מ הא גוף הדבר עושה הקטן רק שמחוסר כוונה בזה בודאי מועיל הכוונה של המקנה דלא גרע מאילו עומד ע"ג ומכוין דמועיל וז"ב מאד. ובזה נראה לפענ"ד ליישב דברי הפר"ח שהעלה במים חיים דמותר ליתן המתנות של כהונה לכהן קטן משום דהוה דעת אחרת מקנה ותמה הקצה"ח דבמתנה ל"ש דעת אחרת מקנה כמ"ש בשו"ת מיימוני לספר נזיקין סי' ה' דט"ה אינה ממון והכהן שזוכה במתנות מצד עצמו זוכה ע"ש ועיין בקצה"ח סי' רמ"ג שהאריך בזה ולפמ"ש א"ש דעכ"פ כיון שאין הקטן מחוסר רק כוונה הו"ל כוונת הנותן ככוונת המקבל וזוכה וז"ב מאד. ומעתה ה"ה כאן דניהו דהגזלן א"י להקנות לו אבל עכ"פ במקום כוונת הקטן עומד וקונה. ובזה נראה לפענ"ד דלכך זכין לאדם שלא בפניו דעכ"פ הוא מתכוין לקנות בשבילו והו"ל כשלוחו ולכך בשוטה תלוי בשני הדיעות אם מועיל עומד ע"ג דלפמ"ש רבינו יונה כל שמועיל שליחות מועיל כוונתו משא"כ לשיטת הרשב"א:

יב ובזה יתיישב דברי הב"י בחו"מ סי' רמ"ג ועיין קצה"ח סי' רמ"ג ס"ק וא"ו ודו"ק. ובזה מיושב היטב דברי אא"ז הגאון הח"ץ ז"ל סי' א' שהעלה דכוונת החליצה הוא כוונת קנין ותמה הקצה"ח סי' ער"ה דא"כ למה צריך בחליצה שיתכוונו שניהם הא בדעת אחרת

מקנה קונה אף שזה אינו מתכוין לקנות ולפמ"ש א"ש דהרי בחליצה כתב רבינו יונה כיון דא"א בשליח לא מועיל כוונת העומד ע"ג וא"כ ממילא ל"מ גם מה שהאחר מתכוין להקנות לה וכמ"ש ואף דהר"ן כתב שם לישב קושית התוס' דלכך קטנה חולצת משום דיש לה דעת אחרת מקנה היינו דבאמת קי"ל כשיטת הרשב"א דכל דאיכא הוכחה כמו בחליצה דזוקקת ונחלצת מועיל כיון דיש לה דעת קלישתא ורמי אנפשי' ומכווני' א"כ לכך מועיל דעת אחרת מקנה וא"כ ממילא בעינן שיתכוונו שניהם דגם בקטנה לא מועיל רק משום דרמי אנפשי' ומכווני' אבל כוונת המקנה שתעמוד במקום כוונת העושה ל"מ ולכך ממילא בגדולה שיכולה לכוין ודאי צריך כוונה וכן מבואר בחידושי הרמב"ן ביבמות דף ק"ד דבחרש כיון דאיכא דעת קלישתא מועיל כוונת החרש והן הן דברי הרשב"א הנ"ל למעיין היטב והקצה"ח חשב שם שדברי הרמב"ן הן כדברי המהרי"ט שמשיג עלה אא"ז ז"ל הח"ץ ולפמ"ש נהפוך הוא אדרבא יש לו להח"ץ עזר וצד מזה ע"ש ודו"ק ובזה יש ליישב מה שהקשה מטור יו"ד סי' קל"ב ולפמ"ש בנכרי דלא מועיל עומד ע"ג משום דנכרי אדעתא דנפשיה קעביד א"כ ל"מ דעת אחרת מקנה בזה. ומיושב בזה דברי הראב"ד שהקשה שם דסתרי אהדדי ויש להאריך בזה הרבה וליישב כמה קושיות של הקצה"ח שם ואכ"מ כי לא באתי רק להעיר עיני המעיין בדבר חדש ונעלם ת"ל:

יג והנה התוס' בפסחים דף צ"א ע"ב ד"ה איש זוכה הקשו למה לי קרא ת"ל דאין שליחות לקטן וכ"ת מהכא נפקא לי' אכתי קשה הא אפילו לעצמו אינו זוכה וכתבו דהיכא דדעת אחרת מקנה אותו שאני והיינו ג"כ כל דאפשר בשליחות שוב דעת אחרת הוה כדעתו וכמ"ש ובזה עמדתי על כוונת התוס' שבקידושין דף מ"ב ד"ה איש זוכה הקשו ג"כ הא אין יד לקטן וכתבו כיון דממנין גם על הקטן אימא אף לאחרים זוכה קמ"ל וצ"ב דאמאי לא סגי להו בתירץ הזה דדעת אחרת מקנה אותו שאני ועיין תוס' גיטין דף ס"ד ע"ב ודף ס"ה ע"ש ולפמ"ש י"ל דבקידושין דקאי להס"ד דלא ידענו שליחות בקדשים דהש"ס דחי דלמא שותפות שאני ואמרו דאם אינו ענין דמיתרי קראי וע"ז פריך הש"ס דאצטריך לאיש זוכה ואכתי לא שמענו שליחות וא"כ באותו ס"ד דאין שליחות בקדשים ואין שליחות לקטן למה לי קרא דאיש זוכה ול"ש דדעת אחרת מקנה מועיל וה"א דיש לו יד לזכות לאחרים ג"כ כמ"ש בגיטין דף ס"ז ד"ה דל"מ דעת אחרת מקנה כיון דבקדשים להס"ד ל"ש שליחות כלל וכמ"ש לענין חליצה ודו"ק ובזה מיושב קושית המהרש"א בפסחים שם במ"ש וכ"ת דמהכא נפקא לן ותמה המהרש"א דבשלמא לריב"ק דנפקא שליחות מושחטו את הפסח א"כ לא אמעט קטן משליחות י"ל דאיש אתי ע"ז אבל לפי הא דאמר שם בקידושין דמאיש שה ילפינן שליחות ושם אמעט קטן א"כ למה אצטריך

איש זוכה לענין שליחות והניח בקושיא ולפמ"ש דלמאן דיליף מאיש שה ע"כ דסובר דשה לבית אבות דאורייתא וא"כ שוב ל"ק קושית התוס' כמ"ש בקידושין דהא גם קטן נמנה בפסח דשה לבית דאורייתא ועיקר הקושיא אם נימא דשה לבית לאו דאורייתא ושפיר הקשו וע"ז כתבו די"ל דמהכא נפקא לן:

יד ובזה מבואר הא דפריך בקידושין האי מבעיא לי' לכדר"י והיינו דלמאן דיליף שה לבית שפיר אצטריך לכדר"י כיון דיש לו יד בפ"ע וז"ב. ובאמת אם כי הדברים נכונים לפענ"ד הי' נראה דגם התוס' בפסחים צריכים למ"ש בקידושין דאל"כ אכתי קשה ניהו דדעת אחרת מקנה שאני אבל היאך יזכו לאחרים ואף שכתבו די"ל דמהכא יליף אבל זה דחוק דבאמת קטן אמעיט מכמה מקראות אחרים ועיין רש"י ר"פ האיש מקדש ובב"מ דף כ"ג ע"א ד"ה דלא ורק כיון דקטן עכ"פ יכולים לזכות לו ונמנה על הפסח ה"א דיש לו יד לזכות לאחרים והתורה זכהו לעצמו כדכתיב שה לבית וכמ"ש בקידושין:

טו ובזה נראה לפענ"ד מ"ש הרמב"ם פ"ב מק"פ דאין עושין חבורה כל הקטנים לפי שאינם בני דעת והכ"מ תמה שם דמ"ל שהם בני דעת או לא. ולפמ"ש א"ש דכיון שהם אינם בני דעת א"כ אינו מועיל להם זיכוי וצריך דעת אחרת מקנה אבל כל שכל החבורה הם קטנים מי זכה להם ולא הוברר חלק כל אחד בו ולכך בעינן שיהיו מבני החבורה וז"ב. ומדי דברי זכר אזכור מה דתמהני דבסוכה דף מ"ג ממעט מאיש לפי אכלו קטן שאינו ראוי לאכילה וקשה הא איש לפי אכלו אצטריך לר"ש לענין איש אין אשה לא וע"ש ולפי אכלו מורה דאין שוחטין הפסח על היחיד ואולי תרתי ש"מ וצ"ע ודו"ק היטב הנה התגלגל אגב גררא ענין נכבד ת"ל ודוק:

טז והנה יש להסתפק אם עבד שגזל אם שייך ש"ר כיון דיד עבד כיד רבו והרי רבו לא גזל וא"כ הוה שינוי רשות דהוה של רבו ובאמת לפמ"ש בסי' שס"א ס"ה בהג"ה דמכרו בע"כ לא מקרי שינוי רשות א"כ גם כאן הא דיד עבד כיד רבו אינו ברצון העבד ואף בע"כ הוא שלו ושוב לא מקרי שינוי רשות. ומצאתי ראיה ברורה מירושלמי פ"ז דתרומות במשנה המאכיל את בניו קטנים ואת עבדיו וע"ש דהעבד משלם כשנשתחרר ומסיק שם דאף ר"ח מודה מכיון שנתנה ללוי יצא ידי גזילה ביאר המפרש שם דבעבד שאני דלא מקרי שינוי רשות דיד עבד כיד רבו דמי ולא נסתלק העבד מן הנגזל ע"ש ולפענ"ד נראה דלא מן השם הוא זה רק דאף דשייך לרבו מכל מקום אינו רק בע"כ ולא מקרי שינוי רשות ודו"ק הטיב: